جامعة البحرين

كلية: الحقوق **قسم: القانون الخاص**



النظام القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي في إطار البناء و الاستثمار العقاري

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول على درجة (الماجستير)

في (القانون الخاص)

إعـــــــــداد

خديجة عبد الحسين علي أحمد

20050273

إشـــــــراف

محمد سعود العنزي

أستاذ مساعد

جامعة البحرين

مملكة البحرين

يونيو 2017

University of Bahrain
Deanship of Graduate Studies
& scientific Research

جامعة البحرين
عمادة الدراسات العليا والبحث العلمي

(استمارة إيداع البحث)

اسم الباحثة: خديجة عبدالحسين أحمد علي

عنوان البحث:

النظام القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي في إطار البناء والاستثمار العقاري

سنة النشر: 2018

الكلية:الحقوق البريد الإلكتروني:khadija@aljaballaw.com

القسم: قسم القانون الخاص رقم الاتصال:39836692

إقرار الباحث بالموافقة على الشروط التالية:

يحق لجامعة البحرين إتاحة وتوفير الرسالة أو الأطروحة المذكورة أعلاه في مكتبة الجامعة أو من خلال موقع الإسهامات البحثية للجامعة أو على نطاق أوسع في الخارج؛ كما ويمكن إعادة طباعة الرسالة إذا اقتضت الحاجة لذلك أو رقمنتها مع إتاحتها على شبكة الأنترنت وذلك حسب تقدير إدارة الجامعة.

تنطبق هذه الشروط على جميع النسخ بما في ذلك النسخ الإلكترونية

تعتبر هذه الرسالة أو الأطروحة من المواد المحمية والتي تخضع إلى حقوق النشر والتأليف، ولا يجوز نشر أي اقتباس من الرسالة بدون توثيق المصدر.

توقيع الباحث: Khadija التاريخ: ٢٠١٨/٢/٢٦

نموذج رقم (2)

صفحة الاعتماد من قبل لجنة التحكيم

جامعة البحرين

كليـة ...الحقوق.....

قسم ...القانون الخاص.....

برنامج الماجستيرأو دكتوراه (...ق. القانون الخاص.....)

ناقش الطالبة ...هدية عبد الحسين علي حمد... الرقم الجامعي ...20050273... الأطروحة التي استكمل

بها متطلبات الحصول على درجة الماجستير/ أو الدكتوراه (...الماجستير...)

والمعنونة(...النظام القانوني للتمويل المصرفي الاسلامي وأثره على الاستثمار العقاري.....)

وذلك يوم (...الأحد...١٧/٧/٩...)

وتوصي اللجنة بمنحه درجة الماجستير/ أو الدكتوراه بتقدير : (.....B+.....)

(لجنة المناقشة)

الأسم		التوقيع
د.	د. محمد المشرقي ـــــــ مشرفاً	
د.	سيرغني محمد حسن ـــــــ ممتحناً خارجياً	
د.	صلاح محمد أحمد ـــــــ ممتحناً داخلياً	

ختم القسم الأكاديمي المعني

جامعة البحرين
كلية الحقوق
قسم القانون الخاص
COLLEGE OF LAW
PRIVATE LAW
DEPARTMENT
UNIVERSITY OF BAHRAIN

ملخص الأطروحة

عقد التمويل العقاري هو الأداة القانونية اللازمة لتوفير التمويل المطلوب، سواء أكان هذا التمويل لشراء بناء أو ترميم عقار أو للاستثمار في المجال العقاري، وهو عقد بالغ الأهمية يمس دعامة أساسية من دعائم المجتمع بجميع صوره الاقتصادية والاجتماعية والسياسية ألا وهي العقار، كما إنه يمس حاجة أساسية للإنسان ألا وهي الحاجة للسكن والمأوى، لذا اهتمت الدول بنشاط التمويل العقاري فنظمت جميع جوانبه بقوانين آمرة تتعلق بالنظام العام للحفاظ على الأمن الاجتماعي والاقتصادي للدولة، فعقد التمويل العقاري هو أحد سبل حل مشاكل الأزمة السكنية التي تعاني منها أغلب الدول. وتتنوع صيغ التمويل العقاري فهناك العقد التجاري التقليدي الذي يقوم على إقراض المشتري قيمة العقار أو قيمة البناء، وهناك صيغ التمويل الإسلامية المتنوعة التي تلائم حاجات الأفراد والشركات والاستثمار، فمنها ما يختص بعقود الشراء كالمرابحة للآمر بالشراء، ومنها ما يختص بالبناء كالاستصناع، ومنها ما يختص بالاستثمار كالمشاركة المتناقصة، فضلاً عن الإجارة المنتهية بالتمليك التي تمول شراء العقارات وبناءها والاستثمار فيها. ويختلف النظام القانوني لكل صيغة من هذه الصيغ نظراً لاختلاف الأساس القانوني والشرعي لها، فهي تخضع لنظام قانوني مزدوج يجمع بين التشريعات القانونية والأحكام الشرعية التي صيغ بعضها في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الواجبة التطبيق من قبل المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين. كما يُعتبر عقد البيع على الخريطة أحد عقود التمويل العقاري حديثة التطبيق والتنظيم في المملكة، فهي تساهم في عملية تمويل البناء، وهي تُعتبر أحد التطبيقات المعاصرة للاستصناع،التي اعتبرها مجمع الفقه الإسلامي الدولي إحدى طرق التمويل المشروع لتملك العقار، ويخضع هذا العقد لنظام قانوني خاص به نظمته أحكام قانون التطوير العقاري.

« وَأَحَلَّ اللهُ البَيعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا »

سورة البقرة ،الآية 275

الإهداء

إلى من علمني أن الأعمال الكبيرة
لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار
والدي أطال الله عمره
وألبسه ثوب الصحة والعافية
أهدي هذا الجهد المتواضع

الشكر والتقدير

الحمد لله الذي وفقني لإتمام هذه الرسالة بفضله ومنه،،،

أتقدم بالشكر الجزيل لكل من كان له فضل في إتمام هذا البحث من قريب أو من بعيد، وأخص بالشكر أستاذي الدكتور سالم غميض الذي أشرف على بداية هذا البحث فكان نعم المشرف، والدكتور محمد سعود العنزي الذي واصل ما بدأه الدكتور سالم غميض فأشرف على إتمام هذه الرسالة، كما أخص بالشكر الدكتور غالب البلوشي على توجيه النصح والإرشاد لي.

والشكر موصول لعميد كلية الحقوق الدكتور صبري حمد خاطر ولجميع أساتذة كلية الحقوق الذين غمرونا بعلمهم طوال سنوات الدراسة.

كما لا يفوتني أن أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لأستاذي الفاضل المحامي علي الجبل ولجميع أعضاء مكتب الجبل للمحاماة على دعمهم المتواصل طوال فترة الدراسة وفترة كتابة هذه الأطروحة.

فهرس المحتويات

ملخص الأطروحة	أ
الآية القرآنية	ب
الإهداء	ج
الشكر والتقدير	د
المقدمة	1
المبحث التمهيدي: **ماهية التمويل المصرفي العقاري الإسلامي**	5
المطلب الأول: مفهوم التمويل المصرفي الإسلامي	5
الفرع الأول: مفهوم المصارف الإسلامية	6
أولاً: تعريف المصرف الإسلامي	6
ثانياً: نشأة المصارف الإسلامية	8
الفرع الثاني: خصائص المصارف الإسلامية:	**10**
أولاً: ارتباط المصرف الإسلامي بالعقيدة الإسلامية	10
ثانياً: قيام المصرف الإسلامي على أساس استثماري	11
ثالثاً: قيام المصرف الإسلامي على أساس تنموي	12
المطلب الثاني: مفهوم التمويل العقاري	14
الفرع الأول: نظام التمويل العقاري	16
أولاً: أطراف اتفاق التمويل العقاري:	17
أ. الممول	18
ب. طالب التمويل	18
ثانياً:خصائص اتفاق التمويل العقاري:	19
أ. اتفاق التمويل العقاري عقد مالي	19
ب. اتفاق التمويل العقاري من عقود الاستهلاك	23

ج.أحكام التمويل العقاري من قواعد النظام العام	24
د. اتفاق التمويل العقاري من عقود الإذعان	25
الفرع الثاني: التمويل العقاري في مملكة البحرين	25
أولاً: الإطار القانوني للتمويل العقاري بشكل عام:	25
ثانياً: الإطار القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي العقاري:	30
الباب الأول **صيغ التمويل العقاري الإسلامية الأساسية للأفراد**	44
الفصل الأول:المرابحة للآمر بالشراء	46
المبحث الأول: فكرة المرابحة للأمر بالشراء	48
المطلب الأول: مفهوم المرابحة للآمر بالشراء	50
الفرع الأول: المرابحة العادية:	51
أولاً: تعريف المرابحة ودليل مشروعيته	51
ثانياً: شروط المرابحة:	55
الشرط الأول: أن يكون الثمن الأول معلوماً	55
الشرط الثاني: العلم بالربح	55
الشرط الثالث: أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال	56
الشرط الرابع: أن تكون المرابحة خالية من شبهة الربا	56
الشرط الخامس: أن يكون العقد الأول صحيحاً	57
الفرع الثاني: الجوانب التطبيقية للمرابحة للآمر بالشراء:	58
أولاً: الخطوات العملية لبيع المرابحة للآمر بالشراء	58
المرحلة الأولى: طلب الشراء	59
المرحلة الثانية: المواعدة	61
المرحلة الثالثة: التملك	64
المرحلة الرابعة: التعاقد	68
ثانياً: صور المرابحة المصرفية:	70

المطلب الثاني: حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية	72
الفرع الأول: جواز بيع المرابحة للآمر بالشراء	73
أولاً: أقوال الفقهاء	73
ثانياً: القواعد الفقهية الحاكمة للمعاملات	74
1. القاعدة الأولى: الأصل في المعاملات الإباحة	74
2. القاعدة الثانية:المشقة تجلب التيسير	75
3. القاعدة الثالثة: المعاملات مبنية على مراعاة العلل والمصالح	75
الفرع الثاني: عدم جواز المرابحة للآمر بالشراء	77
الاعتراض الأول: أنها حيلة للإقراض بفائدة	77
الاعتراض الثاني: إن هذه المعاملة لم يقل بحلها أحد من الفقهاء	80
الاعتراض الثالث: أنها من بيوع العينة المنهي عنها:	82
الاعتراض الرابع: أنها تتضمن بيعتين في بيعة	85
الاعتراض الخامس: أنها من بيع ما لا يملك، والبيع قبل القبض	86
الاعتراض السادس:إن فيها إلزاماً بالوعد	89
المبحث الثاني: الآثار القانونية للمرابحة للآمر بالشراء	92
المطلب الأول: التزامات المصرف	92
الفرع الأول: التزام المصرف بالإفصاح عن ثمن الشراء الأول:	92
أولاً: الثمن الواجب العلم به	93
ثانياً: ما يضاف إلى الثمن	96
ثالثاً: جزاء الإخلال بشرط الإعلام بالثمن:	99
الفرع الثاني: التزامات المصرف الأخرى:	100
أولاً: الالتزام بنقل الملكية	100
ثانياً: الالتزام بتسليم المبيع	103
ثالثاً: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق	104
رابعاً: الالتزام بضمان العيوب الخفية	105

المطلب الثاني: التزامات العميل الآمر بالشراء	106
الفرع الأول: التزامات العميل الأساسية:	106
أولاً:الالتزام بسداد الثمن	106
ثانياً:الالتزام بتسلم المبيع	107
الفرع الثاني: الالتزام بالتصدق	108
الفصل الثاني:الإجارة المنتهية بالتمليك	113
المبحث الأول: الإيجار التمويلي:	114
المطلب الأول: فكرة الإيجار التمويلي:	115
الفرع الأول: ماهية عقد الإيجار التمويلي:	115
أولاً: نشأة التأجير التمويلي	115
ثانياً: تعريف الإيجار التمويلي	117
ثالثاً: الطبيعة القانونية للإيجار التمويلي:	117
- نظرية شركة المحاصة	118
- نظرية الإيجار المالي	119
- نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان	120
- نظرية البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان	120
- نظرية الطبيعة القانونية الخاصة	122
- نظرية العقد المركب	123
- نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية	125
الفرع الثاني: صور التأجير التمويلي:	130
أولاً: صور التأجير التمويلي في القانون الأمريكي	130
ثانياً :صور التأجير التمويلي في القانون الفرنسي	133
ثالثاً: صور التأجير التمويلي في القانون المصري	136
المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتأجير التمويلي:	137
الفرع الأول: الآثار القانونية للإيجار التمويلي:	139
أولاً : إلتزامات المؤجر:	139

1) الالتزام بالتسليم	140
2) الالتزام بالضمان	141
3) الالتزام بنقل ملكية الأصل إلى المستأجر	144
ثانياً: إلتزامات المستأجر:	145
1) الالتزام بدفع الأجرة	145
2) الالتزام باستعمال الأصل المؤجر وصيانته	148
3) الالتزام برد الأصول المؤجرة	149
الفرع الثاني: انتهاء عقد الإيجار التمويلي	150
المبحث الثاني :الإجارة المنتهية بالتمليك:	154
المطلب الأول :فكرة الإجارة المنتهي بالتمليك:	154
الفرع الأول: ماهية الإجارة المنتهية بالتمليك	155
أولاً: تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك	155
ثانياً: شرعية الإيجار المنتهي بالتمليك	157
الفرع الثاني: صور الإجارة المنتهية بالتمليك:	160
أولاً: صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطريقة انتهائها	160
ثانياً: صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطريقة انعقادها	162
ثالثاً: صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطبيعة العين المؤجرة	163
رابعاً:الصور الجائزة و الصور غير الجائزة شرعاً	165
المطلب الثاني:التنظيم القانوني للإجارة المنتهية بالتمليك	170
الفرع الأول: الأحكام الخاصة بالإجارة المنتهية بالتمليك:	171
أولاً: محل عقد الإجارة:	171
أ) العين المؤجرة	171
ب)الأجرة	174
ثانياً: الآثار القانونية للإجارة المنتهية بالتمليك:	176
أولاً:المؤجر:	176
أ. الالتزام بالتسليم	176

ب. الالتزام بالضمان	176
ج. الالتزام بالصيانة	177
د. الالتزام بنقل الملكية عند نهاية عقد الإجارة	179
ثانياً: المستأجر:	179
أ)التزام المستأجر بدفع الأجرة	180
ب) التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة	180
ج) التزام المستأجر برد العين المؤجرة عند نهاية عقد الإيجار	182
ثالثاً:انتهاء عقد الإجارة المنتهية بالتمليك:	182
الفرع الثاني: التكييف الشرعي و القانوني للإجارة المنتهية بالتمليك:	185
الباب الثاني **الصيغ الإسلامية الأساسية** **للتمويل العقاري في مجال الاستثمار**	201
الفصل الأول: المشاركة المتناقصة	203
المبحث الأول: فكرة المشاركة المتناقصة ومدى شرعيتها	206
المطلب الأول :ماهية المشاركة المتناقصة	208
الفرع الأول: مفهوم المشاركة المتناقصة	208
أولاً: فكرة المشاركة المتناقصة ونشأتها	208
ثانياً: تعريف المشاركة المتناقصة	211
الفرع الثاني:صور المشاركة المتناقصة وخطواتها العملية:	213
أولاً: صور المشاركة المتناقصة	213
ثانياً: الخطوات العملية للمشاركة المتناقصة	215
ثالثاَ: مزايا المشاركة المتناقصة	218
المطلب الثاني: مشروعية المشاركة المتناقصة من الناحية الشرعية	220
الفرع الأول: المشاركة المتناقصة في الفقه الإسلامي:	220
أولا: أقسام الشركة في الفقه الإسلامي:	220
القسم الأول: شركة إباحة	221

القسم الثاني: شركة ملك	221
القسم الثالث: شركة عقد	223
ثانياً: التكييف الفقهي للمشاركة المتناقصة:	226
الرأي الأول: المشاركة المتناقصة صورة من صور المضاربة	226
الرأي الثاني: المشاركة المتناقصة صورة من صور المزارعة والمساقاة	227
الرأي الثالث: المشاركة المتناقصة شركة ملك	228
الرأي الرابع: المشاركة المتناقصة شركة عقد	230
الرأي الخامس: المشاركة المتناقصة تدور بين شركة الملك وشركة العقد	231
الرأي السادس: المشاركة المتناقصة شركة مستجدة	231
الرأي السابع: المشاركة المتناقصة عملية تمويلية	232
الرأي الراجح	232
الفرع الثاني: الحكم الشرعي للمشاركة المتناقصة:	233
أولاً: آراء الفقهاء:	233
الرأي الأول: جواز المشاركة المتناقصة بشروط معينة	233
الرأي الثاني: عدم جواز المشاركة المتناقصة	235
ثانياً: الشبهات التي أثيرت حول المشاركة المتناقصة	238
الشبهة الأولى: شبهة الربا وصورية الربح	238
الشبهة الثانية: المشاركة المتناقصة من صور بيع العينة	240
الشبهة الثالثة: المشاركة المتناقصة من بيوع الوفاء	241
الشبهة الرابعة: شبهة الوعد (البيع المضاف إلى المستقبل)	242
الشبهة الخامسة: المشاركة المتناقصة تنافي القصد من عقد الشركة	243
المبحث الثاني:التنظيم القانوني للمشاركة المتناقصة:	245
المطلب الأول: شروط المشاركة المتناقصة وضوابطها	245
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمشاركة وإداراتها:	246
1) نية المشاركة	246
2) تقديم الحصص	249

3) تحمل الخسائر والأرباح	251
4) إدارة الشركة – المشروع أو العين محل المشاركة:	252
الفرع الثاني:الشروط المتعلقة بتملك العميل لحصة المصرف وبانتهاء المشاركة المتناقصة:	254
1) التملك بالقيمة السوقية لا بأصل المبلغ المقدم للمشاركة	254
2) التملك بعقد بيع منفصل في وقته	254
3) التصرف في موجودات المشاركة في حال الإخفاق في تناقصها	256
المطلب الثاني: التكييف القانوني للمشاركة المتناقصة:	259
أولاً: المشاركة المتناقصة باعتبارها أحد العقود المسماة:	260
- المشاركة المتناقصة شركة محاصة	261
- المشاركة المتناقصة ملكية مشتركة (الشيوع)	264
- المشاركة المتناقصة عقد بيع بالتقسيط	266
- المشاركة المتناقصة عقد بيع بالوفاء	266
- المشاركة المتناقصة عقد قرض	267
ثانياً: المشاركة المتناقصة عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة:	268
الفصل الثاني: الاستصناع	271
المبحث الأول: الجوانب النظرية والتطبيقية لعقد الاستصناع:	273
المطلب الأول: ماهية عقد الاستصناع:	273
الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع وتكييفه:	273
أولاً: التعريف	273
ثانياً: دليل المشروعية	274
ثالثاً: التكييف الفقهي	276
رابعاً: التكييف القانوني	277
الفرع الثاني: الاستصناع في المصارف الإسلامية:	279
أولاً: صور الاستصناع:	279
1)الاستصناع العادي (التقليدي)	279
2)الاستصناع المتوازي (التمويلي)	280

ثانياً: الخطوات التنفيذية للاستصناع:	282
ثالثاً: مجالات تطبيق الاستصناع:	283
-الاستصناع في المجال العقاري:	283
المطلب الثاني : التنظيم القانوني لعقد الاستصناع:	288
الفرع الأول: التزامات الصانع – المصرف:	291
الالتزام الأول: الالتزام بانجاز العمل	291
الالتزام الثاني: تسليم المصنوع	296
الالتزام الثالث: الالتزام بالضمان	300
الفرع الثاني : التزامات المستصنع – العميل-:	304
الالتزام الأول: الالتزام بالقيام بما هو ضروري لتنفيذ العمل	305
الالتزام الثاني: الالتزام بتسلم العقار وتقبله	306
الالتزام الثالث: الالتزام بأداء المقابل المتفق عليه	308
المبحث الثاني: بيع العقار على الخريطة أحد التطبيقات المعاصرة للاستصناع	314
المطلب الأول التكييف القانوني لعقد البيع على الخريطة	317
الفرع الأول: مفهوم عقد البيع على الخريطة وطبيعته القانونية:	317
أولاً: تعريف البيع على الخريطة	318
ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد البيع على الخريطة	320
الفرع الثاني: التمييز بين عقد البيع على الخريطة وعقدي البيع والمقاولة	324
أولاً: تمييز عقد البيع على الخريطة عن عقد المقاولة	324
ثانياً: تمييز عقد بيع العقار على الخريطة عن عقد البيع العادي للعقار	326
المطلب الثاني :آثار عقد البيع على الخريطة:	328
الفرع الأول: التزامات المطور العقاري – البائع- في عقد البيع على الخريطة:	328
أولاً: الالتزام بنقل الملكية	331
ثانياً: الالتزام بإنجاز المشروع وإكماله	332
ثالثاً: الالتزام بالتسليم	334
رابعاً: الالتزام بالضمان	335

خامساً:الالتزام بالإدارة والصيانة	337
الفرع الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع على الخريطة:	339
أولاً: الالتزام بدفع الثمن	339
ثانياً: الالتزام بتسلم الوحدة العقارية	343
ثالثاً:الالتزام بأداء المصاريف والرسوم المفروضة في العقد:	344
الخاتمة	348
المراجع	354
الملاحق	
ملحق 1: المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة	
ملحق 2: المعيار الشرعي رقم 9 الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك	
ملحق 3: المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة	
ملحق 4: المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع و الاستصناع المتوازي	

المقدمة

يستهدف التمويل العقاري حاجة أساسية للإنسان، ألا وهي الحاجة إلى السكن وتوفير المأوى، والعقار في شتى مجالات الحياة بشكل عام، ويظهر عقد التمويل العقاري باعتباره الأداة القانونية اللازمة لتوفيرالتمويل المطلوب، سواء أكان هذا التمويل لشراء بناء أو ترميم عقار أو للقيام باستثمارات معينة، لا سيما وأن مملكة البحرين تعاني من أزمة سكنية يصعب فيها على المواطن البحريني أن يحصل على السكن المناسب بثمن فوري نقدي، وذلك لمحدودية دخله وللارتفاع المتزايد والمستمر في أسعار العقارات ومواد البناء، فضلاً عن نسبة الفوائد التي تفرضها البنوك على القروض التجارية، في ظل غياب تنظيم قانوني كُلي لنسبة الفائدة وكذلك غياب التنظيم القانوني لعقد التمويل العقاري، فلا يكون أمام المواطن البحريني إلا خيار انتظار السكن الحكومي لسنوات عديدة قد تجاوز عشر سنوات أو أكثر.

وفي محاولة لتخفيف الأزمة السكنية، طرحت وزارة الإسكان برنامج السكن الاجتماعي "مزايا" بالاشتراك مع البنوك العاملة في المملكة، حيث تقوم فكرة هذا البرنامج على أساس قيام المواطن المدرج اسمه على قائمة الانتظار بوزارة الإسكان بشراء وحدة سكنية من خلال الحصول على تمويل من أحد البنوك المشاركة، مع توفير دعم مالي حكومي لتغطية الأقساط الشهرية، حيث يلتزم المواطن بسداد قسط شهري لا تتجاوز قيمته 25% من إجمالي دخله على أن تقوم وزارة الإسكان بتغطية المتبقي من القسط الشهري المستحق للبنك، والبنوك المساهمة في هذا البرنامج جميعها من البنوك الإسلامية فيما عدا بنك البحرين والكويت المرخص من قبل مصرف البحرين المركزي كبنك تجزئه تقليدي والبنك الأهلي الذي يجمع بين عمليات البنوك التجارية وعمليات البنوك الإسلامية.

وتحكم الشريعة الإسلامية عمل هذه المصارف، إذ أنها ملزمة بتجنب التعامل بالفائدة والربا المحظور شرعاً وبتقديم خدماتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وتخضع هذه المصارف لرقابة وإشراف مصرف البحرين المركزي، الذي ألزمها بتطبيق المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAIOIF)، وذلك في محاولة منه لتنظيم الإطار الشرعي لعمليات هذه المصارف، فأضحت هذه المعايير بمثابة القانون الواجب التطبيق، وهو الذي خلق بدوره نوعاً من الازدواج في النظام

القانوني الحاكم لعمل هذه المصارف، إذ تظهر التشريعات القانونية، جنباً إلى جنب مع المعايير الشرعية الصادرة عن الهيئة.

وتقدم المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين التمويل في مجال التمويل العقاري من خلال عدة صيغ أهمها: المرابحة للآمربالشراء، والإجارة المنتهية بالتمليك، والمشاركة المتناقصة وعقد الاستصناع كما إن بيع العقارات تحت الإنشاء بعقود البيع على الخريطة تعتبر إحدى الصيغ المستحدثة لعقد الاستصناع وقد تم تنظيمها مؤخراً بقانون التطوير العقاري، لذا فإن النظام القانوني لكل صيغة من صيغ التمويل العقاري الإسلامية يختلف عن النظم الأخرى نظراً لاختلاف الأساس الشرعي والقانوني لكل منها، وهذا الأمر يستوجب بحث النظام القانوني لهذه الصيغ لبيان مدى ملائمة التنظيم القانوني الحالي لها خصوصاً وإن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية تتضمن مخالفات لبعض الأحكام والقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في مملكة البحرين أبرزها اشتراط تسجيل عقود البيع والتصرفات الواردة على العقارات لانتقال ملكية العقارات، وكذلك الشرط الجزائي الذي حظره القانون المدني في العقود المالية في حين نظمته المعايير الشرعية تحت شرط إلزام العميل بالتصدق وهو ما تلقفته المصارف الإسلامية وأدرجته في عقودها على الرغم من مخالفته للنظام العام.

مشكلة البحث:

إن فصول هذا البحث وإن كانت تستعرض في الأساس صيغ التمويل العقارية، إلا أنها تتناول البحث في المشكلة المتمثلة في القصور التنظيمي للتمويل العقاري بشكل عام في مملكة البحرين من جهة، وإلى عدم وضوح النظام القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي بشكل خاص من جهة أخرى، حيث إن هذه المصارف ملزمة بموجب قانون مصرف البحرين المركزي بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، كما إنها ملزمة طبقاً للدليل الإرشادي الصادر عن المصرف بتطبيق المعايير الشرعية والمحاسبية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وهو ما يثير العديد من الإشكاليات والمشاكل القانونية أبرزها إن بعض أحكام هذه المعايير تخالف القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام في مملكة البحرين ومع ذلك فإن المصارف الإسلامية تطبقها وتدرجها في نماذج عقودها المعتمدة وتطالب بتطبيقها في حال لجوؤها إلى القضاء، كما إن عدم وجود قضاء مختص بالتمويل الإسلامي ساهم في تفاقم هذه المشكلة، حيث استقر قضاء بعض المحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي في مملكة البحرين على الحكم بالفائدة التأخيرية

للمصارف الإسلامية، وذلك بالاستناد إلى أحكام المادة 81 من قانون التجارة التي تطبق على الديون التجارية، وذلك خلافاً للمبدأ الإسلامي الأساسي الذي انبثقت عنه هذه المصارف ألا وهو حرمة الفائدة والربا، كما إن هذه الأحكام – التي تقضي بالفائدة – تخالف قانون مصرف البحرين المركزي الذي يوجب تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على المصارف الإسلامية.

أهمية البحث:

وتظهر أهمية هذا البحث من خلال اتساع نطاق عمليات التمويل الإسلامي في المجال العقاري في المملكة، بعد أن أضحت المصارف الإسلامية الشريك الأساسي لحكومة مملكة البحرين في محاولتها لحل الأزمة السكنية من خلال برنامج السكن الاجتماعي "مزايا" وكذلك من خلال ازدواج النظام القانوني لهذه المصارف حيث تظهر التشريعات القانونية، جنباً إلى جنب مع الأحكام الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، في ظل افتقار تشريعات المملكة لنظام قانوني خاص بالتمويل العقاري.

ورغم أهمية هذا البحث، إلا إن التمويل المصرفي الإسلامي العقاري يفتقر للدراسات القانونية المختصة التي تبحث النظام القانوني لعمليات التمويل في ضوء الازدواج الشرعي والقانوني لها، فضلاً عن ندرة الدراسات القانونية المتخصصة في القانون البحريني التي تتناول هذا الموضوع من جميع الجوانب على الرغم من وفرة الدراسات المتعلقة بالتمويل الإسلامي بشكل عام. وعليه ولهذه الأسباب تم اختيار موضوع هذا البحث، وذلك كمحاولة متواضعة لبحث النظام القانوني المزدوج التي تخضع له عمليات التمويل الإسلامية في مملكة البحرين، وتوضيح الأركان الأساسية لهذا النظام.

منهج البحث:

لقد اعتمدت في هذا البحث المنهج الاستقرائي الوصفي والمنهج التحليلي، وذلك من خلال قراءة واقع التمويل العقاري الإسلامي في مملكة البحرين، وبحث النصوص القانونية المتفرقة في التشريع البحريني المتعلقة بجوانب التمويل الإسلامية المختلفة، وبحث وتحليل المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية باعتبارها قانوناً واجب التطبيق، وكذلك المنهج المقارن من خلال استقراء بعض القوانين العربية المنظمة لعمليات التمويل العقاري بشكل عام ولبعض صيغ التمويل العقاري بشكل خاص كالإيجار التمويلي والتطوير العقاري، وعرض بعض تطبيقات القضاء الوطني بالمملكة وقضاء

بعض هذه الدول العربية كقضاء محكمة تمييز دبي، وذلك وصولاً إلى الاستنتاجات والتوصيات لتحديد الإطار القانوني لعمليات التمويل الإسلامية العقارية وبيان جوانب القصور في التنظيم القانوني للتمويل العقاري في مملكة البحرين.

خطة البحث:

لقد تم تقسيم هذا البحث إلى مبحث تمهيدي وبابين، حيث يُعرف المبحث التمهيدي التمويل الإسلامي ونشأة المصارف الإسلامية، كما يبين مفهوم التمويل العقاري، ويحدد الإطار العام للتمويل العقاري في مملكة البحرين، ومن ثم يتناول الباب الأول منه صيغ التمويل العقاري الإسلامية الأساسية المطروحة للأفراد وذلك ببحث عقد المرابحة للآمر بالشراء وعقد الإجارة المنتهية بالتمليك، وبيان النظام القانوني الخاص بكل منهما، ويبحث في الباب الثاني النظام القانوني لصيغ التمويل العقاري التي تطرحها المصارف الإسلامية للاستثمار والمتمثلة في المشاركة المتناقصة وعقد الاستصناع، ويبحث كذلك عقد البيع على الخريطة باعتباره إحدى الصور المستحدثة للاستصناع وفقاً لتكييف مجمع الفقه الإسلامي.

ولعل القول بازدواجية النظام القانوني لصيغ التمويل العقاري الإسلامي لا يضيف جديداً، غير أن المشكلة التي يعالجها هذا البحث، ألا وهي قصور التنظيم القانوني للتمويل العقاري في مملكة البحرين، والمشاكل القانونية الناتجة عن ذلك، يشكل أمراً في غاية الأهمية، فإذا تمّ وضع الحلول القانونية الملائمة لها فإن في ذلك تجنباً للكثير من المشاكل التي قد تعترض أطراف عقد التمويل العقاري، لذا كان هذا البحث محاولة لسبر أغوار المشكلة، والإحاطة بكافة جوانبها، ومن ثم اقتراح الحلول المناسبة لها، وهو لا يعدو أن يكون إلا محاولة بشرية لا يمكن الإدعاء بأنها قد بلغت الغاية المقصودة منها، فأقصى ما يمكن قوله بأنها محاولة يعتريها من جوانب النقص والقصور ما يعتري العمل الإنساني بطبيعته، لذا آمل أن يكون هذا البحث طريقاً ممهداً للباحثين الآخرين في إكمال جوانبه، ببحث النظام القانوني الخاص بصيغ التمويل الإسلامية الأخرى.

المبحث التمهيدي

ماهية التمويل المصرفي الإسلامي العقاري

تقتضي دراسة النظام القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي في إطار البناء والاستثمار العقاري بدايةً الوقوف على بيان ماهية التمويل المصرفي الإسلامي وماهية التمويل العقاري، قبل الإبحار في صيغ التمويل العقاري في المصارف الإسلامية، لذا سيخصص هذا المبحث لدراسة ماهية التمويل المصرفي الإسلامي العقاري وذلك في مطلبين يناقش أولهما مفهوم التمويل المصرفي الإسلامي، أما الثاني فسيعرض التمويل العقاري.

المطلب الأول

مفهوم التمويل المصرفي الإسلامي

التمويل هو:" التغطية المالية لأي مشروع أو عملية اقتصادية".[1] وهو أحد الأنشطة الرئيسة التي تقوم عليها صناعة الخدمات المالية "الخدمات التي تقدمها المؤسسات المالية"[2] والتي لا يجوز قانوناً ممارستها إلا بعد الحصول على الإذن والموافقة من مصرف البحرين المركزي، لكونه يهيمن على القطاع المالي بالمملكة، فتخضع لرقابته كل المؤسسات المالية والبنوك والمصارف التقليدية والإسلامية، ويحسن قبل البدء في دراسة النظام القانوني للمصارف الإسلامية معرفة ماذا نعني بالمصرف الإسلامي؟ وكيف نشأت المصارف الإسلامية؟

[1]– سليمان ناصر، مبادئ التمويل في عمليات البنوك الإسلامية، الملتقى الدولي حول أخلاق الإسلام واقتصاد السوق، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2006/3/29، ص2.

[2]– المادة الأولى، القانون رقم 64 لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية العدد2755، 2006/9/6.

الفرع الأول:مفهوم المصارف الإسلامية:

المصارف الإسلامية هي مؤسسات مالية تقوم بأداء الخدمات المصرفية والمالية، كما تباشر أعمال التمويل والاستثمار وفقاً لقواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك بغرض المساهمة في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية.[3]

أولاً: تعريف المصرف الإسلامي:

المصارف الإسلامية أو البنوك الإسلامية كما عرفتها اتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية هي:"تلك البنوك أوالمؤسسات التي ينص قانون إنشائها ونظامها الأساسي صراحة على الالتزام بمبادئ الشريعة، وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذاً أوعطاءً".[4]

---

[3]– فادي محمد الرفاعي، المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص 17.

[4]– المادة 5/أ، إتفاقية إنشاء الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، وقعت هذه الاتفاقية بتاريخ 1977/9/21م بمدينة مكة المكرمة، ولقد حددت الاتفاقية مكة المكرمة مقراً لرئاسة الإتحاد، ولقد أنشىء مكتب فرعي للاتحاد في مملكة البحرين بموجب القرار رقم 9 لسنة 1997م بشأن تسجيل مكتب فرعي للاتحاد الدولي للبنوك الإسلامي في دولة البحرين، وقد بينت المادة الثالثة من الاتفاقية أهداف الاتحاد حيث نصت على:

"يهدف الإتحاد إلى دعم الروابط بين البنوك الإسلامية وتوثيق أواصر التعاون بينها،والتنسيق بين نشاطاتها، وتأكيد طابعها الإسلامي تحقيقاً لمصالحها المشتركة ودعماً لأهدافها في تحقيق قواعد ونظم المعاملات الإسلامية في المجتمع وعلى الخصوص:

أ. تقديم المعونة الفنية والخبرة للمجتمعات الإسلامية التي ترغب في إنشاء بنوك إسلامية عندما تطلب ذلك.

ب. متابعة إجراءات إنشاء البنوك الإسلامية على المستوى المحلي والدولي وتشجيع نشاطها والمساعدة على تطويرها.

ج. وضع أسس التعاون والتنسيق وتبادل الخبرات بين البنوك الإسلامية وتبادل المعلومات والبيانات الخاصة بمراكز العملاء مع الإلتزام بالسرية الكاملة بشأنها وعدم تداولها خارج نطاق البنوك الأعضاء في تذليل الصعوبات والتغلب على المشاكل التي تعترضها دون التدخل في شؤونها التنفيذية.

د. تمثيل المصالح المشتركة للبنوك الإسلامية على جميع المستويات والدفاع عن مصالح البنوك الإسلامية الأعضاء.

هـ. السعي لتحقيق ضمان حرية إنتقال الأموال بين البنوك الإسلامية.

و. العمل على تنسيق وتوحيد نظم العمل والنماذج المصرفية والقواعد الخاصة بأنشطة البنوك الإسلامية الأعضاء.

ز. النهوض بمستوى العاملين بالبنوك الإسلامية الأعضاء.

ح. إبداء المشورة وإعداد الدراسات فيما يتعلق بالمشروعات الخاصة بالبنوك الإسلامية واقتراح وسائل تدبير الموارد ودور البنوك الإسلامية في ذلك.

ط. القيام بمهمة الوساطة أو التحكيم بين البنوك الإسلامية وفقاً لنظام يضع صيغته مجلس إدارة الإتحاد.

ي. بحث مشاكل النقد والإئتمان والبنوك على الصعيدين المحلي والدولي وتقديم المقترحات المناسبة لتتمكن البنوك الإسلامية من تقديم الحلول لمواجهة هذه المشاكل.

ك. القيام بحملات توعية للمجتمعات لنشر فكرة التعامل على الأسس الإسلامية."

لمراجعة نص الاتفاقية بالكامل انظر: القرار رقم 9 لسنة 1997 بشأن تسجيل مكتب فرعي للاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية في دولة البحرين،الجريدة الرسمية العدد 2283، 1997/8/27.

وعرفها الدكتور– أحمد النجار– رائد البنوك الإسلامية–[5] بأنها:"مؤسسة مصرفية لتجميع الأموال، وتوظيفها في نطاق الشريعة الإسلامية، بما يخدم بناء مجتمع التكامل الإسلامي ويحقق عدالة التوزيع ووضع المال في المسار الإسلامي".[6]

وقد عرف قانون مصرف البحرين المركزي البنوك الإسلامية بأنها: " أي شخص اعتباري مرخص له بموجب أحكام هذا القانون بقبول الودائع وإدارتها واستثمارها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، سواء مع تقديم الخدمات الأخرى ذات العلاقة أو بدونه ".[7]

كما عرفها قانون المصارف الإسلامية الإماراتي في المادة الأولى منه بأنه: " يقصد بالمصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية التزاماً بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية و تباشر نشاطها وفقاً لهذه الأحكام".[8]

وإجمالاً للقول فإن المصرف الإسلامي هو مؤسسة مالية مصرفية تزاول أعمالها وفق أحكام الشريعة الإسلامية.[9]

---

[5]– الدكتور أحمد محمد عبد العزيز النجار، أحد الرواد الأساسيين في المصارف الإسلامية، ويكنى بـ أبو المصارف الإسلامية، وهو مؤسس بنوك الادخار المحلية بمدينة ميت غمار والتي تعتبر العتبة الأولى في طريق إنشاء المصارف الإسلامية، وقد ساهم الدكتور أحمد في التأسيس النظري والعملي للبنوك والمصارف الإسلامية، وتقلد مناصب عديدة منها الأمين العام للاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية وعميد المعهد الدولي للبنوك والاقتصاد الإسلامي في قبرص التركية. وقد أصدر الاتحاد الدولي في عهده مجلة البنوك الإسلامية التي توقّفت عن الصدور في عام 1989م، بعد أن صدر منها 69 عدداً، كما أعدّ الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية وصدر منها 6 أجزاء خلال الفترة (1977م –1984م)، وله العديد من المؤلفات منها كتاب حركة البنوك الإسلامية: حقائق الأصل وأوهام الصورة،100سؤال و100 جواب حول البنوك الإسلامية، للمزيد من المعلومات انظر:عبدالحليم عمار غربي،أحمد النجار وتجربة بنوك الادخار استحضار ذاكرة العمل المصرفي الإسلامي،مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، منشور على الموقع الإلكتروني: http://www.giem.info، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/12/22.

[6]– أحمد النجار، مجلة البنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، مصر،1979، العدد 7، ص 22.

[7]– المادة 1/6، القانون رقم 64 لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية العدد 2755، 2006/9/6.

[8]– القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي لمصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي: http://www.centralbank.ae/، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/12/22.

[9]– انظر في هذا المعنى: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر، عمان ،1998، ص174.

ثانياً: نشأة المصارف الإسلامية:

بدأت تجربة المصارف الإسلامية في مدينة ميت غمر التابعة لمحافظة الدقهلية بجمهورية مصر العربية بإنشاء الدكتور أحمد النجار لبنوك الادخار المحلية في عام 1963م، والتي تتلخص فكرتها بأن ينشأ في كل حي أو قرية بنك مستقل يستمد ودائعه من نفس المنطقة، ويقوم باستثمار تلك الودائع في النهوض باقتصادها، وقد نجحت هذه التجربة إذ تم إنشاء سبعة فروع بالقرب من مركز ميت غمر، كما قام بنك ادخار محلي في كل من مركز المنصورة ومركز دكرنس وشربين، وبلقاس، إلا أن هذه التجربة لم يكتب لها الاستمرار حيث انتهت في عام 1967م بحل بنوك الادخار المحلية وضمها إلى البنوك التقليدية القائمة آنذاك.[10]

ثم أعقب ذلك محاولة ثانية في مصر أيضاً وذلك بإنشاء بنك ناصر الاجتماعي عام 1971م وهو مؤسسة حكومية تهتم أساساً بالخدمات الاجتماعية،[11] ثم توالت بعد ذلك حركة تأسيس البنوك الإسلامية في الدول العربية ، فتأسس في عام 1974م البنك الإسلامي للتنمية بجدة ، وهو مؤسسة دولية للتمويل الإنمائي وتنمية التجارة الخارجية، وتوفير وسائل التدريب، والقيام بالأبحاث اللازمة، وتشارك فيه جميع الدول الإسلامية لدعم التنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي لشعوب الدول الأعضاء ويعتبر أول بنك دولي إسلامي[12] وهو يضم في الوقت الحالي 56 دولة إسلامية.[13]

---

[10]– عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص479 ،480.

[11]– أنشىء بنك ناصر الاجتماعي بموجب القانون رقم 66 لسنة 1971م بإنشاء هيئة عامة باسم "بنك ناصر الاجتماعي"، وقد حظر القانون على البنك التعامل مع الغير بنظام الفائدة أخذاً أو عطاءاً في المادة الثالثة منه، وبين أغراض البنك وأهدافه في المادة الثانية منه والتي تنص على: "غرض الهيئة المساهمة فى توسيع قاعدة التكامل الاجتماعى بين المواطنين ولها فى سبيل ذلك:

1. تقرير نظام للمعاشات وللتأمين وعلى الأخص التأمين التعاونى وذلك لغيرالمنتفعين بنظم المعاشات والتأمينات الاجتماعية ويتم ذلك تدريجيا.
2. منح قروض للمواطنين.
3. قبول الودائع وعلى الأخص الودائع الادخارية وتنظيم استثمارها.
4. استثمار أموال الهيئة فى المشروعات العامة والمشروعات الخاصة.
5. منح اعانات ومساعدات للمستحقين لها من المواطنين.

ويكون ذلك وفقا للشروط والأوضاع التى تحددها اللائحة التنفيذية." للمزيد من المعلومات حول بنك ناصر الاجتماعي انظر: القانون رقم 66 لسنة 1971م، الجريدة الرسمية العدد39، 1971/9/30. وكذلك: الموقع الإلكتروني الرسمي لإتحاد المصارف العربية: http://www.arablegalportal.org،وموقع بنك ناصر الاجتماعي الإلكتروني: http://nsbbank.weebly.com/index.html.وكذلك: عبدالرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص 177. وكذلك: فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 23.

[12]– فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 23.

[13]– صادقت مملكة البحرين على اتفاقية البنك الإسلامي للتنمية بموجب القانون رقم 7 لسنة 1975، الجريدة الرسمية العدد 1122، 1975/5/8. وللمزيد من المعلومات حول البنك الإسلامي للتنمية انظرموقعه الإلكتروني الرسمي: www.isdb.org.

وفي عام 1975 تأسس في دولة الإمارات بنك دبي الإسلامي وهو أول بنك إسلامي خاص، وفي عام 1977م تأسست ثلاثة بنوك إسلامية، وهي بنك فيصل الإسلامي في السودان، وبيت التمويل الكويتي في دولة الكويت، وبنك فيصل الإسلامي بالقاهرة، بعد ذلك أخذت المصارف والمؤسسات الإسلامية تتزايد بشكل واضح، كما افتتحت بعض المصارف التقليدية التجارية فروعاً لها تحمل اسم الفروع الإسلامية تقوم على ذات الأسس الذي تقوم عليها البنوك والمصارف الإسلامية.[14]

وأمام ازدهار حركة المصارف الإسلامية وتطورها، تبنت كل من إيران، والسودان وباكستان المصارف الإسلامية محولةً نظامها المصرفي إلى النظام الإسلامي الذي يمنع الربا ويتخذ من أحكام الشريعة الإسلامية منهجاً لعمله، فقد صدر قرار أسلمة الأعمال المصرفية في السودان في عام 1984م،[15] وفي ذات العام 1984م بدأ تطبيق القانون المصرفي الإسلامي الإيراني،[16] ولحقت بهم باكستان بتنفيذ العمليات المصرفية الإسلامية اللاربوية بشكل كلي في جميع مصارفها بدءاً من 1 يوليو 1985م.

أما عن نشأة المصارف الإسلامية في مملكة البحرين،[17] فقد بدأت في عام 1979 م حيث تأسس بنك البحرين الإسلامي بموجب المرسوم بقانون رقم 2 لسنة 1979م الصادر بتاريخ 7 مارس 1979م،[18] وقد زاول بنك البحرين الإسلامي أعماله في 22 نوفمبر 1979م، تلاه بعد ذلك تأسيس بنك البركة الإسلامي في البحرين في عام 1984م كشركة بحرينية مساهمة (مقفلة)،[19] ومن ثم تأسس بنك الأمين في عام 1987م

---

[14]– جلال وفاء البدري محمدين، البنوك الإسلامية: دراسة مقارنة للنظم في دولة الكويت ودول أخرى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008،ص 16 وما بعدها.

[15]–صبري شحاتة السيد البيومي،دراسات في إدارة البنوك الإسلامية بالتطبيق على الجهاز المصرفي السوداني،مكتبة عين شمس،القاهرة، 1992،ص18.

[16]– فادي محمد الرفاعي، المصدر السابق، ص 24.

[17]–حسين إسماعيل، المصارف الإسلامية في البحرين، السلسلة البحرينية الميسرة–8، مجموعة البركة المصرفية، البحرين، 2006، ص 38 وما بعدها.

[18]– المرسوم رقم 2 لسنة 1979 بالترخيص في تأسيس شركة مساهمة بحرينية مقفلة باسم بنك البحرين الإسلامي (ش.م.ب)، ملحق الجريدة الرسمية العدد 1322، 1979/3/15. افتتح بنك البحرين الإسلامي رسمياً بتاريخ 1975/12/15م من قبل الشيخ عيسى بن سلمان آل خليفة أمير البلاد الراحل. للمزيد حول بنك البحرين الإسلامي انظر الموقع الرسمي للبنك: https://www.bisb.com/ar/.

[19]– تأسس بنك البركة الإسلامي في البحرين في فبراير 1984 م، كمصرف تجزئة واستثمار إسلامي، وفي عام 2002 م تم تأسيس مجموع البركة المصرفية ش.م.ب مقفلة مرخصة كمصرف جملة إسلامي بناءاً على الترخيص الصادر لها من مصرف البحرين المركزي، وهي مدرجة في بورصتي البحرين وناسداك دبي. وتعتبر البركة من رواد العمل المصرفي الإسلامي على مستوى العالم، فهي منتشرة انتشاراً جغرافياً واسعاً ممثلاً في وحدات مصرفية تابعة ومكاتب تمثيل في خمسة عشر دولة. وتدير المجموعة أكثر من 700 فرع في كل من: تركيا، الأردن، مصر، الجزائر، تونس، =

تحت اسم "شركة الأمين للأوراق المالية والصناديق الاستثمارية ش.م.ب (معفاة)"، ومنذ مايو 2001م تحول إلى العمل كبنك استثماري إسلامي بموجب الترخيص الممنوح له من مؤسسة نقد البحرين،[20] وتضم البحرين اليوم 26 مصرفاً إسلامياً حسب إحصاءات مصرف البحرين المركزي.[21]

الفرع الثاني: خصائص المصارف الإسلامية:

تتميز البنوك والمصارف الإسلامية عن غيرها من المصارف التجارية والاستثمارية ببعض الخصائص منها:

أولاً: ارتباط المصرف الإسلامي بالشريعة الإسلامية وخضوعه في جميع تعاملاته لأحكام الشريعة الإسلامية، فالمصارف الإسلامية تستبعد التعامل بالربا والفائدة في جميع معاملاتها، وتلتزم بمقاصد الشريعة الإسلامية وأحكامها، ولضمان سلامة معاملاتها من الناحية الشرعية فهي تخضع لهيئة رقابة شرعية داخلية تابعة للمصرف ذاته تتكون عادةً من رجال الدين. فقد نص عقد تأسيس بنك البحرين الإسلامي على أن:"تلتزم الشركة بتطبيق الشريعة الإسلامية في كل ما يتصل بنشاطها من عقود ومعاملات وبوجه خاص إلغاء الربا في جميع صوره ومسمياته صريحا كان أم خفياً أو مشتبهاً في أمره. ولها أن تستعين في ذلك بلجنة للرقابة الشرعية".[22]

كما أصبحت هذه المصارف تخضع في البحرين لرقابة المجلس المركزي للرقابة الشرعية التابع لمصرف البحرين المركزي الذي أنشئ بالقرار رقم 20 لسنة 2015،[23] والذي ينص في مادتيه الثانية والثالثة على أهداف المجلس ومهامه واختصاصاته بنصه في المادة الثانية على:

=السودان، البحرين، باكستان، جنوب أفريقيا،لبنان، سوريا، العراق، والمملكة العربية السعودية، بالإضافة إلى مكتبي تمثيل في كل من إندونيسيا وليبيا. للمزيد من المعلومات حول مجموعة البركة انظر الموقع الرسمي الإلكتروني لها:http://www.albaraka.com/ar/default.asp .

[20]– حسين إسماعيل، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها. ولقد اندمج بنك الأمين مع بنك البركة الإسلامي في عام 2007م حيث تحولت جميع حقوق والتزامات بنك الأمين لبنك البركة بموجب إعلان مصرف البحرين المركزي المنشور بالجريدة الرسمية العدد 2793، 2007/5/31.

[21]– موقع مصرف البحرين المركزي الرسمي:http://www.cbb.gov.bh/ar/page_1.php?p=islamic_finance ،تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/27.

[22]– البند ثالثاً، عقد تأسيس بنك البحرين الإسلامي، المرفق بالمرسوم رقم 2 لسنة 1979 بالترخيص في تأسيس شركة مساهمة بحرينية مقفلة باسم بنك البحرين الإسلامي (ش.م.ب).

[23]– القرار رقم 20 لسنة 2015 بإنشاء مجلس مركزي للرقابة الشرعية، الجريدة الرسمية العدد 3206، 2015/4/23.

" يهدف المصرف من خلال المجلس إلى تحقيق الأغراض التالية:

1- تطوير قطاع الخدمات المالية الإسلامية.

2- وضع تطبيق معايير وممارسات موحدة لأحكام الشريعة الإسلامية في قطاع الخدمات المالية الإسلامية."

أما المادة الثالثة منه فقد نصت على أن:

" يتولى المجلس دراسة وتقديم الفتوى الشرعية أو الرأي الشرعي – أيهما أنسب- في الأمور التالية:

1) المنتجات الجديدة المقترحة من قبل المؤسسات المالية الإسلامية والنوافذ الإسلامية بالمؤسسات المالية التقليدية في مملكة البحرين.
2) ما يصدره المصرف من صكوك وأوراق مالية أخرى متوافقة مع الشريعة الإسلامية.
3) مبادرات تطوير قطاع الخدمات المالية الإسلامية وأية مبادرات أخرى تهدف إلى تعزيز الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية في قطاع الخدمات المالية الإسلامية في مملكة البحرين.
4) القواعد واللوائح التي يقترحها المصرف بشأن قطاع الخدمات المالية الإسلامية.
5) المسائل المحالة إليه من قبل المحاكم البحرينية والجهات الحكومية الأخرى فيما يتعلق بالقضايا الخاصة بقطاع الخدمات المالية الإسلامية.
6) ما يحيله إليه المصرف من مسائل وشؤون التدقيق الشرعي الداخلي والخارجي والمراجعة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية والنوافذ الإسلامية بالمؤسسات المالية التقليدية في مملكة البحرين."

ثانياً: قيام المصرف الإسلامي على أساس استثماري: يقوم المصرف الإسلامي على الاستثمار بدلاً عن الإقراض بفائدة ربوية كالتي تقوم عليها البنوك التقليدية، وذلك تطبيقاً للمبدأ الإسلامي القائل بأن النقود رؤوس أموال يتجر بها لا فيها، ويلتزم المصرف الإسلامي بقاعدتين شرعيتين أساسيتين في استثمار أموال المسلمين:[24]

[24]- نسيمة حشوف، ماهية البنوك الإسلامية، بحث منشور على موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية: www.kantakji.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/4/23.

أ. **قاعدة الغنم بالغرم:** أي إن الحق في الحصول على الربح أو العائد، يكون بقدر المشقة المتحملة من جانبه كالمخاطر أو الخسائر، على اعتبار أن البنك هو شريك في أعماله وتعتبر هذه القاعدة الأساس الفكري لكل المعاملات القائمة على المشاركة أو المعاوضة، فالمتعامل مع البنك يكون شريكاً في الربح والخسارة.[25]

ب. **قاعدة الخراج بالضمان:** أي إن الذي يضمن أصل شيء جاز له أن يحصل على ما يتولد عنه من عوائد، فالبنك الإسلامي يضمن أموال المودعين لديه في شكل ودائع أمانة تحت الطلب، ويكون الخراج المتولد عن هذا المال جائز الانتفاع لمن ضمن (وهو البنك) لأنه يكون ملزماً باستكمال النقصان الذي يحتمل حدوثه وتحمل الخسارة في حالة وقوعها، أي أن الخراج غنم والضمان غرم.[26]

ثالثاً: قيام المصرف الإسلامي على أساس تنموي، وذلك في إطار وظيفته الاجتماعية، فهو يهدف إلى تنمية المجتمع المسلم من خلال ما يقوم به من أعمال استثمارية، على خلاف البنوك التقليدية التي تقوم بالمتاجرة بالمال ببيعه عن طريق القروض المختلفة في توظيف أموالها، وهو ما يؤدي إلى تعظيم الأرباح والفوائد إذ يفترض في المصارف الإسلامية أن تعطي الأولوية فيما تقوم به من معاملات مصرفية و استثمارية للأنشطة والمشروعات النافعة و التي يكون من ضمن أهدافها تحقيق مصلحة المجتمع الإسلامي لا أن ينحصر هدفها في تحقيق الأرباح و العوائد فقط.[27] ولقد نصت اتفاقية تأسيس البنك الإسلامي للتنمية في المادة الأولى منها على: "إن هدف البنك الإسلامي للتنمية هو دعم للتنمية الاقتصادية والتقدم الاجتماعي لشعوب الدول الأعضاء والمجتمعات الإسلامية مجتمعة ومنفردة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية"، وللمصارف

---

[25]– انظر في هذا المعنى: علي أحمد الندوي، القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار عالم المعرفة، 1991،ص 98 ومابعدها.وكذلك: علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام،المجلد الأول، دار عالم الكتب، طبعة خاصة، 2003، ص 90 ومابعدها. وكذلك: محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الجزء الأول، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 2006، القاعدة 97، ص 543.

[26]– انظر في هذا المعنى: أنيس الرحمن منظور الحق، قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية، رسائل جامعية 84، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، 2009. وكذلك: سهيل أحمد فضل حوامده، قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها المعاصرة: المرابحة للآمر بالشراء في البنك الأردني الإسلامي، بحث منشورعلى الموقع الإلكتروني: http://oaji.net/articles/2016/1621-1483100343.pdf، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/27.وكذلك:علي أحمد الندوي،المرجع السابق،ص 98 ومابعدها.وكذلك:علي حيدر،المرجع السابق، ص 88 ومابعدها. وكذلك: محمد الزحيلي، المرجع السابق، القاعدة 79، ص 479.

[27]– جلال وفاء البدري محمدين،المرجع السابق، ص53.

الإسلامية دور مهم في تنمية الوعي الادخاري لدى الأفراد من أجل تعبئة الادخارات واستثمارها بدلاً من حبس الأموال وحجبها عن الاستثمار الحلال، وفي ذلك يقول الدكتور أحمد النجار إن:

" البنوك الإسلامية هي أجهزة مالية تستهدف التنمية وتعمل في إطار الشريعة الإسلامية وتلتزم بكل القيم الأخلاقية التي جاءت بها الشرائع السماوية وتسعى إلى تصحيح وظيفة رأس المال في المجتمع، وهي أجهزة تنموية اجتماعية مالية، من حيث أنها تقوم بما تقوم به البنوك من وظائف في تيسير المعاملات، وتنموية من حيث إنها تضع نفسها في خدمة المجتمع وتستهدف تحقيق التنمية فيه، وتقوم بتوظيف أموالها بأرشد السبل بما يحقق النفع للمجتمع أولاً وقبل كل شيء، واجتماعية من حيث أنها تقصد في عملها وممارستها إلى تدريب الأفراد على ترشيد الإنفاق وتدريبهم على الادخار ومعاونتهم في تنمية أموالهم لتحقيق التكافل بين الأفراد على ترشيد الإنفاق وتدريبهم على الادخار ومعاونتهم في تنمية أموالهم لتحقق التكافل بين أفراد المجتمع بالدعوة إلى أداء الزكاة وجمعها وإنفاقها في مصارفها الشرعية".[28]

وتأسيساً على ما تقدم بيانه، يمكن تحديد الإختلافات الجوهرية بين المصارف الإسلامية وغيرها من المصارف التقليدية والمؤسسات المالية على النحو التالي:[29]

1. تقرير العمل كمصدر للكسب في المصارف الإسلامية بديلا عن اعتبار المال المصدر الوحيد للكسب في النشاط المصرفي التقليدي.
2. تقرير مبدأ المشاركة في الغنم والغرم المتمثل في المضاربة والمشاركة الإسلامية بديلا عن مبدأ الغنم المضمون في سعر الفائدة الثابت.
3. تصحيح وظيفة رأس المال في المجتمع كخادم لمصالحه لا ككيان مستقل ينمو بمعزل عن المجتمع وفي معزل عن مصالحه واحتياجاته الضرورية.

[28]– جلال وفاء البدري محمدين،المرجع السابق، ص 54، نقلاً عن الدكتور أحمد النجار، عن البنوك الإسلامية: ماذا قالوا – الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية – القاهرة 1982، ص 9–10.

[29]– انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المفيد في عمليات البنوك الإسلامية، بنك البحرين الإسلامي، (دون تاريخ)، ص 20. وكذلك: محمد عثمان شبير،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي،دار النفائس،الأردن، الطبعة السادسة،2007،ص 358. وكذلك: نسيمة حشوف، المرجع السابق،ص 7.

المطلب الثاني
مفهوم التمويل العقاري

التمويل العقاري هو عملية مالية وائتمانية، تختص بكل ما يتعلق بالعقار سواء كان تشييداً أو شراء أو ترميماً أو إعادة صيانة، وبغض النظر عن الغرض منه وكونه شخصياً أم تجارياً، ويعرفه البعض بأنه: "عملية قانونية تهدف إلى أن يضع شخص أو مؤسسة مالية تحت تصرف أحد الأشخاص مبالغ مالية تخصص بصفة أساسية لتملك أحد العقارات في مقابل ضمان يقدمه الشخص المدين."[30]

ويقصد بالعقار"كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه،لا يمكن نقله من دون تلف أو تغيير في هيئته، قائم بحدود وموقع ومساحة معينة، ويكون مملوكاً لشخص واحد أو لأشخاص على الشيوع من دون أن يُفصل جزءاً عن سائر الأجزاء الأخرى بفاصل من ملك عام أو خاص، أو دون أن يكون لجزء منه أو عليه من الحقوق ما ليس للأجزاء الأخرى أو عليها".[31]

وقد تعددت تعريفات التمويل العقاري سواء كانت من قبل الباحثين أو المشرعين في الدول التي وضعت نظاماً قانونياً خاصاً بالتمويل العقاري، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية وفي جمهورية مصر، فقد عرفته اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري السعودي بأنه:" منح الائتمان لتملك المستفيد السكن"،[32] كما عرفت اللائحة عقد التمويل العقاري بأنه "عقد الدفع الآجل لتملك المستفيد السكن".[33]

---

[30]– عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث، التمويل العقاري، مطابع الحميصي، الرياض، 2007، ص64.

[31]– المادة 28/1، القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان، الجريدة الرسمية العدد 2320، 2015/10/8. وللمزيد انظر في هذا المعنى: حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، (دون تاريخ)، ص709. وكذلك:عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث، المرجع السابق،ص64. وكذلك: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن حق الملكية، دار إحياء التراث، بيروت،(دون تاريخ)،ص 19. وكذلك: محمد حسين عبدالعال، المدخل لدراسة القانون، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، 2004، ص 428. و كذلك: نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، ص 243.

[32]– المادة 5/1، اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري السعودي، منشورة على الموقع الإلكتروني الرسمي لمؤسسة النقد العربي السعودي: http://www.sama.gov.sa/ar-sa/Laws/Pages/Finance.aspx، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/11/17.

[33]– المادة 6/1، اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري السعودي.

وخلافاً للقانون السعودي الذي اخذ بالتعريف الضيق للتمويل العقاري قاصراً إياه على غرض السكنى فقد توسع قانون التمويل العقاري المصري (القانون رقم 148 لسنة 2001)[34] في تعريف التمويل العقاري بأنه: التمويل في أي من الأنشطة الواردة في المادة (1) من القانون بنصها على أن:[35]

"تسري أحكام هذا القانون على أنشطة التمويل العقاري وهي:

أ. تمويل شراء أو بناء أو ترميم أو تحسين العقارات لأغراض السكن والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية ومباني المحال المخصصة للنشاط التجاري.

ب. الإجارة مع مراعاة أحكام القانون رقم 95 لسنة 1995 في شأن التأجير التمويلي.

ج. تمويل شراء حق الانتفاع بالعقارات.

د. تمويل شراء العقارات بنظامي المشاركة والمرابحة.

هـ. إعادة التمويل العقاري."[36]

وقد خلا القانون البحريني من تنظيم قانوني دقيق للتمويل العقاري في القطاع الخاص، حيث ترك الأمر لمبدأ السوق الحر والمنافسة الحرة بين المصارف سواء التجارية أو الإسلامية العاملة في البحرين وشركات التمويل، خاصةً وإن مصرف البحرين المركزي لم يضع حداً أقصى للفائدة الاتفاقية على التسهيلات والقروض التي تقدمها المصارف وشركات التمويل، ولكن نظراً لأهمية السكن وحاجة الإنسان الأساسية للسكن الملائم فإن المملكة تقدم الدعم الحكومي لذوي الدخل المحدود عن طريق نظام الإسكان الذي يحدد الفئات المستحقة لكل نوع من أنواع الدعم الحكومي،[37] سواء كان بتمليك السكن أو تأجيره أو إقراض المواطنين، ولقد أشركت وزارة الإسكان . مؤخراً . المصارف العاملة في البحرين في دعمها للإسكان عن طريق

---

[34]– القانون رقم 148 لسنة 2001 بإصدار قانون التمويل العقاري، الجريدة الرسمية العدد25 مكرر، 2001/6/24. منشورة على الموقع الرسمي للهيئة العامة للرقابة المالية السعودية:https://www.efsa.gov.eg ، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/11/17.

[35]– تنص المادة 2/ج من القانون رقم 148 لسنة 2001 بإصدار قانون التمويل العقاري المعدلة بموجب القانون رقم 55 لسنة 2014 بتعديل بعض أحكام قانون التمويل العقاري والقانون الصادر به رقم 148 لسنة 2001 على:" (ج) التمويل العقاري: التمويل في أي من الأنشطة المنصوص عليها في المادة (1) من القانون المرافق أو التي يتم إضافتها بقرار من الوزير المختص بعد موافقة مجلس إدارة الهيئة".

الجريدة الرسمية العدد26 مكرر(هـ)، 2014/7/2. منشورة على الموقع الرسمي للهيئة العامة للرقابة المالية:https://www.efsa.gov.eg ، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/11/17.

[36]– المادة 1، قانون التمويل العقاري المصري.

[37]– انظر: المرسوم بقانون رقم 10 لسنة 1976 في شأن الإسكان، الجريدة الرسمية العدد 1166، 1976/3/11. وكذلك: القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان.الجريدة الرسمية العدد. وللمزيد حول نظام الإسكان في مملكة البحرين انظر الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة الإسكان: http://housing.gov.bh، وكذلك الموقع الرسمي لبنك الإسكان: http://www.eskanbank.com .

برنامج السكن الاجتماعي"مزايا" و الذي عرفه القرار رقم 227 لسنة 2014 بأنه: " تعاون الوزارة مع القطاع الخاص للدعم الإسكاني للمواطنين الذين تتوافر فيهم الشروط المنصوص عليها في هذا القرار".[38]

ونظرا لكون هذه الدراسة تتعلق بالنظام القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي في المجال العقاري، فمن الضروري التطرق إلى نظام التمويل العقاري كنظام خاص بدراسة خصائصه وطبيعته وأطرافه من خلال دراسة قوانين التمويل العقاري في بعض الدول المجاورة التي تأخذ بنظام التمويل العقاري كالمملكة العربية السعودية وجمهورية مصر العربية لكون تشريعاتهما تنظم اتفاق التمويل العقاري في القطاع الخاص، ومن ثم نتطرق إلى التمويل العقاري في البحرين، وذلك قبل الخوض في بيان آليات التمويل المصرفي الإسلامي.

الفرع الأول: نظام التمويل العقاري:

دفعت أهمية القطاع العقاري وارتباطه الوثيق بالاقتصاد الوطني، وبحاجة الإنسان الأساسية للسكن والمأوى بعض الدول إلى تنظيم التمويل العقاري عن طريق المصارف وشركات التمويل بتشريعات صارمة متعلقة بالنظام العام حمايةً للمتعامل معهم ومنعاً للتلاعب في سوق العقار، ومن الدول العربية التي شرعت هذه القوانين جمهورية مصر العربية بإصدارها للقانون رقم 148 لسنة2001 بإصدار قانون التمويل العقاري، والمملكة العربية السعودية بإصدارها لنظام التمويل العقاري.

وعليه يمكن القول بأن نظام التمويل العقاري هو مجموعة القواعد القانونية التي تحدد الإطار العام المنظم لقطاع التمويل العقاري والعلاقة بين أطراف العقد بما يكفل حماية حقوق كل طرف.[39]

وبمطالعة قانون التمويل العقاري المصري ونظام التمويل العقاري السعودي يتبين لنا إن الإطار العام لهما قد اشتمل على أحكام عامة وأحكام خاصة بكل ما يتعلق:باتفاق التمويل العقاري وضمانات التمويل العقاري والتنفيذ على العقار وشركات التمويل العقاري،وإعادة التمويل والرقابة على شركات التمويل والعقوبات

---

[38]– المادة3/1، قرار وزير الإسكان رقم 227 لسنة 2014 في شأن برنامج تمويل السكن الاجتماعي، الجريدة الرسمية العدد 3163، 2014/7/3. وللمزيد حول برنامج السكن الاجتماعي انظر الموقع الرسمي لوزارة الإسكان وكذلك الموقع الرسمي لبنك الإسكان السابق الإشارة لهما.

[39]– فواز بن خلف اللويحي المطيري، الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري، دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في فلسفة العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، ص32، منشورة على الموقع الرسمي لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية: www.nauss.edu.sa، تاريخ الإطلاع عليها: 2015/11/25.

المقررة على مخالفة هذا القانون، كما اشتمل الإطار العام لهما على نوعين من التمويل هما:التمويل التجاري الخاص والتمويل المدعوم من قبل الدولة، إلا أن نظام التمويل السعودي قد اقتصر في تنظيمه على غرض السكنى فقط بينما اتسع نطاق قانون التمويل العقاري المصري حيث شمل: الأنشطة التجارية، والوحدات الإدارية والمنشآت الخدمية كذلك.

وسنكتفي في هذا المبحث بدراسة أطراف وخصائص اتفاق التمويل العقاري:

أولاً: أطراف اتفاق التمويل العقاري:

اتفاق التمويل العقاري يُعقد بين طرفين هما:

أ- **الممول:** وهو من يقوم بإمداد المستثمر بالتمويل اللازم له، وطبقاً لقوانين التمويل العقاري فهو الشخص المرخص له بمزاولة نشاط التمويل العقاري، وهو إما أن يكون جهة حكومية كصندوق ضمان ودعم نشاط التمويل العقاري المصري أو بنكاً تجارياً أو شركة مرخص لها بممارسة نشاط التمويل العقاري،حيث أوجب القانونان المصري والسعودي بأن يكون الممول مؤسسة مالية لها شخصية اعتبارية،[40] حيث نص نظام التمويل السعودي على أنّ: "الممول العقاري: البنوك التجارية وشركات التمويل المرخص لها بمزاولة نشاط التمويل العقاري"،[41] كما نص قانون التمويل العقاري المصري في المادة الثالثة منه على أن:

" تكون للجهات التالية دون غيرها مزاولة نشاط التمويل العقاري المنصوص عليه في هذا القانون بشرط قيدها في سجل تعده الجهة الإدارية لهذا الغرض:

(1) الأشخاص الاعتبارية العامة التي يدخل نشاط التمويل العقاري ضمن أغراضها.

(2) شركات التمويل العقاري المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون.

و يجوز للبنوك المسجلة لدى البنك المركزي المصري بعد موافقته ووفقاً للقواعد التي يقررها أن تزاول نشاط التمويل العقاري دون قيدها لدى الجهة الإدارية، ولا تسري عليها أحكام الفقرة الثانية من المادة (4) والباب السابع من هذا القانون".

---

[40]- انظر في هذا المعنى: ثروت عبد الحميد، اتفاق التمويل العقاري: دراسة في أحكام قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة،المنصورة،2002، ص84. وكذلك: عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث،المرجع السابق، ص66. وكذلك: علاء حسين علي، اتفاقية التمويل العقاري، المرجع السابق، ص 101.

[41]- المادة 7/1، نظام التمويل العقاري السعودي.

ب-**طالب التمويل:** هو الشخص الذي يحصل على التمويل العقاري، وقد يكون شخصا طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً.[42] وقد سماه قانون التمويل العقاري المصري بـ (المستثمر) معرفاً إيّاه بأنه: "المشتري أو من حصل على التمويل في غير حالة الشراء".[43] أما النظام السعودي فقد سماه بـ (المستهلك) معرفاً إيّاه بأنه: " كل شخص توجه له خدمات التمويل العقاري".[44] ولقد ميّز نظام التمويل السعودي ذوي الدخل المنخفض من الأشخاص الطبيعيين عن غيرهم، بأن جعل لهم الحق في الحصول على الدعم الحكومي إذا توافرت فيهم الشروط المحددة قانوناً،حيث نص على أنّ: "مستحق الدعم: الشخص السعودي ذو الصفة الطبيعية الذي لا يتجاوز دخله الحد الذي يقترحه الوزير من حين إلى آخر ويوافق عليه مجلس الوزراء".[45]

ثانياً: خصائص اتفاق التمويل العقاري:

اتفاق التمويل العقاري عقد ائتمان ذو طبيعة خاصة، فهوعقد مركب يدمج بين عدة عقود كعقد القرض وعقد البيع أوعقد المقاولة وعقد التأمين وعقد الرهن التأميني وعقد الكفالة الشخصية، والتي فقدت ذاتيتها الخاصة من أجل تحقيق هدف مشترك وهو تمويل العقد العقاري (بيع أومقاولة).[46] لذا ينفرد اتفاق التمويل العقاري بخصائص تميزه عن غيره من العقود، فهو عقد مستقل له وجوده الذاتي المتميز في القوانين المنظمة له بشكل مستقل، وهو أحد العقود المالية المهمة وذلك لتعلقه بحاجة أساسية للإنسان ألا وهي الحاجة إلى السكن والعقار بشكل عام، لذا فهو يتميز بكونه عقد مالي متعلق بالنظام العام، وهو من عقود الاستهلاك وعقود الإذعان.

---

[42]- انظر في هذا المعنى: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص 94. وكذلك: عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث،المرجع السابق، ص66. وكذلك: علاء حسين علي، اتفاقية التمويل العقاري، المرجع السابق، ص 101.

[43]- المادة الثانية/ح، قانون التمويل العقاري المصري.

[44]- المادة 6/1، نظام التمويل العقاري السعودي.

[45]- المادة 10/1، نظام التمويل العقاري السعودي.

[46]- انظر في هذا المعنى:أسامة شهاب حمد جعفري، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المفهوم القانوني لعقد التمويل العقاري: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بابل، العراق،المجلد 7، العدد 3،2015،ص197 ومابعدها. وكذلك: علاء حسين علي، اتفاق التمويل العقاري دراسة في القانون المدني العراقي وقانوني التمويل العقاري المصري رقم (148) لسنة 2001 والفرنسي رقم (579) لسنة 1971، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية،جامعة القادسية،العراق،المجلد الثاني، العدد الثاني، كانون الأول (ديسمبر) 2009،ص 95 ومابعدها.وكذلك: علاء حسين علي،التمويل العقاري وضوابط توظيفه في المعاملات الشرعية، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد الأول، العدد الأول، 2010، ص 324.

أ. اتفاق التمويل العقاري عقد مالي:

التمويل العقاري عملية مالية من حيث الفكرة والموضوع، وهو في حقيقته من حيث التطبيق ائتمان يمنح في صورة نقدية، سواء مباشرة بأن يوضع في يد المشتري ليسدد منه ثمن العقار أو نفقات ترميمه وتحسينه، أو بطريقة غير مباشرة بأن يسلم للبائع وفاءً للثمن، و كذلك في حالة التعاقد مع الغير– كالمقاول مثلاً –لإقامة بناء على أرض المستثمر، وتترجم هذه العملية في النهاية في صورة دين بمبلغ من النقود على المستثمر أن يسدده على أقساط إلى الممول وفقاً للطريقة والشروط التي يتفقان عليها.[47]

ويذهب البعض إلى القول: بأنّ عقد التمويل العقاري هو في حقيقته قرض مالي[48] إلا أنه بعد أن نص قانون التمويل العقاري المصري على صيغ التمويل الإسلامية كالمرابحة والمشاركة المتناقصة والإجارة المنتهية بالتمليك، فإنه لا يمكن التسليم بهذا الرأي بشكل مطلق، وذلك لاختلاف طبيعة هذه العمليات عن القرض كما سيتم بيانه . بشكل مفصل لاحقاً.

ب. اتفاق التمويل العقاري من عقود الاستهلاك:

يعرَّف المستهلك بأنه كل شخص طبيعي أواعتباري يحصل على المنتجات إشباعاً لحاجاته أو حاجات التابعين له،[49] ولمّا كان العقار أحد الحاجات الأساسية التي لا يمكن الاستغناء عنها، سواء للشخص الطبيعي للسكن، أو للشخص الاعتباري كمقر لممارسة نشاطه، أو سكن لعملائه والتابعين له، لذا فإنه انطلاقا من ذلك فإن عقود التمويل العقاري تعتبرمن عقود الاستهلاك التي توليها الدول اهتماماً بالغاً وذلك لحماية المستهلك الطرف الضعيف في هذه العقود من استغلال شركات التمويل لحاجته للعقار باعتبارها مهني متخصص في خدمات التمويل والإقراض تمتلك من المعلومات والمعارف والخبرة ما لا يمتلكها

[47]– انظر في هذا المعنى: أسامة شهاب حمد جعفري، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المرجع السابق، ص 187. وكذلك: ثروت عبد الحميد،المرجع السابق، ص21. وكذلك: عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث،المرجع السابق، ص61.

[48]– ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص17.

[49]– المادة 3/1 من القانون رقم 35 لسنة 2012 بشأن حماية المستهلك،الجريدة الرسمية العدد 3063، 2012/8/2.

المستهلك العادي.[50] ولقد اعتبر المشرع السعودي عقد التمويل العقاري من عقود الاستهلاك حيث أطلق على المستفيد من النظام مسمى "المستهلك".[51]

ولحماية المستهلك في عقود التمويل العقاري فقد بينت اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري السعودي المعلومات الواجب بيانها في العقد،[52] كما أوجبت ذات اللائحة التنفيذية أن يتصدر عقد التمويل

---

[50]– انظر في هذا المعنى: أسامة شهاب حمد جعفري، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المرجع السابق، ص 191. وكذلك: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص17. وكذلك: عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث،المرجع السابق، ص 62.

[51]– المادة 6/1، نظام التمويل العقاري السعودي.

[52]– تنص المادة 10 من اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري السعودي على: " مع مراعاة ما ورد في اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل، يجب أن يحرر عقد كتابي أو إلكتروني بين الممول العقاري والمستفيد، ويجب أن يتضمن العقد على الأقل البيانات والمعلومات الآتية :

1. أسماء أطراف عقد التمويل العقاري، ورقم السجل المدني أو رقم الإقامة للمستفيد، وعناوينهم الرسمية، ووسائل الاتصال بهم، وتشمل الهاتف الجوال، والبريد الإلكتروني إن وجد.
2. الوسيط العقاري إن وجد.
3. مدة عقد التمويل العقاري.
4. إجمالي مبلغ التمويل العقاري.
5. كلفة الأجل، وشروط تطبيقها، وأي مؤشر أو معدل مرجعي لكلفة الأجل الابتدائية المتفق عليها، ومدد وشروط وإجراءات تغيير كلفة الأجل.
6. معدل النسبة السنوي محسوباً وفق أحكام اللائحة التنفيذية لنظام مراقبة شركات التمويل.
7. إجمالي المبلغ المستحق الأداء على المستفيد، محسوباً في وقت إبرام عقد التمويل العقاري، مع بيان الفرضيات المتبعة في حساب ذلك المبلغ.
8. مقدار مبلغ الأقساط المتعين على المستفيد سدادها وعددها ومددها، وأسلوب توزيعها على المبالغ المتبقية في حال كانت كلفة الأجل ثابتة. وفي حال كانت كلفة الأجل متغيرة يجب وضع ثلاثة أمثال لمقدار الأقساط أخذاً بالاعتبار كلفة الأجل الابتدائية وكلفتين أعلى وأدنى منها.
9. مدد سداد الرسوم أو الأموال التي يلزم سدادها دون سداد مبلغ التمويل، وشروط ذلك السداد.
10. بيان الآثار المترتبة على التأخر في أداء الأقساط.
11. رسوم التوثيق المقررة عند الاقتضاء.
12. الضمان والتأمين اللازم.
13. إجراءات ممارسة حق الانسحاب وشروطه والالتزامات المالية المترتبة على ممارسته.
14. إجراءات السداد المبكر، وإجراءات تعويض الممول العقاري عند الاقتضاء، وكيفية تحديد هذا التعويض.
15. إجراء ممارسة حق إنهاء عقد التمويل العقاري.
16. بيانات المسكن محل عقد التمويل العقاري، وتشمل: المدينة، والحي، والشارع، والرقم والنوع، ومساحة الأرض ومساحة البناء، وعدد الغرف، وتاريخ الإنشاء، ورقم صك ملكية السكن.
17. إقرار الممول العقاري بتحققه من سلامة ملكية العقار وخلوه من الالتزامات العينية، وبيان حالته.
18. إقرار المستفيد باطلاعه على العقار ومعاينته والموافقة عليه، دون أن يخل ذلك بمسئولية الممول العقاري في التحقق من سلامة العقار.
19. رقم الحساب الخاص بإيداع أقساط التمويل العقاري، واسم البنك.
20. مدة ضمان المطور العقاري أو المقاول للمبنى، واسم الاستشاري المصمم، والاستشاري المشرف على البناء، وأرقام تراخيصهم. =

العقاري ملخص يتضمن المعلومات الأساسية للمنتج التمويلي وأحكام عقد التمويل الأساسية، بلغة واضحة للمستفيد، وفقاً للنموذج الذي تقرره المؤسسة، وأن يوثق تسلم المستفيد لهذا الملخص في ملف التمويل.[53]

وكذلك نظمت اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري المصري المعلومات واجبة الذكر في عقد التمويل العقاري،[54] كما أوجب قانون التمويل العقاري المصري على الممول:

1. أن يزود المستثمر بنموذج الشروط الأساسية التي تعدها الجهة الإدارية وإرفاق إقرار المستثمر باستلامه هذا النموذج واطلاعه عليه قبل توقيعه على اتفاق التمويل.[55]
2. أن يزود الممول المستثمر مرتين سنوياً على الأقل بجميع المعلومات المتعلقة باتفاق التمويل وتزويده بأي تعديل يطرأ على هذه البيانات، وكان هذا الالتزام واجب بشكل شهري على الممول إلا إن قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 55 لسنة 2014 قد خفّف هذا الالتزام وجعله كحد أدنى مرتين سنوياً.[56]

ولقد كان المشرع المصري يشترط في المادة (3 من اللائحة التنفيذية)[57] عدم تجاوز قسط التمويل 40% من مجموع دخل المستثمر من غير ذوي الدخول المنخفضة إلا أنه ألغى هذا الشرط بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 2 لسنة 2015 بتعديل أحكام اللائحة التنفيذية للتمويل العقاري.[58]

= 21. رقم تسجيل جمعية الملاك، وتاريخه، ومحل التسجيل، وذلك للعقارات مفرزة الملكية.

22. آلية وتوقيت الفحص الذي يجريه الممول العقاري للتحقق من سلامة العقار مرة على الأقل كل ثلاث سنوات.

23. إذن المستفيد بإدراج معلوماته في السجل الائتماني.

24. وصف معادلة تحديد السعر في عقود التمويل العقاري متغيرة سعر كلفة الأجل لتمكين المستهلك من فهم كلفة الأجل، وتوزيع الكلفة على مدة الوفاء.

25. أي بيانات أو معلومات أخرى تقررها المؤسسة".

[53]– المادة 11، اللائحة التنفيذية لنظام التمويل العقاري السعودي.

[54]– المادة 2، اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري المصري.

[55]– تنص المادة 39 من قانون التمويل العقاري المصري على: "تعد الجهة الإدارية نموذجاً بالشروط الأساسية للتمويل العقاري، وعلى الممول أو الوسيط أن يسلم طالب التمويل صورة من هذا النموذج. ويجب أن يرفق باتفاق التمويل إقرار من المستثمر بأنه تسلم تلك الصورة واطلع عليها قبل التوقيع على اتفاق التمويل".

[56]– تنص المادة 40 من قانون التمويل العقاري المصري على: "يلتزم الممول بإبلاغ المستثمر مرتين سنوياً على الأقل بجميع البيانات المتعلقة باتفاق التمويل وكذلك عند حدوث أي تعديل في هذه البيانات وذلك وفقاً لما تحدده الهيئة"، ولقد كانت هذه المادة تنص قبل التعديل على: "يلتزم الممول بإبلاغ المستثمر شهرياً بجميع البيانات المتعلقة باتفاق التمويل وذلك وفقاً لما تحدده اللائحة التنفيذية".

[57]– لقد كانت المادة 3/ و من اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري المصري تنص على: " تكون مزاولة نشاط التمويل العقاري وفقاً للمعايير الآتية: و– لا يجوز أن يزيد قسط التمويل على أربعين في المائة من مجموع دخل المستثمرين من غير ذوي الدخول المنخفضة المنصوص عليهم في المادة (6) من هذه اللائحة".

ويترتب على اعتبار عقد التمويل من عقود الاستهلاك خضوعه إلى الحماية والضمانات المنصوص عليها في قانون حماية المستهلك:حق الأمان، حق المعرفة، حق الحرية في الاختيار، حق إشباع الحاجات الأساسية، حق التثقيف، حق التعويض، حق الحياة في بيئة سليمة.[59] وذلك إلى جانب الضمانات والشروط المنصوص عليها في قوانين التمويل العقاري التي أشرنا إلى بعضها على سبيل الاستدلال لا الحصر.

ويستثنى من اعتبار عقود التمويل من عقود الاستهلاك، حالة ما إذا كان المستفيد أو المستثمر فيها شخصاً مهنياً، يتخذ من مجال إنشاء المساكن والمباني نشاطاً له، وله دراية وخبرة كبيرة بمجال التمويل العقاري وتأميناته، حيث يخرج اتفاق الممول معه في هذه الحالة من إطار عقود الاستهلاك إلى إطار العقود المهنية. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم تطبيق أحكام القانون 13 يوليو 1979 الخاص بتبصير وحماية المقترضين في المجال العقاري على الشركة التي تتخذ من شراء العقارات والحقوق العقارية أو إداراتها أو استغلالها – بالتأجير أوغيرها– نشاطاً لها أيّاً كان عدد العقارات التي تمارس عليها هذه النشاطات.[60]

---

[58]– تنص المادة 3 من قرار مجلس الوزراء رقم 2 لسنة2015 بتعديل اللائحة التنفيذية لقانون التمويل العقاري على:" تكون مزاولة أنشطة ومجالات التمويل العقاري وفقاً للقواعد والمعايير التي يحددها مجلس إدارة الهيئة طبقاً لطبيعة كل نشاط،، كما يضع مجلس إدارة الهيئة القواعد المنظمة لحالات انقضاء عقد الإجارة أو المشاركة أو حق الانتفاع قبل المدة المحددة في العقد بسبب وفاة المستثمر أو عجزه أو امتناعه عن الوفاء بالأقساط المستحقة، وذلك بمراعاة القيمة السوقية للعقار وما قام المستثمر بسداده مقابل تملكه العقار أو حق الانتفاع به"، الجريدة الرسمية العدد13 مكرر (ب)،2015/4/1. منشورعلى الموقع الرسمي للهيئة العامة للرقابة المالية المصرية: https://www.efsa.gov.eg ، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/11/17.

[59]– تنص المادة 2 من قانون حماية المستهلك البحريني على: "يهدف هذا القانون إلى حماية المستهلك وضمان حقوقه قبل وبعد التعاقد، وبصفة خاصة الحقوق التالية:

1)الحق في الصحة والسلامة عند استعماله العادي للمنتجات.
2)الحق في الحصول على المعلومات والبيانات الصحيحة عن المنتجات التي يشتريها أو يستخدمها أو تقدم إليه.
3)الحق في الاختيار الحر لمنتجات تتوافر فيها شروط الجودة المطابقة للمواصفات المعتمدة قانوناً.
4)الحق في الحصول على المعرفة بحماية حقوقه ومصالحه المشروعة.
5)حق احترام خصوصية المستهلك، والحفاظ على معلوماته الشخصية وعدم استغلالها لأغراض أخرى.
6)حق المستهلك في الحياة في بيئة صحية."

[60]– نقض مدني فرنسي (الدائرة الأولى)، أكتوبر 1994، مجلة القانون العقاري 1995، ص 363، نقلاً عن :ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص39.

ج. أحكام التمويل العقاري من قواعد النظام العام:

تعتبر القواعد القانونية من النظام العام متى كانت تستهدف تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد ويجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها، ويقع باطلاً كل تصرف يخالفها أو يتناقض معها.[61]

ولا شك أن المسائل المتعلقة بالتمويل العقاري تمس دعامةً أساسيةً من دعائم المجتمع بجميع صوره الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فهي أولاً تتعلق بالعقارات والتي تشكل جزءاً من أقليم الدولة وإحدى المكونات الأساسية للاقتصاد الوطني الذي يسعى المشرع عادةً لفرض قواعد آمرة في المسائل المتعلقة به نظراً لتعلقه بالأمن الاقتصادي للدولة، كما إن الهدف الأساسي الذي يسعى المشرع عادةً إلى تحقيقه بإصدار قوانين التمويل العقاري هو القضاء على مشكلة الإسكان لضمان حصول المواطن على حقه في السكن الملائم، وتخفيف العبء عن كيان الدولة، خصوصاً في الدول التي تدعم القطاع السكني بتوفيرها المساكن لمواطنيها بأسعار منخفضة، أو بتمويلها للمواطنين بالقروض التي تعينهم على تملك العقارات بدون فوائد أو بفوائد منخفضة جداً، وهي مسألة تمس الأمن الاجتماعي للدولة كذلك، لذا من الطبيعي أن تكون قوانين التمويل العقاري متعلقة بالنظام العام .

وبالإضافة الى ما تقدم، فقد نظمت هذه القوانين مسائل رهن العقار و الحجز عليه وإجراءات بيعه في حالة تعثر طالب التمويل أو امتناعه عند سداد الأقساط للممول، وهي أمور تتعلق بالنظام العام، فلقد استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على إن القواعد الخاصة بإجراءات الحجز على الأموال بصفة عامة وحالاته وشروط توقيعه والجهة المختصة بالأمر به تتعلق بالنظام العام.[62]

---

[61]– استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على إن: "القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي تلك التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصحلة الأفراد فيجب على جميع الأفراد مراعاة هذه المصلحة وتحقيقها ولا يجوز لهم أن يناهضوها باتفاقات فيما بينهم حتى لو حققت هذه الاتفاقات لهم مصالح فردية باعتبار أن المصلحة الفردية لا تقوم أمام المصلحة العامة وسواء ورد في القانون نص يحرمها أم لم يرد". انظر:الطعن رقم 252 لسنة 2005، الصادر بجلسة 2006/1/2، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة السابعة عشر من يناير إلى ديسمبر2006، الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، ص 35.الطعن رقم 151 لسنة 2007، الصادر بجلسة2007/7/1، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الثامنة عشر من يناير إلى ديسمبر 2007،الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، ص 947. وللمزيد حول القواعد القانوينة الآمرة المتعلقة بالنظام العام انظر في هذا المعنى:حسن كيره،المرجع السابق،ص 42. وكذلك:سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون،منشأة المعارف، الإسكندرية،1999، ص 84 ومابعدها. وكذلك: محمد حسين عبدالعال، المرجع السابق، ص 116 ومابعدها.

[62]–انظر في هذا المعنى: الطعن رقم 169 لسنة 2008، الصادر بجلسة 2009/1/19، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة العشرون من يناير إلى ديسمبر 2009، الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، ص61. وكذلك: الطعن رقم19 لسنة=

ولقد نصت المادة (36) من القانون الفرنسي الصادر في 13 يوليو 1979م المتعلق بتبصير وحماية المقترضين في المجال العقاري على طبيعة نصوص التمويل العقاري باعتبارها من النظام العام صراحةً بقولها:" تعتبر نصوص هذا القانون متعلقة بالنظام العام".[63] ومع أن القانونين المصري والسعودي لم يتضمنا نصاً مماثلا إلا أنهما عالجا الرقابة على شركات وجهات التمويل العقاري بأحكام خاصة، ففرضا عقوبات إدارية وجنائية على مخالفة نصوص هذين القانونين، وهو ما يتأكد معه تعلق هذين القانونين بالنظام العام، فيترتب على ذلك بطلان الشروط المخالفة لهما.

د. اتفاق التمويل العقاري من عقود الإذعان:

عقد الإذعان وفقاً للمفهوم الحديث هو العقد الذي يكون أحد طرفيه في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث المقدرة الاقتصادية أو الخبرة المهنية أو التنظيم الفني،[64] أي هي العقود المبرمة بين محترف مهني وغير محترف عديم الخبرة. فالمعيار لتقرير صفة الإذعان يقوم على أساس التفوق الاقتصادي أو المعرفي لأحد الطرفين على الآخر.[65]

كما إن عقد الإذعان وفقاً للمفهوم التقليدي هو العقد الذي يخضع أحد طرفيه للشروط التي ينفرد بوضعها الطرف الآخر، ولا يستطيع الطرف الضعيف مناقشة الشروط أو تعديلها كونه في مركز اقتصادي قوي يتمتع باحتكار قانوني أو فعلي لسلعة أو لخدمة تعد من الضروريات الأولية لمجموع الناس بحيث يضطرون إلى التعاقد عليها حتى ولو كانت الشروط مجحفةً وتعسفيةً.[66]

=2007، الصادر بجلسة 2007/4/23، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الثامنة عشر من يناير إلى ديسمبر 2007، المرجع السابق، ص 578.

[63]– نقلاً عن ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص60.

[64]– أنظر في هذا المعنى: أحمد المنصوري، منير البصري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقالة قانونية منشورة على الموقع الإلكتروني لمجلة القانون والأعمال،جامعة الحسن الأول:http://www.droitetentreprise.com/web، تاريخ الإطلاع عليها:2017/5/27. وكذلك: أسامة شهاب حمد جعفري، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المرجع السابق،ص 191. وكذلك: عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث، المرجع السابق،ص 65.

[65]– أسامة شهاب حمد جعفري، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المرجع السابق،ص 191.

[66]– خصائص عقد الإذعان وفقاً للمفهوم التقليدي كما أوردها الدكتور عبدالرزاق السنهوري: " (1) تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين. (2) احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق. (3) صدور الإيجاب إلى الناس كافة وبشروط واحدة على نحو مستمر أي لمدة غير محدودة. ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية وأخرى تشدد في مسئولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس." عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الأول مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث، بيروت،(دون تاريخ)، ص 230. وللمزيد من المعلومات أنظر في هذا المعنى: صبري حمد خاطر،=

ويعتبر عقد التمويل العقاري عقد إذعان وفقاً للمفهوم الحديث للإذعان وذلك للتفاوت الاقتصادي والمعرفي بين طرفيه، فطالب التمويل العقاري غالباً ما يكون شخصاً غير محترف عديم الخبرة،على عكس شركات التمويل العقاري والمصارف المهنية التي تهيمن على شروط العقد وأحكامه بإصدارها نماذج محددة على طالب التمويل قبولها أو رفضها، دون أن يكون له الحق في إجراء أي تعديل عليها.علاوةً على ذلك فإن طبيعة الحاجة إلى تمويل السكن واعتبارها حاجة أساسية تحتكرها شركات التمويل العقاري والمصارف المرخص لها بمزاولة التمويل العقاري.[67] تجعل من عقد التمويل العقاري عقد إذعان وفقاً للمفهوم التقليدي كذلك.

الفرع الثاني: التمويل العقاري في مملكة البحرين:

تفتقر مملكة البحرين إلى نظام قانوني واضح ومتخصص في التمويل العقاري، فعلى الرغم من خضوع جميع عمليات التمويل إلى رقابة وإشراف مصرف البحرين المركزي إلا إن الدليل الإرشادي الصادر عن المصرف المركزي (CBB RULEBOOK) ولوائحه التنظيمية لا تنظم عملية التمويل العقاري بالشكل الكافي، حيث يخضع التمويل العقاري في المملكة لمجموعة من القوانين نبينها من خلال دراسة الإطار القانوني للتمويل العقاري بشكل عام، وذلك تمهيداً لدراسة الإطار القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي العقاري باعتباره موضوع هذا البحث وذلك على النحو التالي:

أولاً: الإطار القانوني للتمويل العقاري بشكل عام:

تخضع اتفاقات التمويل العقاري في مملكة البحرين إلى القواعد العامة الواردة بقانون مصرف البحرين المركزي والدليل الإرشادي الصادر عنه، وقانون التجارة الصادر بالمرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1987م، والقانون المدني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001، كما يخضع التعامل في العقارات في مملكة البحرين إلى مجموعة من القوانين منها على سبيل المثال:

=النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، 2009، ص 132. وكذلك:لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائي والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990، ص 58 ومابعدها.

[67]– انظر في هذا المعنى: أسامة شهاب حمد جعفري، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المرجع السابق،ص 191.وكذلك: ثروت عبد الحميد، المرجع السابق،الصفحات 46–58. وكذلك: فواز بن خلف اللويحي المطيري، المرجع السابق، الصفحات 55–59. وكذلك:عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث، المرجع السابق، ص 65.

1) القانون رقم 12 لسنة 1971 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية وتعديلاته.
2) القانون رقم 13 لسنة 2013 بإصدار قانون التسجيل العقاري.
3) المرسوم بقانون رقم 40 لسنة 1999 بشأن تملك مواطني دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية للعقارات المبنية والأراضي في دولة البحرين.
4) المرسوم بقانون رقم 2 لسنة 2001 بشأن تملك غير البحرينيين للعقارات المبنية والأراضي.
5) المرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2002 بشأن التصرف في الأراضي المملوكة للدولة ملكية خاصة.
6) القانون رقم 39 لسنة 2009 بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة.
7) القانون رقم 28 لسنة 2014 في شأن التطوير العقاري.
8) المرسوم بقانون رقم 66 لسنة 2014 بشأن تسوية مشاريع التطوير العقاري المتعثرة.

وجميع هذه القوانين لا تنظم عمليات التمويل العقاري، وإنما تنظم الإطار العام للتعامل في المجال العقاري، وهو ما جعل البنوك والمؤسسات التجارية وشركات التطوير العقاري تستغل حاجة المواطن البحريني إلى السكن والعقار خصوصاً، و إن الدعم الحكومي لا يشمل جميع المواطنين فهو مخصص فقط لذوي الدخل المحدود، فارتفعت أسعار العقارات وأسعار الفائدة المحتسبة من قبل هذه البنوك والمؤسسات المالية على القروض العقارية والشخصية، كما إن شركات التطوير العقاري قد استغلت عدم وجود تنظيم قانوني للتطوير العقاري وللبيع على الخريطة وانعدام الرقابة عليها فأغرقت السوق العقاري بمشاريع عديدة مستقطبةً الجمهور بعرضها لتملك العقارات بمختلف أنواعها (فيلا أو شقة) وهي تحت البناء مقابل أقساط تدفع حسب جدول زمني محدد في اتفاقياتها على أن يكون آخر قسط مع تسليم هذه الشركات العقارات للمتعاقدين معها. وقد تعثرت بعض هذه المشاريع كمشروع مارينا ويست، ومشروع بوابة أمواج و غيرهما، الآمر الذي دفع المشرع البحريني إلى تدارك القصور التنظيمي في البحرين، فأصدر قانون التطوير العقاري والمرسوم بقانون بشأن تسوية مشاريع التطوير العقاري المتعثرة. وعلى الرغم من مساهمة هذين القانونين في تنظيم التطوير العقاري إلا إن نصوص قانون التطوير العقاري مازالت عاجزة عن استيعاب اتفاق التمويل العقاري بشكل عام فضلاً عن إن بعض بنوده وأحكامه مازالت معطلة حتى الآن منها على سبيل المثال لجنة منازعات التطوير

العقاري التي صدر بتشكيلها القرار رقم 7 لسنة 2015،[68] وصدر كذلك نظام عملها بموجب القرار رقم 10 لسنة 2015،[69] إلا إنها حتى الآن لم تباشر مهامها القضائية.

وهو ما تتضح معه ضرورة تدخل المشرع البحريني لتنظيم اتفاقيات التمويل العقاري بما يضمن عدم استغلال البنوك والشركات التجارية لحاجة المواطنين والمقيمين بالمملكة للعقارات لمختلف الأغراض، سواء للسكن أو لممارسة الأنشطة الحياتية الأخرى، ويساهم في حل مشكلة الإسكان المستعصية، وتقليل العبء الواقع على عاتق الدولة ممثلة في وزارة الإسكان، بتوفير السكن الملائم لذوي الدخل المحدود.

فنظام التمويل المقنن حالياً في المملكة هو نظام الإسكان المدعوم من قبل الدولة فقط، والذي يقدم خدمات التمويل المدعومة لذوي الدخل المحدود طبقاً لأحكام القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان والمرسوم بقانون رقم 10 لسنة 1976 بشأن الإسكان والقرارات الوزارية الأخرى المتعلقة بالإسكان، والتي اعتدت في تصنيفها للدخل المحدود بالرواتب التي تقل عن مبلغ 1200 دينار بحريني (ألف ومائتين دينار بحريني)،[70] وهو ما تكون معه مشكلة الإسكان في البحرين مشكلة ضخمة، فالمتوسط العام للرواتب في البحرين لم يتخطى الحد الأدنى حتى الآن، وهو ما يؤكد مدى حاجة المملكة لتنظيم التمويل العقاري بما يساهم في تخفيف العبء على وزارة الإسكان، ويضمن حصول المواطن على سكن ملائم بما يحقق غايات دستور المملكة الذي اعتبر الحق في السكن الملائم أحد الحقوق الأساسية للمواطن.

وبقراءة سريعة للقرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن الإسكان يتبين انه قد عرف التمويل بأنه: "الإقراض بشروط ميسرة في السداد لشراء أو بناء أو ترميم مسكن وفقاً لنظام التمويل المعمول به في بنك الإسكان"[71]، كما بيّن بأن الخدمة السكنية " تشمل الحصول على مسكن عن طريق التمليك أو التأجير، أو تمويل شراء أو

---

[68]– تنص المادة 4/5 من القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان على: "يشترط لقبول طلب مسكن عن طريق التمليك وتخصيصه أن يتوافر في مقدم الطلب الآتي: 4– ألا يزيد دخله الشهري عند تقديم الطلب على تسعمائة دينار بحريني ولا يزيد على ألف ومائتي دينار بحريني عند التخصيص". كما تنص المادة 2/20 من ذات النظام على: " يُشترط للانتفاع بالسكن المؤقت أن تتوافر في مقدم الطلب ما يلي: 2– ألا يزيد دخله الشهري عند تقديم الطلب وعند التخصيص على ستمائة دينار بحريني". وكذلك تنص المادة 4/27 من ذات النظام على: " يُشترط لقبول طلب تمويل شراء أو بناء مسكن وتخصيصه أن يتوافر في مقدم الطلب ما يلي: 4– ألا يقل دخله الشهري عند تقديم الطلب وعند التخصيص عن ثلاثمائة وعشرون ديناراً بحرينياً ولا يزيد على ألف ومائتي دينار بحريني".

[69]– القرار رقم 7 لسنة 2015 بشأن تشكيل لجنة منازعات التطوير العقاري، الجريدة الرسمية العدد 3226، 2015/9/10

[70]– القرار رقم 10 لسنة 2015 بشأن نظام عمل لجنة منازعات التطوير العقاري والإجراءات الخاصة بعرض النزاع عليها و وسائل الإخطار بقراراتها، ملحق الجريدة الرسمية العدد 3195، 2015/2/5.

[71]– المادة 8/1 ، القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان.

بناء أو ترميم مسكن وفقاً لنظام التمويل المعمول به في بنك الإسكان، أو الحصول على قسيمة سكنية وذلك عن طريق أي من البرامج الإسكانية التي تقدمها الوزارة".[72]

وقد استحدثت وزارة الإسكان برنامج السكن الاجتماعي"مزايا" كخدمة سكنية تقدمها وزارة الإسكان بالتعاون مع مجموعة من البنوك والمصارف بالقرار رقم 227 لسنة 2014 في شأن برنامج تمويل السكن الاجتماعي. وبما إن هذا البرنامج مشترك بين وزارة الإسكان والبنوك فسوف نتعرض لدراسته لأن البنوك المساهمة في هذا البرنامج جميعها من المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين، فيما عدا بنك البحرين والكويت والبنك الأهلي المتحد.

إن برنامج تمويل السكن الاجتماعي كما عرفه القرار رقم 909 لسنة 2015 هو:"الخدمة الإسكانية المتمثلة في الدعم الذي تقدمه الوزارة عن طريق حصول المنتفع بالبرنامج على تمويلٍ مصرفي من البنك المشارك من القطاع الخاص، ويسدد ما نسبته 25% من دخله كقسط شهري، فيما تلتزم الحكومة من خلال الوزارة بتوفير الدعم المالي الحكومي الذي يغطي باقي قيمة الأقساط الشهرية لدى البنك المشارك وفق أحكام هذا القرار".[73]

وقد لخص هذا التعريف فكرة البرنامج بشكل واضح، أما شروط الاستفادة من برنامج السكن الاجتماعي فهي:[74]

1. أن يكون بحريني.
2. أن يكون رب الأسرة.
3. ألا يقل سنه عند تقديم الطلب وصرف التمويل من البنك المشارك عن 21 سنة ولا يزيد على 35 سنة.
4. ألا يقل دخله الشهري عند تقديم الطلب وصرف التمويل من البنك المشارك عن ستمائة دينار بحريني ولا يزيد عن ألف ومائتي دينار بحريني.
5. ألا يكون هو أو أحد أفراد أسرته قد سبق لهم الحصول على أي خدمة إسكانية لغرض تملك مسكن مقدم من الحكومة أو أية جهة أخرى.

---

[72]– المادة 6/1 ، القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان.

[73]– المادة 21/1، القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان.

[74]– المادة 42، القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان.

6. ألا يكون مالكاً لعقار هو أو أحد أفراد أسرته عند تقديم الطلب ولثلاث سنوات سابقة على ذلك وإلى حين التخصيص. ويعتبر في حكم المالك من انتفع بمسكن عن طريق إحدى صيغ التمويل الإسلامي ويستثنى التالي من شرط التملك:
   - ملكية عقار تقل مساحته عن 100 متر مربع على ألا يكون صالحاً للسكن أو لبناء مسكن.
   - ملك الزوجة لعقار آلت ملكيته لها عن طريق الإرث.
7. أن تكون أسرته مقيمة إقامة دائمة في البحرين.

ويمكن لمقدم الطلب أن يختار مسكن حديث البناء أو ما دون ذلك بشرط أن يكون صالحا للسكنى لمدة لا تقل عن 25 سنة قادمة حسب تقدير المختصين بوزارة الإسكان، وألا يزيد سعر المسكن عن القيمة المحددة للبرنامج وهي 90,000 دينار. على أن يسدد مقدم الطلب 10% من قيمة المسكن المراد شراؤه كدفعة أولى وألا يتجاوز الحد الأقصى للتمويل من البنك المشارك مبلغ 81,000 دينار بحريني.[75]

وما يميز هذا البرنامج أنه يتيح للمواطن مقدم الطلب الإسكاني شراء وحدة سكنية بصورة مباشرة من إحدى شركات التطوير العقاري المعتمدة من قبل وزارة الإسكان، أو من غيرها بشكل مباشر دون الحاجة إلى البقاء على قوائم انتظار المشاريع التي تقوم وزارة الإسكان ببنائها. كما إن هذا البرنامج يتيح للمواطن حرية اختيار السكن الملائم له و موقعه على عكس الخدمات الأخرى التي تكون فيها حريته في الاختيار مقيدة، وتكون وزارة الإسكان هي صاحبة القرار النهائي فيها، كما إن هذا البرنامج يسهل إجراءات الحصول على القرض العقاري من البنوك المشاركة في البرنامج، ويضمن له عدم تجاوز القسط ربع راتبه، إلا إنه بذات الوقت يؤخذ على هذا البرنامج محدودية الدعم عند 90 ألف دينار يدفع منها المواطن 9 آلاف دينار مقدماً وربع راتبه لمدة 25 سنة وقد يرفع عنه الدعم الحكومي أو يقلل حيث إن راتبه يخضع للتقييم لإعادة تقييم الدعم الحكومي كل سنتين طوال مدة البرنامج.

والبنوك المشاركة في هذا البرنامج هي: "كل بنك من البنوك التجارية معتمد من قبل الوزارة لتقديم تمويل لأصحاب الطلبات الإسكانية الراغبين في الانتفاع ببرنامج تمويل السكن الاجتماعي".[76] وهي كل من:[77]

---

[75]– المادتين 45 و46، القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان.

[76]– المادة 23/1، القرار رقم 909 لسنة 2015 بشأن نظام الإسكان.

[77] – الموقع الإلكتروني الرسمي لوزارة الإسكان: www.housing.gov.bh ، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/27.

1) بنك البحرين الإسلامي.
2) بنك البركة.
3) مصرف السلام.
4) بيت التمويل الكويتي.
5) المصرف الخليجي التجاري
6) بنك الإثمار.
7) البنك الأهلي المتحد.
8) بنك البحرين والكويت.

وجميع هذه البنوك بنوك إسلامية فيما عدا بنك البحرين والكويت، حيث يقدم البنك الأهلي المتحد خدمات التمويل التجاري وكذلك يقدم خدمات التمويل المصرفي الإسلامي من خلال الهلال للخدمات المصرفية الإسلامية. وهو ما تكون معه صيغ التمويل الإسلامي هي المتبعة من قبل البنوك الإسلامية المشاركة في هذا البرنامج، فما هي صيغ التمويل الإسلامي المتبعة في التمويل العقاري؟ وما هو النظام القانوني المطبق على هذه الصيغ؟ هذا ما سيتم بحثه والإجابة عنه من خلال هذا البحث.

ثانياً: الإطار القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي العقاري:

تخضع المصارف الإسلامية وجميع خدماتها التمويلية إلى إشراف ورقابة مصرف البحرين المركزي، الذي يهيمن على القطاع المصرفي فهو المختص بموجب القانون بوضع وتنفيذ السياسة النقدية الملائمة لتحقيق الأهداف الاقتصادية العامة للمملكة، وبتنظيم الخدمات المالية التي تقدمها المؤسسات المالية العاملة في مملكة البحرين بما فيها المؤسسات المالية الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية.[78] ولقد أوجب المصرف

[78]- تنص المادة 4 من قانون مصرف البحر ين المركزي على: " يمارس المصرف المركزي المهام والصلاحيات التالية:
1- إصدار النقد وفقًا لأحكام هذا القانون .
2- وضع وتنفيذ السياسات النقدية الملائمة لتحقيق الأهداف الاقتصادية العامة للمملكة، والمحافظة على ثبات قيمة النقد، والعمل على تأمين الاستقرار النقدي، وذلك بالتنسيق مع وزارة المالية والجهات الرسمية ذات العلاقة.
3- اتخاذ التدابير المناسبة لمواجهة الاضطرابات الاقتصادية أو المالية العالمية أو الاقليمية أو المحلية.
4- تنظيم الخدمات المنصوص عليها في المادة (39) من هذا القانون وتطويرها والترخيص بتقديمها، والإشراف والرقابة على الجهات التي تقدم هذه الخدمات.
5- القيام بوظيفة بنك الحكومة في الحدود المنصوص عليها في هذا القانون. =

المركزي على المؤسسات المالية الإسلامية اتباع المعايير الشرعية والمحاسبية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) بموجب الدليل الإرشادي.[79] وعليه فإن المصرف المركزي قد وضع إطاراً قانونياً للأحكام الشرعية التي يتوجب على المصارف الإسلامية العاملة في المملكة الالتزام بها.

فما هي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI)؟ و ما هي المعايير الشرعية؟

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية هي هيئة عالمية ذات شخصية معنوية مستقلة غير ربحية، تأسست بموجب اتفاقية التأسيس الموقعة من عدد من المؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ 1990/2/26م في الجزائر. وقد تم تسجيل الهيئة في مملكة البحرين بتاريخ 1991/3/27م، وهي تتخذ من مملكة البحرين مقراً رسمياً لها. وكانت تسمى سابقاً بـ " هيئة المحاسبة المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية". ويتكون الهيكل التنظيمي للهيئة من الجمعية العمومية، و مجلس الأمانة، والأمانة العامة، واللجنة التنفيذية، والمجالس الفنية المتمثلة في المجلس الشرعي، المجلس المحاسبي، ومجلس الحوكمة والأخلاقيات. ولقد أصدرت الهيئة 94 معياراً منها 27 معياراً محاسبياً، وأكثر من54 معياراً شرعياً، وغيرها من معايير الحوكمة وأخلاقيات العمل، وتطبق المعايير الشرعية والمحاسبية بصفة إلزامية في كل من مملكة البحرين

= 6- تقديم المشورة للحكومة في الشئون المالية والاقتصادية.

7- إدارة احتياطي الدولة من الذهب والعملات الأجنبية.

8- القيام بوظيفة الوكيل المالي للحكومة لدى صندوق النقد الدولي والبنك الدولي للإنشاء والتعمير وغيرهما من المؤسسات وصناديق النقد العربية والدولية ومباشرة جميع معاملات المملكة مع تلك الجهات، وذلك بالتنسيق مع وزارة المالية.

9- تسهيل وتشجيع الابتكار في مجال صناعة الخدمات المالية.

10- حماية المصالح المشروعة لعملاء المرخص لهم من مخاطر صناعة الخدمات المالية.

11- أية مهام وصلاحيات أخرى منصوص عليها في هذا القانون."

كما تنص المادة 39 من ذات القانون على: " أ- في تطبيق أحكام هذا القانون يقصد بالخدمات الخاضعة للرقابة، الخدمات المالية التي تقدمها المؤسسات المالية، بما في ذلك المؤسسات المالية الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية. ب- يصدر المصرف المركزي لائحة بتحديد الخدمات الخاضعة للرقابة وتنظيم تقديمها، ويتولى المصرف مسئولية الإشراف والرقابة على المرخص لهم بتقديم هذه الخدمات ".

[79] - CBB Rulebook stated: "PB-1.61 All relevant persons should observe proper standards of market conduct. In particular, the Agency requires that banks comply with all AAOIFI issued accounting standards as well as the Shari'a pronouncements issued by the Shari'a Board of AAOIF".

وعمان وباكستان والسودان، وسوريا، كما تطبق بصفة إلزامية كذلك في مركز قطر المالي، وقد اعتمدها كذلك البنك الإسلامي للتنمية.[80]

وتهدف الهيئة في إطار أحكام الشريعة الإسلامية إلى:[81]

1. تطوير فكرة المحاسبة والمراجعة في المجالات المصرفية ذات العلاقة بأنشطة المؤسسات المالية الإسلامية.
2. نشر فكرة المحاسبة والمراجعة المتعلقة بأنشطة المؤسسات المالية الإسلامية وتطبيقاته عن طريق التدريب وإصدار النشرات الدورية وغير ذلك من الوسائل.
3. إعداد وإصدار معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وتفسيرها.
4. تحقيق التطابق أو التقارب – ما أمكن ذلك– في التصورات والتطبيقات بين هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية لتجنب التضارب أو عدم الانسجام بين الفتاوى والتطبيقات لتلك المؤسسات بما يؤدي إلى تفعيل دور هيئات الرقابة الشرعية الخاصة بالمؤسسات المالية الإسلامية والبنوك المركزية، وذلك بإعداد وإصدار معايير شرعية ومتطلبات شرعية لصيغ الاستثمار والتمويل والتأمين وتفسير هذه المعايير والمتطلبات الشرعية.

وتتضمن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الأحكام الشرعية لعمليات التمويل والاستثمار وشروط صحتها، وكذلك الأحكام الخاصة بالشروط الجزائية وشروط الفسخ التي تتضمنها هذه العقود، بما يمكننا معه أن نعتبر هذه المعايير إطاراً تنظيمياً عاماً للأحكام الشرعية الواجبة التطبيق من قبل المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين.

وبناءً على ما تقدم فسوف نبحث النظام القانوني لصيغ التمويل الإسلامية الأساسية المستخدمة في إطار البناء والاستثمار العقاري، والمتمثلة في المرابحة للآمر بالشراء، والإجارة المنتهية بالتمليك، وعقد المشاركة المتناقصة وعقد الاستصناع وهي الصيغ التي تقدمها المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين لتمويل الأفراد والشركات في المجال العقاري.

---

[80]– للمزيد من المعلومات حول الهيئة (AAIOIF) انظر: المعايير الشرعية (1–54)، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، (دون تاريخ)، الصفحات من 21– 50. وكذلك: الموقع الرسمي الإلكتروني للهيئة: WWW.AAIOIF.COM.

[81]– انظر في هذا المعنى: المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص 23 ومابعدها. وكذلك: الموقع الإلكتروني للهيئة السابق الإشارة له.

وقبل الخوض في دراسة النظام القانوني لهذه الصيغ فإننا نوجز في بيان أحدث صيغ الاستثمار الإسلامية المستخدمة في التمويل العقاري ألا وهي الصكوك والصناديق العقارية لتكتمل فكرة التمويل العقاري الإسلامي للقارئ وحتى يكون هذا البحث المتواضع طريقاً ممهداً للباحثين الآخرين للتعمق في هاتين الصورتين لما لهما من أهمية بالغة في الوقت المعاصر.

أولاً: الصكوك:

تعتبر الصكوك الإسلامية من الأدوات التمويلية التي تتيح المشاركة الشعبية لدعم احتياجات ومتطلبات التنمية الاقتصادية من خلال عملية التصكيك والتي كانت تسمى سابقاً بالتوريق والتسنيد، حيث أوصى البيان الختامي لندوة البركة الثانية والعشرون 2002م باعتماد تسمية التصكيك بديلاً عن مصطلح التوريق،[82] وذلك لتمييز عمليات التوريق في المصارف الإسلامية عن مفهوم التوريق التقليدي،[83] الذي يقوم بصفة أساسية على الديون. فهو عبارة عن:" تحويل الديون إلى أوراق مالية (سندات) متساوية القيمة قابلة للتداول، وهذه السندات تمثل ديناً بفائدة لحاملها في ذمة مصدرها ولا يجوز إصدار هذه السندات ولا تداولها شرعاً."[84]

ويعرف التصكيك بأنه: "إصدار وثائق أو شهادات مالية متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات (أعيان، أو منافع، أو حقوق، أو خليط من الأعيان والمنافع والديون) قائمة فعلاً، أو سيتم إنشاؤها من حصيلة الاكتتاب، وتصدر وفق عقد شرعي وتأخذ أحكامه".[85]

---

[82]– قرارات وتوصيات ندوة 8و 9 ربيع الآخر 1423 هـ الموافق 19 و20 حزيران (يونيو) 2002، حولية البركة، مجلة علمية متخصصة بفقه المعاملات والعمل المصرفي، مجموعة دلة البركة، العدد الرابع، نوفمبر 2002، ص 328.

[83]– التوريق هو تعريب لمصطلح اقتصادي وهو "Securitization" بمعنى الحصول على الأموال استناداً إلى الديون المصرفية القائمة على طريق ابتكار أصول مالية جديدة، فهو يقوم على تحويل الموجودات المالية المرتبطة بالقرض الأصلي إلى الآخرين من خلال الشركات المالية أو الشركات ذات الغرض الخاص أو مصارف متمرسة في هذا المجال. وتعتبر السوق الأمريكية المهد الأول لعملية التوريق حيث إن أول ظهور للسندات المدعومة= =بالموجودات العقارية بتشجيع و دعم من الحكومة الأمريكية لإيجاد سوق ثانوية للرهن العقاري ومساعدة المصارف الأمريكية على التخلص من قروض الإسكان غير السائلة، ثم سرعان ما طالت عمليات التوريق الذمم الناتجة عن استخدام البطاقات الائتمانية والحسابات المدينة، وبدأت هذه الظاهرة في الانتشار في أوروبا كوسيلة حيوية لدعم التمويل المصرفي لأغراض السكن وأداة فاعلة لإدارة الميزانية بشكل أفضل وتحرير رأس المال المجمد في أصول غير سائلة من خلال إنشاء أوراق مالية مدعومة بهذه الموجودات يتم تداولها بيعاً و شراءً في السوق المالية. للمزيد من المعلومات انظر: فؤاد محمد محيسن، الشركة ذات الغرض الخاص، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، عدد متخصص، يناير 2013، ص 24 وما بعدها. وكذلك : موسوعة التوريق بجزأيها الأول والثاني: التوريق كأداة تمويل حديثة،اتحاد المصارف العربية،1995. وكذلك: بحوث في التوريق وإدارة الموجودات والمطلوبات والرهونات العقارية، اتحاد المصارف العربية،2002.

[84]– قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 178 (4/19) بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، منشور على الموقع الرسمي لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة التاسعة عشر: http://19sh.c-iifa.org/qrart-twsyat/ ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/4/26.

[85]– قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 178 (4/19) بشأن الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها.

وتقوم فكرة الصكوك الإسلامية على المشاركة في تمويل مشروع أو عملية استثمارية وفقاً لقاعدة –الغنم بالغرم– بمعنى المشاركة في الربح والخسارة، وذلك على منوال نظام الأسهم في شركات المساهمة ونظام الوحدات الاستثمارية في صناديق الاستثمار إلا أن الصكوك تصدر وفق صيغ التمويل الإسلامية، كالإجارة والمشاركة والمضاربة وغيرها، ويسمى الصك بالصيغة التي يطرح بها كصكوك الاستصناع مثلاً، وتتولى إصدارها شركة – ذات غرض خاص–[86] تؤسس لغرض طرح الصكوك للتداول، وذلك بأن تطرحها للاكتتاب العام أو الخاص للمستثمرين، ويكون من حق حامل الصك المشاركة في رأس المال، التداول، الهبة، الوصية ونحو ذلك من المعاملات في الأسواق المالية، وقد تكون الجهة المصدرة للصكوك مصرف إسلامي، أو دولة، أو شركة وذلك من خلال إنشائها شركة ذات غرض خاص لمباشرة عملية إصدار الصكوك.[87]

وتعد المملكة الأردنية الهاشمية بمثابة المهد لنشؤ فكرة الصكوك الإسلامية، فهي أول من قدّم مفهوم الصكوك وذلك تحت مسمى سندات المقارضة أثناء وضعها مشروع قانون البنك الإسلامي الأردني وذلك بغرض أن تكون هذه السندات من الأدوات التي يمكن للبنك اعتمادها للحصول على تمويل طويل الأجل لمشاريعه،[88] فقد عرّف قانون البنك الإسلامي رقم 13 لسنة 1978 السندات بأنها: "الوثائق الموحدة القيمة والصادرة عن البنك بأسماء من يكتتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها على أساس المشاركة في نتائج الأرباح المتحققة سنوياً حسب الشروط الخاصة بكل إصدار على حدة."[89] ومن ثم أصدرت المملكة الأردنية الهاشمية قانوناً مؤقتاً سنة 1981م ألا وهو قانون سندات المقارضة رقم 10 لسنة 1981، وقد عرف هذا القانون سندات المقارضة في المادة 2 بأنها: "الوثائق المحددة القيمة التي تصدر بأسماء مالكيها مقابل الأموال التي قدموها لصاحب المشروع بعينه بقصد تنفيذ المشروع واستغلاله وتحقيق الربح، ويحصل مالكو السندات على نسبة محدده من أرباح المشروع وتحدد هذه النسبة في نشرة إصدار السندات ولا تنتج سندات

---

[86] – عرف قانون التمويل الأردني الشركة ذات الغرض الخاص في المادة الثانية منه بأنها: "الشركة التي يتم إنشاؤها لغرض تملك الموجودات والمنافع التي يمكن أن تصدر مقابلها صكوك التمويل الإسلامي".

[87]– انظر في هذا المعنى: أحمد شعبان محمد علي، الصكوك والبنوك الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013، ص 26 وما بعدها. وكذلك: ربيعة بن زيد، سليمان ناصر، الصكوك الإسلامية الواقع والتحديات، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، عدد متخصص، يناير 2013، ص 53 وما بعدها.

[88]– عبد السلام داود العبادي، سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الثالث، 1988م، ص 1961. وكذلك: عبد السلام العبادي، صكوك التمويل الإسلامي ومسيرتها في المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، عدد متخصص، يناير 2013، ص 5.

[89]– نقلاً عن:عبد السلام داود العبادي، سندات المقارضة، المرجع السابق، ص 1965.

المقارضة أي فوائد كما لا تعطي مالكها الحق في المطالبة بفائدة سنوية محددة"،[90] وقد صدر هذا القانون بغرض ترتيب تمويل إسلامي لتنمية وإعمار مشروعات وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية الأردنية.[91] وفي عام 1987م صدر أول قرار من مجمع الفقه الإسلامي بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار وأوصى بتسميتها بـ "صكوك المضاربة" بدلاً من السندات.[92] ومن ثم انتشرت الصكوك في العالم الإسلامي بل في العالم بأجمعه، وأصبحت ماليزيا الدولة الأولى عالمياً في إصدار الصكوك.[93]

- الصكوك والتمويل العقاري:

الصكوك الإسلامية أداة يمكن استغلالها لتمويل مشاريع البنى التحتية والمشاريع الضخمة التي تتطلب إقامتها رؤوس أموال ضخمة بدلاً من سندات القروض والدين العام، فهي تحقق الفائدة لكل من المصدر والمستثمر. فعن طريق إصدار الصكوك وطرحها للتداول يمكن تجميع وحشد الموارد المالية التي يمكن استغلالها في مختلف المشاريع الإنمائية العقارية. فكما سبق بيانه فإن الغرض الأساسي من إصدار قانون سندات المقارضة الأردني وهو أول قانون ينظم الصكوك كان تمويل أراضي الأوقاف واستثمارها.[94] وعليه فإن المجال العقاري مجال خصب لاستثمار الصكوك بشتى أنواعها سواء كانت صكوك استصناع أو إجارة أو مرابحة أو مشاركة وقد أثبتت تجارب الدول المختلفة فاعليتها في ذلك، ونستعرض من هذه التجارب تجربة تركيا وتجربة مملكة البحرين، وذلك على النحو الآتي:

---

[90]– نقلاً عن:عبدالباري مشعل، قانون سندات المقارضة لسنة 1981م الأردني أول قانون للصكوك، مقال منشور على الموقع الالكتروني الرسمي لشركة رقابة للاستشارات المالية الإسلامية: http://www.raqaba.co.uk، تاريخ الاطلاع عليه 2016/4/27. وكذلك: عبدالسلام داود العبادي، المرجع السابق، ص 1966.

[91]– انظر في هذا المعنى: سامي حسن محمود، تصوير حقيقة سندات المقارضة والفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الثالث،1988م،ص 1909. وكذلك: أحمد سالم ملحم، نشأة الصكوك الإسلامية وأهدافها، منشور على الموقع الإلكتروني الخاص بالباحث: http://www.drahmadmelhem.com/p/blog-page_13.html ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/3/19. وكذلك: عبد الباري مشعل،المرجع السابق.

[92]– البيان الختامي وتوصيات لندوة سندات المقارضة وسندات الاستثمار التي أقامها مجمع الفقه الإسلامي بجدة 8/30 – 1987/9/2 م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الثالث، 1988م، ص 2005.

[93]– ربيعة بن زيد ، سليمان ناصر،المرجع السابق، ص 56.

[94]– انظر في هذا المعنى: أحمد سالم ملحم، المرجع السابق. وكذلك: سامي حسن محمود،المرجع السابق، ص 1912. وكذلك: عبد الباري مشعل، المرجع السابق.

1) التجربة التركية:

حاولت تركيا حل أزمة السكن التي تعاني منها عن طريق إصدار شهادات الإسكان الذي يمكن تلخيص نظامها على النحو الآتي:[95]

أصدرت " إدارة الإسكان الجماعي والمشاركة الشعبي" شهادات الإسكان، وتمثل الشهادة الواحدة الحق في ملكية متر مربع واحد من شقة في المباني السكنية المبنية في منطقة هالكالي (ضواحي اسطنبول) والشهادات مصدرة (لحاملها) ويمكن تداولها في الأسواق الثانوية ،وتتمتع السندات بقيمة مبدئية (إصدارية)، يتم إعادة حسابها على أساس دوري شهري بواسطة الإدارة، التي تعلن القيمة للجميع في العاشر من كل شهر، ويعتبر السعر المعلن ساري المفعول من اليوم العاشر للشهر الجاري إلى اليوم العاشر من الشهر الذي يليه، ويبنى تقدير القيمة (النقدية) المستحقة على ظروف العرض والطلب (التكلفة) السائدة في قطاع التشييد (وليس على ظروف العرض والطلب في السوق لسندات الإسكان) وهكذا يراد من الثمن الشهري المعلن أن يعكس الظروف الحقيقية للسوق، وأن يشكل نوعاً "من السعر المرجعي" للتعامل التجاري في السوق الثانوية، ويتم صرف الشهادات إلى نقد بواسطة البنوك المصرح لها عند الطلب بمقتضى آخر سعر معلن لها.

وتتعهد الإدارة بإكمال بناء الوحدات السكنية في غضون (5) سنوات عقب إصدار هذه الشهادات، وتمثل السندات التي أُصدرت تملك متر واحد مربع (عن كل سند) من شقة تقدر بأدنى الأثمان (من حيث الموقع) وأتعاب إضافية تبلغ 30 %، تُدفع إذا ما طلب حامل السندات شقة بخلاف الشقة المقدرة بأدنى الأثمان. فحاملوا الشهادات لا يعرفون على وجه التحديد أي شقة يشترون ولكنهم يعرفون أنهم يشترون شقة مقدرة بأدنى الأثمان، وينبغي أن يدفع فوقها أتعاب إضافية، في حالة شراء شقة أفضل. فعلى حاملي الشهادات الراغبين في شراء شقة من هذه المباني، أن يجمعوا عددًا كافياً منها مقابلة للدفع المبدئي، وأن يدفعوا الحساب المتبقي نقداً أو بواسطة شهادات تعادل المبلغ المتبقي، وتتكفل الإدارة بتسليم الشقة في ظرف سنة من تقديم طلب الشراء، ويمكن لحاملي السندات، الذين لم يتقدموا بطلب الشراء في ظرف فترة البيع التي أعلنت عنها الإدارة، أن يستخدموا سنداتهم فيما بعد، أما في نفس مشروع الإسكان الجماعي، أو في مشروع آخر، شريطة أن يساووا الفروق الناجمة في الأسعار. وأما عن تلك السندات التي لم تستخدم في شراء

---

[95]– انظر في هذا المعنى: أحمد محيي الدين أحمد، تجربة شهادة الإسكان في تركيا، أوراق في التمويل الإسلامي،موسوعة البركة للمعاملات الإسلامية المصرفية الإلكترونية، شركة الدار العربية لتقنية المعلومات، ص 190 وما بعدها وكذلك : أحمد محيي الدين أحمد، التعاون الإسلامي الدولي لتمويل الإسكان وفق الشريعة الإسلامية، حولية البركة متخصصة بفقه المعاملات والعمل المصرفي الإسلامي، العدد الأول، منشورة في موسوعة البركة للمعاملات الإسلامية المصرفية الإلكترونية، شركة الدار العربية لتقنية المعلومات، ص 63 وما بعدها.

شقة في نهاية فترة المشروع (أي خمس سنوات) فإن الحصيلة (القيمة النقدية التي بلغها السند في نهاية الفترة) تحتفظ بها الإدارة وتصرف لحاملها قيمتها.

ومن مشاريع التنمية والتعمير الأخرى التي أنشأتها تركيا عن طريق إصدار الصكوك جسر– محمد الفاتح– المعلق على مضيق البوسفور، حيث أصدرت تركيا في عام 1984م، صكوك مشاركة بمبلغ 200 مليون دولار، مخصصة لتمويل بناء الجسر، وقد لاقى هذا الإصدار قبولاً واسعاً من المواطنين.[96]

2) تجربة مملكة البحرين:

موّلت مملكة البحرين مشاريع ضخمة عن طريق إصدار الصكوك منها على سبيل المثال:

أ) مرفأ البحرين المالي، وهو مشروع تجاري تنموي ضخم، يهدف إلى تقديم مملكة البحرين كمركز مالي مستقل بمنطقة الشرق الأوسط، يطل على الواجهة البحرية لمدينة المنامة، تقدر تكلفته النهائية بمبلغ قدره 1.5 مليار دولار.[97] وقد تم تمويل المرحلة الأولى من المشروع عن طريق إصدار صكوك استصناع وإجارة بلغت قيمتها 132 مليون دولار وكان المكتتب الرئيسي فيها بيت التمويل الكويتي "بيتك".[98]

ب) مشروع درة البحرين، وهو مشروع سياحي ضخم تقدر تكلفته الإجمالية بمبلغ 6 مليارات دولار أمريكي، وهو عبارة عن جزر ساحلية مملوكة مناصفةً لحكومة مملكة البحرين ولبيت التمويل الكويتي.[99] وقد نفذ هذا المشروع على عدة مراحل، فتم تمويل المرحلة الأولى منه عن طريق طرح صكوك استصناع بقيمة 120 مليون دولار، وقد أغلق الاكتتاب بقيمة 152,5 مليون دولار أي بفائض 32,5 مليون دولار. وقد شارك في الاكتتاب بيت التمويل الكويتي "بيتك" بمبلغ 50 مليون دولار، بنك دبي الإسلامي بمبلغ 20 مليون دولار ومركز إدارة السيولة بمبلغ 22 مليون دولار، وقد

---

[96]– هناء محمد هلال الحنيطي، دور الصكوك الإسلامية في التمويل، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، عدد متخصص ، يناير 2013، ص 51.

[97]– صحيفة الوسط، العدد 1698، 2007/5/1، الموقع الالكتروني للصحيفة:http://www.alwasatnews.com/news/229458.html، تاريخ الاطلاع عليه :2016/1/8.

[98]– صحيفة الوسط، العدد 1047، 2005/7/19، الموقع الالكتروني للصحيفة:http://www.alwasatnews.com/news/479287.html، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/1/8.

[99]– الموقع الالكتروني لدرة البحرين:http://www.durratbahrain.com/ar/page/Durrat_Al_Bahrain ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/1/8.

شاركت مصارف أخرى في تمويل المشروع منها: بنك البحرين الإسلامي، بنك الإمارات الإسلامي، بنك البحرين والكويت،وبنك التنمية وبنك الشارقة الوطني.[100]

وعليه نخلص إلى أن الصكوك أداة استثمارية مهمة جداً من الممكن استغلالها بشكل أكبر واستهداف تطوير البنية التحتية من خلالها، وكذلك المساهمة في حل الأزمة السكنية بإنشاء المساكن وتطويرها على شاكلة التجربة التركية، ومن الممكن إنشاء مشاريع سكنية كبرى عن طريقها ومن ثم طرحها للبيع عن طريق البيع على الخريطة.

ثانياً: الصناديق الاستثمارية:

صناديق الاستثمار هي:" أوعية استثمارية تقوم بجمع رؤوس أموال مجموعة من المستثمرين وتديرها وفقاً لإستراتيجية وأهداف استثمارية محددة يضعها مدير الصندوق لتحقيق مزايا استثمارية لا يمكن للمستثمر الفرد تحقيقها بشكل منفرد في ظل محدودية موارده المتاحة"،[101] ولقد عرفها قانون مصرف البحرين المركزي بأنها:" مشروعات الاستثمار التي يتم طرحها وتسويقها في شكل أوراق مالية قابلة للتداول، والتي تنشأ بهدف تجميع أموال الأشخاص بحيث يتم تشغيلها في مشروعات استثمارية محددة بمبدأ توزيع المخاطر ويتم إعادة شراء أو استرداد أو دفع قيمة الحصص في تلك المشروعات بطريقة مباشرة أو غير مباشرة من موجودات المشروع وبناءً على رغبة المستثمرين في أي من تلك المشروعات." [102]

أما الصناديق الاستثمارية الإسلامية فتعرف بأنها: "الصناديق التي تستثمر في أدوات مالية شرعية ولا تتعامل بالربا."[103] ويعرفها البعض بأنها: وعاء استثماري يقوم على تجميع أموال المستثمرين في صورة وحدات أو صكوك استثمارية، ويعهد بإدارتها إلى جهة من أهل الخبرة والاختصاص، لتوظيفها وفقا لصيغ

---

[100]– صحيفة الوسط، العدد 851، 2005/1/4، الموقع الالكتروني للصحيفة: http://www.alwasatnews.com/news/443976.html، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/1/8.

[101]–صناديق الاستثمار، هيئة السوق المالية، المملكة العربية السعودية، منشور على الموقع الالكتروني للهيئة: http://www.cma.org.sa ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/4/30.

[102]– المادة 18/1، قانون مصرف البحرين المركزي.

[103]– نزيه عبدالمقصود مبروك، المرجع السابق، صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص 93.

الاستثمار الإسلامية المناسبة، على أن يتم توزيع صافى العائد فيما بينهم حسب الاتفاق، وتحكم كافة معاملاتها أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية والقوانين السارية.[104]

وتعود فكرة إنشاء صناديق الاستثمار إلى الربع الأول من القرن التاسع عشر، حيث بدأ تنفيذ فكرة صناديق الاستثمار في هولندا عام 1822م، تلتها بعد ذلك إنجلترا في عام 1870م. غير إن البداية الحقيقة للصناديق الاستثمارية بالمفاهيم القائمة الآن كانت في الولايات المتحدة الأمريكية عام 1924م، حيث انشىء أول صندوق في بوسطن باسم Massachusetts Investment Trust على يد أساتذة جامعة هارفارد الأمريكية، واستمرت بعد ذلك الصناديق في التوسع والتنوع حتى وصل عددها عام 1966م إلى نحو 550 صندوق استثماري.[105]

أما على الصعيد العربي فقد كانت المملكة العربية السعودية الأسبق إلى خوض تجربة الصناديق الاستثمارية، حيث أنشأ البنك الأهلي التجاري أول صندوق استثماري باسم الصندوق الأهلي للدولار قصير الأجل في ديسمبر 1979م،[106]وقد تمّ تسجيل أول صندوق استثماري منشأ محلياً في مملكة البحرين في عام 1984م. وبلغ عدد صناديق الاستثمار المسجلة لدى مصرف البحرين المركزي 2610 صندوقاً استثمارياً نهاية شهر مارس 2017م، منها 81 صندوقا استثمارياً مقرها البحرين. كما بلغ عدد صناديق الاستثمار الإسلامية 97 صندوقاً من إجمالي الصناديق الاستثمارية المرخصة والمسجلة مع نهاية شهر مارس 2017.[107]

---

[104]– عمر مصطفى الشريف، الصناديق الاستثمارية الإسلامية في الأردن..التقنين والرقابة، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي الأول للمالية والمصرفية الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان،المنعقد بيومي 6-2014/8/7،منشورة على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com/arab/ ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/19.

[105]– انظر في هذا المعنى: صناديق الاستثمار،هيئة السوق المالية، المرجع السابق،ص 2. وكذلك: عمر علي أبو بكر، صناديق الاستثمار الإسلامية مفهومها، أنواعها، وخصائصها، مجلة جامعة المدينة العالمية، العدد الثاني عشر، أبريل 2015، ص 194.وكذلك:وليد هويمل عوجان، صناديق الاستثمار،بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية و البورصات، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، المنعقد في الفترةمن 6 إلى 9 مارس 2007، منشور على الموقع الإلكتروني للمؤتمر : http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/2007/research.htm، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/23. وتجدر بنا الإشارة هنا إلى إن البعض أرجع نشأة الصناديق الاستثمارية إلى استكلندا و البعض الآخر ارجعها إلى بلجيكا ، للمزيد من المعلومات : صلاح الدين شريط، دور صناديق الاستثمار في سوق الأوراق المالية دراسة تجربة جمهورية مصر العربية، بحث مقدم لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوارة في العلوم الاقتصادية، فرع نقود ومالية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2011 – 2012 ، منشورة على الموقع الالكتروني للجامعة:http://biblio.univ-alger.dz/jspui/bitstream/1635/12083/1/CHERIET_SALAHEDDINE.PDF.pdf، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/24، ص 161 ومابعدها.

[106]– انظر في هذا المعنى: صناديق الاستثمار، هيئة السوق المالية، المرجع السابق، ص 2. وكذلك: عمر علي أبو بكر، المرجع السابق، ص 194.

[107]– موقع مصرف البحرين المركزي: http://www.cbb.gov.bh/ar/page_1.php?p=mutual_fund ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/18.

و تقوم الفكرة الأساسية للصناديق الاستثمارية على الأساس الآتي:[108]

1. قيام جهة معينة (بنوك وشركات الاستثمار) بإعداد دراسة اقتصادية لنشاط أو مشروع معين، بحيث تبين جدوى الاستثمار في ذلك المجال.
2. تقوم تلك الجهة بتكوين صندوق استثماري، وتحدد أغراضه، بإعداد نشرة الاكتتاب في الصندوق، أو لائحة العمل للصندوق، بحيث تتضمن كامل التفاصيل عن نشاط الصندوق وشروط الاكتتاب فيه، وحقوق والتزامات مختلف الأطراف.
3. تقسيم رأس مال الصندوق الاستثماري إلى وحدات أو حصص أو أسهم مشاركة أو صكوك متساوية القيمة الاسمية، بحيث يكون اقتناؤها عبارة عن المشاركة في ملكية حصة من رأس مال الصندوق.
4. بعد تلقي الجهة المصدرة للصندوق أموال المكتتبين، تقوم باستثمار هذه الأموال في المجالات المحددة في نشرة الاكتتاب، وتوزع الأرباح في الفترات المحددة بالكيفية المتفق عليها، كما تتولى تصفية الصندوق في الموعد المحدد لذلك.

- نشأة الصناديق العقارية:

ظهرت صناديق الاستثمار العقاري لأول مرة في الولايات المتحدة في سنة 1960م، عندما أقرت قانون العقارات الذي سمح بإنشاء صناديق عقارية، ومن ثم ظهرت في هولندا سنة 1969م، ثم في استراليا في سنة 1979م. ومن ثم انتشرت إلى الأسواق الأخرى حول العالم. وقد ظهرت الصناديق العقارية في آسيا في سنة 2000م في اليابان وقد وصلت القيمة السوقية لرأس مال الصناديق العقارية اليابانية إلى 7.4 تريليون ين ياباني، وفي سنة 2002م ظهرت الصناديق العقارية في سنغافورة، كما اعتمدت هونغ كونغ الصناديق العقارية في سنة 2003م.[109]

أما الصناديق العقارية الإسلامية فقد كان السبق فيها لماليزيا التي اتخذت الخطوة الأولى بإصدار مبادئ توجيهية لصناديق الاستثمار العقاري في نوفمبر 2005م والتي أصدرها المجلس الاستشاري الشرعي، ولقد أُنشأ أول صندوق إسلامي في 24 يوليو 2006م باسم (Al Aqar KPJ REIT)، وقد كان يهدف

---

[108]– انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 99. وكذلك: عبدالستار أبو غدة، صناديق الاستثمار الإسلامية – دراسة فقهية تأصيلية موسعة– ، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر،جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون،منشورعلى الموقع الالكتروني:http://iefpedia.com/، تاريخ الاطلاع عليه:2016/6/24.

[109]– عبدالله بن محمد العمراني، الصناديق العقارية في المملكة العربية السعودية البيئة الاستثمارية والهياكل الشرعية، كرسي سابك لدراسة الأسواق المالية الإسلامية (16– 11) ، 2014 ، ص 21 ومابعدها.

إنشاء منشآت صحية، وفي فبراير 2007م تم إنشاء أول صندوق عقاري يختص في أصول المزارع وهو (Al Hadhara REIT Bousted)، وأصدرت سنغافورة أول صندوق إسلامي عقاري عالمي في سنة 2010م وهو (صندوق سابانا)[110]، ويعتبر سابانا من أكبر الصناديق العقارية الإسلامية المدرجة من حيث الأصول، حيث تقدر قيمته السوقية بـ 586 مليون دولار أمريكي.[111]

- **الصناديق العقارية في مملكة البحرين:**

ظهرت الصناديق العقارية في مملكة البحرين في عام 2009، حيث سجل أول صندوق استثمار عقاري إسلامي وهو (إنوفست)[112]، ويتوقع أن يشهد سوق الصناديق العقارية ازدهاراً كبيراً نظراً للتطورات التشريعية الأخيرة التي تشهدها المملكة، حيث صدر مؤخراً قانون رقم 18 لسنة 2016 بشأن شراكات الاستثمار المحدودة الذي يسمح بتكوين شراكات تزاول أنشطة صناديق الاستثمار الخاص وصناديق الاستثمار الجماعي إلى جانب الأنشطة الأخرى التي نص عليها القانون،[113] والذي يمنح لهذه الشراكات شخصية معنوية مستقلة عن مؤسسيها.[114]

كما استحدثت بورصة البحرين سوق الصناديق العقارية الاستثمارية مؤخراً، إذ صدر قرار إنشاءها بتاريخ 2016/3/14 ليصبح لها سوقاً مستقلاً إلى جانب الأسواق الأخرى – الأسهم، صناديق الاستثمار، السندات والصكوك، أذونات الخزينة– حيث كانت الصناديق العقارية تمارس نشاطها من خلال الأسواق المالية الاعتيادية قبل ذلك،[115] كما أصدرت بورصة البحرين قواعد إدراج الصناديق العقارية والتي بدأ تطبيقها بتاريخ 2015/5/17، وكذلك أصدرت القرار رقم 11 لسنة 2016 بشأن اعتماد دليل نظم وإجراءات تداول وحدات صناديق الاستثمار والصناديق الاستثمارية العقارية المدرجة في بورصة البحرين بتاريخ

---

[110]– عبدالله بن محمد العمراني، المرجع السابق، ص 28 ومابعدها .

[111]– صناديق الاستثمار العقاري (REITs)، شركة الجزيرة للأسواق المالية (الجزية كابيتال)– شركة مساهمة سعودية مقفلة مرخصة من هيئة السوق المالية، منشور على موقعها الالكتروني :http://www.aljaziracapital.com.sa/arabic/report.asp?rep=f ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/6/24، ص4.

[112]–موقع مصرف البحرين المركزي:http://www.cbb.gov.bh/page-p-the_real_estate_investment_trust_(reit).htm،تاريخ الاطلاع عليه: 2016/6/25.

[113]– المادة 3، قانون رقم 18 لسنة 2016 بشأن شراكات الاستثمار المحدودة، الجريدة الرسمية العدد 3273، 2016/9/4.

[114]– المادة4، قانون رقم 18 لسنة 2014 بشأن شراكات الاستثمار المحدودة.

[115]– الموقع الرسمي لبورصة البحرين http://www.bahrainbourse.net/bhb/about_us/news_show_ar.asp?NT=1&value=1263 ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/6/25.

2016/3/16.[116] وقد سجل أول صندوق عقاري في المملكة وهو صندوق عهدة بنك الإسكان العقارية، وهو صندوق متوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.[117]

وقد تم " إصدار أول إطار تنظيمي لصناديق الاستثمار الجماعية من قبل مؤسسة نقد البحرين[118] في عام 1992م،وتم تنقيحه بعد ذلك في يونيو2007م،عندما صدر الفصل المتعلق بوحدات الصناديق الاستثمارية ضمن المجلد السادس من دليل التوجيهات الرقابية لمصرف البحرين المركزي، وقد تم لاحقاً مراجعة وتحديث النظم والقواعد المتعلقة بعمل الصناديق الاستثمارية وإصدارها في شكل مجلد منفصل (المجلد السابع) في ابريل 2012م، والذي يشكل جزءا من دليل التوجيهات الرقابية لمصرف البحرين المركزي، ويحتوي المجلد الجديد على قواعد وأنظمة شاملة تتعلق بترخيص وتسجيل صناديق الاستثمار الجماعية المؤسسة محلياً والصناديق الاستثمارية الأجنبية المرخصة أو المسجلة في المملكة والإشراف عليهما."[119] وإلى جانب ذلك فإن الصناديق الاستثمارية والصناديق العقارية الاستثمارية تخضع لقانون مصرف البحرين المركزي ولقانون رقم 23 لسنة 2006 بشأن العهدة المالية، وكذلك لقواعد بورصة البحرين السابق الإشارة لها.

إذاً فصناديق الاستثمار العقارية من الممكن أن تلعب دوراً كبيراً في مجال التمويل العقاري، فمن الممكن أن تخصص لعمليات التطوير العقاري ببناء العقارات وببيعها على الخريطة أو تأجيرها بالإجارة المنتهية بالتمليك أو التأجير التمويلي.

---

[116]–الموقع الرسمي لبورصة البحرين: http://www.bahrainbourse.net/bhb/about_us/news_show_ar.asp?NT=1&value=1267 ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/6/25.

[117]– للمزيد من المعلومات حول صندوق عهدة بنك الإسكان العقارية انظر:الموقع الرسمي للصندوق: http://www.eskanreit.com، تاريخ الإطلاع عليه:2017/6/1.وكذلك:الموقع الرسمي لبورصة البحرين: http://beta.bahrainbourse.com/ar/eskan-bank-realty-income-trust-ar ،تاريخ الإطلاع عليه 2017/6/1.

[118]– أُلغي العمل بقانون إنشاء مؤسسة نقد البحرين الصادر بالمرسوم بقانون رقم 23 لسنة 1972، وذلك بصدور القانون رقم 46 لسنة 2006 بإصدار قانون مصرف البحرين المركزي والمؤسسات المالية.للمزيد حول ذلك أنظر الموقع الرسمي:لمصرف البحرين المركزي: http://www.cbb.gov.bh/، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/6/1. وكذلك: أنظر المادة الثانية من مرسوم إصدار قانون مصرف البحرين المركزي والتي تنص على: "يلغى قانون إنشاء مؤسسة نقد البحرين الصادر بالمرسوم بقانون رقم (23) لسنة 1973، والمرسوم بقانونرقم (17) لسنة 1987 في شأن شركات وهيئات التأمين، كما يلغى كل نص يخالف أحكام القانون المرافق".

[119]– الموقع الرسمي لمصرف البحرين المركزي: http://www.cbb.gov.bh/ar/page_1.php?p=mutual_funds، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/6/18.

كما نخلص إلى إن الاستثمار في المجال العقاري سواء بالبناء أو الشراء مجال خصب جداً، ومن الممكن للصيغ الإسلامية أن تستحوذ على هذا القطاع إذا ما قدمت منتجاتها وصيغها التمويلية بأسعار تتناسب مع القدرات المالية للمواطنين وللمقيمين في مملكة البحرين، لتؤدي بذلك واجبها الاجتماعي اتجاه المجتمع فتساهم في حل الأزمة الإسكانية التي تعاني منها الدولة.

الباب الأول

صيغ التمويل العقاري

الإسلامية الأساسية للأفراد

الباب الأول

صيغ التمويل العقاري الإسلامية الأساسية للأفراد

يقصد بصيغ التمويل الصور والأساليب المختلفة التي يتم به تنظيم العلاقة في مجال استعمال رأس المال،[120] وللتمويل المصرفي الإسلامي صيغ متعددة تخدم كافة قطاعات التنمية في المجتمع، وتسد الحاجات الشخصية للأفراد وللتجار، إلا إن ما يعنينا في هذا الباب هو الصيغ المتبعة في التمويل العقاري للأفراد سواء أكان شراء أو بناء أو ترميم للعقارات.

تعتمد المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين صيغتي التمويل بالمرابحة للآمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك للتمويل العقاري للأفراد بشكل أساسي، فبعض المصارف يقدم هاتين الصيغتين فقط دون بقية الصيغ، وإلى جانب هاتين الصغيتين تتيح بعض المصارف صيغة الاستصناع التي يكيفها البعض بأنها أحد أنواع البيوع إلا إنها في الواقع عقد مستقل بذاته، كما تمول بعض المصارف وشركات التمويل الأفراد عن طريق صيغة المشاركة المتناقصة كمصرف السلام وشركة ريف للتمويل العقاري،[121] في حين إن الغالب يقصر هذه الصيغة على تمويل الشركات والاستثمارات كما هو الحال في بيت التمويل الكويتي[122] وبنك البحرين الإسلامي الذي بدأ بقصر هذه الصيغة على الشركات فقط.[123] وعليه سوف ندرس هاتين الصيغتين في المطلب الثاني ضمن صيغ التمويل العقاري للاستثمار.

وعليه سوف نقصر البحث في هذا الباب على صيغتي المرابحة للآمر بالشراء و الإجارة المنتهية بالتمليك، باعتبارهما الصيغتين الأساسيتين لتمويل الأفراد في المجال العقاري.

---

[120]– سامي حسن حمود، صيغ التمويل الإسلامي مزايا وعقبات كل صيغة ودورها في تمويل التنمية، أبحاث ندوة إسهام الفكر الإسلامي في الاقتصاد المعاصر، المنظمة من قبل جامعة الأزهر والمعهد العالمي للفكر الإسلامي في الفترة من 6 إلى 9 سبتمبر 1981، ص200 .

[121]–انظر الموقع الرسمي لمصرف السلام: http://www.alsalambahrain.com/_Banking_Services/_Retail_Banking، والموقع الرسمي لشركة ريف للتمويل العقاري: http://www.reef.bh/، تاريخ الإطلاع عليهما: 2016/8/17.

[122]– الموقع الرسمي لبيت التمويل الكويتي: https://www.kfh.bh/ar/corporate-banking/corporate-finance-product.html، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/17.

[123]– الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، الطبعة الأولى،2015، منشور على الموقع الالكتروني الرسمي لبنك البحرين الإسلامي:www.bisb.com/ar ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/24، ص 40.

الفصل الأول

المرابحة للآمر بالشراء

الفصل الأول

المرابحة للآمر بالشراء

تلعب المرابحة للآمر بالشراء دوراً كبيراً في التمويل العقاري، فهي أكثر الصيغ استخداماً من قبل المصارف الإسلامية بشكل عام وهي أحد أساليب التمويل الرئيسية في التمويل العقاري،فالمصارف الإسلامية العاملة في البحرين تعتمد بشكل أساسي على المرابحة للآمر بالشراء للتمويل العقاري، ومن هذه المصارف على سبيل المثال: بنك الإثمار، بيت التمويل الخليجي، بنك البركة، بنك البحرين الإسلامي، ومصرف السلام.[124] فالمرابحة للآمر بالشراء تمول شراء العقارات والاستثمار فيها، وشراء مواد البناء، وكذلك الأثاث، فهي تمول القطاع العقاري في أغلب جوانبه.

وعليه سوف نبحث في هذا الفصل المرابحة للآمر بالشراء وأحكامها، وذلك في مطلبين نخصص الأول منهما لدراسة فكرة المرابحة للآمر بالشراء ومفهومها، وأما في الثاني فسوف ندرس آثار هذا العقد والتزامات طرفيه وذلك على النحو التالي:

[124]– انظر في ذلك المواقع الالكترونية الرسمية الخاصة بالمصارف المذكورة: بنك الإثمار: https://www.ithmaarbank.com/ar، بيت التمويل الخليجي:https://www.kfh.bh/ar/، بنك البركة:http://www.albaraka.com/ar، بنك البحرين الإسلامي: https://www.bisb.com/ar/، مصرف السلام: http://www.alsalambahrain.com/ar، تاريخ الإطلاع عليها: 2017/5/20. وأنظر كذلك: الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 8.

المبحث الأول

فكرة المرابحة للأمر بالشراء

المرابحة للأمر بالشراء هي:" اتفاق بين المصرف و العميل، على أن يبيع الأول للعميل المبيع الذي يطلبه، بثمنه وزيادة ربح معلوم يتفقان عليه، وعلى كيفية سداده".[125]

ويقول الدكتور سامي عن ذلك:"وقد كان بيع المرابحة للآمر بالشراء بصورته المعروفة في التعامل المصرفي كشفاً وفق الله إليه الباحث أثناء إعداده لرسالة الدكتوراه في الفترة الواقعة بين 1973- 1976 حيث تم التوصل إلى هذا العنوان الاصطلاحي بتوجيه من الأستاذ الشيخ العلامة محمد فرج السنهوري رحمه الله تعالى حيث كان أستاذ مادة الفقه الإسلامي المقارن للدراسات العليا بكلية الحقوق بجامعة القاهرة".[126]

وقد فسر الدكتور سامي فكرته بضربه المثال التالي:" أن مثل هذا الراغب، (الطبيب الذي يريد شراء أجهزة طبية لعيادته الجديدة مثلاً) يتقدم إلى المصرف طالباً منه شراء الأجهزة المطلوبة بالوصف الذي

---

[125]-علي محمد علي قاسم، بيع المرابحة للأمر بالشراء والتطبيقات المعاصرة له، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص 23. ولقد ظهر مصطلح بيع المرابحة للأمر بالشراء منذ ما يقارب الخمسين عاماً على يد الدكتور سامي حسن أحمد حمود في رسالته للدكتوارة المعنونة بـ "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية" المقدمة إلى جامعة القاهرة- كلية الحقوق-، والتي نوقشت بتاريخ 1976/6/30م. ولقد ولد الدكتور سامي حسن أحمد محمود في مدينة المجلد بفلسطين عام 1938، ومن ثم انتقل إلى الأردن، وقد بدأ حياته المهنية موظفاً في البنك الأهلي الأردني بعمان 1956، وظل يتدرج في تقدمه الوظيفي حتى أصبح عام 1974 مساعد المدير العام، وقد أكمل دراسته الجامعية فنال درجة الدكتوارة من كلية الحقوق بجامعة القاهرة عن رسالته المعنونة بـ " تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية" بتقدير " جيد جداً مع مرتبة الشرف وتبادل الرسالة مع الجامعات الأخرى". وقد تضمنت رسالته أفكاراً وخطوطاً عامة لتنظيم العمل المصرفي الإسلامي، وقد أثمرت جهوده بالدعوة لتأسيس البنك الإسلامي الأردني حيث صدر بذلك قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار رقم 13 لسنة 1978م ، وقد شغل الدكتور محمود منصب نائب رئيس مجلس الإدارة و المدير العام للبنك في الفترة الواقعة بين 1979/3/1م إلى 1980/10/31م.
للمزيد من المعلومات انظر في ذلك: حسام الدين موسى عفانة، بيع المرابحة للأمر بالشراء، دراسة تطبيقية في ضوء تجربة بيت المال الفلسطيني العربي، بيت المال الفلسطيني العربي، الطبعة الأولى، 1996، ص19. وكذلك: رفيق يونس المصري، إلى البنوك الإسلامية كلام في " بيع المرابحة للآمر بالشراء"، بحوث في المصارف الإسلامية، دار المكتبي، دمشق، الطبعة الثانية، 2009، ص 258. وكذلك: سامي حسن أحمد حمود، تطورالأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، مطبعة الشرق،عمان، الطبعة الثانية، 1982.وكذلك:سيرة الدكتور سامي حسن حمود، منشورة على الموقع الإلكتروني:http://www.isegs.com/forum/showthread.php?t=4876، تاريخ الإطلاع عليه:2016/8/18. وكذلك: فواز بن خلف اللويحق المطيري، المرجع السابق، ص 70.

[126]- سامي حسن أحمد محمود، بيع المرابحة للأمر بالشراء، بحث منشور على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/6.

يحدده الطبيب، وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك الأجهزة اللازمة له فعلاً مرابحة (بالنسبة التي يتفق عليها2% أو 3% مثلا) حيث يدفع الثمن مقسطاً حسب إمكانياته التي يساعده عليها دخله".[127]

مستنداً في ذلك إلى ما ورد في كتاب الأم للإمام الشافعي رحمه الله، حيث قال:" وقد كانت هذه الصورة من صور الوساطة التي يستطيع المصرف اللاربوي أن يقوم فيها بأعمال الائتمان التجاري بكل أنواعه منافساً – بكل قوة– سائر البنوك الربوية، محل تفكير مشوب بالتخوف إلى أن اطمأنت النفس بوجود هذا النوع من أنواع التعاقد مذكوراً نصاً على وجه التقريب في كتاب (الأم) للإمام الشافعي حيث يقول – رحمه الله– في ذلك: " وإذا أرى الرجل الرجل السلعة، فقال: أشتر هذه وأربحك فيها بالخيار، إن شاء أحدث فيها بيعاً وإن شاء تركه. وهكذا إن قال اشتر لي متاعاً ووصفه له أو متاعاً أي متاع شئت: وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء، يجوز البيع الأول ويكون فيما أعطى من نفسه بالخيار.وسواء في هذا ما وصفت، أن كان قال ابتاعه واشتريه منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول ويكونان بالخيار في البيع الآخر فإن جدداه جاز..".[128]

ولقد انتشر اليوم استخدام المرابحة للأمر بالشراء بين المصارف الإسلامية، حتى أصبحت أكثر الصيغ استخداماً من قبلهم، حتى باتت تسمى بالمرابحة المصرفية.[129] وكذلك يطلق عليها اسم المرابحة المركبة، وبيع المرابحة للواعد بالشراء، والمواعدة على المرابحة، وبيع الأمانة للأمر بالشراء لمقابل ربح معلوم، وبيع المواعدة.[130]

وعليه نخلص مما أورده دكتور سامي محمود في تعريفه بفكرة المرابحة للآمر بالشراء، بأن الاصطلاح حديث، ولكن حقيقة الفكرة التي يقوم عليها معروفة لدى الفقهاء المتقدمين وإن اختلفت التسميات، فالدكتور

---

[127]– سامي حسن أحمد حمود، تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 432.

[128]– المرجع نفسه، ص 433.

[129]–انظر في هذا المعنى:جعفر بن عبد الرحمن قصاص، بيع المرابحة للأمر بالشراء، دراسة فقهية، منشورة على الموقع الالكتروني: www.saaid.net/book/16/8393.pdf ، تاريخ الاطلاع عليه : 2016/8/6. وكذلك: فواز بن خلف اللويحي المطيري، المرجع السابق، ص 70.

[130]– انظر في هذا المعنى: جعفر بن عبد الرحمن قصاص، المرجع السابق، ص9.وكذلك: فواز بن خلف اللويحي المطيري، المرجع السابق، ص 69 ومابعدها. وكذلك: يوسف بن عبدالله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء واحكامها في الفقه الإسلامي، ج3 ، ص273 ، منشور على الموقع الالكتروني الخاص بالمؤلف: http://www.shubily.com/، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/6.

سامي استند في طرحه للفكرة إلى ما ورد عن الإمام الشافعي في كتاب الأم، الأمر الذي يكون معه المصطلح حديث ولكن الفكرة راسخة من القدم.[131]

إذًا فالمرابحة للآمر بالشراء ما هي إلا صورة مطورة من المرابحة المعروفة في الفقه الإسلامي؟ فما هي المرابحة المعروفة في الفقه الإسلامي؟ وما الفرق بينها وبين المرابحة للآمر بالشراء؟

سنبحث في المطلب الأول مفهوم المرابحة للآمر بالشراء وذلك ببيان مفهوم المرابحة العادية والخطوات العملية للمرابحة للآمر بالشراء وصورها لتكتمل صورتها للقارئ ومن ثم سنبحث في المطلب الثاني الحكم الشرعي للمرابحة للآمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول

مفهوم المرابحة للآمر بالشراء

المرابحة للآمر بالشراء هي أكثر صيغ التمويل استخداماً وشيوعاً في المصارف الإسلامية، فهي كوسيلة ائتمانية أسهل اتباعاً وأيسر تطبيقاً من سواها من صيغ التمويل الإسلامية الأخرى، فهي تتميز بسعة نطاقها حيث تتنوع السلع والخدمات التي يمكن أن تكون محلاً للمرابحة، كما إنها تحقق للمصارف ربحاً معقولاً، فالربح محسوب كنسبة من ثمن البضاعة، فتنخفض بذلك نسبة المخاطرة فيها، فربح المصرف محدد مسبقاً، ومخاطرة المصرف تكاد تنحصر في احتمال تأخر العميل أو مماطلته في السداد.[132]

والمرابحة للآمر بالشراء صورة مستمدة من المرابحة العادية المعروفة في الفقه الإسلامي، فما المقصود بالمرابحة العادية؟ وما هي فكرة المرابحة للآمر بالشراء؟ وما الفرق بينهما؟ هذا ما سنتطرق لدراسته في هذا المبحث، بحيث نخصص الفرع الأول للمرابحة العادية والفرع الثاني لبحث الجانب التطبيقي للمرابحة للآمر بالشراء.

