# الترخيص الإداري المسبق كآلية لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية

# The Advanced Administrative License as a Mechanism For The Exercise of Islamic Banking

ط.د/ زعيمن باديس (*)
جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل، الجزائر
badis.zaimen@univ-jijel.dz
مخبر التوطين: حماية وترقية الأسرة وحقوق المرأة والطفل
د/ بن غريب رابح
جامعة محمد الصديق بن يحي - جيجل، الجزائر
rabah.bengherib@univ-jijel.dz
د/ عزيزي جلال
djalel.azizi@univ-jijel.dz

تاريخ الاستلام: 2022/07/13 تاريخ القبول للنشر: 2023/04/30

*******

**ملخص:**

تهدف هذه الدراسة إلى الوقوف على موضوع الترخيص المسبق لتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية في ضوء أحكام التشريع الجزائري، حيث أخضعه المشرع لأحكام خاصة نص عليها النظام رقم 20-02، أوجب من خلاله ضرورة الامتثال لمجموعة من الشروط والإجراءات، والتي يمكن من خلالها للجهة المختصة منح الترخيص المسبق لتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية في البنوك والمؤسسات المالية عبر شبابيك الصيرفة الإسلامية.

خلصت هذه الدراسة إلى أن آلية الترخيص المسبق ماهي إلا تدبير قانوني ووقائي، تتخذه الجهة المكلفة بالإشراف على النشاط المصرفي، لضمان رقابة مسبقة على كيفية ممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية ومختلف العمليات المصرفية المتعلقة به، دون أن يكون ذلك عائقا أمام حرية الاستثمار وممارسة هذا النشاط.

**الكلمات المفتاحية:** المهنة البنكية؛ نظام بنك الجزائر؛ الترخيص الإداري المسبق؛ شهادة المطابقة، عمليات الصيرفة الإسلامية.

*المؤلف المرسل.

***Abstract:***

This study aims to examine the subject of prior licensing for the marketing of Islamic banking products in light of Algerian legislation, the Algerian legislator has subjected it to special provisions under regulation No. 20-02, through which he requires compliance with a set of conditions and procedures so that the competent authority could grant a prior license to market Islamic banking products in banks and financial institutions through Islamic banking windows.

The study concluded that the mechanism of prior licensing is a legal and preventive measure taken by the administration responsible for banking activity to ensure prior control over the conduct of Islamic banking and the various banking operations relating to it, without being an obstacle to the freedom of investment, and exercising this activity.

***key words:*** Banking profession, Regulation the bank of Algeria, prior administrative authorization, certificate of conformity, Operations of Islamic Banking.

**مقدّمة:**

اعترف المؤسس الدستوري الجزائري لأول مرة بمبدأ حرية التجارة والصناعة بموجب نص المادة 37 من دستور1996، الذي يعد أحد مقومات اقتصاد السوق، أعاد المؤسس الدستوري التأكيد على هذا المبدأ بموجب نص المادة 61 من التعديل الدستوري لسنة 2020 "حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة وتمارس في إطار القانون"، مبدأ أراد من خلاله المؤسس الدستوري فتح المجال أمام كل شخص طبيعي أو معنوي من ممارسة النشاط الاقتصادي، ضمن أطر قانونية تضمن له هذه الحرية.

وسعيا من المشرع في التوفيق بين حرية ممارسة الأنشطة التجارية وحماية المصلحة العامة، عمد إلى تنظيم هذه الأنشطة التجارية وجعل حرية ممارستها مشروط بضرورة القيام بمجموعة من الإجراءات مع توافر بعض المتطلبات القانونية، تنظيم قد يجد مبرره في الطابع الخاص وحتى السيادي لبعض الأنشطة وفق ما يعرف بالأنشطة التجارية المقننة.

أحاط المشرع الجزائري ممارسة النشاط المصرفي باعتباره أحد الأنشطة المقننة القيام بمجموعة من الإجراءات والشروط والتي تعد أحد الضوابط القانونية المنصوص عليها في مختلف النصوص القانونية والتنظيمية الصادرة عن مختلف الهيئات والأجهزة المكلفة بالسهر عليه.

وتزامنا مع التطورات التي عرفها النشاط المصرفي الجزائري، ومع توجه الحكومة نحو الانفتاح على تبني نشاط مصرفي ذو أبعاد شرعية أو ما يعرف بالصيرفة الإسلامية، رغبة منه في استقطاب رؤوس الأموال النشطة خارج الدورة الاقتصادية، هذا النشاط الجديد أضفى بعض الخصوصية على العمل المصرفي في الجزائر، على اعتبار أنه نشاط غير مألوف في السوق المصرفي، يقوم على المشاركة في الربح والخسارة بين البنك أو المؤسسة المالية والعميل، ضف إلى ذلك أن التعامل وفق هذا النشاط لا يكون بالفائدة الربوية أخدا وعطاءً، هذه الخصوصية فرضت على المشرع إلزام الراغبين في ممارسة هذا النشاط، ضرورة الخضوع لشروط خاصة تأخذ طابعا رقابيا ووقائيا.

ويعتبر الترخيص الإداري المسبق، أهم شرط ألزم من خلاله المنظم البنكي القيام به من طرف الأشخاص الراغبين في ممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية والذي يحاكي بعض الأنشطة التجارية التي تأخذ وصف الأنشطة المقننة، نظمه المشرع بموجب النظام رقم 20-02 الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

تكمن أهمية الدراسة في تحديد الإطار القانوني المطبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية، مع إبراز الدور الذي يلعبه الترخيص الإداري المسبق كآلية لخلق توازن بين حق الأشخاص الطبيعيين والمعنويين في ممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية من جهة، وبين حق المنظم البنكي في حماية النشاط المصرفي، خاصة مع ارتباط هذا النشاط بشكل مباشر بسيادة الدولة على سياستها النقدية، إضافة إلى ارتباطه بتعاليم ومبادئ الشريعة الإسلامية التي هي محل اعتبار وعلى درجة كبيرة من القدسية في المجتمع.

من خلال ما سبق يمكن طرح الإشكالية التالية: إلى أي مدى يؤثر الترخيص المسبق على حرية ممارسة العمليات البنكية المنصبة على نشاط الصيرفة الإسلامية؟

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مفهوم الترخيص الإداري المسبق كآلية لممارسة وتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية، مع توضيح الإجراءات الواجب إتباعها للحصول على هذا الترخيص وفقا لأحكام النظام رقم 20-02، وذلك بالاعتماد على المنهج الوصفي عند التطرق إلى النصوص القانونية المنظمة للترخيص المسبق كشرط لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية والمنهج التحليلي عند تحليل مختلف النصوص القانونية والتنظيمية المنظمة لنشاط الصيرفة الإسلامية، بما يساعد في الكشف عن طبيعة هذه القواعد والأحكام القانونية ومدى انسجامها مع الحرية المقررة في المجال البنكي وقدرتها على دعم هذا النشاط، كما نعتمد على المنهج الاستقرائي عند محاولة استنباط واستخلاص النتائج.

للإجابة على هذه الإشكالية سنقسم هذه الدراسة إلى:

المبحث الأول: أحكام الترخيص المسبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية.

المبحث الثاني: آثار الترخيص المسبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية.

## المبحث الأول: أحكام الترخيص المسبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية

نصت المادة الأولى من النظام رقم 20-02 (نظام رقم 20-02، مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، ج ر، عدد 16، صادر في 24 مارس 2020) والمادة 02 من التعليمة رقم 2020-03 (تعليمة بنك الجزائر رقم 2020-03، مؤرخة في 02 أفريل 2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحدّدة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية)، صراحة على وجوب حصول البنك والمؤسسة المالية على ترخيص مسبق لمباشرة وتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية، ما يعني أن الترخيص هو بمثابة آلية لممارسة العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، فضلا عن الشروط والقواعد المعمول بها في قانون النقد والقرض، ومختلف النصوص القانونية ذات العلاقة المتعلقة بتأسيس البنك والمؤسسة المالية لممارسة العمليات البنكية (أمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر، عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم)، إذ تعتبر ممارسة العمليات المصرفية حكرا على البنوك والمؤسسات المالية المعتمدة في الجزائر، وعليه سيتم التطرق لمفهوم الترخيص المسبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية (المطلب الأول)، ثم إجراءات الحصول على الترخيص المسبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: مفهوم الترخيص المسبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية

الترخيص الإداري آلية إجرائية فرضته طبيعة النشاط الممارس، وذلك للموازنة بين حق ممارسة الأنشطة التجارية وحق المشرع في حماية المصلحة العامة، بناءً على ذلك فإن دراسة هذه الآلية؛ تستلزم ضرورة بيان مفهومه بشكل عام (الفرع الأول) وتوضيح المقصود بالترخيص المسبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية بصفة خاصة (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف الترخيص الإداري المسبق

الترخيص الإداري كمفهوم عام يعرف الأستاذ عزاوي عبد الرحمن بأنه: "وسيلة قانونية إدارية تمارس بواسطتها السلطة الإدارية رقابتها السابقة وحتى اللاحقة على النشاط الفردي، فهو إجراء إداري له دور رقابي يعطي الإدارة إمكانية الحفاظ على النظام العام لدى ممارسة الأفراد لحقوقهم وحرياتهم ووقاية المجتمع من أخطار النشاط الفردي أو تنظيم مزاولة بهدف توقي الاضطرابات في المجتمع ومنع الإضرار به وحماية النظام العام به" (عزاوي، 2007، صفحة 157).

