مدى استيعاب القانون الجزائري لعقود المشاركة الإسلامية

بوحناش فدوى

أستاذة مساعدة قسم – أ-

كلية العلوم الاقتصادية و العلوم التجارية و علوم التسيير

جامعة الجزائر 3

مقدمة:

نظم القانون الجزائري المعاملات المالية ضمن مختلف النصوص القانونية بدءا بالقانون المدني الشريعة العامة و المنظم لمختلف المعاملات المالية ذات الطابع المدني، والقانون التجاري المنظم للمعاملات المالية ذات الطابع التجاري، بالإضافة للدور الهام لكل من العرف و الشريعة الإسلامية باعتبارهما مصدرا من مصادر القانون، وعلى اعتبار أن الإسلام دين الدولة كما جاء في الدستور الجزائري [1] فذلك يعتبر مبدءا دستوريا يجب مراعاته و عدم مخالفته عند سن التشريع الأدنى مرتبة من الدستور، فكان لزاما عدم مخالفة أحكام النصوص القانونية لهذا المبدأ الدستوري خصوصا وأن الشريعة الإسلامية نظمت مختلف مجالات الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و حتى السياسية، فنظمت المعاملات المالية المنتجة للأرباح وفقا لمبادئ و أسس تقوم أساسا على قاعدة الغنم بالغرم بموجب عقود يبين فقه المعاملات الإسلامية طرق ابرامها وشروط صحتها مع تقريره لفسادها اذا اقترنت بالربا او بما ينطوي على شبهته، و بذلك يؤكد شرطا إضافيا لهذه العقود و هو المساواة بين الالتزامات المتقابلة للحيلولة دون الحصول على أرباح غير مشروعة و دون ان تتحول العقود الى وسيلة استغلال حقيقية، الا ان هذا

لا يعني ان العقود في التصور الإسلامي لا تنتج أرباحا و انما يجب أن لا تفيد طرفا على حساب الآخر[2].

و من بين الوسائل التي تقرها الشريعة الإسلامية في تحقيق الربح الاشتراك بين الأشخاص في انجاز المشروع عن طريق عقود المشاركة المتضمنة لعدة أنواع تختلف بحسب اختلاف نوع الحصص المقدمة من المتعاقدين و الالتزامات الواقعة على كل طرف، و التي نظمت شروط ابرامها و صحتها، فهل لهذه العقود المنظمة بموجب أحكام الشريعة الإسلامية وجود ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، و ان وجدت هل راعى المشرع الجزائري تطابق أحكام النصوص التنظيمية الوضعية مع الأحكام الشرعية؟

و بالرغم من أن الإجابة على هذا التساؤل يحتاج الى دراية واسعة بفقه المعاملات الإسلامية الا أن هناك أمورا ظاهرة واضحة تتبين من خلال اجراء مقارنة بين الأحكام الشرعية المنظمة لهذه العقود - و التي تناولها بعض الباحثين في الشريعة الإسلامية بالدراسة و التحليل و التي تم الاعتماد عليها في هذا البحث- و النصوص القانونية الوضعية المنظمة للمعاملات المالية المنتجة للأرباح خاصة القانون المدني و القانون التجاري على أساس أن الربح قد يكون نتيجة نشاط مدني أو تجاري بمفهوم القانون الجزائري[3]، وللتمكن من الإجابة على هذا التساؤل لابد أولا من معرفة التأصيل الفقهي لعقود المشاركة ثم محاولة مطابقة ذلك مع النصوص القانونية الوضعية.

أولا: عقود المشاركة في الفقه الاسلامي

عقود المشاركة تعد أحد أهم أدوات تحقيق الربح، اذ ينتج عنها شركة ما بين شخصين أو أكثر يهدفون لتحقيق نفس الهدف، و هذه الأداة لها مرجعية فقهية اذ تعرض فقهاء الشريعة الاسلامية الى الشركة في باب المعاملات ووضعوا لها ضوابط و أحكام، و قد عرف المالكية المشاركة على أنها «اذن في التصرف لهما مع انفسهما اي ان يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في ان يتصرف في مال لهما مع ابقاء حق التصرف لكل منهما»[4].

أما الحنفية فقد عرفوا المشاركة على أنها «عقد بين المتشاركين في رأس المال و الربح»، و هذا التعريف يعتبره بعض الفقهاء من أوضح التعاريف لأنه يعبر عن حقيقة الشركة في أنها عقد[5].

ويعرف أبو بكر جابر الجزائري الشركة « هي ان يشترك اثنان فأكثر في مال استحقوه بالوراثة و نحوها، أو جمعوه بينهم أقساطا ليعملوا فيه بتنميته في تجارة أو صناعة أو زراعة»[6].

و قد قسم الفقهاء الشركة الى قسمين شركة ملك و شركة عقود.

1 - شركة ملك: هي عبارة عن أن يتملك شخصان فأكثر عينا من غير عقد الشركة، و تنقسم الى قسمين:[7]

أ- شركة جبر: و هي أن يجتمع شخصان فأكثر في ملك عين قهرا، كما لو ورثا مالا او اختلط مال احدهما بمال الاخر قهرا بحيث لا يمكن تمييزهما مطلقا.

ب- شركة اختيار: و هي ان يجتمعا في ملك عين باختيارهما كما اذا اختلط مالهما بالاختيار او اشتريا عينا بالاشتراك او اوصى لهما احد بمال فقبلاه فان ذلك كله شركة ملك باختيار الشريكين.

و ركن شركة الملك اجتماع النصيبين فمتى اجتمع نصيب شخص مع نصيب آخر تحققت شركة الملك.

و حكم هذه الشركة بنوعيها هو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه فلا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه اذ لا ولاية لاحدهما في نصيب الاخر[8].

2 - شركة العقود: هي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه[9].

و قد اختلف الفقه الإسلامي في تقسيم عقود المشاركة و تعددت المعايير المعتمدة في هذا التقسيم فهناك من يقسمها على أساس رأس المال و هناك من يقسمها على

أساس العمل و هناك من يقسمها على أساس الالتزام و هناك من يقسمها على أساس التصرف، أما المالكية و هو المذهب الفقهي المتبع في الجزائر فانهم يقسمونها الى سبعة أنواع شركة عنان، شركة مفاوضة، شركة عمل ، شركة ذمم، شركة وجوه ، شركة الجبر ، و شركة المضاربة، و عموما اجتمع الفقه الإسلامي على تقسيم الشركة الى أربعة اقسام شركة أموال و شركة أبدان و شركة وجوه و شركة المضاربة[10].

أ- شركة الأموال: هي اشتراك اثنين أو أكثر في مبلغ من المال لاستثماره بالعمل فيه و لكل واحد منهم جزء معلوم من الربح كنصفه أو ثلثه أو ربعه و تكون في شتى مجالات النشاط الاقتصادي و تنقسم شركة الأموال الى فرعين هما شركة العنان و شركة المفاوضة.