---

[131]– بكر أبو زيد، المرابحة للآمر بالشراء بيع المواعدة، بحث منشور على الموقع الالكتروني:http://iefpedia.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/10/27.

[132]– انظر في هذا المعنى: عبد العظيم أبو زيد، بيع المرابحة للآمر بالشراء، بحث منشور على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/12. وكذلك: فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 142 ومابعدها.

الفرع الأول: المرابحة العادية:

المرابحة هي " بيع سلعة بمثل الثمن الذي اشتراها به البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه، بنسبة من الثمن أو بمبلغ مقطوع سواء وقعت من دون وعد سابق وهي المرابحة العادية، أو وقعت بناء على وعد بالشراء من الراغب في الحصول على السلعة عن طريق المؤسسة وهي المرابحة المصرفية."[133] إذاً فالمرابحة العادية هي الصورة الأساسية للمرابحة وهي تتم دون طلب سابق من العميل بالشراء ودون أن تقترن بتأجيل الثمن كما هو الحال في المرابحة للآمر بالشراء حيث يتم فيها تقسيط الثمن.

فما هو تعريف الفقه الإسلامي للمرابحة؟ وما هو دليل مشروعيتها ؟ وما هي شروط صحتها على اعتبار إنها أحد بيوع الأمانة؟ سوف نجيب عن هذه التساؤلات على النحو التالي:

أولاً: تعريف المرابحة ودليل مشروعيتها:

المرابحة هي صورة من صور البيع،[134] يبيع من خلالها البائع السلعة إلى المشتري بالثمن الذي اشتراها به مضافاً إليه ربح معلوم متفق عليه بينهما. وهي الصيغة المنقولة عن الفقهاء القدامى، فقد عرفها ابن قدامة بأنها: " البيع برأس المال وربح معلوم."[135]

---

[133]– ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص 224 ومابعدها.

[134]– يعرف البيع في الفقه الإسلامي بأنه:"عقد معاوضة مالية، تفيد ملك عين أو منفعة على التأبيد، لا على وجه القرابة" ،كما يعرفه البعض الآخر بأنه:" مبادلة مال بمال على سبيل التراضي". و تقسم البيوع في الفقه الإسلامي باعتبار المبيع إلى:

1- البيع المطلق: هو مبادلة العين بالنقد، وهو أشهر الأنواع، وينصرف إليه البيع عند الإطلاق، فلا يحتاج كغيره إلى تقييد.
2- بيع السَّلَم: ويسمى السَّلَف، هو مبادلة الدين بالعين، أو بيع شيء مؤجل بثمن معجل.
3- بيع الصرف: وهو بيع جنس الأثمان بعضه ببعض، وعرف بأنه بيع النقد بالنقد جنسًا بجنس، أو بغير جنس؛ أي: بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، وكذلك بيع أحدهما بالآخر.
4- بيع المقايضة: هو مبادلة مال بمال سوى النقدين، ويشترط لصحته التساوي في التقابض إن يتفقا جنسًا وقدرًا.

و تقسم البيوع باعتبار الثمن إلى:

1- بيوع مساومة:وفيها يتفق البائع والمشتري على ثمن المبيع، بغض النظر عن ثمنها الأصلي. وتسمى كذلك ببيوع المكايسة أو المماكسة.
2- بيع المزايدة:هو أن يعرض البائع سلعته في السوق، فيتزايد المشترون فيها، فتباع لمن يدفع أعلى ثمن. ويقارب بيع المزايدة بيع المناقصة، وهي أن يعرض المشتري شراء سلعة موصوفة بأوصاف معينة، فيتنافس الباعة في عرض البيع بثمن أقل، ويرسو البيع على من يعرض أقل سعر، ولم يتحدث الفقهاء قديمًا عن مثل هذا البيع، ولكن يسري عليه ما يسري على المزايدة مع مراعاة التقابل.
3- بيوع الأمانة: وفيها يتم الاتفاق بين المشتري و البائع على ثمن السلعة، مع الأخذ في الاعتبار ثمنها الأصلي، وتقسم إلى :
   - بيع المرابحة: وهي البيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح يتفقان عليه.
   - بيع التولية: وهي البيع بمثل الثمن الأول، من غير زيادة ولا نقصان.
   - بيع الوضيعة: وهي البيع بأقل من الثمن الأول. ويسمى كذلك ببيع الحطيطة. =

كما عرفها الكاساني بأنها: " بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح".[136] وعرفها ابن رشد بأنها: " هي أن يذكر البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة ويشترط عليه ربحاً لدينار أو لدرهم".[137]

وتسمى المرابحة العادية بالمرابحة الفقهية،[138] والمرابحة البسيطة،[139] والمرابحة الأصيلة.[140]

وقد استدل الفقهاء على مشروعية المرابحة بالنصوص العامة التي تدل على مشروعية البيع من القرآن الكريم والسنة والإجماع على النحو التالي:[141]

أولاً: القرآن الكريم:

استدل الفقهاء على مشروعية المرابحة من الآيات القرآنية التي تدل على مشروعية عمومات البيع ومنها:

أ.قوله عزوجل: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾.[142]

ووجه الاستدلال بهذه الآية: أن قوله سبحانه وتعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ يفيد حل كل أنواع البيع، فلا يحرم منها إلا ما حرم الله ورسوله بنص محكم لا شبهة فيه، والمرابحة مبناها الربح الحلال، حيث

= للمزيد انظر: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخام، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، 1986، ص 133 ومابعدها. وكذلك: علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، سلسة إصدارات المجمع 14، الجزء الأول، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، مؤسسة الريان– بيروت، مكتبة دار القرآن – مصر، دار الثقافة– الدوحة، الطبعة الأولى، 2004، ص 16. وكذلك: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، بدون ناشر، الطبعة الأولى، 2009، ص 558.

[135]– ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، الجزء السادس، دار عالم الكتاب، الرياض، ص 266.

[136]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 220.

[137]– محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة السادسة، 1983، ص 215.

[138]– انظر في هذا المعنى: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص509 وما بعدها. وكذلك:عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، سلسة الأدلة الشرعية للعمل المصرفي، مجموعة دله البركة –قطاع الأموال شركة البركة للاستثمار والتنمية، الطبعة الأولى، 1998، ص 37.

[139]– فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص136.

[140]– معاويه كنه، مصطلحات مصرفية إسلامية، http://www.alyaum.com/article/3114704 ، تاريخ الإطلاع: 2016/8/18.

[141]– ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 224 ومابعدها.

[142]– سورة البقرة، الآية 275.

تقوم على طلب الربح وابتغاء الفضل وبهذا تكون الآية الكريمة قد دلت بعمومها على مشروعية بيع المرابحة.[143]

ب. وقوله تعالى: ﴿ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم﴾.[144]

ووجه الاستدلال بهذه الآية: إن نفي الجناح يدل على الحل، وبما أن بيع المرابحة ابتغاء للفضل أي الزيادة والربح من البيع، وقد أحل الله سبحانه وتعالى عموم البيع في قوله سبحانه ﴿وَأَحَلّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ الأمر الذي يستدل به على جواز المرابحة باعتبارها أحد أنواع البيوع المشروعة.[145]

ج. وكذلك قوله سبحانه: ﴿وابتغوا من فضل الله﴾.[146]

ووجه الاستدلال بهذه الآية :أن الله سبحانه وتعالى حث على ابتغاء الفضل أي الربح والزيادة، والبيع هو أحد طرق ابتغاء الفضل المشروعة وبما أن المرابحة أحد أنواع البيوع فيمكن أن يستدل بهذه الآية على مشروعية المرابحة.[147]

ثانياً: السنة النبوية:

استدل الفقهاء على مشروعية بيع المرابحة بعموم الأحاديث الدالة على حل عقد البيع ومن هذه الأحاديث:

أ. ما روي عن النبي (ص) أنه قال: " الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل. سواء بسواء. يداً بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يداً بيد."[148] وجه الاستدلال: إن هذا الحديث الشريف يدل على مشروعية البيع

---

[143]– أنظر في هذا المعنى: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 14. وكذلك: محمد محمود المكاوي، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى، 2015، ص 17. وكذلك: محمود حسنى الزيني، عقد المرابحة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012، ص 98.

[144]– سورة البقرة، الآية 198.

[145]– أنظر في هذا المعنى: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 15. وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 17.

[146]– سورة الجمعة، الآية 10.

[147]– محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 16 ومابعدها.

[148]– محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مزي النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيت الأفكار الدولية، الأردن، (دون تاريخ)، ص 1007، الحديث رقم 1587.

بصفة عامة، و يدل كذلك على مشروعية المرابحة، فالمرابحة بيع سلعة بثمن، فيكون الجنسان في المرابحة مختلفان، فيكون البيع جائزاً.[149]

ب. ما روي عن رسول الله (ص): "إنما البيع عن تراضٍ".[150] وجه الاستدلال: إن بيع المرابحة يتم عن تراض وطيب نفس، فهو من بيوع الأمانة التي يلزم فيها الصدق في الإخبار عن ثمن السلعة، ويتم الاتفاق فيها على مقدار الربح برضا المتعاقدين، فتكون بذلك مشروعة.[151]

ج. ما روي عن رفاعة بن رافع أن النبي (ص) سُئل أي الكسب أطيب؟ فقال: "عمل الرجل بيده، وكل بيع مبرور."[152] وجه الاستدلال: البيع المبرور هو ما خلص عن اليمين الفاجرة، وعن الغش والخداع في المعاملة، والمرابحة بيع مبرور، فهي أحد بيوع الأمانة مبناها الأمانة والصدق في كل ما يتعلق بالمبيع وثمنه.

ثالثاً:الإجماع:

ويستدل على مشروعية المرابحة بالإجماع، فقد عُرفت هذه البيوع في سائر العصور من غير إنكار، فكان ذلك دليلاً على مشروعيتها.[153] وفي ذلك يقول الكاساني:"وكذا الناس توارثوا هذه البياعات – المرابحة والتولية والوضيعة والإشراك– في سائر العصور والدهور من غير إنكار فكان ذلك إجماعاً، وذلك إجماع على جوازها."[154]

---

[149]– علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 17.

[150]–محمد ناصر الدين الألباني المحقق، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل،المكتب الإسلامي ،بيروت، الطبعةالأولى، سنة 1399 هـ، ص 1283. وكذلك: محمد ناصر الدين الألباني،المترجم زهير الشاويش،صحيح الجامع الصغير وزيادته،المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعةالثالثة، 1408 هـ، ص 5028. وكذلك:مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، محمد فؤاد عبدالباقي، صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله ﷺ)، دار إحياء الكتب العربية،بيروت،الطبعة الأولى، سنة 1374، ص1316.

[151]– انظر في هذا المعنى: فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 137، عز الدين محمد خوجة، المرجع السابق،36.

[152]– أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، المجلد الثالث، دار المعرفة، (دون تاريخ)، 1403 هـ ،ص 263.

[153]– انظر في هذا المعنى: عبدالعزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية التجربة وتحديات العولمة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2011، ص 139. وكذلك: محمد محمود المكاوي، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى،2015، ص 18.

[154]–علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 220.

ثانياً: شروط المرابحة:

المرابحة عقد بيع يشترط لصحته توافر شروط عقد البيع في الفقه الإسلامي إلا أنها تختص بشروط خاصة لا تكون المرابحة صحيحة بدونها، نبينها على النحو التالي:[155]

الشرط الأول: أن يكون الثمن الأول معلوماً:

من شروط صحة بيع المرابحة، أن يكون ثمن السلعة الأول الذي اشترى به البائع معلوماً لدى المشتري، وهو أمر واضح من تعريف الفقهاء للمرابحة، ومن أحكام القانون المدني كذلك،[156] فالمرابحة بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم، فيجب على البائع أن يخبر المشتري بالثمن الأول، ويجب أن يكون الإخبار في مجلس العقد، فالعلم بالثمن الأول يجب أن يكون علماً كافياً نافياً للجهالة المفضية للنزاع.[157]

الشرط الثاني: العلم بالربح:

يشترط لصحة المرابحة العلم بالربح، لأنه بعض الثمن، والعلم بالثمن شرط من شروط صحة البيع، فهو شرط فرعي تابع للشرط الأول وهو شرط العلم بالثمن الأول. ويترتب على عدم العلم بالربح عدم صحة البيع. وكذلك إذا كان الثمن الأول غير معلوم، لم يصح بيع المرابحة بالعلم بالربح فيه لأن ذكر الفرع لا يغني عن الأصل، فالمرابحة كما عرفها الفقهاء هي بيع بمثل الثمن الأول وزيادة ربح معلوم.[158]

---

[155]– انظر في هذا المعنى: عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية، دار النهضة العربية، مصر، (بدون تاريخ)، ص 221 ومابعدها. وكذلك : عبدالله العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الدوحة، الطبعة الثانية، 1992، ص 251 ومابعدها. وكذلك: فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 137 ومابعدها. وكذلك: محمود محمد حسن، العقود الشرعية في المعاملات المالية المصرفية " المرابحة، المضاربة" دراسة مقارنة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى،1997، ص 9 ومابعدها. وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 127 ومابعدها.وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 22 ومابعدها.

[156]– تنص المادة 388/أ من القانون المدني البحريني على:" أ) يجوز البيع تولية أو إشراكاً أو مرابحة أو وضيعة، إذا كان الثمن الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد، وكان مقدار الربح في المرابحة ومقدار الخسارة في الوضيعة محدداً".

[157]– وقد جاء في البدائع للكاساني: "وأما شرائطه (منها) ما ذكرنا وهو أن يكون الثمن الأول معلوما للمشتري الثاني لان المرابحة بيع بالثمن الأول مع زيادة ربح والعلم بالثمن الأول شرط صحة البياعات كلها لما ذكرنا فيما تقدم فإن لم يكن معلوما له فالبيع فاسد إلى أن يعلم في المجلس فيختار ان شاء فيجوز أو يترك فيبطل أما الفساد للحال فلجهالة الثمن لأن الثمن للمال مجهول وأما الخيار فللخل في الرضا لان الانسان قد يرضى بشراء شي بثمن = = يسير، ولا يرضى بشرائه بثمن كثير فلا يتكامل الرضا إلا بعد معرفة مقدار الثمن فإذا لم يعرف اختل رضاه واختلال الرضا يوجب الخيار ولو لم يعلم حتى افترقا عن المجلس، بطل العقد لتقرر الفساد." علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 220. وانظر في هذا المعنى كذلك: المادتين 5/4 و 6/4 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص213. وكذلك: محمود حسنى الزينى، المرجع السابق، ص 127.

[158]– أنظر في هذا المعنى:علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 221. وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص23. وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 135 ومابعدها. وكذلك المادة 6/4 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة والتي= =تنص

وللربح في بيع المرابحة عدة صور منها: أن يكون نسبة معلومة من رأس المال، كالعشر أو الخمس أو ماشابه ذلك، أو أن يكون شيئاً معلوماً مفرداً عن رأس المال، أو أن يكون مبلغاً مقطوعاً بالإضافة إلى نسبة معلومة،[159] كأن يقول له اشتريت بمائة وبعتك بمائة وعشرة وربح درهم لكل عشرة.[160]

الشرط الثالث: أن يكون رأس المال من ذوات الأمثال:

يشترط لصحة المرابحة، أن يكون رأس المال من المثليات، حيث يؤخذ من تعاريف الفقهاء للمرابحة، بأنها بيع بمثل الثمن الأول، أي أنه يشترط في الثمن الأول خاصةً و رأس المال عامةً الذي قامت به السلعة، أن يكون من ذوات الأمثال، وذلك حتى يتمكن المشتري من مقابلة العوض بمثله لأنه يجب عليه بمثل الثمن الأول.[161] والمرجع في اعتبار المال مثلياً في الفقه الإسلامي أمران هما: التماثل بين أجزائه عندما يكون مكيلاً أو موزوناً، والتماثل بين آحاده عندما يكون معدوداً، مع ملاحظة وجوده في الأسواق فما يكون موجوداً يكون مثلياً إن تماثلت آحاده.[162]

الشرط الرابع: أن تكون المرابحة خالية من شبهة الربا:

يشترط لصحة المرابحة ألا تكون في بيع الأموال الربوية بجنسها حتى تكون خالية من شبهة الربا. فإذا اشترى المكيل أو الموزون بجنسه مثلاً بمثل، فلا يجوز له أن يبيعه مرابحة لأن المرابحة بيع بمثل الثمن الأول مع زيادة معلومة، والزيادة في بيع الأموال الربوية بجنسها، تكون ربا لا ربح. أما عند اختلاف الجنس فتجوز المرابحة.[163]

على: " يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المرابحة وربحها محدداً ومعلوماً للطرفين عند التوقيع على عقد البيع. ولا يجوز بأي حال أن يترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل؛ وذلك مثل أن يعقد البيع ويجعل الربح معتمداً على مستوى الليبور (LIBOR) الذي سيقع في المستقبل. ولا مانع من ذكر مؤشر من المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح، على أن يتم تحديد الربح في عقد المرابحة على أساس نسبة معلومة من التكلفة ولا يبقى الربح مرتبطاً بالليبور أو بالزمن".

[159]– تنص المادة 7/4 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " يجب أن يكون الربح في عقد المرابحة معلوماً ولا يكفي الاقتصار على بيان الثمن الإجمالي، ويجوز أن يكون الربح محدداً بمبلغ مقطوع أو بنسبة مئوية من ثمن الشراء فقط أو من ثمن الشراء مضافاً إليه مبلغ المصروفات. ويتم هذا التحديد بالاتفاق والتراضي بين الطرفين".

[160]– محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 135.

[161]– أنظر في هذا المعنى: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 221. وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 25. وكذلك: محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 142.

[162]–فريدة صادق زوزو، نظرية المال في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقاصدية، منشورة على الموقع الإلكتروني: http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4994، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/19.

[163]– أنظر في هذا المعنى :المادة 6/2/2، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، والتي تنص على:" لا يجوز إجراء المرابحة المؤجلة في الذهب أو الفضة أو العملات، ولايجوز إصدار صكوك قابلة للتداول بديون المرابحة أو غيرها. كما لا يجوز تجديد المرابحة على نفس السلعة".وللمزيد حول ذلك=

وقد اتفق جمهور أهل العلم على أن ما اجتمع فيه الكيل والوزن والطعم من جنس واحد فإنه يثبت فيه الربا ويدخل في ذلك الذهب والفضة والبر. وقد ثبت الربا فيما سبق بأحاديث كثيرة وردت في بعضها نصاً وقيس الباقي عليها لوجود علة الحكم فيها، ومن أهم هذه الأحاديث ما روي عن عبادة بن الصامت عن النبي ﷺ أنه قال: "الذهب بالذهب مثلا بمثل والفضة بالفضة مثلا بمثل، والتمر بالتمر مثلاً بمثل والبر بالبر مثلاً بمثل، والملح بالملح مثلاً بمثل والشعير بالشعير مثلاً بمثل، فمن زاد أو استزاد فقد أربى بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد".[164]

فقد ثبت الربا في هذه الأشياء المنصوص عليها بالنص والإجماع، وما لم يُنص عليه وفيها علة الربا فقد ثبت الربا فيها لدى جمهور الفقهاء بالقياس فهو دليل شرعي من أدلة الأحكام الشرعية،[165] لذا وجب أن تكون المرابحة خالية من شبهة الربا فلا يكون الثمن في العقد الأول مقابلاً بجنسه من أموال الربا.

الشرط الخامس: أن يكون العقد الأول صحيحاً:

يشترط لصحة عقد المرابحة أن يكون العقد الأول صحيحاً، فإذا فسد العقد الأول فسد العقد الثاني، فما بني على باطل فهو باطل. وبيع المرابحة يكون مبنياً في صيغته على البيع الأول، حيث تتضمن صيغته الثمن في البيع الأول، أو رأس المال، أو لما قام عليه من الثمن الذي اشترى به وما أنفقه من مصاريف تزيد في المبيع أو في قيمته، وهو ما يستوجب صحة البيع الأول. فإذا كان البيع الأول فاسداً فقد الثمن فيه معلوميته، واختلت شروطه، فيفسد بذلك بيع المرابحة .فالبيع الفاسد يثبت الملك فيه بقيمة المبيع أو بمثله لا بالثمن، لفساد التسمية فتصبح القيمة فيه مجهولة، الأمر الذي تفسد معه المرابحة كونها بيع بالثمن الأول.[166]

وهذه الشروط جميعها تعتبر شروطاً لصحة المرابحة للآمر بالشراء كذلك، فلا تصح بدونها، وبما أن المرابحة للآمر بالشراء صورة مطورة للمرابحة العادية البسيطة، فإن مناط الاختلاف بينهم يكمن في أن المرابحة للآمر بالشراء يسبقها طلب بالشراء من العميل الواعد بالشراء، كما تقترن بتأجيل الثمن حيث يتم

=انظر:ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 226. وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 25 ومابعدها.

[164]– سبق تخريجه.

[165]– محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 152.

[166]– تنص المادة 1/1/3 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: "..... كما يعتبر بيع المرابحة غير صحيح إذا كان عقد الشراء الأول باطلاً لا يفيد ملكاً تامًا للمؤسسة." وللمزيد انظر في هذا المعنى:علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 222. و كذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 22. وكذلك: محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 158.

سداده بموجب أقساط يتفق عليها بين المصرف والعميل،[167] كما أن السلعة في المرابحة العادية تكون مملوكة للبائع أثناء الطلب، بينما في المرابحة للآمر بالشراء يأتي التملك لها بعد الوعد، حيث يشتريها المصرف من البائع تمهيداً لبيعها للعميل الآمر بالشراء، كما أن المرابحة العادية تنعقد في مرحلة واحدة، أما المرابحة للآمر بالشراء فتمر بأربع مراحل مختلفة وهي مرحلة الطلب ثم مرحلة المواعدة ومرحلة التملك ومرحلة التعاقد،[168] وسوف نبحث هذه المراحل تفصيلاً في الفرع الثاني وذلك على النحو التالي:

الفرع الثاني: الجوانب التطبيقية للمرابحة للآمر بالشراء:

بعد أن وقفنا على فكرة المرابحة للآمر بالشراء المستمدة من عقد المرابحة المعروف في الفقه الإسلامي وبين الاختلاف بينهما، فإننا سنبحث الجانب التطبيقي للمرابحة للآمر بالشراء وذلك من خلال بحث الخطوات العملية لها أولاً ومن ثم بحث صورها ، وذلك على النحو التالي:

أولاً: الخطوات العملية لبيع المرابحة للآمر بالشراء:[169]

تمر المرابحة للآمر بالشراء بأربع مراحل أساسية بدءاً من إبداء العميل رغبته في شراء سلعة معينة أوعقار معين وحتى إبرامه عقد المرابحة للآمر بالشراء مع المصرف، و يتوجب على المصرف الالتزام بالمبادئ الأساسية والضوابط الشرعية حتى يكون العقد صحيحاً، و نبين هذه المراحل على النحو التالي:

---

[167]– ملحق (هـ) التعريفات، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 234.

[168]– انظر في هذا المعنى: عز الدين محمد خوجة ، المرجع السابق، ص 42. وكذلك: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص24. وكذلك: فواز بن خلف اللويحي المطيري، المرجع السابق، ص 71. وكذلك: محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 41 ومابعدها. وكذلك: يوسف بن عبدالله الشبيلي، المرجع السابق، ص 278 ومابعدها.

[169]– انظر في هذا المعنى: جعفر بن عبدالرحمن قصاص، المرجع السابق، ص 10. وكذلك: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 28. وكذلك:الدليل الفقهي للمرابحة (للأمر بالشراء)، سلسة الأدلة الفقهية والفنية، الدليل الثالث، مجموعة البركة المصرفية، منشور على موسوعة البركة للمعاملات المالية الإسلامية الإلكترونية، شركة الدار العربية لتقنية المعلومات. وكذلك: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص24 ومابعدها. وكذلك:فواز بن خلف اللويحي المطيري، المرجع السابق، ص75.

المرحلة الأولى: طلب الشراء :[170]

تبدأ عملية المرابحة للآمر بالشراء بتلقي المصرف طلباً من العميل يعرب فيه عن رغبته في أن يقوم البنك بشراء سلعة معينة على أن يشتريها العميل منه مرابحة، ومن الناحية التطبيقية فإن ذلك يتم في جميع المصارف الإسلامية من خلال نموذج يسمى "طلب شراء مرابحة أو رغبة بالشراء".[171]

ويحدد العميل في طلب الشراء جميع البيانات الخاصة بالسلعة المطلوب شراؤها على وجه التفصيل، بحيث تكون محددة الأوصاف تحديداً دقيقاً نافياً للجهالة، فإذا كانت السلعة موضوع المرابحة عقاراً، فإن المواصفات الأساسية الواجبة الذكر تكون تفاصيل العقار، وذلك ببيان رقم الوثيقة والمقدمة، عمر العقار، ثمن العقار وذلك بتثمينه من قبل مثمن معتمد أو أكثر، التأكد من إن غرض استخدام العقار غير مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، كما إن جدية دراسة العرض تقتضي من المصرف معاينة العقار قبل شرائه للوقوف على صفاته بنفسه.[172]

ويعتبر طلب العميل بمثابة إيجاب قانوناً، يحتاج إلى قبول من المصرف،[173] وفي هذه المرحلة يتوجب على المصرف الإسلامي التأكد من أن مورد السلعة أو بائعها طرف ثالث غير العميل أو وكيله فلا يصح أن يكون البائع هو العميل الآمر بالشراء نفسه أو وكيله المالك الأصلي للسلعة، ولا أن تكون الجهة الموردة للسلعة مملوكة للعميل بما يزيد على النصف،لأن هذا البيع سيكون أحد بيوع العينة المحرمة شرعاً.[174]

فالمرابحة المصرفية تتكون من عقدين منفصلين: الأول هو عقد شراء المبيع من قبل المصرف، والعقد الثاني هوعقد بيع المصرف لذات المبيع للواعد بالشراء، ويشترط شرعاً اختلاف أطراف العقد الأول عن

---

[170]– أنظر في هذا المعنى: المادة 2 "الإجراءات التي تسبق عقد المرابحة"، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 203 – 205. وكذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، من ذات المعيار، ص 225 ومابعدها.

[171]– محمد عبدالحليم عمر، التفاصيل العملية لعقد المرابحة في النظام المصرفي الإسلامي، بحث مقدم لندوة خطة (استراتيجية) الاستثمار في البنوك الإسلامية: الجوانب التطبيقية، والقضايا والمشكلات، منشور على الموقع الالكتروني:http://iefpedia.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/10/27.

[172]– الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 10.

[173]– محمد عبدالحليم عمر، المرجع السابق، ص8.

[174]– المادة 3/2/2، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 205. وكذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، من ذات المعيار، ص 226.

أطراف العقد الثاني حتى لا يؤول العقد إلى مجرد تحايل ربوي، فيعود فيها المبيع للبائع نفسه مقابل حصوله على مبلغ نقدي في الحال يقوم بسداده لاحقاً بزيادة متفق عليها.[175]

كما يتوجب على المصرف التأكد بأن الجهة الموردة للسلعة لا تربطها قرابة نسب أو زوجية مع العميل وذلك لتفادي شبهة صورية العقد أو التواطؤ بين العميل طالب السلعة وموردها، بحيث يكون الغرض الأساسي من العقد هو الحصول على مبالغ نقدية فقط. فعلى الرغم من استقلال الذمة المالية للعميل والجهة الموردة للسلعة إلا إنه يفضل تجنب هذه البيوع، وفي حال قبول المصرف لها فيجب عليه التأكد من جدية البيع.[176]

كذلك فإنه من الأمور الجوهرية التي يتوجب على المصرف الإسلامي الالتفات لها والتأكد منها قبل التعاقد، هي إن العميل طالب السلعة لم يتعاقد مع البائع على الشراء. فإذا صدر من العميل جواب بالقبول على إيجاب البائع أو دفع مبلغاً من المال كمقدم أو عربون له، فإن البيع يكون قد تم مع العميل، فلا يجوز للمصرف إجراء عملية المرابحة على هذه السلعة، حيث ستكون المرابحة شكلية وستكون حقيقة العقد قرض ربوي لا شرعي لذا يتوجب تجنب شبهة الصورية بإلغاء أي ارتباط عقدي سابق بين العميل الآمر بالشراء والبائع الأصلي إن وجد، ويشترط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقة وليست صورية، ولا يجوز تحويل العقد المبرم بين العميل والبائع إلى المصرف بل يجب إلغاء هذا العقد.[177]

وبعد التأكد من ذلك كله، يتخذ المصرف قراره إما بقبول طلب العميل أو برفضه، وفي حال موافقته فإنه يتعامل مع إيجاب العميل بحيث يدخل في المرحلة الثانية وهي مرحلة الوعد بالتعاقد، وقد تكتفي بعض المصارف بطلب الشراء فقط، بحيث يكون شاملاً لشروط الوعد دون حاجة لإبرام عقد وعد بالتعاقد بشكل مستقل، فليس من لوازم المرابحة إبرام عقد الوعد، وإنما هو للاطمئنان إلى عزم العميل لتنفيذ الصفقة بعد تملك المصرف للعقار المطلوب شراءه.[178]

---

[175]– انظر في هذا المعنى: الدليل الفقهي للمرابحة (للآمر بالشراء)، المرجع السابق، ص4. وكذلك: عز الدين محمد خوجة، المرجع السابق، ص 69. و كذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 222.

[176]– المادة 4/2/2، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 205. وللمزيد حول شرح هذه المادة أنظر: عز الدين محمد خوجة، المرجع السابق، ص 82 ومابعدها. وكذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة ،ص 226.

[177]– انظر في هذا المعنى: الدليل الفقهي للمرابحة (للآمر بالشراء)، المرجع السابق، ص6. وكذلك: عز الدين محمد خوجة، المرجع السابق، ص 85 ومابعدها. و كذلك: المادة 2 ببنديها 1/2/2 و 2/2/2، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 204.وكذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 225 ومابعدها.

[178]– المادة 2/3/2، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 206.

المرحلة الثانية: المواعدة:

إن الخطوة التالية لدراسة العملية وقبول المصرف القيام بها هي إبرام عقد الوعد،[179] حيث يتفق الطرفان – المصرف والعميل– على تنفيذ العملية وعلى شروط تنفيذها، بحيث يتضمن الوعد البيانات الخاصة بالسلعة محل العقد، والبيانات الخاصة بالمرابحة من حيث بيان ثمن السلعة ومقدار الربح وطريقة التسديد، مكان وزمان تسليم السلعة، فيعد العميل بشراء السلعة إذا وفرها المصرف، ويعده المصرف ببيعه إياها حال توفيره إياها، وقد يكون الوعد من جانب العميل أو من جانب المصرف فقط.[180]

وقد يشترط المصرف الإسلامي على العميل طالب السلعة سداد مبلغ نقدي تحت مسمى "هامش الجدية"[181] وذلك لضمان جديته وتنفيذه لالتزاماته اتجاه المصرف،[182] ولا يحق للمصرف في حال نكول

---

[179]– الوعد في إصطلاح الفقه الإسلامي هو " الإخبار بإيصال الخير في المستقبل"، و يعرف كذلك بأنه "إخبار عن إنشاء الخير معروفاً في المستقبل". وكذلك يعرف بأنه "مايفرضه الشخص على نفسه لغيره بالإضافة إلى المستقبل لا على سبيل الالتزام في الحال".أما في القانون فإن الوعد بالتعاقد هو"الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل". فهوعقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أو كل منهما نحو الآخر بأن يعقد فالعقد الموعود به متى أظهر الموعود له رغبته بذلك خلال المدة المتفق عليها. وعليه فإن طبيعة الوعد بالتعاقد وتكييفه تختلف في الفقه الإسلامي عنه في القانون، فالوعد بالتعاقد في الفقه الإسلامي يعتبر تصرف من جانب واحد وإن مصدر الإلتزام فيه هو الإرادة المنفردة للواعد، فهو يعتبر من تصرفات التبرع، بينما الوعد بالتعاقد في القانون عقد، إلا إنه عقد مؤقت، فهو عقد يرمي إلى الوصول إلى عقد آخر مختلف في ذاته، فالوعد بالبيع مثلاً يستهدف الوصول إلى البيع، ولكنه ليس هو البيع. فالإيجاب والقبول في الوعد بالبيع انصبا على مجرد الوعد بالبيع لا على البيع ذاته، ولذلك يكون الوعد بالبيع دون البيع الكامل، فالواعد لا يلتزم بنقل ملكية الشيء وضمانه بل يقتصر على أن يلتزم بإجراء عقد البيع في الوقت الذي يظهر فيه الطرف الآخر رغبته في إتمام عقد البيع، فهو بذلك يكون خطوة نحوة العقد النهائي. ويختلف الوعد بالتعاقد عن العقد الابتدائي، فعلى الرغم من تشابههما في كون كل منهما عقداً تام التكوين، وإنهما من العقود التمهيدية لإبرام العقد النهائي، إلا إن العقد الابتدائي على خلاف الوعد بالتعاقد هو نفس العقد المقصود إبرامه أولاً وأخيراً، كل ماهناك إنه لعلة خاصة أبرم بشكل أولي، إنتظاراً لإعادة صياغته من جديد في صورته النهائية. فوصف الابتدائي لا يرد على العقد في ذات أحكامه، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التي يصاغ بها، لتتغير فيما بعد لتصير في شكلها النهائي.

للمزيد أنظر في هذا المعنى:رفيق يونس المصري، الوعد الملزم في معاملات المصارف الإسلامية: هل يجوز أن يكون الوعد ملزماً إذا كان بديلاً لعقد محرم؟،مجلة جامعة الملك عبدالعزيز، المجلد 15، 2003، ص 119. وكذلك:سيف رجب قزامل، الوعد بالتعاقد: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، كلية طنطا، مصر، العدد الثاني، 1986–1987. وكذلك:عز الدين محمد خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجموعة دلة البركة،الطبعة الأولى ، 1993، ص 15.وكذلك: عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول : مقدمة – صيغة العقد، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون تاريخ)، ص 45. وكذلك: عبدالرزاق أحمد سنهوري، نظرية العقد،الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية الجديدة، 1998، ص 263. وكذلك: فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للإلتزام،مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 28، العدد الأول، 2012،ص 151. وكذلك: محمود عبدالحكم، الوعد بالتعاقد: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، جامعة المنصورة، العدد 32، 2002، ص 401 ومابعدها.

[180]– محمد عبدالحليم عمر، المرجع السابق، ص10.

[181]–عرف مصرف لبنان – المركزي– هامش الجدية في قراره الأساسي رقم 8870 عمليات المرابحة المجراة مع/ أو عن طريق المصارف الإسلامية بأنه:"هو المبلغ الذي يدفعه الآمر بناء على طلب من المأمور للتأكد من أن الأمر جاد في طلبه،على أنه اذا عدل الآمر عن شراء الأصل في حالة الإلزام، عوّض الضرر الفعلي الذي لحق بالمأمور من هذا المبلغ، فإذا لم يفِ هامش الجدية بالضرر الذي أصاب المأمور، فله أن يعود على الآمر=

العميل عن وعده أن يستقطع منه إلا بمقدار الضرر الفعلي فقط،[183] وفي حال وفاء العميل بوعده يتم خصمه من ثمن العقار المباع.[184]

ويختلف هامش الجدية عن العربون، ففي مرحلة المواعدة لا يجوز الاتفاق على أخذ مبلغ نقدي كعربون شراء، فسداد العربون يكون تعبيراً عن إبرام عقد البيع، وفي مرحلة المواعدة تكون السلعة أساساً غير مملوكة للمصرف وبالتالي لا يجوز للمصرف إبرام عقد البيع في هذه المرحلة بأخذ العربون لأنه حينها يكون باع ما لا يملك وهو بيع محرم شرعاً.[185]

ويعتبر الإلزام بالوعد محل الخلاف الرئيسي في المرابحة للآمر بالشراء، فعلى الرغم من اتفاق الفقهاء بأن الوفاء بالوعد أمر مطلوب شرعاً سواء كان ذلك الوعد تعاقداً أم غيره، إلا إنهم اختلفوا في الإلزام به قضاءً إلى أربعة آراء وهي:[186]

=بما تبقى من خسارة.أما اذا فاق مقدار الضرر، فعلى المأمور رد الرصيد المتبقي إلى الآمر.". ولقد اشترط هذا القرار أن لا يقل هامش الجدية عن نسبة 15% من قيمة المبلغ الإجمالي الذي سيدفعه المصرف لتملك السلعة المطلوبة،منشور على الموقع الرسمي للمصرف: http://www.bdl.gov.lb/، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/1/3.

[182]– تنص المادة 3/5/2 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " يجوز للمؤسسة في حالة الإلزام بالوعد أن تأخذ مبلغاً نقدياً يسمى هامش الجدية، يدفعه العميل بطلب من المؤسسة من أجل أن تتأكد من القدرة المالية للعميل، وكذلك لتطمئن على إمكان تعويضها عن الضرر اللاحق بها في حال نكول العميل عن وعده الملزم. وبذلك لا تحتاج المؤسسة إلى المطالبة بدفع تعويض الضرر وإنما تقتطع ذلك من مبلغ هامش الجدية. ولا يعتبر هامش الجدية عربوناً. وهذا المبلغ المقدم لضمان الجدية إما أن يكون أمانة للاستثمار بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل والمؤسسة. وإما أن يودع في حساب جار باختيار العميل".وللمزيد حول هذه المادة انظر:الدليل الفقهي للمرابحة (للآمر بالشراء)، المرجع السابق، ص7. وكذلك: عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألة 21 (41–2)، ص 117ومابعدها. وكذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 228.

[183]– تنص المادة 4/5/2 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " لا يجوز للمؤسسة حجز مبلغ هامش الجدية في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، وينحصر حقها في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول، وهو الفرق بين تكلفة السلعة وثمن بيعها لغير الآمر بالشراء. ولا يشمل التعويض ما يسمى بالفرصة الفائتة".

[184]– تنص المادة 5/5/2، من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " إذا تم تنفيذ العميل لوعده وإبرامه عقد المرابحة فيجب على المؤسسة إعادة هامش الجدية للعميل، ولا يحق لها تملكه إلا في حالة النكول حسب التفصيل في البند 3/5/2. ويجوز الاتفاق مع العميل عند إبرام عقد المرابحة على حسم هذا المبلغ من ثمن السلعة".

[185]– المادة 6/5/2، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 209. وللمزيد انظر في هذا المعنى:عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألة 21 (41–2)، ص 118ومابعدها. وكذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 228.

[186]– للمزيد انظر في هذا المعنى: بن تاسة، الوعد الملزم بين الهندسة المالية والمشروعية الفقهية– وعد المرابحة أنموذجاً– ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي حول منتجات وتطبيقات الابتكار والهندسة المالية بين الصناعة المالية التقليدية والصناعة المالية الإسلامية، المنعقد بتاريخ 5و 6 مايو 2014، مدارس الدكتوراه، جامعة سطيف،الجزائر،منشور على الموقع الإلكتروني لجامعة فرحات عباس:http://eco.univ-setif.dz/article.php?id=785، تاريخ الإطلاع: 2016/12/6. وكذلك:عز الدين خوجه، نظرية العقد، المرجع السابق، ص15. وكذلك: علي محد علي القاسم، المرجع السابق، ص 30 ومابعدها، وكذلك: كمال توفيق الدين حطاب، القبض والإلزام بالوعد في عقد المرابحة للآمر بالشراء في الفقه الإسلامي، مجلة مؤتة للبحوث=

1- الرأي الأول: الوعد كله لازم، فيجبر الواعد على الوفاء بما وعد به مطلقاً أي سواء كان الوعد مقروناً بسبب أم كان مجرداً من السبب، وهو رأي ابن شبرمة حيث يقول: " إن كل وعد بالتزام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً يكون وعداً ملزماً قضاء وديانة"،[187] وهو أيضاً رأي لبعض فقهاء المالكية.[188]

2- الرأي الثاني: لا يجبر الواعد على الوفاء بما وعد به مطلقاً أي سواء كان الوعد مقروناً بسبب أم كان مجرداً عن السبب كما يستوي أن يقترن الوعد بقسم أم لا وإن كان الأفضل للواعد أن يفي بوعده.

3- الرأي الثالث: وهو لبعض فقهاء المالكية، وقضى به عمر بن عبدا لعزيز: يجب الوفاء بالوعد إذا كان مقروناً بسبب يستوي في ذلك أن يدخل الموعود له في السبب أم لا.

4- الرأي الرابع: يجب الوفاء بالوعد إذا كان مقروناً بسبب ودخل الموعود في كلفة من أجل ذلك الوعد، وهو الرأي الراجح عند المالكية.

ولقد اختلفت مواقف المصارف الإسلامية من إلزامية الوعد استناداً لذلك فمنهم من أخذ بإلزامية الوعد ومنهم من لم يأخذ بها.[189] وبما إن المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين ملزمة باتباع المعايير

=والدراسات، جامعة مؤتة ، المجلد الخامس عشر، العدد الأول، 2000، ص 240 ومابعدها. وكذلك محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 259 ومابعدها.

[187]- علي محمد علي القاسم، المرجع السابق، ص 31.

[188]- انظر في هذا المعنى:عز الدين خوجه، نظرية العقد، المرجع السابق، ص15. وكذلك: علي محمد علي القاسم ، المرجع السابق، ص 30. وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 261.

[189]- لقد تعددت الفتاوى الصادرة عن المؤتمرات الدولية وهيئات الرقابة الشرعية المؤيدة لمبدأ إلزامية الوعد، منها على سبيل المثال:

1) المؤتمر الأول للمصارف الإسلامية: لقد أخذ مؤتمر المصارف الأسلامية الأول المنعقد في دبي في مايو 1979م بمبدأ إلزامية الوعد، عندما عرضت عليه صورة المرابحة، كما تجريها المصارف الإسلامية وطلب منه إبداء الرأي في حكم التعامل بها، فأوصى المؤتمر بما يأتي: " أن مثل هذا التعامل يتضمن وعداً من عميل المصرف، بالشراء في حدود الشروط المنوه عنها، و وعداً آخر من المصرف بإتمام هذا البيع بعد الشراء، طبقاً للشروط، إن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاء، طبقاً لأحكام المذهب المالكي، وملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى، وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك، وأمكن للقضاء التدخل فيه".

2) المؤتمر الثاني للمصارف الإسلامية:" يقر المؤتمر أن المواعدة على بيع المرابحة للآمر بالشراء، بعد تملك السعلة المشتراة وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الوعد السابق، هو أمر جائز شرعاً طالما كانت تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهلاك قبل التسليم، وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفي. وأما بالنسبة للوعد، وكونه ملزماً للآمر أو المصرف أو كليهما، فإن الأخذ بالالزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة لمصلحة المصرف والعميل، وإن الأخذ بالالزام أمر مقبول شرعاً، وكل مصرف مخير في الأخذ بما يراه في مسألة القول بالالزام حسب ما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه".

3) فتوى بيت التمويل الكويتي : " نرجو إفتاءنا في مدى جواز قيامنا بشراء السلع والبضائع نقدا بناء على رغبة ووعد من شخص ما بأنه مستعد – إذا ما ملكنا السلعة وقبضناها – أن يشتريها منا بالأجل وبأسعار أعلى من أسعارها النقدية ، ومثال ذلك : أن يرغب أحد الأشخاص في شراء سلعة أو بضاعة معينة لكنه لا يستطيع دفع ثمنها نقدا ، فنعتقد بأنه إذا اشتريناها وقبضناها سوف يشتريها منا بالأجل مقابل ربح معين مشار إليه في وعده السابق؟ الجواب: فإن ما صدر من طالب الشراء يعتبر وعدا، ونظرا لأن الأئمة قد اختلفوا في هذا الوعد هل هو ملزم أم لا؟ فإني أميل إلى الأخذ برأي ابن شبرمة الذي يقول إن كل وعد بالتزام لايحل حراما ولا يحرم حلالا يكون وعدا ملزما قضاء وديانة، =

الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،[190] فهي بالتالي ملزمة باتباع الرأي الذي تبنته هذه الهيئة ألا وهو الرأي الثالث القائل بإلزامية الوعد المقرون بسبب، حيث ينص المعيار رقم 8 المرابحة على:"3/3/2 يجوز إصدار المواعدة من المؤسسة والعميل الآمر بالشراء إذا كانت بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما"،[191] كما نص المعيار صراحة على عدم جواز المواعدة الملزمة للطرفين:"1/3/2لا يجوز أن تشتمل وثيقة الوعد أو ما في حكمها على مواعدة ملزمة للطرفين (المؤسسة والعميل)."[192]

المرحلة الثالثة: التملك:

بعد أن تنتهي الإجراءات في مرحلة المواعدة تبدأ المرحلة التالية وهي قيام المصرف بشراء السلعة أو العقار المطلوب حتى يتمكن من بيعها مرابحة للعميل، فلا يجوز للمصرف أن يبيع السلعة أو العقار بالمرابحة قبل تملكه لها، فلا يصح التعاقد مع العميل بالمرابحة قبل تعاقد المصرف مع بائع السلعة وتملكه إياه وقبضه لها كذلك.[193] وذلك لنهي الرسول (ص) عن ذلك في قوله:" لا تبع ما ليس عندك".[194] وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام :" إذا اشتريت شيئاً فلا تبيعه حتى تقبضه".[195]

=وهذا ما تشهد له ظواهر النصوص القرانية والأحاديث النبوية والأخذ بهذا المذهب أيسر على الناس والعمل به يضبط المعاملات . لهذا ليس هناك مانع من تنفيذ مثل هذا الشر."

4) فتوى بنك البركة: "بالنسبة لإلزام الوعد في عقود المرابحة المصرفية، فإن حاجة البنوك أن تلزم الآمر بالشراء لا أن تلزم نفسها، غير أن مجمع الفقه الإسلامي قرر أنه يفضل أن يكون الإلزام للبنك حتى يتحمل البنك المخاطرة، ولكن ما دام أحد الطرفين هو ملزم فالأمر مقبول . وهذا بموجب قرار المجمع الذي أجاز إلزام أحد الطرفين أيهما كان، ومنع إلزام الطرفين معًا".

انظر في هذا المعنى: عبدالستار أبو غدة، فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة، الجزء الأول، مجموعة البركة المصرفية العالمية، منشور على موسوعة البركة للمعاملات المالية الإسلامية الإلكترونية.وكذلك: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف البحرين الإسلامي من عام 1979 – 2014، بنك البحرين الإسلامي، الطبعة الثانية، 2016.وكذلك: فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمنتجات بيت التمويل الكويتي – البحرين، منشور على الموقع الإلكتروني لبيت التمويل الكويتي: https://www.kfh.bh/ar/، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/7. وكذلك: قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، الجزء الأول، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010.

[190] – CBB Rulebook stated: “PB-1.61 All relevant persons should observe proper standards of market conduct. In particular, the Agency requires that banks comply with all AAOIFI issued accounting standards as well as the Shari'a pronouncements issued by the Shari'a Board of AAOIF”. Also stated: ”The Agency as a policy requires that all Murabaha contracts be based on binding promises. The Murabaha receivables should be assigned a risk weight based on the credit standing of the obligor as recommended by the Basel Committee.”

[191]– المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 206.

[192]– المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 205.

[193]– تنص المادة 1/1/3 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " يحرم على المؤسسة أن تبيع سلعة بالمرابحة قبل تملكها لها. فلا يصح توقيع عقد المرابحة مع العميل قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة محل المرابحة، وقبضها حقيقة أو حكمًا بالتمكين أو تسليم المستندات المخولة بالقبض (وينظر البند 1/2/3 والبند 4/2/3) كما يعتبر بيع المرابحة غير صحيح إذا كان عقد الشراء الأول باطلاً لا يفيد ملكًا تامًا للمؤسسة".

ويتم التعاقد بين المصرف والمورد أو بائع السلعة بأساليب مختلفة، تختلف بحسب الظروف وبحسب نوع السلعة المراد شراءها، فقد يتم التعاقد عن طريق إبرام عقد البيع مباشرةً بعد مناقشة تفاصيله، أو عن طريق تبادل إشعارين بالإيجاب والقبول بالكتابة، أو بالمراسلة بأي شكل من أشكال الاتصال الحديثة المتعارف عليها أوغيرها من طرق التعاقد.[196]

والأصل أن يشتري المصرف السلعة محل المرابحة بنفسه مباشرة من البائع، أو عن طريق توكيل الغير–غير الآمر بالشراء– لإبرام العقد، ولا يلجأ المصرف إلى توكيل العميل الآمر بالشراء بمباشرة عملية الشراء إلا عند الضرورة، ولا يتولى الوكيل – الآمر بالشراء – في هذه الحالة البيع لنفسه، بل يجب أن يبيعه المصرف السلعة محل المرابحة بعد تملكه إياها.[197]

وبما إن نطاق بحثنا هو مجال التمويل العقاري، فإن تملك المصرف للعقار محل التمويل لا يكون إلا بإبرام عقد بيع رسمي وبتسجيل هذا العقد لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري وفقاً للمادة 17 من قانون التسجيل العقاري التي تنص على: " يجب أن تقيد في السجل العقاري جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية أو التي من شأنها زوال أي حق من هذه الحقوق، وكذلك الأحكام القضائية النهائية المثبتة لشيء من ذلك، والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيد الحقوق العينية التبعية.

---

[194]– أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، المرجع السابق، ص 59 ومابعدها. وأنظر كذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 228.

[195]– أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، المرجع السابق، ص 60.

[196]– المادة 2/1/3، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 209 ومابعدها. وللمزيد انظر في هذا المعنى: عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألتين 30 (12–3) و 31 (12–4)، ص 142 ومابعدها.

[197]– اتجهت بعض الفتاوى إلى القول بمنع توكيل المصرف للواعد بالشراء أصلا وذلك خشيةً من أن تتحول المرابحة للآمر بالشراء إلى مجرد تمويل ربوي،من هذه الفتاوى ما صدر عن ندوة البركة التاسعة التي ذكرت أنه يجب أن يكون للمصرف دور بارز أساسي في شراء السلعة لنفسه أولاً وتسلمها ثم بيعها للآمر بالشراء للابتعاد عن صورة التمويل الربوي، ولكيلا تختفي صورة الضمان الذي يحل به الربح. إلا إن بعض الفتاوى أجازت توكيل العميل بالشراء استثناءاً في بعض الحالات مثل أن يكون للبضاعة وكيل رسمي واحد لا يمكن تسويق البضاعة لغيره وهذا الوكيل هو الواعد بالشراء، وكذلك الحالات التي يسمح فيها التوكيل تفادي تحميل البضاعة ضريبتين مرة باسم المصرف ومرة أخرى باسم الواعد المشتري ففي مثل هذه الاستثناءات يجوز توكيل الواعد بالشراء. وقد نصت المادة 3/1/3، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة والتي تنص على:" الأصل أن تشتري المؤسسة السلعة بنفسها مباشرة من البائع، ويجوز لها ذلك عن طريق توكيل غير الآمر بالشراء، ولا تلجأ لتوكيل العميل (الآمر بالشراء) إلا عند الحاجة الملحة. ولا يتولى الوكيل البيع لنفسه، بل تبيعه المؤسسة بعد تملكها العين، وحينئذ يراعى ما جاء في البند 5/1/3". كما نص ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية من ذات المعيار على:" مستند أولوية أن يكون الوكيل عند حاجة المؤسسة للتوكيل شخصاً غير الآمر بالشراء هو الابتعاد عن الصورية والالتباس بأن التملك هو لصالح الآمر بالشراء، ولكي يظهر دور المؤسسة في العملية، وللفصل بين الضمانين: ضمان المؤسسة وضمان الآمر بالشراء بعد البيع". و للمزيد حول هذا المعنى أنظر: عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألتين 32 (12–5) و 33 (12–6) ، ص 146 ومابعدها.

ويترتب على عدم القيد في السجل العقاري أن الحقوق المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة لا تنشأ ولا تتقرر ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم."

فلا يتملك المصرف العقار إلا بتسجيله عقد البيع رسمياً، وبالتالي لا يمكن له التصرف في العقار وبيعه للعميل الآمر بالشراء قبل ذلك، فبمخالفته هذه المادة يكون قد باع ما لا يملك خلافاً لما أوجبته الأحكام الشرعية، وذلك لتعلق أحكام هذه المادة بالنظام العام، فغرض المشرع الأساسي من التسجيل هو حفظ حقوق المتعاقدين واستقرار المعاملات، وهي مصلحة جديرة بالحماية فلا يمكن للمصارف الإسلامية مخالفة هذه المادة بالاستناد إلى بعض الفتاوى التي ذهبت إلى القول بأن تسجيل عقد البيع ما هو إلا إجراء لتأكيد العقد وليس ضرورة لإنشائه، فهو توثيق للعقد فقط وعدم وجوده لا يمنع شرعاً انتقال الملكية الحقيقة للمشتري.[198] فمخالفة المصارف للنص القانوني الآمر الواجب الاتباع يثير الشك حول معاملاتها ويزعزع الثقة بها، فعدم تسجيل العقود بشكل رسمي من قبلها يفصح بصراحة عن اقتصار دورها على الجانب التمويلي ويجعل عملياتها مشبوهة ببيع العينة و بالربا، فلا يوجد مبرر لعدم قيدها لملكية العقار لتكون العملية صحيحة قانوناً وشرعاً، خصوصاً وإن المشرع البحريني منحها امتيازات خاصة مثل إعفائها من رسوم التسجيل بموجب القانون إذا كان العقار محلاً للتمويل.[199]

وقد أكدت الفتوى الصادرة عن المستشار الشرعي للبنك الإسلامي الأردني ذلك، حيث اشترط تسجيل البنك المبيع باسمه عند شرائه المبيع حتى تنتقل الملكية فعلا إليه ما دامت قوانين البلاد تفرض ذلك لأنه من حق ولي الأمر أن يقيد بعض المعاملات بقيود ليس فيها حرمة شرعية حرصاً على مصلحة المتعاملين،

---

[198]- ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 232.

[199]- تنص المادة 7/59 من قانون التسجيل العقاري على: " يُعفى من الرسوم المفروضة بموجب هذا القانون: 7- القيود التي تتملَك بموجبها البنوك وبنوك التجزئة الأجنبية والمؤسسات المصرفية الحاصلة على تراخيص التمويل الإسلامي في المملكة والمصرح لها بالتملَك من مصرف البحرين المركزي ووفقاً لما تبيّنه اللائحة التنفيذية لهذا القانون." كما تنص المادة 132 من لائحته التنفيذية على: " تعفى من رسوم التسجيل العقاري عقود تمويل شراء العقارات إذا توافرت الشروط الآتية:

1- أن يكون عمل البنوك أو المؤسسات المصرفية وفق نظام البنوك التجارية الإسلامية الصادرة عن مصرف البحرين المركزي.

2- أن يكون تملك البنوك أو المؤسسات المصرفية للعقار بقصد إعادة بيعه لأحد العملاء.

3- أن يذكر في عقد تمويل الشراء اسم العميل الذي سيتم إعادة بيع العقار له بعد استيفاء ما للبنك أو المؤسسة المصرفية من حقوق قبله.

ويؤشر بهذا الإعفاء في وثيقة ملكية العقار، وفي حال الإخلال بهذه الشروط تحصل رسوم التسجيل العقاري من الطرف الممول على أساس قيمة العقار وقت توثيق عقد تمويل شراء العقارات". وأنظر كذلك القرار الوزاري رقم 43 لسنة 2006 بشأن إعفاء بعض القيود من رسوم التسجيل العقاري، الجريدة الرسمية العدد2725، 2006/8/16.

فوجب اتباع ذلك ولو أدى الأمر لإجراء التسجيل مرتين كما في حال بيوع المرابحة للواعد بالشراء.[200] وكذلك الفتوى الصادرة عن مصرف البحرين الإسلامي من وجوب توثيق العقود وتسجيلها قبل البيع للعميل طالما أن مشكلة تعدد الرسوم قد تم معالجتها من قبل الجهات الرسمية.[201]

واستكمالاً لمرحلة التملك فإنه يتوجب على المصرف الإسلامي أن يحوز السلعة المشتراة أو يقبضها قبل بيعها مرابحةً للعميل الواعد بالشراء،[202] ويجوز أن يكون القبض قبضاً حقيقياً أو حكمياً،[203] فيتحمل المصرف بذلك مسئولية السلعة وضمانها منذ حيازتها إلى حين بيعها للعميل وتسليمه إياها،[204] فدخول السلعة في ضمان المصرف ولو للحظات أمر ضروري، لأن استحقاق المصرف للربح أساسه دخول السلعة في ضمانه وذلك استناداً إلى القاعدة الشرعية " الخراج بالضمان".[205] ولهذا السبب منعت بعض الهيئات الشرعية قيام المصرف بعمليات مرابحة لا تدخل فيها السلعة في ضمانه ومنها على سبيل المثال المرابحة في الطاقة الكهربائية وفي وقود الطائرات فلا يمكن أن تدخل السلعة في أي مرحلة من مراحل الشراء والبيع في

---

[200]– عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألة 37 (12–10) ، ص 162.

[201]– أفتت هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي في الفتوى رقم 2/20 توثيق البيع في التسجيل العقاري بالتالي:

"السؤال: تبين في الآونة الأخيرة بأن بعض المرابحات التي تم تمويلها من قبل البنك للزبائن الخاصة بالعقارات لم يقم البنك باستكمال تسجيلها في التسجيل العقاري، وحسب علمنا فإن المرابحة تتم بعد تسجيل العقار باسم الزبون وترهن باسم البنك، لذا يرجى تزويدنا برأيكم الشرعي في هذا الموضوع. الجواب: حيث إن النظام السابق في التسجيل العقاري يقرر رسوماً على التسجيل عندما يشتري البنك العقار من البائع، ومرةً ثانيةً عندما يتم تسجيل العقار باسم الزبون، فقد أجازت هيئة الرقابة الشرعية بيع العقار داخلياً بين البائع والبنك، ثم بيع البنك العقار على الزبون داخلياً أيضاً، ويسجل البائع الأول العقار باسم الزبون ويرهنه لحساب البنك حتى لا يتكرر دفع رسوم التسجيل، واعتبرت الهيئة أن العقود الداخلية للشراء والبيع هي عقود تثبت انتقال الملكية من طرف إلى طرف آخر، لأن الملكية تنتقل شرعاً بالعقد أما بالتسجيل فهو توثيق للعقد. وحيث إن مشكلة تعدد الرسوم قد تمت معالجتها من قبل الجهات الرسمية، فينبغي أن تتم المعاملة حالياً بشراء البنك رسمياً للعقار أولاً وتسجيله أمام الجهات المختصة، ثم يبيع البنك العقار على الزبون مرابحة ويتم تسجيله رسمياً وتسجيل العقار باسم الزبون ويرهن لحساب البنك، والله أعلم." فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك البحرين الإسلامي من عام 1979 م إلى 2014، الفتوى رقم 20/2 توثيق البيع في التسجيل العقاري، ص 106.

[202]– تنص المادة 1/2/3 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " يجب التحقق من قبض المؤسسة للسلعة قبضاً حقيقًّا أو حكميّاً قبل بيعها لعميلها بالمرابحة".

[203]– تنص المادة 3/2/3 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " إن كيفية قبض الأشياء تختلف بحسب حالها و اختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها، فكما يكون القبض حسيًّا في حالة الأخذ باليد أو النقل أو التحويل إلى حوزة القابض أو وكيله يتحقق أيضاً اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسًا. فقبض العقار يكون بالتخلية وتمكين اليد من التصرف، فإن لم يتمكن المشتري من المبيع فلا تعتبر التخلية قبضاً، أما المنقول فقبضه بحسب طبيعته".

[204]– تنص المادة 2/2/3 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " الغرض من اشتراط قبض السلعة هو تحمل المؤسسة تبعة هلاكها، وذلك يعني أن تخرج السلعة من ذمة البائع وتدخل في ذمة المؤسسة. ويجب أن تتضح نقطة الفصل التي ينتقل فيها ضمان السلعة من المؤسسة إلى العميل المشتري وذلك من خلال مراحل انتقال السلعة من طرف لآخر".

[205]– عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألة 42 (32–1) ، ص 173 ومابعدها.

عهدة المصرف ومسئوليته حيث تنتقل مثل هذه السلع من المنتج إلى الواعد بالشراء دون تدخل المصرف في ملكيتها وضمانها.[206]

المرحلة الرابعة: التعاقد:[207]

بعد تملك المصرف للعقار أو مواد البناء محل المرابحة يقوم بعرضها على الواعد بالشراء لتنفيذ ما سبق التواعد عليه وتوقيع عقد بيع المرابحة. فيتوجب على المصرف إبرام المرابحة بعقد منفصل عن الوعد بالشراء، وذلك بعد تمام ملكه للمبيع، فلا يمكن اعتبار عقد المرابحة مبرماً تلقائياً بمجرد تملك المصرف للسلعة، فلا بد من وجود فاصل زمني بين الشراء وتنفيذ عقد بيع المرابحة.[208]

فإذا امتنع العميل الآمر بالشراء عن إبرام عقد المرابحة فإنه لا يجوز للمصرف إلزام العميل بتسلم السلعة وسداد ثمن بيع المرابحة،[209] إنما يقتصر حق المصرف على الحصول على تعويض عن الضرر الفعلي الناشئ عن نكول العميل عن وعده،[210] ومناط إلزام العميل بالتعويض هو تسببه في الضرر اللاحق بالمصرف وذلك بإبرامه عقد البيع الأول بناءً على الوعد الصادر من العميل بشراء المبيع منه.[211]

وبما أن عقد المرابحة عقد مستقل عن الوعد بالبيع والشراء، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على تعديل بنود العقد عما هو متفق عليه في الوعد المبرم بينهما سواء كان ذلك بالنسبة للثمن الأساسي في حالة اختلاف ثمن الشراء الأول عما هو مذكور في الوعد أو بالنسبة لأجل السداد أو بالنسبة للربح أو غيرها من

---

[206]– انظر في هذا المعنى: عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألة 42 (32–1) ، ص 174.وكذلك : الفتاوى الشرعية في المعاملات المصرفية ، مصرف الشامل، البحرين، (دون تاريخ)، الفتوى الرابعة عشر :عمليات المرابحة بشراء النفط وإعادة بيعه، ص 26 ومابعدها.

[207]– أنظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 30. وكذلك: الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 12.

[208] – تنص المادة 1/4 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على:" لا يجوز للمؤسسة اعتبار عقد المرابحة مبرماً تلقائيًّا بمجرد تملكها السلعة، كما لايجوز لها إلزام العميل الآمر بالشراء بتسلم السلعة وسداد ثمن بيع المرابحة في حال امتناعه عن إبرام عقد المرابحة".

[209]– المادة 1/4، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 213.

[210]– المادة 2/4، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 213.

[211]– أنظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 40_41 (5/2 و 5/3) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، والذي نص على:" ثانياً: الوعد– وهو الذي يصدر من الآمر أو المأمور على وجه الانفراد– يكون ملزماً للواعد ديانة إلا لعذر، وهو ملزم قضاء إذا كان معلقاً على سبب ودخل الموعود في كلفة نتيجة الوعد، ويتحدد أثر الإلزام في هذه الحالة إما بتنفيذ الوعد، وإما بالتعويض عن الضرر الواقع فعلاً بسبب عدم الوفاء بالوعد بلا عذر." للمزيد انظر في هذا المعنى: عبدالحق عيفة، المرجع السابق، ص81.وكذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 230.

الشروط المتفق عليها في الوعد.[212] ولا يجوز بعد إبرام عقد المرابحة زيادة الثمن مقابل زيادة الأجل أو التأخير في سداد الأقساط بعذر أو بغير عذر.[213]

ويشترط لصحة عقد المرابحة المصرفية أن يبين المصرف الثمن الأساسي الذي اشترى به السلعة لصالح العميل، وأن يذكر مقدار الربح المتفق عليه بشكل واضح، فيجب أن يكون الربح في عقد المرابحة معلوماً ولا يكفي الاقتصار على بيان الثمن الإجمالي فقط، فعدم ذكر ثمن الشراء الأول ومقدار الربح يترتب عليه بطلان عقد المرابحة طبقاً للأحكام الشرعية السابق بيانها وطبقاً لقواعد مصرف البحرين المركزي،[214] فلا يجوز استناداً إلى ذلك الاتفاق على تأخير تحديد الثمن مثلاً إلى يوم التسليم، ولا يجوز كذلك أن يترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل، وذلك مثل أن يعقد البيع ويجعل الربح معتمداً على مستوى الليبور (LIBOR).[215]

---

[212]– المادة 4/3/2، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 206.

[213]– المادة 8/4، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 214.

[214]- CBB Rulebook stated "An example of achieving fairness through transparent business dealing from the Shari'a perspective is in the requirement that for a Murabaha contract to be valid, the seller has to disclose the original cost (including any discounts received) and the profit margin/mark-up."
See: CBB Rulebook ,Volume 2—Islamic Banks,Part A,Business Standards,BC Business and Market Conduct,BC-B GeneralPrinciples,BC-B.5Principle,5:Information to Clients,BC-B.5.5.Published on CBB website: http://cbb.complinet.com/cbb/display/display.html?rbid=1821&record_id=13774&element_id=9845&highlight=murabaha#r13774, reviewed 12/11/2016.

[215]– اللأيبور هو سعر الفائدة لعمليات الإقراض والاقتراض قصير الأجل بين البنوك (في لندن)، وعلى غراره تحدد أسعار الخصم وإعادة الخصم المستخدمة بين البنوك المركزية والبنوك المحلية ومن ثم عمليات الإقراض والاقتراض بين البنوك في داخل الدولة، وتجد في كل دولة سعرًا خاصًا بها، فعلى سبيل المثال تجد في السعودية سايبور، وفي الكويت كايبور ...إلخ. ويستند التسعير في التمويل الإسلامي إلىLIBOR plus ، حيث أن تحديد الربح في المرابحة والوكالة المقيدة بالمرابحة والإجارة يستند إلى اللأيبور كسعر أساس، ويكون بمثابة التكلفة ويُضاف إليه هامشٌ. فلو فرض أن اللأيبور هو 3% والهامش الزائد فوق اللأيبور هو 2% فإن الربح سيكون 5% سنويًا فوق قيمة الأصل محل المرابحة أو الإجارة. ويمثل اللأيبور الحد الأدنى الذي لا يمكن النزول تحته في عمليات التمويل بصفة عامة ومنها عمليات التمويل الإسلامي وقد أوصى مجمع الفقه الإسلامي والمعهد الإسلامي للبحوث. الإسراع بإيجاد المؤشر المقبول إسلاميا الذي يكون بديلًا عن مراعاة سعر الفائدة الربوي في تحديد هامش الربح في المعاملات إلا إنه حتى الآن لم يعتمد مؤشر مستقل للبنوك الإسلامية. للمزيد من المعلومات إنظر: جون كيف، ماهو الليبور، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي ، المجلد 49، العدد4، ديسمبر 2012، ص 32–33.وكذلك: حسين حسن شحاتة، نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الآجلة مع التطبيق على المصارف الإسلامية، حولية البركة، مجموعة دلة البركة،العدد الرابع، نوفمبر2002، ص 189 ومابعدها. وكذلك: عبدالباري مشعل، التسعير بآلية لايبور في التمويل الإسلامي، منشور على الموقع الالكتروني: http://assabeel.net/essays/item/46344، تاريخ الاطلاع عليه:2016/8/11. وكذلك:موسى آدم عيسى، إيجاد مؤشر إسلامي للتعامل الآجل بديلاً عن مؤشر الفائدة، حولية البركة،مجموعة دلة البركة،العدد الرابع،= =نوفمبر2002،ص 234.وكذلك: المعيار رقم 27 المؤشرات،هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص 711 ومابعدها.

كذلك يجب أن يتضمن العقد النص على جميع المصروفات والرسوم والأرباح التي سيرتبها المصرف على العميل، ولا يحق للمصرف أن يضيف إلى تكلفة السلعة إلا المصروفات المالية المباشرة المدفوعة للغير، أما المصروفات غير المباشرة المدفوعة للمصرف ذاته فلا يجوز إضافتها إلى تكلفة السلعة كالرسوم الإدارية.[216] كما يجب أن يتضمن العقد الاتفاق على طريقة سداد العميل الواعد بالشراء الثمن كأن يتضمن العقد جدول الأقساط وتواريخ استحقاقها.[217]

ثانياً: صور المرابحة المصرفية:

تتنوع صور التعامل بالمرابحة في المصارف الإسلامية تنوعاً كبيراً، فمنها ما يكون في الإطار الوطني بحيث يغطي التجارة الوطنية وكذلك حاجات الأفراد الاستهلاكية ومنها ما يكون في الإطار الخارجي بحيث يشمل استيراد وبيع السلع المستوردة كمواد البناء ومستلزماته ومن المتصور كذلك أن يشمل شراء العقارات في الدول الأجنبية.

ولقد قسم مصرف البحرين المركزي صور المرابحة المصرفية إلى صورتين:[218]

- الصورة الأولى: هي شراء المصرف الإسلامي للسلع أو العقارات دون طلب سابق بشرائها، ومن ثم بيع هذه السلع أو العقارات مرابحةً لأي عميل يطلب شراءها. وهذه الصورة تجسد المرابحة الفقهية.
- الصورة الثانية: وهي شراء المصرف الإسلامي للسلعة أو العقار المطلوب بناءً على طلب أحد العملاء ووعده له بشرائه منه من طرف ثالث، ومن ثم بيعها مرابحةً للعميل الواعد بالشراء نفسه.

---

[216]– المادة 4/4، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 213. وللمزيد حول ذلك انظر: الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 13 ومابعدها.

[217]– المادة 8/4، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 214. وللمزيد انظر: الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 12. وكذلك:القرار الأساسي رقم 8870 عمليات المرابحة المجراة مع/ أو عن طريق المصارف الإسلامية، مصرف لبنان المركزي، المرجع السابق.

[218]–CBBRulebook,Volume2—IslamicBanks,PartB,Glossary of Defined Terms>[M]>Murabaha. Published on CBB website: http://cbb.complinet.com/cbb/display/display.html?rbid=1821, reviewed 12/11/2016.

كما تقسم صور المرابحة المصرفية وفقاً لإلزامية الوعد إلى ثلاث صور:[219]

- الصورة الأولى: المرابحة للآمر بالشراء غير الملزمة للطرفين، فلا يلتزم المصرف ولا العميل بتنفيذ الوعد بالشراء.

- الصورة الثانية: المرابحة للأمر بالشراء الملزمة لأحد الطرفين، وغالباً ما يكون الطرف الملزم بها هو العميل الآمر بالشراء، حيث يلتزم بشراء السلعة مرابحةً من المصرف إذا اشترى المصرف السلعة المطلوبة من قبله.

- الصورة الثالثة: المرابحة للآمر بالشراء المبنية على المواعدة الملزمة بالاتفاق بين الطرفين، بحيث يلتزم الطرفان المصرف والعميل بتنفيذ الوعد المتفق بينهما، فيقوم المصرف بشراء السلعة أو العقار المطلوب من قبل العميل، ويلتزم العميل بشرائها من المصرف بعد ذلك، كما يلتزم المصرف ببيعها العميل بالثمن المتفق عليه، وهي الصورة المنهي عنها من قبل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية،[220] وكذلك من قبل مجمع الفقه الإسلامي الدولي.[221]

كما تقسم المرابحة المصرفية حسب محل التمويل إلى مرابحة منفردة أو مجموعة من عقود المرابحات بحيث تنظمها اتفاقية مرابحة إطارية، وتستخدم هذه الطريقة في تمويل مواد البناء حيث يتم إعداد اتفاقية مرابحة إطارية بتحديد مبلغ التمويل الإجمالي ومن ثم يتم تنفيذ عقود المرابحة المتفرعة عنه بشكل مستقل.[222]

---

[219]–انظر في هذا المعنى: بكر أبو زيد، المرجع السابق. وكذلك: محمد سليمان الأشقر، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، (دون تاريخ)، ص 68 ومابعدها.

[220]– تنص المادة 1/3/2 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على: " لايجوز أن تشتمل وثيقة الوعد أو ما في حكمها على مواعدة ملزمة للطرفين (المؤسسة والعميل)".

[221]– قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 40_41 (5/2 و5/3) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، والذي نص على:"ثالثاً: المواعدة – وهي التي تصدر من الطرفين– تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز، لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه، حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه و سلم عن بيع الإنسان ما ليس عنده". أنظر عبدالحق عيفة، المرجع السابق، ص80.

[222]– آلية العمل بمرابحة مواد البناء (الفتوى رقم 11/2)، فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف البحرين الإسلامي من عام 1979 – 2014، المرجع السابق، ص 98.

ومن الناحية العملية فإن صور المرابحة التي تطبقها المصارف الإسلامية عديدة،[223] ويصعب حصرها نظراً للأسماء الجديدة والمبتكرة التي تطلقها المصارف عليها وكذلك نظراً لما تقوم به المصارف من دمج لصيغة المرابحة مع صيغ التمويل الأخرى منها على سبيل المثال كمنتج تسهيل المطروح من قبل بنك البحرين الإسلامي والذي يجمع بين المرابحة وبين التورق، فيكون مرابحة من جانب المصرف و تورق من جانب العميل، بحيث يبيع المصرف العميل سلعة معينة مرابحةً، ثم يبيعها العميل بمعرفة المصرف وعن طريقه للحصول على المبلغ النقدي المطلوب.[224]

المطلب الثاني

حكم بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية

المرابحة للآمر بالشراء هي المعاملة الرئيسية في المصارف الإسلامية والتي تستخدم في جميع مجالات التمويل، ففي المجال العقاري تستخدم المرابحة لأغلب التمويلات اللازمة سواء لشراء العقار أو مواد البناء أو الأثاث.[225]

وعلى الرغم من اتساع نطاق استخدامها إلا إن الفقهاء المعاصرين اختلفوا في حكم هذه المعاملة بين الجواز وعدم الجواز، فأجاز جمهور الفقهاء بيع المرابحة للآمر بالشراء بجميع صورها – إذا كانت المواعدة ملزمة للطرفين أو لطرف واحد– في حين ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى القول بعدم جواز هذه المعاملة إذا كانت المواعدة ملزمة للطرفين وبجوازها إذا كانت المواعدة غير ملزمة لهما، كما ذهب البعض الآخر إلى عدم جوازها بشكل مطلق، ونبين هذه الآراء مع أدلتها ومناقشتها:

---

[223]– انظر في هذا المعنى: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 142 ومابعدها. وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 246 ومابعدها.

[224]– الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 22 ومابعدها.

[225]– انظر في هذا المعنى: الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، منتج المرابحة للآمر بالشراء ص 10، وكذلك منتج تسهيل، ص 22. وكذلك: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف البحرين الإسلامي من عام 1979 – 2014، المرجع السابق، الفتوى رقم 30/2 منتج مرابحة الأثاث والمعدات، ص 112.

الفرع الأول: جواز بيع المرابحة للآمر بالشراء :[226]

القائلون بجواز بيع المرابحة للآمر بالشراء انقسموا إلى قسمين: القائلون بجوازها بشكل مطلق والقائلون بجوازها إذا كانت المواعدة فيها غير ملزمة للطرفين، وقد استدلوا على جوازها بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة، ونصوص الفقهاء، وإلى بعض القواعد العامة في الفقه الإسلامي، وأما الأدلة من الكتاب والسنة فهي ذاتها التي استند إليها الفقهاء في جواز المرابحة البسيطة، وعليه نحيل القارئ بشأنها إلى ما ذكرناه في المطلب الأول منعاً للإطالة والتكرار، ونوجز بذكر أقوال الفقهاء والقواعد الفقهية وذلك على النحو التالي:

أولاً: أقوال الفقهاء : [227]

استدل القائلون بجواز هذه المعاملة بأقوال الفقهاء الذين تناولوا هذه المسألة، ومن هؤلاء العلماء الإمام الشافعي الذي استند الدكتور سامي محمود في اقتراحه إلى المرابحة للآمر بالشراء إلى قوله الوارد في كتاب الأم السابق بيانه،[228] وابن القيم الجوزية الذي ذكر المرابحة للآمر بالشراء بقوله:

" قال رجل لغيره اشتر هذه الدار أو هذه السلعة من فلان بكذا وكذا، وأنا أربحك فيها كذا وكذا، فخاف إن اشتراها أن يبدو للآمر فلا يردها ولا يتمكن من الرد ، فالحيلة أن يشتريها على أنه بالخيار ثلاثة أيام أو أكثر، ثم يقول للآمر قد اشتريتها بما ذكرت، فإن أخذها منه، وإلا تمكن من ردها على البائع بالخيار، فإن لم يشترها الآمر إلا بالخيار، فالحيلة أن يشترط له خيار أنقص من مدة الخيار التي اشترطها هو على البائع ليتسع له زمن الرد إن ردت عليه".[229]

فالذي يفهم من عبارات ابن القيم بأن بيع المرابحة للآمر بالشراء جائز شرعاً، كما يتضح أن جواز الشراء على شرط الخيار، ومن ثم فالبيع هنا معلق على شرط يحقق مصلحة الطرفين.

---

[226]– للمزيد انظر في هذا المعنى: عبدالرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص 519 ومابعدها.وكذلك: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 81 ومابعدها.وكذلك: محمد محمود مكاوي، المرجع السابق، ص 62 ومابعدها. وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص285 ومابعدها. وكذلك: يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية،منشور على الموقع الالكتروني الرسمي للباحث: http://www.qaradawi.net، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/7 ، ص 12 ومابعدها.

[227]– محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص34 ومابعدها.

[228]– انظر الصفحة 48 من هذا البحث.

[229]– نقلاً عن: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 90. وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص289.

ثانياً:القواعد الفقهية الحاكمة للمعاملات:

استند المجيزون لبيع المرابحة للآمر بالشراء إلى بعض القواعد الفقهية العامة المقررة عند الفقهاء، ومن هذه القواعد:[230]

1- القاعدة الأولى: الأصل في المعاملات الإباحة:

إن الأصل في المعاملات والعقود الإذن والإباحة إلا ما ورد فيه نص صحيح الثبوت صريح الدلالة بمنعه وتحريمه، على عكس العبادات التي تقرر أن الأصل فيها المنع، حتى يجيء نص من الشارع، لئلا يشرع الناس في الدين ما لم يأذن به الله.[231]

ويتفرع عن هذه القاعدة الأصلية قاعدة أخرى تكملها، وهي: الأصل في البيوع الحل، فإذا كان الأصل في المعاملات عامةً هو الحل والإباحة، فإن البيع خاصة جاء في حلّه نص صريح من كتاب الله عزوجل، حيث قال سبحانه وتعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾[232] وهو ما يثبت معه حَل كل أنوع البيوع بما فيها المرابحة، فلا يحرم من البيع إلا ما حرمه الله ورسوله بنص مُحكم لا شبهة فيه.[233]

---

[230]- للمزيد انظر في هذا المعنى: فوزي عثمان صالح، القواعد و الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في السياسة الشرعية، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 2011. وكذلك: مسفر بن علي بن محمد القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، دار الأندلس الخضراء، جده، الطبعة الأولى، 2003. وكذلك : يوسف القرضاوي، القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، دار الشروق، القاهرة، الطبع الأولى، 2010.

[231]- وفي ذلك يقول ابن تيمية: "أن تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان: عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم، فباستقراء أصول الشريعة نعلم أن العبادات التي أوجبها الله أو أحبها، لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع. وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل عدم الحظر، فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى، وذلك لأن الأمر والنهي هما شرع الله، والعبادة لا بد أن يكون مأموراً بها، فما لم يثبت أنه مأمور به، كيف يَحكم عليه بأنه محظور؟ ولهذا كان أحمد وغيره من فقهاء أهل الحديث يقولون إن الأصل في العبادات التوقيف، فلا يشرع منها إلا ما شرعه الله، وإلا دخلنا في معنى قوله تعالى: (أم لهم شركاوء شرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله) [الشورى:21] والعادات الأصل فيها العفو، فلا يحظر منها إلا ماحرمه الله، و إلا دخلنا في معنى قوله تعالى: (قل أرءيتم ما أنزل الله لكم من رزقٍ فجعلتم منه حراماً وحلالاً) [يونس:59]، ولهذا ذم الله المشركين الذين شرعوا من الدين ما لم يأذن به الله، وحرموا ما لم يحرمه في سورة الأنعام" ابن تيميه، القواعد الفقهية النورانية، تحقيق أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، 1422 هـ، ص 163 ومابعدها.وللمزيد حول هذا المعنى أنظر: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 290. وكذلك : يوسف القرضاوي، القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، المرجع السابق، ص 16 ومابعدها.

[232]- سورة البقرة، الآية 275.

[233]- يوسف القرضاوي، القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، المرجع السابق، ص19.

2- القاعدة الثانية:المشقة تجلب التيسير:

التيسير مظهر من مظاهر الشريعة الإسلامية و أحد الأسس التي قامت عليها، فمراعاة التخفيف والتيسير، لا التشديد والتعسير، إحدى القواعد الكلية الحاكمة لفقه المعاملات، وهي قاعدة مأخوذة من نصوص كثيرة مستفيضة من القرآن الكريم وسنة الرسول (ص) فالشريعة الإسلامية راعت التخفيف عن المكلّفين، والتيسير عليهم، فشرعت الرخص والتخفيفات في أمور شتى بمناسبات عدّة كالمرض والسفر، والخوف والضعف والإكراه والخطأ والنسيان، وغيرها. فالإسلام دين يسرلاعسر، والناس في عصرنا الحاضر في حاجة إلى التيسير والرفق والشريعة الإسلامية جاءت للتيسير على الناس ورفع الحرج عنهم والتخفيف على العامة.[234]

ومن القواعد المهمة المنبثقة عن قاعدة التخفيف والتيسير، قاعدة التيسير لعموم البلوى، فمن المقرر أن عموم البلوى من المُخففات الداعية إلى التيسير في الأحكام، وعموم البلوى بالشيء دليل حاجة الناس إليه، وأنه يحقق لهم مصلحة في حياتهم، وهم مفتقرون إليها، وبدونها يصيبهم ضيق وعنت، وإلا ما انتشر بينهم وفشا فيهم، ولما كانت حاجة الناس إلى التمويل في الزمن الحالي لتوفير مستلزمات الحياة ولتيسير أمورالتجارة وانتشار المصارف الربوية واندثار وقلة القرض الحسن بين الناس، كانت الحاجة إلى المرابحة للآمر بالشراء فهي تقوم بتوفير حاجات الناس عن طريق البيع والشراء الحلال شرعاً، لذلك جوزت المرابحة المصرفية تخفيفاً على الناس و تجنيباً لهم للربا.[235]

3- القاعدة الثالثة: المعاملات مبنية على مراعاة العلل والمصالح:

إن الشرع لم يمنع من البيوع والمعاملات إلا ما اشتمل على ظلم، وهو أساس تحريم الربا والاحتكار والغش، وأكل أموال الناس بالباطل، أو ما خشي منه أن يؤدي إلى نزاع وعداوة بين الناس، وهو أساس تجريم الميسر والغرر، فالمنع في هذا المحيط ليس تعبدياً، بل هو معللاً ومفهوماً، وإذا فهمت العلة، فإن الحكم يدور معها وجوداً وعدماً.[236]

---

[234]- انظر في هذا المعنى: علي حيدر، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 35. وكذلك: فوزي عثمان صالح، المرجع السابق، ص 297 ومابعدها. وكذلك: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق، ص81، ومابعدها.وكذلك: يوسف القرضاوي، القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، المرجع السابق، 105.

[235]-: يوسف القرضاوي، القواعد الحاكمة للمعاملات، المرجع السابق، ص 111 ومابعدها.

[236]- يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص 18.

وهذا ما قرره الشاطبي في التفريق بين العبادات والمعاملات فذكر أن الأصل في الأول التعبد وامتثال المكلف دون بحث عن العلة أو المصلحة، أما في الثانية فالأصل هو الالتفات إلى العلل والمصالح والمقاصد، وأفاض في الاستدلال لذلك.[237] ومن أجل ذلك لا يجد المسلم حرجاً في البحث عن علة نهي النبي (ص) عن " بيع ما ليس عندك"، فقد يظهر له أن المقصود منه سد الذرائع إلى التنازع، فقد يتورط في الارتباط والاتفاق على بيع ما ليس عنده، ثم لا يجده في السوق، فيعجز عن تسليمه لمن باعه، فيحدث النزاع الذي يحرص الإسلام على منعه، لا سيما إن سوق المدينة في ذلك الوقت كانت محدودة، إلا إن الوضع مختلف في الوقت المعاصر، فعقود البيع والشراء من الممكن أن تبرم عن طريق الوسائل الالكترونية وعن طريق الهاتف أو الفاكس أو التلكس، فأصبح الاتصال بالأسواق العالمية أمراً يسيراً، ويستطيع الفرد شراء ما يريد وحجز ما يريد وتحديد وقت استلامه بكل سهولة عن طريق المواقع الالكترونية أو غيرها من طرق التواصل، وعليه فإن مقصود النهي هنا غير متحقق، فالشيء المحظور هو العجز عن التسليم ولذا فالنزاع مأمون في الوقت الحالي، وهو ما يكون معه التعامل بالمرابحة المصرفية أمراً جائزاً شرعاً. [238]

أما القائلون بجواز المرابحة للآمر بالشراء إذا كانت المواعدة فيها غير ملزمة للطرفين– ملزمة لطرف واحد– فهم يرون حرمة هذه المعاملة إذا كانت المواعدة فيها ملزمة للطرفين،[239] وهو الرأي الذي تبناه مجمع الفقه الإسلامي الدولي وكذلك هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ووجوه الاعتراض لديهم على عدم جواز المرابحة المتضمنة للمواعدة الملزمة هي ذاتها التي أوردها القائلون بعدم جواز المرابحة للآمر بالشراء مطلقاً، لذا سنبحثها في الفرع الثاني مع بحثنا للرأي القائل بعدم جواز المرابحة للآمر بالشراء بشكل مطلق.

---

[237]– المرجع نفسه، ص 18.

[238]– انظر في هذا المعنى:علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 92. وكذلك: محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 292. وكذلك: يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص18 ومابعدها.

[239]–انظر في هذا المعنى: جعفر بن عبدالرحمن القصاص، المرجع السابق، ص 14. وكذلك: عبدالله بن مرزوق القرشي، التفكير الفقهي في المعاملات المصرفية بين مراعاة شكل العقود المالية وحقيقتها، قراءات في الخطاب الشرعي 8، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت، الطبعة الأولى، 2013، ص 135. وكذلك: محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 76 ومابعدها.

الفرع الثاني: عدم جواز المرابحة للآمر بالشراء :[240]

ذهب بعض الباحثين إلى القول بعدم جواز بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية المعاصرة بجميع صورها، ففي رأيهم إن هذه المعاملة غير مشروعة وذلك لأنها لا تختلف عن الربا والإقراض بفائدة، حيث يمول المصرف الشراء للعميل غير القادر عليه نظير زيادة في الثمن، كما إن القول بلزوم المواعدة يجعل هذه المعاملة بيعتين في بيعة واحدة وقد نهى الرسول ﷺ عن ذلك. وقالوا أيضاً بأن هذه المعاملة من بيوع العينة المنهي عنها، كما قالوا بأن هذه المعاملة تتضمن إلزاماً بالوعد قضاءً وهو ما يجعلها غير جائزة، ونبين هذه الاعتراضات على النحو التالي:

الاعتراض الأول: أنها حيلة للإقراض بفائدة:

إن هذه المعاملة ما هي إلا حيلة للربا، أو شبهة الربا، لأن القصد الأساسي منها هو الحصول على النقود. فالمشتري الحقيقي ما لجأ إلى المصرف إلا لحاجته للمال، والمصرف ما اشترى هذه السلعة إلا بغرض بيعها إلى المشتري بأجل، وليس له قصد في شرائها، وإنما يقوم بشراء السلعة للعميل غير القادر عليه نظير زيادة في الثمن، فالنتيجة واحدة وإن تغيرت الصورة والمسميات، وليست العبرة في العقود بالمسميات بل العبرة في المعاني.

وفي ذلك يقول الشيخ محمد العثيمين رحمه الله: " الآن البنك لو لا أن هذا جاء وقال: اشتري البيت يشتريه أم لا يشتريه؟ لا يشتريه إذاً، هذا الشراء من البنك حيلة على الربا، فبدلاً من أن يقول البنك: خذ هذه مائة ألف بمائة وعشرين ألفاً، واشتر البيت أنت. يقول: أنا أشتريه وأبيعك عليه، فليس للبنك غرض من شراء هذا البيت إلا الزيادة الربوية، معلوم أن البنك ماله غرض بالبيت، لولا أنك جئت أنت وطلبته ما اشتراه، إذا ليس تاجراً، لكنه متحيل على من يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور... يا إخواني: نحن أمة إسلامية

---

[240]– للمزيد حول الخلاف الفقهي انظر في هذا المعنى: حسام الدين عفانة، المرجع السابق، ص27 ومابعدها. وكذلك: رفيق يونس المصري ، المرجع السابق، 258 ومابعدها. وكذلك: رفيق يونس المصري: شبهات حول بيع المرابحة للآمر بالشراء في البنوك الإسلامية، بحوث في المصارف الإسلامية دار المكتبي، دمشق، الطبعة الثانية، 2009، ص 249 ومابعدها. وكذلك: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 81 ومابعدها. وكذلك: محمد سليمان الأشقر،المرجع السابق،ص 71 ومابعدها. وكذلك: محمد محمود المكاوي،المرجع السابق،ص 215 ومابعدها.وكذلك: محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص39 ومابعدها. وكذلك: يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، المرجع السابق.علماً بأنه من أشد المعارضين للمرابحة للآمر للشراء د.رفيق يونس المصري و د. محمد سليمان الأشقر. ومن أبرز المؤيدين لها د.يوسف القرضاوي، وقد أشرنا إلى البحوث والكتب التي تضمنت حجج كلا الطرفين.

ونبينا عليه الصلاة والسلام قال: (لا ترتكبوا ما ارتكب اليهود فتستحلوا محارم الله بأدنى الحيل). والله ثم والله ثم والله، لو كان فيها شيء من الحل لكنت أفتي بحلها، لكن كيف أقابل رب العالمين الذي يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور".[241]

كما اعترض البعض على المرابحة للآمر بالشراء بحجة إن المصرف الإسلامي يربح من خلالها ما لا يضمنه، فالسلعة المباعة عن طريق المرابحة إلى العميل ليست في حوزة المصرف وغير مملوكة له، وهو يربح من خلالها.

وقد رُد على هذه الاعتراض بأن:

المرابحة للآمر بالشراء تتضمن بيعاً حقيقاً لا صورياً ، كما هو الحال مع سائر التجار، فلا يشترط أن يشتري التاجر السلعة للاقتناء أو للاستهلاك الشخصي، بل بالإمكان شراءها بناءً على طلب أحد العملاء وبيعها له مقابل الثمن المتفق عليه، وعليه فإن المرابحة للآمر بالشراء تتضمن عملية بيع حقيقي،[242] كما إن القول بأن المصرف ليس بتاجر هو قول غير صحيح، فالتاجر قانوناً وعرفاً لا ينحصر في الشخص الطبيعي في وقتنا الحالي وإنما اتسع نطاقه فأصبح يشمل كذلك الشخص الاعتباري سواء أكان مصرفاً أو شركة،[243] والمصارف الإسلامية هي شركات مسجلة رسمياً ومرخص لها بممارسة أعمال التجارة.

و القول بأن المصرف يربح ما لا يضمن هو الآخر قول غير صحيح مردودُ عليه، فالمصرف يباشر عملية بيع حقيقي وبالتالي يقع عليه ضمان المبيع، كما إن المصرف لا يقدم على التعاقد بالبيع إلا بعد دخول السلعة المطلوبة في حيازته وقبضه إياه وبالتالي تنتقل تبعة الهلاك والضمان على عاتقه،[244] علاوةً على ذلك فإن المجمع الفقهي وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية وهيئات الرقابة الشرعية وضعت ضوابط يجب الالتزام بها لتكون المرابحة للآمر بالشراء مباحة شرعاً ومن ذلك وجوب دخول المبيع في حيازة المصرف، و وجوب تحمل المصرف الضمان.

---

[241]– نقلاً عن: عبدالله بن مرزوق القرشي، المرجع السابق، ص 143

[242]– محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، 294.

[243]– تنص المادة 9 من المرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1987 م بإصدار قانون التجارة على: "يعتبر تاجرا: 1– كل شخص يتمتع بالأهلية التجارية على وجه الاحتراف عملا تجاريا باسمه و لحسابه. 2– كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية أيا كان غرضها". منشور بالجريدة الرسمية العدد1739، 1987/3/26.

[244]– محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص40.

ولكن في اعتقادي إن الممارسات المصرفية اليوم واتساع استعمال المرابحة للآمر بالشراء بشكل مفرط دون مراعاة القواعد والضوابط التي وضعها مجمع الفقه الإسلامي والهيئات الشرعية، جعل هذه الشبهة تحوم بشكل كبير حول شرعية هذه المعاملات، وهو ما يستوجب التدقيق على عمليات المرابحة التي تجريها المصارف، خصوصاً وإن بعض هذه المصارف بات يعطي قروضاً شخصية يتحصل فيها العميل على النقود بدلاً من السلع المراد شرائها بمسمى مرابحة بربطها بالتورق المصرفي، كما إن بعض المنتجات يطلق عليها مسميات مبتكرة كمنتج تسهيل أو تبديل وغيرها من الأسماء دون أن تكون العمليات التي يتضمنها هذا المنتج واضحة إلا إنها تنتهي بإعطاء العميل المال نقداً، وهو أمر لا يجوز للمصرف الإسلامي القيام به فالمسألة تخرج بذلك من إطار المشروعية لإطار المحرمات.

كما إن ما يثير ويزعزع هذه الشبهة كذلك الأحكام القضائية الصادرة من بعض المحاكم وغرفة البحرين لتسوية المنازعات الاقتصادية والمالية والاستثمارية التي تقضي بإلزام العميل المحكوم ضده بفائدة تأخيرية لصالح المصرف الإسلامي بمناطقها على اعتبار إن دين المصرف دين تجاري،[245] مخالفةً بذلك القانون الواجب التطبيق على هذه الاتفاقيات، فعادةً ما يدرج في اتفاقيات المرابحة المصرفية وغيرها من الاتفاقيات بأن القانون الواجب التطبيق هو قانون مملكة البحرين على نحو لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، وصدور الأحكام على هذا النحو يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وينبئ عن عدم تفرقة القضاة بين أنواع المصارف بل ينبئ عن مخالفة بعض المصارف الإسلامية لأحكام الشريعة بمطالبتها بالفائدة التأخيرية على اعتبار إن المحاكم لا تقضي إلا بما طلبه الخصوم، وهو ما يستدعي تنبه القضاة والمحاكم لهذا الأمر ووقف

[245]– أحكام غير منشورة. منها على سبيل المثال الحكم رقم 34 لسنة 2011 الصادر بتاريخ 2012/5/17 عن غرفة البحرين لتسوية المنازعات، الذي نص على: " وحيث أنه عن طلب المدعي إلزام المدعى عليها الأولى بالفائدة التأخيرية بواقع 10% من تاريخ المطالبة وحتى السداد التام، فلما كان من المقرر وعملاً بنص المادة 81 من المرسوم بقانون رقم 7 لسنة 1987 بإصدار قانون التجارة أنه تستحق الفوائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها مالم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. وكان التزام المدعى عليها بالوفاء باقساط المرابحة محل التداعي هو التزام بدين تجاري باعتبار أنها شركة ذات مسئولية محدودة وأنها عقدت المرابحة ضمن أغراض نشاطها التجاري ومن ثم تلزمها الهيئة بالفائدة التأخيرية بواقع 1% من تاريخ المطالبة الحاصل في 25 ديسمبر 2011 وحتى السداد التام." وهو ذات التسبيب الذي تورده عادةً المحاكم في تسبيب قضائها بالفائدة بشكل عام، فهي تقضي بالفائدة للمصارف الإسلامية على اعتبار إنه دين تجاري وذلك بشكل مخالف لأحكام الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق على العقد، وبعض الأحكام القضائية تسبب رفض القضاء للمصارف الإسلامية بالفائدة استناداً إلى عدم جواز الجمع بين الفوائد الاتفاقية والفوائد التأخيرية وليس استناداً إلى أحكام الشريعة الإسلامية، منها على سبيل المثال: الحكم الصادر في الدعوى رقم 02/2016/900/6 بتاريخ 2016/5/22 عن المحكمة الكبرى المدنية بدائرتها الثالثة، والذي ينص على:"و لما كان الثابت ان المبلغ المطالب به هو عبارة عن باقي مبلغ البيع مع الأرباح ومن ثم فلا يحق احتساب فائدة أخرى عملاً بقاعدة عدم جواز الجمع بين أكثر من فائدة. ومن ثم تقضي المحكمة برفض ذلك الطلب". وهو ما يستدعي توعية المحاكم بطبيعة الأعمال المصرفية الإسلامية و يؤكد على الحاجة الماسة لإنشاء محاكم مختصة بنظر النزاعات الناشئة عن عمليات المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية حمايةً للمتعاملين مع هذه المصارف و إحكاماً للمبادىء الشرعية التي تعمل في ضوءها هذه المصارف، والتي أصبحت تجاوزاتها لها تثير الريبة في العمل المصرفي الإسلامي.

القضاء بالفائدة لصالح هذه المصارف، بل أعتقد إن الحاجة لمحاكم نوعية متخصصة في المصارف الإسلامية أصبح أمراً ضرورياً نظراً لكثرة المصارف الإسلامية في المملكة، وتخصيص محاكم نوعية سيساهم في إعمال الرقابة على العمل المصرفي الإسلامي والتزامه بأحكام وضوابط الشريعة الإسلامية.

الاعتراض الثاني: إن هذه المعاملة لم يقل بحلها أحد من الفقهاء:

اعترض على هذه المعاملة أيضاً بأنه لم يقل بحلها أحد من الفقهاء، كما إن القول بأنها عملية مستحدثة غير صحيح، فقد نص عليها فقهاء من مذاهب مختلفة، كالمالكية و الشافعية، والحنابلة، وكل من نص عليها من الفقهاء فقد حرمها، و دور الفقهاء المعاصرين دور تلفيق فحسب، فصارت المرابحة حلالاً عندهم بالتلفيق بين مذاهب ليست حلالاً في واحد منها.[246] وقد أوردوا بعضاً من أقوال الفقهاء التي تنهي عن هذه البيعة منها:

أ. روى الإمام مالك في الموطأ في باب (النهي عن بيعتين في بيعة): "أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد، حتى ابتاعه منك إلى أجل، فسئل عن ذلك عبدا لله بن عمر، فكرهه ونهى عنه"[247]

ب. جاء في المبسوط للسرسخي أنه إذا:"أمر رجلاً أن يشتري داراً بألف درهم وأخبره أنه إن فعل اشتراها الآمر منه بألف ومائة، فخاف المأمور إن اشتراها ألا يرغب الآمر في شرائها، قال: يشتري الدار على أنه بالخيار ثلاثة أيام فيها ويقبضها ثم يأتيه الآمر، فيقول له: قد أخذتها منك بألف ومائة، فيقول المأمور هي لك بذلك، ولا بد أن يقبضها على أصل محمد – رحمه الله – فأما عند أبي حنيفة وأبي يوسف– رحمهما الله – لا حاجة لهذا الشرط، لجواز التصرف في العقار قبل القبض عندهما، والمشتري بشرط الخيار يتمكن من التصرف في المشتري بالاتفاق"[248] فلو كانت المرابحة الملزمة جائزة عند الحنفية، لما احتاج إلى مثل هذه الحيلة المشروعة.

---

[246]– رفيق يونس المصري، شبهات حول بيع المرابحة للأمر بالشراء في البنوك الإسلامية، مرجع سابق، ص 253.

[247]– مالك بن أنس، موطأ مالك، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، المجلد الثاني، دار إحياء التراث، بيروت، 1985، ص 663.

[248]– شمس الدين السرخسي، المبسوط،، الجزء الثلاثون، دار المعرفة، بيروت، (دون تاريخ)، ص 237.

وقد رُد على هذا الاعتراض بالتالي:

أنه ليس من الضروري في المعاملات الحديثة أن يقول أحد من الفقهاء السابقين بحلها، وليس من اللازم ما يفعله بعض العلماء المعاصرين من محاولة رد كل معاملة جديدة إلى صورة من صور المعاملات القديمة، لتخرج عليها وتأخذ حكمتها، وذلك لأن الأصل في المعاملات الإباحة، وكل ما جاء على هذا الأصل لا يسأل عنه.[249] وفي ذلك يقول ابن تيمية: " والأصل في هذا أنه لا يحرم على الناس من المعاملات التي يحتاجون إليها، إلا ما دل الكتاب والسنة على تحريمه، كما لا يشرع من العبادات التي يتقربون بها إلى الله تعالى، إلا ما دل الكتاب والسنة على شرعه، إذ الدين ما شرعه الله، والحرام ما حرمه الله، بخلاف الذين ذمهم في كتابه، حيث حرموا من دين الله ما لم يحرمه الله، وأشركوا به ما لم ينزل به سلطاناً، وشرعوا لهم من الدين ما لم يأذن به الله".[250]

وعلى فرض عدم وجود من قال بحل هذه المعاملة أصلاً من الفقهاء القدامى، فليس معنى ذلك أن تبقى بدون بحث، ويحكم عليها بالحرمة، بل يجب على فقهاء الشريعة البحث عنها وعن غيرها من مستجدات الأمور ونوازلها، حتى ولو لم يقل بها الفقهاء القدامى، أو قال بعضهم بحرمتها، لكن دون إجماع منهم على ذلك، وذلك بعرضها على الأدلة العامة في التشريع الإسلامي، ويحكم عليها بالحل أو بالحرمة من خلال هذه الأدلة، فالشريعة الإسلامية صالحة لكل زمان ومكان، [251] كما إن هناك من الفقهاء القدامى من قال بحلها كما أشرنا إليه سابقاً في معرض أدلة الرأي الأول القائل بجواز هذه المعاملة.

وأما القول بشأن تلفيق[252] هذه المعاملة فهو الآخر مردودُ عليه، فالرأي الفقهي المبني على الاستدلال والترجيح لا يدخل دائرة التقليد، ولا يعتبر من التلفيق، وإن خرج الرأي في النهاية بصورة جديدة لم يقل بها أحد

---

[249]– يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص 32.

[250]– عبدالرحمن بن محمد بن قاسمه و ابنه محمد ، مجموع فتاوىشيخ الإسلام أحمد ابن تيمية ، المجلد الثامن والعشرون، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف،المدينة المنورة، 2004، ص 386.

[251]– انظر في هذا المعنى: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 105. وكذلك: محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 292.

[252]– التلفيق في المعنى الإصطلاحي هو"الجمع بين المذاهب الفقهية المختلفة في أجزاء الحكم الواحد". كما يعرف بأنه: " التقليد المركب من مذهبين أو أكثر في عبادة أو معاملة واحدة". والتلفيق كالتقليد ينحصر في المسائل الاجتهادية الظنية. أما كل ما علم من الدين بالضرورة . أي بالبداهة . من متعلَّقات الحكم الشرعي، وهو ماأجمع عليه المسلمون ويكفر جاحده، فلا يصح فيه التقليد والتلفيق. والتلفيق يعتبر أحد فروع التقليد، فالتقليد أعم فهو إتباع مذهب معين بشكل عام، بينما التلفيق هو أخذ من المذاهب المختلفة. وقد اختلف الفقهاء في حكم التلفيق وذلك لاختلافهم في جواز انتقال المقلد المتلزم لمذهب ما في مسألةٍ معينة إلى مذهب آخر، فمنهم من ذهب إلى منعه بشكل مطلق لأن فيه انتقالاً، ومنهم من أجازه بشكل مطلق، ومنهم من أجاز العمل به لدواعي الضرورة وبشروط وضوابط محددة لا يجوز بخلافها التلفيق منها شرط عدم تتبع الرخص وعدم مخالفة الإجماع وذلك حفاظاً=

المذاهب المتبعة، لأن التلفيق إنما يقال فيمن يأخذ من المذاهب بطريق التقليد المحض، دون اعتماد على الأدلة و موازنة بعضها ببعض.[253]

إضافةً إلى ذلك فإن المعاملات وغير ذلك من التكاليف التي تقوم برعاية المصالح البشرية والمرافق الحيوية فلا يسوغ الرجوع فيها إلى مفتٍ واحد،بل ينبغي الرجوع إلى أصول الشريعة وقواعدها العامة بالنسبة لذوي الاستنباط، أو إلى أقوال المجتهدين بالنسبة إلى أرباب الترجيح والتخريج، فيؤخذ من كل مذهب ما هو أقرب إلى مصلحة العباد.[254] علاوةً على ذلك فإن موضوع الوعد والإلزام به موضوع مستقل عن بيع المرابحة، الأمر الذي لا ينطبق معه التلفيق على المرابحة للآمر بالشراء.[255]

الاعتراض الثالث: أنها من بيوع العينة المنهي عنها:

ذهب بعض المعترضين على المرابحة للآمر بالشراء إلى القول بأنها من بيوع العينة، و بيوع العينة حرام.[256] والعينة هي أن يبيع السلعة بثمن مؤجل، ثم يشتريها مرة أخرى نقداً بثمن أقل، فتكون الصورة

=على أحكام الشريعة الإسلامية من اتباع الهوى والشهوات. والرأي القائل بالجواز مع مراعاة الضوابط هو الرأي الراجح. والتلفيق الممنوع يقسم إلى نوعين: النوع الأول: هو التلفيق الباطل لذاته، كما إذا أدى إلى إحلال المحرمات كالخمر والزنا وغيرهما. النوع الثاني: تلفيق محظور لا لذاته، بل لما يعرض له من العوارض، وهو ثلاثة أنواع: أولها: تتبع الرخص عمداً: بأن يأخذ الإنسان من كل مذهب ماهو الأخف عليه بدون ضروة ولا عذر. وهذا محظور سداً لذرائع الفساد بالانحلال من التكاليف الشرعية.وثانيها: التلفيق الذي يستلزم نقض حكم الحاكم، لأن حكمه يرفع الخلاف درءاً للفوضى. والثالث: التلفيق الذي يستلزم الرجوع عما عمل به تقليداً أو عن أمر مجمع عليه لازم لأمر قلده. وهذا الشرط في غير العبادات، أما فيها فيجوز التلفيق ولو استلزم الرجوع عما عمل به أو عن أمر لازم لآخر إجماعاً، مالم يفض إلى الانحلال من التكاليف الشرعية أو إلى الذهاب بالحكمة الشرعية باقتراف الحيل المغايرة للشريعة أو المضيعة لمقاصدها.وتقسم أنواع التلفيق بالنظرإلى القصد إلى تلفيق مقصود كأن يصار إليه بقصد دفع الحاجة أو الضرورة، وتلفيق غير مقصود وهو مايقع فيه العامة دون قصد. و يقسم بالنظر لمصدره إلى:

1) تلفيق مصدره التقليد، والمقصود به التلفيق الصادر من العامة.
2) تلفيق مصدره الاجتهاد، والمقصود به التلفيق الصادر ممن له نوع من النظر والاجتهاد.
3) تلفيق مصدره التشريع، والمقصود به ما تقوم به الحكومات من تقنين للأحكام تكون ملفقة من آراء المذاهب.

للمزيد انظر في هذا المعنى: عبدالله بن محمد بن حسن السعيدي، التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي، وكذلك: غازي بن مرشد بن خلف العتيبي، التلفيق بين المذاهب الأربعة وعلاقته بتيسير الفتوى، بحوث مقدمة للمؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، المنعقد في الفترة من 7 إلى 20 يناير 2009، بتنظيم مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، منشور على الموقع الإلكتروني للرابطة: http://www.themwl.org، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/9. وكذلك: سعد العنزي، التلفيق في الفتوى، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.feqhbook.com/?book ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/11.

[253]– يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص 42.

[254]– غازي بن مرشد بن خلف العتيبي، المرجع السابق، ص 23.

[255]– يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص 42.

[256]– انظر في هذا المعنى: علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 107 ومابعدها. وكذلك: يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 43 ومابعدها.

النهائية حصول المشتري على النقد،على أن يسدده بأكثر منه بعد مدة، فكأنما هو قرض في صورة بيع،[257] فقالوا بأن المالكية ذكروا هذه الصورة ضمن بيوع العينة، وعدوها من الصور الممنوعة، وهي أن يقول: "اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقداً، وأنا ابتاعها منك باثني عشرة إلى أجل" قال ابن رشد: فذلك حرام ولا يجوز"،[258] وكذلك قال الشيخ الدردير:"العينة: وهي بيع من طلبت منه سلعة، وليست عنده لطالبها، بعد شرائها لنفسه من آخر: جائزة.. إلا أن يقول الطالب: اشترها بعشرة نقداً، وأنا آخذها منك باثني عشر لأجل، فيمنع، لما فيه من تهمة سلف جر نفعاً لأنه كأنه سلفه عشرة ثمن السلعة، يأخذ عنها بعد الأجل اثني عشر".[259]

واستدلوا كذلك بأن المالكية قد بنوا المنع على أصل سد الذرائع، فالعلامة ابن رشد الجد يقول في مقدمة كتاب بيوع الآجال من المقدمات الممهدات: " أصل ما بني عليه هذا الكتاب: الحكم بسد الذرائع، ومذهب مالك، القضاء بها والمنع منها، وهي الأشياء التي ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى فعل المحظور، ومن ذلك البيوع التي ظاهرها الصحة، ويتوصل بها إلى استباحة الربا، وذلك مثل أن يبيع سلعته من أي رجل (أي لرجل) بمائة إلى أجل، ثم يبتاعها بخمسين نقداً، فيكونا قد توصلا بما أظهراه من البيع الصحيح إلى سلف خمسين ديناراً في مائة إلى أجل، وذلك حرام لا يجوز. وأباح الذرائع الشافعي و أبو حنيفة وأصحابهما، والصحيح ما ذهب إليه مالك – رحمه الله– ومن قال بقوله، لأن ما جر إلى الحرام وتطرق به إليه حرام مثله".[260]

وقد نوقشت هذه الأدلة على النحو التالي:

أما بناؤهم هذه المعاملة على وجوب سد الذرائع فإن العلامة القرافي وهو من فقهاء المالكية، قد اعترض على أصحابه في الاستدلال بالأدلة العامة على وجوب سد الذرائع في هذه القضية الخاصة المتنازع فيها، وهي بيوع الآجال، وما يتعلق بها من بيوع العينة، فبعد ذكره لعدد من الأدلة، قال:

" فهذه وجوه كثيرة يستدلوا بها، وهي لا تفيد، فإنها تدل على اعتبار الشرع سد الذرائع في الجملة، وهذا مجمع عليه، وإنما النزاع في ذرائع خاصة، وهي بيوع الآجال ونحوها، فينبغي أن تذكر أدلة خاصة لمحل

---

[257]– ما معنى بيع العينة؟، منشور على الموقع الالكتروني الإسلام سؤال وجواب: https://islamqa.info/ar/105339، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/12.

[258]– محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبي الوليد، تحقيق سعيد أحمد عراب، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، 1988، ص39.

[259]– أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي أبو البركات،تحقيق مصطفى كمال وصفي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثالث، دار المعارف،القاهرة، (دون تاريخ)،ص 129.

[260]– محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبي الوليد، المرجع السابق، ص39.

النزاع، وإلا فهذه لا تفيد. وإن قصدوا القياس على هذه الذرائع المجمع عليها، فينبغي أن تكون حجتهم القياس خاصة، ويتعين عليهم – حينئذ – إبداء الجامع، حتى يتعرض الخصم لدفعه بالفارق، ويكون دليلهم شيئاً واحداً، وهو القياس، وهم لا يعتقدون إن دليلهم القياس."[261]

إضافةً إلى ما تقدم فإن المالكية قد قسموا العينة إلى ثلاثة أقسام: جائز ومكروه و ممنوع:[262]

1. الجائز: هو أن الآمر بالشراء يطلب من البائع – المأمور بالشراء– شراء سلعة معينة من مالكها، بثمن معين، وزيادة ربح معلوم سواء كان الثمن نقداً أو مؤجلاً.
2. المكروه: هو أن يطلب الآمر من المأمور شراء سلعة معينة بثمن معين دون تعيين لنسبة الربح.
3. الممنوع: هو أن يطلب الآمر من المأمور شراء سلعة نقداً ليشتريها منه بأكثر من ثمنها لأجل. مثال ذلك: أن يطلب منه شراؤها بعشرة نقداً ليأخذها منه باثني عشر لأجل. وفي هذه الصورة يصح البيع بعشرة، ويفسخ باثني عشر إلى أجل. وعلة المنع: أنه يؤدي إلى سلف جر نفعاً وهذا منهي عنه.

وطبقاً لذلك فإن المرابحة للآمر بالشراء تدخل ضمن النوع الجائز عند المالكية، وذلك لأن الآمر بالشراء لا يعقد العقد مع المصرف إلا بعد علمه بالثمن والربح معاً. كما إن المرابحة للآمر بالشراء تتضمن عملية بيع حقيقة وتبادل لأشياء مختلفة وهي السلعة المبيعة والثمن. فالعميل الذي يطلب من المصرف شراء سلعة معينة فإنه يريد هذه السلعة بالفعل، كالطبيب الذي يريد أجهزة لعيادته، أو صاحب المصنع الذي يريد ماكينات لمصنعه وغير هذا وذاك، حتى إنه يحدد مواصفات السلعة ومصادر صنعها أو بيعها. فالسلعة المطلوب شراؤها لهم حقيقية، والمصرف يشتريها ويساوم عليها، ثم يبيعها للعميل، كما يفعل أي تاجر فإن التاجر يشتري ليبيع غيره، وقد يشتري سلعاً معينةً بناءً على طلب بعض عملائه. ومن ثم فإن الادعاء بأن المرابحة للآمر بالشراء من بيوع العينة التي لا يقصد فيها البيع ولا الشراء إدعاء غير صحيح.[263]

---

[261]– أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، تحقيق: علي جمعة محمد، محمد أحمد سراج، كتاب الفروق، المجلد الثالث، دار السلام، القاهرة،الطبعة الأولى، 2001، ص 1054.

[262]– محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص306 ومابعدها.

[263]–بيع المرابحة للآمر بالشراء (معناه، حكمه، مميزاته، سلبياته)، منشور على الموقع الإلكتروني للشبكة الفقهية: http://www.feqhweb.com/vb/t11638.html#ixzz4H9SBZ0OW، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/12.

الاعتراض الرابع: أنها تتضمن بيعتين في بيعة:[264]

اعترض البعض حول المرابحة للآمر بالشراء بحجة إنها تدخل تحت النهي عن بيعتين في بيعة، أو صفقتين في صفقة، والتي نهى عنها الرسول ﷺ في قوله:"من باع بيعتين في بيعه فله أوكسهما أو الربا".[265] مبينين بأن المواعدة على الشراء الملزمة للطرفين (العميل والمصرف) تعتبر عقد بيع، بعد إن كانت وعداً، وكأنما المرابحة للآمر بالشراء تتضمن بيعتين في بيعة واحدة، فالبيعة الأولى تكون بين المصرف وعميله الآمر بالشراء، والثانية بين المصرف والبائع. فإذا كانت المواعدة غير ملزمة للطرفين لم يكن ثمة بيعتان في بيعة.

وقد نوقش هذا الاعتراض بأن:

للفقهاء في تفسير هذا الحديث تفسيران، وكلا التفسيرين لا ينطبق على المرابحة للآمر بالشراء:[266]

فالتفسير الأول: هو أن يقول بعتك عشرة نقداً، أو عشرين نسيئة، وهذا التفسير ضعيف، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد صفقتين وإنما هي صفقة واحدة بأحد الثمنين، فقد اشتملت على إيجاب عقدين على سلعة واحدة بصفقة واحدة.

والتفسير الثاني: هو أن يقول: أبيعكما بمائة إلى سنة على أن أشتريها منك بثمانين حالة، وهذا معنى الحديث، وهو مطابق لقوله ﷺ: (فله أوكسهما أو الربا)، فإنه إما أن يأخذ الثمن الزائد فيربي، أو الثمن الأول فيكون هو أوكسهما، وهو مطابق لصفقتين في صفقة، فقد جمع صفقتي النقد والنسيئة في صفقة واحدة ومبيع واحد، فقصد بذلك بيع دراهم عاجلة بدراهم مؤجلة أكثر منها، ولا يستحق إلا رأس ماله، وهو أوكس الصفقتين، فإن أبى إلا الأكثر كان قد أخذ الربا، والتفسير الثاني هو تفسير ابن القيم، وهو التفسير الراجح المتوافق مع نص الحديث، لأنه يهدف إلى منع الاحتيال على أكل الربا باسم البيع.

---

[264]– انظر في هذا المعنى: رفيق توفيق يونس المصري، إلى البنوك الإسلامية كلام في <<بيع المرابحة للآمر بالشراء>>، المرجع السابق، ص261. وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص228 ومابعدها. وكذلك: محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص40. وكذلك: يوسف القرضاوي، بيع المرابحة كما تجريه المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص 61 ومابعدها.

[265]– أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، كتاب السنن الكبرى، الجزء السادس، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 2001، ص 60.

[266]– انظر في هذا المعنى:علي محيي الدين علي القرة داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى،2001، ص 343 ومابعدها. وكذلك: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة: بحوث وفتاوى وحلول، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 2002، ص 35.

وبالنظر إلى التفسيرين فإن بيع المرابحة للآمر بالشراء الذي تجريه المصارف الإسلامية بعيد عن البيعتين في بيعة واحدة، فهو بيعة واحدة، تبدأ بمواعدة على بيع حقيقي لسلعة مطلوبة بالفعل، وتنتهي ببيع المصرف للسلعة المطلوبة بعد تملكه إياها. وفي هذا الشأن يقول الدكتور يوسف القرضاوي:

"على أننا لو أخذنا بأي تفسير من التفسيرات الأخرى، التي حكيناها، وجدناها لا تنطبق على المعاملة التي نحن بصدد الحديث عنها. فليس هنا ثمنان معروضان: نقداً بكذا، ونسيئة بكذا، كما هو تفسير سماك ومن وافقه، إنما هو ثمن واحد محدد معلوم، كما يتضح ذلك من الاستمارة التي يملؤها طالب شراء السلعة فهو يحدد فيها الأوصاف والثمن والأجل، وطريقة الوفاء..... وذلك بعد التفاوض الشفوي بطبيعة الحال.

وليس هنا: أبيعك هذه السلعة بألف لتبيعني تلك السلعة بألفين، أو أقل أو أكثر، فالسلعة المطلوب شراؤها غير مربوطة ولا مشروطة بسلعة أخرى."[267]

الاعتراض الخامس: أنها من بيع ما لا يملك،والبيع قبل القبض:

ذهب بعض المعترضين على مشروعية بيع المرابحة للآمر بالشراء إلى القول بأنها من قبيل بيع ما لا يملك، ومن قبيل البيع قبل القبض المنهي عنهما، فالمصرف هنا يبيع للعميل ما لا يملكه من السلع التي يطلب منه شراءها وبيعها له.[268] وقد استدلوا على ذلك بالأدلة التالية:[269]

1. حديث حكيم ابن حزام قال: قلت يا رسول الله، يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه، ثم ابتاعه من السوق، ثم أبيعه منه، فقال رسول الله ﷺ: " لا تبع ما ليس عندك".[270]
2. حديث حكيم ابن حزام في رواية أخرى، أنه قال: قلت يا رسول الله: إني اشتري المبيع، فما يحل لي منها، وما يحرم! قال: " إذا اشتريت شيئاً فلا تبيعه حتى تقبضه".[271]
3. حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، حتى ذكر عبدالله بن عمرو قال: رسول الله:" لا يحل سلف وبيع: ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك".[272]

---

[267]– يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، المرجع السابق، ص 54.

[268]– رفيق توفيق يونس المصري، إلى البنوك الإسلامية كلام في <<بيع المرابحة للآمر بالشراء>>، المرجع السابق، ص262.

[269]– انظر في هذا المعنى:علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص129 ومابعدها. وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 316.

[270]– أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، المرجع السابق، ص 59 ومابعدها.

[271]– المرجع نفسه، ص 60.

[272]– المرجع نفسه، ص 60.

ووجه الاستدلال أن النهي في هذه الأحاديث عام فيما ليس عند الإنسان، سواء كان يملكه أم لا، وسواء كان حاضراً لا يملكه، أو غائباً يملكه، وذلك يفهم من معنى – عند– لغة ، فإنها تستعمل في الحاضر القريب، كذلك لما هو في حوزتك وإن كان بعيداً.

وقد نوقش هذا الاعتراض على النحو التالي:

أولاً: فيما يتعلق بالنصوص الواردة في النهي عن بيع ما لا يملكه الإنسان أو ما ليس عنده، ذهب البعض إلى القول بأنها نصوص غير قطعية الثبوت، فهي ضعيفة الإسناد، فحديث حكيم بن حزام برواياته، قيل بأنها أحاديث ضعيفة بل هي مجهولة الحال. كما إن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، هو الآخر محل خلاف في سنده،[273] ومع ذلك فإن أغلب الفقهاء قد حسنوا هذا الحديث، واتفق جميعهم على إن مضمونه صحيح.[274]

ثانياً: في المقصود بقوله ﷺ: " لا تبع ما ليس عندك"، اختلف الفقهاء اختلافاً واسعاً في تفسير قوله ﷺ، فبعض الفقهاء استدل بهذا الحديث على عدم جواز بيع المعدوم، واستدل به آخرون على عدم جواز بيع العينة الغائبة، وقال بعضهم يحتمل أن يكون المراد به بيع شيء مباح على أن يستولى عليه فيملكه فيسلمه. وقال بعضهم: المراد به بيع الأعيان، وهذا هو رأي الشافعي الذي يقول: " والسلف قد يكون بيع ما ليس عنده، فلما نهى رسول الله ﷺ حكيماً عن بيع ما ليس عنده وأذن في السلم، استدللنا على أنه لا ينهي عن ما أمر به، وعلمنا أنه عندما نهى حكيماً عن بيع ما ليس عنده إذا لم يكن مضموناً عليه، وذلك بيع الأعيان" [275]

كما قيل بأن العندية –عندك– الواردة في الحديث هي عندية الملك والتمكين، وليس عندية المشاهدة، ولذلك لو كان المال عنده حاضراً لكنه كان أمانة عنده، أو مستأجراً أو معاراً لما جاز بيعه لآخر، ولما لزم بالاتفاق، وعلى عكس ذلك لو كان ماله غائباً وليس عنده أثناء العقد جاز بالإجماع إذا توافرت الأركان والشروط المطلوبة في البيع،[276] ويقول في ذلك ابن حزم: " فكل ما يملكه المرء فهو عنده ولو أنه بالهند".[277]

---

[273]– علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 131ومابعدها.

[274]– علي محيي الدين علي القرة داغي، المرجع السابق، ص 61 ومابعدها.

[275]– محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق رفعت فوزي عبدالمطلب، الأم، الجزء الرابع، باب البيوع، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2001، ص187.

[276]– علي محيي الدين علي القرة داغي، المرجع السابق، ص 77 ومابعدها.

وعلى هذا فإن بيع المرابحة للآمر بالشراء لا يدخل حسب تفسير الإمام الشافعي لهذا الحديث في بيع ما ليس عندك، لأنه مضمون في الذمة، وليس بيع أعيان.[278]كما إنه لا يدخل في بيع ما ليس عندك في ضوء تفسير العندية، فالمصرف لا يبيع السلعة إلا بعد تملكه إياه، فهي ملكه وبالتالي تخرج من بيع ما ليس عندك.

ثالثاً: إن المصارف الإسلامية لا تبيع أو تُوّقع عقد البيع بالمرابحة مع الآمر بالشراء إلا بعد شرائها للبضاعة المطلوبة وتملّكها إياها وتحملها لمخاطرها، وأما ما يجري بين المصرف والعميل قبل ذلك، إنما هي مواعدة وليس بيعاً، وبالتالي تخرج المرابحة للآمر بالشراء عن إطار بيع ما لا يملك. فإذا كانت هناك مصارف إسلامية لا تتقيد إداراتها بقيود وضوابط إجازة بيع المرابحة للآمر بالشراء، فهي مسئولة عن تجاوزاتها وعلى هيئاتها الشرعية إعمال الرقابة اللازمة لتوفيق أوضاعها.[279]

رابعاً: فيما يتعلق بمسألة النهي الخاص ببيع المبيع قبل قبضه، فقد اختلف الفقهاء في تحديد كيفية القبض في كل من المنقول والعقار. واستقر معظم الفقهاء على أن القبض في العقار يكون بتخليته، وبوجوب الرجوع في القبض إلى العرف.[280] وقد تعددت مظاهر التخلية في الوقت الحاضر، منها على سبيل المثال: تسليم المستندات المثبتة لملكية المبيع، وغالباً ما يتم التعاقد بناءً على المستندات، ومن مظاهر التخلية التي ابتكرها العرف التجاري أيضاً الوكلاء و السماسرة الذين يلعبون دوراً كبيراً في مجال التجارة الدولية، حيث يقومون بالبيع والشراء لحساب المصارف والمؤسسات الإسلامية، حيث يعبر عنهم بالمراسلين المعتمدين لدى البنوك الإسلامية. كل ذلك يعتبر من مظاهر التخلية وفقاً للعرف التجاري، التي من شأنها أن تجعل للبائع سيطرة الكاملة على المبيع، وإن لم يكن في حيازته فعلاً،[281] وعلى ذلك فإن المصرف الإسلامي إذا تعاقد وفقاً لهذه المظاهر التي يتم بها القبض الحكمي، فإن ذلك يكون جائزاً ومن ثم لا يدخل في باب النهي عن البيع قبل القبض.

---

[277]– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، المحلى بالآثار، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص 475.

[278]– علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 133.

[279]– انظر في هذا المعنى: محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 39. وكذلك: يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف، المرجع السابق، 74.

[280]– علي حيدر، المرجع السابق، المجلد الأول، الكتاب الأول: البيوع، الباب الخامس: في بيان المسائل المتعلقة بالتسليم والتسلم، ص 249 ومابعدها.

[281]– علي محمد علي قاسم، المرجع السابق، ص 138 ومابعدها. وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 319 ومابعدها.

الاعتراض السادس:إن فيها إلزاماً بالوعد:

من الاعتراضات التي وجهت لهذه المعاملة أنها تتضمن إلزاماً بالوعد قضاءً والوفاء بالوعد غير واجب كما هو مذهب جمهور الفقهاء.وقد ناقش بعض المعترضين الفتاوى القائلة بإلزامية الوعد استناداً إلى قول ابن شبرمة على النحو التالي:[282]

- أولاً: إن الآيات القرآنية والأحاديث النبوية ليس فيها ما يدل على ذلك.
- ثانياً: لا يجوز الأخذ بما هو أيسر عند اختلاف العلماء في مسألة معينة بل يجب الأخذ بما هو أرجح مدركاً ودليلاً.
- ثالثاً:لا يصح الاستدلال بقول ابن شبرمة الذي يقضي بأن الإلزام بالوعد واجب لأمرين، أولاهما: إن هذا القول لا يعلم له مصدر،إذ لم يكن له اتباع يحررون مذهبه، فقد يكون هذا القول منقول عنه بالمعنى لا بالنص. وثانيهما:أن هذا القول على فرض ثبوته فهو وارد في البيع المعلق على شرط وليس في الوعد أصلاً.[283]
- رابعاً: إن مسألة لزوم الوفاء بالوعد قضاءً أو عدم لزومه عند المالكية لا تتعلق بعقود المعاوضات ومنها البيع بل تتعلق بمسائل المعروف والإحسان.

وقد نوقش هذه الاعتراض على النحو التالي:

إن جميع الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي وردت في الوعد تفيد الإلزام بالوعد ديانة وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، وما يلزم الوفاء به ديانة يجوز الإلزام به قضاءً كما قرر ذلك جمهور العلماء المعاصرين في فتاويهم كما سبق الإشارة إليها في الفرع الأول.كما إن القول بالإلزام هو القول الراجح لدى الفقهاء المعاصرين وليس الأيسر كما أشرنا سابقاً. والقول بأن قول ابن شبرمة لا يعلم له مصدر هو الأخر قول غير

[282]– انظر في هذا المعنى: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 326 ومابعدها. وكذلك: يوسف القرضاوي، بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف، المرجع السابق، ص 64 ومابعدها.

[283]– محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 76.

صحيح، فأقرب مصدر له هو المحلى لابن حزم الظاهري الذي نص على : " وقال ابن شبرمة الوعد كله لازم، ويقضي به على الواعد ويجبر".[284]

أما القول بأن مسألة وجوب الإلزام بالوعد أو عدم وجوبه إنما تتعلق بمسائل المعروف والإحسان دون المعاوضات وأن قول ابن شرمة ورد في البيع المعلق على شرط، فإنه يجاب على ذلك بأن النصوص التي أوجبت الوفاء جاءت عامة مطلقة ولم تفرق بين وعد ووعد، علاوةً على ذلك فإن إخلاف الوعد في المعاوضات أشد من إخلافه في التبرعات، فالمعاوضات يترتب عليها تصرفات والتزامات مالية واقتصادية، فالقول بجواز الإخلاف فيها وعدم وجوب الإلزام سيؤدي إلى ضياع الحقوق وإلحاق الضرر بمصالح الناس والتغرير بهم.[285]

وفي اعتقادي إن هذا الاعتراض محل نظر، فمن الناحية النظرية لا يمكن القول بأن المواعدة الملزمة في المرابحة هي عقد المرابحة ذاته، وبأن البيع قد تم بمجرد صدور المواعدة الملزمة وبالتالي فإن المصرف قد باع ما لايملك. فالوعد بالتعاقد يختلف عن العقد المقصود إبرامه، فالعقد يرتب أثراً قانونياً فورياً بخلاف الوعد بالتعاقد، فآثار العقد المراد إبرامه لا تترتب إلا من حيث أن يظهر الموعود له رغبته في الوعد الملزم لجانب واحد ومن حلول الميعاد في الوعد الملزم للجانبين. إضافةً إلى ذلك فإن إرادة المصرف والعميل وقصدهما لم ينصرفا مباشرةً إلى إبرام عقد البيع النهائي، فالسلعة أساساً غير موجودة لدى المصرف، ففي المواعدة تواعد الطرفان على إبرام عقد المرابحة مستقبلاً إذا وفر المصرف هذه السلعة، وبالتالي فإن الوعد أساساً معلق على شرط ألا وهو تملك المصرف للسلعة المطلوبة بذاتها أو بالمواصفات المحددة. وبالتالي فإن البيع قد لا يتم أساساً إذا عجز المصرف عن تملك السلعة المطلوبة، أو إنه تملكها بعد المدة المحددة لإبرام العقد فسقط الوعد بالشراء بمرور الوقت، فإذا ما سقط كلا الوعدين فإن البيع النهائي لن يتم.

---

[284]– أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي، تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، المحلى بالآثار، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003، ص 278.

[285]– محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، ص 328.

إضافةً إلى ما تقدم فإن الوعد بالتعاقد يجب أن يتضمن مدة محددة لتنفيذ العقد ليكون ملزماً وبتخلف هذا الشرط يضحى الوعد غير ملزم، فلا يرتب أثره بإبرام العقد بشكل فوري، والملاحظ من عقود المصارف الإسلامية إن هذا الشرط متخلف، وبالتالي فإن العقد لا ينعقد قانوناً بشكل مباشر.

كذلك فإنه في إطار بيع العقارات يجب أن يأخذ الوعد بالتعاقد الشكل المقرر لبيع العقار طبقاً لقانون التسجيل العقاري. فيجب أن يكون عقد وعد رسمي، ليكون ملزماً طبقاً لصحيح القانون، إلا إن المعمول به في الواقع العملي هو مجرد وعد محرر بشكل عرفي وبالتالي تخلف أحد شروط إلزامية الوعد قانوناً بحيث لا يمكن إنعقاد العقد بشكل مباشر.[286]

وعلى الرغم مما تقدم فإذا كانت إرداة الطرفين قد اتجهت لإبرام عقد المرابحة المصرفية بشكل مباشر مع إسباغ مسمى الوعد على التعاقد بينهما فإن العقد يكون بيعاً، فالعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. فيكون بذلك الاعتراض السابق صحيحاً.

وسوف نبحث في المبحث الثاني آثار هذا العقد – المرابحة للآمر بالشراء – باعتباره عقداً ملزماً لطرفيه وذلك ببيان التزاماتهما المتقابلة.

[286]– المادة 17، القانون رقم 13 لسنة 2013 بإصدار قانون التسجيل العقاري.

المبحث الثاني
الآثار القانونية للمرابحة للآمر بالشراء

يرتب عقد المرابحة للآمر بالشراء باعتباره عقد بيع ملزم للجانبين، التزامات متقابلة على عاتق كل من المصرف والعميل الآمر بالشراء، وهي ذات الالتزامات المترتبة على عقد البيع من التزام البائع بنقل الملكية وبتسليم المبيع وبالضمان، والتزام المشتري بدفع الثمن وبتسلم المبيع، و إلى جانب هذه الالتزامات فإن عقد المرابحة يتميز بالتزام خاص مستمد من طبيعته وهو التزام البائع بإعلام المشتري بثمن الشراء الأول، وسوف نبحث هذه الالتزامات من خلال تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول لبحث التزامات البائع والثاني لبحث التزامات المشتري.

المطلب الأول
التزامات المصرف

يلتزم المصرف باعتباره بائعاً في عقد المرابحة للآمر بالشراء بالتزامات البائع في عقود البيع بشكل عام وبالتزام خاص بعقد المرابحة ألا وهو الالتزام بإعلام المشتري – العميل الآمر بالشراء – بثمن الشراء الأول، ذلك على اعتبار إن المرابحة بيع سلعة بمثل الثمن الذي اشتراها به البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه.

سنبحث التزامات المصرف بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نبحث في الأول منه التزام المصرف بالإفصاح عن ثمن الشراء الأول، وفي الفرع الثاني بقية الالتزامات الواقعة على عاتقه بصفته بائعاً وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التزام المصرف بالإفصاح عن ثمن الشراء الأول:

يشترط لصحة عقد المرابحة علم المشتري – العميل الآمر بالشراء– بثمن الشراء الأول الذي اشترى به المصرف العقار أو السلعة محل التمويل كما سبق بيانه. ويترتب على تخلف هذا الشرط بطلان عقد المرابحة. الأمر الذي يترتب عليه اعتبار إعلام المشتري بثمن الشراء الأول أحد الالتزامات الأساسية الواقعة على عاتق البائع – المصرف – في عقد المرابحة.

فما هو الثمن الواجب على المصرف بصفته بائعاً إعلام العميل الآمر بالشراء به؟ وما الذي يضاف إلى هذا الثمن من الجانبين القانوني والشرعي؟

العلم بثمن الشراء الأول شرط واجب لصحة المرابحة وهو شرط متفق عليه من قبل جميع الفقهاء ، إلا أن الفقهاء اختلفوا بشأن الثمن الواجب العلم به، وكذلك بشأن ما يضاف إلى هذا الثمن وما يحط عنه، وهو ما نبينه على النحو الأتي :

أولاً:الثمن الواجب العلم به:

اختلف الفقهاء في الثمن الواجب العلم به:هل هو الثمن المتعاقد عليه أم هو الثمن المدفوع فعلاً؟ فالحنفية والشافعية يرون إن الثمن الواجب العلم به هو الثمن المتعاقد عليه لا الثمن المدفوع فعلاً، أما المالكية والحنابلة فقد ذهبوا إلى إن الثمن الواجب العلم به هو الثمن المدفوع فعلاً.[287]

وقد اختلف الفقهاء في عدة أمور بشأن الثمن الواجب العلم به إلا إن ما يعنينا في المرابحة للآمر بالشراء في المجال العقاري هو التزام المصرف بالإخبار عن التخفيض في ثمن الشراء الذي يحصل عليه بعد لزوم العقد وكذلك التزامه بالإخبار عن شراءه للعقار أو السلعة محل التمويل بالآجل:[288]

---

[287]– محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 128 ومابعدها.

[288]– من الأمور التي اختلف فيها الفقهاء مسألة الزيادة التي تطرأ على المبيع بعد شرائه – الشراء الأول– هل يتوجب الإخبار عنها أم لا؟ حيث انقسم الفقهاء بصددها إلى قسمين: فالمالكية والحنفية يرون وجوب الإفصاح عن الزيادة أما الشافعية والحنابلة يرون عدم وجوب الإفصاح عنها طالما كانت زيادة منفصلة، وإنما يتوجب الإخبار بالثمن دون الزيادة، لأنه القدر الذي اشترى به السلعة. وكذلك اختلف الفقهاء فيمن باع سلعةً فربح فيها ثم اشتراها بأقل مما باعها، هل يخصم مقدار الربح من الثمن لأنه استوفى جزءاً منه، أم يبيعها بالسعر الأخير الذي اشتراها به؟ و قد ذهب جمهور الفقهاء إلى الإخبار بالثمن الذي انعقد به العقد الأخير، وإن البائع غير ملزم بأن يخصم مقدار الربح من الثمن، لأنه يعد بيعاً جديداً. فيما عدا الحنفية الذين ذهبوا إلى إن من ربح في سلعة ثم اشتراها، فإن باعها مرابحة يطرح الربح من الثمن الثاني الذي اشتراها به، فإذا استغرق الربح الثمن الثاني الذاي اشتراها به لم يجز أن يبيعها مرابحة. و صورة ذلك عند أبي حنيفة رحمه الله: أنه إذا اشترى ثوباً بعشرة وباعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة، فإنه يبيعه مرابحةُ بخمسة ويقول: قام عليّ بخمسة، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين ثم اشتراه بعشرة فلا يجوز له أن يبيعه مرابحةً مجدداً.للمزيد حول هذا الأمر انظر: علي أحمد السالوس، المرجع السابق، ص 57. وكذلك: موفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 268.وكذلك: محمود حسنى الزيني، المرجع السابق، الصفحات من 186– 190.

1- التزام المصرف بالإخبار عن التخفيض في ثمن الشراء الذي يحصل عليه بعد انعقاد العقد – عقد الشراء الأول-:[289]

انقسم الفقهاء إلى قسمين بشأن هذه المسألة: فالحنفية والمالكية يرون وجوب الإخبار عن التخفيض، أما الشافعية والحنابلة فيرون أن البائع غير ملزم بالإخبار عن التخفيض الحاصل بعد لزوم العقد، وإنه بإمكان البائع الإخبار بالثمن الأول قبل التخفيض، معللين ذلك بأن ما حطه البائع الأول بعد لزوم العقد هو هبة من أحدهما للآخر، ولا يكون عوضاً فلا يجب الإخبار به.[290]

ولقد تبنى المعيار الشرعي للمرابحة الرأي القائل بوجوب الإخبار عن التخفيض في المادة 5/4 منه والتي تنص على:" إذا حصلت المؤسسة على حسم من البائع على السلعة المبيعة نفسها و لو بعد العقد فإن العميل يستفيد من ذلك الحسم بتخفيض الثمن الإجمالي بنسبة الحسم".[291] وعلى ذات الأمر نصت التوجيهات الصادرة عن مصرف البحرين المركزي،[292] وهو ذاته ما نص عليه القانون المدني حيث منح للمشتري الحق في التمسك بالثمن الحقيقي إذا ثبت أن الثمن الذي اشترى به البائع أقل مما ذكره.[293]

وطبقاً لذلك فإنه يتوجب على المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين الإفصاح عن التخفيض الذي تحصل عليه بعد انعقاد العقد وأن تخفض الثمن الإجمالي لعقد المرابحة للآمر بالشراء بنسبة الحسم الحاصلة عليه.وذات الأمر ينطبق على التخفيض الذي تحصل عليه المصارف قبل شراءها للعقار أو السلعة محل التمويل فثمن الشراء الأول هو ما ينعقد به العقد وما يدفعه المصرف في مقابل ذلك.

---

[289]- عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألة 61 (23-6)، ص 208.

[290]- أنظر في هذا المعنى: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ص 220. وكذلك:علي أحمد السالوس، المرجع السابق، ص 62. وكذلك: موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي، تحقيق: محمد فارس ،مسعد عبدالحميد السعدني، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبيل، الجزء الثاني، دار الكتب العالمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994، ص 55. وكذلك: الصفحة 267 منه والتي تنص على: " وإذا أراد الإخبار بثمن السلعة، فإن كانت/ بحالها، لم تتغير، أخبر بثمنها، وإن حط البائع بعض الثمن عن المشتري، أو استزاده بعد لزوم العقد، لم يّجزئه، ويّخبر بالثمن الأول، لا غير. ولأن ذلك هبة من أحدهما للآخر، لا يكون عوضاً. وبهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يلحق بالعقد، ويُخبر به في المرابحة. وإن كان ذلك في مدة الخيار، لحق بالعقد، وأخبر به في الثمن."

[291]- المعيار الشرعي رقم 8، ص 213.

[292] -CBB Rulebook stated "An example of achieving fairness through transparent business dealing from the Shari'a perspective is in the requirement that for a Murabaha contract to be valid, the seller has to disclose the original cost (including any discounts received) and the profit margin/mark-up."
See: CBB Rulebook , Volume 2—Islamic Banks,Part A,Business Standards,BC Business and Market Conduct,BC-B General Principles,BC-B.5 Principle 5: Information to Clients,BC-B.5.5.

[293]- تنص المادة 388/ب من القانون المدني البحريني على: "ب- فإذا ثبت أن الثمن الذي أشترى به البائع أقل مما ذكر، كان للمشتري أن يتمسك بالثمن الحقيقي".

2- التزام المصرف بالإخبار عن شراءه للعقار أو السلعة محل التمويل بالأجل أو بالتقسيط:[294]

يشترط الفقهاء لصحة عقد المرابحة بيان البائع للمشتري منه ثمن الشراء الأول وطريقة سداده لهذا الثمن. فإذا كان شراءه للمبيع بالتقسيط أو بألاجل فإنه يتوجب عليه إعلام المشتري بذلك، فعادةً ما يكون الثمن في حالة الشراء بالتقسيط أو بالأجل أعلى من الثمن المعتاد في الشراء الحال، حيث تضاف تكلفة الأجل إلى الثمن،[295] ولقد نص المعيار الشرعي للمرابحة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المصرفية على ذات الأمر،[296] وبين مستند الأحكام الشرعية أن " مستند وجوب إفصاح المؤسسة عن كون الثمن الذي اشترت به السلعة مؤجلاً هو أن المرابحة بيع أمانة فيجب فيه الإخبار بالثمن من حيث كميته وصفته، لأن الثمن المؤجل أكثر".[297]

كما إن القانون المدني أوجب على البائع الإفصاح عن الملابسات التي أحاطت بشرائه – الشراء الأول- إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضاء المشتري الثاني، وهو ما يمكن أن تدرج معه طريقة سداد الثمن في الشراء ضمن الملابسات الواجب الإفصاح عنها لتأثيرها في ثمن الشراء الأول وبالتالي تأثيرها على ثمن البيع في المرابحة.[298]

نخلص من ذلك إلى أن المصارف العاملة في مملكة البحرين ملزمة قانوناً بإخبار العميل الآمر بالشراء عن شرائه للعقار أو السلعة المراد تمويل شرائها بالتقسيط.

---

[294]- محمود حسني الزيني، المرجع السابق،ص 195 ومابعدها.

[295]- عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألة 60 (23-5)، ص 207.

[296]- المادة 3/4، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 213. وقد بين ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية في الصفحة 230 منه بأن: "مستند استفادة المشتري من الحسم الذي تحصل عليه المؤسسة هو أن المرابحة زيادة على الثمن الأصلي فإذا خفض الثمن الأصلي السابق كان ما بعد التخفيض هو الثمن الذي تقع به المرابحة".

[297]- ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 230.

[298]- تنص المادة 388/ ج من القانون المدني البحريني على: " ج- ويعتبر تدليساً كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه، إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضاء المشتري".

ثانياً:ما يضاف إلى الثمن:

اختلف الفقهاء فيما يضاف للثمن ويحسب عليه الربح لعدة آراء نبينها على النحو التالي:[299]

يرى فقهاء الحنفية جواز إضافة أجرة القصّار والطراز، والصبغ، وأجرة النقل، وكذلك أجرة السمسار، لأن العرف جارٍ بإلحاق هذه الأشياء برأس المال في عادة التجار، ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به، فهو يرون إضافة كل ما جرى عليه عرف التجار على إضافته إلى الثمن.

في حين قسم المالكية النفقات والربح الذي يمكن أن يضاف عليها، إلى ثلاثة أقسام: فما كان له تأثير في عين السلعة، كالخياطة والصبغ يضاف إلى الثمن ويكون له حظ من الربح، وما لا تأثير له في عين السلعة كنفقات النقل تضاف إلى الثمن ولا يكون لها حظ من الربح. أما النفقات التي لا تأثير لها في السلعة وبإمكان البائع أن يتولاها بنفسه فلا تضاف إلى الثمن ولا يكون لها حظ من الربح.

وقد ذهب الشافعية إلى أن سائر النفقات التي تلزم للاسترباح تضاف إلى الثمن، أما النفقات التي تكون مقابل الاستخدام فلا تضاف إلى الثمن.أما الحنابلة فقد قالوا بأن البائع إذا عمل في السلعة عملاً، كأن يخيط الثوب أو ينقل البضاعة، فعليه أن يبين ما اشتراها به وما لزمه من نفقتها سواء عمل ذلك بنفسه أو استأجرمن عمله.[300]

وعليه نفهم من آراء الفقهاء أعلاه إن الخلاف بينهم في ما يلحق بالثمن خلاف ظاهري ليس أكثر، فيلحق بالثمن النفقات اللازمة لحفظ السلعة و للاسترباح فيها وما استقر عليه عرف التجار من احتسابها أما نفقات الاستعمال الشخصية فلا تلحق بالثمن، ويدخل في احتساب الربح النفقات المؤثرة في السلعة والتي تنميها،[301]

---

[299]– انظر في هذا المعنى: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ص 223. وكذلك:علي أحمد السالوس، المرجع السابق،ص 70. وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 162 ومابعدها. وكذلك: محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 161 ومابعدها. وكذلك: موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، 268. وكذلك: موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 55.

[300]– انظر في هذا المعنى: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، المرجع السابق، ص 223. وكذلك:علي أحمد السالوس، المرجع السابق، ص 70.وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 162 ومابعدها. وكذلك: محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 161 ومابعدها. وكذلك:موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، 268. وكذلك: موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ص 55.

[301]– علي أحمد السالوس، المرجع السابق، ص 70.

ولقد نص المعيار الشرعي للمرابحة على:" ويجب أن تصرح المؤسسة عند التعاقد على البيع بتفاصيل المصروفات التي ستدخلها في التكلفة، ولها أن تدخل أي مصروفات متصلة بالسلعة إذا قبل بها العميل.أما إذا لم تفصل تلك المصروفات فليس للمؤسسة أن تدخل إلا ما جرى العرف على اعتباره من التكلفة؛ مثل مصروفات النقل، والتخزين، ورسوم الاعتماد المستندي، وأقساط التأمين".[302]

و استناداً إلى ذلك فإن المصروفات التي تضاف إلى الثمن في عقود المرابحة للآمر بالشراء تخضع في الأساس لاتفاق الأطراف إذا كانت هذه المصروفات مفصلة و واضحة لكلا الطرفين، و تخضع للعرف في حالة عدم إفصاح المصرف عنها بشكل دقيق. وقد بينت المادة 4/4 من ذات المعيار الأساس الذي تتم به إضافات المصروفات إلى تكلفة الثمن، حيث نصت على: "4/4 لا يحق للمؤسسة أن تضيف إلى تكلفة السلعة إلا المصروفات المالية المباشرة المدفوعة للغير، فليس لها أن مثلاً أن تضيف إلى الثمن مقابلاً لأعمال موظفي المؤسسة أو نحو ذلك".

وقد حظرت المادة 4/2 من المعيار الشرعي للمرابحة المعنونة بـ " العمولات والمصروفات" بعض أنواع العمولات في عقد المرابحة للآمر بالشراء، حيث نصت على:

"1/4/2 لا يجوز حصول المؤسسة من العميل على عمولة ارتباط.

2/4/2 لا يجوز حصول المؤسسة على عمولة تسهيلات.

3/4/2 مصروفات إعداد العقود المبرمة بين المؤسسة والعميل تقسم بينهما ما لم يتفق الطرفان على تحمل أحدهما لها، على أن تكون تلك المصروفات عادلة، أي على قدر العمل؛ حتى لا تشتمل ضمناً على عمولة ارتباط أو عمولة تسهيلات.

4/4/2 إذا كانت المرابحة قد تمت بطريقة التمويل الجماعي فللمؤسسة المنظمة للعملية أن تتقاضى أجرة عن التنظيم المشاركون في يتحملها التمويل.

5/4/2 يجوز للمؤسسة أخذ عمولة دراسة الجدوى التي تجريها إذا كانت الدراسة بطلب العميل ولمصلحته واتفق على المقابل عنها منذ البداية مع تمكينه من الحصول على الدراسة إذا أراد".

[302]– المادة 3/4، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 213.

وعليه فإنّ:

- عمولة الارتباط وهي: " النسبة أو المبلغ الذي تأخذه المؤسسة من العميل للدخول في العملية ولو لم يتعاقد العميل".[303]
- عمولة التسهيلات هي: مقابل استعداد المصرف لمداينة العميل بالأجل.[304]

ومناط حظر هاتين العمولتين هو إن عمولة الارتباط "مقابل حق التعاقد وهو إرادة ومشيئة وليس محلًّا للمعاوضة"،[305] أما عمولة التسهيلات فإنه إذا كان لا يجوز للمصرف الحصول على مقابل للإقراض والمداينة بالآجل فإنه من باب أولى منع عمولة التسهيلات التي تكون مقابل الاستعداد للمداينة.[306]

وبالرجوع إلى القانون المدني نراه قد حمل المشتري كافة المصروفات ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، حيث نصت المادة 435 منه على :" يتحمل المشتري نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل و نفقات الوفاء بالثمن ونفقات تسلم المبيع وغير ذلك من مصروفات، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

وهو ما يمكن الاحتكام معه إلى اتفاق الطرفين باعتباره القانون الواجب التطبيق على اتفاقهما أو إلى أحكام العرف.

وعليه نخلص إلى إن المصرف مُلزم قانوناً بإعلام العميل الآمر بالشراء بثمن الشراء الأول وبجميع المصروفات والعمولات التي يضيفها للثمن. فالعلم بثمن الشراء الأول شرط لصحة عقد المرابحة، بتخلفه يبطل العقد وفقاً للأحكام الشرعية، كما إن المصرف ملزم بإعلام العميل بكافة الملابسات التي تحيط بالشراء الأول وتؤثر في الثمن كشراء المصرف للعقار محل التمويل بالتقسيط، وملزم كذلك بتحديد الربح بشكل مستقل وواضح في العقد، فالربح جزء من الثمن والعلم به شرط من شروط صحة عقد المرابحة، ولكن ما الذي يترتب على مخالفة هذا الالتزام والإخلال به؟ هذا ما سنبحثه على النحو التالي:

---

[303]– ملحق (هـ) التعريفات، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 234.

[304]– أنظر في تعريف عمولة التسهيلات: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 227. وكذلك التعريف الوارد بالملحق (هـ) التعريفات والذي عرف التسهيلات بأنها " الحد الأعلى لمبلغ تعتمده المؤسسة للعميل، فيحق له الاستفادة منه في عدد من التعاملات، وقد يتقيد بنوع معين من المعاملات أو من السلع أو بفترة محددة". المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 235.

[305]– ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 227.

[306] – المرجع نفسه، ص 227.

ثالثاً: جزاء الإخلال بشرط الإعلام بالثمن:

المرابحة هو أحد بيوع الأمانة، التي يحتكم فيها المشتري إلى أمانة البائع. وبما إن المرابحة للآمر بالشراء هي الصيغة الأكثر استخداماً من قبل المصارف الإسلامية (وذلك لما تتميز به من إمكانية ملاءمتها لكافة الحاجات التمويلية)، فإنه يتوجب على المصارف مراعاة الالتزام بالأحكام الشرعية بشأنها خصوصاً وإن السبب الرئيسي لاختيار عملائها – المصارف– التعامل معها هو تطبيقها لأحكام الشريعة الإسلامية. فإخلالها بهذه الالتزامات يزعزع الثقة بها وبمبادئ الصيارفة الإسلامية التي بات تطبيق المصارف لها مشوباً بالكثير من المخالفات التي غيرت نظرة المجتمع لها.

فإذا تبين للعميل الآمر بالشراء مخالفة المصرف لالتزامه بالإعلام بالثمن أو بالملابسات التي تحيط بعقد الشراء الأول، كالشراء بالتقسيط أو إضافة مصروفات وعمولات لم يتم الاتفاق عليها، فإنه يحق للعميل الآمر بالشراء التمسك بثمن الشراء الحقيقي إذا كان أقل من الثمن المتعاقد عليه،[307] كما له الحق في التمسك ببطلان العقد وبطلب فسخه وفقاً للقواعد العامة،[308] وللفقهاء في حكم هذه الخيانة– الإخلال بالإعلام بالثمن والملابسات التي تحيطه – ثلاثة أقوال نبينها على النحو التالي:[309]

- القول الأول: ثبوت الخيار للمشتري إن شاء رد المبيع وإن شاء أخذه بجميع الثمن. وهو قول أبي حنيفة، وقول عند الشافعية والحنابلة وهو أيضاً مذهب الشيعة الزيدية، والإمامية، والإباضية. ووجهة هذا القول إن المشتري لا يأمن الخيانة في هذا الثمن كذلك، كما إن الخيار يوجب لفوات سلامة الرضا.[310]

- القول الثاني: إن الكذب في قدر الثمن في المرابحة لا يوجب خياراً للمشتري وإنما يوجب على البائع حط الزيادة وما يقابلها من الربح، وهو قول أبي يوسف من الحنفية، والقول الراجح عند الشافعية،

---

[307]– المادة 388/ب، القانون المدني البحريني.

[308]– تنص المادة 89 من القانون المدني البحريني على: " يجوز طلب إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل من الجسامة بحيث لولاها ما أبرم العقد". كما تنص المادة 90 منه على: " يعتبر تدليساً الكذب في الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة". حول شرح هذه المادة انظر: جميل محمد بني يونس، شحاتة غريب شلقامي، العقود المسماة في القانون المدني البحريني البيع – الإيجار، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، 2016، ص 122.

[309]– انظر في هذا المعنى: عبدالزراق أحمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني توافق الإرادتين في مجلس العقد – صحة التراضي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، (دون تاريخ)، ص105 ومابعدها. وكذلك: محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 29 ومابعدها.

[310]– انظر في ذلك: عبدالزراق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 105 ومابعدها. وكذلك: محمد حسن ، المرجع السابق، ص 29 ومابعدها.

ووجهة هذا القول بأن المشتري قد رضي بالزيادة، فإذا حصل له بأقل من ذلك فقد زاده خيراً فلم يكن له خيار في فسخ العقد أو الإبقاء عليه، وأيضاً فالثمن الأول أصل في بيع المرابحة، فإذا ظهرت الخيانة تبين أن تسمية قدر الخيانة لم تصح فألغيت، وبقى العقد لازماً بالثمن الباقي.[311]

- القول الثالث: إذا حط البائع عن المشتري ما كذب به عليه وربحه لم يكن المشتري بالخيار، فإن لم يفعل البائع ذلك كان المشتري بالخيار بين أخذ المبيع بجميع الثمن أو رده واسترداد ما بذله.[312]

وفي اعتقادي إن القول الأول– وهو الذي تبناه القانون البحريني– هو الأرجح، فترك الخيار للمشتري هو الأولى، فالمرابحة تنهار بمجرد ثبوت الخيانة نظراً لكون مبناها الأمانة والصدق، فلا يجب إطلاقاً جعل الخيار بيد البائع كما ذهب أهل القول الثاني، فالبائع أساساً قد ظهرت خيانته وعدم نزاهته، فجعل الخيار بيده هو أقرب للمكافأة من الجزاء، وهو ما لا ترتضيه العدالة.

الفرع الثاني: التزامات المصرف الأخرى:

يلتزم المصرف باعتباره بائعاً في عقد المرابحة للآمر بالشراء إلى جانب التزامه بإعلام العميل الآمربالشراء بثمن الشراء الأول وما يحيط به من ملابسات بجميع التزامات البائع الأخرى، وهو ما نبينه على النحو التالي:

أولاً: الالتزام بنقل الملكية:[313]

يلتزم المصرف في المرابحة للآمر بالشراء بأن ينقل ملكية المبيع إلى العميل الآمر بالشراء. و كقاعدة عامة يتم تنفيذ الالتزام بنقل الملكية في عقود البيع فوراً بمجرد نشوئه إذا كان المبيع شيئاً معيناً بالذات مملوكاً

---

[311]– انظر في ذلك: عبدالزراق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 105 ومابعدها. وكذلك: محمد حسن ، المرجع السابق، ص 29 ومابعدها.

[312]– انظر في ذلك: عبدالزراق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 105 ومابعدها. وكذلك: محمد حسن ، المرجع السابق، ص 29 ومابعدها.

[313]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، العقود المسماة في القانون المدني البحريني، جامعة البحرين، 2006، ص134 ومابعدها. وكذلك: عبدالحميد الشواربي، عزالدين الدناصوري،عقد البيع،شركة ناس للطباعة،القاهرة،الطبعة الخامسة، 2014،ص61 ومابعدها. وكذلك: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول العقود التي تقع على الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون تاريخ)، ص 405 ومابعدها.

للبائع،[314] فإذا لم يكن من مقتضى عقد البيع نقل الملكية بشكل مباشر فور إبرامه فإنه يتوجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري ولازم لانتقالها.[315]

وبما إن مجال بحثنا هو التمويل العقاري في إطار البناء والاستثمار، فإننا نفرق بين ما إذا كان المبيع هو مواد البناء أو أداوتها أو الأثاث اللازم لتهيئة البناء – أي منقولات– فإن ملكيتها تنتقل بشكل مباشر إلى العميل الآمر بالشراء بحكم القانون، أما إذا كان محل التمويل هو العقار فإن ملكيته لا تنتقل للعميل الآمر بالشراء إلا بتسجيل عقد البيع وفقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري.[316]

وبما أن المرابحة للآمر بالشراء عادةً ما يتم الاتفاق فيها على تقسيط الثمن خلال فترة معينة، أي أن الثمن فيها يكون مؤجلاً، فإنه لا يجوز وفقاً للأحكام الشرعية للمصرف الاحتفاظ بملكية العقار والامتناع عن تسجيله باسم العميل حتى استيفاءه كامل الثمن، وإنما يكون له الحق في تسجيل العقار باسم العميل ورهنه لصالحه ضماناً لاستيفاء حقه،[317] كما له الحق في أخذ ما يراه من ضمانات كفيلة بضمان استيفاءه حقه ككفالة طرف ثالث، أو رهن أي منقول أو عقار أو شيكات أو سندات لآمر،[318] كما له الحق باشتراط حلول جميع الأقساط قبل مواعيدها عند امتناع العميل أو تأخره في سداد أي قسط من الأقساط.[319]

وعليه نخلص إلى إن المادة 4/5 من المعيار الشرعي رقم 8 للمرابحة والتي تنص على: " لا يجوز اشتراط عدم انتقال ملكية السلعة إلى العميل إلا بعد سداد الثمن، ولكن يجوز إرجاء تسجيل السلعة باسم العميل المشتري لغرض ضمان سداد الثمن؛ مع الحصول على تفويض من العميل للمؤسسة ببيع السلعة إذا تأخر عن سداد الثمن، وعلى المؤسسة إعطاء المشتري (سند ضد) لإثبات حقه في الملكية. وإذا باعت

---

[314]– تنص المادة 389 من القانون المدني البحريني على: " يترتب على عقد البيع نقل ملكية المبيع، إذا كان معينا بالذات ومملوكاً للبائع، فإن لم يعين المبيع إلا بنوعه، لا تنتقل الملكية إلا بالإفراز. كل ذلك ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغيره، ودون إخلال بقواعد التسجيل".

[315]– تنص المادة 393 من القانون المدني البحريني على: " إذا لم يكن من مقتضى البيع أن ينقل الملكية فور إبرامه، وجب على البائع أن يقوم بكل ما هو ضروري من جانبه لانتقالها، وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا الانتقال مستحيلا أو عسيراً".

[316]– المادة 17، قانون التسجيل العقاري البحريني.

[317]– ينص قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 51 (6/2) بشأن البيع على التقسيط:"سادساً:لا يحق للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة". وللمزيد حول هذا الأمر انظر: الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 12.وكذلك: عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة ، المرجع السابق، المسألة 55 (13–11)، ص 207. وكذلك: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف البحرين الإسلامي من عام 1979 – 2014،المرجع السابق، الفتوى رقم 2–20 توثيق البيع في التسجيل العقاري، ص 106.

[318]– المادة 5 ببنديها 2 و 3، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 215.

[319]– المادة 1/5، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 215.

المؤسسة السلعة لعدم سداد الثمن في حينه فيجب عليها الاقتصار على مستحقاتها وإعادة الباقي إلى العميل"، تخالف النظام العام بمخالفتها قانون التسجيل العقاري الذي يشترط تسجيل عقد البيع لانتقال ملكية العقار وهو ما يستوجب على المصارف الإسلامية العاملة في المملكة الامتثال لأحكام القانون، خصوصاً وإن هذه المادة تتضمن كذلك مخالفة الأحكام الشرعية في مسألة الاحتفاظ بالملكية. فعلى الرغم من إن القانون يجيز اشتراط تعليق نقل الملكية لحين استيفاء كامل الثمن،[320] إلا إن المصارف الإسلامية ملزمة باتباع أحكام الشريعة الإسلامية والتي توجب نقل الملكية وعدم الاحتفاظ بها لحين سداد كامل الثمن، وفي المقابل بإمكان المصرف اشتراط الضمانات التي يراها كفيلة باستيفائه حقه في حال تعثر العميل عن السداد.

