المجلة الدولية للدراسات الاقتصادية الإسلامية المتقدمة
المجلد 01، العدد 01، سبتمبر 2021م
International Journal of Advanced Islamic Economic Studies
Vol :01 , N°:01 , September 2021
Journal email: ijaies.journal@univ-mosta.dz

المضاربة كأسلوب للاستثمار في المصارف الاسلامية

Speculation as a method of investing in Islamic banks

د. استبرق محمد حمزة[1] ، د. علي كاظم مزهر الشيباني [2]

[1] كلية القانون – المعقل، العراق، amar.morad1985@gmail.com

[2] كلية القانون– جامعة المصطفى، العراق، amar.morad1985@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2021 /08/08 تاريخ القبول: 2021/09/16 تاريخ النشر: 2021/09/30

الملخص: تهدف هذه الورقة إلى تسليط الضوء على أهمية الدور الذي تلعبه المصارف الإسلامية في تمويل بعض المشروعات عن طريق استثمار أموال المودعين لديها من خلال عقد المضاربة مع المضارب المستثمر بعد أخذ ضمانات كافية، وذلك لعظم المخاطر الموجودة بها من حيث أن المضارب يملك حرية التصرف في إدارة مال المضاربة، والتكلفة العالية التي يتكبدها المصرف في بحث مدى قدرة المضارب وخبرته وحسن تصرفه للأمور بصورة دقيقة. وقد توصل الباحث إلى جملة من النتائج من أهمها استحداث صور جديدة لصيغة عقود المضاربة، لذا يتجه صاحب المال عند الرغبة في التعاقد إلى اشتراط ضوابط عدة ينبغي توافرها في المضارب، والتي تتمثل في أن يكون المضارب ذا خبرة في توظيف أموال المضاربة وإنمائها لصالح صاحب رأس المال أولاً، وثانيهما تتعلق بشخصية المضارب كون هذا العقد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.

الكلمات مفتاحية: أطراف المضاربة، قواعد المضاربة، المصارف الإسلامية.

تصنيف JEL: G21, G24

Abstract: This paper aims to shed light on the importance of the role played by Islamic banks in financing some projects by investing the

[1] **المؤلف المرسل:** د.استبرق محمد حمزة، **البريد الالكتروني:** amar.morad1985@gmail.com

money of their depositors through a speculative contract with the investing speculator after taking sufficient guarantees, due to the great risks that exist in them in that the speculator has the freedom to dispose of money management Speculation, and the high cost incurred by the bank in examining the extent of the speculator's ability, experience and good conduct of matters in an accurate manner.
The researcher has reached a number of results, the most important of which is the development of new forms of the form of speculative contracts, so the owner of the money tends when wanting to contract to stipulate several controls that should be available in the speculator, which is that the speculator has experience in the employment and development of speculative funds for the benefit of the owner of the capital First, and the second is related to the personality of the speculator, as this contract is one of the contracts based on personal consideration
Keywords: speculative parties, speculative rules, Islamic banks.
JEL classification: G21, G24

1. مقدمة:

عادةً ما يلجأ المستثمرون في النظام المصرفي التقليدي إلى المصارف والمؤسسات المالية المتخصصة للحصول على القروض بالفوائد، لتمويل مشاريعهم التجارية والصناعية والزراعية التي يرغبون فيها ويتفقون مع المصرف على مبالغ الأقساط وآجالها والفوائد المستحقة عليها والتي تمثل ربح الهيأة الممولة من العملية، إذ أن الكثير من المستثمرين يخشون التعامل مع المصارف التقليدية لتمويل مشاريعهم خوفاً من الوقوع في الحرام لأن هذه الفوائد هي ربا وقد حرم الإسلام الربا.

إذ أن أحكام الفقه الإسلامي اشتملت على طرق كثيرة لاستثمار المال استثماراً حلالاً بدون فائدة، فهيأت الأسباب لإبرام كثيرٍ من العقود والتي من ضمنها عقد المضاربة، وذلك لتحقيق الفائدة لمن عنده المال ولا يمتلك الخبرة في استثماره، وبين الطرف صاحب الكفاءة والخبرة الذي ليس لديه القدرة المالية على

الاستثمار، ومن ثم يعمل على تنشيط مبدأ التعاون والتكافل بين الأطراف المتعاقدة، إذ أنه يقوم على المزج بين رأس المال والعمل من ناحية، ومن ناحية أخرى رعاية للمصلحة العامة في الاستفادة من توظيف المال.