* شركة العنان: هي اشتراك اثنين أو اكثر في نوع من أنواع التجارة أو في جميعها بمالهما و يعملان فيه ببدنهما و ما ربحاه فهو بينهما، و لا يشترط فيها تساوي المالين و كل شريك يكون وكيلا عن صاحبه في التصرف و اذا كان الذي يعمل هو أحدهما فقط جاز له اشتراط المقابل عن هذا العمل، و هي أكثر انواع الشركات انتشارا[11].

لا يشترط فيها أن يكون كافة الشركاء بالغين و لا أن تكون لهم انصبة متساوية في رأس المال و هم كذلك لا يتساوون في المسؤولية عن ادارة العمل، و لذلك يتفاوت نصيبهم في الأرباح و يجب تحديده بوضوح في عقد المشاركة، أما نصيبهم في الخسائر فيكون طبقا لمساهماتهم في رأس المال، لذلك فان الشركاء في شركة العنان كل منهم وكيل للآخر لكن ليس كل منهم كفيل للآخر، و من ثم فان التزام كل منهم تجاه الغير التزام فردي لا تضامني.

* شركة المفاوضة: و هي اشتراك اثنان أو أكثر في مال معلوم و يطلق كل منهما التصرف لصاحبه في ذلك المال سواء كان حاضرا او غائبا بالنقد او بالنسيئة و في جميع أنواع التجارة و يشترط فيها التساوي في رأس المال و التصرف و في توزيع الربح .

و يشترط في شركة المفاوضة أن يكون الشركاء بالغين و متساوين في أموالهم و في قدرتهم على تحمل المسؤولية، و في نصيبهم في الارباح و الخسائر و يكون لكل منهم كامل السلطة للتصرف بالنيابة عن الاخرين و هم مسؤولون فرديا و تضامنيا عن التزامات شركتهم بشرط ان تكون هذه الالتزامات قد تحققت في اطار العمل المعتاد، و من ثم يتصرف كل شريك كوكيل للشركة و كفيل للشركاء الآخرين[12].

ب- شركة الأعمال: سميت بهذا الاسم لأن العمل هو أساس المشاركة بين الشركاء و تعرف بأنها اشتراك اثنين فأكثر في عمل معين أو في تقبل أعمال بأبدانهم أو أذهانهم و يكون الكسب مشتركا بينهم بحسب الاتفاق و سماها الأحناف شركة تقبل و شركة صنائع كما سماها شركة عمل، أما الحنابلة فسموها شركة أبدان، ففيها يسهم الشركاء بمهاراتهم في ادارة العمل حيث لا يكون للشركة رأس مال[13].

ج- شركة الوجوه: هي اشتراك اثنان فأكثر ليس لهما مال و لهما وجاهة عند الناس و ثقة بهما في أن يشتريا في ذمتهما تجارة بثمن مؤجل و ما يربحانه يكون بينهما و الوجاهة تعني الثقة في سداد المال كما تسمى أيضا شركة الذمم لعدم وجود رأس مال فيها و تسمى أيضا شركة المفاليس[14].

د- المضاربة: المضاربة أو القراض هي اتفاق بين طرفين يبذل أحدهما فيه ماله و يبذل الآخر جهده و نشاطه في الاتجار و العمل بهذا المال على أن يكون ربح ذلك بينهما على حسب ما يشترطان من النصف أو الثلث أو الربع ....، و اذا لم تربح الشركة لم يكن لصاحب المال غير رأس ماله و ضاع على المضارب كده و جهده لأن الشركة بينهما في الربح أما اذا خسرت الشركة فإنها تكون على صاحب المال وحده و لا يتحمل عامل المضاربة شيئا منها مقابل ضياع جهده و عمله اذ ليس من العدل ان يضيع عليه جهده و عمله ثم يطالب بمشاركة رب المال فيما ضاع من ماله ما دام ذلك لم يكن عن تقصير أو اهمال[15].

و المضاربة لا تصح على منفعة كسكنى الدار و لا تصح على دين سواء أكان على العامل أم على غيره، و أن الوكيل ليس مضاربا، و السبب في اشتراك العاقدين في الربح

هو أن رب المال يستحق الربح بسبب ماله، لأنه نماء ماله، و المضارب يستحقه باعتبار عمله هو سبب وجود الربح، و عليه اذا شرط جميع الربح لرب المال كان العقد مباضعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قراضا[16].

و عقد المضاربة قائم على الوكالة، اذ أن صاحب المال يوكل المضارب في استخدام رأس المال فلما كان رب المال في المضاربة هو المالك لرأس المال رقبة و تصرفا قبل عقد المضاربة وتسليمه المال للعامل المضارب وبتمام عقد المضاربة يرفع المالك يده وسلطته على راس المال مع بقاء ملكيته للرقبة، و يملك المضارب سلطة التصرف في راس مال المضاربة يتصرف فيها تصرفا مطلقا أو مقيدا حسب ما شرطا و اتفقا، كان رب المال موكلا و كان المضارب وكيلا لأنه يتصرف في المال بأمر صاحبه و اذنه فكانت المضاربة متضمنة الوكالة فتأخذ حكمها[17].

و عند امعان النظر في عقود المشاركة في الفقه الإسلامي يمكن ملاحظة ما يلي:

- الاعتبار الأول فيها للأشخاص فهي عبارة عن عقود تنشئ شركات أشخاص أي تقوم على العنصر الشخصي الذي يقوم بتنمية المال، ويستثنى من ذلك شركة المضاربة فإنها بالنسبة لرب المال شركة مال ، و بالنسبة للمضارب(العامل فيها) شركة أشخاص لأن رب المال لا يحق له التصرف و انما التصرف للمضارب.

- ان الغرض من شركات العقود هو التجارة و الربح، ولذلك يطلق بعض الفقهاء على شركة العقد شركة التجر، فهي شركات تجارية و ان كانت في مضمونها لا تمنع من ادراج أي شركة أخرى تحتها كشركة صيد الأسماك ما دام الغرض هو الربح[18].

و لصحة هذا النوع من العقود لابد من توفر مجموعة من الشروط الشرعية و الا كان العقد فاسدا، تتمثل هذه الشروط في مجموعة من الشروط الخاصة بعقد المشاركة بالإضافة للشروط العامة الواجب توفرها في كافة العقود، من صحة الرضا و مشروعية المحل و السبب، اذ يجب ان يتطابق الايجاب و القبول بين الشركاء الذين يجب أن تتوفر فيهم أهلية التوكيل و التوكل، ويشترط ان يتم بصيغة تبين نوع المشاركة

ان كانت شركة اعمال ام ابدان ام وجوه ام مضاربة، ويكون ذلك بألفاظ تدل على المعنى المقصود، كما يشترط عدم مخالفة المحل و السبب لأحكام الشريعة الإسلامية والا كان العقد فاسدا كالمتاجرة فيما حرم الله.