كما إن القانون المدني أجاز للبائع طلب فسخ العقد في حالة عدم تنفيذ المشتري التزامه بسداد الثمن وذلك بموجب المادة 429 والتي تنص على:" إذا لم يؤد المشتري الثمن عند استحقاقه، أو أخل بالالتزامات الأخرى التي يرتبها عقد البيع، يكون البائع بالخيار بين طلب إلزام المشتري بالتنفيذ أو طلب فسخ عقد البيع".

وحق المصرف في فسخ العقد واستعادة المبيع أمر ثابت بموجب أحكام الفقه الإسلامي كذلك، وبالتالي لا يحق للمصرف الاحتفاظ بملكية العقار المبيع، اذ يتوجب عليه استناداً إلى ما تقدم تسجيل ملكية العقار باسم العميل الآمر بالشراء والحصول على رهن لضمان استيفاء حقه كما يحق له تضمين العقد شرطاً فاسخاً يحتكم بموجبه إلى القضاء في حالة إخلال العميل بالتزامه بسداد الثمن.

علاوةً على ما تقدم فإن إخلال المصرف بالالتزام بنقل الملكية وبتسجيل العقار باسم العميل الآمر بالشراء قد يؤدي إلى استحالة تنفيذ عقد المرابحة للآمر بالشراء، وبالتالي تضرر العميل الآمر بالشراء، خصوصاً إذا تم تسجيل عقد بيع لاحق بشكل رسمي على ذات العقار من قبل الغير وهو ذاته ما حدث في دعوى طرحت على القضاء البحريني حيث اشترت إحدى العميلات من مصرف إسلامي عقاراً بموجب عقد بيع للمرابحة للآمر بالشراء، وكان هذا العقار أساساً مملوكاً في السابق لوالدها الذي باع العقار للمصرف ومن ثم باعها المصرف ذات العقار، إلا إنه ونظراً لعدم تسجيل المصرف العقار باسمها فقد فوجئت إبان تسجيلها لعقد المرابحة للآمر بالشراء بعد سدادها كامل الثمن، لتصرف والدها البائع الأول في العقار خلافاً لما أوجبه عقد المرابحة للآمر بالشراء، وهو ما قضت معه المحكمة باستحالة تنفيذ عقد المرابحة للآمر

[320]– تنص المادة 1/391 من القانون المدني البحريني على: " إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع.". كما تنص المادة 1/116 من قانون التجارة البحريني على: " 1– إذا احتفظ البائع بملكية المنقول المبيع حتى أداء أقساط الثمن بالكامل اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه".

بالشراء وألزمت المصرف بإعادة الثمن لها.[321] وقد أيدت محكمة الاستئناف هذا الحكم حيث نصت حيثياتها على:[322]

" أولاً :أنه من المقرر وفقاً لما جرت به أسباب الحكم المستأنف أنه لا يجوز للبائع أن يتخلص من التزامه بنقل الملكية لمجرد تراخي المشتري في اتخاذ إجراءات نقل الملكية إليه وإلا ترتب على ذلك تخلصه من التزام مترتب على العقد بغير سند من القانون.

ثانياً : من المقرر أن البائع ملزم بضمان التعرض للمشتري الصادر من الغير حتى وإن كان الثابت من الأوراق أن حق المشتري الآخر لعقار النزاع لاحق على البيع الصادر من المستأنف للمستأنف ضدها ذلك لأن الثابت بالأوراق أن المشتري الآخر قد اشترى العقار من والد المستأنف ضدها بتوكيل عن مالكته ويتحقق الضمان في هذه الحالة بالرغم من أن حق الغير ثبت بعد البيع وذلك لأن المستحق في هذه الحالة ليس هو الغير بالذات بل هو المالك الحقيقي الذي باع للغير وهذا حقه ثابت قبل البيع.

وترتيباً على ما تقدم فإن قضاء الحكم المستأنف بإلزام المستأنف بأن يرد للمستأنف ضدها ما قبضه من الثمن لاستحالة تنفيذ ما التزم به البنك المستأنف بعقد البيع المبرم بين الطرفين يكون مطابقاً صحيح القانون".

وهو ما تتأكد معه أهمية التزام المصارف الإسلامية بتسجيل عقود المرابحة للآمر بالشراء إذا كان المبيع عقاراً وذلك ضماناً لحقوق الطرفين.

ثانياً: الالتزام بتسليم المبيع:

يلتزم المصرف بتسليم العميل الآمر بالشراء المبيع المتفق عليه في عقد المرابحة وفقاً للمواصفات المتفق عليها وفي الميعاد المتفق عليه.[323] فالالتزام بالتسليم يعد من مقتضيات عقد البيع، وهو أهم التزامات البائع التي تترتب بمجرد إبرام العقد، ولو لم ينص عليه فيه، ويذهب بعض الفقه إلى إن التزام البائع بالتسليم هو فرع عن التزامه بنقل ملكية المبيع.[324]

---

[321]– الحكم الصادر في الدعوى رقم 02/2001/5904/9 من المحكمة الكبرى المدنية الثالثة بتاريخ 2002/11/30، حكم غير منشور.

[322]– الحكم الصادر في الاستئناف رقم 05/2003/35/3 من محكمة الاستئناف العليا المدنية الثانية بتاريخ 2003/3/1، حكم غير منشور.

[323]– تنص المادة 394 من القانون المدني البحريني على: " يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع وبأن يسلمه الوثائق والمستندات المتعلقة به".

[324]– أنظر في هذا المعنى: أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني، 1993، ص163. وكذلك:عبدالحميد الشواربي،عز الدين الدناصوري، المرجع السابق، ص 68. وكذلك: عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق ،الجزء الرابع، المجلد الأول: العقود التي تقع على الملكية، ص 566.

ويلتزم المصرف بالتسليم سواء كان المبيع منقولاً أو عقاراً، وسواء سجل عقد البيع أم لم يسجل، فعقد البيع إذا ورد على عقار ولم يسجل، فإنه و إن كان لا يترتب عليه نقل الملكية إلى العميل الآمر بالشراء فأنه يرتب في ذمة المصرف التزاماً بتسليم المبيع،[325] ويكون التسليم بوضع المبيع تحت تصرف العميل الآمر بالشراء بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به بدون عائق ولو لم يستول عليه استيلاءً مادياً مادام المصرف قد أعلمه بذلك.[326]

ثالثاً: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق:[327]

يلتزم المصرف بأن يضمن للعميل الآمر بالشراء حيازة هادئة للمبيع، فهو لا يضمن استحقاق المبيع فقط بل يلتزم بعدم التعرض للعميل في المبيع كله أو بعضه وذلك بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول بين المشتري وبين الانتفاع بالمبيع على الوجه المطلوب،[328] وبأن يدفع أي تعرض قانوني صادر من الغير وذلك بمقتضى المادة 408 من القانون المدني: "يضمن البائع التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه من أي شخص يدعي حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري، كما يكون ملزما بالضمان ولو ادعى المتعرض حقا نشأ بعد البيع إذا كان هذا الحق قد آل إليه من البائع أو كان نتيجة لفعله".

والالتزام بضامن الاستحقاق والتعرض يكون في عقود البيع المسجلة وكذلك العقود غير المسجلة فالمصرف يضمن الاستحقاق والتعرض حتى ولو كان عقد المرابحة للآمر بالشراء غير مسجل، وحتى لو كان التعرض والاستحقاق ناشىء بعد عقد البيع إذا كان سبب ذلك يعود للمصرف كما لو أخل بالتزامه بتسليم وثيقة العقار وبتسجيل ملكية العقار باسم العميل الآمر بالشراء.[329]

---

[325]– أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 173.

[326]– المادة 399، القانون المدني البحريني.

[327]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 188 ومابعدها. وكذلك: أنور طلبة، المرجع السابق، ص 193 ومابعدها. وكذلك: عبدالحميد الشواربي، عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص 78 ومابعدها. وكذلك:عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، الجزء الرابع، المجلد الأول: العقود التي تقع على الملكية، ص 618 ومابعدها.

[328]– تنص المادة 407 من القانون المدني البحريني على: " يلتزم البائع بعدم التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه ولو اتفق على غير ذلك".

[329]– الحكم الصادر في الاستئناف رقم 05/2003/35/3، سبق الإشارة إليه.

رابعاً: الالتزام بضمان العيوب الخفية:[330]

يضمن المصرف العيوب الخفية التي تظهر في المبيع وفقاً للأحكام العامة للقانون.[331] وبما أن ضمان العيب الخفي حق للمشتري متعلق بالمبيع فإنه يجوز الاتفاق بشكل خاص على إنقاصه أو إسقاطه،[332] فيجوز للمصرف وفقاً للمادة 10/4 من المعيار الشرعي للمرابحة اشتراط البراءة من العيوب، والتي تنص على:

" يجوز للمؤسسة أن تشترط في عقد المرابحة أنها بريئة من جميع عيوب السلعة أو من بعضها، دون التلف أو نقص كمية المبيع قبل القبض ويسمى هذا البيع " بيع البراءة". وفي حالة وجود هذا الشرط فإنه يفضل للمؤسسة أن تفوض العميل بالرجوع على البائع الأول بشأن التعويض عن العيوب الثابت للمؤسسة التعويض عنها تجاه البائع".

---

[330]– انظر في هذا المعنى: سعد خليفة العبار، ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، منشورات جامعة قاريونس،بنغازي، الطبعة الأولى، 1999.وكذلك: محمود محمد حسن، المرجع السابق، ص 56. وكذلك: محمود حسني الزيني، المرجع السابق، ص 177 ومابعدها.

[331]– تنص المادة 415 من القانون المدني البحريني على: " يكون البائع ملزماً بالضمان وفقاً لأحكام المادة (411) إ ذا كان بالمبيع وقت التسليم عيب ينقص من قيمته أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة منه مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالماً بوجوده".

[332]– انظر في هذا المعنى: المادة 422 من القانون المدني البحريني والتي تنص على:" يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا في ضمان العيب أو أن ينقصا منه أو يسقطا هذا الضمان، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلاً إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشاً منه". وكذلك ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، ص 231.

المطلب الثاني
التزامات العميل الآمر بالشراء

يلتزم العميل الآمر بالشراء في عقد المرابحة بالتزامات المشتري في عقد البيع، حيث تنشأ مديونية العميل بتمام العقد، فيكون مطالباً وملزماً بسداد الثمن في الوقت المتفق عليه نتيجة تملكه للمبيع، وملزماً كذلك بتسلم المبيع.[333] وترتب عقود المرابحة للآمر بالشراء عادةً التزاماً ثالثاً على عاتق العميل ألا وهو الالتزام بالتصدق في وجوه الخير والبر وذلك كجزاء في حال إخلاله بالالتزام بسداد الثمن أو تأخره في السداد.

وعليه سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الأول التزامات العميل الأساسية وفي الثاني نبحث الالتزام بالتصدق، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التزامات العميل الأساسية:

أولاً:الالتزام بسداد الثمن:

يلتزم العميل الآمر بالشراء بدفع ثمن المبيع المتفق عليه في العقد، ولا تبرأ ذمته من هذا الالتزام إلا إذا أوفى فعلاً بالثمن للمصرف وعادةً ما يتم الاتفاق على سداد الثمن في عقد المرابحة للآمر بالشراء على أقساط محددة وفق جدول زمني معين،[334] وهو ما يتوجب معه على العميل الالتزام بسداد الثمن وفقاً للتواريخ المتفق عليها. ولا يجوز تأجيل موعد أداء الدين مقابل زيادة في مقداره (جدولة الدين)،[335] وبمفهوم المخالفة فإنه يجوز إعادة جدولة الدين الناشئ عن المرابحة للآمر بالشراء بدون زيادة، والسبب في ذلك إن هذه الزيادة تعتبر من قبيل الربا المحرم شرعاً.[336]

ويخضع تحديد مبلغ القسط لاتفاق الطرفين حيث يؤخذ في عين الاعتبار الوضع المالي للعميل، بشرط أن لا يتجاوز القسط الشهري ربع راتب العميل إذا كان عاملاً وذلك وفقاً للمادة 45 من قانون العمل في

---

[333]– عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، المسألة 55 (13-11)، ص 207.

[334]– المادة 8/4، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 214.

[335]– تنص المادة 7/5 من المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة على:" لا يجوز تأجيل موعد أداء الدين مقابل زيادة في مقداره (جدولة الدين) سواء أكان المدين موسراً أم معسراً".

[336]– ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 213.

القطاع الأهلي التي جاءت بصيغة آمرة ، حيث نصت على: "لا يجوز الحجز على الأجر المستحق للعامل أو النزول عن أي جزء منه أو أن يستقطع منه وفاءً لدين إلا في حدود 25% من هذا الأجر، ويجوز رفع هذه النسبة إلى 50% في حالة دين النفقة.

وعند تزاحم الديون يقدم دين النفقة، ثم ما يكون مطلوباً لصاحب العمل بسبب ما أتلفه العامل من أدوات أو مهمات أو ما صرف إليه بغير وجه حق أو ما وقع عليه من جزاءات مالية.

ويشترط لصحة النزول عن أي جزء من الأجر، في حدود النسبة المنصوص عليها في الفقرة الأولى، أن يكون بموجب موافقة كتابية من العامل."[337]

وعلى الرغم من تعلق هذا النص بالنظام العام فإن التوجيهات الصادرة عن مصرف البحرين المركزي للمصارف الإسلامية الخاضعة لرقابته قد أجازت لهم تجاوز هذه النسبة لتصل قيمة القسط 50 % من راتب العامل[338] ولتتجاوز هذه النسبة في بعض الحالات كذلك،[339] وبما إن هذه التوجيهات تُعد بمثابة قرارات إدارية قانوناً فإنه من المفترض أن لا تخالف النصوص القانونية الآمرة المتعلقة بالنظام العام.

ثانياً:الالتزام بتسلم المبيع:

يلتزم العميل الآمر بالشراء باستلام المبيع من المصرف، وهو التزام متقابل لالتزام المصرف بتسليمه المبيع. ويجب أن يتسلم العميل المبيع في الزمان والمكان المتفق عليهما، وإذا لم يلتزم العميل بهذا الالتزام فإنه يحق للمصرف أن يطالبه بالتنفيذ العيني الجبري وذلك لإلزام العميل على تسلم المبيع، أو أن يطلب فسخ العقد.[340] كما يحق للمصرف طلب فسخ العقد.

---

[337]– القانون رقم 36 لسنة 2012 بإصدار قانون العمل في القطاع الأهلي، الجريدة الرسمية العدد3036، 2012/8/12. وللمزيد حول شرح هذه المادة انظر: صلاح محمد أحمد ذياب، الوسيط في شرح أحكام قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين، جامعة البحرين، الطبعة الأولى،2013، ص 176.

[338] - CM-7.4.1 "Licensees may only provide a new consumer facility (or renew, extend or otherwise modify an existing consumer facility) for an amount such that the counterparty's total monthly repayments on all his consumer finance commitments do not exceed 50% of his monthly gross income. This limit may only be exceeded in the circumstances described in paragraph CM-7.4.6 and CM-7.4.10**".**

[339] -CM-7.4.6:"In the case of high earners – defined for these purposes as persons earning more than BD 3,000 / month - the 50% limit may be relaxed, providing that the licensee has undertaken the review required in Paragraph CM-7.4.4 above and is satisfied that the counterparty can comfortably support a higher facility service ratio".

[340]– تنص المادة 429 من القانون المدني البحريني على: " إذا لم يؤد المشتري الثمن عند استحقاقه، أو أخل بالالتزامات الأخرى التي يرتبها عقد البيع، يكون البائع بالخيار بين طلب إلزام المشتري بالتنفيذ أو طلب فسخ عقد البيع". و للمزيد حول هذا الموضوع أنظر: أحمد محمد هيكل، محمد= =سعد خليفة، المرجع السابق، ص 240 وما بعدها. وكذلك: أنور طلبة، المرجع السابق، ص 304. وكذلك: عبد الحميد الشواربي، عزالدين الدناصوري، المرجع السابق، ص 102 وما بعدها. وكذلك:عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 845 وما بعدها.

ولقد نص المعيار الشرعي للمرابحة على:" 11/4 للمؤسسة أن تشترط على العميل إنه إذا امتنع عن تسلم السلعة في الموعد المحدد بعد إبرام عقد المرابحة يحق للمؤسسة فسخ العقد أو بيع السلعة نيابة عن العميل ولحسابه وتستوفي مستحقاتها من الثمن وترجع عليه بالباقي إن لم يكف الثمن".[341]

الفرع الثاني: الالتزام بالتصدق:[342]

ينظم المعيار الشرعي للمرابحة الالتزام بالتصدق في وجوه الخير والبر كجزاء للعميل في حال إخلاله بالالتزام بسداد الثمن، حيث تنص المادة 6/5 منه على:

"يجوز أن ينص في عقد المرابحة على التزام العميل المشتري بدفع مبلغ أو نسبة من الدين على أساس الالتزام بالتصدق به في حالة تأخره عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة، على أن تصرف في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة ولا تنتفع بها المؤسسة".

وبالفعل تُدرج المصارف الإسلامية هذا الشرط في عقودها،[343] بل إنها تطالب به كغرامة تأخيرية إذا ما لجأت إلى القضاء فما هو التفسير القانوني والقضائي لهذا الالتزام؟

لقد كيّف القضاء هذا الشرط بأنه شرط جزائي وبأن الغرامة المدفوعة بموجب الالتزام بالتبرع في حقيقتها تعويض اتفاقي تم تقديره مقدماً، يخضع لأحكام المواد ٢٢٦،٢٢٥، ٢٢٧ من القانون المدني.[344]

وبما أن هذا الالتزام يُعد شرطاً جزائياً، فهل هو شرط نافذ وصحيح وفقاً للقانون البحريني؟

---

[341]– المعيار الشرعي رقم 8، ص 215.

[342]– أنظر في هذا المعنى:علي أحمد السالوس، المرجع السابق، ص 747.و كذلك: محمد عثمان شبير، صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث في قضايا فقهية اقتصادية معاصرة، الجزء الثاني، دار النفائس، الأردن، (دون تاريخ)،ص 835.وكذلك: محمد مصطفى الزحيلي، التعويض عن الضرر من المدين المماطل، دراسات المعايير الشرعية، المجلد الأول، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، (دون تاريخ)، ص 239 ومابعدها. وكذلك: يوسف الأكيابي، الشرط الجزائي في عقود المعاملات المالية الإسلامية، مقدم لمؤتمر الممارسات المالية الإسلامية والبنكية الموائمة مابين التقليدي والحديث،المنعقد في الفترة مابين 31 أكتوبر وحتى 1نوفمبر 2016، في فندق الدبلومات رادسون بلو المنامة، مملكة البحرين، غير منشور.

[343]– ينص نموذج اتفاقية تمويل بالمرابحة للبنك الأهلي المتحد " الهلال للخدمات المصرفية الإسلامية" على: " 2– يلتزم العميل بأن يدفع للبنك غرامة تبلغ_____ د.ب عن الألف يومياً عن كافة المبالغ المستحقة والتي لم يتم سدادها في تواريخ الاستحقاق إلا إذا أثبت أنه معسر وتودع هذه الغرامة في "حساب غرامة" بحيث يتم توظيف الأموال المودعة في حساب الغرامة في الأغراض الخيرية التي تسمح بها الشريعة الإسلامية تحت إشراف هيئة الفتوى والرقابة الشرعية في البنك".

[344]– الحكم رقم17 لسنة 2013 الصادر عن غرفة البحرين لتسوية المنازعات بتاريخ 2015/4/26، غير منشور.

يشترط المشرع البحريني لصحة الاتفاق على الشرط الجزائي أن لا يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود وذلك وفقاً للمادة 225 منه: " إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق".

ومحل التزام العميل في عقد المرابحة للآمر بالشراء هو سداد الثمن أي أنه التزام بمبلغ من النقود، وهو ما لا يجوز معه قانوناً الاتفاق على شرط جزائي. فضلاً عن ذلك فإن الالتزام بالتبرع والتصدق هو التزام ديني لا يجبر الإنسان عليه، وبالتالي نخلص إلى إن هذا الشرط مخالف للنظام العام. وفي ذلك قضت غرفة البحرين لتسوية المنازعات بأنه:

"و حيث انه عن طلب المدعي إلزام المدعى عليها الأولى بأن تؤدي له غرامات التأخير؛ فإن الثابت من مطالعة خطاب التسهيلات المؤرخ ١١ يوليو ٢٠١٢ و الموقع عليه بالموافقة من مجموعة شركات واتفاقية المرابحة الإطارية الموقع عليها – كذلك – من الشركة المذكورة أن خطاب التسهيلات قد نص تحت عنوان –التزام التبرع– يلتزم العميل بدفع ١٥٪ سنوياً للبنك عن القسط الذي يتأخر عن سداده إذا طالبه البنك بذلك كلياً أو جزئياً تصرف في وجوه الخير طبقاً لما تراه هيئة الرقابة الشرعية للبنك بعد خصم المصاريف الإدارية و القانونية الفعلية المستحقة لتحصيل الأقساط. و قد نص البند ٨–٤ من اتفاقية المرابحة الإطارية موضوع التداعي على إن التزام الطرف الثاني–المدعى عليها الأولى– في حالة التخلف عن دفع أي مبلغ مستحق بموجب الاتفاقية بدفع مبلغ مقداره ١٥٪ سنوياً من القسط المستحق و يلتزم الطرف الأول بالتصدق به في وجوه الخير تحت إشراف هيئة الرقابة الشرعية للطرف الأول و لا يحق للطرف الأول الاحتفاظ بأي مبلغ من هذه النسبة إلا بالقدر الضروري عن التكاليف والمصاريف الفعلية التي تكبدتها نتيجة إخلال الطرف الثاني بالتزاماته ؛ فمن المقرر، عملاً بنص المادة ٢٢٥ مدني انه إذا لم يكن محل الالتزام مبلغاً من النقود، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدماً التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق فإذا كان الأصل أن يتولى القاضي تقدير التعويض المستحق للدائن في حالة إخلال المدين بالتزاماته أو التأخير في تنفيذها، فان هذا لا يمنع من أن يتفق الطرفان على تقديره بينهما ، ويعرف هذا الاتفاق بالشرط الجزائي. وإذا كان هذا الشرط كثير الاستخدام في العقود التي تلزم احد طرفيها بالقيام بعمل في آجل محدد كعقود المقاولة و التدوير والنقل وغيرها إلا إن المشرع في المادة ٢٢٥ مدني قد حظر هذا الشرط إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وأخل المدين بالتزامه أو تأخر في الوفاء به، وإزاء خلو قانون التجارة الصادر بالمرسوم بقانون رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ من ثمة تنظيم للشرط الجزائي أو وجود عرف تجاري بذلك فتكون المادة ٢٢٥ مدني واجبة الأعمال ومن ثم فإن الشرط الجزائي الوارد بخطاب التسهيلات المصرفية وعقد المرابحة الإطارية من التزام المدعى عليها

بالتبرع بما نسبته ١٥٪ سنوياً من القسط الذي تتأخر في سداده والتزام المدعية بإنفاق هذا المبلغ في وجوه الخير وفقا لما تقدره هيئة الرقابة الشرعية الخاصة بها بعد خصم تكاليف ونفقات المطالبة يكون قد وقع باطلا حابط الأثر ولا ينال من ذلك القول بان اتفاق الأطراف في المسائل التجارية له الأولوية في التطبيق على أحكام القانون المدني إذ أن مجال ذلك إنما يكون بالنسبة للقواعد المكملة وليس القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام. ومن ثم فإن مطالبة المدعية بالشرط الجزائي تكون على غير ذي سند. هذا من جهة و من جهة أخرى فإن التبرع أو التصدق في وجوه الخير والبر إنما هو تصرف من المتبرع أو المتصدق بإرادته المنفردة وهو التزام ديني، أخلاقي لا يمكن إجبار احد عليه. كما إن النص في الشرط الجزائي – الوارد سواء بخطاب التسهيلات أو بعقد المرابحة الإطارية موضوع التداعي – على التزام المدعية بإنفاق المبلغ في وجوه الخير والبر بعد خصم تكاليف المطالبة، دليل على عدم وجود ثمة ضرر لحق بها."[345]

علاوةً على ذلك فإن هذا الشرط – اشتراط التعويض والتصدق به– محل خلاف شرعي، حيث انقسمت الآراء بشأنه إلى رأيين:

- الرأي الأول: يرى جواز هذا الشرط وإنه من باب التعزير بأخذ المال، و إن الهدف منه الضغط على المدين المماطل والحيلولة دون تساهله في دفع التزاماته تجاه المصرف الإسلامي.[346]
- الرأي الثاني: يرى عدم جواز هذا الشرط لأنه يشبه الربا، وذلك لأن العميل سيدفع زيادة ربوية يقتضيها العقد المبني على تراضي طرفيه بالتعاقد بموجبه، ولا تأثير في الحكم على أيلولة هذه الزيادة إلى جهات البر.[347]

---

[345]– حكم غرفة البحرين لتسوية المنازعات في الدعوى رقم 5 لسنة 2015 الصادر بجلسة 2015/10/27، نقلاً عن رئيس محكمة الاستئناف العليا القاضي يوسف الأكيابي، المرجع السابق.

[346]– انظر في هذا المعنى: عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للمرابحة، المرجع السابق، ص 245 وما بعدها. وكذلك: محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 239 وما بعدها. و كذلك: ملحق (د) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 8 المرابحة، ص 232.

[347]– انظر في هذا المعنى: حسن عبدالغني أبو غدة، غرامة تأخير وفاء الدين وتطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4865،تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/24 .وكذلك: محمد مصطفى الزحيلي، المرجع السابق، ص 241. وكذلك انظر: السؤال رقم 147777: اشتراط البنك غرامة تأخير على المماطل وصرفها للفقراء، والذي ينص على: "السؤال: لدي سؤال يتعلق بعقد مرابحة وأنا أعلم بحكم المجمع الإسلامي بشأن رسوم التأخير في السداد بعقد المرابحة لكني أعتقد بأنه لا يجيب عن هذا الموقف المحدد . وفى هذا العقد يقوم البنك بشراء المنزل ثم يقوم ببيعه لي بعد إضافة الأرباح وقد قمت بقراءة العديد من الفتاوى على موقعكم . وسؤالي يتعلق برسوم التأخير في السداد كما جاءت في العقد وعند قراءتي للبند بشكل صحيح (انظروا بالأسفل) فإني أجد أن البنك لا يضيف أية رسوم إذا لم تكن= =لدى قدرة مالية على السداد (كعند المرض وفقدان الوظيفة ...إلخ) وهو فقط يقوم بفرض رسوم تأخير في السداد إذا لم أقم بدفع القسط قاصدا ذلك (وأنا قادر على الدفع) وعند فرض الرسوم فإنه يقوم بالتبرع بهذا المال (حساب للصدقة) وهو لا يستفيد منه . وقد أرفقت البند المتعلق بالدفعة المتأخرة من عقدهم بالأسفل وسأقدر مساعدتكم تماما في توضيح ما إذا كان هذا العقد جائزاً أم لا ؟ المرفقات : هاكم النص من العقد الخاص بالدفعة المتأخرة إذا لم

فضلاً عن ذلك فإن هذا الشرط يناقض كذلك أحكام المعيار الشرعي رقم 3 المدين المماطل والتي تنص على:

- "2/1/2 لا يجوز اشترط التعويض المالي نقداً أو عيناً، وهو ما يسمى بالشرط الجزائي، على المدين إذا تأخر عن سداد الدين، سواء نص على مقدار التعويض أم لم ينص، وسواء كان التعويض عن الكسب الفائت(الفرصة الضائعة) أم عن تغير قيمة العملة.
- "3/1/2 لا تجوز المطالبة القضائية للمدين المماطل بالتعويض المالي نقداً أو عيناً عن تأخير الدين."[348]

وعليه نخلص إلى إن اشتراط الالتزام بالتصدق شرط يخالف أحكام النظام العام وهو ما يستوجب على المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين التوقف عن إيراد هذا الالتزام في عقودها. كما نخلص إلى أن

يقم المشترى بدفع الدفعة الشهرية المعتادة بحلول يوم 15 من الشهر وهو يوم الاستحقاق فإن البائع سيقوم بتحميله نفقات إدارية وسيتم فرض رسم تأخير يبلغ $ عن أي دفعة متأخرة ولن يتم فرض رسم تأخير إذا كان بوسع المشترى أن يعرض على البائع أو ممثله سبب وجيه يوضح أن المشتري غير قادر ماليا على دفع الدفعة المطلوبة عند حلول موعدها المحدد وأن عدم القدرة هذه على الدفع ليست بسبب فعل مقصود يقوم به المشترى لكي يستفيد طرف آخر من الاتفاقية مع البائع . وأن عدم دفع أي مبلغ عند استحقاقه سيعد إخلال بالاتفاق.وستوضع رسوم التأخير في السداد التي ستحصل بموجب هذا الاتفاق بحساب للصدقة بينما ستخصم تكاليف جمع أية رسوم مستحقة بموجب هذا الاتفاق من هذا الحساب . وسيتم استخدام أي رصيد موجود في حساب الصدقة في دعم القضايا الخيرية التي تتوافق مع الشريعة كما يرى البائع.

الجواب: الحمد لله

لا يجوز للبنك أن يشترط فائدة أو غرامة على التأخر في سداد الأقساط ، سواء كان التأخر لعذر أو لغير عذر ، واشتراط هذه الفائدة ربا صريح ، سواء أخذها البنك لنفسه ، أو أعطاها للفقراء ، وقرار مجمع الفقه الإسلامي شامل لهذه الصورة ، بل إنما وُضع لأجلها ، فقد انعقد مجلس المجمع في الدوحة في الفترة من 8 إلى 13 ذو القعدة 1423 هـ الموافق 11-16 كانون الثاني (يناير) 2003 م. وناقش موضوع: " مشكلة المتأخرات في المؤسسات المالية الإسلامية " وكان يعالج بذلك ما أقدمت عليه بعض البنوك الإسلامية من اشتراط غرامة على التأخر في السداد بعد ثبوت المماطلة، وعدم تقديم ما يفيد الإعسار، فجزم المجمع بتحريم ذلك وأنه من الربا.

وجاء فيه : " يؤكد المجمع على قراره السابق في موضوع البيع بالتقسيط رقم 51 (6/2) في فقراته الآتية:

ثالثا: إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد فلا يجوز إلزامه أي زيادة على الدين بشرط سابق، أو بدون شرط، لأن ذلك ربا محرم.

رابعا: يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حل من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعا اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

خامسا: يجوز شرعا أن يشترط البائع بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين عن أداء بعضها مادام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد" انتهى.

وقد قدم بعض أعضاء المجمع أبحاثا تتبنى جواز فرض هذه الغرامة على المماطل، ولم يأخذ بها المجمع في قراره.

فالواجب على البنوك الإسلامية التوقف عن هذا التعامل المحرم ، والواجب على المتعامل مع البنك أن يرفض هذا الشرط الربوي، وللبنك أن يأخذ ضمانات تضمن له الوصول إلى حقه ، كاشتراط فتح الحساب عنده ، واشتراط الكفيل الغارم.. و نحو ذلك. والله أعلم". منشور على الموقع الإلكتروني الإسلام سؤال وجواب: https://islamqa.info/ar/147777، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/24.

[348]– المعيار الشرعي رقم 3 المدين المماطل، المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المرجع السابق، ص93.

المرابحة للآمر بالشراء تعتبر الصيغة الأساسية في التمويل في المصارف الإسلامية وهي تستخدم في مجال التمويل العقاري لتمويل شراء العقارات ولتمويل شراء مواد البناء والأثاث. وعلى الرغم من إنها اقترحت كبديل شرعي للقروض الربوية إلا إن تطبيقات المصارف الإسلامية لها مشوبة بالعديد من المخالفات التي تستوجب تشديد الرقابة الشرعية عليها منعاً من استغلال الشريعة الإسلامية فيما يخالف أحكامها وحفاظاً على الثقة المفترضة في هذه المصارف والتي تزعزعت بسبب المخالفات الكثيرة للأحكام الشرعية والقانونية المتعلقة بالنظام العام.

الفصل الثاني
الإجارة المنتهية بالتمليك

الفصل الثاني
الإجارة المنتهية بالتمليك

الإجارة المنتهية بالتمليك هي إحدى صيغ التمويل الإسلامي المستحدثة، وأكثرها استخداماً بعد المرابحة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية. وقد أُشتقت هذه الصيغة من الإيجار التمويلي وطورت بما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين ندرس في الأول منه الإيجار التمويلي ومن ثم ندرس الإجارة المنتهية بالتمليك باعتبارها الصيغة التمويلية الإسلامية المشتقة منه في المبحث الثاني وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول
الإيجار التمويلي

الإيجار التمويلي من الوسائل التي ظهرت حديثاً من أجل تمويل استثمارات المشروعات الاقتصادية، ويتميز بأنه يمكن أرباب المشروعات من الانتفاع بالأموال اللازمة لهم في مزاولة نشاطهم عن طريق استئجارها، بدلاً من تقديم التمويل النقدي لشراء هذه الأموال مباشرةً.

ولقد انتشر الإيجار التمويلي انتشارا كبيراً في مختلف بلدان العالم، ولم يعد حصراً على أصحاب المشروعات الاقتصادية كما في السابق وإنما أصبح وسيلة تمويل متاحة كذلك لصغار الأفراد، وهي وسيلة نشطة في مجال الاستثمار العقاري. فما هو التأجير التمويلي قانوناً ؟ وما صوره؟ وما هي طبيعته القانونية؟ وما هو دوره في التمويل العقاري؟

المطلب الأول

فكرة الإيجار التمويلي

تقوم فكرة الإيجار التمويلي على التمويل العيني، وهي أحدث طرق التمويل، والتي كانت سابقاً تعتمد على النقد وتقديم السيولة المالية.فمن خلال الإيجار التمويلي يستطيع المشروع أو الشخص الطبيعي الحصول على ما يحتاج إليه من أصول رأسمالية سواء عند بداية التأسيس أو لدى إحلال وتجديد المعدات دون أن يستنفذ الموارد المالية الموجودة لديه في شراء هذه الأصول،حيث يلجأ إلى إحدى الشركات المتخصصة في نشاط التأجير التمويلي والتي تقوم بدورها بشراء الأصول التي يحتاجها المشروع وتأجيرها له لمدة طويلة مع إمكانية تملكه لهذه الأصول في نهاية مدة الإيجار، بشرط أن يلتزم بسداد الأجرة المستحقة طوال مدة الإيجار والتي عادةً ما تفوق الأجرة العادية بحيث تغطي قيمة الأصول المستأجرة وهامش الربح.[349]

وللإحاطة بفكرة الإيجار التمويلي من جميع جوانبها، سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبحث في الأول منه ماهية الإيجار التمويلي بالوقوف على نشأته وتعريفه وطبيعته القانونية ونبحث في الثاني صور الإيجار التمويلي.

الفرع الأول:ماهية عقد الإيجار التمويلي:

أولاً:نشأة التأجير التمويلي:

ترجع فكرة الإيجار التمويلي في أصلها التاريخي إلى القانون الإنجليزي، حيث ظهر البيع الإيجاري (Hire-purchase) في عام 1846م لأول مرة في المملكة المتحدة إثر تطويع عقد البيع بالتقسيط بما يؤدي إلى احتفاظ البائع بملكية المبيع لحين استيفائه كامل الثمن، وذلك تجنباً لمخاطر البيع بالتقسيط من تقاعس المشتري عن سداد أقساط الثمن وعدم تمكن البائع من استرداد المبيع في حالة إفلاس المشتري. فقد

[349]- نجوى إبراهيم البدالى، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2005، ص 10 ومابعدها.

لجأ أحد تجارالآلات الموسيقية بإنجلترا إلى إبرام عقد إيجار مع زبائنه يمنحهم بموجبه حق تملك الآلات باكتمال مدة الإيجارالمتفق عليها، والتي بانقضائها وبسداد أجرتها يكون البائع قد استوفى كامل الثمن المحدد للبيع والمتمثل في الأجرة التي سددها المستأجر، وبهذه الصيغة – البيع الإيجاري أو الإيجار الساتر للبيع – يأمن المؤجر (البائع) تبعات إفلاس المستأجر (المشتري) وعدم سداده لأقساط الأجرة، حيث يبقى المؤجر مالكاً للمبيع فيحق له استرداده، إلا إن محاولة التحايل على أحكام عقد البيع بستره بعقد إيجار لم تنطلي على المشرعين ولا على القضاء في العديد من الأنظمة القانونية الذي أرجع تكييف هذا العقد إلى حقيقته المستورة بإعمال أحكام عقد البيع بالتقسيط.[350]

وأمام خشية البائعين من تكييف القضاء لعقد البيع الإيجاري بأنه بيع بالتقسيط ،ابتكر البائعون وسيلة أكثر تطوراً ليتفادوا بها ما يحدق بهم من مخاطر ألا وهي عقد الإيجار التمويلي (عقد الليزنج) الذي ظهر لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية في عام 1953م،[351] حيث اتخذ طابعاً جديداً يتمثل في تدخل طرف ثالث (الممول) كوسيط بين طرفي العقد الأصليين، حيث يقوم الطرف الثالث بتمويل العقد، بشراء الأموال ثم تأجيرها إلى من يرغب في التعاقد معه لمدة محددة مقابل أجر محدد، وبانتهاء المدة يستطيع المستأجر إما تملك هذه الأموال مقابل ثمن زهيد غالباً ما يتم الاتفاق عليه عند التعاقد، وإما إعادة هذه الأموال،أو تجديد عقد الإيجار بقيمة إيجارية أقل من سابقتها.[352] ومن ثم انتشر هذا العقد في جميع أنحاء العالم.

---

[350]– انظر في هذا المعنى: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تطورات حديثة في التأجير التمويلي، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 113 ومابعدها. وكذلك: أحمد محمد لطفى، التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة ، الطبعة الأولى،2013، ص 32 ومابعدها. وكذلك: حسني محمد جاد الرب، صور وأحكام التملك بالإيجار، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2009، ص 11 ومابعدها، وكذلك : حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2007، ص 16 ومابعدها.

[351]– ولدت فكرة عقد الليزنج لدى أحد رجال الصناعة الأمريكية يدعى السيد بوث، حيث كان يملك مصنعاً صغيراً لإنتاج بعض المواد الغذائية المحفوظة، أثناء حرب كوريا عام 1950م طلبت منه القوات المسلحة الأمريكية توريد كميات ضخمة من الأغذية المحفوظة تفوق القدرة الإنتاجية الاعتيادية لمصنعه، ونظراً للطابع الاستثنائي لهذه الصفقة وعدم امتلاكه المعدات اللازمة لمواجهتها ،وعدم توافر المال لديه لشرائها فقد فكر في استئجار المعدات بدلاً من شرائها، إلا إنه لم يجد مؤجراً للمعدات المطلوبة، فعمل على تأسيس أول شركة تأجير تمويلي تحترف تأجير المعدات الإنتاجية للمشروعات الاقتصادية سميت باسم United States Leasing Co.poration ، ومن ثم انتشر التأجير التمويلي في مختلف أنحاء العالم بدءاً من بريطانيا التي أنشات فيها شركات التأجير التمويل الأمريكية فروعاً فيها. للمزيد من المعومات، انظر: مصطفى كمال طه، شريف مطفى كمال طه، النظام القانوني للتأجير التمويلي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015، ص 14 ومابعدها. وكذلك: هاني محمد دويدار، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 10 ومابعدها.

[352]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 131 ومابعدها.

ثانياً: تعريف الإيجار التمويلي:

تعددت الاصطلاحات التي يمكن إطلاقها على الإيجار التمويلي، فتارة يطلق عليه الإجارة المنتهية بالتمليك، وتارةً أخرى يطلق عليه الإجارة التمليكية، وتارة يطلق عليه البيع التأجيري، وكذلك الإيجار الساتر للبيع،والإيجار المقترن بوعد البيع، وعقد الائتمان الإيجاري. وجميع هذه الاصطلاحات تدور حول معنى واحد مؤداه: اتفاق طرفان على إجارة شيء لمدة معينة بأجرة معلومة على أن تنتهي بتمليك العين المؤجرة للمستأجر.[353]

وقد عرف هذا العقد بأنه:

- "الاتفاق الذي بموجبه يسلم أحد الطرفين شيئاً معيناً للطرف الآخر لينتفع به فترة معينة في صورة إيجار في مقابل مبالغ دورية محددة، ثم يصير هذا الاتفاق بيعاً يتملك بموجبه المنتفع الشيء الذي في يده إما بسداده لكل المبالغ المتفق عليها، أو بإعلان رغبته في الشراء، أو بوفاء المالك بوعده في حالة الاتفاق على ذلك."[354]

- عقد إيجار مقرون بوعد بالبيع يقوم بموجبه أحد المتعاقدين بإيجار شيء إلى آخر لمدة معينة يكون للمستأجر عند انقضائها خيار شرائها بسعر معين.[355]

ثالثاً: الطبيعة القانونية للإيجار التمويلي:

الإيجار التمويلي تصرف قانوني مركب يتضمن عدة عمليات قانونية تقليدية، تختلط وتندمج معاً لتكون في مجموعها وحدة متكاملة غايتها تأمين انتفاع المستأجر بالمال محل العقد، فهو عمل قانوني مستقل بذاته ومتميز عن كل عمل من الأعمال القانونية المكونة له. فهو ليس بعقد إيجار فقط ولا ائتمان مالي عادي، بل هو تقنية قانونية مبتكرة تجمع بين الاثنين بطبيعة خاصة نشأت لخدمة حاجات اقتصادية.[356]

---

[353]- أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص23.

[354]- حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، المرجع السابق، ص 29.

[355]- أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص25.

[356]- انظر في هذا المعنى: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 134 ومابعدها.وكذلك: حبيب مزهر، الطبيعة القانونية لعقد الليزنغ،الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات=

وقد ظهرت عدة نظريات في تكييف الطبيعة القانونية لعقد الإيجار التمويلي، منها ما كيفه باعتباره أحد العقود المسماة ومنها ما كيفه باعتباره عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة، وسنبين أبرز هذه النظريات على النحو التالي:

- **نظرية شركة المحاصة:**

تنطلق نظرية شركة المحاصة من الجوهر الاقتصادي لعقد التأجير التمويلي الذي يخول شركة التأجير التمويلي استرداد القرض الذي منحته إلى المستأجر على هيئة أقساط الأجرة مع احتفاظها بملكية الأصل الذي قامت بتمويله لضمان استرداد القرض. فيرى أنصار هذه النظرية إن عقد التأجير التمويلي عبارة عن شركة محاصة بين شركة التأجير التمويلي والمستأجر يكون غرضها الأساسي استعمال الأصل محل التمويل داخل مشروع المستأجر، من أجل اقتسام الأرباح الناتجة عن ذلك. وفي هذه الشركة تكون شركة التأجير التمويلي شريكاً بالنقد وذلك بتمويلها شراء الأصل ويكون المستأجر شريكاً بالعمل. ونظراً لأهمية مساهمتها في تحقيق غرض الشركة فإنه يتقرر لها الهيمنة الفعلية عليها وهو ما ينعكس على المضمون الاتفاقي لعقد الشركة. فتنفرد شركة التأجير التمويلي بتحديده ويذعن له المستأجر، ويعين المستأجر مديراً لشركة المحاصة فيتحمل جميع المخاطر الناشئة عن تعامله مع الغير بخصوص الأصل، كما يتحمل جميع الأخطار التي قد يتسبب بها الأصل. وتكون مدة الشركة المدة اللازمة لإهلاك الأصل من الوجهة الضريبية والتي من خلالها يتحقق لشركة التأجير التمويلي إهلاك حصتها النقدية المقدمة إلى شركة المحاصة.[357]

تحاول هذه النظرية إفراغ العلاقة التعاقدية الناشئة بين شركة التأجير التمويلي والمستأجر في قالب عقد شركة المحاصة بدلاً من عقد الإيجار، وذلك بالنظر إلى الجانب المالي الذي يطغى على العقد، إلا إن هذه النظرية محل نظر ذلك إنها تعجز عن بيان نية المشاركة بين الطرفين، كما إنها تخالف أحد القواعد المتعلقة بالنظام العام فهي تقصر تحمل الخسائر على المستأجر فقط فلا تتحمل شركة التأجير التمويلي الخسائر الناتجة عن استعمال الأصل.[358]

=الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص 53- 74. و كذلك: حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 22-32. وكذلك: حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 83- 156.وكذلك: علاء الدين عبدالله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، رسالة ماجستير، سلسة الرسائل القانونية (453)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.

[357]- هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، مكتبة الإشعاع الفنية، مصر، الطبعة الثانية، 1998، ص 575- 577.

[358]- مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 118. وكذلك: هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 578- 584.

- **نظرية الإيجار المالي:**

طبقاً لأنصار نظرية الإيجار المالي يُعد الإيجار المقترن بوعد منفرد بالبيع العنصر الجوهري في تكوين التأجير التمويلي،[359] ولكن الإيجار في إطار عقد التأجير التمويلي ليس إيجاراً تقليدياً وإنما هو إيجار مالي. فالوعد بالبيع يعتبر ركناً جوهرياً في العقد، فلا نكون بصدد عقد إيجار تمويلي إذا انتفى الوعد بالبيع وإنما نكون بصدد إيجار تقليدي. فالتأجير التمويلي من حيث الشكل هو إيجار، إلا أنه من حيث الجوهر هو علاقة مالية ليست من قبيل علاقات الائتمان التقليدية وإنما علاقة من نوع خاص، فالإيجار قالب تعاقدي تتحقق من خلاله علاقة الائتمان حيث تمت تهيئة أحكام الإيجار للتعبير عن الجانب الائتماني في العلاقة، وذلك باستبعاد أحكام الإيجار المتعارضة مع الطبيعة الائتمانية المحضة للعقد من جانب، وإضافة الأحكام التي تتفق مع هذه الطبيعة الخاصة من جانب آخر، فأعُفي المؤجر من الالتزام بالصيانة والالتزام بضمان العيوب الخفية تحقيقاً للجانب الأول، وتم إضفاء الطابع الشخصي للعلاقة تحقيقاً للجانب الآخر، وعليه فإن التأجير التمويلي من الناحية الاقتصادية هو قرض نقدي يتم استهلاكه واستيفاء عوائده خلال مدة الإيجار.[360]

ويؤخذ على هذه النظرية إنها أفرغت عقد الإيجار من مضمونه ومن صورته التقليدية، فعلى الرغم من تمسكها بهذا القالب العقدي إلا أنها لم تشأ ترتيب آثاره التقليدية. فضلاً عن ذلك فإن شركة التأجير التمويلي تفرض هيمنتها المطلقة على العقد فتحمي مصالحها من خلال الاحتفاظ بملكية الأصل، ومن خلال تخلصها من الالتزامات الأساسية في عقد الإيجار كالصيانة وضمان العيوب الخفية، ومن خلال الحقوق والامتيازات التي يرتبها العقد لصالحها،وهو ما تكون معه مصالح المستأجر بحاجة إلى الحماية إبان هذا الازدواج بين الجانب الإيجاري والجانب المالي للعقد الذي يمنح للمؤجر الهيمنة المطلقة على العقد.[361]

---

[359]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 110.

[360]– هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 58 – 591.

[361]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 111. هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 591– 604.

- **نظرية القرض مع نقل الملكية على سبيل الضمان:**

يرى أنصار هذه النظرية بأن عقد الإيجار التمويلي في حقيقته هو قرض تمنحه شركة التأجير التمويلي إلى المستأجر، فيتقرر للشركة الممولة بناءاً على ذلك الاحتفاظ بملكية الأصل لضمان استرداد القرض، وفي المقابل يتقرر للمستفيد الانتفاع بالأصل بموجب عقد إيجار، إلا أن يسدد كامل مبلغ القرض. فمهمة شركة التأجير تكمن في إقراض الأموال مقابل تملك الأصل على سبيل الضمان،[362] فالإيجار ليس جوهر العقد فلو لم تكن ملكية الأصل هي الضمان المقرر للشركة الممولة لما شغل المستفيذ من التمويل مركز المستأجر.[363]

وتعتري هذه النظرية بعض أوجه القصور، فعلى الرغم من الدور الكبير الذي لعبته في إبراز الأركان الرئيسية لعقد التأجير التمويلي من تمويل وملكية على سبيل الضمان وانتفاع إلا إنها عجزت عن تحديد طبيعة الروابط الناشئة بين طرفي العقد لإصرارها على إفراغ كافة علاقات التمويل في قالب القرض دون التمييز بينها. فالتأجير التمويلي كظاهرة تعاقدية حديثة يشهد في مختلف فروضه صورتين متميزتين للتمويل: وساطة مالية فيما يتعلق بالتأجير التمويلي في صورته التقليدية، وتمويل مباشر فيما يتعلق بالتأجير التمويلي اللاحق.[364]

- **نظرية البيع بالتقسيط مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان:**

يرى أنصار هذه النظرية بأن عقد التأجير التمويلي في حقيقته عقد بيع بالتقسيط، على اعتبار أن المستأجر يلتزم بدفع أقساط نقدية خلال مدة محددة ويتقرر له تملك الأصل في نهاية هذه المدة، وهو ما يدل على إن نقل الملكية إلى المستأجر كان من منظور طرفي العقد منذ بداية التعاقد ولم تحتفظ الشركة بالملكية إلا على سبيل الضمان،فنية الأطراف منذ بداية العقد هو نقل الملكية وهو ما يكون معه عقد التأجير التمويلي يخفي بيعاً للأصل بالتقسيط حتى تأمن شركة التأجير التمويلي مخاطر شهر إفلاس المستأجر.[365]

---

[362]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 113. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 158. وكذلك: هاندي دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 606 ومابعدها.

[363]– هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 607.

[364]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 114. وكذلك: هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 611 ومابعدها.

[365]– مصطى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 115.

كما استند أصحاب هذه النظرية كذلك إلى إن قيمة أقساط الأجرة في عقد التأجير التمويلي تفوق المعدل الطبيعي للأجرة المعتادة فهي تقترب من المعدل الطبيعي لأقساط البيع بالتقسيط، وبالتالي توازي القيمة السوقية للأصل المؤجر وهو ما يمكن معه تكييف العقد بأنه عقد بيع بالتقسيط. فأقساط الأجرة لا تقابل الانتفاع بالعقار المؤجر بل إن شقاً منها يُعد وفاءً بقيمة العقار.[366]

ومن الحجج الوجيهة التي سيقت في سبيل الدلالة على طبيعة عقد التأجير التمويلي بأنه عقد بيع بالتقسيط، التفرقة بين ما إذا كان عقد الإيجار عقد تصرف أم عقد إدارة، حيث اعتبر إن العقد إذا كان يخول الغير استعمال الشيء على نحو يقضي على كل استعمال نفعي له بعد انقضاء العقد وجب اعتباره من قبيل أعمال التصرف في الشيء لا من قبيل أعمال الإدارة. وبتطبيق ذلك على عقد التأجير التمويلي يكون هذا العقد من قبيل عقود التصرف حيث تمتد مدة العقد إلى العمر الاقتصادي إلى المنقول، وهو ما يعتبر معه العقد عقد تصرف،وبالتالي يمكن اعتباره عقد بيع بالتقسيط حيث تؤول ملكية الأصل في نهاية العقد إلى المستأجر.[367]

إذاً فإن تكييف عقد التأجير التمويلي بأنه بيع بالتقسيط يقوم على اتجاه نية طرفي العقد إلى نقل ملكية الأصل إلى المستأجر ليس فور إبرام العقد وإنما عند سداد المستأجر كامل أقساط الثمن. فنيّة نقل الملكية تتوافر عند إبرام العقد ولكن يتأخر تحققه إلى سداد كامل أقساط الثمن، وهو ما أعجز هذه النظرية عن تفسير الخيار الثلاثي المتاح للمستفيد في نهاية مدة العقد من إبداء الرغبة في التملك أو رد الأصل إلى شركة التأجير أو مد مدة الانتفاع به. فإتاحة الخيار الثلاثي للمستفيد ينفي اتجاه نية طرفي العقد إلى نقل ملكية الأصل إلى المستأجر ابتداءً، فتقتصر أحكام العقد على تمكين المستأجر من تملك الأصل في نهاية مدة العقد إذا أبدى رغبته في ذلك، ففي حالة رفض المستأجر تملك الأصل واختياره رده إلى شركة التأجير التمويلي أو مد الانتفاع به، فإنه يستحيل مع ذلك القول باتجاه نية الطرفين لنقل الملكية إلى المستأجر،[368] فانتقال الملكية متوقف على إعلان المستأجر رغبته في ذلك وهو إعلان إرادي لاحق على إبرام العقد،

---

[366]– هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 622.

[367]– المرجع نفسه، ص 623.

[368]– هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي ، ص 625.

وبالتالي لا يمكن تكييف العقد بأنه عقد بيع بالتقسيط فانتقال الملكية إلى المشتري في عقد البيع بالتقسيط بعد سداد كامل الأقساط يكون بقوة القانون.[369]

- **نظرية الطبيعة القانونية الخاصة:**

ترتكز النظريات التي قالت بأن عقد التأجير التمويلي عقد ذو طبيعة قانونية خاصة على الهدف الذي يسعى إلى تحقيقه ألا وهو تمويل المشروعات التجارية والصناعية، فهو عقد ذو طابع مالي، وهو عقد مركب، يتكون من عناصر تعاقدية متعددة، كالوعد بالإيجار، والوكالة، والإيجار، والوعد من جانب واحد بالبيع. وقد اندمجت هذه العناصر فيما بينها لتكون هذا المزيج القانوني. وترتب على ذلك أنها فقدت بعض خصائصها ولم تعد محتفظة باستقلالها، حيث تم تطويعها لهدف محدد وهو تمكين هذا العقد المركب من أن يصبح أداة لتمويل الاستثمارات الإنتاجية للمشروع،[370] فالتداخل بين تلك العقود في توليد عقد التأجير التمويلي هو الذي يمنح هذا العقد الطبيعة الخاصة، فلا يمكن لأيا من هذه العقود المتداخلة فيه أن تفرض طبيعتها الخاصة عليه وذلك بغض النظر عن أهميتها. فيجب أخذ هذا التداخل بين هذه العقود في الاعتبار احتراما لإرادة طرفي عقد التأجير التمويلي.[371]

ومن أبرز نظريات الطبيعة الخاصة النظرية التي تتلخص في أن غاية المستأجر من إبرام عقد التأجير التمويلي هي أن يتولى شخص آخر إهلاك الأصل محل التمويل ضريبياً بدلاً منه ولا تكمن في استئجار تلك المعدة، ويترتب على ذلك إن شركة التأجير التمويلي لا تؤجر المعدة في حقيقة الأمر وإنما تقوم بتمويل إهلاكها ضريبياً فتحديد جوهر عقد التأجير التمويلي بأنه تمويل للإهلاك الضريبي يجعل منه عقداً غير مسمى ذو طبيعة خاصة يختلف عن طبيعة العقود التقليدية المكون منها.[372]

---

[369]– المرجع نفسه، ص 626.

[370]– نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 167.

[371]– هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 639.

[372]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 117ومابعدها. وكذلك: هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 641.

و يؤخذ على هذه النظرية بأنها لم تبين الأركان الرئيسية الخاصة بعقد التأجير التمويلي،التي تميزه عن سائر العقود والاتفاقات الأخرى التي تشهدها الحياة الاجتماعية والقانونية، مكتفيةً بالإشارة إلى تعدد القوالب العقدية التقليدية في إطار التأجير التمويلي أو القول بأنه مزيج بين التمويل والإيجار للدلالة على الطبيعة الخاصة للعقد. فضلاً عن ذلك فإن الارتكان في تكييف طبيعة العقد القانونية وإرساء أحكام النظام القانوني لها إلى الأحكام الضريبية يجعل من هذا النظام عرضة للتقلب وعدم الاستقرار نظراً للتغير المستمر والمتقلب لهذه الأحكام.[373]

- **نظرية العقد المركب:**

العقد المركب كفكرة قانونية هو ذلك العقد الذي يتحدد محله بتقديم عدة خدمات تصلح كل خدمة منها أن تكون محلاً لعقد مستقل، وانطلاقاً من هذه الفكرة أسس أصحاب نظرية العقد المركب نظريتهم على اعتبار إن عقد التأجير التمويلي يتكون من خمس قوالب عقدية رئيسية تبرم بين طرفي العقد: شركة التأجير التمويلي والمستأجر، وهذه القوالب هي: الوعد الملزم للجانبين بالإيجار، الوكالة، الإيجار،الوعد المنفرد بالبيع، والبيع. وإلى جانب هذه القوالب الرئيسية قد تبرم قوالب ثانوية بين طرفي العقد والغير كالتأمين والكفالة إلا إنها لا تؤثر على طبيعة عقد التأجير التمويلي.[374]

واعتبر أصحاب هذه النظرية عقد الإيجار هو العقد الرئيسي في عقد التأجير التمويلي، وهو ما تكون معه الغلبة لأحكام عقد الإيجار فتكون هي الواجبة التطبيق في حال عدم إمكان التوفيق بين آثار مختلف العقود الداخلة في تكوين العقد المركب.[375]

وقد تبنى الاجتهاد التحكيمي اللبناني هذه النظرية، حيث ذهب إلى أن عقد الإيجار التمويلي هو:

"عقد من العقود الغير مسماة ويحتوي على خمس تقنيات قانونية أساسية على الأقل تتمايز عن بعضها البعض إلا أنها تجتمع في العقد الواحد، ففي مرحلة تكوين العقد:

---

[373]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 118. هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 647 ومابعدها.

[374]– هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 668.

[375]– هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 668.

- يكون هناك عقد متبادل بالإيجار بين شركة الليزنغ المموّلة و صاحب المشروع.
- تفويض شركة الليزنغ لصاحب المشروع باختيار المعدة وتحديد أوصافها وتعيين ثمنها من البائع.
- إبرام عقد إيجار للمعدة المشتراة يكون فيها صاحب المشروع مستأجراً وشركة الليزنغ مؤجرة.
- وعد غير متبادل بالبيع تتعهد بموجبه شركة الليزنغ ببيع المعدة المؤجرة إلى المستأجر صاحب المشروع في نهاية العقد.
- إبرام عقد بيع عند انقضاء الإجارة وإبداء صاحب المشروع رغبته بشراء المعدة المستأجرة."[376]

ولم تسلم هذه النظرية كذلك من الانتقادات، فمن الثابت أن مقتضيات النشاط الاقتصادي وتطوره تفضي إلى استحداث قوالب عقدية غير مسبوقة، وإن تعدد الروابط الاقتصادية في إطار الاتفاق الواحد هو وحده ما يمكن ترجمته من الوجهة القانونية إلى عقد مركب، ولا يعد التأجير التمويلي من زاوية الروابط الناشئة بين الشركة الممولة والمستأجر عملية اقتصادية مركبة،[377] فجوهر عقد التأجير التمويلي هو الخدمة التمويلية المقدمة إلى المستأجر، وضمان هذا التمويل المتمثل في اكتساب ملكية الأصل محل التمويل والاحتفاظ بها طوال مدة السداد. ولا يمكن اعتبار عقد التأجير التمويلي عقداً مركباً استنادا إلى ذلك، حيث أن الضمان بوجه عام يتبع الدين الأصلي. والقول بتبعية الضمان للدين الأصلي لا يجعل من العقد المنشئ للدين عقداً مركباً وإنما يشملهما هذا الاتفاق معاً، فالمقصود بالتبعية هو توقف وجود الضمان وصحته على وجود الدين المضمون وصحته، دون أن يكون لوجود الضمان أو صحته أثراً على الدين المضمون لا في وجوده ولا في صحته.و لا يتأتى القول بذلك إلا من واقع استقلال المصدر المنشئ للدين الأصلي عن المصدر المنشئ للضمان. فيترتب على ذلك أن يكون الاتفاق الواحد المشار إليه وارداً على عقدين فلا يعد بالتالي عقداً واحداً مركباً.[378]

---

[376]– حكم تحكيمي صادر عن المحكم الدكتور وائل طبارة في 1999/11/4 عن مركز التحكيم اللبناني، نقلاً عن عبدالحميد الأحدب،عقد الليزنع، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2002، ص 107.

[377]– انظر في ذلك: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 118.وكذلك: هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص673 .

[378]– هاني دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 674 ومابعدها.

- **نظرية عقد التمويل بضمان الملكية غير الحيازية:**

يرى أصحاب هذه النظرية أن تحديد الطبيعة القانونية للعقد تستلزم تحديد الأركان الموضوعية الخاصة به أولاً وذلك تمهيداً لتحديد طبيعته القانونية. وهم يرون بأن الأركان الموضوعية والأساسية لعقد التأجير التمويلي هي:[379]

1. التمويل: التأجير التمويلي في جوهره خدمة تمويلية تقدمها شركة التأجير التمويلي إلى المستأجر. وهذا التمويل يرد على استثمار محدد يتمثل في اقتناء أصل من الأصول لصالح العميل سواء أكان منقولاً أو عقاراً.
2. اكتساب الملكية على سبيل الضمان: إن شركة التأجير التمويلي تكتسب الملكية بمناسبة التمويل وتحتفظ بها طوال مدة سداد المستأجر للأقساط النقدية الواقعة على عاتقه، ولا تقبل هذه الشركة ضماناً آخر بديلاً عن الملكية. فلولا حرص الشركة الممولة على اكتساب ملكية الأصل والاحتفاظ بها على سبيل الضمان لما أُقحم الأصل في دائرة الاتفاق بين الشركة والمستأجر.
3. استعمال المستأجر للأصل: ويترتب على إقحام الأصل في دائرة الاتفاق من جهة وقصر أهميته بالنسبة إلى الشركة الممولة فيما يوفره تملكه من ضمان من جهة أخرى، أن يتقرر للمستأجر استعمال الأصل ابتداء أي بمجرد منح التمويل. ولولا تقرير هذا الحق للمستأجر لانتفت الغاية من عقد التأجير التمويلي.

وهو ما يتضح معه إن جوهر عقد التأجير التمويلي يرتكز على الخدمة التمويلية من جانب والملكية الضمانية من جانب آخر، وإن عنصر استعمال المستأجر للأصل هو المحصلة الحتمية لاقتران التمويل بضمان الملكية، فلا يرقى بالتالي إلى ذات المرتبة من الأهمية.

---

[379]– انظر في هذا المعنى:حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 22–32. وكذلك: حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 83– 156. وكذلك: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق،ص 107– 128.

وكذلك:حر عماد، دور عقد الاعتماد الايجاري في الاستثمار العقاري وفقا للقانون الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة للحصول على درجة الماجستير في تخصص قانون الأعمال، جامعة الشهيد حمه لخضر– الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014–2015، منشورة على الموقع الإلكتروني الرسمي للجامعة: www.univ–eloued.dz/index.php/index.php?option=c، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/7/23، ص 16 ومابعدها.

الأمر الذي نخلص معه إلى أن للتأجير التمويلي ركنين: التمويل من جانب وضمان الملكية غير الحيازية من جانب آخر. وبما إن القوالب العقدية التقليدية لا تعبر عن العقد ذي الركنين المشار إليهما، الأمر الذي يكون معه عقد التأجير التمويلي عقداً ذا طبيعة خاصة، فعقد التأجير التمويلي في جوهره عقد تمويل بضمان الملكية غير الحيازية.[380]

وفي اعتقادي إن هذه النظرية هي النظرية الأولى بالتأييد حيث تلافت هذه النظرية العيوب المنسوبة لكافة النظريات السابقة، فركزت على الأركان الجوهرية لعقد التأجير التمويلي مبينةً من خلال أركانه طبيعته الخاصة، وهو ما يمكن من خلالها تفسير الأحكام الخاصة بهذا العقد التي تُعفى فيها شركة التأجير التمويلي من أهم الالتزامات المنبثقة عن عقد الإيجار كما سيلي بيانه في التزامات المؤجر فتحمل هذه الالتزامات للمستأجر. فضلاً عن ذلك فإن هذه النظرية تتلاءم مع أحكام التمويل المختلفة سواء الإيجابية منها كالقروض أو السلبية منها المتمثلة في التمويل بتوفير الأصول كما هو الحال في الإيجار التمويلي، فتشمل بذلك جميع صور التأجير التمويلي سواء التقليدي أو اللاحق كما سيلي بيانه.

ولتحقيق ذاتية عقد التأجير التمويلي وتميّزه عن غيره من العقود التي تدخل في إطار تنفيذه وتشتبه به نبين أوجه الاختلاف بينه وبين تلك العقود على النحو التالي:[381]

1) الإيجار:

عملية الإيجار هي أساس وجوهر عقد الإيجار التمويلي. وغالباً ما يكون المؤجر في الإيجار التمويلي مؤسسة ائتمان مالي. تقوم بتمويل هذا العقد بشراء المال محل الإيجار (منقولات/ عقارات) بقصد تأجيرها

---

[380]– هاني دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 691 ومابعدها.

[381]– انظر في هذا المعنى: إبراهيم الدسوقي أبو الليل،الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر: المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية، ص 1118 ومابعدها، منشور على الموقع الإلكتروني للمؤتمر: http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/2005/research.htm، تاريخ الإطلاع عليه،2016/8/18. وكذلك: أحمد حمد الرشود، يوسف محمد العلي، التأجير التمويلي (الإجارة) وتطبيقاته، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002،ص 195ومابعدها. وكذلك:عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 110 ومابعدها. وكذلك: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 124 ومابعدها.

إلى المستأجرين أفراداً أو شركات. ويختلف عقد الإيجار التمويلي عن عقد الإيجار العادي في عدة أمور، نبينها على النحو الآتي:[382]

- يقترن الإيجار في الإيجار التمويلي بوعد بالبيع من المؤجر إلى المستأجر يتحقق عند نهاية مدة العقد.
- القيمة الإيجارية التي يتحملها المستأجر في عقد الإيجار التمويلي تكون مرتفعة عن مثيلتها في عقد الإيجار العادي.
- يتحمل المستأجر كافة المخاطر التي يتعرض لها المال المستأجر، خلافاً لعقد الإيجار العادي الذي يتحمل فيه المؤجر بعضاً منها.
- في نهاية عقد الإيجار التمويلي يكون للمستأجر الخيار بين تملك المال المؤجر أو إعادته أو إعادة تجديد العقد لمدة جديدة، ولا يوجد هذا الخيار المتسع للمستأجر في الإيجار العادي .
- تخضع شركات التأجير التمويلي لرقابة المصرف المركزي لاختلاف طبيعته العقدية عن عقد الإيجار العادي، فالتأجير التمويلي يعتبر عقد مالي.[383]

2) **البيع:**

الأموال محل الإيجار التمويلي عادةً ما تكون غير مملوكة للمؤجر، فيقوم المؤجر بشرائها لغرض تأجيرها، وقد يكون شرائها بناءاً على طلب المستأجر، كما يحدث عملياً أن تكون الأموال المؤجرة مباعة من نفس المستأجر. كما يمنح عقد الإيجار التمويلي للمستأجر خياراً بشراء الأموال المؤجرة عند نهاية العقد. وعلى الرغم من التشابه الكبير بين عقد البيع بالتقسيط وعقد الإيجار التمويلي إلا أنهما يختلفان في عدة أمور منها:[384]

---

[382]– انظر في هذا المعنى: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تطورات حديثة في التأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 134 ومابعدها.

وكذلك: عيسى بخيت، طبيعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية دراسة مقارنة، مذكرة مقدم لإستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق ،تخصص عقود ومسئولية، كلية الحقوق،جامعة أمحمد بوقره بومرداس، الجزائر، 2011/2010، منشورة على الموقع الإلكتروني الرسمي: http://dlibrary.univ-boumerdes.dz:8080/handle/123456789/964، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/18.

[383]– أحمد حمد الرشود، يوسف محمد العلي، المرجع السابق، ص 196.

[384]– صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، أطروحة مقدمة لإستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في المنازعات الضريبية بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2005، منشورة على الموقع الالكتروني الرسمي للجامعة:https://scholar.najah.edu/ar ، تاريخ الاطلاع عليها : 2016/7/14.

- إن المستأجر في عقد الإيجار التمويلي يملك الخيار عند نهاية العقد في تملك المال المؤجر أو تجديد عقد الإيجار أو إعادة المال المؤجر، بينما يهدف عقد البيع العادي إلى نقل الملكية من البائع إلى المشتري منذ بدايته حتى وإن كان معلقاً على شرط استيفاء البائع الثمن كاملاً كما في حالة البيع بالتقسيط، فبمجرد سداد الثمن تنتقل الملكية بأثر رجعي منذ تاريخ إبرام عقد البيع.
- اشترطت بعض الأنظمة القانونية صفات محددة فيمن يزاول الإيجار التمويلي كأن يكون شركة مرخصة لها بذلك مسجلة ومقيدة في سجل خاص، كما هو الحال في قانون الإيجار التمويلي المصري، في حين إن الأصل إنه يجوز للكافة إبرام عقود البيع .
- يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في عقود البيع بالتقسيط بينما لا يلتزم المؤجر بها في عقود الإيجار التمويلي بنفسه، وإنما تنص عقود الإيجار التمويلي وكذلك القوانين المنظمة له على حق المستأجر في عقد الإيجار التمويلي بالرجوع مباشرةً على المورد أو البائع أو المقاول الذي تعاقد معه المؤجر.

3) الائتمان:

يتضمن عقد الإيجار التمويلي عملية ائتمان مالي، يكفل بموجبها للمؤجر الضمان الكافي للمحافظة على حقوقه، فهو يظل مالكاً للأموال محل العقد، وبالتالي يستطيع استردادها وإعادة بيعها في حالة إفلاس المستأجر وفي حالة توقفه عن سداد الأجرة.[385]

ويختلف عقد الإيجار التمويلي عن القرض باعتباره أحد وسائل الائتمان على الرغم من تقاربهما في عدة أمور منها:[386]

- عقد الإيجار التمويلي يتكون من عقدين: عقد إيجار وعقد بيع بينما عقد القرض عقد واحد.
- يختلف محل العقد في كل من الإيجار التمويلي والقرض، فمحل العقد في القرض عادةً يكون من النقود أو الأشياء المثلية القابلة للاستهلاك فالعقارات لا يمكن أن تكون محلاً للقرض، بينما محل العقد في الإيجار التمويلي ذو طبيعة خاصة فمن الممكن أن يكون عقاراً أو منقولاً مخصص للاستعمال لا للاستهلاك.

[385]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تطورات حديثة في التأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 140.

[386]– صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 76 – 82.

- تنتقل ملكية المال المقْترض للمُقترض بمجرد استيفاء عقد القرض كافة أركانه بينما في عقد الإيجار التمويلي فإن الملكية لا تنتقل دائماً للمستأجر، حيث إنه يملك خيارات عدة من بينها إعادة المال المؤجر أو تجديد عقد الإيجار أو تملك المال محل الإيجار عند نهاية العقد، حيث يتملكه بإعلانه رغبته في التملك عند نهاية العقد وبإتمام إجراءات نقل الملكية بإبرام عقد بيع أو بعقد هبة حسب أتفاق الأطراف.

كما تظهر خصوصية عقد التأجير التمويلي وتتأكد طبيعته الخاصة من أحكامه المختلفة عن القواعد العامة التي تنظم عقد الإيجار العادي في الدول التي تنظمها منها على سبيل المثال جمهورية مصر العربية والمملكة العربية السعودية ومن أمثلتها:[387]

- عقد التأجير التمويلي عقد شكلي يجب أن يحرر كتابياً أو إلكترونياً بين المؤجر والمستأجر، ويتضمن البيانات المتعلقة بالمتعاقدين،والأصل المؤجر،وحالته والأجرة وآجال سدادها،ومدةالعقد، وشروطه.[388]

- يخضع عقد التأجير التمويلي للقيد في سجل خاص هو سجل قيد العقود، وهو السجل الذي تقيد فيه عقود التأجير التمويلي التي تبرم أو تنفذ في جمهورية مصر العربية أو المملكة العربية السعودية، أو التي يكون أحد أطرافها مقيماً فيها، وتقيد فيه كذلك عقود البيع المترتبة على الإيجار التمويلي، وكذلك أي تعديل لهذه العقود،[389] ولا يحتج بهذه العقود والتعديلات التي تطرأ عليها في مواجهة الغير إلا بقيدها في سجل قيد العقود.[390]

- لا يتجدد عقد التأجير التمويلي تجدداً ضمنياً ولا يمتد، سواء تم التنبيه على المستأجر بانتهاء مدة العقد أو لم يتم ذلك.[391] وقد خلى نظام الإيجار التمويلي السعودي من النص صراحةً على ذلك على عكس القانون المصري الذي نص بشكل صريح عليها، إلا إن الطبيعة الخاصة لهذه العقود تقتضي عدم تجددها ضمنياً.

---

[387]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تطورات حديثة في التأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 156 ومابعدها.

[388]– المادة 3 ، نظام الإيجار التمويلي السعودي، منشور على الموقع الإلكتروني لمؤسسة النقد العربي السعودي: http://www.sama.gov.sa، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/7/2. .

[389]– المادة 5/1 ، اللائحة التنفيذية لقانون التأجير التمويلي المصري. وتقابلها المادة 13/1 من نظام الإيجار التمويلي السعودي.

[390]– وتجدر بنا الإشارة هنا إلى إن القرار رقم 10 لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري الصادر بالقانون رقم 13 لسنة 2013، قد نص في المواد من 131 إلى 136 على قيد عقود تمويل شراء العقارات بشكل عام وهو ما يفهم منه بأن عقود التمويل ستقيد في الصحف الخاصة بالعقارات الممولة دون أن يخصص لها سجل خاص لعقود التمويل. الجريدة الرسمية العدد 3253، 2016/3/17.

[391]– المادة 1/5، قانون التأجير التمويلي المصري.

الفرع الثاني: صور التأجير التمويلي:

تقسم عقود التأجير التمويلي إلى:[392]

أ) عقد التأجير التمويلي البسيط :وهو العقد الذي يكون فيه المؤجر مالكاً للمال المؤجر ابتداء، ويقوم بتأجيره للمستأجر بمقتضى عقد تأجير تمويلي.

ب) عقد التأجير التمويلي الوسيط:وهو العقد الذي لا يكون فيها المؤجر مالكاً للمال محل عقد التأجير بدايةً، وإنما يقوم بشرائه أو إعداده خصيصاً لتأجيره تأجيراً تمويلياً.

وتختلف صور الإيجار التمويلي في التشريعات القانونية، وعليه سنعرض صور التأجير التمويلي في القانون الأمريكي باعتباره المنشئ للإيجار التمويلي ومن ثم نعرض صوره في القانون الفرنسي والقانون المصري على اعتبار انتماء القانون البحريني للنظام اللاتيني الذي يأتي القانون الفرنسي على رأسه في ظل غياب القواعد القانونية المنظمة للتأجير التمويلي في مملكة البحرين، وذلك على النحو التالي:

أولاً: صور التأجير التمويلي في القانون الأمريكي:

تقسم صور عقد التأجير التمويلي في القانون الأمريكي إلى:

أ. **التأجير التمويلي التمليكي:** هو عقد تكتسب بموجبه شركة التأجير التمويلي ملكية الأصل الإنتاجي وتقوم بتأجيره إلى المستأجر، مقابل التزام الأخير بأداء القيمة الإيجارية المتفق عليها بين الطرفين والتي يزيد مجموعها في الغالب على ثمن شراء الأصل وذلك طوال مدة استعمال الأصل، والتي يتفق الطرفان على عدم قابليتها للإلغاء ويكون للمستأجر في نهاية مدة العقد خيار تملك الأصل.[393]

ب. **التأجير التمويلي متعدد الأطراف:**هو صورة خاصة للتأجير التمويلي التمليكي، يحصل خلالها المؤجر على القدر الأكبر من رأس المال اللازم لشراء الأصل عن طريق الاقتراض من الغير، ويحصل المُقرض على رهن ذي مرتبة أولى على الأصول التي يتم تمويل شرائها وغالباً ما ترد هذه العمليات على أصول ذات قيمة مرتفعة كالسفن والطائرات.[394]

---

[392]– إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي، المرجع السابق، ص 1126.

[393]– انظر: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 17 . وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 67.

[394]– انظر: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 17 وما بعدها. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 68 ومابعدها.

ج. **التأجير التشغيلي:** هو عقد إيجار يبرم عادةً لمدة قصيرة تتراوح بين سنتين أو ثلاث سنوات قابلة للإلغاء، حيث تعود ملكية الأصل المؤجر إلى الشركة المؤجرة في نهاية عقد الإيجار ولا يتمتع المستأجر بالحق في اختيار شراء الأصل في نهاية مدة العقد.[395]

د. **التأجير التمويلي بضمان الأصل:** تتشابه هذه الصورة مع التأجير التشغيلي، ويتمثل وجه الاختلاف بينهما فيما يتعلق بالتزامات المؤجر، حيث يلتزم المؤجر في هذه الصورة بالتأمين على الأصل المؤجر، ويتم تخصيص مبلغ التعويض الذي تدفعه شركة التأمين في حالة هلاك الأصل من أجل تأجير أصل بديل إلى المستأجر.[396]

هـ. **التأجير التمويلي البدلي:** تعتبر هذه الصورة نموذجاً آخر للتأجير التشغيلي، حيث يكمن الاختلاف في أن هذا العقد يخول المستأجر طلب استبدال الأصل المؤجر بأصل جديد خلال مدة الإيجار، دون أن يكون مضطراً لانتظار انقضاء مدة الإيجار لطلب استبدال الأصل.[397]

و. **التأجير التمويلي مع الاشتراك في ناتج بيع الأصل:** تختص هذه الصورة بالسيارات، وبالأخص السيارات الخاصة بالأفراد وأحياناً ترد على تمويل الحصول على العربات المخصصة لنقل البضائع أو الأشخاص، حيث تمنح هذه الصورة للمستأجر الحق في فسخ العقد بعد مرور سنة من تاريخ إبرامه، ويتعين على المؤجر بيع السيارة بعد استردادها، فإذا ما تم البيع اشترك المستأجر مع المؤجر في ناتج البيع بالنسبة التي يحددها الاتفاق بينهما.[398]

---

[395]– انظر في هذا المعنى: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 69 ومابعدها. وكذلك: عبدالحميد الأحدب، المرجع السابق، ص 110.

[396]– انظر في هذا المعنى: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 19. وكذلك: هاني محمد دويدار، النظام القانوني للإيجار التمويلي، المرجع السابق، ص 70. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 70.

[397]– انظر في هذا المعنى: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 19. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 70 ومابعدها.

[398]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 18 وما بعدها.

ثانياً :صور التأجير التمويلي في القانون الفرنسي:

للتأجير التمويلي في القانون الفرنسي ثلاث صور وهي :

أ. التأجير التمويلي للمنقولات:

وهي عمليات تأجير المعدات أو أدوات العمل التي يتم شراؤها بواسطة مؤسسات التمويل لأجل التأجير بشرط أن تحتفظ بملكيتها، وأن تمنح المستأجر الحق في تملك جميع الأموال المؤجرة أو بعضها مقابل الوفاء بالثمن المتفق عليه والذي يراعى عند تحديده ما تم الوفاء به على سبيل الأجرة ولو بصفة جزئية،[399] ويقتصر الإيجار التمويلي على المعدات الإنتاجية وأدوات العمل والمحال التجارية والحرفية وعناصرها المعنوية.[400]

وفي هذه الصورة من التأجير يختار المستأجر الآلة محل الإيجار وبائعها، وهو الذي يتسلمها منه إذا وافقت شركة التأجير التمويلي على تمويله، حيث تقوم شركة التمويل بشراء الآلة من البائع، فتكتسب بذلك ملكيتها، ثم يتقرر للمستأجر استعمالها مقابل أداء الدفعات النقدية المتفق عليها، وعند نهاية العقد يتمتع المستأجر بالخيار الثلاثي حيث يكون له الحق في خيار تملك الآلة مقابل أداء قيمتها بالثمن المتفق عليه أو مد إيجارالآلة بذات شروط العقد الأصلي مع خفض قيمة الأجرة خلال المدة الجديدة أو رد الآلة إلى شركة التأجير التمويلي بصفتها المالكة لها.[401]

ب. التأجير التمويلي للعقارات:

هي عمليات تأجير للممتلكات أو الأموال العقارية التي يتم شراؤها بقصد التأجير بواسطة المؤسسات المؤجرة أو يتم بناؤها لحساب المشروع المستأجر، وهذه العمليات أياً كانت طبيعتها تمنح للمستأجر إمكانية اقتناء العقارات المؤجرة وذلك في مقابل السعر المتفق عليه عند انقضاء مدة الإيجار.[402] ويقتصر الإيجار

---

[399]– انظر في هذا المعنى: صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 40 ومابعدها. وكذلك: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 26 وما بعدها. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 74. وكذلك: هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص 18 ومابعدها.

[400]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 28.

[401]– نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 73 ومابعدها.

[402]– نجوى إبراهيم البدالي،المرجع السابق، ص 80 ومابعدها.

التمويلي للعقارات على العقارات المخصصة لأغراض مهنية أياً كانت طبيعة النشاط أو المهنة، فلا يعتبر تأجير العقارات من أجل السكنى تأجيراً تمويلياً. [403]

و يمكن تقسيم التأجير التمويلي العقاري إلى:

(1)تأجير العقار المبني:

لا تختلف هذه الصورة عن تأجير المنقولات، حيث تتولى شركة التأجير التمويلي عملية شراء العقار بما يتضمنه من الأرض والمباني المقامة عليها ثم تقوم بتأجيرها للمستأجر أسوةً بصورة تأجير المنقولات تأجيراً تمويلياً. وفي هذه الصورة يختار المستأجر العقار المناسب له ويتفاوض مع بائعه حول شرائه، ثم يتقدم بطلب إلى شركة التأجير التمويلي لتقوم بشراء العقار ومن ثم تؤجره الشركة له لمدة غير قابلة للإلغاء، ويكون للمستأجر في نهاية العقد الخيار بين تملك العقار أو تجديد عقد الإيجار أو رد العقار للمؤجر.[404]

(2)تأجير العقار الذي يراد بناؤه:

وهي الصورة الشائعة لعمليات التأجير التمويلي العقاري، حيث يطلب المستأجر من شركة التأجير التمويلي تمويل بناء العقار، وتمر هذه الصورة بمرحلتين سابقتين لعقد الإيجار، الأولى هي الحصول على الأرض والثانية هي بناء العقار محل العقد، ومن ثم يتم تمكين المستأجر من الانتفاع بالعقار.

- **الحصول على الأرض:**

في هذه المرحلة نكون أمام فرضين الأول هو ملكية الأرض للغير والثاني هو ملكية المستأجر ذاته لهذه الأرض. فإذا كانت الأرض مملوكة للغير تتملكها شركة التأجير التمويلي عن طريق شرائها من الغير، وغالباً ما تعلق شركة التمويل شرائها لهذه الأرض على الحصول على التراخيص اللازمة لبنائها لتفادي تملك الأرض في حالة استحالة المضي في تنفيذ الاتفاق المبرم بينها وبين المستأجر.[405]

---

[403]– انظر في هذا المعنى: صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 45. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 81 ومابعدها.

[404]– انظر في هذا المعنى: صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 42 ومابعدها .وكذلك: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 30 وما بعدها . وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق ، ص 86 ومابعدها.

[405]– صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 44.

أما إذا كانت الأرض مملوكة للمستفيد فإن دور شركة التأجير التمويلي يقتصر على تمويل البناء ويلجأ الطرفان إلى إبرام عقد خاص يخول شركة التأجير التمويلي حقاً عينياً على الأرض المؤجرة يكون سنداً لها في ملكية المباني المقامة على هذه الأرض طوال مدة الإيجار،ومن هذه العقود ما يعرف بعقد الإيجار البنائي وعقد الإيجار الحكري في القانون الفرنسي:[406]

1. عقد الإيجار البنائي: وهو العقد الذي بموجبه يلتزم المستأجر– شركة التأجير التمويلي– بالبناء على الأرض المؤجرة والتي تكون مملوكة للمؤجر– المستفيد من عقد الإيجار التمويلي– و بالمحافظة على المباني المبنية من قبله طوال مدة الإيجار.
2. عقد الإيجار الحكري: وهو العقد الذي يلتزم بموجبه المستأجر– شركة التأجير التمويلي– بغرس أشجار بأرض المؤجر–المستفيد في عقد الإيجار التمويلي– أو ببنائها وبصيانتها طوال مدة الإيجار.

- **بناء العقار محل العقد:**

بعد الحصول على الأرض يبرم المؤجر والمستأجر اتفاق تمهيدي خاص ببناء العقار، ويشمل هذا الاتفاق الشروط والمواصفات التي يجب اتباعها في مرحلة البناء لكي يصبح العقار ملائماً لحاجة المستأجر، بالإضافة إلى الشروط العامة المتعلقة بالانتفاع بالعقار بعد بنائه. وبشكل عام تتولى شركة التأجير التمويلي مهمة تمويل عمليات البناء في حين يتولى المستأجر إداراتها من الناحية الفنية تحت مسئوليته الكاملة، حيث يقوم بصفته وكيلاً عن شركة التأجير بتسلم العقار بعد الانتهاء من بناءه والتأكد من مطابقته للمواصفات المطلوبة.[407]وبعد انقضاء مدة عقد التأجير التمويلي بوجه عام يتقرر للمستأجر خيار ثلاثي، وهو الحق في اختيار تملك المال المؤجر مقابل المبلغ المتفق عليه، أو الحق في طلب تجديد العقد، أو رد المال إلى المؤجر. ولكن في حالة إنشاء المباني على أرض مملوكة للمستأجر يتزامن انقضاء التأجير التمويلي مع انقضاء الانتفاع بالأرض، الأمر الذي يترتب عليه انتقال ملكية المباني إلى المستأجر بقوة القانون إعمالاً لقواعد الالتصاق العقاري.[408]

---

[406]– هاني دويدار، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999، ص 130 ومابعدها.

[407]– انظر في هذا المعنى: صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 44. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 87 ومابعدها.

[408]– هاني دويدار، الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، ص 134. والالتصاق بصفة عامة هو إتحاد شيء تابع بشيء أصلي مملوك للغير بحيث يتملك مالك الشيء الأصلي الشيء التابع لتعذر الفصل بينهما دون تلف.فهو سبب لتملك مالك الشيء الأصل للشيء الآخر الملتصق به ، والمملوك لغيره. للمزيد انظر في هذا المعنى: جمال خليل النشار، الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة=

ج) التأجير التمويلي اللاحق:

تستخدم هذه الصورة من صور التأجير التمويلي كوسيلة من الوسائل التي تساعد المشروعات على توفير ما تحتاج إليه من سيولة نقدية، وذلك عن طريق بيعها لأحد أصولها الإنتاجية إلى شركة التأجير التمويلي، مقابل حصولها على الثمن، على أن يتبقى لها حق استعمال الأصل المباع بموجب عقد إيجار يربطها بشركة التأجير التمويلي، فتلتزم بأداء الدفعات النقدية المتفق عليها خلال مدة العقد الغير قابلة للإلغاء، على أن يكون لها في نهاية العقد أحد الخيارات الثلاثة وهي شراء المال المؤجر أو طلب تجديد عقد الإيجار أو رد المال المؤجر إلى شركة التأجير التمويلي.[409]

وقد اشتق من التأجير التمويلي اللاحق التأجير التمويلي المرتد، وهو صورة خاصة من التأجير التمويلي اللاحق، فبموجب هذه الصورة يبرم أحد المشروعات التي تحترف تأجير الآلات والمعدات الإنتاجية لعملائها، عقداً مع شركة تأجير تمويلي تقوم بموجبه الأولى ببيع هذه الآلات لشركة التأجير التمويلي في مقابل الحصول على ثمنها، مع احتفاظها بالحق في استعمالها والانتفاع بها وفقاً لشروط عقد الإيجار التمويلي، وهو ما يتيح لها إمكانية إعادة تأجير هذه الآلات إلى عملائها، و يتحدد للاتفاق مدة لا تكون قابلة للإلغاء يلتزم خلالها المستأجر بأداء الدفعات المتفق عليها إلى شركة التأجير التمويلي، وفي نهاية تلك المدة يتمتع المستأجر بالحق في إعمال أحد الخيارات الثلاثة المتاحة له وهي: إما شراء الأصل المؤجر، وإما تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى بقيمة إيجارية أقل من سابقتها، وإما رد الأصل المؤجر إلى شركة التأجير التمويلي.[410]

=الحديثة للنشر، الإسكندرية، 2001. وكذلك:عبدالحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني البحريني،5- حكام حق الملكية، جامعة البحرين،الطبعة الثانية،2010، ص267 ومابعدها.

[409]- مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 38.

[410]- للمزيد انظر: صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 46 ومابعدها .وكذلك: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 38 وما بعدها. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 90 ومابعدها. وكذلك: عقد الائتمان الإيجاري، بحث منشور على الموقع الالكتروني/https://www.mahkamaty.com/wp-content/uploads/2014/03:**عقد-الائتمان-الإيجاري.pdf**،ص83،تاريخ الاطلاع عليه: 2016/7/23.

ثالثاً:صور التأجير التمويلي في القانون المصري:

نظم القانون المصري ثلاث صور للتأجير التمويلي وهي التأجير التمويلي للمنقولات والتأجير التمويلي للعقارات والتأجير التمويلي اللاحق، حيث حددتها المادة الثانية من القانون وذلك على النحو التالي:[411]

(1) التأجير التمويلي للمنقولات: وهو العقد الذي يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر منقولات مملوكة له أو تلقاها من المورد استناداً إلى عقد من العقود، ويكون التأجير مقابل قيمة إيجارية يتفق عليها المؤجر والمستأجر.

(2) التأجير التمويلي للعقارات: وهو العقد الذي يلتزم بمقتضاه المؤجر بأن يؤجر إلى المستأجر عقارات أو منشآت يقتنيها المؤجر على نفقته بقصد تأجيرها للمستأجر، وذلك بالشروط والمواصفات والقيمة الإيجارية التي يحددها العقد.

(3) التأجير التمويلي اللاحق: وهو العقد الذي يلتزم بمقتضاه المؤجر بتأجير مال إلى المستأجر تأجيراً تمويلياً إذا كان هذا المال قد آلت ملكيته إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف نفاذه على إبرام عقد التأجير التمويلي.

إذاً فالتأجير التمويلي مُتعدد الصور، وهو يخدم التمويل في المجال العقاري بشتى صوره، حيث يخدم بناء العقار في صور إيجار العقار الغير مبني وفي صورة الإيجار التمويلي، كما يمول شراء العقارات في صورة العقارات المبنية.

[411]– المادة الثانية، قانون رقم 95 لسنة 1995 بشأن التأجير التمويلي المصري ، الجريدة الرسمية العدد22 مكرر، 1995/6/22، منشور على الموقع الالكتروني للهيئة العامة للرقابة المالية: https://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/lease_pages/laws_lease.htm، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/7/2.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للتأجير التمويلي

تفتقر التشريعات البحرينية للقواعد القانونية المنظمة للتأجير التمويلي، فلائحة الخدمات الخاضعة لرقابة مصرف البحرين المركزي اكتفت بإيراد نشاط الإجارة ضمن الأنشطة الخاضعة لرقابة المصرف فقط دون أن تنظم جوانبه المختلفة،[412] وهو ما تلجأ معه شركات التمويل والمصارف إلى تطبيق القواعد العامة للإيجار إلى جانب أحكام الإجارة المنتهية بالتمليك في الشريعة الإسلامية. الأمر الذي نرى معه ضرورة تدخل المشرع البحريني بسن قانون ينظم التأجير التمويلي بشكل واضح وذلك حمايةً للمصالح الاقتصادية لطرفي العقد و لتشجيع الاستثمار بالتأجير التمويلي تسهيلاً لعمليات التمويل.

وعليه سوف نلقي الضوء على قانون التأجير التمويلي المصري ونظام التأجير التمويلي السعودي وذلك ببيان محل العقد وآثاره وطرق إنتهائه، حيث سنبحث محل العقد تمهيداً لبحث آثاره والإلتزامات المترتبة عنه في الفرع الأول من هذا المطلب وبحث طرق إنتهائه في الفرع الثاني منه.

- **المال محل العقد:**

إن خصوصية عقد التأجير التمويلي توجب أن يتوافر في الأصل المؤجر إلى جانب الشروط العامة للمحل،[413] أن يكون لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو خدمي، ويشترط المشرع الفرنسي إلى جانب ذلك سبق شراء المال المؤجر قبل تأجيره.[414]

والأموال القابلة لأن تكون محلاً لعقد الإيجار التمويلي طبقاً لقانون التأجير التمويلي المصري هي:" كل عقار أو منقول مادي أو معنوي يكون موضوعاً لعقد تأجير تمويلي متى كان لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو نشاط خدمي للمستأجر".[415] في حين إن المال المؤجر في نظام الإيجار التمويلي السعودي يسمى

---

[412]– المادة5/1/ب، اللائحة رقم 1 لسنة 2007 بشأن الخدمات الخاضعة لرقابة مصرف البحرين المركزي، الجريدة الرسمية العدد2823، 2007/12/27.

[413]– حول الشروط العامة الواجب توافرها في محل الإلتزام من حيث الوجود والتعيين، والقابلية للتعامل فيه انظر:عبدالرزاق أحمد السنهوري،الجزء الأول: مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 375 ومابعدها.

[414]– نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 234.

[415]– المادة 7/1 ،قانون التأجير التمويلي المصري.

بالأصل المؤجر وهو:" ما يمكن إيجاره من العقار، والمنقول، والمنافع، والخدمات، والحقوق المعنوية كحقوق الملكية الفكرية."[416]

ويتضح من تعريف المال المؤجر بأن المشرع المصري قد اشترط أن يكون الغرض من المال المؤجر إنتاجي سواء أكان سلعي أو خدمي. فالعبرة إذاً في تحديد مدى قابلية المال لأن يكون محلاً لعقد التأجير التمويلي هو بالغرض الذي من أجله يتم الاستئجار، وبالتالي تستبعد السلع والأغراض الاستهلاكية من نطاق تطبيق عقد التأجير التمويلي في القانون المصري. في حين إن نظام التأجير التمويلي السعودي لم يشترط أن يكون الغرض من التأجير إنتاجي.

ولقد كان القانون المصري يستثني سيارات الركوب والدرجات الآلية من نظام الأموال المؤجرة حتى عام 2001م حيث تم تعديل القانون بإلغاء هذا الاستثناء.[417] كما ينصب عقد التأجير التمويلي على المنقولات المعنوية كالمحل التجاري وحقوق الملكية الصناعية وبراءات الاختراع والعلامات التجارية.[418]

ويشترط في العقارات التي تكون محلاً لعقد التأجير التمويلي طبقاً للقانون المصري أن تكون لازمة لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي كالمصانع أو نشاط خدمي كالفنادق والمسارح والمستشفيات، سواء أكانت هذه العقارات مملوكة من قبل شركة التأجير التمويلي أو تم بناءها على نفقتها بقصد تأجيرها للمستأجر،[419] أما التأجير لأغراض السكنى فإنه يخرج من نطاق الإيجار التمويلي ويدخل في نطاق قانون إيجار الأماكن،[420]

---

[416]– المادة 10/1، نظام الإيجار التمويلي السعودي .

[417]– كانت المادة 7/1 من القانون التأجير التمويلي المصري تنص قبل التعديل على:" المال أو الأموال: كل عقار أو منقول مادي أو معنوي يكون موضوعاً لعقد تأجير تمويلي، ويكون لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي، سلعي أو خدمي عدا سيارات الركوب والدراجات الآلية." وأصبحت تنص بعد تعديلها بموجب القانون رقم 16 لسنة 2001 على: "المال أو الأموال: كل عقار أو منقول مادي أومعنوي يكون موضوعاً لعقد تأجير تمويلي متى كان لازماً لمباشرة نشاط إنتاجي سلعي أو نشاط خدمي للمستأجر، وفقاً للقواعد التي يصدر بها قرار من الوزير المختص". الجريدة الرسمية العدد19(تابع)، 2001/5/10، منشور على الموقع الإلكتروني للهيئة العامة للرقابة المالية: https://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/lease_pages/، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/7/2.

[418]– نجوى إبراهيم البدالي ، المرجع السابق، ص 237.

[419]– المادة 2/2، قانون التأجير التمويلي المصري.

[420]– نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 240.

ومن الممكن أن تكون العقارات المخصصة للسكنى محلاً لعقد الإيجار التمويلي وفقاً لنظام الإيجار التمويلي السعودي بشرط مراعاة أحكام نظام التمويل العقاري ولائحته التنفيذية.[421]

ولا يشترط في الأصول محل عقد التأجير التمويلي أن تكون جديدة وإنما يمكن أن تكون مستعملة؛ إذ إن الهدف من الشراء هو تمويل المستأجر بما يحتاج إليه من أصول إنتاجية لممارسة نشاطه ومنحه الحق في شراء تلك الأصول في نهاية المدة المتفق عليها للعقد.[422]

الفرع الأول:الآثار القانونية للإيجار التمويلي:

يرتب عقد الإيجار التمويلي بإعتباره عقداً ملزماً للجانبين إلتزامات متقابلة على عاتق طرفيه، فالمؤجر يلتزم بتسليم المستأجر العين المؤجرة وبضمان إنتفاعه بها وعدم تعرضه للمستأجر، كما يلتزم بنقل ملكية العين المؤجرة للمستأجر عند إعماله خيار تملكها في نهاية مدة العقد، في حين إن المستأجر يلتزم بسداد الأجرة وبالمحافظة على العين المؤجرة وصيانتها و بإعادتها في حال عدم إعماله خيار تملكها أو مدّ عقد الإيجار، فهي إلتزامات مشابهة للإلتزامات الناشئة عن عقد الإيجار العادي فيما عدا إلتزام المؤجر بنقل ملكية العين المؤجرة للمستأجر، وعليه سنبحث هذه الآثار ببحث إلتزامات المؤجر أولاً ومن ثم بحث إلتزامات المستأجر، وذلك للوقوف على خصائص عقد الإيجار التمويلي.

أولاً:إلتزامات المؤجر:

المؤجر طبقاً لقانون التأجير التمويلي المصري هو شركات الأموال التي يرخص لها بمزاولة نشاط التأجير التمويلي بشرط ألا يقل رأس مالها عن نصف مليون جنيه، ويجوز أن يكون المؤجر بنكاً إذا رخص له البنك المركزي المصري بذلك،[423] ويشترط أن يقيد أسمه في سجل المؤجرين،[424] والمؤجر طبقاً لنظام

---

[421]– تنص المادة 31 من اللائحة التنفيذية لنظام التأجير التمويلي السعودي على: "يخضع عقد الإيجار التمويلي لأحكام النظام ونظام التمويل العقاري ولائحتيهما إذا كان الغرض منه تملك شخص طبيعي للسكن."

[422]– نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 241.

[423]– تنص المادة 3/1 من قانون التأجير التمويلي المصري على: " المؤجر: شركات الأموال التي يرخص لها بمزاولة نشاط التأجير التمويلي، طبقاً لأحكام هذا القانون متى توافرت فيها القدرة على القيام بنشاطها المستهدف في ضوء حجم رأس مالها بشرط ألا يقل عن نصف مليون جنيه،وذلك وفقاً للقواعد والإجراءات التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

ويجوز أن يكون المؤجر بنكًا إذا رخص له في ذلك مجلس إدارة البنك المركزي المصري بالشروط والأوضاع التي يحددها قرار الترخيص."

الإيجار التمويلي السعودي يجب أن يكون شركة مساهمة مرخص لها بمزاولة الإيجار التمويلي ويجوز أن يكون بنكاً تجارياً.[425]

وتجدر بنا الإشارة هنا إلى إن القانون المصري سابقاً كان يجيز للأشخاص الطبيعيين ممارسة نشاط التأجير التمويلي إلى جانب الأشخاص الاعتبارية على حد السواء، إلا إنه عدل عن ذلك بموجب القانون رقم 16 لسنة 2001 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 95 لسنة 1995 في شأن التأجير التمويلي قاصراً مزاولة النشاط على شركات الأموال والبنوك المرخص لها فقط،[426] وقد يعود سبب عدم السماح للأفراد بمزاولة عمليات التأجير التمويلي،إلى إن نشاط التأجير التمويلي يعتبر في حقيقته من عمليات الائتمان، والسماح للأفراد بمزاولته يشكل خطورة على النظام الاقتصادي والنظام المصرفي، لأن الإسراف أو الزيادة في عمليات التأجير التمويلي لا يقل خطورة عن الإسراف في منح الائتمان.[427]

أما في مملكة البحرين فإنه يشترط في المؤجر أن يكون شركة تجارية، وذلك طبقاً لما نصت عليه اللائحة رقم 1 لسنة 2007 بشأن الخدمات الخاضعة لرقابة مصرف البحرين المركزي والتي صنفت شركات الإجارة ضمن الشركات المتخصصة بغض النظر ما إذ كان الإيجار خاضعاً لأحكام الشريعة الإسلامية أو كان تجارياً.[428]

ويلتزم المؤجر طبقاً لقانوني الإيجار التمويلي المصري والسعودي بالالتزامات التالية:

1) الالتزام بالتسليم:

يعتبر الالتزام بتسليم المال محل العقد أول الالتزامات التي تقع على عاتق المؤجر، حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بمحل العقد، والالتزام بالتسليم يقتضي تسليم محل العقد وملحقاته بشرط أن يكون بحالة

---

[424]– المادة 3، قانون التأجير التمويلي المصري.

[425]– المادة 6/1 ، نظام الإيجار التمويلي السعودي السعودي ، والمادة 5/1 من لائحته التنفيذية.

[426]– كانت المادة 1/1 من قانون التأجير التمويلي المصري قبل التعديل تنص على: " المؤجر: كل شخص طبيعي أو اعتباري يباشر عمليات التأجير التمويلي بعد قيده طبقاً لأحكام هذا القانون، ويجوز أن يكون المؤجر بنكاً إذا رخص له في ذلك مجلس إدارة البنك المركزي بالشروط والأوضاع التي يحددها قرار الترخيص بذلك."

[427]– نجوى البدالي، المرجع السابق، ص 180.

[428]– المادة 5/1/ب، لائحة رقم 1 لسنة 2007 بشأن الخدمات الخاضعة لرقابة مصرف البحرين المركزي.

يصلح معها لتحقيق الهدف الذي أعدت من أجله.ويتم تسليم المال إلى المستأجر بموجب محضر استلام تحدد فيه كافة البيانات الخاصة بالمال المؤجر وحالته ووقت الاستلام ومدى تطابقه مع الشروط المتعاقد عليها وما به من عيوب إن وجدت سواء أكان هذا التسليم من المؤجر أو المورد أو المقاول.[429]

ففي حالة تفويض المؤجر للمستأجر باستلام المال محل العقد من المورد أو المقاول مباشرةً بصفته نائباً عنه، فإنه يتوجب إثبات الاستلام في محضر يبين خلاله حالة المال المؤجر ومدى تطابقه مع الشروط المتعاقد عليها مع المؤجر وما به من عيوب، و يحق للمستأجر أن يرفض الاستلام إذا امتنع المورد أو المقاول عن تحرير محضر الاستلام بالكيفية المذكورة أعلاه، حيث يكون المستأجر مسئولاً عن أية بيانات تذكر في محضر الاستلام.[430]

2) الالتزام بالضمان:

انتفاع المستأجر بمحل العقد طوال مدة الإيجار يعد ركناً أساسياً في العقد، لذا وجب على المؤجر ضمان هذا الانتفاع، لذلك يلتزم المؤجر بالامتناع عن كل عمل من شأنه الحيلولة دون تمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور أو تقليل الفائدة منه، فيشمل الالتزام بالضمان: ضمان التعرض وضمان العيوب الخفية وتبعة الهلاك و هو ما نبينه على النحو التالي:[431]

أ) ضمان التعرض:

يلتزم المؤجر بالامتناع عن الأفعال والتصرفات التي تحول دون وضع يد المستأجر على المأجور أو حرمانه من المنافع التي يجب أن تعود عليه من المأجور. فيضمن المؤجر التعرض الصادر منه شخصياً أو من أحد أتباعه سواء كان تعرضاً مادياً أو قانونياً، كما يضمن التعرض الصادر عن الغير إذا كان مبنياً على سبب قانوني كاستحقاق الغير للأصل المؤجر، أما تعرض الغير المادي فلا يضمنه. فيكون المؤجر مسئولاً

---

[429]– المادة 5، القرار رقم 846 لسنة 1995 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 95 لسنة 1995 في شأن التأجير التمويلي، الوقائع المصرية، العدد 291(تابع)، 1995/12/21، منشورة على الموقع الالكتروني للهيئة العامة :https://www.efsa.gov.eg/content/efsa_ar/lease_pages، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/7/2.

[430]– المادة 8، قانون التأجير التمويلي المصري. وتقابلها المادة 5، نظام الإيجار التمويلي السعودي السعودي.للمزيد انظر في ذلك: صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 108 ومابعدها وكذلك: نجوى أبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 308 ومابعدها.

[431]– انظر في هذا المعنى: عقد الائتمان الإيجاري ، المرجع السابق، وكذلك: مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 86 ومابعدها.

عن أفعاله وتصرفاته التي تؤدي إلى تمكين المورد أو المقاول أو الغير من التعرض للمستأجر، على أي وجه في الانتفاع بالأموال المؤجرة. ومن صور هذا التعرض أن يمتنع المؤجر عن سداد ثمن الأموال المؤجرة إلى المورد أو المقاول، مما يؤدي إلى طلب الأخير فسخ العقد وهو ما يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وذلك باسترداد المال المؤجر من تحت يد المستأجر.[432]

كما يعتبر خطأ المؤجر في اختيار الأموال المؤجرة إحدى صور التعرض المنصوص عليها قانوناً في قانون التأجير التمويلي المصري، فهو يضمن أفعاله أو تصرفاته التي تؤدي إلى خطأ في اختيار الأموال المؤجرة ما لم يكن المستأجر قد أقر بمعاينتها وباستلامها طبقاً لشروط التعاقد،[433] وذلك في حال قيامه باختيار المال المؤجر بنفسه دون أن يفوض المستأجر بذلك، فإن أخطأ في نقل رغبة المستأجر ومواصفاته في المال محل الإيجار إلى المورد أو المقاول فإنه يتحمل مسئولية ذلك، لأن الخطأ في اختيار المال المؤجر كان راجعاً إلى فعله. و يكون للمستأجر الحق في رفض استلام المال المؤجر كما يكون له الحق في طلب فسخ العقد أو التعويض إذا كان له مقتضى.[434]

وعلى الرغم من خلو نظام الإيجار التمويلي السعودي من نصوص واضحة تتعلق بالتزام المؤجر بضمان التعرض للمستأجر إلا إن هذا الالتزام التزام جوهري يقع على عاتق المؤجر من الممكن الرجوع فيه إلى الأحكام العامة إلى جانب بقية نصوص النظام. فالفقرة الثانية من المادة السابعة من النظام نصت على التزام المستأجر بإشعار المؤجر بما يطرأ على الأصل المؤجر من عوارض تمنع الانتفاع كلياً أو جزئياً به فور حدوثها. ويحق للمستأجر طبقاً لأحكام اللائحة التنفيذية اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لحماية الأصل المؤجر على نفقة المؤجر خصماً من دفعات الأجرة اللاحقة إذا لم يقم المؤجر بإزالة ما يمنع الانتفاع بالأصل المؤجر خلال المدة المحددة في العقد.[435]

---

[432]– المادة 1/14، قانون التأجير التمويلي المصري.

[433]– المادة 2/14، قانون التأجير التمويلي المصري.

[434]– صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 111 ومابعدها.

[435]– انظر:المادة 2/7 ، نظام الإيجار التمويلي السعودي. و كذلك المادة 6 من لائحته التنفيذية.

ب)ضمان العيوب الخفية:

إن الطبيعة الخاصة لعقد التأجير التمويلي تبقي المؤجر بمنأى عن جميع الأمور الفنية المرتبطة بتنفيذ عقد الإيجار من ناحية اختيار المال المؤجر وكذلك الاستلام والتسليم في الحالات التي يفوض فيها المؤجر المستأجر للقيام بذلك نيابةً عنه. لذلك فإن المؤجر لا يضمن العيوب الخفية في مواجهة المستأجر، ولقد منح القانون المصري مثلاً المستأجر الحق في الرجوع على المورد أو البائع مباشرةً، بموجب المادة 13 منه التي تنص على: "للمستأجر أن يرجع مباشرة على المورد أو المقاول بجميع الدعاوى التي تنشأ للمؤجر عن العقد المبرم بينه وبين المورد أو المقاول فيما عدا دعوى فسخ العقد، وذلك دون إخلال بحقوق المؤجر في الرجوع على المورد أو المقاول في هذا الشأن."[436]

أما إذا كان المال محل عقد التأجير التمويلي منقولاً أو عقاراً مملوكاً للمؤجر من قبل التأجير، فإنه تطبق القواعد العامة لالتزام المؤجر بضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في القانون المدني، إذا كان عقد التأجير التمويلي خالياً من الاتفاق على شكل هذا الضمان لأن المؤجر في هذه الحالة يلعب دور المورد.[437]

وخلافاً لما نص عليه قانون التأجير التمويلي المصري فإن نظام الإيجار التمويلي السعودي قد جاء خالياً من منح المستأجر الحق في الرجوع مباشرةً على المورد أو المقاول، وهو ما يفهم منه ومن الطبيعة الخاصة لنظام الإيجار التمويلي المستمدة من أحكام الشريعة الإسلامية بأن المؤجر يضمن في مواجهة المستأجر العيوب الخفية.

ج) تبعة الهلاك:

يتحمّل المؤجر تبعة هلاك المال المؤجر متى كان ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه، ويجوز للطرفين الاتفاق على تحمل المستأجر تبعة الهلاك. وقد أجاز قانون التأجير التمويلي المصري للمؤجر أن يشترط

---

[436]– المادة 13، قانون التأجير التمويلي المصري.

[437]– نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 324 ومابعدها.

التأمين على الأموال المؤجرة على حساب المستأجر بما يكفل له الحصول على القيمة الإيجارية عن باقي مدة العقد والثمن المحدد به.[438]

وعلى خلاف ذلك نص نظام الإيجار التمويلي السعودي صراحةً على عدم جواز اشتراط المؤجر التأمين على الأصل المؤجر على حساب المستأجر، كما إنه بين بشكل واضح إن ما يتحمله المستأجر في حالة تحمله تبعة هلاك الأصل المؤجر بسبب تعديه أو تفريطه هو قيمة الأصل عند الهلاك باستثناء ما يغطيه التأمين.[439]

3) الالتزام بنقل ملكية الأصل إلى المستأجر:

إن تمكين المستأجر من تملك الأصل في نهاية مدة الإيجار يعد ركناً جوهرياً في عقد الإيجار التمويلي، فالمؤجر يكون ملزماً بنقل الملكية إلى المستأجر إذا ما أعلن المستأجر رغبته في تملك المال محل الإيجار في نهاية مدة العقد وذلك حسب الشروط المتفق عليها وهذا الشرط مقترن بشرط وفاء المستأجر بالتزاماته العقدية وبإعلانه رغبته في تملك المال المؤجر.[440] ويفهم هذا الالتزام من المادة الخامسة من قانون التأجير التمويلي التي أعطت المستأجر وحده حق الخيار في شراء المال المؤجر كله أو بعضه بالثمن المحدد في العقد في الموعد المتفق عليه أو رد المال المؤجر أو تجديد العقد.[441]

---

[438]– المادة 2/10، قانون التأجير التمويلي المصري.

[439]– تنص المادة 9 من نظام الإيجار التمويلي السعودي السعودي على:" 1– لا يتحمل المستأجر تبعة هلاك الأصل المؤجر ما لم يتعدً أو يفرط، فإن كان الهلاك بتعدً أو تفريط من المستأجر؛ فيتحمل المستأجر قيمة الأصل عند الهلاك باستثناء ما يغطيه التأمين.

2– يتحمل المؤجر تبعة الهلاك إذا كان بسببه أو بقوة قاهرة.

3– يتحمل المؤجر التأمين التعاوني على الأصل المؤجر،ولا يجوز اشتراطه على المستأجر."

[440]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 89.

[441]– تنص المادة الخامسة من قانون التأجير التمويلي المصري على:" للمستأجر الحق في إختيار شراء المال المؤجر كله أو بعضه في الموعد وبالثمن المحدد في العقد،على أن يراعى في تحديد الثمن مبالغ الأجرة التي أداها وذلك مع عدم الإخلال بأحكام قانوني تنظيم تملك غير المصريين للعقارات المبنية و الأراضي الفضاء، وحظر تملك الأجانب للأراضي الزراعية. و في حالة عدم اختياره شراء المال المؤجر يكون له إما رده إلى المؤجر أو= =تجديد العقد وذلك بالشروط التي يتفق عليها الطرفان.وفي جميع الأحوال لا يتجدد العقد ضمنياً ولا يمتد، سواء تم التنبيه على المستأجر بإنتهاء مدة العقد أو لم يتم ذلك."

وقد منح المشرع السعودي المستأجر الحق في تملك المال المؤجر تملكاً مبكراً قبل انتهاء العقد إلا إنه حمايةً لمصالح المؤجر فقد منحه الحق في اشتراط فترة يحظر فيها التملك المبكر، إذا كان محل العقد عقاراً بشرط أن لا تزيد هذه المدة عن سنتين من تاريخ إبرام العقد.[442]

أما إذا لم يتفق الطرفان على تملك المستأجر للأموال المؤجرة في نهاية العقد، فإن المستأجر يلتزم برد الأموال المؤجرة للمؤجر طبقاً لصحيح القانون، وسنبحث هذا الأمر من خلال التزام المستأجر برد الأموال المؤجرة لاحقاً.

ثانياً: إلتزامات المستأجر:

يلتزم المستأجر في عقد الإيجار التمويلي بذات الالتزامات التي يلتزم بها المستأجر في عقد الإيجار العادي مع تفاوت هذه الالتزامات بشأن الصيانة، وسوف نبين هذه الالتزامات على النحو التالي:

1) الالتزام بدفع الأجرة:

يعتبر التزام المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها الالتزام الأساسي في مقابل تمكين المؤجر له بالانتفاع بمحل العقد، وهذا الالتزام يُعد ركناً أساسياً في عقد الإيجار.

وقد نصت المادة 11 من قانون التأجير التمويلي المصري على هذا الالتزام و تقابلها في ذلك المادة 6 من نظام الإيجار التمويلي السعودي، وقد أجاز القانون المصري الاتفاق على استحقاق المؤجر للأجرة كاملةً حتى ولو لم ينتفع المستأجر بالمال المؤجر طالما إن السبب لا يرجع إلى المؤجر.[443] وقد نص نظام الإيجار التمويلي السعودي صراحةً كذلك على استحقاق المؤجر للأجرة حتى ولو لم ينتفع المستأجر بالأصل

---

[442]– تنص المادة الحادية عشر من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي على:" إذا اختار المستأجر امتلاك الأصل المؤجر بموجب العقد في أي وقت، فيحق له التملك المبكر لذلك الأصل بملحق منفصل يبرم به البيع أو الهبة وذلك بتعجيل سداد الأقساط المتبقية دون تحمل كلفة الاجل عن المدة المتبقية من العقد. وللمؤجر التعويض عن الآتي:

1. كلفة إعادة الاستثمار، بما لا يتجاوز كلفة الأجر للأشهر الثالثة التالية للتملك المبكر.

2. ما يدفعه المؤجر لطرف ثالث بسبب العقد من نفقات نص عليها العقد، إذا كانت تلك النفقات لا يمكن استردادها، وذلك عن المدة المتبقية من العقد.

واستثناءاً من ذلك يجوز أن ينص في العقد على فترة يحظر فيها التملك المبكر، إذا كان محل العقد عقاراً وترتب على هذا الشرط خصم من كلفة الأجل، وبشرط ألا تتجاوز مدة الحظر سنتين من تاريخ إبرام العقد".

[443]– تنص المادة 2/11 من قانون التأجير التمويلي المصريبشأن التأجير التمويلي على: " ويجوز الاتفاق على استحقاق المؤجر للقيمة الإيجارية كاملة، ولو لم ينتفع المستأجر بالمال المؤجر طالما أن السبب لا يرجع إلى المؤجر"

المؤجر طالما إن سبب عدم الانتفاع لا يرجع إلى المؤجر.[444]وهو أمر يتفق مع المنطق فطالما إن المؤجر قد سلم الأموال المؤجرة للمستأجر للانتفاع بها كما هو متفق عليه في العقد، فإن المستأجر ملزم بسداد الأجرة سواء انتفع بالمال المؤجر أم لا، فالنتيجة واحدة بالنسبة للمؤجر في الحالتين، حيث إنه أوفى بالتزامه بوضع المال المؤجر تحت تصرف المستأجر.[445]

ويترتب على تخلف المستأجر عن الوفاء بالتزامه بسداد الأجرة المتفق عليها في المواعيد المحددة فسخ العقد، حيث تنص المادة 19/أ قانون التأجير التمويلي المصري على:" يعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى أعذار أو اتخاذ إجراءات قضائية في أي من الحالات الآتية: أ. عدم قيام المستأجر بسداد الأجرة المتفق عليها في المواعيد ووفقاً للشروط المتفق عليها في العقد، ومرور ثلاثين يوماً على فوات هذه المواعيد ما لم يتضمن العقد مدة أطول."

وقد نص نظام الإيجار التمويلي السعودي على حق المؤجر في اشتراط فسخ العقد واسترداد الأصل المؤجر إذا تخلف المستأجر عن سداد الأجرة المستحقة عليه،[446] ولم ينص صراحةً على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه كما نص عليه القانون المصري. من جانبنا نرى إن هذا النص بحاجة إلى التعديل بحيث ينص صراحةً على إن امتناع المستأجر عن سداد الأجرة يعد إحدى حالات الفسخ بقوة القانون، حمايةً لحق المؤجر وتحفيزاً للمستأجر على الالتزام بسداد الأجرة تجنباً لفسخ العقد بشكل تلقائي واسترداد المؤجر للمال المؤجر.

ونظراً للطبيعة الخاصة لعقد التأجير التمويلي فقد ترك المشرع المصري أمر تحديد الأجرة ومواعيد ومكان سدادها لاتفاق الأطراف، حيث إن الأجرة عادةً تكون أعلى من الأجرة في عقود الإيجار التشغيلية فيراعى في تحديدها ثمن شراء الأصل المؤجر أو تكلفة البناء ومدة العقد والربح الذي يختص به المؤجر. لذلك نرى إن قانون التأجير التمويلي المصري نص صراحةً على عدم تقييد تحديد الأجرة ولا عناصرها

---

[444]– تنص المادة 1/6 من نظام الإيجار التمويلي السعودي على:"1– يدفع المستأجر دفعات الأجرة المتفق عليها في المواعيد المحددة في العقد ولو لم ينتفع بالأصل المؤجر، إلا إذا كان عدم الانتفاع بسبب المؤجر".

[445]– صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 121.

[446] تنص المادة 21 من نظام الإيجار التمويلي السعودي على:" للمؤجر اشتراط حق فسخ العقد واسترداد الأصل المؤجر إذا تخلف المستأجر عن سداد دفعات مستحقة وفقاً لما تحدده اللائحة بما يحقق العدالة بين طرفي العقد".

بأحكام أي قانون آخر حمايةً للمؤجر ومراعاةً للطبيعة الخاصة لهذا العقد.[447]وفي المقابل نرى إن نظام الإيجار التمويلي السعودي أوجب في حالة ما إذا كان للمستأجر حق التملك أو الوعد به أن يتضمن العقد جدولاً للسداد يحدد قيمة أجرة الأصل وقيمة حق التملك بشكل منفصل، مراعاةً منه للطبيعة الخاصة للعقد وحمايةً منه لحق كلا الطرفين حيث نص صراحةً على إنه في حالة فسخ العقد برضا الطرفين أو بأحكام العقد أو بالنظام فإن للمستأجر الحق في استرداد قيمة حق التملك للفترة التي دفعها،[448]وأعتقد إن القانون المصري يجب أن يحذوا حذوا المشرع السعودي وأن يدخل هذا النص في قانون الإيجار التمويلي، فالتفرقة بين مقابل الإيجار ومقابل التملك تشكل حماية للمستأجر وهو الطرف الضعيف في العقد وتحقق الموازنة بين المصالح الاقتصادية لكلا الطرفين في حالة تعثر المستأجر في سداد الأجرة، وليكون النص أكثر عدالةً فإنه من الممكن أن يقر القانون الحق للمؤجر في الاحتفاظ بجزء من مقابل حق التملك تعويضاً له عن فسخ العقد.

2) الالتزام باستعمال الأصل المؤجر وصيانته:

يفرض عقد التأجير التمويلي على المستأجر اتخاذ كافة التدابير اللازمة لاستعمال الأصل استعمالاً عادياً والمحافظة عليه صالحاً للاستعمال في الوجه المخصص له وذلك ببذل عناية الرجل المعتاد في استعمال المال المؤجر والمحافظة عليه بما يتفق مع الأغراض التي أعد لها ووفقاً للأصول الفنية المتعارف عليها والتعليمات المتعاقد عليها.[449]و إذا كان استعمال وتشغيل الأصل المؤجر يتطلب الحصول على

---

[447]– تنص المادة 1/11 من قانون التأجير التمويلي المصريبشأن التأجير التمويلي على : " 11– يلتزم المستأجر بأن يؤدي الأجرة المتفق عليها في العقد وفقاً للشروط والمواعيد الواردة فيه، ولا يتقيد تحديد الأجرة ولا عناصر هذا التحديد بالأحكام المنصوص عليها في أي قانون آخر."

[448]– تنص المادة 9 من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي على: "1. إذا كان للمستأجر حق التملك أو الوعد به، يجب أن يتضمن العقد جدولاً للسداد يحدد قيمة أجرة الأصل وقيمة حق التملك منفصلين، على ألا يقل القسط لأية مدة من مدد العقد عن أجرة الأصل لتلك المدة.

2. دون الإخلال بحكم الفقرة(1) من المادة التاسعة من النظام، إذا فسخ العقد أو انفسخ في أثناء مدة الإجارة برضا الطرفين أو بأحكام العقد أو بالنظام، فللمستأجر استرداد قيمة حق التملك للفترة التي دفعها.

3. للمؤجر التعويض التأميني إن وجد."

[449]– المادة 1/9 ، قانون التأجير التمويلي المصري.

ترخيص بذلك من الجهات الإدارية فإن استصدار هذه التراخيص يقع على عاتق المستأجر الذي يتحمل الرسوم والضرائب المقررة قانوناً على استصدار الترخيص وتجديده.[450]

ويترتب على التزام المستأجر باستعمال الأصل المؤجر والمحافظة عليه التزامات أخرى هي:

أ- عدم إجراء أي تغيير في الأصل المؤجر دون موافقة المؤجر.[451]

ب-إخطار المؤجر بما يطرأ على الأصول المؤجرة من عوارض تمنع الانتفاع بها كلياً أو جزئياً .[452]

ج-صيانة وإصلاح الأصول المؤجرة.[453]وعلى الرغم من إن هذا الالتزام يقع على عاتق المؤجر وفقاً للقواعد العامة، إلا إن الطبيعة الخاصة لعقد التأجير التمويلي تقتضي أن تكون صيانة وإصلاح الأصول المؤجرة على عاتق المستأجر،لأن استخدامه لها يستمر حتى انتهاء عمرها الافتراضي، كما إن مآل هذه الأصول عند نهاية العقد سيكون إلى المستأجر في الغالب إذا ما أعمل خيار الشراء.[454]

د- يتحمل المستأجر المسئولية عن الأضرار الناتجة عن استخدامه للأصول المؤجرة.[455]

و خلافاً لقانون التأجير التمويلي المصري الذي لم يفرق بين الصيانة التشغيلية والصيانة الأساسية، فقد فرق نظام الإيجار التمويلي السعودي بين الصيانة التشغيلية والصيانة الأساسية، فألزم المستأجر بالصيانة التشغيلية التي يحتاج لها الأصل المؤجر لاستمرار منفعته بحسب العرف، وأبقى الالتزام بالصيانة الأساسية

---

[450]- تنص المادة 29 من قانون التأجير التمويلي المصري على:"إذا كان اقتناء أو تسيير أو تشغيل المال المؤجر يستلزم الحصول على ترخيص من إدارة المرور أو من أية جهة إدارية أخرى، يكون الحصول على الترخيص من إدارة المرور المختصة أو من الجهة الإدارية الأخرى التي يتبعها موطن المستأجر أو المركز الرئيسي لنشاطه، وذلك بناء على طلب منه ومن المؤجر مرفقاً به نسخة من العقد.

ويصدر الترخيص باسم المؤجر ويجب أن يذكر فيه أن المال في حيازة المستأجر بموجب العقد وأنه يستعمله بنفسه أو بواسطة تابعيه.

ويتحمل المستأجر جميع الضرائب والرسوم المقررة قانوناً للحصول على الترخيص وتجديده كما يلتزم بأداء أقساط التأمين الإجباري، وغير ذلك من الالتزامات المترتبة على ملكية المال المؤجر"،وتقابلها المادة 13 من نظام الإيجار التمويلي السعودي.

[451]- المادة 8، نظام الإيجار التمويلي السعودي.

[452]- المادة 2/9، قانون التأجير التمويلي المصري. وتقابلها المادة 2/7 من نظام الإيجار التمويلي السعودي.

[453]- المادة 9، قانون التأجير التمويلي المصري.

[454]- انظر في ذلك: صفاء عمر خالد بلعاوي، المرجع السابق، ص 129. وكلك: نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص330 ومابعدها.

[455]- المادة 1/10، قانون التأجير التمويلي المصري. وتقابلها المادة 14 من نظام الإيجار التمويلي السعودي.

التي يتوقف عليها بقاء الأصل بحسب العرف على عاتق المؤجر، وقد أجاز للأطراف الاتفاق على التزام المستأجر بها.[456]

3) الالتزام برد الأصول المؤجرة:

يعد التزام المستأجر برد الأصول المؤجرة هو أحد الخيارات الثلاثة المتاحة له في نهاية مدة عقد الإيجار. ويكون المستأجر ملزماً به في حالة عدم استعماله خيار الشراء المقرر له أو خيار تجديد العقد لمدة أخرى.[457]

و كذلك يكون المستأجر ملزماً بتسليم الأصول المؤجرة بالحالة المتفق عليها في العقد في حالة انقضاء العقد بسبب فسخه أو لأي سبب آخر، دون تجديده، ودون شراءه للمال المؤجر، وكذلك ألزم قانون التأجير التمويلي المصري ورثة المستأجر، وشركاءه، وأمين التفليسة، والمصفي برد الأصول المؤجرة إلى المؤجر في حالة وفاة المستأجر أو شهر إفلاسه أو إعلان إعساره أوإتخاذ إجراءات التصفية إذا كان المستأجر شخصاً اعتبارياً. وذلك إذا لم يعلن الورثة أو الشركاء رغبتهم في استكمال تنفيذ العقد خلال 30 يوماً من تاريخ وفاة المستأجر.[458]

وقد منح قانون التأجير التمويلي المصري المؤجر الحق في اللجوء إلى القضاء المستعجل لاستصدار أمر بالتسليم في حالة امتناع المستأجر عن رد الأصول المؤجرة،[459] ومنح نظام الإيجار التمويلي السعودي ذات الحق للمؤجر باللجوء إلى المحكمة المختصة لإصدار حكم بتسليم الأصل المؤجر، مقيداً إياها بالفصل في الطلب خلال 30 يوم من تاريخ تقديمه.[460]

---

[456]– تنص المادة 1/7 من نظام الإيجار التمويلي السعودي على:"1– يلتزم المستأجر باستعمال الأصل المؤجر في الأغراض المتفق عليها في حدود الاستعمال المعتاد، ويكون مسؤولاً عن القيام بأعمال الصيانة التشغيلية على نفقته وفق الأصول الفنية المتبعة. أما الصيانة الأساسية فإنها تلزم المؤجر، مالم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، وتكون حينئذ فيما ينشأ عن استخدام المستأجر للأصل دون ما يكون ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر."

[457]– المادة 5، قانون التأجير التمويلي المصري .

[458]– المادتين 19 و 20 ، قانون التأجير التمويلي المصري.

[459]– المادة 20، قانون التأجير التمويلي المصري.

[460]– المادة 25، نظام الإيجار التمويلي السعودي.

الفرع الثاني: انتهاء عقد الإيجار التمويلي:

ينتهي عقد الإيجار التمويلي انتهاء طبيعياً بانتهاء مدته، وذلك بعد تنفيذ كل طرف من أطرافه للالتزامات المفروضة عليه بناءً على هذا العقد. غير إن ما يتميز به عقد التأجير التمويلي عن غيره من العقود إنه في نهاية مدة العقد يكون هناك ثلاثة خيارات للمستأجر وهي إما تملكه الأصل المؤجر أو رده أو إعادة استئجاره وتجديد عقد الإيجار، وعليه فإن هذا العقد ينتهي باختيار المستأجر لأحد هذه الخيارات،[461] فتملك المستأجر للعقار المؤجر أو العين المؤجرة يتم بإعلانه رغبته في تملك العين المؤجرة ومن ثم تنتقل له الملكية بإبرام عقد بيع ناقل للملكية بالثمن الذي يتفق عليه الأطراف بحيث يراعى في تحديده الأجرة المسددة طوال فترة عقد الإيجار التمويلي،[462] وقد تنتقل الملكية إلى المستأجر كأثر مباشر لانتهاء العقد إذا كان اتفاق الأطراف يتضمن ذلك.

وينتهي عقد الإيجار التمويلي كذلك بتجديد العقد، وذلك في حالة اختيار المستأجر إعادة استئجار العين المؤجرة بعد انتهاء مدة عقد الإيجار التمويلي الأول، فيتم الاتفاق على إعادة الاستئجار بموجب اتفاق جديد، فعقد الإيجار التمويلي غير قابل للتجديد الضمني أو الامتداد طبقاً للطبيعة الخاصة به وطبقاً لأحكام بعض القوانين المنظمة له التي استثنت عقد الإيجار التمويلي من ذلك صراحةً. وعادةً ما تكون الأجرة في العقد الجديد أقل بكثير عن أجرة المدة الأولى، وذلك لأن المستأجر يكون قد سدد الجانب الأكبر من ثمن شراء العين المؤجرة من خلال سلسلة المدفوعات النقدية التي أداها طوال مدة عقد الإيجار الأولى. إذ إنه يدخل في تقدير القيمة الإيجارية ثمن شراء العين المؤجرة وهامش الربح والفوائد. فإذا كان المستأجر سدد جزءاً كبيراً من ذلك في المدة الأولى فإن العدالة تقتضي تخفيض القيمة الإيجارية في المدة الثانية، لذا تكون شروط التجديد عادةً أخف من شروط العقد الأصلي.[463]

---

[461]– انظر في هذا المعنى: نجوى إبراهيم البدالى، المرجع السابق، ص 367. وكذلك: موزة حسن علي النعار، الآثار القانونية لعقد التأجير التمويلي، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة العلوم التطبيقية كجزء مكمل لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، مملكة البحرين، 2014، ص 148.

[462]– نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 369 ومابعدها.

[463]– المرجع نفسه، ص 385.

فإذا انتهت مدة الإيجار التمويلي دون أن يختار المستأجر تملك العين المؤجرة أو تجديد عقد الإيجار، فإنه يكون ملزماً بإعادة العين المؤجرة للمؤجر، لأنه بنهاية مدة العقد وعدم استعماله أيا من الخيارين السابقين يكون قد فقد السند القانوني للانتفاع بالعين المؤجرة، وبالتالي يلتزم المستأجر بردها إلى المؤجر،[464]ولقد منحت قوانين التأجير التمويلي المؤجر حمايةً لحقه في استرداد الأصل المؤجر بالنص صراحةً على حقه في اللجؤ إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب استرداد الأصول المؤجرة،[465]أو بتحديد حد أقصى للمدة التي يجب أن يبت فيها القضاء في طلب الاسترداد مانحاً الصفة المستعجلة لهذا الطلب.[466]

وقد ينتهي عقد الإيجار التمويلي قبل تمام تنفيذه، وذلك على اعتبار إنه أحد العقود الملزمة للجانبين، فعدم تنفيذ أحد طرفي العقد لالتزاماته المفروض عليه بموجب العقد يجيز للطرف الآخر طلب فسخه، والفسخ إما أن يكون اتفاقياً أو قضائياً أو بقوة القانون عند استحالة تنفيذه.[467]

أسباب الفسخ متعددة، فالفسخ القانوني يكون بتوفر إحدى الحالات التي نص عليها القانون، فقد نص قانون التأجير التمويلي المصري على أربع حالات للفسخ وهي:عدم أداء المستأجر للأجرة في المواعيد المتفق عليها، و إشهار إفلاس المستأجر أو إعلان إعساره، تصفية المستأجر إذا كان شخصاً اعتبارياً، وفاة المستأجر أو الشريك المتضامن في شركة الأشخاص المستأجرة،[468]فيحق للمؤجر اللجوء إلى القضاء بطلب تقرير الفسخ وإلزام المستأجر أو ورثته أو أمين التفليسة بإعادة الأصول المؤجرة له.

---

[464]– تنص المادة 20 من نظام الإيجار التمويلي السعودي على: " مع مراعاة ما ورد في المادة (التاسعة) من هذا النظام، يسلّم المستأجر الأصل المؤجر– بالحالة المتفق عليها في العقد– إلى المؤجر عند إنهاء العقد أو انفساخة أو انقضاء مدته، ما لم يختر المستأجر امتلاك الأصل المؤجر بموجب العقد.". كما تنص المادة 1/20 من قانون التأجير التمويلي المصري على:"عند انقضاء العقد بسبب فسخه أو لأي سبب آخر، دون تجديده ودون شراء المستأجر للمال، يلتزم المستأجر أو ورثته أو باقي الشركاء أو أمين التفليسة أو المصفي بحسب الأحوال بأن يسلم إلى المؤجر الأموال المؤجرة بالحالة المتفق عليها في العقد فإذا امتنع عن التسليم جاز للمؤجر أن يقدم عريضة إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة المختصة لاستصدار أمر بالتسليم، ويتبع في شأن هذه العريضة الإجراءات والأحكام المنصوص عليها في المادة (194) من قانون المرافعات المدنية والتجارية. ويصدر الأمر بالتسليم إذا كانت العريضة مشفوعة بالعقد وما يفيد انقضاءه واسم ومحل الملتزم بالتسليم".

[465]– المادة 1/20 من قانون التأجير التمويلي المصري.

[466]– تنص المادة 1/25 من نظام الإيجار التمويلي السعودي على:"1– إذا لم تسلم الأصول الثابتة المؤجرة في الأحوال المنصوص عليها في هذا النظام، فللمؤجر تقديم طلب إلى المحكمة المختصة لإصدار حكم بتسليم الأصل المؤجر، على أن يبت في الطلب خلال مدة أقصاها (ثلاثون) يوماً من تاريخ تقديمه."

[467]– انظر في هذا المعنى: موزة حسن علي النعار،المرجع السابق، ص 148 ومابعدها. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالي، المرجع السابق، ص 393 وما بعدها. وكذلك: هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 463 ومابعدها.

[468]– تنص المادة 19 من قانون التأجير التمويلي المصري على: "يعد العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار أو اتخاذ إجراءات قضائية في أي من الحالات الآتية: (أ)عدم قيام المستأجر بسداد الأجرة المتفق عليها في المواعيد ووفقاً للشروط المتفق عليها في العقد، ومرور ثلاثين يوماً =

في حين إن الفسخ الاتفاقي يكون بإدراج الشرط الفاسخ في العقد، حيث يتفق الطرفان على اعتبار عقد الإيجار التمويلي مفسوخاً من تلقاء نفسه في حال تحقق إحدى الحالات التي يتم الاتفاق عليها، وعادةً ما تنص عقود الإيجار على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة عدم أداء المستأجر للأجرة في المواعيد المتفق عليها،[469] كما قد ينتهي عقد الإيجار التمويلي اتفاقاً بإعمال الشرط الذي يجيز لأي من الطرفين طلب إنهاء العقد، وعادةً ما يقيد العقد من نطاق إعمال شرط التقايل باشتراط مدة محددة لا يجوز استعمال هذا الشرط خلالها أو بوجوب تقديم المستأجر للمؤجر مستأجراً آخر يحل محله في عقد الإيجار، فيكون شرط التقايل معلقاً على تنفيذ المستأجر لهذا الالتزام.[470]

أما انفساخ العقد بقوة القانون فإنه يكون في حالة هلاك الأصل المؤجر هلاكاً كلياً.[471]وقد نص نظام الإيجار التمويلي السعودي على حالة أخرى لانفساخ العقد بقوة القانون وهي صدور قرار عن السلطات

= على فوات هذه المواعيد مالم يتضمن العقد مدة أطول.

(ب) إشهار إفلاس المستأجر أو إعلان إعساره، وفي هذه الحالة لا تدخل الأموال المؤجرة في أموال التفليسة ولا في الضمان العام للدائنين.

على أنه يجوز لأمين التفليسة أن يخطر المؤجر بكتاب مسجل خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الحكم الصادر بإشهار الإفلاس، برغبته في استمرار العقد، وفي هذه الحالة يستمر العقد قائماً بشرط أداء القيمة الإيجارية في مواعيدها.

(ج) اتخاذ إجراءات التصفية قبل المستأجر إذا كان شخصاً اعتبارياً سواء أكانت تصفية إجبارية أو اختيارية، ما لم تكن بسبب الاندماج وبشرط عدم الإخلال بحقوق المؤجر المنصوص عليها في العقد.

(د) وفاة المستأجر أو الشريك المتضامن في شركة الأشخاص المستأجرة ما لم يطلب الورثة أو الشريك المتضامن الجديد استكمال تنفيذ العقد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الوفاة".

[469]– صبري خاطر، مصادر الإلتزام، المرجع السابق، ص 243 ومابعدها.

[470]– للمزيد انظر في هذا المعنى: مصطفى كمال طه، شريف مطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 102. وكذلك: موزة حسن علي النعار، المرجع السابق، ص 150 ومابعدها. وكذلك: هاني محمد دويدار، النظام القانون للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 468 ومابعدها. وتجدر بنا الإشارة هنا إلى: إن شرط التقايل يختلف عن الشرط الفاسخ، وإن كانا يرتبان ذات النتيجة وهي إنتهاء العقد وإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد، فكأن الإلتزام لم يكن، إلا إنهما مختلفان، فالفسخ يعتبر جزاء لإخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه، ولا يؤدي الشرط الفاسخ إلى زوال العقد بمجرد إخلال أحد المتعاقدين بإلتزامه بشكل مباشر، وإنما لا بد من أن يتمسك به المتعاقد الآخر، فضلاً عن إن عدم التنفيذ المؤدي للفسخ يستلزم إقامة الدعوى أمام القضاء الذي يكون حكمه بفسخ العقد في هذه الحالة مقرراً للفسخ لا منشئاً له. في حين إن التقايل هو إلغاء العقد بإتفاق الطرفين بعد إنعقاده بشرط بقاء المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد أحدهما، وتكيف الإقالة بين المتعاقدين على إنها فسخ أي يعود الحال بينهما إلى ما كان عليه قبل التعاقد، أما بالنسبة للغير فهي عقد جديد.وقد نظم المشرع البحرين الإقالة في القانون المدني في المادتين 148 و149، في حين نظم الفسخ الاتفاقي في المادة141. للمزيد انظر في هذا المعنى: خالد جمال، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، مصادر الالتزام، جامعة البحرين، الطبعة الثانية، 2002، ص181 ومابعدها. وكذلك: صبري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 234 ومابعدها، وكذلك:ص 243 ومابعدها.

[471]– المادة 1/21 من قانون التأجير التمويلي المصري، وتقابلها المادة 1/22 من نظام الإيجار التمويلي السعودي.

المختصة يمنع الانتفاع الكلي بالأصل المؤجر دون سبب من المستأجر.[472] أما إذا كان الهلاك هلاكاً جزئياً يُخل بالمنفعة، فإن الحق في الفسخ يتحقق إذا لم يقم المؤجر خلال ميعاد مناسب بإعادة الأصل المؤجر إلى الحالة التي كان عليها أو بإبداله بأصل مماثل يقبله المستأجر، كما يحق للمستأجر طلب تخفيض الأجرة بدلاً من الفسخ بما يتناسب مع المنفعة التي تعود عليه.[473]

ويترتب على فسخ عقد التأجير التمويلي، باعتباره من العقود الملزمة للجانبين، وفقاً للقواعد العامة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد. فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض، وبما إنه من العقود الزمنية فإن الفسخ يرتب أثره بالنسبة إلى المستقبل فقط، دون أن يكون له أثر رجعي،[474] وعليه فإن فسخ عقد التأجير التمويلي يُلزم المستأجر بإعادة الأصل المؤجر إلى المؤجر بالحالة المتفق عليها في العقد ودون أي تأخير ويترتب على عدم تنفيذه هذا الالتزام مسئوليته عن تعويض المؤجر عن هذا التأخير. كما يتحلل في المقابل المستأجر من التزامه بدفع الأجرة التي لم تحل بعد، أما الأجرة التي تكون استحقت قبل فسخ العقد فإنها تعد ملكاً خالصاً للشركة الممولة نظراً لانعدام الأثر الرجعي للفسخ،[475] وفي الفروض التي يرجع فيها الفسخ إلى خطأ المستأجر يقترن الشرط الفاسخ الصريح دائماً بشرط جزائي يحدد التعويض المقرر لشركة التأجير التمويلي عن التسبب في الفسخ.[476]

كذلك ينتهي عقد التأجير التمويلي بالتملك المبكر للأصل المؤجر من قبل المستأجر، فتؤول له ملكية الأصل المؤجر.

---

[472]– تنص المادة 3/22 من نظام الإيجار التمويلي السعودي على: " 3– إذا صدر عن السلطات المختصة ما يمنع الانتفاع الكلي بالأصل المؤجر دون سبب من المستأجر، ينفسخ عقد الإيجار وتسقط الأجرة من وقت المنع."

[473]– تنص المادة 2/22 من نظام الإيجار التمويلي السعودي على: " 2– إذا كان هلاك الأصل المؤجر هلاكًا جزئيًا مخلاً بالمنفعة، ولم يقم المؤجر خلال ميعاد مناسب بإعادة الأصل المؤجر إلى الحال التي كان عليها أو إبداله بأصل مماثل يقبله المستأجر؛ جاز للمستأجر فسخ العقد أو الاتفاق مع المؤجر على استمرار العقد وتعديل الأجرة بما يتناسب مع حال الهلاك الجزئي للأصل. وفي حال استمرار العقد على حاله، فلا أجرة على المدة التي استغرقت للإصلاح ما لم يعوضه المؤجر خلال هذه المدة بأصل آخر لا يقل عن الأصل المؤجر".

[474]– المادة 143 من القانون المدني البحريني.

[475]– مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 104 ومابعدها. وكذلك: موزة حسن علي النعار،المرجع السابق،ص 179 ومابعدها. وكذلك: نجوى إبراهيم البدالي ،المرجع السابق، ص 483 ومابعدها. وكذلك: هاني محمد دويدار،النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 493 ومابعدها.

[476]– موزة حسن علي النعار، المرجع السابق، ص 180 ومابعدها. وكذلك: هاني محمد دويدار، النظام القانوني للتأجير التمويلي، المرجع السابق، ص 512 ومابعدها.

المبحث الثاني

الإجارة المنتهية بالتمليك

تبنت المصارف الإسلامية الإيجار التمويلي وطورته بما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية تحت مسمى "الإيجار المنتهي بالتمليك". فما هو الإيجار المنتهي بالتمليك؟ وما حكمه شرعاً ؟ وما الفرق بينه وبين التأجير التمويلي قانوناً ؟ وما دوره في التمويل العقاري؟ وما أحكامه؟

المطلب الأول

فكرة الإجارة المنتهية بالتمليك

إن فكرة الإجارة المنتهية بالتمليك هي ذاتها فكرة الإيجار التمويلي والتي يقصد منها تقديم التمويل العيني للجهة أو الفرد الذي يكون بحاجة له لشراء الأصول التي يحتاجها، فيقوم المصرف الإسلامي بشرائها وتأجيرها له لمدة معينة على أن تؤول ملكية هذه الأصول في نهاية مدة عقد الإيجار إلى العميل بموجب عقد جديد ناقل للملكية في صيغة هبة أو عقد بيع. وذلك خلافاً لعقد الإيجار التمويلي الذي ينقل الملكية في بعض الأحيان تلقائياً إلى المستأجر مع نهاية عقد الإيجار وهو الأمر المحظور شرعاً لكونه يتضمن صفقتين في صفقة واحدة. لذا طور الفقهاء صورة الإيجار التمويلي بأن أضافوا لها الضوابط والأحكام الشرعية بما يتلاءم مع الشريعة الإسلامية وذلك تفادياً للوقوع في الشبهات والمحرمات.

وللوقوف على الملامح المميزة للإجارة المنتهية بالتمليك عن الإيجار التمويلي ومظاهر التطوير الذي أدخلتها المصارف الإسلامية على الإيجار التمويلي ليتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، فإننا سوف نبحث فكرة الإجارة المنتهية بالتمليك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الأول منه ماهية الإجارة المنتهية بالتمليك من خلال بيان تعريفها و مدى شرعيتها حيث إن الفتاوى الشرعية وضعت ضوابطاً خاصة لها لتتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، ونبحث في الفرع الثاني صورها.

الفرع الأول: ماهية الإجارة المنتهية بالتمليك:

يطلق على الإجارة المنتهية بالتمليك عدة مسميات منها الإيجار مع الوعد بالتمليك،[477]الإجارة والاقتناء،[478]الإجارة التمليكية.[479]وهي صورة مطورة من الإيجار التمويلي العادي فُرضت عليها ضوابط وأحكام شرعية خاصة لتصبح صيغة من صيغ التمويل الإسلامي المعتمدة من قبل المصارف الإسلامية والمستخدمة على نطاق واسع في جميع المجالات بشكل عام، وفي المجال العقاري بشكل خاص، حيث إنها تمول شراء العقارات وكذلك تمول بناء العقارات من خلال صورها المختلفة. فما ذا نعنى بالإجارة المنتهية بالتمليك؟ وماهي ضوابطها الشرعية التي تميزها عن الإيجار التمويلي؟

أولاً: تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك:

وضعت تعريفات عديدة للإجارة المنتهية بالتمليك نورد بعضاً منها على النحو التالي:

- "اتفاقية إيجار يلتزم فيها المستأجر بشراء الشيء المؤجر في الوقت المتفق عليه خلال مدة الإيجار أو بعدها بسعر يتفق عليه مسبقاً أو فيما بعد".[480]
- وقد عرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها:"تمليك منفعة بعض الأعيان كالدور والمعدات، مدة معينة من الزمن، بأجرة معلومة تزيد عادة عن أجرة المثل، على أن يملك المؤجر العين المؤجرة للمستأجر، بناء على وعد سابق بتمليكها، في نهاية المدة أو في أثنائها، بعد سداد جميع مستحقات الأجرة أو

---

[477]– هشام جبر، الإجارة المنتهية بالتمليك بين النظرية والتطبيق، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي: الخدمات المصرفية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، جامعة عجلون الوطنية،الأدرن،المنعقد في الفترة 15-2013/5/16،منشور على الموقع الإلكتروني: http://iefpedia.com/arab، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/29، ص 8 ومابعدها

[478]– محمد الفاتح محمود بشير المغربي، الإجارة المنتهية بالتمليك بين النظرية والتطبيق، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي:الخدمات المصرفية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، جامعة عجلون الوطنية، الأدرن، المنعقد في الفترة 15-2013/5/16، منشور على الموقع الإلكتروني: http://iefpedia.com/arab، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/29، ص 4.

[479]– عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للإجارة ، سلسة الأدلة الشرعية للعمل المصرفي، مجموعة دله البركة –قطاع الأموال شركة البركة للاستثمار والتنمية، منشور على موسوعة البركة للمعاملات المالية الإسلامية الالكترونية، ص 209.

[480]–علي محيي الدين القرة داغي،الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الإجارة،دراسة منشورة على الموقع الالكتروني الرسمي للمؤلف: http://www.qaradaghi.com، تاريخ الاطلاع عليها: 2016/8/2.

أقساطها، وذلك بعقد جديد، أي أن يتم تمليكها بعقد مستقل وهو إما هبة، وإما بيع بثمن حقيقي أو رمزي ."[481]

- وعرفها مصرف البحرين الإسلامي بأنها: " إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر (الزبون) في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها، بمعنى أن يعد المؤجر (البنك) المستأجر (الزبون) بأن يملّكه السلعة أو العقار المؤجر في نهاية المدة أو أي مدة يتفق عليها، ويعدُ المستأجر (الزبون) المؤجر(البنك) بأن يتملك السلعة أو العقار في نهاية المدة أو أي مدة يتفق عليها."[482]

- وقد عرف مصرف البحرين المركزي الإجارة المنتهية بالتمليك بأنها عقود الإجارة التي تنتهي بإنتقال ملكية الأصول المؤجرة إلى المستأجر.[483]

- وعرفتها هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأنها:" إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها، ويتم التمليك بإحدى الطرق المبينة في المعيار ".[484]

- كما عرفها القضاء البحريني بأنها:"الاتفاق الذي يتضمن تمليك منفعة بعض الأعيان كالعقارات والمعدات، مدة معينة من الزمن، بإجرة معلومة تزيد عادة عن أجرة المثل، على أن يمّلك المؤجر العين المؤجرة للمستأجر بناء على وعد سابق بتمليكها، في نهاية المدة أو أثناءها بعد سداد جميع مستحقات الإجارة أو أقساطها وذلك بعقد جديد مستقل إما بهبة وأما ببيع بثمن حقيقي أو رمزي."[485]

---

[481]– وهبة الزحيلي، الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك صور التطبيق ومدى شرعيتها، حولية البركة، مجموعة دلة البركة، العدد الثاني ، ديسمبر 2000، ص 106.

[482]– حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 60.

[483]- CBB Rulebook stated: “Ijarah Muntahia Bittamleek (see also Ijarah term): Ijarah contracts that end up with the transfer of ownership of leased assets to the lessee.” And also stated:"Ijarah: The transfer of ownership of a service for an agreed upon consideration. According to fuqaha, it has three major elements: a form, which includes an offer and a consent; two parties (a lessor (the owner of the leased asset), and a lessee (the party who reaps the services of the leased asset)); and the object of the (Ijarah) contract, which includes the rental amount and the service (transferred to the lessee)."CBB Rulebook, Volume 2- Islamic Banks, Part B, Glossary of Defined Terms:http://cbb.complinet.com/cbb/display/display.html?rbid=1821&record_id=2316&element_id=2316&highlight=IJARAH#r2316. Reviewed on: 23/12/2016.

[484]– ملحق (ج) التعريفات، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص 270.

[485]– الحكم رقم 32 لسنة 2013، الصادر بتاريخ 2013/7/2، عن غرفة البحرين لتسوية المنازعات، غير منشور.

ويمكننا القول بأن جميع هذه التعريفات مقاربة لتعريف الإيجار التمويلي قانوناً، فيمكن تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك بذات التعريفات المستخدمة للإيجار التمويلي، فكلاهما يقوم على ذات الفكرة مع وجود اختلافات بسيطة بينهما نبينها في ما بعد.

وفي اعتقادي إن التعريف الأشمل للإجارة المنتهية بالتمليك هو تعريف الدكتور وهبة الزحيلي، وهو ذات التعريف الذي اعتمده القضاء البحريني في أحكامه، والذي جاء شاملاً فبين نوع الأعيان المؤجرة، وبين جميع المراحل التي تمر بها الإجارة المنتهية بالتمليك بدءاً من الوعد بالاستئجار وحتى انتقال الملكية إلى المستأجر بعقد جديد مستقل وهو إما أن يكون عقد هبة أو عقد بيع سواء أكان بثمن حقيقي متمثلاً في سعر السوق أو بثمن رمزي.

ثانياً: شرعية الإيجار المنتهي بالتمليك:

عندما ظهرت الإجارة المنتهية بالتمليك أثارت تحفظاً لدى أكثر الفقهاء المعاصرين، وذلك نظراً لكونها تنطوي على عقدين في عقد واحد هما: الإيجار والتمليك، فقد روى عبدا لله بن مسعود أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: "نهى عن صفقتين في صفقة واحدة "،[486]وعلى هذا الأساس أفتت هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية بعدم جواز الإجارة المنتهية بالتمليك.[487]

و يقتصر تحريم هيئة كبار العلماء في السعودية على الصورة التي تنتقل فيها الملكية بصورة آلية بنهاية عقد الإجارة دون عقد جديد، فالاتفاق بين المؤجر والمستأجر منذ بداية العقد ذاته على نقل ملكية الأعيان المؤجرة إلى المستأجر بنهاية العقد، يتضمن عقدين في عقد واحد وهما الإيجار والبيع وهي الصورة

---

[486]– علي محيي الدين القرة داغي،المرجع السابق.

[487]– انظر في هذا المعنى إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 141. وكذلك: حمزة شعيب، درحمون هلال، الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في البنوك الإسلامية الجزائرية، بحث مقدم للملتقى الدولي الثاني للصناعة المالية الإسلامية:آلية ترشيد الصناعة المالية الإسلامية، المنعقد يومي 8-9 /2013/12، بالمدرسة العليا للتجارة، الجزائر،منشور على الموقع الالكتروني:http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/2. وكذلك: محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، أطروحة قدمت استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2003، منشورة على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليها: 2016/8/2.

المحرمة من قبل هيئة كبار العلماء، أما إذا أمكن فصل عقد البيع عن عقد الإيجار وجاء كل منهما مستقلاً عن الآخر، فلن يكون هناك جمعاً لعقدين في عقد واحد ومن ثم يزول سبب التحريم.[488]

وقد صدرت العديد من الفتاوى التي أجازت الإجارة المنتهية بالتمليك ونظمت إطارها الشرعي، نعرض أهمها على النحو التالي:

أ) فتوى الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي المنعقدة في الفترة 7-11 مارس 1987م:

أفتت الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي بصحة الإجارة المنتهية بالتمليك طالما روعي فيها ما يلي:[489]

أ. ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها طيلة تلك المدة.
ب. تحديد مبلغ كل قسط من أقساط الإجارة.
ج. نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بواسطة هبتها إليه تنفيذاً لوعد سابق بذلك بين المالك والمستأجر.

ب) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم44 (5/6) في دورته الخامسة المنعقدة بالكويت في الفترة 10-16 ديسمبر 1988م:[490]

جاء هذا القرار مؤكداً لمشروعية الإجارة المنتهية بالتمليك ومبيناً الصور الجائزة منها حيث نص على:

" أولاً: الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدائل أخرى، منها البديلان التاليان:
(الأول):البيع بالإقساط مع الحصول على الضمانات الكافية.
(الثاني):عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية:

---

[488]- انظر في هذا المعنى: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 1411. وكذلك: حمزة شعيب، درحمون هلال، المرجع السابق، ص 6. وكذلك: هشام جبر، المرجع السابق، ص4 ومابعدها.

[489]- انظر في هذا المعنى: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، مرجع لسابق، ص 1141 ومابعدها. وكذلك: عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للإجارة ، مرجع سابق.وكذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 110.

[490]- عبدالحق العيفة، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (1430/1403 هـ- 2009/1988)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (دون تاريخ)، منشور على الموقع الالكتروني لموسوعة الاقتصاد و التمويل الإسلامي:http://iefpedia.com، ص85، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/3.

- مد مدة الإجارة.
- إنهاء عقد الإجارة ورد العين المأجورة إلى صاحبها.
- شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة".

ج) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 110 (12/4) في دورته الثانية عشر المنعقدة بالمملكة العربية السعودية في الفترة 23-28 سبتمبر 2000 م:[491]

جاء هذا القرار مؤكداً للقرار الأول واضعاً ضوابط الصور الجائزة والصورة الممنوعة ومبيناً صورهما، حيث نص على:

"أولا: ضابط الصور الجائزة والممنوعة ما يلي:

أ- ضابط المنع: أن يرد عقدان مختلفان، في وقت واحد، على عين واحدة، في زمن واحد.

ب-ضابط الجواز:

1. وجود عقدين منفصلين يستقل كل منهما عن الآخر، زمانا بحيث يكون إبرام عقد البيع بعد عقد الإجارة، أو وجود وعد بالتمليك في نهاية مدة الإجارة. والخيار يوازي الوعد في الأحكام.
2. أن تكون الإجارة فعلية وليست ساترة للبيع.

ج- أن يكون ضمان العين المؤجرة على المالك لا على المستأجر وبذلك يتحمل المؤجر ما يلحق العين من غير تلف ناشئ من تعدي المستأجر أو تفريطه، ولا يلزم المستأجر بشيء إذا فاتت المنفعة.

د-إذا اشتمل العقد على تأمين العين المؤجرة فيجب أن يكون التأمين تعاونيا إسلاميا لا تجاريا ويتحمله المالك المؤجر وليس المستأجر.

هـ-يجب أن تطبق على عقد الإجارة المنتهية بالتمليك أحكام الإجارة طوال مدة الإجارة وأحكام البيع عند تملك العين.

و- تكون نفقات الصيانة غير التشغيلية على المؤجر لا على المستأجر طوال مدة الإجارة."

[491]- المرجع نفسه، ص 224 ومابعدها.

وعلى الرغم من صدور هذه الفتاوى و إجازة مجمع الفقه الإسلامي للإجارة المنتهية بالتمليك وبيانه ضوابطها وإجازة هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية لهذه المعاملة إلا إن بعض الفقهاء المعاصرين مازال يرى إنها تثير العديد من الشبهات الشرعية منها على سبيل المثال شبهة اجتماع صفقتين في صفقة واحدة، بيع العينة، اشتراط عقد في عقد، تعليق عقد الهبة على شرط في المستقبل، الإلزام بالوعد وهو ما جعل البعض يقول بعدم جوازها،إلا إن جمهور الفقهاء قد قال بجوازها مع اشتراط مراعاة الضوابط الفقهية.[492]وعليه نخلص إلى إن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك عقد جائز شرعاً إذا روعيت الضوابط التي وضعها مجمع الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: صور الإجارة المنتهية بالتمليك:

تتخذ الإجارة المنتهية بالتمليك في الواقع المصرفي عدة صور وذلك بحسب طرق نقل الملكية في نهايتها وحسب خطواتها ما إذا كانت إجارة حالة أو كانت موصوفة وكذلك نظراً لطبيعة العين المؤجرة، وكذلك تقسم صور الإجارة المنتهية بالتمليك حسب جوازها إلى صور جائزة وصور غير جائزة شرعاً، نبين أبرزها وذلك على النحو التالي:

أولاً: صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطريقة انتهائها:

تقسم صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطريقة انتهائها بنقل ملكية العين المؤجرة من المصرف (المؤجر) إلى العميل (المستأجر)، وذلك على النحو التالي:[493]

---

[492]– انظر في هذا المعنى: عبدالكريم عبدالجواد عجم، المقاصد الشرعية من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك كعقد مطبق في الشريعة الإسلامية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/29. وكذلك: محمد يوسف عارف الحاج، المرجع السابق،ص 112 ومابعدها.

[493]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 50 ومابعدها. وكذلك: حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص40 ومابعدها. وكذلك:حنان القضاة، هناء محمد الحنيطي وخولة عبدة خولة عبدة، البيع التدريجي في الإجارة المنتهية بالتمليك، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الثاني: الخدمات المصرفية الإسلامية بين النظرية والتطبيق،جامعة عجلون الوطنية، الأردن،المنعقد يومي 15- 2013/5/16، منشور على الموقع الإلكتروني:http://www.shatharat.net/vb/showthread.php?t=38641،تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/26.وكذلك:محمد عبدالكريم المومني، الإجارة المنتهية بالتمليك بين النظرية والتطبيق، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي الثاني: الخدمات المصرفية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، جامعة عجلون الوطنية، الأردن، المنعقد يومي 15-2013/5/16، ص 15ومابعدها، منشور على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com/arab، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/29. وكذلك:محمد الفاتح محمود بشير المغربي، المرجع السابق، ص12. وكذلك:هشام جبر، المرجع السابق، ص 13.

- **الإجارة المنتهية بالتمليك عن طريق الهبة:** يتم إبرام عقد الإجارة مقروناً بوعد من المؤجر بهبة العين للمستأجر بعد سداد جميع الأقساط، فتنتقل فيها ملكية الأصل المؤجر إلى المستأجر بإبرام عقد هبة تنفيذا لوعد سابق بها، و ذلك بمجرد سداد القسط الإيجاري الأخير أو بإصدار عقد هبة معلق على شرط سداد أقساط الإجارة، وحينئذ تنتقل الملكية تلقائيا إلى المستأجر دون حاجة لإبرام عقد جديد، ودون ثمن سوى ما دفعة المستأجر من المبالغ التي تم سدادها كأقساط إجارة.[494]

- **الإجارة المنتهية بالتمليك عن طريق البيع بثمن رمزي أو غير رمزي:** يقترن في هذه الصورة عقد الإجارة بوعد بإبرام عقد البيع، وهذا الوعد بالبيع محدد فيه ثمن رمزي (لا يتكافأ مع قيمة الأصل المؤجر عند البيع) أو ثمن غير رمزي للأصل المؤجر يدفعه المستأجر بعد انتهاء مدة الإجارة، وبذلك يصبح الأصل المؤجر مباعا ومملوكا للمستأجر منفعة وذاتا عند سداد الثمن المتفق عليه.[495]

- **الإجارة المنتهية بالتمليك عن طريق البيع بباقي الأقساط:** وهنا يقترن عقد الإجارة بوعد من المالك (المؤجر) بأنه سيبيع الأصل المؤجر إلى المستأجر في أي وقت يرغب فيه، خلال مدة الإجارة مع تحديد الثمن بأنه عبارة عن بقية أقساط الإجارة حين إبداء الرغبة في الشراء.[496]

- **الإجارة المنتهية بالتمليك عن طريق البيع التدريجي:** يقترن عقد الإجارة بوعد من المالك (المؤجر) بأنه سيبيع للمستأجر أجزاء من الأصل المؤجر بالتدريج إلى أن يتم تمليكه جميع الأصل وذلك بتحديد ثمن إجمالي للأصل وتقسيمه على مدة الإجارة، فتكون الأجرة عبارة عن ثمن جزئي للأصل، ويتم استكمال ملكية الأصل مع انتهاء عقد الإجارة.[497]

- **الإجارة المنتهية بالتخيير:** يمكن المؤجر المستأجر في عقد الإجارة من الانتفاع بالعين المؤجرة، على أن يكون للمستأجر في نهاية مدة الإجارة أحد الخيارات الثلاثة التالية:[498]

---

[494]– حنان القضاة، هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، المرجع السابق. وكذلك:محمد عبدالكريم المومني، المرجع السابق.