1.1. إشكالية البحث:

في ضوء ما تقدم أعلاه، وبعدما ألغى المشرع العراقي النصوص المتعلقة بتنظيم عقد المضاربة، وأصبح عقداً غير مسمى، فإنه يمكن صياغة إشكالية هذه الدراسة في السؤال التالي:

هل نظم المشرع هذا عقد المضاربة في القواعد العامة لغرض معرفة أحكامه؟ وتتفرع ع هذه الإشكالية إلى تساؤلات عدة منها:

- ما المقصود بعقد المضاربة ؟
- هل هناك أنواع لعقد المضاربة أم هو شكل واحد؟
- ما هي طبيعته القانونية؟ وكيف يتم أبرامه؟
- ما هو المركز القانوني للمضارب في هذا العقد؟
- ما هي الاثار المترتبة على صاحب المال والمضارب عند ابرام العقد؟

2.1. فرضيات البحث:

إن الجانب العملي لعقود المضاربة في المصارف الإسلامية إذا تم تفعيله بشكل أفضل سيؤدي نحو تحقيق أكبر نفع ممكن للمصارف الإسلامية بشكل خاص وللمجتمع بشكل عام ، كما أن زيادة حجم التمويل بالمضاربة في المصارف يؤدي إلي توظيف اقتصادي أفضل نتيجة استخدام صيغ التمويل الإسلامي التي تتولد عنها عقود منضبطة شرعياً تساهم في التنمية الاقتصادية ، فضلاً عن كونه عقداً ذو منفعة كبيرة بالنسبة لمن له رأس مال ولا يمتلك القدرة والخبرة على استثماره بطريقة صحيحة، ولما له من أهمية في عملية التنمية بتمويل المشاريع الاقتصادية وتوفير الفرص الاستثمارية.

3.1. أهداف البحث:

الهدف من هذه الدراسة هو اظهار الاحكام القانونية المتعلقة بأبرام وتنفيذ عقد المضاربة وتقديم الحلول القانونية المناسبة للإشكالية المطروحة، بالإضافة إلى محاولة ايجاد حلول لعدد من الاشكاليات القانونية التي سيتم دراستها ومناقشتها بهدف الوصول إلى الرأي السليم

4.1. أهمية البحث:

برزت الحاجة الملحة إلى إيجاد نظام مصرفي يعمل وفق أسس إسلامية تنبذ أسلوب التعامل بالفوائد وكان هذا النظام يتمثل بالنظام المصرفي الإسلامي الذي ظهر على شكل مصارف إسلامية تقوم على أحكام الشريعة الإسلامية عند توظيف أموالها ، وكانت من هذه الصيغ هو عقد المضاربة الذي يعد أحد أدوات التمويل داخل المصارف الإسلامية مما تساهم في تطوير دور هذه المصارف في الاستثمار المباشر في المشاريع الاقتصادية المختلفة وتحقيق التنمية الاقتصادية، وتعزيز علاقة المصارف الإسلامية بالقطاعين العام والخاص ومؤسسات الحكم المحلي التي تحتاج غالباً لتمويل مشاريعها المختلفة .

5.1. منهج البحث وأقسامه:

بما أن الهدف من الدراسة هو اظهار الاحكام القانونية المتعلقة بإبرام وتنفيذ عقد المضاربة وتقديم الحلول القانونية المناسبة للإشكاليات السابقة الذكر لذلك سنتبع في دراستنا موضوع البحث الموسوم ب "التنظيم القانوني لعقد المضاربة" منهج الدراسة التحليلية المقارنة ، وستؤكد دراستنا على القانون المدني الأردني لعام 1976 ، القانون المدني اليمني رقم (14) لعام 2002 ، الذي تناوله بشكل مفصل من حيث شروط صحته تاركاً كيفية ابرامه وتنفيذه لإرادة الأطراف المتعاقدة، فضلاً عن الإشارة إلى بعض القوانين الأخرى ذات العلاقة ، ومن ثم إعطاء رأي الباحث، لذا سنقسم هذا البحث إلى قسمين ، سنبين في القسم الأول مفهوم المصارف الإسلامية سيتم معالجته ضمن فرعين اثنين، في حين سنتناول في القسم الثاني الية تنفيذ عقد المضاربة، تعقب هذين القسمين خاتمة وتسبقهما مقدمة.