بالإضافة الى الشروط العامة الواجب توفرها في العقود عامة، يجب توفر شروط خاصة بعقد المشاركة، و قد اتفق الفقهاء حول المنطلقات التي تقوم عليها المشاركة واختلفوا في تفاصيل الشروط و القيود الواردة عليها لا سيما فيما يتعلق براس مالها وارباحها و مدتها ، وتتمثل هذه الشروط في مجملها فيما يلي:

الشروط المتعلقة برأس المال:

- يجب ان يكون من النقود و ذلك عند جمهور الفقهاء الا ان المالكية و الحنابلة في قول لهم اجازوا ان يكون راس المال من العروض بحيث تقيم وقت العقد منعا للغبن19، كما يرى احد الفقهاء المعاصرين جواز اشتراك احد الشركاء بشيئ معنوي له صيغة مالية كبراءة الاختراع او الاسم التجاري او العلامة التجارية20، و هذا ما ذهبت اليه هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية اذ اجازت ان يكون الاسهام في راس مال الشركة بالعروض – حصة غير نقدية- شرط تقييمه عند التعاقد بالنقد لمعرفة مقدار حصة الشريك[21].

- أن يكون راس المال من الطرفين معلوم القدر و الصفة بحيث يمكن التصرف فيه حال العقد، و لا يشترط ان يكونا متساويين في القيمة[22].

- أن يكون راس المال عينا لا دينا[23]، و قد أجازت هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية أن يكون راس مال الشركة دينا في حالة واحدة و هي أن تكون تابعة لغيرها مما يصح جعله رأس مال للشركة مثل تقديم مصنع رأس مال للشركة بما له وما عليه[24].

- كما يشترط في المضاربة تسليم رأس المال الى المضارب أي تمكينه من التصرف بمال المضاربة فاذا حدث التسليم الفعلي و منع المضارب من التصرف في المال فسد عقد المضاربة[25].

ب- الشروط المتعلقة بالربح:

- يجب أن يقسم حسب حصص راس المال سواء تفاوت الشريكان او الشركاء في العمل او تساويا و ذلك عند المالكية و الشافعية بينما يرى الحنفية و الحنابلة وكثير من الفقهاء المعاصرين ان يكون ذلك حسب الاتفاق لأن العمل له حصة في الربح، وكذلك لملاءمته للتطبيق العملي فقد يكون احد الشركاء اقدر على العمل و لديه خبرة طويلة، وهذا ما ذهبت اليه هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية.

- أن يكون نصيب كل شريك من الربح معلوما و ان يكون جزءا شائعا لا مقطوعا أي عبارة عن نسبة مئوية من الربح.

- أن تكون الخسارة بقدر حصة كل شريك في راس مال الشركة و ذلك عند جمهور الفقهاء، و لا مانع عند حصول الخسارة من قيام أحد الأطراف بتحملها دون اشتراط سابق[26]، أما في المضاربة اذا حصلت خسارة فتكون على رب المال و لا يتحمل المضارب منها شيئا طالما لم يقصر و لم يتعد و لم يخالف الشروط، و يكفيه ما يتحمله من ضياع وقته و جهده دون عائد و بمعنى آخر يتحمل كل طرف من جنس ما ساهم به في المضاربة رب المال من رأس ماله و المضارب من عمله و السبب في ذلك ان يد المضارب على المال هي يد الأمين و ليس يد الضامن فهو لا يضمن ما يحصل من خسارة الا في حالات التعدي و التقصير و مخالفة شروط العقد[27].

ج- الشروط المتعلقة بالعمل:

- أن يكون تصرف كل شريك نافذا في الشركة و يجوز ان يكون متفاوتا حسب القدرة و تصرف كل شريك في نصيبه بحكم الملك اما تصرفه في نصيب شريك آخر فانه يكون بالوكالة، وزاد الشافعية شرط خلط المال اما جمهور الفقهاء فعلى خلاف ذلك[28]، أما في

المضاربة فلا يجوز أن يشترط رب المال أن يعمل مع المضارب و ذهب جمهور الفقهاء الى فساد المضاربة بهذا الشرط، الا أن الحنابلة يجيزون لرب المال ان يشترط لنفسه العمل مع المضارب[29].

- أن تكون يد كل شريك يد امانة في كل ما يختص بأعمال و اموال الشركة فلا يضمن ما اتلف الا حيث قصر او تجاوز حدود الامانة[30].

- أن يكون كل شريك اهلا للتوكيل اي ان يكون متمتعا بالأهلية التي تمكنه من ان يكون اصيلا عن نفسه و وكيلا عن غيره من الشركاء[31].

د- الشروط المتعلقة بالفسخ:

ان عقد المشاركة عقد غير لازم في حق الطرفين و لكل شريك الحق في ان يفسخ العقد متى شاء بشرط ان يكون ذلك بحضرة الشريك الاخر و ذلك ان لم يترتب على الفسخ ضرر فان ترتب عليه ضرر منع من الفسخ حتى يزول المانع تماشيا مع القاعدة الشرعية (لا ضرر و لا ضرار).

ثانيا: تطبيقات عقود المشاركة في القانون الجزائري

باستقراء مختلف النصوص القانونية الجزائرية نجد أن لفظ عقد المشاركة لم يرد ذكره في أي من النصوص القانونية ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، و بذلك فهو عقد غير مسمى[32] يخضع للقواعد العامة للعقود التي نص عليها القانون المدني و التي تقوم على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، و بذلك يمكن أن نستخلص أن أطراف هذا العقد لهم الحرية في الاتفاق على بنوده، و لكن بما أن هذا العقد منظم بموجب أحكام الشريعة الاسلامية التي جاءت بشروط صحته فكان لزاما على المتعاقدين الالتزام بهته الأحكام باعتبار الشريعة الاسلامية مصدرا من مصادر القانون.

كما نجد أن المصارف الاسلامية في عقودها النموذجية تشير الى ذلك، و مثال ذلك ما ورد في نموذج عقد المشاركة في بنك السلام « يخضع هذا العقد و يفسر و يحدد نطاق تطبيقه و يكمل ما لم يرد ذكره فيه وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية و ما لا يتعارض معها من القوانين السائدة و الأعراف المصرفية»[33].

و لكن من جهة أخرى لا يمكن الجزم بأن هذا النوع من العقود لا يخضع للقانون الوضعي، بل يخضع لأحكام القانون المدني من حيث أحكام النظرية العامة للعقد و من حيث الأحكام العامة للشركات، كما يوجد نوع من التطابق بين أحكام عقود المشاركة و أحكام الشركات المنصوص عليها في القانون التجاري، كما يخضع للنظام الأساسي للمصرف الاسلامي باعتبار أن عقود المشاركة هي أحد الوسائل الأساسية التي يستعملها المصرف في عمليات التمويل الى جانب عمليات التمويل القائمة على البيوع و الايجار والقرض، و في حالة وجود خلاف يفسر العقد وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية و النظام الأساسي للمصرف و ما لا يتعارض معها من القوانين الوضعية السارية.