[495]– حنان القضاة، هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، المرجع السابق. وكذلك:محمد عبدالكريم المومني، المرجع السابق.

[496]– حنان القضاة، هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، المرجع السابق. وكذلك: محمد عبدالكريم المومني، المرجع السابق.

[497]– حنان القضاة، هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، المرجع السابق. وكذلك: محمد عبدالكريم المومني، المرجع السابق.

[498]– انظر هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 51. وكذلك:حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص42 ومابعدها. وكذلك: محمد عبدالكريم المومني،المرجع السابق،ص15. وكذلك منذر قحف، أساسيات التمويل الإسلامي، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية، ماليزيا، 2001، ص 103.

1. تملك العين المؤجرة مقابل ثمن يراعى في تحديده المبالغ التي سبق له دفعها كأقساط إيجار، ويكون هذا الثمن عادةً محدداً عند بداية التعاقد بسعر رمزي، أو بسعر السوق عن نهاية العقد.
2. مد مدة الإجارة لفترة إيجارية أخرى بقيمة إيجارية أقل من أجرة المدة الأولى.
3. إعادة الأعيان المؤجرة إلى المؤجر.

ثانياً: صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطريقة انعقادها:

تقسم صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطريقة انعقادها وما تتضمنه من خطوات إلى أربع صور:

1. **الإجارة المنتهية بالتمليك العادية:** وهذه الصورة أبسط صور الإجارة المنتهية بالتمليك، ففي حالة ملكية المصرف الإسلامي للعقار أو العين المراد استئجارها وتملكها من قبل العميل، يصار إلى عقد إجارة منتهية بالتمليك يستأجر فيها العميل العين المملوكة للمصرف إجارة منتهية بالتمليك يحدد الطرفان فيه طريقة انتقال الملكية في نهاية مدة الإيجار.[499]

2. **الإجارة للآمر بالشراء مع التملك:** في هذه الصورة يكون الأصل المراد استئجاره وتملكه من قبل العميل موجود ولكنه غير مملوك للمصرف، فيقوم المصرف بشراء هذا الأصل بعد تعيينه وتحديده من قبل العميل، والذي يكون في هذه الحالة آمراً بالشراء وواعداً بالاستئجار، وبعد تملك المصرف لهذا الأصل يبرم المصرف عقد إجارة منتهية بالتمليك مع العميل– الآمر بالشراء والواعد بالاستئجار– يحدد فيه الأجرة ومدة الإيجار وطريقة انتقال الملكية إلى العميل.[500]

3. **الإجارة للآمر بالاستصناع مع التملك (الإجارة الموصوفة):** في هذه الصورة يكون الأصل المراد استئجاره وتملكه من قبل العميل غير موجود أساساً ويحتاج إلى صناعة أو بناء، فيبرم المصرف عقد إجارة موصوفة بالذمة مع العميل كمستأجر يلتزم المصرف من خلاله بتسليم العميل العين أو العقار المتفق عليه حسب المواصفات المتفق عليها وذلك خلال المدة المحددة، ويتفق المصرف مع مقاول أو مهندس لتجهيز العين أو العقار المطلوب، وبعد أن تجهز العين المراد استئجارها وتصبح

---

[499]– منذر قحف، المرجع السابق، ص 102.

[500]– انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص61. وكذلك: منذر قحف، المرجع السابق، ص 102.

موجودة، يتم إبرام عقد إجارة منتهية بالتمليك بين المصرف والعميل يتم من خلاله تحديد كافة الشروط وطريقة انتقال الملكية للعميل المستأجر.[501]

4. **الشراء من البائع والإجارة له مع التملك (التأجير التمويلي اللاحق):** هذه الصورة تقابل إحدى صور التأجير التمويلي قانوناً و هي صورة التأجير التمويلي اللاحق، وبموجبها تقدم السيولة النقدية للعميل دون أن يفقد العميل المنافع التي يجنيها من أصوله وممتلكاته. فيقوم المصرف بشراء أحد أصول العميل بغض النظر عما إذا كان عقاراً أو معدات، ومن ثم يؤجر هذا الأصل إلى العميل ذاته بموجب عقد إجارة منتهية بالتمليك يتم تحديد مدة الإجارة والأجرة فيه وطريقة انتقال الملكية مجدداً إلى العميل، فيحصل العميل بذلك على السيولة التي تلزمه دون أن يفقد المنافع التي يجنيها من الأصل الذي باعه، وذلك بتغير صفته من كونه مالكاً إلى كونه مستأجراً لذلك الأصل الثابت الذي باعه. [502]

ثالثاً: صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطبيعة العين المؤجرة:

تقسم صور الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً لطبيعة العين المؤجرة إلى:

1. **الإجارة المنتهية بالتمليك للمنقولات:** في الإجارة المنتهية بالتمليك للمنقولات تمول المعدات الإنتاجية وأدوات العمل والمحال التجارية والحرفية وعناصرها المعنوية وكذلك تمول حاجات الأفراد، فمن ضمن الأمور الممولة بالإجارة المنتهية بالتمليك الطائرات،[503]والحافلات،[504] وأجهز الحاسب الآلي (الكمبيوتر) والبرامج الخاصة بهذه الأجهزة.[505]

---

[501]– انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 62. وكذلك: منذر قحف، المرجع السابق، ص 102.

[502]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 52. وكذلك: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 60. وكذلك: منذر قحف، المرجع السابق، ص 100.

[503]– الفتاوى الشرعية في المعاملات المصرفية، مصرف الشامل، المرجع السابق، ص 82. وكذلك: فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف البحرين الإسلامي من عام 1979– 2014، المرجع السابق، ص 162 ومابعدها.

[504]–الفتاوى الشرعية في المعاملات المصرفية، مصرف الشامل، المرجع السابق، ص 82 ومابعدها.

[505]– المرجع نفسه، ص 85 ومابعدها.

2. **الإجارة المنتهية بالتمليك للعقارات:** تلعب الإجارة المنتهية بالتمليك التي تتيحها المصارف وشركات التمويل الإسلامية لعملائها دوراً مهماً وبارزاً في المجال العقاري، فهي تمول عن طريق الإجارة المنتهية بالتمليك فعلياً:[506]

أ. شراء العقارات.

ب. بناء العقارات، وذلك عن طريق الإجارة الموصوفة في الذمة، حيث يتفق المصرف مع العميل على المواصفات، ثم يتعاقد المصرف مع مقاول لبناء العقار حسب المواصفات المطلوبة أو قد يوكل العميل نفسه في التعاقد مع المقاول لبناء العقار المطلوب، ويبدأ عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بعد بناء العقار وتسليمه للعميل.

ج. القروض الشخصية، التي تقدم السيولة النقدية للعميل بغض النظرعن سبب الحاجة للسيولة كأن يكون لسداد ديونه أو ترميم عقاره أو لأي غرض آخر، عن طريق الإجارة المنتهية بالتمليك، وذلك في الحالة التي تكون العين المؤجرة فيها أساساً مملوكة للعميل، فيقوم المصرف بتملكها عن طريق شراءها وسداد ثمنها للعميل ومن ثم يؤجرها له بموجب عقد إجارة منتهية بالتمليك.

وتعتبر الإجارة المنتهية بالتمليك الصيغة الثانية في التمويل العقاري للأفراد بعد المرابحة للآمر بالشراء، حيث تقدمها أغلب المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين ومنها على سبيل المثال مصرف السلام، بنك البحرين الإسلامي، بيت التمويل الخليجي، بنك الإثمار، بنك البركة، وكذلك شركة ريف للتمويل العقاري،[507] كما إن بعض هذه المصارف اقتصر في تقديم الإجارة المنتهية بالتمليك على المجال العقاري فقط كبنك البحرين الإسلامي.[508]

---

[506]– انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 63. وكذلك: الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية و الاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 30 ومابعدها.

[507]– انظر : المواقع الإلكترونية الرسمية لهذه المصارف السابق الإشارة إليها، تاريخ الإطلاع عليها: 2016/8/18.

[508]– انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ،المرجع السابق، ص 63. وكذلك: الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي،ص 30.

رابعاً: الصور الجائزة والصور غير الجائزة شرعاً:

بين قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 110 (12/4) في دورته الثانية عشر المنعقدة بالمملكة العربية السعودية في الفترة 23-28 سبتمبر 2000م الصور الجائزة للإجارة المنتهية بالتمليك والصور الممنوعة منها، وهي:[509]

1) الصور الجائزة:

أ- عقد إجارة يُمكِّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، يقترن به عقد هبة العين للمستأجر، معلقا على سداد كامل الأجرة وذلك بعقد مستقل، أو وعد بالهبة بعد سداد كامل الأجرة.

ب- عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في شراء العين المأجورة بسعر السوق عند انتهاء مدة الإجارة.

ج- عقد إجارة يمكِّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة في مدة معلومة، يقترن به وعد ببيع العين المؤجرة للمستأجر بعد سداد كامل الأجرة بثمن يتفق عليه الطرفان.

د- عقد إجارة يمكِّن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، مقابل أجرة معلومة، في مدة معلومة، ويعطي المؤجر للمستأجر حق الخيار في تملك العين المؤجرة في أي وقت يشاء، على أن يتم البيع في وقته بعقد جديد بسعر السوق،أو حسب الاتفاق في وقته.

---

[509]- انظر في هذا المعنى: الموقع الإلكتروني لمجمع الفقه الإسلامي: http://www.iifa-aifi.org/2061.html،تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/27. وكذلك: عبدالحق العيفة، المرجع السابق، ص 224 ومابعدها. و للمزيد انظر في هذا المعنى إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، 1147 ومابعدها.وكذلك: حمزة شعيب، درحمون هلال، المرجع السابق، ص 8 ومابعدها. وكذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 115.

2) الصور غير الجائزة:[510]

أ- عقد إجارة ينتهي بتملك العين المؤجرة مقابل ما دفعه المستأجر من أجرة خلال المدة المحددة، دون إبرام عقد جديد، بحيث تنقلب الإجارة في نهاية المدة بيعا تلقائياً.

ب- إجارة عين لشخص بأجرة معلومة، ولمدة معلومة، مع عقد بيع له معلق على سداد جميع الأجرة المتفق عليها خلال المدة المعلومة، أو مضاف إلى وقت في المستقبل.

ج- عقد إجارة حقيقي يقترن به بيع بخيار الشرط لصالح المؤجر، ويكون مؤجلا إلى أجل طويل محدد (هو آخر مدة عقد الإيجار).

كما بين هذا القرار الضوابط الشرعية للصور الممنوعة والصور الجائزة، كما سبق بيانها إبان بحثنا لشرعية وجواز الإجارة المنتهية بالتمليك، وهو ما نحيل معه القارىء لها منعاً من التكرار.

وعليه نخلص إلى إن صور الإجارة المنتهية بالتمليك مقاربة جداً لصور الإيجار التمويلي، بل إن بعض الصور موحدة بين الاثنين كما في حالة التأجير مع إعطاء الخيار للمستأجر في نهاية العقد بأن يتملك العقار أو أن يمدَ مدة الإجارة لمدة أخرى أو إعادة العين المؤجرة، وكذلك حالة الإيجار التمويلي اللاحق فهي متاحة في التأجير التمويلي وكذلك في الإجارة المنتهية بالتمليك.

---

[510]- انظر في هذا المعنى: الموقع الإلكتروني لمجمع الفقه الإسلامي: http://www.iifa-aifi.org/2061.html،تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/27. وكذلك: عبدالحق العيفة، المرجع السابق، ص 224 ومابعدها. و للمزيد انظر في هذا المعنى إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، المرجع السابق، 1147 ومابعدها.وكذلك: حمزة شعيب، درحمون هلال، المرجع السابق، ص 8 ومابعدها. وكذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، 115.

- **الفرق بين التمويل الإيجاري في القانون والإجارة المنتهية بالتمليك في الفقه الإسلامي:**

بعد دراستنا لمفهوم الإجارة المنتهية بالتمليك من الناحية الشرعية ودراستنا لصورها المختلفة والصور الجائزة والصور الممنوعة منها، وضوابط الإجازة والمنع يتبين لنا بأنها تختلف عن الإيجار التمويلي في عدة أمور، فالفروقات الأساسية بينهما هي:[511]

- تنتقل الملكية من المؤجر إلى المستأجر في بعض عقود الإيجار التمويلي تلقائياً بانتهاء مدة الإجارة إذا كان المستأجر ملتزماً بسداد الأجرة، بينما في الإجارة المنتهية بالتمليك فإنه يتوجب إبرام عقد تملك سواء أكان بيعاً أو هبة بشكل مستقل عن عقد الإجارة.
- إن الصيانة والتأمين تقع على عاتق المستأجر عادةً في عقود الإيجار التمويلي، بينما في عقود الإجارة المنتهية بالتمليك فإن الصيانة الأساسية والتأمين يقع على عاتق المؤجر ولا يجوز له أن يشترطها على المستأجر.
- تبعة الهلاك تقع على عاتق المؤجر إذا لم تكن بسبب المستأجر، ولكن في عقود الإيجار التمويلي من الممكن الاتفاق على تحمل المستأجر لها، بينما في عقود الإجارة المنتهية بالتمليك فإنه لا يجوز الاتفاق على ذلك.

ويمكننا القول بأن نظام التمويل الإيجاري السعودي جاء متوافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالصيانة والتأمين و تبعة الهلاك، إلا إنه بحاجة لإدخال تعديل عليه ليصبح كذلك متوافقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية في مسألة انتقال الملكية، حيث تنص المادة 1/2 على:" 2- دون إخلال بأحكام تملك العقار لغير السعوديين، يجوز انتقال ملكية الأصول المؤجرة للمستأجر وفقاً لأحكام العقد، إما بشرط يعلق التملك على سداد دفعات العقد، أو سدادها مع مبلغ محدد، أو بوعد بالبيع بثمن رمزي، أو بثمن يتفق عليه في العقد، أو بقيمة الأصل وقت إبرام عقد البيع، أو بالهبة."

[511]- انظر في هذا المعنى:أحمد حمد الرشود، يوسف محمد العلي، المرجع السابق،ص191. وكذلك: عبدالله الزبير عبدالرحمن، البيع الإيجاري وموقف الفقه الإسلامي منه، منشور على الموقع الإلكتروني:http://www.azubair.com/azubair/index.php/main/index/27/1/contents،تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/20.

فعلى الرغم من استعراضه لصور الإجارة المنتهية بالتمليك إلا إنه لم ينص صراحةً على وجوب إبرام عقد منفصل لنقل الملكية، في حين إن صياغة المادة تحتمل التملك التلقائي، لذا من الأفضل أن يتم تعديلها بإضافة ما يفيد اشتراط نقل الملكية بعقد تملك – هبة أو بيع– منفصل عن عقد الإجارة كما هو منصوص عليه في المادة 11 من اللائحة التنفيذية في حالة التملك المبكر.[512]

- **الخطوات العملية للإجارة المنتهية بالتمليك:**

ولتكتمل فكرة الإجارة المنتهية بالتمليك فإنه لابد لنا من بيان خطواتها العملية لتضحى صورتها واضحة للقارىء، حيث يمكننا تلخيص خطواتها العملية على النحو التالي:[513]

1. يقوم طالب التمويل (المستأجر) بتحديد العين التي يرغب بالانتفاع بها ويخطر المصرف بها وبمواصفاتها، سواء أكانت هذه العين مملوكة للمصرف أو غير مملوكة له، أو موجودة أو غير موجودة أساساً، بحاجة للبناء أو الصناعة.
2. في حالة عدم ملكية المصرف للعين المراد استئجارها، يقوم المصرف بشرائها من مالكها، وفي حالة عدم وجودها يقوم المصرف بالتعاقد مع مقاول أو مهندس لبناء العين المراد استئجارها حسب المواصفات المحددة من قبل العميل.
3. في حالة عدم وجود العين المراد استئجارها وحاجتها إلى البناء والصناعة، فإنه يتم توقيع عقد إجارة موصوفة بالذمة، يتعهد بموجبها المصرف بتأجير العميل العين المراد استئجارها بعد تمام بنائها أو صناعتها حسب المواصفات المحددة من قبله. كما يمكن أن يتم توقيع عقد إجارة موصوفة بالذمة كذلك في حالة عدم ملكية المصرف للعين المراد استئجارها، بحيث يتعهد المصرف بتأجير العين المراد استئجارها للعميل بعد تملكه إياها وشرائه لها من قبل مالكها الأصلي.

---

[512]– تنص المادة1/11 من اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار التمويلي السعودي على : " إذا اختار المستأجر امتلاك الأصل المؤجر بموجب العقد في أي وقت، فيحق له التملك المبكر لذلك الأصل بملحق منفصل يبرم به البيع أو الهبة، وذلك بتعجيل سداد الأقساط المتبقية دون تحمل كلفة الأجل عن المدة المتبقية من العقد."

[513] – انظر في هذا المعنى: إضاءات، نشرة توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية، دولة الكويت، العدد التاسع،أبريل2011، ص5. وكذلك:حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص62 ومابعدها.وكذلك: محمد الفاتح محمود بشير المغربي، المرجع السابق، ص 20. وكذلك:محمد عبدالكريم المومني، المرجع السابق، ص 12. وكذلك: منذر قحف، المرجع السابق، ص 96 ومابعدها.

4. بعد أن يتملك المصرف العين المراد استئجارها أو بعد تمام بناءها، يبرم المصرف عقد إجارة منتهية بالتمليك مع العميل، وذلك بعد الاتفاق على كافة شروط العقد من ناحية مبلغ الأجرة، مدة الأجرة، طريقة انتقال الملكية سواء أكان عن طريق عقد هبة أو بيع بثمن حقيقي أو ثمن رمزي أو عن طريق البيع ببقية الأقساط أو البيع التدريجي أو غيرها من الطرق.

هذه الخطوات هي الخطوات العامة لعملية الإجارة المنتهية بالتمليك ومن الممكن أن يختلف تطبيقها من الناحية العملية من مصرف لآخر ومن عملية لأخرى حسب حاجة العميل المراد تمويله وحسب رؤية المصرف و تصوره للعملية المراد تمويلها.

المطلب الثاني

التنظيم القانوني للإجارة المنتهية بالتمليك

إلى جانب الفروقات والاختلافات بين الإيجار التمويلي والإجارة المنتهية بالتمليك السابق بيانها، فإن التنظيم القانوني لهما كذلك يختلف، فقد بينا سابقاً خلو القانون البحريني من تنظيم قانوني للإيجار التمويلي وهو ما يتم معه اللجوء إلى تطبيق أحكام قانون إيجار العقارات والقانون المدني، و كذلك قانون مصرف البحرين المركزي وتعليماته، و كذلك إلى قانون التسجيل العقاري ولائحته التنفيذية.

أما الإجارة المنتهية بالتمليك فيمكننا القول بوجود تنظيم قانوني للأحكام الشرعية لها، متمثل في المعيار الشرعي رقم 9 "الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك" الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، الواجب التطبيق من قبل المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية المرخص لها في مملكة البحرين بناءاً على تعليمات مصرف البحرين المركزي. إلاإن هذا التنظيم بحاجة إلى تنقيح ودراسة من الجانب القانوني، فالمصارف الإسلامية تخضع لنظام قانوني مزدوج يجمع بين الأحكام القانونية والشرعية في آن واحد، فالمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة بمثابة القرارات الإدارية التي يجب أن لا تتعارض مع التشريعات النافذة الأعلى منها خاصةً المتعلقة بأحكام النظام العام.

وعليه سوف نبحث التنظيم القانوني للإجارة المنتهية بالتمليك من خلال بحث الأحكام الخاصة بها وذلك ببيان محلها وآثارها القانونية في الفرع الأول، ومن ثم بحث تكييفها القانوني والشرعي في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الأول:الأحكام الخاصة بالإجارة المنتهية بالتمليك:

أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بتاريخ 2002/5/6 المتطلبات الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، وقد أعيد إصدار هذه المتطلبات باسم المعيار الشرعي رقم (9) "الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك" بعد إدخال بعض التعديلات عليه.[514] وسوف ندرس الأحكام الخاصة بهذا العقد طبقاً للمعيار الشرعي الصادر عن هيئة المحاسبة وذلك على النحو التالي:[515]

أولاً: محل عقد الإجارة:

يرتب عقد الإجارة المنتهية بالتمليك التزامات متبادلة على عاتق طرفيه، فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المأجور، ويلتزم المستأجر في المقابل بدفع الأجرة المتفق عليها، فمحل عقد الإجارة محل مزدوج، يتكون من المنفعة التي ترد على العين المؤجرة والأجرة المتفق عليها وهو ما سنبينه على النحو التالي:

أ) العين المؤجرة:

يشترط في العين المؤجرة أن تكون موجودة أو قابلة للوجود،[516]وأن تكون معينة بذاتها أو قابلة للتعيين،[517]وأن تكون غير قابلة للاستهلاك، فيمكن الانتفاع بها مع بقائها بعد استيفاء المنفعة،[518]وأن يكون مقدور على تسليمها، والقدرة على ذلك تشمل ملك الأصل وملك المنفعة،[519]وهي ذات الشروط الواجب توافرها في العين المؤجرة قانوناً،[520]ملكية المؤجر للعين المؤجر أو ملكيته منفعتها شرط أساسي لصحة عقد الإجارة،

---

[514]– ملحق (أ) نبذة تاريخية عن إعداد المعيار، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 257 ومابعدها.

[515]– المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 241–255.

[516]– المادة 5/3، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 242.

[517]– المادة 2/1/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 246.

[518]– المادة 1/1/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 246.

[519]– عبدالوهاب إبراهيم أبو سلمان، المرجع السابق، ص 31.

[520]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 299 ومابعدها. وكذلك: عبدالوهاب إبراهيم أبو سلمان، المرجع السابق، ص 32.

فيشترط لصحة عقد الإجارة التي تقع على شيء معين أن يسبق العقد تملك العين المراد إجارتها أو تملك منفعتها،[521]فإذا كانت العين أو منفعتها مملوكة للمصرف الإسلامي فيجوز عقد الإجارة عند اتفاق الطرفين،[522]أما إذا كانت العين المراد استئجارها غير مملوكة للمصرف وسيتملكها المصرف بشرائها من الغير فلا تنعقد الإجارة إلا بعد تملك المصرف للعين.[523]

و يجيز المعيار الشرعي للإجارة تملك العين من شخص أو جهة ومن ثم إجارتها نفسها إلى من تملكها المصرف منه و لكن لا يجوز اشتراط الإجارة في البيع الذي حصل به تملك المصرف للعين.[524] وعلة منع اشتراط الإجارة في البيع هو أن تعليق عقود الشراء على وجود عقد الإجارة لا يجوز شرعاً استناداً إلى نهي الرسول ﷺ عن بيعتين في بيعة،[525]فكلا العقدين (البيع والإجارة) يُعدان بيع من الناحية الشرعية، فالأول يرد على الملكية والثاني يرد على المنفعة.

فإذا تخلف شرط ملكية المؤجر للعين المؤجرة أو ملكيته لمنفعتها كان العقد فاسداً أي باطلاً.[526] وعليه فإن إيجار ملك الغير، وهو الإيجار الصادر من شخص غير مالك لا لرقبة الشيء المأجور ولا لمنفعته، وليس له الحق في إدارته، عقد باطل من الناحية الشرعية. وعلى عكس ذلك فلقد استقر الفقه على إن هذا الإيجار إيجار صحيح و نافذ بين طرفيه ولكنه غير نافذ في حق المالك الحقيقي إلا بإجازته له.[527]

ولقد نص المعيار على صحة التملك بعقد البيع ولو لم يتم تسجيله باسم المصرف.[528]وهذا النص يخالف المادة (17) من قانون التسجيل العقاري التي تنص على وجوب قيد حميع التصرفات المنشئة أو المقررة للحقوق العينية العقارية الأصلية والتبعية، حيث يترتب على عدم قيد هذه التصرفات إنها لا تنشأ ولا

---

[521]– المادة 1/3، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص242.

[522]– المادة 1/1/3، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 242.

[523]– المادة 2/1/3، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص242 ومابعدها.

[524]– المادة 2/3، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 243.

[525]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 260.

[526]– فؤاد محمد الكبيسي، المرجع السابق، ص 63.

[527]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص294 ومابعدها. وكذلك: سمير تناغو، المرجع السابق، ص50. وكذلك:عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، الجزء السادس الإيجار والعارية، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص67.

[528]– المادة 2/1/3، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 243.

تتقرر ولا تنتقل لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم فعدم تسجيل عقد شراء العقار لدى التسجيل العقاري لا ينقل الملكية للمشتري،[529] وبالتالي فهو في نظر القانون غير مالك فلا يصح المفترض إبرام عقد الإجارة من الناحية الشرعية منه، فهذا النص متعلق بالنظام العام، شُرع لحماية المصالح المشروعة.

فعلى الرغم من أن الأصل في عقد البيع بأنه عقد رضائي، إلا إن الطبيعة الخاصة للعقار اقتضت وأوجبت تسجيله وقيده. وبما إن هذا النص مخالف للنظام العام فيجب عدم تطبيقه من قبل المصارف والمحاكم، فهو يسهل التلاعب بالأحكام الشرعية ويؤكد على صورية بعض عقود التمويل التي تبرمها هذه المصارف، خصوصاُ في إطار الإجارة المنتهية بالتمليك، فإنه يتوجب التسجيل لتكون العقود صحيحة من الناحية القانونية والشرعية كذلك، وذلك حماية للمصالح ولاستقرار الحقوق.

ولقد قضت غرفة البحرين لتسوية المنازعات بعدم جواز تأجير المصرف للعقار إجارة منتهية بالتمليك إستناداً إلى عقد بيع عرفي، حيث نصت حيثيات حكمها على "إن عقد البيع العرفي المؤرخ 8 يونيو 2008 ببيع المدعى عليه الثاني أرض البسيتين للبنك المدعي لم يسجل بعد فلا يرتب سوى إلتزامات شخصية بين طرفيه وليس من شأنه نقل الملكية إلى المدعي لأن الملكية لا تنتقل إلا بالتسجيل، وبالتالي ما كان يجوز للبنك المدعي تأجير العقار سالف الذكر إلى المدعى عليها الأولى قبل أن يتملكه".[530]

واستناداً إلى ذلك فقد فسرت الغرفة بأن حقيقة وطبيعة العقد الذي يربط بين طرفي هذه الدعوى عقد قرض تجاري وليس عقد إجارة منتهية بالتمليك، وهو ما يكون معه البند الوارد بالمعيار الشرعي للإجارة الذي ينص على صحة التملك بعقد البيع ولو لم يتم تسجيله بحاجة إلى التعديل من قبل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية.

---

[529]– تنص المادة 17 من قانون رقم 13 لسنة 2013 بإصدار قانون التسجيل العقاري على:" يجب أن تُقيد في السجل العقاري جميع التصرفات المنشئة أو المقررة أو الناقلة للحقوق العينية العقارية الأصلية و التبعية أو التي من شأنها زوال أي حق من هذه الحقوق، وكذلك الأحكام القضائية النهائية المثبتة لشيء من ذلك، والإقرارات بالتنازل عن مرتبة قيد الحقوق العينية التبعية.

ويترتب على عدم القيد في السجل العقاري أن الحقوق المذكورة في الفقرة الأولى من هذه المادة لا تنشأ ولا تتقرر ولاتنتقل ولاتتغير ولاتزول، لا بين ذوي الشأن ولا بالنسبة إلى غيرهم."

[530]– الحكم رقم 2011/14، الصادر عن غرفة البحرين لتسوية المنازعات بتاريخ 2012/6/7، حكم غير منشور.

ب) الأجرة:

الأجرة هي العوض الذي يعطى مقابل منفعة الأعيان،[531]ولقد عرفها قانون إيجار العقارات بأنها: "مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة المتفق عليه في عقد الإيجار أو الذي تحدده اللجنة عند الاقتضاء."[532]

ويجوز أن تكون الأجرة نقوداً أو عيناً أو منفعة.[533]ويشترط لصحة الأجرة أن تكون معلومة،[534]وأن تكون متقومة أي ذات قيمة، وغير محرمة، وأن يكون مقدوراً على تسليمها.[535] كما يجوز أن تكون الأجرة معجلة أو مؤجلة، كما يجوز تحديدها بمبلغ محدد لمدة العقد كلها، أو بأقساط لأجزاء المدة، كما يجوز أن تكون الأجرة مبلغ ثابت أو متغير،[536]وفي حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم، ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط أو معيار محدد تتحدد على أساسه الأجرة للفترات اللاحقة.[537]

ومناط استحقاق الأجرة و وجوبها هو استيفاء المنفعة أو بالتمكين من استيفائها،[538]وقد استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على إن: "المقرر وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية الواجبة التطبيق على واقعة الدعوى أن المستأجر يلتزم بأداء الأجرة المتفق عليها طوال المدة المحددة لعقد الإيجار سواء انتفع بالمأجور أم لم ينتفع ما دام المؤجر قد مكنه من الانتفاع به".[539]

---

[531]– انظر في هذا المعنى: عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، المرجع السابق، ص34. وكذلك: فؤاد محمد الكبيسي، المرجع السابق، ص88.

[532]– المادة 1، قانون إيجار العقارات، ملحق الجريدة الرسمية العدد3168، 2014/8/7.

[533]– المادة 1/2/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 248.

[534]– المادة 1/2/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 248. وللمزيد انظر: عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، المرجع السابق، ص 34. وكذلك: فؤاد محمد الكبيسي، المرجع السابق، ص 89.

[535]– فؤاد محمد الكبيسي، المرجع السابق، ص91.

[536]– المادة 1/2/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 248.

[537]– المادة 3/2/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 248.

[538]– المادة 2/2/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 248.

[539]– الطعن رقم 31 لسنة 1998، جلسة 1998/5/3، مجموعة أحكام الإيجارات التي أصدرتها محكمة التمييز خلال المدة من أبريل 1990 إلى ديسمبر 1999، المرجع السابق، ص 424.

وبما إن الأجرة هي مقابل الانتفاع، وإن الطبيعة الخاصة لعقود الإجارة المنتهية بالتمليك تقتضي أن تكون الأجرة في هذه العقود أعلى من أجرة المثل، كونها تتضمن وعداً بنقل ملكية العين المؤجرة في نهاية المدة للمستأجر، فالأجرة في هذه العقود تكون مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة و مقابل حق تملك هذه العين، لذا من الأفضل أن يتم إيضاحها بالنص عليها في العقد، وذلك حمايةً للمستأجر في حالة فسخ العقد، فقبول المستأجر لسداد هذه الأجرة بزيادة عن أجرة المثل إنما يكون في مقابل الوعد له بالتمليك في نهاية مدة الإجارة، لذا فإن العدالة تقتضي أن يكون له الحق في استعادة هذه الفروق في حالة فسخ العقد واستعادة المؤجر للعين المؤجرة منه.[540] وهذا ما نوهنا إليه سابقاً بضرورة تدخل المشرع وحماية المستأجر بتنظيم الأمر وذلك على غرار تنظيم النظام التأجير التمويلي السعودي له.

إضافةً إلى ما تقدم ولكون عقد الإجارة المنتهية بالتمليك عقد مالي خاضع لأحكام الشريعة الإسلامية فإنه لا يجوز اشتراط زيادة على الأجرة في حالة تأخر المستأجر في السداد،[541] وسبب تحريم الزيادة في دين الأجرة إنها تعد من ربا الجاهلية.[542] كما لا يجوز إلزام العميل المستأجر بغرامة مالية وذلك بالتصدق بمبلغ محدد أو نسبة من الأجرة في حالة تأخره عن سداد الأجرة المستحقة في مواعيدها المقررة بشرط أن تصرف من قبل المصرف في أعمال الخير والإحسان، كشرط جزائي درجت المصارف على إدراجه في عقودها ونص عليه المعيار الشرعي رقم (9) "للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك" في المادة 4/6 منه، وذلك نظراً لمخالفته أحكام المادة 228 من القانون المدني المتعلقة بالنظام العام والتي تنص على أنه يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام بها، كما سبق بحثه وبيانه في الفصل الأول من هذا البحث، وبالتالي فإن هذا الشرط يُعتبر باطل قانوناً وهو ما يستوجب إيقاف التعامل به وعدم ذكره بعقود الإجارة المنتهية بالتمليك.

---

[540]– المادة 8/8، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 255.

[541]– المادة 3/6، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 250.

[542]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 266.

ثانياً: الآثار القانونية للإجارة المنتهية بالتمليك:

ترتب الإجارة المنتهية بالتمليك إلتزامات متقابلة على المؤجر والمستأجر، وهي ذات إلتزامات عقد الإيجار في الفقه الإسلامي، وعليه سنبحث إلتزامات المؤجر أولاً ومن ثم نبحث إلتزامات المستأجر وكذلك طرق إنتهاء عقد الإجارة المنتهية بالتمليك للخصوصية التي يتمتع بها مقارنةً بالإيجار العادي، وذلك على النحو التالي:

أولاً:المؤجر:

يقع على عاتق البائع المؤجر الالتزامات الرئيسية التي يرتبها عقد الإيجار، فملكية العين المؤجرة لا تزال بيده، لذا فهو الملزم بتسليم العين المؤجرة وصيانتها و كذلك بالضمان، ولا يمكن للمؤجر التحلل من هذه الالتزامات بحجة إن ملكية العين المؤجرة ستؤول إلى المستأجر في نهاية العقد، وذلك بخلاف الإيجار التمويلي الذي جعل الالتزام بالصيانة الضرورية على عاتق المستأجر، كما خفف التزام المؤجر بالضمان في اتجاه المستأجر، ونبين هذه الالتزامات على النحو التالي:

أ. الالتزام بالتسليم:

يجب على المؤجر تسليم العين المؤجرة إلى المستأجر وتمكينه من الانتفاع بها، ويشمل الالتزام بالتسليم ملحقات العين المؤجرة التي لا يتم الانتفاع إلا بها وفقاً للعرف.[543]

ب. الالتزام بالضمان:

يضمن المؤجر في الفقه الإسلامي انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة انتفاعاً تاماً وهادئاً، فالمؤجر ملزم بضمان أي عيب يوجد في العين المؤجرة يفوت على المستأجر المنفعة المقصودة منه أو يفوت وصف مقصود من الإجارة، فيضمن المؤجر العيوب سواء كانت سابقة على بداية عقد الإيجار أم طرأت بعد انعقاده،[544]ولقد نص المعيار الشرعي على عدم جواز اشتراط البراءة من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع،أو اشتراط عدم مسئولية المؤجر عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من

---

[543]– انظر في هذا المعنى: حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 188 ومابعدها. وكذلك: فؤاد محمد الكبيسي، المرجع السابق، ص 194ومابعدها.

[544]– حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 198.

الإجارة سواء كان بفعل المؤجر أو بسبب خارج عن إرادته.[545] كما يضمن المؤجر أيضاً أي تعرض يصدر منه أو من غيره يفوت على المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة أو يحول بينه وبين هذا الانتفاع،[546]ويتحمل المؤجر كذلك تبعة هلاك العين المؤجرة متى كان ذلك بسبب لا دخل للمستأجر فيه.[547]

ويجوز للمؤجر التأمين على العين المؤجرة ضد المخاطر، ويتحمل المؤجر نفقات ومصاريف التأمين فضمان الملك على المالك،[548]ويمكنه أخذها في الاعتبار ضمناً عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية.[549]

ج. الالتزام بالصيانة:

يقصد بالصيانة كافة الأعمال اللازمة لبقاء العين المؤجرة صالحة للانتفاع بها، سواء كانت هذه الصيانة الأساسية أو الضرورية وهي أعمال الصيانة اللازمة لبقاء العين ذاتها،[550]أم كانت صيانة عادية مطلوبة لحسن الانتفاع بالعين المؤجرة كالأعمال التحسينية وتسمى هذه الصيانة بالصيانة التشغيلية أو الدورية،[551]وتسمى أيضاً بالصيانة التأجيرية.[552]

ويقع الالتزام بصيانة العين المؤجرة في الفقه الإسلامي على عاتق المؤجر بصفة أساسية ورئيسية ولا يجوز اشتراط قيام المستأجر بأعمال الصيانة، وأي شرط من هذا القبيل يعتبر فاسداً لأن المؤجر هو المالك للعين المؤجرة وتجب عليه نفقاتها،[553]كما إن هذا الشرط يخالف مقتضى عقد الإجارة فبقاء المنفعة واجب

---

[545]– المادة 5/1/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المرجع السابق، ص247.

[546]– حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 198.

[547]– المادة 8/1/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المرجع السابق، ص247.

[548]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المرجع السابق، ص265.

[549]– المادة 8/1/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المرجع السابق، ص 247.

[550]–عرفت المادة الأولى من قانون إيجار العقارات البحريني الصيانة الضرورية بأنها: "الإصلاحات المستعجلة اللازمة لحفظ العين المؤجرة من الهلاك وبقائها صالحة للانتفاع بها وفقاً للغرض المعدّة له، التي جرى العرف على أن يلتزم بها المؤجر".

[551]– المادة 7/1/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المرجع السابق، ص 247.

[552]– عرفت المادة الأولى من قانون إيجار العقارات البحريني الصيانة التأجيرية بأنها:"الإصلاحات البسيطة اللازمة لانتفاع المستأجر بالعين المؤجرة وفقاً للغرض المعدّة له، التي جرى العرف على أن يلتزم بها المستأجر".

[553]– حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 194.

على المؤجر ولا يمكن استيفاء المنفعة إلا بسلامة العين المؤجرة وصيانتها.[554]و بناءً على ذلك فإن الالتزام بالصيانة يقع على عاتق المؤجر في الإيجار المنتهي بالتمليك.

ولقد قصر المعيار الشرعي رقم 9 للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك التزام المؤجر بالصيانة على الصيانة الضرورية فقط، وألزم المستأجر بإجراء الصيانة التشغيلية أو العادية للعين المؤجرة.[555].وهو بذلك يتفق مع أحكام قانون إيجار العقارات والقانون المدني اللذين جعلا الصيانة الضرورية على عاتق المؤجر،[556] والصيانة التأجيرية على عاتق المستأجر.[557] وخالف المعمول به في قوانين التأجير التمويلي التي ألزمت المستأجر بإجراء جميع أنواع الصيانة بحجة الطبيعة الخاصة لعقد التأجير التمويلي وأيلولة العين المؤجرة في نهاية العقد للمستأجر.

ولقد اعتبرت غرفة البحرين لتسوية المنازعات مخالفة هذا الالتزام إحدى القرائن التي تؤكد على إن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك عقد قرض تجاري،[558] حيث إن عقود بعض المصارف الإسلامية تنص صراحةً على إلزام المستأجر بجميع أنواع الصيانة بما فيها الصيانة الأساسية، وبعضها ينص على إن المستأجر يقوم بأعمال الصيانة الأساسية بصفته وكيلاً عن المؤجر للالتفاف على صراحة النص و وجوب تحمله الصيانة الأساسية وهو ما اعتبرته الغرفة قرينة على إنه عقد قرض لا إجارة منتهية بالتمليك.

---

[554]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المرجع السابق، ص 265.

[555]– المادة 7/1/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 247.

[556]– تنص المادة 10 من قانون إيجار العقارات البحريني على:" يلتزم المؤجر بإجراء الصيانة الضرورية للعين المؤجرة، فإذا تأخر أو امتنع بعد إخطاره بكتاب مسجل بعلم الوصول عن القيام بتنفيذ هذه الصيانة، جاز للمستأجر إجراء الصيانة اللازمة بمعرفته واستيفاء ما أنفقه خصماً من الأجرة، وذلك مع عدم الإخلال بحقه في طلب إنقاص الأجرة بقدر ما نقص من الانتفاع أو مد الإيجار بقدر مدة فوات المنفعة، أو فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضٍ."

[557]– تنص المادة 26 من قانون إيجار العقارات البحريني على: ""يلتزم المستأجر بإجراء الصيانة التأجيرية للعين المؤجرة، كما يلتزم بسداد قيمة استهلاك المياه والكهرباء والهاتف والخدمات المشتركة، وأية رسوم أخرى، وذلك كله ما لم يُتفق على غير ذلك."

[558]– الحكم رقم 14 لسنة 2011.

د. الالتزام بنقل الملكية عند نهاية عقد الإجارة:

يلتزم المؤجر عند انتهاء مدة عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بتنفيذ وعده بنقل ملكية العين المؤجرة للمستأجر وذلك بإبرام العقد الناقل للملكية المتفق عليه في العقد سواء كان هبة أو عقد بيع بسعر رمزي أو بسعر حقيقي. وبموجب اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري البحريني فإن نقل الملكية في عقود التمويل العقاري يجب أن يكون بموجب عقد بيع.[559]

وفي حال امتناع المصرف عن نقل الملكية بعد تنفيذ العميل جميع التزاماته وسداده جميع مستحقات المصرف، فإنه يحق للعميل اللجوء إلى القضاء لإلزام المصرف بنقل الملكية استناداً إلى إلزامية الوعد قانوناً[560] وكذلك إلى صحة ونفاذ عقد البيع، فعقد الإجارة المنتهية بالتمليك هو عقد ابتدائي فيحق للعميل الاستناد إلى المادة 49 من القانون المدني التي تنص على:

" أ- إذا امتنع أحد طرفي العقد الابتدائي بدون مبرر عن إبرام العقد النهائي، كان للطرف الآخر، أن يرفع دعوى بصحة ونفاذ العقد الابتدائي.

ب- ويقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي، متى حاز قوة الأمر المقضي به مقام العقد النهائي، على أن يتم شهر الحكم في الحالات التي يتطلب فيها القانون ذلك. "

ثانياً:المستأجر:

يلتزم المستأجر في عقود الإجارة بشكل عام بسداد الأجرة المتفق عليها وبالمحافظة على العين المؤجرة وإعادتها بالحالة التي كانت عليها وهي ذات التزامات المستأجر في عقود الإجارة المنتهية بالتمليك، فتختلف بذلك عن التزامات المستأجر في عقود التأجير التمويلي. فالمستأجر في العقود الأخيرة يلتزم بإجراء الصيانة الأساسية اللازمة للعين المؤجرة وكذلك الالتزام بالتأمين عليها، في حين إن هذه الالتزامات تقع على عاتق المؤجر في عقود الإجارة المنتهية بالتمليك، وسنبين التزامات المستأجر في عقود الإجارة المنتهية بالتمليك على النحو التالي:

---

[559]- المادة 133، اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري البحريني.

[560]- المادتين 50 و51، القانون المدني البحريني.

أ) التزام المستأجر بدفع الأجرة:

يلتزم المستأجر بأداء الأجرة المتفق عليها طوال المدة المحددة لعقد الإيجار سواء انتفع بالمأجور أو لم ينتفع به، طالما مكنه المؤجر من استيفاء المنفعة ولا يحق له إنهاء عقد الإجارة بإرادته المنفردة قبل انقضاء مدته إلا بعذر مقبول قانوناً.[561] والتزام المستأجر بأداء الأجرة المتفق عليها يُعد الالتزام الأساسي له في عقد الإجارة، فهي مقابل انتفاعه بالعين المؤجرة، وإخلال المستأجر بهذا الالتزام يُعد سبباً من أسباب فسخ عقد الإجارة واستعادة العين المؤجرة منه.

ب) التزام المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة:

يجب على المستأجر المحافظة على العين المؤجرة واستعمالها الاستعمال المألوف وفق الغرض المطلوب منها و وفق ما اتفق عليه مع المؤجر في عقد الإجارة، فالعين المؤجرة أمانة بيده يتوجب عليه المحافظة عليها، واستناداً إلى ذلك فإنه يضمن هلاك العين المؤجرة أو تلفها ويضمن كذلك نقصان قيمتها إذا نتج ذلك عن تعديه أو تقصيره في المحافظة عليها.[562] وقد أوجب المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك ذلك على المستأجر، حيث نص على:

- "4/1/5 يجب على المستأجر التقيد بالاستعمال الملائم للعين المؤجرة أو بالمتعارف عليه، والتقيد بالشروط المتفق عليها المقبولة شرعًا، كما يجب تجنب إلحاق ضرر بالعين بسوء الاستعمال أو بالتعدي أو بالإهمال."
- "6/1/5 إذا فاتت المنفعة كليّا أو جزئيّا بتعدي المستأجر مع بقاء العين، فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة."

ويتفرع عن هذا الالتزام التزام المستأجر بإخطار المؤجر بأي أمر أو تغيير يطرأ على العين المؤجرة أو بأي أمر يستوجب تدخل المؤجر للحفاظ على العين المؤجرة، وكذلك التزام المستأجر بعدم إدخال أي تغييرات

---

[561]– انظر في هذا المعنى: الطعن رقم 31 لسنة 1998 جلسة 1998/5/3، مجموعة أحكام الإيجارات التي أصدرتها محكمة التمييز بمملكة البحرين خلال المدة من أبريل 1990 إلى ديسمبر 1999، المرجع السابق، ص 424. وكذلك: المادة 2/2/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص 248.

[562]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفى، المرجع السابق، ص 146 ومابعدها. وكذلك: حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 205 ومابعدها. وكذلك: فؤاد محمد الكبيسي، المرجع السابق، ص 218 ومابعدها.

أو تعديلات على العين المؤجرة دون الحصول على موافقة من المؤجر على ذلك، وقد خلى المعيار الشرعي من النص على ذلك، الأمر الذي نرجع معه إلى أحكام القانون المدني،[563]وقانون إيجار العقارات.[564]

كما يتفرع عن هذا الالتزام التزام المستأجر بإجراء الصيانة التشغيلية للعين المؤجرة وذلك للحفاظ على العين المؤجرة ولاستمرار منفعتها.[565] ولقد نص نظام التأجير التمويلي السعودي على هذا الالتزام إلا إنه أجاز الاتفاق على تحمل المستأجر الصيانة الأساسية بشرط أن تكون فيما ينشأ عن استخدام المستأجر للأصل دون ما يكون ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر.[566]

و يلاحظ إن نظام التأجير التمويلي السعودي قد حدد في المادة 1/9 منه مقدار التعويض الذي يلتزم به المستأجر في حالة هلاك العين المؤجرة وذلك بسداده قيمتها عند الهلاك مستثنياً منها ما يغطيه التأمين،[567] ويحُمد للمشرع هذا النص فهو بذلك حدد مقدار الالتزام ووازن بين مصلحة كلا الطرفين، فاستثنى ما يتحمله التأمين من نطاق المبالغ التي يلتزم بها المستأجر.

---

[563]– ينص القانون المدني في المادة 528 منه على: "لا يجوز للمستأجر أن يحدث بالمأجور تغييرا بدون إذن المؤجر ، إلا إذا كان التغيير لا ينشأ عنه ضرر للمؤجر .فإذا أحدث المستأجر تغييرا في المأجور مجاوزا حدود الالتزام الوارد في الفقرة السابقة ، جاز إلزامه بإعادة المأجور إلى الحالة التي كان عليها وبالتعويض إن كان له مقتض." وفي المادة (532) منه على:"يجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله، كأن يحتاج المأجور إلى إصلاح عاجل أو ينكشف به عيب أو يقع عليه غصب أو يحصل التعرض له فيه أو يحدث به ضرر."

[564]– تنص المادة 26 من قانون إيجار العقارات البحريني على: " أ– يلتزم المستأجر بالمحافظة على العين المؤجرة وفقاً لعناية الشخص المعتاد، ولا يجوز له أن يُحدث بها أي تغيير دون إذن كتابي من المؤجر إلا إذا كان هذا التغيير لا ينشأ عنه ضرر للمؤجر، وفي حالة المخالفة يكون للمؤجر الحق في إلزامه بإعادة العين المؤجرة إلى الحالة التي كانت عليها مع التعويض إن كان له مقتضٍ. ب– إذا أحدث المستأجر في العين المؤجرة غراساً أو تحسينات التزم بتركها عند انتهاء الإيجار ما لم يُتفق على غير ذلك".

[565]– المادة 7/1/5، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، المرجع السابق، ص 247.

[566]– تنص المادة 1/7 من نظام الإيجار التمويلي السعودي السعودي على:"1– يلتزم المستأجر باستعمال الأصل المؤجر في الأغراض المتفق عليها في حدود الاستعمال المعتاد، ويكون مسؤولاً عن القيام بأعمال الصيانة التشغيلية على نفقته وفق الأصول الفنية المتبعة. أما الصيانة الأساسية فإنها تلزم المؤجر، مالم يتفق الطرفان على التزام المستأجر بها، وتكون حينئذ فيما ينشأ عن استخدام المستأجر للأصل دون ما يكون ناشئاً من خلل أو عيب في الأصل المؤجر".

[567]– تنص المادة 1/9 من نظام الإيجار التمويلي السعودي السعودي على: " 1– لا يتحمل المستأجر تبعة هلاك الأصل المؤجر ما لم يتعدَ أو يفرط، فإن كان الهلاك بتعدَ أو تفريط من المستأجر؛ فيتحمل المستأجر قيمة الأصل عند الهلاك باستثناء ما يغطيه التأمين".

ج) التزام المستأجر برد العين المؤجرة عند نهاية عقد الإيجار:

يلتزم المستأجر عادةً في عقود الإيجار بإعادة العين المؤجرة عند انتهاء عقد الإيجار بالحالة التي كانت عليها، وفي عقود الإجارة المنتهية بالتمليك المقترن بحق الخيار للمستأجر في تملك العين المؤجرة أو ردها إلى المؤجر أو تجديد العقد، فإن المستأجر يلتزم في حال كان خياره إنهاء عقد الإجارة وعدم تملك العين المؤجرة بإعادتها إلى المؤجر، وكذلك يكون المستأجر ملزماً بإعادة العين المؤجرة في حالة فسخ العقد.[568]

ثالثاً: انتهاء عقد الإجارة المنتهية بالتمليك:

تنتهي الإجارة المنتهية بالتمليك بانتهاء مدتها،[569] ولا تنتقل ملكية العين المؤجرة إلى المستأجر بشكل تلقائي وإنما يتوجب نقلها بموجب عقد تمليك مستقل سواء كان عقد بيع بثمن رمزي أو حقيقي أو في صورة هبة من المؤجر لصالح المستأجر.[570]

وعلى الرغم من إن الإجارة المنتهية بالتمليك عن طريق الهبة إحدى صور الإجارة المتعارف عليها والمنصوص عليها في المعيار الشرعي رقم (9) للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، إلا إن اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري قد استبعدتها من نطاق التطبيق في مملكة البحرين، حيث تنص المادة 1/133 منه على:"في حال قيام العميل الوارد اسمه في عقد تمويل شراء العقار بالوفاء بالتزاماته المالية تجاه البنك أو المؤسسة المصرفية فأنه يلزم لنقل الملكية للعميل أن يتم إبرام عقد بيع جديد يحرره الطرف الممول كطرف أول بائع إلى العميل دون غيره كطرف ثانٍ مشتر."

الأمر الذي أصبح معه تمليك المصرف للمستأجر العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك يجب أن يكون بعقد بيع، فالمادة 1/133 المشار إليها أعلاه نصت على إلزامية ذلك.

---

[568]– فؤاد محمد الكبيسي، المرجع السابق، ص 229 ومابعدها.

[569]– المادة 6/2/7، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص253.

[570]– المادتين 1/8و 3/8 ، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ص253.

كما قد تنتهي الإجارة المنتهية بالتمليك بتملك المستأجر للعقار تملكاً مبكراً قبل انتهاء العقد، وذلك بسداد العميل المبلغ الذي يتفق عليه مع المصرف الإسلامي على ذلك، ولقد خلا المعيار الشرعي رقم (9) للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك من تنظيم هذه المسألة بشكل واضح، حيث جاءت بنوده عامة بشأن انتهاء الإجارة ببيع العين المؤجرة، الأمر الذي سنرجع معه إلى اللائحة التنفيذية لنظام الإيجار السعودي والتي وازنت بين مصالح وحقوق كلا الطرفين، حيث نصت في المادة 11 منها على:

" إذا اختار المستأجر امتلاك الأصل المؤجر بموجب العقد في أي وقت، فيحق له التملك المبكر لذلك الأصل بملحق منفصل يبرم به البيع أو الهبة، وذلك بتعجيل سداد الأقساط المتبقية دون تحمل كلفة الأجل عن المدة المتبقية من العقد. وللمؤجر التعويض عن الآتي:

1. كلفة إعادة الاستثمار، بما لا يتجاوز كلفة الأجل للأشهر الثلاثة التالية للتملك المبكر.
2. ما يدفعه المؤجر لطرف ثالث بسبب العقد من نفقات نص عليها العقد، إذا كانت تلك النفقات لا يمكن استردادها، وذلك عن المدة المتبقية من العقد.

واستثناءً من ذلك، يجوز أن ينص في العقد على فترة يحظر فيها التملك المبكر، إذا كان محل العقد عقاراً وترتب على هذا الشرط خصم من كلفة الأجل، وبشرط ألا تتجاوز مدة الحظر سنتين من تاريخ إبرام العقد."

فحددت هذه المادة الثمن الواجب السداد في حالة الشراء المبكر وهو الأقساط المتبقية دون تحمل كلفة الأجل أي دون الفائدة أو الربح عن المدة المتبقية من العقد، كما أقرت للمؤجر الحق في كلفة إعادة الاستثمار والمصاريف التي يدفعها لطرف ثالث بسبب عقد الإجارة إذا كان منصوص عليها في العقد وإذا كان الاسترداد غير ممكن وذلك عن المدة المتبقية من العقد. كما إنها أجازت الاتفاق على حظر التملك المبكر خلال فترة محددة، بشرط أن تكون العين المؤجرة عقاراً، وأن يكون إعمال الحق في التملك المبكر يرتب الخصم من كلفة الأجل، واشترطت كذلك ألا تتجاوز مدة الحظر سنتين من تاريخ إبرام العقد، وهي بذلك وازنت بين مصالح المؤجر والمستأجر في ذات الوقت.

وبمطالعة نماذج بعض عقود الإجارة المنتهية بالتمليك للمصارف العاملة في مملكة البحرين، يتبين أنها تنص على حق المستأجر في التملك المبكر، إلا إنها تختلف في تحديد مقابل ذلك، فمنها ما ينص صراحةً على إن المقابل هو عبارة عن الرصيد المستحق في وقت التملك مضافاً له نسبة يتم تحديدها وقت

التملك،[571]ومنها ما ينص على إن المقابل سيكون ثمن العقار إضافةً إلى الأجرة المستحقة لحين نقل ملكية العقار المستأجر،[572]ومنها ما ينص على أن سعر البيع هو ما تبقى من المستحقات للمؤجر ناقصاً نسبة محددة من الربح المتمثل في الزيادة على أجرة المثل.[573]والاتفاق الأخير هو أوضحها، وفي اعتقادي إنه يتوجب على مصرف البحرين المركزي التدخل وتحديد ثمن التملك المبكر لحماية المستأجرين أسوةً بتنظيمه للسداد المبكر في القروض والتمويلات الشخصية.

كما تنتهي الإجارة المنتهية بالتمليك بهلاك العين المؤجرة هلاكاً كلياً أوهلاكاً جزئياً يتعذر معه استيفاء المنفعة، أو بفوات المنفعة.[574]

ويفسخ عقد الإجارة المنتهية بالتمليك لعدم سداد المستأجر الأجرة أو تأخره في سدادها،[575] ولا ينفسخ عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بموت المستأجر وإنما ينتقل لورثته ويجوز للورثة فسخ العقد إذا أثبتوا إن أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أنها تتجاوز حدود حاجتهم.[576] كما يمكن أن يفسخ عقد الإجارة في حال إخلال أياً من المتعاقدين بالتزاماته الجوهرية،[577] كإخلال المؤجر بالالتزام بالصيانة وإخلال المستأجر بالالتزام بالمحافظة على العين المؤجرة، وعدم إدخال التغييرات عليها، أو تأجيرها من الباطن، أو لأي سبب

---

[571]– ينص نموذج عقد شركة ريف للتمويل العقاري للإجارة المنتهية بالتمليك على: :" يجوز للمستأجر بعد موافقة المؤجر شراء العقار قبل إنتهاء فترة الإجارة على أن يسدد المستأجر الرصيد المستحق في حينه مضافاً إليها نسبة يتم تحديدها في وقت التسوية حين نقل ملكية العقار للمستأجر".

[572]– ينص نموذج عقد بنك البحرين الإسلامي للإجارة المنتهية بالتمليك على: "يجوز للمستأجر بعد موافقة المؤجر شراء العقار قبل إنتهاء فترة الإجارة على أن يسدد المستأجر ثمن العقار بما يتفق عليه في حينه إضافةً إلى الأجرة المستحقة عليه إلى حين نقل ملكية العقار للمستأجر."

[573]– ينص نموذج عقد بيت التمويل الكويتي للإجارة المقرونة بوعد بالبيع على : "إذا أراد الطرف الثاني إنهاء عقد الإجارة وشراء العين المؤجرة قبل إنتهاء مدة العقد الأول فيتعهد الطرف الأول الوفاء بطلب الطرف الثاني ويلتزم الطرف الأول ببيع العين المؤجرة للطرف الثاني بسعر يمثل ما تبقى من المستحقات للطرف الأول ناقصاً 80% من الزيادة على أجرة المثل (الربح). ويعتبر هذا الأساس لبيع العين المؤجرة للطرف الثاني في الحالة المذكورة مكملا لهذا العقد وهو بمثابة ما تراضى عليه الطرفان عند توقيع العقد."

[574]– المادة 4/2/7، المعيار الشرعي رقم(9) الإجارة و الإجارة المنتهية بالتمليك، ص252. وتقابلها المادة 2 من نظام الإيجار التمويلي السعودي السعودي.

[575]– المادة 2/2/7، المعيار الشرعي رقم(9) الإجارة و الإجارة المنتهية بالتمليك، ص252. وتقابلها المادة21 من نظام الإيجار التمويلي السعودي السعودي.

[576]– المادة 3/2/7، المعيار الشرعي رقم(9) الإجارة و الإجارة المنتهية بالتمليك، ص 252.

[577]–انظر في هذا المعنى: حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 267 ومابعدها. وكذلك: عبدالوهاب إبراهيم أبو سلمان، المرجع السابق،84. وكذلك: فؤاد محمد الكبيسي، المرجع السابق، ص 390 ومابعدها.

آخر تجيزه القوانين النافذة كقانون إيجار العقارات،[578] ويمكن أن يفسخ عقد الإجارة المنتهية باتفاق الطرفين قبل انتهاء مدة العقد.[579]

الفرع الثاني: التكييف الشرعي و القانوني للإجارة المنتهية بالتمليك:

اختلف الفقهاء في التكييف الشرعي لعقود الإجارة المنتهية بالتمليك بين كون حقيقته عقد بيع بالتقسيط أو عقد إجارة وذلك على النحو التالي:

التكييف الأول:الإجارة المنتهية بالتمليك ما هي إلا بيع بالتقسيط معلق على شرط سداد كامل الأقساط لانتقال الملكية للمستأجر (المشتري). فالأجرة التي يدفعها المستأجر خلال مدة الإجارة هي أقساط البيع، فحقيقة هذه العملية كلها بيع تقسيط وسميت فقط إجارة منتهية بالتمليك خلافاً للواقع، و بما إن العبرة في العقود بالمعاني لا بالألفاظ والمباني، فالتكييف الفقهي لها هو بيع بالتقسيط،[580] بيد إن النظر إلى الإجارة المنتهية بالتمليك على أنها بيع تقسيط تعتبر غير جائزة شرعا لأنها تتضمن محظورين، وهما:[581]

1) المحظور الأول:إن الثمن والمُثْمن كلاهما أصبح مؤجلًا، فانتقال الملكية للمشتري سيكون مؤجلًا لحين سداد كامل الأقساط، والثمن سُيدفع بالأجل بواقع الأقساط المتفق عليها، فكلاهما أصبح مؤجلًا، وهذا يدخل في بيع الكالئ بالكالئ وهو محرم.

2) المحظور الثاني:إن شرط عدم انتقال العين المباعة للمشتري يخالف المقصود من عقد البيع، فالمقصود من البيع هو انتقال الملكية، فإذا قال: أبيعك هذه السيارة ولا تنتقل الملكية إلا بعد فترة فأن هذا الشرط يتناقض مع أصل عقد البيع من أساسه.

---

[578]– المادة 38، قانون إيجار العقارات.

[579]– المادة 1/2/7، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة و الإجارة المنتهية بالتمليك، المرجع السابق، ص 252.

[580]– حنان القضاة، خولة عبده، هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، المرجع السابق. وكذلك: محمد يوسف عارف الحاج، المرجع السابق،ص 100 ومابعدها.

[581]– حنان القضاة، خولة عبده، هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، المرجع السابق.

التكييف الثاني:إن الإجارة المنتهية بالتمليك عقد إجارة مقترن بشرط الهبة أو البيع، فالمؤجر يؤجر المستأجر العين المؤجرة أو السلعة بموجب عقد إجارة وهذه الإجارة مقترنة بشرط وهو أن يهبه تلك السلعة أو العين المؤجرة في نهاية المدة أو أن يبيعها عليه في نهاية المدة.[582]

التكييف الثالث:إن الإجارة المنتهية بالتمليك عقد إجارة مع وعد بالهبة أو بالبيع، فالمؤجر يؤجر المستأجر العين المؤجرة بموجب عقد إجارة مقترن بوعد بالهبة أو بالبيع أو بترك الخيار للمستأجر في نهاية المدة في أن يتملكها أو يعيدها للمؤجر.[583]

ووفقاً للتكييفين الثاني والثالث فإنه يجب أن تطبق أحكام الإجارة في فترة الإجارة، ثم يكون للطرفين في نهاية المدة الحق في إنشاء عقد جديد، إما عقد بيع أوعقد هبة.

وعليه فإن التكييف الفقهي الشرعي لعقد الإجارة المنتهية بالتمليك لا يخرج عن كونه عقد إجارة عادي خلال كامل مدة العقد، فتسري عليه جميع أحكام الإجارة،[584]وذلك إلى حين تمليك المستأجر للعين، فتتغير صفته من مستأجر للعين إلى مالك لها.[585]وقد ورد هذا التكييف في فتوى ندوة البركة الثامنة للاقتصاد الإسلامي التي نصت على: "الإيجار المنتهي بالتمليك هو شرعا عقد إجارة، ولو كان محل الإجارة سيؤول بالوعد إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة. ولا بد من تطبيق أحكام الإجارة على هذا العقد إلى أن يتم بيع محل الإجارة أو هبته إلى المستأجر بإيجاب وقبول في حينه."[586]

---

[582]– حنان القضاة، خولة عبده، هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، المرجع السابق. وكذلك: محمد يوسف عارف الحاج، المرجع السابق،ص100 ومابعدها.

[583]– حنان القضاة، خولة عبده، هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، المرجع السابق. وكذلك: محمد يوسف عارف الحاج، المرجع السابق،ص100 ومابعدها.

[584]– وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 137.

[585]– انظر في هذا المعنى: عز الدين محمد خوجة، الدليل الشرعي للإجارة، المرجع السابق. وكذلك: الدليل الفقهي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، سلسة الأدلة الفنية والفقهية، الدليل الثاني، مجموعة البركة المصرفية، منشور على موسوعة البركة للمعاملات المالية الإسلامية الإلكترونية. وكذلك: ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم (9) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، ص 261.

[586]– عبدالستار أبو غدة، قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي من الندوة الأولى إلى الندوة الثلاثين، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى،2010، ص 62.

وهو ذات التكييف الذي اعتمدته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، حيث نصت على:"وأما الإجارة المنتهية بالتمليك فهي لا تخرج عن كونها عقد إجارة ترتبت عليه جميع أحكام الإجارة واقترن به وعد بالتمليك في نهاية مدتها."[587]

أما التكييف القانوني لعقود الإجارة المنتهية بالتمليك وفقاً للقانون المدني البحريني هو البيع بالتقسيط، فالمادة 391 منه نصت صراحةً على سريان أحكام البيع بالتقسيط حتى ولو سمى المتعاقدان العقد إيجاراً في الحالات التي يُدفع فيها الثمن بواقع أقساط.[588] ولكن بالرجوع إلى الأحكام الصادرة عن غرفة البحرين لتسوية المنازعات نراها قد تبنت التكييف الشرعي لعقود الإجارة المنتهية بالتمليك فقد اعتبرته بيع منفعة،[589] أي عقد إجارة، فوفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية فإن الإجارة تعرف بأنها بيع منفعة معلومة بأجر معلوم،[590] وقد استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على إن الإيجار في الفقه الإسلامي هو بيع منفعة معلومة لمدة محددة مقابل عوض.[591] كما فسر البعض عقد الإيجار من الناحية القانونية كذلك بأنه بيع منفعة، فعقد الإيجار يرد على منفعة العين المؤجرة المتجددة دون ملكية العين المؤجرة،[592]حيث يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر

---

[587]– هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي رقم 9 الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المرجع السابق، ص 261.

[588]– تنص المادة 391 من القانون المدني على:" إذا كان البيع مؤجل الثمن جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفا على استيفاء الثمن كله أو بعضه ولو تم تسليم المبيع .فإذا كان الثمن يدفع أقساطا ، جاز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءا منه تعويضا له عن فسخ البيع إذا لم توف جميع الأقساط ، ومع ذلك يجوز للقاضي وفقا للظروف أن يخفض التعويض المتفق عليه وفقا للفقرة الثانية من المادة (226) .فإذا وفيت جميع الأقساط ، اعتبرت ملكية المشتري مستندة إلى وقت البيع ما لم يتفق على غير ذلك .وتسري الأحكام السابقة ولو سمى المتعاقدان البيع إيجارا".

[589]– انظرفي ذلك أحكام غرفة البحرين لتسوية المنازعات التالية: الحكم رقم 2011/14، الصادر بتاريخ 2012/6/7. وكذلك الحكم رقم 2013/2، الصادر بتاريخ 2013/7/2. وكذلك الحكم رقم 2013/18، الصادر بتاريخ 2014/2/9، أحكام غير منشورة.

[590]– عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية، بحث رقم 19، المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية، جدة، الطبعة الثانية، 2000، ص 21 ومابعدها. وكذلك:فؤاد محمد الكبيسي، إجارة الأعيان في الشريعة والقانون، سلسة دراسات في الاقتصاد الإسلامي6، دار النوادر، سوريا، الطبعة الأولى،2012، ص 23.

[591]– الطعن رقم 23 لسنة 1995 جلسة 1995/5/7، مجموعة أحكام الإيجارات التي أصدرتها محكمة التمييز خلال المدة من أبريل 1990 إلى ديسمبر 1999، ص 385.

[592]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، العقود المسماة في القانون المدني البحريني، جامعة البحرين، بدون طبعة، 2006، ص 272. وكذلك: سمير تناغو،عقد الإيجار،منشأة المعارف، طبعة جديدة، 2008،ص 7. وكذلك:عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول: العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، المرجع السابق، ص6.

من الانتفاع بالعين المؤجرة لمدة محددة لقاء أجرة معلومة،[593] وبالتالي فهو يبيعه المنفعة لمدة محددة مقابل أجرة محددة.

في حين إن لجنة المنازعات الإيجارية اعتبرت عقد الإيجار المنتهي بالتمليك، عقد إيجار ذو طبيعة خاصة، يختلف في آثاره وقواعده التنظيمية عن عقود تأجير العقارات البسيطة المقصودة والمنظمة بقانون إيجار العقارات، فلا تنطبق عليه القواعد التنظيمية الواردة في قانون إيجار العقارات ومن ثم يخرج عن اختصاصها النظر في النزاعات التي تثور بشأنه من ولايتها.[594]

وعليه نخلص إلى إن القضاء البحريني كيفَ عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بأنه عقد إيجار بغض النظر عما إذا كان عقد إيجار عادي أو عقد إيجار ذو طبيعة خاصة. وباعتقادي إن الأجرة المنتهية بالتمليك لا تخرج عن الإطار العام للإيجار التمويلي وبالتالي تأخذ التكييف القانوني له، فالإيجار المنتهي بالتمليك بشكل عام هو عبارة عن تمويل مع ضمان الملكية غير الحيازية وليس عقد إيجار محض.

وعلى الرغم من إن التكييف العام للإجارة المنتهية بالتمليك بأنها عقد إيجار إلا إن البعض قد كيفّ عقد الإيجار التمويلي اللاحق، وهي الصورة التي يشتري فيها المصرف العين المؤجرة من العميل ومن ثم يؤجرها إياه إجارة منتهية بالتمليك، بأنه عقد بيع بالوفاء وليس عقد إجارة، فالبائع (المستأجر) يحتفظ بحقه في استرداد المبيع من خلال عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، وفي نهاية العقد يسترجع البائع (المستأجر) المبيع بعد سداده كامل الثمن عن طريق أقساط الإجارة، أي عن طريق إعادته الثمن للمشتري (المؤجر) الأمر الذي تكون معه حقيقة هذا العقد بيع وفاء وليس عقد إجارة.[595]

---

[593]– المادة 505، القانون المدني البحريني.

[594]– الحكم الصادر في الدعوى رقم 25/2015/515/4 عن لجنة المنازعات الإيجارية، بتاريخ 2015/8/24، حكم غير منشور.

[595]– أثير تكييف عقد الإيجار التمويلي اللاحق بأنه عقد بيع بالوفاء مخالف للنظام العام في أسباب الطعن رقم 8201 لسنة 85 ق إلا إن محكمة النقض رأت خلاف ذلك فاعتبرته عقد إيجار وليس عقد بيع بالوفاء، الصادر بجلسة 2016/4/16،منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية:

http://www.cc.gov.eg/Courts/Cassation_Court/Civil/Cassation_Court_Civil.aspx، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/18.

وبيع الوفاء هو البيع الذي يتضمن احتفاظ البائع بحقه في استرداد المبيع خلال مدة معينة،[596] فهو بيع بشرط أن البائع متى رد الثمن إلى المشتري يرد المشتري إليه المبيع، وبيع الوفاء بيع باطل قانوناً في بعض الدول منها مصر وسوريا،[597]وقد خلا القانون المدني البحريني من أي نص مماثل ببطلان بيع الوفاء.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بعدم صحة هذا التكييف، مبررةً ذلك باختلاف المحل والسبب في كلا العقدين.فالمستأجر تمويلياً لا يحتفظ بحقه في استرداد المبيع وإنما يلتزم بعد قيامه بنقل ملكية المال إلى المؤجر بأن يؤدي له الأجرة المتفق عليها وله بعد انقضاء مدة الإيجار الحق في اختيار شراء المال المؤجر كله أو بعضه بالثمن المحدد بالعقد وله رد المال إلى المؤجر أو تجديد العقد ومن ثم فإن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك يختلف محلاً وسبباً عن عقد البيع الوفائي.[598]

وأخالف بالرأي ما ذهب له هذا الحكم، فالسبب واحد في عقد الإيجار التمويلي اللاحق وعقد بيع الوفاء، وهو الحاجة إلى المال والسيولة النقدية، كما إن كلا العقدين يتضمن احتفاظ البائع بالمبيع، ففي عقد الإيجار التمويلي يحتفظ البائع (المستأجر) بحقه في استرداد المبيع، بموجب شرط الاسترداد أو انتقال الملكية الذي قد يُدرج في عقد البيع الأول الذي يبيع بموجبه العميل المستأجر العين المؤجرة إلى المصرف أو في عقد الإجارة المنتهية بالتمليك كشرط بالبيع أو الهبة أو الوعد بالبيع. كما إن شرط الخيار للمستأجر– الخيار الثلاثي بالتملك أو مد مدة الإيجار أو إعادة العين المؤجرة– يُعد شرطاً باسترجاع الملكية، فالبائع أو المستأجر إذا كان أساساً مالكاً للعين المؤجرة واضطر إلى بيعها بسبب حاجته للمال، وفي ذات الوقت استأجرها حفاظاً على المنافع والمزايا التي تقدمها له، فهو فعلياً قد احتفظ بها ومن البديهي أن يختار تملكها مجدداً طالما إنه قد سدد كامل الثمن عن طريق أقساط الأجرة المتفق عليها وكانت هذه العين مملوكة له أساساً قبل حصوله على التمويل وبيعه إياها.

---

[596]– انظر في هذا المعنى: عبدالرزاق أحمد السنهوري،المرجع السابق،ص 143ومابعدها. وكذلك: محمد أمين بارُودي، بيع الوفاء وتطبيقاته المعاصرة، سلسة دراسات في الاقتصاد الإسلامي 5، دار النوادر، سوريا ، الطبعة الأولى، 2012، ص 46 ومابعدها. وكذلك: ياسر باسم ذنون السبعاوي، بيع الوفاء، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011، ص 9 ومابعدها.

[597]– عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 43. وكذلك: محمد أمين بارُودي، المرجع السابق، ص49.

[598]– الطعن 8201 لسنة 85 ق، الصادر بجلسة 2016/4/16، المرجع السابق.

كما إن الفتوى الصادرة عن مصرف الشامل المتعلقة بالإيجار التمويلي اللاحق عنونته بـ "بيع الوفاء"،[599] وهو ما يؤكد بأن التكييف الشرعي لهذا النوع من الإجارة المنتهية بالتمليك هو بيع الوفاء.

ولقد أورد كذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري صورة الإيجار التمويلي هذه مثالاً على الحالات التي يكون فيها بيع الوفاء ستاراً لعقد غير مشروع. ويتحقق ذلك في الحالة التي يقصد فيها المتعاقدين إبرام قرض بربا فاحش مضمون برهن حيازي، فلا يكشفان عن هذا القصد لعدم مشروعيته، بل يلجآن إلى بيع الوفاء، فيبيع المدين للدائن عيناً بيعاً وفائياً، ثم يستأجرها ويدفع أجرة هي عبارة عن الربا الفاحش، أو يشترط المشتري (الدائن) على البائع إنه إذا أراد استرداد العين أن يدفع ثمناً يكون أكثر من الثمن الذي قبضه، والفرق ربا فاحش.[600]

علاوةً على ذلك فإن حقيقة كلا العقدين – عقد الإيجار التمويلي اللاحق وبيع الوفاء– باعتقادي هي كونهما عقد قرض، فالإرادة الفعلية للطرفين (البائع/ المستأجر– المشتري/ المؤجر) قد تلاقت واتفقت على تمويل البائع ومنحه المال بشرط إعادته خلال مدة محددة شاملاً الفوائد والمصاريف، بغض النظر عن المسميات التي قد تطلق عليها من أرباح ورسوم وعن العقود الصورية التي يبرمها الطرفان من أجل تحقيق هذا الغرض. فالعبرة في العقود بالمقاصد لا بالألفاظ والمباني، فعلى الرغم من إن بيع الوفاء يكيف بأنه عقد رهن حيازي، فقد اعتبره بعض فقهاء المالكية بأنه عقد رهن باطل، وعللوا ذلك بأن هذا العقد من قبيل السلف الذي يجر منفعة لصاحبه. فالمشتري بمقتضى عقد بيع الوفاء سينتفع بالمبيع، وهي الغاية الأساسية المقصودة من العقد، طيلة فترة الاسترداد، وبالتالي فهو باب من أبواب الربا.[601]

كما إن ما يؤكد ذلك إن نشأة بيع الوفاء لم تكن إلا بسبب امتناع الناس عن القرض الحسن مع تحرجهم من الربا الصريح مقابل إقراض أموالهم،[602] فكان هذا البيع التفافا على أحكام القرض في الشريعة الإسلامية.[603]

---

[599]– الفتاوى الشرعية في المعاملات المصرفية، مصرف الشامل، المرجع السابق، ص 114.

[600]– عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول: العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة،المرجع السابق، ص 148 ومابعدها.

[601]– ياسر باسم ذنون السبعاوي، المرجع السابق، ص 59.

[602]– محمد أمين بارُودي، المرجع السابق، ص 73.

ويرجع سبب بطلان بيع الوفاء قانوناً لمخالفته للنظام العام، فبيع الوفاء يقصد به عادة أن يكون ستاراً لتصرف غير مشروع،فيكون باطلاً تطبيقاً للقواعد العامة في البطلان،[604] فقد نص تقرير لجنة مجلس الشيوخ المصري على: "فهو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان، تبدأ ستاراً لرهن، وينتهي الرهن إلى تجريد البائع من ملكه بثمن بخس.والواقع أن من يعمد إلى بيع الوفاء لا يحصل على ثمن يتناسب مع قيمة المبيع، بل يحصل عادة على ما يحتاج إليه من مال ولو كان أقل بكثير من هذه القيمة. ويعتمد غالباً على احتمال وفائه بما قبض قبل انقضاء أجل الاسترداد. ولكنه قل أن يحسن التقدير، فإذا أخلف المستقبل ظنه وعجز عن تدبير الثمن خلال هذا الأجل، ضاع عليه دون أن يحصل على ما يتعادل مع قيمته، وتحمل غبناً ينبغي أن يدرأه القانون عنه".[605]

و بإنزال ما تقدم على الإيجار التمويلي اللاحق سواء كان وفقاً لقوانين التمويل الإيجاري أو باعتباره إحدى صور الإجارة المنتهية بالتمليك نراه يتفق مع بيع الوفاء في السبب والمحل والغاية التي نشأ من أجلها، وهو ما يجعلهما يتحدان في التكييف القانوني.

وعليه فإن عقود الإيجار التمويلي اللاحق ما هي إلا قروض بضمان رهن حيازي، فالقرض وفقاً لتعريف قانون مصرف البحرين المركزي هو:"الأموال التي يتم إقراضها إلى الغير ليعيد سدادها في وقت لاحق، سواء أكان الإقراض بفائدة أم بدونها ".[606] في حين إن الرهن الحيازي هو:"عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان، شيئاً يترتب عليه

---

[603]– إن بيع الوفاء محل اختلاف فقهي بين فقهاء المسلمين فمنهم من يرى صحة هذا العقد بشكل مطلق ويعتبره عقد بيع صحيح، ومنهم من يرى إن هو بيع صحيح بقيود ألا وهي عدم ذكر شرط الوفاء في صلب العقد، فيكون الاتفاق على شرط الوفاء قبل العقد على سبيل المواطأة أو بعد العقد على سبيل المواعدة،فإذا ورد هذا الشرط بصلب العقد فسد العقد. والبعض الآخر يرى إن بيع الوفاء غير صحيح لوجود الربا، فهو بنظرهم حيلة على الربا، وإنه قرض جر منفعة. في حين يرى البعض الآخر إنه بيع غير صحيح لمخالفته للنص ولمقتضى العقد، فهو يخالف ماورد عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع وشرط، ويخالف مقتضى عقد البيع، وهو إنتقال الملكية على وجه التأبيد، ففي بيع الوفاء يكون إنتقال الملكية مؤقتاً، فتزول الملكية بإعلان البائع رغبته باسترداد المبيع. كما إن البعض الآخر يرى بأن بيع الوفاء رهن في حقيقته، فتطبق عليه جميع أحكام الرهن، فهو رهن قرض وليس رهن بيع، والرأي الأخير هو الرأي الذي تبناه المشرع المصري في القانون القديم قبل أن يبطل التعامل ببيع الوفاء بشكل مطلق في القانون الجديد، فبيع الوفاء كان طريقاً من طرق التأمين، يتجرد فيه المالك عن ملكه لدائنه، فيتملك الدائن المبيع تحت شرط فاسخ، وهو أن يرد البائع الثمن والمصروفات للدائن، فينفسخ البيع ويعود المبيع إلى ملك البائع بأثر رجعي. للمزيد حول بيع الوفاء انظر:عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع،المجلد الأول: العقود التي تقع على الملكية، البيع والمقايضة، ص 148. وكذلك: محمد أمين بارُودي، المرجع السابق، ص 137 ومابعدها.

[604]– عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 165.

[605]– نقلاً عن :عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 165.

[606]– المادة 1، قانون مصرف البحرين المركزي.

للدائن حق عيني يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون،"[607]وقد أجاز القانون المدني الرهن الحيازي للعقارات بشرط أن يقيد الرهن وفقاً للأحكام الخاصة بقيد الرهن التأميني أي بقيده وتسجيله في التسجيل العقاري، وأجاز للدائن المرتهن للعقار أن يؤجره إلى الراهن، وأوجب ذكر ذلك في القيد أو التأشير به في هامش القيد،[608] وهو ما يكون معه عقد الإيجار التمويلي اللاحق عقد قرض بضمان رهن حيازي، فهو عقد إيجار مبرم بين الدائن المرتهن (المؤجر) والراهن (المستأجر)، وبالتالي فإن الطبيعة القانونية للإيجار التمويلي اللاحق تتفق وتتحد مع بيع الوفاء.

كما إن سبب إبطال بيع الوفاء ومنعه قانوناً متحقق في الإيجار التمويلي اللاحق، فهي تلتف حول الأحكام المتعلقة بالنظام العام فيما يتعلق بالرهن خصوصاً الخاصة بحظر الاتفاق على تملك الدائن المرتهن العقار المرهون عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله،[609] حيث يتملكه في هذه المعاملة بموجب عقد بيع رسمي بدايةً ضماناً للحصول على حقه. ويحتفظ المدين بحقه في استرجاع العقار بعد سداده للدين من خلال عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، خلافاً للأحكام القانونية المنظمة للرهن والتي لا تجيز الاتفاق على تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون بشكل مباشر عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله، فما بالنا بتملكه قبل حلول الدين أساساً، وكذلك تخالف هذه المعاملة الأحكام الشرعية واجبة الاتباع من قبل المصارف الإسلامية ألا وهي عدم التعامل بالربا والفائدة وبذلك تخالف قانون مصرف البحرين المركزي.[610]

إضافةً إلى ما تقدم فإن عقد البيع الذي يبرم بين المؤجر بصفته مشترٍ والمستأجر بصفته بائع في الإيجار التمويلي اللاحق، في حال تسجيله وقيده وفقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري المتعلقة بالإعفاء من

---

[607]– المادة 998، القانون المدني البحريني.

[608]– المادة 1020، القانون المدني البحريني.

[609]– تنص المادة 964 من القانون المدني البحريني على: " يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان أو في أن يبيعه دوم مراعاة الإجراءا التي فرضها القانون حتى ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن. ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاءً لدينه."

[610]– تنص المادة 2/2 من قانون مصرف البحرين المركزي على:"بنك: أي شخص اعتباري مرخص له بموجب أحكام هذا القانون بقبول الودائع وإدارتها واستثمارها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، سواء مع تقديم الخدمات الأخرى ذات العلاقة أوبدونها."

رسوم التسجيل والتي تنص على: " وتعفى من رسوم التسجيل العقاري إذا كان الشراء بقصد إعادة بيع العقار للعميل الوارد اسمه في عقد تمويل الشراء"[611]، سيؤول إلى بيع الوفاء كما بين أعلاه.

كما سيتحول إلى عقد غير جائز شرعاً وفقاً للبند 2/3 من المعيار الشرعي رقم 9 للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك والذي ينص على: " 2/3 يجوز تملك العين من شخص أو جهة ثم إجارتها نفسها إلى من تملكتها المؤسسة منه، ولا يجوز اشتراط الإجارة في البيع الذي حصل به تملك المؤسسة للعين"، فذكر اسم العميل نفسه المشترى منه العقار والمقصود إعادة بيعه له سيؤدي إلى مخالفة هذا البند وبالتالي يتحول إلى عقد غير جائز شرعاً مخالفاً للأحكام الشرعية الواجبة الاتباع من قبل المصارف الإسلامية العاملة في المملكة بموجب قرارات مصرف البحرين المركزي هذا من جانب، ومن جانب آخر في حال الالتفاف على أحكام قانون التسجيل العقاري فإن المصرف سيلجأ إلى أحد الاحتمالات التالية:

1. عدم تسجيل عقد البيع الأول رسمياً وتسجيل عقد رهن رسمي بدلاً من ذلك، ومن ثم يقوم المصرف بتأجير العقار للبائع مجدداً، وهذا الاحتمال يفصح عن صورية عقد الإيجار التمويلي ويؤكد بأنه في حقيقته ليس إلا عقد قرض، وهذا الاحتمال هو الأكثر رواجاً لدى المصارف الإسلامية ، لاسيما أن هيئات الرقابة الشرعية التابعة لبعض هذه المصارف قد أجازت لهم المعاملة بهذه الطريقة على سندٍ من القول بأن الملكية تثبت بإبرام عقد الشراء لا بتسجيله وذلك خلافاً لما نص عليه القانون، فمشتري العقار طبقاً للقانون لا يصبح مالكاً إلا بتسجيل عقد البيع،[612] الأمر الذي نخلص منه إلى إن عقد الإيجار في هذه الحالة طبقاً للأحكام الشريعة يعد عقداً باطلاً. فلا يجوز تأجير العين أو المنفعة قبل تملكها من قبل المصرف، وفي هذه الحالة فإن المصرف يكون قد أجر ما لا يملك طبقاً للقانون، فضلاً عن ذلك فإن الأحكام الشرعية تشترط في حالة التأجير التمويلي اللاحق أن تمضى مدة تكون كفيلة بأن تتغير فيها العين المؤجرة أو قيمتها ليصح تأجيرها من قبل المصرف إلى العميل الذي اشترى منه ذات العقار. وتقدر هذه المدة حسب المفيد في العمليات البنكية الصادر عن بنك البحرين الإسلامي بمدة سنة واحدة على الأقل،[613] وهو الأمر غير المتبع من قبل المصارف كما لاحظنا من خلال الأحكام والعقود التي أطلعنا عليها.

---

[611]– المادة2/21/1 ، اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري البحريني.

[612]– علي فيصل علي، مبدأ حجبة العقد، الخليج العربي للنشر والتوزيع، البحرين، الطبعة الأولى، 2013، ص 79.

[613]– حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 64.

2. أن يشتري المصرف العقار دون أن يفصح عن نيته في إعادة بيع العقار للعميل –البائع نفسه، وبالتالي لا يستفيد من الإعفاء المقرر قانوناً للمصارف الإسلامية، فيسدد المصرف رسوم تسجيل العقارونقل ملكيته، وهي عادةً ما تكون رسوم باهظة الثمن تعادل 2% من قيمة العقار، ومن ثم يثقل كاهل العميل بها، حيث يقوم بسدادها مرتين، المرة الأولى عند شراء المصرف للعقار حيث يحتسبها المصرف ضمن ثمن الشراء ومصاريف ويحملها العميل، والمرة الثانية عند استرجاع العميل لعقاره بعد سداده مبلغ التمويل كاملاً وتسجيله للعقار مجدداً بإسمه.

الأمر الذي نخلص معه إلى إن الإيجار التمويلي اللاحق مخالف لأحكام القانون وهو ما يوجب إيقاف العمل به علاوةً على ذلك فإن هذه المعاملة قد تؤدي إلى خسارة المستأجر لملكية العين المؤجرة وتحمله مصاريف وأرباح إضافية في حال فشله في سداد الأجرة، فخسارته حينها تكون خسارة فادحة حيث يخسر ما يملكه بقيمة نقدية قد تكون أقل من القيمة الحقيقية للعين المؤجر وفي ذات الوقت يبقى مديناً للمؤجر بالأرباح والمصاريف التي رتبها على عاتقه عقد الإجارة المنتهية بالتمليك التي تترتب في ذمته إلى تاريخ فسخ عقد الإجارة واسترجاع المؤجر للعين المؤجرة منه.

ولقد فسرت غرفة البحرين لتسوية المنازعات عقد الإيجار التمويلي اللاحق باعتباره إحدى صور الإجارة المنتهية بالتمليك في أحد أحكامها بأنه عقد قرض تجاري سافر، حيث نص الحكم على: "إن حقيقة الاتفاق بين المدعي والمدعى عليهما أنه أتفاق قرض تجاري عادي بحسب نية الأطراف وليس عقد إجارة بالمفهوم الإسلامي وأن عقدي البيع المؤرخين في 8 يونيو 2008 و الوديعة الدولارية ببنك دكسيا وعقد الرهن الرسمي المؤرخ 19 يناير 2009 ماهي إلا ضمانات لمبلغ التمويل وأن عقد الإجارة المؤرخ 8 يونيو 2008 وملحق تعديله المؤرخ يونيو 2009 ما هو إلا غطاءً ساتراً لاتفاق قرض تجاري سافراً، ومتى كان ذلك وقد انتفى عن العقد محل التداعي وصف عقد الإجارة المنتهية بالتمليك وبأن حقيقة العلاقة بين المدعي والمدعى عليهما هي علاقة قرض عادي"[614]

[614]– الحكم رقم 2011/14، الصادر عن غرفة البحرين لتسوية المنازعات بتاريخ 2012/6/7، حكم غير منشور. ولقد علقت الهيئة الشرعية للبنك على هذا الحكم مبديةً استغرابها من الحكم ومؤكدةً على إلتزامها بالمعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، وبأن الحكم بُني على القانون المدني في حين إن المفترض أن يُبنى على المعايير الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة، وكذلك ذهبت الهيئة للقول بأن الحكم ركز على قضايا فرعية و ليست أصلية كالضمان والصيانة دون التطرق للتكييف الشرعي. انظر في هذا المعنى فتاوى: بنك البحرين الإسلامي، المرجع السابق، ص 181 ومابعدها. ولا ينال من هذا الحكم ما أثارته الهيئة الشرعية للبنك بشأنه، فقد أثبت الحكم المخالفات الشرعية التي شابت العقد بدءً من

ومن ثم عادت واعتبرت عقد الإيجار التمويلي اللاحق باعتباره إحدى صور الإجارة المنتهية بالتمليك عقد تمويل مصرفي، رافضةً الدفوع المثارة من قبل المدعى عليهم في بعض الدعاوى بأن حقيقة العلاقة بينهم وبين المصرف المدعي هي عقد قرض، ولضمان سداد هذا القرض للمصرف فقد باع المدعى عليهم العقارات المملوكة لهم – موضوع التداعي– للمصرف بموجب عقد بيع رسمي، ونقلت بموجبه الملكية للمصرف، ومن ثم تم إبرام عقد إيجار منتهي بالتمليك لذات العقار لإخفاء حقيقة عقد القرض. حيث خلصت الغرفة إلى إن حقيقة هذه العقود هي تمويلات مصرفية في صيغة إجارة حيث اتجهت نية طرفا التداعي إلى تملك المدعى عليه العين المؤجرة عند نهاية العقد.[615]

وعلى الرغم من وجاهة هذه الأحكام، إلا إنها في اعتقادي بحاجة إلى المراجعة، فغرفة المنازعات حينما عدلت عن تفسيرها الأول لعقد التأجير التمويلي، رافضةً تفسير هذه العقود بأنها قروض تجارية وبأن العقارات موضوع التداعي هي ضمان لسداد هذه القروض، مجيبةً المصرف المدعي لطلباته المتمثلة في فسخ عقد الإجارة والقضاء له بمبلغ التمويل الممنوح من قبله للعميل المدعى عليه وبالفائدة التي يطالب بها أو بجزء منها، قد خالفت المنطق القانوني وكانت مشوبة بالفساد في الاستدلال خصوصاً وإن أحد هذه الأحكام قد نقل عن المدعي في إثباته للوقائع ما يؤكد إن العقد عقد قرض، وإنه أتخذ من الإجارة المنتهية بالتمليك واجهةً وستاراً للإقراض بفائدة، مقراً بأنه منح العميل التمويل في مقابل تملكه للعقار كضمان لمبلغ التمويل المصرفي وبما إن العميل قد تخلف عن تنفيذ التزامه برد مبلغ التمويل، فإنه لجأ إلى رفع الدعوى للمطالبة

عدم تسجيل عقد بيع أرض البسيتين رسمياً وهوما يفقد البنك الصفة في إبرام عقد الإجارة، فالمصرف أجر ما لايملك فالملكية في العقارات تنتقل بالتسجيل وهذا الحكم متعلق بالنظام العام ، علاوةً على ذلك فإن الحكم أثبت عدم سداد المصرف لثمن العقارات محل الإجارة المشتراة من العميل، وهو ما نستنتج معه صحة هذا الحكم الذي أثبت إضافة إلى عدم تملك البنك لعقار البسيتين المخالفات الشرعية المتعلقة بالصيانة والتأمين التي خالفت المعيار الشرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك. ولقد رفضت محكمة التمييز البحرينية الطعن رقم 123 لسنة 2012 المرفوع من قبل البنك على هذا الحكم، بسبب عدم توافر أي حالة من حالات الطعن بالتمييز الواردة على سبيل الحصر في المادة 13 من المرسوم بقانون رقم 30 لسنة 2009،حيث نعى البنك على الحكم بالبطلان لعدم استناده إلى فتوى أو استشارة مصرف البحرين المركزي أو هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسة المالية الإسلامية، وهي الجهات المختصة بتفصيل ماهية العقود الشرعية. انظر في ذلك: الطعن رقم 123 لسنة 2012، الصادر بتاريخ 2013/1/14، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الرابعة والعشرون من يناير إلى ديسمبر 2013، الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية، ص 34 ومابعدها.

[615]– انظر في هذا المعنى أحكام غرفة البحرين لتسوية المنازعات : الحكم رقم 2013/2، الصادر بتاريخ 2013/7/2. وكذلك الحكم رقم: 2013/18، الصادر بتاريخ 2014/2/9.

بمبلغ التمويل والأرباح المستحقة ومفصحاً بأنه يمتلك الحق في التنفيذ على العقار كضمان للوفاء.[616] فكان الأحرى بالغرفة تفسير هذه العقود تفسيراً قانونياً سليماً دون الوقوف عند الألفاظ، بل بردها إلى النصوص القانونية المتوافقة مع الإرادة الحقيقية للمتعاقدين والتي أفصح عنها كلاهما من خلال الدفاع المثار من قبلهما، وذلك منعاً من التحايل على أحكام القانون المتعلقة بالنظام العام.

وبناءاً على ما تقدم يتضح لنا مدى الحاجة الماسة لتدخل المشرع بإصدار قانون ينظم التأجير التمويلي بجميع أحكامه بما فيها الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في المصارف الإسلامية، ومنعه للتأجير التمويلي اللاحق كونه يخالف أحكام النظام العام من جهة وكونه يبخس حق المتعامل مع المصارف الإسلامية وشركات التمويل في حالة تعثره عن السداد فهو يخسر ملكية عقاره ويبقى بذات الوقت مديناً بمبلغ التمويل الممنوح له مضافاً له مصاريف العقد والأرباح، وهو أمر يخالف المنطق العقلي وأحكام العدالة، فالمستأجر استلم مبلغ التمويل باعتباره ثمناً لشراء المصرف لعقاره، ومن ثم استأجر العقار بعقد إجارة منتهية بالتمليك، ففي حالة فسخ عقد الإجارة ومطالبة المصرف بمبلغ التمويل بالكامل مضافاً له الرسوم والفوائد وكذلك التنفيذ على العقار، فيجب أن يشمل الفسخ عقد البيع الأول على اعتبار إن عقدي البيع والإجارة المنتهية بالتمليك مرتبطين يبعضهما ارتباطا وثيقاً. فعقد البيع أُبرم تمهيداً لإبرام عقد الإجارة المنتهية بالتمليك، أو على الأقل يجب أن تُعمل قواعد محاسبية عادلة فيكون للمصرف أو المؤجر الحق في المطالبة بمبلغ التمويل أو الحق في الاحتفاظ بملكية العقار وبخصم ثمنها من مبلغ التمويل، لا أن يحتفظ بالعقار ويطالب بمبلغ التمويل بالكامل، فبإمكانه المطالبة بالأجرة المستحقة عن فترة الإجارة فقط لا بمبلغ التمويل.

---

[616]– لقد نص الحكم رقم 18/ 2013 نقلاً عن المدعي على : "وقال – بياناً لدعواه– أنه بموجب إتفاقية إجارة مؤرخة 1 يناير 2012 والإتفاقيات الملحقة بها إستأجر المدعى عليه الأول منه عقار التداعي لقاء مبلغ 1,746,638/469 ديناراً والتزم بدفع الأجرة على أقساط سنوية بواقع 518,169/408 ديناراً لكل قسط لمدة ثلاث سنوات على أن يتم السداد وفقاً للجدول المتفق عليه إبتداءً من 30 مارس 2012 حتى القسط الأخير في 30 ديسمبر 2014، وتعهد المدعى عليه بشراء الأصول وفقاً لإتفاق التعهد بالشراء المؤرخ 1 يناير كما تعهد هو – أي المدعي– بالبيع إلى المدعى عليه. وأضاف المدعي بأن المدعى عليه لم يف بإلتزاماته ولم يسدد سوى قسط واحد من أقساط الأجرة وترصد في ذمته المبلغ المطالب به؛ بما يحق له المطالبة بفسخ عقد الإجارة وكافة الإتفاقات الملحقة به، وإستطرد المدعي أن العقار المقدم من المدعى عليه كضمان لمبلغ التمويل المصرفي الممنوح له قد تم نقل ملكيته بإسمه– أي باسم البنك المدعي– مشروطاً بنقل ملكيته بعد ذلك إلى المدعى عليه استناداً إلى إتفاقيات الوعد بالشراء والوعد بالبيع المبرمة بينه وبين المدعى عليه الأول وأنه يترتب على فسخها إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد وهو إلتزام المدعى عليه برد مبلغ التمويل المصرفي الممنوح له مع الأرباح المستحقة من تاريخ الإستحقاق حتى السداد التام مع حقه – أي المدعي– في التنفيذ على العقار المسجل بإسمه كضمان للوفاء بالتمويل سالف الذكر".

وعلى الرغم من إن اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري قد حاولت تنظيم هذا الأمر بأن علقت إمكانية تصرف المصرف الإسلامي في ملكية العقار الممول بأحد عقود التمويل العقاري بأي وجه من وجه التصرف طوال مدة سريان عقد التمويل على موافقة العميل أو ورثته،[617] وكذلك في حالة تعثر العميل عن الوفاء بالتزاماته المالية فحظرت على المصرف الإسلامي بيع العقار للغير إلا بعد موافقة العميل أو بموجب إقرار موثق بالبيع،[618] إلا إنه من الناحية العملية فإن هذه القيود غير كافية لحماية العميل المتعامل مع المصرف أو المؤسسات الإسلامية حيث تعمد هذه المصارف إلى توقيع العميل إقرار رسمي موثق بالموافقة النهائية الغير قابلة للإلغاء أو الرجوع عنها على بيع المصرف للعقار بذات تاريخ شراء المصرف للعقار محل التمويل أو بتاريخ معاصر له' وبالتالي فإن المصرف قد حمى نفسه من القيود التي فرضتها اللائحة، فبمجرد تعثر العميل يمكنه مباشرة بيع العقار موضوع التمويل بموجب الإقرار الموثق الموجود لديه. ومن ناحية أخرى فإن هذا الحظر يُضر بمصالح المصارف الإسلامية، فهو يُعد قيداً على حق الملكية، يمنعه من التصرف في ملكه وهو ما يعرضه للضرر خصوصاً في حالات تعنت العميل وامتناعه عن السداد، حيث يبقى حق المصرف معلقاً، فالقانون يمنعه من التصرف في ملكه دون موافقة العميل الذي غالباً ما يتعنت في الموافقة على التصرف فيه.

والقيد الوارد على حق المصرف في التصرف في العقار في حالة تعثر العميل مشوب بعدم الدستورية لمساسه بحق الملكية الخاصة، فالمادة التاسعة من الدستور صانت الملكية الخاصة فنصت بالفقرة ج على: "ج- الملكية الخاصة مصونة، فلا يمنع أحد من التصرف في مِلكه إلا في حدود القانون، ولا ينزع عن أحد ملكه إلا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه، وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا".[619] ولقد فسرت المحكمة الدستورية هذه المادة بأن:" الحماية القانونية التي كفلها الدستور للملكية الخاصة تفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها – في إطار وظيفتها الاجتماعية – جوهر بنيانها، وألا يكون من شأنها تعطيل الانتفاع بها بما يفقدها علة وجودها وينحدر

---

[617]- تنص المادة 1/131 من اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري على:" يراعى عند قيد عقود تمويل شراء العقارات التي تتملك بموجبها البنوك أو المؤسسات المصرفية التي تعمل وفق نظام تراخيص البنوك التجارية الإسلامية الصادر عن مصرف البحرين المركزي الآتي: 1- أن التصرف في ملكية العقار بأي وجه من وجوه التصرف طوال مدة سريان عقد التمويل لا يكون إلا بعد موافقة العميل أو ورثته".

[618]- تنص المادة 1/135 من اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري على:" في حال تعثر العميل عن الوفاء بالتزاماته المالية في عقد تمويل شراء العقار فإنه لا يجوز للطرف الممول بيع العقار للغير إلا بعد موافقة العميل أو بموجب إقرار موثق بالبيع".

[619]- دستور مملكة البحرين، الجريدة الرسمية العدد2517، عدد خاص، 2002/2/14.

بالحماية المقررة لها إلى ما يفرغها من مضمونها، ذلك أن صون الملكية الخاصة وإعاقتها لا يجتمعان، وكلما تدخل المشرع مقوضاَ بنيانها من خلال قيود ترهقها إلى حد ابتلاعها، كان عملُه إفتئاتا عليها منافياً للحق فيها، ومؤدى ذلك أن بقاء الملكية، مع الحرمان من مقوماتها أمران متناقضان، ذلك أن نزعها يفيد زوالها عن أصحابها وانتقال سندها إلى أحد الأشخاص الإعتبارية ليسخرها لأغراض تقتضيها مصالح الناس في مجموعهم. وإذ كان بقاء الملكية في يد أصحابها هو الأصل فيها، فإن إخراجها من ذمتهم يعتبر حرماناً لهم منها، لا يجوز إلا في الأحوال التي يحددها القانون، وبالطريقة التي رسمها، ومقابل تعويض عادل، وهذه القاعدة هي عينها التي ألتزمتها الدساتير المختلفة – ومن بينها الدستور البحريني– جاعلة منها قيداً على السلطتين التشريعية والتنفيذية بما يحول بينها ونزع الملكية دون مقتضٍ أو بغير تعويض، أو دون التقيد بالقواعد التي حددها القانون".[620]

وبما أن اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري قد جعلت تصرف المصرف الإسلامي في ملكه رهن موافقة وقبول العميل أو ورثته طوال مدة التمويل وكذلك في حالة تعثر العميل في السداد، الأمر الذي يكون معه هذا القيد ممتد لمدة غير محددة، فيُصادر بذلك حق المصرف في التصرف في ملكه الخاص بشكل مطلق حيث يظل رهن إرادة العميل، فتجاوز بذلك هذا القيد الحدود التي وضعها القانون، فالقانون المدني اشترط لصحة الشرط المانع من التصرف أن يكون مبنياً على باعث قوي وأن يكون مقصوراً على مدة معقولة.[621] فإذا سلمنا بوجود الباعث القوي في هذا الشرط ألا وهو تحقيق التوازن العقدي وحماية الطرف الضعيف فيه وتحقيق العدالة الاجتماعية والاقتصادية، إلا إن الحد الثاني الذي وضعه القانون غير متوافر ألا وهو المدة المعقولة، لذا فإن هذا القيد مشوب بعدم الدستورية وبمخالفته للقانون، وهو ما يستوجب إعادة صياغته بشكل يتلاءم مع الحماية الدستورية لحق الملكية ويتوافق مع الحدود القانونية بحيث يحقق الغاية منه دون أن يهدر حق المصرف في التصرف في ملكه بشكل مطلق، وذلك بأن يجعل القيد لمدة محددة كأن تكون سنة من تاريخ توقف العميل عن السداد وأن يكون الحق في التصرف بناءً على حكم قضائي بفسخ عقد التمويل المبرم بين المصرف والعميل الوارد اسمه بالعقد.

---

[620]– الحكم د/05/2 السنة الثالثة القضائية، الصادر بتاريخ 2007/3/26، منشور بالجريدة الرسمية العدد2786، 2007/4/12.

[621]– تنص المادة 774 من القانون المدني البحريني على:"إذا تضمن التصرف القانوني شرطاً يمنع المتصرف إليه من التصرف في المال الذي اكتسب ملكيته بمقتضى ذلك التصرف، أو يقيد حقه في التصرف فيه ، فلا يصح الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث قوي ومقصوراً على مدة معقولة".

ولقد تنبه نظام الإيجار التمويلي السعودي إلى الطبيعة الخاصة للإيجار التمويلي، فنظم مقابل الحق في التملك في عقود التمويل بالإيجار التمويلي بشكل عام بحيث يحمي حق كلا الطرفين المؤجر والمستأجر، فنصت المادة التاسعة منه على:

"1. إذا كان للمستأجر حق التملك أو الوعد به، يجب أن يتضمن العقد جدولاً للسداد يحدد قيمة أجرة الأصل وقيمة حق التملك منفصلين، على ألا يقل القسط لأية مدة من مدد العقد عن أجرة الأصل لتلك المدة.

2. دون الإخلال بحكم الفقرة (1) من المادة التاسعة من النظام، إذا فسخ العقد أو انفسخ في أثناء مدة الإجارة برضا الطرفين أو بأحكام العقد أو بالنظام، فللمستأجراسترداد قيمة حق التملك للفترة التي دفعها.

3. للمؤجر التعويض التأميني إن وجد."

كما أن المعيار الشرعي للإجارة المنتهية بالتمليك،الواجب التطبيق من قبل المصارف الإسلامية العاملة في مملكة البحرين قد نص على:" 8/8 إذا هلكت العين المؤجرة أو تعذر استمرار عقد الإجارة إلى نهاية مدته من دون تسبب من المستأجر في الحالتين، فإنه يرجع إلى أجرة المثل، ويرد إلى المستأجر الفرق بين أجرة المثل و الأجرة المحددة في العقد إذا كانت أكثر من أجرة المثل؛ وذلك دفعاً للضرر عن المستأجر الذي رضي بزيادة الأجرة عن أجرة المثل في مقابلة الوعد له بالتمليك في نهاية مدة الإجارة". إلا إنه قصر تطبيق هذا النص على حالتين فقط دون أن يشمله بحالة تعثر العميل في السداد، على الرغم من إن مقتضيات العدالة تستوجب إعادة مقابل الحق في التملك للعميل، فتنفيذ العقود يجب أن يكون بطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.[622]

وعليه فإنه من الممكن للمشرع البحريني أن يدمج بين التنظيم الحالي الوارد بلائحة التسجيل العقاري للتمويلات العقارية بشكل عام بعد إدخال التعديلات المقترحة عليه، وبين التنظيم الوارد بنظام التأجير التمويلي السعودي الخاص بالتأجير التمويلي، وبين التنظيم الوارد في المعيار الشرعي فيوجب أن يتضمن عقد الإجارة المنتهية بالتمليك جدولاً للسداد يحدد قيمة أجرة الأصل وقيمة حق التملك منفصلين، وأن ينص على حق المستأجر في استرداد قيمة حق التملك للفترة التي دفعها، وكذلك من الممكن أن يتضمن القانون نصاً بحق العميل المستأجر في عقود التأجير التمويلي اللاحق في طلب إجراء المقاصة القضائية بين قيمة

[622]– المادة 129، القانون المدني البحريني.

العقار محل التمويل الذي باعه للمصرف، وبين مبلغ التمويل المدفوع من قبل المصرف في حالة مطالبة المصرف بفسخ عقد الإجارة المنتهية بالتمليك ومطالبته بمبلغ التمويل المدفوع من قبله. كما بإمكانه أن يربط بين فسخ عقد الإجارة المنتهية بالتمليك في الإيجار التمويلي اللاحق وبين فسخ عقد البيع الصوري الأول الذي أبرمه العميل مع المصرف، بحيث يشمل فسخ عقد الإجارة المنتهية بالتمليك فسخ هذا العقد مراعاةً للطبيعة الخاصة للإيجار التمويلي اللاحق. وباعتقادي إن الأولى هو منع الإيجار التمويلي اللاحق لمخالفته لأحكام النظام العام.

وعليه نخلص إلى إن عقدي المرابحة للآمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك هما الصيغتان الأساسيتين لتمويل الأفراد في المجال العقاري، حيث تمّكن المرابحة للآمر بالشراء العميل من تملك العقار بشرائه، وتملك الأثاث والمنقولات، فلا يمكن من خلالها تمويل عمليات البناء، وإنما يقتصر دورها على تمويل شراء مواد البناء فقط دون أن تمول أعمال البناء وأجور المقاولين وغيرها من مصروفات ومستلزمات البناء.على عكس الإجارة المنتهية بالتمليك التي من الممكن أن تُمول عمليات البناء من خلال الإجارة الموصوفة في الذمة، ومن خلال الإجارة للآمر بالشراء مع التملك التي تقابل الإيجار التمويلي اللاحق في عقود الإيجار التمويلي، والتي بينا مخالفتها لقواعد النظام العام بالتفافها على القواعد الآمرة الواجبة التطبيق فيما يتعلق بالرهن الحيازي وحجز الأموال وبيعها وكذلك تسجيل وقيد هذه الرهونات، كما إن هاتين الصيغتين (المرابحة والإجارة المنتهية بالتمليك) مُتاحتان كذلك لتمويل الشركات والاستثمار إلى جانب الصيغ الأخرى التي تطرحها المصارف الإسلامية للشركات.

الباب الثاني
الصيغ الإسلامية الأساسية للتمويل العقاري
في مجال الاستثمار

الباب الثاني

صيغ التمويل الإسلامية الأساسية للتمويل العقاري في مجال الاستثمار

تتيح المصارف الإسلامية للشركات وللمستثمرين صيغاً أكثر تنوعاً من الصيغ التي تتيحها للأفراد، حيث تتيح لهم الصيغ المتاحة للأفراد من مرابحة للآمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك، وكذلك تتيح لهم صيغة المشاركة المتناقصة والاستصناع، إضافةً إلى ذلك فإن هناك صيغ تمويل خاصة بالاستثمار تطرح في سوق الأوراق النقدية من الشركات الراغبة في الحصول على تمويل بالتعاون مع المصارف الإسلامية كالصكوك والصناديق الإسلامية كما بينا سابقاً بالمبحث التمهيدي.

وبما أننا نبحث الصيغ الأساسية للتمويل العقاري الإسلامي، فإننا سوف نقتصر في هذا الباب على بحث صيغتي المشاركة المتناقصة وعقد الاستصناع، بحيث نبحث صيغة المشاركة بالفصل الأول ونبحث الاستصناع في الفصل الثاني.

الفصل الأول
المشاركة المتناقصة

الفصل الأول
المشاركة المتناقصة

يعتبر التمويل بالمشاركة من أبرز أساليب التمويل في المصارف الإسلامية البديلة عن الإقراض بالفائدة، فهو أسلوب مرن يمكن أن يلبي احتياجات الكثير من المتعاملين مع المصارف الإسلامية، فالمشاركة تقوم على أساس تقديم المصرف الإسلامي التمويل الذي يطلبه المتعامل معه، دون اشتراط فائدة ثابتة، وإنما يشارك المصرف العميل في الناتج المتوقع الحصول عليه للمشروع ربحاً كان أو خسارة في ضوء القواعد المتفق عليها في بداية التعاقد.[623]

وتؤدي المشاركة إلى تحويل الأموال المتميزة –المنفصلة– إلى مال واحد شائع لا يتعين مُلك أحد الأطراف في جزء محدد منه بل بنسبة شائعة تقابل مقدار المساهمة في رأس المال، ويترتب على ذلك المشاركة في استحقاق الربح وكذلك تحمل الخسارة إن وقعت حسب حصص الملكية.[624]

والمشاركة من العقود المشروعة شرعاً بالكتاب والسنة والإجماع،فمن الكتاب قوله عزّوجل: ﴿فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِن ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾.[625]وكذلك قوله سبحانه وتعالى: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنْ الْخُلَطَاء لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ﴾،[626]وأما من السنة قول رسول الرحمة صلى الله عليه وآله وسلم:إن الله يقول:"أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما"[627]. كما ثبت بإجماع الفقهاء جواز المشاركة عموماً وفي ذلك يقول ابن قدامة: " أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها".[628]

---

[623]– انظر في هذا المعنى:التمويل بالمشاركة، إضاءات، نشرة توعوية يصدرها معهد الدراسات المصرفية، دولة الكويت، السلسة الرابعة، العدد1، أغسطس2011، ص 4. وكذلك:رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012، ص 336.وكذلك: فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 133. وكذلك: محمد محمود المكاوي، المرجع السابق، ص 16.

[624]– أحمد محي الدين أحمد، المشاركة المتناقصة، أوراق في التمويل الإسلامي، مجموعة البركة المصرفية، الطبعة الأولى، 2007، ص 103.

[625]– سورة النساء، الآية رقم 12.

[626]– سورة ص، الآية رقم 24، والخلطاء تعني الشركاء.

[627]– موفق الدين أبي محمد بن عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، الجزء السابع، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثالثة، 1997، ص 109.

[628] – موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 109.

وتستثمر المصارف الإسلامية أموالها عن طريق المشاركة بها، وهي في سبيل ذلك تقوم باستخدامها بأساليب مختلفة ومتعددة، حيث تأخذ المشاركة في المصارف عدة صور لتنفيذها حسب الصفة التي تحكم العقد، وهو ما يمكن تقسيمها معه إلى المشاركة الثابتة والمشاركة المتناقصة.

والمشاركة الثابتة تسمى كذلك بالمشاركة الدائمة، وهي المشاركة التي يقوم خلالها المصرف الإسلامي بالمساهمة في تمويل جزء من رأس مال مشروع معين، ويترتب على ذلك أن يصبح المصرف شريكاً في ملكية المشروع وشريكاً في العائد الناتج عن المشروع وفقاً لنسبة مساهمته في رأس المال، وفي هذا الشكل تبقى لكل طرف حصة ثابتة في المشروع سواء اتخذ شكلاً قانونياً ثابتاً كالشركة المساهمة أو التوصية بالأسهم أم لم يتخذ، والمشاركة الثابتة قد تكون مستمرة وفيها يظل المصرف شريكاً في المشروع طالما أنه قائم، وقد تكون منتهية وفيها يكون الاتفاق بين المصرف والشركاء متضمناً توقيتاً معيناً للتمويل كعملية معينة أو صفقة معينة.[629]

أما المشاركة المتناقصة فهي المشاركة التي يكون من حق الشريك فيها أن يحل محل المصرف في ملكية المشروع، إما دفعة واحدة أوعلى دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها،[630]وتعتبر المشاركة المتناقصة من الأساليب الجديدة التي ابتكرتها المصارف الإسلامية وهي تختلف عن المشاركة الدائمة في عنصر الاستمرار،[631] فالمشاركة الثابتة أو الدائمة إذاً هي الشركة من الناحية الشرعية وكذلك من الناحية القانونية،[632] فهل ينطبق ذلك على المشاركة المتناقصة؟ هذا ما سنبحثه خلال هذا الفصل إبّان دراستنا للمشاركة المتناقصة.

---

[629]– انظر في هذا المعنى: رشاد نعمان شايع العامري، المرجع السابق، ص 337. وكذلك:عبدالرزاق يحيى جدي الهيتي، المرجع السابق، ص 496 ومابعدها.وكذلك:عبدالستار إبراهيم الهيتي، مصادر التمويل في المصارف الإسلامية، بحث منشور في كتاب البنوك الإسلامية النظرية والتطبيق والآفاق المستقبلية، مركز البحرين للدراسات والبحوث، المنامة، 2008، ص 71. وكذلك: فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق،ص 133.وكذلك: محمد محمود مكاوي، المرجع السابق، ص 17 ومابعدها.

[630]– انظر في هذا المعنى: رشاد نعمان شايع العامري، المرجع السابق، ص 338. وكذلك: فادي محمد الرفاعي، المرجع السابق، ص 134. وكذلك: محمد محمود مكاوي، المرجع السابق، ص 18.

[631]– عز الدين خوجة، أدوات الاستثمار، مصرف الزيتونة، تونس، 2014، ص 107.

[632]– المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المرجع السابق،ص 324 ومابعدها.

فما هي المشاركة المتناقصة؟ وما هو الأساس القانوني والشرعي التي تستند له؟ وما هي شروطها وأحكامها؟ هذا ما سنبينه خلال هذا الفصل، حيث سنبحث فكرة المشاركة المتناقصة ومدى شرعيتها في المبحث الأول وسنبحث في المبحث الثاني التنظيم القانوني لها.

المبحث الأول
فكرة المشاركة المتناقصة ومدى شرعيتها

المشاركة المتناقصة كصيغة تمويلية إسلامية تستخدم في التمويل العقاري بنطاق واسع سواء أكان هذا التمويل للأفراد للحصول على السكن عن طريق شراء المساكن أم كان تمويلاً للاستثمار والمتاجرة في السوق العقاري، فالغرض الأساسي للمشاركة المتناقصة هو تملك العقار وفقاً لما ورد في المفيد في عمليات البنوك الإسلامي الصادر عن بنك البحرين الإسلامي حيث نص على:

" ينبغي معرفة إن الغرض الرئيسي للمشاركة المتناقصة هو:

1. تملك الزبون لعقار ما، حيث تقع المشاركة على نفس العقار المرغوب تملكه (بين ثلاثة أطراف).
2. الاستفادة من مبلغ المشاركة لمصاريف شخصية كسداد ديون أو شراء مواد بناء (المشاركة بين طرفين)."[633]

ففي الحالة الأولى التي يرغب العميل فيها بتملك عقار معين ولا تتوفر لديه قيمته، فيشارك البنك في شرائه، حيث يقوم البنك بشراء العقار من المالك ومن ثم يبرم عقد مشاركة متناقصة مع العميل بشرط أن يدفع العميل جزء من ثمن شراء العقار يعادل نسبة مشاركته في العقار. أما في الحالة الثانية وهي الاستفادة من مبلغ التمويل يشترط البنك أن يكون لدى العميل عقار تعادل قيمته مبلغ التمويل المطلوب أو تفوق مبلغ التمويل، فيبرم عقد المشاركة المتناقصة على العقار، فيدخل المصرف شريكاً في العقار بمبلغ التمويل، ويبرم كذلك وعد بالبيع يتعهد المصرف من خلاله ببيع حصته للعميل ويبرم كذلك عقد إيجار يؤجر بموجبه المصرف حصصه على العميل ومن ثم تنتهي المشاركة ببيع المصرف حصصه على العميل في نهاية مدة الشركة أو خلال الفترات المتفق عليها.[634]

---

[633]– حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 71.

[634]– حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 71 وما بعدها.

كما تمول بعض المصارف وشركات التمويل الأفراد عن طريق صيغة المشاركة المتناقصة المتاحة للأفراد منها على سبيل المثال: مصرف السلام وشركة ريف للتمويل العقاري،[635] في حين إن الغالب يقصر هذه الصيغة على تمويل الشركات والاستثمارات كما هو الحال في بيت التمويل الكويتي[636] وبنك البحرين الإسلامي الذي بدأ بقصر هذه الصيغة على الشركات فقط،[637] بينما تعزف بقية المصارف عنها لأسباب قد تكون متعلقة بمخاطر المشاركة المتناقصة نظراً لعدم وجود ضمان باسترداد رأس المال على عكس المرابحة والإجارة.

كما تجدر بنا الإشارة إلى أن المشاركة المتناقصة لم تعد حصراً على الدول العربية والدول الإسلامية، فقد طبقت في بريطانيا عن طريق برنامج – البراق– لخدمات التمويل العقاري المتوافقة مع الشريعة الإسلامية الذي أطلقه بنك ABC (المؤسسة المصرفية العربية)[638]، الذي يقدم خدمات التمويل الإسلامي في المملكة المتحدة ليمكن المسلمين من شراء منازل بقروض لا تتضمن الفوائد المتعارف عليها في البنوك التقليدية، وذلك عن طريق تطبيق صيغة المشاركة المتناقصة، بحيث يقوم العميل والمصرف بشراء المنزل شراكة،

---

[635]– انظر الموقع الإلكتروني الرسمي لمصرف السلام: http://www.alsalambahrain.com/_Banking_Services/_Retail_Banking.
وكذلك الموقع الإلكتروني لشركة ريف للتمويل العقاري: http://www.reef.bh/، تاريخ الإطلاع عليهما: 2016/8/17.

[636]–انظر الموقع الإلكتروني الرسمي لبيت التمويل الكويتي: https://www.kfh.bh/ar/corporate-banking/corporate-finance-product.html، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/17.

[637]– الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية و الاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، المرجع السابق، ص 40.

[638]– بنك ABC (المؤسسة العربية المصرفية) هو مصرف عربي عالمي رائد، يقع مقره الرئيسي في مملكة البحرين، ويتواجد في خمس قارات حول العالم، وذلك عبر شبكته الواسعة المكونة من الشركات التابعة له والفروع والمكاتب التمثيلية المنتشرة في الشرق الأوسط وشمال إفريقيا وأوروبا وآسيا والأمريكيتين. تأسس بنك ABC عام 1980، وهو مدرج حالياً في بورصة البحرين. المساهمون الرئيسيون في البنك هم مصرف ليبيا المركزي والهيئة العامة للاستثمار بدولة الكويت. يعدّ بنك ABC من المصارف الرائدة إقليمياً في التمويل لعمليات التصدير وتمويل التجارة والشركات، كما يقدم خدمات الإدارة الحرّة للأصول المالية وأرصدة العملات ومنتجات الصيرفة الإسلامية. بنك ABC مرخص من قبل مصرف البحرين المركزي كبنك جملة تقليدي. وقد أطلق بنك ABC قسم الخدمات المصرفية الإسلامية في العام 1987 من خلال شركة ABCللاستثمار والخدمات (ش.م.ب.م)، وهي شركة فرعية مملوكة بالكامل من قبل بنك ABC الذي يقع مقره في مملكة البحرين. وكان الهدف من ذلك تأسيس وحدة مصرفية إسلامية رائدة تتوافق أعمالها تماماً مع مبادئ الشريعة الإسلامية.وفي مارس 1998 تحولت شركة ABC للاستثمار والخدمات إلى كيان مصرفي إسلامي كامل أطلق عليه اسم "بنك ABCالإسلامي". انظر في ذلك الموقع الالكتروني للبنك: https://www.bank-abc.com/Ar/AboutABC/Pages/default.aspx والموقع الالكتروني لبنك ABC الإسلامي: https://www.bank-abc.com/world/IslamicBank/ar/Pages/default.aspx، تاريخ الاطلاع عليهما: 2016/2/27.

وذلك إلى جانب تطبيق المرابحة،[639] وقد حصل هذا البرنامج على جائزة التميز في حفل جوائز التمويل العقاري الإسلامي بدبي في عام 2007.[640]

وسنبحث في هذا المبحث نشأة المشاركة المتناقصة وفكرتها وتكييفها الشرعي وضوابطها، وذلك بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نبحث في الأول فكرة المشاركة المتناقصة وصورها وخطواتها العملية وفي الثاني التكييف الشرعي لها ومدى شرعيتها وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول
ماهية المشاركة المتناقصة

تعتبر المشاركة المتناقصة من أبرز صيغ التمويل المصرفي الإسلامي المرنة التي من الممكن أن تتلاءم مع الحاجات المختلفة لأفراد المجتمع، فما هي المشاركة المتناقصة، هذا ما سنبينه من خلال هذا المطلب حيث سنبحث مفهوم المشاركة المتناقصة من خلال بيان فكرتها ونشأتها ومن ثم سنتوقف عند دراسة صورها ومجالات تطبيقها وخطواتها العملية وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم المشاركة المتناقصة:

أولاً: فكرة المشاركة المتناقصة ونشأتها:

المشاركة المتناقصة هي عبارة عن صيغة تمويلية تعتمد على اشتراك المصرف مع أحد عملائه في شراء أصل من الأصول المنتجة، كطائرة أو عقار أو شركة قائمة أو غيرها.[641] بحيث ينشىء المصرف

---

[639]– انظر في ذلك: الموقع الإلكتروني للبنك : https://www.bank-abc.com/world/abcib/ar/products/pages/alburaq.aspx ، تاريخ الاطلاع عليه: 2014/2/27. وكذلك:المصرفية الإسلامية تعيد الحيوية للقارة العجوز، صحيفة الاقتصادية، المملكة العربية السعودية، العدد 5895، 2009/9/1، الموقع الالكتروني: http://www.aleqt.com/2009/12/01/article_310110.save، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/27.

[640]– <<العربية المصرفية» تفوز بجائزتين من جوائز التمويل الإسلامي العقاري، جريدة الوسط، العدد 1581، 2007/1/4، الموقع الالكتروني: http://www.alwasatnews.com/news/209133.html ، تاريخ الاطلاع عليه : 2016/2/27.

[641]– انظر في هذا المعنى: سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 426. وكذلك: نزيه كمال حماد، المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الخامس عشر،السنة الثالثة عشر، 2002، ص 205 ومابعدها.

والعميل شركة ذات طبيعة خاصة وغرض محدد ألا وهو شراء ذلك الأصل المطلوب،[642] فيكون قصد العميل–الشريك المتمول– من الاشتراك هو الحصول على المال اللازم لإنشاء مشروع معين أو شراء أصل معين، في حين إن قصد المصرف – الشريك الممول– هو استثمار أمواله طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية،[643] فيشتركان في رأس مالها، بحيث يدفع العميل نسبة ضئيلة مثل 5% أو أكثر أو أقل، ويدفع المصرف النسبة الباقية، فيصبح هذا الأصل بعد الشراء ملكاً للطرفين بنسبة مساهمة كل منهما في رأس المال.

وبما إن غرض العملية هو امتلاك العميل للأصل، وليس للمصرف رغبة في الإبقاء عليه في ملكه، فيتفق الطرفان على قيام العميل بشراء نصيب المصرف في المشاركة بصفة متدرجة، فإذا كان العميل يرغب في دفع الثمن على مدى عشر سنين مثلاً، قُسمت حصة المصرف إلى عشر حصص، بحيث يشتري العميل كل سنة أحد هذه الحصص ويستأجر باقي الحصص المملوكة للمصرف إذا كان العميل يقطن في العقار، أما إذا لم يكن يقطن به فيتم تأجير العقار لطرف ثالث ويقتسم الطرفان إيجاره.[644]

وتسمى المشاركة المتناقصة بالمشاركة المنتهية بالتمليك، وتسمى كذلك بالمشاركة المتغيرة،[645] وذلك بسبب عدم توافر عنصر الاستمرارية فيها حيث تتناقص ملكية أحد الأطراف – البائع/ المصرف– بشكل تدريجي وذلك حينما يكون البيع بعقود بيع متعاقبة فتؤول الملكية كاملةً للمشتري، فالغرض الأساسي من المشاركة المتناقصة هو تقديم التمويل اللازم للمشروع عن طريق المصرف الإسلامي، لذا فهي تنتهي بتملك الطرف المحتاج للتمويل للمشروع بأكمله بعد سداده لقيمة التمويل حسب الطريقة المتفق عليها.[646]

---

[642]– نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 206.

[643]– صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، جامعة اليرموك، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، سنة 1994، ص 32. منشورة على الموقع الإلكتروني: http://www.abdelmagidzarrouki.com/2013-05-06-14-45-36/viewdownload/347-/59109 ، تاريخ الإطلاع، 2017/3/2.

[644]– نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 206.

[645]– محمد البلتاجي، المشاركة المتغيرة، بحث مقدم للندوة الفقهية الثالثة لمصرف أبوظبي الإسلامي التمويل بالمشاركة الآليات العملية لتطويره، المنعقدة في الفترة 19– 21 يناير 2011، دولة الإمارات، منشورة على الموقع الإلكتروني: http://www.almeshkat.net/book/6564، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/3/19.

[646]– انظر في هذا المعنى: الياس عبدالله أبو الهيجاء، تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية (دراسة حالة الأردن)، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الاقتصاد والمصارف الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، 2007/5/8، منشورة على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com/، تاريخ 2016/3الاطلاع عليه: 2016/2/24. وكذلك: محمد عبدالله الشباني، المشاركة المنتهية بالتمليك، =

وأول من طرح فكرة المشاركة المتناقصة هو الدكتور سامي حسن محمود حيث طرحها باسم "المضاربة المنتهية بالتمليك"، وذلك في أطروحته لنيل درجة الدكتوراه المسماة " تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية" لدى كلية الحقوق بجامعة القاهرة وذلك في عام 1976م[647] ومن ثم تبناها قانون البنك الإسلامي الأردني للتمويل والاستثمار رقم 13 لسنة 1978 باسم " المشاركة المتناقصة".[648]

ولقد صادق مؤتمر المصرف الإسلامي الذي انعقد بدبي بدولة الأمارات العربية المتحدة في عام 1979م على هذه المشاركة – المشاركة المتناقصة– وأعتبرها شكلاً جديداً من شركات الأموال تستخدم في التوظيفات المتوسطة والطويلة الأجل.[649] كما أوردتها الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية الصادرة عن الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية عام 1982م ضمن أهم صيغ الاستثمار الإسلامي.[650]

أما من حيث التطبيق العملي للمشاركة المتناقصة فقد ذكر بعض الباحثين بأنها طبقت لأول مرة في مصر عندما شارك أحد فروع المعاملات الإسلامية بمصرف تقليدي شركة سياحية كبرى في شراء أسطول نقل بري سياحي، حيث كان ثمن الأسطول خمسة ملايين جنيه دفعت الشركة منها مليوناً ودفع فرع المصرف أربعة ملايين ومن ثم سددت له خلال خمس سنوات بواقع ثلاثة أرباع مليون جنيه كل سنة، حيث تم تقسيم الربح فيما بينهما بواقع 15% للشركة مقابل أعمال الإدارة، و85% تقسم بين الشركة وفرع المصرف وفقاً لنسب مساهمة كلاً منهما في تمويل الأسطول، وكلما دفعت الشركة لفرع المصرف قسط من الأقساط المتفق عليها، قل نصيب الفرع من الأرباح بذات نسبة نقص نصيبه في التمويل، وبعد سداد الشركة كافة الأقساط انتقلت ملكية الأسطول بالكامل لها.[651]

=مقال منشور على الموقع الإلكتروني: http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24. وكذلك عبدالرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص 502. وكذلك: عبدالله بن مرزوق القرشي، المرجع السابق، ص 176.

[647]– انظر في هذا المعنى: سامي حسن محمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 426 ومابعدها. وكذلك: صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، المرجع السابق، ص 37. وكذلك: عبدالله بن مرزوق القرشي، المرجع السابق، ص 176.

[648]– صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، المرجع السابق، ص 37. وكذلك: عبدالله بن مرزوق القرشي، المرجع السابق، ص176.

[649]– صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، المرجع السابق، ص 37. وكذلك: عبدالله بن مرزوق القرشي، المرجع السابق، ص176.

[650]– صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، المرجع السابق، ص 38.

[651]– انظر في هذا المعنى: صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، المرجع السابق، ص 38. وكذلك: عادل سلمان محمد الصغير، أشكال التمويل بالمشاركة التي تجريها المصارف الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية، المنعقد بمدينة طرابلس 29/ 30 يوليو 2006، المنشور على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com،تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/25. وكذلك: محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، 2007، ص 334 ومابعدها.

ثانياً: تعريف المشاركة المتناقصة:

عرفت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المشاركة المتناقصة بأنها " شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجياً إلى أن يتملك المشتري المشروع بكامله".[652]

كما عرفها مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الخامسة عشر بأنها: " شركة بين طرفين في مشروع ذي دخل يتعًهد فيها أحدهما بشراء حصة الطًرف الآخر تدريجياً سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى".[653]

وعرفها الدكتور وهبة الزحيلي بأنها:"اتفاق طرفين على أن يقوم البنك بتمويل جزء من تكاليف المشروع، مقابل حصوله على حصة معينة من صافي الأرباح ويكون للعميل الحق في سداد ثمن حصة البنك تدريجياً أو بصفة دورية على أقساط، سواء من العائد الذي يحصل عليه، أو من أي مورد آخر له، في أثناء فترة مناسبة يتفق عليها".[654]

وكذلك تعرف بأنها: المشاركة التي يساهم فيها المصرف الإسلامي في رأس مال شركة أو مؤسسة تجارية، أو عقار، أو مصنع، أو زراعة أو أي مشروع تجاري آخر، مع شريك، أو أكثر وعندئذٍ يستحق كل من الشركاء نصيبه من الأرباح بموجب الاتفاق عند التعاقد، مع وعد المصرف الإسلامي بأن يتنازل عن حقوقه عن طريق بيع أسهمه إلى شركائه،والشركاء يعدون بشراء أسهم المصرف، والحلول محله، في الملكية سواء على دفعة واحدة، أو دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها.[655]

---

[652]– المادة 1/5، المعيار الشرعي رقم 12 " الشركة المشاركة والشركات الحديثة"، ص 345.

[653]– قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة، الصادر في دورته الخامسة عشر المنعقدة بسلطنة عمان في الفترة من 6-11 مارس 2004، منشور على الموقع الإلكتروني الرسمي للمجمع: http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/15-2.htm، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24.

[654]– وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص 50.

[655]– انظر في هذا المعنى: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص501، وكذلك: نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في علوم الوحي والتراث (قسم الفقه وأصول الفقه)، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، مايو 2006، منشورة على الموقع الإلكتروني: www.al-eman.com/ ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24.

ويعرفها البعض بأنها:" نوع من المشاركة يكون حق الشريك فيها أن يحل محل البنك في ملكية المشروع، إما دفعة واحدة، أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها وطبيعة المشروع على أساس ترتيب منظم لتجنيب جزء من الدخل المتحصل كقسط لسداد قيمة الحصة".[656]

ولم يفرد مصرف البحرين المركزي تعريفاً مستقلاً للمشاركة المتناقصة وإنما جاء بتعريف عام للمشاركة متضمناً بيان نوعيها من خلاله، حيث نص على:

"A form of partnership between the Islamic bank and its clients whereby each party contributes to the capital of partnership in equal or varying degrees to establish a new project or share in an existing one, and whereby each of the parties becomes an owner of the capital on a permanent or declining basis and shall have his due share of profits. However, losses are shared in proportion to the contributed capital. It is not permissible to stipulate otherwise".[657]

ولقد انتقد الدكتور صلاح المرزوقي هذه التعريفات – فيما عدا تعريف دكتور وهبة الزحيلي– وذلك لأنها عرفت المشاركة بأنها شركة أو نوع من المشاركة، ومن شروط التعريف ألا يقف التعريف على العلم بالمعرف أي ألا يرد المعرف في التعريف، فضلاً عن ذلك فإن بعض هذه التعريفات قد حصرت نطاق المشاركة المتناقصة على البنوك الإسلامية حيث عبرت عن أحد الأطراف بالبنك أو المصرف وهو أمر غير لازم فقد تكون المشاركة المتناقصة بين أفراد أو مؤسسات غير المصارف، كما يلاحظ على بعضها بأنه أورد تفاصيل غير لازمة في التعريف كالأمثلة وكذلك آلية انتقال الحصص في حين إن التعريف يجب أن يكون مختصراً. [658] معرفاً المشاركة المتناقصة بأنها:" اتفاق اثنين – أو أكثر– على المساهمة في مال، أو مال من أحدهما والعمل من الآخر، على أن يكون العائد بينهما حسب الاتفاق، والخسارة بحسب رأس المال، مع اشتراط تمليك أحدهما حصته للآخر أو وعدٍ بذلك".[659]

---

[656]– محمد محمود مكاوي، المرجع السابق، ص18. وأنظر كذلك: أحمد محمد لطفي، الاستثمار في عقود المشاركات في المصارف الإسلامية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013، ص 127 وما بعدها.

[657] -CBB Rulebook.Vo.2.Part B. Glossary of Defined Terms. Published on: http://cbb.complinet.com/cbb/display/display.html?rbid=1821&element_id=2239, reviewed on 18/3/2017.

[658]– صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، المرجع السابق، ص36.

[659]– المرجع نفسه، ص36.

وأتفق في الرأي معه، بل أعتقد إن تعريفه هو التعريف الراجح، حيث إنه قد تلافى الانتقادات التي وجهها لبقية التعريفات، فجاء تعريفه موجزاً وبسيطاً يسهل على الكافة استيعابه وإدارك المقصود بالمشاركة المتناقصة.

الفرع الثاني: صور المشاركة المتناقصة وخطواتها العملية:

تطبق المشاركة المتناقصة بشكل كبير في مجال التمويل العقاري، فهي تُستعمل لتمويل العقارات السكنية وكذلك للعقارات في مجال الاستثمار، فوفقاً لكتيب الضوابط الشرعية للمنتجات المصرفية في بنك البحرين الإسلامي فإنها تُستعمل لتمويل العقارات بأنواعها المختلفة (الأراضي- البيوت والفلل- الشقق – المجمعات – العقارات المشغولة بإجارة- العقارات تحت الإنشاء- إعادة التمويل على نفس العقار عند حاجة الزبون).[660] وتتعدد صور المشاركة المتناقصة لتتلاءم مع حاجات المجتمع والناس، فهي تمر بمراحل عديدة وتتضمن عقوداً مختلفة لتحقيق الغاية المقصودة منها، وسوف نبحث صور المشاركة وخطواتها العملية على النحو التالي:

أولاً: صور المشاركة المتناقصة:

هناك عدة صور تجري على أساسها المشاركة المتناقصة، وقد أوصى مؤتمر المصرفي الإسلامي بدبي أن تكون المشاركات المنتهية بالتمليك التي يريد المصرف استثمار أمواله فيها على إحدى الصور التالية:[661]

الصورة الأولى: أن يشترك المصرف مع عميله وذلك بتحديد حصة كل منهما في رأس مال الشركة، ثم بعد نهاية الشركة للمصرف أو للعميل الحرية في بيع نصيبه بعقد مستقل عن عقد المشاركة، للعميل أو لغيره.[662]

الصورة الثانية: اتفاق المصرف مع عميله على حصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق، مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد أو أي قدر منه يتم الاتفاق عليه، ليكون ذلك الجزء مخصصاً

---

[660]- الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية و الاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 40.

[661]- انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 144. وكذلك" أحمد محي الدين، المرجع السابق، ص 255. وكذلك: عبد القادر قائد سعيد المجيدي، مسئولية البنوك الإسلامية عن خدماتها المصرفية وأعمالها الاستثمارية، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2013، ص301. وكذلك: نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 38.

[662]- عبد القادر قائد سعيد المجيدي، المرجع السابق، ص300.

لتسديد أصل ما قدمه المصرف من تمويل،[663] أي أن يتفق المصرف مع العميل على أن يقسم الدخل إلى ثلاثة أقسام:

- حصة المصرف كعائد للتمويل.
- حصة الشريك كعائد لعمله وتمويله.
- حصة لسداد تمويل البنك.

الصورة الثالثة:أن يتفق المصرف مع عمليه بأن يتم تحديد نصيب كل منهما بصورة أسهم أو حصص شائعة، ويمكن للعميل أن يشتري الأسهم المملوكة للبنك على دفعات سنوية إلى أن يتم تملكه للمشروع بالكامل، فإذا كان العميل يرغب في دفع الثمن على مدى عشر سنوات – مثلاً – قسمت حصص المصرف إلى 10 حصص، ويتفق الطرفان على شراء العميل حصة واحدة كل سنة.[664]

وإلى جانب هذه الصور الأساسية، فقد أورد بعض الباحثين صوراً أخرى للمشاركة المتناقصة وهي:

1. **المشاركة المتناقصة بتمويل مشروع قائم:** في هذه الصورة يقدم العميل للمصرف أعياناً يعجز عن تشغيلها كما لو كان يمتلك مصنعاً ولا يستطيع شراء معداته، فيدخل المصرف شريكاً معه بقيمة المعدات، فيأخذ حصته من الربح باعتباره شريكاً، وحصة لتسديد قيمة المعدات. ويتفقان على أن يبيع المصرف حصته للعميل دفعة واحدة أو على دفعات حتى تنتهي الشراكة بتملك العميل للمصنع والمعدات بالكامل.[665]

2. **المشاركة المتناقصة بطريقة التمويل المصرفي المجمع المشترك:**يقوم المصرف في هذه الصورة بالاشتراك فيما بينه وبين مصارف أو مؤسسات مالية أخرى ومع أطراف آخرين على إنشاء أو تمويل مشروع معين، ويتم الاتفاق ابتداءً على تخارج مؤسسة أو أكثر لصالح شريك أو أكثر، والاتفاق على كيفية توزيع الأرباح لإنهاء الشراكة بتملك شريك أو أكثر للمشروع.[666]

---

[663]– عبد الرزاق رحيم الجدي الهيتي، المرجع السابق، ص 502.

[664]–أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 144.

[665]– انظر في هذا المعنى: إلياس أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 90 ومابعدها. وكذلك: عادل سلمان محمد الصغير، المرجع السابق، ص31. وكذلك: نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 41.

[666]– انظر في هذا المعنى: عادل سلمان محمد الصغير، المرجع السابق، ص 32. وكذلك: نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 41.

3. **المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك مع الإجارة:**يتعاقد العميل مع المصرف في هذه الصورة على إقامة مشروع معين، مع وعده باستئجار العين لمدة محددة بأجرة المثل، فتكون صفته في هذه الحالة شريكاً مستأجراً، مع وعد المصرف له ببيعه المشروع بسعر السوق، وتوزع الأرباح بينهما بالطريقة التي يتفقان عليها فتنتهي الشركة بتملك العميل للمشروع بالكامل وبانتهاء عقد الإجارة كذلك.[667]

4. **المشاركة المتناقصة بطريقة المضاربة:**يتكفل المصرف في هذه الصورة بتغطية كامل رأس المال المطلوب لتمويل مشروع معين، ويقدم العميل الشريك العمل، ويكون لكل منهما نسبة معلومة من الربح، على أن يكون للعميل الحق في تملك عين المضاربة بعد أن يسدد قيمتها بالكامل على دفعات. وتناسب هذه الصورة المشاريع المدرة للدخول بحيث يتم تقسيم الدخل على ثلاث أقسام: قسم لرب المال (المصرف)، وقسم للعامل(العميل)، وقسم يجنب لمقابل قيمة المشروع أو الآلة الممولة، حتى إذا ما بلغ المال المجنب قيمة المشروع بالكامل تنازل المصرف عن ملكيته للعميل، ومن الممكن أن يتم التنازل عن الملكية بشكل تناقصي بحيث يتنازل المصرف عن ملكيته للمشروع كلما سدد العميل جزءاً من قيمة المشروع.[668]

ثانياً: الخطوات العملية للمشاركة المتناقصة:

تمر عملية التمويل بالمشاركة المتناقصة بعدة خطوات يمكن تقسيمها إلى ثلاث مراحل أساسية وذلك على النحو التالي: [669]

المرحلة الأولى: مرحلة دراسة المشروع:

تبدأ هذه المرحلة بتقديم العميل طلب للمصرف الإسلامي للحصول على تمويل وفقاً لصيغة المشاركة المتناقصة مرفقاً معه دراسة جدوى اقتصادية لهذا المشروع والوثائق اللازمة له كسند ملكية الأرض، ومن ثم

---

[667]– انظر في هذا المعنى:عادل سلمان محمد الصغير، المرجع السابق، ص 32. و عبدالله المغلوث، المرجع السابق، ص 54 . وكذلك: نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 41.

[668]– انظر في هذا المعنى: صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، المرجع السابق، ص 51 ومابعدها. وكذلك: نور الدين عبدالكريم الكواملة، المرجع السابق، ص41.

[669]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 136 وما بعدها. وكذلك: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 70 وما بعدها. وكذلك: نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 32 وما بعدها. وكذلك:وائل عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2006، ص 124.

يقوم المصرف بدراسة هذا المشروع وذلك بالتحقق من مدى شرعيته وتوافقه مع أحكام الشريعة الإسلامية وتوافقه مع نظام المصرف الإسلامي وكذلك بالتحقق من الجدوى الاقتصادية والاجتماعية للمشروع، و أيضاً ينظر المصرف في مدى كفاءة العميل – الذي سيصبح شريكاً له – ومقدرته المادية والإدارية ومدى وفائه بالتزاماته، ومن ثم يتخذ المصرف قراره إما بموافقته على الدّخول في هذا المشروع مموّلاً بصيغة المشاركة المتناقصة أو برفضه، وفي حال موافقته فإنه يتم الانتقال إلى المرحلة الثانية.

المرحلة الثانية:مرحلة تأسيس الشركة والشراكة الفعلية:

بعد موافقة المصرف على الدخول ممولاً للمشروع بصيغة المشاركة المتناقصة؛ يتفق مع العميل على أمور الشراكة وذلك بتحديد رأس مال المشاركة ونسبة مشاركة كل طرف، وتحديد قيمة التمويل الذي سيقدمه المصرف وكيفية دفعه وشروطه وكيفية توزيع الأرباح، وكذلك الاتفاق على طريقة تناقص المشاركة، وإدارة المشروع، وتحديد الضمانات المطلوبة من قبل المصرف كرهن عقار لصالحه أو كفالة شخصية أو غيرها من الضمانات، ومن ثم يتم توقيع اتفاقية المشاركة المتناقصة والاتفاقيات اللازمة لتنفيذها كالوعد بالبيع من قبل المصرف والوعد بالشراء من قبل العميل، وتبدأ الشراكة فعلياً بتقديم التمويل ومباشرة المشروع لأنشطته.

المرحلة الثالثة: مرحلة التخارج وإنهاء الشراكة:

وهي المرحلة الأخيرة التي تنتقل فيها ملكية المشروع بالكامل لشريك المصرف – الذي بدأ بصفته عميلاً ثم تحول إلى شريك ومن ثم مالكاً للمشروع بأكمله – وذلك بعد بيع المصرف حصته للشريك واسترداده لرأس المال الذي مول به المشروع وخروجه ببعض الربح.

هذه الخطوات العامة للمشاركة المتناقصة بشكل عام، وسنورد الخطوات العملية المتبعة من قبل بنك البحرين الإسلامي نموذجاً لخطوات المشاركة المتناقصة في المجال العقاري، وذلك على النحو التالي:

يقسم بنك البحرين الإسلامي المشاركة المتناقصة في المجال العقاري حسب ملكية العقار الممول إلى نوعين:[670]

النوع الأول: مشاركة بين المصرف والعميل في عقار مملوك للعميل:

تختلف الخطوات العملية للمشاركة طبقاً لطبيعة العقار المملوك للعميل وما إذ كان عقاراً مؤجراً كمجمع تجاري أو عمارة سكنية أوعقاراً غير مؤجر، بحيث يتم إبرام عقد إيجار إذا كان العقار غير مؤجر، فتكون خطوات المشاركة المتناقصة على النحو التالي:

1- إبرام عقد مشاركة متناقصة يشارك بموجبه المصرف العميل في العقار ويشتري الحصة المطلوب شراؤها.

2- إبرام وعد بشراء حصص يعد بموجبه العميل بشراء حصص المصرف مستقبلاً.

3- إبرام عقد إيجار – إذا كان العقار غير مؤجراً – تُحدد فيه أجرة الحصة الواحدة شهرياً أو سنوياً. أما إذا كان العقار مؤجراً فإن المصرف يستحق أجرة الحصص المملوكة له في العقار. فهذه الخطوة تعتمد إذاً على طبيعة العقار وما إذ كان مؤجراً من عدمه، وبالتالي يُستنتج بأنها لا تصلح لكافة صور المشاركة المتناقصة، وإنما تصلح للصور البسيطة منها. أما الصور المعقدة والتي تتضمن شراكة حقيقية في مشروع عقاري ضخم كالتطوير العقاري مثلاً فإنها تقف عاجزة عن استيعابه، فمشروع التطوير العقاري يطرح الوحدات العقارية للبيع على الغير في مرحلة البناء.

4- إبرام عقد بيع حصص في نهاية المدة يبيع بموجبه المصرف العميل حصصه كاملةً بسعر رمزي، وفي حالة ما إذا كان العقار المشارك فيه مؤجراً أساساً قبل إبرام عقد المشاركة المتناقصة فإن إبرام عقد بيع الحصص يكون بعد فترة زمنية (6 أشهر كحد أدنى) للتأكد من حدوث تغير في سعر العقارات تجنباً لبيع العينة.

---

[670]- انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 71 ومابعدها. وكذلك:الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 40 ومابعدها.

النوع الثاني: مشاركة بين المصرف والعميل لتملك عقار مملوك لطرف ثالث:

إن الخطوات العملية المتبعة من قبل بنك البحرين الإسلامي حسبما جاء في الضوابط الشرعية للمعاملات المصرفية وخطوات تنفيذ المنتجات الاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي هي:

1- إبرام عقد مبايعة عرفي يشتري به المصرف العقار من مالكه الأول مشاركة مع العميل.
2- إبرام عقد مشاركة متناقصة بين المصرف و العميل في العقار.
3- إبرام وعد بشراء الحصص يتعهد بموجبه العميل بشراء حصص المصرف مستقبلاً.
4- إبرام عقد بيع يبيع بموجبه المصرف العميل حصصه كاملةً.

وباعتقادي إنه يجب إبرام عقد بيع رسمي دون الاكتفاء بإبرام عقد مبايعة عرفي، وذلك لأن انتقال الملكية قانوناً لا يكون إلا بتسجيل عقد البيع رسمياً، كما إن أحد شروط صحة البيع شرعاً هو ملكية البائع للمبيع وهي لا تتحقق إلا بتسجيل عقد البيع رسمياً، كما إن تسجيل العقد رسمياً يضمن حق كلا الطرفين (العميل والمصرف)، فالمصرف سيتجنب المشاكل القانونية الناتجة عن عدم التسجيل كالحجز على العقار لديون مستحقة في ذمة الطرف الثالث مالك العقار والعميل سيكتسب امتيازا على العقار يمنع المصرف من التصرف في العقار الممول دون رضاه.

ثالثاً: مزايا المشاركة المتناقصة:

تتميز المشاركة المتناقصة بعدة مميزات تجعلها أحد أهم صيغ التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية منها:

- القدرة على التكيف والتلائم، فالمشاركة المتناقصة تمكن المصارف الإسلامية من التكيف والتلائم المستمر مع واقع الحياة والتطور ومواجهة الأزمات والظروف الطارئة.[671]
- من أهم مزايا المشاركة المتناقصة إنها تحقق دخلاً للمصرف ولطالب التمويل خلال فترة المشاركة في المشروع، وتمكن طالب التمويل من تملك المشروع بعد مدة محددة.[672]

[671]- انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 146، وكذلك: وائل عربيات، المرجع السابق، ص 122.
[672]- نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 35.

- تشجع المشاركة المتناقصة المتعامل مع المصرف على الاستثمار الحلال، فتحقق له طموحه المتمثل في تملكه المشروع بكامله وانفراده به بعد سداده حصة المصرف.[673]

- تلعب المشاركة المتناقصة دوراً فعالاً في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فالمصرف عندما يوفر الدعم المادي للحرفيين وأصحاب الصناعات البسيطة، فإنه يساهم في اعتماد المجتمعات المحلية على القدرات الذاتية ويهيء الفرص لزيادة الدخل مما ينشط مجال الصناعات المحلية ويخلق فرص عمل جديدة، ويساهم في استمرار التنمية.[674]

- يلبي عقد المشاركة المتناقصة رغبة المؤسسات المالية سواء كانت مصارف أم غيرها في تحقيق الربح، وعدم تجميد رأس مالها لمدة طويلة، إذ تحقق لها المشاركة المتناقصة هذه الغاية، فتكون قد حافظت على مرونة مخزونها المادي وفي نفس الوقت حققت أرباحاً مستمرة مدة العقد.[675]

وعلى الرغم من مميزات التمويل بالمشاركة المتناقصة إلا إن المصارف الإسلامية تميل أكثر إلى البيوع والمداينات كون رأس المال فيها مضمون، بينما في المشاركة المتناقصة فهو غير مضمون من الممكن أن يجر أرباح ويعود كاملاً ومن الممكن أن تلحق بالمصرف الخسارة، إلا إنه يتوجب على المصارف الإسلامية أن تفعل المشاركة المتناقصة كونها تحقق الاستثمار الحقيقي، كما إن دراسة المصرف الجدية للمشاريع قبل الإقدام عليها وحقه في الإشراف والمراقبة على سير المشروع يقللان مخاطر الخسارة.

---

[673]– عادل محمد سلمان الصغير، المرجع السابق، ص 26.

[674]– انظر في هذا المعنى:نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص36. وكذلك: وائل عربيات، المرجع السابق، ص 121.

[675]– انظر في هذا المعنى : عادل محمد سلمان الصغير، المرجع السابق، ص 26. وكذلك: نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص37.

المطلب الثاني

مشروعية المشاركة المتناقصة من الناحية الشرعية

المشاركة المتناقصة عبارة عن مجموعة من العقود فهي تجمع بين المشاركة وبين الوعد بالبيع و بين عقد البيع وبين عقد الإيجار، لذا تعددت الآراء حول تكييفها الفقهي وكذلك حول شرعيتها ومدى جوازها، لذا سنبحث في هذا المطلب التكييف الفقهي لها و حكمها الشرعي ونقف كذلك على الشبهات الشرعية التي تثيرها على النحو التالي:

الفرع الأول:المشاركة المتناقصة في الفقه الإسلامي:

للوقوف على التكييف الفقهي للمشاركة المتناقصة فإنه يتوجب علينا أولاً الوقوف على أقسام الشركات في الفقه الإسلامي – المشهورة منها على وجه التحديد، وذلك بإيرادها بمفهومها العام، ومن ثم بيان أوجه الاختلاف بينها، دون الخوض في الخلافات التفصيلية المتعلقة بكل شركة على حدة، وذلك تمشياً مع منهجية هذه الدراسة، وحذراً من الاستطراد بعيداً عن موضوعها، ومن ثم نبحث الآراء التي قيلت في التكييف الفقهي للمشاركة المتناقصة لنقف على الرأي الراجح منها وذلك على النحو التالي:

أولا:أقسام الشركة في الفقه الإسلامي:

تعرف الشركة فقهاً بأنها "اجتماع في استحقاق، أو تصرف بين اثنين فأكثر كأن يشترك اثنان في استحقاق مالي كالإرث والعطية، أو تصرف كالبيع والشراء."[676]

وقد عرفتها مجلة الأحكام العدلية بأنها:"اختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم بذلك الشيء. لكن تستعمل أيضاً عرفاً واصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص. فلذلك تقسم الشركة بصورة مطلقة إلى قسمين. أحدهما: شركة الملك، وتحصل بسبب من أسباب التملك كالاشتراء والايهاب والثاني: شركة العقد، وتحصل بالإيجاب والقبول بين الشركاء. وتأتي تفصيلات القسمين في بابهما

[676]– محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص 558.

المخصوص، ويوجد سوى هذين القسمين شركة الإباحة، وهي كون العامة مشتركين في صلاحية التملك بالأخذ والإحراز للأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد كالماء."[677]

وعليه فإن الشركات في الفقه الإسلامي تقسم إلى ثلاثة أقسام:[678]

القسم الأول: شركة الإباحة: وهي اشتراك العامة في حق تملك الأشياء المباحة التي ليست في الأصل ملكاً لأحد كماء البحر، بأخذها، وبإحرازها.[679] فهي على هذا الأساس تختص في الأموال والثروات التي تقع في دائرة الملكية العامة، واشتراك الناس في الانتفاع بها. بحيث يكون هذا الانتفاع مباحاً حسب نصوص الشريعة وأدلتها، بشرط أن لا يتعارض مع القوانين المحلّية والأعراف الدولية المعمول بها في الوقت الحالي، وتسمى كذلك بالشركة العامة.[680]

القسم الثاني: شركة الملك: وهي" كون الشيء مشتركاً بين أكثر من واحد، أي مخصوصاً بهم بسبب من أسباب التملك كالاشتراء أو الإتهاب، وقبول الوصية، و التوارث، أو بخلط واختلاط الأموال يعني بخلط الأموال بعضها ببعض بصورة لا تكون قابلة للتمييز والتفريق أو باختلاط الأموال بتلك الصورة بعضها ببعض، مثلاً لو اشترى اثنان مالاً أو وهبه أحد لهما أو أوصى به وقبلا أو ورث اثنان مالاً فيكون ذلك المال مشتركاً بينهما ويكونان ذوي نصيب في ذلك المال ومتشاركين فيه ويكون كل منهما شريك الآخر فيه. كذلك إذ خلط اثنان ذخيرتهما بعضهما ببعض أو اختلطت ذخيرتهما ببعضهما بإنخراق عُدُولهما فتصير هذه الذخيرة المخلوطة أو المختلطة مالاً مشتركاً بين الإثنين".[681]

فشركة الملك إذاً هي الملكية على الشيوع في المفهوم القانوني،[682] حيث تقوم هذه الشركة على ملك اثنين أو أكثر لشيء واحد كالعقار أو السيارة أو نحوهما على الشيوع.[683]

---

[677]– علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثالث: الشركات، الوكالة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، 2003، ص6، المادة 1045.

[678]– انظر في هذا المعنى: موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 109. وكذلك: عبدالعزيز عزت الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994، ص 7 ومابعدها. وكذلك: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الثانية، 1986، ص 56 وما بعدها. وكذلك: علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون طبعة،2009،ص 7 ومابعدها.

[679]– علي حيدر، المرجع السابق، ص9.

[680]– نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 49 ومابعدها.

[681]– علي حيدر، المرجع السابق، المادة 1060، ص 15.

[682]– تنص المادة 777/ أ من القانون المدني البحريني على:" إذا تعدد أصحاب الحق العيني على شيء، غير مفرزة حصة كل منهم، فهم شركاء على الشيوع وتكون حصصهم متساوية ما لم يثبت غير ذلك".

[683]– صالح سالم النهام، الشركات في الفقه الإسلامي، بحث منشور على الموقع الالكتروني الرسمي لمجلة الوعي الإسلامي الكويتية: =

ولقد قسم جمهور الفقهاء هذه الشركة إلى أنواع مختلفة وفقاً لإرداة الشريكين ولنوع المال المشترك فيه؛ فباعتبار إرادة الشريكين – أو فعلهما – تُقسم شركة الملك إلى شركة جبّرية، وشركة اختيارية. أما باعتبار نوع المال المشترك فتقسم إلى شركة عين، وشركة دين، وهو ما نبينه على النحو التالي:[684]

أ- باعتبار إرداة الشريكين:

1. الشركة الجْبرية: وهي الشركة الحاصلة بغير فعل المتشاركين وإنما بأحد الأسباب التي تجبر كل الأطراف على الاشتراك بالتملك دون أن يكون لهم الخيار في ذلك، سواء أكان ذلك بأحد أسباب التملك كالإرث أو بغير أسباب التملك كاختلاط الأموال.[685]
2. الشركة الاختياريّة:وهي الاشتراك الحاصل في شيء بفعل المتشاركين، فهذه الشركة تقوم على رضاء الشركاء واختيارهم كالاشتراك الحاصل بالشراء، أو بقبول الهبة، أو قبول الوصية، أو بخلط الأموال المحررة.[686]

ب.باعتبار نوع المال المشترك فيه:

1. شركة العين: وهي الاشتراك في المال المعين والموجود،[687] كاشتراك اثنين في ملكية عقار أو سيارة.
2. شركة الدّين: وهي "الاشتراك في مبلغ الدّين كاشتراك اثنين في قدر كذا قرشاً في ذمة إنسان"،[688] كأن يبيع اثنان عيناً لشخص ثالث بثمن مؤجل فيشتركان في استحقاق الثمن المؤجل.[689]

= http://www.alwaei.gov.kw/site/Pages/ChildDetails.aspx?PageId=169&Vol=581، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24.
وللمزيد انظر في ذلك: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص 558.

[684]– انظر في هذا المعنى: صالح سالم النهام،المرجع السابق. وكذلك: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 65. وكذلك: علي حيدر، المرجع السابق، ص 18. وكذلك: علي الخفيف، المرجع السابق، ص9. وكذلك: محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص 558. وكذلك:نور الدين عبدالكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 50.

[685]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 56. وكذلك: علي حيدر، المرجع السابق، ص 19. وكذلك: نور الدين عبدالكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 50.

[686]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 56. وكذلك: علي حيدر، المرجع السابق، ص 18.

[687]– علي حيدر، المرجع السابق، المادة 1067، ص 21.

[688]– علي حيدر، المرجع السابق، المادة 1068، ص 21.

[689]– علي حيدر، المرجع السابق، ص 21.

بينما ذهب المالكية إلى تقسيم شركة الملك باعتبار أسباب التملك إلى ثلاثة أقسام، وهي:[690]

1- شركة الإرث: وهي اجتماع الورثة في ملك عين عن طريق الميراث.

2- شركة الغنيمة: وهي اجتماع الجيش في ملك الغنيمة.

3- شركة المبتاعين: وهي أن يجتمع اثنان أو أكثر في شراء دار ونحوها.

القسم الثالث: شركة العقد: وهي عبارة عن:"عقد بين اثنين- أو أكثر- على الاشتراك في المال وربحه أو على الاشتراك في ربحه دون الاشتراك في رأس المال. وتُسمى في الحالة الأولى بشركة الأموال، وفي الحالة الثانية تُسمى مضاربة، أو قراضاً، وقد تسمى مع ذلك معاملة وإن كان اسم المعاملة يطلق على المساقاة"، [691] وتعرف كذلك بأنها: "اتفاق اثنين أو أكثر على خلط ماليهما أو عمليهما أو التزاميهما في الذمة، بقصد الاسترباح".[692]

يقسم الفقهاء شركة العقد إلى أنواع مختلفة، بعضها متفق عليه وبعضها موضع خلاف بينهم، ولقد تعددت الأسس التي تقسم على أساسها الأنواع حيث يُعتمد على رأس المال فقط أحياناً، وأحياناً يعتمد على العمل وحده، وأحياناً أخرى يعتمد عليهما معاً، كما يُعتمد على الالتزام بالضمان كأساس للتقسيم في بعض الأحيان وفي أحياناً أخرى تُعتبر حرية التصرف أساساً للتقسيم.[693] ونبين هذه الأنواع على النحو التالي:

أولاً: شركة الأموال: وهي أن يشترك اثنان- أو أكثر- في رأس المال بقصد الاسترباح، على أن يقسم الربح بينهما حسب نصيب كل طرف من رأس المال أو حسب ما اتفقوا عليه، أما الخسارة فتكون بحسب نصيب كل طرف في رأس المال فلا يجوز الاتفاق على خلاف ذلك.[694]

---

[690]- عبدالعزيز عزت الخياط، المرجع السابق، ص 38.