2. مفهوم المصارف الإسلامية:

تعد النقود أداة للتعامل في كل المجتمعات، إذ أنها محل للعرض والطلب، ويكون المصرف وسيط مالي لا غنى عنه في عملية العرض والطلب. فهو يعرف أصحاب النقود الذين يسعون الى توظيفها واصحاب المشروعات الذين يبحثون عما يلــزم هذه المشروعات من نقود، وأدت التطورات الاقتصادية والاجتماعية إلى ابتكار وسائل وادوات للعمل تستخدمها المصارف الإسلامية في اداء وظائفها، وعليه سنبين في الفرع الأول مفهوم المصارف الإسلامية، وسنبحث في الفرع الثاني كيفية انعقاد عقد المضاربة.

1.2 . التعريف بالمصارف الإسلامية :

المصرف اسم مكان مشتق من الصرف، وهو بيع النقد بالنقد، أما البنك فمشتق من كلمة "بانكو" الإيطالية الأصل وتعني المنضدة لأن الصيارفة في القرون الوسطى كانوا يجلسون في الأماكن العامة للمتاجرة بالنقود وأمامهم مكاتب خشبية يضعون عليها النقود ويمارسون عليها عملية بيع وشراء العملات المختلفة ولذا تتضح الرابطة بين كلمتي المصرف والبنك فهما مفهومان لمعنى واحد غير أن أصل مصطلح المصرف عربي وأصل مصطلح البنك غير عربي، ويجوز لغة إطلاق لفظ بنك أو مصرف على المؤسسة المالية التي تمارس العمل المصرفي (خليل محمد حسن الشماع،1975، ص11).

أما اصطلاحاً فتعددت التعريفات الخاصة بالمصارف فهناك من يعرفها بأنها " المؤسسات التي تتعامل أو تتاجر بالائتمان أو الديون"، كما يعرفها جانب اخر من الفقه بأنها" منشأة مالية تعمل في إطار إسلامي وتستهدف تحقيق الربح بإدارة المال في ظل إدارة اقتصادية سليمة" (عاطف جابر طه عبد الرحيم، 2008، ص605).

أو أنها " مؤسسة مالية نقدية تعمل على جذب الموارد النقدية من أفراد المجتمع وتوظيفها توظيفاً فعلياً يكفل تعظيمها ونموها في إطار القواعد المستقرة للشريعة الإسلامية، وبما يخدم شعوب الأمة ويعمل على تنمية اقتصادها (فليح حسن خلف، 2006، ص235).

وبهذا فإن المصارف الإسلامية وفق التعريفات المذكورة أعلاه تعد مؤسسات مالية مصرفية تزاول أعمالها المصرفية وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ولذا يسعى المصرف الإسلامي الى تقديم العديد من الخدمات المصرفية عن طريق تعبئة الموارد النقدية لدى أصحاب الأموال واستثمارها وتوظيفها توظيفاً إسلامياً، ولذلك تتعدد أنواع التوظيفات المصرفية في المصارف الإسلامية وفقاً لحاجة جميع المعاملات المالية.

وعرف المشرع العراقي المصرف في قانون البنك المركزي رقم 64 لسنة 1976 الملغى بالبند التاسع في المادة (1) منه بأن ((المصرف هو المؤسسة التي تزاول أي عمل من أعمال الصيرفة بصفة أساسية إضافة إلى الأعمال والخدمات المصرفية الأخرى، وتعتبر جميع الفروع لمصرف ما في العراق مصرفاً واحداً لأغراض هذا القانون إلا أذا نصَ على خلاف ذلك)).