1 - مدى استيعاب القانون المدني لعقود المشاركة الإسلامية:

المشرع الجزائري لم ينظم عقد المشاركة بموجب نص تشريعي صريح ولكن بالرغم من ذلك بمحاولة مطابقة هته العقود مع بعض العقود المشابهة في القانون الوضعي نجد أن لها أساسا في القانون المدني بتوافق الأحكام العامة للعقود التي جاء بها القانون المدني مع الأحكام الشرعية لعقود المشاركة بالرغم من النقص الكبير فيها الا أن الاحكام الموجودة لا تتناقض مع أحكام الشريعة الاسلامية المنظمة للعقود اذ كلاهما يشترطان التراضي و شروط المحل و السبب، اضافة لاشتراط الشريعة الاسلامية أن لا يكون محل العقد محرما و هو ما لا يوجد في القانون المدني، كما نجد لها مصدرا في عقود الوكالة و الكفالة المنظمة بموجب القانون المدني[34]، اذ أن كل عقود المشاركة قائمة على الوكالة أو الكفالة أو كلاهما معا، فنجد عقد العنان و عقد المضاربة قائم على الوكالة، اذ أن كل شريك يوكل الآخر في التصرف في عقد العنان، في حين يوكل رب المال المضارب في التصرف في عقد المضاربة أين يرفع المالك يده و سلطته على رأس المال مع بقاء ملكيته للرقبة، و يملك المضارب سلطة التصرف في رأس مال المضاربة يتصرف فيها تصرفا مطلقا أو مقيدا حسب ما اشترطا و اتفقا، أما عقد المفاوضة قائم على كل من الوكالة والكفالة، اذ أن كل شريك يوكل الآخر في التصرف و يكفل دينه التجاري.

كما أن القانون المدني باعتباره الشريعة العامة تضمنت أحكام الشركات التي تخضع لها كل الشركات سواء كانت مدنية أو تجارية في المواد من 416 الى 449، و تتناول هذه المواد الأحكام العامة و أركان الشركة و ادارتها و آثارها و انقضاؤها و تصفيتها وقسمتها.

و قد عرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 416 من القانون المدني[35]كما يلي: «الشركة عقد يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل او مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك»

ما نلحظه أن لفظ الشركة قانونا يطلق على شركة العقد فقط خلافا للفقه الإسلامي الذي يتوسع في مدلول الشركة اذ يشمل بالإضافة الى شركة العقد شركة الملك ، كما لا يعرف الفقهاء المسلمون التفرقة بين شركات مدنية و شركات تجارية فكل الشركات في نظر الفقهاء تجارية ما دام عملها يشمل البيع و الشراء أو الصناعة و تقبل الأعمال و أمثال ذلك مما هو داخل في أعمال الشركة عرفا ما دام المقصود منه تحقيق الربح، و ما جاء في القوانين الوضعية على أنه من أعمال التجارة فهو على سبيل التعداد لما هو موجود عند وضع القانون و ليس على سبيل الحصر فهو قابل للزيادة و لذلك اختلفت نفس القوانين و منها القانون الجزائري في هذا التعداد.

و الشركة المدنية في أوضاعها تتفق مع الأساس الفقهي للشركات فهي عقد يقوم على التراضي و يلتزم من يتعاقد فيها بتقديم حصة من المال أو العمل و يقتسم فيها الشركاء الربح و يتحملون الخسارة، فمعنى الشركة متحقق فيها، و من المقرر في القواعد الشرعية أن كل شركة تنعقد بالإيجاب و القبول بين الشركاء و ينبغي أن يتوفر في الشركاء أهلية التعاقد و أن الربح مقصود في الشركة و أنه يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان و الشركة المدنية لا تخرج في قواعد تكوينها عن ذلك و المساهمة لتحصيل الربح مقصود

فيها سواء أكان العمل الذي يقوم به الشركاء تجاريا أو غير تجاري فالإسلام يرى أن كل عمل يكون فيه البيع و الشراء و الأخذ و العطاء و التعامل و التبادل من التجارة سواء أكان في شراء البضائع أو في شراء الأراضي و بيعها أو غير ذلك.

و على هذا فان الشركة المدنية تنطبق عليها أحكام شركة العنان أو شركة الأعمال أو شركة الوجوه بحسب نوع الحصص المقدمة و كيفية الاشتراك و نوعية الغرض الذي قامت الشركة من أجله، و الالتزامات الواقعة على الشركاء.

و لا غرابة في ذلك اذ أنه من المعلوم أن القانون المدني الجزائري مأخوذ من القانون الفرنسي الذي أخذ مبادئه من الفقه المالكي.

2 - مدى تطابق أحكام الشركات في القانون التجاري مع عقود المشاركة:

تنقسم الشركات في القانون التجاري الى شركات بحسب الموضوع و شركات بحسب الشكل، فيما يتعلق بالشركات حسب الموضوع فهي الشركات المكونة من شريكين أو أكثر يمارسون عملا من الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري، و على هذا فان الشركات التجارية بحسب الموضوع تنطبق عليها أحكام شركة العنان أو شركة الأعمال أو شركة الوجوه بحسب نوع الحصص المقدمة و كيفية الاشتراك و نوعية الغرض الذي قامت الشركة من أجله، و الالتزامات الواقعة على الشركاء كما هو عليه الحال في الشركات المدنية.

أما الشركات التجارية بحسب الشكل فهي شركات محددة بموجب نص قانوني، اذ تنص المادة 544 من القانون التجاري: « تعد شركات التضامن و شركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة و شركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها و مهما يكن موضوعها»

و بمحاولة اجراء مقارنة بين الأحكام القانونية التي تنظم هذه الشركات و عقود المشاركة يمكن أن نستخلص ما يلي:

* فيما يتعلق بشركة التضامن، هي من شركات الأشخاص تكون مسؤولية الشركاء مسؤولية تضامنية شخصية، و بذلك فالتضامن بين الشركاء خاضع لأحكام الكفالة، واذن كل واحد منهم للآخر بالتصرف خاضع لأحكام الوكالة كما هو عليه الحال في شركة المفاوضة المبنية على الكفالة و الوكالة ، و قد تراضى الشركاء على هذا التضامن اذ ليس فيه استغلال لأحدهم أو ظلم له[36].

و بذلك تشبه شركة التضامن شركة المفاوضة في الشريعة الإسلامية في كثير من أحكامها فهي تتميز بما يلي:

- يكون الشركاء مسؤولين بوجه التضامن و التكافل عن التزامات الشركة و كل اتفاق من غير ذلك لا ينفذ في حق الغير فكل شريك مسؤول بصفة شخصية عن ديون الشركة كما لو كانت ديونا عليه خاصة، ولدائن الشركة أن يطالب كل شريك متضامن بالدين اذا لم تف أموال الشركة بذلك، و كذلك شركة المفاوضة يشترط فيها ضرورة توفر أهلية الكفالة في الشركاء و هو معنى التضامن و التزام الشركاء بالمسؤولية الكاملة تجاه الشركة.

- لا تقبل حصص الشركاء الانتقال الا بإجماع الشركاء الباقين لأن الشركة قامت على المعرفة الشخصية و الثقة المتبادلة بين الشركاء و هو حكم ينطبق على جميع أنواع الشركات في الشريعة الإسلامية بما فيها شركة المفاوضة.