ويعرفه pierre livet:

"On peut en effet admettre qu'il s'agit d'un acte administratif revêtant la forme d'une décision unilatérale de caractère individuel, émis en principe après habilitation expresse du législateur, soit par des autorités strictement administratives, soit par des organes dépendant de ces dernières, et à la délivrance duquel sont conditionnés l'exercice d'une activité ou la création d'un organisme, aucune liberté, sinon potentielle, n'étant réputée exister avant cette décision " (livet, 1974, p. 188).

بمعنى أن الأمر يتعلق بعمل إداري وحيد الطرف أي صادر من جانب واحد، ذي صبغة فردية، صادر بناء على تأهيل تشريعي صريح، إما من سلطات إدارية أصلية (رئيسية)، أو من طرف منظمات أو هيئات تابعة لها مباشرة، بحيث يتوقف على إصدارها وتسليمها ممارسة نشاط معين أو إنشاء وتأسيس منظمة معينة تجسيدا لحرية العمل وامتهان حرفة أو مهن معينة أو ممارسة حرية التجمع، وفي كل الأحوال لا يمكن لأية حرية مهما كانت حيويتها وأهميتها أن توجد وتمارس بدون إصدار القرار الإداري. (عزاوي، 2007، صفحة 155)

يتضح من خلال التعاريف السابقة، أن الترخيص الإداري أو نظام الرخصة وسيلة قانونية تتيح للسلطة الإدارية المخولة باستصدارها مكنة ممارسة رقابة مزدوجة سابقة ولاحقة على النشاط المعني بالرخصة.

**الفرع الثاني: تعريف الترخيص المسبق لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية**

لم يعرف المشرع الجزائري الترخيص المسبق لتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية، غير أنه وبالرجوع إلى النصوص القانونية لبعض النشاطات الموقوفة على شرط الترخيص، نجد أنه عرف الترخيص المنجمي في المادة 13/04 من القانون رقم 14-05 بأنه: "وثيقة تسلم من طرف السلطة الإدارية المختصة، تخول حقوق ممارسة نشاطات البحث بنظام إحداثيات مستعرض مركاتور العالمي (Universal Transversal Mercator) (قانون رقم 14-05، مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتضمن قانون المناجم، ج ر، عدد 18، صادر في 30 مارس 2014)

فيما يتعلق بالترخيص المسبق لتسويق العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، اكتفى المشرع على ضوء أحكام النظام رقم 20-02 بالإشارة فقط إلى إجبارية الحصول على هذا الترخيص مع تحديد إجراءات تقديم طلب الحصول عليه من الجهة المختصة، وهذا وفقا لأحكام نظام بنك الجزائر رقم 20-02 والتعليمة رقم 03-2020.

فالترخيص المسبق لممارسة العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، لا يخرج عن كونه وثيقة تسلم من طرف بنك الجزائر كجهة إدارية مختصة، هذه الوثيقة تخول للبنك والمؤسسة المالية حق

ممارسة وتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية، وهذا بناءً على شروط وإجراءات معينة ومحددة في النظام رقم 20-02.

يعتبر الترخيص المسبق تصرفا قانونيا صادرا عن سلطة إدارية ممثلة في بنك الجزائر، تمارس بمقتضاه رقابتها، ويحمل في طياته ضمانا للمرخص له - البنك والمؤسسة المالية- أمام السلطة مانحة الترخيص وأمام الغير بقانونية العمل المرخص به، وهو قرار سابق يتوقف عليه ممارسة النشاط فلا يجوز ممارسته قبل الحصول عليه، من خلال ما سبق نجد أن الترخيص المسبق لممارسة عمليات الصيرفة الإسلامية يتميز ببعض الخصائص هي:

**أولا: الترخيص الإداري المسبق يصدر عن بنك الجزائر:** يعتبر الترخيص المسبق ترخيصا إداريا صادرا عن هيئة إدارية مختصة هي بنك الجزائر، ويعتبر بنك الجزائر حسب المادة 9 من الأمر رقم 03-11مؤسسة وطنية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، له صلاحية منح التراخيص لتسويق منتجات أو خدمات بنكية جديدة بحسب المادة 4 من نظام رقم20-01 (نظام رقم 20-01، مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر، عدد 16، صادر في 20 مارس 2020)، والمادة 13 من النظام رقم 20-02، هذا الترخيص يرتب أثارا قانونية، حيث بمقتضاه يمكن للبنك والمؤسسة المالية كجهة مخاطبة به وصاحبة الاختصاص، من ممارسة وتسويق العمليات المحددة في الترخيص، كما ينشئ حقوقا ويرتب التزامات على البنك والمؤسسة المالية .

مع الاعتراف لبنك الجزائر في بسط سلطته على النشاط المصرفي لاسيما ما تعلق بالعمليات والمنتجات البنكية، لنا أن نتساءل عن مدى هذه السلطة وما إذا كانت تخلق ازدواجية في منح التراخيص الإدارية لمباشرة عرض منتجات أو عمليات بنكية جديدة؟

بالعودة إلى النظام رقم 97-02 (نظام رقم 97-02، مؤرخ في 6 أفريل 1997، يتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك المؤسسات المالية، ج ر، عدد 73، صادر في 5 نوفمبر1997، معدل ومتمم) المعدل والمتمم بالنظام رقم 02-05 (نظام رقم 02-05، مؤرخ في 31 ديسمبر 2002، يعدل ويتمم النظام رقم 97-02، مؤرخ في 6 أفريل 1997، يتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك المؤسسات المالية، ج ر، عدد 25، صادر في 9 أفريل 2003)، نجد أن المشرع من خلال المادة 2 من النظام رقم02-05، أحال لبنك الجزائر صلاحية منح ترخيص مسبق يتعلق بفتح شباك جديد؛ بناءً على ملف يقدم للبنك في إطار سياسة تدعيم البرنامج السنوي لتنمية شبكة البنوك والمؤسسات المالية، خلافا لما كان معمولا به وفق النظام رقم 97-02، حيث كان باستطاعة البنك والمؤسسة المالية الشروع في فتح وتغيير وتحويل أو غلق الشبابيك دون الحصول على ترخيص مسبق من بنك الجزائر(المادة 2 من النظام رقم 97-02،

يتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك المؤسسات المالية، معدل ومتمم)، كما نصت المادة 13 من النظام رقم 20-02؛ على إحالة صلاحية بنك الجزائر في منح الترخيص المسبق لفائدة البنوك والمؤسسات المالية الراغبة في عرض منتجات الصيرفة الإسلامية، عبر هيكل إداري مخصص حصرا لعرض وتقديم هذه الخدمات يسمى بشباك الصيرفة الإسلامية، مع الإشارة إلا أن هذا الترخيص متعلق بممارسة العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وليس بفتح شباك جديد يتولى عرض وتسويق هذه العمليات.

وعليه؛ فهذه الصلاحية تفتح الباب أمام ازدواجية يمكن للمشرع حلها من خلال توحيد إجراءات فتح شباك لعرض منتجات الصيرفة الإسلامية وفقا لأحكام وشروط النظام رقم 20-02 (فرحي، 2021، صفحة 1208)، دون العودة إلى أحكام النظام رقم97-02 المعدل والمتمم بالنظام رقم 05-02.

**ثانيا: الترخيص الإداري المسبق ينصب على عمليات تتعلق بالصيرفة الإسلامية:** موضوع الترخيص المسبق هو رفع القيد عن ممارسة النشاط المتعلق بالصيرفة الإسلامية عن البنك والمؤسسة المالية كصاحبة مصلحة، يمكن من خلاله من ممارسة النشاط المحدد فيه أو العمليات ذات العلاقة على الوجه الذي تستوجبه الشريعة الإسلامية.