ونجد أن التعريف يفتح الباب أمام كل أعمال ونشاطات المصارف ، إذ لم تعد قاصرة على أعمال الصيرفة فقط، وإنما باتت تشمل خدمات الصيرفة والائتمان والاستثمار ومنها إبرام عقود القروض المجمعة،

وقد أورد قانون البنك المركزي العراقي النافذ تبياناً لمن ينطبق عليه مصطلح المصرف وذلك بالمادة (1) منه بأنه ((الشخص الحائز على ترخيص أو تصريح بموجب قانون المصارف يخول له الاشتراك في إعمال مصرفية أو غيرها من الأنشطة المصرفية الأخرى)) ، ولقد تم تعريف المصرف أيضاً في المادة (1) من قانون المصارف العراقي لسنة 2004, بأنه "شخصاً يحمل ترخيصاً أو تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الأعمال المصرفية ،بما في ذلك شركة حكومية منشأة وفق قانون الشركات الحكومية رقم (22) لسنة 1997 المعدل".

ويبدو من هذا التعريف أنه منح الاشخاص حق مزاولة الاعمال المصرفية سواء أكانت مصارف ومؤسسات مالية غير مصرفية وذلك بمنحها ترخيصاً من البنك المركزي العراقي أو حقها بأنشاء فروع للمصارف الاجنبية في العراق عن طريق منحها اجازة بمزاولة أعمالها.

والجدير بالذكر هنا أن المصرف الإسلامي يزاول أعماله ويقدم خدماته استناداً لجملة من القواعد الشرعية ومنها:

- قاعدة الحلال والحرام استناداً الى قوله تعالى "وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُواْ بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُواْ فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالإِثْمِ وَأَنتُمْ تَعْلَمُونَ " (البقرة آية 188).
- عدم التعامل بالربا استناداً الى قوله تعالى "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ اتَّقُواْ اللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنتُم مُّؤْمِنِينَ" (البقرة آية 278)؛
- حسن اختيار من يقومون على إدارة الأموال (العملاء) استناداً الى قوله تعالى " وَلاَ تَلْبِسُواْ الْحَقَّ بِالْبَاطِلِ وَتَكْتُمُواْ الْحَقَّ وَأَنتُمْ تَعْلَمُون" (البقرة آية 42)؛
- عدم حبس المال وحجبه عن التداول واكتنازه " ياأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الأَحْبَارِ وَالرُّهْبَانِ لَيَأْكُلُونَ أَمْوَالَ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ وَيَصُدُّونَ عَن سَبِيلِ اللَّهِ وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ " (التوبة آية 34)؛
- خضوع المعاملات المصرفية للرقابة الإسلامية الذاتية والخارجية وأداء الزكاة وتحقيق التوازن بين مجالات التوظيف المختلفة.

وتظهر أهمية المصارف بالنسبة للاقتصاد القومي من خلال ما تؤديه من وظائف وخدمات وما تتميز به عن غيرها من قدرة على خلق النقود أي إصدار نقود الودائع، والوظيفة الأساسية التي تقوم بها المصارف

هي الوساطة بين المدخرين والمقترضين وتؤدي صفة الوساطة المالية خدمات مالية جليلة مفيدة لوحدات اقتصادية عديدة مختلفة، وأن اقتصاد لا يعرف المؤسسات المصرفية ويقوم نظامه المالي على النقود والاصول المالية المباشرة فقط , وذلك أذا ما قام المدخرون بهذه المهام الضرورية (محمد بهجت عبدالله قايد،2007، ص449)

والذين يبحثون عن توظيف فوائضهم واستثمارها وتزداد هذه التكاليف إذا ما قام بها صغار المدخرين كل على حده، فضلاً عن انخفاض مستوى أدائهم لهذه المهام، فلا يمكن تصور وجود نظام اقتصادي دون وجود مؤسسات مصرفية وذلك لما يشهده الواقع من تطور كبير في المعاملات المالية. (شوقي بورقبة، 2013، ص60).