- تنحل الشركة بوفاة أحد الشركاء و لا يجوز للورثة أن يحلوا محل الشريك المتضامن الا بموافقة باقي الشركاء و هو حكم ينطبق على جميع أنواع الشركات في الشريعة الاسلامية.

- الا أن في شركة المفاوضة يكون الشركاء متساوين في المال الذي تصح فيه الشركة و في التصرف في الشركة و هو ما لم ينص عليه في احكام شركة التضامن في القانون التجاري و بذلك فان شركة التضامن تنطبق عليها احكام من شركة العنان لان شركة العنان لا يشترط فيها التساوي في المالين و لا تمنع احكامها من اشتراط الكفالة في المتعاقدين[37].

وقد جعل المالكية من أهم مميزات شركة المفاوضة تفويض التصرف للشريكين في الغيبة و الحضور و في جميع التجارات، و رأى الحنابلة معنى شركة المفاوضة أن تجمع أنواعا من الشركات في شركة واحدة فهي على شركة العنان و الاعمال و الوجوه.[38]

* أما شركة المساهمة فهي الشركة التي يكون رأس مالها مقسما الى أسهم متساوية قابلة للتداول، و لا يكون كل شريك فيها مسؤولا عن ديون الشركة الا بمقدار حصته في رأس المال و هي من شركات الأموال و لها أحكام شركة العنان و هذا ما ذهبت اليه هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية[39] الا فيما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء و امتناع الفسخ من أحد الشركاء.

فيمكن أن نكيف شركة المساهمة على أنها شركة عنان اذ أن كلاهما تتكونان من شركاء يقدمون حصص لا يشترط أن تكون متساوية و يقتسمون الأرباح و يتحملون الخسائر الناتجة عن الشركة في حدود رأس مال الشركة، فمسؤولية الشركاء عن ديون الشركة محددة برأس مالها و لا تمتد الى الأموال الخاصة للشركاء.

الا أن هناك تناقض ما بين بعض أحكام شركة العنان و أحكام شركة المساهمة المنصوص عليها في القانون التجاري و التي تعتبر مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية اذ تقوم شركة المساهمة بإصدار سندات بالإضافة الى الأسهم و هي ديون تقترضها الشركة عند رغبتها في زيادة رأس مالها و يستفيد حامل السند من نسبة فائدة ثابتة وهذه الفائدة هي ربا محرمة في الشريعة الاسلامية خلافا لعقد العنان الذي لا يقوم على مثل هذه السندات و الا كان عقدا فاسدا، كما أن شركة المساهمة تقوم بإصدار أسهم تسمى أسهم التمتع و الأسهم الممتازة و هي أسهم غير جائزة في الشريعة الإسلامية و لا يتم التعامل بها في شركة العنان و هذا ما ذهبت اليه هيئة المحاسبة و المراقبة للمؤسسات المالية الإسلامية[40]، لأن اصدار أسهم ممتازة يؤدي الى قطع الاشتراك في الربح و وقوع الظلم على الشركاء الآخرين، أما بالنسبة لإصدار أسهم التمتع فان ما يأخذه أصحاب هذه الأسهم هو حقهم في الربح و لأن اطفاءها صوري و عليه يبقون مالكين لها ومستحقين عند التصفية[41].

كما أنه لا يجوز في شركة العنان أن يحدد أجر ثابت للشريك المدير أو المسير مقابل عمله خلافا للشريك المدير المسير في شركة المساهمة لأن ذلك قد يؤدي الى ضمان رأس ماله و بذلك عدم تحمله للخسارة بقدر رأس ماله في حالة وقوعها[42].

كما لا يجوز تحديد ربح الشركاء بمبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال لأنه قد يؤدي الى قطع الاشتراك في الربح و لأنه لا ربح الا بعد وقاية رأس المال.

و يشترط أن تتم الإدارة من طرف مسلمين في حال ما اذا انعقدت شركة العنان بين مسلمين وغير مسلمين مما يضمن الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات التي تقوم بها الشركة[43]، و هو ما لم يتم النص عليه ضمن أحكام شركات المساهمة في القانون التجاري.

* أما فيما يتعلق بشركة التوصية فقد تكون شركة توصية بسيطة أو شركة توصية بالأسهم،

فشركة التوصية البسيطة هي من شركات الأشخاص لأن شخص الشريك المتضامن ملحوظ فيها من حيث ثقة الشريك الموصي و لأن هناك اختلافا في كيفية تحديد ملكية الشركاء فيها حيث تقدر بالحصص و هي متفاوتة و ليس بالأسهم الموحدة في المقدار، و تضم شركة التوصية البسيطة شركاء متضامنون مسؤولون عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية و على وجه التضامن و شركاء موصين تنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الحصة التي يملكها و لا تتعدى مسؤوليته الى أملاكه الخاصة، و يجوز تحديد مسؤولية بعض المساهمين بدون مقابل عن ذلك التحديد لمسؤوليتهم فيكون في الشركة شركاء متضامنون و شركاء محدودو المسؤولية، و لا يجوز للشركاء الموصين التدخل في أعمال الشركة و القيام باي عمل تسيير خارجي و لو بمقتضى وكالة ، و لا يسوغ قانونا ذكر أسمائهم عند اشهارها، و يعهد بإدارة شركة التوصية البسيطة الى أحد الشركاء المتضامنين أو الى مدير من غير الشركاء[44].

و اذا رجعنا الى قواعد الشريعة الإسلامية في شركة المضاربة نجد أن شركة التوصية البسيطة لا تخرج عن كونها نوعا من أنواع شركة المضاربة و أن قواعد شركة المضاربة تنطبق على الخصائص البارزة لشركة التوصية البسيطة و يتحدد انطباق القواعد العامة لشركة المضاربة على شركة التوصية البسيطة فيما يلي:

- الشريك المتضامن في شركة التوصية هو المضارب في شركة المضاربة فكلاهما هو المتصرف في الشركة و هو المسؤول امام الغير عن الحقوق المتعلقة بها و تكون الشركة باسمه و هو الذي يتولى الظهور بها امام الغير.

- الشريك الموصي في شركة التوصية هو رب المال في شركة المضاربة فكلاهما هو الذي يقدم راس المال، اذ لم يجز المشرع الجزائري ضمن نص المادة563 مكرر1 من القانون التجاري ان تكون حصة الشريك الموصي عملا، و هو غير مسؤول عن التزامات الشركة الا بقدر ما قدم من راس مال الشركة و لا يضمن للدائنين المتعاملين مع الشركة حقوقهم و في حالة الخسارة لا يخسر الا راس ماله فقط، و بذلك هم بمثابة أرباب المال في المضاربة.

- كل من رب المال او الموصي لا يتدخل في إدارة الشركة و لا يسأل عن تصرفه فيها الا اذا اذن له المضارب او الشريك المتضامن في التدخل و الاصل انه لا يجوز له ذلك وهذا موضع اتفاق بين الشريعة و القانون.