وحدد نظام بنك الجزائر العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية على وجه الحصر، وفي هذا الصدد نصت المادة 4 من هذا النظام على: "تخص العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية المنتجات الآتية: المرابحة، المشاركة، المضاربة، الإجارة، السلم، الاستصناع، حسابات الودائع، الودائع في حسابات الاستثمار"، هذه العمليات أجمع أهل العلم على جوازها في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة (الشعراوي، 2007)، كم أنها تخضع لأحكام المواد من66 إلى69 من الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض المعدل والمتمم.

وإن كان السوق المصرفي الإسلامي يتعدى إلى منتجات أخرى لم يأتي النظام 20-02 على ذكرها، فإن البنك والمؤسسة المالية مقيدة بتسويق هذه المنتجات فقط، وفق ما يتماشى وشهادة المطابقة المتحصل عليها من الجهة المختصة.

**المطلب الثاني: إجراءات الحصول على الترخيص المسبق لممارسة العمليات المنصبة على الصيرفة الإسلامية**

يرتبط حصول البنك أو المؤسسة المالية على الترخيص المسبق وفقا لأحكام نظام بنك الجزائر رقم20-02، والتعليمة رقم03-2020، بالحصول على شهادة المطابقة من الهيئة المختصة بذلك (الفرع الأول)، ثم تقديم ملف يتضمن مجموعة من الوثائق والعناصر المرتبطة به (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: الحصول على شهادة مطابقة منتجات الصيرفة الإسلامية لأحكام الشريعة الإسلامية**

تعتبر مطابقة منتجات الصيرفة الإسلامية لأحكام الشريعة شرط أساسي لحصول البنك والمؤسسات المالية على الترخيص المسبق من طرف بنك الجزائر، بحسب نظام بنك الجزائر رقم20-02، وخلافا لما كان عليه الوضع في ظل النظام رقم 18-02 الملغى (نظام رقم 18-02، مؤرخ في 4 نوفمبر 2018، يتضمن قواعد ممارسة العمليات المصرفية المتعلقة بالصيرفة التشاركية من طرف البنوك و المؤسسات المالية، ج ر، عدد 16، صادر في 24 مارس 2018)، حيث كان يقدم حسب المادة 4 منه طلب شهادة مطابقة بعد حصول المصرف على الترخيص المسبق لتسويق منتجات الصيرفة التشاركية .

**أولا: تعريف شهادة المطابقة:**

لم يأتي المشّرع الجزائري على تعريف خاص بشهادة المطابقة، لكن وردت بعض الإشارات تضمنتها النصوص القانونية والمراسيم التنفيذية ذات العلاقة بشهادة المطابقة، يمكن من خلالها استنباط تعريف يبرز أهم الخصائص المتعلقة بها (إقلولي، 2015، صفحة 183).

يمكن تعريف شهادة المطابقة، بأنها عبارة عن قرار إداري يتضمن إقرار من جانب الجهة المصدرة، بصحة العمليات والأنشطة المراد القيام بها.

في مجال الصيرفة الإسلامية؛ هي عبارة عن قرار صادر من الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية يأخذ شكل شهادة، تمثل اعترافا من جانبها بموجب السلطات المخولة لها، على احترام البنك والمؤسسة المالية لمبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية التي تحكم تسويق وعرض العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية المنصوص عليها في النظام رقم 20-02.

من الجهة المقابلة، تعد شهادة المطابقة بمثابة التزام وتعهد من البنك والمؤسسة المالية، بمقتضاه تقدم للزبون منتوجا ماليا وخدمة مصرفية تتوافق مع الشروط والمواصفات التي تتضمنها شهادة المطابقة والنصوص القانونية المنظمة للنشاط، تجعل منه قابلا لطرحه في السوق من جهة ومن الغرض المنشود منه من جهة أخرى .

**ثانيا: إجراءات الحصول على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة:**

من أجل الحصول على هذه الشهادة وإتمام إجراءات مباشرة العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، تم إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية بموجب المقرر رقم 20-01 الصادر عن المجلس الإسلامي الأعلى في الفاتح أفريل2020 (مقرر رقم 20-01، مؤرخ في 1 أفريل 2020، المتضمن إنشاء الهيئة الشرعة الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية)، هذه الهيئة تضم خبراء في فقه المعاملات المالية الإسلامية، يتم تعيينهم بقرار صادر عن رئيس المجلس الإسلامي الأعلى، حسب المادتين 3 و4 من مقرر رقم 20-01 المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية.

تنظر الهيئة في طلبات البنوك والمؤسسات المالية، وتبدي رأيها في هذه الطلبات في شكل قرار بناءً على ملف، حددت المادة 08 في فقرتها الثانية عناصره كما يلي:

1 -طلب رسمي للحصول على شهادة المطابقة الشرعية للمنتج والإجراءات العملية والعقود ذات الصلة المطلوب تقويمها .

2 -المستندات التعاقدية المتعلقة بتنفيذ المعاملة .

3 -الإجراءات المالية والإدارية والتنظيمية والتقنية المكتوبة التي تمكن من التحقق من الفصل بين المعاملات المصرفية الإسلامية والمعاملات المصرفية التقليدية في البنوك والمؤسسات المالية التي تعرض هذه المنتجات عبر شبابيك متخصصة وغيرها.

4 - أي معلومات أو وثائق تراها الهيئة ضرورية إصدار التصريح بالمطابقة الشرعية للمنتج.

يوجه طلب الحصول على شهادة المطابقة الشرعية إلى رئيس الهيئة، بحسب المادة 8 من مقرر رقم 20-01 المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية.

بالمقابل نجد أن المادة 12 من المقرر رقم 20-01؛ تنص على إحالة رئيس المجلس الإسلامي الأعلى الطلب والملف المشار إليه في المواد 8 ،9 ،10 إلى الهيئة الوطنية الشرعية من أجل إبداء رأيها الشرعي فيه والذي يتوج بإصدار شهادة المطابقة الشرعية، بما يفيد بأن رئيس المجلس الإسلامي الأعلى هو الذي يترأس مداولات الهيئة.

بعد استلام الملف؛ تقوم الهيئة بدراسته وتقدم تقريرا تقويميا مسببا حول مدى مطابقة المنتج أو المنتجات والإجراءات العملية والعقود ذات الصلة لأحكام الشريعة الإسلامية واقتراح التعديلات اللازمة عند الاقتضاء وفق ما نصت عليه المادة 13 من المقرر رقم 20-01 .

تصدر الهيئة حسب المادة 15 من المقرر رقم 20-01 رأيها في شكل شهادة المطابقة الشرعية النهائية أو المشروطة، أو بعدم المطابقة في أجل لا يتعدى ثلاث (03) أشهر من تاريخ إيداع الملف، ويكون رأيها ملزما لهيئات الرقابة الشرعية التي تنشئها البنوك والمؤسسات المالية .

جديرا بالذكر، أن الهيئة قد منحت شهادة المطابقة الشرعية لفتح نوافذ تسويق منتجات الصيرفة الإسلامية لأحدى عشر(11) مؤسسة بنكية وهيئة مالية مع نهاية سنة 2021، وفق ما صرح به عضو الهيئة البروفيسور محمد بوجلال، شملت البنوك العمومية الستة، وهي البنك الوطني الجزائري(BNA)، والصندوق الوطني للتوفير والاحتياط(CNEP)، والقرض الشعبي الجزائري(CPA)، وبنك الفلاحة والتنمية الريفية(BADR)، وبنك التنمية المحلية(BDL)، والبنك الجزائر الخارجي(BEA)، بالإضافة إلى ثلاث بنوك ومؤسسات مالية خاصة هي، بنك الخليج الجزائري(AGB)، وبنك المؤسسة العربية المصرفية الجزائر، إضافة إلى مؤسسة AOM INVEST SPA (الطيب، 2021).

**الفرع الثاني: تقديم طلب الحصول على الترخيص المسبق**

بعد الحصول على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة، يمكن للبنك أو المؤسسة المالية الراغبة في تسويق منتجات الصيرفة الإسلامية، تقديم طلب مرفقا بملف يتوقف عليه جواب السلطة الإدارية المختصة، وبصياغة لا تفيد الحصر، حددت المادة 16 من النظام رقم20-02 الوثائق والمعلومات المتعلقة بملف طلب الترخيص، تتمثل في :

**أولا:** الحصول على شهادة المطابقة لهذه المنتجات والضمانات المتعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية، تسلم من طرف الهيئة الوطنية المؤهلة قانونا لذلك، وهي الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، المتواجدة على مستوى المجلس الإسلامي الأعلى، وذلك حتى تكون الهيئة الشرعية سندا لبنك الجزائر في توطين الصيرفة الإسلامية في الجزائر.