[691]- علي الخفيف، المرجع السابق، ص19.

[692]- المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 325.

[693]- عبدالعزيز عزت الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الجزء الثاني، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994، ص8.

[694]- أحمد محي الدين، المشاركة المتناقصة، بحث منشور في حولية البركة، مجلة علمية متخصصة بفقه المعاملات والعمل المصرفي الإسلامي، العدد السادس، أكتوبر 2004، ص 247. وكذلك: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص56. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 54.

ثانياً: شركة الأعمال: وهي أن يشترك اثنان فأكثر فيما يكتسبان بأبدانهما، سواء أكان بالاشتراك في الحرف والمهن كالحدادة والنجارة ونحوهما وأن يقتسما الربح فيما بينهما حسب الاتفاق والتراضي،[695] وتسمى كذلك بشركة الصنائع أو الأبدان أو التقبل.[696]

ثالثاً: شركة الوجوه (الذمم): وهي" اتفاق طرفين أو أكثر على الاشتراك في شراء موجودات بالأجل والالتزام بضمان أداء ثمنها بحسب النسب التي يتم تحديدها بين الشركاء، مع تحديد نسب الأرباح بصورة متفقة مع النسب المحددة لضمان الأداء أو مختلفة عنها"،[697] وسمّي هذا النوع بشركة الوجوه لأن الشركاء فيها يتعاملون فيها بما يتمتعون به من وجاهة، ومكانة، وثقة في السوق بين التجار.[698] وتسمى كذلك بشركة الذمم.[699]

رابعاً: شركة المضاربة:وهي شركة بمال من جانب وعمل من جانب آخر، فهي عبارة عن " اتفاق بين طرفين يقوم أحدهما فيه بتقديم المال لكي يعمل فيه الآخر بالتجارة غالباً على أن يكون الربح بينهما بحصة شائعة منه في الجملة"،[700] وتسمى بالقراض ولفظ المضاربة مشتق من الضرب في الأرض، وسميت به لأن المضارب يستحق الربح بسعيه، وبعمله.[701]

خامساً: شركة العنان: وهي أن يشترك اثنان أو أكثر بمال معلوم من كل شريك بحيث يحق لكل منهما التصرف في مال الشركة، والربح بينهما بحسب الاتفاق والخسارة بقدر الحصص في رأس المال،[702] ولا يشترط فيها التساوي بين الشركاء في رأس المال ولا في التصرف ولا في الربح وإنما يخضع ذلك لاتفاقهما لذلك سميت بشركة العنان حيث يطلق الشريك العنان لشريكه.[703]

---

[695]– انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق،ص 70. وكذلك: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 57. وكذلك: المادة 1/2/2،: المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة،ص326

[696]– المادة 1/2/2،المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة،، ص 326.

[697]– حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 70.

[698]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 57. وكذك: نور الدين عبدالكريم الطوالبة، المرجع السابق، ص55.

[699]– المادة 1/2/2،المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة،، ص 326.

[700]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 231. وكذلك: سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، المرجع السابق، ص 356.

[701]– نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 56.

[702]– المادة 1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ، ص326. وانظر كذلك: أحمد محي الدين، المرجع السابق، ص 247. وكذلك: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص70.

[703]– انظر في هذا المعنى: أحمد محي الدين، المرجع السابق، ص248. وكذلك: محمد بن إبراهيم عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص563. وعطية صقر المفتي، المرجع السابق، وكذلك: صالح سالم النهام، المرجع السابق.

سادساً: شركة المفاوضة: وهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر على الاشتراك في عمل بشرط التساوي في المال والتصرف والدَّين، وأن يكون كل واحد كفيلًا عن الآخر فيما يَجب عليه من شراء وبيع كما لو أنه وكيل عنه.[704]

وبما أن شركة الملك وشركة العقد هما الأقرب لمفهوم المشاركة المتناقصة فإنه من اللازم الوقوف على الاختلافات الجوهرية بينهما من أجل الوصول إلى التكييف الفقهي للمشاركة المتناقصة، خصوصاً وإن الفقهاء المعاصرين قد اختلفوا حول تكييفها الشرعي فمنهم من اعتبرها شركة ملك ومنهم من اعتبرها شركة عقد، ومنهم من اعتبرها شركة مستجدة، وعليه فإن الوقوف على الاختلافات الأساسية بين هذين النوعين أمراً لازماً، حيث تكمن هذه الفروق في الأمور التالية:[705]

- **بالنسبة لنشأة الشركة:** شركة العقد لا تنشأ إلا عن رغبة المتشاركين واختيارهم، بينما تنشأ شركة الملك بأحد أسباب التّمليك؛ كالميراث وقبول الوصية دون اشتراط أن يكون للإرادة دوراً فيها كما هو الحال في الشركة الجبرية، إلا إنه من الممكن أن تنشأ بشكل اختياري في حالة الاشتراك بالشراء مثلاً، على عكس شركة العقد التي لا تنشأ إلا بموجب توافق إرادات الشركاء وتطابق القبول والإيجاب الصادر عنهم.

- **طريقة توزيع الأرباح:** في شركة الملك يجب التّساوي بين الحصة في الملكية وبين ما ينتج عن العقد من عوائد وأرباح، وذلك بالإضافة إلى تحميل الضّمان بقدر الحصص، بخلاف شركة العقد حيث يجوز التفاوت في العوائد والأرباح على خلاف حصص الملكيّة.

- **حرية تصرف الشركاء:** في شركة الملك يكون كل شريك أجنبي في حصة شريكه، فبالتّالي لا يملك حرية التصرف في نصيب شريكه، فيضمن ما ينتج عن تصرفاته، بينما في شركة العقد،

---

[704]– انظر في هذا المعنى: أحمد محي الدين، المرجع السابق، ص248. وكذلك: صالح سالم النهام، المرجع السابق. وكذلك: عطية صقر المفتي، أنواع من الشركات كالعنان والمفاوضة والوجوه، ما هي الفروق بينها وما حُكم الشرع فيها؟ ، بحث منشور على الموقع الإلكتروني لمركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية الالكتروني: http://www.kantakji.com/companies ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24.وكذلك: وكذلك: محمد بن إبراهيم عبد الله التويجري، المرجع السابق، ص563.

[705]– انظر في هذا المعنى :صالح سالم النهام، المرجع السابق، وكذلك: عطية صقر المفتي، المرجع السابق. وكذلك: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 57 ومابعدها.وكذلك: علي حيدر، المرجع السابق، ص2 ومابعدها. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 66 ومابعدها.

يكون كل شريك وكيل لشريكه في التّصرف، لأنّ كل واحد منهما أذن لصاحبه بالشراء والبيع، أي أنّ الضمان جائز في شركة الملك وباطل في شركة العقد.[706]

- **التعهد بالشراء:** يجوز التّعهد من أحد الشركاء بشراء حصة شريكه بالقيمة الاسمية في شركة الملك. وهذا التعهد ممنوع في شركة العقد إلا أن يكون بالقيمة السوقية، تجنباً لما فيه من معنى الضّمان.

- **التكييف القانوني:** تُكيف شركة الملك وفقاً لمفهومها وأحكامها بأنها ملكية شائعة من الناحية القانونية،[707] بينما شركة العقد تُكيف قانوناً بأنها شركة وذلك لتوافر عناصر وأركان الشركة قانوناً فيها.[708]

ثانياً: التكييف الفقهي للمشاركة المتناقصة:

اختلف الفقهاء المعاصرون في التكييف الفقهي للمشاركة المتناقصة إلى عدة آراء؛ فمنهم من يرى إنها صورة من صور المضاربة، ومنهم من يرى إنها إجارة مع وعد بالتمليك، ومنهم من يرى إنها إحدى صور المزارعة والمساقاة، ومنهم من يرى إنها شركة ملك، ومنهم من يرى إنها شركة عقد، في حين يرى البعض بأنها شركة مستجدة، وسنبين هذه الآراء على النحو التالي:

الرأي الأول: المشاركة المتناقصة صورة من صور المضاربة:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن المشاركة المتناقصة صورة من صور المضاربة، مستندين في ذلك إلى إن العلماء قد نصوا على إنه يجوز لرب المال أن يقيد المضارب بمكان العمل، ونوع التجارة، ونحو ذلك، مما لا يخل بالمقصود، وإن لم يكن المضارب يملك شيئاً في رأس المال.[709] ولعل ما دفع أصحاب هذا الرأي للقول بأن المشاركة المتناقصة صورة من صور المضاربة، إن إحدى صور المشاركة المتناقصة يقدم فيها

---

[706]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 87.

[707]– عبد العزيز عزت الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن،الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 40.

[708]– عبدالعزيز عزت الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن،الجزء الأول، المرجع السابق، ص23 .

[709]– انظر في هذا المعنى: إسماعيل شندي، المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي – تأصيل وتضبيط–، ورقة علمية مقدمة إلى مؤتمر "الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك"، المنعقد بجامعة الخليل، فلسطين، الفترة ما بين 27–28 يوليو 2009، منشورة على الموقع الإلكتروني: http://iefpedia.com/arab/ ، تاريخ الاطلاع عليه : 2016/2/23.

المصرف رأس المال بالكامل ولا يقدم العميل شيئاً سوى عمله، كما في حالة شراء المصرف شاحنة بتمويل كامل من قبله، ويسند مهمة العمل بها إلى العميل.[710]

و يفهم من خلال كتاب تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية لمؤلفه الدكتور سامي حسن محمود الذي اقترح تطبيق المشاركة المتناقصة بمسمى المضاربة المنتهية بالتمليك تكييفه لها بأنه عقد مُضاربة، حيث ذهب إلى القول بأنه: " وليست هذه العملية في واقعها إلا تحويراً يقوم على ما أجازه الحنابلة من نحو إجارة الدابة والسفينة بجزء معلوم من الأجرة المتحصل،..... فيكون الوضع في هذا مبنياً على أساس الاتفاق على أن يأخذ المضارب المشترك نصيبه من صافي الدخل حسب الترتيب الذي يمكن الاتفاق عليه (كالربع مثلاً) بعد تنزيل نفقات الوقود والصيانة وما يدفع للعامل كأجر باعتباره سائقاً، ويحجز الجزء المتبقي في حساب – تأمينات خاص– للسيارة المعينة."[711]

إلا إن هذا التكييف لا يمكن أن يشمل جميع صور المشاركة المتناقصة، ففي بعضها يشارك جميع الأطراف في رأس المال، وفي هذه الحالة ستكون شركة ومضاربة،[712] كما إن القول بأنها مضاربة غير دقيق وذلك كونها تنتهي بالتمليك حيث تتناقص حصة المصرف بشكل تدريجي، وتحل محلها حصة العميل وتنتهي بامتلاكه لكامل المشروع أو العين المشتركة.[713]

الرأي الثاني: المشاركة المتناقصة صورة من صور المزارعة والمساقاة:

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى إن دفع المال لمن يعمل عليه ببعض نمائه مع بقاء عينه جائز بالقياس على المساقاة والمزارعة، مستندين في ذلك إلى ما أشار إليه العلماء من جوازهما،[714] فقد ذكر ابن قدامة لذلك صور عدة منها:"ولو دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها وما يرزق الله بينهما نصفين، أو أثلاثا، أو كيفما شرطا، صح، نص عليه أحمد ، ونقل عن الأوزعي ما يدل على هذا".[715] وعلل صحة ذلك بقوله: "لأنها

---

[710]– وائل عربيات، المرجع السابق، ص 59.

[711]– سامي حسن محمود، المرجع السابق، ص 427.

[712]– عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص 505.

[713]– وائل عربيات، المرجع السابق، ص 63.

[714]– انظر في هذا المعنى: إسماعيل شندي، المرجع السابق، ص 13. وعبد الرزاق رحيم الجدي الهيتي، المرجع السابق، ص 506. وكذلك: وائل عربيات، المرجع السابق، ص61.

[715] – موفق الدين أبي محمد بن عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المرجع السابق، ص 116.

عين تنمى بالعمل، فصح العقد عليها ببعض نمائها: كالدراهم والدنانير ،وكالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة".[716]

وقد عرف ابن قدامة المزارعة بأنها:" دفع الأرض إلى من يزرعها ويعمل عليها، والزرع بينهما."[717] كما عرف المساقاة بأنها:" أن يدفع الرجل شجره إلى آخر، ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره"،[718] وقد نُوقش هذا الرأي و رُد عليه بأنه لا يمكن قياس المشاركة المتناقصة على المزارعة والمساقاة وذلك للأسباب التالية:[719]

1. إن محل العقد مختلف في كل من المزارعة والمساقاة والمشاركة المتناقصة، فالمزارعة والمساقاة تقع على المزروعات، وبالتالي هي لا تقع على العقارات ولا على المنقولات، وبالتالي لا تسمى مزارعة إذا وقعت عليهما.
2. إن المشاركة المتناقصة يساهم جميع أطرافها برأس مال معلوم، حالاً أو مآلاً، بينما في المزارعة والمساقاة فإن رأس المال يقدم من أحدهما والآخر يعمل فيه، ويستحق جزءاً من الربح بحسب الناتج كما في المضاربة.
3. إن المزروعات لو هلكت بأحد أسباب الطبيعة (آفة، فيضان أو غيرهما) في المزارعة والمساقاة؛ فإن ضمانها يقع على صاحب الأرض، على عكس المشاركة المتناقصة حيث يضمن الشركاء جميعهم الخسارة.

الرأي الثالث:المشاركة المتناقصة شركة ملك:

يرى أنصار هذا الرأي بأن المشاركة المتناقصة هي إحدى صور شركات الملك،[720] فالمشاركة المتناقصة تقوم على اتفاق طرفين فأكثر على إنشاء شركة ملك بينهما في مشروع أو عقار أو منشأة صناعية أو غير ذلك بحصص متفاوتة،على أن تنتهي بانتقال حصة أحد الشريكين (الممول) إلى الآخر دفعة واحدة

---

[716]– المرجع نفسه، ص 116.

[717]– المرجع نفسه، ص 555.

[718]– المرجع نفسه، ص 527.

[719]– وائل عربيات، المرجع السابق، الصفحات من 70 إلى 74.

[720]– أبرز أنصار هذا الرأي من الفقهاء المعاصرين الدكتور حسن الشاذلي، والدكتور نزيه كمال حّماد. انظر في ذلك: حسن علي الشاذلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الخامس عشر، المجلد الثاني ،السنة الثالثة عشر، 2002، ص 433 ومابعدها. وكذلك: نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 205.

أو على دفعات، بعقود بيع مستقلة وذلك حسب الشروط المتفق عليها، فمحل الشركة عين معينة كالعقار أو مصنع أو سيارة وغير ذلك، فتكون الشركة بذلك شركة ملك بناءً على التعريف العام لشركة الملك.[721]وقد تّبنوا هذا الرأي بناءً على فهمهم لطبيعة عقد المشاركة المتناقصة وفقاً للأتي:[722]

- إن المشاركة المتناقصة تقوم على تملك الشركاء لأحد الأعيان؛ كعقار أو مصنع أو طائرة، فيختص الشركاء به على هيئة شركة ملك التي تقوم على الاستحقاق والتملك على الشيوع.
- أنه بمجرد اتفاق الشركاء على تّملك عين معينة، تصير هذه الشركة شركة ملك، وذلك بناءً على التعريف العام لشركة الملك الاختيارية كما سبق بيانه.
- إن الغرض الأساسي للمشاركة المتناقصة من الناحية التطبيقية هو تمكين أحد الأطراف– طالب التمويل على الأغلب– من تملك عين، أو مشروع ذي دخل معروف، كعقار أو مصنع أو غير ذلك.

وقد نوقش هذا الرأي و رُد عليه بأن أحكام المشاركة المتناقصة تختلف عن أحكام شركة الملك بحيث لا يمكن قبول تكييفها بأنها شركة ملك، وذلك لأن:

1. المشاركة المتناقصة قد تقوم على تقديم التمويل من قبل أحد الأطراف فقط كالمصرف، دون أن يساهم الشريك في رأس المال وإنما تقتصر مساهمته على العمل كما في حالة شراء المصرف شاحنة للعمل بها من قبل العميل والاتفاق على تقسيم الأرباح فيما بينهما، كذلك قد لا يتحد الشريكان في رأس المال المقدم ولا يتوارد التقديم على عين واحدة ولا يشتركان في شيء واحد في المشاركة المتناقصة كما في حالة تقديم الأرض من قبل العميل وتقديم التمويل من قبل المصرف لإقامة المشروع، وهو ما يكون معه قول أصحاب هذا الرأي باشتراك الشريكين في شراء عين محددة بمالهما غير صحيح.[723]
2. في المشاركة المتناقصة لا يعتبر كل شريك أجنبي في حصة شريكه بل يتم الاتفاق في حال انعقاد الشركة على كيفية العمل، فيعطى الطرف العامل الحرية الكاملة في سبيل إنجاح المشروع وإدخال

---

[721]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 190. وكذلك: عادل سلمان محمد الصغير، المرجع السابق. وكذلك: نزيه كمال حماد، المشاركة المتناقصة و صورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، المرجع السابق، ص 205. وكذلك: نور الدين عبد الكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 62.

[722]– انظر في هذا المعنى: حسين على الشاذلي، المرجع السابق، ص 433. وكذلك: نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 519 ومابعدها. وكذلك: نورالدين عبدالكريم الكواملة، المرجع السابق، ص 62.

[723]– وائل عربيات، المرجع السابق، ص 75.

أكبر قدر ممكن من الأرباح، وذلك على خلاف شركة الملك التي يكون كل شريك فيها أجنبي في حصة شريكه ولا يتصرف إلا بإذن مسبق منه وإلا فهو ضامن.[724] ففي ذلك يقول الكاساني: " وأما حكم الشركة فأما شركة الأملاك فحكمها في النوعين جميعاً واحد، وهو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه، لا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه لأن المطلق للتصرف الملك أو الولاية ولا لكل واحد منهما نصيب في نصيب صاحبه ولاية بالوكالة أو القرابة; ولم يوجد شيء من ذلك وسواء كانت الشركة في العين أو الدين".[725]

3. إن الغرض الذي أبرمت المشاركة المتناقصة لأجله في جميع صورها؛ هو استثمار رأس المال، سواء كان قيمياً أو مثلياً أو عقاراً، منقولاً أو ثابتاً، وهذا يتعارض مع شركة الملك التي هي اجتماع في استحقاق، وعلى هذا فإنه لا عبرة للمعقود عليه في المشاركة المتناقصة، بقدر ما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار الغرض الذي عليه تم الانعقاد والاتفاق.[726]

الرأي الرابع: المشاركة المتناقصة شركة عقد:

يرى أنصار هذا الرأي بأن المشاركة المتناقصة هي من جنس شركات العقد، حيث تبدأ بعقد شركة عنان مضافاً إليها وعد من أحد الأطراف ببيع حصته لشريكه، فتنتهي بعقد بيع مستقل. وحجج أصحاب هذا الرأي هي:

- إن طبيعة المشاركة المتناقصة تنطبق على عقد شركة العنان، ولا يوجد فيها ما يتعارض مع كيفية وطبيعة هذه الشركة، فالغرض الأساسي من المشاركة المتناقصة هو الاسترباح واستثمار الأموال، فإن شراء المال أو الأعيان بالاشتراك إنما يتم بقصد الاسترباح .[727]
- إن المساهمة في رأس مال هذه الشركة يتم من قبل جميع الأطراف، بغرض أن يعود الربح أيضاً لكل الأطراف.[728]

ويفهم من قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشر تبنيه هذا الرأي، حيث نص على: "أساس قيام المشاركة المتناقصة: هو العقد الذي يبرمه الطرفان ويسهم فيه كل منهما بحصة في رأس مال

---

[724] – انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 190. وكذلك: عادل سلمان محمد الصغير، المرجع السابق، ص 35.

[725] – علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، المرجع السابق، ص 65.

[726] – نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 68.

[727] – انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 190. وكذلك: وائل عربيات، المرجع السابق، ص 62.

[728] – عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص 504.

الشركة، سواء أكان إسهامه بالنقود أم بالأعيان بعد أن يتم تقويمها، مع بيان كيفية توزيع الربح، على أن يتحمل كل منهما الخسارة – إن وجدت – بقدر حصته في الشركة."[729]

قد تنطبق أحكام شركة العقد – وبشكل خاص شركة العنان– على المشاركة المتناقصة إذا ساهم الشركاء جميعهم في رأس المال كما في حال تقديم العميل للأرض وتقديم المصرف للتمويل لإقامة المشروع عليها، ولكن في حال عدم مساهمة العميل في رأس المال فإن أحد الشروط الرئيسية لشركة العنان يتخلف في هذه الحالة ألا وهو الاشتراك في رأس المال،[730] فشركة العنان شركة أموال لا تصح إلا إذ اشترك الشريكان بالمال.[731] أما في حالة كون رأس المال مقدم من طرف واحد فقط، والجهد والعمل مقدم من الطرف الآخر، فإن أحكام شركة المضاربة باعتبارها شركة عقد هي الأحكام الواجبة التطبيق، حيث ستبدأ المشاركة المتناقصة بكونها مضاربة متناقصة، أو مضاربة منتهية بالتمليك، والتي ما تلبث أن تتغير إلى شركة عنان بعد تملك الطرف باذل الجهد جزءاً من المشروع بطريقة متناقصة.[732]

الرأي الخامس:المشاركة المتناقصة تدور بين شركة الملك وشركة العقد:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن تكييف المشاركة المتناقصة متقلب حسب الصورة المعمول بها، وحسب الغرض منها، فقد تكون شركة ملك أو شركة عقد، فإذا استخدمت هذه الشركة لتمويل المساكن أو السيارات فهي شركة ملك، أما إذا كان المقصود بهذه الشركة الاستثمار في المستغلات والمدّخرات، أو في مشروع تجاري فهي شركة عقد.[733]

الرأي السادس:المشاركة المتناقصة شركة مستجدة:

يرى أصحاب هذا الرأي بأن المشاركة المتناقصة شركة مستجدة ومستحدثة تنتهي بتمليك الشريك بطريق البيع، فلا تعد شركة ملك ولا شركة عقد وإن كانت شبيهة بشركة العنان، مستندين في ذلك إلى إن المشاركة المتناقصة لا تعتبر شركة عنان، ولا شركة مضاربة،لأن الغرض من شركة العنان المضاربة والاستثمار لا التمليك كما هو الحال في المشاركة المتناقصة، لذا يجب تخريج أحكامها بصورة أساسية على

---

[729]– قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة، المرجع السابق.

[730]– وائل عربيات، المرجع السابق، ص 77 وما بعدها.

[731]– المادة 1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 326.

[732]– نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 69.

[733]– نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 65.

القواعد العامة في الشركات مع مراعاة ما فيها من جدة وحداثة.[734]وقد تبنت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية هذا الرأي حيث نصت على: " يجب أن تطبق على المشاركة المتناقصة الأحكام العامة للشركات، وبخاصة أحكام شركة العنان."[735]

الرأي السابع: المشاركة المتناقصة عملية تمويلية:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن المشاركة المتناقصة عملية تمويلية وليست بمشاركة، فالغرض الأساسي منها هو التمويل وليس المشاركة، فنية التخارج تكون موجودة قبل بدء المشاركة وهو ما يتنافى مع مقتضيات وطبيعة المشاركة، فالمصرف يتفق مع عملائه على المشاركة في التمويل بشكل كلي أو جزئي لمشروع ذي دخل متوقع أو لشراء عين معينة، على أن يحصل المصرف على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلاً ويحتفظ بجزء من الإيراد لتسديد ما قدمه المصرف من تمويل الأمر الذي تكون معه هذه العملية تمول وليست بمشاركة.[736] كما ذهب البعض منهم إلى القول بأنها أشبه بالقرض الربوي و ببيع الوفاء.[737]

الرأي الراجح:

إن الرأي القائل بأنها عملية تمويل هو الرأي الراجح من وجهة نظري، فهي صيغة تمويلية حديثة تجمع بين عقود مختلفة منها عقد المشاركة، وعقد الوعد بالبيع، وعقد الإجارة،وعقد البيع، لتحقق في مجموعها الغرض من العقد وهو تمويل التقديم اللازم للعميل، فجميع هذه العقود وسيلة لتحقيق الغاية المبتغاة من العقد وهو تقديم التمويل للعميل و حصول المصرف على الأرباح أو الفائدة مقابل ذلك.

---

[734]– أنظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 191ومابعدها. وكذلك: عجيل جاسم النشمي،المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2001، ص557 ومابعدها. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 63.

[735]– المادة 1/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة،، ص 345.

[736]– انظر في هذا المعنى: حسين أحمد كامل فهمي، مداخلة في جلسة المناقشة بالدورة الثالثة عشر لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2001، ص557 ومابعدها. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 639، وكذلك: عبدالسلام العبادي، مداخلة في جلسة المناقشة بالدورة الثالثة عشر لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2001 ، المرجع السابق،ص 661.وكذلك:علي السالوس، مداخلة في جلسة المناقشة بالدورة الثالثة عشر لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2001، ص 651 ومابعدها.

[737]– أنظر في هذا المعنى، حسين أحمد كامل فهمي، المرجع السابق، ص 557. وكذلك: علي السالوس، المرجع السابق، ص 651.

الفرع الثاني: الحكم الشرعي للمشاركة المتناقصة:

اختلف الفقهاء المعاصرون في جواز المشاركة المتناقصة من عدمه على قولين: الأول هو جواز المشاركة المتناقصة بضوابط معينة و الثاني هو عدم جوازها مطلقاً نظراً لما تُثيره من شبهات عديدة تتعارض مع بعض الثوابت الشرعية، وعليه سوف نبحث أولاً الحكم الشرعي للمشاركة المتناقصة وذلك بالوقوف على آراء الفقهاء حول جوازها وعدم جوازها، ومن ثم نبحث الشبهات التي تثيرها هذه الصيغة. وذلك على النحو التالي:

أولاً: آراء الفقهاء:

اختلف الفقهاء المعاصرون في الحكم الشرعي للمشاركة المتناقصة، فمنهم من يرى حرمتها فمنعها بشكل مطلق، ومنهم من يرى جوازها بشروط معينة.[738] وسنبين هذه الآراء على النحو التالي:

الرأي الأول: جواز المشاركة المتناقصة بشروط معينة:[739]

ذهب جمهور الباحثين المعاصرين في الفقه المصرفي الإسلامي إلى القول بجواز عقد المشاركة المتناقصة شرعاً وذلك بشرط الالتزام بضوابط وقوانين شرعّية عند تطبيق هذا العقد وذلك لتنقيته من كل ما قد يشوبه من شبهات قد تخرجه من دائرة الشرعية.

ولقد أخذ مجمع الفقه الإسلامي بهذا الرأي في قراره الصادر بالمؤتمر الخامس عشر المنعقد بمسقط،[740] وهو ذات الرأي الذي أخذت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في المعيار الشرعي رقم 12 الخاص بالشركة والمشاركة،[741] ولقد استند أصحاب هذا الرأي إلى الحجج والأدلة التالية:[742]

---

[738]– انظر في هذا المعنى:أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 194 ومابعدها. وكذلك: إسماعيل شندي، المرجع السابق، وكذلك: إلياس عبدالله أبو الهيجاء،المرجع السابق،ص 42.وكذلك: عبدالله بن مرزوق القرشي، المرجع السابق، ص 183. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 72.

[739]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 194 ومابعدها. وكذلك: إسماعيل شندي، المرجع السابق، وكذلك: إلياس عبدالله أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 42. وكذلك: نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 213 ومابعدها. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 72 ومابعدها.وكذلك:وهبة الزحيلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، المرجع السابق، ص 36 ومابعدها.

[740]– قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة، المرجع السابق.

[741]– المادة 5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 345.

1. أدلة مشروعية الشركة في الفقه الإسلامي: والتي منها قوله سبحانه وتعالى:﴿ فهم شركاء في الثلث﴾،[743] وقوله عز وجل:﴿ وإن كثيراً من الخُلطاء ليبغي بعضهم على بعضٍ إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات﴾،[744] وكذلك قول رسول الرحمة محمد ﷺ: "إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه، فإذا خانه خرجت من بينهما".[745]بالإضافة إلى إجماع الفقهاء على مشروعية الشركة بشكلها العام وفي ذلك يقول ابن قدامة: " أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها".[746]

2. إن الأصل في المعاملات الإباحة، وصيغة المشاركة المتناقصة تجمع بين عناصر مشروعة تتجسد في شركة الملك أو العقد و الوعد بالبيع وعقد الإيجار وعقد البيع، وليس في هذه العناصر ما يخالف نصاً شرعياً، ولا يناقض قاعدة عامّة ولذلك فهي جائزة شرعاً،[747] بشرط أن لا يترتب على اجتماع هذه العقود والالتزامات معاً أحد المحظورات الآتية:[748]

   - أن يكون الجمع بينها محل نهي في نص شرعي.
   - أن يترتب على الجمع بينها توسل بما هو مشروع إلى ما هو محظور.
   - أن تكون العقود والالتزامات المجتمعة متضادة وضعاً أو متناقضة حكماً.

3. الحاجة للمشاركة المتناقصة باعتبارها إحدى أداوت الاستثمار الحديثة، والتي تحقق الكثير من الغايات، وتتلاءم بكل سهولة مع متطلبات التمويل والاستثمار اللازمة لتوفير حاجات المجتمع سواء أكانوا أفراداً أو مستثمرين، بالإضافة إلى تشجيعها للاستثمار وتنمية رأس المال.[749]

---

[742]– انظر في هذا المعنى: عبدالله بن مرزوق القرشي، المرجع السابق، ص 183 ومابعدها. وكذلك: محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 336. وكذلك: نزيه كمال حماد، المرجع السابق،ص 213. وكذلك: نور الدين عبدالكريم الطوالبة، المرجع السابق، ص72 ومابعدها. وكذلك:وهبة الزحيلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، المرجع السابق، ص 36 ومابعدها.

[743]– سورة النساء، الآية 12.

[744]– سورة ص، الآية 24.

[745]– موفق الدين أبي محمد بن عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، المرجع السابق،ص 109.

[746] – المرجع نفسه، ص 109.

[747]– محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 336.

[748]– نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 213.

[749]– مزايا المشاركة المتناقصة، ص 219 ومابعدها من هذا البحث.

وعليه فقد خلص مجمع الفقه الإسلامي إلى أن: "المشاركة المتناقصة مشروعة إذا التزم فيها بالأحكام العامة للشركات و روعيت فيها الضوابط الآتية:

أ. عدم التعهد بشراء أحد الطرفين حصة الطرف الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، بل ينبغي أن يتم تحديد بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع، أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع.
ب. عدم اشتراط تحمل أحد الطرفين مصروفات التأمين أو الصيانة وسائر المصروفات، بل تحمل على وعاء المشاركة بقدر الحصص.
ج. تحديد أرباح أطراف المشاركة بنسب شائعة، ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة.
د. الفصل بين العقود والالتزامات المتعلقة بالمشاركة.
هـ. منع النص على حق أحد الطرفين في استرداد ما قدمه من مساهمة (تمويل). "[750]

وسوف نتطرق لدراسة هذه الضوابط والأحكام إبان دراستنا للتنظيم القانوني للمشاركة المتناقصة في المبحث الثاني.

الرأي الثاني:عدم جواز المشاركة المتناقصة:

ذهب مجموعة من الباحثين في مجال الفقه المصرفي المعاصر إلى القول بعدم جواز عقد المشاركة المتناقصة، نظراً للشبهات الكثيرة التي تدور حول هذه الصّيغة، لذلك التزموا القول بحرمة هذا العقد، ونصحوا المصارف والمؤسسات الإسلامية بالامتناع عن التعامل بها، وأبرز القائلين بهذا الرأي هو الدكتور حسين كامل فهمي،[751]حيث أورد قائلاً:" فإذا كان الأمر كذلك، فإنه يمكن التوصل إلى استنتاج عام وهام، مفاده هو: أنه من الأفضل والأجدى شرعاً وعقلاً، أن يصدر المجمع الموقر قراراً برفض عقد المشاركة المتناقصة كلية، باعتباره عقداً فاسداً في أصله، مع إلزم البنوك وغيرها من المؤسسات بعقد الشركة الطبيعي الموروث، سداً للذرائع ومنعاً من استخدام مزيد من العقود المشبوهة".[752]

---

[750]– قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة، المرجع السابق.

[751]– حسين أحمد كامل فهمي، مداخلة في جلسة المناقشة بالمؤتمر الثالث عشر لمجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 557.

[752]– حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال الدين توفيق الحطاب بعنوان المشاركة المتناقصة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2003، ص 65.

وفيما يأتي بيان حجج وأسانيد أصحاب هذا الرأي:[753]

أولاً: إن المشاركة المتناقصة تتنافى مع أهداف عقد الشركة ومقتضياتها، و يتضح ذلك من خلال ما يلي:

أ. إن المقصود من الشركة هو الاشتراك في رأس المال والعمل بقصد تحقيق الربح، والمشاركة المتناقصة لا يتحقق فيها هذا الغرض، حيث إن النية متجهة من حين الانعقاد إلى أن يخرج المصرف من المعاملة بمجرد شراء الأصل من البائع الأول ثم تنتهي هذه المعاملة بعد استعادة المصرف لأصل مبلغ التمويل مضافاً له الربح، فالغرض ليس هو الشركة لتحقيق الربح، بل الغرض حصول العميل على التمويل أو القرض، وحصول المصرف على العائد من هذا القرض، أي أن هذه المعاملة تعتبر من باب التحايل.[754]

ب. إن العنوان الذي تم وضعه لهذه المعاملة– وهو المشاركة المتناقصة– لا يتفق البتة مع مقتضياتها وأهدافها. وفي ذلك يقول الدكتور حسين كامل فهمي: "... فمن الواضح أن هذا العنوان ينطوي على معانٍ تتناقض تماماً مع المقصد الأصلي لعقد الشركة، كما أشار إليه الفقهاء من كونه عقداً بين المشاركين لتحقيق الرّبح. وهذا المقصد لا يتحقق (في أغلب الحالات) إلا بافتراض الاستدامة والاستمرار في المشاركة. فكما أن الشَّركة تعني اشتراك طرفي التعاقد في رأس المال، فإنها تعني أيضاً اشتراكهما في العمل لتحقيق الربح. وهذا يتناقض مع الهدف من العقد الذي أمامنا إذ أن النية مبيتّة فيه من البداية على أن يبدأ تخارج البنك من التعامل فور شرائه للأصل من البائع الأول، ثم تنتهي عملية المشاركة بأكملها بين الطرفين بمجرد حصول كل منهما على الغرض الأصلي المنشىء لهذا التعامل،وهو التمويل (أو القرض) بالنسبة للعميل المستثمر ،والعائد على هذا القرض(مع استرداد أصله) بالنسبة للبنك".[755]

---

[753]– انظر في هذا المعنى:أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 197 ومابعدها.وكذلك: حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال الدين توفيق الحطاب بعنوان المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 51 ومابعدها. وكذلك: حسين أحمد كامل فهمي، مداخلة في جلسة المناقشة بالمؤتمر الثالث عشر لمجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق. وكذلك: عبدالله بن مرزوق القرشي، المرجع السابق، ص198 ومابعدها.وكذلك:علي السالوس، المرجع السابق، ص652.

[754]– انظر في هذا المعنى:أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 197. وكذلك: حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال الدين توفيق الحطاب بعنوان المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 49. وكذلك: عبداللطيف آل محمود ، مداخلة في جلسة المناقشة بالمؤتمر الثالث عشر لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2001، ص557 ومابعدها. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص650. وكذلك:علي السالوس، المرجع السابق، ص 651.

[755]– حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال الدين توفيق الحطاب بعنوان المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 49.

ثانياً: إن القول بجواز المشاركة المتناقصة يؤدي إلى التغاضي عن بعض الثوابت الشرعية التي تعارف عليها الفقهاء، والتي من أهمها:

1. إن العبرة في العقود كما قرر الفقهاء هي بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني، والمقصد الأساسي من هذه المعاملة لا يخرج في معظمه عن إطار واحد وهو نشاط منح الائتمان عن طريق شراء السلع ثم إعادة بيعها بالأجل.[756] وفي ذلك يقول ابن تيمية: " قد ثبت عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال: "إنما الأعمال بالنيات"، فهذان المتعاملان إن كان قصدهما أخذ دراهم بدراهم إلى أجل، فبأي طريق توصلا إلى ذلك كان حراما، لأن المقصود حرام لا يحل قصده؛ بل قد نهى السلف عن كثير من ذلك سداً للذرائع؛ لئلا يفضي إلى هذا المقصود".[757]

2. النهي عن إجراء بيعتين في بيعة، وعن شرطين في بيع، وعن بيع وسلف،[758] فقد روي عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، حتى ذكر عبدا لله بن عمرو قال: رسول الله ﷺ: " لا يحل سلف وبيع: ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك".[759]

3. فساد بيع العينة وحرمته وهو البيع الذي يُقصد من ورائه الحصول على النقد حيث يتضمن إعادة بيع المشتري الأصل الذي اشتراه إلى نفس المالك الأصلي الذي اشتراها منه بسعر أعلى، وهو متحقق في المشاركة المتناقصة حيث يبيع المصرف العين التي اشتراها من العميل إلى العميل ذاته بسعر أعلى وهو ما يجعل هذه الصيغة مشوبة بشبهة المشاركة المتناقصة.[760] فالفقهاء عندما نقلوا الصور المختلفة في بيع العينة لم يذكروا أنها عقود قاصرة على تبادل نقد بنقد مع التفاضل، وإنما قالوا هي بيوع استوفت أركانها فقهياً، بصيغة متكاملة صحيحة، بعتك واشتريت منك، وفيها محل للعقد وهي السلعة والثمن،وفيها نقل للملكية من البائع للمشتري، ثم نقل آخر للملكية من المشتري إلى البائع. بل إن الإمام الشافعي اشترط في العقد الذي يحكم عليه بالفساد أن يذكر في العقد الأصلي وملحقاته شرطاً يقتضي الالتزام بإعادة البيع من المشتري إلى البائع الأصلي، ويفهم من ذلك أنه يتكلم عن أي

---

[756]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 199. وكذلك: حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال توفيق حطاب بعنوان عقد المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 52.

[757]– تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، الجزء 29، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، الطبعة الثالثة، 2005، ص 239.

[758]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 198. وكذلك: حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال توفيق حطاب بعنوان عقد المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 57 ومابعدها.

[759]– أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، المرجع السابق، ص 60.

[760]– انظر في هذا المعنى: إسماعيل شندي، المرجع السابق. وكذلك: حسين أحمد كامل فهمي، مداخلة في جلسة المناقشة بالمؤتمر الثالث عشر لمجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق. وكذلك: علي السالوس، المرجع السابق.

عقد سواء كان بيعاً أو مشاركة أو خلافه فقد تم بالفعل مستوفياً لأركانه، ثم يتلوه بيع آخر مستوفياً أيضاً لأركانه، إلا أن ذلك كله لم يمنعه من الحكم الذي رتبه من النهاية على هذين العقدين وهو الفساد لأنهما يجران إلى الربا.[761]

ثانياً: الشبهات التي أثيرت حول المشاركة المتناقصة:

يرى الفقهاء المعاصرين القائلين بعدم جواز المشاركة المتناقصة ذلك إنها مشوبة بالعديد من الشبهات التي تتعارض مع ثوابت شرعية توجب من جهة نظرهم العدول عن التعامل بهذه الصيغة سداً للذرائع ونبين هذه الشبهات على النحو التالي:

الشبهة الأولى: شبهة الربا وصورية الربح:

إن الغرض الأساسي لعقد المشاركة المتناقصة هو التمويل، حيث يتفق المصرف مع المتعامل معه على المشاركة في التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع على أن يحصل المصرف من شريكه حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً ويحتفظ بجزء من الإيراد لتسديد ما قدمه المصرف من تمويل، ومن ثم تنتهي المشاركة بتخارج المصرف بعد استرداده أصل مبلغ التمويل وحصوله على ربح إضافي، وهو ما يجعل هذا العقد مشوباً بالربا فالفرق بين ما يدفع هنا وبين الفوائد التي تدفع في المصارف الربوية هو أن فوائدها محددة بالنسبة لرأس المال، أما هنا فالدخل هو الزيادة على رأس المال، وليس لأن هذه الزيادة غير محددة فأنها لا تعد من قبيل الربا.[762]

كما إن عمليات التمويل من خلال عقد المشاركة المتناقصة يغلب عليها طابع التمويل القصير أو متوسط الأجل، وقد يحدث في كثير من الأحيان أن لا يكون هناك أي إيراد يغله الأصل الخاضع لعملية المشاركة خلال فترة انعقاد العقد، مما يخلق تناقضاً بين الواقع التطبيقي والنموذج النظري لهذا النوع من التمويل، فيضحى العائد منه ربح صوري.[763]

---

[761]– أنظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 199. وكذلك: حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال توفيق حطاب بعنوان عقد المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 53.

[762]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 200. وكذلك: حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال توفيق حطاب بعنوان عقد المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 52ومابعدها. وكذلك:علي السالوس، المرجع السابق، ص 651 ومابعدها. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 82.

[763]– حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال توفيق حطاب بعنوان عقد المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 52

ويرد البعض على هذه الشبهة بأنه من المعروف أن المستقرض ضامن للمال، وأن المقرض غير مسئول عن أي ضرر يتعرض له المال المُقرض، وهو الأمر المطبق في القروض الربوية، والحال في المشاركة المتناقصة على غير ذلك، إذ أن الطرف المموّل وهو المصرف في أغلب الأحوال يكون شريكاً لطالب التمويل في الربح والخسارة، وكل طرف وكيل عن الآخر في نصيبه حسب شروط العقد، ولا يضمن إلا في حالة التّعدي والتقصير المُحقق. والنظر إلى المشاركة في الرّبح وغض الطرف في المشاركة عن الخسارة؛ نظر لا يستقيم ولا يبرر القول بأن المشاركة المتناقصة عبارة عن قرض بفائدة ربوية.[764]

كما إن التمويل يمكن أن يقدم للعميل بصيغة محرمة كما في القروض الربوية، أو بإحدى الصيغ المباحة شرعاً سواء أكانت تجارية ربحية كالمشاركة أو غير ربحية كالقرض الحسن، ومن الخطأ الخلط في الإطار الإسلامي بين عموم التمويل الذي هو نشاط ربحي مهم للمصارف الإسلامية وبين الإقراض – وهو تمويل غير ربحي لا تقوم به المصارف إلا استثناءاً. وإن الخطأ في تسمية التمويل إقراضاً هو ما أدى إلى الخطأ في الحكم على المسألة والاشتباه بالربا.[765]

وباعتقادي إن هذه الشبهة فعلاً واردة في التطبيق العملي لعقود المشاركة المتناقصة خصوصاً في حالة شراء المصرف العين محل التمويل من العميل وإعادة بيعها له في إطار عقود المشاركة المتناقصة، كما إن عقود المشاركة المتناقصة المستخدمة من قبل بعض المصارف تتضمن عبارات عامة حول ضمانات العقد يُفهم منها إنها ضماناً لكامل مبلغ التمويل،[766] وهو ما لا يمكن معه إنكار شبهة الربا في هذه الصيغة التمويلية.

---

[764]– نور عبدالكريم الطوالبة، المرجع السابق، ص88.

[765]– محمد أنس الزرقا، تعليق محمد أنس الزرقا على تعليق حسين أحمد كامل فهمي " عقد المشاركة المتناقصة"، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2003، ص 78 ومابعدها.

766– ينص نموذج عقد شركة ريف العقارية للمشاركة المتناقصة على: "13. الرهونات يلتزم الطرف الثاني برهن حصته للطرف الأول ضمانا لسداد ما يجب للطرف الأول من مستحقات وحتى يستوفي الطرف الأول جميع المبالغ المستحقة بموجب هذا العقد ولا يحق للطرف الثاني أن يبدي أي اعتراض على ذلك."

الشبهة الثانية: المشاركة المتناقصة من صور بيع العينة:

يرى بعض الفقهاء بأن المشاركة المتناقصة تتشابه مع بيع العينة الذي نهى عنه الفقهاء، فشراء المصرف لعين معينة مملوكة للعميل بناءاً على طلبه، ومن ثم القيام بتقسيم القيمة الإجمالية لهذه العين إلى عدد معين من الحصص أو الأسهم، ليشتريها العميل طالب التمويل مجدداً ما هو إلا إحدى صور بيع العينة، وفي ذلك يقول الدكتور حسين فهمي:" إنه لا يشفع لهذه الحقيقة أيضاً القول بأن سداد عميل البنك للأقساط المستحقة عليه – وهو بمثابة إعادة الشراء– هي بمثابة بيع تدريجي لحصص متتالية من الجزء الذي امتلكه البنك الأصلي محل العقد".[767]

ويرد البعض على هذه الشبهة بالقول بأن صيغة المشاركة المتناقصة تعتبر من الصيغ التمويلية، فالغرض منها هو تمويل امتلاك الطرف الآخر للأصل الذي هو محل الشركة في العقد بطريقة شرعية، وهو ما يبعد هذا العقد عن بيع العينة الذي يكون الغرض منه الالتفاف على الحكم الشرعي، كما إن المصرف والعميل يشتريان بطريق المشاركة العين محل التمويل من طرف ثالث، فيكونا شريكين في الربح والخسارة وتحمل الأضرار التي تتعرض لها هذه العين، فالمشاركة المتناقصة تتم بين أكثر من طرف، في حين إن بيع العينة يكون بين طرفين فقط البائع والمشتري، كما إن في بيع العينة يكون البيع الأول والثاني بسعر ثابت وعليه زيادة، بينما يشترط في المشاركة المتناقصة أن تكون بالقيمة السوقية، أي أن الأسعار تتغير وغير ثابتة وهو ما يبعدها عن بيع العينة.[768]

وباعتقادي إن هذه الردود قاصرة عن الرد على هذه الشبهة، فهي قد اعتمدت على الإطار النظري في المقارنة بين المشاركة المتناقصة وبين بيع العينة، في حين إن بعض صور التطبيق العملي للمشاركة المتناقصة تتحقق معها شبهة بيع العينة، فبعض حالات المشاركة المتناقصة تكون بين المصرف والعميل حيث يشتري المصرف من طرف ثالث عيناً معينة بأكملها بناءاً على طلب العميل و دون أن يشارك العميل في شراءها بأي مبلغ، كما إن إحدى صورها هي شراء المصرف لعين معينة أو لجزء منها من العميل نفسه ومن ثم يتم بيعها للعميل ذاته في وقت آخر بناءً على عقد بيع يوقع في ذات وقت التوقيع على عقد المشاركة المتناقصة و بالاتفاق على مبلغ معين في ذات الوقت، الأمر الذي تتلاقى معه المشاركة المتناقصة ببيع العينة في بعض الصور.

---

[767]– حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال توفيق حطاب بعنوان عقد المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 53 ومابعدها.

[768]– انظر في هذا المعنى : أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 199 ومابعدها. وكذلك: إسماعيل شندي، المرجع السابق، ص23. وكذلك: محمد أنس الزرقا، المرجع السابق، ص 74. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 81.

الشبهة الثالثة: المشاركة المتناقصة من بيوع الوفاء:

إن هذه المعاملة من باب بيع الوفاء إن لم تكن أسوأ منه، وهذه الشبهة ساقها الدكتور علي السالوس في مداخلته في جلسة مجمع الفقه عند مناقشته لهذا الموضوع حيث قال: " نظرت إلى العقدين فوجدت أن المسألة تمول وليست شركة متناقصة، المجمع هنا قد اتخذ قراراً من قبل بعدم صحة بيع الوفاء، وهذا أسوأ من بيع الوفاء، يعني إن لم يكن هو صورة من بيع الوفاء فهو أسوأ من بيع الوفاء، لأن الآخر ملتزم بمبلغ يدفعه، إنما في بيع الوفاء إن لم يرد العين فلا يدفع شيئاً".[769] حيث يرى إن بيع الوفاء متحقق في إحدى صور المشاركة المتناقصة وهي الصورة التي يتفق فيها المصرف مع عملائه على أن يحصل المصرف من شريكه حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلاً ويحتفظ بجزء من الإيرادات لتسديد ما قدمه المصرف من التمويل معتبراً أن هذا الدخل عبارة عن زيادة على رأس المال.[770]

فوجه الشبه بين المشاركة المتناقصة وبين بيع الوفاء إن المصرف اشترى حصة في الشركة من العميل نفسه وهو– المصرف– يستفيد منها إلى حين تسديد العميل لثمنها فيردها له المصرف كما في بيع الوفاء، حيث إن الدائن يشتري عيناً من المدين ويظل ينتفع بها إلى حين تسديد المدين للدين.

يناقش البعض هذه الشبهة بالقول بأن: بيع الوفاء ليس بيعاً بالمعنى المتعارف عليه للبيع، بدليل جريان أحكام الرهن عليه، حيث إن المصرف فيه يكون مالكاً من جهة وغير مالك من جهة أخرى، على عكس المشاركة المتناقصة، إذ يتمتع فيها المصرف بملكية تامة بكل معانيها، غاية ما في الأمر أن هناك وعد منه ببيع حصته للشريك شريطة قيامه بدفع ثمن الحصة إما دفعة واحدة أو على دفعات. كما إن القصد في بيع الوفاء أيضاً مختلف تماماً، فالبائع لا يقصد بيع العين، وإنما قصد جعل العين ضماناً للقرض، وجعل المشتري ينتفع بها لحين سداد القرض، أي أنها معاملة ربوية تم إخفاؤها في صورة بيع،وهذا يخالف المشاركة المتناقصة، إذ إن المتشاركين قصدا الاستثمار،[771] كما إن الشبه بين المشاركة المتناقصة وبيع الوفاء قد يكون في الظاهر، ولكن لو لاحظنا أن المشاركة المتناقصة تتضمن مجموعة عقود منفصلة عن بعضها البعض حينئذ يزول الإشكال.[772]

---

[769]– علي السالوس،المرجع السابق، ص 651 ومابعدها.

[770]– علي السالوس، المرجع السابق، ص 651 ومابعدها.

[771]– أنظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 201. وكذلك: إسماعيل اشندي، المرجع السابق. وكذلك: محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص 294.

[772]– وهبة الزحيلي، مداخلة في جلسة المناقشة بالدورة الثالثة عشر لمجمع الفقه الإسلامي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2001، ص656 ومابعدها.

و باعتقادي إن شبهة بيع الوفاء فعلاً متحققة وواردة في الحالة التي وصفها الدكتورعلي السالوس وهي حالة شراء المصرف العين محل التمويل من العميل أو شراء جزء منها ومن ثم إعادة بيعها للعميل ذاته بسعر آخر، خصوصاً وإن جميع العقود المتعلقة بالمشاركة المتناقصة من الناحية العملية يتم توقيعها في ذات الوقت ولا يمكن الفصل بينها بشكل مستقل فهي في مجموعها تحقق مقصد الطرفين وتحقق الغرض من المشاركة المتناقصة، كما إن القصد من المشاركة المتناقصة هو تقديم التمويل وهو أمر لا ينكره طرفا العقد المصرف والعميل، فالغرض من عقد البيع هو ضمان استرداد المصرف لرأس المال الذي دفعه وبالتالي فإن شبهة بيع الوفاء الممنوع شرعاً متحققة في هذه الصورة.

الشبهة الرابعة: شبهة الوعد (البيع المضاف إلى المستقبل):

يثير الوعد الذي يبرمه أحد الأطراف للطرف الآخر بعض الشبهات حول عقد المشاركة المتناقصة، فهذا الوعد إما أن يكون ملزماً أو غير ملزم، فإذا كان وعداً غير ملزم فإنه يوقع الأطراف في الاتفاق على بيع مضاف إلى المستقبل، حيث يتعهد الشريك ببيع حصته مستقبلاً للشريك الأخر وهذا محرم شرعاً، أما إذا كان وعداً ملزماً فهو بيع ما لا يملك حيث يعتبر الوعد بمثابة عقد البيع ذاته وهو أيضاً غير جائز شرعاً.[773] كما إن اشتراط شرط مسبق في عقد الشركة يلزم أحد الشريكين بشراء حصة شريكه فيها، يعتبر متناقضاً مع مقتضى عقد المشاركة، لذلك يفسد هذا العقد ويعتبر في حقيقته وجوهره بمثابة عقد بيع وليس عقد شركة، وإذا اعتبر هذا العقد بأنه عقد بيع فإنه يرتب آثاره وأهمها انتقال ملكية رقبة العين، وكذلك ملكية منافع الاستخدام فوراً من المصرف إلى العميل، وهو ما يظهر معه عدم الحاجة إلى توقيع عقد ثانٍ لتأجير المالك الجديد (العميل) العين المملوكة له وإلزامه بدفع إيجار مقابل منافع الاستخدام.[774]

كما إن القول بأن العقد سيتم تحريره على أساس أن سعر كل حصة من الحصص المتتالية للعقار المباع لن يتم تحديدها منذ البداية، وإنما ستحدد مستقبلاً وفقاً لسعر السوق، الأمر الذي يعتبر العقد في مجمله فاسداً لغياب أحد أهم أركانه وهو السعر.

---

[773]– عبدالله بن مرزق القرشي، المرجع السابق، ص 190 ومابعدها.

[774]– حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال الدين توفيق الحطاب بعنوان المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص 58.

وقد رُد على هذه الشبهة بأن حكم إضافة البيع إلى زمن المستقبل من المسائل المختلف فيها بين الفقهاء فيرى جمهور الفقهاء أنه لا يصح إضافة البيع إلى زمان مستقبل، ويرى بعض فقهاء الحنفية وبعض فقهاء الحنابلة جوازه، وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة القول بجوازه ضمن بحوث بيع المرابحة، وعلى هذا الأساس ذهب الدكتور قطب سانوإلى القول بأنه:" فمن حق المتعاقدين أن يتواعدا، كما من حقهما أن يضعا شروطاً تناسب العقد، وتلائم مقصوده، ولا تصادم نص كتاب، أو سنة، أو قياساً صحيحاً، أو عرفاً معتبراً، وبالنظر في هذا الوعد نجده من جنس الوعود التي لا تخالف أمر الله، ولا أمر رسوله مبنى ومعنى، كما أنه لا ينافي مقتضى العقد، ولا مقصوده، ولذلك فإن اقتران العقد به يعد أمراً مشروعاً جائزاً لا محظور فيه البتة، وفضلاً عن هذا فإن هذا الوعد يُعد عند العالمين من جنس الشروط التي تناسب العقد، ولطرفي العقد أو أحدهما مصلحة ومنفعة في اقتران العقد به، وما كان كذلك من الوعود، والعهود، والشروط، فلا محظور في اقتران العقود به، سواء اشترطه العميل، أم اشترطه المصرف".[775]

الشبهة الخامسة: المشاركة المتناقصة تنافي القصد من عقد الشركة:

إن هذه المعاملة تتنافى مع المقصد الأساسي من عقد الشركة، فالقصد من الشركة هو الديمومة والاستمرار، للاشتراك في الحصول على الأرباح وتحمل الخسائر عملاً بقاعدة " الغنم بالغرم"، وليس الهدف هو تمويل المشروع، وهذا القصد يتعذر توفره في المشاركة المتناقصة، لأن فيه تبييت للنية على عدم تحقق الاستمرارية، لأنهم أبرموا وعداً مسبقاً بتملك أحد الطرفين بكيفية يتفقون عليها،وبالتالي تنتهي المشاركة عند تحقق غرضها.

ويرد على هذه الشبهة بأن الفقهاء لم ينصوا صراحةً على أن ديمومة الشركة ركن من أركانها أو حتى من شروط عقد الشركة، فبالتالي هي وجه نظر ظنِّية يصح نقدها، ولا يقال بقطعّيتها، ويشفع لنقيضها؛ فالأصل في العقود والمعاملات والبيوع الإباحة ما لم يرد دليل بتحريمها،[776] كما إن التوسل بمباح إلى مباح بمعنى إن استخدام أي عقد أو تصرف مالي مباح، وسيلةً لتحقيق أي مقصد مباح مالي أو غير مالي، هو أمر مباح، طالما التزمنا بالأحكام الشرعية للعقد الوسيلة.[777]

---

[775]– قطب مصطفى سانو، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، الجزء الأول، 2004، ص 569.

[776]– إسماعيل شندي، المرجع السابق، ص 23. وكذلك: نور الدين عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 96.

[777]– محمد أنس الزرقا، المرجع السابق، ص77.

وأرى بأنه للوقوف على مدى توافر هذه الشبهة من عدمه فإنه يجب التفريق بين صور المشاركة المتناقصة فإذا كانت تمويلاً لتملك عين معينة كعقار أو سيارة للأفراد لغرض الاستعمال الشخصي فإن المشاركة تكون أمراً صورياً لا أكثر فالغرض من المشاركة غير متوافر وهو تحقيق الربح والاستثمار وإنما الدافع للتعاقد هو الحاجة إلى التمويل، أما إذا كان المشروع الممول استثماري فمن الممكن القول بأن الغرض منه الاستثمار والاسترباح على الرغم من توافر الحاجة إلى التمويل إلا إن غرض الاستثمار والاسترباح موجود لدى المصرف والعميل كذلك إلا إن الاتفاق على بيع الشريك حصته للآخر ينفي نية المشاركة التي تعتبر ركناً أساسياً من أركان عقد الشركة.

وباعتقادي إنه لا يمكن التعويل على ما أورده البعض بأن التوسل بمباح إلى مباح شرعاً دليلاً أو حجةً للقول بشرعية المشاركة المتناقصة، فكما هو ثابت بأن الرأي القائل بجواز المشاركة المتناقصة قد أجاز صوراً منها واشترط في المقابل شروطاً وضوابط لا بد من التقيد بها لتكون المشاركة المتناقصة صحيحة من الناحية الشرعية من وجهة نظرهم، فإذاً لا يمكن القول بعموم هذه القاعدة كدليل على إباحة التعامل إذاً إن القول بها بعمومها دون ربطها بالتطبيق على أرض الواقع يجعل الأحكام الشرعية تحت تصرف أهواء بني البشر ورغباتهم ويفتح الباب بمصراعيه أمام الحيل الربوية.

يضاف إلى ما تقدم إن الاتفاق التمهيدي للمشاركة المتناقصة يتضمن الاتفاق والوعد المتبادل ببيع المصرف حصته للعميل الآخر، وبالتالي فإن نية البيع موجودة ومقترنة بنية المشاركة وهو ما يجعل المشاركة غطاءاً صورياً لعملية التمويل، فاشتراط البيع يتناقض مع نية المشاركة حتى ولو لم يذكر هذا الشرط في اتفاقية المشاركة ذاتها واكتفي بالنص عليه في الاتفاق التمهيدي أو في اتفاقية مستقلة، فإرادة الطرفين منصرفة إليه منذ بداية التعاقد.

المبحث الثاني
التنظيم القانوني للمشاركة المتناقصة

المشاركة المتناقصة صيغة تمويلية حديثة تستخدم بشكل كبير في التمويل العقاري، وقد عرفها بنك البحرين الإسلامي وهو أقدم بنك إسلامي في مملكة البحرين بأنها " المشاركة التي تتم بين البنك والزبون في عقار مملوك للزبون أو لشراء عقار غير مملوك له، على أن يبيع أو يؤجر البنك حصصه على الزبون لاحقاً، وتنتهي المشاركة بشراء الزبون جميع حصص البنك ويتملك الزبون جميع العقار".[778]

وعلى الرغم من الاختلاف الفقهي بشأنها إلا إنها تطبق بشكل واسع وكبير نظراً لقابليتها الكبيرة للتطويع للاستخدام في مختلف المجالات، وسوف نعول في دراستنا للتنظيم القانوني لها على أحكام المعيار الشرعي الصادرعن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعيار الشرعي رقم 12" الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة"، مقسمين هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول لدراسة شروط المشاركة المتناقصة وضوابطها والثاني لدراسة التكييف القانوني لها وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول
شروط المشاركة المتناقصة وضوابطها

أجاز الفقهاء المعاصرين المشاركة المتناقصة ولكن قرنوها بمجموعة من الشروط والضوابط التي يتوجب مراعاتها لتكون المشاركة المتناقصة مجازة وخالية من شبهة الربا، فقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136(15/2) على مجموعة من الضوابط والشروط وكذلك نص المعيار الشرعي رقم12"الشركة "المشاركة" والشركات الحديثة" الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على مجموعة من الشروط، التي يتوجب على المصارف والمؤسسات الإسلامية إتباعها طبقاً لما

[778]– الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية و الاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، المرجع السابق، ص40.

أوجبته قواعد مصرف البحرين المركزي، الأمر الذي تغدو معه هذه الشروط والضوابط بمثابة القانون الواجب الإتباع من قبل هذه المصارف.

وعليه سوف ندرس الضوابط والشروط التي أوجبها المعيار الشرعي رقم 12 وهي ذات الشروط التي اشترطها الفقهاء المعاصرون لإجازة المشاركة المتناقصة واشترطها مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي الذي أجاز التعامل بهذه الصيغة، وذلك من خلال تقسيمها إلى الشروط المتعلقة بالمشاركة والشروط المتعلقة بتملك العميل لحصة المصرف على النحو التالي:

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمشاركة وإداراتها:

تعتبر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المشاركة المتناقصة شركة حديثة،[779] تخضع للأحكام العامة للشركات وبخاصة أحكام شركة العنان.واشتراط هذه الشروط لجواز المشاركة المتناقصة هو لوقايتها من أن تكون مجرد عملية تمويل بقرض يلتزم العميل بسداده مع عوائد وأرباح للشريك الممول فتؤول بذلك إلى الربا المحرم شرعاً.[780] لذا يمكن أن تقسم هذه الشروط إلى:

1) الشرط الأول: نية المشاركة:

اشترط مؤتمر مصرف دبي الإسلامي لجواز المشاركة المتناقصة توافر الإرادة الفعلية للمشاركة وتقاسم الربح بحسب الاتفاق، وأن يتحمل جميع الأطراف الخسارة، وألا تكون مجرد عملية تمويل بقرض.[781] والإرادة الفعلية للمشاركة قانوناً هي نية المشاركة وهي أحد الأركان الموضوعية لعقد الشركة فهي حالة تستقر في نفوس الشركاء تدفعهم إلى الاتحاد من أجل استغلال مشروع الشركة، مع قبول مخاطره، أي تحمل مغارمه وخسائره تماماً كالاستفادة من مغانمه وأرباحه.[782]

---

[779]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية،المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 362.

[780]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية ،المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص362.

[781]– انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 144. وكذلك: وائل عربيات، المرجع السابق، ص 108.

[782]– أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، 1989، ص 73.

ويترتب على هذا الشرط مجموعة من الشروط والضوابط الأخرى وهي:

1- بطلان أي اتفاق يؤدي إلى ضمان أحد الشركاء استعادة رأس المال الذي ساهم به، فيتوجب ألا يتضمن عقد المشاركة المتناقصة شرطاً يقضي بأن:

أ. يعطي أياً من طرفي المشاركة الحق في استرداد حصته من رأس مال الشركة.[783]

ب. تعهد أحد الشريكين بشراء حصة الشريك الآخر بمثل قيمتها عند إنشاء الشركة، لما في ذلك من ضمان الشريك حصة شريكه، فيجب أن تكون طبقاً للقيمة السوقية.[784]

ج. اشتراط تحمل أحد الشريكين وحده مصروفات التأمين أوالصيانة ولو بحجة أن محل الشركة سيؤول له.[785]

د. اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح لأحد الطرفين.[786]

2- الفصل بين عقد المشاركة وبين عقد البيع والشراء والوعد به، فيجب أن يكون عقد الشركة خالٍ من شرط البيع والشراء، وإنما يتعهد الشريك بذلك بوعد منفصل عن الشركة،وكذلك يقع البيع والشراء بعقد منفصل عن الشركة، فلا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر.[787]

هذه الشروط والضوابط التي أوجبت هيئة المحاسبة والمراجعة على المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية مراعاتها عند التعاقد بصيغة المشاركة، هي ذات الشروط التي أوجبها الفقهاء المعاصرين القائلين بجواز هذه الصيغة. وسبق وإن بينا بأننا نرى إن نية المشاركة الحقيقة من الناحية العملية غير موجودة في عقود المشاركات المتناقصة حيث إن جانب التمويل هو الطاغي على هذه العقود، كما إن مسألة عدم جواز اشتراط الضمان هي الأخرى مفقودة في هذه العقود، فبالنظر إلى العقود المركبة (المشاركة، البيع، عقد

---

[783]- انظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة.وكذلك: المادة 2/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 345.

[784]- انظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة.وكذلك: المادة 7/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 346.

[785]- المادة 3/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 345.

[786]- انظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة. وكذلك: المادة 6/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 346

[787]- انظر في هذا المعنى: عادل سلمان محمد الصغير، المرجع السابق، ص51. وكذلك: المادة 1/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 345.

الإجارة، عقود الضمان كالرهن والكفالة) التي تتكون منها المشاركة المتناقصة في مجموعها نخلص إلى إن ضمان استرداد المصرف لرأس المال المشارك به – الممول به العميل– والعائد مضمون وذلك بواسطة عقد البيع وعقد الإيجار فضلاً عن ضمانه بموجب عقد الرهن والكفالة الشخصية إن وجدت، فالخطر الحقيقي الذي يواجه المصرف أو الشريك الممول هو تعثر العميل عن السداد وليس مخاطر الربح والخسارة الناتجة عن عمليات المتاجرة والمضاربة. حيث يتوجب النظر إلى العقود المركبة باعتبارها عقداً واحداً وإن كانت هذه العقود متسلسلة التنفيذ من الناحية الزمنية إلا إنها مترابطة مع بعضها البعض كوحدة واحدة لتحقيق الغاية المقصودة من التعاقد، فلا يمكن تفكيكها والنظر إلى كل عقد بمعزل عن بقية العقود المترابطة معه،[788] وعليه فإن اشتراط الفصل بين هذه العقود باعتقادي غير ذي جدوى، فهذه العقود مترابطة أساساً مع بعضها البعض فلا يمكن فصلها. وفي ذلك يقول الدكتور نزيه حماد وهو أحد الفقهاء المعاصرين القائلين بجواز المشاركة المتناقصة بالشروط المذكورة أعلاه:

" أ) تعتبر المفاهمة والمواطاة السابقة على إبرام اتفاقية " المشاركة المتناقصة" مرتبطة بها وجزءاً منها، وذلك لعدم قابلية تلك المنظومة المترابطة للتفكيك والتجزيء، باعتبارها موضوعة لأداء وظيفة تمويلية مستحدثة محددة مقصودة من طرفها.

ب) وكذلك تعتبر الوعود التي تشتمل عليها تلك الاتفاقية ملزمة للطرفين؛ إذ لو لم تكن كذلك، لكان القصد والهدف من إبرامها احتمالياً غير مؤكد التحقيق، ولما جازف الطرفان بالإقدام عليه؛ لأنها في حقيقتها وبالنظر إلى الغرض منها عبارة عن معاقدة واحدة مركبة من أجزاء مترابطة وفقاً لشروط تحكمها كمعاملة واحدة."[789]

لذا يشترط لجواز المشاركة المتناقصة إلى جانب الشروط المذكورة أعلاه أن تبرم العقود والالتزامات المجتمعة في هذه الاتفاقية متتالية متعاقبة ومنفصلة، إذ لو أبرمت دفعة واحدة عقب المفاهمة لأدى ذلك إلى الوقوع في محظورات متعددة منها: البيع المضاف إلى المستقبل، وتأجير وبيع الشخص ما لا يملك من

---

[788]– انظر في هذا المعنى: الطعنين رقم 53 و54 /2012، الصادرين بتاريخ 2012/6/5، محكمة التمييز القطرية بدائرتها المدنية والتجارية، منشورين على الموقع الإلكتروني: http://www.almeezan.qa/RulingPage ،تاريخ الإطلاع: 2017/4/9. وكذلك:العقود المركبة: https://anibrass.blogspot.com/2015/06/blog-post_63.html، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/4/20.

[789]– نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 212.

الأعيان، والبيع بثمن مجهول،[790]وفي اعتقادي إن هذا الشرط لا يغير من الواقع القانوني لاعتبار هذه العقود في مجملها عقداً واحداً وإن كانت متعاقبة من الناحية الزمنية.

علاوةً على ذلك فإن الاتفاق على شراء أحد الشركاء حصة الشريك الآخر قبل إبرام عقد الشركة هو من قبيل شرط الأسد الذي يبطل أساساً عقد الشركة،[791] فهو يعتبر من قبيل ضمان رأس المال المساهم به في الشركة بغض النظر عما إذا ورد هذا الشرط في اتفاق المشاركة نفسها أو في الاتفاق التمهيدي للمشاركة المتناقصة فجميع هذه العقود تعتبر وحدة واحدة غير قابلة للتجزئة، حيث إن إرادة الأطراف لم تنصرف للمشاركة بشكل مستقل عن أتفاق البيع، فالغرض الأساسي من المشاركة هو حصول الشريك على التمويل وتملكه للعين محل التمويل أو المشروع الاستثماري بشكل مستقل وتقديم المصرف أو الشريك للتمويل واسترداده أصل مبلغ التمويل مضافاً له الأرباح والعوائد. فالإتفاق على البيع يتناقض مع نية المشاركة وعقد الشراكة.

2) الشرط الثاني: تقديم الحصص:

يلتزم كل شريك بتقديم حصته في رأس المال لتكوين الشركة ولتمكينها من تحقيق الغرض الذي أنشأت من أجله، فتقديم الحصص هو أحد شروط انعقاد عقد الشركة من الناحية القانونية وكذلك من الناحية الشرعية بالنسبة لشركة العنان،[792] فيجب أن يقدم الشركاء في المشاركة المتناقصة حصة في موجودات الشركة، سواء كانت مبالغ نقدية أو أعياناً يتم تقويمها مثل الأرض التي سيقام البناء عليها، أو المعدات التي يتطلبها نشاط

---

[790]– المرجع نفسه، صفحة 194 وكذلك صفحة 215 ومابعدها.

[791]– شرط الأسد هو الشرط الذي يتعارض مع نية المشاركة ويخلق نوعاً من التفرقة بين الشركاء. وهذا النوع من الشروط عادةً ما يتعلق بكيفية توزيع الأرباح وتحمل الخسائر، فيعتبر من قبيل شرط الأسد استثناء أحد الشركاء من الحق في الحصول على الأرباح وكذلك الاتفاق على تحمل أحد الشركاء الخسائر لوحده دون بقية الشركاء، كما إن الاتفاق على إنه في حالة تنازل أحد الشركاء عن حصته تستردها الشركة أو أحد الشركاء بثمن أعلى من ثمنها الحقيقي أياً ما كانت أحوال الشركة يعتبر من قبيل شرط الأسد ولا يغير من طبيعة ذلك كون تلك الشروط وردت بالعقد التأسيسي= =للشركة أو بمقتضى تعديل لاحق عليه. انظر في هذا المعنى:أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص76 ومابعدها. وكذلك:محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 46 ومابعدها. وكذلك: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 36 ومابعدها.

[792]– انظر في هذا المعنى: أبو زيد رضوان،المرجع السابق،ص57 ومابعدها. وكذلك: علي الخفيف، المرجع السابق،ص 48. وكذلك: محمد تاويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث، بيروت، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009، ص 325. وكذلك: محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق،ص 36. وكذلك: يسرية عبدالجليل، الوسيط في قانون الشركات التجارية البحريني، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، الطبعة الأولى، 2012، ص 23.

الشركة،[793] فالأصل أن يكون رأس مال الشركة موجودات نقدية ومع ذلك فإنه يجوز باتفاق الشركاء المساهمة بموجودات غير نقدية (الأعيان)،[794]ويجب تحديد حصص الشركاء في رأس مال الشركة،[795] حيث تعتمد هذه الحصص في تحمل الشركاء الخسارة إن وقعت بمقدار حصصهم في رأس المال،[796] وكذلك لتوزيع الأرباح من حيث المبدأ ما لم يتم الاتفاق على طريقة أخرى لتوزيع الأرباح.[797]

وعليه فإن المعيار الشرعي استبعد من نطاق المشاركة المتناقصة الاشتراك بالنفوذ أو ما يتمتع به أحد الشركاء من ثقة مالية كما هو معمول به في شركات الوجوه[798] المحظورة من الناحية القانونية بموجب أحكام قانون الشركات البحريني وكذلك بموجب أحكام القانون المدني،[799] كما استبعد الاشتراك بالعمل كما هو معمول به في شركات الصنائع أو الأعمال،[800] وذلك لأن كلا الشركتين ليس لهما رأس مال نقدي.[801] على عكس أحكام شركة العنان الواجبة التطبيق على المشاركة المتناقصة.[802] كما استبعد صورة المشاركة المتناقصة بطريقة المضاربة التي يقوم أحد الشركاء فيها بتغطية رأس المال المطلوب بأكمله لتمويل مشروع معين، ويقدم الشريك الآخر العمل دارجاً إياها ضمن معيار المضاربة،[803] والتي عرفها بأنها " شركة في الربح بمال من جانب (رب المال) وعمل من جانب آخر(المضارب)".[804]

---

[793]– المادة 4/5، المعيار المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 345.

[794]– المادة 1/2/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 328.

[795]– المادة 3/2/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 328.

[796]– المادة 4/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 346.

[797]– المادة 5/5 المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 346.

[798]– المادة 2/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 335.

[799]– تنص المادة 9 من قانون الشركات التجارية البحريني على: "يجوز أن تكون حصة الشريك مبلغاً معيناً من النقود (حصة نقدية) ويجوز أن تكون عيناً (حصة عينية) كما يجوز في غير الأحوال المستفادة من أحكام هذا القانون بأن تكون عملاً ولكن لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية. تكوّن الحصص النقدية والحصص العينية وحدها رأسمال الشركة". وعلى ذات الأمر نصت المادة 458 من القانون المدني البحريني: " لا يجوز أن تقتصر حصة الشريك على ما يكون له من نفوذ أو على ما يتمتع به من ثقة مالية".

[800]– المادة 3/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 336.

[801]– المادة 2/2/3، والمادة 2/3/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 335 ومابعدها.

[802]– المادة 2/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 328.

[803]– المادة 1، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 325.

[804]– المادة 2، المعيار الشرعي رقم 13 المضاربة، المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص 369.

3) الشرط الثالث: تحمل الخسائر والأرباح:

الغرض من الشركة هو تحقيق الأرباح لتوزيعها بين الشركاء، وبما إن تكييف المعيار الشرعي للمشاركة المتناقصة باعتبارها شركة حديثة تأخذ أحكام شركة العقد وبشكل خاص شركة العنان، فإن اقتسام الأرباح والخسائر يعد أحد الشروط الأساسية لها. فيجب تحديد النسب المستحقة لكل من أطراف الشركة (المصرف والعميل) في أرباح وعوائد الشركة، ويجوز الاتفاق على النسب بصورة مختلفة عن حصص الملكية بالنسبة للأرباح،[805] وذلك لأن الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل أو بالضمان فإذا تحقق أحد الأسباب الثلاثة فلا مانع من الاتفاق على نسبة الربح حسب اتفاق الشركاء،[806] ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح لأحد الشركاء،[807] وذلك حتى لا يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح، وحتى لا يشكل ضماناً لرأس المال فلا ربح إلا بعد وقاية رأس المال.[808]

أما الخسائر فلا يجوز الاتفاق على إعفاء أحد الأطراف منها أو تقليل نسبته وإنما تكون بنسبة حصص الملكية،[809] وذلك استناداً إلى قول الإمام علي بن أبي طالب كرّم الله وجهه:" الربح على ما يصطلح عليه الشركاء والخسارة على قدر المال"،[810] واستناداً إلى ذلك فإن الأعباء المالية الناتجة عن وعاء المشاركة يجب أن يتحملها الوعاء ذاته لا أحد الشركاء بمفرده.

وفي المشاركة المتناقصة قد يتم الاتفاق على أن يخصص الشريك حصته من ربح الشركة أو عائدها المستحق له – بشكل كلي أو جزئي– ليتملك بها حصة نسبية من حصة المؤسسة في الشركة.[811] فالربح الناتج عن المشاركة المتناقصة إنما يكون حصتين: إحداهما للمصرف وهي النسبة التي تخصه من الربح حسب الاتفاق، والحصة الأخرى فهي نصيب الشريك الآخر، وهي تضم النسبة التي اتفقا على أن يأخذها الشريك، وكذلك النسبة التي يحتفظ بها المصرف – مقابل تمليكه للشريك حصته – فهذه الحصة مملوكة

---

[805]– انظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة. وكذلك: المادة 5/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 346.

[806]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 356.

[807]– المادة 6/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 346.

[808]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 356.

[809]– انظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 136 (15/2) بشأن المشاركة المتناقصة. وكذلك: المادة 5/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، ص 346.

[810]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 357.

[811]– المادة 8/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 346.

للشريك بدليل إنها جعلت قسطاً من ثمن الملك الذي سينتقل له بمقدار المقابل للقسط من ملكية الشريك الآخر– المصرف–، فأرباح الشريك بالنسبة لحصته تقسم إلى قسمين قسم يُدفع له، وقسم آخر يُدخر له لكي تباع له به الشركة كلها أوالجزء الواقع في ملك المصرف، ويجوز كذلك ادخار حصة الشريك كلها مقابل التملك، حيث تنتقل ملكية الشركة إليه بشكل أسرع مما لو أخذ قسطاً منها وادخر آخر.[812]

ويعتبر القانون البحريني عقد الشركة الذي يتضمن إعفاء أحد الشركاء من الخسائر أو حرمانه من الأرباح عقداً باطلاً،[813] أما من الناحية الشرعية فإن الشرط يبطل و يصح العقد فلا تبطل به الشركة.[814] وبما أننا سبق وأن خلصنا إلى انتفاء نية المشاركة في عقد المشاركة المتناقصة فإننا نرجع في تطبيق أحكام هذه الشروط إلى القواعد العامة المتعلقة بالشرط والتي تقضي بأنه إذا كان الشرط الذي تضمنه العقد غير مشروع، بطل الشرط وصح العقد، ما لم يثبت أحد المتعاقدين أنه ما كان ليرتضي العقد بغيره، فيبطل العقد.[815]

4) الشرط الرابع:إدارة الشركة – المشروع أو العين محل المشاركة:[816]

يثبت الحق في الإدارة لكل الشركاء، فالأصل إن لكل شريك حق التصرف بالشراء والبيع بالثمن الحال أو المؤجل والقبض والدفع والإيداع والصيانة وكل ما هو من مصلحة المشروع والتجارة المتعارف عليها، وليس للشريك التصرف بما لا تعود منفعته على الشركة أو بما فيه ضرر مثل الهبة أو الإقراض إلا بإذن الشركاء.[817] ويجوز الاتفاق على حصر إدارة الشركة بأحد الشركاء.[818] و يتحمل وعاء المشاركة المتناقصة مختلف الالتزامات أو الديون والأعباء المالية الناتجة عن أعمال الشركة وإدارتها، فلا يجوز أن يتحمل أحد

---

[812]– جاسم علي سالم الشامسي، المرجع السابق، ص 305.

[813]– المادة 16 من قانون الشركات البحريني. وكذلك المادة 464 من القانون المدني البحريني.

[814]–علي الخفيف، المرجع السابق، ص 74.

[815]– المادة 110/ب، القانون المدني البحريني.

[816]– للمزيد انظر في هذا المعنى: أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص207 ومابعدها. وكذلك: نور عبدالكريم طوالبة، المرجع السابق، ص 84 ومابعدها.

[817]– المادة 1/3/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 329.

[818]– المادة 2/3/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 329.

الشركاء العبء الواقع على المشاركة دون بقية الشركاء، حيث إن ذلك يتناقض مع نية المشاركة، وعليه فإن الشرط الذي ينص على تحمل أحد الشركاء فقط للالتزامات الناتجة عن إدارة الشركة يقع باطلاً.[819]

وعليه فإن يد الشركاء على مال الشركة يد أمانة فلا ضمان على الشريك إلا بالتعدي أو التقصير، فلا يجوز أن يشترط أي شريك ضمان رأس المال المشارك به على الشريك الآخر،[820] فالضمان يكون في حالات التعدي أو التقصير فقط، فيجوز أن يشترط أحد طرفي عقد المشاركة المتناقصة على الطرف الآخر تقديم كفيل أو رهن لضمان التعدي أو التقصير أو مخالفة قيود الشركة،[821] واستناداً إلى ذلك لا يحق لهذا الشريك تنفيذ عقد الرهن الرسمي أو الرجوع على الكفيل إلا إذا أثبت تقصير أو تعدي الشريك الآخر.

وبما إنه يجوز لأحد أطراف المشاركة المتناقصة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولمدة محددة،[822] فإنه من الممكن اعتبار إساءة استعمال الشريك المستأجر الحصة المؤجرة أو الامتناع عن سداد الأجرة أو تقصيره في جمع الأجرة إذا كان العقار مؤجراً لطرف ثالث إحدى حالات التقصير التي تجيز للشريك الممول الحق في استخدام الضمانات التي تكون بيده كاللجوء إلى تنفيذ عقد الرهن أو الرجوع على الشريك المستأجر والكفيل بالمطالبة بالأجرة المستحقة بذمته.

ولقد اعتبرت محكمة التمييز القطرية امتناع الشريك الممول عن عرض الحصص للبيع إحدى حالات التقصير والإخلال بالعقد الموجبة للتعويض، حيث قضت بأنه:" لما كان ذلك، وكان العقد مثار النزاع هو من العقود الغير مسماة وينطوي على عدة عقود مرتبطة وكل منها مترتب على الآخر وتعتبر المدة فيه عنصراً أساسياً، ذلك أن مدة تنفيذ العقد سبعة عشر عاماً وحدد الطرفان نصيب كل منهما في المشروع واتفقا على أن تباع حصص الطاعن للمطعون ضده على دفعات سنوية وتم تنفيذ البعض منها، ولئن كان قرار نزع ملكية العقار مثار النزاع يترتب عليه انفساخ العقد بقوة القانون من تاريخ نشوئه، إلا أنه في العقود التي يعتبر عنصر الزمن فيها عنصراً رئيسياً وتخلف أحد طرفي العقد عن تنفيذ التزاماته خلال المدة المحددة فيه وقبل

---

[819]– ينص عقد شركة ريف للتمويل العقاري للمشاركة المتناقصة على:" 6.إدارة الشركة: يتولى الطرف الثاني إدارة المشروع – العميل– وتكون له جميع الصلاحيات لتنفيذ الأعمال اللازمة لإنجاز المشروع والإشراف عليه و له تعيين ذوي الخبرة والاختصاص لمساعدته في القيام بشئون المشروع كافة ولن يكون الطرف الأول مسئولا عن أي من التزامات الطرف الثاني تجاه أي طرف ثالث بما في ذلك أجور ومرتبات العاملين ومنفذي المشروع من ذوي الخبرة والاختصاص العاملين مع الطرف الثاني." وهو ما يستوجب إعادة النظر في صياغته وتحميل وعاء المشاركة المتناقصة جميع هذه المصاريف".

[820]– المادة 1/4/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 330.

[821]– المادة 2/4/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 330.

[822]– المادة 9/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 347.

انفساخ العقد، فلا يؤثر ذلك على ما تم تنفيذه حسب المدة المحددة ولا في الحق في التعويض عما لم يتم تنفيذه، إذ يكون الإخلال بشروط العقد قد تحقق قبل انفساخه وتحددت المراكز القانونية لكل طرف بما يتعذر معه إعادة الحال إلى ما كان عليه وقت نشوء العقد وخاصة البناء الذي تم تشييده على الأرض و مدد نقل ملكيته للمطعون ضده، ومن ثم تطبق قواعد المسئولية العقدية خلال الفترة السابقة في هذا الخصوص وليست قواعد المسئولية التقصيرية بما يترتب عليه من دفوع."[823]

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بتملك العميل لحصة المصرف وبانتهاء المشاركة المتناقصة:

يُعد تملك العميل للعين أو المشروع محل التمويل الغرض الأساسي من المشاركة المتناقصة، لذا فقد نص المعيار الشرعي رقم 12 على مجموعة من الشروط والضوابط الواجب الالتزام بها حتى تكون المشاركة المتناقصة جائزة شرعاً من وجهة نظر هيئة المحاسبة ونظر الفقهاء المعاصرين، نبينها على النحو التالي:

1) التملك بالقيمة السوقية لا بأصل المبلغ المقدم للمشاركة:

تعتبر المشاركة المتناقصة شركة عقد وفقاً لتكييف هيئة المحاسبة والمراجعة لذا فإن الإرادة الفعلية للمشاركة بما تتضمنه من تحمل الشركاء للمخاطر باقتسام الأرباح والخسائر تعتبر أحد الشروط الأساسية لها، وتبعاً لذلك يستوجب أن يكون بيع الشريك حصته للآخر بالقيمة السوقية لا بأصل المبلغ المقدم للمشاركة وذلك لتجنب ضمان رأس المال المشارك به وكذلك لمنع الغبن وعدم البخس في الثمن.[824] فيجوز إصدار

---

[823] – الطعنين رقم 53 و54 /2012، الصادرين بتاريخ 2012/6/5.تتلخص وقائع هذه الدعوى في إن أحد المصارف أبرم مع ورثة – وقد حل محلهم الطاعن – بتاريخ 1992/8/15 عقد مشاركة متناقصة منتهية بالتمليك وذلك لبناء وإنشاء سوق تجاري على الأرض المملوكة لهم والبالغة قيمتها ثمانية ملايين ريال قطري بحيث تقسم الحصص إلى 42 حصة يمتلك فيها الورثة 16 حصة والمصرف 26 حصة، وأن تكون مدة المشاركة المتناقصة 17 عاماً، يلتزم خلالها المصرف بعرض حصتين إلى ثلاث حصص سنوياً بقيمة 500.000 ريال للحصة الواحدة إلا إن المصرف لم= =يلتزم بعرض الحصص للبيع ومن ثم صدر قرار بنزع ملكية العقار للمنفعة العامة، فأقام الطاعن دعواه للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به جراء امتناع المصرف عن عرض الحصص للبيع قبل صدور قرار الاستملاك، وقد قضت له المحكمة بتعويض عن امتناع المصرف عن عرض الحصص لبعض السنوات بمبلغ وقدره 12,449,828 ريال قطري و رفضت طلبه التعويض عن السنتين 2002 – 2003 لالتزام المصرف بعرض الحصص عن طريق إحدى الشركات الممثلة له. فقد اعتبرت المحكمة إن الإخلال بالالتزامات العقدية قد تحقق ونشأ عنه الحق في التعويض قبل انفساخ العقد بصدور قرار الاستملاك للمنفعة العامة.

[824]– انظر في هذا المعنى: أحمد محي الدين، المشاركة المتناقصة، أوراق في التمويل الإسلامي، المرجع السابق، ص 123 ومابعدها. وكذلك: وهبة الزحيلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، المرجع السابق، ص 38.

أحد الشريكين وعداً ملزماً يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجياً من خلال عقد بيع بالقيمة السوقية في وقت البيع أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشراء،فلا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية.[825]

ولكن من الناحية العملية فإن الاتفاق على بيع العقار محل التمويل يكون عادةً بالأخذ في الاعتبار مبلغ التمويل الممنوح للعميل مضافاً له الأرباح أو العوائد التي يتم الاتفاق عليها،أي بالقيمة الاسمية وذلك استناداً إلى الخيارالمطروح في المعيار الشرعي وهو الاتفاق على القيمة وقت الشراء أو بالقيمة السوقية، فيتم الاتفاق على هذه القيمة، فالمشاركة المتناقصة لا تعدو أن تكون صيغة تمويلية.[826]

2) التملك بعقد بيع منفصل في وقته:

يشترط في عقد البيع أن يكون نافذاً في الوقت الذي يتم فيه مرتباً جميع آثاره بما فيها انتقال الملكية، فلا يجوز تعليق آثار البيع أو إضافتها للمستقبل، فالبيع المضاف إلى المستقبل غير جائز شرعاً، كما إن بيع ملك الغير من البيوع المحرمة شرعاً، ولتجنب الوقوع في هذه المحظورات فإنه يتوجب إبرام عقد البيع في وقته بشكل منفصل عن عقد المشاركة.[827] وقد تركت الهيئة الخيار للمصارف وللمؤسسات المالية الحرية في تنظيم طريقة التملك بأية صورة تحقق غرض الأطراف وذلك ضمن الشروط التي وضعتها، حيث أجازت التعهد الصادر من شريك المصرف بتخصيص حصته من ربح الشركة أو عائدها المستحق له ليتملك بها حصة نسبية من حصة المصرف في الشركة أو تقسيم محل الشركة إلى أسهم يقتني منها شريك المصرف عدداً معيناً كل فترة إلى أن يشتري الشريك الأسهم بكاملها فتصبح له الملكية المنفردة لمحل الشركة،[828] وأجازت كذلك إصدار أحد الشريكين وعداً ملزماً يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجياً من خلال عقد بيع يبرم عند الشراء بالقيمة السوقية أو بالقيمة التي يتم الاتفاق عليها وقت البيع.[829]

---

[825]– المادة 7/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 346.

[826]– انظر في هذا المعنى: حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال الدين توفيق الحطاب بعنوان المشاركة المتناقصة، المرجع السابق، ص66. وكذلك: المشاركة المتناقصة والقضايا القانونية ذات الصلة، المرجع السابق.

[827]– أنظر في هذا المعنى: المادة 7/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 346. وكذلك: نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص215 ومابعدها. وكذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 39.

[828]– المادة 8/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ، ص 346.

[829]– المادة 7/5، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 346.

3) التصرف في موجودات المشاركة في حال الإخفاق في تناقصها:

يفترض في المشاركة المتناقصة أن تنتهي بأيلولة الملكية كاملةً إلى العميل الشريك بعد سداده ثمن حصة الشريك الممول، إلا إنه من الممكن أن تتعرض المشاركة المتناقصة لبعض العقبات التي قد تحول دون ذلك بسبب تعثر الشريك العميل في تنفيذ الوعد بشراء حصص الشريك الآخر أو بأسباب أخرى خارجة عن إرادة الطرفين كهلاك محل المشاركة المتناقصة أو التعرض لنقص مبيعاتها أو خسارة المشروع إذا كان مشروعاً استثمارياً.

وبما إن المعيار الشرعي رقم 12 أشار إلى وجوب تطبيق أحكام شركة العنان على المشاركة المتناقصة فإن إنهاء المشاركة في هذه الحالة سيكون بتصفية الشركة حيث يتم بيع موجوداتها وأداء الالتزامات المالية من إجمالي موجوداتها ومن ثم تقسيم المتبقي على الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال، فإذا لم تكف الموجودات لاسترداد رأس المال فإنها تقسم بينهم بالنسبة والتناسب وفقاً لأحكام قسمة الغرماء،[830] كما يجوز الاتفاق على بيع الشركة بالكامل عند التصفية لأحد الشركاء بالقيمة السوقية أو بما يتفق عليه عند الشراء.[831]

وبما إن تطبيق المعيار الشرعي قد تم بموجب قرارات صادرة عن مصرف البحرين المركزي، فإنه يفترض بأن هذه القرارات لا تخالف أحكام القانون وبالتالي فإن تصفية المشاركة المتناقصة و قسمة أموالها يجب أن تتم وفقاً لأحكام القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، واستناداً لذلك فإن المصارف الإسلامية مقيدة بأحكام القوانين المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز لها مخالفتها.

وبالنظر للمشاركة المتناقصة وما تتضمنه من عقود بيع بدءاً من شراء العقار محل المشاركة سواء أكان مملوكاً للعميل الشريك نفسه أما كان مملوكاً لطرف آخر فإنه يتوجب على المصارف الإسلامية تسجيل هذه العقود بشكل رسمي نظراً لتعلق ذلك بالنظام العام فالملكية لا تنقتل إلا بتسجيل عقد البيع أو العقد الناقل للملكية لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري،[832] فضلاً عن ذلك فإن عقد البيع الآخر الذي تنتقل بموجبه الملكية من الشريك الممول – المصرف– إلى الشريك العميل فإنه يكون في بعض صوره بالبيع المجزأ أو بالتقسيط وهو ما يستوجب إعمال أحكام قانون التجارة التي تنص على إنه إذا كان الثمن مقسطاً ولم يدفع

---

[830]– المادة 3/6/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 334 ومابعدها.

[831]– المادة 2/6/1/3، المعيار الشرعي رقم 12 الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة ،ص 334.

[832]– المادة 17، قانون التسجيل العقاري البحريني.

المشتري أحد أقساط الثمن المتفق عليه فلا يجوز الحكم بفسخ البيع إذا تبين إنه قام بتنفيذ الجزء الأكبر من التزاماته.[833]

كما إنه لا يمكن الارتكان في إنهاء حالة الشيوع والملكية الشائعة إلى أحكام القانون المدني التي تمنح الشركاء المالكين لثلاثة أرباع المال الحق في التصرف في المال الشائع بشرط الاستناد إلى أسباب قوية إذا كانت القسمة مضرة بمصالح الشركاء،[834] فاللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري نصت بشكل صريح على إنه :"في حال تعثر العميل عن الوفاء بالتزاماته المالية في عقد تمويل شراء العقار فإنه لا يجوز للطرف الممول بيع العقار للغير إلا بعد موافقة العميل أو بموجب إقرار موثق بالبيع"[835] وبالتالي فإن بيع العقار الممول يخضع لموافقة الشريك العميل إلا إنه إذا كنا بصدد تنفيذ عقد رهن رسمي على العقار محل التمويل فإنه على الرغم من صراحة هذا النص وتعليقه البيع على موافقة العميل إلا إن العميل وبصفته منفذاَ ضده لن يستفيد من هذا النص فقاضي التنفيذ سيسير في إجراءات البيع بما له من سلطات تخوله ذلك، فلا يقبل أمام محكمة التنفيذ الاعتراض على إجراء التنفيذ إذا كان مبنياً على الطعن في السند التنفيذي أو تخطئته،[836] فضلاً عن ذلك فإن المزايدة على العقار لا تؤجل بسبب الادعاء بملكية العقار المحجوز للبيع أو بحقوق مترتبة عليه، ما لم يكن هذا الادعاء وارداً لقاضي التنفيذ قبل الحكم بإيقاع البيع، وقد اشترط القانون لتأجيل المزايدة إيداع المدين كفالة نقدية أو تقديمه كفيل يضمن ضرر الدائن وخسارته من جراء التأخير، ثم تمهله محكمة التنفيذ خمسة عشر يوماً ليراجع المحكمة المختصة ويحصل منها على قرار بتأخير التنفيذ، وإلا فإن محكمة التنفيذ ستسير في إجراءات التنفيذ.[837]

---

[833]– المادة 115، قانون التجارة البحريني.

[834]– تنص المادة 786 من القانون المدني البحريني على:" للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع أن يقرروا التصرف فيه إذا استندوا في ذلك إلى أسباب قوية، وكانت القسمة ضارة بمصالح الشركاء ، وعليهم أن يخطروا باقي الشركاء بقرارهم بكتاب مسجل بعلم الوصول بدون مظروف ولمن خالف من هؤلاء أن يتقدم إلى المحكمة باعتراضه خلال ستين يوماً من وقت الإخطار ، وللمحكمة تبعاً للظروف التصريح بالتصرف أو رفضه ."

[835]– المادة 135، اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري البحريني.

[836]– المادة 259، المرسوم بقانون رقم 12 لسنة 1971 بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية، الجريدة الرسمية العدد926، 1971/7/22.

[837]– تنص المادة 302 من قانون المرافعات المدنية والتجارية البحريني على: " "لا تؤجل المزايدة بسبب الادعاء بملكية العقار المحجوز أو بحقوق مترتبة عليه، ما لم يكن هذا الادعاء واردا قبل الحكم الصادر بإيقاع البيع. وعندئذ تأمر محكمة التنفيذ المدعي بإيداع كفالة نقدية أو تقديم كفيل يضمن ضرر الدائن وخسارته من جراء التأخير ثم تمهله خمسة عشر يوما ليراجع المحكمة المختصة، ويحصل منها على قرار بتأخير التنفيذ وإلا فتستمر المحكمة بالتنفيذ كأن لم يقع اعتراض. وإذا أقيمت دعوى الاستحقاق على جزء من العقار المحجوز عليه جاز للمحكمة تأخير البيع أو تقرير الاستمرار في بيع الأجزاء الأخرى".

فعلى الرغم من إن اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري حاولت حماية العميل من تصرف المصرف بالعقار بشكل منفرد دون موافقته إلا إنه كان الأحرى بالمشرع أن يوازن بين مصلحة الطرفين فصياغة المادة بهذه الطريقة تجعل حقوق المصرف رهن إرادة العميل المدين وهو ما سيلحق الضرر بمصالح الطرفين في حال تعنت العميل ورفضه لبيع العقار وعجزه عن سداد ثمنه، لذا فإنه من الأفضل أن يضاف إلى المادة خياراً آخر ألا وهو الحكم القضائي منعاً لتعسف العميل المدين ومنعاً لضياع حقوق الطرفين وتعليقها، فيتم البيع بإذن من القضاء في حال رفض العميل للبيع. كما إن ترك المادة بهذه الصيغة جعل المصارف يشترطون توقيع العميل على إقرار التنازل منذ بداية التعاقد لذا يفضل أن يتم تحديد وقت صدور الإقرار عن العميل بموافقته على تصرف المصرف في العقار بتاريخ لاحق على تخلفه عن السداد وذلك للموزانة بين حقوق الطرفين وحماية العميل من تعنت المصرف وتصرفه في العقار بشكل مباشر خصوصاً في الحالات التي يكون فيها المبلغ المتبقي بذمة العميل ضئيل مقارنةً بالمبالغ المسددة من قبله.

المطلب الثاني
التكييف القانوني للمشاركة المتناقصة

يكيف المعيار الشرعي رقم 12 بشأن "الشركة (المشاركة) الشركات الحديثة" المشاركة المتناقصة بأنها شركة عقد حديثة تخضع لأحكام الشركات بشكل عام ولشركة العنان بشكل خاص، وعلى الرغم من إن هذا المعيار واجب التطبيق من قبل المصارف الإسلامية بناءاً على التعليمات الصادرة عن مصرف البحرين المركزي، إلا إن هذا التكييف غير ملزم للقضاء، فالعبرة في تكييف العقود هو بحقيقة ما عناه العاقدون منها، وتعرف هذا القصد من سلطة محكمة الموضوع، متى تبينت المحكمة حقيقة إرادة العاقدين فإن عليها تكييفها التكييف القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف العاقدين.[838]

وبما إن المشاركة المتناقصة عبارة عن مجموعة من العقود المترابطة مع بعضها البعض، وكل منها مترتب على الآخر، والغرض الأساسي منها هو تقديم التمويل اللازم للعميل، وعليه فإنه من اللازم التعرف على العقود التي تتضمنها المشاركة المتناقصة وذلك للوقوف على التكييف القانوني لها، ونبين هذه العقود على النحو التالي:[839]

1. **عقد مشاركة:** اتفاق بين شريكين أو أكثر على تأسيس شركة بينهم لإنجاز مشروع معين وذلك بالاشتراك في رأسمال معلوم، وتحديد حصة كل شريك في رأس المال، وحصته في الأرباح والخسائر، وكذلك الاتفاق على كيفية إدارة الشركة فيما بينهم، فحق الإدارة والرقابة والإشراف يثبت لكل شريك فيهم.
2. **عقد وعد بالبيع:** حيث يتعهد أحد الشركاء – المصرف– ببيع حصته للشريك الآخر– العميل– تدريجياً أو دفعة واحدة خلال فترة معينة أو أن يتعهد أحدهم بشراء حصة الآخر،وقد يكون الوعد ملزم للجانبين بأن يتعهد المصرف ببيع حصته للعميل ويتعهد العميل بشراء هذه الحصص من المصرف.

---

[838]– الطعن رقم 263 لسنة 2005، الصادر بجلسة 2006/01/23، مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرنية السنة السابعة عشر من يناير إلى ديسمبر 2006، الجزء الأول، ص 1197.

[839]– انظر في هذا المعنى: صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، المرجع السابق، ص76. وكذلك:الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية والاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 40 ومابعدها. وكذلك: نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 211. وكذلك: وهبة الزحيلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، المرجع السابق، ص37.

3. **عقد بيع:** يتم الاتفاق من خلاله على أن يبيع أحد الشركاء– المصرف– حصته إلى الشريك الآخر– العميل– والاتفاق على شروط البيع وثمنه وطريقة سداده كأن يتم الاتفاق على تجنيب نسبة من الأرباح لذلك، أو بسداد الشريك لها من مورد آخر، ومن الممكن أن يكون عقد بيع واحد في حالة شراء الشريك لحصة شريكه الآخر بالكامل بسداده قيمتها دفعة واحدة، وقد تكون مجموعة من عقود البيع المتتالية إذا كان بيع الحصص سيتم بشكل تدريجي.
4. **عقد إيجار**: قد ترتبط المشاركة المتناقصة كذلك بعقد إيجار كما لو كان محل الشركة عقار معين أو مجموعة عقارات فقد يؤجر أحد الشركاء نصيبه في العقار لشريكه الآخر مقابل أجرة محددة أو قد يتم تأجير العقار بالكامل لطرف ثالث ويقتسم أطراف المشاركة الأجرة حسب نصيب كلاً منهم في الملكية أو بحسب الاتفاق.
5. **أحد عقود التأمينات العينية أو الشخصية:** قد ترتبط المشاركة المتناقصة بأحد عقود الائتمانات التأمينية أوالشخصية كالرهن أو الكفالة وذلك لضمان تنفيذ الالتزامات العقدية الناشئة عنها، فقد يرهن العميل العقار محل التمويل لصالح المصرف الإسلامي أو قد يقدم كفيل شخصي لذلك.[840]

وعليه فإن المشاركة المتناقصة هي تصرف قانوني مركب يتضمن عدة عمليات قانونية تقليدية – 5 عمليات أو أكثر– تختلط وتندمج معاً لتكون في مجموعها وحدة متكاملة غايتها تقديم التمويل اللازم للعميل، فهي بذلك تكون عمل قانوني مستقل بذاته ومتميز عن كل عمل من الأعمال القانونية المكونة له.

وبناءاً على ذلك فقد ظهرت عدة آراء في تكييف الطبيعة القانونية لعقد المشاركة المتناقصة، منها ما كيفه باعتباره أحد العقود المسماة كالبيوع والقرض ومنها ما كيفه باعتباره عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة، وسنبين أبرز هذه الآراء بتقسيمها إلى قسمين:

أولاً:المشاركة المتناقصة باعتبارها أحد العقود المسماة:

تعددت الآراء حول التكييف القانوني والطبيعة القانونية لعقد المشاركة المتناقصة باعتباره صيغة تمويلية حديثة تجمع بين طياتها عقوداً تقليدية مختلفة، فحاول البعض تكييفها بتقريبها إلى أقرب العقود التقليدية التي تتكون منها، لذا اعتبرها البعض شركة محاصة، في حين أعتبرها البعض الآخر عقد قرض،

[840]– الضوابط الشرعية وخطوات تنفيذ المنتجات التمويلية و الاستثمارية في بنك البحرين الإسلامي، ص 45 ومابعدها.

كما أعتبرها البعض الآخر بيعاً فأسندها إلى البيع بالتقسيط أو البيع بالوفاء، وعليه سنبين هذه الآراء على النحو التالي:

1) المشاركة المتناقصة شركة محاصة:

ذهب مجموعة من الفقهاء المعاصرين إلى تكييف المشاركة المتناقصة باعتبارها أحد أنواع الشركات فالبعض كيفها بأنها شركة مّلك والبعض الآخر كيفها بأنها شركة عقد والبعض الآخر بأنها شركة مستجدة، فهل يمكن اعتبارها شركة وفقاً للمفهوم القانوني؟

تعرف الشركة قانوناً بأنها:"عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة." [841] وتعتبر شركة المحاصة أحد أنواع الشركات التجارية التي نظمها قانون الشركات البحريني.[842]

---

[841]– المادة الأولى، المرسوم بقانون رقم 21 لسنة 2001 بإصدار قانون الشركات، ملحق الجريدة الرسمية العدد2482،20/6/2001. وبذات مضمون هذه المادة عرف القانون المدني في المادة 453 منه الشركة بأنها:" عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو من عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة." و للمزيد انظر في ذلك: فوزي محمد سامي، الشركات التجارية الأحكام العامة والخاصة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الخامسة، 2010، ص9 ومابعدها.

[842]– ولقد قسم قانون الشركات البحريني الشركات إلى 8 أنواع وهي:

1. شركة التضامن: وهي شركة تؤلف بين شخصين أو أكثر تحت اسم معين، يكون الشركاء فيها مسئولين على وجه التضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة.
2. شركة التوصية البسيطة: هي شركة تؤلف بين شركاء متضامنين وشركاء موصيين، بحيث يكون الشركاء المتضامنين مسئولين عن التزامات الشركة في جميع أموالهم، بينما الشركاء الموصيين يكونون مسئولين عن التزامات الشركة بمقدار حصتهم في رأس المال فقط، ولا يكون لهم الحق في التدخل في إدارة الشركة.
3. شركة المحاصة: هي الشركة التي تستتر عن الغير ولا تتمتع بشخصية اعتبارية ولا تخضع لإجراءات التسجيل الرسمية.
4. شركة المساهمة: هي شركة مكونة من عدد من الأشخاص يكتتبون فيها بأسهم قابلة للتداول، ولا يكونون مسئولين عن ديون الشركة والتزاماتها إلا بقيمة الأسهم التي يمتلكونها فقط. وتنقسم هذه الشركة إلى نوعين: مساهمة عامة تطرح أسهمها للاكتتاب العام أو مقفلة لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام.
5. شركة التوصية بالأسهم: هي الشركة التي تتكون من فئتين من الشركاء إحداهما فئة الشركاء المتضامنين المسئولين بالتضامن في جميع أموالهم عن التزامات الشركة، والأخرى فئة الشركاء الموصين الذين لا يسألون عن التزامات الشركة إلا بقدر حصصهم في رأس المال.
6. الشركة ذات المسئولية المحدودة: هي الشركة التي لا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين شريكاً، ولا يكون كل منهم مسئولاً إلا بقدر حصته في رأس المال.
7. شركة الشخص الواحد: هي الشركة المملوك رأس مالها بالكامل لشخص واحد سواء أكان شخص طبيعي أم اعتباري. =

ولقد عرفها بأنها: "الشركة التي تستتر عن الغير ولا تتمتع بشخصية اعتبارية ولا تخضع لإجراءات التسجيل الرسمية"،[843] فهي إذاً شركة مستترة ليست لها شخصية معنوية تنعقد بين شخصيتين أو أكثر لاقتسام الأرباح والخسائر الناشئة عن عمل تجاري واحد أو أكثر يقوم به أحد الشركاء باسمه الخاص.[844] وبما إن شركة المحاصة تعتبر قانوناً من قبيل الشركات فإنه يلزم أن تتوافر الأركان الموضوعية العامة والخاصة لعقد الشركة بها من رضاء ومحل وسبب وتقديم الحصص سواء أكانت نقدية أو عينية أو بالعمل و اقتسام الأرباح والخسائر معاً، ومن وجوب توافر نية المشاركة بين أطرافها.[845]

ولقد حاول البعض التقريب بين شكل المشاركة المتناقصة وأشكال الشركات التجارية، فخلصوا إلى إن المشاركة المتناقصة أقرب إلى شركة المحاصة فكلا الشركتان مستترتان عن الغير، فلا وجود لهما إلا فيما بين الشركاء ولا وجود لها في مواجهة الغير، فإذا قام من يمثلها بالتعامل مع الغير، فإنه يتعامل باسمه الخاص،[846] وهو ما يجوز معه اعتبار المشاركة المتناقصة شركة محاصة.[847]

وفي اعتقادي إن هذا التكييف القانوني غير دقيق، حيث يتوجب النظر إلى أركان عقد الشركة قانوناً ومدى توافرها في المشاركة المتناقصة لتكييفها بأنها شركة محاصة، فالأركان الموضوعية الخاصة بالشركة

= 8. الشركة القابضة :وهي شركة الهدف من تأسيسها تملك أسهم في شركات مساهمة بحرينية أو أجنبية، وكذلك تملك أسهم أو حصص في شركات ذات مسئولية محدودة بحرينية أو أجنبية، أو الاشتراك في تأسيس هذه الشركات بنوعيها، والعمل على إدارتها وإقراضها وكفالتها لدى الغير.

وقد قرر بطلان أي شركة تجارية لا تتخذ أحد هذه الأشكال، واستثناءً من ذلك فقد أجاز مؤخراً بموجب المرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2015 بتعديل بعد أحكام قانون الشركات ، تأسيس الشركات الساكنة وهي الشركات التي تؤسس ويكون غرضها الابتدائي أن تكون جاهزة لمباشرة الأغراض التي تقررها الشركة ويرخص لها بذلك في أي وقت بعد تأسيس الشركة، ولا يجوز لها مباشرة أي نشاط قبل الحصول على التراخيص اللازمة وموافقة الجهات المختصة وقيد نشاطها في السجل التجاري. انظر في هذا المعنى: المادة 345 مكرراً، المرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2015 بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 21 لسنة 2001 بإصدار قانون الشركات، ملحق الجريدة الرسمية العدد3230، 2015/10/8.

[843]– المادة 56، المرسوم بقانون رقم 21 لسنة 2001 بإصدار قانون الشركات.

[844]– مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الأسكندرية، 2005، ص 150.

[845]– أنظر في هذا المعنى: إلياس عبدالنصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول الأحكام العامة للشركة، الطبعة الثالثة، 2008، ص 91 ومابعدها. وكذلك:عبدالحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، منشأة المعارف،الإسكندرية، 2006، ص 51 ومابعدها. وكذلك: عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة،عمان، 1995، ص50. وكذلك:محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1980، ص 35 ومابعدها .وكذلك: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 153.

[846]– جاسم علي الشامسي، المشاركة المتناقصة المنتهية بتملك العقار، تعليق على الحكم الصادر في الاستئنافين رقمي 4 و 5 لسنة 1999 م الصادرين من محكمة أبوظبي الاستئنافية بتاريخ 1999/5/18م،مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 25، العدد 2، يونيو 2001م، ص313.

[847]– جاسم علي الشامسي، المرجع السابق، ص 314.

هي تعدد الشركاء وتقديم الحصص ومقاسمة الأرباح والخسائر ونية المشاركة،[848] ويُقصد بنية المشاركة الرغبة في الاتحاد بين الشركاء وقبول المخاطر المشتركة،[849]أي أن تتجه إرادة الأطراف فعلاً للمشاركة فيما بينهم وتحمل نتائج المشاركة باقتسام الأرباح وتحمل الخسائر،وهي الركن المميُز للشركة عن غيرها من العقود التي تتشابها معها.

ولو نظرنا إلى عقود المشاركة المتناقصة فإن نية المشاركة باعتبارها ركن أساسي من أركان عقد الشركة غير متوافرة في المشاركة المتناقصة، فالغرض الأساسي من المشاركة المتناقصة هو تقديم التمويل اللازم للعميل وليس المشاركة بذاتها، ففي حالات التمويل للأغراض الشخصية فإن عنصر المشاركة ينعدم، فضلاً عن إن حالات المشاركة المتناقصة التي يكون الغرض منها إعادة جدولة ديون العميل المتعثرعن السداد فإنه لا مجال للبحث عن نية المشاركة فيها، كذلك لا يمكن اعتبار المشاركة المتناقصة التي يكون محلها مشروعاً استثمارياً شركة محاصة، فنية المشاركة مفقودة في المشاركة المتناقصة كون الغرض الأساسي هو التمويل، كما إن بعض عقود المشاركة المتناقصة تتضمن ضمانات كالرهن أو الكفالة الشخصية أو العينية لضمان استعادة المصرف مبلغ التمويل الذي منحه العميل وهو ما يخرجها عن إطار الشركة التي يجب أن يتحمل فيها الشركاء المخاطر باقتسام الأرباح وتحمل الخسائر، كما إن المشاركة المتناقصة تتضمن عقد بيع يتم الاتفاق عليه قبل إبرام عقد المشاركة المتناقصة حيث يتم الاتفاق من خلاله على بيع الحصص بشكل جزئي أو كُلي إلى العميل وهو اتفاق يتعارض مع نية المشاركة باعتبارها ركن أساسي في عقد الشركة.

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه:

" يشترط لقيام الشركة أن توجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذي تبعة وأن يساهم كل شريك في هذه التبعية بمعنى أن يشارك في الربح والخسارة معاً ومن ثم فإن فيصل التفرقة بين الشركة والقرض هو ما انتواه المتعاقدان وتوافر نية المشاركة وعدم توافرها لديهما. وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التي يستقل

---

[848]– انظر في هذا المعنى: إلياس عبدالنصيف، المرجع السابق،ص 91 ومابعدها. وكذلك: عبدالحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 51 ومابعدها. وكذلك: عزيز العكيلي، المرجع السابق ص 35. وكذلك:محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق ، ص 35 ومابعدها.

[849]– إن المفهوم القديم لنية المشاركة هو أن يتوافر لدى الشركاء قصد الاشتراك في الشركة وانعقاد إرادتهم على توحيد جهودهم والتعاون فيما بينهم تعاوناً واعياً وإيجابياً وعلى قدم المساواة لتحقيق الغرض المشترك الذي تكونت الشركة من أجله، وذلك عن طريق الإشراف والرقابة على الشركة. وقد فرق المفهوم الحديث بين الرغبة في الإتحاد وبين التعاون، فالرغبة في الإتحاد لا تقتضي التعاون، كما إن التعاون لا يقتضي حتماً توازي المصالح بل قد يقوم بين العامل ورب المال كذلك. لذا فإن المعول عليه في نية المشاركة هو الرغبة في الإتحاد.انظر في هذا المعنى: إلياس عبدالنصيف، المرجع السابق، ص144 ومابعدها.وكذلك: محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص43 ومابعدها.

بتقديرها قاضي الموضوع ولا معقب عليه في ذلك متى أقام رأيه على أسباب سائغة وإذ استند الحكم المطعون فيه في نفي نية المشاركة لدى العاقدين واعتبار العقد المبرم بينهما عقد قرض وليس شركة، إلى ما تضمنته بنود هذا العقد من اشتراط المطعون ضده الحصول في نهاية مدة العقد على ما دفعه لتمويل العمليات التي يقوم بها الطاعن كاملاً مهما كانت نتيجة هذه العمليات وعدم تحميله شيئاً من الالتزامات التي تترتب عليها في ذمة الطاعن للغير واشتراطه أيضاً أن يقدم له الطاعن شهرياً قدراً معيناً من المبلغ المدفوع، وكان مؤدى كل ذلك نفي قيام نية المشاركة وتكييف العقد بأنه قرض، ذلك أن المبلغ الواجب دفعه شهرياً مهما كانت نتيجة هذه العمليات التي يجريها الطاعن من ربح أو خسارة وإن وصف في هذا العقد بأنه من أرباح الشركة لا يمكن أن تكون حقيقته كذلك إذ الربح لا يكون مؤكداً ولا معروفاً مقداره سلفاً، وإنما حقيقة هذا المبلغ هو فائدة مستورة في صورة ربح، فإن النعي على الحكم الخطأ في تكييف العقد يكون على غير أساس."[850]

وقد استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية كذلك على أنه: "عقد الشركة لا يقوم إلا باجتماع شروط موضوعية خاصة به، منها أن توجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذي تبعة، وأن يساهم كل شريك في هذه التبعة بمعنى أن يشارك في الربح والخسارة معاً، وتعرف تلك النية هو مما يتعلق بفهم الواقع في الدعوى".[851] وهو ما لا يمكن معه قبول تكييف عقد المشاركة المتناقصة بأنها شركة محاصة.

2) المشاركة المتناقصة ملكية مشتركة (الشيوع):

يكيف بعض الفقهاء المعاصرين المشاركة المتناقصة بأنها شركة مُلك أي ملكية مشتركة على الشيوع من الناحية القانونية،[852] فالملكية الشائعة قانوناً هي اكتساب أكثر من شخص ملكية حصص غير مفرزة في شيء معين بأحد أسباب التملك والتي تخول كل منهم الحق في الاستعمال والاستغلال والتصرف بحصته على نحو غير ضار بالآخرين.[853] فالفيصل بين عقد الشركة وبين الملكية الشائعة قانوناً هو نية المشاركة

---

[850]– الطعن رقم 67 سنة 34 قضائية، جلسة 1967/6/22.نقلاً عن: سعيد أحمد شلعة، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأةالمعارف،الإسكندرية، 2004، ص52 ومابعدها.

[851]– الطعن رقم 6 لسنة 2007، جلسة 2007/6/25، مجموعة أحكام محكمة التمييز البحرنية السنة الثامنة عشر من يناير إلى ديسمبر 2007، الجزء الأول، ص 891.

[852]– انظر في هذا المعنى: الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في التمويل الإسلامي، المشاركة المتناقصة والقضايا القانونية ذات الصلة، بحث مقدم للندوة الثالثة لمصرف أبو ظبي الإسلامي، المنعقدة في الفترة من 19-20 يناير 2011 بأبوظبي، منشورة على الموقع الإلكتروني: http://www.almeshkat.net/book/6564، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/3/19. وكذلك: نزيه حماد، المرجع السابق، ص 205. وكذلك: Bendjilali,B &Khan,T.(1995).*Economics of Diminishing Musharakah*. Jeddah: Islamic Research and Training Institute (IRTI), Research Paper No. 31.page 15-16.

[853]– عبدالحميد عثمان محمد،المرجع السابق،ص 137.

التي تعتبر أحد الأركان الموضوعية الخاصة في عقد الشركة،[854] إذ يبطل عقد الشركة إذا تخلفت، في حين إن الملكية الشائعة غالباً ما تنشأ بسبب إجباري خارج عن إرادة الشركاء ومع ذلك فإن العقد يعتبر أحد أسباب نشوء الملكية المشتركة،[855] والمشاركة المتناقصة باعتبارها إحدى صور الملكية الشائعة تنشأ بناءً على عقد واتفاق بين الشركاء، كما إن أحكام الشيوع تتشابه مع أحكام المشاركة المتناقصة الأخرى إذ إن الحق في إدارة المال الشائع يثبت لجميع الشركاء ما لم يتفقوا على طريقة محددة للإدارة[856] كما إن مصاريف ورسوم حفظ وصيانة المال المشترك تقع في الأصل شرعاً وقانوناً على عاتق جميع الشركاء وفقاً لحصص ملكيتهم إلا إن القانون أجاز استثناءاً الاتفاق على خلاف ذلك على عكس الأحكام الشرعية التي حظرت هذا النوع من الاتفاق لما يتضمنه من تفريق وغرر بين الشركاء.[857]

فضلاً عن ذلك فإن الشيوع – في أغلب صوره– حالة مؤقتة فهي إلى الزوال؛ وذلك بأن تتحول حصة الشريك من شائعة إلى حصة مفرزة، أو ينتقل المال الشائع كاملاً إلى ملكية أحد الشركاء أو الغير بأي سبب من أسباب كسب الملكية كالعقد مثلاً،[858] لذا فإن إنهاء المشاركة المتناقصة عن طريق شراء أحد الشركاء نصيب الآخر أو عن طريقة قسمة موجوداتها في حال تعثر الشريك – العميل– عن السداد هو أحد وسائل إنهاء حالة الشيوع قانوناً.

وعلى الرغم من التشابه الكبير بين أحكام الملكية الشائعة قانوناً مع المشاركة المتناقصة إلا أنه لا يمكننا التسليم بهذا التكييف، فالملكية الشائعة تعجز عن تفسير الغرض الرئيسي من إنشاء حالة الملكية الشائعة في المشاركة المتناقصة ألا وهو التمويل والائتمان. فالعبرة في تكييف العقود في حقيقة ما عناه العاقدون منها لا بالألفاظ التي صيغت بها تلك العقود.[859]

---

[854]– أنظر في هذا المعنى: محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص19 ومابعدها. وكذلك: مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 42 ومابعدها.

[855]– عبدالحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 138.

[856]– تنص المادة 779 من القانون المدني البحريني على: " تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين مالم يوجد اتفاق أو نص في القانون على خلاف ذلك".

[857]– تنص المادة 785 من القانون المدني البحريني على: " نفقات حفظ الشيء الشائع وإدارته وسائر التكاليف المقررة عليه يتحملها جميع الشركاء كل بنسبة حصته ، ما لم يتفق الشركاء جميعا على غيره أو يقضي القانون بخلافه."

[858]– عبدالحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص 195.

[859]– الطعن رقم 460 لسنة 2007، الصادر بجلسة 2008/4/28، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة التاسعة عشر من يناير إلى ديسمبر 2008، الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين، ص 605.

3) المشاركة المتناقصة عقد بيع بالتقسيط:

تشتبه المشاركة المتناقصة بعقد البيع بالتقسيط ولقد اعتبرها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها من جنس البيوع،[860] فأحد العقود الرئيسية المكونة لها هو عقد البيع الذي يبيع بموجبه أحد الشركاء – المصرف– حصته إلى الشريك الآخر–العميل–، وإحدى صور هذا العقد هو البيع التدريجي للحصص حيث يتم بيعها بشكل تدريجي وفقاً لجدول زمني معين يتملك من خلالها العميل الحصص تدريجياً فتؤول الملكية كاملةً في النهاية له. لذا اعتبرها البعض بيعاً بالتقسيط،[861] وهو البيع الذي يكون سداد الثمن فيه مجزءاً إلى عدة أقساط، على أن يكون جزء من هذه الأقساط لاحقاً على تسلم المشتري للمبيع.[862]

إذاً فإن تكييف عقد المشاركة المتناقصة بأنه بيع بالتقسيط يقوم على اتجاه نية طرفي العقد إلى نقل ملكية الأصل محل التمويل إلى الشريك – العميل– ليس فور إبرام العقد وإنما عند سداده كامل أقساط الثمن، فنية نقل الملكية تتوافر عند إبرام العقد ولكن يتأخر تحققه إلى سداد كامل أقساط الثمن.

وهذا التكييف هو الآخر تكييف غير دقيق، فعلى الرغم من التشابه الكبير بين البيع بالتقسيط والمشاركة المتناقصة إلا إنه لا يمكن اعتبارها بيعاً بالتقسيط، فإحدى صور المشاركة المتناقصة يبيع فيها المصرف حصته بالكامل دفعة واحدة حيث يلتزم العميل بسداد قيمتها بالكامل، كما إنه وفقاً لمفهوم المشاركة المتناقصة فإن حصة المصرف وملكيته في المشروع أو العين الممولة تتناقص تدريجياً مع سداد العميل لثمن هذه الحصص، فتنتقل ملكية الحصص إلى العميل بشكل مباشر وفوري فور سداده لقيمتها، في حين إن الملكية في البيع بالتقسيط تنتقل إلى المشتري بعد سداده لآخر قسط.[863]

4) المشاركة المتناقصة عقد بيع بالوفاء:

البيع بالوفاء هو البيع الذي يحتفظ فيه البائع بحقه في أن يسترد المبيع خلال مدة معينة في مقابل رد الثمن ومصروفات العقد ومصروفات الاسترداد.[864] وهو من البيوع المحرمة شرعاً والممنوعة قانوناً في بعض

---

[860]– أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص159.

[861]– المرجع نفسه، ص170 .

[862]– إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، جامعة الكويت، 1984، ص 20.

[863]– تنص المادة 1/116 من قانون التجارة البحريني على: " 1– إذا احتفظ البائع بملكية المنقول المبيع حتى أداء أقساط الثمن بالكامل اكتسب المشتري هذه الملكية بأداء القسط الأخير ويتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع من وقت تسليمه إليه."

[864]– أنظر في هذا المعنى: أنور العمروسي، البيوع الباطلة في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، (دون تاريخ)، ص 152. وكذلك: ياسر باسم ذنون السبعاوي، المرجع السابق، ص 9 ومابعدها.

الدول لما ينطوي عليه هذا العقد من شروط تتناقض مع طبيعة عقد البيع – استرداد البائع للمبيع– و لما يشوبه من شبهة الربا المحرمة شرعاً. وبيع الوفاء هو أحد أبرز الشبهات التي أثيرت حول المشاركة المتناقصة كون إحدى صورها تتفق مع المفهوم العام لبيع الوفاء وهي الصورة التي يشتري فيها المصرف الأصل – محل المشاركة أو جزءاً منها – من العميل نفسه ومن ثم يبرم معه عقد مشاركة وعقد بيع الحصص فيبيعه مجدداً الحصص التي اشتراها منه بثمن أعلى خلال مدة زمنية معينة.[865]

وعلى الرغم من رجاحة هذا الرأي، إلا إن بيع الوفاء باعتقادي يعجز عن تفسير الروابط العقدية الأخرى التي يرتبط بها طرفي العقد بموجب عقد المشاركة والإيجار وغيرها من العقود، فضلاً عن ذلك فإن للمشاركة المتناقصة صوراً أخرى يتم شراء الأصل محل التمويل فيها من طرف ثالث وليس من العميل ذاته وهو ما يخرجها عن الصورة العامة لبيع الوفاء. فيعجز هذا الرأي عن تكييف جميع صور المشاركة المتناقصة.

5) المشاركة المتناقصة عقد قرض:

المشاركة المتناقصة هي عبارة عن قرض يمنحه المصرف الممول إلى العميل – الشريك– ، فيتقرر للمصرف المشاركة في ملكية الأصل الممول أو العين الممول أو المشروع كضمان لاسترداده مبلغ القرض، فالمشاركة ليست جوهر العقد ولا غرضه وإنما الغرض الأساسي له هو القرض وتمويل المصرف للعميل، ولما كانت العبرة في العقود بالمقاصد لا بألفاظ والمباني فإن المشاركة المتناقصة تعتبر عقد قرض نظراً لكون غرض طرفيها الأساسي هوالتمويل،وهو التكييف الذي تبناه الحكم رقم 98/291 الصادر عن المحكمة الابتدائية بأبو ظبي.[866]

و على الرغم من إن الغرض الأساسي لعقد المشاركة المتناقصة هو تمويل العميل، إلا إنه باعتقادي إن عقد القرض بصفته إحدى صور التمويل التقليدية يعجز عن استيعاب الروابط الناشئة بين طرفي عقد المشاركة المتناقصة الذي تتشعب فيه العقود بين مشاركة وعقد بيع وإجارة و وعد ملزم والالتزامات الناشئة عن كافة هذه العقود.

---

[865]– انظر في هذا المعنى: ياسر إبراهيم محمد الخضيري، الصور المعاصرة لبيع الوفاء،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني لذات الجامعة:https://units.imamu.edu.sa ، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/4/8.

[866]– الحكم الصادر في الدعوى الابتدائية رقم 98/291 من المحكمة المدنية بأبوظبي المشار إليه من قبل جاسم علي الشامسي، المرجع السابق، ص 282.

ثانياً: المشاركة المتناقصة عقد غير مسمى ذو طبيعة خاصة:

يكيف البعض عقد المشاركة المتناقصة بأنه عقد من العقود الغير مسماة التي تنطوي على عدة عقود مرتبطة وكل منها مترتب على الآخر وتعتبر المدة فيه عنصراً أساسياً.[867] ولقد حاول البعض تكييفها بتقريبها من أقرب العقود الغير مسماة لها طبيعةً ألا وهو عقد الإجارة المنتهية بالتمليك نظراً لكون الغاية منهما واحدة؛ وهي تملك المستأجر أو الشريك لشيء لا يستطيع تملكه منذ بداية الأمر، وغالباً ما يكون المستأجر أو شريك المصرف في المشاركة هو المالك للشيء المؤجر أو المشارك عليه في بداية الأمر. كما إن المشاركة المتناقصة تتضمن عقد إيجار، حيث يؤجر المصرف أو الشركة العقار محل التمويل على العميل، كما إن بعض صور الإجارة المنتهية بالتمليك يشارك فيها العميل المستأجر المصرف في ملكية العين المؤجرة وذلك في العقود التي تتيح للمستأجر أن يشتري أسهماً معينة كل فترة زمنية فيصبح شريكاً في جزء ومستأجراً لجزء آخر.[868]

و لا يمكن قبول هذا التكييف، فالمشاركة المتناقصة تختلف عن الإجارة المنتهية بالتمليك في:[869]

1. إن صيغة المشاركة المتناقصة تتضمن 4 عقود أساسية وهي عقد المشاركة وعقد البيع وعقد الإجارة و الوعد بالشراء وفي بعض الأحيان تقتصر على 3 عقود دون أن يكون بينها عقد الإيجار، بينما الإجارة المنتهية بالتمليك تتضمن 3 عقود أساسية وهي عقد الإجارة وعقد البيع والوعد بالبيع وقد تتضمن كذلك عقد وكالة.
2. تختلف آلية تطبيق المشاركة المتناقصة عن الإجارة المنتهية بالتمليك، فلكل عقد ذاتيته الخاصة التي تميزه عن الآخر ففي المشاركة المتناقصة يتقاسم المصرف مع العميل الأرباح الناتجة من المشاركة سواء أكانت عائد الإيجار أو غيرها من الأرباح وإن الملكية تنتقل إلى العميل بشكل تدريجي وفقاً لعقد البيع المتفق عليه أو تنتقل إليه بشكل كامل مرة واحدة حسب العقد المتفق عليه، بينما في الإجارة المنتهية بالتمليك فإن العميل يُسدد الأجرة كاملةً إلى المصرف بصفته المؤجر، وتنتقل الملكية إلى العميل في نهاية عقد الإجارة المنتهية بالتمليك بعد سداده كافة أقساط الإجارة وفقاً للسعر المتفق عليه بينهما أو بموجب هبة يهبها المصرف إلى العميل.

---

[867]– الطعنين رقم 53 و54 /2012، الصادرين بتاريخ 2012/6/5، المرجع السابق.

[868]– عادل سلمان، المرجع السابق، ص 28.

[869]– انظر في هذا المعنى: جاسم علي الشامسي، المرجع السابق، ص 307 ومابعدها. وكذلك: عادل سلمان، المرجع السابق، ص 28.

كما يفرق البعض بين الإجارة المنتهية بالتمليك والمشاركة المتناقصة على أساس إجماع آراء الفقهاء المعاصرين على شرعية المشاركة المتناقصة واختلافهم بشأن الإجارة المنتهية بالتمليك نظراً لاشتباههم بالربا وبصورية هذه الصيغة التي تتضمن عقد قرض بربا، وهذا الاختلاف غير صحيح فلقد انقسمت آراء الفقهاء بين مجيز لهذه الصيغة بضوابط معينة وبين مانعاً لها بجميع صورها وعلى الرغم من أن الأكثرية قالوا بصحتها وبجوازها إلا إن ما نُسب للإجارة المنتهية بالتمليك من شبهات نُسب كذلك للمشاركة المتناقصة. أما ما قيل بشأن تقاسم الخسائر بين أطراف المشاركة المتناقصة كأساس للتفريق بين هذين العقدين،[870] ففي اعتقادي إن هذا الاختلاف نظري يخالف الواقع العملي فالمشاركة المتناقصة ترتبط بعقد إيجار كما ترتبط بعقود ضمان أخرى كالرهن أو الكفالة الشخصية أو العينية – على الرغم من عدم إجازة المعيار الشرعي لذلك – وهو ما يكون معه مبلغ التمويل وكذلك الأرباح مضمونة مُنذ بداية التعاقد، كما إن الالتزامات التي تقع على عاتق العميل المستأجر في الإجارة المنتهية بالتمليك تقع ذاتها على عاتق العميل الشريك إذا كان هو المستأجر، فالقول بأن المشاركة المتناقصة عقد إجارة منتهية بالتمليك قول غير دقيق.

ومع ذلك فإنه يمكننا القول بأن الطبيعة القانونية للمشاركة المتناقصة والإجارة المنتهية بالتمليك واحدة وبأنهما عقود مركبة ذات طبيعة خاصة تندرج ضمن عقود التمويل بضمان الملكية غير الحيازية، فالأركان الموضوعية للمشاركة المتناقصة هي:[871]

1. التمويل: المشاركة المتناقصة في جوهرها خدمة تمويلية تقدمها المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية إلى المستفيد، وإن هذا التمويل يرد على استثمار محدد يتمثل في اقتناء أصل من الأصول لصالح العميل سواء أكان منقولاً أو عقاراً أو الدخول في مشروع استثماري معين.
2. اكتساب الملكية على سبيل الضمان: إن المصرف يكتسب ملكية الأصل بشكل كلي أو جزئي بمناسبة التمويل ويحتفظ بها طوال فترة سداد المستفيد للأقساط النقدية الواقعة على عاتقه بموجب عقد بيع الحصص، فعقد المشاركة وعقد البيع هما وسيلة وضمان لتنفيذ جوهر العقد ألا وهو التمويل.

---

[870] –Muhammad Iman Sastra Mihajat; The comparison between Musharakah Mutanaqishah and conventional leasing structures, which one is better?,Journal of Islamic Banking & Finance, Jan–Mar2016, Vol. 33 Issue **1**,. Publisher: International Association of Islamic Banks. p65–66.

[871]– انظر في هذا المعنى: حر عماد، المرجع السابق، ص 16. وكذلك: حسني محمد جاد الرب، المرجع السابق، ص 22–32. وكذلك: حمدي أحمد سعد أحمد، المرجع السابق، ص 83– 156. وكذلك : مصطفى كمال طه، شريف مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص 107– 128.

3. استعمال المستفيد للأصل: ولقد ترتب على إقحام الأصل في دائرة الاتفاق من جهة وقصر أهميته بالنسبة إلى المصرف الممول فيما يوفره تملكه لها من ضمان من جهة أخرى و وسيلة لتحقيق الربح، أن يتقرر للعميل استعمال الأصل بموجب عقد إيجار أو بموجب غيره من العقود.

وهو ما يتضح معه إن جوهر عقد المشاركة المتناقصة يرتكز على الخدمة التمويلية من جانب والملكية الضمانية من جانب آخر، وإن عنصر استعمال المستفيد للأصل هو المحصلة الحتمية لاقتران التمويل بضمان الملكية، فلا يرقى بالتالي إلى ذات المرتبة من الأهمية، وهو ذاته جوهر عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

ولما كانت الالتزامات الملقاة على عاتق العميل فيما يتعلق باستعمال الأصل والمحافظة عليه تجعل من يد العميل على الأصل يد الحائز لمال ترتب عليه تأمين عيني لمصلحة أحد دائنيه، الأمر الذي يعتبر معه الضمان المقرر للمصرف الممول والمتمثل في حق الملكية ضماناً غير حيازي، فما دام التمويل وارد على استثمار للعميل من جهة وكان الضمان المقرر للشركة الممولة غير حيازي من جهة أخرى، حيث تبقى حيازة الأصل للعميل ويحق له بالتالي استغلاله مع مراعاة ما يقضي به العقد من وجوب المحافظة عليه من جانب وما يفرضه من قيود على استغلاله من جانب آخر. الأمر الذي نخلص معه إلى أن للمشاركة المتناقصة ركنين: التمويل من جانب وضمان الملكية غير الحيازية من جانب آخر. وبما إن القوالب العقدية التقليدية لا تعبر عن العقد ذي الركنين المشار إليهما، الأمر الذي يكون معه عقد المشاركة المتناقصة عقداً ذا طبيعة خاصة يتشابه مع عقد الإجارة المنتهية بالتمليك– عقد الإيجار التمويلي–، فهو في جوهره عقد تمويل بضمان الملكية غير الحيازية.

وعليه نخلص إلى إن عقد المشاركة المتناقصة عقد مركب ذو طبيعة خاصة يندرج ضمن عقود التمويل بضمان الملكية غير الحيازية، حيث يجمع بين طياته عقوداً تقليدية مختلفة منها على سبيل المثال البيع والاشتراك والإيجار و الوعد والكفالة والرهن. كما نخلص إلى إن جواز هذه الصيغة معلق على مجموعة من الشروط الواجب الالتزام بها من قبل المصارف الإسلامية، كما إن تعاقب العقود التي تتكون منها المشاركة المتناقصة يرتب التزامات مختلفة على طرفيها بحيث تنتهي هذه المشاركة بانتقال ملكية محل المشاركة – التمويل– إلى العميل الشريك بكاملها، وفي حال تعثر العميل عن السداد أو فسخ العقد أو انتهائه لأحد الأسباب الأخرى التي قد تكون خارجة عن إرادة الطرفين فإنه يتوجب إعمال القواعد العامة الحاكمة لقسمة المال الشائعة في ضوء الأحكام الخاصة بالتمويل العقاري التي أوجبتها اللائحة التنفيذية للتسجيل العقاري بما لا يضر بمصالح العميل المتمول والمصرف الممول.

الفصل الثاني
الاستصناع

الفصل الثاني
الاستصناع

الاستصناع هو أحد العقود الأساسية التي لا غنى عنها على مر العصور. فحاجات الإنسان متطورة ومتزايدة بشكل مستمر ولا سبيل لتوفير وتحقيق هذه الحاجات سوى الاستصناع وتنشيط الصناعة وتصريف المنتجات. وبما إن العقار هو أحد الحاجات الأساسية للإنسان سواء لسكناه أو للاستثمار أو لغير ذلك من الحاجات التي تندرج ضمن نطاق الاستصناع. فعن طريق الاستصناع يتم تشييد العقار وفقاً للمواصفات الخاصة المشروطة بين طرفي التعاقد. وبما إن الاستصناع أحد العقود المباحة شرعاً وفق ضوابط معينة فقد تبنت المصارف الإسلامية هذا العقد وطورته ليصبح صيغة تمويلية معتمدة لتمويل العقار. وقد حث مجمع الفقه الإسلامي الدولي تمويل السكن عن طريق صور مستحدثة من عقد الاستصناع كعقد البيع على الخريطة.[872]

وعليه سوف نبحث في هذا الفصل عقد الاستصناع وذلك من خلال الوقوف على جوانبه النظرية والتطبيقية من خلال المبحث الأول وذلك ببيان ماهية عقد الاستصناع والخطوات المتبعة من قبل المصارف في تنفيذه وكذلك ببيان التنظيم الشرعي والقانوني له. ومن ثم نبحث إحدى الصور الحديثة لعقد الاستصناع بدراستنا لعقد البيع على الخريطة في المبحث الثاني وذلك على النحو التالي:

[872]– قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 50 (6/1) بشأن التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، المرجع السابق، ص 94.

المبحث الأول

الجوانب النظرية والتطبيقية لعقد الاستصناع

المطلب الأول: ماهية عقد الاستصناع:

طورت المصارف الإسلامية عقد الاستصناع المعروف في الفقه الإسلامي بطرق تلائم وتواكب الحاجات المستجدة للناس، بحيث يخدم شريحة كبيرة من هذه الحاجات سواء أكانت على النطاق الشخصي أو النطاق الاستثماري والإنتاجي. فللوقوف على ماهية عقد الاستصناع وطبيعته ينبغي لنا بحث تعريف عقد الاستصناع وتكييفه شرعاً وقانوناً وبحث التطوير الذي أُدخل عليه من قبل المصارف الإسلامية وصوره وخطواته التنفيذية.

وعليه سوف نبحث تعريف عقد الاستصناع وتكييفه أولاً ومن ثم سنبحث الاستصناع في المصارف الإسلامية ثانياً. وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف عقد الاستصناع وتكييفه:

أولاً: التعريف:

عقد الاستصناع هو "اتفاق يتعهد فيه أحد الأطراف بصناعة عين غير موجودة أصلاً، وفقاً للمواصفات التي يتم تحديدها ويلتزم بها الصناع بموجب هذا الاتفاق، مقابل دفع مبلغ معلوم ثمناً للعين المصنوعة."[873]

وقد عرفته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بأنه:"عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها." [874]

وعرفه بنك البحرين الإسلامي بأنه:" طلب صناعة شيء، وهو بيع بين المستصنِع (المشتري طالب الصنع) والصانع (البنك البائع)، حيث يصنع البنك بناءً على طلب الزبون سلعة موصوفة ويسلمها عند

[873]– وائل عربيات، المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2006، ص 127.

[874]– ملحق (ج) التعريفات، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، المعايير الشرعية، المرجع السابق، ص 318.

الموعد المحدد للتسليم على أن تكون تكلفة العمل من الصانع (البنك)، وذلك في مقابل الثمن الذي يتفقان عليه ويسدده عاجلاً أو أجلاً."[875]

وعرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه: " عقد وارد على العمل والعين في الذمة – ملزم للطرفين إذا توافرت فيه الشروط والأحكام." [876]

في حين عرفه مصرف البحرين المركزي بأنه:

"A contract whereby the purchaser (al-mustasni') asks the seller (al-sani') to manufacture a specifically defined product (al-masnoo') using the seller's raw materials at a given price. The contractual agreement of Istisna'a has a characteristic similar to that of Salam in that it provides for the sale of a product not available at the time of sale. It also has a characteristic similar to the ordinary sale in that the price may be paid on credit; however, unlike Salam, the price in the Istisna'a contract is not paid when the deal is concluded. A third characteristic of the contractual agreement of Istisna'a is similar to Ijarah (employment) in that labour is required in both."[877]

ونرجح التعريف الأول وذلك لكونه تعريف شامل عرف الاستصناع بأنه اتفاق على صناعة شيء ما، دون أن يتوسع في التعريف فيورد تفاصيل غير لازمة كالمقارنة بين الاستصناع والعقود المشابهة له أو بأن يكفيه بأنه عقد بيع فيدخل اللبس بذلك في ذهن القارئ، فضلاً عن ذلك فإن بعض هذه التعريفات قد عرفت الاستصناع باستخدام مسميات أطراف العقد المشتقة من اسم العقد نفسه كالصانع والمستصنع في حين إنه من شروط التعريف ألا يقف التعريف على العلم بالمعرف.

ثانياً: دليل المشروعية:[878]

أجمع الفقهاء على جواز عقد الاستصناع واستندوا في ذلك إلى:

1. **القرآن الكريم:** قوله سبحانه وتعالى في مجمل كتابه: ﴿ قَالُوا يَا ذَا الْقَرْنَيْنِ إِنَّ يَأْجُوجَ وَمَأْجُوجَ مُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ فَهَلْ نَجْعَلُ لَكَ خَرْجاً عَلَى أَنْ تَجْعَلَ بَيْنَنَا وَبَيْنَهُمْ سَدّاً﴾.[879]

---

[875]– حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص82.

[876]– قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 65(3/7)1 بشأن عقد الاستصناع، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي 1988–2009، المرجع السابق، ص 127.

[877]– CBB Rulebook: Volume 2—Islamic Banks , Part B , Glossary of Defined Terms, published on CBB website: http://www.complinet.com/cbb/display/display.html?rbid=1821&record_id=2329.

[878]– انظر في هذا المعنى: أحمد محي الدين أحمد، فتاوى الاستصناع والمقاولات والسلم، سلسة فتاوى برنامج الفتاوى الاقتصادية بالكمبيوتر، مجموعة دله البركة –قطاع الأموال شركة البركة للاستثمار والتنمية، الطبعة الأولى ،1998. وكذلك: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق، ص 560.

قال ابن عباس:خرجاً: أي أجراً عظيماً، وفي هذه الآية إرشاد قرآني يُعلم منه صحة الاستصناع شرعاً. وفي هذه القصة القرآنية ذكر الله سبحانه وتعالى بأنهم طلبوا من ذي القرنين أن يصنع لهم سداً مقابل مال يعطونه إياه، ولم ينكر القرآن هذه الصيغة وبالتالي تكون مشروعة، ذلك أن كل فعل أو أمر أو نهي صدر عن أحد، وذكر في القرآن فهو حق، إلا إذا نبه القرآن على بطلانه، فالله سبحانه وتعالى سمى كتابه فرقاناً وهدىً وتبياناً لكل شيء، وفي ذلك يقول الشاطبي: " ومن أمثلة هذا القسم جميع ما حكي عن المتقدمين في الأمم السابقة مما كان حقاً، لحكايته عن الأنبياء والأولياء، ومنه قصة ذي القرنين وقصة الخضر مع موسى عليه السلام." [880]

2. **السنة النبوية:** ما روي عن رسول الله ﷺ بأنه قد استصنع خاتماً ومنبراً.[881]

3. **الاستحسان:** فقد قال الكاساني في بدائعه عن الاستصناع: "يجوز استحسانا، لإجماع الناس على ذلك، لأنهم يعملون ذلك في سائر الاعصار من غير نكير. وقد قال رسول الله ﷺ: " لا تجتمع أمتي على ضلالة وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح" فالإنسان قد يحتاج إلى خف أو نعل من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصفة مخصوصة، وقلما يتفق وجوده مصنوعاً، فيحتاج إلى أن يستصنع، فلو لم يجز لوقع الناس في الحرج."[882]

4. **رفع الحرج،**[883] وهي قاعدة شرعية دلت عليها آيات قرآنية عديدة منها: قوله سبحانه وتعالى: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾،[884]وقوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفساً إلا وسعها﴾،[885]وقوله عز وجل:﴿يريد الله أن يخفف عنكم﴾.[886]

---

[879]– سورة الكهف،الآية 94.

[880]– محمد سليمان الأشقر، عقد الاستصناع، بحث منشور في كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ، (دون تاريخ)، ص228.

[881]– وائل عربيات، المرجع السابق، ص 134.

[882] –انظر في هذا المعنى: عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المرجع السابق،ص 560 ومابعدها. وكذلك: علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الثانية، 1986، ص 2-3. وكذلك: كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار صالح للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية،(دون تاريخ)، ص98.

[883]– حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثامن للاقتصاد والتمويل الإسلامي: النمو المستدام والتنمية الاقتصادية الشاملة من منظور إسلامي، كلية الدراسات الإسلامية في قطر، منشور على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com/arab/، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/11.

ثالثاً: التكييف الفقهي:

يقصد بالتكييف الفقهي:الوصف الذي أضفاه الفقهاء على المعاملة في ضوء الأثار التي ترتبت عليها.[887] ولقد اختلف الفقهاء في تكييفهم لعقد الاستصناع على عدة صور، فالشافعية والحنابلة والمالكية اعتبروا الاستصناع نوع من السلم يعتبر فيه من الشروط ما يعتبر في السلم. أما الحنفية فقد اختلفوا في تكييف هذا العقد، فذهب البعض منهم إلى اعتباره عقد إجارة ابتداءً بيع انتهاءً، آخذين بالاعتبار إن التعاقد كان على عمل لم يوجد بعد، فإذا وجد وتم التسليم انعقد بيعاً، في حين كيفه البعض الآخر بأنه عقد بيع يشترط فيه العمل، وقد ذهب آخرون منهم إلى القول بأن الاستصناع مواعدة غير ملزمة للطرفين وليست بيعاً، ولكن عند الانتهاء من العمل وتسليم المصنوع إلى المستصنع وقبض الثمن تنعقد بيعاً بالتعاطي.[888]

والراجح في تكييف عقد الاستصناع أنه عقد جديد مستقل، ليس وعداً، وليس بيعاَ، وليس إجارة، وليس سلماً، وإن كان له شبه بالبيع وبالإجارة، وبالسلم إلا إن له من المميزات ما تفرقه عن كل هذه العقود وهو ما يجعله عقداً مستقلاً بذاته، وهو التكييف الذي أخذ به مجمع الفقه الإسلامي.[889]

يشبه الاستصناع عقد السلم لأنه عقد على موصوف في الذمة، ويشبه البيع كون الصانع يقدم المواد من عنده مقابل عوض، ويشبه الإجارة من حيث إن العمل جزء من المعقود عليه.[890] ومن الفروق بين

---

[884]– سورة الحج، الآية 78.

[885]– سورة البقرة، الآية 158.

[886]– سورة البقرة ،الآية 285.

[887]– وائل عربيات، المرجع السابق، ص149.

[888] –انظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، دراسة حالة لبنك الإسلامي للتنمية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي لجامعة الحاج الخضر بالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ص6 ومابعدها، منشورة على الموقع الإلكتروني: http://www.al-eman.com/، تاريخ الاطلاع عليه:2016/1/1.وكذلك:أحمد جابر بدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق مع عرض تجارب ونماذج لعقد الاستصناع في البنوك الإسلامية، سلسة رسائل البنك الصناعي، بنك الكويت الصناعي، العدد 72، مارس 2003، ص32.وكذلك: علي محيي الدين القرة داغي، عقدالاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز، حولية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد الحادي عشر ،1993، ص369 ومابعدها. وكذلك:ناصر أحمد إبراهيم النشوى،عقد الاستصناع التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به،دار الفكر الجامعي، مصر، 2007،ص 229 ومابعدها. وكذلك: وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة، المرجع السابق، ص 56 ومابعدها.

[889]– انظر في هذا المعنى: أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 27 ومابعدها. وكذلك: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 65(3/7)1 بشأن عقد الاستصناع. وكذلك: محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 227. وكذلك: ناصر أحمد إبراهيم النشوى، المرجع السابق، ص 240 ومابعدها.

[890] – محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 227.

الاستصناع والسلم، فإن المبيع في السلم دين تتحمله الذمة وهو إما مكيل أو موزون أو مذروع[891] أو عددي متقارب. أما محل الاستصناع فهو عين – أي ما يتعين بالتعيين أو الشي المعين بذاته– لا دين كالسلع التي تحتاج إلى تصنيع، وكذلك يشترط في السلم تعجيل رأس المال، أما في الاستصناع فلا يشترط ذلك.[892] كما يختلف عقد الاستصناع عن عقد البيع، فمحل العقد في البيع هو العين المشتراة، بينما في الاستصناع هو العين والعمل معا، لأن العمل شرط أساسي في الاستصناع.[893] كما يختلف الاستصناع عن الإجارة، فالإجارة عقد على منفعة معلومة قابلة للبذل بالإباحة وبعوض معلوم. فمحل العقد في الإجارة المنفعة بينما محل العقد في الاستصناع هو العين إضافةً إلى العمل. إذاً فإن اختلاف محل العقد في الاستصناع عن محله في العقود التي يشتبه بها– السلم والبيع والإجارة– يجعله عقداً مستقلاً بذاته خلافاً لما ذهب له الفقهاء القدامى.[894]

رابعاً: التكييف القانوني:[895]

يعتبر عقد الاستصناع قانوناً عقد مقاولة، فالمقاولة عقد يرد على العمل، وقد عرفه القانون المدني البحريني بأنه:"عقد يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملا للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعا له أو نائبا عنه،"[896] ولقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الاستصناع بأنه مقاولة حيث نصت المادة

---

[891]– مذروع هو وصف لما يقاس بوحدة الذراع. حيث يعرف المذروع بأنه اسم المفعول من ذرع.

[892]– انظر في هذا المعنى: ملحق (ج) التعريفات، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، المرجع السابق، ص 319. وكذلك: وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني،1992م، ص 303.

[893]– أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 27.

[894]– انظر في هذا المعنى: محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 225 وما بعدها. وكذلك: كاسب بن عبد الكريم البدران، المرجع السابق، الصفحات من 127–134. وكذلك: وائل عربيات، المرجع السابق، الصفحات من 149–162.

[895]– انظر في هذا المعنى:أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص29.وكذلك: أنور طلبة، العقود الصغير الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، مصر،2004، ص 236 ومابعدها.وكذلك: زياد حسن شفيق قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية،2004، منشورة على الموقع الرسمي للجامعة: https://scholar.najah.edu/ar/program، تاريخ الاطلاع عليه 2016/2/8.وكذلك: سعد عبد الله عبدالعزيز السبر، الاستصناع (المقولات)، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www.saaid.net/book/10/3239.doc، *تاريخ الاطلاع عليه: 2016/1/2. وكذلك:* فواز بن خلف اللويحي المطيري، المرجع السابق، ص 93 وما بعدها. وكذلك :كاسب بن عبد الكريم البدران، المرجع السابق، الصفحات من 135–145.

[896]– المادة 548، القانون المدني البحريني.

(124) على:"الاستصناع عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشتري مستصنع والشيء مصنوع."[897]

كما عرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي بأنه: "عقد يتعهد أحد طرفيه بمقتضاه بأن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً مقابل بدل يتعهد به الطرف الآخر وهو عقد جائز سواء قدم المقاول العمل والمادة وهو المسمى عند الفقهاء بالاستصناع، أو قدم المقاول العمل وهو المسمى عند الفقهاء بالإجارة على العمل."[898]

وعليه فإن عقد المقاولة قانوناً يجمع بين عقدين من عقود الفقه الإسلامي هما عقد الاستصناع إذا كان المقاول يتعهد بتقديم المادة والعمل وعقد إجارة على العمل إذا كان المقاول يتعهد بالقيام بالعمل فقط.[899] فعقد المقاولة في القانون البحريني وأغلب القوانين العربية لا يخرج عن صورتين وهما: [900]

1. أن يتعهد المقاول بتقديم العمل فقط، ويقدم صاحب العمل المادة المستخدمة أو المستعان بها في القيام بالعمل.
2. أن يتعهد المقاول بتقديم المادة والعمل، فيقدم المقاول المادة المستخدمة في الصناعة ويقوم بتوفير الأدوات اللازمة للصناعة والأيدي العاملة اللازمة لذلك ويتكفل بسداد أجرتهم.

---

[897]– علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، طبعة خاصة، 2003، ص 114.

[898]– قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 129 (14/3) بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره، صادر عن الدورة الرابعة عشر المنعقدة خلال الفترة من 11–16 يناير 2003، منشور على الموقع الرسمي لمجمع الفقه الإسلامي الدولي: http://www.fiqhacademy.org.sa/qrarat/14-3.htm ، تاريخ الاطلاع عليه 2016/2/8.

[899]– تجدر بنا الإشارة هنا إلى إن القانون البحريني لم يعرف عقد المقاولة بالشكل الحالي إلا مع صدور القانون المدني في عام 2001، حيث كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية إلى جانب قانون العقود 1969م الذي كان يتضمن الأحكام العامة للعقود وينص على عقد الوكالة والضمان والكفالة كعقود مستقلة، وقد ألغي هذا القانون بموجب القانون المدني رقم 19 لسنة 2001. وفي التقنين المدني المصري القديم لم يكن عقد المقاولة معروفاً بشكل مستقل وإنما كان مختلطاً بعقد الإيجار وعقد العمل، فكان التقنين القديم يجمع بين العقود الثلاثة تحت اسم الإيجار، ثم يسمي عقد الإيجار بإجارة الأشياء وعقد العمل بإجارة الأشخاص وعقد المقاولة بإجارة أرباب الصنائع، ويرجع ذلك إلى عهد القانون الروماني، إذا عرف هذا القانون عقد الإيجار على وجهين: الأول باعتبار أنه عقد موضوعه الانتفاع بالشيء وسماه عقد إيجار الأشياء، والثاني باعتبار أنع عقد موضوعه الانتفاع بعمل الإنسان الحر وسماع عقد إيجار العمل. انظر في هذا المعنى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الجزء السابع: العقود الواردة على العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة ،2009، ص 6 وما بعدها.

[900]– انظر في هذا المعنى: عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 68 وما بعدها. وكذلك فواز بن خلف اللويحي المطيري، المرجع السابق، ص 94.

الفرع الثاني: الاستصناع في المصارف الإسلامية:

يحتل التمويل عن طريق عقد الاستصناع دوراً رئيسياً في الصناعة المصرفية الإسلامية، حيث أُعتمد الاستصناع كأحد صيغ التمويل الأساسية لها فطورته بما يتلاءم مع العمل المصرفي، فيقدمه المصرف في صورة ائتمان تجاري بتقسيط الثمن على المستصنع ودفع الثمن للصانع في عقد الاستصناع الموازي، خصوصاً وإن التمويل بصيغة الاستصناع يمكن المصرف من تقديم التمويل اللازم أثناء فترة التشييد والبناء على عكس بقية صيغ التمويل الأخرى التي يتعذر على المصرف فيها تقديم التمويل النقدي في هذه المرحلة، فيساهم بذلك الاستصناع في توفير السلع التي يطلبها العميل وفقاً لاحتياجاته ومتطلباته في جميع المجالات سواء أكانت في المجال العقاري كبناء العقارات أو في المجال الحرفي والصناعي بتوفير الآلات والأجهزة المطلوبة.[901]

ويبرم المصرف عقد الاستصناع إما بصفته صانعاً أو مستصنعاً وذلك من خلال صور الاستصناع المعروفة والتي تمر بمراحل مختلفة والتي سنبينها بعد بيان صور الاستصناع على النحو التالي:

أولاً: صور الاستصناع:

الاستصناع نوعان، الأول وهو العادي التقليدي الذي تحدثت عنه كتب الفقه القديمة، والثاني يسمى بالاستصناع المتوازي وهو الأسلوب التمويلي المتبع في البنوك الإسلامية وهو ما سنبينه على النحو التالي:

1) الاستصناع العادي (التقليدي):[902]

وهو الأسلوب الذي تحدثت عنه كتب الفقه قديماً وحديثاً، وذكرنا تعريفه فيما سبق، ومن خلاله يتم التعاقد بين طرفين هما: مُستصنع: فرد أو مؤسسة، وصانع: حرفي أو مقاول أو شركة. وموضوع هذا العقد هو صنع شيء معين بأوصاف وكميات مخصوصة متفق عليها لقاء ثمن محدد معجل أو مؤجل، على أن تكون المواد الأولية من الصانع، فالعلاقة التعاقدية بين طرفي العقد تكون مباشرة وليس بينهما أي وسيط مالي.

---

[901]– انظر في هذا المعنى: عبدالكريم عمر الشيباني، المرجع السابق. وكذلك: الموقع الإلكتروني الرسمي لمصرف الجمهورية قطاع الصيرفة الإسلامية –مصرف ليبي إسلامي–:http://www.islamicbank.ly/ar/mod.php?mod=faq، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/4/23.

[902]– انظرفي هذا المعنى: علي السالوس، الاستصناع،حولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد9، 1991، ص 88 ومابعدها. وكذلك: مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، سلسة محاضرات العلماء البارزين رقم 12، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، منشور على الموقع الإلكتروني: http://k–tb.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/10، ص 11 ومابعده.

وهذا النوع من الاستصناع شائع في حياة الناس لأنه يلبي حاجاتهم ويحقق مصالح كبيرة للأفراد والمؤسسات في شتى المجالات ومنها على سبيل المثال: الحاجات الشخصية، المجال الصناعي باستصناع الآلات وغيره مما تحتاجه المؤسسات والشركات، ومجال البناء والمقاولات وغيرها.

2) الاستصناع المتوازي (التمويلي):

وهو الأسلوب التمويلي الذي طورته المصارف الإسلامية،ويسمى كذلك بالاستصناع التمويلي،[903] فهو عقد مركب من عقدي استصناع، وذلك على النحو التالي:[904]

- العقد الأول يجريه المصرف مع الراغب في السلعة، فيكون المصرف في هذا العقد صانعاً وعادةً ما يكون الثمن مؤجلاً أو أن يكون السداد بنظام التقسيط الشهري.

- العقد الثاني يكون مع المختصين بصناعة ذلك النوع من السلع ليقوموا بإنتاج وصناعة السلعة المطلوبة وفق المواصفات المتفق عليها – في العقد الأول – وفي هذا العقد يكون المصرف الإسلامي مستصنعاً، ويمكن أن يكون الثمن هنا معجلاً، وأقل من الثمن الأول. وإذا تسلم المصرف السلعة ودخلت في حيازته يقوم بتسليمها إلى العميل الذي طلبها، ويتحمل المصرف ضمان العيوب للمستصنع – العميل– والمسئولية تجاهه عن نقص الأوصاف المشروطة في العقد الأول. وليس هناك أي علاقة تعاقدية بين المستصنع –العميل– في العقد الأول والصانع في العقد الثاني، والفرق بين الثمن في العقد الأول والثمن في العقد الثاني يكون ربحاً للمصرف يستحقه بسبب الضمان الذي تعهد به وتحمله في العقد الأول من خلال تملكه للسلعة وتحمله لمخاطرها.

وقد عرف مصرف لبنان الاستصناع الموازي بأنه: "عملية استصناع تتم بموجب عقد استصناع ثان مستقل يقوم المصرف الإسلامي (الصانع) بإبرامه مع صانع آخر (طرف ثالث) بغرض تنفيذ الالتزام في عقد الاستصناع الأول بحيث يكتسب المصرف الإسلامي في العقد الثاني صفة " المستصنع".[905]

---

[903]– أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 21.

[904]– انظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 21 وما بعدها. وكذلك: أسامة محمد الصلابي، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصرفي، بحث منشور على الموقع الالكتروني: http://www.riyadhalelm.com/play-10640.html، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/2/8.

[905]– المادة 5/1، القرار الأساسي رقم 9208 عمليات الاستصناع التي تقوم بها المصارف الإسلامية، منشور على الموقع الرسمي لمصرف لبنان المركزي: http://www.bdl.gov.lb/، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/3/1.

وعرفه بنك البحرين الإسلامي بأنه: "أن يبرم البنك عقد استصناع موزاي بينه وبين الصانع (مقاول-تاجر-الخ) لغرض صناعة سلعة موصوفة بغرض تنفيذ التزام عقد الاستصناع الأول الذي أبرم بين البنك والزبون ويشترط عدم الربط بين العقدين في البنود "[906]

في حين عرفته هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بنصها على :" إن الصيغة التي تسمى في العرف المعاصر (الاستصناع المتوازي) تتم من خلال إبرام عقدين منفصلين: أحدهما مع العميل تكون فيه المؤسسة المالية الإسلامية صانعاً، والآخر مع الصُناع أو المقاولين تكون فيه المؤسسة مستصنعًا، ويتحقق الربح عن طريق اختلاف الثمن في العقدين، والغالب أن يكون أحدهما حالاً (وهو الذي مع الصُناع أو المقاولين) والثاني مؤجلاً (وهو الذي مع العميل)." [907]

وعليه فإن الاستصناع الموازي هو أن يبرم المصرف عقد استصناع بصفته صانعاً مع عميل يريد صنعة معينة، فيجرى العقد على ذلك، ويتعاقد المصرف باعتباره مستصنع مع مؤسسة أخرى لتنفيذ العقد الأول بصناعة الشيء المطلوب وفقاً للمواصفات المحددة من قبل العميل.

إذاً فالغرض من الاستصناع الموازي هو تقديم التمويل اللازم لإنشاء المشروعات أو المصنوعات والتي لا يمكن تمويلها بعقود البيوع الأخرى، فيلجأ المصرف إلى استصناع السلعة المطلوبة من قبل العميل لدى أصحاب الصنعة ومن ثم تسليمها للعميل.