- القاعدة في الربح انه على حسب الاتفاق بين المتشاركين في شركة المضاربة و الخسارة المالية على رب المال و لا يسال المضارب عن الخسارة في الشركة اذا كانت نتيجة التصرف الذي هو من حقه فيها، اما اذا كان فيما ليس من حقه ان يتصرف فيه كأن نص على منعه من تصرف معين او تصرف في امر خارج عن اعمال الشركة فيضمن حينئذ المال الذي خسرته الشركة و هذا حكم شرعي ينطبق على الربح و الخسارة و الضمان في شركة التوصية البسيطة.

- القاعدة في التصرف الشرعي في شركة المضاربة و الشركات عموما ان كل ما هو عادة التجار ان يتصرفوا فيه جاز للمضارب ان يتصرف فيه في المضاربة المطلقة و هذه القاعدة تنطبق على الإدارة في شركة التوصية البسيطة.

- نص الفقهاء في نوع المضاربة المطلقة أنه لا يجوز للمضارب أن يقوم ببعض التصرفات بأموال الشركة كالإستدانة على مال المضاربة و الإقراض من مالها إلا بإذن صاحب رب المال وهذا نفسه مقرر في شركة التوصية، إذ لا يجوز أن يتصرف الشريك المتضامن تصرفا يؤدي إلى زيادة في راس المال أو نقصان منه إلا إذا كان هذا التصرف متفقا عليه أو منصوصا عليه في عقد الشركة أو نظامها.

و بذلك ما يمكن أن نستنتجه بالنسبة لشركة التوصية البسيطة و عقد المضاربة فبالرغم من ان المرجعية التاريخية بين العقدين مشتركة الا ان الاضافات الوضعية التي لحقت بالتوصية البسيطة فرقت بينهما و تتمثل عموما هذه الفروق فيما يلي:

- من حيث الاطراف تتكون شركة التوصية البسيطة من طرفين شركاء متضامنون و شركاء موصون بينما عقد المضاربة يتكون من اصحاب اموال من جانب اصحاب عمل من جانب اخر.

- من حيث راس المال يتكون راس مال شركة التوصية البسيطة من حصص نقدية او عينية او من عمل يشترك فيها الاطراف فيما بينهم اما في عقد المضاربة فتكون راس مالها من حصص نقدية من جانب صاحب المال و حصة من عمل من جانب المضارب.

- من حيث الاثار ان مسؤولية الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة مسؤولية تضامنية و شخصية و مطلقة عن ديون الشركة بينما مسؤولية صاحب المال محددة بحصته في المضاربة.

- يتحمل الخسارة كل اطراف العقد في شركة التوصية البسيطة بينما يتحمل الخسارة المالية في عقد المضاربة صاحب المال.

* أما شركة التوصية بالأسهم هي من شركات الأموال و الاكتتاب فيها يكون بالأسهم المتماثلة في المقدار و تضم شركاء متضامنين و شركاء موصين، الشركاء المتضامنون مسؤولون عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية و على وجه التضامن و هم في حكم المضارب بعمله المشارك بماله و الشركاء الموصون تنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الأسهم التي يملكها و لا تتعدى مسؤوليته الى أملاكه الخاصة و هم في حكم أرباب المال في المضاربة، و يجوز تحديد مسؤولية بعض المساهمين بدون مقابل عن ذلك التحديد لمسؤوليتهم فيكون في الشركة شركاء متضامنون و شركاء محدودو المسؤولية، و لا يجوز للشركاء الموصين التدخل في أعمال الشركة بل لا يسوغ قانونا ذكر أسمائهم عند اشهارها، أما إدارة الشركة يعهد بها الى أحد الشركاء المتضامنين أو الى مدير من غير الشركاء و لا يحق للشركاء الموصين إدارة الشركة.

و توزع الأرباح بحسب المساهمة مع استحقاق الشركاء المتضامنين حصة شائعة معلومة زائدة من الربح في مقابل عملهم أما الخسائر فلا يسأل عنها الشركاء الموصون الا بنسبة حصصهم في رأس مال الشركة و يسأل عنها الشركاء المتضامنون بغير تحديد، و لا يجوز اشتراط أرباح بنسبة من راس المال او بمبلغ مقطوع للشريك الموصي.

- يجوز تقييد المضاربة بزمن او بمكان او بعمل معين او بجنس من البضائع و هي المضاربة المقيدة عند الأحناف و ذلك مقرر في شركة التوصية البسيطة اذا اتفق الشركاء على ذلك لان القاعدة القانونية هي ان العقد شريعة المتعاقدين.

- أجاز الفقهاء ان يتعدد رب المال كما اجازوا ان يتعدد المضارب و هذا ينطبق على التوصية البسيطة ففيها يجوز تعدد الشركاء المتضامنين او الشركاء الموصين، و في حالة تعدد الشركاء المتضامنين تكون الشركة فيما بينهم شركة اعمال لانهم يقومون بعمل واحد و يقتسمون ما يخصهم من الأرباح بحسب الاتفاق و تكون الشركة بين الشركاء الموصين شركة مضاربة.

- مما تتفق فيه شركة المضاربة و شركة التوصية هو فساد الشرط الذي يقضي بضمان ارجاع راس المال الى رب المال لان هذا يشبه شرط الأسد في الربح و يتنافى مع معنى الشركة و اذا اتفق الشركاء على ذلك فسد الشرط عند الأحناف و بطلت الشركة عند غيرهم و صار قرضا لا حق لرب المال في الربح اذا ربحت الشركة.

و بذلك فان شركة التوصية البسيطة تتفق مع الأساس الفقهي للشركات و خاصة عقد المضاربة.

* أما شركة المحاصة فيمكن تعريفها على انها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما قد ينشا عن هذا المشروع من ربح او خسارة[45] و تتميز شركة المحاصة بإخفائها عن الجمهور كما ان شخصيتها المعنوية ، غير موجودة فهي شركة مؤقتة كالتي تنشا لإبرام صفقة معينة تنتهي بانتهائها و تصفى الارباح عقبها و الذي يبرز في شركة المحاصة هو شريك واحد يتعامل في الظاهر باسمه و تبقى شخصية الشريك الثاني مستترة.

شركة المحاصة يطبق عليها التعريف الوارد في شركة العنان و هي مدرجة ضمن شركات الأشخاص لمراعاة شخص الشريك من حيث الملاءة و المسؤولية في أمواله الشخصية، ليس لشركة المحاصة شخصية معنوية لاستتارها عن غير الشركاء و ليس لها ذمة مالية مستقلة، و بذلك لا تختلف شركة المحاصة في تكييفها و احكامها عن شركة العنان، الشركاء متضامنون و مسؤولون عن التزامات شركة المحاصة حتى في أموالهم الخاصة ، و عقد شركة المحاصة غير لازم اذا اتفق الشركاء على تحديد مدة لها فعليهم الالتزام بذلك و يحق لاحد الشركاء الفسخ بشرط اعلام بقية الشركاء و عدم الاضرار بهم او بالمتعاملين مع الشركة و يتم انهاء مشاركته طبقا لتنضيض موجودات الشركة حقيقة او حكما[46].