**ثانيا:** تحديد أعضاء هيئة الرقابة الشرعية على مستوى البنك أو المؤسسة المالية والتي تتكون على الأقل من ثلاثة (03) أعضاء، وهذا التحديد موجه للبنوك والمؤسسات التقليدية التي تمارس نشاط الصيرفة الإسلامية عن طريق الشبابيك الإسلامية، عكس البنوك الإسلامية التي تعين هذه الهيئة عند تأسيسها.

**ثالثا:** تقديم بطاقة وصفية للمنتجات المزمع تسويقها من طرف البنك أو المؤسسة المالية والمنصوص عليها على سبيل الحصر في أحكام النظام رقم20-02.

**رابعا:** رأي مسؤول رقابة المطابقة للبنك أو المؤسسة المالية، طبقا لأحكام المادة 25 من النظام رقم 11-08 المؤرخ في 28 نوفمبر2011 المتعلق بالرقابة الداخلية للبنوك والمؤسسات المالية.

**خامسا:** الإجراء الواجب إتباعه لضمان الاستقلالية الإدارية والمالية "شباك الصيرفة الإسلامية" عن باقي أنشطة البنك أو المؤسسة المالية، طبقا لأحكام المادتين 17 و18 من النظام رقم 02-20 السالف الذكر.

كما حددت المادة 07 من النظام رقم 97-02 المعدل والمتمم بالنظام رقم 05-02 على وجه الخصوص، الشروط الواجب توفيرها عند تقديم طلب الترخيص بفتح شباك جديد على مستوى البنك والمؤسسة المالية، متمثلة في :

1 -المعلومات المتعلقة بطبيعة العمليات المصرفية المرتقبة.

2 -شروط سير الشباك وتحديد القيود المحتملة المفروضة على نظام استغلاله.

3 -إدراج الشباك ضمن أحد الأصناف سواءً الدائمة أو غير الدائمة مع تحديد طبيعة الصلاحيات.

4 -عدد الموظفين المرتقبين ومؤهلاتهم.

5- كل معلومة أو تحليل من نوع اقتصادي أو مالي يتعلق بفتح الشباك.

## المبحث الثاني: آثار الحصول على الترخيص المسبق لممارسة عمليات الصيرفة الإسلامية

يترتب على حصول البنك والمؤسسة المالية على الترخيص المسبق، إتمام بعض الإجراءات التي تمس الجانب التنظيمي خاصة ما تعلق بإنشاء هيكل تحت مسمى شباك الصيرفة الإسلامية (المطلب الأول)، أو المتعلقة بالجانب الرقابي والإشرافي من خلال إنشاء هيئة شرعية داخلية (المطلب الثاني)، مما يتيح للبنك والمؤسسة المالية امكانية مباشرة تسويق منتجات الصيرفة الإسلامية وفقا للكيفيات المنصوص عليها في النظام رقم 20-02 والتعليمة رقم 2020-03 (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: إنشاء شباك الصيرفة الإسلامية

أتاح النظام رقم 20-02 للبنوك والمؤسسات المالية المعتمدة في السوق المصرفي الجزائري، الانفتاح على تسويق منتجات الصيرفة الإسلامية من خلال إمكانية فتح شبابيك موجهة لهذا الغرض، بصورة تتماشى مع طبيعة نشاط الصيرفة الإسلامية، لذا سيتم تحديد تعريف شباك الصيرفة الإسلامية (الفرع الأول)، ثم متطلبات إنشاء شباك الصيرفة الإسلامية (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول: تعريف شباك الصيرفة الإسلامية

عرف المشرع الجزائري مصطلح الشباك في المادة 4 من النظام رقم 97-02 المتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك والمؤسسات المالية، بأنه:" يعتبر "شباك"، في مفهوم هذا النظام، كل مبنى مهيأ، مفتوح للجمهور، حيث يقوم فيه موظفو بنك أو مؤسسة مالية مستخدمة بعمليات مصرفية مسموح بها مع الزبائن والتي تم بسببها الحصول على الاعتماد "

وهي تصنف هذه الشبابيك إلى صنفين، شبابيك دائمة، تكون مفتوحة للجمهور لمدة خمسة (05) أيام على الأقل في الأسبوع طيلة السنة المدنية وفقا لقواعد المهنة، وشبابيك غير دائمة، يتم إعلام الجمهور فيها بانتظام عن شروط سيرها، لاسيما فترات وأيام فتحها لعمليات ظرفية ومحددة، وتنشئ في شكل شبابيك ذات صلاحيات عامة، عندما تتعامل مع الزبائن في كل العمليات المصرفية المسموح بها في إطار التشريع والتنظيم المصرفيين الجاري بهما العمل، وشبابيك ذات صلاحيات محدودة، عندما لا يمكنها أن تتعامل مع الزبائن إلا في بعض العمليات المصرفية المسموح بها.

بالرَّغم من حداثة المصطلح في البيئة المصرفية الجزائرية، وعلى غير عادة المشرع فيما يتعلق بمسألة التعاريف التي تكون من اختصاص الفقه، عرّف المشرع الجزائري الشبابيك الإسلامية في المادة 17 من النظام رقم 20-02، "يقصد بـ "شبابيك الصيرفة الإسلامية" هيكل ضمن البنك أو المؤسسة المالية تكلّف حصريا بخدمات ومنتجات الصيرفة الإسلامية"، مما يعطيه صفة الديمومة، مقابل

التزامه بتقديمه لخدمات وفق صلاحيات محدودة، وهذا القيد متعلق فقط بتقديم منتجات الصيرفة الإسلامية وفقا لقواعد الشريعة حسب ما هو محدد في النظام رقم 20-02.

**الفرع الثاني: متطلبات إنشاء شباك الصيرفة الإسلامية**

يستوجب تسويق خدمات ومنتجات مالية إسلامية عبر شبابيك الصيرفة الإسلامية، ضرورة التقيد بمجموعة من المتطلبات والإجراءات تجمع بين الطابع الإداري، التقني، المالي والرقابي، حدّدتها نصوص المواد 17،18،19،20 من النظام رقم 20-02، تتمثل في :

**أولا: الاستقلالية:** يكون شباك الصيرفة الإسلامية مستقلا من عدة نواحي:

**1 -من الناحية الإدارية والتنظيمية:** يكون عبارة عن وحدة إدارية أو هيكل قائم بذاته منفصل عن الوحدات والهياكل الإدارية المكونة للبنك.

**2 -من الناحية المالية:** مستقل عن الهياكل الأخرى للبنك أو المؤسسة المالية، تفاديا لاختلاط الأموال.

**3 -من الناحية البشرية:** من خلال تخصيص مستخدمين متخصصين حصريا لذلك.

**ثانيا: الضوابط المحاسبية:** اشترط المشرع ضرورة بين الفصل الكامل بين المحاسبة الخاصة بشباك الصيرفة الإسلامية والمحاسبة الخاصة بالهياكل الأخرى للبنك أو المؤسسة المالية، وهذا ما يسمح بإعداد جميع البيانات المالية المخصصة حصريا لنشاط شباك الصيرفة الإسلامية.

**ثالثا: الضوابط المعاملاتية:** تتمثل هذه الضوابط في :

1- إعلام الزبائن بجدول التسعيرات والشروط الدنيا والقصوى التي تطبق عليهم.

2- إعلام المودعين خاصة أصحاب حسابات الاستثمار حول الخصائص ذات الصلة بطبيعة حساباتهم.

3- خضوع ودائع الأموال المتلقاة من طرف شباك الصيرفة الإسلامية لأحكام الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد والقرض (المواد من 66 إلى 69 من نفس الأمر).

4- التعامل وفق قاعدة الربح والخسارة (الغنم بالغرم): حيث يحصل صاحب حسابات ودائع الاستثمار على حصة من الأرباح التي يحققها الشباك، بالمقابل له أن يتحمل حصة من الخسائر المحتمل أن يسجلها الشباك فيما يخص التمويلات التي تقوم بها.

5- كما نصت المادة 21 من النظام رقم 20-02 على خضوع الودائع والمبالغ المماثلة للودائع القابلة للاسترداد والمجمعة من طرف الشباك، لأحكام النظام رقم 20-03 المتعلق بنظام الودائع المصرفية (نظام رقم 20-03، مؤرخ في 15 مارس سنة 2020، يتعلق بنظام ضمان الودائع المصرفية، ج ر، عدد 16، صادر في 24 مارس سنة 2020).

**المطلب الثاني: إنشاء هيئة الرقابة الشرعية**

تستند العمليات المرتبطة بنشاط الصيرفة الإسلامية إلى أحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، مما يستدعي خضوعها لرقابة شرعية تكون موازية للرقابة المصرفية، من خلال إنشاء هيئة رقابية ذات طابع شرعي على مستوى البنك أو المؤسسة المالية.