ولقد أجاز الفقهاء المعاصرين الاستصناع الموازي بالصورة السابقة، وذلك لأن شخصية الصانع ليست محل اشتراط دائماً. فيجوز الاتفاق مع غير الصانع و الذي بدوره يتعاقد مع الصانع لتوفير السلعة المطلوبة من قبل المستصنع، و في الاستصناع الموازي يعلم العميل إن المصرف لا يصنع ذلك الشيء بل يستصنعه عند جهة أخرى،[908] فضلاً عن ذلك فإن الفقهاء ذكروا في باب الإجارة ما يفيد جواز تعاقد الصانع مع غيره

---

[906]- حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق، ص 82.

[907]- ملحق (ج) التعريفات، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 319.

[908]- أنظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 21 ومابعدها.وكذلك:عبدالكريم عمر الشيباني، بحث في أحد صيغ التمويل الإسلامي المعاصر: عقد الاستصناع، منشور على الموقع الإلكتروني:http://www.islamicbank.ly/ar/mod.php?mod=faq، تاريخ الإطلاع عليه:2017/4/22. وكذلك: مصطفى محمود محمد عبدالعال عبدالسلام، آلية تطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشئون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، المنعقد في الفترة من 31 مايو – 3 يونيو 2009، منشور على الموقع الإلكتروني: http://iefpedia.com/arab، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/4/22.

من الصناع لتوفير السلعة المطلوبة.[909] وفي ذلك يقول الكاساني:" والدليل عليه أنه صانعاً تقبّل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه، ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك فطاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان".[910] كما إن الاستصناع الموازي عبارة عن صفقتي استصناع لا يوجد ربط بينهما فلا يقضي إلى بيعتين في بيعة المنهي عنه شرعاً.[911]

ثانياً: الخطوات التنفيذية للاستصناع:

تنفذ عقود الاستصناع في المصارف الإسلامية من خلال الخطوات التنفيذية التالية:[912]

1) يتقدم العميل إلى المصرف بطلب لبناء مبنى أو لصنع آلة أوالمستصنع المطلوب من قبله، ويرفق مع طلبه بياناً كاملاً عن الشيء الذي يريد إنشائه ومواصفاته، ففي حالة البناء مثلاً يرفق صورا عن الملكية، ومخطط ومساحة الأرض وموقعها، ومخطط مبدئي للبناء، وتقرير مختصر من المهندس الذي صمم البناء بحيث يتضمن هذا التقرير تكلفة البناء.

2) يقوم المصرف بدراسة طلب العميل و جدوى المشروع وضمانات تنفيذه. وفي حال موافقته على الطلب فإنه يتم توقيع عقد استصناع مع العميل تحدد فيه حقوق والتزامات كلا الطرفين (المصرف والعميل)، كما يتم بموجبه تحديد الثمن وميعاد التسليم طبقاً للمواصفات المطلوبة ومدة السداد وقيمة القسط وقيمة الدفعة المقدمة في حال وجودها.

3) يقوم المصرف بتوقيع عقد استصناع متوازي مع الصانع أو المقاول المتخصص في البناء لاستصناع السلعة المطلوبة من قبل العميل وفقاً للمواصفات المحددة سلفاً، ويكون طرفا هذا العقد هما المصرف والصانع فقط، ومن الممكن أن يرشح العميل أحد الصناع أو المقاولين لتنفيذ العقد.

4) يستلم المصرف السلعة المصنوعة من قبل الصانع ويسلمها بدوره إلى العميل المستصنع.

---

[909]– أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 22.

[910]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، الجزء السادس، ص87.

[911]– ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 316 ومابعدها.

[912]– انظر في هذا المعنى: حمد فاروق الشيخ، المرجع السابق،ص 82 ومابعدها. وكذلك: عبدالكريم عمر الشيباني، المرجع السابق، وكذلك: عز الدين خوجة،أدوات التمويل الإسلامي،المرجع السابق،ص 55.وكذلك: الموقع الإلكتروني لمصرف الجمهورية السابق الإشارة إليه.

ثالثاً: مجالات تطبيق الاستصناع:

إن نطاق تطبيق الاستصناع واسع جداً، ويمكن توظيفه في كل السلع التي يدخلها التصنيع في أي مرحلة من مراحل إنتاجها. فهو يشمل جميع الصناعات التي يمكن ضبط أوصافها، سواء كانت الصناعات الخفيفة كالألبسة والمواد الغذائية أو الصناعات الثقيلة كالآلات والسفن والقاطرات والبناء والتشييد، وغير ذلك من المجالات إذا توافرت فيها شروط الاستصناع.[913]

وقد تم تطبيقه فعلاً في مختلف الصناعات منها على سبيل المثال: الصناعات الدوائية والصيدلانية إذ تم تطوير مؤسسة "جمجموم فارما السعودية" بتمويل من المؤسسة الإسلامية لتنمية القطاع الخاص التابعة لمجموعة البنك الإسلامي للتنمية عن طريق صيغتي المرابحة والاستصناع،[914] وفي مجال الصناعات البترولية والغازية فإن أفضل مثال هو مشروع دولفين للغاز الذي تقيمه شركة دولفين للطاقة المحدودة والذي يهدف إلى تطوير احتياطات ضخمة من الغاز الطبيعي في حقل الشمال القطري ومعالجتها في "راس لفان" على الأراضي القطرية، ومن ثم نقل الغاز الجاف أو الخالي من الشوائب إلى دولة الإمارات العربية المتحدة، عبر خط من الأنابيب تبلغ سعته القصوى 3.2 مليار قدم مكعب يومياً. ويعتبر هذا المشروع أضخم تمويل إسلامي ضمن صناعة النفط والغاز على مستوى العالم حيث بلغت قيمته مليار دولار أمريكي، وقد ساهم في تمويله 14 مصرف عالمي بصيغة الاستصناع من بينها بنك دبي الإسلامي.[915]

- الاستصناع في المجال العقاري:

يعد القطاع العقاري أحد أهم القطاعات الاقتصادية، لما له من دور كبير في التنمية الاقتصادية من خلال:

1) توفير الحاجات الإنسانية الأساسية: كمرافق السكن والتعليم والصحة.
2) إقامة مشروعات البنية الأساسية لكافة الأنشطة الإنتاجية.

---

[913]- انظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 112 ومابعدها. وكذلك: أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 58 ومابعدها. وكذلك: أسامة محمد الصلابي، المرجع السابق. وكذلك: عبدالكريم الشيباني، المرجع السابق، ص 12. وكذلك: مصطفى محمود محمد عبدالعال عبدالسلام، المرجع السابق، ص 16 ومابعدها. وكذلك: الموقع الإلكتروني لمصرف الجمهورية السابق الإشارة إليه.

[914]- أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 113.

[915]- أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 116.

3)توفير أسواق رائجة لتصريف منتجات المصانع والورش المرتبطة بصناعة البناء كالإسمنت والحديد وغيرها من المواد.

4)توفير فرص عمل لأعداد كبيرة من الأيدي العاملة.

وهو ما جعل من القطاع العقاري أحد القطاعات الأساسية التي توجهت لها استثمارات المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية مستخدمةً صيغاً متنوعة أبرزها صيغة الاستصناع.

ويلعب الاستصناع دوراً مهما في التمويل العقاري، فمن الممكن توظيف عقد الاستصناع فيه بصور مختلفة منها تمويل بناء العقارات وتشييدها عن طريق الاستصناع، وبيع العقارات على الخريطة، وكذلك من خلال تصنيع المباني الجاهزة وبيعها، وكذلك من خلال إقامة المباني على الأراضي المملوكة للمستصنع وكذلك من خلال عقود الامتياز وعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T).[916]

وتلجأ حكومات الدول عادةً إلى التعاقد عن طريقه لتمويل المشاريع التحتية ولتمويل المشاريع السياحية الضخمة التي تلعب دوراً اقتصادياً وتنموياً مهماً، فعلى سبيل المثال: فقد تعاقدت مملكة البحرين مع البنك الإسلامي للتنمية لتمويل المشاريع التالية:[917]

---

[916]– أنظر في هذا المعنى: أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 60 ومابعدها. وكذلك المادة 8/1/3 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، التي تنص على: " يجوز الاستصناع في المباني لإقامتها على أرض معينة مملوكة للمستصنع أو للصانع، أو على الأرض التي ملك أحدهما منفعتها، وذلك على اعتبار أن المستصنع فيه هو المباني الموصوفة وليس المكان المعين". وسيقتصر مجال البحث على عقد الاستصناع باعتباره الصيغة الأساسية وعلى عقد البيع بالخريطة باعتباره صيغة مستحدثة دون التطرق لأحكام عقد (B.O.T) على إعتبار إنه عقد امتياز إداري، للمزيد حول هذا العقد انظر في هذا المعنى: وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.

[917]– أبرمت مملكة البحرين اتفاقيات استصناع مع البنك الإسلامي للتنمية لتمويل العديد من المشاريع منها على سبيل المثال:

1. اتفاقية تمويل مشروع تحسين وتطوير شبكة نقل المياه، الصادرة بموجب القانون رقم 30 لسنة 2014 بالتصديق على اتفاقيات استصناع و وكالة الاستصناع وضمان استصناع وبيع لأجل لتمويل مشروع تحسين وتطوير شبكة نقل المياه بين حكومة مملكة البحرين والبنك الإسلامي للتنمية، ملحق الجريدة الرسمية العدد3168، 2014/8/17، الصفحات من 88 إلى 168.
2. اتفاقية تمويل مشروع إنشاء ميناء خليفة بن سلمان، الصادرة بموجب القانون رقم 2 لسنة 2006 بالتصديق على اتفاقية استصناع بخصوص تشييد ميناء خليفة بن سلمان بين حكومة مملكة البحرين والبنك الإسلامي للتنمية، الجريدة الرسمية العدد2731، 2006/3/22، الصفحات من 7 إلى 28.
3. اتفاقية تمويل مشروع إنشاء معبر سترة البحري، الصادرة بموجب القانون رقم 49 لسنة 2009 بالتصديق على اتفاقيتي الاستصناع والوكالة بين حكومة مملكة البحرين والبنك الإسلامي للتنمية لتنفيذ مشروع معبر سترة البحري، الجريدة الرسمية العدد2902، 2009/8/20، الصفحات من 7 إلى 37.

1) الحفاظ على تراث اللؤلؤ وإحياء الاقتصاد الحضري بمدينة المحرق، بموجب عقدي استصناع ووكالة مبرمين بتاريخ 2014/8/12م، حيث ينطوي المشروع المقترح على القيام بترميم وإعادة تأهيل 15 مبنى تاريخي – وهي مباني مدرجة في قائمة التراث العالمي لمنظمة اليونسكو حسبما وصفته الاتفاقية – و يتضمن المشروع كذلك ترميم وإعادة تأهيل 12 مبنى آخر لها قيمة تاريخية وكذلك إنشاء 19 ساحة عامة مفتوحة و 4 مواقف لسيارات الزوار و تحسين واجهات 750 منزل تقريباً، وإنشاء مركز للزوار وجسر للمشاة. وهو مشروع ضخم من شأنه الإسهام في الاقتصاد المحلي من خلال توفير فرص عمل، ومن خلال تنمية القطاع السياحي في البحرين. على أن يتم تنفيذ هذه المنشآت بمبلغ وقدره 48,000,000 مليون دولار أمريكي (ثمانية وأربعون مليون دولار أمريكي) ومن ثم يقوم البنك ببيعها إلى مملكة البحرين، وقد حدد العقد ثمن البيع مبدئياً بمبلغ وقدره 69,425,000 دولار أمريكي وأشار إلى أن المبلغ النهائي سيحدد بعد انتهاء فترة الإعداد المتفق عليها. وبموجب عقد الوكالة خول البنك الإسلامي للتنمية حكومة البحرين باختيار المقاول المنفذ لهذا المشروع والتعاقد معه.[918]

2) تطوير شبكة نقل المياه، حيث أبرمت مملكة البحرين اتفاقيات استصناع ووكالة وضمان مع البنك الإسلامي للتنمية بتاريخ 2011/10/22م، ويهدف هذا المشروع إلى تحسين وتطوير شبكة نقل المياه بالبحرين وذلك عن طريق إنشاء وتنفيذ المشروع والذي يشمل توريد وتركيب محطة مضخات العرين ومحطة مضخات الدور، وتوريد وتركيب خزانات مياه بالعرين والحد، ومد خطوط انابيب نقل المياه باقطار وأطوال مختلفة، بالإضافة إلى الخدمات الاستشارية وتدريب الموظفين والتدقيق المالي للمشروع، على أن تكون تكلفة تنفيذ المشروع من قبل البنك مبلغ وقدره 191,000,000 دولار أمريكي (مائة و واحد وتسعون مليون دولار أمريكي) وثمن البيع المبدئي مبلغ وقدره 287,493,613 دولار أمريكي (مائتان وسبعة وثمانون مليوناً وأربعمائة وثلاثة وتسعون ألفاً وستمائة وثلاثة عشر دولاراً أمريكياً). وقد أشار العقد إلى أن المبلغ النهائي سيحدد بعد إنتهاء فترة الإعداد المتفق عليها. وقد وقعت عقود الاستصناع والوكالة من قبل هيئة الكهرباء والماء نيابةً عن مملكة البحرين، وبموجب عقد الوكالة خول البنك هيئة التنظيم في التعاقد مع الموردين والمقاولين نيابة

[918] – قانون رقم 16 لسنة 2015 بالتصديق على اتفاقيتي الاستصناع والوكالة بين حكومة مملكة البحرين و البنك الإسلامي للتنمية بشأن الحفاظ على تراث اللؤلؤ وإحياء الاقتصاد الحضري بمدينة المحرق ، الجريد الرسمية رقم 3221 ، 2015/8/6، الصفحات من 5 إلى 36.

عنه، وقد ضمنت وزارة المالية تنفيذ هيئة الكهرباء والماء لإلتزاماتها الواردة بعقدي الاستصناع والوكالة بموجب عقد الضمان الموقع من قبلها.[919]

كما إن التمويل بالاستصناع لم يكن حكراً على الحكومات بل لجأت له الشركات والمؤسسات كما لجأ له الافراد كذلك، فبعض المصارف الإسلامية العاملة في البحرين تطرح صيغة التمويل بالاستصناع للأفراد كمصرف السلام و بنك البركة، وبعضها يطرح هذه الصيغة للشركات كبيت التمويل الكويت ومصرف السلام و بنك البركة.[920]

أما على صعيد دول الخليج العربي، فإن من أهم المشاريع التي تم تنفيذها عن طريق الاستصناع، هو العقد الذي وقعته وزارة التربية والتعليم بالمملكة العربية السعودية في عام 1993م مع شركة الراجحي للاستثمار (مصرف الراجحي حالياً) لبناء 400 مدرسة في مختلف أنحاء المملكة، من خلال عقد استصناع بقيمة 5.54 مليار ريال سعودي، وقد اتفقا على تقسيط هذا الثمن على 40 قسطاً متساوياً، ولتنفيذ هذا العقد أبرمت شركة الراجحي 56 عقد مقاولة من الباطن (استصناع موازي) لإنجاز المشروع.[921]

وعليه فإن عقد الاستصناع يعتبر أبرز عقود التمويل العقاري الإسلامي، بل هو أهمها وأكثرها ملائمةً لعمليات تمويل البناء وعمليات الترميم، الأمر الذي يستحسن معه على المصارف الإسلامية التي لم تتعامل به حتى الآن أو التي قصرته على الشركات والمؤسسات أن تبدأ باعتماده كأداة تمويل عقارية وأن تُتيحها للأفراد، كما يجدر بالمصارف الإسلامية أن تطبق الاستصناع بالشكل الصحيح والسليم شرعاً وقانوناً لا أن تلتف على أحكامه ليكون قرضاً ربوياً وذلك بإتباع الشروط والأحكام التالي بيانها في المطلب الثاني.

---

[919]– قانون رقم 57 لسنة 2012 بالتصديق على اتفاقيات الاستصناع والوكالة والضمان لتمويل مشروع تطوير شبكة نقل المياه بين حكومة مملكة البحرين والبنك الإسلامي للتنمية، ملحق الجريدة الرسمية العدد3086، 2013/1/10، الصفحات 13 إلى 48. والاستدراك المنشور بالجريدة الرسمية العدد3088، 2013/1/24، الصفحات 89 –94.

[920]– انظر: المواقع الالكترونية للمصارف – والتي تم الإطلاع عليها بتاريخ :2016/3/5:

1. بنك البركة : http://www.albaraka.bh/ar/default.asp?action=article&id=69.
2. مصرف السلام: http://www.alsalambahrain.com/_Banking_Services/_Retail_Banking
3. بيت التمويل الكويتي : https://www.kfh.bh/ar/corporate-banking/corporate-finance-product.html.

[921]– أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 120.

وعليه نخلص إلى إن عقد الاستصناع يتميز بعدة مميزات، تجعله أهم صيغ التمويل الإسلامي العقاري منها على سبيل المثال:[922]

1. إن التمويل بالاستصناع يعالج مشكلة تقديم السيولة النقدية للعميل خلال فترة البناء والتشييد التي قد تواجهه في صيغ التمويل الأخرى، فأساس الاستصناع هو تقديم الصانع للمواد وتوفيره للأيدي العاملة التي تقوم بالصنع والبناء.

2. اتساع نطاق التمويل بالاستصناع ليشمل قطاعات ومجالات واسعة، وهذا ما يجعل من الاستصناع أداة تمويل يمكن أن تلبي حاجات المتعاملين على المستوى الشخصي وعلى المستوى التجاري.

3. الإمكانيات التمويلية الواسعة التي يتيحها الاستصناع، ومرونته الكبيرة مقارنة بالصيغ الأخرى المشابهة له.

4. إن التمويل بالاستصناع يحقق أهداف التمويل الإسلامي ويؤدي دوره الاجتماعي في تنمية المجتمع وتطويراقتصاده بتحقيق الاكتفاء الذاتي عن طريق إنشاء المشاريع التي تحقق هذه الأهداف، كالمدارس التعليمية والمساكن والمصانع وغيرها.

5. إن التمويل بالاستصناع يتيح للعميل بعد استفادته من هذا التمويل أن يكون مستقلاً في إدارة مشروعه، وهذا الأمر يفضله المستثمرون عادة إذا لا يفضلون مشاركة الغير لهم في تسيير مشاريعهم، كما يفضله المصرف الإسلامي كذلك حيث إن العائد عليه من الاستصناع محدد وغير مرتبط بنجاح مشروع العميل ومخاطر الربح والخسارة.

---

[922]– انظر في هذا المعنى أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 83 ومابعدها. وكذلك : مدني أحمد، نحو تطبيق عملي مقترح لتمويل المشاريع الصغيرة والمتوسطة بالاستصناع في الجزائر، بحث مقدم للملتقى العلمي الأول بكلية العلوم الاقتصادية والتسيير بعنوان : بحث في سبل تطوير البدائل التمويلية للمشاريع الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، منشور على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com/arab، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/4/22.

المطلب الثاني
التنظيم القانوني لعقد الاستصناع

بما إن عقد الاستصناع يكيف بأنه عقد مقاولة قانوناً، فسوف نبحث التنظيم القانوني لهذا العقد وذلك في ضوء أحكام القانون المدني البحريني الذي نظم عقد المقاولة وفي ضوء المعيار الشرعي رقم 11 "الاستصناع والاستصناع الموازي" باعتباره واجب التطبيق والاتباع من قبل المصارف الإسلامية وفقاً لتعليمات مصرف البحرين المركزي.

يشترط لصحة عقد الاستصناع، تحقق وتوافر الشروط العامة المفترض وجودها في كافة العقود إلى جانب الشروط الخاصة بعقد الاستصناع وهي:[923]

1) أن يكون محل العقد – المصنوع– مما تدخل فيه الصنعة،[924] وأن يكون معلوماً وذلك ببيان جنس المستَصْنَع، ونوعه، وقدره، وصفته و أوصافه المطلوبة، وتحديد المواد الخام الداخلة في الصنع، وطريقة التصنيع.[925] وفي ذلك يقول الكاساني: "وأما شرائط جوازه فمنها: بيان جنس المصنوع ونوعه وقدره وصفته لأنه لا يصير معلوماً بدونه".[926]

كان يشترط سابقاً أن يكون المصنوع مما يجري فيه تعامل الناس،[927] فلا يجوز الاستصناع لدى الفقهاء القدامى فيما لم يجر العرف باستصناعه وهو ما استبعده الفقهاء المعاصرين. فهذا الشرط لا يمنع الاستصناع فيما تستجد حاجة الناس له فيما لم يتعارف سابقاً على استصناعه، فالغرض من

---

[923]– انظر في هذا المعنى: محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا، الاستصناع والمشروع الصناعي، بحث شرعي وقانوني مقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2001، الصفحات من 64 إلى 74.

[924]– تنص المادة 1/1/3 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي على: " لا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة وتخرجه عن حالته الطبيعية. فما دام الصانع التزم بالعين المصنوعة صح الاستصناع".

[925]– انظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 65(3/7)1 بشأن عقد الاستصناع. وكذلك: المادة 1/2/2، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، المرجع السابق، ص298. وكذلك: المادة الثالثة، القرار الأساسي رقم 9208 عمليات الاستصناع التي تقوم بها المصارف الإسلامية. وكذلك:

CBB Rulebook, Volume 2, Part A, Business standards, CA Capital Adequacy, Part 2 Credit Risk, CA-3.4 Iststina'a and Parallel Istisna'a ,Principles of Istisna'a CA-3.4.3B, which stated: "The subject matter on which transaction of Istisna'a is based is always an item which needs to be manufactured or constructed, such as a ship, an aircraft or a building, and it cannot be an existing and designated asset. Istisna'a may also be used for similar projects such as installation of an air-conditioner plant in the customer's factory, or building a bridge or a highway."

[926]– علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، المرجع السابق، الجزء الخامس، ص3.

[927]– انظر في هذا المعنى: أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 32. وكذلك: محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا، المرجع السابق، ص67 .

الاستصناع هو سد حاجة الإنسان وبالتالي يجوز الاستصناع فيما لا يجر العرف باستصناعه طالما كان المصنوع مما يجوز التعامل فيه شرعاً.[928] وفي ذلك يقول الزرقا: " أصبح هناك بطريق التدرج حاجة عامة، جعلت الناس يتعارفون الاستصناع في كل المصنوعات مهما اختلفت أنواعها، فأصبح شرط العرف متوافراً بوجه عام...."[929].

2) أن يكون ثمن المصنوع محدداً،[930] فلا يجوز إجراء المرابحة في الاستصناع بأن يحدد الثمن بالتكلفة وزيادة معلومة،[931] فيكون الاتفاق على الثمن بشكل محدد قبل بدء نفاذ العقد.[932] كما يجب أن يتم تحديد طريقة السداد والمصاريف والتكاليف والرسوم الواجبة الدفع من قبل "المستصنع" بشكل واضح ومحدد، ويجوز أن يكون الثمن نقوداً أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة سواء أكانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه.[933]

---

[928]– تنص المادة 2/1/3 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي على: " يجوز التعاقد على صنع أشياء تصنع بأوصاف خاصة يريدها المستصنع ولو لم يكن لها مثيل في السوق، بشرط أن تكون مما ينضبط بالوصف. ويجوز أن يكون محل الاستصناع من الأشياء التي يكثر أمثالها في السوق ويحل بعض وحداتها محل بعض في أداء الالتزام بسبب صنعها بمواصفات موحدة، ويستوي في ذلك أن يكون المصنوع للاستهلاك أو للاستعمال مع بقاء عينه". كما تنص المادة 3/1/3 من المعيار على: " لا يجوز أن يكون محل الاستصناع شيئاً معيناً بذاته، كما لو قال بعتك هذه السيارة، أو هذا المصنع، وإنما يكون الاستصناع فيما حدد بالمواصفات لا بالتعيين."

[929]– مصطفى أحمد الزرقا،المرجع السابق، ص 36.

[930]– انظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 65(3/7)1 بشأن عقد الاستصناع. وكذلك: المادة 1/2/2، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، المرجع السابق، ص298. وكذلك: المادة الثالثة، القرار الأساسي رقم 9208 عمليات الاستصناع التي تقوم بها المصارف الإسلامية. وكذلك:

CBB Rulebook, Volume 2, Part A, Business standards, CA Capital Adequacy, Part 2 Credit Risk, CA-3.4 Iststina'a and Parallel Istisna'a ,Principles of Istisna'a CA-3.4.3A, which stated:

"In an Istisna'a contract, price and other necessary specifications must also be fixed and fully settled between the buyer and manufacturer/builder. The payments by the buyer in Istisna'a may be made in advance, during the period of construction reflecting stages of completion, or deferred to a specified future date. The contract of Istisna'a is a binding contract that cannot be cancelled unilaterally by either party once the manufacturing work starts. If the subject matter does not conform to the specification agreed upon, the buyer has the option to accept or to refuse the subject matter."

[931]– المادة 5/2/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، ص 301.

[932]– المادة 2/2/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، ص 300.

[933]– المادة 1/2/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي،ص 300.

3) تحديد تاريخ التسليم أو المدة اللازمة لتسليم الشيء المصنوع،[934] وذلك للحفاظ على مصلحة طرفي العقد بحيث يتم تقديم المصنوع في وقت ملائم للطرفين حتى يحقق المصنوع الغرض منه،[935] ولقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط فقد اشترط أبو حنيفة ألا يضرب أجل للاستصناع فإن وجد ذلك صار سلماً يجب أن تطبق فيه شروط السلم، وذهب بعض الفقهاء إلى أن ضرب الأجل أو عدمه في الاستصناع سواء شرط أن يكون مما يجري فيه التعامل. وقد استدلوا على أن العادة جارية بضرب الأجل في الاستصناع، والاستصناع إنما جاز للتعامل فلا يتحول إلى السلم بوجود الأجل.[936] وقد حسم قرار مجمع الفقه الإسلامي الأمر فاشترط تحديد أجل للاستصناع.[937]

4) يشترط لصحة عقد الاستصناع أن تكون إجراءاته وعقوده خالية من شبهة الربا، مثل اتفاق المصرف على الشراء من الصانع مصنوعات أو معدات بثمن حال وبيعها إليه بثمن مؤجل أزيد، أو أن يكون طالب الاستصناع هو نفسه الصانع، أو أن يكون الصانع جهة مملوكة للمستصنع بنسبة الثلث فأكثر، وذلك لتجنب بيوع العينة.[938] كما لا يجوز أن يقتصر دور المصرف على تمويل عقد استصناع أُبرم بين العميل المستصنع وجهة أخرى، خصوصاً في حالة عجز العميل عن سداد مستحقات تلك الجهة سواء أكان ذلك قبل الشروع في التعاقد أم بعده.[939]

---

[934]- انظر في هذا المعنى: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 65(3/7)1 بشأن عقد الاستصناع. وكذلك: المادة 1/2/2، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، ص298. وكذلك: المادة الثالثة، القرار الأساسي رقم 9208 عمليات الاستصناع التي تقوم بها المصارف الإسلامية. وكذلك:

CBB Rulebook, Volume 2, Part A, Business standards, CA Capital Adequacy, Part 2 Credit Risk, CA-3.4 Iststina'a and Parallel Istisna'a ,Principles of Istisna'a CA-3.4.3C.

[935]- أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص33.

[936]- أنظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، المرجع السابق، ص17. وكذلك:أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص33. وكذلك: علي محيي الدين القرة داغي، عقدالاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز،المرجع السابق، ص386. وكذلك: محمد أحمد عبالرحمن الزرقا، المرجع السابق، ص 68 ومابعدها. وكذلك: كاسب عبد الكريم البدران، المرجع السابق، 175.

[937]- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 65(3/7)1 بشأن عقد الاستصناع.

[938]- أنظر في هذا المعنى:المادة 4/2/2، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، ص 298.وكذلك: ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، ص 313.

[939]- أنظر في هذا المعنى:المادة 3/1/2، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، ص 297. وكذلك: ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع المتوازي، ص 312.

ويشترط لصحة عقد الاستصناع الموازي إلى جانب الشروط المذكورة أعلاه، الشروط التالية:[940]

1. أن يكون عقد المصرف مع المستصنع- العميل – منفصلاً عن عقده مع الصانع وألا يتم الربط بينهما، فلا يجوز التحلل من التسليم في أحدهما إذا لم يقم التسليم في الآخر، وكذلك التأخير أو الزيادة في التكاليف.[941]
2. أن يتحمل المصرف نتيجة إبرامه عقد الاستصناع بصفته صانعاً تبعات المالك ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى المستصنع- العميل-، ولا يحق له أن يحولها إلى العميل الآخر في الاستصناع الموازي.[942]

ويترتب على عقد الاستصناع التزامات متقابلة بين طرفيه الصانع والمستصنع، سوف نبحثها خلال هذا المطلب وذلك ببحث التزامات الصانع أولاً ومن ثم التزامات المستصنع ثانياً وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التزامات الصانع – المصرف:

يكون الصانع في عقد الاستصناع ملزماً بعدة التزامات، أهمها القيام بإنجاز العمل طبقاً لما تم الاتفاق عليه في العقد من شروط ومواصفات وخلال المدة المتفق عليها، وتسليم المصنوع خلال الميعاد المتفق عليه، كما يلتزم بضمان سلامة المصنوع وخلوه من العيوب، وسوف نبحث هذه الالتزامات على النحو التالي:

الالتزام الأول: الالتزام بانجاز العمل:

إن الالتزام الرئيسي الذي يقع على عاتق الصانع أو المقاول في عقد الاستصناع هو تنفيذ التزامه بإنجاز العمل، فيجب عليه أن ينجزه بالطريقة الواجبة المتفق عليها، وأن يبذل في إنجازه العناية اللازمة، وأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها أو المدة المناسبة التي تقتضيها طبيعة العمل وفقاً للأصول المتعارف عليها لدى أهل الخبرة،[943] وعليه فإنه يتفرع عن الالتزام بإنجاز العمل عدة التزامات وهي:

---

[940]- انظر في هذا المعنى: المادة 7، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص307. وكذلك: سعد عبدالله عبدالعزيز السبر، المرجع السابق. وكذلك: عبالكريم الشيباني، المرجع السابق، ص 17. وكذلك:محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 241.

[941]- المادة 4/7، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 307.

[942]- المادة 3/7، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص. 307

[943]- المادة 6/1/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 300.

- إنجاز العمل وفقاً للمواصفات المشروطة في العقد:

على الصانع إنجاز العمل وفقاً للمواصفات المشروطة في العقد، وفي المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التي تقتضيها طبيعة العمل وفقاً للأصول المتعارف عليها لدى أهل الخبرة والحرفة،[944] فإذا كان المطلوب من الصانع تحقيق نتيجة معينة كإقامة بناء أو استصناع آلة معينة فإن ذمة الصانع لا تبرأ إلا بتحقيق هذه النتيجة،[945] كما يلتزم الصانع بأن يأتي على نفقته بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من أدوات ومواد وأيدي عاملة ما لم يقتضي الاتفاق أو العرف غير ذلك،[946] فالأصل في الاستصناع أن يقدم الصانع مواد العمل وهو ما يستتبع التزامه بأن تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات المتفق عليها، فإذا لم تبين هذه المواصفات في العقد، وجب أن تكون هذه المواد وافية بالغرض المقصود،[947] ويضمن الصانع ما في هذه المواد من عيوب خفية يتعذر كشفها عند تسليم العمل،[948] ولا يختص المستصنع بالمواد الموجودة لدى الصانع لإنجاز العمل إلا إذا تعهد الصانع باستخدامها في إنجاز عمل المستصنع وعدم التصرف بها لغير ذلك.[949]

أما إذا كانت المواد مسلمة إلى الصانع من المستصنع فإن يده - الصانع - تكون يد أمانة عليها،[950] فهو ملزم ببذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة عليها، وأن يراعي الأصول الفنية في استخدامها، فإذا صارت المواد أو بعضها غير صالحة للاستعمال بسبب إهمال الصانع أو قصور كفايته الفنية، التزم برد قيمتها إلى المستصنع مع التعويض إن كان له مقتض.[951] وتعتبر مواد العمل مقدمة من المستصنع إذا أدى

---

[944]- أنظر في هذا المعنى: المادة 6/1/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 300. وكذلك: المادة 589/أ، القانون المدني البحريني.

[945]- أنظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 23. وكذلك: أنور طلبة، المرجع السابق، ص 246. وكذلك: عبدالزراق السنهوري، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 69. وكذلك: محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار المنشأة للمعارف، الأسكندرية، الطبعة الثانية، 2004، ص111.

[946]- المادة 589/ب، القانون المدني البحريني.

[947]- المادة 586/أ، القانون المدني البحريني.

[948]- المادة 586/ب، القانون المدني البحريني. وقد استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على إنه: "تقديم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها وكان للمادة قيمة محسوسة. أثره. العقد يكون مزيجاً من بيع ومقاولة. مؤدى ذلك. سريان أحكام البيع على المادة وتسري أحكام المقاولة على العمل. مقتضى ذلك . مسئولية المقاول عن جودة المادة وضمانها باعتباره بائعاً لها. المادتان 585، 586 مدني" الطعن رقم 478 لسنة 2008 الصادر في 2009/7/6، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز، السنة العشرون من يناير إلى ديسمبر 2009، الجزء الأول، ص 700 ومابعدها.

[949]- المادة 3/1/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 299.

[950]- أنظر في هذا المعنى: أنور طلبة، المرجع السابق، ص 245. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 124 ومابعدها.

[951]- المادة 587، القانون المدني البحريني.

للصانع قيمتها أو عجل له مبلغاً تحت الحساب يشمل قيمة هذه المواد.[952] أما إذا هلكت هذه المواد أو الشيء المستصنع أو تلف قبل تسليمه للمستصنع بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة، فإن حق المستصنع في المطالبة بقيمتها يكون في حالة واحدة فقط وهي إخلال الصانع بالتزامه بتسليم العمل وقت الهلاك أو التلف، ولم يثبت الصانع إن الشيء كان ليتلف لو إنه قام بالتسليم من غير إخلال بالتزامه.[953]

وبما أن عقد الاستصناع عقد مالي،لا يقوم بحسب الأصل على الاعتداد بشخص طرفيه.[954] لذلك يجوز للمستصنع حوالة عقد الاستصناع لشخص آخر يحل محله ويتم العمل لحسابه، كما يجوز للصانع أن يتعاقد مع غيره من الصناع لإنجاز العمل، إلا إنه إذا اشترط المستصنع في عقد الاستصناع أن يتم الصنع عن طريق الصانع نفسه فإنه يتوجب على الصانع التقيد بذلك، فلا يحق له أن يعهد بإنجاز العمل إلى غيره.[955]وعليه فإنه يجوز للصانع تسليم ما صنعه هو قبل إبرام عقد الاستصناع أو ما صنعه غيره، إذا لم يشترط عليه المستنصنع الصنع بنفسه.[956]

-الالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها:

يلتزم الصانع كذلك بأن ينجز العمل في المدة المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة، فالواجب أن ينجزه في المدة المعقولة التي تسمح بإنجازه نظراً لطبيعته وحسب عرف الحرفة، والالتزام بإنجاز العمل في المدة المتفق عليها أو في المدة المعقولة التزام بتحقيق نتيجة، وليس التزاما ببذل عناية، فلا يعفى الصانع من المسئولية عن التأخير إذا بذل عناية الشخص المعتاد في إنجاز العمل في الميعاد ولكنه لم يتمكن من ذلك، بل يتوجب عليه أن يثبت السبب الأجنبي الذي حال دون إنجازه العمل في الوقت المتفق عليه حتى تنتفي مسئوليته، فإذا أثبت حدوث القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أو فعل الغير، انتفت علاقة السببية ولم تتحقق مسئوليته، ويجب ألا تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مسبوقاً بخطأ منه وإلا كان

---

[952]- المادة 593/ب، القانون المدني البحريني.

[953]- تنص المادة 593/أ من القانون المدني البحريني على: " إذا كانت المواد مقدمة من صاحب العمل، وهلك الشيء أو تلف قبل تسليمه له بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة، فلا يكون له أن يطالب المقاول بقيمتها ما لم يكن المقاول وقت الهلاك أو التلف مخلاً بإلتزامه بتسليم العمل، ولم يثبت أن الشيء كان ليتلف لو أنه قام بالتسليم من غير إخلال بإلتزامه". انظر كذلك: الطعن رقم 478 لسنة 2008، المرجع السابق.

[954]- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 112.

[955]- المادة 4/1/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 299.

[956]- المادة 5/1/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 299.

مسئولاً بقدر هذا الخطأ،[957] كذلك تنتفي مسئولية الصانع عن التأخر في إنجاز العمل، إذا كان هذا التأخير راجعاً لخطأ المستصنع، كما لو تأخر المستصنع عن دفع أقساط الثمن المستحقة للصانع في مواعيدها حتى يتمكن من إنجاز العمل.[958]

والأصل إن الصانع مستقل في إنجاز العمل المطلوب منه، فلا يجوز للمستصنع التدخل في إنجاز العمل وتنفيذه إلا إنه يحق له الإشراف ومتابعة أعمال الصانع للتأكد من سلامة الأعمال ومطابقتها للمواصفات المشروطة.[959] ويجوز لطرفي العقد الاتفاق على اختيار مكتب فني يتولى متابعة الإشراف للتحقق من التقيد بالمواصفات المشروطة والموافقة على تسليم الدفعات وتسلم العمل وفقاً لذلك.[960] وفي حالة الاستصناع الموازي أو المصرفي يجوز للمصرف بصفته صانعاً أن يوكل العميل – المستصنع– بعقد توكيل مستقل عن عقد الاستصناع للإشراف على إنجاز المصنوع طبقاً للمواصفات المتعاقد عليها،[961] فإذا تبين للمستصنع مخالفة الصانع للشروط المتفق عليها فإنه يتوجب على المستصنع أن ينذر الصانع بكتاب مسجل بعلم الوصول بدون مظروف بأن يصحح طريقة التنفيذ خلال أجل معقول يحدده له، فإذا انقضى الأجل دون أن يرجع الصانع إلى طريقة التنفيذ الصحيحة أو المتفق عليها، جاز للمستصنع أن يطلب فسخ العقد أو الإذن له بأن يعهد العمل إلى صانع آخر لإنجاز العمل على نفقة الصانع الأول، إذا كانت طبيعة العمل تسمح بذلك.[962]

- جزاء الإخلال بالالتزام بإنجاز العمل:

إذا أخل الصانع بالتزامه بإنجاز العمل فخالف مثلاً الشروط والمواصفات المتفق عليها أو انحرف عن أصول المهنة، فنزل عن عناية الشخص المعتاد في تنفيذ التزامه، أو تأخر في إنجاز العمل دون أن يثبت السبب الأجنبي، فإن مسئوليته تتحقق ويكون للمستصنع أو صاحب العمل في هذه الحالة تطبيقاً للقواعد العامة إما أن يطلب التنفيذ العيني أو أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له مقتضى في كلا

---

[957]– أنظر في هذا المعنى:أنور طلبة،المرجع السابق،ص 246.وكذلك:عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، الجزء السابع: العقود الواردة على العمل ،المرجع السابق، ص 76 ومابعدها.وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 114 ومابعدها.

[958]– عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 77.

[959]– محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 117.

[960]– المادة 1/5، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 304.

[961]– المادة 2/5، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 304.

[962]– المادة 590/أ، القانون المدني البحريني.

الحالتين،[963] فيحق للمستصنع طلب التنفيذ العيني؛ بشرط أن يكون ذلك ما يزال ممكناً. فإذا كان العمل المطلوب إنجازه عملاً روعيت فيه شخصية الصانع وأصر الصانع على الامتناع عن التنفيذ، جاز للمستصنع الالتجاء إلى طريقة التهديد المالي إذا كانت هذه الطريقة مجدية، وإلا لم يبق أمامه إلا الفسخ والتعويض.[964] أما إذا كان العمل المطلوب إنجازه ليس لشخصية الصانع فيه اعتبار، كإقامة بناء أو صنع أثاث، جاز للمستصنع أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام بواسطة صانع آخر على نفقة الصانع الأول إذا كان هذا التنفيذ ممكنا.[965] ويجوز في حالة الاستعجال، كما هو الأمر في ترميم منزل آيل للسقوط، أن ينفذ المستصنع الالتزام على نفقة الصانع دون ترخيص من القضاء.[966]

كما يحق للمستصنع أن يطلب فسخ العقد إذا كان التفنيد العيني غير ممكن، فإذا كان إصلاح العيب أو المخالفة مستحيلاً فإنه يحق للمستصنع طلب الفسخ دون حاجة إلى إنذار أو تحديد أجل للإصلاح.[967] ويخضع طلب الفسخ للسلطة التقديرية للمحكمة حيث يجوز لها رفض طلب الفسخ إذا كان العيب في التنفيذ ليس من شأنه أن يقلل إلى حد كبير من قيمة العمل أو من صلاحيته للاستعمال المقصود مع عدم الإخلال بحق الصانع في التعويض إن كان له مقتض.[968] واستثناءاً من ذلك إذا أقيم بناء أو إنشاء على أرض مملوكة للمستصنع وكانت تشوبه عيوب تبلغ من الجسامة حداً يجعلها لا تفي معه بالغرض المقصود و كان يترتب على إزالتها أضراراً بالغة، فإن المستصنع يكون بالخيار بين طلب إنقاص المقابل أو إلزام الصانع بالإصلاح إذا كان ذلك ممكنا، وذلك دون الإخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتض.[969]

كما يحق للمستصنع طلب فسخ العقد دون انتظار حلول أجل التسليم إذا تأخر الصانع في البدء في تنفيذ العمل أو في إنجازه تأخراً لا يرجى معه مطلقاً أن يتمكن من القيام به كما ينبغي في المدة المتفق

---

[963]– أنظر في هذا المعنى: عبدالرزاق السنهوري،المرجع السابق، ص 78 ومابعدها. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 114 ومابعدها.

[964]– عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 80 ومابعدها.

[965]– أنظر في هذا المعنى: المادة 590/ا، القانون المدني البحريني. وكذلك: المادة 3/2/4، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، المرجع السابق، ص 303. وكذلك:الطعن رقم 478 لسنة 2008 الصادر بتاريخ 2009/7/6، سبق الإشارة إليه.

[966]– تنص المادة 211 من القانون المدني البحريني على: " أ) في الالتزام بعمل، إذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن، أن يطلب ترخيصاً من القضاء في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان هذا التنفيذ ممكناً. ب) ويجوز في حالة الاستعجال أن ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين، دون ترخيص من القضاء".

[967]– المادة 590/ب، القانون المدني البحريني.

[968]– المادة 590/ج، القانون المدني البحريني.

[969]– المادة 614، القانون المدني البحريني.

عليها، أو اتخذ مسلكاً ينم عن نيته في عدم تنفيذ التزامه، أو أتى فعلاً من شأنه أن يجعل تنفيذ هذا الالتزام مستحيلاً.[970]

الالتزام الثاني:تسليم المصنوع:[971]

يلتزم الصانع بعد الانتهاء من العمل المطلوب منه بأن يسلمه إلى المستصنع أو صاحب العمل، ويكون هذا التسليم بوضع العمل تحت تصرفه بحيث يستطيع أن ينتفع به دون عائق. ولا يشترط لإتمام التسليم أن يضع المستصنع يده فعلاً على العمل ما دام الصانع قد أخطره بذلك. فوضع المستصنع يده على العمل هو مناط التزامه بتسلم العمل،وهو التزام مختلف عن التزام الصانع بالتسليم إذ إن تسليم العمل يتم بمجرد وضعه تحت تصرف المستصنع دون حاجة إلى قيام الأخير بأي عمل آخر.[972]

وتبرأ ذمة الصانع بتسليم المصنوع إلى المستصنع أو تمكينه منه أو بتسليمه إلى من يحدده المستصنع وذلك بوضعه تحت تصرفه – التخلية و بإعلامه بذلك – كما يجوز أن يكون تسليم المستصنع بطريق التسليم الحكمي كما إذا قام الصانع بعمل لا ينقل حيازة الشيء من المستصنع كما لو قام بأعمال ترميم وإصلاح للبناء، فإن التسليم في هذه الحالة يكون بتخلية السبيل أمام المستصنع لينتفع بالشيء الذي تم العمل به. كما يمكن أن يكون التسليم رمزياً وذلك بتسليم المستصنع الوسيلة التي يتمكن من خلالها استلام العمل بعد ذلك استلاماً فعلياً كتسليمه مفاتيح المنزل.[973]

يجب أن يتم تسليم العمل في الموعد المتفق عليه في العقد أو في الموعد المتفق عليه لإنجاز العمل إذا لم يحدد موعد للتسليم، أما إذا لم يحدد موعداً للتسليم ولا لإنجاز العمل، فيجب أن يتم التسليم في موعد معقول يراعى فيه تحديد طبيعة العمل وما يستغرقه عادةً من الوقت وفقاً لعرف أصحاب الصنعة مع الأخذ

---

[970]– المادة 592، القانون المدني البحريني.

[971]– أنظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 24. وكذلك: أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 51 ومابعدها. وكذلك: أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 173 ومابعدها.وكذلك: محمد أحمد عبدالرحمن الزرقا، المرجع السابق، ص 88 ومابعدها.وكذلك: نزيه كمال حماد، حقيقة القبض وأنواعه، دراسات المعايير الشرعية، المجلد الثاني، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، (دون تاريخ)، ص 1029 ومابعدها.

[972]– انظر في هذا المعنى: عبدالحكم فودة، الالتزام بالتسليم وفصل الحدود في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، أسيوط، بدون تاريخ، ص 180 ومابعدها. وكذلك:عبد أحمد الرزاق السنهوري، الجزء السابع: العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 89. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 127.

[973]– أنظر في هذا المعنى: أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 175 ومابعدها. وكذلك: عبدالحكم فودة، المرجع السابق، ص 180. وكذلك: عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 89. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 127. وكذلك: نزيه كمال حماد، المرجع السابق، ص 1034 ومابعدها.

في الاعتبار الغرض المقصود من الاستصناع إذا كان الصانع يعلم بذلك.[974] ويجوز أن يتم التسليم قبل الموعد المتفق عليه بشرط أن يكون المصنوع مطابقاً للمواصفات ويختلف حكم إلزام المستصنع بتسلم العمل قبل الميعاد بين وجود مانع مقبول وعدم وجوده، فإذا وجد مانع مقبول فلا يجبر على التسلم، وإن لم يوجد مانع مقبول فيلزم بالتسلم.[975] وقد تطرأ بعد إبرام العقد ظروف وعوامل تستدعي مد أجل التنفيذ المتفق عليه، كما لو تم تعديل المواصفات المشروطة في المصنوع أو الزيادة فيها.[976]

ويجب أن يتم تسليم العمل في المكان المتفق عليه لذلك، فإن لم يتضمن العقد اتفاقاً في هذا الشأن فيجب أن يكون التسليم في المكان الذي يحدده العرف، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف، فيتم التسليم في المكان الذي يوجد فيه العمل إذا كان ثابتاً كالعقار أو في موطن الصانع أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله.[977]

وبما إن عقود الاستصناع في المصارف الإسلامية تقوم على تقسيط مقابل الاستصناع حسب الاتفاق، فإن للمصرف الحق في حبس العمل والامتناع عن تسليمه في حال امتناع العميل أو تعثره عن السداد، ولكن طبقاً للقواعد العامة فإن المصرف بصفته صانعاً يلتزم بأن يسلم العمل ولو لم يستوف ما هو مستحق له قبل العميل إذا قدم الأخير ضمانات كافية للوفاء بالتزاماته.[978]

- **جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم:**

الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة، فإذا لم يقم الصانع بتسليم العمل كاملاً وفقاً للمواصفات المتفق عليها في الزمان والمكان المتفق عليهما، فإنه يكون قد أخل بالتزامه بالتسليم، ويكون للمستصنع وفقاً للقواعد العامة طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ مع التعويض في كلا الحالتين عما لحقه من أضرار، وذلك بعد إعذاره للصانع بخطاب مسجل مع علم الوصول. فيحق للمستصنع اللجوء إلى القضاء لإجبار الصانع

---

[974]- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 128.

[975]- المادة 3/6، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص305.

[976]- المادة 1/1/4، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 302.

[977]- تنص المادة 338 من القانون المدني البحريني على أنه: " أ- إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات، وجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام. ب- أما في الالتزامات الأخرى، فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين، إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال. ج- كل ذلك ما لم يقض الاتفاق أو القانون أو طبيعة الالتزام بغيره".

[978]- تنص المادة 208/أ من القانون المدني البحريني على: " أ) لكل من التزم بأداء شيْ أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء، ومرتبط بالتزام المدين، أو ما دام الدائن لم يقدم تأميناً كافياً للوفاء بإلتزامه". وللمزيد انظر في هذا المعنى: محمد لبيب شنب، المرجع السابق،ص 129 ومابعدها.

على التسليم إذا كان الصانع قد أتم العمل ورفض تسليمه متى كان ذلك ممكناً، أما إذا كان التسليم غير ممكن إلا بتدخل الصانع فيجوز اللجوء إلى الغرامة التهديدية لحمله على التسليم. أما إذا كان الشيء من المثليات أو كان هناك من يستطيع صنع مثله جاز للمستصنع أن يحصل على شيء من نوعه على نفقة الصانع بعد استئذان القضاء أو دون استئذانه في حالة الاستعجال.[979] أما إذا كان التسليم مستحيلاً لهلاك الشيء مثلاً، ولم يثبت أن الهلاك كان بسبب أجنبي عن الصانع، فلا يكون للمستصنع سوى الحق في المطالبة بالتعويض.[980]

كما يحق للمستصنع طلب فسخ العقد لإخلال الصانع بالتزامه بالتسليم، كما يجوز لأطراف عقد الاستصناع الاتفاق على تضمين العقد شرطاً فاسخاً صريحاً يقرر للمستصنع الحق في اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه في حالة تأخر الصانع في تسليم المستصنع أو تنفيذ العمل.[981] كما يجوز التمسك بفسخ العقد حتى في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط باللجوء إلى القضاء، غير إن القضاء ليس ملزماً بإجابة المستصنع لطلبه بالفسخ حتى لو تحقق من عدم وفاء الصانع بالتزامه كاملاً. فله أن يرفض الفسخ بصفة خاصة إذا تبين له بأن ما لم يسلمه الصانع قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، أو إذا كان التأخير في التسليم طفيفاً ولم يلحق بالمستصنع ضررا كبيراً.[982]

كما إن تبعة الهلاك تقع على عاتق الصانع إذا لم يقم بتسليم العمل المطلوب منه، ولم يثبت بأن ذلك راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه، فيعفى المستصنع قانوناً من الالتزام بدفع المقابل، و يكون له فضلاً عن ذلك الحق في مطالبة الصانع بتعويض عن الأضرار التي لحقته من جراء عدم تنفيذه لالتزامه. في حين إن تبعة الهلاك تنتقل إلى عاتق المستصنع إذا أتم الصانع عمله وأخطر المستصنع بالاستلام إلا إن الأخير لم

---

[979]– أنظر في هذا المعنى: أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 177 ومابعدها. وكذلك: أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع السابق، ص 156 ومابعدها. وكذلك: عبدالحكم فودة، المرجع السابق، ص 182. وكذلك: عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق،ص 91. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 132.

[980]– المادة 592، القانون المدني البحريني.

[981]– أنظر في هذا المعنى: عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس أثر العقد بالنسبة للموضوع– زوال العقد، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون تاريخ)، ص 192 ومابعدها. وكذلك:عبدالستار أبو غدة، فسخ العقود بالشرط، دراسات المعايير الشرعية، المجلد الرابع، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، (دون تاريخ)،ص 3726 ومابعدها.

[982]– أنظر في هذا المعنى: أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع السابق، ص 156. وكذلك:محمد أحمد عبالرحمن الزرقا، الاستصناع والمشروع الصناعي، المرجع السابق، ص 125 ومابعدها. وكذلك:محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 132.

يبادر للاستلام فهلك الشيء المصنوع في غضون ذلك، فإن المستصنع يكون ملزماً بأداء قيمته للصانع وبتعويضه عن الأضرار التي لحقته من جراء خطئه.[983]

- الشرط الجزائي أو غرامة التأخير:[984]

يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ يتفق عليه الطرفان إذا لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة أو لسبب يعود للمستصنع نفسه،[985] ومستند جواز ذلك بأن الاتفاق على التعويض في بداية التعاقد فيه مصلحة للعقد، كما إن مناط الاتفاق على التعويض هو التزام وارد على العمل – تنفيذ أعمال الاستصناع والالتزام بالتسليم – لا على الالتزام بسداد مقابل الاستصناع.[986]

وقد عرف مجمع الفقه الإسلامي الشرط الجزائي بأنه: "اتفاق بين المتعاقدين على تقدير التعويض الذي يستحقه من شرط له عن الضرر الذي يلحقه إذا لم ينفذ الطرف الآخر ما التزم به، أو تأخر في تنفيذه"،[987] ويسمى الشرط الجزائي في عقود الاستصناع والمقاولة باسم غرامة التأخير، وتحدد عادةً عن كل يوم أو أسبوع للتأخير.[988]

---

[983]- أنظر في هذا المعنى: المادتين 592 و 593 من القانون المدني البحريني. وكذلك المادتين 4/6 و 5/6 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي اللتين تنصان على: "4/6 يجوز أن يكون تسليم المصنوع بطريق القبض الحكمي بتمكين الصانع للمستصنع من قبض المصنوع بعد إنجازه، وبذلك ينتهي ضمان الصانع ويبدأ ضمان المستصنع، فإذا حصل بعد التمكن تلف للمصنوع غير ناشيء عن تعدي الصانع أو تقصيره يتحمله المستصنع وبذلك يتم الفصل بين الضمانين: ضمان الصانع وضمان المستصنع."، " 5/6 إذا امتنع المستصنع عن قبض المصنوع بدون حق بعد تمكنه من القبض يكون أمانة في يد الصانع لا يضمنه إلا بالتعدي أو التقصير. ويتحمل المستصنع تكلفة حفظه". وللمزيد انظر في هذا المعنى: عبدالرزاق أحمد السنهوري، الجزء السابع: العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص91 ومابعدها. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 138 ومابعدها.

[984]- أنظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 28 ومابعدها.وكذلك: صبري حمد خاطر، النظرية العامة للإلتزام، المرجع السابق، ص 221 ومابعدها.وكذلك:عبدالكريم بن محمد السماعيل، مدى استحقاق المستصنع مبلغ الشرط الجزائي عند إخلال الصانع بالإلتزام في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية،جامعة الملك سعود، المجلد 27، العدد 2، 2015، ص 137 ومابعدها.وكذلك: محمد أحمد عبدالرحمن الزرقا، الاستصناع والمشروع الصناعي، المرجع السابق، ص 118 ومابعدها. وكذلك:يوسف الأكيابي، المرجع السابق.

[985]- أنظر في هذا المعنى: المادة 7/6، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 306.وكذلك: المادة الرابعة من قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 65(3/7)1 بشأن عقد الاستصناع.

[986]- ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي،ص 316.

[987]- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 109 بشأن الشرط الجزائي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي 1988-2009، المرجع السابق، ص 222.

[988]- محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 135.

ويخضع الشرط الجزائي باعتباره تعويضاً اتفاقياً لشروط استحقاق التعويض من توافر الضرر والخطأ والعلاقة السببية بينهما والأعذار في جميع الحالات التي يجب فيها إعذار المدين، غير إنه لا محل لإعمال شرط الأعذار إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أوغير مجد بفعل المدين.[989] كما إن الشرط الجزائي يخضع لسلطة المحكمة التقديرية التي يجوز لها أن تخفض مقدار الغرامة أو أن ترفض القضاء بها إذا أثبت الصانع عدم تضرر المستصنع جراء التأخير أو إذا اثبت أن مقدار الغرامة التأخيرية مبالغ فيه إلى درجة كبيرة أو إن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه.[990] أما إذا جاوز الضرر قيمة التعويض الاتفاقي، فالأصل إنه لا يجوز للمستصنع أن يطالب بأكثر من هذه القيمة إلا إذا اثبت إن الصانع ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً.[991]

الالتزام الثالث: الالتزام بالضمان:

يلتزم الصانع بتنفيذ العمل المعهود إليه وفقاً للمواصفات المتفق عليها، وطبقاً لأصول المهنة التي يمتهنها، فيعتبر الصانع مخلاً بالتزامه إذا جاء العمل غير مطابق للمواصفات أو غير متوافق مع أصول المهنة، وهو ما تترتب معه مسئوليته عن ذلك، فهو يضمن عيوب عمله سواء أكانت هذه العيوب ناتجة عن عدم صلاحية المواد المستخدمة في تنفيذ العمل أو عن خطأه في تنفيذ العمل. ولا يجوز في عقود الاستصناع اشتراط الصانع البراءة من العيوب فهو أمر متعلق بالنظام العام قانوناً لا يجوز الاتفاق على مخالفته.[992] وذات الأمر شرعاً وذلك لأن عقد الاستصناع يقع على موصوف في الذمة، فاشتراط البراءة لا يكون إلا من سوء نية الصانع الذي يقصد به حماية نفسه من الإهمال أو الخطأ أو الجهل بأصول صنعته

---

[989]– أنظر في هذا المعنى: عبدالكريم بن محمد السماعيل، المرجع السابق، ص 138 ومابعدها. وكذلك: يوسف الأكيابي، المرجع السابق.

[990]– تنص المادة 226 من القانون المدني البحريني على: " لا يكون التعويض المتفق عليه مستحقاً إذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه ضرر. ويجوز للمحكمة أن تخفض هذا التويض إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة، أو أن الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه. ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف أحكام الفقرتين السابقتين".وقد نصت كذلك المادتين السادسة والسابعة من قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 109 بشأن الشرط الجزائي على: "سادساً: لا يعمل بالشرط الجزائي إذا أثبت من شُرط عليه أن إخلاله بالعقد كان بسببٍ خارج عن إرداته، أو أثبت أن من شرط له لم يلحقه أي ضرر من الإخلال بالعقد.

سابعاً: يجوز للمحكمة بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في مقدار التعويض إذا وجدت مبرراً لذلك أو كان مبالغاً فيه."

[991]– المادة 227، القانون المدني البحريني.

[992]– تنص المادة 620 من القانون المدني البحريني على:"كل شرط بإعفاء المهندس أو المقاول من الضمان أو بالحد منه يكون باطلا". كما تنص المادة 3/2/2 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع على"لا يجوز اشتراط الصانع البراءة من العيوب في عقد الاستصناع".

التي يمارسها، والتي تعاقد معه المستصنع على أساس إتقانه لها،[993] كما أن تسليم المصنوع معيباً يعتبر في ذاته ضرراً ولا ضرر ولا ضرار في الإسلام.[994]

وبما إن مجال البحث هو المجال العقاري فإننا سوف نبحث الأحكام الخاصة بالضمان في عقود الاستصناع والمقاولة في بناء وتشييد العقار والتي أفرد لها المشرع البحريني أحكاماً خاصة وذلك على النحو التالي:[995]

تنفيذ البناء هو التزام بتحقيق نتيجة معينة وهي تسليم المبنى سليماً لذوي الشأن مطابقاً للمواصفات القياسية أو طبقاً لما تم الاتفاق عليه، صالحاً لتحقيق النتيجة المرجوة من الإنشاء والتشييد، ومسئولية الصانع عن سلامة البناء مفترضة في القانون البحريني وهو ضامن لسلامة البناء لمدة عشر سنوات من وقت إتمام البناء وضمانه لسلامة البناء يمتد ليشمل حتى الحالات التي تكون ناتجة عن عيب في الأرض ذاتها وحتى في حالة إجازة صاحب العمل لإقامة المباني والمنشآت المعيبة، وذلك طبقاً للمادة 615 من القانون المدني التي تنص على:

" أ) يضمن المقاول والمهندس ما يحدث من تهدم أو خلل كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة، ذلك خلال عشر سنوات من وقت إتمام البناء أو الإنشاء مع مراعاة ما تقضي به المواد التالية.
ب) ومع ذلك إذا ثبت أن قصد المتعاقدين من المباني أو المنشآت أن تبقى لمدة أقل من عشر سنوات فإن الضمان يكون للمدة التي قصد أن تبقى خلالها.
ج) والضمان يشمل التهدّم ولو كان ناشئا عن عيب في الأرض ذاتها أو كان صاحب العمل قد أجاز إقامة المباني أو المنشآت المعيبة، كما يشمل ما يظهر في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها".

---

[993]– أنظر في هذا المعنى: أحمد بلخير، المرجع السابق، ص 31. وكذلك: محمد سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص 237. وكذلك: مصطفى أحمد الزرقا، المرجع السابق،الصفحات من 36 إلى 45. وكذلك: ملحق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع و الاستصناع الموازي، ص 312 ومابعدها.

[994]– أنظر في هذا المعنى:أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص210. وكذلك: عبدالستار أبو غدة، خيارات الأمانة، دراسات المعايير الشرعية، المجلد الرابع، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، (دون تاريخ)، ص 3265.

[995]– أنظر في هذا المعنى: أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 127. وكذلك: أحمد عبدالعال أبو قرين، المرجع السابق، ص 97. وكذلك: سمير عبدالسميع الأودن، مسئولية المهندس الاستشاري والمقاول، دار المنشأة للمعارف، الإسكندرية، 2004، ص 130. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق،ص 156 ومابعدها وكذلك: ناصر أحمد إبراهيم النشوى، المرجع السابق، ص 493 ومابعدها.

وضمان الصانع لسلامة البناء يكون قبل كل من يلحقه ضرر نتيجة الإخلال بهذا الالتزام، فلا يقتصر الضمان على المستصنع فقط وإنما تمتد مسئوليته إلى المباني الملاصقة كذلك، فالمادة 13 من قانون تنظيم المباني نصت على:

" أ) مع عدم تحميل البلدية أية مسئولية تقصيرية في هذا الشأن، يسأل المرخص له والمهندس والمقاول – إن وجد – مسئولية كاملة عن تنفيذ الإنشاءات المرخص بها على أكمل وجه، والمهندس والمقاول هما المسئولان الرئيسيان عن الالتزام بتنفيذ الحدود والارتفاعات.

ب) وكذلك تكون مسئوليتهم عن سلامة البناء خلال فترة التنفيذ ولمدة خمس سنوات على الأقل بعدها، وتمتد مسئوليتهم إلى المباني الملاصقة للبناء وإلى أي مرفق عام عما قد يصيبها من أضرار بسبب التنفيذ لموضوع الرخصة، وتنظم هذه المسئولية أحكام القوانين المرعية".

وطبقاً لذلك فإن مسئولية الصانع قد تكون مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية بحسب علاقته بالمضرور، فمحكمة التمييز ذهبت في أحد أحكامها إلى أن: "مفاد المادة 13 من قانون تنظيم المباني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 13 لسنة 1977 تحميل المرخص له و المهندس و المقاول المسئولية عن سلامة المبنى المرخص به خلال مدة تنفيذه و لمدة خمس سنوات على الأقل بعدها وهو ما يعني أن المشرع فرض عليهم جميعاً التزاماً بضمان سلامة البناء من العيوب خلال تلك المدة على الأقل قبل كل من يلحقه ضرر نتيجة الإخلال بهذا الالتزام كل بحسب مسئوليته طبقاً لأحكام القانون المنطبق على علاقته بالمضرور فيتسع ليشمل مسئوليته التقصيرية أو العقدية سواء قبل الغير أو قبل بعضهم البعض حسب الأحوال."[996]

ولا يوجد تعارض بين القانون المدني وقانون تنظيم المباني في دعاوى الضمان، فالقانون المدني هو القانون الأحدث حيث صدر في عام 2001م و قد نظم بشكل عام عقود المقاولة وبشكل خاص عقود المقاولة الخاصة بالمباني والإنشاءات والتي نصت على ضمان المقاول والمهندس، فستسري أحكامها على العلاقة العقدية بين الصانع والمستصنع، أما قانون تنظيم المباني الصادر في عام 1977م فسيسري فقط على علاقة الصانع بالغير بعد أن نظم القانون المدني علاقة الصانع بالمستصنع.

[996]– الطعن رقم 381 لسنة 2002 الصادر بجلسة 2003/9/22 مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز، السنة الرابعة عشر من يناير إلى ديسمبر 2003، الجزء الأول، ص 700 ومابعدها، ص 485.

وقد حظر القانون المدني على المتعاقدين تخفيف هذا الضمان أو المساس به فنص بشكل صريح على بطلانه، الأمر الذي لا يجوز معه قانون الاتفاق على تخفيف مدة الضمان و بالتالي فإن المادة 7/1/3 من المعيار الشرعي والتي تنص على:" يجوز تحديد مدة لضمان عيوب الاستصناع أو الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليها الطرفان أو يجري بها العرف." لا تنطبق على عقود الاستصناع في المجال العقاري وذلك لمخالفتها أحكام النظام العام، كما إن دعوى الضمان لا تتقادم إلا بمضي ثلاث سنوات على حصول التهدم أو انكشاف العيب.[997]

ويجب أن يتحمل الصانع الالتزامات الناشئة عن عقد الاستصناع بما في ذلك الضمان، ولا يمكنه التحلل من هذه الالتزامات بتحويلها على الصانع في عقد الاستصناع الموازي، وذلك لأن نزول الصانع عن عقد الاستصناع إلى غيره لا يخل بحق المستصنع في الرجوع عليه كما لو كان هو الذي قام بالعمل.[998] كما إن المعايير الشرعية منعت الربط بين عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي منعاً من تحول الاستصناع الموازي إلى قرض ربوي.[999]

وضماناً لحصول المتضررين على التعويض الجابر لما أصابهم من أضرار عن الأعمال الهندسية بما فيها أعمال البناء والتشييد فقد أوجب مؤخراً قانون تنظيم مزاولة المهن الهندسية الصادر بتاريخ 2014/9/11 التأمين ضد المسئولية المهنية للمكاتب الهندسية وجعلها أحد شروط الحصول على ترخيص إنشاء مكتب هندسي وذلك بموجب المادة 10/ 5 التي تنص على:" يشترط فيمن يرخص له بإنشاء مكتب هندسي ما يلي: 5- أن تستصدر بوليصة تأمين لمواجهة مسئوليات المكتب المقررة قانوناً بشأن أخطاء المهنة وذلك طبقاً للشروط والضوابط التي تحددها اللائحة التنفيذية".[1000] ومن الممكن أن يشمل اشتراط التأمين ضد المسئولية المهنية المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية والشركات إذا كانت لديها أجهزة هندسية خاصة بها تتولى

---

[997]- المادة 619،القانون المدني البحريني.

[998]- تنص المادة 604/ب من القانون المدني البحريني على:" ولا تؤثر المقاولة من الباطن في إلتزامات المقاول الأصلي قبل صاحب العمل، كما يسأل قبله عن أعمال المقاولة من الباطن".

[999]- أنظر في هذا المعنى: المادتين 3/7 و 4/7 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي اللتين تنصان على: " 3/7 يجب أن تتحمل المؤسسة نتيجة إبرامها عقد استصناع بصفتها صانعاً تبعات المالك ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى المستصنع (العميل)، ولا يحق لها أن تحول إلتزاماتها مع العميل إلى الصانع في عقد الاستصناع الموازي"، " 4/7 لا يجوز الربط بين عقد الاستصناع وقعد الاستصناع الموازي، ولا يجوز التحلل من التسليم في أحدهما إذا لم يقع التسليم في الآخر، وكذلك التأخير أو الزيادة في التكاليف، ولا مانع من اشتراط المؤسسة على الصانع في الاستصناع الموازي شروطاً (بما فيها الشرط الجزائي) مماثلة للشروط التي التزمت بها مع العميل في الاستصناع الأول أو مختلفة عنها". وكذلك:محلق (ب) مستند الأحكام الشرعية، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 317.

[1000]- القانون رقم 51 لسنة 2014 في شأن تنظيم المهن الهندسية، الجريدة الرسمية العدد3175، 2014/9/22،ص 18.

عملية إعداد التصاميم ومسح الكميات وإدارة المشاريع على أن يتولى مكتب هندسي آخر مرخص له تدقيق هذه التصاميم والإشراف على تنفيذها،[1001] حيث أوجبت اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المهن الهندسية عليها استصدار بوليصة تأمين عامة ضد المخاطر المهنية بمبلغ لا يقل عن مليوني دينار بحريني.[1002] وبوليصة خاصة بالمشاريع تكون سارية المفعول لمدة 10 سنوات بعد الانتهاء من المشروع لتغطي أية مطالبات أو أضرار خلال هذه الفترة.[1003] وهذا الأمر الذي يحمي المستصنع ويكفل له الضمان الكافي للرجوع على الصانع سواء كان المصرف بصفته صانعاً أو على المكتب الهندسي المشرف على التنفيذ بصفته الصانع في عقد الاستصناع الموازي طبقاً لأحكام القانون المدني ولأحكام قانون تنظيم المهن الهندسية ولائحته التنفيذية.

الفرع الثاني: التزامات المستصنع – العميل–:

يلتزم المستصنع في عقد الاستصناع بالتزامات مقابلة لالتزامات الصانع أهمهما الالتزام بالقيام ما هو ضروري لتمكين الصانع من تنفيذ العمل وكذلك الالتزام بتسلم العقار وقبوله والالتزام بأداء المقابل المتفق عليه، وسوف نبحث هذه الالتزامات على النحو التالي:

[1001]– تنص المادة 1–5 على:"الفئة "هـ": الجهات والمؤسسات والشركات التي لديها أجهزة هندسية خاصة بها للقيام بإعداد التصاميم ومسح الكميات وإدارة المشاريع، على أن يتولى مكتب هندسي آخر مرخص له – على أن يصنف وفقاً لتكلفة المشروع– تدقيق هذه التصاميم والإشراف على تنفيذها وذلك بمراعاة المجال الهندسي المرخص لها بشأنه وفقاً لما يقره مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية من حيث قيمة المشروع والمهندسين القائمين على إعداد تصاميمه في كل حالة على حدة." ،ملحق 2 تصنيف المكاتب الهندسية – المواصفات والاشتراطات ، قرار رقم 27 لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية في شأن تنظيم مزاولة المهن الهندسية، الجريدة الرسمية العدد 3295، 2017/1/5،ص 29.

[1002]– تنص المادة 1/د من الملحق 5 ضوابط بوليصة تأمين التعويض المهني على: "د– تقوم المكاتب الهندسية الأجنبية من الفئة (أ) والشركات التي لديها أجهزة هندسية خاصة بها من الفئة "هـ" بإستصدار بوليصة تأمين عامة وشاملة لا تقل عن 2 مليون دينار. كما يجب أن يستصدر المكتب الهندسي الأجنبي بوليصة تأمين منفصلة لكل مشروع على حده". قرار رقم 27 لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية في شأن تنظيم مزاولة المهن الهندسية، المرجع السابق، ص 70.

[1003]– تنص المادة 2 من الملحق 5 ضوابط بوليصة تأمين التعويض المهني على:" تستصدر بوليصة تأمين خاصة بشأن أخطار المهنة بكل مشروع حسب طلب صاحب (جهة) المشروع كلاً على حدة. هذا وينبغي لبوليصة التأمين أن تغطي التكلفة حسب الطلب ويخضع لموافقة صاحب المشروع، وأن تكون البوليصة سارية المفعول لمدة 10 سنوات بعد الإنتهاء من المشروع لتغطي أية مطالبات أو أضرار خلال هذه الفترة." قرار رقم 27 لسنة 2016 بإصدار اللائحة التنفيذية في شأن تنظيم مزاولة المهن الهندسية، المرجع السابق، ص 71.

الالتزام الأول: الالتزام بالقيام بما هو ضروري لتنفيذ العمل:

يلتزم المستصنع بالقيام بما هو ضروري لتمكين الصانع من تنفيذ العمل المكلف به، فإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصاً من سلطات معينة كرخصة للبناء للبدء في العمل، فإنه يتوجب على المستصنع الحصول عليها في الميعاد المناسب حتى لا يتأخر البدء في تنفيذ العمل.[1004]

كذلك يلتزم المستصنع ببيان جنس المصنوع وبيان المواصفات المطلوبة، لأنه لا يمكن تنفيذ العمل بدونها، ويتوجب عليه أن يقدمها في الوقت المتفق عليها أو في الوقت المناسب.[1005] وقد يكون بيان جنس المصنوع ومواصفاته في حالات التمويل العقاري والبناء عن طريق تزويد الصانع بالمخططات والرسومات الهندسية وجداول الكميات والشروط العامة والخاصة للمشروع وذلك ليتمكن الصانع من البدء في البناء،[1006] فبدونها لن يتمكن من مباشرة العمل حيث حظر قانون تنظيم المهن الهندسية على الكافة تنفيذ أية مشاريع أو أعمال هندسية إلا بموجب تصاميم ومخططات معدة وموقع عليها من جهة حكومية أو مكتب هندسي مرخص له بمزاولة المهنة.[1007]

كما يلتزم المستنصع في حال حاجة العمل إلى تدخله الشخصي، أن يقوم بذلك في الوقت المتفق عليه أو في الوقت الذي يتطلبه العمل وفقاً لعرف الصنعة.[1008]

ويلتزم المستصنع كذلك بتمكين الصانع من إنجاز العمل، فلا يقيم أمامه عقبات تحول دون ذلك، ويلتزم بأن يتركه ينجز العمل فلا يقوم بسحبه منه بعد أن عهد به إليه إلا لسبب مشروع، فالعقد شريعة المتعاقدين لا يحق لأحدهما أن يستقل بنقضه وتعديله.[1009]

فإذا لم يقم المستصنع بالتزامه، كان للصانع أن يطلب التنفيذ العيني إذا كان ممكناً، كالترخيص له بأن يورد الأدوات والمواد اللازمة للعمل على نفقة المستصنع عن طريق القضاء،أما إذا كان تدخل المستصنع أمراً ضرورياً، فإنه يجوز الحكم على المستصنع بغرامة تهديدية لحمله على تنفيذ التزامه. كما يجوز للصانع أن

[1004]– أنظر في هذا المعنى: أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص121. وكذلك: عبدالرازق السنهوري، المجلد السابع: العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 144.وكذلك:محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 193.

[1005]– عبدالرازق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 145.

[1006]– أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 121 ومابعدها.

[1007]– المادة 3، قانون تنظيم مزاولة المهن الهندسية.

[1008]– محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 191 ومابعدها.

[1009]– عبدالرزاقحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 145.

يطلب فسخ العقد مع التعويض عما لحقه من أضرار بشرط أن يكون قد أعذر المستصنع بوجوب تنفيذ التزامه، ويخضع طلب الفسخ لتقدير المحكمة، فإذا رأت مبرراً له قضت بفسخ العقد والتعويض، وإلا أمهلت المستصنع حتى يقوم بالتنفيذ.[1010]

الالتزام الثاني:الالتزام بتسلم العقار وتقبله:

يلتزم المستصنع بتسلم العقار بعد إنهاء الصانع له وذلك باستلامه بعد أن يضعه الصانع تحت تصرفه، وإلى جانب الالتزام بالتسلم فإن المستصنع يلتزم بتقبل العمل وذلك بمعاينة العمل وفحصه والتأكد من مطابقته للمواصفات المتفق عليها ولما توجبه أصول المهنة.[1011]

وعادةً ما يكون تسلم المستصنع للعمل وتقبله في وقت واحد، إذ عند تسلمه إياه يفحصه ويستوثق من أنه هو الذي قصد إليه بالتعاقد، فيوافق عليه بتسلمه إياه. فالتسلم إذن يتضمن التقبل، ولكن لا يوجد ما يمنع من أن ينفصل التسلم والتقبل أحدهما عن الآخر، فيسبق التقبل التسلم أو يليه، فيسبق التقبل التسلم كما لو فحص المستصنع العمل بعد إنجازه وهو لا يزال في يد الصانع، واستوثق من أنه موافق لما اشترطه فيتقبله دون أن يتسلمه، فيتم التقبل قبل أن يتم التسلم. ويسبق التسلم التقبل، كما إذا تسلم المستصنع العمل دون أن يفحصه، مرجياً فحصه إلى فرصة يتمكن فيها من اللجوء إلى وسائل الفحص، فيتسلم العمل دون أن يتقبله. وإذا انفصل التقبل عن التسلم فإن العبرة تكون بالتقبل.[1012]

ويشترط لأن يكون المستصنع ملزماً بتسلم العمل، أن يكون العمل موافقاً للشروط المتفق عليها. فإذا لم تكن هناك شروطاً متفق عليها فما تقضي به أصول الصنعة لنوع العمل محل الاستصناع يحل محل الشروط المتفق عليها أو يكملها إذا كانت ناقصة.[1013] فيجوز للمستصنع أن يمتنع عن التسلم إذا كان العمل مخالف

[1010]– أنظر في هذا المعنى: عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 145. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 192.وكذلك المادة 594 من القانون المدني البحريني والتي تنص على: " أ) إذا كان تنفيذ العمل يقتضي من صاحب العمل أن يقوم بأداء معين ولم يقم به في الوقت المناسب، جاز للمقاول أن يكلفه بأدائه خلال أجل معقول يحدده. ب) فإذا انقضى الأجل دون أن يقوم صاحب العمل بإلتزامه، جاز للمقاول أن يطلب فسخ العقد، دون إخلال بحقه في التعويض إن كان له مقتض".

[1011]– عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 147. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 193 ومابعدها.

[1012]– عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 149. وكذلك: محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 195.

[1013]– عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 149.

للشروط المتفق عليها مخالفة جسيمة للحد الذي تجعله لا يفي بالغرض المقصود منه.[1014] أما إذا لم يبلغ العيب أو المخالفة هذا الحد من الجسامة، فإن المستصنع يكون مخيراً بين أن يطلب إنقاص المقابل بما يتناسب مع أهمية العيب أو إلزام الصانع بالإصلاح في أجل معقول يحدده، إذا كان هذا الإصلاح ممكناً ولا يتكلف نفقات باهظة.[1015] فإذا تسلم المستصنع العمل، ارتفعت مسئولية الصانع عما يكون ظاهراً فيه من عيب أو مخالفة لشروط العقد.[1016] فإذا كانت العيوب أو المخالفات خفية، ثم تبينها المستصنع بعد التسلم وجب عليه أن يبادر بإخطار الصانع بها، وإلا اعتبر أنه قد قبل العمل، فإذا تم الإخطار فإنه يحق للمستصنع إلزام الصانع بالإصلاح أو بإنقاص مقابل الاستصناع بما يتناسب مع أهمية العيب.[1017] أما إذا عرض الصانع التسليم بصفة أجود من الصفات والشروط المتفق عليها فإن المستصنع يكون ملزماً بقبولها وذلك ما لم تكن الصفة المحددة في العقد مقصودة للمستصنع. [1018]

يرتب تخلف المستصنع عن القيام بالتزامه بتسلم العمل وتقبله في الميعاد القانوني مسئوليته القانونية، فيتوجب على الصانع إنذاره بموجب إنذار رسمي وأن يحدد له أجلاً معقولاً لتسلمه، فإذا مضى الميعاد المحدد دون أن يبادر لتسلمه أعتبر إن العمل قد سلم إليه حكماً حتى ولو لم يتسلمه حقيقةً.[1019] ويترتب على هذا التسلم الحكمي جميع النتائج التي تترتب على التسلم الحقيقي. فتنتقل بموجبه ملكية الشيء المصنوع إلى المستصنع، ويستحق الصانع دفع الأجر ،وتنتقل كذلك تبعة الهلاك إلى المستصنع، وتبرأ ذمة الصانع من العيوب الظاهرة ويبدأ سريان ضمان العيوب الخفية.[1020] ويمكن للصانع وفقاً للقواعد العامة أن يلجأ إلى عرض المستصنع وإيداعه إذا كان ذلك ممكنا أو لطلب تعيين حارس عليه أو لطلب بيعه بواسطة

[1014]–المادة 596/أ،القانون المدني البحريني. وقد نصت المادة 1/2/6 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي على ذات الأمر، حيث جاء نصها بأنه :" إذا كان المصنوع وقت التسليم غير مطابق للمواصفات فإنه يحق للمستصنع أن يرفضه أو أن يقبله بحاله، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء. ويجوز للطرفين أن يتصالحا على القبول ولو مع الحط من الثمن".

[1015]– المادة 596/ب،القانون المدني البحريني.

[1016]– المادة 598/أ،القانون المدني البحريني.

[1017]– المادة 598/ب،القانون المدني البحريني.

[1018]– المادة 2/2/6، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، المرجع السابق، ص 305.

[1019]– المادة 595، القانون المدني البحريني. ولقد ذهبت محكمة التمييز البحرينية في الطعن رقم 258 لسنة 2010 الصادر بجلسة 2011/6/27 إلى أنه: " إذا كان التكييف القانوني الصحيح لعلاقة الطرفين أنها عقد مقاولة التزمت فيه المطعون ضدها بتصنيع البضاعة المتفق عليها بمواصفات خاصة للطاعنة مقابل عوض محدد مما يلزم الطاعنة بالمبادرة إلى تسلم البضاعة ودفع قيمتها إذا قامت المطعون ضدها بإنجازها و وضعتها تحت تصرفها بحيث يمكن لها الاستيلاء عليها دون عائق. طبقاً لنص المادتين 595، 599 من القانون المدني". مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الثانية والعشرون من يناير إلى ديسمبر 2011، الجزء الأول، ص 531.

[1020]– أنظر في هذا المعنى: خالد جمال أحمد حسن، موسوعة القانون المدني البحريني، المجلد الثالث: أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، 2005، ص56 ومابعدها. وكذلك:عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 154.

المحكمة.[1021] وقد أجاز المعيار الشرعي الخاص بالاستصناع الاتفاق على أن يوكل المستصنع الصانع ببيع المصنوع إذا تأخر المستصنع عن تسلمه خلال مدة معينة، فيبيعه على حساب المستصنع ويرد إليه الزيادة إن وجدت أو يرجع عليه بالنقص إن وجد، وتكون تكلفة البيع على المستصنع.[1022] وأعتقد إن عقد الاستصناع إذا تضمن هذا الشرط منذ بداية التعاقد، فإنه في حال تخلف المستصنع عن تنفيذ التزامه يجب أن يطبق هذا الشرط عن طريق اللجوء إلى القضاء حفاظاً على مصلحة المستصنع ولتحقيق التوازن العقدي بين الطرفين خصوصاً وإن عقود الاستصناع عادةً ما تكون نماذج مطبوعة من قبل المصارف لا يحق للمستصنع التغيير فيها. أما لو كان الاتفاق بعد تخلف المستصنع عن تنفيذ التزامه فمن الممكن أن يتم إعمال الاتفاق اللاحق على عقد الاستصناع.

الالتزام الثالث: الالتزام بأداء المقابل المتفق عليه:

يعتبر التزام المستصنع بأداء المقابل المتفق عليه للصانع الالتزام الأساسي في عقد الاستصناع، فيتوجب عليه أن يفي بالمقابل المستحق للصانع في الوقت والمكان المتفق عليهما، أما إذا لم يوجد اتفاق على وقت دفع المقابل فيستحق عند تسلم العمل،[1023] ويجوز لأطراف العقد الاتفاق على تأجيل مقابل الاستصناع أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة، أو تعجيل دفعة مقدمة وتسديد باقي الثمن على دفعات متوافقة مع مواعيد التسليم لأجزاء من المصنوع أو ربطها بمراحل الإنجاز.[1024]

ويلتزم المستصنع بأداء المقابل المتفق عليه بشرط أن يكون الصانع قد أتم العمل وفقاً للمواصفات والشروط المتعاقد عليها.[1025] فإذا أخل الصانع بالتزامه فلم يكمل الأعمال على النحو المتفق عليه، فإنه يسقط عن المستصنع التزامه بالمقابل بمقدار قيمة الأعمال التي لم يقم الصانع بإنجازها في الوقت المحدد لتسليمها أو قيمة إصلاح المعيب منها.[1026]ولا يلزم المستصنع بأداء أية مبالغ زيادة على المقابل المتفق

[1021]– عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 154.

[1022]– المادة 6/6، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 305 ومابعدها.

[1023]– المادة 599، القانون المدني البحريني .

[1024]– المادتين 2/2/3، 3/2/3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 300.

[1025]– الطعن رقم 408 لسنة 2011، جلسة 2013/11/25، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الرابعة والعشرون من يناير إلى ديسمبر 2013، ص 958. وأنظر كذلك: الطعن رقم 246 لسنة 2008، جلسة 2009/2/2، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة العشروين من يناير إلى ديسمبر 2009، المرجع السابق، ص 88.

[1026]– انظر في هذ المعنى: الطعن رقم 643 لسنة 2010، جلسة 2012/4/23، مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الثالثة والعشرون من يناير إلى ديسمبر 2012، الجزء الأول، ص 466 ومابعدها. كذلك نصت المادة 4/2/4 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي على: " إذا عجز الصانع عن الإتمام فإن المباني أو المنشآت المشروع بإنشائها لا يستحقها المستصنع مجاناً ويختلف الحكم تبعاً للسبب، فإن=

عليه، كما لا يستطيع أن يطلب إنقاص هذا المقابل، مادام العمل قد تم طبقاً للمواصفات المتفق عليها، وذلك مهما كان الأجر المتفق عليه بخساً أو مبالغاً فيه بالنسبة للعمل الذي قام به الصانع، فالعقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. ولا يجيز القانون زيادة الأجر أو إنقاصه في عقد الاستصناع لمجرد أنه غير متناسب مع العمل الذي تم،[1027] كما لا يجيز زيادة الأجر لتمديد أجل السداد وعلى العكس يجوز تخفيض الثمن عند تعجيل السداد،[1028] ولكن إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد صار مرهقاً فإنه يصار إلى القواعد العامة بشأن الظروف الطارئة لإعادة التوازن الاقتصادي بين المستصنع والصانع.[1029]

واستثناءً من القاعدة العامة التي تقضي بعدم جواز تعديل الأجر المتفق عليه في عقود المقاولات والاستصناع، فقد خص القانون عقود البناء والتشييد بأحكام خاصة أجاز فيها مراجعة الأجر المتفق عليه بتعديل الأجر بالزيادة أو بالإنقاص، وذلك في الأحوال التالية:[1030]

1) الاتفاق على الأجر بمقتضى مقايسة تقديرية، فتجوز زيادة الأجر إذا تبين أثناء التنفيذ ضرورة مجاوزة هذه المقايسة مجاوزة جسيمة، بشرط أن يبادر الصانع إلى إخطار المستصنع بذلك مبيناً مقدار ما تستتبعه هذه المجاوزة من زيادة في المقابل وإلا سقط حقه في طلب هذه الزيادة. ويحق للصانع في

= كان العجز بسبب يرجع إلى الصانع فيضمن المستصنع قيمة البناء بنسبة ما أنجز الصانع مع تحمل الصانع ما قد ينشأ للمستصنع من ضرر فعلي. وإذا كان عدم الإتمام لسبب يرجع إلى المستصنع فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه مع تحمل المستصنع الضرر اللاحق بالصانع. وإذا كان عدم الإتمام لسبب لا يرجع لأحدهما فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه فقط، ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر (وينظر البند 3/2/4)".

[1027]– تنص المادة 602 من القانون المدني البحريني على: " لا يكون لارتفاع تكاليف العمل وانخفاضها أثر في مدى الالتزامات التي يرتبها العقد، وذلك دون إخلال بأحكام المادة(130)". وقد قضت محكمة التمييز البحرينية بأنه: " عقد المقاولة. ماهيته. التزام بإنجاز العمل طبقاً لشروط العقد مقابل عوض، تعديل المقابل بالزيادة أو النقص جوازه اتفاق الطرفين. ارتفاع تكاليف العمل أو انخفاضها، لا أثر لها على الوفاء بإلتزاماتها" الطعن رقم 643 لسنة 2010.

[1028]– المادة 3/1/4، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 302.

[1029]– تنص المادة 1/2/4 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصانع الموازي على :" إذا وجدت ظروف طارئة تستدعي تعديل ثمن الاستصناع زيادة أو نقصاً فإنه يجوز بإتفاق الطرفين، أو بالتحكيم أو بالرجوع إلى القضاء مع مراعاة البند 3/1/4". كما تنص المادة 130 من القانون المدني البحريني على: "إذا طرأت، بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ، ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".وللمزيد انظر في هذا المعنى: عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 181. وكذلك:محمد أحمد عبالرحمن الزرقا، المرجع السابق، ص 104.

[1030]– عبدالرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 161.

حالة عدم موافقة المستصنع على الزيادة في المقابل أن يتحلل من العقد ويوقف التنفيذ مع إيفاءه قيمة ما أنجزه من الأعمال وفقاً لشروط العقد.[1031]

2) الاتفاق على أجر إجمالي على أساس تصميم معين، فإذا أُدخلت تعديلات على هذا التصميم بإجراء تعديل أو إضافة، فليس للصانع أن يطالب بأية زيادة في المقابل بسبب هذه التعديلات إلا إذا كان التعديل بناءاً على طلب المستصنع أو أن يكون مأذوناً له بإجراء التعديل من قبل المستصنع.[1032]

فإذا لم يقم المستصنع بدفع الأجر في الموعد المحدد لذلك، كان مخلاً بالتزامه وهو ما يحق معه للصانع قانوناً أن يحبس المصنوع ويمتنع عن تسليمه، كما إن له الحق في طلب التنفيذ العيني وأن يجبر المستصنع على الوفاء بالأجر أو المطالبة بفسخ العقد وطلب تعويض عما أصابه من أضرار.[1033] ولا يجوز الاتفاق على إعمال الشرط الجزائي في حال تأخر المستصنع في أداء المقابل،[1034] أو الاتفاق على أن يُنص في عقد الاستصناع على التزام العميل المستصنع بدفع مبلغ أو نسبة من الدين على أساس الالتزام بالتصدق به في حالة تأخره عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة، على أن تصرف في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمصرف، فهذا الشرط يُفسر قضاءً وقانوناً بأنه شرط جزائي كما سبق بيانه وهو مخالف لأحكام النظام العام التي تحظر الاتفاق مقدماً على مبلغ التعويض إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، كونه يعتبر من الربا المحرم شرعاً.[1035]

ويحق للصانع أخذ الضمانات اللازمة على المستصنع التي يراها كافية لحمل المستصنع على تنفيذ التزاماته، كالرهن أو الكفالة أو حوالة الحق أو العربون لضمان جدية العقد وغيرها من الالتزامات التي تكفل حقه.[1036]

[1031]– المادة 612، القانون المدني البحريني.

[1032]– المادة 613، القانون المدني البحريني.

[1033]– أنظر في هذا المعنى: عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 161. وكذلك: محمد أحمد عبدالرحمن الزرقا، المرجع السابق، ص 105 ومابعدها.

[1034]– تنص المادة 7/6 من المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي على : " يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطاً جزائياً غير مجحف لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ يتفق عليه الطرفان إذ لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة، ولا يجوز الشرط الجزائي بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء الثمن (ينظر المعيار الشرعي رقم (3) بشأن المدين المماطل، البند 2/1/2)". وكذلك تنص المادة 225 من القانون المدني البحريني على:" إذا لم يكن محل الالتزام مبلغا من النقود ، يجوز للمتعاقدين أن يقدرا مقدما التعويض في العقد أو في اتفاق لاحق".

[1035]– يوسف الأكيابي، المرجع السابق، ص 6 ومابعدها.

[1036]– المادة 3،3، المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص301.

- **حق الصانع من الباطن (الصانع في عقد الاستصناع الموازي) في الرجوع على المستصنع:**

قد يثور في الذهن الاستفسار حول مدى إمكانية رجوع الصانع في عقد الاستصناع الموازي على المستصنع في العقد الأصلي – عميل المصرف– ، بما يكون له من حقوق في مواجهة الصانع في العقد الأصلي، في ضوء أحكام القانون مع حظر المعيار الشرعي الربط بين عقد الاستصناع وعقد الاستصناع الموازي.

لقد منح القانون المدني البحريني المقاول من الباطن وعماله الحق في الرجوع على صاحب العمل بدعوى مباشرة للمطالبة بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلي في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على صاحب العمل وقت رفع الدعوى، وذات الأمر سينطبق على عقود الاستصناع والاستصناع الموازي، فالفصل بين العقود لا يمس بالضمانات التي منحها القانون للصانع أو المقاول من الباطن.[1037]

وعليه نخلص إلى إن عقد الاستصناع هو أحد أهم عقود التمويل في المجال العقاري، فهو ملائم لتمويل أعمال البناء والترميم بمختلف أنواعها، ولضمان عدم استغلاله بصورة مخالفة للأحكام الشرعية فقد اشترط المعيار الشرعي تحديد مقابل الاستصناع بشكل واضح، وحظر إجراء المرابحة في عقد الاستصناع بأن يحدد المقابل بالتكلفة وزيادة معلومة، كما حظر اشتراط براءة الصانع من العيوب، وكذلك الاتفاق على الشرط الجزائي في حال تخلف المستصنع أو تأخره في سداد مقابل الاستصناع لتجنيب هذه الصيغة الشبهات التي تحيط بباقي الصيغ، وهو ما تكون معه هذه الشروط باطلة قانوناً. ومن خلال مراجعتنا لاتفاقيات الاستصناع المبرمة بين مملكة البحرين وبين البنك الإسلامي للتنمية وبالأخص أحدث هذه الاتفاقيات عقد إحياء تراث اللؤلؤ، فقد تبين لنا التالي:

- **ملاحظات حول اتفاقيات الاستصناع المبرمة بين مملكة البحرين والبنك الإسلامي للتنمية:**

يتضح من خلال دراسة اتفاقيات الاستصناع المبرمة بين مملكة البحرين والبنك الإسلامي للتنمية وبالأخص أحدثها اتفاقيتي الاستصناع والوكالة بشأن الحفاظ على تراث اللؤلؤ وإحياء الاقتصادي الحضري بمدينة المحرق، إنها اتفاقيات قروض بفائدة وليست استصناعًا بالمعنى الشرعي والقانوني الصحيح.

[1037]– تنص المادة 605 من القانون المدني البحريني على: "أ)للمقاول من الباطن والعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول الأصلي في تنفيذ العمل، أن يطالبوا صاحب العمل مباشرة بما يستحق لهم قبل المقاول الأصلي في حدود القدر الذي يكون لهذا الأخير على صاحب العمل وقت رفع الدعوى. ب) ولعمال المقاول من الباطن أيضا دعوى مباشرة قبل كل من المقاول الأصلي وصاحب العمل في حدود المستحق عليه."

حيث تنص هذه العقود على إن القانون الواجب التطبيق هو أحكام الشريعة الإسلامية كما حددها كتاب "المعايير الشرعية" الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وكما فسرها مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي أو اللجنة الشرعية لمجموعة البنك الإسلامي للتنمية، إلا أنها تتضمن مخالفات جوهرية للمعايير الشرعية نبين أبرزها على النحو التالي:

أولاً / فيما يتعلق بثمن الاستصناع:

نصت اتفاقية الاستصناع على ثمنين مختلفين وهما ثمن تنفيذ المنشآت وثمن بيع المنشآت، كما إن ثمن البيع المنصوص عليه ليس نهائياً وإنما تم تحديده بشكل مبدئي، على أن يتم تحديد ثمن البيع النهائي عند نهاية فترة الإعداد بحيث يكون الثمن النهائي مساوياً للتكلفة الإجمالية مضافاً لها هامش ربح مساوي لمعدل مبادلة الليبور لستة أشهر السائد خلال فترة السداد زائداً (155) نقطة أساسية سنوياً.[1038]

وهو ما يفهم منه إن اتفاقية الاستصناع تضمنت بيع بالمرابحة في ذات الوقت،وهو أمر مخالف للمعاييرالشرعية باعتبارها القانون الواجب التطبيق على الاتفاقية، والتي تستوجب أن يكون الثمن معلوماً ومحدداً عند إبرام العقد، والتي لا تجيز إجراء المرابحة في الاستصناع، حيث تنص المعايير على:

" 1/2/3 يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلوماً عند إبرام العقد، ويجوز أن يكون نقوداً أو عيناً، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه.

5/2/3 لا يجوز إجراء المرابحة في الاستصناع بأن يحدد الثمن بالتكلفة وزيادة معلومة".[1039]

[1038]– نصت اتفاقية استصناع الحفاظ على تراث اللؤلؤ على:

البند التمهيدي: " ب) البائع قد وافق على طلب المشتري بتنفيذ المنشآت في حدود مبلغ لا يتجاوز ثمانية وأربعين مليون (48,000,000) دولار أمريكي، وبيعها للمشتري مقابل ثمن يتم تحديده وفقاً لهذه الاتفاقية ويتم دفعه للبائع خلال خمس عشرة (15) سنة بعد فترة الإعداد ووفقاً للشروط والأحكام المبينة في هذه الاتفاقية،"

المادة التاسعة: ثمن البيع وطريقة أدائه:

" 9–1 مع مراعاة حكم الفقرة (9–2) من هذه المادة، يكون ثمن البيع مبلغاً قدره تسعة وستون مليون وأربعمائة وخمسة وعشرون ألف (69,425,000) دولار أمريكي.

9–2 أ) الثمن المذكور بالمادة (9–1) أعلاه تم تحديده بصفة مبدئية تقديرية وسيتم تحديد ثمن البيع النهائي عند نهاية فترة الإعداد، بحيث يتألف من التكلفة الإجمالية زائداً هامش ربح مساوي لمعدل مبادلة الليبور لستة أشهر السائد خلال فترة السداد زائداً (155) نقطة أساسية سنوياً. ب) تتحدد التكلفة الإجمالية عند نهاية فترة الإعداد أو في تاريخ البيع، حسب الأحوال، على أساس كامل المبالغ المسحوبة زائداً هامش ربح معوم مساوي لليبور لستة أشهر زائداً (155) نقطة أساسية سنوياً. "

[1039]– المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 298.

ثانياً: فيما يتعلق بالإبراء من العيوب:

تضمنت اتفاقيات استصناع البنك الإسلامي للتنمية اشتراط براءة ذمة البنك من عيوب الاستصناع،[1040] وذلك خلافاً لما نص عليه معيار الاستصناع الشرعي بشكل صريح: "3/2/2: لا يجوز اشتراط الصانع البراءة من العيوب في عقد الاستصناع."[1041]

وخلافاً لما استقر عليه فقهاء المسلمين وخلافاً لآراء العلماء البارزين الذين تولى البنك ذاته نشر بحوثهم ومنهم على سبيل المثال د. مصطفى أحمد الزرقا الذي نص في بحثه "عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة" المنشور بواسطة المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية على إن هذا الشرط – شرط الإبراء من العيوب – باطل لمخالفته مقاصد الشريعة الإسلامية والنظام العام لأنه يحمي سوء النية ويشجع على التدليس ويضر بالمتعاقد الآخر.[1042]

وعليه نخلص من قراءة اتفاقيات الاستصناع واتفاقيات الوكالة المرفقة بأن هذه الاتفاقيات في حقيقتها ليست استصناع، فدور البنك كما هو واضح يقتصر على تقديم التمويل فقط ، كون ثمن الاستصناع غير محدد وإنما مرتبط باحتساب هامش الربح ونسبة الليبور وبالتالي فهي تخالف المعيار الشرعي الذي ينص على: "4/2/2: لا يجوز أن تتم عقود أو إجراءات الاستصناع بصورة تجعل العملية حيلة على التمويل الربوي..."[1043]

إضافةً إلى ما تقدم فإن الاتفاقيات والرأي القانوني المرفق بها قد تضمنت إقراراً من قبل المشتري مفاده بأن هذه الاتفاقيات لا تحتاج إلى تسجيل أو إيداع لدى أي جهة أخرى، في حين إن هذه الاتفاقيات طبقاً لدستور مملكة البحرين بحاجة للمصادقة عليها من قبل المجلس التشريعي، فاتفاقيات القروض واستثمار المرافق العامة يجب أن تصدر بقانون.[1044] وما يؤكد ذلك هو إن جميع هذه الاتفاقيات قد عُرضت على المجلس التشريعي حيث تمت المصادقة عليها وأُصدرت بقوانين نُشرت في الجريدة الرسمية.

[1040]– نصت اتفاقية استصناع الحفاظ على آثار اللؤلؤ على: " 8–1 دون المساس بما تقدم، لا تكون على البائع أي مسئولية تجاه المشتري أو أي شخص آخر فيما يتعلق: أ) بأية خسارة أو أي ضرر ينتج، أو يدعي أحد بأنه ناتج، مباشرة أو عن طريق غير مباشر من المنشآت أو نتيجة نقص أو عيب أو قصور فيها أو أي سبب يتعلق بما تقدم ذكره."

[1041]– المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 298.

[1042]– مصطفى أحمد الزرقا،المرجع السابق،الصفحات من 36 إلى 45.

[1043]– المعيار الشرعي رقم 11 الاستصناع والاستصناع الموازي، ص 298.

[1044]– نصت اتفاقية الحفاظ على آثار اللؤلؤ في المادة 10/ب على : " ب–بأن الالتزامات التي تحملها بموجب هذه الاتفاقية قانونية وصحيحة وملزمة له وفقاً لأحكامها ووفقاً للقوانين المعمول بها في مملكة البحرين، وأنه ليست هناك ضرورة لتسجيل الاتفاقية أو إيداعها لدى محكمة أو أي مؤسسة حكومية في مملكة البحرين، " وهي بذلك تخالف دستور مملكة البحرين الذي ينص في المادة 108 و المادة 117 على : 108/أ " أ– تعقد القروض=

المبحث الثاني
بيع العقار على الخريطة
أحد التطبيقات المعاصرة للاستصناع

البيع على الخريطة صيغة مستحدثة للبيوع العقارية في مملكة البحرين من ناحية التنظيم القانوني ومن ناحية الممارسة كذلك، حيث نظم المشرع البيع على الخريطة بإصداره القانون رقم 28 لسنة 2014 بشأن التطوير العقاري[1045] ولائحته التنفيذية[1046] وذلك بعد إن تفشت ظاهرة البيع على الخريطة في المملكة وتعثر كثير من المطورين العقاريين في الوفاء بالتزاماتهم بإكمال البناء وبتسليم المشترين العقارات المشتراة، وهو ما استلزم إصدارالمرسوم بقانون رقم 66 لسنة 2014 بشأن تسوية مشاريع التطوير العقارية المتعثرة.[1047]

والبيع على الخريطة من العقود التي تندرج في الاستصناع في الفقه الإسلامي،[1048] ففي ذلك يقول الدكتور وهبة الزحيلي: "ومن أبرز الأمثلة والتطبيقات لعقد الاستصناع بيع الدور والمنازل والبيوت السكنية على الخريطة ضمن أوصاف محددة، فإن بيع هذه الأشياء في الواقع القائم لا يمكن تسويغه إلَا على أساس عقد الاستصناع، ويعد العقد صحيحاً إذا ذكرت في شروط العقد مواصفات البناء، بحيث لا تبقى جهالة مفضية إلى النزاع والخلاف".[1049]

=العامة بقانون، ويجوز أن تقرض الدولة أو أن تكفل قرضاً بقانون في حدود الاعتمادات المقررة لهذا الغرض بقانون الميزانية." المادة 117 منه التي تنص على: "أ–كل التزام باستثمار مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة لا يكون إلا بقانون ولزمن محدود، وتكفل الإجراءات التمهيدية تيسير أعمال البحث والكشف وتحقيق العلانية والمنافسة"، الجريدة الرسمية العدد2517، 2002/2/14.

[1045]– ملحق الجريدة الرسمية العدد3168، 2014/8/7.

[1046]– القرار رقم 25 لسنة 2015 بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم 28 لسنة 2014 بشأن التطوير العقاري،الجريدة الرسمية العدد3209، 2015/5/29.

[1047]– الجريدة الرسمية العدد3186، 2014/8/7.

[1048]– انظر في هذا المعنى:أحمد جابر بدران، المرجع السابق، ص 60 ومابعدها. وكذلك: ضحى محمد سعيد عبدالله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 49، السنة 26، يناير 2012، ص233. وكذلك: عزالدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد)، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر ،الجزائر ،عدد تجريبي،سبتمبر 2013،ص 47 ومابعدها. وكذلك: محمد عليان العزام، المرجع السابق، ص 332 ومابعدها.وكذلك: محمد عبداللطيف صالح الفرفور، التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الأول، 1990، ص 109 ومابعدها.وكذلك: ناصر أحمد إبراهيم النشوى، المرجع السابق،511

[1049]– وهبة مصطفى الزحيلي، عقد الاستصناع، المرجع السابق،ص 320.

كما ذهب الدكتور محمد عبدا للطيف الفرفور عضو مجلس مجمع الفقه الإسلامي إلى القول: "ومن التطبيقات الجديدة على عقد الاستصناع بيع الدور السكنية وما شاكلها على الخريطة، ضمن أوصاف محدَّدة، فهذا الأمر لا يصح إلَّا بتخريجه على عقد الاستصناع، ويُعد العقد صحيحاً إذا ذُكرتْ في شروط العقد كل المواصفات التي تمنع الجهالة المفضية إلى النزاع وتزيلها، وأصبح اليوم من السهل الميسور بيان كل ذلك بشكل مكتوب واضح متَّفق عليه مع بيان تسديد الثمن وآماده، ومدة التسليم بشكل تقريبي مستعجّل، مع توثيق ذلك كُله".[1050]

ولقد اعتبر مجمع الفقه الإسلامي الدولي عقد البيع على الخريطة إحدى الطرق المشروعة لتوفير السكن بالتملك وذلك في قراره رقم 50 (6/1) بشأن التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها الصادر في دورة مؤتمره السادس بجدة في الفترة من 14 إلى 20 مارس 1990 م، الذي نص على:

" 2- هناك طرق مشروعة يستغنى بها عن الطريقة المحرمة، لتوفير المسكن بالتملك (فضلاً عن إمكانية توفيره بالإيجار)، منها:

د- أن تملَك المساكن عن طريق عقد الاستصناع- على أساس اعتباره لازماً وبذلك يتم شراء المسكن قبل بنائه، بحسب الوصف الدقيق المزيل للجهالة المؤدية للنزاع، دون وجوب تعجيل جميع الثمن، بل يجوز تأجيله بأقساط يتفق عليها، مع مراعاة الشروط والأحوال المقررة لعقد الاستصناع لدى الفقهاء الذين مَيزوه عن عقد السلم."[1051]

وتلعب المصارف الإسلامية والمصارف بشكل عام دوراً كبيراً فيها، فبعضها يمارس نشاط التطوير العقاري كبنك الإسكان ش.م.ب مقفلة،[1052] والبعض الأخرى يمتلك أو يساهم في شركات تطوير عقاري كشركة الإثمار للتطوير المحدودة ذ.م.م المملوكة لبنك الإثمار،[1053]وشركة نسيج ش.م.ب مقفلة التي يساهم فيها ستة مصارف إلى جانب بقية المساهمين وهم بنك الإسكان، بنك البحرين والكويت، بنك

[1050]- محمد عبداللطيف صالح الفرفور، أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السابع، الجزء الثاني، 1992،ص 515.

[1051]- مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السادسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 187 ومابعدها.

[1052]- http://www.eskanbank.com/ar/projects/segaya-plaza.html، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/14.

[1053]- https://www.ithmaarbank.com/ar/about-us/our-subsidiaries-associates، تاريخ الإطلاع عليه:2016/8/14. ويجدر بنا الإشارة هنا إلى إنه قد تم إلغاء الترخيص الممنوح لبنك الإثمار ش.م.ب مقفلة كمصرف قطاع تجزئة (وفقاً للمبادىء الإسلامية) بتاريخ 1982/1/19م بموجب القرار رقم 23 لسنة 2017 بشأن إلغاء الترخيص الممنوح لبنك الإثمار ش.م.ب، الجريدة الرسمية العدد3311، 2017/4/27.

الإثمار، مصرف الخليج التجاري، بنك فيصل الإسلامي المصري، و مصرف إبدار ش.م.ب مقفلة.[1054] وشركة سكنا للحلول الإسكانية ش.م.ب مقفلة (تحت التصفية) المملوكة لبنك الإثمار وبنك البحرين والكويت[1055] وإلى جانب ذلك فالمصارف تجسد دور أمين حساب مشروع التطوير العقاري بموجب قانون التطوير العقاري وبموجب قرار محافظ مصرف البحرين رقم 20 لسنة 2016 بشأن تنظيم مزاولة نشاط أمين حساب مشروع التطوير العقاري،[1056] كما إن بعض هذه المصارف أبرمت اتفاقيات تعاون مع شركات التطوير بهدف تمويل إنشاء هذه المشاريع كاتفاقية تمويل إنشاء مشروع دانات اللوزي المبرمة بين شركة دانات اللوزي وبنك البحرين الإسلامي والبنك العربي،[1057] واتفاقيات تعاون بشأن تمويل الراغبين في شراء عقارات تحت الإنشاء كاتفاقية التعاون بين بنك الإسكان وبنك البحرين الإسلامي لتمويل الراغبين في شراء وحدات في مشاريع (دانات البنك) التي تضم (دانات السيف) و(دانات الرفاع).[1058]

وعليه سوف نبحث النظام القانوني لعقد البيع على الخريطة وذلك من خلال بيان تعريفه وطبيعته القانونية في المطلب الأول ومن ثم بيان الالتزامات التي تقع على عاتق أطرافه في المطلب الثاني وذلك على النحو التالي:

[1054]– https://www.business.gov.bh/ ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/14.

[1055]– https://www.business.gov.bh/ ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/14.

[1056]–الجريدة الرسمية العدد3267، 2016/6/23.

[1057]– توقيع اتفاق تمويل إنشاء مشروع "دانات اللوزي"، الموقع الإلكتروني لبنك الإسكان:http://www.eskanbank.com/ar/news/ .

[1058]– (الإسكان) و (البحرين الإسلامي) يوقعان اتفاق تعاون، خبر منشور بتاريخ 2016/5/18 على الموقع الإلكتروني لوكالة أنباء البحرين: http://bna.bh/portal/news/727857 ، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/14.

المطلب الأول

التكييف القانوني لعقد البيع على الخريطة

الفرع الأول: مفهوم عقد البيع على الخريطة وطبيعته القانونية:

لقد كان المشرع الفرنسي أول من أقر تقنية بيع العقار على الخريطة، فاعتبره عقداً من العقود المسماة بموجب القانون رقم 03/67 المؤرخ في 1967/1/3 والمعدل بالقانون رقم 547/67 المؤرخ في 1967/7/7 وبالقانون رقم 12/78 المؤرخ في 1978/1/4،[1059] فلقد انتشرت هذه التقنية في فرنسا منذ الخمسينات ومن ثم قننها المشرع لاحقاً في عام 1967م،[1060] ولقد عُرف بيع العقار على الخريطة في قوانين بعض الدول العربية والخليجية منها على سبيل المثال إمارة دبي بدولة الإمارات العربية المتحدة،[1061]المملكة العربية السعودية،[1062]الجزائر،[1063] في حين إن المملكة نظمته مؤخراً بإصدار قانون التطوير العقاري في عام 2014.

[1059]– أنظر في هذا المعنى:عواطف زرارة ، إلتزامات المرقي العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم وفقاً للقانون 04/11 ،مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر،الجزائر،عدد تجريبي،سبتمبر 2013،منشورة على الموقع الالكتروني الرسمي للجامعة: http://fdsp.univ-biskra.dz/index.php/component/content/article/12- ، تاريخ الإطلاع عليه : 2016/8/13. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، عقد البيع بناء على التصميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسئولية، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية –الحقوق،الجزائر، 2008–2009، منشورة على الموقع الإلكتروني الرسمي للجامعة: http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2767/3/boudjnane.pdf، ص 9، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/6.

[1060]– نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 9.

[1061]– نظم المشرع بإمارة دبي بيع العقار على الخريطة بموجب القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي الإماراتي بإمارة دبي، والمعدل بموجب القانون رقم 9 لسنة 2009، منشور على الموقع الرسمي لدائرة الأراضي والأملاك لإمارة دبي :http://www.dubailand.gov.ae، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/15.

[1062]– نظم المشرع السعودي بيع العقار على الخارطة بموجب بموجب قرار مجلس الوزراء رقم 73 الخاص بضوابط بيع وحدات سكنية أو تجارية أو مكتبية أو خدمية أو صناعية على الخارطة الصادر بتاريخ 1430/3/12هـ الموافق 2009/3/9 و بموجب قرار وزير الصناعة والتجارة رقم 983 الصادر بتاريخ 1431/2/2 هـ الموافق 2010/1/18 بالموافقة على اللائحة التنظيمية لبيع الوحدات العقارية على العقار، المنشورين على الموقع الرسمي لوزارة التجارة والاستثمار :http://re.mci.gov.sa/SalesOnMap/Regulations/Pages/default.aspx، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/14.

[1063]– نظم المشرع الجزائري بيع العقار على الخريطة – بمسمى البيع على التصاميم بموجب المرسوم التشريعي رقم 93–03 المؤرخ في 1993/3/1 والمتعلق بالنشاط العقاري، المنشور في الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 14 بتاريخ 9 رمضان 1413 والذي ألغي فيما عدا المادة 27 منه بموجب القانون رقم 11–04 المؤرخ في 14 ربيع الأول لعام 1432 الموافق 2011/2/17، يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقاري، المنشور بالجريدة الرسمية ، العدد 14، 6 /2011/3م. والمنشور على بوابة المواطن الإلكترونية http://www.elmouwatin.dz/?lang=fr، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/8. للمزيد حول التطور التاريخي للقانون الجزائري أنظر: دغيش أحمد، الضمانات التشريعية في نشاط الترقية العقارية بعد الاستلام النهائي للمشروع العقاري، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 11، العدد2، أكتوبر 2014، ص 203 وما بعدها.

أولاً: تعريف البيع على الخريطة:

عرف قانون التطوير العقاري البحريني الخريطة بأنها:"رسم هندسي للوحدات العقارية المزمع إنشاؤها يوضح موقعها وحدودها ومساحتها والمواصفات اللازمة لتعيينها بشكل مفصل نافٍ للجهالة"،[1064] كما عرف الوحدة العقارية بأنها:" عقار أو جزء مفرز منه له حدود ومساحة معينة ولو كان على الخريطة، يعرضه المطور للبيع، وقد يشمل الأرض والبناء القائم عليها".[1065] ومن ثم عرف البيع على الخريطة بأنه:"بيع الوحدات العقارية المفرزة قبل إنشائها أو اكتمال بنائها."[1066] كما عرفه القرار رقم 7 لسنة 2015 بشأن سجل قيد البيع على الخريطة بأنه:"بيع الوحدات العقارية المفرزة قبل إنشائها أو اكتمال بنائها وقت التعاقد".[1067]

ولقد أضاف القرار وقت التعاقد إلى التعريف وهو ما يجعله أكثر دقةً وتحديداً، فالعبرة بوقت التعاقد، الأمر الذي يقتصر معه نطاق تطبيق أحكام عقد البيع على الخريطة على الأبنية التي هي في طور الإنشاء وقت التعاقد، والتي يجب أن تكون مرسومة على الخرائط، بحيث تكون واضحة ومحددة الأبعاد والمساحات على الخارطة أما على الواقع فإنها قد تكون غير كاملة الإنشاء أو لم تنشأ بعد.[1068]

ولقد جاء تعريف القانون البحريني مقارباً لتعريف القانون الإماراتي الذي عرف البيع على الخارطة بأنه:"بيع الوحدات العقارية المفرزة على الخارطة أوالتي لم يكتمل إنشائها"[1069] في حين إن القانون الجزائري عرف البيع على التصاميم بأنه: "العقد الذي يتضمن ويكرس تحويل حقوق الأرض وملكية البنايات من طرف

[1064]– المادة 8/1، القانون رقم 28 لسنة 2014 بشأن التطوير العقاري.

[1065]– المادة 10/1، القانون رقم 28 لسنة 2014 بشأن التطوير العقاري. وتجدر بنا الإشارة هنا إلى إن القرار رقم 7 لسنة 2015 بشأن سجل قيد البيع على الخريطة قد عرف الوحدة العقارية في المادة الأولى منه بأنها: " كل عقار أو جزء مفرز منه له حدود ومساحة معينة وقد يشمل الأرض والبناء القائم عليها وجميع الأجزاء المشتركة". الجريدة الرسمية العدد3212، 2015/6/4. حيث أضاف هذا التعريف الأجزاء المشتركة وفي المقابل حذف العبارات التالية "ولو كان على الخريطة" "يعرضه المطور للبيع" من التعريف الذي نص عليه قانون التطوير العقاري، وهي العبارات التي تدل على الطبيعة الخاصة لقانون التطوير العقاري و لعقود البيع على الخريطة، وبما إن هذا القرار – سجل قيد البيع على الخريطة– جاء تنفيذاً لقانون التطوير العقاري فكان المفترض أن يتم توحيد التعريفات الواردة به مع قانون التطوير العقاري واللائحة التنفيذية له.

[1066]– المادة 9/1، القانون رقم 28 لسنة 2014 بشأن التطوير العقاري.

[1067]– المادة8/1، القرار رقم 7 لسنة 2015 بشأن سجل قيد البيع على الخريطة.

[1068]– محمد عليان العزام، المرجع السابق، ص330.

[1069]– المادة 8/2، القانون رقم 9 لسنة 2009 بتعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي الإماراتي.

المرقي العقاري لفائدة المكتتب موازاة مع تقدم الأشغال وفي المقابل يلتزم المكتتب بتسديد السعر كلما تقدم الإنجاز".[1070]

وهو ما نلاحظ معه بأن التعريف الذي أورده القانون البحريني جاء مختصراً ومحدداً بطريقة تُعرف بالعقد دون الدخول في تفاصيله ببيان التزامات أطراف العقد على عكس القانون الجزائري الذي انصب تعريفه على بيان هذه الالتزامات بشكل مشابه للتعريفات الفقهية التي عادةً ما توضح هذه التفاصيل ونورد بعضاً من هذه التعريفات على النحو التالي:

يعرف بعض الفقهاء عقد البيع على الخريطة بأنه العقد الذي يلتزم فيه البائع بتمليك المشتري العقار في طور الإنجاز، وذلك بنقل ملكية الأرض محل التشييد، مع البناء أو جزء من البناء للمشتري بمجرد شهر العقد بقوة القانون سواء كانت هذه المحال ذات استعمال سكني أو تجاري أو صناعي، وبمقتضى هذا العقد يلتزم البائع بإنجاز وإتمام البناء خلال الأجل المحدد في العقد وبالمواصفات المطلوبة والمطابقة لرخصة البناء ولقواعد البناء والتعمير.[1071]

كما عرفه البعض بأنه: "عقد يتملك بموجبه المشتري عقاراً لم يبدأ البائع في بنائه بعد أو لم يكمل بنائه حين التعاقد ويتعهد فيه البائع ببناء العقار المتفق على مواصفاته خلال المدة المتفق عليها مقابل تعهد الأخير بدفع أقساط الثمن في مواعيدها".[1072]

وكذلك يعرفه بعض الفقهاء بأنه :عقد بيع عقاري، محله عقار في طور التشييد، يلتزم بموجبه البائع بأن يُتّم تشييده في الأجل المتفق عليه، وبالمواصفات المطلوبة، وأن ينقل ملكيته للمشتري الذي يلتزم بأن يدفع للبائع ثمن البيع على دفعات تحدّد قيمتها وطريقة وآجال دفعها بالاتفاق.[1073]

ويسمى عقد البيع على الخريطة بعقد البيع على المصورات،[1074] وكذلك بعقد البيع على التصميم،[1075] وذلك لأن المشتري يعاين العقار محل العقد على المخطط أو التصميم الذي يتضمن كل مواصفات المبيع قبل وجوده على أرض الواقع،[1076] و كذلك يسمى بعقد بيع العقار في طور الإنجاز.[1077]

[1070]– المادة 28، القانون رقم 11-04 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية الجزائري.

[1071]– خالد رمول، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصميم، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، سنة2013، ص 300.

[1072]– ضحى محمد سعيد عبدالله النعيمي، المرجع السابق، ص 232.

[1073]– نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 13.

[1074]– ناصر أحمد إبراهيم النشوى، المرجع السابق، ص 511.

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد البيع على الخريطة:

يعتبر عقد البيع على الخريطة من العقود المسماة في القانون البحريني حيث أفرد لها المشرع البحريني أحكاماً خاصة في قانون التطوير العقاري ولائحته التنفيذية وسجل قيد البيع على الخريطة، وهو كذلك في الدول التي نظمته بشكل خاص أما في الدول التي لم تنظمه حتى الآن فهو يندرج تحت مظلة العقود العامة وبشكل خاص عقدي البيع والمقاولة.[1078]

ولقد تعددت الآراء الفقهية حول الطبيعة القانونية لعقد البيع على الخريطة كونه عقد مركب يجمع بين عقدي البيع والمقاولة بالإضافة إلى الأحكام الخاصة التي يخضع لها من إجراءات تسجيل وشهر وغيرها، فمنهم من ذهب إلى اعتبار هذا العقد عقد بيع أشياء مستقبلية على اعتبار إن ما قصده المتعاقدان عند إبرام العقد هو الشيء المصنوع، وأن عمل الصانع ليس إلا وسيلة لتحقيق ذلك.[1079] ويؤخذ على هذا الرأي إن نظره اقتصر على الالتزام الرئيسي للعقد وهو نقل الملكية دون النظر إلى بقية الالتزامات على الرغم من أهميتها وجوهريتها كالالتزام بالبناء.[1080]

كما ذهب البعض الآخر إلى اعتبار هذا العقد عقد مقاولة ابتداءً وبيع انتهاءً، بحيث يكون العقد مقاولة ما دام العقار لم يبنى أو في طور الإنجاز، فإذا اكتمل البناء تحول العقد إلى عقد بيع، ويؤخذ على هذا الرأي بأن العبرة في تكييف العقود يكون بوقت انعقادها، بغض النظر عما يترتب عليها بعد ذلك من آثار.[1081]

[1075]– انظر في هذا المعنى: المادة 28، قانون رقم 11-04 مؤرخ في 2011/2/16 يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد14 ،2011/3/6،منشور على الموقع الالكتروني الرسمي لوزارة التجارة الجزائرية:
http://www.mincommerce.gov.dz/arab/?mincom=texservar، تاريخ الإطلاع عليه : 2016/8/13.

[1076]– نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 12.

[1077]– عقد بيع العقار في طور الإنجاز ، http://bibliotdroit.blogspot.com/2015/07/pdf_55.html، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/15.

[1078]– انظر في هذا المعنى: ضحى محمد سعيد عبدالله النعيمي، المرجع السابق، ص233 ومابعدها. وكذلك: عزالدين زوبة، المرجع السابق. وكذلك: محمد عليان العزام، المرجع السابق، ص 335 ومابعدها.

[1079]– انظر في هذا المعنى: محمد عليان العزام، المرجع السابق، ص336. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 15. وللمزيد أنظر:عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون، الجزء السابع: العقود الواردة على العمل، المرجع السابق، ص 24 ومابعدها، حيث ذهب إلى إن:" القول بأن المقاولة تنقل ملكية الشيء المصنوع إلى ربع العمل مع بقائها مقاولة يجعل للمقاولة طبيعة أخرى تختلف تماماً عن طبيعتها باعتبارها عقداً يرد على العمل. ولم يقل أحد قبل ذلك إن المقاولة قد ترد على الملكية فتنقلها، وهي إذا وردت على الملكية فنقلتها فذلك إنما يكون إما لأنها اندمجت في عقد آخر أو اختلطت بعقد آخر. وهذا العقد الآخر الذي نقل الملكية في نظير مقابل لا يمكن إلا أن يكون بيعاً إذا كان المقابل نقوداً، أو إلا أن يكون مقايضة إذا كان المقابل غير النقود".

[1080]– محمد عليان العزام، المرجع السابق، ص336. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 15.

[1081]– نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 15.

كما ذهب البعض إلى اعتبار هذا العقد عقد بيع إذا ما قدم المقاول عمله والمواد والأرض في مقابل التزام المشتري بسداد الثمن، وإلى اعتباره عقد مقاولة إذا ما التزم المقاول بالبناء بمواد يقدمها من عنده دون أن يقدم الأرض التي يتم عليها البناء، إلا إن هذان التكييفان محل نظر وذلك لاختلاف طبيعة عقد البيع على الخريطة عن طبيعة كلا العقدين، فبائع العقار يلتزم بضمانات المهندس المعماري والمقاول ذاتها كما يلتزم بالتزامات البائع فلا يمكن تكييفه بأحد هذين العقدين بشكل منفصل،[1082] وسوف نبحث تمييز هذا العقد عن عقدي البيع والمقاولة فيما يلي.

والرأي الراجح في تكييف عقد البيع على الخريطة هو إنه عقد مركب ذو طبيعة خاصة، يدمج بين عقدي البيع والمقاولة مع أحكام خاصة تنظمه، أنشأه المشرع من أجل حماية المشتري الذي يلتزم بدفع جزء من الثمن لتمويل عملية البناء، ضد خطر عدم استرداد ما دفعه إذا توقف البائع عن استكمال بناء العقار المبيع أو تصرف في العقار أو في جزء منه عن طريق بيعه أو رهنه إلى إحدى المؤسسات المالية التي اقترض منها لتمويل المشروع.[1083]

ولقد حسم المشرع البحريني التكييف القانوني لعقد البيع على الخريطة مميزاً بذلك بينه وبين ما يشتبه به من العقود حيث اعتبره أحد عقود التمويل وذلك من خلال تعريفه لمشروع التطوير العقاري بأنه: " أعمال أو مشاريع تطوير العقارات المرخص بها وفقاً لأحكام هذا القانون أياً كانت طبيعتها (بنية أساسية أو تشييد المباني) أو أغراضها (تجارية، صناعية، سكنية خاصة أو عامة) أو طرق تمويلها (كالبيع على الخريطة أو التأجير المنتهي بالتمليك أو المساطحة أو البناء والتشغيل و إعادة الملكية) أو القائم بها (شخص طبيعي أو اعتباري)".[1084]

[1082]– أنظر في هذا المعنى: شعبان عياشي، الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة قسطنطية 1، عدد 27، جوان (يونيو) 2012، ص 281 ومابعدها. وكذلك: عز الدين زوبة، المرجع السابق، ص 48 ومابعدها. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 16.

[1083]– أنظر في هذا المعنى: شعبان عياشي، المرجع السابق، ص 134. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 18.

[1084]– المادة 5/1، قانون التطوير العقاري البحريني.

ويتميز عقد البيع على الخريطة بالخصائص التالية:[1085]

– **يعتبر عقد البيع على الخريطة عقد شكلي،** حيث أوجب قانون التطوير العقاري البحريني قيد هذا العقد وتسجيله في "سجل قيد البيع على الخريطة"[1086] لدى جهاز المساحة والتسجيل العقاري وقيد كافة التصرفات التي ترد عليه ورتب البطلان على عدم القيد،[1087] واشتراط الشكلية في هذا العقد أمر بالغ الأهمية لحماية المشترين والمتعاقدين مع المطور العقاري وذلك لتوثيق حق كلا الطرفين و لمنح المشتري حق امتياز على بقية الدائنين على مشروع التطوير العقاري ذاته المقيد والمسجل به عقد البيع في حال عدم تنفيذ المطور العقاري التزاماته وتوقف البناء، وهو الأمر الذي عانت منه المملكة بعد تعثر الكثير من المشاريع العقارية قبل صدور قانون التطوير العقاري وقانون تسوية المشاريع المتعثرة، وحماية للمتعاقدين مع المطور العقاري سواء كانوا مشترين أو ممولين، فقد اشترط القانون التأشير بالمشروع العقاري بصحيفة العقار في السجل العقاري،[1088] وجرم مخالفة هذا الشرط،[1089] وكذلك اشتراط الحصول على ترخيص التطوير العقاري للإعلان عن بيع الوحدات العقارية و رتب بطلان كافة العقود العرفية التي تبرم قبل ذلك.[1090]

[1085]– أنظر في هذا المعنى: ضحى محمد سعيد عبدالله النعيمي، المرجع السابق، ص244. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص13 ومابعدها.

[1086]– عرف القرار رقم 7 لسنة 2015 بشأن سجل قيد البيع على الخريطة في المادة الأولى منه السجل بأنه:" سجل قيد البيع على الخريطة الورقي أو الالكتروني المعد بالإدارة والذي يثبت فيه البيانات المشار إليها في المادتين الثانية والثالثة من هذا القرار". وقد نصت المادة الثانية على: " ينشأ بالجهاز سجل يسمى "سجل قيد البيع على الخريطة" ويكون عبارة عن سجل ورقي من مجموعة صحائف أو إلكتروني، يقيد فيه المطورون ترخيص مشروع التطوير العقاري والوحدات الصادر بها الترخيص، وعقود بيع الوحدات العقارية، وكافة التصرفات القانونية التي ترد عليها".

[1087]– تنص المادة 11 من قانون التطوير العقاري البحريني على: " أ– ينشأ بالجهاز المعني بالمساحة والتسجيل العقاري سجل يسمى ((سجل قيد البيع على الخريطة)) يصدر بتنظيمه وإجراءات القيد في قرار من رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري، يقيد المطور فيه ما يأتي: 1– ترخيص مشروع التطوير العقاري. 2– الوحدات الصادر بها ترخيص التطوير. 3– عقود بيع الوحدات وكافة التصرفات التي ترد عليها. 4– بيان تفصيلي بأي قيد يوجب القانون قيده في صحيفة العقار. 5– أية بيانات أخرى يصدر بتحديدها قرار من رئيس جهاز المساحة والتسجيل العقاري. ب – يقع باطلاً عقد بيع الوحدات التي لم يتم قيدها في السجل المشار إليه في الفقرة السابقة". وكذلك نصت المادة 12 من القرار رقم 7 بشأن سجل قيد البيع على الخريطة على :" يقع باطلاً عقود بيع الوحدات العقارية الخاضعة لأحكام القانون رقم (28) لسنة 2014 في شأن التطوير العقاري، التي لم يتم قيدها في السجل على النحو المبين بهذا القرار." للمزيد حول هذه الخاصية أنظر:ضحى محمد سعيد عبدالله النعيمي، المرجع السابق، ص 245. وكذلك:محمد عليان العزام، المرجع السابق، ص 339.

[1088]– تنص المادة 8/أ من قانون التطوير العقاري البحريني على: " أ– يجب على المطور خلال ثلاثين يوماً من استلامه الترخيص أن يؤشر بمشروع التطوير في صحيفة العقار بالسجل العقاري، وأن يقدم للجهة المختصة ما يفيد التأشير، وعلى جهاز المساحة والتسجيل العقاري عدم تغيير هذا التأشير إلا بموافقة الجهة المختصة."

[1089] – تنص المادة 23/أ/4 من قانون التطوير العقاري البحريني على: " أ– يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل مطور: 4– خالف أحكام الفقرة(أ) من المادة (8)، والمادة (12) من هذا القانون."

[1090]– تنص المادة 4/ج من قانون التطوير العقاري البحريني على:" يحظر إبرام عقود عرفية لبيع الوحدات على الخريطة في مشروع التطوير العقاري قبل الموافقة عليها من الجهة المختصة، ويقع باطلاً أي عقد بيع يُبرم قبل الحصول على ترخيص التطوير".

- **كما يعتبر عقد البيع على الخريطة من العقود الملزمة للجانبين**،التي تُرتب التزامات متقابلة على المتعاقدين، فالمطور العقاري يلتزم بإكمال البناء وبنقل الملكية للمشتري وبضمان العيوب الخفية والتعرض وكذلك بالصيانة، وفي المقابل يلتزم المشتري بسداد الأقساط المتفق عليها وبتسلم الوحدة العقارية.[1091] وسوف نبحث هذه الالتزامات في المطلب التالي بشكل مفصل.

- **كذلك يعتبر عقد البيع على الخريطة من عقود الإذعان**، فهو يبرم بين مهني متخصص متمثل في شركات التطوير العقاري وبين شخص عادي غير متخصص، فالتفاوت الاقتصادي والمعرفي بين طرفي العقد يجعل منه عقد إذعان، كذلك فإن عدم إتاحة الحرية للمشتري للمناقشة في عقود البيع على الخريطة تجعل من هذا العقد عقد إذعان.[1092] فالمطور العقاري يعد صيغاً لعقود نموذجية متضمنة لبنود محددة بموجب القانون وبموجب لائحته التنفيذية،[1093] ويقدم هذه النماذج ضمن المستندات اللازمة للحصول على ترخيص المشروع العقاري،[1094] فلا يعطي بعد ذلك الحق لأي متعاقد في أن يعدل بنود العقد فهو إما أن

[1091]- ضحى محمد سعيد عبدالله النعيمي، المرجع السابق، ص 248.

[1092]- نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 14.

[1093]- تنص المادة 14 من قانون التطوير العقاري على: " أ- يصدر بقرار من الوزير أنموذج عقد البيع الذي يبرم بين المطور والمشتري على أن يتضمن ما يأتي:

1- اسم المطور الرئيسي وعنوانه، واسم المطور الفرعي- إن وجد- وعنوانه.

2- اسم المشروع الذي تقع به الوحدة محل التعاقد ومساحته الإجمالية، والخدمات العامة، والمساحات المشتركة للمشروع بين المباني وبين الوحدات، وحدود حقه في الإنتفاع بها.

3- صافي مساحة الوحدة، وما إذا كانت تشمل الأرض أو المباني دون الأرض.

4- الاشتراطات الخاصة في التقسيم الداخلي للوحدة، وخامات التشطيب والألوان التي يتفق عليها بين المطور والمشتري.

5- حق المشتري في استلام رسومات وحدته حسبما تم تنفيذه على الطبيعة.

6- المبالغ التي يؤديها المشتري أياً كان نوعها، سواء كانت ثمناً أو مصاريف أو عمولة أو أتعاباً أو رسوماً.

7- جدول بسداد الدفعات حسب مراحل تقدم العمل في المشروع، على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية لهذا القانون.

8- أية بيانات أخرى صدر بها قرار من الوزير.

ب- يكون أنموذج عقد البيع المشار إليه في الفقرة (أ) ضمن مستندات الحصول على ترخيص المشروع أساس التعاقد مع المشترين، وتتولى الجهة المختصة التحقق من مطابقة عقود المشترين لهذا الأنموذج." ولم يصدر حتى الآن قرار وزير شئون البلديات والتخطيط العمراني بإصدار نموذج عقد البيع الذي يبرم بين المطور والمشتري وفقاً لهذه المادة.

[1094]- تنص المادة 4/أ من قانون التطوير العقاري البحريني على: " أ- لا يجوز للمطور البدء في تنفيذ مشروع التطوير إلا بعد الانتهاء من المخطط الرئيسي للمشروع والحصول على ترخيص التطوير من الجهة المختصة، ويشترط للحصول على هذا الترخيص ما يلي: 1- وثيقة ملكية العقار أو ما يقوم مقامها باسم مشروع التطوير المزمع إنشاؤه خالية من أية حقوق عينية أو بموافقة أصحاب الحق العيني على البدء في تنفيذ المشروع وبيع وحداته. 2- ترخيص تنفيذ المخطط الرئيسي للمشروع وترخيص البناء وفقاً لأحكام قانون تنظيم المباني.3- تعهد كل من المطور الرئيسي والفرعي بالبدء في تنفيذ مشروع التطوير خلال المدة المحددة في الترخيص حال وجودهما معاً. 4- كتاب من مهندس استشاري بتحديد القيمة التقديرية لمشروع التطوير=

يقبل العقد أو يرفضه،[1095] فالمطور العقاري ملزم بتنفيذ مشروع التطوير العقاري طبقاً للمستندات التي مُنح الترخيص على أساسها، فلا يجوز له إدخال تعديل في هذه المستندات إلا في حالة الضرورة وبموافقة الإدارة المختصة.[1096]

الفرع الثاني: التمييز بين عقد البيع على الخريطة وعقدي البيع والمقاولة:

على الرغم من إن قانون التطوير العقاري بّين الميزة الأساسية التي يمكن التفريق بموجبها بين عقد البيع على الخريطة– ألا وهي اعتباره عقد البيع على الخريطة صيغة تمويلية – وبين ما يشتبه به من العقود وبشكل خاص بينه وبين عقدي المقاولة والبيع التي تتشابه الإلتزامات والآثار التي يُرتبانها مع آثار عقد البيع على الخريطة إلا إنه من اللازم بيان الفروق الأخرى التي يمكن الإرتكان إليها في التفريق بين هذا العقد والعقدين الأساسين الذي يشتبه بهما وذلك على النحو التالي:

أولاً: تمييز عقد البيع على الخريطة عن عقد المقاولة:

المقاولة عقد يلتزم بموجبه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً عنه،[1097] وعقد البيع على الخريطة هو البيع الذي يلتزم بموجبه البائع ببناء عقار خلال مدة محددة في العقد.[1098]

ويتضح من خلال هذين التعريفين بأن عقد البيع على الخريطة يقترب في مفهومه من عقد المقاولة بشكل كبير، فالالتزام الأساسي في كلا العقدين – المقاولة والبيع على الخريطة– هو صناعة شيء خلال مدة محددة مقابل ثمن أو أجر يلتزم به المشتري أو صاحب العمل، كما إن التكييف الفقهي الشرعي لعقد البيع على الخريطة بأنه أحد عقود الاستصناع المستحدثة والتي تُكيف قانوناً بأنها عقد مقاولة يستوجب منا التمييز

=مُعتمد من مجلس تنظيم مزاولة المهن الهندسية. 5– تعهد من المطور ببقاء ملكية الأماكن والمساحات المحددة في المخططات الهندسية المعتمدة على الشيوع. 6– الموافقة المسبقة على دفان الأرض المقام عليها مشروع التطوير العقاري حسب الأحوال. 7– أنموذج عقد البيع بين المطور والمشتري الصادر بتحديد بياناته قرار من الوزير طبقاً للمادة (14) من هذا القانون. 8– التصاميم الهندسية الإنشائية والمعمارية المعتمدة.9– كتاب من أمين حساب المشروع باسم مشروع التطوير يفيد إيداع المطور 20% من القيمة التقديرية للمشروع، وتحتسب قيمة الأرض من هذه النسبة. 10– المستندات الأخرى التي تحددها اللائحة التنفيذية المتعلقة بالتحقق من خبرة المطور الرئيسي والفرعي وكفاءته المالية والفنية وفقاً للشكل القانوني الذي يتخذه."

[1095]– ضحى محمد سعيد عبدالله النعيمي، المرجع السابق، ص 257 ومابعدها.وكذلك: عز الدين زوبة، المرجع السابق، ص 53 ومابعدها.

[1096]– تنص المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري على: " يلتزم المطور بتنفيذ مشروع التطوير العقاري طبقاً للمستندات التي مُنح الترخيص عل أساسها، ولا يجوز إدخال تعديل فيه إلا في حالة الضرورة وبموافقة الإدارة المختصة."

[1097]– المادة 584، القانون المدني البحريني.

[1098]– شعبان عياشي، المرجع السابق، ص 130.

بين عقد البيع على الخريطة وعقد المقاولة. حيث يرى البعض إن معيار التفرقة بين عقد البيع على الخريطة وعقد المقاولة هو ملكية الأرض، فيفرقون بين ثلاث حالات:[1099]

- الحالة الأولى: إذا اقتصر دور المقاول على القيام بالعمل على أن يقدم مالك الأرض المواد المستخدمة فإن العقد يعتبر مقاولة.
- الحالة الثانية:إذا انحصر دور المقاول في القيام بالعمل وتقديم المواد على أن يقدم صاحب العمل الأرض التي سيقام عليها البناء، فإن العقد يعتبر عقد مقاولة كذلك.
- الحالة الثالثة:وهي الحالة التي يقوم فيها المقاول بإقامة البناء على أرض مملوكة له أو بصفته صاحب حق يمنحه سلطة البناء عليها و بمواد من عنده فإن هذا العقد يعتبر بيعاً وارداً على شيء مستقبلي فنكون بصدد عقد البيع على الخريطة.

وعليه فإن ما يميز عقد بيع العقار على الخريطة عن عقد المقاولة، هو الالتزام بنقل الملكية، فعقد البيع على الخريطة يتضمن التزاما بنقل الملكية بينما لا يتضمن عقد المقاولة هذا الالتزام.[1100] كذلك فإن عقد البيع على الخريطة يتميز بكونه عقد شكلي أوجب القانون قيده وتسجيله في سجل قيد البيع على الخريطة و رتب البطلان على مخالفة ذلك،[1101] على عكس عقد المقاولة الذي يعتبر من العقود الرضائية التي لا يتطلب فيها القانون شكلاً معيناً.[1102] كما إن المطور العقاري يلتزم بموجب القانون بالإدارة والصيانة لمدة سنتين من تاريخ انتهاء تنفيذ المشروع و تسليم الوحدات العقارية إلى المشترين،[1103] وذلك إلى جانب التزامه بضمان حسن التنفيذ والعيوب الخفية، في حين إن المقاول ملزم قانوناً بضمان حسن التنفيذ والعيوب الخفية فقط.[1104]

وعليه فإن عقد البيع على الخريطة عقد ذو طبيعة خاصة يختلف عن عقد المقاولة في أحكامه على الرغم من التشابه الكبير بينهما.

[1099]– شعبان عياشي، المرجع السابق، ص 130 ومابعدها.وكذلك: عزالدين زوبة، المرجع السابق، ص48 ومابعدها.

[1100]– شعبان عياشي، المرجع السابق، ص 131.

[1101]– المادة 11، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1102]– محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص 16.

[1103]– المادة 19، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1104]– المادة 615، القانون المدني البحريني.

ثانياً: تمييز عقد بيع العقار على الخريطة عن عقد البيع العادي للعقار:[1105]

قد يبدو لأول وهلة إن التحدث عن التفرقة بين البيع العادي للعقار وبيع عقار على الخريطة غير ذي فائدة، لأن الفرق بينهما واضح، فالعقار في الواقع إما أن يكون موجوداً بالفعل في وقت إبرام العقد فنكون بصدد عقد بيع تقليدي، وإما أن يكون غير موجود فنكون بصدد عقد بيع عقار على الخريطة، إلا إن الواقع قد يفرز حالات يتشابه فيها عقد البيع العادي مع عقد البيع على الخريطة وعليه فإنه من المهم التمييز بينهما وذلك لاختلاف الأحكام القانونية التي تُنظمهما.

إن التفرقة بين عقد البيع على الخريطة وعقد البيع العادي ترتبط أساساً بالوقت الذي يبرم فيه العقد وبمحل العقد، فعقد البيع يعدَ بيعاً على الخريطة ما دام العقار المبيع لم يكن قد اكتمل وجوده وقت البيع، فقد يبرم العقد قبل البدء في تنفيذ عمليات البناء أو أثناء الإنجاز قبل أن يكتمل البناء.أما إذا ابرم العقد بعد الانتهاء من البناء واكتمل وجود العقار المبيع فإن العقد يعدَ بيعاً عادياً لا يخضع لنظام بيع العقار على الخريطة،[1106] وفي ذلك قضت محكمة تمييز دبي بأن:

"مسألة خضوع الوحدة العقارية محل الدعوى للسجل العقاري المبدئي أو عدم خضوعها مسألة متعلقة بالنظام العام وكان ما ينعاه الطاعن بوجه النعي أن الوحدة العقارية المباعة لا تخضع لهذا السجل لكونها مكتملة البناء وان بيعها ليس بيعا على الخارطة وكان الثابت بالأوراق أن البيع قد انصب على وحده عقاريه كاملة الإنشاء في تاريخ التعاقد لقيام المطعون ضدها بمعاينتها والاحتفاظ بمفتاحها بعد المعاينة ومن ثم فإن هذا البيع لا يخضع للقانون رقم 13 لسنة 2008 وإنما يخضع تسجيله لقانون السجل العقاري رقم 7 لسنة 2006 وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى ببطلان عقد البيع سند الدعوى لعدم تسجيله بالسجل العقاري المبدئي فأنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه مما يتعين نقضه".[1107]

غير إن هذين المعيارين: وقت إبرام العقد و محل العقد، وإن كانا يصلحان للتمييز بين عقد البيع العادي وعقد البيع على الخريطة في بعض الحالات، إلا إنهما يعجزان عن ذلك في بعض الحالات الأخرى، فهناك حالات يُعدَ العقد فيها بيعاً عادياً رغم انعقاده قبل الانتهاء من أعمال البناء، وقبل وجود العقار،

[1105]– شعبان عياشي، المرجع السابق، ص 131 ومابعدها.وكذلك: عزالدين زوبة، المرجع السابق، ص52 ومابعدها.

[1106]– شعبان عياشي، المرجع السابق، ص 132.وكذلك: عزالدين زوبة، المرجع السابق، ص 50.

[1107]– الطعن رقم 2016/115 عقاري ، صادر بتاريخ 2017/3/8، منشور على الموقع الإلكتروني لمحكمة تمييز دبي: http://www.dubaicourts.gov.ae/portal/page/portal/dc/verdicts، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/12.

كالحالة التي يكون فيها العقار المبيع عبارة عن هيكل عقاري غير مكتمل البناء، ومن ثم يقوم المشتري بنفسه بإتمام عملية البناء التي بدأها البائع ولم يتّمها لأسباب خاصة به كالصعوبات المالية.[1108]

وعليه فإن الفيصل في التفرقة بينهما هو التزام البائع أو المطور العقاري بإكمال البناء خلال المدة المحددة في العقد، حيث يخلو عقد البيع العادي من هذا الالتزام، فالعقد يعدَ بيعاً على الخريطة إذا تعهد البائع بإقامة البناء خلال مدة معينة سواء أكان العقد قد أبرم قبل البدء في إنجاز الأعمال أو أثناء الإنجاز، طالما أن العقار لم يكتمل بناؤه بعد.[1109]

وعليه نخلص إلى إن الالتزامين الأساسين للمطور العقاري هما الالتزام بإكمال البناء خلال المدة المتفق عليها والالتزام بنقل الملكية فلا يكون العقد بيعاً على الخريطة بدونهما، فما هي إذاً الالتزامات الأخرى التي تقع على عاتق المطور العقاري؟ وما هي الالتزامات التي تقع على عاتق مشتري العقار في مقابل هذه الالتزامات؟ هذا ما سنبحثه في المطلب التالي.

[1108]– شعبان عياشي، المرجع السابق، ص 132.وكذلك: عزالدين زوبة، المرجع السابق، ص 50.

[1109]– أنظر في هذا المعنى: شعبان عياشي، المرجع السابق، ص 133.وكذلك: عزالدين زوبة، المرجع السابق، ص 50 ومابعدها. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 76 ومابعدها.

المطلب الثاني
آثار عقد البيع على الخريطة

يعتبر عقد البيع على الخريطة عقد مركب، ذو طبيعة خاصة له مقوماته الخاصة التي تميزه عن العقود القريبة منه، فيرتب التزامات متقابلة على عاتق طرفيه منها ما هو شبيه بالالتزامات الواردة في عقدي البيع والمقاولة ومنها ما هو خاص به كعقد مستقل، فما هي هذه الالتزامات التي يرتبها عقد البيع على الخريطة؟ سنبحث في هذا المطلب التزامات المطور العقاري والمشتري في عقد البيع على الخريطة وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التزامات المطور العقاري – البائع– في عقد البيع على الخريطة:

المطور العقاري هو "الشخص الطبيعي أو الاعتباري المرخص له بمزاولة أعمال التطوير العقاري المختلفة مثل البناء والبيع على الخريطة"،[1110] وقد قصر القانون حق ممارسة نشاط التطوير العقاري وبيع الوحدات العقارية على الخريطة على المطورين العقاريين المرخص لهم بذلك.[1111]

يرتب قانون التطوير العقاري التزامات أساسية متعلقة بالنظام العام على عاتق المطور قبل السماح له بالإعلان عن بيع الوحدات العقارية على الخريطة، حيث يرتب القانون بطلان عقود البيع على الخريطة بقوة القانون في حال مخالفة المطور العقاري لهذه الالتزامات، بل إن القانون جرم بعض هذه المخالفات وقرر عقوبات جزائية لها، وعليه سوف نبين هذه الالتزامات بشكل مختصر ومن ثم نبحث التزامات مطور العقار في عقد البيع على الخريطة وذلك على النحو التالي:

يلتزم المطور العقاري بالالتزامات التالية قبل البدء في تنفيذ مشروع التطوير العقاري وقبل إعلانه عن بيع الوحدات العقارية على الخريطة:

أ) الحصول على ترخيص بمزاولة أعمال التطوير العقاري،[1112] ويشترط في المطور العقاري – طالب الترخيص – الشروط التالية:[1113]

[1110]– المادة 6/1، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1111]– تنص المادة2/أ من قانون التطوير العقاري على: " أ– تسري أحكام هذا القانون على كل من يقوم بنشاط تطوير العقارات وبيع الوحدات العقارية على الخريطة كأحد مشاريع التطوير العقاري في المملكة ويتسلم دفعات من المشترين أو الممولين مقابل ذلك".

1. أن يكون كامل الأهلية.
2. أن يكون محمود السيرة حسن السمعة.
3. ألا يكون قد حكم عليه بحكم نهائي في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم يكن قد رُد إليه اعتباره.
4. ألا يكون قد سبق إشهار إفلاسه بحكم نهائي.
5. أن يكون مقيداً في السجل التجاري.
6. إذا كان طالب الترخيص أجنبياً، يراعى في منحه الترخيص الأحكام والقواعد المنظمة لتملك غير البحرينيين للعقارات والأراضي والأحكام المنظمة لعملهم في المملكة.

ب) التسجيل في "سجل قيد مشاريع التطوير العقاري والمطورين"، فلا يجوز له مزاولة أعمال التطوير العقاري إلا بعد القيد في هذا السجل والحصول على شهادة تفيد ذلك.[1114]

ج) الحصول على ترخيص التطوير لمشروع التطوير العقاري قبل البدء في تنفيذه،[1115] ويلتزم المطور بعدم الإعلان عن المشروع إلا بعد صدور الترخيص،[1116] ويلتزم كذلك بعدم إبرام أية عقود عرفية لبيع الوحدات على الخريطة قبل الحصول على الترخيص، حيث تعتبر العقود العرفية المبرمة قبل الحصول على الترخيص باطلة بموجب القانون.[1117]

[1112]– تنص المادة 3/ب من قانون التطوير العقاري على:" ب–لا يجوز مزاولة نشاط التطوير العقاري في المملكة إلا إذا كان المطور مرخصاً له من الجهة المختصة، ومقيداً في ذلك السجل، وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد المنظمة لهذا الترخيص".

[1113]– المادة 3، اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري.

[1114]– أنظر المادة 3 من قانون التطوير العقاري البحريني والتي تنص على: "أ– ينشأ بالجهة المختصة سجل يسمى (سجل قيد مشاريع التطوير العقاري والمطورين) يُقيد فيه المطوُرون و مشاريع التطوير العقاري، والحقوق العينية الأصلية والتبعية المترتبة عليها وما قد يطرأ عليها من تغيير أو على ملكيتها أو على المطورين القائمين بها، وتبين اللائحة التنفيذية شروط وإجراءات القيد في هذا السجل. ب– لا يجوز مزاولة نشاط التطوير العقاري في المملكة إلا إذا كان المطور مرخصاً له من الجهة المختصة، ومقيداً في ذلك السجل، وتحدد اللائحة التنفيذية القواعد المنظمة لهذا الترخيص". وكذلك المادة 9 من لائحته التنفيذية والتي تنص على:" تمنح الإدارة المختصة المطور المرخص له بعد قيده في السجل شهادة تفيد صلاحيته لمزاولة أعما التطوير العقاري في المملكة متضمنة الاسم والجنسية ورقم وتاريخ بدء الترخيص وانتهائه ورقم القيد في السجل. ولا يجوز مزاولة أعمال التطوير العقاري في المملكة إلا إذا كان المطور حاصلاً على الشهادة المشار إليها".

[1115]– أنظر :المادة 5 من قانون التطوير العقاري البحريني. وكذلك المادة 10 من لائحته التنفيذية.

[1116]– تنص المادة 12 من قانون التطوير العقاري البحريني على:" يحظر على المطور الرئيسي أو الفرعي الإعلان في وسائل الإعلام المحلية أو الأجنبية أو الالكترونية أو بأية وسيلة إعلانية أخرى أو المشاركة في المعارض داخل المملكة أو خارجها، للترويج لبيع الوحدات العقارية قيد الإنشاء على الخريطة إلا بعد تمام قيد تلك الوحدات في السجل المشار إليه في المادة السابقة، والحصول على ترخيص من الجهة الحكومية المعنية وفقاً للقواعد المنظمة للإعلان أو المشاركة في المعارض".

[1117]– المادة 5/ج، قانون التطوير العقاري البحريني.

د) إنشاء حساب مستقل باسم كل مشروع من مشاريع التطوير العقاري بموجب اتفاق كتابي بين المطور وأمين الحساب – وهو أحد المصارف المرخص لها من قبل مصرف البحرين المركزي بتولي إدارة حساب المشروع –[1118]، وذلك لتنظيم الأمور المالية والإدارية والقانونية للمشروع وإيداع المبالغ المقدمة من المطور والمشترين، ويحدد الاتفاق ضوابط إدارة الحساب وحقوق والتزامات الأطراف،[1119]ويجب أن يتم قيد هذه الاتفاقية في سجل "أمناء حساب مشروع التطوير العقاري"،[1120]ويجب على المطور العقاري كذلك إيداع 20% من القيمة التقديرية للمشروع في الحساب.[1121]

هـ) يجب على المطور العقاري أن يؤشر بمشروع التطوير العقاري في صحيفة العقار بالسجل العقاري خلال 30 يوماً من استلامه ترخيص التطوير العقاري، وأن يقدم ما يفيد ذلك إلى الإدارة المعنية بإصدار الترخيص بالمركز البلدي الشامل.[1122]

و) يلتزم المطور العقاري بعدم تغيير شكله القانوني إلا بعد الانتهاء من تنفيذ مشروع التطوير وتسليمه، واستثناءً من ذلك يجوز التغيير بموافقة الجهة المختصة.[1123]

هذه الالتزامات تُعد بمثابة ضمانات تشريعية للمشتريين في عقود البيع على الخريطة وللمودعين في مشروع التطوير العقاري،[1124] فهي التزامات متعلقة بالنظام العام لا يمكن للمطور العقاري التحلل منها، فمخالفته لها تعد جريمة جنائية قرر لها القانون عقوبة الحبس لمدة لا تقل عن سنة و بغرامة لا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين للشخص الطبيعي مرتكب الجريمة.[1125] وقرر القانون كذلك معاقبة

[1118]– المادة 13/1، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1119]– انظر في هذا المعنى: المادة 6، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1120]– أنظر في ذلك المادة 6/ج، قانون التطوير العقاري البحريني. وكذلك المادتين 14 و 15 من لائحته التنفيذية.

[1121]– المادة 17، اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري البحريني.

[1122]– المادة 8، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1123]– تنص المادة 9 من قانون التطوير العقاري البحريني على: " لا يجوز تغيير الشكل القانوني للمطور سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً إلا بعد الانتهاء من تنفيذ مشروع التطوير وتسليمه، ومع ذلك يجوز التغيير بموافقة الجهة المختصة إذا كان يحقق مصلحة المشروع ودون إخلال بحقوق المودعين أو ضمانات إنجاز المشروع".

[1124]– عرفت المادة 15/1 من قانون التطوير العقاري البحريني المودعين بأنهم:" أصحاب الحصص النقدية مثل المطور، الممول، المشتري والمصرف أو المؤسسة المالية الدائنة للمشروع".

[1125]– تنص المادة 23/أ من قانون التطوير العقاري البحريني على: " أ– يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة وبغرامة لا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل مطور: 1– باع أو عرض للبيع وحدة على الخريطة دون ترخيص أو بالمخالفة للترخيص في أحد مشاريع التطوير العقاري.=

الشخص الاعتباري إذا وقعت الجريمة لحسابه أو باسمه بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه بغرامة تعادل مثل الغرامة المعاقب بها عن الجريمة التي وقعت، وأجاز القانون للمحكمة وقف نشاط الشخص الاعتباري المتعلق بالجريمة.[1126]

أما التزامات المطور العقاري في عقد البيع على الخريطة باعتباره عقداً ملزماً للجانبين فإنها تتجسد في التزامه بإنجاز المشروع وإكماله و تسليمه للمشترين والتزامه بنقل الملكية والتزامه بالضمان وصيانة العقار وإدارته خلال العامين الأولين من تاريخ إنهاء المشروع وتسليمه للمشترين، ونبين هذه الالتزامات على النحو التالي:

أولاً: الالتزام بنقل الملكية:[1127]

يلتزم المطور العقاري بنقل ملكية الوحدة العقارية المشتراة إلى المشتري، ويكون ذلك بقيد عقد البيع على الخريطة في السجل المعد لذلك،[1128] ويلتزم كذلك بتسليم المشتري للوحدة العقارية على الطبيعة وبتقديم نسخة من محضر الاستلام لجهاز المساحة والتسجيل العقاري، وذلك لإصدار وثيقة الملكية للمشتري وفقاً لأحكام قانون التسجيل العقاري.[1129]

= 2- زاول نشاط التطوير العقاري دون ترخيص من الجهة المختصة.3- امتنع عن تسليم الوحدة المبيعة ونسخة من الرسوم في الميعاد المتفق عليه.4-خالف أحكام الفقرة (أ) من المادة (8)، والمادة (12) من هذا القانون".

[1126]- تنص المادة 25 من قانون التطوير العقاري البحريني على: " دون إخلال بمسئولية الشخص الطبيعي المنصوص عليها في هذا القانون، يُعاقب الشخص الاعتباري جنائياً عن الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون إذا وقعت لحسابه أو باسمه بواسطة أحد أجهزته أو ممثليه أو أحد العاملين لديه، بغرامة تعادل مثل الغرامة المعاقب بها عن الجريمة التي وقعت. ويجوز للمحكمة أن تقضي بوقف نشاط الشخص الاعتباري المتعلق بالجريمة لمدة لا تزيد على سنة، وفي حالة العود يجوز الحكم بوقف النشاط لمدة لا تزيد على خمس سنوات أو بإلغاء الترخيص نهائياً".

[1127]- أنظر في هذا المعنى: زاهية سي يوسف،إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر،الجزائر،عدد تجريبي،سبتمبر 2013،ص 33ومابعدها. وكذلك:عواطف زرارة، المرجع السابق، ص 89. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 76.

[1128]- تنص المادة 9 من القرار رقم 7 لسنة 2015 بشأن سجل قيد البيع على الخريطة على: " يُقدم طلب قيد عقد بيع الوحدة العقارية في السجل إلى الإدارة على النموذج الورقي أو الإلكتروني المعد لذلك، من المطور أو المشتري أو من ينوب عنهما بتوكيل رسمي، مرفقاً به أصل عقد بيع الوحدة العقارية المستحقة وفقاً للنموذج المقرر قانوناً، وما يفيد سداد الرسوم المستحقة." كما تنص المادة 10 من ذات القرار على: " يتم قيد عقد بيع الوحدة العقارية في السجل بالمطابقة للأوراق والمستندات المقدمة، وتدون كافة بيانات العقد وفقاً لما تبينه أحكام هذا القرار. وللمشتري الحصول على شهادة بقيد الوحدة العقارية المباعة مبين بها مساحة الوحدة والأجزاء المشتركة وكافة المرافق المخصص لها وقيمتها وعدد الأقساط وتاريخ انتهائها، وذلك بعد مرور خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب".

[1129]- تنص المادة 81 من اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري على: " تصدر إدارة التسجيل والمتابعة لمالك العقار في حال بيعه بنظام الطبقات والشقق المفرزة وثائق الملكية بما يساوي عدد الطبقات أو الشقق أو البناء في مجموعة أبنية وذلك بعد قيد التعامل المتعلق بها ويوضح في هذه الوثائق نصاب الطبقات أو الشقق أو البناء من الأجزاء المفرزة. ويجب تضمين الوثيقة نصيب الوحدة مفصلاً في المنافع والأجزاء المشتركة وعلى وجه الخصوص النسبة المستحقة للوحدة في الأرض المقام عليها العقار وأماكن إيواء السيارات والخدمات بناء على الإقرار الموثق من المالك بذلك".

وعليه فإن نقل الملكية مقسم على مرحلتين، المرحلة الأولى تبدأ من لحظة تسجيل عقد البيع على الخريطة في السجل والتي تنتقل بمقتضاه ملكية الرقبة للمشتري، وتشمل الأرض والبناء محل التشييد معاً، فكل جزء منجز أو سيتم إنجازه مستقبلاً يدخل في ملكيته من تاريخ تسجيل العقد وليس من تاريخ إتمام الإنجاز، أما المرحلة الثانية فتبدأ بعد تمام الإنجاز وتسليم شهادة الإنجاز وتسديد كامل الأقساط وتحرير محضر التسليم وإيداعه لجهاز المساحة والتسجيل العقاري، حيث ينتقل للمشتري حق التمتع بالوحدة العقارية، فتنتقل الملكية في عقد البيع على الخريطة بشكل تام وبشكل مخالف للقواعد العامة المعروفة في نقل الملكية العقارية والتي تكون دفعة واحدة بمجرد تسجيل العقد وقيده بقوة القانون.[1130] ويجوز للمشتري في عقد البيع على الخريطة أن يبيع الوحدة العقارية المشتراة بموجب القانون بمجرد إبرام العقد وتسجيله دون تعليق هذا الحق على استلامه للوحدة العقارية،حيث يحل المشتري الجديد محله في عقد البيع المبرم مع المطور العقاري.[1131]

ثانياً: الالتزام بإنجاز المشروع وإكماله:

يلتزم المطور العقاري بتنفيذ مشروع التطوير العقاري وإكمال تشييده وبناءه طبقاً للمواصفات والمستندات التي مُنح الترخيص على أساسها، فلا يجوز له إدخال أي تعديل فيها إلا في حالة الضرورة وبموافقة الجهة المختصة.[1132]

ويلتزم كذلك بإنجاز المشروع خلال المدة الزمنية المتفق عليها في العقد، وذلك لارتباط هذه المدة بميعاد التسليم المتفق عليه، حيث إن آجال الإنجاز تنتهي قبل ميعاد التسليم،[1133] وتأخر المطور العقاري في تسليم الوحدة العقارية عن الميعاد المحدد قانوناً دون مبرر أو عذر مقبول يعرضه لإمكانية فسخ العقد وإلزامه

[1130]– انظر في هذا المعنى: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 33 ومابعدها. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 76 ومابعدها.