الا أن هذا النوع من الشركات لا تشبه شركة بعينها و لا تخضع لنوع واحد من أنواع الشركات و ذلك في حالة ما اذا احتفظ الشركاء بملكية حصصهم و استثمار كل منهم حصته منفردا في حدود الغرض الذي اتفق عليه ثم يقتسمون الأرباح و الخسائر، او

في حالة نقل الشركاء حصصهم الى احد الشركاء لاستثمارها بالاتفاق لمصلحة الشركاء ثم توزع الأرباح و الخسائر عليهم بنسبة حصصهم في راس المال و يكون الشريك هو المسؤول امام الغير و يطالبه الدائنون بالدين و يحجزون على جميع راس المال لانها أصبحت ملكا له.

و يمكن تكييف شركة المحاصة على انها احد انواع عقود المشاركة الإسلامية في الحالات التالية:

- اذا احتفظ كل من الشركاء بملكية حصته و اتفقوا على تسليمها لأحدهم لاستثمارها لمصلحتهم على أن يتقاسموا الربح او الخسارة فيما بينهم بحسب الاتفاق او الحصص و في هذه الحالة يصح لكل منهم ان يسترد حصته اذا افلس الشريك المتصرف و يدخل كل منهم حصته في التفليسة و اذا كانت من المثليات دخل بوصفه دائنا عاديا يخضع لقسمة الغرماء و لا يصح للغرماء التنفيذ على حصص الشركاء، و هذا النوع من الشركة يخضع لقواعد شركة المضاربة و العنان فالمال يقدم من ارباب الى احدهم فهو مضاربة و يكون الشريك المتصرف مضاربا لكنه لما كان متقدما بجزء من راس المال فهو شريك عنان كذلك، و اذا تصرف بعض الشركاء معه في إدارة الشركة كانت الشركة أيضا شركة عنان بينهم، أما الشركاء الذين قدموا أموالهم حصة في الشركة ولم يتصرفوا كما هو طبيعة شركة المحاصة فالشركة بالنسبة اليهم شركة مضاربة، وقد أجاز الحنابلة أن يجتمع في الشركة الواحدة نوعان أو أكثر من أنواع المشاركة، وهو نوع من أنواع شركة المفاوضة الجائزة عندهم.

- ان يتفق الشركاء على ان تكون الحصص شائعة الملكية بين الشركاء و يصبح كل واحد من الشركاء مالكا لحصته على الشيوع و قد راى القانون ان تطبق عليهم أحكام الشيوع و يتبع عند حل الشركة احكام القسمة التي نص عليها القانون المدني، و بذلك فهو يخضع لقواعد شركة العنان لأن كل واحد من الشركاء قد قدم حصته للشركة واختلطت الحصص بحيث أصبحت شائعة الملكية، ثم وكل الشركاء أحدهم بالتصرف في إدارة الشركة و هذا جائز شرعا فكانت شركة عنان[47]

و في مجال مقارنة عقد المضاربة بشركة المحاصة يرى الأستاذ وهبة الزحيلي 48أن شركة المحاصة تميل الى عقد المضاربة و هذا للأسباب التالية:

- ان راس مال المحاصة المقدم من طرف مساهمين مختلفين يماثل راس مال المضاربة.

- ان عملية تقديم المال الى الشريك الظاهر هي بعمله مضاربة بحيث ينوي من ورائها اصاحبها تحقيق الربح.

- ان الشريك المتصرف في شركة المحاصة هو شريك مضارب باموال الشركاء المستترون.

- يعتبر الشريك المتصرف في شركة المحاصة مضارب بعمله و هو بهذا يماثل وضعية المضارب في عقد المضاربة.

و رغم ذلك يخالف الأستاذ عجة الجيلالي49 كون عقد المضاربة هو شركة محاصة للأسباب التالية:

- ينقسم رأس مال شركة المحاصة الى قسمين قسم يساهم به الشركاء المستترون و قسم يساهم به الشركاء المتصرفون على عكس عقد المضاربة التي يكون فيها المال من جانب و العمل من جانب اخر.

- ان الشريك المتصرف لا يمكن اعتباره مضاربا بالمفهوم الشرعي لكونه يحمل الخسارة في حالة وقوعها على عكس المضارب في عقد المضاربة الذي لا يتحمل الخسارة المالية للمضاربة و انما يقع عبؤها على صاحب المال.

- لا يعتبر المساهم في ادارة شركة المحاصة مضارب بعمله و انما شريك براس ماله.

و خلاصة القول ان عقد المضاربة هو عقد متميز يقع بين شركات الاموال و شركات الاشخاص و هو بحق كما عبر عنه احد الفقهاء الهدية الممتازة للفقه الاسلامي الى الانظمة القانونية المعاصرة بحيث انه يجمع بين الاعتبار المالي في تقديم راس المال

وتحديد المسؤولية بقدر هذا المال و الاعتبار الشخصي الذي يظهر في مساهمة المضارب بحصة من عمل كما يحقق عقد المضاربة التوازن في توزيع الخسائر بين اطراف العقد حيث يخسر صاحب المال ماله و يخسر المضارب جهده و عمله[50].

* أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة فتخضع لأحكام من شركة العنان و أحكام من شركة المضاربة، فتقديم الحصة نقدا أو عينا كما عليه الحال في شركة العنان ، وتحديد مسؤولية الشركاء بمقدار حصصهم متفق مع قواعد شركة المضاربة اذ أن رب المال فيها لا يسأل الا بما قدم من رأس مال، الا أنهما يختلفان فيما يلي:

- مسؤولية المدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي مسؤولية تضامنية وشخصية مطلقة بينما مسؤولية المسير في عقد المضاربة و هو المضارب هي مسؤولية محدودة بقيمة رأس المال كما أنه لا يتحمل الخسارة و انما يتحملها صاحب المال.

- الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتحمل الخسارة بحسب حصته في رأسمال الشركة اما في عقد المضاربة فكل الخسارة يتحملها صاحب المال بينما يخسر المضارب جهده و عمله.

3 - مدى استيعاب قانون النقد و القرض لعقود المشاركة الإسلامية:

قانون النقد و القرض هو القانون الذي ينظم الأعمال المصرفية في الجزائر وعلى جميع المصارف سواء كانت تقليدية أو اسلامية الالتزام بأحكامه، لكن الشيئ الذي نلاحظه من خلال استقراء نصوص هذا القانون[51] أنه لم يأخذ بعين الاعتبار خصوصية العمل المصرفي الاسلامي كما أنه لم يشر الى أي عقد من عقود التمويل المطبقة في المصارف الاسلامية ما عدا المادة 74 التي أشارت الى جواز مساهمة البنوك في رؤوس أموال الشركات، لكن بالمقابل لا يوجد ضن نصوص هذا القانون ما يمنع من استعمال البنوك الإسلامية صيغ عقود المشاركة في عمليات التمويل التي تقوم بها، و بذلك فان الأحكام المنظمة لعقود المشاركة ينظمها المصرف الاسلامي بنفسه في قانونه الأساسي وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية و يتم طبعها وفق عقود نموذجية، مع وجود رقابة يقوم

بها المراقبين الشرعيين على مستوى البنوك الإسلامية للتأكد من مطابقة العمليات التي يقوم بها البنك مع الشروط الشرعية[52].