يقصد بها؛ إطار تنظيمي الغرض منه متابعة وفحص وتحليل الأنشطة والأعمال والتصرفات والعمليات التي تقوم بها المؤسسة، للتأكد من أنّها تتبع وفقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك باستخدامها الوسائل والأساليب الملائمة المشروعة مع بيان المخالفات والأخطاء وتصويبها ووضع البدائل المشروعة لها، وتقديم التقارير إلى الجهات المعينة متضمنة إبداء الرأي الشرعي والقرارات والتوصيات والإرشادات لمراعاتها في المحاضر لتحقيق الكسب الحلال، وكذلك في المستقبل بفرض التطوير إلى الأفضل (جمعة، سراج ، و بدران، 2010، الصفحات 13-14).

أوجب المشرع الجزائري بمقتضى النظام رقم 20-02، ضرورة تفعيل الرقابة الشرعية من خلال إنشاء هيئة داخلية، تستحدث على مستوى البنك أو المؤسسة المالية التي تحترف ممارسة عمليات الصيرفة الإسلامية، لذا سيتم التطرق للطبيعة القانونية لهيئة الرقابة الشرعية الداخلية (الفرع الأول)، ثم مهام هيئة الرقابة الشرعية الداخلية (الفرع الثاني).

**الفرع الأول: الطبيعة القانونية لهيئة الرقابة الشرعية الداخلية**

تحديد الطبيعة القانونية لهيئة الرقابة الشرعية الداخلية يكون من خلال معيارين هما؛ المعيار العضوي والمعيار الوظيفي، وباستقراء أحكام المادة 15 من النظام رقم 20-02، نجد أن هيئة الرقابة الشرعية الداخلية تتشكل من أعضاء معينون بذواتهم، من أجل القيام بمهام وصلاحيات معينة.

**أولا: تشكيلة هيئة الرقابة الشرعية الداخلية:**

تتشكل هيئة الرقابة الشرعية الداخلية على مستوى البنك أو المؤسسة المالية التقليدية في إطار النظام رقم 20-02؛ وجوبا من ثلاث (03) أعضاء على الأقل، وهو ما أوصت به هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية AAOIFI، كما أنه حد أدنى؛ مما يتيح للجهة التي لها صلاحية التعيين في ضم عدد أكبر لتشكيلة الهيئة.

**ثانيا: تعيين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية الداخلية**

يلاحظ من خلال المادة 15 من النظام رقم 20-02، أن المشرع خول سلطة تعيين أعضاء الهيئة الداخلية للرقابة الشرعية إلى الجمعية العامة، كجهة مكلفة حصرا بهذه الصلاحية، بناءً على اقتراح مجلس إدارة البنك والمؤسسة المالية.

وعلى اعتبار أن الهيئة تمتاز بالاختصاص، فإنها تستلزم تواجد أعضاء متمكنين في مجال عمل ومهام الهيئة، وكذا من أجل إضفاء المصداقية لأعمال الهيئة والاستشارات والفتاوى التي تقدمها من

جهة، ومن جهة أخرى؛ تعزيز الثقة وبعث الارتياح في أوساط الجمهور، مع هذا نجد أن النظام رقم 20-02 سكت عن مسألة شروط ومؤهلات تعيين أعضاء الهيئة، والسبب وراء ذلك راجع في ترك المشرع حرية تنظيم هذه المسائل للبنك والمؤسسة المالية.

مع هذا يبدو من الأهمية بمكان ضرورة تعزيز الإطار التنظيمي للهيئة الداخلية للرقابة الشرعية؛ لاسيما ما تعلق بمسائل سير عمل الاجتماعات، شروط العضوية، مدة العضوية، كيفيات عزل الأعضاء ...إلخ، ما من شأنه تسهيل عمل الهيئة وتمكينها من أداء مهامها بشكل ملائم ووفقا للغرض الذي أنشأت لأجله.

**الفرع الثاني: مهام هيئة الرقابة الشرعية الداخلية:**

هيئة الرقابة الشرعية الداخلية تابعة للبنك والمؤسسة المالية أنشأت وفقا لصلاحيات وأهداف معينة، وحدد النظام رقم 20-02 مهمة هيئة الرقابة الشرعية على وجه الخصوص في إطار مطابقة المنتجات المالية لمبادئ الشريعة الإسلامية، في رقابة نشاطات البنك والمؤسسة المالية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.

وإن كانت طبيعة رقابة الهيئة وتوقيتها (هل هي سابقة؟، متزامنة؟، لاحقة؟) غير واضحة المعالم، إلا أن عبارة "على الخصوص" تفتح المجال أمام الهيئة للانفتاح على مهام وصلاحيات أخرى.

ويثير الإشكال حول القيمة القانونية للقرارات والفتاوى الصادرة عن الهيئة، ومدى إلزاميتها في مواجهة الهيئات المعنية خاصة البنك والمؤسسة المالية؟ بمعنى هل هذه فتاوى تعتبر مجرد استشارة وتوصيات غير ملزمة، أم أنه يتعين على البنك والمؤسسة المالية ضرورة الأخذ بها.

إن التسليم بفكرة المشورة في طبيعة القرارات الصادرة عن الهيئة وانتفاء صفة الإلزام فيها، يصطدم بمعيار التخصص، فبالنظر لطبيعة عمل الهيئة والباعث على إنشائها مع صفة أعضائها وحصر مهامهم في حدود معينة دون أن يتعدى ذلك لتأدية أدوار أخرى في البنك والمؤسسة المالية، يجعل من دور هيئة الرقابة الشرعية الداخلية إلزامي من خلال الحق في وقف أو رفض التصرف المخالف لأحكام الشريعة وإبطال أي أثر يترتب عليه، فإعمال فكرة الإلزامية لقرارات الهيئة الداخلية للرقابة الشرعية، ما من شأنه منح نجاعة أكبر لعمل الهيئة.

**المطلب الثالث: ممارسة العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية على ضوء أحكام النظام رقم 20-02**

عدد المنظم البنكي العمليات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية ضمن أحكام المادة 4 من النظام رقم 20-02، تنقسم هذه العمليات إلى عمليات مصرفية قائمة على المشاركة في الربح والخسارة (الفرع

الأول)، وعمليات قائمة على الهامش المعلوم (الفرع الثاني)، وعمليات متعلقة بحسابات الودائع (الفرع الثالث).

**الفرع الأول: عمليات الصيرفة الإسلامية القائمة على المشاركة**

تقوم هذه العمليات على المشاركة في العائد سواءً كان ربحا أو خسارة بين العميل والبنك عملا بقاعدة "الغنم بالغرم"، وتتمثل هذه العمليات في المشاركة والمضاربة.

**أولا: المشاركة:**

تعتبر المشاركة إحدى أهم مجالات الاستثمار في البنوك الإسلامية، عرفها المشرع بموجب المادة 6 من النظام رقم 02-20 "المشاركة عقد بين بنك أو مؤسسة مالية وواحد أو عدة أطراف، بهدف المشاركة في رأسمال مؤسسة أو في مشروع أو في عمليات تجارية من أجل تحقيق الربح."

يخضع تسويق التعامل وفق صيغة المشاركة إلى شروط وأحكام، حيث يجب أن يكون رأس المال من حصة نقدية أو عينية، محددة ولا يشترط تساوي حصة كل شريك، وأن يتم تقديم رأس المال من الأطراف دون أن يكون دينا في ذمة أحد الشركاء، ويشترط تحديد نصيب كل شريك مع الآخر في الربح بنسب مئوية وليس بملغ جزافي، أما الخسارة تتوزع حسب نسبة مساهمة كل طرف في رأس المال، إذا وقع تقصير أو إهمال بسبب أحد المشاركين فيتحملها وحده، كما يشترط أن يتمتع الشريك بالأهلية القانونية، ويجب أن يبنى عقد المشاركة على الوكالة والأمانة.

ويختلف أسلوب المشاركة باختلاف صيغة العقد، فتكون المشاركة دائمة (ثابتة) عند المشاركة في رأسمال المشروع المقدم من طرف العميل، مع مساهمة البنك في رأسمال هذا المشروع فيصبح شريكا مع العميل فيه، وتكون المشاركة منتهية بالتمليك (المتناقصة)، لافتقارها لعنصر الاستمرارية في العلاقة، يقوم المصرف على أساس وعد منه أحادي الطرف بالتنازل على ملكيته في المشروع دفعة واحدة أو عبر دفعات، خلال مدة معينة ووفق عقد مستقل للطرف (الشريك أو الشركاء) الآخر، بحيث يصبح مالكا نهائيا في نهاية الشركة (لاكلي، 2019، الصفحات 1216-1217).