[1131]– تنص المادة 16 من قانون التطوير العقاري البحريني على: " في حالة قيام المشتري ببيع الوحدة لشخص آخر، لا يجوز أن تزيد المصروفات الإدارية التي يتقاضاها المطور الرئيسي أو الفرعي مع المتعاقد مع المشتري الأول على 3% من سعر الوحدة الأصلية، وتسري أحكام هذا القانون على المشتري الجديد".

[1132]– انظر في هذا المعنى: المادة 15/أ، قانون التطوير العقاري البحريني. وكذلك: المادة 20 من لائحته التنفيذية.

[1133]– للمزيد أنظر في هذا المعنى: زاهية سي يوسف، المرجع السابق، ص 29. وكذلك: عواطف زرارة، المرجع السابق، ص 90. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 81 ومابعدها.

بالتعويض،[1134] فضلاً عن إمكانية تعرضه لفرض العقوبة الجنائية التي قررها القانون البحريني للامتناع عن التسليم في الميعاد المتفق عليه.[1135]

ويكون إثبات إنجاز المطور العقاري للمشروع بموجب "شهادة الإنجاز" وهي شهادة تصدر عن الجهة المختصة بالاتفاق مع أمين الحساب تفيد انتهاء المطور العقاري من مشروع التطوير العقاري مطابقاً للمواصفات المرخص بها أو المتفق عليها، وفقاً لاعتماد استشاري المشروع،[1136] واعتقد إن تعريف القانون لشهادة الإنجاز بحاجة إلى إعادة صياغة حيث يفهم من القانون ولائحته التنفيذية إن المطور العقاري ملزم قانوناً بأن يسلم شهادة الإنجاز للمشتري مع تسليمه للوحدة العقارية أي إن صدور هذه الشهادة يكون سابقاً على تسلم المشترين للوحدات العقارية،[1137] وهو ما يفضل معه تدخل المشرع لرفع اللبس الحاصل بين التعريف ومواد القانون ولائحته التنفيذية خصوصاً وإن القرار الوزاري الذي يحدد آلية إصدار شهادة الإنجاز لم يصدر حتى الآن.[1138]

وعليه فإن الالتزام بإنجاز المشروع وإكماله وفقاً للمواصفات والتراخيص الممنوحة خلال المدة المتفق عليها التزام أساسي على عاتق المطور العقاري، ومخالفة هذا الالتزام دون مبرر يمنح الحق للمشتري في الامتناع عن سداد الأقساط المستحقة والحق في طلب فسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى. وقد قضت محكمة تمييز دبي بتأييد حكم فسخ عقد بيع وحدات عقارية كانت جزءاً من مشروع سكني شامل لعدم اكتمال البنية التحتية لها والتي رُوج بها للمشروع على الرغم من إنها لم تكن جزءاً من العقد، حيث ابتاع المشتري الوحدات على أساس الكيفية التي رُوج بها للمشروع معتقداً بأن البنية التحتية و وسائل الراحة متضمنة في سعر الشراء مستندةً في ذلك إلى أن العقد شريعة المتعاقدين وأنه يتوجب تنفيذ العقود وفقًا للشروط الواردة

[1134]– المادة 15/ج، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1135]– المادة 23/أ/3، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1136]– المادة 21، اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري.

[1137]– انظر المادة 15/ب من قانون التطوير العقاري البحريني، التي تنص على: "ب– يلتزم المطور بتسليم الوحدة المبيعة للمشتري على الطبيعة، مع نسخة من الرسوم حسبما تم تنفيذه مرفقاً بها شهادة من الجهة المختصة بإنهاء مشروع التطوير مطابقاً للمواصفات المرخص بها أو المتفق عليها وفقاً للقواعد المحددة في اللائحة التنفيذية". وكذلك المادة 21 من لائحته التنفيذية والتي تنص على:" يلتزم المطور بتسليم الوحدة محل التعاقد للمشتري على الطبيعة، مع نسخة من الخرائط الهندسية حسبما تم تنفيذه، مرفقاً بها شهادة إنجاز من الإدارة المختصة بإنهاء مشروع التطوير العقاري مطابقاً للمواصفات المرخص بها أو المتفق عليها، وفقاً لاعتماد استشاري المشروع. ويصدر الوزير المختص قراراً بتحديد آلية إصدار شهادة الإنجاز".

[1138]– تنص المادة 21 بالفقرة الثانية منها من اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري على: " ويصدر الوزير المختص قراراً بتحديد آلية إصدار شهادة الإنجاز" و حتى الآن لم يصدر القرار الوازري الذي ينظم إصدار شهادة الإنجاز.

فيها وبطريقة تتفق مع متطلبات حسن النية، وإن العقود غير مقتصرة على الالتزامات الواردة فيها فقط، بل يجب الالتزام بما هو تابع لها بموجب القانون والعرف وطبيعة المعاملة.[1139]

وقد أجاز القانون للجهة المختصة – الوزارة المعنية بشئون البلديات والتخطيط العمراني–[1140] في حالة توقف المطور العقاري مؤقتاً عن تنفيذ المشروع لأي سبب من الأسباب، اتخاذ التدابير اللازمة بعد أخذ رأي أمين الحساب وذلك لحماية حقوق المودعين بما يضمن إكمال المشروع أو إعادة الأموال إلى أصحابها.[1141] ويعتبر المطور متوقفاً مؤقتاً عن تنفيذ مشروع التطوير في حال توقفه عن استكمال المشروع لمدة سنة كاملة منذ بداية تنفيذ المشروع،[1142] أما في حالة التوقف النهائي فإنه يجوز للجهة المختصة أن تطلب من لجنة منازعات التطوير العقاري الحكم بتنفيذ المشروع بمعرفة أحد المطورين على حساب المطور أو أن تحكم ببيع المشروع وتوزيع حصيلة البيع على المودعين،[1143] ويعتبر المطور متوقفاً نهائياً إذا استمر متوقفاً عن استكمال المشروع لأكثر من سنة كاملة بعد البدء في تنفيذ المشروع رغم اتخاذ الجهة المختصة التدابير اللازمة لاستمرار تنفيذ المشروع،[1144] كما أجاز لها شطب قيد المطور من السجل بالنسبة للمشروع الذي لم يبدأ في تنفيذه بعد مرور ستة أشهر من تاريخ منحه ترخيص التطوير.[1145]

ثالثاً: الالتزام بالتسليم:[1146]

يلتزم المطور العقاري بتسليم المشتري الوحدة العقارية المشتراة على الطبيعة مع نسخة من الخرائط الهندسية التي تم البناء بموجبها مع شهادة الإنجاز في الموعد المتفق عليه،[1147] ويجب على المطور أن يقوم

[1139] – حكم محكمة تمييز دبي في الاستئناف العقاري رقم 167 لسنة 2016، الصادر بتاريخ 2016/10/12، المشار إليه في :محكمة دبي تقر بحق المشتري في الإنهاء نتيجة للإخفاق في إنشاء البنية التحتية، تقرير معد من قبل التميمي ومشاركوه للمحاماة والاستشارات القانونية، ومترجم ومنشور من قبل الموقع الإلكتروني الإخباري زاوية: https://www.zawya.com/، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/11.

[1140]– المرسوم رقم 6 لسنة 2015 بتسمية الوزير المختص والوزارة المختصة والجهة المختصة بتطبيق القانون رقم 28 لسنة 2014 في شأن التطوير العقاري، الجريد الرسمية رقم 3195، 2015/2/5.

[1141]– المادة 18/ا، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1142]– المادة 24، اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري.

[1143]– المادة 18/ب، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1144]– المادة 25، اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري.

[1145]– تنص المادة 24 من قانون التطوير العقاري البحريني على: " يجوز للجهة المختصة شطب قيد المطور من السجل بالنسبة للمشروع الذي لم يبدأ في تنفيذه بعد مرور ستة أشهر من تاريخ منحه ترخيص التطوير، وفي حالة ارتكابه أياً من الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون بعد صدور حكم نهائي".

[1146]– أنظر في هذا المعنى: السيد محمد السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1999، ص5 ومابعدها. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 87 ومابعدها.

بإخطار المشترين بخطاب مسجل مع علم الوصول لاستلام الوحدات محل التعاقد في الموعد المحدد في الإخطار، ويتم التسليم بموجب محضر استلام موقع عليه من قبل المشتري ويعتبر توقيعه بمثابة إقرار باستلام الوحدة مطابقة للمواصفات المرخص بها أو المتفق عليها.[1148]

والالتزام بالتسليم التزام بتحقيق نتيجة، فيحق للمشتري أن يطلب فسخ العقد والتعويض في حالة تأخر المطورعن تسليم الوحدة المشتراة في الموعد المتفق عليه دون مبرر أوعذر مقبول وذلك بعد إخطاره للمطور وأمين الحساب بكتاب مسجل بعلم الوصول ومرور تسعين يوماً من الأخطار،[1149] كما إن امتناع المطور عن التسليم في الميعاد المتفق عليه قد يعرضه لعقوبة الحبس لمدة لا تقل عن سنة والغرامة التي لا تجاوز عشرة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين.[1150]

رابعاً: الالتزام بالضمان:[1151]

يلتزم المطور العقاري بأن يضمن للمشتري ملكية المبيع والانتفاع به، لذا فإن نطاق هذا الضمان يتسع ليشمل ضمان التعرض والاستحقاق و ضمان العيوب الخفية وسلامة البناء وعدم تهدمه، إلا إنه يلاحظ غياب النص الصريح عن ضمان المطور العقاري ومسئوليته عن الإخلال بهذا الضمان، حيث اقتصر النص على التزام المطور بإدارة وصيانة الوحدات لمدة سنتين بعد التسليم، وهو ما يمكن الرجوع معه إلى القانون المدني باعتباره الشريعة العامة للقانون وبشكل خاص أحكام عقدي البيع والمقاولة، وإلى قانون تنظيم مزاولة المهن الهندسية وما يتضمنه من إلزام للشركات التي تمتلك أجهزة هندسية بالتأمين ضد مخاطر البناء، وما تتضمنه هذه القوانين من التزام بالضمان لمدة 10 سنوات من تاريخ تسليم البناء، إلا إنه من الأفضل أن يتدخل المشرع بإضافة نص قانوني صريح يلزم المطور العقاري بالتأمين على مشاريع التطوير العقاري والتأمين ضد المسئولية المهنية الناشئة عن أعمال التطوير العقاري. إن احتفاظ أمين الحساب بنسبة (5%) من القيمة الإنشائية للمشروع بعد حصول المطور على شهادة الإنجاز وحجزها لديه لمدة سنة كاملة من

[1147]– انظر:المادة 15/ب، قانون التطوير العقاري البحريني.وكذلك: المادة 20 من لائحته التنفيذية.

[1148]– المادة 22/أ،ب، اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري.

[1149]– انظر: المادة 15/ج، قانون التطوير العقاري البحريني. وكذلك المادة 23 من لائحته التنفيذية.

[1150]– المادة 23/أ/3، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1151]– أنظر في هذا المعنى: دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 211 ومابعدها. وكذلك: عواطف زرارة، المرجع السابق، ص 90. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 89 ومابعدها.

تاريخ الحصول على هذه الشهادة،[1152] قد يشكل نوعاً من الضمان في حال ظهور أية عيوب خفية في تنفيذ المشروع ورجوع المشتريين على المطور العقاري إلا إن هذه النسبة قد لا تفي بالالتزامات المالية التي قد تنتج عن إخلال المطور بالتزامه بالضمان وسلامة الإنجاز والبناء، كما إن آلية صرف هذا المبلغ بعد مضي السنة غير واضحة، لذا فإنه من الأفضل أن يُضمن القانون نصوصاً صريحة بالتزام المطور بضمان سلامة البناء لمدة لا تقل عن عشر سنوات أسوةً بالمقاول والمهندس وفقاً لأحكام القانون البحريني و كذلك أسوةً ببقية قوانين التطوير العقاري ضماناً لحقوق المشترين.[1153]

ولم يتضمن قانون التطوير العقاري البحريني إلزام المطور بالتأمين ضد خطر عدم قدرته على إكمال أشغال البناء المتفق عليها حتى يضمن المشتري استرداد ما دفعه من ثمن في حالة عدم نجاح المشروع مثلما نص عليه القانون الجزائري،[1154] وهو ضمان مهم جداً يتوجب على المشرع تضمينه القانون، خصوصاً وإن

[1152]– تنص المادة 27 من اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري على: " يحتفظ أمين حساب المشروع بنسبة (5%) من القيمة الإنشائية للمشروع بعد حصول المطور على شهادة الإنجاز، ولا تُصرف تلك النسبة إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ الحصول على هذه الشهادة". وكذلك تنص المادة 6/5 من القرار رقم 20 لسنة 2016 في شأن تنظيم مزاولة نشاط أمين حساب مشروع التطوير العقاري على:" يلتزم أمين حساب المشروع بما يلي:6– يحتفظ بنسبة (5%) من القيمة الإنشائية للمشروع بعد حصول المطور على شهادة الإنجاز، ولا تصرف هذه النسبة إلى المطوّر إلا بعد انقضاء سنة من تاريخ الحصول على هذه الشهادة".

1153– انظر في هذا المعنى: المادة 26 من قانون رقم 27 لسنة 2007 بشأن ملكية العقارات المشتركة في إمارة دبي، التي تنص على: " إلتزامات مطور العقار:

1– مع مراعاة أحكام عقد المقاولة المنصوص عليها في قانون المعاملات المدنية الاتحادي رقم (5) لسنة 1985 تستمر مسئولية المطور عن إصلاح أو تصحيح أية عيوب في الأجزاء الهيكلية من العقار المشترك والتي تخطره بها جمعية الملاك أو مالك أية وحدة لمدة عشر سنوات تبدأ اعتباراً من تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز للمشروع الذي قام بتطويره.

2– تستمر مسئولية المطور عن إصلاح أو استبدال التركيبات المعيبة في العقار المشترك لمدة سنة من تاريخ الحصول على شهادة الإنجاز للمشروع الذي قام بتطويره أو جزء منه وتشمل هذه التركيبات لغايات هذه المادة الأعمال الميكانيكية والكهربائية والتركيبات الصحية و تركيبات الصرف الصحي وما شابه ذلك.

3– مع مراعاة أحكام الفقرتين (1) و(2) السابقتين، ليس في هذا القانون ما يمنع أو يؤثر على أي حقوق أو ضمانات مكفولة لمالك الوحدة بموجب أي تشريع آخر تجاه المطور الرئيسي أو الفرعي للعقار.

4– يقع باطلاً أي اتفاق بعد نفاذ هذا القانون يتعارض مع ما ورد في هذه المادة."

التشريعات العقارية، منشور على الموقع الرسمي لدائرة الأراضي والأملاك لإمارة دبي :http://www.dubailand.gov.ae ، ص 84، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/15. وانظر كذلك المادة 46 من القانون 11–04 الجزائري على: " تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل البناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جرّاء النوعية الرديئة لأرضية الأساس". كما تنص المادة 49 من ذات القانون على: " يجب على المرقي العقاري أن يلتزم بمسؤوليته المدنية في المجال العقاري لفائدة زبائنه. ويتعين عليه، بهذه الصفة، مطالبة مكاتب الدراسات والمقاولين وشركائه الآخرين بكل الضمانات والتأمينات القانونية المطلوبة. ويستفيد من هذه الضمانات المالكون المتوالون على البناية"

[1154]– تنص المادة 54 من القانون 11–04 الجزائري على: " زيادة على التأمينات المطلوبة في التشريع المعمول به وفي إطار ممارسة نشاط مهنة المرقي العقاري طبقا لالتزاماته، يتعين على المرقي العقاري الذي يشرع في إنجاز المشروع العقاري من أجل بيعه قبل إنهائه اكتتاب ضمان الترقية =

المملكة عانت كثيراً من فشل مشاريع التطوير العقاري قبل صدور قانون التطوير العقاري، ولم تنته لجنة تسوية مشاريع التطوير العقاري المتعثرة من معالجة المشاريع المتعثرة المحالة إليها فيما عدا مشروع جفير فيوز الذي تم بيعه بالمزاد العلني عن طريق اللجنة،[1155] كما إن قانون تسوية مشاريع التطوير العقاري المتعثرة لا يضمن للمشتريين والمستثمرين الحصول على المبالغ التي سددوها للمطور العقاري كاملةً حيث إن حصيلة البيع تقسم على الدائنين قسمة غرماء كل بحسب نصيبه.[1156]

خامساً:الالتزام بالإدارة والصيانة:

يلتزم المطور العقاري بموجب القانون بأن يتولى إدارة وصيانة الوحدات المبيعة لمدة عامين من انتهاء تنفيذ المشروع وتسليمها إلى المشترين، وذلك في مقابل تحصيله التكاليف الفعلية مع نسبة 1% من تلك التكاليف كمصاريف إدارية،[1157] وبموجب هذا الالتزام يتولى المطور العقاري تنظيم وتسيير الأدوات والأجهزة الضرورية لإدارة الأملاك العقارية، وتحمُل عبء نفقات ومصاريف صيانة أي عنصر من عناصر تجهيزات تلك الأملاك والمنشآت العقارية، فيكون المطور العقاري مسئولاً عن إدارة المشروع العقاري طبقاً لأحكام إدارة ملكية الطبقات والشقق، كما يدخل ضمن مهامه الإعداد والإشراف على نظام الملكية المشتركة، ويطلق البعض على هذا الالتزام مسمى الضمان الثنائي على حسب مدة الضمان المقدرة بسنتين في مقابل الضمان العشري المقدر بعشر سنوات.[1158]

=العقارية قصد ضمان ما يأتي على الخصوص:- تسديد الدفعات التي قام بها المكتتبون في شكل تسبيقات. – إتمام الأشغال. – تغطية أوسع للالتزامات المهنية والتقنية".للمزيد أنظر في شرح هذه المادة: عز الدين زوبة، المرجع السابق، ص 62 ومابعدها. وكذلك: زاهية سي يوسف، المرجع السابق،ص 114 ومابعدها. وكذلك: قنى سعدية، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر ،الجزائر ،عدد تجريبي،سبتمبر 2013،ص 29ومابعدها.

[1155]– قرار لجنة تسوية مشاريع التطوير العقاري المتعثرة في المشروع رقم 03 لسنة 2015 (جفير فيوز)، الصادر بتاريخ 2017/1/23، المنشور في الجريدة الرسمية العدد3298، 2017/1/26.

[1156]– تنص المادة 5/8 من قانون تسوية مشاريع التطوير العقاري المتعثرة على: " إذا لم تتم التسوية بالطرق الودية خلال المدد المشار إليها بالمادة السابعة من هذا القانون، يجب على اللجنة البت في تسوية المشروع بقرار نهائي خلال مدة زمنية لا تتجاوز ثمانية عشر شهراً من تاريخ إحالته إليها، ولها في سبيل ذلك إتخاذ ما تراه مناسباً من الإجراءات و الوسائل الآتية: 5- للجنة بيع المشروع في المزاد العلني، وإيداع حصيلة البيع بخزينة وزارة العدل والشئون الإسلامية والأوقاف، واستثناء من القواعد العامة تتساوى جميع الديون في المرتبة و توزع حصيلة البيع على كل من له حق قسمة غرماء كل بحسب نصيبه، ويتم تسليم من وقع عليه البيع صورة قرار إيقاع البيع لتقديمها إلى جهاز المساحة والتسجيل العقاري، ولا يجوز إجراء معاملة تسجيل العقار باسم من أوقع عليه إلا بعد صيرورة قرار اللجنة نهائياً، ويكون هذا القرار سنداً لملكية من أوقع البيع عليه".

[1157]– المادة 19، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1158]– دغيش أحمد،المرجع السابق، ص 226.

ويشمل الالتزام بإدارة الأملاك التزام المطور العقاري بالعمل على تنظيم انتقال سلطة إدارة ملكية الأجزاء المشتركة من المشروع محل الضمان إلى إتحاد الملاك أو الإدارة المختارة من قبل المشترين المستفيدين من المشروع العقاري،[1159] وقبل صدور قانون التطوير العقاري وإلزامه للمطور بهذا الالتزام، كان المطورون العقاريون يُدرجون في عقود البيع على الخريطة نصوصاً تتعلق بالتزامهم بإنشاء اتحاد الملاك وإدارتهم للاتحاد للسنوات الأولى، بل إن بعضهم كان يزود المشتري بمسودة كاملة للنظام الأساسي لإتحاد ملاك مشروع التطوير العقاري.[1160]

وعليه نخلص إلى أن المطور العقاري ملزم بموجب القانون بعدة التزامات أبرزها الالتزام بنقل الملكية والالتزام بإكمال البناء وتسليم الوحدة العقارية في الميعاد المتفق عليه و الالتزام بالضمان وهي الالتزامات المعروفة في عقدي البيع والمقاولة، وإلى جانب هذه الالتزامات فإنه ملزم بالتزامات خاصة بطبيعته منها الالتزام بالتأشير بالمشروع العقاري على صحيفة العقار وقيد عقود البيع على الخريطة في السجل المخصص لذلك وملزم بالصيانة والإدارة لمدة سنتين متتاليتين من تاريخ إصدار شهادة الإنجاز وتسليم الوحدات للمشتريين، والالتزام بعدم تغيير الشكل القانوني للمطور حتى الإنهاء من تنفيذ المشروع العقاري وبعدم التصرف في المشروع العقاري إلا بموافقة الجهة المختصة،[1161] وعلى الرغم من أهمية هذه الالتزامات إلا إنه من الأفضل أن يلزم القانون المطور العقاري بالتأمين على مشروع التطوير العقاري ضد المسئولية المهنية بحيث يشمل هذا التأمين الأضرار الناتجة عن العيوب الخفية وعيوب البناء وكذلك مخاطر التوقف عن البناء بما يكفل إعادة الأموال المسددة من قبل المشترين والممولين.

[1159]– دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 226. وللمزيد حول إدارة ملكية الطبقات والشقق انظر في هذا المعنى: المواد (814 إلى 843) من القانون المدني البحريني. وكذلك: القرار رقم 9 لسنة 2004 بشأن اللائحة العامة لإدارة ملكية الطبقات والشقق، الجريدة الرسمية العدد2633، 2004/5/5. وكذلك: القرار رقم 10 لسنة 2004 بشأن أحكام توثيق اتفاق تكوين اتحاد ملاك العقارات، الجريدة الرسمية العدد2633، /2004/5. وأنظر في شرح هذه المواد: عبدالحميد عثمان محمد، المرجع السابق،ص 243 ومابعدها.

[1160]– نموذج عقد بيع شقة تحت الإنشاء في مشروع مارينا ويست. وكذلك: نموذج عقد بيع ابتدائي لوحدة سكنية في مشروع بوابة أمواج و مسودة النظام الأساسي لاتحاد ملاك مشروع بوابة أمواج.

[1161]– تنص المادة 9 من قانون التطوير العقاري البحريني على: " مع عدم الإخلال بحقوق المودعيين، يجوز التصرف في مشروع التطوير من قبل المطور، بموافقة الجهة المختصة وبعد التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في المادة (4) من هذا القانون".

الفرع الثاني: التزامات المشتري في عقد البيع على الخريطة:

يلتزم المشتري في عقد البيع على الخريطة بالتزامي المشتري في عقد البيع العادي والتزامي المستصنع بدفع الثمن وبتسلم المبيع، وإلى جانب هذين الالتزامين يلتزم كذلك بسداد التكاليف والرسوم المتفق عليها، ونبين هذه الالتزامات على النحو التالي:

أولاً: الالتزام بدفع الثمن:[1162]

يُعد الالتزام بدفع الثمن الالتزام الرئيسي المترتب على عاتق المشتري في عقد البيع على الخريطة، فهو ملزم بسداد الثمن حسب الدفعات المتفق عليها وفي الأوقات والتواريخ المتفق عليها، حيث اشترط القانون أن يتضمن عقد البيع على الخريطة بيان:[1163]

1. المبالغ التي يؤديها المشتري أياً كان نوعها، سواء أكانت ثمناً أو مصاريف أو عمولة أو أتعاباً أو رسوماً.
2. جدول بسداد الدفعات حسب مراحل تقدم العمل في المشروع.

إذاً فلا يمكن أن يُبرم عقد البيع على الخريطة دون بيان الثمن نظراً للطبيعة الخاصة لهذا العقد إذ إنه من عقود التمويل التي يساهم بموجبها المشتري في تمويل المطور العقاري خلال مرحلة البناء، وبالتالي لا يمكن أن يخلو العقد من هذا البيان الجوهري الذي اشترطه القانون. كما يفهم من القانون واللائحة التنفيذية بأن سداد كامل الثمن دفعة واحدة في عقود البيع على الخريطة أمر مستبعد، حيث إنه يتوجب تطبيق أحكام اللائحة التنفيذية إذا لم يتضمن العقد الاتفاق على تحديد نسب الدفعات الخاصة بمراحل تقدم العمل في الوحدة والتي تنظمها اللائحة وذلك على النحو التالي:[1164]

[1162]– أنظر في هذا المعنى: محمد عليان العزام،المرجع السابق، ص347. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص98 ومابعدها.

[1163]– المادة 6/14 و7، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1164]– تنص المادة 19 من اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري على: " مالم يتم الاتفاق بين المطور والمشتري بشأن تحديد نسب الدفعات الخاصة بمراحل تقدم العمل في الوحدة محل التعاقد بالشكل الذي يحقق الاستفادة الكاملة بها، يتم تحديدها بحسب نسبة الإنجاز وذلك ..... ".

مراحل تقدم العمل	نسبة الإنجاز	نسبة بسداد الدفعات
1	لا تتجاوز 20%	لا تزيد على 20% من قيمة البيع
2	لا تتجاوز 40%	لا تزيد على 40% من قيمة البيع
3	لا تتجاوز 60%	لا تزيد على 60% من قيمة البيع
4	لا تتجاوز 80%	لا تزيد على 80% من قيمة البيع
5	لا تتجاوز 100%	لا تزيد على 100% من قيمة البيع

ومن الأفضل أن يتم النص صراحةً على عدم جواز الاتفاق على سداد ثمن الوحدة العقارية كاملاً قبل التسليم، وذلك حمايةً لحقوق المشتريين ضد مخاطر توقف البناء وإفلاس المطور العقاري خصوصاً وإن قانون التطوير العقاري لم يلزم المطور بالتأمين ضد هذه المخاطر.

ويلتزم المطور العقاري بأن يمنح المشتري إيصالاً يفيد سداده للمبالغ المستحقة عليه إذا دفع هذه المبالغ مباشرةً للمطور أو إذا أودعها في حساب مشروع التطوير العقاري لدى أمين الحساب،[1165] حيث يتوجب إيداع كافة المبالغ المقدمة من المشتريين في حساب المشروع.

وفي حالة إخلال المشتري بسداد هذه الدفعات فإنه يجوز للمطور العقاري أن يمتنع عن تنفيذ التزاماته المتقابلة كالالتزام بتسجيل عقد البيع على الخريطة، نظراً لكون التزام المشتري بأداء الثمن سابق على التزام البائع باتخاذ إجراءات التسجيل ما لم يتفق على خلاف ذلك.[1166] كما يجوز للمطور العقاري أن يطلب من

[1165]– المادة 18، اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري.

[1166]– قضت محكمة تمييز دبي بأنه: " يدل النص في المادة الثالثة من القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي يدل – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة– على وجوب تسجيل كافة التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباعه على الخارطة في السجل العقاري المبدئي. ويلتزم بائع الوحدة العقارية المباعه على الخارطة بتسجيلها في اسم المشتري في السجل العقاري المبدئي كما هو الحال في حالة شرائها مباشرة من المطور، إلا أنه –وفقاً للمواد 246 و 511 (2) و556 من قانون المعاملات المدنية – يقابل التزام المطور أو بائع الوحدة العقارية المباعه على الخارطة باتخاذ الإجراءات اللازمة بتسجيلها في اسم المشتري في السجل العقاري المبدئي دفع كامل الثمن بحسبانه ركناً أساسياً من أركان عقد البيع وكي يتمكن من التصرف في الوحدة المباعة له طبقاً للمادة السادسة من قانون تنظيم السجل العقاري المبدئي السابق الإشارة إليه. وأن الأصل في تحديد ميعاد دفع الثمن يكون بالاتفاق بين الطرفين المتبايعين، فإن لم يوجد اتفاق بينهما في هذا الشأن فإن المشتري يكون ملزماً بدفع الثمن عند التعاقد وقبل المطالبة بتسجيل الوحدة المباعة في اسمه في السجل المبدئي، أي إن التزام المشتري بإلتزامه التعاقدي بأداء الثمن سابق على التزام البائع باتخاذ إجراءات التسجيل في السجل المبدئي مالم يتفق على خلاف ذلك. وترتيباً على ذلك يحق للبائع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه باتخاذ الإجراءات =

لجنة منازعات التطوير العقاري فسخ العقد بعد إعذاره للمشتري بكتاب مسجل بعلم الوصول بتنفيذ التزاماته خلال 90 يوماً، ويحق للمطور كذلك خصم نسبة لا تزيد على 10% من ما استوفاه من ثمن الوحدة محل عقد البيع ورد الباقي للمشتري، ويحق له التصرف في الوحدة التي صدر فيها حكم نهائي بالفسخ على أن يودع مبلغ بيع الوحدة لحساب المشتري في حدود المبلغ المستحق له.[1167] وهذه الإجراءات تتعلق بالنظام العام فلا يجوز للأطراف للاتفاق على مخالفتها، فلا يمكن فسخ عقد البيع على الخريطة تلقائياً وإنما يستوجب صدور حكم نهائي بذلك، وقد قضت محكمة تمييز دبي بأنه لا يجوز للمطور إلغاء العقد أو فسخه بصورة تلقائية بسبب إخلال المشتري بالتزاماته التعاقدية وأهمها عدم سداده الثمن وإنما يجب عليه إتباع الخطوات المنصوص عليها قانوناً وفي حال عدم إتباعها بضوابطها القانونية تحكم المحكمة ولو من تلقاء ذاتها بعدم قبول الطلب لتعلق هذه القواعد بالنظام العام.[1168]

وعليه فإن الاتفاق على مجاوزة نسبة الخصم المحددة في قانون التطوير العقاري في حالة فسخ العقد بسبب إخلال المشتري بالتزاماته التعاقدية، اتفاق باطل بموجب أحكام القانون، إذ لو كان خصم تلك النسبة مما يخضع لإرادة المتعاقدين لما كانت هناك ثمة حاجة لتدخل المشرع بتحديد هذه النسبة، كما إن المفهوم

= اللازمة لتسجيل ملكية الوحدة العقارية المباعة في اسم المشتري في السجل العقاري المبدئي إذا لم يقم الأخير بتنفيذ التزامه بأداء الثمن ما لم يتفق على خلاف ذلك بتأجيل دفع الثمن أو بتقسيطه إلى تاريخ لاحق لتاريخ البيع وهو ما تستخلصه محكمة الموضوع من الواقع المطروح عليها في الدعوى". الطعن رقم 2011/122 عقاري– صادر بتاريخ 2011/6/26، نقلاً عن: زيشا ريزيف، عبدالغني، أهم المبادئ التي قررتها محكمة التمييز بدبي في الدعاوى العقارية في الفترة من 2009 حتى 2012، منشور على الموقع الإلكتروني لشركة اس تي ايه (STA) للإستشارات القانونية: https://www.stalawfirm.com/ar/blogs/view/2009-2012.html، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/11.

[1167]– تنص المادة 17 من قانون التطوير العقاري البحريني على: أ– في حالة إخلال المشتري بالتزاماته التعاقدية دون مبرر أو عذر مقبول، يجوز للمطور بعد إعذاره بكتاب مسجل بعلم الوصول بتنفيذ إلتزامه خلال تسعين يوماً، أن يطلب من اللجنة فسخ العقد ورَدّ ما استوفاه من ثمن الوحدة محل عقد البيع مع خصم نسبة لا تزيد على 10% منه، وذلك دون الإخلال بحقه في التعويض عن الضرر. ب – يحق للمطور التصرف في الوحدة التي صدر فيها حكم نهائي بالفسخ على أن يودع مبلغ بيع الوحدة لحساب المشتري في حدود المبلغ المستحق له".

[1168]– انظر في ذلك :الحكم الصادر في الطعنين رقم 105 و 106 لسنة 2011 عقاري بتاريخ 2011/12/11 : " مفاد النص في صدر المادة 11 سالفة البيان أنه في حالة إخلال المشتري بأي شرط من شروط عقد بيع الوحدة العقارية المبرم مع المطور فعلى الأخير إخطار الدائرة بذلك، وعلى الدائرة إمهال المشتري سواء حضورياً أو بواسطة البريد المسجل أو بالبريد الإلكتروني لمدة (30) يوماً للوفاء بإلتزاماته التعاقدية وإذا انقضت المهلة المحددة دون قيام المشتري بتنفيذ إلتزاماته التعاقدية تطبق الأحكام الآتية ثم أوضحت المادة 15 من قرار رئيس المجلس التنفيذي رقم 6 لسنة 2010 بإعتماد اللائحة التنفيذية للقانون رقم 13 لسنة 2008 وتعديلاته الخطوات التي يجب على المطور إتباعها في حال إخلال المشتري بأي من إلتزاماته المنصوص عليها في عقد بيع الوحدة العقارية المبرم بينه و بين المطور ومن مؤدى ذلك أنه لا يجوز للمطور إلغاء العقد أو فسخه بصورة تلقائية بسبب إخلال المشتري بإلتزاماته وأهمها عدم سداد الثمن وإنما يجب عليه إتباع الخطوات المنصوص عليها في المواد سالفة الذكر وفي حال عدم إتباعها بضوابطها القانونية تحكم المحكمة ولو من تلقاء ذاتها بعدم قبول الطلب لتعلق هذه القواعد بالنظام العام". نقلاً عن: زيشا ريزيف، عبدالغني، المرجع السابق.

المعاكس لعبارة– خصم نسبة لا تزيد على– أنه يحظر على المطور خصم ما يجاوز الحد الأقصى لهذه النسبة حتى ولو اتفق مع المشتري على خلاف ذلك.[1169]

[1169]– وفي ذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه: " إذا كان المشرع قد أصدر القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم السجل العقاري المبدئي في إمارة دبي المعدل بعض أحكامه بموجب القانون رقم 9 لسنة 2009 ونص في المادة 11 منه على أنه :

((1– إذا أخل المشتري بأي شرط من شروط عقد بيع الوحدة العقارية المبرم مع المطور فعلى الأخير إخطر الدائرة بذلك، وعلى الدائرة إمهال المشتري سواء حضورياً أو بواسطة البريد المسجل أو بالبريد الإلكتروني لمدة (30) يوماً للوفاء بالتزاماته التعاقدية.

2– إذا انقضت المهلة المشار إليها في البند (1) من هذه المادة دون قيام المشتري بتنفيذ التزاماته التعاقدية تطبق الأحكام التالية:

أ– في حال إنجاز المطور ما لا يقل عن 80% من المشروع العقاري يجوز للمطور الاحتفاظ بكل المبالغ المدفوعة مع مطالبة المشتري بسداد ما تبقى من قيمة العقد، وفي حال تعذر ذلك جاز للمطور المطالبة ببيع العقار بالمزاد العلني لإقتضاء ما تبقى من المبالغ المستحقة له.

ب– في حال إنجاز المطور ما لا يقل عن 60% من المشروع العقاري، يجوز للمطور فسخ العقد وخصم مالا يجاوز 40% من قيمة الوحدة العقارية المنصوص عليها في العقد.

ج– في حالة المشاريع العقارية التي بدأ فيها الإنشاء ولم تصل نسبته إلى 60% يجوز للمطور فسخ العقد وخصم ما لا يجاوز 25% من قيمة الوحدة العقارية المنصوص عليها في العقد.

د– في حالة المشاريع العقارية التي لم يبدأ فيها الإنشاء لأسباب خارجة عن إرادة المطور ودون إهمال أو تقصير منه يجوز للمطور فسخ العقد وخصم ما لا يجاوز 30% من قيمة المبالغ المدفوعة من قبل المشتري.

3– لأغراض الفقرتين (ج) و(د) من البند (2) يقصد ب " الإنشاء" قيام المقاول باستلام موقع المشروع العقاري والبدء في الأعمال الإنشائية حسب التصاميم المعتمدة من الجهات المختصة.

4 – لغايات الفقرتين (ب) و(ج) من البند (2) على المطور إرجاع المبالغ المستحقة للمشتري خلال مدة لا تجاوز سنة واحدة من تاريخ الإلغاء أو خلال مدة لا تجاوز ستين يوماً من تاريخ إعادة بيع الوحدات العقارية أيهما أسبق.

5 – على الرغم مما ورد بالفقرتين (1) و(2) من هذه المادة، يجوز للمؤسسة بناءً على تقرير مسبب أن تقرر إلغاء المشروع العقاري، وفي هذه الحالة يجب على المطور إرجاع جميع المبالغ المستلمة من المشتري وذلك وفقاً للإجراءات والأحكام المنصوص عليها في القانون رقم (8) لسنة 2007 بشأن حسابات ضمان التطوير العقاري في إمارة دبي.

6 – لا تسري الأحكام المنصوص عليها في هذه المادة على عقود بيع الأراضي التي لم يتم البيع فيها على الخارطة حيث تظل خاضعة للأحكام المنصوص عليها في العقد المبرم بين طرفيه.

7– تسري أحكام هذه المادة على جميع العقود التي أبرمت قبل العمل بأحكام هذا القانون.))

فإن مفاد ذلك أن المشرع وضع بموجب هذه المادة قواعد يجب على كل من المطور و دائرة الأراضي و الأملاك ومؤسسة التنظيم العقاري إتباعها فيما يخصه، وأن ما استهدفه من تلك القواعد هو تحقيق مبادئ العدالة للحفاظ على توازن بين مصلحة وحقوق كل من الطرفين والمشترين والحرص على إستقرار المعاملات في مجال العقارات التي هي من الأنشطة ذات الأهمية للإقتصاد في إمارة دبي، فتعتبر تلك القواعد من النظام العام، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للمطور الاتفاق مع المشتري على مخالفتها، فإذا إتفق في حالة فسخه لعقد بيع الوحدة العقارية على الخارطة بسبب إخلال المشتري بأي شرط من شروط العقد أن يحق له أن يخصم من قيمة الوحدة العقارية المنصوص عليها في العقد أو من قيمة المبالغ المدفوعة من قبل المشتري – بحسب الأحوال– ما يجاوز النسبة المحددة لأي حالة من الحالات المشار إليها في الفقرات (ب) و (ج) و(د) من البند الثاني من المادة السالفة البيان، فإن الاتفاق يكون باطلاً، إذ لو كان خصم تلك النسبة مما يخضع لإرادة المتعاقدين لما كانت هناك ثمة حاجة تدعو للمشرع لأن يتدخل ويحدد نسبة الخصم وفقاً للأسس المنصوص عليها في هذه المادة، والمفهوم المعاكس لعبارة "وخصم ما لايجاوز" الواردة على النسبة المحددة لكل حالة من الحالات المشار إليها في الفقرات (ب) و(ج) و(د) من البند الثاني من المادة سالفة البيان، أنه يحظر على المطور خصم ما يجاوز الحد الأقصى لهذه النسبة حتى ولو اتفق مع المشتري على خلاف ذلك".الطعن رقم 123 لسنة 2010 عقاري– صادر بتاريخ 2011/5/8،نقلاً عن: زيشا ريزيف، عبدالغني، المرجع السابق.

ثانياً: الالتزام بتسلم الوحدة العقارية:[1170]

يلتزم المشتري في عقد البيع على الخريطة باستلام الوحدة العقارية وتقبلها، ويكون الاستلام في الموعد المحدد المتفق عليه أو الموعد الذي يحدده المطور لذلك بموجب الإخطار المسجل بعلم الوصول الذي يرسله للمشتري لاستلام الوحدة العقارية محل التعاقد، وذلك بتوقيع المشتري على محضر الاستلام الذي يعتبر بمثابة إقرار باستلام الوحدة مطابقة للمواصفات المرخص بها أو المتفق عليها.[1171]

ويترتب على تسلم المشتري الوحدة العقارية استحقاق البائع القسط الأخير من الثمن، وانتقال حق الانتفاع بالعين المبيعة إلى المشتري بحيث يصبح للمشتري حق الاستعمال. فبتسلم الوحدة العقارية يصبح المشتري مالكاً ملكية كاملة لها، ويترتب على الاستلام كذلك انتقال تبعة هلاك العقار إلى المشتري فيما عدا عيوب البناء حيث يتحمل البائع تبعة الهلاك الناتجة عنها.[1172]

فإذا أخل المشتري بالتزامه باستلام الوحدة العقارية بالتخلف عن الحضور في الموعد المحدد في الإخطار المرسل له من قبل المطور العقاري، فعلى المطور إخطاره بموعد آخر للتسليم، فإذا لم يحضر في الموعد المحدد للمرة الثانية يعتبر المطور قد قام باتخاذ الإجراءات اللازمة لتسليم الوحدة محل التعاقد في الموعد المحدد ويتوجب على المطور إخطار الإدارة المختصة بذلك، أي يعتبر المشتري قد تسلم الوحدة العقارية تسلماً حكمياً وهو ما يترتب معه كافة آثار الاستلام من استحقاق البائع للقسط الأخير وانتقال تبعة الهلاك،[1173] كما يجوز للبائع أن يطلب فسخ العقد وخصم 10% من قيمة ما وفاه المشتري من ثمن الوحدة والمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى وذلك وفقاً لأحكام المادة 17 من قانون التطوير العقاري.

[1170]– أنظر في هذا المعنى: دغيش أحمد، المرجع السابق، ص 209. وكذلك: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 101.

[1171]– المادة 22 ببنديها أ وب، اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري.

[1172]– نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 103.

[1173]– تنص المادة 22/ج من اللائحة التنفيذية لقانون التطوير العقاري على: " ج– إذا تخلف المشتري عن الحضور في الموعد المحدد في الإخطار، يقوم المطور بإخطاره بموعد آخر للتسليم، وإذا لم يحضر المشتري في الموعد المحدد للمرة الثانية يعتبر المطور قد قام باتخاذ الإجراءات اللازمة لتسليم الوحدة محل التعاقد في الموعد المحدد وتخطر الإدارة المختصة".

ثالثاً:الالتزام بأداء المصاريف والرسوم المفروضة في العقد:

يلتزم المشتري بأن يؤدي للمطور العقاري رسوم الإدارة وصيانة الوحدة المبيعة والمصاريف الإدارية وذلك خلال العامين التاليين لتسلمه الوحدة العقارية، وكذلك الالتزام بسداد كافة المصاريف والرسوم المتفق عليها مع المطور العقاري كرسوم القيد في السجلات.[1174]

إذاً فالتزامات المشتري في عقد البيع على الخريطة هي ذاتها التزامات المشتري في عقد البيع العادي فيما عدا التزام المشتري بأداء مصاريف ورسوم الإدارة والصيانة.

ولقد أناط القانون بـ " لجنة منازعات التطوير العقاري" الفصل في الدعاوى والمنازعات الناشئة عن أعمال ومشاريع التطوير العقاري بما في ذلك عقود البيع على الخريطة.[1175] ولقد أنشأت هذه اللجنة بموجب قانون التطوير العقاري،[1176] فأصبح الاختصاص القضائي بنظر أي نزاع بين طرفي عقد البيع على الخريطة ضمن اختصاصها. و إنشاء جهاز قضائي مختص بنظر هذه المنازعات يعتبر إحدى الضمانات التي استحدثها قانون التطوير العقاري لضمان تنفيذ أحكام القانون بالشكل الصحيح، حمايةً لمصالح المتعاقدين نظراً لأهمية عقد البيع على الخريطة وانتشار تطبيقه بشكل واسع في مملكة البحرين، ولضمان سرعة الفصل في هذه النزاعات فقد حدد نظام عمل اللجنة مدة إصدار القرار بثلاثة أشهر من تاريخ استلام أمانة السر

[1174]– المادة 19، قانون التطوير العقاري البحريني. وأنظر كذلك في هذا المعنى: نسيمة ديدان بوجنان، المرجع السابق، ص 104 ومابعدها.

[1175]– تنص المادة 27 من قانون التطوير العقاري البحريني على:

" أ– تختص اللجنة بالفصل على وجه السرعة فيما يلي:

1– الدعاوى والمنازعات الناشئة عن أعمال ومشاريع التطوير العقاري الخاضعة لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية.

2– الدعاوى والمنازعات المنصوص عليها في البند رقم (7) من المادة (8) والمادة (8 مكرراً) من قانون المرافعات المدنية والتجارية.

3– الدعاوى التحفظية والوقفية المتعلقة بالدعاوى والمنازعات المذكورة.

4 – عرض التسوية الودية أو الصلح على أطراف النزاع.

ب– تستمر المحاكم في نظر الدعاوى المرفوعة قبل تاريخ العمل بهذا القانون والدعاوى الناشئة عن تطبيق أحكامه لحين مباشرة اللجنة اختصاصها إلى أن يصدر فيها حكم نهائي."

[1176]– تنص المادة 26 من قانون التطوير العقاري البحريني على: " تنشأ في الوزارة لجنة تسمى (لجنة منازعات التطوير العقاري)، تشكل بقرار من الوزير كل ثلاث سنوات على النحو الآتي:

1– قاضيان من المحكمة الكبرى، يندبهما لذلك المجلس الأعلى للقضاء، ويتولى أحدهما رئاسة اللجنة.

2– موظف من ذوي الخبرة في الشؤون العقارية، يرشحه الوزير المختص بناءً على طلب الوزير.

ويؤدي عضو اللجنة من غير القضاة أمام الوزير اليمين الآتية: (أقسم بالله العظيم أن أؤدي أعمالي بالأمانة والصدق، وأن أحترم قوانين المملكة ونظمها)". ولقد صدر القرار رقم 7 لسنة 2015 بشأن تشكيل لجنة منازعات التطوير العقاري. كما صدر القرار رقم 10 لسنة 2015 بشأن نظام عمل لجنة منازعات التطوير العقاري والإجراءات الخاصة بعرض النزاع عليها و وسائل الإخطار بقراراتها، ملحق الجريدة الرسمية 3195، 2015/2/5. وحتى الإنتهاء من كتابة هذا البحث لم تباشر اللجنة اختصاصها القضائي.

طلب الفصل في النزاع، وقد أجاز أن تُمد المهلة لمدة إضافية على ألا تتجاوز مدة الفصل في النزاع ستة أشهر في مجموعها من تاريخ استلام أمانة السر الطلب،[1177] وتستأنف قرارات هذه اللجنة أمام المحكمة الكبرى المدنية بصفة استئنافية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها أو إعلانها حسب الأحوال،[1178] إلا إنه حتى الآن لم تباشر لجنة منازعات التطوير العقاري اختصاصها القضائي على الرغم من مرور ثلاث سنوات تقريباً على صدور القانون وصدور قرار تشكيلها ونظام عملها.

وبموجب الاختصاص القضائي هذا فإن القانون قلص من حرية الأفراد في اللجؤ إلى التحكيم كوسيلة بديلة لحل المنازعات، وحسناً فعل المشرع بذلك، فطبيعة عقود البيع على الخريطة تقتضي تقليص ذلك وفرض أحكام خاصة بها، خصوصاً وإن الكثير من نماذج عقود البيع على الخريطة قبل صدور قانون التطوير العقاري تتضمن شرطاً باختصاص التحكيم في نظر المنازعات الناشئة عنها وهو ما ساهم بشكل كبير في تعطيل نظر هذه المنازعات بسبب عدم استجابة شركات التطوير لطلب تعيين هيئة التحكيم ومن ثم الاضطرار إلى اللجوء إلى القضاء لتعيين هيئة تحكيم للفصل في النزاع وهو ما يؤدي إلى إطالة مدة النزاع وأمد التقاضي، إضافةً إلى ذلك فإن شرط التحكيم الوارد في بعض نماذج عقود البيع على الخريطة غير واضح بالنسبة للأفراد كالشرط الذي يمنح مجلس إدارة شركة التطوير العقاري الحق في تعيين المحكم والشرط الذي ينص على اختصاص المحكم في الفصل في أسباب تأخر البناء فقط دون أن يكون له الحق في نظر النزاع بأكمله وهو ما يتطلب اللجوء إلى القضاء مجدداً بعد صدور حكم التحكيم،[1179] الأمر الذي يتطلب حماية المشترين في عقود البيع على الخريطة من شروط التحكيم.

[1177]– تنص المادة 15 من نظام عمل لجنة منازعات التطوير العقاري والإجراءات الخاص بعرض النزاع عليها على: " يصدر قرار اللجنة في موضوع النزاع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ استلام أمانة السر طلب الفصل فيه، ويجوز للجنة لأسباب تعود إلى طبيعة النزاع ، أن تمد المهلة مدة إضافية، على ألا تتجاوز في مجموعها ستة أشهر من تاريخ استلام أمانة السر الطلب".

[1178]– المادة 28، قانون التطوير العقاري البحريني.

[1179]– ينص شرط التحكيم الوارد في نموذج عقد بيع وحدة سكنية في مشروع بوابة أمواج: " 26– يحال كل خلاف قد ينشأ بخصوص هذا النظام، أو العقود والاتفاقات المشار إليها فيه إلى محكم فرد يتفق عليه أطراف النزاع خلال 15 يوماً من تاريخ نشوء الخلاف، فإن لم يتفق الطرفان على المحكم خلال الفترة المذكورة، عين مجلس الإدارة محكماً لنظر النزاع خلال فترة 15 يوماً. فإن كان أحد أعضاء مجلس الإدارة طرفاً في النزاع، امتنع عليه حضور الاجتماع الذي يقرر فيه المجلس اسم المحكم. وتصدر هيئة التحكيم حكمها في المنازعة في ظرف ثلاثين يوماً قابلة للتجديد مرة واحدة فقط باتفاق أطراف المنازعة، ويكون هذا الحكم نهائي غير قابل للطعن". كما ينص بند التحكيم الوارد في عقد بيع ابتدائي لشقة سكنية في مشروع زاوية 02 في المادة العاشر منه على: "1. يلتزم الطرف الأول بأن ينهي جميع أعمال البناء في المبنى ومرافقه والتشطيب وتوصيلات الكهرباء والماء الذي توجد فيه الشقة خلال فترة لا تجاوز 18 شهراً تبدأ من شهر نوفمبر 2007، ويجوز أن تمتد مدة البناء لستة أشهر بناء على تقدير الطرف الأول.=

=2. مع عدم الإخلال بحكم الفقرة السابقة، يجوز – استثناء– أن يمتد ميعاد الانتهاء من أعمال البناء، وذلك إذ تأخرت أعمال البناء لسبب لا يعود للطرف الأول. فإذا حدث خلاف بشأن ذلك، أحيل الخلاف إلى محكم فرد يتفق الطرفان على تسميته؛ ليقرر إن كان التأخير يعود للطرف الأول أم لأسباب لا علاقة لها به، وذلك خلال شهر من تاريخ تعيينه محكماً".

فضلاً عن ذلك فإن بعض أحكام القانون تتعلق بالنظام العام كبطلان عقد البيع على الخريطة لعدم تسجيله. وفي ذلك قضت محكمة تمييز دبي بأنه: "المقرر أنه لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ومن مقتضى الفقرة الرابعة من المادة 203 من قانون الإجراءات المدنية أنه لا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ومن ثم فإن التصرفات التي ترد على الوحدات العقارية المباعه على الخارطة دون الالتزام بما أوجبه المشرع بنص آمر – هو نص المادة 3 من القانون رقم 13 لسنة 2008 بشأن تنظيم التسجيل العقاري المبدئي في إمارة دبي– بوجوب تسجيلها في السجل العقاري المبدئي – لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم وذلك لمخالفته للنظام العام، لما كان ذلك، وكان عقد البيع موضوع الدعوى محله وحدة عقارية مباعة على الخارطة، والطاعن استند في طلب بطلانه إلى أحكام المادة 3 من القانون المشار إليه وهي من القواعد المتعلقة بالنظام العام فلا يجوز أن يرد الصلح عليها وبالتالي لا يصح أن تكون موضوعاً لتحكيم– مما لازمه – أن شرط التحكيم الوارد في العقد لا يمتد أثره إلى الدعوى ولا يجوز للشركة المطعون ضدها التمسك به وكان الحكم المطعون فيه لم يلتزم هذا النظر وأيد الحكم الابتدائي الذي قضى بعدم قبول الدعوى لوجود شرط التحكيم، وكان يتعين عليه أن يقضي في موضوع الاستئناف بإلغاء ذلك الحكم وأن يعيد الدعوى إلى المحكمة الابتدائية لتفصل فيها، وإذا لم يفعل ذلك فإنه يكون قد خالف القانون بما يوجب نقضه".[1180]

وعليه نخلص إلى أن عقد البيع على الخريطة من العقود العقارية المهمة التي تعمل على تنشيط حركة سوق العقار وتوفير وحدات عقارية ذات استعمال سكني أو تجاري أو صناعي، بطريقة ميسرة تتلاءم مع حاجات الأفراد حيث يتم سداد الثمن من خلال دفعات تتناسب مع مراحل الإنجاز والبناء، ويعتبر عقد البيع على الخريطة أحد عقود الاستصناع المستحدثة وفقاً للتكييف الفقهي الإسلامي، وقد أقر مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشرعية هذا العقد وبملاءمته للتمويل العقاري، إلا إن طبيعة هذا العقد وأهميته تتطلب تنظيمه من الناحية القانونية بشكل دقيق جداً لحماية مصالح المتعاقدين مع المطور العقاري. وقد تبين لنا قصور التنظيم الوارد في قانون التطوير العقاري البحريني ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة له حيث خلا القانون من إلزام المطور العقاري بالتأمين ضد مخاطر المسئولية المهنية ومخاطر التوقف عن البناء والإفلاس على الرغم من أهمية وجوهرية هذه الالتزامات خصوصاً وإنه حتى الآن لم تتم تسوية المشاريع المتعثرة قبل صدور قانون التطوير العقاري، فضلاً عن ذلك فإن القانون أناط بالسلطة التنفيذية تنظيم بعض

[1180]– الطعن رقم 2010/249عقاري، جلسة 2014/12/4،نقلاً عن: زيشا ريزيف، عبدالغني، المرجع السابق.

الأمور البالغة الأهمية كإصدار نموذج عقد بيع على الخريطة وتنظيم إصدار شهادات الإنجاز إلا أنه حتى الآن لم تصدر القرارات المنظمة له.

كما نخلص إلى أن صيغتي الاستصناع والمشاركة المتناقصة هما الصيغتان الأساسيتان في مجال الاستثمار العقاري، حيث تقصرالمصارف الإسلامية صيغة المشاركة المتناقصة على الشركات والمستثمرين دون الأفراد، كما إن طبيعة هذه الصيغة تلائم الاستثمار أكثر منها للأفراد، كما إن صيغة الاستصناع تعد الصيغة الأكثر ملائمة لتمويل البناء كونها أساسا عقد وارد على العمل، وتقصر بعض المصارف هذه الصيغة على الشركات دون الأفراد، على الرغم من أهمية هذه الصيغة وملاءمتها لأعمال البناء وهو ما يستحسن التوسع في صيغ الاستصناع في المجال العقاري وإتاحتها للأفراد.

الخاتمة

وفي ختام بحثنا لموضوع النظام القانوني للتمويل المصرفي الإسلامي في إطار البناء والاستثمار العقاري، وبحثنا لصيغ التمويل الإسلامية الأساسية المتمثلة في المرابحة للآمر بالشراء والإجارة المنتهية بالتمليك والمشاركة المتناقصة وعقد الاستصناع، وبحثنا لعقد البيع على الخريطة باعتباره إحدى الصيغة المستحدثة للاستصناع وباعتباره أحد طرق التمويل المنتشرة بشكل واسع في مملكة البحرين، توصلنا إلى الاستنتاجات والتوصيات الآتية:

أولاً: الاستنتاجات:

1. يعد التمويل العقاري نشاطاً ائتمانياً، يُعنى بتوفير السيولة النقدية اللازمة لتغطية نفقات تملك أو بناء أو ترميم عقار لصالح الشخص الطبيعي أو المعنوي، الخاص أو العام، عبر منحه الائتمان بإحدى صور التمويل المتاحة سواء كانت قروضاً تجارية، أو تأجيراً تمويلياً، أو غير ذلك من صيغ التمويل الإسلامية كالمرابحة والمشاركة والإجارة المنتهية بالتمليك والاستصناع.

2. لم ينظم المشرع البحريني نشاط التمويل العقاري باعتباره نشاطاً اقتصادياً هاماً في قانون خاص، وإنما أخضع المؤسسات المالية والمصرفية لقانون مصرف البحرين المركزي وللقوانين الخاصة بهذه المؤسسات وللإطار القانوني العام للتعامل في العقارات في مملكة البحرين، حيث اقتصر تنظيم المشرع البحريني على التمويل العقاري المدعوم من قبل الحكومة " نظام الإسكان".

3. تعد صيغ التمويل الإسلامي ملائمة للتطبيق في مجال التمويل العقاري، فمن خلال المرابحة والإجارة المنتهية بالتمليك والمشاركة المتناقصة يُمكن تملك العقارات عن طريق شرائها، كما إن صيغ الاستصناع والإجارة الموصوفة في الذمة والمشاركة المتناقصة تقدم التمويل اللازم للبناء والاستثمار في المجال العقاري، ويعتبر الاستصناع أكثرها ملائمة لتمويل البناء وتمويل مستلزماته ونفقاته.

4. يعتبر النظام القانوني لصيغ التمويل الإسلامي نظام مزدوج، يجمع بين الأحكام الشرعية المتمثلة في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية،الملزمة

للمصارف العاملة في مملكة البحرين استناداً إلى تعليمات مصرف البحرين المركزي، وبين أحكام التشريعات البحرينية المختلفة المنظمة للتمويل المصرفي و للعقود الواردة على العقارات وغيرها من القوانين، أهمها: قانون مصرف البحرين المركزي، قانون التسجيل العقاري، القانون المدني، قانون التجارة، قانون التطوير العقاري.

5. تختلف الطبيعة القانونية لعقود التمويل العقاري الإسلامية، وذلك باختلاف الأساس الشرعي لها واختلاف العقود التي تتكون منها كل صيغة، إلا إنها في أغلبها تعتبر عقود مركبة تجمع بين طياتها مجموعة من العقود لتحقيق الغرض المقصود منها.

6. يعتبر عقد الإيجار التمويلي اللاحق، أو عقد الشراء والإجارة للبائع مع التملك الصورة الإسلامية المقابلة له، عقد مخالف للقواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام، حيث تتوافر فيه أسباب منع البيع بالوفاء، فهو وسيلة ملتوية من وسائل الضمان، تبدأ ستاراً للرهن وتنتهي بتجريد البائع من ملكه بثمن بخس، حيث تتهرب هذه الصورة من القواعد القانونية الخاصة بقيد الرهن العقاري الحيازي وتسجيله، وهو ما يوجب إيقاف العمل بهذه الصورة لمخالفتها للنظام العام ولانعدام التوازن العقدي بين طرفي العقد، خصوصاً وإن أحكام القضاء البحريني تزخر بالحالات التي جُرد فيها طالب التمويل من ملكه بسبب تعثره عن السداد وبقى مديناً للمصرف بقيمة التمويل بأكمله.

7. يعتبر عقد البيع على الخريطة من العقود المسماة في القانون البحريني، حيث أفرد له المشرع أحكاماً خاصة في قانون التطوير العقاري ولائحته التنفيذية والقرارات المنفذة لهما، ولقد اعتبره قانون التطوير العقاري أحد عقود التمويل، إذ أنه عقد مركب ذو طبيعة خاصة يجمع بين أحكام عقد البيع وعقد المقاولة بالإضافة إلى الأحكام الخاصة التي تنظمه من إجراءات التسجيل والشهر وغيرها من الأحكام.

8. تعتبر المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية ملزمة للمصارف الإسلامية المرخص لها في مملكة البحرين بموجب الدليل الإرشادي والتوجيهات الرقابية الصادر عن مصرف البحرين المركزي، وهي بذلك تعتبر بمثابة القانون الواجب التطبيق على الأحكام الشرعية

لعقود التمويل المصرفي الإسلامية، وذلك بما لا يخالف أحكام التشريعات البحرينية النافذة، وخاصة المتعلق منها بالنظام العام، حيث تبقى هذه المعايير بمرتبة القرارات الإدارية التي يجب أن لا تخالف أحكام التشريعات القانونية الأعلى منها.

9. تتضمن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بعض المخالفات للتشريعات القانونية المتعلقة بالنظام العام، وأهمها اشتراط قانون التسجيل العقاري قيد وتسجيل جميع التصرفات الواردة على العقار لانتقال الملكية، حيث تنص المعايير على صحة التملك بعقد البيع ولو لم يتم تسجيله رسمياً، كما تتضمن هذه المعايير مخالفة للمادة 225 من القانون المدني والتي حظرت الاتفاق على الشرط الجزائي في عقود المعاملات المالية، حيث تضمن معيار المرابحة وكذلك معيارالإجارة المنتهية بالتمليك شرط إلزام العميل بالتصدق في حال إخلاله بسداد الأقساط المستحقة للمصرف، والذي كيفه القضاء البحريني بأنه شرط جزائي باطل لمخالفته أحكام النظام العام.

10. يعتري قانون التطوير العقاري البحريني والقرارات المنفذة له القصور في بعض جوانبه، أبرزها خلوه من النص على الضمان العشري الذي يلتزم فيه المطور العقاري بسلامة البناء لمدة عشر سنوات من تاريخ تسليمه للوحدة العقارية، كذلك خلوه من إلزام المطور العقاري بالتأمين ضد خطر عدم قدرته على استكمال أعمال البناء المتفق عليها حتى يضمن المشتري استرداد ما دفعه من ثمن في حال عدم نجاح مشروع التطوير العقاري. فضلاً عن ذلك، فإن بعض الجزئيات الهامة التي أناط القانون بالقرارات التنفيذية أمر تنظيمها، لم تصدر حتى الآن على الرغم من مرور ما يقارب ثلاث سنوات على صدور القانون، منها على سبيل المثال شهادة الإنجاز التي اعتبرها القانون دليلاً على إنتهاء المطورالعقاري من تنفيذ المشروع، وتسليمه الوحدات العقارية للمشتريين مطابقة للمواصفات.

11. لم يتم تفعيل نصوص قانون التطوير العقاري المتعلقة بالاختصاص القضائي لـ " لجنة منازعات التطوير العقاري" على الرغم من صدور القرار الوزاري رقم 7 لسنة 2015 بشأن تشكيلها، والقرار

رقم 10 لسنة 2015 بشأن نظام عملها والإجراءات الخاصة بعرض النزاع عليها، حيث لم تباشر هذه اللجنة اختصاصاتها القضائية حتى الآن وذلك حسبما تشير له سجلات المحاكم.

12. إن القيد الوارد على حق المصرف الإسلامي في التصرف في العقار الممول بإحدى طرق التمويل في حال تعثر العميل عن الوفاء بالتزاماته المالية، بتعليقه على موافقة العميل ذاته أو بموجب إقرار موثق بالبيع، الواردة في المادة 135 من اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري مشوب بعدم الدستورية لمساسه بحق الملكية الخاصة، حيث يصادر هذا القيد حق المصرف في التصرف في ملكه الخاص بشكل مطلق فيبقى رهن إرادة العميل المخل بالتزاماته العقدية.

ثانياً: التوصيات:

1. تنظيم التمويل العقاري بإصدار قانون خاص ينظم جميع جوانب التمويل العقاري في مملكة البحرين. بدءاً من إنشاء هيئة عامة للتمويل العقاري تعنى بضبط هذا النشاط ومنح التراخيص اللازمة لمزاولته بالترتيب مع مصرف البحرين المركزي والجهات المعنية بالقطاع العقاري، وتحديد صيغ التمويل العقاري وآلياته بحيث تكون هذه الصيغ شاملة لصيغ التمويل الإسلامي،على أن تراعى في أحكامه الظروف الاجتماعية والاقتصادية لأطراف العقد بحيث تحقق أحكامه التوازن العقدي بين مؤسسات التمويل و طالبي التمويل.

2. تنظيم الإيجار التمويلي بإصدار قانون خاص ينظم جميع جوانب التمويل الإيجاري بما فيها أحكام الإجارة المنتهية بالتمليك باعتبارها الصيغة الإسلامية المطبقة من قبل المصارف الإسلامية، وكذلك بإنشاء جهاز مختص يعنى بتسجيل الشركات والمؤسسات المرخص لها بممارسة هذا النشاط، وبتسجيل عقود التمويل الإيجاري. وبتنظيم جميع جوانب الإيجار التمويلي بما يحقق التوازن العقدي بين طرفيه وذلك باشتراط النص صراحةً في عقود التمويل على بيان مقابل التملك ومقابل الاستئجار، والنص صراحةً على إنه في حالة فسخ العقد برضا الطرفين أو بأحكام العقد أو بأحكام القانون فإن للمستأجر الحق في استرداد قيمة حق التملك للفترة التي دفعها، ومن الممكن أن يقر

القانون الحق للمؤجر في الاحتفاظ بجزء من مقابل حق التملك تعويضاً له عن فسخ العقد في حالة إخلال المستأجر بالتزاماته العقدية. مع حظر صور الإيجار التمويلي وعقد الشراء والإجارة للبائع مع التملك لمخالفتها للقواعد المتعلق بالنظام العام.

3. توجيه المصارف الإسلامية المرخص لها في مملكة البحرين إلى الاقتصار في تطبيق معايير هيئة المحاسبة والمراجعة الشرعية على الأحكام الشرعية المتعلقة بالعقود فقط، دون التوسع في تطبيقها بشأن الأحكام القانونية، والالتزام بتسجيل العقود والتصرفات الواردة على العقارات.

4. تفعيل دور مجلس الرقابة الشرعية المركزي التابع لمصرف البحرين المركزي، وذلك بتكليفه بوضع معايير موحدة لأحكام الشريعة الإسلامية ملزمة للمؤسسات المالية الإسلامية مستمدة من أحكام الفقه الإسلامي ومن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة الواجبة التطبيق من قبل المصارف، بما لا يخالف أحكام النظام العام في مملكة البحرين، وبما يرفع الشبهات الشرعية عن معاملات التمويل الإسلامية. وكذلك تفعيل الرقابة اللاحقة على تطبيق هذه العقود عن طريق مجلس الرقابة الشرعية المركزي التابع لمصرف البحرين المركزي وعن طريق إدارة حماية المستهلك .

5. إنشاء جهاز قضائي مختص بنظر منازعات التمويل الإسلامية بشكل عام، وذلك بتأهيل الكوادر القضائية من الناحيتين التدريبية والعلمية، وبإدخال القضاة في دورات خاصة بالتمويل الإسلامي ومبادئه وأحكامه الشرعية والقانونية، وذلك لتجنب اللبس الواضح في الأحكام القضائية الصادرة عن بعض محاكم مملكة البحرين والتي تقضي بالفائدة التأخيرية للمصارف الإسلامية خلافاً للأساس الشرعي والقانوني الواجبة التطبيق عليها، وكذلك إنشاء جهاز قضائي مختص بنظر منازعات التمويل الإسلامية في القطاع العقاري.و تفعيل لجنة منازعات التطوير العقاري، وذلك بمباشرتها لاختصاصاتها القضائية بموجب قانون التطوير العقاري، مع إنشاء جهاز قضائي مختص بنظر منازعات التمويل العقاري بحيث تكون لجنة منازعات التطويرالعقاري، والجهاز القضائي المختص بنظر منازعات التمويل الإسلامية العقارية إحدى الدوائر القضائية التابعة له.

6. إخضاع عقود التمويل العقاري الإسلامية لموافقة مصرف البحرين المركزي من الناحيتين الشرعية والقانونية، كنوع من الرقابة السابقة على العمل المصرفي الإسلامي لتجنب المشاكل القانونية التي من الممكن أن تثيرها صيغ العقود، خصوصاً إن نماذج عقود بعض المصارف الإسلامية تتضمن مخالفات صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية.

7. إعادة النظر في صياغة الفقرة الأولى من المادة 135 من اللائحة التنفيذية لقانون التسجيل العقاري، وصياغتها مجدداً بطريقة تتلاءم مع الحماية الدستورية لحق الملكية، بحيث تُحقق الغاية منها، وهي تحقيق التوازن العقدي بين المصرف والعميل طالب التمويل، دون أن تهدر حق المصرف في التصرف في ملكه بشكل مطلق، وبحماية العميل من اشتراط المصرف توقيعه إقرار رسمي بتنازله وموافقته على تصرف المصرف في العقار منذ بداية التعاقد وذلك بالنص على حق المصرف في التصرف في العقار الممول بإحدى طرق التمويل العقاري بناءاً على قرار قضائي صادر عن الجهات القضائية المختصة في حالة تعثر العميل عن الوفاء بالتزاماته المالية أو بإقرار رسمي صادر عن العميل بعد تعثره عن الوفاء بالتزاماته المالية، لتصبح صيغة المادة بأنه : " في حال تعثر العميل عن الوفاء بالتزاماته المالية في عقد تمويل شراء العقار فإنه لا يجوز للطرف الممول بيع العقار للغير إلا بعد موافقة العميل بموجب إقرار موثق بالبيع بتاريخ لاحق على تعثره أو بموجب قرار قضائي صادر عن الجهات القضائية المختصة بذلك".

المراجع

المراجع

أولاً:الكتب:

1. إبراهيم دسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، جامعة الكويت، 1984
2. ابن تيميه، القواعد الفقهية النورانية، تحقيق أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، 1422 هـ.
3. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، تحقيق عبد الله التركي وعبد الفتاح الحلو، الجزء السادس، دار عالم الكتاب، الرياض،(دون تاريخ).
4. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون المصري المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة،1989.
5. أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي:
   - تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، المحلى بالآثار، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003.
   - تحقيق عبد الغفار سليمان البنداري، المحلى بالآثار، الجزء السادس، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 2003.
6. أبي عبدالرحمن أحمد بن شعيب النسائي، كتاب السنن الكبرى، الجزء السادس، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 2001.
7. أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، تحقيق: علي جمعة محمد، محمد أحمد سراج، كتاب الفروق، المجلد الثالث، دار السلام، القاهرة،الطبعة الأولى، 2001،
8. أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، المجلد الثالث، دار المعرفة،1403 هـ.
9. أحمد بن محمد بن أحمد الدردير العدوي أبو البركات،تحقيق مصطفى كمال وصفي، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، الجزء الثالث، دار المعارف،القاهرة، (دون تاريخ).
10. أحمد جابر بدران، عقد الاستصناع في الفقه الإسلامي بين النظرية والتطبيق مع عرض تجارب ونماذج لعقد الاستصناع في البنوك الإسلامية، سلسة رسائل البنك الصناعي، بنك الكويت الصناعي، العدد 72، مارس 2003.
11. أحمد شعبان محمد علي، الصكوك والبنوك الإسلامية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013.

12. أحمد محمد لطفى:
- التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، الطبعة الأولى،2013.
- الاستثمار في عقود المشاركات في المصارف الإسلامية، دار الفكر والقانون، المنصورة،2013.

13. أحمد محمد هيكل، محمد سعد خليفة، العقود المسماة في القانون المدني البحريني، جامعة البحرين، 2006.

14. أحمد محي الدين أحمد:
- تجربة شهادة الإسكان في تركيا،أوراق في التمويل الإسلامي،موسوعة البركة للمعاملات الإسلامية المصرفية، شركة الدار العربية لتقنية المعلومات.
- فتاوى الاستصناع والمقاولات والسلم، سلسة الفتاوى،الجزء السادس، برنامج الفتاوى الاقتصادية الالكتروني، مجموعة دله البركة –قطاع الأموال شركة البركة للاستثمار والتنمية، الطبعة الأولى،1998.
- المشاركة المتناقصة، أوراق في التمويل الإسلامي، مجموعة البركة المصرفية، الطبعة الأولى، 2007.

15. إلياس عبدالنصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الأول الأحكام العامة للشركة، ، الطبعة الثالثة، 2008.

16. أنور العمروسي، البيوع الباطلة في القانون المدني، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، (دون تاريخ).

17. أنور طلبة:
- العقود الصغير الشركة والمقاولة وإلتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، مصر،2004.
- الوسيط في القانون المدني، الجزء الثاني، 1993.

18. أنيس الرحمن منظور الحق، قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في المعاملات المالية، رسائل جامعية 84، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الأولى، 2009.

19. تقي الدين أحمد بن تيمية الحراني، مجموع الفتاوى، الجزء 29، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة، الطبعة الثالثة، 2005.

20. ثروت عبد الحميد، اتفاق التمويل العقاري: دراسة في أحكام قانون التمويل العقاري والتشريعات المقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة،2002.
21. جلال وفاء البدري محمدين، البنوك الإسلامية: دراسة مقارنة للنظم في دولة الكويت ودول أخرى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ،2008.
22. جمال خليل النشار، الالتصاق كسبب من أسباب كسب الملكية في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الجامعة الحديثة للنشر،الإسكندرية،2001.
23. حسام الدين موسى عفانة، بيع المرابحة للأمر بالشراء، دراسة تطبيقية في ضوء تجربة بيت المال الفلسطيني العربي، الناشر بيت المال الفلسطيني العربي، الطبعة الأولى، 1996.
24. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، (دون تاريخ).
25. حسني محمد جاد الرب، صور وأحكام التملك بالإيجار، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2009.
26. حسين إسماعيل، المصارف الإسلامية في البحرين، السلسلة البحرينية الميسرة–8، مجموعة البركة المصرفية، البحرين، 2006.
27. حمد سليمان الأشقر، عقد الاستصناع، بحث منشور في كتاب: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن،(دون تاريخ).
28. حمد فاروق الشيخ، المفيد في عمليات البنوك الإسلامية، بنك البحرين الإسلامي، (دون تاريخ).
29. حمدي أحمد سعد أحمد، البيع الإيجاري، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة الأولى، 2007.
30. خالد جمال أحمد حسن:
- موسوعة القانون المدني البحريني، المجلد الثالث: أحكام الالتزام،الطبعة الأولى، 2005عبدالستار أبو غدة، خيارات الأمانة، دراسات المعايير الشرعية، المجلد الرابع، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، (دون تاريخ).
- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني البحريني، مصادر الالتزام، جامعة البحرين، الطبعة الثانية، 2002.
31. رشاد نعمان شايع العامري، الخدمات المصرفية الائتمانية في البنوك الإسلامية، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، الطبعة الأولى،2012.

32. رفيق يونس المصري، بحوث في المصارف الإسلامية، دار المكتبي، دمشق، الطبعة الثانية، 2009.
33. سامي حسن أحمد حمود، تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، مطبعة الشرق، عمان، الطبعة الثانية، 1982.
34. سعد خليفة العبار،ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة، منشورات جامعة قاريونس، بنغازي، الطبعة الأولى،1999.
35. سعيد أحمد شلعة، قضاء النقض في المواد التجارية ، منشأة المعارف،الإسكندرية، ، 2004.
36. سمير عبدالسميع الأودن، مسئولية المهندس الاستشاري والمقاول،دار المنشأة للمعارف، الإسكندرية، 2004
37. سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية،1999.
38. السيد محمد السيد عمران، عدم المطابقة في بيع العقارات تحت التشييد، المجموعة العلمية للأبحاث القانونية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،1999.
39. شمس الدين السرخسي، المبسوط،، الجزء الثلاثون، دار المعرفة، بيروت، (دون تاريخ).
40. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام: مصادر الالتزام، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، 2009.
41. صبري شحاتة السيد البيومي، دراسات في إدارة البنوك الإسلامية بالتطبيق على الجهاز المصرفي السوداني، مكتبة عين شمس، القاهرة، 1992.
42. صلاح محمد أحمد ذياب، الوسيط في شرح أحكام قانون العمل والتأمينات الاجتماعية في مملكة البحرين، جامعة البحرين، الطبعة الأولى،2013.
43. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، البديل الإسلامي للفوائد المصرفية الربوية، دار النهضة العربية، بني سويف، (دون تاريخ).
44. عبد الحميد الشواربي، موسوعة الشركات التجارية، منشأة المعارف،الإسكندرية، ، 2006.
45. عبدالحميد الشواربي،عز الدين الدناصوري،عقد البيع، شركة ناس للطباعة،القاهرة، الطبعة الخامسة، 2014.
46. عبدالحميد عثمان محمد، المفيد في شرح القانون المدني البحريني،5- حكام حق الملكية، جامعة البحرين،الطبعة الثانية،2010.

47. عبدالحق العيفة، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي (1430/1403 هـ - 2009/1988)، مجمع الفقه الإسلامي الدولي،(دون تاريخ)، منشور على الموقع الالكتروني لموسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي:http://iefpedia.com ، ص85، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/3.
48. عبدالحكم فودة، الالتزام بالتسليم وفصل الحدود في ضوء الفقه وقضاء النقض، دار الألفي لتوزيع الكتب القانونية، أسيوط، (دون تاريخ).
49. عبدالرحمن بن محمد بن قاسمه و ابنه محمد ، مجموع فتاوىشيخ الإسلام أحمد ابن تيمية، المجلد الثامن والعشرون، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف،المدينة المنورة، 2004.
50. عبدالرزاق أحمد السنهوري:

- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الأول : مقدمة – صيغة العقد، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون تاريخ).
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء الثاني توافق الإرادتين في مجلس العقد – صحة التراضي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، (دون تاريخ).
- مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الجزء السادس أثر العقد بالنسبة للموضوع- زوال العقد، مؤسسة التاريخ العربي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون تاريخ)
- نظرية العقد،الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثانية الجديدة، 1998.
- الوسيط في شرح أحكام القانون المدني، الجزء الأول مصادر الإلتزام، دار إحياء التراث، بيروت،(دون تاريخ).
- الوسيط في شرح أحكام القانون المدني، الجزء السادس الإيجار والعارية، المجلد الأول، دار إحياء التراث، بيروت،(دون تاريخ).
- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع: العقود الواردة على العمل، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الثالثة الجديدة ،2009.
- الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثامن حق الملكية، دار إحياء التراث، بيروت، (دون تاريخ).
- الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول العقود التي تقع على الملكية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون تاريخ).

51. عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر، عمان،1998.

52. عبدالستار إبراهيم الهيتي، مصادر التمويل في المصارف الإسلامية، بحث منشور في كتاب البنوك الإسلامية النظرية والتطبيق والآفاق المستقبلية، مركز البحرين للدراسات والبحوث، المنامة، 2008.
53. عبدالستار أبو غدة:
- فسخ العقود بالشرط، دراسات المعايير الشرعية، المجلد الرابع، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، (دون تاريخ).
- قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي من الندوة الأولى إلى الندوة الثلاثين، المملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى،2010.
- فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة، الجزء الأول، مجموعة البركة المصرفية العالمية، منشور على موسوعة البركة للمعاملات المالية الإسلامية الإلكترونية.

54. عبدالعزيز عزت الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، 1994.
55. عبدالعزيز قاسم محارب، المصارف الإسلامية التجربة وتحديات العولمة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2011.
56. عبد العزيز فهمي هيكل، موسوعة المصطلحات الاقتصادية والإحصائية، دار النهضة العربية، بيروت،1986.
57. عبد القادر قائد سعيد المجيدي، مسئولية البنوك الإسلامية عن خدماتها المصرفية وأعمالها الاستثمارية، دار الفكر والقانون، المنصورة،2013.
58. عبد الله بن أحمد بن داوود المغلوث، التمويل العقاري، مطابع الحميصي، الرياض، 2007.
59. عبدالله العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الدوحة، الطبعة الثانية، 1992.
60. عبدالله بن محمد العمراني، الصناديق العقارية في المملكة العربية السعودية البيئة الاستثمارية والهياكل الشرعية، كرسي سابك لدراسة الأسواق المالية الإسلامية (16- 11) ، 2014.
61. عبدالله بن مرزوق القرشي، التفكير الفقهي في المعاملات المصرفية بين مراعاة شكل العقود المالية وحقيقتها، قراءات في الخطاب الشرعي 8، مركز نماء للبحوث والدراسات، بيروت، الطبعة الأولى،
62. عبدالوهاب إبراهيم أبو سليمان، عقد الإجارة مصدر من مصادر التمويل الإسلامية، بحث رقم 19 ، المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية، جدة، الطبعة الثانية، 2000.
63. عز الدين محمد خوجة:

- أدوات الاستثمار، مصرف الزيتونة، تونس، 2014.
- الدليل الشرعي للإجارة ، سلسة الأدلة الشرعية للعمل المصرفي، مجموعة دله البركة –قطاع الأموال شركة البركة للاستثمار والتنمية، منشور على موسوعة البركة للمعاملات المالية الإسلامية الالكترونية.
- الدليل الشرعي للمرابحة، سلسة الأدلة الشرعية للعمل المصرفي، مجموعة دله البركة –قطاع الأموال شركة البركة للاستثمار والتنمية، الطبعة الأولى، 1998.
- نظرية العقد في الفقه الإسلامي، مجموعة دلة البركة،الطبعة الأولى ، 1993.

64. عزيز العكيلي، الشركات التجارية في القانون الأردني، مكتبة دار الثقافة،عمان، ، 1995.
65. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي:
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الثانية، 1986.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء السادس، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الثانية، 1986.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتب العلمية ، بيروت، الطبعة الثانية، 1986.

66. علي أحمد السالوس، فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، سلسة إصدارات المجمع 14، الجزء الأول، مجمع فقهاء الشريعة بأمريكا، مؤسسة الريان– بيروت، مكتبة دار القرآن – مصر، دار الثقافة– الدوحة، الطبعة الأولى، 2004.
67. علي أحمد الندوي، القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي، المجلد الأول، دار عالم المعرفة، 1991.
68. علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ،2009.
69. علي حيدر:
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتاب للطباعة والنشر والتوزيع، جدة، طبعة خاصة، 2003.
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الثالث: الشركات، الوكالة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، طبعة خاصة، 2003.

70. علي فيصل علي، مبدأ حجية العقد، الخليج العربي للنشر والتوزيع، البحرين، الطبعة الأولى، 2013.
71. علي محمد علي قاسم، بيع المرابحة للأمر بالشراء والتطبيقات المعاصرة له، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2014.
72. علي محيي الدين علي القرة داغي، بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، دار البشائر الإسلامية، بيروت، الطبعة الأولى، 2001.
73. فادي محمد الرفاعي، المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.
74. فؤاد محمد الكبيسي، إجارة الأعيان في الشريعة والقانون، سلسة دراسات في الاقتصاد الإسلامي6، دار النوادر، سوريا، الطبعة الأولى،2012.
75. فوزي عثمان صالح، القواعد و الضوابط الفقهية وتطبيقاتها في السياسة الشرعية ، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، 2011.
76. قرارات الهيئة الشرعية بمصرف الراجحي، الجزء الأول، دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2010.
77. كاسب بن عبد الكريم البدران، عقد الاستصناع أو عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار صالح للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية،(دون تاريخ).
78. لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائي والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1990.
79. مالك بن أنس، موطأ مالك، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي، المجلد الثاني، دار إحياء التراث، بيروت، 1985.
80. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد المقاولة، دار المنشأة للمعارف، الأسكندرية، الطبعة الثانية، 2004.
81. محمد أحمد عبد الرحمن الزرقا، الاستصناع والمشروع الصناعي، بحث شرعي وقانوني مقارن، دار النهضة العربية، مصر، 2001.
82. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، الجزء الأول، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 2006.
83. محمد أمين بارُودي، بيع الوفاء وتطبيقاته المعاصرة، سلسة دراسات في الاقتصاد الإسلامي 5، دار النوادر، سوريا،الطبعة الأولى، 2012.

84. محمد بن إبراهيم بن عبد الله التويجري،موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء الثالث، بدون ناشر،الطبعة الأولى، 2009.
85. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي أبي الوليد، تحقيق سعيد أحمد عراب، المقدمات الممهدات، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى،1988.
86. محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي،بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعارف للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة السادسة،1983.
87. محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق رفعت فوزي عبدالمطلب، الأم، الجزء الرابع، باب البيوع، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى،2001.
88. محمد تاويل، الشركات وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار ابن حزم، مركز الإمام الثعالبي للدراسات ونشر التراث، بيروت، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
89. محمد حسين عبدالعال، المدخل لدراسة القانون، جامعة البحرين، الطبعة الأولى، 2004.
90. محمد سليمان الأشقر، بيع المرابحة كما تجريه البنوك الإسلامية، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، (دون تاريخ).
91. محمد عثمان شبير:
- المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، 2007.
- صيانة المديونيات ومعالجتها من التعثر في الفقه الإسلامي، بحوث في قضايا فقهية اقتصادية معاصرة، الجزء الثاني، دار النفائس، الأردن،(دون تاريخ).
92. محمد محمود المكاوي، التمويل بالمرابحة في البنوك الإسلامية، دار الفكر والقانون، المنصورة، الطبعة الأولى،2015.
93. محمد مصطفى الزحيلي، التعويض عن الضرر من المدين المماطل، دراسات المعايير الشرعية، المجلد الأول، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، (دون تاريخ).
94. محمد ناصر الدين الألباني المحقق، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل،المكتب الإسلامي ،بيروت، الطبعة الأولى، سنة 1399 هـ.
95. محمد ناصر الدين الألباني،المترجمزهير الشاويش،صحيح الجامع الصغير وزيادته،المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعةالثالثة، 1408 هـ.
96. محمود حسنى الزيني،عقد المرابحة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012.

97. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1980.
98. محمود محمد حسن، العقود الشرعية في المعاملات المالية المصرفية " المرابحة، المضاربة" دراسة مقارنة، جامعة الكويت، الطبعة الأولى،1997.
99. محيي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف بن مزي النووي، المنهاج في شرح صحيح مسلم بن الحجاج، بيت الأفكار الدولية، الأردن، (دون تاريخ).
100.مسفر بن علي بن محمد القحطاني، منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة، دار الأندلس الخضراء، جده، الطبعة الأولى، 2003.
101.مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، محمد فؤاد عبدالباقي، صحيح مسلم (المسند الصحيح المختصر من السنن بنقل العدل عن العدل عن رسول الله ﷺ)، دار إحياء الكتب العربية، الطبعة الأولى، سنة 1374هـ.
102.مصطفى كمال طه، الشركات التجارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية،2005
103.مصطفى كمال طه،شريف مصطفى كمال طه،النظام القانوني للتأجير التمويلي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2015.
104.منذر قحف، أساسيات التمويل الإسلامي، الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية، ماليزيا،2001.
105.موفق الدين أبي محمد بن عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغنى، الجزء السابع، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثالثة، 1997.
106.موفق الدين عبدالله بن قدامة المقدسي، تحقيق: محمد فارس ،مسعد عبدالحميد السعدني، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبيل، الجزء الثاني، دار الكتب العالمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1994.
107.ناصر أحمد إبراهيم النشوى،عقد الاستصناع التكييف الشرعي والقانوني لحكم التعامل به،دار الفكر الجامعي، مصر، 2007.
108.نبيل إبراهيم سعد، المدخل إلى القانون، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010.
109.نجوى إبراهيم البدالى، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة، الإسنكدرية ،2005.
110.نزيه عبد المقصود مبروك، صناديق الاستثمار بين الاقتصاد الإسلامي والاقتصاد الوضعي، دار الفكر الجامعي، الاسكندريه، الطبعة الأولى، 2006.

111.نزيه كمال حماد، حقيقة القبض وأنواعه، دراسات المعايير الشرعية، المجلد الثاني، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع، الرياض، (دون تاريخ).
112.هاني دويدار:
- الأرض كموضوع للتأجير التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1999.
- النظام القانوني للإيجار التمويلي، مكتبة الإشعاع الفنية، مصر، الطبعة الثانية، 1998.
113.وضاح محمود الحمود، عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2010.
114.وهبة الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة: بحوث وفتاوى وحلول، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، 2002.
115.ياسر باسم ذنون السبعاوي، بيع الوفاء، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
116.يسرية عبد الجليل، الوسيط في قانون الشركات التجارية البحريني، جامعة العلوم التطبيقية، البحرين، الطبعة الأولى، 2012.
117.يوسف القرضاوي:
- القواعد الحاكمة لفقه المعاملات، دار الشروق، القاهرة، الطبع الأولى، 2010.
- بيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية، منشور على الموقع الالكتروني الرسمي للمؤلف: http://www.qaradawi.net ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/7.
118.يوسف بن عبدالله الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي، ج3، منشور على الموقع الالكتروني الخاص بالمؤلف:http://www.shubily.com/، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/6.

ثانياً:رسائل الدكتوراة والماجستير:

1. أحمد بلخير، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، دراسة حالة لبنك الإسلامي للتنمية، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي لجامعة الحاج الخضر بالجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، منشورة على الموقع الإلكتروني: http://www.al-eman.com/، تاريخ الاطلاع عليها:2016/1/1.
2. الياس عبدالله أبو الهيجاء، تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية (دراسة حالة الأردن)، رسالة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في الاقتصاد والمصارف

الإسلامية، جامعة اليرموك، الأردن، 2007/5/8، منشورة على الموقع الالكتروني لموسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي: http://iefpedia.com/، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24.

3. حر عماد، دور عقد الاعتماد الايجاري في الاستثمار العقاري وفقا للقانون الجزائري، مذكرة تخرج مقدمة للحصول على درجة الماجستير في تخصص قانون الأعمال، جامعة الشهيد حمه لخضر-الوادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية،2014-2015، منشورة على الموقع الإلكتروني الرسمي للجامعة: www.univ-eloued.dz/index.php/index.php?option=c، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/7/23.
4. زياد حسن شفيق قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه والتشريع، جامعة النجاح الوطنية،2004، منشورة على الموقع الإلكتروني الرسمي للجامعة: https://scholar.najah.edu ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/2/8.
5. صفاء عمر خالد بلعاوي، النواحي القانونية في عقد التأجير التمويلي وتنظيمه الضريبي، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في المنازعات الضريبية بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2005، منشورة على الموقع الالكتروني الرسمي للجامعة:https://scholar.najah.edu ، تاريخ الاطلاع عليها: 2016/7/14.
6. صلاح الدين شريط، دور صناديق الاستثمار في سوق الأوراق المالية دراسة تجربة جمهورية مصر العربية، بحث مقدم لاستكمال متطلبات شهادة الدكتوارة في العلوم الاقتصادية، فرع نقود ومالية، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2011 – 2012، منشورة على الموقع الالكتروني للجامعة: http://biblio.univalger.dz/jspui/bitstream/1635/12083/1/CHERIET_SALAHEDDINE.PDF.pdf، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/24.
7. صلاح سعيد عبدالله المرزوقي، الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الاقتصاد الإسلامي، جامعة اليرموك، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، سنة 1994، منشورة على الموقع الإلكتروني:http://www.abdelmagidzarrouki.com/، تاريخ الإطلاع عليها: 2017/3/2.
8. علاء الدين عبدالله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، رسالة ماجستير، سلسة الرسائل القانونية (453)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع و دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2002.

9. عيسى بخيت، طبيعة عقد الإيجار التمويلي وحدوده القانونية دراسة مقارنة، مذكرة مقدم لاستكمال متطلبات الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق،تخصص عقود ومسئولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقره بومرداس، الجزائر، 2011/2010،منشورة على الموقع الإلكتروني للجامعة: http://dlibrary.univ-boumerdes.dz:8080/handle/123456789/964،تاريخ الإطلاع عليها: 2016/8/18.
10. فواز بن خلف اللويحي المطيري، الحماية الجنائية والمدنية في التمويل العقاري، دراسة تأصيلية مقارنة، أطروحة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في فلسفة العلوم الأمنية، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية،منشورة على الموقع الرسمي لجامعة نايف العربية للعلوم الأمنية: www.nauss.edu.sa، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/11/25.
11. محمد يوسف عارف الحاج محمد، عقد الإجارة المنتهية بالتمليك من التطبيقات المعاصرة لعقد الإجارة في الفقه الإسلامي، أطروحة قدمت استكمالاً لمتطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية،نابلس، فلسطين،2003، منشورة على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليها: 2016/8/2.
12. موزة حسن علي النعار، الآثار القانونية لعقد التأجير التمويلي، رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة العلوم التطبيقية كجزء مكمل لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، مملكة البحرين، 2014.
13. نسيمة ديدان بوجنان، عقد البيع بناء على التصميم، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في قانون العقود والمسئولية، جامعة أبوبكر بلقايد، كلية –الحقوق،الجزائر، 2008–2009، منشورة على الموقع الإلكتروني الرسمي للجامعة:
http://dspace.univ-tlemcen.dz/bitstream/112/2767/3/boudjnane.pdf،تاريخ الإطلاع عليها: 2017/5/6.
14. نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة البنك الإسلامي الأردني نموذجاً، بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في علوم الوحي والتراث (قسم الفقه وأصول الفقه)، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية،الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا، مايو 2006، منشورة على الموقع الإلكتروني: www.al-eman.com/ ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24.

ثالثاً: أوراق المؤتمرات والندوات العلمية:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل:
   - تطورات حديثة في التأجير التمويلي، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
   - الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر: المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية،منشور على الموقع الإلكتروني للمؤتمر: http://slconf.uaeu.ac.ae/prev_conf/2005/research.htm، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/8/18.
2. أحمد حمد الرشود، يوسف محمد العلي، التأجير التمويلي (الإجارة) وتطبيقاته، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
3. إسماعيل شندي، المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي – تأصيل وتضبيط–، ورقة علمية مقدمة إلى مؤتمر "الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك"، المنعقد بجامعة الخليل، فلسطين، يومي 27–28 يوليو2009، منشورة على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com/، تاريخ الاطلاع عليها: 2016/2/23.
4. الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في التمويل الإسلامي، المشاركة المتناقصة والقضايا القانونية ذات الصلة، بحث مقدم للندوة الثالثة لمصرف أبو ظبي الإسلامي، المنعقدة بيومي 19–20 يناير 2011، بإمارة أبوظبي، منشورة على الموقع الإلكتروني:http://www.almeshkat.net/book، تاريخ الإطلاع عليه:2016/3/19.
5. البيان الختامي وتوصيات لندوة سندات المقارضة وسندات الاستثمار التي أقامها مجمع الفقه الإسلامي بجدة 8/30 – 1987/9/2 م، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، منشورة على الموقع الالكتروني للمكتبة الشاملة: http://shamela.ws/browse.php/book-8356#page-2740.
6. حبيب مزهر، الطبيعة القانونية لعقد الليزنغ،الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

7. حسام الدين خليل، عقد الاستصناع كأحد البدائل الشرعية للأوعية الادخارية البنكية، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثامن للاقتصاد والتمويل الإسلامي:النمو المستدام والتنمية الاقتصادية الشاملة من منظور إسلامي،كلية الدراسات الإسلامية في قطر،منشور على الموقع الالكتروني لموسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي:http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه:2016/2/11.
8. حمزة شعيب، درحمون هلال، الإجارة المنتهية بالتمليك المطبقة في البنوك الإسلامية الجزائرية، بحث مقدم للملتقى الدولي الثاني للصناعة المالية الإسلامية: آلية ترشيد الصناعة المالية الإسلامية، المنعقد يومي 8-2013/12/9، بالمدرسة العليا للتجارة، الجزائر، منشور على الموقع الالكتروني:http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/2.
9. حنان القضاة،هناء محمد الحنيطي خولة عبدة، البيع التدريجي في الإجارة المنتهية بالتمليك، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي: الخدمات المصرفية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، جامعة عجلون الوطنية،الأردن،المنعقد يومي15-2013/5/16،منشور على الموقع الإلكتروني:
http:www.shatharat.net/، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/26.
10. سامي حسن حمود، صيغ التمويل الإسلامي مزايا وعقبات كل صيغة ودورها في تمويل التنمية، أبحاث ندوة إسهام الفكر الإسلامي في الاقتصاد المعاصر، المنظمة من قبل جامعة الأزهر والمعهد العالمي للفكر الإسلامي في الفترة من 6 إلى 9 سبتمبر 1981، ص200 .
11. سليمان ناصر، مبادئ التمويل في عمليات البنوك الإسلامية، الملتقى الدولي حول أخلاق الإسلام واقتصاد السوق، المجلس الإسلامي الأعلى، الجزائر، 2006/3/29.
12. عادل سلمان محمد الصغير، أشكال التمويل بالمشاركة التي تجريها المصارف الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الخدمات المالية الإسلامية، المنعقد بمدينة طرابلس 29/ 30 يوليو 2006، منشور على الموقع الإلكتروني لموسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي: http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/25.
13. عبدالحميد الأحدب،عقد الليزنع، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
14. عبد الستار أبو غدة، صناديق الاستثمار الإسلامية – دراسة فقهية تأصيلية موسعة–، بحث مقدم للمؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة والقانون، منشور على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/24.

15. عبدالله بن محمد بن حسن السعيدي، التلفيق وحكمه في الفقه الإسلامي، بحوث مقدمة للمؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، المنعقد في الفترة من 7 إلى 20 يناير 2009، بتنظيم مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة،منشور على الموقع الإلكتروني للرابطة: http://www.themwl.org، تاريخ الإطلاع عليه:2016/12/9
16. عمر مصطفى الشريف، الصناديق الاستثمارية الإسلامية في الأردن.. التقنين والرقابة، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي الأول للمالية والمصرفية الإسلامية،الجامعة الأردنية، عمان، الأردن، 6-2014/8/7، منشورة على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/19.
17. غازي بن مرشد بن خلف العتيبي، التلفيق بين المذاهب الأربعة وعلاقته بتيسير الفتوى، بحوث مقدمة للمؤتمر العالمي للفتوى وضوابطها، المنعقد في الفترة من 7 إلى 20 يناير 2009، بتنظيم مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، منشور على الموقع الإلكتروني للرابطة: http://www.themwl.org، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/9.
18. محمد البلتاجي، المشاركة المتغيرة، بحث مقدم للندوة الفقهية الثالثة لمصرف أبوظبي الإسلامي التمويل بالمشاركة الآليات العملية لتطويره، المنعقدة في الفترة 19- 21 يناير 2011، دولة الإمارات، منشورة على الموقع الإلكتروني: http://www.almeshkat.net/book/6564، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/3/19.
19. محمد الفاتح محمود بشير المغربي، الإجارة المنتهية بالتمليك بين النظرية والتطبيق، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي: الخدمات المصرفية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، جامعة عجلون الوطنية، الأردن، المنعقد في الفترة 15-2013/5/16، منشورة على الموقع الإلكتروني لموسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي:http://iefpedia.com، تاريخ الإطلاع عليها: 2016/6/29.
20. محمد عبدالحليم عمر، التفاصيل العملية لعقد المرابحة في النظام المصرفي الإسلامي، بحث مقدم لندوة خطة (استراتيجية) الاستثمار في البنوك الإسلامية: الجوانب التطبيقية، والقضايا والمشكلات، منشور على الموقع الالكتروني:http://iefpedia.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/10/27.
21. محمد عبدالكريم المومني، الإجارة المنتهية بالتمليك بين النظرية والتطبيق، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي: الخدمات المصرفية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، جامعة عجلون الوطنية، الأردن، المنعقد يومي 15-2013/5/16، منشور على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/29.

22. مدني أحمد، نحو تطبيق عملي مقترح لتمويل المشاريع الصغيرة والمتوسطة بالاستصناع في الجزائر، بحث مقدم للملتقى العلمي الأول بكلية العلوم الاقتصادية والتسيير بعنوان: بحث في سبل تطوير البدائل التمويلية للمشاريع الصغيرة والمتوسطة في الجزائر، منشور على الموقع الالكتروني: http://iefpedia.com، تاريخ الإطلاع عليه:2017/4/22.
23. مصطفى محمود محمد عبد العال عبدالسلام، آلية تطبيق عقد الاستصناع في المصارف الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشئون الإسلامية والعمل الخيري بدبي، المنعقد في الفترة من 31 مايو– 3 يونيو2009، منشور على الموقع الإلكتروني: http://iefpedia.com ،تاريخ الإطلاع عليه: 2017/4/22.
24. هاني محمد دويدار، التأجير التمويلي من الوجهة القانونية، الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية، أعمال المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق بجامعة بيروت العربية، الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.
25. هشام جبر، الإجارة المنتهية بالتمليك بين النظرية والتطبيق، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر العلمي: الخدمات المصرفية الإسلامية بين النظرية والتطبيق، جامعة عجلون الوطنية،الأردن،المنعقد يومي 15–2013/5/16،منشورة على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/29.
26. الوعد الملزم بين الهندسة المالية والمشروعية الفقهية– وعد المرابحة أنموذجاً– ، بحث مقدم إلى المؤتمر الدولي حول منتجات وتطبيقات الابتكار والهندسة المالية بين الصناعة المالية التقليدية والصناعة المالية الإسلامية، المنعقد بتاريخ 5و 6 مايو 2014، مدارس الدكتوراه، جامعة سطيف، الجزائر، منشور على الموقع الإلكتروني لجامعة فرحات عباس:–http://eco.univ setif.dz/article.php?id=785، تاريخ الإطلاع: 2016/12/6.
27. وليد هويمل عوجان، صناديق الاستثمار، بحث مقدم لمؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات، بحث مقدم إلى مؤتمر أسواق الأوراق المالية والبورصات،جامعة الإمارات العربية المتحدة،كلية الشريعة والقانون،المنعقد في الفترة من 6–2007/3/9، منشور على الموقع الإلكتروني للمؤتمر: http://slconf.uaeu.ac.ae/old_web/research.htm،تاريخ الإطلاع عليه:2016/6/19.
28. يوسف الأكيابي، الشرط الجزائي في عقود المعاملات المالية الإسلامية، بحث مقدم لمؤتمر الممارسات المالية الإسلامية والبنكية الموائمة مابين التقليدي والحديث،المنعقد في الفترة مابين 31

أكتوبر وحتى 1نوفمبر 2016، في فندق الدبلومات رادسون بلو المنامة، مملكة البحرين،" غير منشور".

رابعاً:البحوث والمقالات:

1. أحمد المنصوري، منير البصري، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، مقالة قانونية منشورة على الموقع الإلكتروني لمجلة القانون والأعمال، جامعة الحسن الأول:
http://www.droitetentreprise.com/web تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/27.
2. أحمد النجار، مجلة البنوك الإسلامية، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، مصر،1979، العدد 7، ص 22.
3. أحمد سالم ملحم،نشأة الصكوك الإسلامية وأهدافها، منشور على الموقع الإلكتروني للباحث: http://www.drahmadmelhem.com ، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/3/19.
4. أحمد محي الدين أحمد:
   - التعاون الإسلامي الدولي لتمويل الإسكان وفق الشريعة الإسلامية، حولية البركة متخصصة بفقه المعاملات والعمل المصرفي الإسلامي، العدد الأول، منشورة في موسوعة البركة للمعاملات الإسلامية المصرفية، شركة الدار العربية لتقنية المعلومات.
   - المشاركة المتناقصة، بحث منشور في حولية البركة، مجلة علمية متخصصة بفقه المعاملات والعمل المصرفي الإسلامي، العدد السادس، أكتوبر 2004، ص247.
5. أسامة شهاب حمد جعفري، سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المفهوم القانوني لعقد التمويل العقاري: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،جامعة بابل، العراق،المجلد 7، العدد3، 2015، ص197.
6. أسامة محمد الصلابي، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة في المجال المصرفي، بحث منشور على الموقع الالكتروني: http://www.riyadhalelm.com/play-10640.html ، تاريخ الاطلاع عليه 2016/2/8.
7. بكر أبو زيد، المرابحة للآمر بالشراء بيع المواعدة، بحث منشور على الموقع الالكتروني لموسوعة التمويل الاقتصادي الإسلامي:http://iefpedia.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/10/27.

8. التعقيب والمناقشة، المشاركة المتناقصة في العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، الجزء الثاني، 2001، ص 631.
9. جاسم علي الشامسي، المشاركة المتناقصة المنتهية بتملك العقار، تعليق على الحكم الصادر في الاستئنافين رقمي 4 و 5 لسنة 1999 م الصادرين من محكمة أبوظبي الاستئنافية بتاريخ 1999/5/18م،مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 25، العدد 2، يونيو 2001م، ص313.
10. جعفر بن عبد الرحمن قصاص، بيع المرابحة للأمر بالشراء، دراسة فقهية، منشورة على الموقع الالكتروني: www.saaid.net/book/16/8393.pdf، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/6.
11. جون كيف، ماهو الليبور، مجلة التمويل والتنمية، صندوق النقد الدولي، المجلد 49، العدد4، ديسمبر 2012، ص32.
12. حسن عبدالغني أبو غدة، غرامة تأخير وفاء الدين وتطبيقاتها المعاصرة، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: http://fiqh.islammessage.com، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/24.
13. حسن علي الشاذلي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الخامس عشر، المجلد الثاني ،السنة الثالثة عشر، 2002، ص 433.
14. حسين أحمد كامل فهمي، تعليق على بحث كمال الدين توفيق الحطاب بعنوان المشاركة المتناقصة، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2003، ص65.
15. حسين حسن شحاتة، نحو مؤشر إسلامي للمعاملات المالية الآجلة مع التطبيق على المصارف الإسلامية، حولية البركة، مجموعة دلة البركة،العدد الرابع، نوفمبر2002، ص189.
16. خالد رمول، صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في عقد البيع على التصميم، مجلة المفكر، جامعة بسكرة، الجزائر، العدد الخامس، سنة 2013، ص 300.
17. دغيش أحمد، الضمانات التشريعية في نشاط الترقية العقارية بعد الاستلام النهائي للمشروع العقاري، مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد 11، العدد2، أكتوبر2014، ص200.
18. ربيعة بن زيد، سليمان ناصر، الصكوك الإسلامية الواقع والتحديات، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية، الأردن،المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول،عدد متخصص، يناير2013، ص53.

19. زاهية سي يوسف،إنشاء عقد البيع على التصاميم وضماناته، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر،الجزائر،عدد تجريبي،سبتمبر 2013،ص 33.
20. زيشا ريزيف، عبدالغني، أهم المبادئ التي قررتها محكمة التمييز بدبي في الدعاوى العقارية في الفترة من 2009 حتى 2012،منشور على الموقع الإلكتروني لشركة اس تي ايه (STA) للاستشارات القانونية: https://www.stalawfirm.com/ar،تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/11.
21. سامي حسن أحمد محمود:
- بيع المرابحة للأمر بالشراء، بحث منشور على الموقع الالكتروني لموسوعة التمويل والاقتصاد الإسلامي: http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/6.
- تصوير حقيقة سندات المقارضة و الفرق بينها وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار والفرق بينها وبين السندات الربوية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الثالث،1988م،ص 1909.
22. سعد العنزي، التلفيق في الفتوى، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:www.feqhbook.com ، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/11.
23. سعد عبد الله عبد العزيز السبر، الاستصناع (المقاولات)، بحث منشور على الموقع الالكتروني: www.saaid.net/book/10/3239.doc، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/1/2.
24. سهيل أحمد فضل حوامده، قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها المعاصرة: المرابحة للآمر بالشراء في البنك الأردني الإسلامي،بحث منشور على الموقع الإلكتروني:
http://oaji.net/articles/2016/1621-1483100343.pdf، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/27.
25. سيف رجب قزامل، الوعد بالتعاقد: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، مجلة الشريعة والقانون، كلية طنطا، مصر، العدد الثاني، 1986-1987.
26. شعبان عياشي، الطبيعة القانونية لعقد بيع العقار بناء على التصاميم، مجلة العلوم الإنسانية،جامعة قسطنطية1، عدد 27، جوان (يونيو) 2012، ص 281.
27. صالح سالم النهام،الشركات في الفقه الإسلامي، بحث منشور على الموقع الالكتروني لمجلة الوعي الإسلامي:http://www.alwaei.gov.kw/ ،تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24.
28. ضحى محمد سعيد عبدالله النعيمي، مفهوم بيع العقار على الخريطة وتكييفه القانوني، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد 49، السنة26، يناير 2012، ص233.

29. عبد الباري مشعل، التسعير بآلية لايبور في التمويل الإسلامي، منشور على الموقع الالكتروني: http://assabeel.net/essays/item/46344، تاريخ الاطلاع عليه:2016/8/11.

30. عبد السلام داود العبادي:

– سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الرابع، الجزء الثالث، 1988م، ص 1961.

–صكوك التمويل الإسلامي ومسيرتها في المملكة الأردنية الهاشمية، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية، الأردن،المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، عدد متخصص، يناير 2013، ص5.

31. عبد العظيم أبو زيد، بيع المرابحة للآمر بالشراء، بحث منشور على الموقع الالكتروني لموسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي: http://iefpedia.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/8/12.

32. عبد الكريم بن محمد السماعيل، مدى استحقاق المستصنع مبلغ الشرط الجزائي عند إخلال الصانع بالإلتزام في الفقه الإسلامي، مجلة الدراسات الإسلامية،جامعة الملك سعود، المجلد 27، العدد 2، 2015، ص 137.

33. عبد الكريم عبدالجواد عجم، المقاصد الشرعية من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك كعقد مطبق في الشريعة الإسلامية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني:http://iefpedia.com،تاريخ الإطلاع عليه: 2016/6/29.

34. عبد الكريم عمر الشيباني، بحث في أحد صيغ التمويل الإسلامي المعاصر: عقد الاستصناع، منشور على الموقع الإلكتروني:http://www.islamicbank.ly/ar/mod.php?mod=faq، تاريخ الإطلاع عليه:2017/4/22.

35. عبدالباري مشعل، قانون سندات المقارضة لسنة 1981م الأردني أول قانون للصكوك، مقال منشور على الموقع الالكتروني الرسمي لشركة رقابة للاستشارات المالية الإسلامية:
http://www.raqaba.co.uk، تاريخ الاطلاع عليه 2016/4/27.

36. عبدالحليم عمار غربي، أحمد النجار وتجربة بنوك الادخار استحضار ذاكرة العمل المصرفي الإسلامي، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، منشور على الموق الإلكتروني:
http://www.giem.info، تاريخ الإطلاع عليه: 2015/12/22.

37. عجيل جاسم النشمي،المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني،2001، ص557.

38. عز الدين زوبة، خصوصية عقد بيع العقار على التصاميم عن عقد البيع العادي (عقد بيع عقار موجود وقت التعاقد)، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر،الجزائر،عدد تجريبي،سبتمبر 2013، ص 47.

39. عطية صقر المفتي، أنواع من الشركات كالعنان والمفاوضة والوجوه، ما هي الفروق بينها وما حُكم الشرع فيها؟، بحث منشور على الموقع الإلكتروني لمركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية الإلكتروني:http://www.kantakji.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/24.

40. علاء حسين علي:

- اتفاق التمويل العقاري دراسة في القانون المدني العراقي وقانوني التمويل العقاري المصري رقم (148) لسنة 2001 والفرنسي رقم(579) لسنة1971،مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية،جامعة القادسية، العراق، المجلد الثاني، العدد الثاني، كانون الأول (ديسمبر)2009، ص95.
- التمويل العقاري وضوابط توظيفه في المعاملات الشرعية، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العراق، المجلد الأول، العدد الأول، 2010، ص324.

41. علي السالوس، الاستصناع، حولية كلية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد1991،9، ص88.

42. علي محيي الدين القرة داغي:

- الإجارة المنتهية بالتمليك وصكوك الإجارة، دراسة منشورة على الموقع الالكتروني الرسمي للمؤلف:http://www.qaradaghi.com، تاريخ الاطلاع عليها: 2016/8/2.
- عقدالاستصناع بين الاتباع والاستقلال وبين اللزوم والجواز، حولية الشريعة والقانون والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد الحادي عشر،1993، ص369.

43. عمر علي أبو بكر، صناديق الاستثمار الإسلامية مفهومها،أنواعها، وخصائصها، مجلة جامعة المدينة العالمية، العدد الثاني عشر، أبريل 2015، ص 194.

44. عواطف زرارة ، إلتزامات المرقي العقاري في عقد البيع بناء على التصاميم وفقاً للقانون 04/11 ،مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر،الجزائر،عدد تجريبي، سبتمبر 2013، ص 85.

45. فريدة صادق زوزو، نظرية المال في الشريعة الإسلامية، دراسة فقهية مقاصدية، منشورة على الموقع الإلكتروني:

http://fiqh.islammessage.com/NewsDetails.aspx?id=4994،تاريخ الإطلاع عليه: 2017/5/19.

46. فؤاد محمد محيسن، الشركة ذات الغرض الخاص، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية، المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، عدد متخصص، يناير 2013، ص 24.

47. فواز صالح، الإرادة المنفردة بوصفها مصدراً للإلتزام، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة دمشق، المجلد 28، العدد الأول،2012، ص151.

48. قطب مصطفى سانو، المشاركة المتناقصة وضوابطها الشرعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد الخامس عشر، الجزء الأول،2004، ص 515.

49. قنى سعدية، دور صندوق الضمان والكفالة المتبادلة في ضمان تمويل نشاط الترقية العقارية، مجلة الحقوق والحريات، جامعة محمد خيضر ،الجزائر ،عدد تجريبي،سبتمبر 2013،ص 29.

50. كمال الدين توفيق الحطاب:

- المشاركة المتناقصة كأداة من أدوات التمويل الإسلامي، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية، المجلد العاشر،العدد الثاني، 2003، ص7.
- القبض والإلزام بالوعد في عقد المرابحة للآمر بالشراء في الفقه الإسلامي، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، جامعة مؤتة، المجلد الخامس عشر، العدد الأول، الأول، 2000، ص240.

51. محمد أنس الزرقا، تعليق محمد أنس الزرقا على تعليق حسين أحمد كامل فهمي" عقد المشاركة المتناقصة"، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتنمية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2003، ص 78.

52. محمد عبد اللطيف صالح الفرفور:

- أثر الاستصناع في تنشيط الحركة الصناعية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي الدولي، العدد السابع، الجزء الثاني، 1992، ص515.
- التمويل العقاري لبناء المساكن وشرائها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السادس، الجزء الأول، 1990، ص109.

53. محمد عبدالله الشباني، المشاركة المنتهية بالتمليك، مقال منشور على الموقع الإلكتروني لموسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي:http://iefpedia.com/ ، تاريخ الاطلاع عليه:2016/2/24.

54. محمود عبدالحكم، الوعد بالتعاقد: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية والشرعية، جامعة المنصورة، العدد 32، 2002، ص 401.
55. مصطفى أحمد الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات الإسلامية المعاصرة، سلسة محاضرات العلماء البارزين رقم 12، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، منشور على الموقع الإلكتروني: http://k-tb.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/2/10.
56.معاويه كنه، مصطلحات مصرفية إسلامية، http://www.alyaum.com/article/3114704، تاريخ الإطلاع: 2016/8/18.
57. موسى آدم عيسى، إيجاد مؤشر إسلامي للتعامل الآجل بديلاً عن مؤشر الفائدة، حولية البركة، مجموعة دلة البركة،العدد الرابع، نوفمبر2002.
58. نزيه كمال حماد، المشاركة المتناقصة وأحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، العدد الخامس عشر،السنة الثالثة عشر،2002.
59. نسيمة حشوف، ماهية البنوك الإسلامية، بحث منشور على موقع مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية: www.kantakji.com، تاريخ الإطلاع عليه:2015/4/23.
60. هناء محمد هلال الحنيطي، دور الصكوك في الإسلامية في التمويل، مجلة الدراسات المالية والمصرفية، مركز البحوث المالية والمصرفية،الأردن،المجلد الحادي والعشرون، العدد الأول، عدد متخصص، يناير2013، ص51.
61. وهبة الزحيلي:
- الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك صور التطبيق ومدى شرعيتها، حولية البركة، مجموعة دلة البركة، العدد الثاني ، ديسمبر 2000، ص106.
- المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقودالمستجدة، مجلة الوعي الإسلامي،وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت،العدد 499، السنة 40، مارس2002، ص 36.
62. وهبة الزحيلي، عقد الاستصناع، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، العدد السابع، الجزء الثاني،1992م، ص 303.
63. ياسر إبراهيم محمد الخضيري، الصور المعاصرة لبيع الوفاء،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، السعودية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني لذات الجامعة:https://units.imamu.edu.sa، تاريخ الإطلاع عليه: 2017/4/8.

خامساً: منشورات عامة:

1. بحوث في التوريق وإدارة الموجودات والمطلوبات والرهونات العقارية، اتحاد المصارف العربية، 2002.
2. الدليل الفقهي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، سلسة الأدلة الفنية والفقهية، الدليل الثاني، مجموعة البركة المصرفية ، منشور على موسوعة البركة للمعاملات المالية الإسلاميةالإلكترونية.
3. الدليل الفقهي للمرابحة(للأمر بالشراء)، سلسة الأدلة الفقهية والفنية ،الدليل الثالث ، مجموعة البركة المصرفية ، منشور على موسوعة البركة للمعاملات المالية الإسلامية،شركة الدار العربية لتقنية المعلومات
4. عقد الائتمان الإيجاري،بحث منشور على الموقع الالكتروني: https://www.mahkamaty.com، تاريخ الاطلاع عليه: 2016/7/23.
5. فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف البحرين الإسلامي من عام 1979 – 2014، بنك البحرين الإسلامي، الطبعة الثانية، 2016.
6. فتاوى هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لمنتجات بيت التمويل الكويتي – البحرين، منشور على الموقع الإلكتروني لبيت التمويل الكويتي:https://www.kfh.bh/ar/، تاريخ الإطلاع عليه: 2016/12/7.
7. الفتاوى الشرعية في المعاملات المصرفية، مصرف الشامل، البحرين، (دون تاريخ).
8. المعايير الشرعية (1-54)، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، دار الميمان للنشر والتوزيع،(دون تاريخ).
9. موسوعة التوريق بجزأيها الأول والثاني: التوريق كأداة تمويل حديثة،اتحاد المصارف العربية،1995.

سادساً:الأحكام القضائية:

1. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز، السنة الرابعة عشر من يناير إلى ديسمبر 2003، الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين.
2. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة السابعة عشر من يناير إلى ديسمبر2006، الجزء الأول:في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين.
3. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الثامنة عشر من يناير إلى ديسمبر 2007، الجزء الأول:في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين.

4. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة التاسعة عشر من يناير إلى ديسمبر 2008، الجزء الأول:في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين.
5. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييزالسنة العشرون من يناير إلى ديسمبر 2009، الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين
6. مجموعة أحكام الإيجارات التي أصدرتها محكمة التمييز خلال المدة من أبريل 1990 إلى ديسمبر 1999.
7. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الثانية والعشرون من يناير إلى ديسمبر 2011، الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين.
8. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الثالثة والعشرون من يناير إلى ديسمبر 2012، الجزء الأول:في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية لغير المسلمين.
9. مجموعة الأحكام الصادرة من محكمة التمييز السنة الرابعة والعشرون من يناير إلى ديسمبر 2013، الجزء الأول: في المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية.

سابعاً:المراجع الأجنبية:

1. Bendjilali, B., & Khan, T. (1995). *Economics of Diminishing Musharakah*. Jeddah: Islamic Research and Training Institute (IRTI), Research Paper No. 31.page 15-16.
2. Ghalib Mohammad Al-Bulooshi, Sharia Assurance in Islamic financial and banking industry: an analytical and comparative study, Faculty of social sciences and law, University of Bristol, 2015.
3. Hisham Baban, Law of banking institutions& operations, University of Bahrain, First Edition, 2010.
4. Hisham Baban, The law of financial institutions & Markets, University of Bahrain, First Edition, 2013.
5. Muhammad ImanSastraMihajat; The comparison between Musharakah Mutanaqishah and conventional leasing structures, which one is

better?,Journal of Islamic Banking & Finance, Jan-Mar2016, Vol. 33 Issue 1,. Publisher: International Association of Islamic Banks.

6. Salem A.Ghumidh, Bahraini commercial companies law provisions and explanations, University of Bahrain, First Edition, 2014.

ثامناً:المواقع الإلكترونية:

1) الجهات الحكومية والرسمية في مملكة البحرين:

- بنك الإسكان:http://www.eskanbank.com.
- مصرف البحرين المركزي:http://www.cbb.gov.bh
- موقع بورصة البحرين:http://www.bahrainbourse.net/bhb/
- وزارة الإسكان: www.housing.gov.bh
- هيئة التشريع والإفتاء: http://www.legalaffairs.gov.bh/.

2) المصارف وشركات التمويل الإسلامية المرخصة في البحرين:

- بنك الإثمار: https://www.ithmaarbank.com/ar
- بنك البحرين الإسلامي: https://www.bisb.com/ar/
- بنك البركة:http://www.albaraka.com/ar
- بيت التمويل الخليجي:https://www.kfh.bh/ar/
- شركة ريف العقارية: http://www.reef.bh/
- صندوق عهدة بنك الإسكان العقارية :http://www.eskanreit.com
- مصرف السلام: http://www.alsalambahrain.com/ar

3) مواقع الهيئات والجهات الرسمية الأخرى:

- **الهيئات الدولية:**

- إتحاد المصارف العربية:http://www.arablegalportal.org
- البنك الإسلامي للتنمية: www.isdb.org
- مجمع الفقه الإسلامي الدولي: http://www.iifa-aifi.org/2061.html

- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية: WWW.AAIOIF.COM.

➢ **الجهات الرسمية الأخرى:**

- بنك ناصر الاجتماعي: http://nsbbank.weebly.com/index.html
- محكمة النقض المصرية: http://www.cc.gov.eg
- مصرف الإمارات العربية المتحدة المركزي: http://www.centralbank.ae/
- مصرف لبنان المركزي: http://www.bdl.gov.lb/
- الموقع الرسمي لدائرة الأراضي والأملاك لإمارة دبي :http://www.dubailand.gov.ae
- هيئة السوق المالية – السعودية : http://www.cma.org.sa
- الهيئة العامة للرقابة المالية المصرية : https://www.efsa.gov.eg

4) المواقع العلمية:

- الإسلام سؤال وجواب: https://islamqa.info/ar/
- المجلات العلمية الأكاديمية العراقية: http://www.iasj.net.
- مجلة الاقتصاد الإسلامية العالمية: http://www.giem.info .
- مركز أبحاث فقه المعاملات الإسلامية: http://www.kantakji.com/
- موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي: http://iefpedia.com/arab

الملحق الأول

المعيار الشرعي رقم (8) المرابحة

المِعْيَارُ الشَّرْعِيُّ رَقْمُ (٨)

المُرَابَحَةُ*

(معيار معدَّل)

---

* صدر محتوى هذا المعيار سابقًا باسم «المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل رقم (١): «المرابحة». وقد تم إعادة إصداره في شكل معيار، استنادًا إلى قرار المجلس الشرعي بإعادة إصدار جميع المتطلبات الشرعية لتصبح معايير شرعية.

المُحتَوى

رقم الصفحة

التقديم ٢٠٢

نص المعيار ٢٠٣

١- نطاق المعيار ٢٠٣

٢- الإجراءات التي تسبق عقد المرابحة ٢٠٣

٣- تملك المؤسسة السلعة وقبضها والتوكيل فيهما ٢٠٩

٤- إبرام عقد المرابحة ٢١٢

٥- ضمانات المرابحة ومعالجة مديونيتها ٢١٥

٦- تاريخ إصدار المعيار ٢١٧

اعتماد المعيار ٢١٨

الملاحق

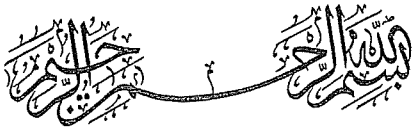
(أ) الإشعار بتنفيذ الوكالة والإيجاب بالشراء من قبل الآمر بالشراء ٢١٩

(ب) الإشعار بالقبول وبالبيع من قبل المؤسسة ٢٢٠

(ج) نبذة تاريخية عن إعداد المعيار ٢٢١

(د) مستند الأحكام الشرعية ٢٢٤

(هـ) التعريفات ٢٣٤



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

التَّقْدِيمُ

يهدف هذا المعيار إلى بيان الأسس والأحكام الشرعية للمرابحة والمراحل التي تمر بها عملياتها بدءًا بالوعد وانتهاء بتمليك العميل السلعة، والضوابط الشرعية التي يجب على المؤسسات المالية الإسلامية (المؤسسة/ المؤسسات)[1] الالتزام بها.

والله الموفق،،،

(١) استخدمت كلمة (المؤسسة/ المؤسسات) اختصارًا عن المؤسسات المالية الإسلامية، ومنها المصارف الإسلامية.

نَصُّ المِعْيَارِ

١. نطاق المعيار:

يتناول هذا المعيار عمليات المرابحة بمراحلها المتعددة، وما يتعلق بضمانات الشروع فيها، مثل الوعد وهامش الجدية، وما يتعلق بضمانات المديونيات الناشئة عن المرابحة.

ولا يتناول المعيار صكوك المرابحة لأنها ضمن معيار صكوك الاستثمار (٥/ ١/ ٥/ ٥) وينظر البند ٢/ ٢/ ٦ من المعيار. ولا يتناول البيوع المؤجلة التي لا تتم على أساس المرابحة، ولا بقية بيوع الأمانة، كما لا يتناول بيع المساومة.

٢. الإجراءات التي تسبق عقد المرابحة:

٢/ ١ إبداء العميل رغبته في تملك سلعة عن طريق المؤسسة:

٢/ ١/ ١ للمؤسسة أن تشتري السلعة بناء على رغبة عميلها وطلبه ما دام أن ذلك متفق مع الضوابط الشرعية لعقد البيع.

٢/ ١/ ٢ مع مراعاة البند ٢/ ٢/ ٣ يجوز أن يطلب العميل من المؤسسة أن يكون شراء السلعة من جهة معينة لا غير، ويحق للمؤسسة الاعتذار عن المضي في العملية في حالة رفض العميل عروضًا أخرى هي الأنسب للمؤسسة.

٢/ ١/ ٣ الرغبة الصادرة من العميل لا تتضمن صفة الوعد أو التعهد إلا إذا تم التصريح بذلك، ويجوز إعداد مستند واحد يوقع عليه العميل يشمل الرغبة والوعد، ولا مانع من أن يكون محررًا من قبل العميل أو أن يكون طلبًا نمطيًّا معتمدًا من قبل المؤسسة يوقع عليه العميل.

٢/ ١/ ٤ للعميل أن يحصل على عروض بأسعار السلعة سواءً كانت موجهة باسمه الخاص أو خالية من التوجيه، وعند ذلك تعتبر إرشادية وليس لها صفة الإيجاب، ويفضل أن تكون تلك العروض باسم المؤسسة وتتضمن ايجابًا من البائع يظل قائمًا إلى انتهاء المدة المحددة فيه، فإذا صدر جواب بالقبول من المؤسسة انعقد البيع تلقائيًّا بينها وبين البائع.

٢/ ٢ موقف المؤسسة من طلب العميل لإجراء المرابحة:

٢/ ٢/ ١ إذا صدر من العميل جواب بالقبول على إيجاب البائع الموجه إليه خاصة أو الخالي من أي توجيه، فإن البيع يكون قد تم مع العميل فلا يجوز للمؤسسة إجراء عملية المرابحة في تلك السلعة.

٢/ ٢/ ٢ يجب إلغاء أي ارتباط عقدي سابق، بين العميل الآمر بالشراء والبائع الأصلي إن وجد، ويشترط أن تكون هذه الإقالة من الطرفين حقيقية وليست صورية.

ولا يجوز تحويل العقد المبرم بين العميل والمورد إلى المؤسسة.

٢/ ٢/ ٣ يجب على المؤسسة أن تتأكد أن الذي يبيع السلعة إليها طرف ثالث غير العميل أو وكيله. فلا يصح مثلًا أن يكون العميل الآمر بالشراء هو نفسه أو وكيله المالك الأصلي للسلعة، أو أن تكون الجهة الموردة للسلعة مملوكة للعميل بما يزيد على النصف. فإن وقع مثل ذلك البيع ثم تبين الأمر كانت العملية باطلة لأنها من بيع العينة.

٢/ ٢/ ٤ إن كانت الجهة الموردة (مالكة السلعة) لها قرابة نسب أو علاقة زوجية مع العميل، فعلى المؤسسة أن تتأكد قبل دخولها في المرابحة من أن البيع ليس صوريًّا وتحايلًا على العينة.

٢/ ٢/ ٥ يمتنع الاتفاق بين المؤسسة والعميل على المشاركة في مشروع أو صفقة محددة مع وعد أحدهما للآخر بشراء حصته بالمرابحة الحالة أو المؤجلة في وقت لاحق. أما إذا وعد أحد الشريكين الآخر بشراء حصته بالقيمة السوقية للبيع أو بقيمة يتفقان عليها في حينه فلا مانع من ذلك بعقد شراء جديد، سواء أكان الشراء بثمن حال أم مؤجل.

٢/ ٢/ ٦ لا يجوز إجراء المرابحة المؤجلة في الذهب أو الفضة أو العملات، ولا يجوز إصدار صكوك قابلة للتداول بديون المرابحة أو غيرها. كما لا يجوز تجديد المرابحة على نفس السلعة.

٢/ ٣ الوعد من العميل:

٢/ ٣/ ١ لا يجوز أن تشتمل وثيقة الوعد أو ما في حكمها على مواعدة ملزمة للطرفين (المؤسسة والعميل).

٢/ ٣/ ٢ ليس من لوازم المرابحة الوعد، أو الاتفاق العام (الإطار)، وإنما هو للاطمئنان إلى عزم العميل على تنفيذ الصفقة بعد تملك المؤسسة للسلعة. فإذا كانت لدى المؤسسة فرص بديلة لتسويق السلعة أمكنها الاستغناء عن الوعد أو الإطار.

٢/ ٣/ ٣ يجوز إصدار المواعدة من المؤسسة والعميل الآمر بالشراء إذا كانت بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما.

٢/ ٣/ ٤ يجوز للمؤسسة والعميل الآمر بالشراء بعد الوعد وقبل إبرام المرابحة الاتفاق على تعديل بنود الوعد عما كانت عليه سابقًا، سواء بالنسبة للأجل أم الربح أم غيرهما. ولا يجوز تعديل الوعد إلا باتفاق الطرفين.

٢/ ٣/ ٥ يجوز أن تشتري المؤسسة السلعة مع اشتراط حق الخيار لها خلال مدة معلومة، فإذا لم يشتر العميل السلعة أمكنها رد السلعة إلى البائع ضمن تلك المدة بموجب خيار الشرط المقرر شرعًا، ولا يسقط الخيار بين المؤسسة والبائع الأصلي بعرض المؤسسة السلعة على العميل، بل بالبيع الفعلي إليه ويستحسن أن ينص في خيار الشرط على أن عرض السلعة للبيع لا يسقط الخيار.

٢/ ٤ العمولات والمصروفات:

٢/ ٤/ ١ لا يجوز حصول المؤسسة من العميل على عمولة ارتباط.

٢/ ٤/ ٢ لا يجوز حصول المؤسسة على عمولة تسهيلات.

٢/ ٤/ ٣ مصروفات إعداد العقود المبرمة بين المؤسسة والعميل

تقسم بينهما ما لم يتفق الطرفان على تحمل أحدهما لها، على أن تكون تلك المصروفات عادلة، أي على قدر العمل؛ حتى لا تشتمل ضمنًا على عمولة ارتباط أو عمولة تسهيلات.

٢/ ٤/ ٤ إذا كانت المرابحة قد تمت بطريقة التمويل الجماعي فللمؤسسة المنظمة للعملية أن تتقاضى أجرة عن التنظيم يتحملها المشاركون في التمويل.

٢/ ٤/ ٥ يجوز للمؤسسة أخذ عمولة دراسة الجدوى التي تجريها إذا كانت الدراسة بطلب العميل ولمصلحته واتفق على المقابل عنها منذ البداية مع تمكينه من الحصول على الدراسة إذا أراد.

٢/ ٥ الضمانات المتعلقة بالشروع في العملية:

٢/ ٥/ ١ يجوز للمؤسسة أن تحصل من العميل (الآمر بالشراء) على كفالة (ضمان) حسن أداء البائع الأصلي لالتزاماته تجاه المؤسسة بالصفة الشخصية للعميل وليس بصفته آمرًا بالشراء، ولا وكيلًا للمؤسسة، وعليه فلو لم يتم عقد المرابحة تظل كفالته قائمة. ولا تطلب مثل هذه الكفالة إلا في الحالات التي يقترح فيها العميل بائعًا معينًا تشتري المؤسسة منه السلعة موضوع المرابحة.

ويترتب على هذا الضمان تحمل العميل الضرر الواقع على المؤسسة نتيجة عدم مراعاة البائع لمواصفات السلعة وعدم الجدية في تنفيذ التزاماته، مما قد يؤدي إلى ضياع جهود المؤسسة وأموالها أو يترتب عليه الدخول في منازعات ومطالبات باهظة.

٢/ ٥/ ٢ لا يجوز تحميل العميل الآمر بالشراء ضمان ما يطرأ على السلعة من أضرار وهلاك خلال فترة الشحن أو التخزين. ولا يمكن اعتبار هذا من قبيل كفالة حسن أداء البائع التي تقتصر على حسن تنفيذ الالتزامات ولا تتعدى إلى ضمان مخاطر الطريق التي يجب أن يتحملها مالك السلعة.

٢/ ٥/ ٣ يجوز للمؤسسة في حالة الإلزام بالوعد أن تأخذ مبلغًا نقديًّا يسمى هامش الجدية، يدفعه العميل بطلب من المؤسسة من أجل أن تتأكد من القدرة المالية للعميل، وكذلك لتطمئن على إمكان تعويضها عن الضرر اللاحق بها في حال نكول العميل عن وعده الملزم. وبذلك لا تحتاج المؤسسة إلى المطالبة بدفع تعويض الضرر وإنما تقتطع ذلك من مبلغ هامش الجدية. ولا يعتبر هامش الجدية عربونًا. وهذا المبلغ المقدم لضمان الجدية إما أن يكون أمانة للاستثمار بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل والمؤسسة. وإما أن يودع في حساب جار باختيار العميل.

٢/ ٥/ ٤ لا يجوز للمؤسسة حجز مبلغ هامش الجدية في حالة نكول العميل عن تنفيذ وعده الملزم، وينحصر حقها في اقتطاع مقدار الضرر الفعلي المتحقق نتيجة النكول، وهو الفرق بين تكلفة السلعة وثمن بيعها لغير الآمر بالشراء. ولا يشمل التعويض ما يسمى بالفرصة الضائعة.

٢/ ٥/ ٥ إذا تم تنفيذ العميل لوعده وإبرامه عقد المرابحة فيجب على

المؤسسة إعادة هامش الجدية للعميل، ولا يحق لها تملكه إلا في حالة النكول حسب التفصيل في البند ٢/ ٥/ ٣. ويجوز الاتفاق مع العميل عند إبرام عقد المرابحة على حسم هذا المبلغ من ثمن السلعة.

٢/ ٥/ ٦ يجوز للمؤسسة أخذ العربون عند عقد بيع المرابحة مع العميل، ولا يجوز ذلك في مرحلة الوعد. والأولى أن تتنازل المؤسسة عند اختيار العميل للفسخ عما زاد من العربون عن مقدار الضرر الفعلي، وهو الفرق بين تكلفة السلعة والثمن الذي يتم بيعها به إلى الغير.

٣. تملك المؤسسة السلعة وقبضها والتوكيل فيهما:

٣/ ١ تملك المؤسسة السلعة قبل بيعها مرابحة:

٣/ ١/ ١ يحرم على المؤسسة أن تبيع سلعة بالمرابحة قبل تملكها لها. فلا يصح توقيع عقد المرابحة مع العميل قبل التعاقد مع البائع الأول لشراء السلعة محل المرابحة، وقبضها حقيقة أو حكمًا بالتمكين أو تسليم المستندات المخولة بالقبض (وينظر البند ٣/ ٢/ ١ والبند ٣/ ٢/ ٤). كما يعتبر بيع المرابحة غير صحيح إذا كان عقد الشراء الأول باطلًا لا يفيد ملكًا تامًّا للمؤسسة.

٣/ ١/ ٢ يجوز أن يتم تعاقد المؤسسة مع البائع عن طريق لقاء الطرفين وإبرام عقد البيع مباشرة بعد مناقشة تفاصيله، كما يجوز أن يتم ذلك عن طريق إشعارين بإيجاب وقبول متبادلين بالكتابة

أو المراسلة بأي شكل من أشكال الاتصال الحديثة المتعارف عليها بضوابطها المعروفة.

٣/ ١/ ٣ الأصل أن تشتري المؤسسة السلعة بنفسها مباشرة من البائع، ويجوز لها ذلك عن طريق وكيل غير الآمر بالشراء، ولا تلجأ لتوكيل العميل (الآمر بالشراء) إلا عند الحاجة الملحة. ولا يتولى الوكيل البيع لنفسه، بل تبيعه المؤسسة بعد تملكها العين، وحينئذ يراعى ما جاء في البند ٣/ ١/ ٥.

٣/ ١/ ٤ يجب اتخاذ الإجراءات التي تتأكد المؤسسة فيها من توافر شروط محددة في حالة توكيل العميل بشراء السلعة، ومنها:

(أ) أن تباشر المؤسسة دفع الثمن للبائع بنفسها وعدم إيداع ثمن السلعة في حساب العميل الوكيل. كلما أمكن ذلك.

(ب) أن تحصل من البائع على وثائق للتأكد من حقيقة البيع.

٣/ ١/ ٥ يجب الفصل بين الضمانين: ضمان المؤسسة، وضمان العميل الوكيل عن المؤسسة في شراء السلعة لصالحها، وذلك بتخلل مدة بين تنفيذ الوكالة وإبرام عقد المرابحة من خلال الإشعار من العميل بتنفيذ الوكالة والشراء، ثم الإشعار من المؤسسة بالبيع (ينظر الملحق «أ» والملحق «ب»).

٣/ ١/ ٦ الأصل أن تكون الوثائق والعقود والمستندات الصادرة عند إبرام عقد شراء السلعة باسم المؤسسة وليس العميل، إلا إذا كان هذا الأخير وكيلًا عنها.

٣/ ١/ ٧ يجوز أن يتفق الطرفان عند توكيل المؤسسة لغيرها في شراء السلعة أن تكون الوكالة غير معلنة، فيتصرف الوكيل كالأصيل أمام الأطراف الأخرى، ويتولى الشراء مباشرة باسمه ولكن لصالح المؤسسة (الموكل) غير أن إفصاح الوكيل بصفته الحقيقية أولى.

٣/ ٢ قبض المؤسسة السلعة قبل بيعها مرابحة:

٣/ ٢/ ١ يجب التحقق من قبض المؤسسة للسلعة قبضًا حقيقيًّا أو حكميًّا قبل بيعها لعميلها بالمرابحة.

٣/ ٢/ ٢ الغرض من اشتراط قبض السلعة هو تحمل المؤسسة تبعة هلاكها، وذلك يعني أن تخرج السلعة من ذمة البائع وتدخل في ذمة المؤسسة. ويجب أن تتضح نقطة الفصل التي ينتقل فيها ضمان السلعة من المؤسسة إلى العميل المشتري وذلك من خلال مراحل انتقال السلعة من طرف لآخر.

٣/ ٢/ ٣ إن كيفية قبض الأشياء تختلف بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضًا لها، فكما يكون القبض حسيًّا في حالة الأخذ باليد أو النقل أو التحويل إلى حوزة القابض أو وكيله يتحقق أيضًا اعتبارًا وحكمًا بالتخلية مع التمكين من التصرف ولو لم يوجد القبض حسًّا. فقبض العقار يكون بالتخلية وتمكين اليد من التصرف، فإن لم يتمكن المشتري من المبيع فلا تعتبر التخلية قبضًا، أما المنقول فقبضه بحسب طبيعته.

٣/ ٢/ ٤ يعتبر قبضًا حكميًّا تسلم المؤسسة أو وكيلها لمستندات الشحن عند شراء البضائع من السوق الخارجية، وكذلك تسلمها لشهادات التخزين التي تعين البضاعة من المخازن التي تدار بطرق مناسبة موثوق بها.

٣/ ٢/ ٥ الأصل أن تتسلم المؤسسة السلعة بنفسها من مخازن البائع أو من المكان المحدد في شروط التسليم، وتنتقل مسؤولية ضمان المبيع إلى المؤسسة بتحقق حيازتها للسلعة، ويجوز للمؤسسة توكيل غيرها للقيام بذلك نيابة عنها.

٣/ ٢/ ٦ التأمين على سلعة المرابحة مسؤولية المؤسسة قبل أن تبيعها، وتقوم بهذا الإجراء على حسابها باعتبارها مالكة للسلعة وتتحمل المخاطر المترتبة على ذلك، ويكون التعويض من حقها وحدها وليس للعميل حق فيه ولو زاد عن ثمن البيع إن حدث موجب التعويض قبل انتقال الملكية إلى العميل. ويحق للمؤسسة أن تضيف المصروفات بعد ذلك إلى تكلفة المبيع، وبالتالي إلى ثمن بيع المرابحة، ويجب أن يكون التأمين تكافليًّا كلما أمكن ذلك.

٣/ ٢/ ٧ يجوز التوكيل بتنفيذ إجراءات التأمين على السلعة في مرحلة تملك المؤسسة للسلعة، ولكن يجب أن تتحمل المؤسسة تكاليفها.

٤. إبرام عقد المرابحة:

٤/ ١ لا يجوز للمؤسسة اعتبار عقد المرابحة مبرمًا تلقائيًّا بمجرد تملكها

السلعة، كما لا يجوز لها إلزام العميل الآمر بالشراء بتسلم السلعة وسداد ثمن بيع المرابحة في حالة امتناعه عن إبرام عقد المرابحة.

٤/ ٢ يحق للمؤسسة الحصول على التعويض عن الضرر الفعلي الناشئ عن نكول العميل في حال الوعد الملزم، وذلك بتحمل العميل الفرق الحاصل بين ثمن السلعة المبيعة للغير وبين الثمن الأصلي المدفوع من المؤسسة للبائع الأول.

٤/ ٣ إذا اشترت المؤسسة السلعة بالأجل بقصد بيعها بالمرابحة فإنه يجب عليها الإفصاح للعميل عن ذلك. ويجب أن تصرح المؤسسة عند التعاقد على البيع بتفاصيل المصروفات التي ستدخلها في التكلفة. ولها أن تدخل أي مصروفات متصلة بالسلعة إذا قبل بها العميل. أما إذا لم تفصل تلك المصروفات فليس للمؤسسة أن تدخل إلا ما جرى العرف على اعتباره من التكلفة؛ مثل مصروفات النقل، والتخزين، ورسوم الاعتماد المستندي، وأقساط التأمين.

٤/ ٤ لا يحق للمؤسسة أن تضيف إلى تكلفة السلعة إلا المصروفات المالية المباشرة المدفوعة للغير، فليس لها مثلًا أن تضيف إلى الثمن مقابلًا لأعمال موظفي المؤسسة أو نحو ذلك.

٤/ ٥ إذا حصلت المؤسسة على حسم من البائع على السلعة المبيعة نفسها ولو بعد العقد فإن العميل يستفيد من ذلك الحسم بتخفيض الثمن الإجمالي بنسبة الحسم.

٤/ ٦ يجب أن يكون كل من ثمن السلعة في بيع المرابحة وربحها محددًا ومعلومًا للطرفين عند التوقيع على عقد البيع. ولا يجوز بأي حال أن

يترك تحديد الثمن أو الربح لمؤشرات مجهولة أو قابلة للتحديد في المستقبل؛ وذلك مثل أن يعقد البيع ويجعل الربح معتمدًا على مستوى الليبور (*LIBOR*) الذي سيقع في المستقبل. ولا مانع من ذكر مؤشر من المؤشرات المعروفة في مرحلة الوعد للاستئناس به في تحديد نسبة الربح، على أن يتم تحديد الربح في عقد المرابحة على أساس نسبة معلومة من التكلفة ولا يبقى الربح مرتبطًا بالليبور أو بالزمن.

٤/ ٧ يجب أن يكون الربح في عقد المرابحة معلومًا ولا يكفي الاقتصار على بيان الثمن الإجمالي، ويجوز أن يكون الربح محددًا بمبلغ مقطوع أو بنسبة مئوية من ثمن الشراء فقط أو من ثمن الشراء مضافًا إليه مبلغ المصروفات. ويتم هذا التحديد بالاتفاق والتراضي بين الطرفين.

٤/ ٨ يجوز الاتفاق على سداد ثمن السلعة في بيع المرابحة على أقساط متقاربة أو متباعدة ويصبح ثمن السلعة حينئذ دينًا في ذمة العميل يجب أداؤه عند الأجل المتفق عليه، ولا يجوز حصول المؤسسة على زيادة عليه سواء بسبب زيادة الأجل أو التأخير لعذر أو لغير عذر.

٤/ ٩ تضمن المؤسسة العيوب الخفية القديمة التي تظهر بعد العقد إلا أن تشترط البراءة منها حسب البند ٤/ ١٠ أما العيوب الحادثة بعد إبرام عقد المرابحة وقبض العميل لها فليست مسؤولة عنها.

٤/ ١٠ يجوز للمؤسسة أن تشترط في عقد المرابحة أنها بريئة من جميع عيوب السلعة أو من بعضها، دون التلف أو نقص كمية المبيع قبل القبض ويسمى هذا «بيع البراءة». وفي حالة وجود هذا الشرط فإنه يفضل للمؤسسة أن تفوض العميل بالرجوع على البائع الأول بشأن التعويض عن العيوب الثابت للمؤسسة التعويض عنها تجاه البائع.

٤/ ١١ للمؤسسة أن تشترط على العميل: أنه إذا امتنع عن تسلم السلعة في الموعد المحدد بعد إبرام عقد المرابحة يحق للمؤسسة فسخ العقد أو بيع السلعة نيابة عن العميل ولحسابه وتستوفي مستحقاتها من الثمن وترجع عليه بالباقي إن لم يكف الثمن.

٥. ضمانات المرابحة ومعالجة مديونيتها:

٥/ ١ يجوز اشتراط المؤسسة على العميل حلول جميع الأقساط قبل مواعيدها عند امتناعه أو تأخره عن أداء أي قسط منها من دون عذر معتبر بعد نهاية المدة المحددة في إشعار يرسل إليه بعد حلول الأجل بمدة مناسبة.

٥/ ٢ ينبغي أن تطلب المؤسسة من العميل ضمانات مشروعة في عقد بيع المرابحة. ومن ذلك حصول المؤسسة على كفالة طرف ثالث، أو رهن الوديعة الاستثمارية للعميل أو رهن أي مال منقول أو عقار، أو رهن السلعة محل العقد رهنًا ائتمانيًّا (رسميًّا) دون حيازة، أو مع الحيازة للسلعة وفك الرهن تدريجيًّا حسب نسبة السداد.

٥/ ٣ يجوز مطالبة المؤسسة للعميل بتقديم شيكات أو سندات لأمر قبل إبرام عقد المرابحة ضمانًا للمديونية التي ستنشأ بعد إبرام العقد، شريطة النص على أنه لا يحق للمؤسسة استخدام الشيكات أو السندات إلا في مواعيد استحقاقها، وتمتنع المطالبة بالشيكات في البلاد التي يمكن فيها تقديمها للدفع قبل موعدها.

٥/ ٤ لا يجوز اشتراط عدم انتقال ملكية السلعة إلى العميل إلا بعد سداد الثمن؛ ولكن يجوز إرجاء تسجيل السلعة باسم العميل المشتري لغرض

ضمان سداد الثمن؛ مع الحصول على تفويض من العميل للمؤسسة ببيع السلعة إذا تأخر عن سداد الثمن. وعلى المؤسسة إعطاء المشتري (سند ضد) لإثبات حقه في الملكية. وإذا باعت المؤسسة السلعة لعدم سداد الثمن في حينه فيجب عليها الاقتصار على مستحقاتها وإعادة الباقي إلى العميل.

٥/ ٥ يحق للمؤسسة في حال الحصول على رهن من العميل أن تشترط تفويضه لها ببيع الرهن من أجل الاستيفاء من ثمنه دون الرجوع إلى القضاء.

٥/ ٦ يجوز أن ينص في عقد المرابحة على التزام العميل المشتري بدفع مبلغ أو نسبة من الدين على أساس الالتزام بالتصدق به في حالة تأخره عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة، على أن تصرف في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة ولا تنتفع بها المؤسسة.

٥/ ٧ لا يجوز تأجيل موعد أداء الدين مقابل زيادة في مقداره (جدولة الدين) سواء كان المدين موسرًا أم معسرًا.

٥/ ٨ إذا وقعت المماطلة من العميل المدين بالأقساط فإن المستحق هو مبلغ الدين فقط، ولا يجوز للمؤسسة أن تلزم العميل بأداء أي زيادة لصالحها، مع مراعاة ما ورد في البند ٥/ ٦.

٥/ ٩ يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد.

٥/ ١٠ يجوز الاتفاق بين المؤسسة والعميل عند سداد دين المرابحة الدفع بعملة أخرى مغايرة لعملة الدين شريطة أن يتم تسديد الدين بأكمله

أو تسديد المقدار المتفق على مصارفته، بحيث لا يبقى في الذمة شيء من المبلـــغ المتفق على مصارفته وألا يكون ذلـــك منصوصًا عليه في العقد.

٦. تاريخ إصدار المعيار:

صدر هذا المعيار بتاريخ ٤ ربيع الأول ١٤٢٣هـ الموافق ١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢م.



اعْتِمَاد المِعْيَارِ

اعتمد المجلس الشـــرعي المتطلبات الشـــرعية لصيغة المرابحة، وذلك في اجتماعه الرابع المنعقـــد في ٢٥ - ٢٧ صفر ١٤٢١هـ الموافق ٢٩ - ٣١ أيار (مايو) ٢٠٠٠م.

ثم اعتمد المجلس الشرعي إعادة إصدار المتطلبات الشرعية للمرابحة لتصبح معيارًا شـــرعيًّا وذلك في اجتماعه الثامن المنعقد في المدينة المنورة بتاريخ ٢٨ صفر - ٤ ربيع الأول ١٤٢٣ هـ = ١١ -١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢م.



مُلحَقُ (أ)

الإشعار بتنفيذ الوكالة والإيجاب بالشراء من قبل الآمر بالشراء

الإشعار بتنفيذ الوكالة والإيجاب بالشراء من قبل الآمر بالشراء:

إشعار تنفيذ الوكالة والإيجاب بالشراء

من: (وكيل المؤسسة) ... ...

إلى: (المؤسسة) ... ...

تنفيذًا لعقد الوكالة، أفيدكم بأني قد اشـــتريت البضاعة الموصوفة أدناه بالنيابة عنكم لصالحكم، وهي في حيازتي بالنيابة عنكم.

وبناء على الوعد مني لكم بالشـــراء، فقد اشتريتها منكم بثمن إجمالي قدره ... ... وهو يتكون من ثمن التكلفة ... ... مضافًا إليه ربح ... ... ويقع تسديد الثمن حسب الأقساط المحددة فيما يأتي:

- ... ...
- ... ...
- ... ...

وتفضلوا بإرسال القبول وفق هذا الإيجاب

مُلحَقُ (ب)

الإشعار بالقبول وبالبيع من قبل المؤسسة

إشعار القبول بالبيع:

من: ... ... (المؤسسة) ... ...

إلى: (وكيل المؤسسة)... ... ...

جوابًا عن كتابكم المؤرخ ... ... المتضمن الإيجاب بشراء البضاعة المملوكة لنا والموصوفة أدناه، نفيدكم أننا بعناها إليكم بثمن إجمالي قدره ... ... يتكون من ثمن التكلفة ... ... مضافًا إليه ربح... ... ...، وذلك حسب الشروط المبينة في الاتفاقية العامة للمرابحة.

وتفضلوا بإرسال القبول وفق هذا الإيجاب



مُلحَقُ (ج)

نبذة تاريخية عن إعداد المعيار

قرر المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (١) المنعقد في تاريخ ١٢ ذي القعدة ١٤١٩هـ = ٢٧ تشـرين الثاني (نوفمبر) ١٩٩٩م في مكـة المكرمة إصدار متطلب شرعي للمرابحة بتكليف مستشار شرعي لإعداد مسودة مشروع المتطلبات الشرعية للمرابحة.

في يوم الثلاثاء ١٣ ذي الحجة ١٤١٩ هـ = ٣٠ آذار (مارس) ١٩٩٩ م قررت لجنة الإفتاء والتحكيم تكليف مستشـار شرعي لإعداد مسـودة مشروع المتطلبات الشرعية للمرابحة.

وفي اجتماع لجنة الإفتاء والتحكيم المنعقد بتاريخ ١٣، ١٤ رجب ١٤٢٠هـ = ٢٢، ٢٣ تشـرين الأول (أكتوبر) ١٩٩٩م، ناقشت اللجنة مسودة مشروع المتطلبات الشرعية للمرابحة، وطلبت من المستشـار إدخال التعديلات اللازمة في ضوء ما تم من مناقشات وما أبداه الأعضاء من ملاحظات.

عرضت مسـودة مشـروع المتطلبـات المعدلة على المجلس الشـرعي في اجتماعـه رقم (٢) المنعقد في مكة المكرمة في الفترة ١٠ - ١٥ رمضان ١٤٢٠هـ = ١٨ - ٢٢ كانون الأول (ديسمبر) ١٩٩٩م، وأدخل المجلس الشرعي تعديلات على مسودة مشروع المتطلبات للمرابحة، وقرر إرسالها إلى ذوي الاختصاص والاهتمام

لتلقى ما يبدو لهم من ملاحظات تمهيدًا لمناقشتها في جلسة الاستماع.

عقدت الهيئة جلسة استماع في البحرين بتاريخ ٢٩- ٣٠ ذي الحجة ١٤٢١هـ = ٤ - ٥ نيسان (إبريل) ٢٠٠٠م، وحضرها ما يزيد عن ثلاثين مشاركًا يمثلون البنوك المركزية، والمؤسسات، ومكاتب المحاسبة، وفقهاء الشريعة، وأساتذة الجامعات، وغيرهم من المعنيين بهذا المجال. وقد تم الاستماع إلى الملاحظات التي أبديت سواء منها ما أرسل قبل جلسة الاستماع أم ما طرح خلالها، وتولى بعض أعضاء المجلس الإجابة عن الملاحظات والتعليق عليها.

عقدت لجنة الدراسات الشرعية ولجنة الإفتاء والتحكيم اجتماعًا مشتركًا في الفترة ٢١- ٢٣ محرم ١٤٢١هـ = ٢٦- ٢٨ نيسان (إبريل) ٢٠٠٠م في البحرين للتداول في الملاحظات التي أبديت حول مشروع المتطلبات، وأُدخلت التعديلات التي رأتها مناسبة في ضوء المناقشات التي دارت في جلسة الاستماع.

ناقش المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٤) المنعقد في المدينة المنورة في الفترة من ٢٥- ٢٧ صفر ١٤٢١هـ = ٢٩ - ٣١ أيار (مايو) ٢٠٠٠م التعديلات التي أدخلتها لجنة الدراسات الشرعية ولجنة الإفتاء والتحكيم، وأدخل التعديلات التي رآها مناسبة واعتمد هذا المعيار باسم المتطلبات الشرعية للمرابحة بالإجماع في بعض الفقرات، وبالأغلبية في بعضها على ما هو مثبت في محاضر اجتماعات المجلس.

وقد قرر المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٧) المنعقد في مكة المكرمة بتاريخ ٩-١٣ رمضان ١٤٢٢ هـ = ٢٤-٢٨ تشرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠١ م إعادة إصدار جميع المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل لتصبح معايير شرعية، وكونت لجنة لهذا الغرض.

وفـي اجتماعه رقم (٨) المنعقد بالمدينة المنـورة بتاريخ ٢٨ صفر - ٤ ربيع الأول ١٤٢٣هـ = ١١-١٦ أيـار (مايو) ٢٠٢٢م. اعتمد المجلس الشـرعي إعادة إصدار المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل رقم (١) المرابحة باسم المعيار الشرعي رقم (٨) المرابحة ولم يجر أي تغيير جوهري في المضمون.

راجعت لجنـة مراجعة المعايير الشـرعية في اجتماعهـا المنعقد بدولة قطر فـي ربيع الثاني ١٤٣٣ هـ يوافقه مارس ٢٠١٢م المعيار، وبعد المداولة والمناقشـة اقترحت اللجنة جملة من التعديلات التي رأتها مناسـبة إضافة وحذفًا وإعادة صياغة ورفعتها للمجلس الشرعي لإقرار ما يراه مناسبًا منها.

ناقش المجلس الشـرعي في اجتماعه رقم (٣٩) المنعقد في مملكة البحرين خلال الفترة من ١٣ إلى ١٥ محرم ١٤٣٥هـ يوافقه ٦- ٨ نوفمبر ٢٠١٤م التعديلات التي اقترحتها لجنة المراجعة، وبعد المداولة والمناقشـة أقر المجلس الشرعي ما رآه منها، واعتمد المعيار بصيغته المعدلة الحالية.



مُلحَقُ (د)

مستند الأحكام الشرعية

تمهيد عن مشروعية المرابحة:

تعريف المرابحة:

بيع سلعة بمثل الثمن الذي اشتراها به البائع مع زيادة ربح معلوم متفق عليه، بنسبة من الثمن أو بمبلغ مقطوع سواء وقعت من دون وعد سابق وهي المرابحة العادية، أو وقعت بناء على وعد بالشراء من الراغب في الحصول على السلعة عن طريق المؤسسة وهي المرابحة المصرفية. وهو أحد بيوع الأمانة التي يعتمد فيها على بيان ثمن الشراء أو التكلفة (بإضافة المصروفات المعتادة).

مشروعية المرابحة:

ثبتت مشروعية المرابحة بالأدلة التي استدل بها لمشروعية البيع ومنها قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾[1]. واستدل لها بعضهم بقوله تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا۟ فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ ﴾[2]، باعتبار الربح هو الفضل، كما استدل بالقياس على التولية فقد اشترى رسول الله ﷺ الناقة من

(١) سورة البقرة، الآية: (٢٧٥).

(٢) سورة البقرة، الآية: (١٩٨).

أبي بكر للهجرة بالتولية؛ لأنه حين أراد أبو بكر هبتها له قال بل بالثمن. وقد اتفق جمهور أهل العلم على مشروعية أصل المرابحة.

الوعد من الآمر بالشراء:

- مستند جواز الاستجابة لطلب العميل في شراء المؤسسة السلعة من جهة معينة هو: أن ذلك لا يخل بعملية التملك لصالح المؤسسة لا سيما أن هذا الطلب ليس له صفة الإلزام فللمؤسسة أن تشتري من جهة أخرى ما دامت المواصفات المرغوبة متحققة ويمكن إلزام العميل بوعده استنادًا إلى عمومات الأدلة من القرآن والسنة بوجوب الوفاء بالعهد والوعد. وقد ورد بشأن الإلزام بالوعد من طرف واحد قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[١]، وفتوى بيت التمويل الكويتي[٢] ومصرف قطر الإسلامي[٣] وغيرها.
- مستند إمكانية توجيه عرض الأسعار باسم العميل: أنه لا أثر له عقديًا ما لم يقترن بالقبول من العميل. ومستند أولوية توجيهه باسم المؤسسة دفع الالتباس. وبذلك صدرت فتوى مصرف قطر الإسلامي[٤] وبيت التمويل الكويتي[٥].
- مستند منع إجراء المرابحة في حالة قبول العميل للإيجاب الصادر من البائع هو أن البيع قد انعقد بين البائع والعميل وصارت السلعة مملوكة للعميل. ولا يؤثر على هذا الحكم أن العميل لم يدفع الثمن؛ لأنه لا يشترط أداء الثمن لانعقاد العقد أو صحته، وأداء الثمن هو أثر للعقد وليس ركنًا ولا شرطًا فيه.

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٤٠-٤١ (٢/ ٥، ٣/ ٥).
(٢) فتوى رقم (٤٩).
(٣) فتوى رقم (٨).
(٤) فتوى رقم (٣٥).
(٥) فتوى رقم (٨٧).

- مستند وجوب إلغاء أي ارتباط سابق بين العميل والمورد حتى لا تئول المعاملة إلى مجرد قرض ربوي، لأن انتفاء العلاقة التعاقدية بينهما شرط لصحة تنفيذ المؤسسة عملية المرابحة.

- مستند التأكد من اختلاف العميل عن المورد هو: تجنب وقوع بيع العينة المحرم شرعًا.

- مستند جواز أن يكون المورد قريبًا للواعد بالشراء، أو كونهما زوجين هو أن كلًّا منهما له ذمة منفصلة ما لم يكن ذلك حيلة على العينة فيحرم؛ منعًا لأي تواطؤ محتمل لتمرير العملية لصالح العميل. وقد صدرت بشأنه فتوى بيت التمويل الكويتي[1].

- مستند منع الوعد من شريك لشريكه بشراء حصته بالمرابحة؛ أن ذلك يئول إلى ضمان الشريك لحصة شريكه وإلى الربا.

- مستند المنع من إجراء المرابحة المؤجلة في الذهب أو الفضة أو العملات قوله ﷺ في مبادلة الذهب بالفضة: «يدًا بيد»[2]، أي بدون تأجيل التقابض. وللعملات حكم الذهب والفضة، وقد تأكد ذلك بقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[3].

- مستند منع إصدار صكوك مرابحة متداولة أو تجديد المرابحة: أن ذلك من صور بيع الدين المحرمة.

- مستند منع المواعدة الملزمة هو: أنها تشبه حينئذ عقد البيع نفسه قبل

(١) فتوى رقم (٥٥).
(٢) تقدم تخريجه ص٦٥.
(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٣ (١/ ٧).

التملك. وقد صدر بشأن المنع قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[١].

- مستند جواز الاتفاق على تعديل بنود الوعد هو: أنه ليس بيعًا؛ فلا يترتب على تعديل الربح والأجل جدولة الدين الممنوعة شرعًا.

- مستند تطبيق خيار الشرط حديث حبان بن منقذ وقول النبي ﷺ له: «**إذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال فإن رضيت فأمسك وإن سخطت فارددها على صاحبها**»[٢]. وقد صدر بتأكيد تطبيق خيار الشرط في المرابحة قرار الندوة الفقهية الثانية لبيت التمويل الكويتي.

- مستند المنع من عمولة الارتباط هو أنها مقابل حق التعاقد وهو إرادة ومشيئة وليس محلًّا للمعاوضة.

- مستند المنع من عمولة التسهيلات هو أنه إذا كان لا يجوز الحصول على مقابل في حالة إعطاء الأموال فعلًا إلى العميل، فلا تجوز -من باب أولى- العمولة مقابل استعداد المؤسسة لمداينة العميل بالأجل.