وخلاصة القول بعد اجراء المقارنة بين أحكام عقود المشاركة والقانون الجزائري نجد أنه رغم وجود بعض الاختلافات و التناقضات بين أحكام الشركات في القانون التجاري و أحكام عقود المشاركة و شروطها في الشريعة الإسلامية، اذ أن أساس المعاملات المالية الاسلامية خلوها من الربا غير ان الشركات في القانون التجاري لا تخلو منه خاصة فيما يتعلق بأنواع السندات المكونة لرأس المال وكذا كيفية اقتسام الأرباح و الخسائر، كما أن أهداف الشريعة الإسلامية بوضعها لقيود على الاشتراك منع الاستغلال و حماية الصالح العام و ضبط تحقيق الربح الشخصي على حساب المصلحة العامة، و حتى و ان اختلفت التسميات و الألفاظ المعبرة عن هذه العقود ما بين الأصل الفقهي الإسلامي و النصوص القانونية الا اننا نلمس تشابها عميقا من حيث الموضوع و ان اختلفت بعض الاحكام، ما يدفعنا للقول بأن الأساس المرجعي لعقود الشركات في القانون الوضعي الجزائري هو أحكام الشريعة الإسلامية خاصة و أن القانون الجزائري و على الأخص القانون المدني مأخوذ من القانون الفرنسي الذي أخذ أحكامه و مبادئه من الفقه المالكي، مع وجود إضافات وضعية أدت الى اختلاف الأحكام القانونية مع الاحكام الشرعية، و على اعتبار أن الشريعة الإسلامية هي أحد مصادر القانون الجزائري نأمل أن يرجع المشرع الجزائري عند سنه للنصوص القانونية لأحكام الشريعة الإسلامية بمساعدة مختصين حتى تكون النصوص القانونية كاملة لا يشوبها نقص اقتداءا بكمال النصوص الشرعية التي لا يشوبها أي نقص او غبن او ظلم لا للفرد ولا للجماعة.

الهوامش:

1 - تنص المادة 2 من الدستور الجزائري: « الاسلام دين الدولة».

2 - Mostapha Settaf, le système d'économie Islamique, mémoire de DES, Université de Rennes, faculté des sciences économique et d'économie appliquée à la gestion, octobre 1972, p45

3 اذ أن الشريعة الاسلامية لا تميز بين الاعمال المدنية و الاعمال التجارية خلافا للنصوص القانونية، -

فوفقا لأحكام الشريعة الاسلامية كل ما ينتج ربحا يعتبر تجرا أي عملا تجاريا.

4 - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق،1985، ط2، ص792.

5 - نفس المرجع، ص 793 .

6 - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 358

7 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 794. -

8 - نفس المرجع، ص 794.

9 - فارس مسدور، التطبيقات المعاصرة لتقنيات التمويل بلا فوائد لدى البنوك الاسلامية ـ نموذج بنك البركة الجزائري ـ رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2002-2001، ص 81.

10 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 794.

11 - عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الاسلامية و القانون الوضعي ، دار البشير، عمان ، ص11.

12 - فارس مسدور ، مرجع ساق، ص 81.

13 - فارس مسدور ، مرجع سابق، ص 81.

14 - سليمان ناصر، علاقة البنوك الاسلامية بالبنوك المركزية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية و العلوم التجارية و علوم التسيير، جامعة الجزائر، 2004 - 2005، ص72.

15 - حسن عبد الله الأمين ، المضاربة الشرعية و تطبيقاتها الحديثة ، المعهد الاسلامي للبحوث و التدريب، جدة ، 2000، طبعة 3، ص19.

16 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 837.

17 - محمد طموم، المضاربة في الشريعة الاسلامية، مجلة الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت،ج1، العدد1،]ناير 1977، ص 221.

18 - عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 11.

19 - في تفصيل ذلك راجع: عائشة الشرقاوي، البنوك الاسلامية . التجربة بين الفقه و القانون و التطبيق . المركز الثقافي العربي، بيروت، المغرب، دون سنة نشر، ص 285 و ما يليها.

20 - سليمان ناصر، تطوير صيغ التمويل قصير الاجل للبنوك الاسلامية، مذكرة ماجستير، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1997،- 1998 ص 71.

21 - المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية، البحرين،2010، ص207.

22 - خلف بن سليمان النمري، شركات الاستثمار في الاقتصاد الاسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 2000، ص 153.

23 - نفس المرجع، ص 157.

24 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 163.

25 - فادي محمد الرفاعي، المصارف الاسلامية، منشورات الحلبي، بيروت،2004،ط1، ص 120.

26 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 165.

27 - فادي محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 122.

28 - خلف بن سليمان النمري، مرجع سابق، ص 157.

29 - نفس المرجع، ص 124.

30 - مصطفى كمال السيد طايل، القرار الاستثماري في البنوك الاسلامية، مطابع غباشي،مصر1999 ص 193.

31 - نفس المرجع، ص 191.

32 - العقد غير المسمى هو ما لم يخصه القانون باسم معين و لم يتول تنظيمه، فيخضع في تكوينه و في الآثار التي تترب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود، في تفصيل ذلك راجع عبد الرزاق أحمد الصنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 130.

33 - انظر البند 10 من نموذج عقد المشاركة في بنك السلام.

34 - نظم المشرع الجزائري أحكام الوكالة ضمن المواد 589-571 من القانون المدني، كما نظم أحكام الكفالة ضمن المواد من -644 673 من نفس القانون.

35 - الأمررقم 75/58 المؤرخ في 20 رمضان 1359 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم.

36 - عبد العزيز الخياط، مرجع سابق ، ص 235.

37 - نفس المرجع، ص 135.

38 - نفس المرجع، ص 128.

39 -المعايير الشرعية، مرجع سابق ،ص 167.

40 - نفس المرجع، ص168.

41 - قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي 63(1/7).

42 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص .176

43 - نفس المرجع، ص 163.

44 - نفس المرجع، ص170.

45 - علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 297.

46 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 171.

47 - عبد العزيز الخياط مرجع سابق، ص 149.

48 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 880.

49 - عجة الجيلالي، عقد المضاربة (القراض) في المصارف الاسلامية بين الفقه الاسلامي و التقنيات المصرفية، دار الخلدونية، الجزائر، 2006، ص 353.

50 - نفس المرجع، ص 354

51 - القانون رقم 03 /11 المتعلق بالنقد و القرض المؤرخ في 26 غشت 2003.

52 - في تفصيل ذلك راجع: أمال زقاري، عقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010 - 2011، ص 110 و ما يليها.