**ثانيا: المضاربة :**

تستخدم المصارف الإسلامية هذه الصيغة لتمويل مختلف القطاعات التجارية والصناعية والزراعية، عرفها المنظم البنكي في المادة 06 من النظام رقم 20-02: "المضاربة هي عقد يقدم بموجبه بنك أو مؤسسة مالية، المسمى "مقرض الأموال" رأس المال اللازم للمقاول الذي يقدم عمله في مشروع من أجل تحقيق أرباح."

يشترط لصحة المضاربة شروط منها ما يتعلق برأس المال، الذي يجب أن يكون حصة نقدية أو عينية، ومحددة القيمة، ومنها ما يتعلق بالعمل، حيث يجب أن يتم تسليم رأس مال المضاربة وإطلاق

يده فيه على أن يكون للبنك أو المؤسسة المالية دور رقابي والتحقق من حسابات ووثائق المضارب، ومنها ما يتعلق بالربح، من خلال تحديد نصيب كل من رب المال والمضارب من الربح عند التعاقد، على أن يكون نسبة مئوية وليس جزافيا.

تكون المضاربة مطلقة حين يُفوض فيها البنك أو المؤسسة المالية المقاول بإدارة عمليات المضاربة دون أي قيد، وللمقاول الحرية في اختيار الاستثمارات التي يريد تحقيقها، غير أنّ المقاول يبقى مجبرا على السهر على مصلحة الطرفين وذلك لبلوغ هدف المضاربة، وقد تكون المضاربة مقيدة عندما يفرض فيها البنك أو المؤسسة المالية قيودًا تتعلّق بنشاط المقاول، في ما يخص قطاع النشاط وكيفيات وشروط الاستثمار أو أي جانب آخر يراه مناسبًا .

**الفرع الثاني: عمليات الصيرفة الإسلامية القائمة على الهامش المعلوم**

ترتكز صيغ إسلامية أخرى على هامش من الربح معلوم ومحدّد يستفيد منه كلا طرفي المعاملة، تتمثل في المرابحة، الإجارة، السلم، الاستصناع.

**أولا: المرابحة:**

المرابحة أداة للتمويل قصير الأجل، تستخدم في مختلف الأنشطة والقطاعات سواءً كان ذلك موجها للأفراد أو المؤسسات، عرفتها المادة 5 من النظام رقم 20-02 بأنها: "عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع لزبون سلعة معلومة سواء كانت منقولة أو غير منقولة يملكها البنك أو المؤسسة المالية، بتكلفة اقتنائها مع إضافة هامش ربح متفق عليه مسبقا ووفقا لشروط الدفع المتفق عليها بين الطرفين"، فهذا الأسلوب يقوم على بيع السلعة بمبلغ يزيد عن سعر تكلفة شرائها مع علم الطرف الثاني بالثمن الأصلي للسلعة، ويتيح الاتفاق بين البائع والمشتري على نسبة الأرباح إعمالا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

يشترط لصحة المرابحة، إضافة إلى الشروط الواجب توفرها لصحة أي عقد بيع، أن يكون المشتري عالما بثمن السلعة الأول (الحقيقي) والسعر الجديد الذي يتضمن المصروفات المعتبرة، كما يجب أن تكون نسبة الربح معلومة ومحدّدة، وأن يكون عقد الشراء (عقد شراء البنك للسلعة من مالكه الأول) صحيحا وإلا بطل الثاني بالتبعية.

والمرابحة على نوعين، مرابحة بسيطة تتمثل في بيع السلعة بثمنها الأوّل مع زيادة ربح مع ضرورة علم المشتري للثمن الأصلي، في حين المرابحة المركبة هي قيام من يريد شراء سلعة لا يملك المال الكافي بطلب إلى البنك أو المؤسسة المالية، أن يشتري له السلعة بديلا عنه مع التزامه بإعادة شراءها من البنك بثمن يدفعه حالا أو مقسط أو مؤجلا وفق ما تم الاتفاق عليه بالعقد، وهذه الصيغة تسمى المرابحة للآمر بالشراء (خلف، 2006، الصفحات 301-303).

**ثانيا: الإجارة:**

هي صيغة؛ يقوم البنك أو المؤسسة المالية من خلالها باقتناء الممتلكات والأصول ووضعها تحت تصرف العملاء لاستيفاء منافعها مقابل أقساط تدفع بشكل دوري، ومحلّ هذه العمليات هو بيع المنفعة لا العين أو الأصل، وهي بذلك تختلف عن البيع في كونها بيع المنفعة لمنافع الأصول وليس للأصول ذاتها، عرّفتها المادة 8 من النظام رقم 02-20 بأنّها: "عقد إيجار يضع من خلاله البنك أو المؤسسة المالية، المسمى "المؤجر" تحت تصرف الزبون المسمى "المستأجر"، وعلى أساس الإيجار سلعة منقولة أو غير منقولة، يملكها البنك أو المؤسسة المالية لفترة محدّدة مقابل إيجار يتم تحديده في العقد".

ويشترط لصحة الإجارة؛ أن يكون البنك أو المؤسسة المالية مالكا للعين المؤجرة ويجوز له توكيل طرف آخر لاقتناء الأشياء المراد تأجيرها، إضافة إلى ضرورة أن يكون محل العقد معلوما علما يمنع المنازعة مع تحديد المدة الزمنية وثمن الإيجار .

وتختلف الإجارة التشغيلية عن الإجارة التمويلية، فالصيغة الأولى تقوم على وإيجار البنك لمعدات وأصول لكل راغب في تشغيلها والانتفاع منها خلال مدّة محدّدة متفق عليها، على أن يقوم العميل بردها لمالكها الأصلي (البنك) بعد انتهاء مدّة التعاقد، بالمقابل فإنّ الإجارة التمويلية تقوم على تأجير البنك معدات وأصول للعميل خلال مدة محدّدة مع تضمين العقد وعدا بتمليك هذه المعدات بعد انتهاء مدة العقد مباشرة للعميل المستأجر حسب الثمن المتفق عليه يتضمن الأقساط الدورية التي دفعها العميل خلال مدة الإيجار، لهذا تسمى بالإجارة المنتهية بالتمليك، وتبعة هلاك العين المؤجرة تكون على عاتق البنك خلال مدة الإيجار بصفته مالكا أصليا لهذه العين، ما لم يكن الهلاك راجع لتقصير أو بقصد من المستأجر فتنتقل تبعة الهلاك إلى هذا الأخير (خوجة، 1998، الصفحات 209-213).

**ثالثا: بيع السَّلَم:**

البيع يتضمن مبادلة مال بمال، والذي هو عادة مبادلة سلعة معينة بالنقود، فإذا كان هذا التبادل فوريا سمي هذا البيع بيعا نقديا، وإذا تم استلام السلعة وأجل دفع ثمنها سمي هذا بيع أجل، أما إذا تم استلام ثمن السلعة وتأجيل تسليم السلعة لمدة معينة سمي هذا بيع السلم (خلف، 2006، صفحة 331).

نصت المادة 4 من النظام رقم 20-02 بأنّه "السَّلَم هو عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية الذي يقوم بدور المشتري بشراء سلعة، التي تُسلّم له آجلا من طرف زبونه مقابل الدفع الفوري والنقدي"، وهو بذلك يعتبر عقد بيع إلاّ أن الثمن في هذا البيع هو الذي يدفع مقدما، أي عاجلا،

والسلعة هي التي تسلم آجلا أي لاحقا، ولذلك فإن بيع السلم هو من أنواع المعاوضة، أي التي يعوض أحد أطراف عقدها ماله بمال الطرف الآخر، وهما المشتري والبائع.

ويشترط في السلم أن يكون موضوعه معلوم النوع والقدر، وقابل للتداول تجاريا، كما يجب أن يكون مؤجل التسليم في أجل محدّد ومتفق عليه من قبل الطرفين لأنّه لا يصبح سلما في حالة تسليمه حالا (خلف، 2006، الصفحات 333-337).

تطبق المصارف الإسلامية نوعان من التمويل بالسلم، الأوّل السلم العادي، حيث يقوم البنك بتمويل عاجل وحصوله على سلعة في وقت آجل، والثاني هو السلّم الموازي، بموجبه يقوم البنك بشراء سلعة يتحصل عليها مستقبلا ويبيع سلعة مستحقة في نفس الأجل ومماثلة لتلك التي اشتراها بموجب العقد الأوّل، وعند حلول الأجل يقوم البنك بتسليم نفس السلعة المشترات بموجب العقد الأوّل إلى المشتري بشرط أن يكون الالتزام في عقدين منفصلين تماما (بورقبة، 2011، صفحة 22).