- مستند تحميل مصروفات إعداد العقود المبرمة بين المؤسسة والعميل لطرفي العقد هو أن الانتفاع بها حاصل للطرفين ولم يترتب عليه محظور شرعي. ومستند جواز اشتراط تحمل أحدهما لها هو أنها من قبيل الشرط الجائز.

- مستند مشروعية كفالة العميل حسن أداء المصدَّر هو أن هذه الكفالة فيها توثيق للحقوق، وهي لا تخل بأي من ضوابط عملية المرابحة.

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٤١ (٣/ ٥).

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه ٢/ ٧٨٩.

- مستند منع شمول كفالة العميل مخاطر نقل السلعة هو أن السلعة في ضمان مالكها، والعميل ليس مالكًا، والخراج بالضمان.
- مستند جواز أخذ هامش الجدية هو أنه من قبيل التوثيق لما قد يلحق من ضرر.
- مستند جواز أخذ العربون عند إبرام العقد فعل عمر رضي الله عنه بمحضر من الصحابة[1]، وقد أخذ به الإمام أحمد. وقد صدر بشأن العربون قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[2].

تملك المؤسسة السلعة وقبضها والتوكيل فيهما:

- مستند تحريم بيع السلعة قبل تملكها قوله ﷺ: «**لا تبع ما ليس عندك**»[3] وحديث نهى النبي ﷺ عن بيع الإنسان ما لا يملك[4].
- مستند أولوية أن يكون الوكيل عند حاجة المؤسسة للتوكيل شخصًا غير الآمر بالشراء هو الابتعاد عن الصورية والالتباس بأن التملك هو لصالح الآمر بالشراء، ولكي يظهر دور المؤسسة في العملية، وللفصل بين الضمانين: ضمان المؤسسة وضمان الآمر بالشراء بعد البيع.
- مستند مطالبة المؤسسة بدفع الثمن مباشرة للمصدَّر هو اجتناب الشبهة في تحول المعاملة إلى مجرد تمويل بفائدة.
- مستند وجوب الفصل بين الضمانين ـ في حالة تملك المؤسسة السلعة

---

(١) تقدم ص١٤٨.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٧٢ (٣/ ٨) بشأن العربون.

(٣) أخرجه الترمذي في سننه ٣/ ٥٣٤.

(٤) أخرجه الطبراني (المعجم الأوسط ٥/ ٦٦) دار الحرمين، القاهرة ١٤١٥هـ.

بالتوكيل ـ لتجنب تداخل الضمانين.

- مستند كون الأصل توجيه المستندات إلى المؤسسة أن الشراء يتم لصالح المؤسسة نفسها.
- مستند طلب إفصاح الوكيل بالتوكيل باسم المؤسسة هو انضباط التعامل، ولتحديد المرجع النهائي في تنفيذ العقد.
- مستند وجوب القبض قبل البيع هو التحقق من تحمل المؤسسة تبعة هلاك السلعة قبل بيعها إلى العميل.
- مستند فصل عقد التوكيل عن عملية المرابحة هو منع توهم الربط بين عقد التوكيل وعقد الشراء بالمرابحة.
- مستند الاكتفاء بالقبض الحكمي، وكون القبض للأشياء بحسب طبيعتها هو: أن الشرع لم يحدد صورة معينة للقبض بل ترك ذلك للعرف ولأن الغرض من القبض التمكن من التصرف، فكل ما يحصل به التمكن يعد قبضًا.
- مستند وجوب كون عقد توكيل العميل مستقلًا عن عقد الشراء بالمرابحة هو: خشية توهم الربط بين عقد التوكيل وعقد الشراء بالمرابحة.
- مستند تحمل المؤسسة مصروفات التأمين هو أنها مصروفات تتبع ملكية العين.

إبرام عقد المرابحة:

- مستند استحقاق المؤسسة التعويض في حال نكول العميل عن الوعد الملزم منه بشراء السلعة هو أن ما قد يلحق من ضرر بالمؤسسة قد تسبب

به العميل وذلك بإدخاله المؤسسة في أمر لم تكن لتدخل فيه لولا الوعد. وقد صدر بشأنه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[1].

- مستند اقتصار التعويض على الفرق بين تكلفة السلعة وثمن بيعها لغير الواعد أن الضمان المشروع هو ما يرفع الضرر الفعلي فقط، ولأن استحقاق المؤسسة للربح الفائت لا يكون إلا بوجود عقد المرابحة ولم يوجد.

- مستند وجوب إفصاح المؤسسة عن كون الثمن الذي اشترت به السلعة مؤجلًا هو أن المرابحة بيع أمانة فيجب فيه الإخبار بالثمن من حيث كميته وصفته، لأن الثمن المؤجل أكثر.

- مستند إضافة ما جرى العرف بإضافته من مصروفات تتعلق بالسلعة أن تلك المصاريف المدفوعة للغير ملحقة بالثمن.

- مستند استفادة المشتري من الحسم الذي تحصل عليه المؤسسة هو أن المرابحة زيادة على الثمن الأصلي فإذا خفض الثمن الأصلي السابق كان ما بعد التخفيض هو الثمن الذي تقع به المرابحة.

- مستند وجوب تحديدٌ الثمن والربح هو: لنفي الجهالة والغرر.

- مستند وجوب بيان الربح منفصلًا عن الثمن الأصلي، وعدم الاكتفاء بالثمن الإجمالي هو: أن المرابحة بيع بالثمن الأصلي مع زيادة، لذا يجب بيان الزيادة الحاصلة على الثمن الأصلي حتى يقع التراضي عليها.

- مستند جواز تقسيط الثمن: أن المرابحة من عقود البيع التي يجوز فيها

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٤٠-٤١ (٢/ ٥، ٣/ ٥).

تعجيل الثمن أو تأجيله وتقسيطه، ومستند تحريم المطالبة بالزيادة عن التأخير أن ذلك ربا الجاهلية المحرم.

- مستند جواز اشتراط البراءة من العيوب أن المطالبة بضمان العيب الخفي حق للمشتري متعلق بالمبيع فيحق له التنازل عنه وهو قول جماعة من أهل العلم[١].
- مستند جواز اشتراط الفسخ هو: أن الأصل في الشروط الجواز والصحة وهذا الشرط لا يحل حراما ولا يحرم حلالًا فينطبق عليه حديث: «**المسلمون عند شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا**»[٢].

ضمانات المرابحة ومعالجة مديونيتها:

- مستند جواز اشتراط حلول الأقساط بالتأخر عن الأداء قوله ﷺ: «**المسلمون على شروطهم**». والأجل حق المشتري (المدين) فيحق له التنازل عنه أو تعليق التنازل عنه بوقوع التأخر عن السداد.
- مستند مشروعية طلب ضمانات للسداد: أن ذلك لا يخالف مقتضى العقد بل يؤكده. والضمانات تلائم عقود المداينات.

---

(١) ينظر بدائع الصنائع للكاساني ٥/ ٢٧٦ وما بعدها، التاج والإكليل للموّاق ٤/ ٤٣٩، المهذب للشيرازي ١/ ٢٨٤، المغني لابن قدامة ٤/ ١٢٩، كشاف القناع للبهوتي ٣/ ٢٢٨ وما بعدها.

(٢) أخرجه أحمد في المسند (١/ ٣١٢)، وابن ماجه بإسناد حسن (٢/ ٧٨٤ طبع مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٢هـ/ ١٩٥٢م)، والحاكم طبع حيدرآباد، الهند - ١٣٥٥هـ، والبيهقي (٦/ ٧٠، ١٥٦، ١٠/ ١٣٣، طبع حيدرآباد، الهند - ١٣٥٥هـ)، والدارقطني (٣/ ٧٧، ٤/ ٢٨٨، طبع دار المحاسن للطباعة، القاهرة ١٣٧٢هـ/ ١٩٥٢م).

- مستند منع اشتراط عدم انتقال الملكية: أن هذا الشرط ينافي مقتضى عقد البيع وهو انتقال الملكية. ومستند جواز إرجاء تسجيل السلعة باسم العميل لغرض ضمان سداد الثمن أن ذلك لا يمنع شرعًا من انتقال الملكية للمشتري.

- مستند جواز الاشتراط على المدين المماطل بالتزام التصدق بمبلغ زائد عن الدين لتصرفه المؤسسة في وجوه البر هو أنه من قبيل الالتزام بالتبرع المعروف عند المالكية وهو قول أبي عبد الله بن نافع ومحمد بن إبراهيم بن دينار من فقهاء الماكية[1].

- مستند تحريم الزيادة في الدين مقابل زيادة الأجل هو: أن ذلك من قبيل الربا، وهو ربا الجاهلية.

- مستند جواز التنازل عن جزء من الثمن بتعجيل السداد أن الوضع مقابل التعجيل مصالحة بين الدائن والمدين على أقل من الدين، وهذا من الصلح المشروع كما ثبت في حديث أبي بن كعب رضي الله عنه ونصه: «ضع شطر دينك»[2] وقد صدر بشأنه قرار من مجمع الفقه الإسلامي الدولي[3].

- مستند تسديد الدين بعملة أخرى، أنه يؤدي إلى تفريغ الذمتين، أي يؤدي إلى وفاء الدين بإسقاطه، وليس فيه التعامل الممنوع بالديون بيعًا وشراء، وبعض الصور المذكورة في المعيار وردت فيها نصوص، منها الحديث

(١) ينظر كتاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام، للحطاب ص٧١-٧٦، وقرارات وقد ورد تأكيد ذلك في توصيات وقرارات الندوة الفقهية الرابعة لبيت التمويل الكويتي.

(٢) أخرجه البخاري ١/ ١٧٩، ٢/ ٩٦٥.

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٤ (٢/ ٧).

المروي عن ابن عمر رضي اللـــه عنه قال أتيت النبي ﷺ في بيت حفصة رضي الله عنها فقلت: يارسول الله رويدك أسألك، إني أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطي هذه من هذه، فقال رســـول الله ﷺ: «**لا بأس أن تأخذ بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شـــيء**»[1]. كمـــا أن بعض الصور هي من قبيل المقاصة وهي مشروعة.



(١) أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه والحاكم وصححه ووافقه الذهبي، وروي مرفوعًا إلى النبي ﷺ وموقوفًا على ابن عمر (التلخيص الحبير ٣/ ٢٦).

مُلحَقُ (هـ)

التعريفات

المرابحة:

هي بيع المؤسسة إلى عميلها (الآمر بالشراء) سلعة بزيادة محددة على ثمنها أو تكلفتها بعد تحديد تلك الزيادة (ربح المرابحة) في الوعد وتسمى المرابحة المصرفية لتمييزها عن المرابحة العادية وتقترن المرابحة المصرفية بتأجيل الثمن مع أن هذا التأجيل ليس من لوازمها، فهناك مرابحة حالة أيضًا، وحينئذ يقتصر البائع على الربح الأصلي دون مقابل الأجل.

عمولة الارتباط:

هي النسبة أو المبلغ الذي تأخذه المؤسسة من العميل للدخول في العملية ولو لم يتعاقد العميل

العربون:

هو مبلغ من المال يدفعه العميل المشتري إلى المؤسسة بعد إبرام العقد على أنه إن أمضى البيع خلال المدة المحددة احتسب المبلغ من الثمن وإن عدل عن الشراء يكون المبلغ كله للمؤسسة.

التمويل الجماعي:

هو علاقة مشاركة في تمويل مشروع ما يكون لطرفين أو عدة أطرف مصلحة فيه وتوزيع الربح أو الإيراد بينهم على حسب المتفق عليه. أو هو دخول مجموعة من الشركات (المؤسسات المالية) في عملية استثمارية مشتركة، بقيادة إحداها عن طريق واحدة من الصيغ المشروعة، وتكون للمجموعة خلال مدة العملية شخصية مستقلة عن شخصيات الشركات المشتركة.

التسهيلات:

هي الحد الأعلى لمبلغ تعتمده المؤسسة للعميل، فيحق له الاستفادة منه في عدد من التعاملات، وقد يتقيد بنوع معين من المعاملات أو من السلع أو بفترة محددة.



الملحق الثاني
المعيار الشرعي رقم 9
الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك

المِعْيَارُ الشَّرْعِيُّ رَقْمُ (٩)

الإِجَارَةُ وَالإِجَارَةُ المُنْتَهِيَةُ بِالتَّمْلِيكِ*

(معيار معدَّل)

---

* صدر محتوى هذا المعيار سابقًا باسم «المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل رقم (٢): الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك». وقد تم إعادة إصداره في شكل معيار، استنادًا إلى قرار المجلس الشرعي بإعادة إصدار جميع المتطلبات الشرعية لتصبح معايير شرعية.

المُحتَوى

رقم الصفحة

التقديم ٢٤٠

نص المعيار ٢٤١

١- نطاق المعيار ٢٤١

٢- الوعد بالاستئجار ٢٤١

٣- تملك المؤسسة العين المراد إجارتها أو تملك منفعتها ٢٤٢

٤- إبرام عقد الإجارة وأحواله ٢٤٤

٥- محل الإجارة ٢٤٦

٦- ضمانات مديونية الإجارة ومعالجتها ٢٤٩

٧- طوارئ الإجارة ٢٥٠

٨- تمليك العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك ٢٥٣

٩- تاريخ إصدار المعيار ٢٥٥

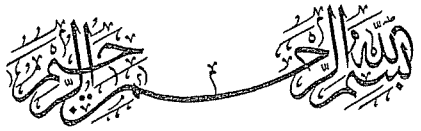
اعتماد المعيار ٢٥٦

الملاحق

(أ) نبذة تاريخية عن إعداد المعيار ٢٥٧

(ب) مستند الأحكام الشرعية ٢٦٠

(ج) التعريفات ٢٧٠



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

التَّقْدِيمُ

يهدف هذا المعيار إلى بيان الأسس والأحكام الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، بدءًا من الوعد بالاستئجار - في حالة وجود وعد - وانتهاء بإعادة العين المؤجرة في الإجارة التشغيلية، أو تمليكها في الإجارة المنتهية بالتمليك في نهاية مدة الإجارة أو خلالها، كما يهدف أيضًا إلى بيان الضوابط الشرعية التي يجب مراعاتها من قبل المؤسسات المالية الإسلامية (المؤسسة/ المؤسسات)[1].

والله الموفق،،،

(١) استخدمت كلمة (المؤسسة/ المؤسسات) اختصارًا عن المؤسسات المالية الإسلامية، ومنها المصارف الإسلامية.

نَصُّ المِعْيَارِ

١. نطاق المعيار:

يتناول هـذا المعيار إجارة الأعيان إجارة تشـغيلية أو إجارة منتهية بالتمليك، سواء كانت المؤسسة مؤجرة أم مستأجرة.

ولا يتناول صكوك الإجارة لأنها ضمن معيار صكوك الاسـتثمار، ولا إجارة الأشخاص (عقد العمل) لأن لها معيارًا خاصًّا بها.

٢. الوعد بالاستئجار:

(٢/١) الأصل أن تقع الإجارة على عين أو منفعة مملوكة للمؤجر، ويجوز أن يطلب العميل من المؤسسة أن تشتري العين أو تحصل على منفعة أحد الموجودات مما يرغب العميل في استئجاره ويعد بذلك.

٢/٢ الأصل أن تتم عملية التأجير من دون أن يسـبقها تنظيم إطار عام حيث يقع إبرام الإجارة مباشـرة، ويجوز تنظيم إطار عام للاتفاقية التي تنظم عمليات الإجـارة بين المؤسسـة والعميل متضمنة الشـروط العامة للتعامل بين الطرفين، وفي هذه الحالة يجب أن يوجد عقد إيجار خاص لكل عملية في مستند مسـتقل يوقع عليه الطرفان، أو بتبادل إشعارين للإيجاب والقبول مع الإحالة إلى الشروط العامة المبينة في الإطار.

٢/ ٣ يجوز للمؤسسة أن تطلب من الواعد بالاستئجار أن يدفع مبلغًا محددًا إلى المؤسسة تحجزه لديها لضمان جدية العميل في تنفيذ وعده بالاستئجار وما يترتب عليه من التزامات، بشرط ألا يستقطع منه إلا مقدار الضرر الفعلي بحيث يتم - عند نكول العميل - تحميل الواعد في حال الإجارة مع الوعد بالتمليك الفرق بين تكلفة العين المراد تأجيرها ومجموع الأجرة الفعلية التي يتم تأجير العين على أساسها للغير إجارة منتهية بالتمليك، أما في حال الإجارة التشغيلية فيتحمل الواعد عند نكوله الفرق بين تكلفة شراء العين وثمن بيعها للغير إن اختار الموعود له البيع، فإن لم يبع فلا يستحق التعويض.

٢/ ٤ المبلغ المقدم لضمان الجدية إما أن يكون أمانة للحفظ لدى المؤسسة فلا يجوز لها التصرف فيه، أو أن يكون أمانة للاستثمار بأن يأذن العميل للمؤسسة باستثماره على أساس المضاربة الشرعية بين العميل والمؤسسة، ويجوز الاتفاق مع العميل عند إبرام عقد الإجارة على اعتبار هذا المبلغ من أقساط الإجارة.

٣. تملك المؤسسة العين المراد إجارتها أو تملك منفعتها:

٣/ ١ يشترط لصحة عقد الإجارة التي تقع على شيء معين أن يسبق العقد تملك العين المراد إجارتها، أو تملك منفعتها:

٣/ ١/ ١ فإذا كانت العين أو منفعتها مملوكة للمؤسسة فهو الأصل، فيجوز عقد الإجارة عند اتفاق إرادة الطرفين.

٣/ ١/ ٢ أما إذا كانت العين ستتملكها المؤسسة بالشراء من الواعد بالاستئجار (ينظر البند ٣/ ٢) أو من غيره، فلا تنعقد

الإجـارة إلا بعد تملك المؤسسـة العين. ويصـح التملك بعقد البيع ولو لم يتم تسـجيله باسم المشتري (المؤسسة)، ويحق للمشـتري أن يحصل على (سند ضد) لتقرير الملكية الحقيقية له.

٣/ ٢ يجـوز تملك العين من شـخص أو جهـة ثم إجارتها نفسـها إلى من تملكتها المؤسسة منه، ولا يجوز اشتراط الإجارة في البيع الذي حصل بـه تملك المؤسسة للعين.

٣/ ٣ يجوز لمن اسـتأجر عينًا أن يؤجرها لغير المالك بمثل الأجرة أو بأقل أو بأكثر بأجرة حالة أو مؤجلة (وهو ما يسمى التأجير من الباطن) ما لم يشترط عليه المالك الامتناع عن الإيجار للغير أو الحصول على موافقة منه.

٣/ ٤ يجوز للمسـتأجر إجارة العين لمالكها نفسـه في مدة الإجارة الأولى بأقـل من الأجرة الأولـى أو بمثلها أو بأكثر منهـا إذا كانت الأجرتان معجلتيـن. ولا يجوز ذلك إذا كان يترتب عليها عقـد عينة: بتغيير في الأجـرة أو في الأجل، مثل أن تقع الإجارة الأولى بمائة دينار حالـة، ثم يؤجرها المستأجر إلى نفس المؤجر بمائة وعشرة مؤجلة، أو أن تقع الإجارة الأولى بمائة وعشـرة مؤجلة ثم تقع الإجارة الثانية بمائة نقدًا، أو أن تكون الأجرة في الإجارتيـن واحدة، غير أنها في الأولى مؤجلة بشهر، وفي الثانية بشهرين.

٣/ ٥ يجوز أن تقع الإجارة علـى موصوف في الذمة وصفًا منضبطًا، ولو لم يكن مملوكًا للمؤجر (الإجـارة الموصوفة في الذمة) حيث يتفق على

تسليم العين الموصوفة في موعد سريان العقد، ويراعى في ذلك إمكان تملك المؤجر لها أو صنعها، ولا يشترط فيها تعجيل الأجرة ما لم تكن بلفظ السلم أو السلف. وإذا سلم المؤجر غير ما تم وصفه فللمستأجر رفضه وطلب ما تتحقق فيه المواصفات.

٣/ ٦ يجوز للعميل أن يشارك المؤسسة في شراء العين التي يرغب في استئجارها ثم يستأجر حصة المؤسسة، فتكون الأجرة المقررة للمؤسسة مقابل حصتها في ملكية العين فقط؛ فيصبح المستأجر مالكًا لحصة من العين، ولا تستحق عليه إلا أجرة ما ليس مملوكًا له.

٣/ ٧ يجوز للمؤسسة توكيل أحد عملائها بأن يشتري لحسابها ما يحتاجه ذلك العميل من معدات وآليات ونحوها مما هو محدد الأوصاف والثمن، بغية أن تؤجره المؤسسة تلك الأشياء بعد حيازة المؤسسة لها حقيقة أو حكمًا والأفضل أن يكون الوكيل بالشراء غير العميل إذا تيسر ذلك.

٤. إبرام عقد الإجارة وأحواله:

٤/ ١ إبرام عقد الإجارة وآثاره:

٤/ ١/ ١ عقد الإجارة عقد لازم لا يملك أحد الطرفين الانفراد بفسخه أو تعديله دون موافقة الآخر (ينظر البند ٥/ ٢/ ٢ والبند ٧/ ٢/ ١ والبند و٧/ ٢/ ٢). ولكن يمكن فسخ الإجارة بالعذر الطارئ (ينظر البند ٧/ ٢/ ١).

٤/ ١/ ٢ يجب تحديد مدة الإجارة، ويكون ابتداؤها من تاريخ العقد ما لم يتفق الطرفان على أجل معلوم لابتداء مدة الإجارة، وهي التي تسمى (الإجارة المضافة) أي المحدد تنفيذها في المستقبل.

٤/ ١/ ٣ إذا تأخر المؤجر في تسليم العين عن الموعد المحدد في عقد الإجارة فإنه لا تستحق أجرة عن المدة الفاصلة بين الموعد المحدد في العقد والتسليم الفعلي، ويحسم مقابلها من الأجرة إلا إذا تم الاتفاق على مدة بديلة بعد نهاية مدة العقد.

٤/ ١/ ٤ يجوز أخذ العربون في الإجارة عند إبرام عقدها، مع ثبوت حق الفسخ للمستأجر لمدة معينة ويكون العربون جزءًا معجلًا من الأجرة في حال نفاذ الإجارة، وفي حال النكول يحق للمؤجر أخذ العربون. والأولى أن تتنازل المؤسسة عما زاد من العربون عن مقدار الضرر الفعلي. ينظر البند (٢/ ٣).

٤/ ٢ أحوال عقد الإجارة:

٤/ ٢/ ١ يجوز إبرام عقود إيجار لفترات متغايرة لمستأجرين متعددين بحيث لا يشترك عقدان في مدة واحدة على عين واحدة، وهذه الحالة تسمى (ترادف الإجارات)؛ لأن كل إجارة منها تكون رديفة (لاحقة) للأخرى، وليست متزامنة مع بعضها، وذلك على أساس الإجارة المضافة للمستقبل (ينظر البند ٤/ ١/ ٢).

٤/ ٢/ ٢ إذا أبرم المؤجر عقد إيجار على عين لمدة معينة، فلا يصح إبرامه عقد إيجار مع مستأجر آخر خلال مدة عقد الإجارة القائم أو بمقدار الباقي في مدتها (ينظر البند ٧/ ١/ ٢).

٤/ ٢/ ٣ يجوز أن تتوارد عقود الإجارة لعدة أشخاص على منفعة معينة لعين واحدة ومدة محددة دون تعيين زمن معين لشخص معين، بل يحق لكل منهم استيفاء المنفعة في الزمن الذي يتم

تخصيصه له عند الاستخدام تبعًا للعرف وهذه الحالة من صور المهايأة الزمانية في استيفاء المنفعة (*Time Sharing*).

٤/ ٢/ ٤ يجوز للمستأجر تشريك آخرين معه فيما ملكه من منافع بتمليكهم حصصًا فيها قبل إيجارها من الباطن، فيصبحون معه شركاء في منفعة العين المستأجرة. وبعد تملكهم للمنفعة وتأجيرهم للعين من الباطن يستحق كل شريك حصة من الأجرة بقدر مشاركته.

٥. محل الإجارة:

٥/ ١ أحكام المنفعة والعين المؤجرة:

٥/ ١/ ١ يشترط في العين المؤجرة أن يمكن الانتفاع بها مع بقاء العين. ويشترط في المنفعة أن تكون مباحة شرعًا، فلا يجوز إجارة مسكن أو أداة لعمل محرّم مقصود من الإجارة؛ كمقر بنك يتعامل بالفائدة، أو حانوت لبيع أو تخزين ما لا يحل، أو سيارة لنقل ما لا يجوز.

٥/ ١/ ٢ يجوز أن يكون محل الإجارة حصة من عين مملوكة على الشيوع، سواء أكان المستأجر شريكًا فيها للمؤجر أم لم يكن شريكًا فيها، ويكون انتفاع المستأجر بتلك الحصة بالطريقة التي كان ينتفع بها المالك (بقسمة المنافع بالمهايأة الزمانية أو المكانية) أو بطريقة أخرى بموافقة الشريك الآخر.

٥/ ١/ ٣ يجوز أن تُعقد إجارة على مسكن أو معدات ولو لغير مسلم إذا كان الغرض المعقود له حلالًا؛ كالبيت للسكنى، و السيارة

للتنقل أو النقل، والحاسوب لتخزين المعلومات، إلا إذا علم المؤجر أو غلب على ظنه أن العين المؤجرة يراد استئجارها لعمل محرم؛ تستخدم في محرّم.

٥/١/٤ يجب على المستأجر التقيد بالاستعمال الملائم للعين المؤجرة أو بالمتعارف عليه، والتقيد بالشروط المتفق عليها المقبولة شرعًا. كما يجب تجنب إلحاق ضرر بالعين بسوء الاستعمال أو بالتعدي أو بالإهمال.

٥/١/٥ لا يجوز للمؤجر أن يشترط براءته من عيوب العين المؤجرة التي تخل بالانتفاع، أو أن يشترط عدم مسئوليته عما يطرأ على العين من خلل يؤثر في المنفعة المقصودة من الإجارة سواء أكان بفعله أم بسبب خارج عن إرادته.

٥/١/٦ إذا فاتت المنفعة كليًّا أو جزئيًّا بتعدي المستأجر مع بقاء العين، فإنه يضمن إعادة المنفعة أو إصلاحها، ولا تسقط الأجرة عن مدة فوات المنفعة.

٥/١/٧ لا يجوز أن يشترط المؤجر على المستأجر الصيانة الأساسية للعين التي يتوقف عليها بقاء المنفعة. و يجوز توكيل المؤجر للمستأجر بإجراءات الصيانة على حساب المؤجر. وعلى المستأجر الصيانة التشغيلية أو الدورية (العادية).

٥/١/٨ العين المؤجرة تكون على ضمان المؤجر طيلة مدة الإجارة ما لم يقع من المستأجر تعد أو تقصير. ويجوز له أن يؤمن عليها عن طريق التأمين المشروع كلما كان ذلك ممكنًا، ونفقة التأمين

على المؤجر، ويمكن للمؤجر أخذها في الاعتبار ضمنًا عند تحديد الأجرة، ولكن لا يجوز له تحميل المستأجر بعد العقد أي تكلفة إضافية زادت على ما كان متوقعًا عند تحديد الأجرة. كما يمكن للمؤجر أن يوكل المستأجر بالقيام بإجراء التأمين على حساب المؤجر.

٥/ ٢ أحكام الأجرة:

٥/ ٢/ ١ يجوز أن تكون الأجرة نقودًا أو عينًا (سلعة) أو منفعة (خدمة). ويجب أن تكون الأجرة معلومة، ويجوز تحديدها بمبلغ للمدة كلها، أو بأقساط لأجزاء المدة. ويجوز أن تكون بمبلغ ثابت أو متغير بحسب أي طريقة معلومة للطرفين (ينظر البند ٥/ ٢/ ٣).

٥/ ٢/ ٢ تجب الأجرة بالعقد، وتستحق باستيفاء المنفعة أو بالتمكين من استيفائها لا بمجرد توقيع العقد. ويجوز أن تدفع الأجرة بعد إبرام العقد دفعة واحدة أو على دفعات خلال مدة تساوي أو تزيد أو تقل عن مدة الإجارة، فإذا تأخر تسليم العين المؤجرة عن المدة المحددة مدة تزيد عن المتعارفُ عليه لم يجب الدفع.

٥/ ٢/ ٣ في حالة الأجرة المتغيرة يجب أن تكون الأجرة للفترة الأولى محددة بمبلغ معلوم، ويجوز في الفترات التالية اعتماد مؤشر منضبط تتحدد على أساسه الأجرة للفترات اللاحقة، ويشترط أن يكون هذا المؤشر مرتبطًا بمعيار معلوم لا مجال فيه للنزاع، ويوضع له حد أعلى وحد أدنى، لأنه سيصبح أجرة الفترة الخاضعة للتحديد.

٥/ ٢/ ٤ يجوز الاتفاق على أن تكون الأجرة مكونة من جزءين محددين أحدهما يسلم للمؤجر، والآخر يبقى لدى المستأجر لتغطية أي مصروفات أو نفقات يقرها المؤجر؛ مثل التي تتعلق بتكاليف الصيانة الأساسية والتأمين وغيرها. ويكون الفائض من الجزء الثاني من الأجرة تحت الحساب حقًّا للمؤجر، وما نقص فعلى المؤجر تحمّله.

٥/ ٢/ ٥ يجوز باتفاق الطرفين تعديل أجرة الفترات المستقبلية، أي المدة التي لم يحصل الانتفاع فيها بالعين المؤجرة أما أجرة الفترات السابقة التي لم تدفع فتصبح دينًا على المستأجر، ولا يجوز اشتراط زيادتها.

٦. ضمانات مديونية الإجارة ومعالجتها:

٦/ ١ يجوز أخذ الضمانات المشروعة بأنواعها لتوثيق الحصول على الأجرة أو الضمان في حالة التعدي أو التقصير مثل الرهن والكفالة وحوالة الحق على مستحقات المستأجر لدى الغير، ولو كانت تلك المستحقات تعويضات تأمين مشروع عن شخص المستأجر وممتلكاته.

٦/ ٢ يجوز اشتراط تعجيل الأجرة، كما يجوز تقسيطها، وحينئذ فإن للمؤجر أن يشترط على المستأجر حلول باقي الأقساط إذا تأخر عن سداد قسط أو أكثر دون عذر معتبر بعد إرسال إشعار من المؤجر بمدة معينة مع تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين في المدة المتبقية. والأجرة المعجلة بالاشتراط أو الحالة بسبب التأخير في السداد تخضع للتسوية في آخر مدة الإجارة أو عند انفساخها قبيل نهاية المدة. وأي إمهال

من المؤجر يحصل بعد اشتراط التعجيل يعتبر من قبيل المسامحة عن التعجيل مدة الإمهال وليس حقًّا للمستأجر. ويراعى ما جاء في البند (٥/ ٢/ ٢).

٦/ ٣ لا يجوز اشتراط زيادة على الأجرة يستحقها المؤجر في حال التأخر في السداد (وينظر البند ٦/ ٤).

٦/ ٤ يجوز أن ينص في الإجارة أو الإجارة المنتهية بالتمليك على التزام العميل المستأجر المماطل بالتصدق بمبلغ محدد أو نسبة من الأجرة في حالة تأخره عن سداد الأجرة المستحقة في مواعيدها المقررة، بشرط أن يصرف ذلك في وجوه الخير بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة.

٦/ ٥ في حالة التنفيذ على الضمانات المقدمة من المستأجر، يحق للمؤجر أن يستوفي منها ما يتعلق بالأجرة المستحقة للفترات السابقة فقط، وليس له استيفاء جميع الأقساط الإيجارية، بما في ذلك الأقساط التي لم يحل أجلها ولم يقابلها استخدام للمنفعة. ويجوز له أن يستوفي من الضمانات كل التعويضات المشروعة الناتجة عن إخلال المستأجر بالعقد.

٧. طوارئ الإجارة:

٧/ ١ بيع العين المؤجرة أو هلاكها:

٧/ ١/ ١ إذا باع المؤجر العين المؤجرة إلى المستأجر منه، فإنه ينتهي عقد الإجارة بسبب انتقال ملكية العين للمستأجر وتتبعها ملكية المنفعة.

٧/ ١/ ٢ يحق للمؤجر بيع العين المؤجرة لغير المستأجر، وتنتقل ملكيتها محمّلة بعقد الإيجار؛ لأنه حق للغير، ولا يشترط رضا المستأجر، أما المشتري فإنه إذا لم يعلم بعقد الإيجار فله حق فسخ البيع، وإذا علم وقبل فإنه يحل محل المالك السابق في استحقاق الأجرة عن المدة الباقية.

٧/ ١/ ٣ في حالة الهلاك الكلي للعين ينفسخ عقد الإجارة إذا كانت الإجارة لعين معينة، ولا يجوز أن يشترط في حالة الهلاك الكلي للعين المؤجرة أداء بقية الأقساط.

٧/ ١/ ٤ العين المؤجرة أمانة عند المستأجر، فلا يضمنها إلا إذا حصل الهلاك بالتعدي أو التقصير منه وحينئذ يعوضها بمثلها إن كان لها مثل، وإلا فإنه يتحمل القيمة التي تقدر بها عند الهلاك.

٧/ ١/ ٥ في حالة الهلاك الجزئي للعين المخل بالمنفعة يحق للمستأجر فسخ الإجارة، ويجوز أن يتفقا في حينه على تعديل الأجرة في حالة الهلاك الجزئي للعين إذا تخلى المستأجر عن حقه في فسخ العقد، ولا يستحق المؤجر أجرة عن مدة التوقف عن الانتفاع إلا إذا عوضها (بالاتفاق مع المستأجر) بمثلها عقب انتهاء المدة المبينة في العقد. (ينظر البند ٥/ ١/ ٦)

٧/ ١/ ٦ في الإجارة الموصوفة في الذمة في حالتي الهلاك الكلي أو الجزئي على المالك تقديم عين بديلة ذات مواصفات مماثلة للعين الهالكة، ما لم يتفقا في حينه على غير ذلك. ويستمر عقد الإيجار لباقي المدة إلا إذا تعذر البديل فينفسخ العقد (ينظر البند ٣/ ٥).

٧/ ١/ ٧ إذا توقف المستأجر عن استخدام العين أو أعادها إلى المالك دون موافقته، فإن الأجرة تستمر عن المدة الباقية، ولا يحق للمؤجر تأجير العين لمستأجر آخر في المدة الباقية، بل يتركها تحت تصرف المستأجر الحالي إلا إذا تنازل المستأجر عن باقي المدة إلى المؤجر فتنتهي الإجارة. (ينظر البند ٧/ ٢/ ١).

٧/ ٢ فسخ عقد الإجارة وانتهاؤه وتجديده:

٧/ ٢/ ١ يجوز فسخ عقد الإجارة باتفاق الطرفين، ولا يحق لأحدهما فسخه إلا بالعذر الطارئ، كما يحق للمستأجر الفسخ بسبب العيب الحادث في العين المخل بالانتفاع، ويحق الفسخ بخيار الشرط لمن اشترطه خلال المدة المحددة.

٧/ ٢/ ٢ يجوز اشتراط المؤجر فسخ العقد لعدم سداد المستأجر الأجرة أو تأخيرها.

٧/ ٢/ ٣ لا تنتهي الإجارة بوفاة أحد المتعاقدين، على أنه يجوز لورثة المستأجر فسخ العقد إذا أثبتوا أن أعباء العقد أصبحت بسبب وفاة مورثهم أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أنها تتجاوز حدود حاجتهم.

٧/ ٢/ ٤ تنتهي الإجارة بالهلاك الكلي للعين في إجارة العين المعينة أو بتعذر استيفاء المنفعة؛ وذلك لفوات المنفعة المقصودة.

٧/ ٢/ ٥ يجوز برضا الطرفين إقالة عقد الإجارة قبل سريانه.

٧/ ٢/ ٦ تنتهي الإجارة بانتهاء مدتها، ولكنها تبقى للعذر درءًا للضرر؛ مثل تأخر بلوغ الأماكن المقصودة من استئجار وسائط النقل، وعدم نضج الزرع في الأرض المستأجرة للزراعة. وتستمر الإجارة حينئذ بأجرة المثل. ويجوز تجديد الإجارة لمدة أخرى بعدها، سواء حصل التجديد قبل انتهاء المدة الأصلية أم تلقائيًا بوضع نص في العقد بالتجديد عند دخول فترة جديدة إذا لم يتم الإشعار برغبة أحد الطرفين في عدم التجديد.

٨. تمليك العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك:

٨/ ١ يجب في الإجارة المنتهية بالتمليك، تحديد طريقة تمليك العين للمستأجر و يتم ذلك بوثيقة مستقلة عن عقد الإجارة، ويكون بإحدى الطرق الآتية:

٨/ ١/ ١ وعد بالبيع بثمن رمزي، أو بثمن حقيقي، أو وعد بالبيع في أثناء مدة الإجارة بأجرة المدة الباقية، أو بسعر السوق.

٨/ ١/ ٢ وعد بالهبة.

٨/ ١/ ٣ عقد هبة معلق على شرط سداد الأقساط.

وفي حالات إصدار وعد بالهبة أو وعد بالبيع أو عقد هبة معلق بمستندات مستقلة لا يجوز أن يذكر أنها جزء لا يتجزأ من عقد الإجارة المنتهية بالتمليك.

٨/ ٢ الوعد بالتمليك بإحدى الطرق المذكورة في البند ٨/ ١ ملزم لمن صدر منه، ويجب أن يقتصر الوعد الملزم على طرف واحد، أما الطرف

الآخر فيكون مخيرًا؛ تجنبًا للمواعدة الملزمة للطرفين الممنوعة؛ لأنها حينئذ تشبه العقد.

٨/ ٣ في جميع حالات التمليك عن طريق الوعد بالهبة أو بالبيع، لا بد من إبرام عقد التمليك عند تنفيذ الوعد، ولا تنتقل ملكية العين تلقائيًّا بمجرد وثيقة الوعد الأولى.

٨/ ٤ في حال اقتران عقد الإجارة بعقد هبة معلق على شرط سداد جميع الأقساط الإيجارية في مواعيدها وذلك بوثيقة مستقلة منفصلة، تنتقل ملكية العين للمستأجر إذا تحقق الشرط دون الحاجة لأي إجراء تعاقدي آخر، أما إذا تخلف المستأجر عن السداد في الموعد ولو لقسط واحد فلا تنتقل له الملكية، لعدم تحقق الشرط.

٨/ ٥ إذا كانت العين المؤجرة مشتراة من المستأجر قبل إجارتها إليه إجارة منتهية بالتمليك فلا بد لتجنب عقد العينة من مضي مدة تتغير فيها العين المؤجرة أو قيمتها ما بين عقد الإجارة وموعد بيعها إلى المستأجر. ويسري ذلك على حالة التملك المبكر للعين بإبرام عقد بيع خلال مدة الإجارة وينظر البند (٧/ ١).

٨/ ٦ مع مراعاة ما جاء في البند ٨/ ٨ يجب تطبيق أحكام الإجارة على الإجارة المنتهية بالتمليك، وهي التي يصدر فيها وعد من المؤجر بتمليك المستأجر العين المؤجرة، ولا يصح أي مخالفة لتلك الأحكام بحجة أن العين اشتريت بناء على وعد من المستأجر بالتملك، أو أنها ستئول إليه، أو أنه ملتزم بأقساط تزيد عن أجرة المثل وتشبه أقساط البيع، أو أن القوانين الوضعية أو معايير المحاسبة التقليدية يعتبرها بيعًا بالأقساط مع تأخر الملكية.

٧/٨ لا يجوز التمليك بإبرام عقد البيع مضافًا إلى المستقبل مع إبرام عقد الإجارة.

٨/٨ إذا هلكت العين المؤجرة أو تعذر استمرار عقد الإجارة إلى نهاية مدته من دون تسبب من المستأجر في الحالتين، فإنه يرجع إلى أجرة المثل، ويرد إلى المستأجر الفرق بين أجرة المثل والأجرة المحددة في العقد إذا كانت أكثر من أجرة المثل؛ وذلك دفعًا للضرر عن المستأجر الذي رضي بزيادة الأجرة عن أجرة المثل في مقابلة الوعد له بالتمليك في نهاية مدة الإجارة.

٩. تاريخ إصدار المعيار:

صدر هذا المعيار بتاريخ ٤ ربيع الأول ١٤٢٣هـ الموافق ١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢م.

اعْتِمَاد المِعْيَارِ

اعتمد المجلس الشرعي المتطلبات الشرعية لصيغة الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، وذلك في اجتماعه الرابع المنعقـد في ٢٥ – ٢٧ صفر ١٤٢١هـ الموافق ٢٩ – ٣١ أيار (مايو) ٢٠٠٠م.

ثم اعتمد المجلس الشرعي إعادة إصدار المتطلبات الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك لتصبح معيارًا شرعيًّا وذلك في اجتماعه الثامن المنعقد في المدينة المنورة بتاريخ ٢٨ صفر – ٤ ربيع الأول ١٤٣٢ هـ=١١ – ١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢م.

مُلحَقُ (أ)

نبذة تاريخية عن إعداد المعيار

قرر المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (١) المنعقد في تاريخ ١٢ ذي القعدة ١٤١٩هـ = ٢٧ تشرين الثاني (نوفمبر) ١٩٩٩م. في البحرين إصدار متطلب شرعي للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك بتكليف مستشار شرعي.

وفي يوم الثلاثاء ١٣ ذي الحجة ١٤١٩هـ = ٣٠ آذار (مارس) ١٩٩٩م قررت لجنة الإفتاء والتحكيم تكليف مستشار شرعي لإعداد الدراسة الشرعية ومسودة مشروع المتطلبات الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك.

وفي اجتماع لجنة الإفتاء والتحكيم المنعقد بتاريخ ١٣- ١٤ رجب ١٤٢٠هـ = ٢٢- ٢٣ تشرين الأول (أكتوبر) ١٩٩٩م، ناقشت اللجنة مسودة مشروع المتطلبات الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، وطلبت من المستشار إدخال التعديلات اللازمة في ضوء ما تم من مناقشات وما أبداه الأعضاء من ملاحظات.

عرضت مسودة مشروع المتطلبات المعدلة على المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٣) المنعقد في البحرين في الفترة من ١٥- ١٧ ذي القعدة ١٤٢٠هـ = ٢١- ٢٣ شباط (فبراير) ٢٠٠٠م، وأدخل المجلس الشرعي تعديلات على مسودة مشروع المتطلبات الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، وقرر إرسالها إلى ذوي الاختصاص والاهتمام لتلقى ما يبدو لهم من ملاحظات تمهيدًا لمناقشتها في جلسة الاستماع.

عقدت الهيئة جلسة استماع في البحرين بتاريخ ٢٩، ٣٠ ذي الحجة ١٤٢١هـ = ٤ - ٥ نيسان (إبريل) ٢٠٠٠م، وحضرها ما يزيد عن ثلاثين مشاركًا يمثلون البنوك المركزية، والمؤسسات، ومكاتب المحاسبة، وفقهاء الشريعة، وأساتذة الجامعات، وغيرهم من المعنيين بهذا المجال. وقد تم الاستماع إلى الملاحظات التي أبديت سواء منها ما أرسل قبل جلسة الاستماع أم ما طرح خلالها، وقد تولى بعض أعضاء المجلس الإجابة عن الملاحظات والتعليق عليها.

عقدت لجنة المعايير الشرعية ولجنة الإفتاء والتحكيم اجتماعًا مشتركًا بتاريخ ٢١- ٢٣ محرم ١٤٢١هـ = ٢٦-٢٨ نيسان (إبريل) ٢٠٠٠م في البحرين للتداول في الملاحظات التي أبديت حول مشروع المتطلبات، وأدخلت التعديلات التي رأتها مناسبة في ضوء المناقشات التي دارت في جلسة الاستماع.

ناقش المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٤) المنعقد في المدينة المنورة في الفترة من ٢٥- ٢٧ صفر ١٤٢١هـ = ٢٩ - ٣١ أيار (مايو) ٢٠٠٠م التعديلات التي أدخلتها لجنة الدراسات الشرعية ولجنة الإفتاء والتحكيم، وأدخل التعديلات التي رآها مناسبة واعتمد هذا المعيار باسم المتطلبات الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك بالإجماع في بعض الفقرات، وبالأغلبية في بعضها على ما هو مثبت في محاضر اجتماعات المجلس.

وقد قرر المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٧) المنعقد في مكة المكرمة بتاريخ ٩-١٣ رمضان ١٤٢٢ هـ = ٢٤-٢٨ تشرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠١ م إعادة إصدار جميع المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل لتصبح معايير شرعية، وكونت لجنة لهذا الغرض.

وفي اجتماعه رقم (٨) المنعقد في المدينة المنورة بتاريخ ٢٨ صفر-٤ ربيع الأول ١٤٢٣ هـ = ١١- ١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢ م، اعتمد المجلس الشرعي إعادة

إصدار المتطلبات الشـــرعية لصيغ الاســـتثمار والتمويل رقم (٢) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك باسم المعيار الشرعي رقم (٩) الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك. ولم يجر أي تغيير جوهري في المضمون.

راجعت لجنـــة مراجعة المعايير الشـــرعية في اجتماعهـــا المنعقد بدولة قطر فـــي ربيع الثاني ١٤٣٣ هـ يوافقه مارس ٢٠١٢م المعيار، وبعد المداولة والمناقشـــة اقترحت اللجنة جملة من التعديلات التي رأتها مناســـبة إضافة وحذفًا وإعادة صياغة ورفعتها للمجلس الشرعي لإقرار ما يراه مناسبًا منها.

ناقش المجلس الشـــرعي في اجتماعه رقم (٣٩) المنعقد في مملكة البحرين خلال الفترة من ١٣ إلى ١٥ محرم ١٤٣٥هـ يوافقه ٦- ٨ نوفمبر ٢٠١٤م التعديلات التـــي اقترحتها لجنـــة المراجعة، وبعد المداولة والمناقشـــة أقر المجلس الشـــرعي ما رآه مناسبًا منها، واعتمد المعيار بصيغته المعدلة الحالية.

مُلحَقُ (ب)

مستند الأحكام الشرعية

تمهيد عن مشروعية الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك:

- الإجارة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول:
- فمن الكتاب قوله تعالى: ﴿ قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ ﴾[1] وقوله تعالى: ﴿ لَوْ شِئْتَ لَتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا ﴿٧٧﴾ ﴾[2].
- ومن السنة قوله ﷺ: «من استأجر أجيرًا فليعلمه أجره»[3]، وقوله: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه»[4].
- وقد وقع الإجماع على مشروعيتها. وأما المعقول فلأن الإجارة وسيلة للتيسير على الناس في الحصول على المنافع التي لا يقدرون على تملك أعيانها.

---

(١) سورة القصص، الآية: (٢٦).

(٢) سورة الكهف، الآية: (٧٧).

(٣) أخرجه ابن ماجه في سننه ٢/ ٨١٧؛ وينظر مجمع الزوائد للهيثمي ٤/ ٩٨ طبعة دار الريان للتراث ودار الكتاب العربي.

(٤) أخرجه ابن ماجه في سننه ٢/ ٨١٧، والطبراني في الأوسط (ينظر مجمع الزوائد للهيثمي ٤/ ٩٨).

- وأما الإجارة المنتهية بالتمليك فهي لا تخرج عن كونها عقد إجارة ترتبت عليه جميع أحكام الإجارة واقترن بها وعد بالتمليك في نهاية مدتها. وقد تأكدت مشروعيتها بقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي الذي فصل الصور الجائزة، وغير الجائزة من صور التأجير المنتهي بالتمليك.
- هذا، وإن الإجارة المنتهية بالتمليك المشروعة تتميز عن البيع الإيجاري (*Hire-Purchase*) المعمول به في البنوك التقليدية بأن الإجارة التمليكية التقليدية تطبق أحكام البيع والإجارة كليهما على العين المؤجرة في آن واحد، ثم تنقل ملكيتها إلى المستأجر بمجرد دفع آخر قسط من أقساط الأجرة دون أن يكون هناك عقد مستقل للتمليك. أما الإجارة المنتهية بالتمليك المشروعة، فإنها تطبق فيها أحكام الإجارة على العين المؤجرة إلى نهاية مدة الإجارة، ثم يحصل التمليك إلى المستأجر على النحو المبين في المعيار.
- والإجارة المقصودة في هذا المعيار هي إجارة الأعيان (أو الأشياء)، وهي عقد يراد به تمليك منفعة مشروعة معلومة لمدة معلومة بعوض مشروع معلوم.

الوعد بالاستئجار:

مستند طلب المؤسسة مبلغًا من الواعد بالاستئجار هو الحاجة إلى تأكيد جدية الواعد لأن الوعد الملزم منه يرتب عليه تبعة مالية إذا نكل عن وعده وتضطر المؤسسة إلى مطالبته وقد يماطل في الأداء. وقد صدرت بشأن هذا المبلغ فتوى عن الهيئة الشرعية الموحدة للبركة، وينطبق هذا على الإجارة.

تملك المؤسسة العين المراد تأجيرها أو تملك منفعتها:

- مستند منع تأجير عين معينة غير مملوكة للمؤجر النهي عن بيع الإنسان ما ليس عنده، والإجارة بيع منفعة.

- مستند جواز تملك عين من شخص ثم إجارتها إليه أنها صورة لا تتحقق فيها العينة.

- مستند منع اشتراط الإجارة في البيع هو أن تعليق عقود الشراء على وجود عقد الإجارة ممنوع بالنص عند جماعة من الفقهاء، وقد منعه الحديث المعروف في النهي عن بيعتين في بيعة[1].

- مستند مشروعية الإجارة من الباطن في حال عدم اشتراط المؤجر الامتناع عنه هو أن المستأجر ملك المنفعة فيحق له تمليكها بالأجرة التي يراها. ومستند المنع عند الاشتراط هو أن ملكية المنفعة انتقلت للمستأجر مقيدة فعليه مراعاة القيد.

- مستند جواز الإجارة لعين موصوفة في الذمة قبل تملكها أن ذلك لا يؤدي للنزاع، وهي كالسلم ولا يشترط تعجيل الأجرة فيها على أحد قولين للشافعية والحنابلة.

- مستند أفضلية أن يكون الوكيل في شراء العين المراد تأجيرها لصالح المؤسسة غير العميل هو الابتعاد عن الصورية ولكي يظهر دور المؤسسة في العملية.

عقد الإجارة:

- مستند كون عقد الإجارة لازمًا أنه من عقود التمليك القائمة على المبادلة بين عوضين والأصل فيها اللزوم لقوله تعالى: ﴿ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾[2] ومستند

(١) أخرجه أحمد والنسائي والترمذي وصححه (نيل الأوطار ٥/ ٢٤٨).

(٢) سورة المائدة، الآية: (١).

جواز فسخ الإجارة للأعذار أنه لولا الفسخ لأدى ذلك إلى إتلاف المال للاستغناء عن المنفعة لسبب لا يد فيه للمستأجر مع دفعه الأجرة.

- مستند وجوب تحديد مدة الإجارة أن عدمه يورث الجهالة ومن ثم المنازعة ومستند جواز إضافة عقد الإجارة للمستقبل أنه عقد زمني فتلائمه الإضافة، بخلاف البيع.

- مستند جواز أخذ العربون فعل عمر رضي الله عنه بمحضر من الصحابة، وقد أخذ به الإمام أحمد، وقد صدر بشأن العربون قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[١].

- مستند عدم جواز إبرام عقد إجارة آخر بعد إجارة العين هو أن المنفعة خرجت من تصرف المالك بعقد الإيجار الأول فصار محل الإجارة مشغولًا بالمستأجر الأول فلم يبق للإجارة الثانية محل، ولا يمكن إدخال مستأجر جديد إلا بالاتفاق على فسخ العقد مع المستأجر الحالي. وعليه، فلا تصلح هذه الصيغة لاستثمار الأموال؛ لأنها تقوم على بيع دين الأجرة، حيث إنها تدخل مستأجرين جددًا في أعيان مؤجرة سابقًا. وتختلف هذه الصورة عن أسلوب نقل المالك ملكية الأعيان إلى المستثمر ليحل محله ولو جزئيًا في ملك كل أو بعض العين، وكذلك ملك المنفعة واستحقاق حصته من الأجرة عنها. وقد صدر بشأن منع هذه الصورة قرار من ندوة البركة[٢].

- مستند جواز توارد عقود إجارة على منفعة معينة لعدة أشخاص دون تعيين زمن معين لكل منهم: أن المنفعة ـ بحسب مدتها ـ تتسع لهم، والمسوغ لعدم

(١) قرار رقم ٧٢(٣/ ٨) بشأن العربون.

(٢) قرارات ندوة البركة رقم ١٣/ ٤.

تحديد ما يخص كلًّا منهم هو وجود خيار التعيين مع مراعاة أولوية الطلب منهم وقد صدرت بذلك فتوى ندوة البركة[1].

- مستند اشتراط أن يكون اشتراك الغير في المنفعة قبل إبرام عقدها هو أن إجارة العين يخرجها ممن ملكها فيؤجر ما لا يملك وهو ممنوع شرعًا كما سبق وقد أدرج الفقهاء المكاري المفلس -وهو من يؤجر أشياء معينة ليست عنده - فيمن يحجر عليه.

محل الإجارة

- مستند اشتراط إمكانية بقاء العين المؤجرة مع الانتفاع بها أن الإجارة عقد على المنفعة وليس على العين فلا تصح على ما يستهلك بالانتفاع. ومستند وجوب أن تكون المنفعة مشروعة هو أن الإيجار لمحرم فيه معونة على الإثم وهي محرمة لقوله تعالى: ﴿ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ﴾[2].

- مستند منع اشتراط المؤجر البراءة من عيوب العين المؤجرة أن ذلك الشرط مخالف لمقتضى العقد الذي هو المعاوضة بين الأجرة والمنفعة، فإذا تعطلت المنفعة كليًّا أو جزئيًّا صارت الأجرة من قبيل أكل المالِ بالباطل. وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي على تحمل المؤجر تبعة الهلاك والعيب ما لم يكن ذلك بتعدٍّ أو تقصير من المستأجر[3]كما جاء في فتوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة أنه ليس للمؤجر التبرؤ من عيوب العين[4].

(١) قرارات ندوة البركة رقم (١٠/ ١).
(٢) سورة المائدة، الآية: (٢).
(٣) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٣(١/ ٣).
(٤) فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة رقم (١/ ٩٧).

- مستند المنع من اشتراط الصيانة الأساسية على المستأجر أن هذا الاشتراط يخالف مقتضى عقد الإجارة ولأن بقاء المنفعة واجب على المؤجر ولا يتحقق ذلك إلا بسلامة العين وصيانتها، وذلك لاستحقاقه الأجرة التي هي مقابل المنفعة، وقد صدرت بشأن ذلك فتوى من الهيئة الشرعية الموحدة[١].

- مستند تحمل المؤجر مصروفات التأمين دون المستأجر هو أن ضمان الملك على المالك وهو هنا المؤجر. وقد صدر بشأن ذلك قرار عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي[٢].

- مستند جواز استخدام مؤشر لتحديد أجرة الفترات التالية للفترة الأولى من مدة الإجارة هو أن التحديد بذلك يئول إلى العلم وذلك من قبيل الرجوع إلى أجرة المثل وهو لا مجال فيه للنـزاع ويحقق استفادة المتعاقدين من تغير مستوى الأجرة مع استبقاء صفة اللزوم لكامل مدة العقد، كما جاء في فتوى ندوة البركة الحادية عشرة.

- مستند جواز تعديل أجرة الفترات المستقبلية أنه تجديد للعقد على فترة لم تستحق أجرتها فلم تعد دينًا وبذلك لا تتحقق جدولة الدين الممنوعة شرعًا، أما لو تمت زيادتها عما مضى من المدة مع زيادة أجل السداد فتكون من الربا.

الضمانات ومعالجة مديونية الإجارة:

- مستند مشروعية طلب ضمانات للسداد أن ذلك لا يخالف مقتضى العقد بل يؤكده. والضمانات تلائم عقود المداينات.

---

(١) فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة رقم (٩/ ٩).

(٢) قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٣(١/ ٣).

- مستند جواز اشتراط حلول الأقساط بالتأخر عن الأداء قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم»[1]. والأجل حق المستأجر (المدين بالأجرة) فيحق له التنازل عنه أو تعليق التنازل عنه بوقوع التأخر عن السداد.
- مستند تحريم الزيادة في دين الأجرة مقابل زيادة أجل سدادها أن ذلك من ربا الجاهلية.
- إن جواز الاشتراط على المدين المماطل بالتزام التصدق بمبلغ زائد عن الدين لتصرفه المؤسسة في وجوه البر هو من قبيل الالتزام بالتبرع المعروف عند المالكية وهو قول أبي عبد الله بن نافع ومحمد بن إبراهيم بن دينار من فقهاء المالكية[2].

طوارئ الإجارة:

- مستند جواز بيع المؤجر العين المؤجرة لغير المستأجر بدون رضا المستأجر أنه يتصرف في ملكه وهي العين دون إخلال بحق المستأجر المنحصر حقه في المنفعة، والتسليم تكفي فيه القدرة عليه وذلك عند انقضاء الإجارة فيملك المشترى المبيع مسلوب المنفعة. وقد صدر بشأن ذلك قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي[3] والهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني[4].
- مستند انفساخ عقد الإجارة بالهلاك الكلى للعين المؤجرة أن الأجرة نظير

(١) تقدم تخريجه ص١٠٢.
(٢) ينظر كتاب: تحرير الكلام في مسائل الالتزام للحطاب ص ٧١ - ٧٦.
(٣) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي برقم (١١).
(٤) فتاوى الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي الأردني برقم (١٨).

المنفعة فإذا هلكت العين لم يبق مسوغ لاستحقاق الأجرة.

- مستند استحقاق الأجرة ولو أعاد المستأجر العين أو توقف عن استخدامها هو أن عقد الإجارة لازم ولا ينفرد المستأجر بفسخه.

- مستند فسخ الإجارة بالعذر الطارئ هو الحاجة لأنه لو لزم العقد مع وجود العذر لزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد. وقد صدرت بشأن ذلك فتوى من هيئة الفتوى والرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي[١] والهيئة الشرعية الموحدة للبركة[٢].

- مستند جواز اشتراط المؤجر فسخ عقد الإجارة لعدم سداد الأجرة هو أن الأصل في الشروط الجواز والصحة وهذا الشرط لا يحل حرامًا ولا يحرم حلالًا فينطبق عليه حديث: «**المسلمون على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالًا**»[٣].

- مستند عدم انتهاء الإجارة بوفاة أحد العاقدين أنها متعلقة بعين فما دامت العين باقية والعقد قائمًا فالإجارة باقية. ومستند حق الورثة في الفسخ إذا أثبتوا عجز مواردهم عن أعباء العقد دفع الضرر عنهم وهذا الاستثناء مأخوذ من مذهب مالك، وفيه فسحة للمستأجر أما المؤجر فلا يتضرر ورثته لأنهم يحصلون على الأجرة بعدم انتهاء الإجارة.

---

(١) فتوى رقم ٢٣٣ و ٢٥٣.

(٢) فتاوى الهيئة الشرعية الموحدة للبركة رقم (٩/ ٩٠).

(٣) أخرجه أحمد (١/ ٣١٢)، وابن ماجه بإسناد حسن (٢/ ٧٨٤ طبع مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٧٢هـ/ ١٩٥٢م)، والحاكم طبع حيدر آباد، الهند - ١٣٥٥هـ، والبيهقي (٦/ ٧٠، ١٥٦، ١٠/ ١٣٣، طبع حيدر آباد، الهند - ١٣٥٥هـ)، والدارقطني (٣/ ٧٧، ٤/ ٢٢٨، طبع دار المحاسن للطباعة، القاهرة ١٣٧٢هـ/ ١٩٥٢م).

تمليك العين المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك:

- مستند وجوب استقلال وثيقة الوعد وطريقة التمليك عن عقد الإجارة تحقيق عدم الربط بين التصرفات. وقد صدر بشأن ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[1].

- مستند إلزامية الوعد هو أن المؤسسة دخلت في أمر لم تكن لتدخل فيه لولا الوعد، وهو شراء العين لتأجيرها إليه فإلزامية الوعد تدرأ الضرر عن الموعود. ومستند منع المواعدة الملزمة أنها تشبه العقد فيؤدي ذلك إلى التعاقد قبل التملك. وقد صدر بشأن ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[2].

- مستند مشروعية تعليق الهبة على إتمام الإجارة هو أن الهبة تقبل التعليق. وقد وهب النبي ﷺ النجاشي هبة معلقة على وجوده حيًّا حين وصول حاملها إليه[3].

- مستند جواز إجارة العين تأجيرًا منتهيًا بالتمليك إلى من اشتريت منه بشرط مضي فترة أن ذلك يبعدها عن العينة لأن تغير العين أو تغير قيمتها بمضي المدة يجعلها بمثابة عين أخرى.

- مستند وجوب تطبيق أحكام الإجارة على الإجارة المنتهية بالتمليك أنها بوجود الوعد بالتمليك لم تخرج عن كونها إجارة وثبوت أحكام الإجارة لها، ولمنع تداخل العقود (البيع والإجارة) وقد صدر بشأن ذلك قرار من مجمع

---

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٣ (١/ ٣).

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي برقم ٤٠-٤١ (٢/ ٥ و٣/ ٥).

(٣) أخرجه ابن حبان (صحيح ابن حبان ١١/ ٥١٦) وأخرجه أحمد (مسند الإمام أحمد ٦/ ٤٠٤).

الفقه الإسلامي الدولي[١].

- مستند منع التمليك مضافًا للمستقبل هو أن البيع لا يقبل الإضافة للمستقبل لأن أثره لا يختلف عن صيغته.
- مستند الرجوع إلى أجرة المثل بفوات التمليك لسبب لا يد فيه للمستأجر أن في ذلك دفع الضرر عنه حيث إنه دفع أكثر من أجرة المثل لتحصل له الملكية فإذا فاتت ترد الأجرة إلى أجرة المثل. وهو استئناس بمبدأ الجوائح في الثمار حيث يوضع جزء من الثمن إذا تلفت بآفة سماوية.

(١) سبق رقم القرار.

مُلحَقُ (ج)

التعريفات

الإجارة:

الإجارة المقصودة في هذا المعيار: هي إجارة الأعيان وهي عقد يراد به تمليك منفعة مشروعة معلومة لمدة معلومة بعوض مشروع معلوم.

الإجارة المنتهية بالتمليك:

للإجارة صورة يعمل بها في المؤسسات المالية الإسلامية تسمى الإجارة المنتهية بالتمليك، وهي إجارة يقترن بها الوعد بتمليك العين المؤجرة إلى المستأجر في نهاية مدة الإجارة أو في أثنائها، ويتم التمليك بإحدى الطرق المبينة في المعيار.



الملحق 3
المعيار الشرعي رقم 12
الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة

المِعْيَارُ الشَّرْعِيُّ رَقْمُ (١٢)

الشَّرِكَةُ المُشَارِكَةُ وَالشَّرِكَاتُ الحَدِيثَة

(معيار معدَّل)

المُحتَوى

رقم الصفحة

التقديم ٣٢٤

نص المعيار ٣٢٥

١- نطاق المعيار ٣٢٥

٢- تعريف شركة العقد وأقسامها وأنواعها ٣٢٥

٣- القسم الأول: الشركات المؤصلة فقهًا ٣٢٦

٣/ ١ الأحكام العامة للشركة، وبخاصة العنان ٣٢٦

٣/ ٢ شركة الوجوه (الذمم) ٣٣٥

٣/ ٣ شركة الأعمال (الصنائع أو الأبدان أو التقبل) ٣٣٦

٤- القسم الثاني: الشركات الحديثة ٣٣٧

٤/ ١ شركة المساهمة ٣٣٧

٤/ ٢ شركة التضامن ٣٤٠

٤/ ٣ شركة التوصية البسيطة ٣٤١

٤/ ٤ شركة التوصية بالأسهم ٣٤٣

٤/ ٥ شركة المحاصة ٣٤٤

٥- المشاركة المتناقصة ٣٤٥

٦- تاريخ إصدار المعيار ٣٤٧

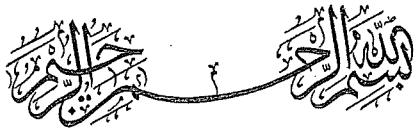
اعتماد المعيار ٣٤٨

الملاحق

(أ) نبذة تاريخية عن إعداد المعيار ٣٤٩

(ب) مستند الأحكام الشرعية ٣٥٢

(ج) التعريفات ٣٦٣



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

التَّقْدِيمُ

يهدف هذا المعيار إلى بيان الأسس والأحكام الشرعية العامة لشركة العقد (ما يعرف حديثًا بالمشاركة) وبيان أحكام كل من شركة العنان وشركة الوجوه وشركة الأعمال والمشاركة المتناقصة والشركات الحديثة من حيث التعريف بها وبيان أحكامها الشرعية الخاصة بها، مع بيان الضوابط الشرعية التي يجب مراعاتها من قبل المؤسسات المالية الإسلامية (المؤسسة/ المؤسسات)[1].

والله الموفق،،،

(١) استخدمت كلمة (المؤسسة أو المؤسسات) اختصارًا عن المؤسسات المالية الإسلامية، ومنها المصارف الإسلامية.

نَصُّ المِعْيَارِ

١. نطاق المعيار:

يتناول هذا المعيار الشركات المعروفة في كتب الفقه بأنواعها القائمة على أساس شركة العقد، عدا ما استثني منها لاحقًا، كما يطبق على الشركات الحديثة بأنواعها، بما فيها المشاركة المتناقصة.

ولا يتناول صكوك المشاركة، لأنها ضمن معيار صكوك الاستثمار، ولا شركة الملك (حالة الشيوع في الملكية)، ولا الأحكام الخاصة بشركة المفاوضة؛ لأن تطبيقها نادر، فيرجع فيها عند الحاجة إلى كتب الفقه، ولا المضاربة؛ لأن لها معيارًا خاصًّا بها، كما لا يتناول المزارعة والمساقاة والمغارسة. كما لا يتناول - بالنسبة للشركات الحديثة - النظم والإجراءات الخاصة بها.

٢. تعريف شركة العقد وأقسامها وأنواعها:

٢/ ١ تعريف شركة العقد:

اتفاق اثنين أو أكثر على خلط ماليهما أو عمليهما أو التزاميهما في الذمة، بقصد الاسترباح.

٢/ ٢ أقسام شركة العقد:

تنقسم شركة العقد إلى قسمين:

القسم الأول: الشركات المؤصلة فقهًا.

القسم الثاني: الشركات الحديثة.

٢/ ٢/ ١ الشركات المعروفة في كتب الفقه، وتضم الأنواع الآتية:

(أ) شركة العنان

(ب) شركة الوجوه (الذمم)

(ج) شركة الأعمال (الصنائع، أو الأبدان، أو التقبل)

٢/ ٢/ ٢ الشركات الحديثة، وأبرز أنواعها ما يأتي:

(أ) شركة المساهمة

(ب) شركة التضامن

(ج) شركة التوصية البسيطة

(د) شركة التوصية بالأسهم

(هـ) شركة المحاصة

(و) المشاركة المتناقصة (المنبثقة من شركة العنان)

٣. القسم الأول: الشركات المؤصلة فقهًا:

٣/ ١ الأحكام العامة للشركة، وبخاصة العنان:

شـــركة العنان هي أن يشـــترك اثنان أو أكثر بمال معلوم من كل شريك بحيث يحق لكل منهما التصرف في مال الشركة، والربح بينهما بحسب الاتفاق والخسارة بقدر الحصص في رأس المال.

٣/ ١/ ١ انعقاد الشركة:

٣/ ١/ ١/ ١ تنعقد الشركة باتفاق أطرافها بإيجاب من كل واحد منهم وقبول من باقي الشركاء. وينبغي كتابة عقد الشركة وتسجيله رسميًّا إذا اقتضى الأمر ذلك، مع تحديد غرض الشركة في العقد أو في النظام الأساسي للشركة.

٣/ ١/ ١/ ٢ يجوز للمؤسسة إشراك غير المسلمين، أو البنوك التقليدية معها في عمليات مقبولة شرعا، إلا إذا تبين أن المال المقدم - نقدًا كان أو سلعة- محرم، مع اتخاذ الضمانات اللازمة للالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في تطبيق العمليات، وبأن تتم إدارتها من المؤسسة، أو من جهة أخرى ملتزمة بالشريعة.

٣/ ١/ ١/ ٣ يجوز اشتراك بنوك تقليدية مع المؤسسات في التمويل المصرفي المجمع الملتزم في عملياته بالأحكام الشرعية، شريطة قيام المؤسسة بإدارة العمليات، وخضوعها للرقابة الشرعية. ينظر المعيار الشرعي رقم (٢٤) بشأن التمويل المجمع.

٣/ ١/ ١/ ٤ يجوز للشركاء، في أي وقت الاتفاق على تعديل شروط عقد الشركة، وتغيير نسب الربح مع مراعاة أن الخسارة بقدر الحصص في الشركة.

٣/ ١/ ٢ رأس مال الشركة:

٣/ ١/ ٢/ ١ الأصل أن يكون رأس مال الشركة موجودات نقدية يمكن بها تحديد مقدار رأس المال لتقرير نتيجة المشاركة من ربح أو خسارة. ومع ذلك يجوز- باتفاق الشركاء- الإسهام بموجودات غير نقدية (عروض) بعد تقويمها بالنقد لمعرفة مقدار حصة الشريك.

٣/ ١/ ٢/ ٢ في حالة اختلاف العملات التي قدمت بها حصص الشركاء في رأس مال الشركة يجب تقويمها بالعملة المحددة في الشركة بسعر الصرف السائد يوم الأداء، وذلك لتحديد حصص الشركاء والتزاماتهم.

٣/ ١/ ٢/ ٣ يجب تحديد حصص الشركاء في رأس مال الشركة، سواء تم تقديمها جملة واحدة أم بالتدريج (زيادة رأس المال).

٣/ ١/ ٢/ ٤ لا يجوز أن تكون الديون وحدها حصة في رأس مال الشركة إلا في الحالات التى تكون فيها الديون تابعة لغيرها مما يصح جعله رأس مال للشركة مثل تقديم مصنع رأس مال للشركة بما له وما عليه. وينظر المعيار الشرعي رقم (٢١) بشأن الأوراق المالية.

٣/ ١/ ٢/ ٥ المبالغ المودعة في الحسابات الجارية - مع أنها في التكييف الشرعي قروض على المؤسسات - يجوز جعلها رأس مال للشركة مع المؤسسة نفسها أو غيرها.

٣/ ١/ ٣ إدارة الشركة:

٣/ ١/ ٣/ ١ الأصل أن لكل شريك حق التصرف بالشراء والبيع بالثمن الحال أو المؤجل والقبض والدفع والإيداع والرهن والارتهان والمطالبة بالدين والإقرار به والمرافعة والمقاضاة والإقالة والرد بالعيب والاستئجار والحوالة والاستقراض وكل ما هو من مصلحة التجارة والمتعارف عليه. وليس للشريك التصرف بما لا تعود منفعته على الشركة أو بما فيه ضرر مثل الهبة أو الإقراض إلا بإذن الشركاء، أو بالمبالغ اليسيرة وللمدد القصيرة حسب العرف.

٣/ ١/ ٣/ ٢ يجوز اتفاق الشركاء على حصر إدارة الشركة ببعضهم - واحدًا أو أكثر - وعلى بقية الشركاء الالتزام بما ألزموا به أنفسهم من الامتناع عن التصرف.

٣/ ١/ ٣/ ٣ يجوز تعيين مدير من غير الشركاء بأجر محدد يحتسب من مصروفات الشركة. ويجوز تخصيص نسبة من أرباح الشركة بالإضافة للأجر المحدد حافزًا له. أما إذا حدد مقابل الإدارة بنسبة من الأرباح فالمدير مضارب بحصة من الربح إن وجد، ولا يستحق حينئذ أجرًا نظير الإدارة.

٣/ ١/ ٣/ ٤ لا يجوز تخصيص أجر محدد في عقد الشركة لمن يستعان به من الشركاء في الإدارة أو في مهمات أخرى مثل المحاسبة، ولكن يجوز زيادة نصيبه من الأرباح على حصته في الشركة.

٣/ ١/ ٣/ ٥ يجوز تكليف أحد الشركاء بالمهمات المذكورة في البند (٣/ ١/ ٣/ ٤) بعقد منفصل عن عقد الشركة بحيث يمكن عزله دون أن يترتب على ذلك تعديل عقد الشركة أو فسخه، وحينئذ يجوز تخصيص أجر محدد له.

٣/ ١/ ٤ الضمانات في الشركة:

٣/ ١/ ٤/ ١ يد الشركاء على مال الشركة يد أمانة فلا ضمان على الشريك إلا بالتعدي أو التقصير. ولا يجوز أن يشترط ضمان أي شريك لرأس مال شريك آخر.

٣/ ١/ ٤/ ٢ يجوز أن يشترط أحد الطرفين في الشركة على الطرف الآخر تقديم كفيل أو رهن لضمان التعدي أو التقصير أو مخالفة قيود الشركة.

٣/ ١/ ٤/ ٣ يجوز التعهد من طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن أطراف الشركة بتحمل الخسارة، شريطة أن يكون التعهد التزامًا مستقلًّا عن عقد المشاركة، ومن دون مقابل وشريطة ألا يكون الطرف الثالث (المتعهد بالضمان) جهة مالكة أو مملوكة بما زاد عن النصف للجهة المتعهد لها، وعليه لا يحق للشريك المستفيد من التعهد الدفع ببطلان الشركة أو الامتناع عن الوفاء بالتزامه بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في عقد الشركة.

٣/ ١/ ٥ نتائج الشركة (الأرباح أوالخسائر):

٣/ ١/ ٥/ ١ يجب النص في عقد الشركة على كيفية توزيع الأرباح بين أطراف الشركة، وأن يكون التحديد بنسب شائعة في الأرباح، وليس بمبلغ مقطوع أو بنسبة من رأس المال. وينظر البند (٣/ ١/ ٥/ ٩).

٣/ ١/ ٥/ ٢ لا يجوز تأجيل تحديد نسب الأرباح لأطراف الشركة إلى ما بعد حصول الربح، بل يجب تحديدها عند إبرام الشركة. ولا مانع من الاتفاق عند التوزيع على تعديل نسب الأرباح أو تنازل أحد الأطراف عن جزء منها لطرف آخر.

٣/ ١/ ٥/ ٣ يجوز أن تكون نسبة الربح متوافقة مع نسبة الحصة في رأس المال ولأطراف الشركة الاتفاق على نسبة مختلفة عنها، على ألا تكون النسبة الزائدة عن الحصة لمن اشترط عدم العمل. أما من لم يشترط عدم العمل فله اشتراط الزيادة ولو لم يعمل.

٣/ ١/ ٥/ ٤ يجب أن تتفق نسبة الخسارة مع نسبة المساهمة في رأس المال ولا يجوز الاتفاق على تحمل أحد الأطراف لها أو تحميلها بنسب مختلفة عن حصص الملكية، ولا مانع عند حصول الخسارة من قيام أحد الأطراف بتحملها دون اشتراط سابق.

٣/ ١/ ٥/ ٥ يجوز الاتفاق على أي طريقة لتوزيع الربح ثابتة أو متغيرة لفترات زمنية: بنسبة كذا للأولى وكذا للثانية

تبعًا لاختلاف الفترة أو بحسب كمية الأرباح المحققة، شريطة ألا تؤدي إلى احتمال قطع اشتراك أحد الأطراف في الربح.

٣/ ١/ ٥/ ٦ لا يجوز توزيع الربح بين أطراف الشركة بشكل نهائي إلا بعد حسم المصروفات والنفقات والرسوم والضرائب والتمكن من استرداد رأس المال.

٣/ ١/ ٥/ ٧ لا يجوز أن تشتمل شروط الشركة أو أسس توزيع أرباحها على أي نص أو شرط يؤدي إلى احتمال قطع الاشتراك في الربح مثل أن يُشترط لأحد الشركاء مبلغ محدد من الربح أو نسبة من رأس المال، فإن وقع بطل الشرط، فإن صحح الشرط قبل حصول الربح وزع الربح حسب ما اتفق عليه الشركاء بعد التصحيح وإن لم يصحح الشرط قبل حصول الربح فالربح يوزع بقدر حصص الشركاء في رأس المال.

٣/ ١/ ٥/ ٨ مع مراعاة ما جاء في البند (٣/ ١/ ٥/ ٣) يجوز الاتفاق على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد أطراف الشركة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة. فإن كانت الأرباح بتلك النسبة أو دونها فتوزيع الأرباح على ما اتفقا عليه.

٣/ ١/ ٥/ ٩ يوزع الربح بشكل نهائي بناء على أساس الثمن الذي تم بيع الموجودات به، وهو ما يعرف بالتنضيض الحقيقي، ويجوز أن يوزع الربح على أساس التنضيض

الحكمي وهو التقويم للموجودات بالقيمة العادلة. وتقاس الذمم المدينة بالقيمة النقدية المتوقع تحصيلها، أي بعد حسم نسبة الديون المشكوك في تحصيلها. ولا يوجد في قياس الذمم المدينة القيمة الزمنية للدين (سعر الفائدة)، ولا مبدأ الحسم على أساس القيمة الحالية (أي ما يقابل تخفيض مبلغ الدين لتعجيل سداده). وتثبت المبالغ النقدية بمقدارها.

٣/ ١/ ٥/ ١٠ لا يجوز توزيع الأرباح بشكل نهائي على أساس الربح المتوقع، بل على أساس الربح المتحقق حسب التنضيض الحقيقي أو الحكمي.

٣/ ١/ ٥/ ١١ يجوز توزيع مبالغ تحت الحساب، قبل التنضيض الحقيقي أو الحكمي، على أن تتم التسوية لاحقًا مع الالتزام برد الزيادة عن المقدار المستحق فعلًا بعد التنضيض الحقيقي أو الحكمي.

٣/ ١/ ٥/ ١٢ إذا كانت الشركة محلها موجودات مقتناة للتأجير (مستغلات) تحقق غلة، أو خدمات تحقق إيرادًا، فإن ما يوزع من عائدها الدوري على الشركاء يعد مبلغًا تحت الحساب ويكون خاضعًا للتسوية النهائية.

٣/ ١/ ٥/ ١٣ يجوز النص بالاستناد إلى نظام الشركة أو إلى قرار من الشركاء على الاحتفاظ بأرباح الشركة دون توزيع، أو حسم نسبة معينة من الأرباح بشكل دوري

تقويـــة لمـــلاءة الشـــركة، أو لتكويـــن احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال، أو للمحافظة على معدل توزيع الأرباح.

٣/ ١/ ٥/ ١٤ يجوز الاتفاق على تخصيص نسبة من الربح لغير الشركاء على أساس التبرع.

٣/ ١/ ٦ انتهاء الشركة:

٣/ ١/ ٦/ ١ يحق لأي من الشـــركاء الفســـخ (الانسحاب من الشركة) بعلم بقية الشـــركاء وإعطاؤه نصيبه من الشركة ولا يســـتلزم ذلك فســـخ الشـــركة فيما بين الباقين. كما يجوز أن يتعهد الشـــركاء تعهدًا ملزمًا لهم ببقاء الشـــركة مدة معينة، ويجوز في هذه الحالـــة الاتفاق على إنهائها قبل انتهاء مدتها. وفي جميع الأحوال لا أثر للفسخ على التصرفات القائمة قبله، حيث يستمر أثرها.

٣/ ١/ ٦/ ٢ يجوز أن يصدر أحد أطراف الشـــركة وعدًا ملزمًا بشـــراء موجودات الشـــركة خلال مدتها أو عند التصفية بالقيمة الســـوقية أو بما يتفق عليه عند الشراء، ولا يجوز الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية.

٣/ ١/ ٦/ ٣ تنتهي الشـــركة بانتهاء مدتهـــا، أو قبل ذلك باتفاق الشـــركاء، أو بالتنضيض الحقيقي للموجودات في حال المشـــاركة بصفقة معينة، كما تنتهي الشركة بالتنضيض الحكمي، ويعتبـــر كما لو أن الشـــركة القائمة قد انتهت

وبدئ بشركة جديدة، حيث إن الموجودات التي لم يتم بيعها بالتنضيض الحقيقي، وتم تقويمها بالتنضيض الحكمي، تكون قيمتها هي رأس مال للشركة الجديدة. وإذا كانت التصفية بانتهاء المدة فإنه يتم بيع بقية الموجودات بالسعر المتاح في السوق وتستخدم حصيلة تصفية الشركة على النحو الآتي:

(أ) دفع تكاليف التصفية.

(ب) أداء الالتزامات المالية من إجمالي موجودات الشركة.

(ج) تقسيم باقي الموجودات بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال، وإذا لم تكف الموجودات لاسترداد رأس المال فإنها تقسم بينهم بالنسبة والتناسب (قسمة غرماء).

٣/ ٢ شركة الوجوه (الذمم):

٣/ ٢/ ١ شركة الوجوه (الذمم): هي اتفاق طرفين أو أكثر على الاشتراك في شراء موجودات بالأجل والالتزام بضمان أداء ثمنها بحسب النسب التي يتم تحديدها بين الشركاء، مع تحديد نسب الأرباح بصورة متفقة مع النسب المحددة لضمان الأداء أو مختلفة عنها.

٣/ ٢/ ٢ ليس لشركة الوجوه رأس مال نقدي؛ لأن محل المشاركة فيها هو الالتزام في الذمة، أي الضمان المبني غالبًا على الوجاهة (السمعة المتميزة)، وهو ضمان الشركاء أداء الديون الناشئة عن

الشراء بالأجل بصفتها ذممًا على الشركاء. ويجب الاتفاق على النسبة التي يتحملها كل شريك من ضمان أداء الديون.

٣/ ٢/ ٣ يتم توزيع الربح بحسب الاتفاق، أما الخسارة فيتم تحميلها بحسب النسب التي التزم كل شريك بضمانها من ثمن الموجودات المشتراة بالأجل. ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الربح لأحد الطرفين.

٣/ ٣ شركة الأعمال (الصنائع أو الأبدان أو التقبل):

٣/ ٣/ ١ شركة الأعمال هي اتفاق طرفين أو أكثر على تقبل الأعمال البدنية أو الفكرية والقيام بالصنع أو تقديم الخدمة أو الخبرة مع تحديد نسب الأرباح بينهم بحسب الاتفاق.

٣/ ٣/ ٢ ليس لشركة الأعمال رأس مال نقدي؛ لأن محل المشاركة فيها هو العمل أو تقبله، ولا مانع من تفاوت ما يؤديه أطرافها من أعمال بأنفسهم أو بمن ينيبونه عنهم، أو تقسيم الأعمال المختلفة بينهم بما يحقق التكامل لإنجاز ما تقبلوه.

٣/ ٣/ ٣ يتم توزيع الربح بين الأطراف بحسب الاتفاق على ألَّا يشترط لأحدهم مبلغ مقطوع منه.

٣/ ٣/ ٤ إذا اقتضت شركة الأعمال توافر موجودات ثابتة (مثل المعدات، أو الأدوات) فيجوز أن يقدم كل طرف ما يحتاج إليه مع بقاء ما يقدمه مملوكًا له، أو شراء ذلك من أموال الشركاء على أساس شركة الملك. كما يجوز تقديم الموجودات الثابتة من أحد أطراف الشركة بأجرة تسجل مصروفات على الشركة.

٤. القسم الثاني: الشركات الحديثة:

٤/ ١ شركة المساهمة:

٤/ ١/ ١ تعريف شركة المساهمة:

٤/ ١/ ١/ ١ شركة المساهمة هي الشركة التي يكون رأس مالها مقسمًا إلى أسهم متساوية قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولًا إلا بمقدار حصته في رأس المال، وهي من شركات الأموال، ولها أحكام شركة العنان إلا ما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء وامتناع الفسخ من أحد الشركاء. (ينظر البند ٤/ ١/ ٢/ ١ والبند ٤/ ١/ ٢/ ٩).

٤/ ١/ ١/ ٢ شركة المساهمة تثبت لها الشخصية الاعتبارية من خلال الإشهار القانوني لها بحيث ينتفي التغرير بمن يتعامل معها، ويترتب على ذلك استقلال ذمتها المالية عن ذمم الشركاء المساهمين (أصحاب حقوق الملكية)، وثبوت الأهلية لها بالحدود التي تتطلبها الحاجة المنظمة قانونًا - بصرف النظر عن أهلية الشركاء - ويكون لها حق التقاضي من خلال من يمثلها، وتكون العبرة في الاختصاص القضائي بموطن تسجيل الشركة.

٤/ ١/ ٢ الأحكام الشرعية لشركة المساهمة:

٤/ ١/ ٢/ ١ عقد شركة المساهمة لازم طوال المدة المحددة لها بالتعهد في نظامها بعدم حل الشركة إلا بموافقة غالبية الشركاء، وعليه لا يملك أحد الشركاء حل الشركة

(الفسخ) بالنسبة لحصته، ولكن يحق له بيع أسهمه أو التنازل عنها لغيره.

٤/ ١/ ٢/ ٢ يجوز إضافة نسبة معينة مع قيمة السهم عند الاكتتاب، لتغطية مصروفات الإصدار ما دامت تلك النسبة مقدرة تقديرًا مناسبًا.

٤/ ١/ ٢/ ٣ يجوز إصدار أسهم جديدة لزيادة رأس مال الشركة إذا أصدرت بالقيمة العادلة للأسهم القديمة، حسب تقويم الخبراء لموجودات الشركة، أي بعلاوة إصدار أو حسم إصدار، أو بالقيمة السوقية.

٤/ ١/ ٢/ ٤ يجوز ضمان الإصدار إذا كان بدون مقابل لقاء الضمان، وهو الاتفاق عند تأسيس الشركة مع من يلتزم بشراء جميع الإصدارات من الأسهم أو جزء من ذلك الإصدار وهو تعهد من الملتزم بالاكتتاب بالقيمة الاسمية في كل ما تبقى مما لم يكتتب فيه غيره، ويجوز الحصول على مقابل عن العمل غير الضمان مثل إعداد الدراسات أو تسويق الأسهم.

٤/ ١/ ٢/ ٥ يجوز تقسيط قيمة السهم عند الاكتتاب بأداء قسط وتأجيل سداد بقية الأقساط، فيعتبر المكتتب مشتركًا بما عجل دفعه، وملتزمًا بزيادة رأس ماله في الشركة، شريطة أن يكون التقسيط شاملًا جميع الأسهم، وأن تبقى مسئولية الشركة بقيمة الأسهم المكتتب بها.

٤/ ١/ ٢/ ٦ لا يجوز شراء الأسهم بقرض ربوي من السمسار أو غيره لقاء رهن السهم.

٤/ ١/ ٢/ ٧ لا يجوز بيع أسهم لا يملكها البائع، ولا أثر لتلقي وعد من السمسار بإقراضه إياها في موعد التسليم. ولا سيما إذا اشترط السمسار قبض الثمن لينتفع بإيداعه بفائدة للحصول على مقابل الإقراض.

٤/ ١/ ٢/ ٨ يجوز للجهات الرسمية المختصة تنظيم تداول بعض الأسهم بألا يتم إلا بواسطة سماسرة مخصوصين ومرخصين بذلك العمل، لتحقيق مصالح مشروعة.

٤/ ١/ ٢/ ٩ يجوز تحديد مسئولية الشركة برأس مالها إذا تم إشهار ذلك بحيث يكون معلومًا للمتعاملين مع الشركة فينتفي التغرير بهم.

٤/ ١/ ٢/ ١٠ يجوز بيع الأسهم مع مراعاة ما يقضي به نظام الشركة مما لا يخالف أحكام الشريعة، مثل أولوية المساهمين في الشراء.

٤/ ١/ ٢/ ١١ يجوز رهن الأسهم، وهذا إذا لم يمنع نظام الشركة من رهن أصحاب حقوق الملكية لحصصهم المشاعة في الشركة.

٤/ ١/ ٢/ ١٢ يجوز أن يكون السهم للأمر.

٤/ ١/ ٢/ ١٣ يجوز أن يكون السهم لحامله، ويتم بتسليم سند الحق الممثل للحصة وتسلم الثمن أو سنده، ويكون

المســاهم المالك للحصة الشائعة الممثلة في السهم هو حامل شهادة السهم في كل حين.

٤/ ١/ ٢/ ١٤ لا يجوز إصدار أسهم ممتازة لها خصائص مالية تؤدي إلى إعطائها الأولوية عنــد التصفية أو عند توزيع الأرباح. ويجوز إعطاء بعض الأســهم خصائص تتعلق بالأمــور الإجرائيــة أو الإدارية، بالإضافــة إلى حقوق الأسهم العادية مثل حق التصويت.

٤/ ١/ ٢/ ١٥ لا يجوز إصدار أسهم التمتع، وهي التي تطفــأ تدريجيًّــا من خــلال توزيع الأرباح، ويــؤدي ذلك إلى استردادها من المساهم قبل انقضاء الشركة.

٤/ ٢ شركة التضامن:

٤/ ٢/ ١ تعريف شركة التضامن:

٤/ ٢/ ١/ ١ شــركة التضامن هي من شــركات الأشــخاص؛ ولا بد من إشهارها بعنوان مخصوص.

٤/ ٢/ ١/ ٢ لشــركة التضامن شــخصية اعتبارية، وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء. ومع هذا فإن الشركاء مسئولون عن التزامات الشركة بصفة شخصية في أموالهم الخاصة إذا لم تف أموال الشركة بها.

٤/ ٢/ ١/ ٣ على الشــركاء في شــركة التضامــن تنظيم دفاتر تجاريــة لأعمالهــم الأخرى خارج الشــركة، بالإضافة لدفاتر الشركة.

٤/ ٢/ ٢ الأحكام الشرعية لشركة التضامن:

٤/ ٢/ ٢/ ١ يحق لمن له التزامات على شركة التضامن مطالبة أي من الشركاء بها كلها أو بجزء منها حسب رغبته. ولا يتقيد حقه في المطالبة بوجوب مطالبة الشركة أولًا.

٤/ ٢/ ٢/ ٢ عقد شركة التضامن غير لازم، ويحق للشريك الانسحاب منها بالشروط الآتية:

(أ) عدم اتفاق الشركاء على تحديد مدة للشركة، وإلا فعليهم الالتزام بها.

(ب) إعلام الشريك بقية الشركاء برغبته في الانسحاب.

(ج) ألّا يترتب على ذلك ضرر ببقية الشركاء.

٤/ ٢/ ٢/ ٣ لا يحق للشريك التخارج مع الغير إلا باتفاق جميع الشركاء.

٤/ ٣ شركة التوصية البسيطة:

٤/ ٣/ ١ تعريف شركة التوصية البسيطة:

٤/ ٣/ ١/ ١ شركة التوصية البسيطة هي من شركات الأشخاص؛ لأن شخص الشريك المتضامن ملحوظ فيها من حيث ثقة الشريك الموصي به، ولأن هناك اختلافًا في كيفية تحديد ملكية الشركاء فيها حيث تقدر بالحصص- وهي متفاوتة - وليس بالأسهم الموحدة في المقدار.

٤/ ٣/ ١/ ٢ شركة التوصية البسيطة تضم شركاء متضامنين مسؤولين عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية

وعلى وجه التضامن، وشركاء موصين تنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الحصة التي يملكها ولا تتعدى مسؤوليته إلى أملاكه الخاصة. ويجوز تحديد مسؤولية بعض المساهمين دون مقابل عن ذلك التحديد لمسؤوليتهم فيكون في الشركة شركاء متضامنون وشركاء محدودو المسؤولية (ينظر البند ٤/ ١/ ٢/ ٩).

٤/ ٣/ ١/ ٣ لا يجوز للشركاء الموصين التدخل في أعمال الشركة، ولا يسوغ قانونًا ذكر أسمائهم عند إشهارها غالبًا، بل يكتفى بذكر المبالغ المحصلة من الشركاء الموصين.

٤/ ٣/ ١/ ٤ إدارة شركة التوصية البسيطة يعهد بها إلى أحد الشركاء المتضامنين أو إلى مدير من غير الشركاء. ولا يحق للشركاء الموصين إدارة الشركة.

٤/ ٣/ ٢ الأحكام الشرعية لشركة التوصية البسيطة:

٤/ ٣/ ٢/ ١ توزع الأرباح بحسب الحصص، أو بحسب الاتفاق (وينظر البند ٣/ ١/ ٥/ ٧). أما الخسائر فيتحملها الشركاء المساهمون المتضامنون والموصون بقدر حصصهم في رأس مال الشركة. فإن زادت عنه فيتحملها الشركاء المتضامنون.

٤/ ٣/ ٢/ ٢ لا يجوز اشتراط أرباح بنسبة من رأس المال أو بمبلغ مقطوع للشريك الموصي (وينظر البند ٣/ ١/ ٥/ ٨).

٤/ ٤ شركة التوصية بالأسهم:

٤/ ٤/ ١ تعريف شركة التوصية بالأسهم:

شركة التوصية بالأسهم هي من شركات الأموال، والاكتتاب فيها يكون بالأسهم المتماثلة في المقدار، وتضم شركاء متضامنين وشركاء موصين.

٤/ ٤/ ٢ الأحكام الشرعية لشركة التوصية بالأسهم:

٤/ ٤/ ٢/ ١ الشركاء المتضامنون في شركة التوصية بالأسهم مسؤولون عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية وعلى وجه التضامن، وهم في حكم المضارب بعمله المشارك بماله، والشركاء الموصون تنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الأسهم التي يملكها ولا تتعدى مسؤوليته إلى أملاكه الخاصة وهم في حكم أرباب المال في المضاربة. ويجوز تحديد مسؤولية بعض المساهمين دون مقابل عن ذلك التحديد لمسؤوليتهم فيكون في الشركة شركاء متضامنون وشركاء محدودو المسؤولية (ينظر البند ٤/ ١/ ٢/ ٩).

٤/ ٤/ ٢/ ٢ لا يجوز للشركاء الموصين التدخل في أعمال الشركة، بل لا يسوغ قانونًا ذكر أسمائهم عند إشهارها غالبًا، ويكتفى بذكر المبالغ المحصلة من الشركاء الموصين.

٤/ ٤/ ٢/ ٣ إدارة شركة التوصية بالأسهم يعهد بها إلى أحد

الشـــركاء المتضامنين أو إلـــى مدير من غير الشـــركاء. ولا يحق للشركاء الموصين إدارة الشركة.

٤/ ٤/ ٢/ ٤ توزع الأرباح بحسب الحصص أو بحسب الاتفاق أما الخسائر فيتحملها الشركاء المتضامنون والموصون بقـــدر حصصهم فـــي رأس مال الشـــركة، فـــإن زادت فيتحملها الشركاء المتضامنون.

٤/ ٤/ ٢/ ٥ لا يجوز اشـــتراط أرباح بنســـبة مـــن رأس المال أو بمبلغ مقطوع للشريك الموصي.

٤/ ٥ شركة المحاصة:

٤/ ٥/ ١ تعريف شركة المحاصة:

٤/ ٥/ ١/ ١ يطبق على شـــركة المحاصـــة التعريف الوارد في شركة العنان (ينظر البند ٣/ ١) وشركة المحاصة مدرجة ضمن شركات الأشخاص لمراعاة شخص الشريك من حيث الملاءة والمسؤولية في أمواله الشخصية.

٤/ ٥/ ١/ ٢ ليس لشركة المحاصة شخصية معنوية؛ لاستتارها عن غير الشركاء، وليس لها ذمة مالية مستقلة.

٤/ ٥/ ٢ الأحكام الشرعية لشركة المحاصة:

٤/ ٥/ ٢/ ١ لا تختلف شركة المحاصة في تكييفها وأحكامها عن شركة العنان. (ينظر البند ٣/ ١).

٤/ ٥/ ٢/ ٢ الشـــركاء متضامنون ومســـؤولون عـــن التزامات شركة المحاصة حتى في أموالهم الخاصة.

٤/ ٥/ ٢/ ٣ عقد شركة المحاصة غير لازم لكن إذا اتفق الشركاء على تحديد مدة لها فعليهم الالتزام بذلك (وينظر البند ٤/ ٢/ ٢/ ٢).

٤/ ٥/ ٢/ ٤ يحق لأحد الشركاء الفسخ بشرط إعلام بقية الشركاء وعدم الإضرار بهم أو بالمتعاملين مع الشركة، ويتم إنهاء مشاركته طبقًا لتنضيض موجودات الشركة حقيقة أو حكمًا.

٥. المشاركة المتناقصة:

٥/ ١ المشاركة المتناقصة عبارة عن شركة يتعهد فيها أحد الشركاء بشراء حصة الآخر تدريجيًّا إلى أن يتملك المشتري المشروع بكامله. ولا بد أن تكون الشركة غير مشترط فيها البيع والشراء، وإنما يتعهد الشريك بذلك بوعد منفصل عن الشركة، وكذلك يقع البيع والشراء بعقد منفصل عن الشركة، ولا يجوز أن يشترط أحد العقدين في الآخر.

٥/ ٢ يجب أن تطبق على المشاركة المتناقصة الأحكام العامة للشركات، وبخاصة أحكام شركة العنان. وعليه لا يجوز أن يتضمن عقد الشركة أي نص يعطي أيًّا من طرفي المشاركة الحق في استرداد حصته من رأس مال الشركة.

٥/ ٣ لا يجوز اشتراط تحمل أحد الشريكين وحده مصروفات التأمين أو الصيانة ولو بحجة أن محل الشركة سيئول إليه.

٥/ ٤ يجب أن يقدم كل من الشريكين حصة في موجودات الشركة، سواء كانت مبالغ نقدية أو أعيانًا يتم تقويمها مثل الأرض التي سيقام البناء

عليهـــا، أو المعـــدات التي يتطلبها نشـــاط الشـــركة. وتعتمد حصص الملكية الخاصة لكل طرف لتحميل الخسارة إن وقعت، وذلك في كل فترة بحسب تناقص حصة أحد الشركين وتزايد حصة الشريك الآخر.

٥/ ٥ يجب تحديد النســـب المســـتحقة لكل من أطراف الشركة (المؤسسة والعميل) في أرباح أو عوائد الشـــركة، ويجوز الاتفاق على النســـب بصورة مختلفة عن حصص الملكية، ويجوز اســـتبقاء نســـب الأرباح ولو تغيرت حصص الملكية، ويجوز الاتفاق بين الطرفين على تغيرها تبعًا لتغير حصص الملكية دون الإخلال بمبدأ تحميل الخســـارة بنسبة حصص الملكية.

٥/ ٦ لا يجوز اشـــتراط مبلغ مقطوع من الأرباح لأحد الطرفين (وينظر البند ٣/ ١/ ٥/ ٨).

٥/ ٧ يجوز إصدار أحد الشـــريكين وعدًا ملزمًا يحق بموجبه لشريكه تملك حصته تدريجيًّا من خلال عقد بيع عند الشراء وبحسب القيمة السوقية في كل حين أو بالقيمة التي يتفق عليها عند الشـــراء. ولا يجوز اشتراط البيع بالقيمة الاسمية.

٥/ ٨ لا مانع من تنظيم عملية تملك حصة المؤسسة من قبل شريكها بأي صورة يتحقق بها غرض الطرفين، مثل التعهد من شـــريك المؤسسة بتخصيص حصته من ربح الشركة أو عائدها المستحق له ليتملك بها حصة نسبية من حصة المؤسسة في الشركة أو تقسيم محل الشركة إلى أسهم يقتني منها شريك المؤسســـة عددًا معينًا كل فترة إلى أن يتم شراء شريك المؤسسة الأسهم بكاملها فتصبح له الملكية المنفردة لمحل الشركة.

٩/٥ يجوز لأحد أطراف الشركة استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة ولمدة محددة مهما كانت، ويظل كل من الشريكين مسئولًا عن الصيانة الأساسية لحصته في كل حين.

٦. تاريخ إصدار المعيار:

صدر هذا المعيار بتاريخ ٤ ربيع الأول ١٤٢٣هـ الموافق ١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢م.



اعْتِمَاد المِعْيَارِ

اعتمد المجلس الشـــرعي المعيار الشرعي للشـــركة (المشاركة) والشركات الحديثة وذلك في اجتماعه الثامن المنعقد في المدينة المنورة في ٢٨ صفر - ٤ ربيع الأول ١٤٢٣هـ الموافق ١١ - ١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢م.



مُلحَقُ (أ)

نبذة تاريخية عن إعداد المعيار

قرر المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٥) المنعقد في تاريخ ٨-١٢ رمضان ١٤٢١ هـ الموافق ٤-٨ كانون الأول (ديسمبر) ٢٠٠٠ م في مكة المكرمة إصدار معيار شرعي للشركة بتكليف مستشار شرعي لإعداد مسودة مشروع المعيار الشرعي للشركة (المشاركة) والشركات الحديثة.

وفي يوم السبت ١٥ ذي الحجة ١٤٢١ هـ = ١٠ آذار (مارس) ٢٠٠١ م قررت لجنة الإفتاء والتحكيم تكليف مستشار شرعي لإعداد الدراسة الشرعية ومسودة مشروع المعيار الشرعي للشركة (المشاركة) والشركات الحديثة.

وفي اجتماع لجنة الإفتاء والتحكيم المنعقد بتاريخ ١٨ محرم ١٤٢٢هـ = ١٢ نيسان (إبريل) ٢٠٠١ م ناقشت اللجنة مسودة مشروع المعيار الشرعي للشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، وطلبت من المستشار إدخال التعديلات اللازمة في ضوء ما تم من مناقشات وما أبداه الأعضاء من ملاحظات، كما ناقشت اللجنة مسودة مشروع المتطلبات الشرعية للمضاربة في اجتماعها المنعقد بتاريخ ٢٠ جمادى الآخرة ١٤٢٢ هـ = ٨ أيلول (سبتمبر) ٢٠٠١ م وأدخلت التعديلات اللازمة في ضوء ما تم من مناقشات وما أبداه الأعضاء من ملاحظات.

عرضت مسودة مشـــروع المعيار المعدلة على المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٧) المنعقد في مكـــة المكرمة في الفترة ٩ - ١٣ رمضان ١٤٢٢هـ = ٢٤- ٢٨ تشـــرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠١م، وأدخل المجلس الشـــرعي تعديلات على مسودة مشـــروع المعيار الشرعي للشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، وقرر إرسالها إلى ذوي الاختصاص والاهتمام لتلقى ما يبدو لهم من ملاحظات تمهيدًا لمناقشـــتها في جلسة الاستماع.

عقدت الهيئة جلسة استماع في البحرين بتاريخ ١٩ - ٢٠ ذي القعدة ١٤٢٢ هـ = ٢ - ٣ شباط (فبراير) ٢٠٠٢م، وحضرها ما يزيد عن ثلاثين مشاركًا يمثلون البنوك المركزية، والمؤسســـات، ومكاتب المحاسبة، وفقهاء الشريعة، وأساتذة الجامعات، وغيرهـــم من المعنيين بهذا المجال. وقد تم الاســـتماع إلى الملاحظات التي أبديت ســـواء منها ما أرســـل قبل جلسة الاســـتماع أم ما طرح خلالها، وتولى بعض أعضاء المجلس الإجابة عن الملاحظات والتعليق عليها.

ناقشـــت لجنة المعايير الشـــرعية في اجتماعها بتاريـــخ ٢١ - ٢٢ ذي الحجة ١٤٢٢ هـــ= ٦ - ٧ آذار (مـــارس) ٢٠٠٢ م في البحرين الملاحظـــات التي أبديت خلال جلسة الاستماع والملاحظات التي أرســـلت كتابة، وأدخلت التعديلات التي رأتها مناسبة.

ناقش المجلس الشـــرعي في اجتماعه رقم (٨) المنعقد فـــي المدينة المنورة في الفترة مـــن ٢٨ صفر-٤ ربيع الأول ١٤٢٣ هـــ = ١١-١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢ م التعديلات التي أدخلتها لجنة المعايير الشـــرعية وأدخل التعديلات التي رآها مناسبة واعتمد هذا المعيار بالإجماع في بعـــض الفقرات، وبالأغلبية في بعضها على ما هو مثبت في محاضر اجتماعات المجلس.

راجعت لجنة مراجعة المعايير الشرعية في اجتماعها المنعقد بدولة قطر في ربيع الثاني ١٤٣٣ هـ يوافقه مارس ٢٠١٢م المعيار، وبعد المداولة والمناقشة اقترحت اللجنة جملة من التعديلات التي رأتها مناسبة إضافة وحذفًا وإعادة صياغة ورفعتها للمجلس الشرعي لإقرار ما يراه مناسبًا منها.

ناقش المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٤١) المنعقد في المملكة العربية السعودية خلال الفترة من ٢٧ إلى ٢٩ شعبان ١٤٣٦هـ يوافقه ١٤ - ١٦ يونيو ٢٠١٥م التعديلات التي اقترحتها لجنة المراجعة، وبعد المداولة والمناقشة أقر المجلس الشرعي ما رآه منها، واعتمد المعيار بصيغته المعدلة الحالية.



مُلحَقُ (ب)

مستند الأحكام الشرعية

مشروعية الشركة (المشاركة):

الشركة بالجملة عند الفقهاء على أربعة أنواع: شركة العنان، وشركة الأبدان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه، وأهمها شركة العنان. وقد ثبتت مشروعيتها بالكتاب، والسنة، والإجماع العملي:

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿ وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ ٱلْخُلَطَآءِ لَيَبْغِى بَعْضُهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ إِلَّا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَعَمِلُوا۟ ٱلصَّٰلِحَٰتِ وَقَلِيلٌ مَّا هُمْ ﴾[1]

وأما السنة: فمنها: حديث السائب بن أبي السائب المخزومي: (أنه كان شريك النبي ﷺ في أول الإسلام في التجارة، فلما كان يوم الفتح، قال النبي ﷺ: «**مرحبًا بأخي وشريكي، لا يداري ولا يماري**»[2].

ثم إن التعامل بالشركة في سائر العصور من لدن أول عصر الرسالة، يعد إجماعًا عمليًّا على جوازها ومشروعيتها.

وهذه الشركات التي عني الفقهاء ببيان أحكامها هي الأساس للشركات

---

(١) سورة ص، الآية: (٢٤).

(٢) أخرجه الحاكم ٢/ ٦١، وصححه ووافقه الذهبي.

الحديثة التي استجدت مثل الشركات المساهمة التي لا ينظر فيها إلى شخص الشريك ولكن ينظر إلى حصص الإسهام في الشركة، ويكون التعويل فيها على الشخصية الاعتبارية. فإن الأحكام والضوابط التي بينها الفقهاء للشركات تغطي ما يتعلق بالشركات الحديثة من أحكام، وأما النظم الإجرائية لتمثيل الشركاء وحفظ حقوقهم وتنظيم الإدارة والمحاسبة فهي من قبيل مقتضيات المصلحة التي لها اعتبارها إذا روعيت فيها الضوابط الشرعية.

والأساس العام للشركة هو الوكالة، فكل واحد من الشركاء أصيل عن نفسه ووكيل عن بقية الشركاء في التصرف لمصلحة الشركة ويتوافر في شركة المفاوضة الكفالة بالإضافة للوكالة.

انعقاد الشركة:

- مستند جواز إشراك غير المسلمين أو البنوك التقليدية في عمليات مقبولة شرعًا مع اتخاذ الضمانات اللازمة للالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية: هو ما روي عن رسول الله ﷺ (نهى عن مشاركة اليهودي والنصراني، إلا أن يكون الشراء والبيع بيد المسلم) [١]. فعلة النهي - وهي المعاملة بالربا أو بالعقود الشرعية الباطلة- منتفية في حالة اتخاذ الضمانات لتطبيق الأحكام الشرعية[٢]. وقد ورد بشأن إشراك البنوك التقليدية قرار من ندوة البركة[٣].
- مستند جواز الاتفاق على تعديل شروط عقد المشاركة وتغيير نسب الربح: أن

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٦/ ٩.
(٢) ينظر: المغني ٧/ ١١٠-١١١.
(٣) القرار رقم (٩/ ١) فتاوى ندوات البركة (التاسعة) ص ١٥١.

هذا الاتفاق لا يقطع الاشتراك في الربح[1].

رأس مال الشركة:

- مستند جواز أن يكون رأس مال الشركة موجودات غير نقدية (عروض) بعد تقويمها: أن مقصود الشركة جواز تصرف الشريكين في المالين جميعًا وكون ربح المالين بينهما وهذا يحصل في العروض كحصوله في الأثمان فيجب أن تصح الشركة والمضاربة بها كالأثمان ويرجع كل واحد منهما عند المفاصلة بقيمة ماله عند العقد[2] وهو مذهب المالكية والحنابلة[3].
- مستند وجوب تقويم العملة المختلفة المقدمة كرأس مال الشركة عن العملة المحددة في الشركة بسعر الصرف السائد يوم الأداء: أنه إجراء عقد مصارفة في الذمة بين العملتين ولا يصح ذلك إلا بسعر يوم الأداء. كما يدل عليه حديث ابن عمر رضي الله عنهما في بيع الإبل بالبقيع[4].
- مستند وجوب تحديد حصص الشركاء في رأس مال الشركة: أن عدم تحديدها يؤدي إلى جهالة في رأس المال، (ولا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولًا؛ لأنه لا بد من الرجوع به عند المفاصلة، ولا يمكن ذلك مع الجهل)[5].
- مستند عدم جواز أن تكون الديون وحدها حصة في رأس المال: أنه لا يتحقق به القدرة على التصرف في ممارسة نشاط الشركة ولأنه قد يؤدي إلى الربا إذا كان الشريك هو المدين[6]. أما إذا كانت الديون تابعة فمستند جواز ذلك مبدأ

---

(١) ينظر: القرار رقم (١١/ ٨) فتاوى ندوات البركة (الحادية عشرة) ص ١٩٤

(٢) المغني ٧/ ١٢٤

(٣) الدسوقي ٢/ ٥١٧ والمغني ٥/ ١٧

(٤) سبق تخريجه ص٢٣٣.

(٥) المغني: ٧/ ١٢٥

(٦) الدسوقي ٣/ ٥١٧ والمغني ٥/ ١٧

التبعية حسب القاعدة (التابع تابع ولا يفرد بالحكم) و(يفتقر في التابع ما لا يفتقر في المتبوع).

- مستند جواز أن تكون الودائع الجارية رأس مال للشركة: هو أنها بالرغم من كونها قرضًا فهي في حكم المقبوض؛ لأنها حسابات تحت الطلب، والمؤسسات ملزمة بحسب نظمها وتعليمات الجهات الرقابية بتسليم مبالغها أو دفع الشيكات المسحوبة عليها مهما كانت ظروفها.

إدارة الشركة:

- مستند جواز حق التصرف لكل شريك في أموال الشركة: أن الشركة مبنية على الوكالة والأمانة فمقتضى الوكالة أنه يحق له التصرف على الوجه الذي يكون لصالح الشركة ومقتضى الأمانة ألا يتصرف إلا بما ينفع الشركة[1].
- مستند عدم جواز تخصيص أجر محدد لمن يستعان به من الشركاء في الإدارة: أن هذا قد يؤدي إلى ضمان رأس ماله وعدم تحمل الخسارة بقدر رأس ماله في حالة وقوعها.
- مستند جواز تكليف أحد الشركاء بمهمات الإدارة بعقد منفصل وجواز تخصيص أجر له في هذه الحالة: أنه لا يمثل هنا صفة الشريك بل إنه أجير خاص.

الضمانات في الشركة:

- مستند عدم جواز ضمان الشريك إلا بالتعدي وكذلك عدم جواز اشتراط ضمان أي شريك لرأس مال شريك آخر: أن الشركة مبنية على الأمانة ولا

(١) ينظر: المغني ٧/ ١٢٨.

يصح ضمان الأمانات[1].

- مستند جواز اشتراط أحد الطرفين في الشركة على الطرف الآخر تقديم كفيل أو رهن لضمان التعدي وما أشبهه: أن هذا الاشتراط لا يتنافى مع مقتضى ضوابط الشركة، والأصل في العقود والمشاركات أن تراعى الشروط ما أمكن[2].
- مستند جواز التعهد من طرف ثالث منفصل في ذمته المالية عن أطراف الشركة بتحمل الخسارة...: أنه مبني على مجرد التبرع ولأنه التزام مستقل عن عقد الشركة، بمعنى أن قيام الطرف الثالث بالوفاء بالتزامه ليس شرطًا في نفاذ العقد. وليس لذلك تأثير سلبي في أصل الضابط الشرعي المقرر وهو عدم جواز ضمان رأس المال أو الربح. وقد صدر في ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[3].
- مستند اشتراط عدم ملكية المؤسسة الضامنة للمضمون أو عكسه هو أنه مع وجود الملكية يكون من قبيل ضمان الشريك لشريكه.

نتائج الشركة (الأرباح أو الخسائر):

- مستند عدم جواز الاتفاق على أن يكون تحديد الربح بمبلغ مقطوع أو بنسبة من رأس المال: أنه قد يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح ولأنه لا ربح إلا بعد وقاية رأس المال.
- مستند عدم جواز التأجيل في تحديد نسب الأرباح لأطراف الشركة إلى ما بعد

(١) ينظر: الكافي لابن قدامة ٢/ ٢٣٠، والمبدع ٤/ ٢٥٦.

(٢) ينظر: (١/ ٥) من فتاوى ندوة البركة الأولى ١٤٠٣هـ، قرارات وفتاوى ندوات البركة ص١٨.

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠(٥/ ٤).

حصول الربح: أن في ذلك جهالة تؤدي للنزاع. وأما الاتفاق على تعديلها عند التوزيع، أو التنازل عن شيء منها، فلأنه حق للشركاء لا يعدوهم فجاز لهم ذلك.

- مستند جواز أن تكون نسبة الربح متفقة مع نسبة الحصة في رأس المال أو مختلفة عنها..: أن الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل أو بالضمان فإذا تحقق أحد الأسباب الثلاثة فلا مانع من الاتفاق على نسبة الربح حسب تراضي الشركاء وهو مذهب الحنفية والحنابلة[١].
- مستند عدم جواز الاتفاق على تحمل أحد الطرفين الخسارة أو تحميلها بنسب مختلفة عن حصص الملكية: ما روي في الأثر عن علي رضى الله عنه: (الربح على ما يصطلح عليه الشركاء والخسارة على قدر المال)[٢] ولأن تحميل خسارة نصيب أحد الطرفين للآخر شرط باطل لأنه ظلم له وأكل للمال بغير حق.
- مستند جواز الاتفاق على أي طريقة لتوزيع الربح ثابتة أو متغيرة لفترات زمنية: أن هذا الاتفاق مقيد بألا يفضي إلى ما يتنافى مع الضابط الشرعي المقرر، وهو عدم قطع اشتراك أحد الأطراف في الربح.
- مستند عدم جواز توزيع الربح بين أطراف الشركة بشكل نهائي قبل اقتطاع المصروفات والنفقات أنه لاربح إلا بعد وقاية رأس المال.

---

(١) ينظر الهداية شرح البداية للمرغيناني ٣/ ٧ و٨ طبعة، المكتبة الإسلامية، بدائع الصنائع للكاساني ٦/ ٦٢ و٦٣، المبدع لابن مفلح ٥/ ٤، طبعة المكتب الإسلامي، بيروت ١٤٠٠هـ.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ٤/ ٢٦٨، طبعة مكتبة الرشد، الرياض.

- مستند عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لأحد الشركاء أن ذلك قد يقطع الاشتراك في الأرباح.
- مستند عدم جواز الجمع بين نسبة من الربح والأجرة في الشركة أن الأجرة مبلغ مقطوع، وقد لا يحصل من الربح أكثر منها فينقطع الاشتراك في الأرباح. أما في حالة استحقاق الأجرة بعقد مستقل فمستنده أن ذلك ليس شرطًا في الشركة فلا يحصل به انقطاع الشركة في الربح فيكون بمثابة طرف ثالث.
- مستند جواز الاتفاق على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة معينة فإن أحد أطراف الشركة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة: أن هذا الشرط من الشروط الجائزة شرعًا ولا يترتب عليه احتمال قطع الاشتراك في الأرباح[1]، وأن رب المال يتحمل الخسارة إذا تبين وقوعها.
- مستند جواز توزيع الربح على أساس التنضيض الحكمي هو: ثبوت جواز العمل بالتقويم شرعًا[2] في تطبيقات عديدة، ومنها الزكاة والسرقة وقوله ﷺ: **«من أعتق شقْصًا في عبد فخلاصه في ماله إن كان له مال، فإن لم يكن له مال قوّم عليه العبد قيمة عدل»**[3].
- مستند جواز توزيع مبالغ تحت الحساب قبل التنضيض على أن تتم التسوية لاحقًا مع الالتزام برد الزيادة: أنه لا ضرر في ذلك على أحد الشركاء ما دام هذا المبلغ قابلًا للتسوية.

---

(١) البحر الزخار (٥/ ٨٣)، طبعة دار الكتاب الإسلامي.

(٢) ينظر: القرار الرابع لرابطة العالم الإسلامي في الدورة السادسة عشرة بمكة المكرمة بتاريخ ٢١-٢٦/ ١٠/ ١٤٢٢هـ، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم(٣٠(٥/ ٤) وفتوى رقم (٨/ ٢) من فتاوى ندوة البركة الثامنة، فتاوى البركة ص ١٣٤.

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ٢/ ١١٤٠.

- مستند جواز توزيع عائدات الشركة التي تشتمل على موجودات مستغلة قبل التنضيض هو أن هذا التوزيع خاضع للتسوية في النهاية ولا ضرر في ذلك[١].

انتهاء الشركة:

- مستند عدم ترتب أي أثر لفسخ الشركة على التصرفات القائمة قبله: هو دفع الضرر عن بقية الشركاء.
- مستند عدم جواز الوعد الملزم من قبل أحد أطراف الشركة بشراء موجودات الشركة بالقيمة الاسمية أنه بمثابة ضمان لرأس المال، وهو ممنوع شرعًا. ومستند جواز الوعد بشرائها بالقيمة السوقية أنه ليس في ذلك ضمان بين الشركاء.

القسم الثاني: الشركات الحديثة:

- مشروعية الشركات الحديثة ترجع إلى ما تقرر في الشريعة من أن الأصل في المعاملات الإباحة ما لم يدل الدليل على التحريم، لا سيما وأن الشركات الحديثة ترجع من حيث التكييف الفقهي إلى واحدة أو أكثر من الشركات الجائزة شرعًا كالعنان والمضاربة ونحوها[٢].

شركة المساهمة:

- مستند جواز ضمان الإصدار بدون مقابل أنه التزام لا يترتب عليه محظور وهو

---

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠ (٥/ ٤) وقرار المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي الدورة السادسة عشرة.

(٢) ينظر: الشركات د.عبد العزيز الخياط ٢/ ١٥٨-١٥٩.

أخذ العوض عنه. وقد صدر بشأن ذلك قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[1].

- مستند عدم جواز شراء الأسهم بقرض ربوي من السمسار أو غيره لقاء رهن السهم هو ما في ذلك من المراباة وتوثيقها بالرهن[2]، وهما من الأعمال المحرمة بالنص على لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه.

- مستند عدم جواز بيع أسهم لا يملكها البائع... أنه يترتب على ذلك بيع ما ليس في ضمان البائع ولا في ملكه، وهو منهي عنه شرعًا.

- مستند جواز رهن الأسهم أن الرهن مشروع، وما يجوز بيعه يجوز رهنه. وهذا في حالة عدم وجود نص من نظام الشركة على منع هذا التصرف، لأن الشرط يجب الوفاء به.

- مستند جواز أن يكون السهم للآمر: أنه نوع من انتقال الحصة إلى مساهم آخر بالرضا الضمني من بقية أصحاب حقوق الملكية القابلين بنظام الشركة[3].

- مستند جواز أن يكون السهم لحامله: أنه بيع من المساهم لحصته إلى مساهم آخر بالرضا الضمني من بقية حملة الأسهم القابلين بنظام الشركة، والجهالة هنا تئول للعلم عند الحاجة إلى معرفة حامل السهم[4].

- مستند عدم جواز إصدار أسهم ممتازة أن ذلك يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح، ووقوع الظلم على الشركاء الآخرين[5].

- مستند عدم جواز إصدار أسهم التمتع: أن ما يأخذه أصحاب هذه الأسهم هو حقهم في الربح، ولأن إطفاءها صوري، وعليه يبقون مالكين لها ومستحقين

---

(١) قرار رقم ٦٣ (١/ ٧).

(٢)،(٣)،(٤)،(٥) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٦٣ (١/ ٧).

عند التصفية[١].

شركة التضامن:

- مستند صحة التزام الشركاء المتضامنين بالمسؤولية على وجه التضامن: أن التضامن بين الشركاء في هذه الحالة خاضع لأحكام الكفالة، وإذن كل واحد منهم للآخر بالتصرف خاضع للوكالة كما في شركة المفاوضة المبنية على الكفالة والوكالة، وقد تراضى الشركاء على هذا التضامن إذ ليس فيه استغلال لأحدهم أو ظلم له[٢].
- مستند عدم جواز تخارج الشريك مع الغير في شركة التضامن بدون اتفاق جميع الشركاء أن لشخصه اعتبارًا في الشركة لشمول التضامن لأملاكه الخاصة.

شركة التوصية البسيطة أو بالأسهم:

- مستند عدم جواز تدخل الشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة أو بالأسهم أنها شروط رضيها الشركاء ولا تخل بمقتضى الشركة.
- مستند تحديد مسئولية الشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة بحصصهم أنهم بمثابة أرباب المال في المضاربة.

شركة المحاصة:

- مستند جواز الفسخ من أي من الشركاء في شركة المحاصة أن الأصل في

(١) ينظر: قرار مجمع الفقه الدولي الإسلامي رقم ٦٣ (١/ ٧).
(٢) ينظر: الشركات د. عبد العزيز الخياط ٢/ ٢٣٥.

الشركة جواز الفسخ إذا لم يترتب عليه ضرر، لحديث: «لا ضرر ولا ضرار»[1].

المشاركة المتناقصة:

- مستند القول بأنه يجب أن تطبق على المشاركة المتناقصة الأحكام العامة للشركات، وبخاصة أحكام شركة العنان هو: وقاية هذه الشركة الجديدة من أن تكون مجرد عملية تمويل بقرض يلتزم العميل بسداده مع عوائد الشركة.
- مستند عدم جواز تحميل أحد الشريكين مصروفات التأمين أو الصيانة أن هذا الاشتراط منافٍ لمقتضى عقد المشاركة[2].



(١) أخرجه ابن ماجه في سننه ٢/ ٧٨٤.

(٢) ينظر: فتاوى بيت التمويل الكويتي فتوى رقم ٢١٩.

مُلحَقُ (ج)

التعريفات

شركة العقد:

هي اتفاق اثنين أو أكثر على خلط ماليهما أو عمليهما أو التزاميهما في الذمة بقصد الاسترباح.

شركة الملك:

اختلاط ملك اثنين أو أكثر، ينتج عنه الاشتراك في استحقاق الربح المتحقق أو الريع أو الارتفاع في القيمة، وكذلك تحمل الخسارة إن وقعت.

وشركة الملك قد تحصل بالاضطرار كالميراث لحصص شائعة للورثة، أو بالاختيار كما في حالة تملك اثنين أو أكثر حصصًا شائعة في موجود معين.

شركة المفاوضة:

هي كل شركة يتساوى فيها الشركاء في المال والتصرف والدين من ابتداء الشركة إلى نهايتها.

شركة المزارعة:

هي: الشركة في الزرع بدفع أرض لمن يزرعها ويقوم عليها بجزء مشاع معلوم

من الخارج.

شركة المساقاة:

هي: الشركة التي تتمثل في دفع شجر مغروس معلوم له ثمر مأكول لمن يعمل عليه بجزء مشاع معلوم من ثمره.

شركة المغارسة:

هي الشركة التي تقع على دفع أرض - ليس فيها شجر - إلى رجل ليغرس فيها شجرًا، على أن ما يحصل من الغراس والثمار يكون بينهما بنسبة معلومة.

القسمة:

هي إنهاء حالة الشيوع في الملك بقسمة الموجودات نهائيًّا بتمييز الحقوق وإفراز الأنصباء. وعلى ذلك عرفت بأنها (جمع نصيب شائع في معين). أي في نصيب معين.



الملحق 4
المعيار الشرعي رقم 11
الاستصناع والاستصناع الموازي

المِعْيَارُ الشَّرْعِيُّ رَقْمُ (١١)

الاسْتِصْنَاعُ وَالاسْتِصْنَاعُ المُوَازِي*

(معيار معدَّل)

---

* صدر محتوى هذا المعيار سابقًا باسم «المتطلبات الشرعية لصيغ الاستثمار والتمويل رقم (٤): الاستصناع والاستصناع الموازي». وقد تم إعادة إصداره في شكل معيار، استنادًا إلى قرار المجلس الشرعي بإعادة إصدار جميع المتطلبات الشرعية لتصبح معايير شرعية.

المُحتَوى

رقم الصفحة

التقديم ٢٩٦

نص المعيار ٢٩٧

١- نطاق المعيار ٢٩٧

٢- عقد الاستصناع ٢٩٧

٣- محل الاستصناع وضماناته ٢٩٨

٤- ما يطرأ على الاستصناع ٣٠٢

٥- الإشراف على التنفيذ ٣٠٤

٦- تسليم المصنوع والتصرف فيه ٣٠٤

٧- الاستصناع الموازي ٣٠٦

٨- تاريخ إصدار المعيار ٣٠٧

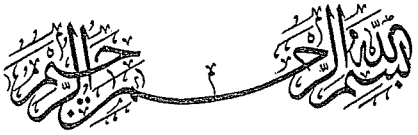
اعتماد المعيار ٣٠٨

الملاحق

(أ) نبذة تاريخية عن إعداد المعيار ٣٠٩

(ب) مستند الأحكام الشرعية ٣١٢

(ج) التعريفات ٣١٨



الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا ونبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

التَّقْدِيمُ

يهدف هذا المعيار إلى بيان الأحكام والضوابط الشرعية التي يجب أن تراعيها المؤسسات المالية الإسلامية[1] في عمليات الاستصناع والاستصناع الموازي من حيث عقده ومحله وما يطرأ عليه من التصرفات وتنفيذه والإشراف على التنفيذ.

والله الموفق،،،

(١) استخدمت كلمة (المؤسسة / المؤسسات) اختصارًا عن المؤسسات المالية الإسلامية، ومنها المصارف الإسلامية.

نَصُّ المِعْيَارِ

١- نطاق المعيار:

يتناول هذا المعيار الاستصناع والاستصناع الموازي سواء أكانت المؤسسة مشترية أم بائعة.

ولا يتناول صكوك الاستصناع لأنها ضمن معيار صكوك الاستثمار.

٢- عقد الاستصناع:

٢/ ١ إبرام عقد الاستصناع مباشرة أو بعد المواعدة:

٢/ ١/ ١ يجوز إبرام عقد الاستصناع بين المؤسسة والمستصنع ولو لم يسبق ذلك تملك المؤسسة للمبيع أو للمواد المكونة له.

٢/ ١/ ٢ يجوز أن تستفيد المؤسسة من عرض الأسعار الذي يحصل عليه العميل من جهات أخرى، وذلك للاستئناس به في تقدير التكلفة وتحديد الربح المستهدف.

٢/ ١/ ٣ لا يجوز أن يكون دور المؤسسة تمويل عقد استصناع أُبرم بين مستصنع وجهة أخرى، ولا سيما عند عجز المستصنع عن سداد مستحقات تلك الجهة، سواء أكان ذلك قبل الشروع أم بعده (ينظر البند ٤/ ٢/ ٢).

٢/ ٢ صفة عقد الاستصناع وشروطه:

٢/ ٢/ ١ عقد الاستصناع ملزم للطرفين إذا توافرت فيه شروطه، وهي: بيان جنس الشيء المستصنع ونوعه وقدره وأوصافه المطلوبة ومعلومية الثمن وتحديد الأجل إن وجد. ويثبت للمستصنع الخيار إذا جاء المصنوع مخالفًا للمواصفات المشروطة.

٢/ ٢/ ٢ بما أن الاستصناع عقد لازم بنفسه، فإنه تترتب آثاره بمجرد العقد، ولا حاجة إلى إعادة إيجاب وقبول بعد الصنع، وهذا بخلاف الوعد بالمرابحة الذي يحتاج إلى إنشاء البيع بإيجاب وقبول بعد تملك المؤسسة للمبيع.

٢/ ٢/ ٣ لا يجوز اشتراط الصانع البراءة من العيوب في عقد الاستصناع.

٢/ ٢/ ٤ لا يجوز أن تتم عقود أو إجراءات الاستصناع بصورة تجعل العملية حيلة على التمويل الربوي، مثل التواطؤ على شراء المؤسسة من الصانع مصنوعات أو معدات بثمن حال وبيعها إليه بثمن مؤجل أزيد، أو أن يكون طالب الاستصناع هو نفسه الصانع، أو أن يكون الصانع جهة مملوكة للمستصنع بنسبة الثلث فأكثر، حتى لو تم ذلك عن طريق المناقصة، وذلك تجنبًا لبيوع العينة.

٣. محل الاستصناع، وضماناته:

٣/ ١ أحكام المصنوع:

٣/ ١/ ١ لا يجوز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة وتخرجه عن حالته الطبيعية. فما دام الصانع التزم بالعين المصنوعة صح الاستصناع.

٣/ ١/ ٢ يجوز التعاقد على صنع أشياء تصنع بأوصاف خاصة يريدها المستصنع ولو لم يكن لها مثيل في السوق، بشرط أن تكون مما ينضبط بالوصف. ويجوز أن يكون محل الاستصناع من الأشياء التي يكثر أمثالها في السوق ويحل بعض وحداتها محل بعض في أداء الالتزام بسبب صنعها بمواصفات موحدة، ويستوي في ذلك أن يكون المصنوع للاستهلاك أو للاستعمال مع بقاء عينه.

٣/ ١/ ٣ لا يجوز أن يكون محل الاستصناع شيئًا معينًا بذاته، كما لو قال بعتك هذه السيارة، أو هذا المصنع، وإنما يكون الاستصناع فيما حدد بالمواصفات لا بالتعيين. ولا يثبت للمستصنع أولوية فيما شرع الصانع في عمله إلا بعد التسليم كليًّا أو جزئيًّا، كما لا يختص المستصنع بالمواد القائمة لدى الصانع لإنجاز الصنع إلا إذا تعهد الصانع بعدم التصرف بها لغير ذلك الشيء المستصنع ضمانًا لإنجازه.

٣/ ١/ ٤ يجوز أن يشترط في عقد الاستصناع أن يتم الصنع من المؤسسة نفسها، وفي هذه الحالة يجب عليها التقيد بذلك، ولا يحق لها أن تعهد بالإنجاز إلى غيرها.

٣/ ١/ ٥ يجوز للصانع تسليم ما صنعه هو قبل إبرام عقد الاستصناع، أو ما صنعه غيره، إذا لم يشترط عليه الصنع بنفسه، ولا يتخذ

ذلك ذريعة لتأجيل البدلين في بيع موصوف في الذمة غير مقصود صنعه.

٣/ ١/ ٦ يجب على الصانع إنجاز العمل وفقًا للمواصفات المشروطة في العقد، وفي المدة المتفق عليها، أو في المدة المناسبة التي تقتضيها طبيعة العمل وفقًا للأصول المتعارف عليها لدى أهل الخبرة.

٣/ ١/ ٧ يجوز تحديد مدة لضمان عيوب التصنيع أو الالتزام بالصيانة لمدة معينة يتفق عليها الطرفان أو يجري بها العرف.

٣/ ١/ ٨ يجوز الاستصناع في المباني لإقامتها على أرض معينة مملوكة للمستصنع أو للصانع، أو على الأرض التي ملك أحدهما منفعتها، وذلك على اعتبار أن المستصنع فيه هو المباني الموصوفة وليس المكان المعين.

٣/ ٢ ثمن الاستصناع:

٣/ ٢/ ١ يشترط أن يكون ثمن الاستصناع معلومًا عند إبرام العقد، ويجوز أن يكون نقودًا، أو عينًا، أو منفعة لمدة معينة، سواء كانت منفعة عين أخرى أم منفعة المصنوع نفسه. وهذه الصورة الأخيرة تصلح للتطبيق في حال منح الجهات الرسمية عقود امتياز نظير الانتفاع بالمشروع لمدة معينة (*Build Operate Transfer*).

٣/ ٢/ ٢ يجوز تأجيل ثمن الاستصناع، أو تقسيطه إلى أقساط معلومة لآجال محددة، أو تعجيل دفعة مقدمة وتسديد باقي الثمن على دفعات متوافقة مع مواعيد التسليم لأجزاء من المصنوع. ويجوز

ربط الأقساط بمراحل الإنجاز إذا كانت تلك المراحل منضبطة في العرف ولا ينشأ عنها نزاع.

٣/ ٢/ ٣ إذا كان العمل مكونًا من عدة أجزاء، أو كان الثمن محددًا على أساس الوحدة، فيجوز أن يشترط الصانع على المستصنع أن يؤدي من الثمن المؤجل بقدر ما أنجزه من العمل مطابقًا للمواصفات.

٣/ ٢/ ٤ يجوز اختلاف الثمن في عروض الاستصناع تبعًا لاختلاف أجل التسليم، ولا مانع من التفاوض على عروض متعددة، على أن يتم اختيار أحدها عند إبرام العقد لمنع الغرر والجهالة المفضية إلى النزاع.

٣/ ٢/ ٥ لا يجوز إجراء المرابحة في الاستصناع بأن يحدد الثمن بالتكلفة وزيادة معلومة.

٣/ ٢/ ٦ إذا انخفضت التكلفة الفعلية التي أنفقتها المؤسسة في إنجاز المصنوع عن التكلفة التقديرية، أو حصلت المؤسسة على حسم من الجهة التي قامت بالصنع لصالح المؤسسة في الاستصناع الموازي لتنفيذ الصفقة مع العميل، فلا يجب على الصانع تخفيض الثمن المحدد في العقد، ولا حق للمستصنع في الفرق أو جزء منه، وكذلك الحكم في حال زيادة التكلفة.

٣/ ٣ الضمانات:

٣/ ٣/ ١ يجوز أن تقبل المؤسسة إن كانت صانعة، أو أن تدفع إن كانت مستصنعة، عربونًا لتوثيق العقد، بحيث يكون جزءًا من

الثمن إن لم يفسخ العقد، أو يستحقه الصانع في حال فسخ العقد. والأولى أن يقتصر على مقدار الضرر الفعلي.

٣/ ٣/ ٢ يجوز للمؤسسة في عقد الاستصناع، سواء أكانت صانعة أم مستصنعة، أن تأخذ الضمانات التي تراها كافية للوفاء بحقوقها لدى المستصنع أو الصانع، كما يجوز لها إذا كانت مستصنعة أن تعطي الضمانات التي يطلبها الصانع، سواء أكان الضمان رهنًا أم كفالة أم حوالة حق أم حسابًا جاريًا أم حسابًا استثماريًّا أم إيقاف السحب من الأرصدة.

٤. ما يطرأ على الاستصناع:

٤/ ١ التعديلات والإضافات والمطالبات الإضافية:

٤/ ١/ ١ يجوز اتفاق الصانع والمستصنع بعد عقد الاستصناع على تعديل المواصفات المشروطة في المصنوع، أو الزيادة فيه، مع تحديد ما يترتب على ذلك بالنسبة للثمن وإعطاء مهلة في مدة تنفيذه، ويجوز النص في العقد على أن مقابل التعديلات أو الزيادات هو بنسبتها إلى الثمن حسبما تقتضيه الخبرة أو العرف، أو أي مؤشر معروف تنتفي به الجهالة المفضية إلى النزاع.

٤/ ١/ ٢ ليس للمستصنع إلزام الصانع بالإضافات أو التعديلات على محل عقد الاستصناع ما لم يوافق الصانع على ذلك.

٤/ ١/ ٣ لا يجوز زيادة الثمن لتمديد أجل السداد. أما تخفيض الثمن عند تعجيل السداد فيجوز إذا كان غير مشترط في العقد.

٤/ ٢ الظروف الطارئة أو القاهرة:

٤/ ٢/ ١ إذا وجدت ظروف طارئة تستدعي تعديل ثمن الاستصناع زيادة أو نقصًا فإنه يجوز باتفاق الطرفين، أو بالتحكيم، أو بالرجوع إلى القضاء، مع مراعاة البند٤/ ١/ ٣.

٤/ ٢/ ٢ يجوز الاستصناع لإتمام مشروع بدأ به صانع سابق وحينئذ يجب تصفية العملية بحالتها الراهنة، على حساب العميل مع الصانع السابق، حيث تظل الديون - إن وجدت - التزامًا شخصيًّا عليه، ومن ثم إبرام عقد استصناع لبقية العمل، دون التزام المؤسسة بالاستعانة بالصانع السابق، بل ينص على أن لها الحق في إنجاز العمل بأي وسيلة تراها مناسبة.

٤/ ٢/ ٣ يجوز النص على حق المستصنع في تنفيذ الاستصناع على حساب الصانع في حال امتناعه عن التنفيذ أو الإتمام خلال مدة محددة تبدأ منذ التوقف عن العمل في حالة استصناع مبان أو منشآت على أرض المستصنع.

٤/ ٢/ ٤ إذا عجز الصانع عن الإتمام فإن المباني أو المنشآت المشروع بإنشائها لا يستحقها المستصنع مجانًا ويختلف الحكم تبعًا للسبب، فإن كان العجز بسبب يرجع إلى الصانع فيضمن المستصنع قيمة البناء بنسبة ما أنجز الصانع مع تحمل الصانع ما قد ينشأ للمستصنع من ضرر فعلي. وإذا كان عدم الإتمام لسبب يرجع إلى المستصنع فيستحق الصانع قيمة ما أنجزه مع تحمل المستصنع الضرر اللاحق بالصانع. وإذا كان

عدم الإتمام لسبب لا يرجع لأحدهما فيضمن المستصنع قيمة ما أنجزه فقط، ولا يتحمل أحدهما ما لحق بالآخر من ضرر (وينظر البند ٤/ ٢/ ٣).

٤/ ٢/ ٥ يجوز أن يضاف إلى عقد الاستصناع شرط ينص على أن أي اشتراط جديد تضعه الجهات المختصة لم يتضمنه العقد ويترتب عليه تبعات ليست على الصانع بمقتضى العقد أو القانون، فإنها تكون على المستصنع.

٥. الإشراف على التنفيذ:

٥/ ١ للصانع والمستصنع أن يتفقا على اختيار مكتب فني للتحقق من التقيد بالمواصفات المشروطة، والموافقة على تسليم الدفعات وفقًا لذلك، والتسليم، والتسلم ويلتزمان بقراره.

٥/ ٢ يجوز للمؤسسة بصفتها صانعة توكيل المستصنع بعقد توكيل مستقل عن عقد التصنيع للقيام بالإشراف على إنجاز المصنوع طبقًا للمواصفات المتعاقد عليها.

٥/ ٣ يجوز اتفاق الصانع والمستصنع على تحديد من يتحمل منهما التكلفة الإضافية المتعلقة بالإشراف.

٦. تسليم المصنوع والتصرف فيه:

٦/ ١ تبرأ ذمة الصانع بتسليم المصنوع إلى المستصنع أو تمكينه منه، أو تسليمه إلى من يحدده المستصنع.

٦/ ٢/ ١ إذا كان المصنوع وقت التسليم غير مطابق للمواصفات

فإنه يحق للمستصنع أن يرفضه، أو أن يقبله بحاله، فيكون من قبيل حسن الاقتضاء. ويجوز للطرفين أن يتصالحا على القبول ولو مع الحط من الثمن.

٦/ ٢/ ٢ إذا عرض الصانع التسليم بصفة أجود لزم المستصنع قبوله بشرط ألا يلزم الصانع ثمنًا للصفة الزائدة، وهو من قبيل حسن القضاء، وذلك ما لم تكن الصفة المحددة في العقد مقصودة للمستصنع.

٦/ ٣ يجوز التسليم قبل الأجل بشرط أن يكون المصنوع مطابقًا للمواصفات، فإذا امتنع المستصنع من تسلمه فيختلف الحكم بين وجود مانع مقبول وعدم وجوده، فإذا وجد مانع مقبول فلا يجبر على التسلم، وإن لم يوجد مانع مقبول فيلزم بالتسلم.

٦/ ٤ يجوز أن يكون تسليم المصنوع بطريقة القبض الحكمي بتمكين الصانع للمستصنع من قبض المصنوع بعد انجازه، وبذلك ينتهي ضمان الصانع ويبدأ ضمان المستصنع، فإذا حصل بعد التمكن تلف للمصنوع غير ناشئ عن تعدي الصانع أو تقصيره يتحمله المستصنع، وبذلك يتم الفصل بين الضمانين: ضمان الصانع وضمان المستصنع.

٦/ ٥ إذا امتنع المستصنع عن قبض المصنوع بدون حق بعد تمكينه من القبض يكون أمانة في يد الصانع لا يضمنه إلا بالتعدي أو التقصير. ويتحمل المستصنع تكلفة حفظه.

٦/ ٦ يجوز النص في عقد الاستصناع على توكيل المستصنع للصانع ببيعه إذا تأخر المستصنع عن تسلمه مدة معينة، فيبيعه على حساب المستصنع

ويرد الزيادة إليه إن وجدت، أو يرجع عليه بالنقص إن وجد. وتكون تكلفة البيع على المستصنع.

٦/ ٧ يجوز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًّا غير مجحف لتعويض المستصنع عن تأخير التسليم بمبلغ يتفق عليه الطرفان إذا لم يكن التأخير نتيجة لظروف قاهرة أو طارئة، ولا يجوز الشرط الجزائي بالنسبة للمستصنع إذا تأخر في أداء الثمن (ينظر المعيار الشرعي رقم (٣) بشأن المدين المماطل، البند ٢/ ١/ ٢).

٦/ ٨ لا يجوز بيع المصنوع قبل تسلمه من الصانع حقيقة أو حكمًا، (ينظر البند ٦/ ٤) ولكن يجوز إنشاء عقد استصناع آخر على شيء موصوف في الذمة مماثل لما تم شراؤه من الصانع ويسمى هذا الاستصناع الموازي (ينظر الفقرة ٧).

٦/ ٩ يجوز للمؤسسة المستصنعة أن توكل الصانع ببيع المصنوع بعد التمكن من قبضه إلى عملاء الصانع لصالح المؤسسة، سواء كان التوكيل مجانًا، أم بأجر مقطوع، أم بنسبة من ثمن البيع، على ألَّا يشترط هذا التوكيل في عقد الاستصناع.

٧. الاستصناع الموازي:

٧/ ١ يجوز أن تبرم المؤسسة بصفتها مستصنعًا عقد استصناع مع الصانع للحصول على مصنوعات منضبطة بالوصف المزيل للجهالة وتدفع ثمنها نقدًا عند توقيع العقد، وتبيع لطرف آخر بعقد استصناع مواز مصنوعات تلتزم بصنعها بنفس مواصفات ما اشترته، وإلى أجل بعد أجل الاستصناع الأول وهذا بشرط عدم الربط بين العقدين، (ينظر البند ٣/ ١/ ٤).

٧/ ٢ يجوز أن تجري المؤسسة بصفتها صانعًا عقد استصناع مع عميل بثمن مؤجل، وتتعاقد مع صانع أو مقاول للشراء منه بالاستصناع الموازي لمصنوعات أو مبان بنفس المواصفات بثمن حال، بشرط عدم الربط بين العقدين، مع مراعاة ما جاء في البند٣/ ١/ ٤.

٧/ ٣ يجب أن تتحمل المؤسسة نتيجة إبرامها عقد استصناع بصفتها صانعًا تبعات المالك ونفقات الصيانة والتأمين قبل التسليم إلى المستصنع (العميل)، ولا يحق لها أن تحول التزاماتها مع العميل إلى الصانع في عقد الاستصناع الموازي.

٧/ ٤ لا يجوز الربط بين عقد الاستصناع وعقد الاستصناع الموازي، ولا يجوز التحلل من التسليم في أحدهما إذا لم يقع التسليم في الآخر، وكذلك التأخير أو الزيادة في التكاليف، ولا مانع من اشتراط المؤسسة على الصانع في الاستصناع الموازي شروطًا (بما فيها الشرط الجزائي) مماثلة للشروط التي التزمت بها مع العميل في الاستصناع الأول أو مختلفة عنها.

٨. تاريخ إصدار المعيار:

صدر هذا المعيار بتاريخ ٢٩ صفر ١٤٢٢هـ الموافق ٢٣ أيار (مايو) ٢٠٠١م.

اعْتِمَاد المِعْيَارِ

اعتمد المجلس الشرعي المتطلبات الشرعية للاستصناع والاستصناع الموازي وذلك في اجتماعه السادس المنعقد في ٢٥ – ٢٩ صفر ١٤٢٢هـ = ١٩ – ٢٣ أيار (مايو) ٢٠٠١م.

ثم اعتمد المجلس الشرعي إعادة إصدار المتطلبات الشرعية للاستصناع والاستصناع الموازي لتصبح معيارًا شرعيًّا وذلك في اجتماعه الثامن المنعقد في المدينة المنورة بتاريخ ٢٨ صفر – ٤ ربيع الأول ١٤٣٢ هـ = ١١ – ١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢ م.



مُلحَقُ (أ)

نبذة تاريخية عن إعداد المعيار

قرر المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٥) المنعقد في تاريخ ٨-١٢ رمضان ١٤٢١هـ = ٤-٨ كانون الأول (ديسمبر) ٢٠٠٠ م في مكة المكرمة إصدار متطلب شرعي للاستصناع والاستصناع الموازي بتكليف مستشار شرعي.

وفي يوم الاثنين ١١ شوال ١٤٢٠هـ = ١٧ كانون الثاني (يناير) ٢٠٠٠م قررت لجنة الإفتاء والتحكيم تكليف مستشار شرعي لإعداد مسودة مشروع المتطلبات الشرعية للاستصناع والاستصناع الموازي.

وفي اجتماع لجنة الإفتاء والتحكيم بتاريخ ٢١ – ٢٣ محرم ١٤٢١هـ = ٢٦ – ٢٨ نيسان (إبريل) ٢٠٠٠م المنعقد في البحرين ناقشت هذه اللجنة مشروع المتطلبات، وأدخلت بعض التعديلات كما ناقشت اللجنة في اجتماعها رقم (٤) المنعقد في أبو ظبي – الإمارات العربية المتحدة بتاريخ ١٤ شعبان ١٤٢١هـ = ١٠ تشرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠٠م مسودة مشروع المتطلبات الشرعية للاستصناع والاستصناع الموازي وطلبت من المستشار إدخال التعديلات اللازمة في ضوء ما تم من مناقشات وما أبداه الأعضاء من ملاحظات.

عرضت مسودة مشروع المتطلبات المعدلة على المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٥) المنعقد في مكة المكرمة في الفترة ٨ – ١٢ رمضان ١٤٢١هـ =

٤ – ٨ كانون الأول (ديسمبر) ٢٠٠٠م، وأدخل المجلس الشرعي تعديلات على مسودة مشروع المتطلبات الشرعية، وقرر إرسالها إلى ذوي الاختصاص والاهتمام لتلقي ما يبدو لهم من ملاحظات تمهيدًا لمناقشتها في جلسة الاستماع.

عقدت الهيئة جلسة استماع في البحرين بتاريخ ٤ و٥ ذي الحجة ١٤٢١هـ = ٢٧ و٢٨ شباط (فبراير) ٢٠٠١م، وحضرها ما يزيد عن ثلاثين مشاركًا يمثلون البنوك المركزية، والمؤسسات، ومكاتب المحاسبة، وفقهاء الشريعة، وأساتذة الجامعات، وغيرهم من المعنيين بهذا المجال. وقد تم الاستماع إلى الملاحظات التي أبديت سواء منها ما أرسل قبل جلسة الاستماع أم ما طرح خلالها، و تولى بعض أعضاء المجلس الإجابة عن الملاحظات والتعليق عليها.

ناقشت لجنة الإفتاء والتحكيم في اجتماعها رقم (٥) المنعقد في البحرين بتاريخ ١٥ ذي الحجة ١٤٢١هـ = ١٠ آذار (مارس) ٢٠٠١م الملاحظات التي أبديت خلال جلسة الاستماع والملاحظات التي أرسلت للهيئة كتابة، وأدخلت التعديلات التي رأتها مناسبة.

ناقش المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٦) المنعقد في المدينة المنورة في الفترة من ٢٥ – ٢٩ صفر ١٤٢٢هـ = ١٩ – ٢٣ أيار (مايو) ٢٠٠١م التعديلات التي أدخلتها لجنة الإفتاء والتحكيم، وأدخل التعديلات التي رآها مناسبة، واعتمد هذا المعيار باسم المتطلبات الشرعية للاستصناع والاستصناع الموازي بالإجماع في بعض البنود، وبالأغلبية في بعضها، على ما هو مثبت في محاضر اجتماعات المجلس.

وقد قرر المجلس الشرعي في اجتماعه رقم (٧) المنعقد في مكة المكرمة بتاريخ ٩–١٣ رمضان ١٤٢٢ هـ = ٢٤–٢٨ تشرين الثاني (نوفمبر) ٢٠٠١ م إعادة

إصدار جميع المتطلبات الشـرعية لصيغ الاستثمار والتمويل لتصبح معايير شرعية، وكونت لجنة لهذا الغرض.

وفـي اجتماعه رقم (٨) المنعقد فى المدينة المنورة بتاريخ ٢٨ صفر – ٤ ربيع الأول ١٤٢٤هـ = ١١-١٦ أيار (مايو) ٢٠٠٢م اعتمد المجلس الشرعي إعادة إصدار المتطلبات الشـرعية لصيغ الاسـتثمار والتمويل رقم (٤) الاستصناع والاستصناع الموازي باسم المعيار الشـرعي رقم (١١): الاستصناع والاستصناع الموازي. ولم يجر أي تغيير جوهري في المضمون.

راجعت لجنـة مراجعة المعايير الشـرعية في اجتماعهـا المنعقد بدولة قطر فـي ربيع الثاني ١٤٣٣ هـ يوافقه مارس ٢٠١٢م المعيار، وبعد المداولة والمناقشـة اقترحت اللجنة جملة من التعديلات التي رأتها مناسـبة إضافة وحذفًا وإعادة صياغة ورفعتها للمجلس الشرعي لإقرار ما يراه مناسبًا منها.

ناقش المجلس الشـرعي في اجتماعه رقم (٤١) المنعقد في المملكة العربية السـعودية خـلال الفترة من ٢٧ إلى ٢٩ شـعبان ١٤٣٦هـ يوافقـه ١٤ - ١٦ يونيو ٢٠١٥م التعديـلات التي اقترحتها لجنـة المراجعة، وبعد المداولة والمناقشـة أقر المجلس الشرعي ما رآه منها، واعتمد المعيار بصيغته المعدلة الحالية.

مُلحَقُ (ب)

مستند الأحكام الشرعية

مشروعية عقد الاستصناع:

ثبتت مشروعية الاستصناع باستصناعه ﷺ الخاتم والمنبر وبالاستحسان والقواعد العامة في العقود و التصرفات والمقاصد الشرعية، وهو عقد بيع لازم وليس مجرد وعد، وقد صدر بشأنه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي[1].

عقد الاستصناع:

- مستند عدم جواز أن يكون دور المؤسسة مجرد تمويل أبرم بين مستصنع وجهة أخرى هو أن ذلك سيؤدي إلى الوقوع في الربا، ويكون عقد الاستصناع صورةً لا حقيقة فيها.
- مستند كون عقد الاستصناع ملزمًا للطرفين هو قول الإمام أبي يوسف على ما حققته مجلة الأحكام العدلية، أن الصانع قد أنفق أموالًا منه وجاء بالعمل على الصفة المشروطة، فلو كان للمستصنع الامتناع عن أخذه لكان فيه إضرار بالصانع.
- مستند عدم جواز اشتراط الصانع البراءة من العيوب هو أن الاستصناع بيع

(١) ينظر القرار رقم ٦٥ (٣/ ٧).

موصوف في الذمة والبراءة إنما تكون في بيع المعين، وهو في هذا يختلف عن البيع المطلق.

- مستند عدم جواز أن تتم عقود أو إجراءات الاستصناع بصورة تجعل العملية حيلة على التمويل الربوي هو تجنب الوقوع في الربا أو شبهته أو بيوع العينة المحرمة.

محل الاستصناع وضماناته:

- مستند عدم جواز عقد الاستصناع إلا فيما تدخله الصنعة هو أن الأشياء التي لا تدخلها صنعة الإنسان (الأشياء الطبيعية) كالمنتجات الزراعية من الحيوان والثمار والخضار ونحوها لا تدخل في حقيقة الاستصناع الذي هو بيع مواد اشترط فيها الصنعة.

- مستند جواز التعاقد على السلع المثلية المصنعة، وغير المثلية هو كونها مما يتعامل الناس به في الغالب، والأحكام المبنية على العرف تتغير بتغيره، فكل ما يجري التعامل به و أمكن ضبطه بالوصف يجوز ورود الاستصناع عليه سواء كان استهلاكيًا أو استعماليًا.

- مستند عدم جواز أن يكون محل الاستصناع شيئًا معينًا بذاته هو أن الاستصناع عقد على مبيع في الذمة. و إذا كان المبيع معينًا كان ذلك من بيع مالا يملكه البائع المنهيّ عنه بقوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»[1] ولأن المصنوع في الغالب إنما يكون من قبيل المعدوم فلا يمكن أن يكون عينًا، والمعدوم يتعلق

(١) أخرجه الترمذي في سننه (٣/ ٥٣٤) (تحقيق: أحمد شاكر) وينظر: إرواء الغليل للألباني، (٥/ ١٣٢) (ط ١: المكتب الإسلامي).

بالذمة وما تعلق بالذمة يكون دينًا[1].

- مستند جواز اشتراط المستصنع أن يتم الصنع من المؤسسة نفسها هو أن هذا الشرط لا ينافي مقتضى عقد الاستصناع بل يوافقه؛ لأنه قد يكون غرض المستصنع عمل الصانع نفسه لتميزه بدقة الصناعة وجودتها.
- مستند جواز تسليم الصانع ما صنعه هو أو غيره قبل إبرام عقد الاستصناع إذا لم يشترطه الصانع هو أن ذلك يحقق المقصود من حيث إن ما تم تسليمه مشتمل على المواصفات المشروطة في العقد.
- مستند جواز اشتراط مدة لضمان عيوب التصنيع هو أنه شرط يحقق المقصود من الاستصناع وهو الانتفاع بالشيء المصنوع ولا يتأتى ذلك إلا بسلامته من العيوب.
- مستند اشتراط أن يكون ثمن الاستصناع معلومًا هو نفي الجهالة والغرر المفضيين إلى المنازعة.
- مستند جواز تأجيل ثمن الاستصناع أو تقسيطه هو أن العمل في الاستصناع جزء مهم من المبيع يجعله شبيهًا بالإجارة والإجارة يجوز فيها تأجيل الأجرة وتعجيلها، فهو مستثنى من بيع الدين بالدين الممنوع شرعًا.
- مستند جواز اختلاف الثمن في عروض الاستصناع تبعًا لاختلاف أجل التسليم هو قياس الاستصناع على الإجارة حيث نص الفقهاء فيها على أن العامل إذا أنجز المنفعة في يوم فله درهمان وإن أنجزها في يومين فله درهم. وقد صدر بها قرار من ندوة البركة[2].

---

(١) ينظر مجلة الاحكام العدلية مادة ١٥٨.

(٢) ينظر قرار (١٣/ ٧).

- مستند عدم جواز إجراء المرابحة في الاستصناع بأن يحدد الثمن بالتكلفة وزيادة معلومة هو أن محل المرابحة يجب أن يكون شيئًا موجودًا مملوكًا معلوم الثمن قبل المرابحة، وعقد الاستصناع يبرم قبل التملك؛ لأنه بيع موصوف في الذمة غير معين، ولأن التكلفة لا تعرف إلا بعد الإنجاز والثمن يجب أن يكون معلومًا عند إبرام العقد.

- مستند عدم وجوب تخفيض الصانع الثمن إذا انخفضت التكفلة الفعلية التي أنفقتها المؤسسة أو حصلت المؤسسة على حسم من الجهة التي قامت بالصنع هو استقلالية عقدي الاستصناع والاستصناع الموازي وعدم ارتباطهما فكل منهما مستقل تترتب عليه آثاره بمعزل عن الآخر. وقد ورد بذلك فتوى الهيئة الشرعية في بيت التمويل الكويتي[١].

- مستند جواز أن تأخذ المؤسسة الضمانات المناسبة لها هو أنه في هذه الضمانات توثيق للحقوق ولا تخل بمقتضى العقد.

ما يطرأ على الاستصناع:

- مستند عدم جواز زيادة الثمن لتمديد أجل السداد هو أن ذلك من الربا.

- مستند جواز تخفيض الثمن عند تعجيل السداد من غير شرط هو قوله ﷺ لأبي بن كعب رضي الله عنه: «ضع شطر دَيْنِك»[٢]. وقد ورد بشأنه قرار عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي[٣].

- مستند عدم استيلاء المستصنع على الأصول العينية المقامة على أرضه في حال

(١) الفتاوي الشرعية في المسائل الاقتصادية (٢٨٩)، وفتوى رقم ٤٤٧.
(٢) أخرجه البخاري (١/ ١٧٩)، و(٢/ ٩٦٥).
(٣) ينظر القرار رقم ٦٤(٢/ ٧).

عجز الصانع عن الإتمام هو أنها أقيمت من قبل الصانع بطلب من المستصنع والطلب أقوى من الإذن.

- مستند جواز أن يضاف إلى عقد الاستصناع شرط ينص على أن أي اشتراط جديد من قبل الجهات المختصة تترتب عليه تبعات لا تكون على الصانع هو أنه وقع باتفاق الطرفين وبرضاهما ولا ينافي مقتضي عقد الاسستصناع. وقد ورد بذلك فتوى الهيئة الشرعية لبيت التمويل الكويتي[1].
- مستند جواز أن يتضمن عقد الاستصناع شرطًا جزائيًّا على الصانع هو أن هذا الشرط فيه مصلحة للعقد وأنه وارد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل وليس دينًا في الذمة.

الإشراف على التنفيذ:

مستند جواز توكيل المؤسسة بصفتها مستصنعًا مكتبًا للإشراف الفني، وجواز توكيل المستصنع نفسه إذا كانت المؤسسة صانعة هو أن الوكالة مشروعة ولا يوجد ما يمنع جوازها في الاستصناع ما دام ذلك باتفاق الطرفين.

تسليم المصنوع والتصرف فيه:

مستند عدم جواز بيع المصنوع قبل تسلمه من الصانع هو أن ذلك من قبيل بيع المعدوم وبيع ما لا يملك لأنه غير موجود عند البائع.

الاستصناع الموازي:

مستند جواز إبرام المؤسسة بصفتها مستصنعًا عقد استصناع موازٍ مع طرف

(١) ينظر فتوى رقم (٢٥١).

آخر بنفس مواصفات ما اشترته هو أنه عبارة عن صفقتي استصناع لا يوجد ربط بينهما فلا يفضي إلى بيعتين في بيعة، المنهي عنه، والذي يمنع كذلك من تحول الاستصناع الموازي إلى إقراض ربوي.



مُلحَقُ (ج)

التعريفات

عقد الاستصناع:

هو عقد على بيع عين موصوفة في الذمة مطلوب صنعها.

الاستصناع الموازي:

إن الصيغة التي تسمى في العرف المعاصر (الاستصناع الموازي) تتم من خلال إبرام عقدين منفصلين: أحدهما مع العميل تكون فيه المؤسسة المالية الإسلامية صانعًا، والآخر مع الصُنّاع أو المقاولين تكون فيه المؤسسة مستصنعًا، ويتحقق الربح عن طريق اختلاف الثمن في العقدين، والغالب أن يكون أحدهما حالًّا (وهو الذي مع الصُنّاع أو المقاولين) والثاني مؤجلًا (وهو الذي مع العميل).

الفرق بين الاستصناع والإجارة:

يختلف عقد الاستصناع عن عقد الإجارة بأن الإجارة عقد على عمل الأجير دون التزامه بتقديم مواد الصنع، أما الاستصناع فيلتزم فيه الصانع بتقديم المواد والعمل جميعًا منه.

الفرق بين الاستصناع والمقاولة:

ويختلف الاستصناع عن المقاولة بأن المقاولة إجارة إذا اقتصرت على العمل وكانت المواد من العميل (المستأجر)، أما إذا شملت المقاولة عمل المقاول وتقديم المواد منه فهي استصناع.

الفرق بين الاستصناع والسلم:

يختلف الاستصناع عن السلم بأن الاستصناع عقد على عين موصوفة في الذمة اشترط فيها العمل فلا يجري إلا فيما يتطلب صناعة، أما السلم فهو عقد على عين موصوفة في الذمة لم يشترط فيها العمل.



Research Summary

A real estate finance contract is a legal tool to provide the required financing, whether it is financing the purchase of building or repairing a property or investing in real estate. This is a very important contract that touches on the basic pillars of society in all its economic, social and political forms. It touches the basic need of any human, which is the need for housing and shelter, so the countries took care of the real estate finance on the social and economic security of the state.

Real estate finance contracts are one of the solutions in solving the living problems that most countries suffer from. There are types of real estate finance, there's the traditional real estate contract, which is based on lending the buyer the value of the property or the value of the building, and there's Islamic funding formulas that fit the personal and company's and investment needs, some that involve the specialty in buying as Murabaha, and some that specialize in Building Istisna'a, such as investment as Musharaka Mutanaqisah (Diminshing Musharakah), as well as Ijharah Muntahia Bittamleek that finance the buying of the real estate and building and investing in it. The legal system of each of these formulas is different due to the different basis of legal and sharia law of it. It is subject to a legal system combined by legislative laws and sharia rules that some of which are set out in the Shari'a Standards of the Accounting and Auditing Organization for Financial Institutions (AAOIFI).

As is it considered the contract of sale on the map of one of the modern real estate finances that apply and in the kingdom of Bahrain. As it is investing in the procedure of funding the construction finance, which is considered by the International Islamic Fiqh Academy as one of the ways of financing the project for real estate ownership. This contract is subject to a legal system of its own, which is included in the provisions of the Real Estate Development Law.

University of Bahrain

College of Law **Department of Private Law**



The Legal System of Islamic Banking Finance Framework in Construction and Real Estate Investment

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the

Master's Degree in **Private Law**

Submitted by

Khadija Abdul Hussain Ahmed

20050273

Supervised by

Dr. Mohamed Saud AlEnaze

Assistant Professor

University of Bahrain

Kingdom of Bahrain

June 2017