**رابعا: الإستصناع:**

صيغة تمويلية لتصنيع سلع محدّدة كما أنّها أداة استثمارية لتمويل رأسمال المشاريع، والاستصناع في اللغة هو طلب الصنعة، واستصنع الشيء دعا إلى صنعه، فهو عقد بين طرفين يقوم أحدهما (الصانع) بموجب هذا العقد بصنع شيء محدّد الجنس والصفات، بشكل يمنع أي جهالة مفضيه للنزاع للطرف الآخر (المستصنع)، على أن تكون المواد اللازمة للصنع مع عند الصانع، وذلك مقابل ثمن معين يدفعه المستصنع للصانع إما حالا أو مقسطا أو مؤجلا (الوادي و سمحان، 2008، صفحة 191).

عرّفه المشرع الجزائري في نص المادة 10من النظام رقم 20-02 بأنّه: "الاستصناع هو عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة إلى زبونه صاحب الأمر، أو بشراء لدى مصنّع سلعة ستصنع وفقا لخصائص محددة ومتفق عليها بين الأطراف، بسعر ثابت ووفقا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقا بين الطرفين".

ويشترط لصحة الاستصناع، أن يكون محل العقد محددا من حيث جنسه ونوعه وصيغته وقدره لا يدع مجال للاختلاف، وأن تكون محله مشروعا من حيث مقدره وصنعه واستخدامه اللائق، أما ثمن السلعة (أجل وطريقة الدفع)، فتكون حسب اتفاق الطرفين، ويمكن تطبيق عقد الاستصناع بصيغتين، الأولى هو الاستصناع العادي أو الأصلي، حيث يقوم البنك في هذه الحالة بصناعة السلعة محل العقد بنفسه، والثانية هو الاستصناع الموازي بموجبه يعقد البنك أو المؤسسة المالية بخصوص السلعة الواحدة عقدين أحدهما مع العميل طالب السلعة يكون البنك فيه في دور الصانع، والآخر مع المصنع المختص (المقاول مثلا)، ليقوم بإنتاج سلعة وفق المواصفات والشروط المنصوص عليها في

العقد الأوّل (العمل/ البنك) ويمكن أن يكون الثمن في العقد الأوّل مؤجلا وفي العقد الثاني معجلا، ويشترط أن يكون العقدان منفصلان عن بعضهما البعض (عقون، 2009، الصفحات 75-76).

**الفرع الثالث: عمليات إيداع الأموال وفتح الحسابات للجمهور**

في العمل المصرفي تعتبر وديعة النقود من أهم العمليات المصرفية بالنسبة للبنك إسلامي كان أو ربوي، فهي وسيلة تمكن هذا الأخير من تحصيل مبالغ كبيرة تسهل عليه ممارسة نشاطاته.

نظم المشرع الجزائري الودائع والحسابات باعتبارها عمليات مصرفية إسلامية، ضمن أحكام النظام رقم 20-02 والتعليمة رقم 2020-03، وقسمها إلى نوعين:

**أولا: حسابات الودائع:**

عرفها المشرع في المادة 11من النظام رقم 20-02 بأنها "حسابات الودائع هي حسابات تحتوي على أموال يتم إيداعها في بنك من طرف أفراد أو كيانات، مع الالتزام بإعادة هذه الأموال أو ما يعادلها إلى المودع أو إلى شخص آخر معين، عند الطلب أو حسب شروط متفق عليها."

فالبنوك الإسلامية أو شبابيك الصيرفة الإسلامية على مستوى البنوك والمؤسسات المالية التقليدية، لها أن تحصل على أموال من المودعين في هذا النوع من الحسابات على سبيل القرض كأمانة دون تحمل أي مخاطرة، وأهم ما يميزها أنها قابلة للسحب من قبل أصحابها في أي وقت.

يمكن للبنك وباتفاق مع المودع (بتفويض منه)، أن يتصرف في الأموال المودعة على ضمانة البنك، دون أن يكون للمودع أي حق في نتائج استثمار هذا المال، كما أنه لا يتحمل أي مسؤولية (خسارة) ناجمة عن هذا الاستثمار، وتكون عوائد هذا الاستثمار خالصة للبنك عملا بقاعدة الغنم بالغرم الخراج بالضمان، وهي على نوعين حسابات جارية وحسابات الادخار.

**ثانيا: الودائع الاستثمارية:**

هي حسابات يفتحها البنك الإسلامي أو الشبابيك الإسلامية لعملائه، والتي تتيح لهم إيداع أموالهم فيها بقصد استثمارها بناءً على اتفاق مسبق بين العمل والبنك تحكمها قاعة الربح و الخسارة، كم أنها ودائع لا يلتزم البنك بردها إلا بعد حلول الأجل المتفق عليه أو بعد إخطار مسبق، فالأول يسمى الودائع الآجلة محددة المدة، أما الثانية فهي الودائع المؤجلة غير محددة أي بشرط الإخطار.

عرفها المشرع في المادة 12 من النظام رقم 20-02 بأنها "الودائع في حسابات الاستثمار هي توظيفات لأجل، تترك تحت تصرف البنك من طرف المودع لغرض استثمارها في تمويلات إسلامية وتحقيق أرباح"، وتكيف هذه الودائع على أنها ودائع استثمارية تتم في شكل مشاركة أو مضاربة وإن كانت هذه الأخيرة هي السائدة، حيث يكون البنك الإسلامي هو المضارب بينما يكون أصحاب الحسابات

هم المودعون، ويتم تقسيم الأرباح حسب النسب المتفق عليها، أما الخسائر تقع على رب المال ويخسر المضارب جهده وعمله.

والودائع الاستثمارية على نوعين، ودائع استثمارية مطلقة ومقيدة، فالمطلقة هي الودائع الموضوعة في إطار عقد المضاربة، دون أي قيود خاصة على البنك في ما يتعلق باستخدام هذه الودائع، ولا يكون فيها الحق للمودعين من سحبها قبل حلول الآجل المتفق عليه، وودائع استثمارية محددة أو مقيدة وتسمى حسابات الاستثمار المخصص، فهي الودائع التي يجب طبقا للاتفاق المبرم بين الطرفين، أن تحترم الشروط التي يطلبها المودع فيما يتعلق باستخدام هذه الودائع، لا يكون فيها للمودعين الحق في سحب أموالهم إلا بعد استيفاء المشروع وبناءً على إخطار مسبق. واشترط المشرع لاستثمار أموال المودعين الموضوعة في حسابات الاستثمار أن تخضع لموافقة مكتوبة من طرف الزبون يعبر فيها للبنك أن يستثمر ودائعه.

**خاتمة:**

حاولنا من خلال هذه الدراسة تسليط الضوء على الجوانب القانونية المتعلقة بنظام الترخيص المسبق من أجل توطين نشاط الصيرفة الإسلامية في البنوك والمؤسسات المالية في السوق المصرفي الجزائري، وذلك بناءً على أحكام النظام رقم 20-02 الذي يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، من خلال إبراز الشروط والإجراءات التي يلتزم كل بنك أو مؤسسة مالية التقيد بها من أجل الحصول على الترخيص المسبق، والملاحظ أن مسألة التأطير القانوني للترخيص المسبق في إطار النظام رقم 20-02 لم تكن بالقدر الكافي الذي يسمح بضمان مصالح كل الأطراف سواءً البنك والمؤسسة المالية من جهة، أو مصلحة النشاط والمصلحة العامة للمجتمع من جهة أخرى.

من خلال دراسة هذا الموضوع خلصنا إلى النتائج التالية:

1 -اشتراط المنظم البنكي لآلية الترخيص المسبق، هو لضمان حد أدنى من النزاهة والشفافية في عرض وتسويق عمليات الصيرفة الإسلامية، كما أنه يأتي في سياق الرقابة السابقة التي يسهر سواءً بنك الجزائر أو كل الهيئات التي تضبط القطاع المصرفي على حمايته، وردع كل تصرف مخالف للأحكام والشروط القانونية والتنظيمية.

2 -يرتبط تقديم طلب الترخيص المسبق لبنك الجزائر، بإلزامية الحصول على شهادة المطابقة لأحكام الشريعة التي تسلم من قبل الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، بمعنى أنه شرط واقف على الحصول على شهادة المطابقة، هذا الأمر يجعل من الترخيص الإداري مجرد إجراء شكلي يندرج ضمن صلاحيات بنك الجزائر في إصدار تراخيص المنتوجات الجديدة والخدمات البنكية،

بما يفيد بأن الترخيص المسبق لا يصل لأن يكون تقييد على الحرية، أو استثناء على حظر عام لممارسة نشاط الصيرفة الإسلامية.

3 -عدم تحديد المشرع للآجال القانونية لدراسة طلب الترخيص المسبق لمباشرة عرض منتجات الصيرفة الإسلامية من قبل البنك أو المؤسسة المالية، خلافا لما هو معمول به في بعض النصوص القانونية المنظمة لنشاطات أخرى.

4 -بخصوص مدى تأثير أو فاعلية آلية الترخيص المسبق في دعم نشاط الصيرفة الإسلامية في السوق المصرفي الجزائري، فإنها مرتبطة إلى حد بعيد بعدة معطيات، منها ما هو متعلق بمدى إقبال البنوك والمؤسسات المالية على فتح شبابيك إسلامية لتسويق هذه المنتجات، وكذلك بمدى ملائمة المحيط الذي تنشط فيه، إذ من المعلوم أنها منتجات مالية تنبثق من مبادئ الشريعة الإسلامية ولا مصلحة للمشرع في المساس بمقاصد هذه الشريعة، لذا سيكون من الصعب تقييم هذه الآلية بمعزل عن هذه الظروف الموضوعية.

بناءً على نتائج الدراسة ارتأينا الخروج بجملة من التوصيات نوجزها فيما يلي:

1- يستوجب على بنك الجزائر تحديده للآجال القانونية لدراسة طلب الترخيص لمباشرة عرض منتجات الصيرفة الإسلامية من قبل البنك أو المؤسسة المالية والرد عليها سواءً بالقبول وبالرفض، عملا بما هو مأخوذ به في بعض النصوص القانونية المنظمة لنشاطات أخرى، كما أنه يدخل ضمن الضمانات الإجرائية والقضائية في مواجهة تعسف السلطة الإدارية صاحبة الاختصاص.

2- العمل على دعم وتعزيز أرضية العمل المصرفي الإسلامي في الجزائر سواءً التشريعية أو التنظيمية؛ خاصة تعديل القوانين ذات العلاقة المباشرة وعلى رأسها قانون النقد والقرض، أو القوانين المكملة والمؤثرة كالقانون التجاري، قانون الضرائب، قوانين الاستثمار وغيرها، بما يتناسب وخصوصية العمل المصرفي الإسلامي.

3- يفتقد نشاط الصيرفة الإسلامية من خلال الشبابيك الاسلامية في الجزائر لوجود هيئة رسمية قانونية مكلفة بمهمة الإشراف والمرافقة، والتي تتولاها حاليا الهيئة الوطنية الشرعية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية، وهي مرافقة تفتقد للشرعية القانونية بحكم أن الهيئة منبثقة من مؤسسة استشارية تتمثل في المجلس الإسلامي الأعلى الذي لا يملك الصلاحيات القانونية لإنشاء مثل هذه الهيئات لأنه هيئة استشارية وليس تنفيذية.

4- ترخيص بنك الجزائر للبنوك والمؤسسات المالية بتسويق منتجات الصيرفة الإسلامية من خلال النظام رقم 20-02، يعتبر قفزة نوعية وخطوة كبيرة في مجال الصيرفة الإسلامية في الجزائر، لكن حصر هذا النشاط في شباك لا يعطي الانطباع بأهميته في المنظومة المصرفية في الجزائر، وعليه ومع

تنامي نشاط الصيرفة الإسلامية، يؤكد ضرورة إيلاء اهتمام أكثر بهذا النشاط، خاصة أن المالية الإسلامية لم تعد مقتصرة فقط على العمليات أو المنتجات المالية بل أصبحت تشمل الصكوك الإسلامية، التأمين التكافلي وصناديق الاستثمار.

5- دعوة السلطات النقدية إلى الترخيص بإنشاء بنوك ومؤسسات مالية إسلامية، خاصة أن هذا السوق فقير نوعا ما (ثلاث مصارف)، مع توفير مناخ قانوني وتنظيمي، يسمح بمساهمة كبيرة ومؤثرة لهذه البنوك، مع الانفتاح أكثر على مختلف العمليات والخدمات التي يقدمها نشاط الصيرفة الإسلامية.

## قائمة المراجع:

### 1- باللغة العربية:

#### المؤلفات:

1- محمود حسين الوادي، حسين محمد سمحان، (2008)، المصارف الإسلامية، الأسس النظرية والتطبيقات العملية، ط2، دار المسيرة، عمان.

2- عابد فضل الشعراوي، (2007)، المصارف الإسلامية، دراسة علمية فقهية للممارسات العملية، ط2، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت.

3- عز الدين خوجة، (1998)، الدليل الشرعي للإجارة، مجموعة دلة البركة، ( د.م ).

4- علي جمعة، محمد أحمد سراج، أحمد جابر بدران، (2010)، موسوعة فتاوى المعاملات المالية للمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، مج18، دار السلام، القاهرة.

5- فليح حسن خلف، (2006)، البنوك الإسلامية، عالم الكتاب الحديث، أربد.

#### الأطروحات:

1- عزاوي عبد الرحمن، (2007)، الرخص الإدارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، الجزائر.

2- بورقبة شوقي، (2011/2010)، الكفاءة لتشغيلية للمصارف الإسلامية (دراسة تطبيقية مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاقتصادية، جامعة فرحات عباس، سطيف، الجزائر.

3- عقون فتيحة، (2009/2008)، صيغ التمويل في البنوك الإسلامية ودورها في تمويل الاستثمار( دراسة حالة بنك البركة الجزائري)، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة محمد خيضر، بسكرة، الجزائر.

#### المقالات:

1- فرحي محمد، (2021)، انفتاح البنوك التقليدية على شبابيك الصيرفة الإسلامية، قراءة في أحكام النظام رقم 20-02 المؤرخ في 15 مارس 2020، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، جامعة المسيلة، مج06، عدد02. ص-ص. 1196-1224.

## المداخلات:

1- لاكلي نادية، (18/17 ديسمبر 2019)، الإطار القانوني لتمويل المصارف الإسلامية و الرقابة عليها في التشريع الجزائري، المؤتمر الدولي حول التكامل المؤسسي للصناعة المالية والمصرفية الإسلامية، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة حسيبة بن بوعلي، الشلف، الجزائر.

## مواقع الانترنيت:

1- إيمان الطيب، 11 بنكا تتنافس لتمويل إسلامي لمشاريع الإسكان، الموقع الإلكتروني لجريدة الشعب(الشعب أونلاين)، متاح على الرابط: http://www.ech-chaab.com/ar تم الإدراج في الموقع بتاريخ 25-12-2021، تمت الزيارة بتاريخ 21-06-2022.

2- معيار الحوكمة للمؤسسات المالية الإسلامية رقم1، تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها، صادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (aaoifi)، البحرين، ص1046. متاح على الرابط http://aaoifi.com/themencode-pdf-viewer-sc/?lang ، تمت الزيارة بتاريخ 16-06-2021.

## النصوص القانونية:

1- الأمر رقم 03-11، مؤرخ في 26 أوت 2003، يتعلق بالنقد والقرض، ج ر، عدد 52، صادر في 27 أوت 2003، معدل ومتمم.

2- قانون رقم 14-05، مؤرخ في 24 فيفري 2014، يتضمن قانون المناجم، ج ر، عدد 18، صادر في 30 مارس 2014.

3- نظام رقم 97-02، مؤرخ في 6 أفريل 1997، يتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك المؤسسات المالية، ج ر، عدد 73، صادر في 5 نوفمبر1997، معدل ومتمم.

4- نظام رقم 02-05، مؤرخ في 31 ديسمبر 2002، يعدل ويتمم النظام رقم 97-02، مؤرخ في 6 أفريل 1997، يتعلق بشروط إقامة شبكة البنوك المؤسسات المالية، ج ر، عدد 25، صادر في 9 أفريل 2003.

5- نظام رقم 20-01، مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالشروط البنكية المطبقة على العمليات المصرفية، ج ر، عدد 16، صادر في 20 مارس 2020.

6- نظام رقم 20-02، مؤرخ في 15 مارس 2020، يحدد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك و المؤسسات المالية، ج ر، عدد 16، صادر في 24 مارس 2020.

7- تعليمة بنك الجزائر رقم 2020-03، مؤرخة في 02 أفريل 2020، المعرفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحدّدة للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية. متاح على الرابط:https://www.bank-of-algeria.dz

8- مقرر رقم 20-01، مؤرخ في 1 أفريل 2020، المتضمن إنشاء الهيئة الشرعة الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية.

**2- باللغة الفرنسية:**

**OUVRAGES**

1- PIERRE LIVET: L'autorisation administrative préalable et les libertés publiques; Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1974.