وتقلل المصارف من حجم المخاطر امام الراغبين في استثمار مدخراتهم وتهيء لهم افضل الظروف التي يمكن إن يلائموا بين السيولة والربحية فضلاً عن توفير السيولة وخلق النقود القابلة للإقراض، ومن ثم تستطيع المصارف أن تؤدي وظائف اقتصادية هامة , وأن تحقق الوفرة المالية والاقتصادية كتقديم الاستشارات المالية اللازمة للمدخرين وتحليلها، إذ لا يستطيع المدخر العادي عملها ضمن امكانياته المحدودة جداً، فالمدخر الفرد سيواجه مستوى عالياً من المخاطر, نظراً لتدني الفائض المتاح لغرض الاستثمار. أما المصرف فأنه يستطيع أن يشتري أصولاً مالية متنوعة لأنه يستطيع ان يجمع لديه احجاما كبيرة من المدخرات وهو بهذا يقدم توفيراً في تكلفة الشراء والتملك (محمد أحمد بن فهد،2003، ص106).

صفوة القول إن للمصارف الإسلامية مميزات تختلف بها عن المصارف الأخرى منها، استبعاد الفوائد بشكل ينسجم مع البيئة السليمة للمجتمع الإسلامي، وكذلك جذب الودائع وتنميتها لغرض القيام بعملية الوساطة المالية، وترجع أهميته لكونه تطبيقاً للقاعدة الشرعية القائلة بعدم تعطيل الأموال واستثمارها بما يعود بالنفع على المجتمع وأفراده، كون الودائع بمختلف أنواعها تعد مصدر أساسي من مصادر الأموال في المصارف الاسلامية، ذلك أن المصرف الإسلامي يعتمد في توظيف أموال المودعين على المضاربة بها وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، وذلك عندما تتكون هذه الودائع من الأموال التي يضعها أصحابها في المصرف الإسلامي بقصد المضاربة بها في تمويل عمليات استثمارية.

2.2. انعقاد المضاربة المصرفية:

يعرف الفقه القانوني المضاربة بأنها" عقد يتضمن دفع مال لآخر ليتجر فيه والربح بينهما"، أو "عقد خاص بين المالك والعامل على إنشاء مشروع استثماري يكون رأسماله من الأول والعمل من الثاني، ويتم تحديد نسبة كلاً منهما" (سيد الهواري،1977، ص194)

كما عرف بأنه "عقد خاص بين المالك والعامل على إنشاء تجارة يكون رأسمالها من الأول، والعمل من الثاني ويحددان حصة كل منهما في الربح بنسبة مئوية"، أو أنها "عقد شركة في الربح بمال من جانب رب العمل، وعمل من جانب المضارب" (سامي حسن حمود، 1982، ص376)

وتشريعاً لم يبين المشرع العراقي المقصود بالمضاربة، فالمشرّع لم ينظم هذا العقد تشريعياً بشكل مستقل وحتى وقتنا الحاضر، بعد أن تم ألغاء المواد في القانون المدني بموجب المادة (215/ ثانياً) من قانون الشركات رقم 36 لسنة 1983، والتي عرفته بأنه شركة لغرض توحيد أحكام الشركات، بينما حدد مفهومها القانون المدني الأردني بالمادة (261) بأنها ((عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال، والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح))، ويوضح هذا التعريف عناصر عقد المضاربة فقط دون بين طبيعة العقد ومدته.

في حين نجد أن المشرع اليمني نظم عقد المضاربة في القانون المدني وتحت عنوان عقد المضاربة أو القراض تأثراً بتسمية الفقه الإسلامي، وقد عرفه بالمادة(841) منه القانون المدني اليمني رقم (14) لعام 2002، بأن (المضاربة (القراض) هي أن يدفع شخص هو رب المال أو من يمثله إلى شخص آخر مالاً معلوم القدر والصفة مقابل جزء من الربح معلوم النسبة أو بحسب العرف).

وبهذا فإن المضاربة تتم من خلال قيام شخص أو مَن يمثله وكيلاً كان أم ولياً، أو وصياً بدفع مبلغ من المال لشخص أخر، ويكون المال محل العقد معلوم المقدار والصفة ويكون مقابل ما دفعه جزء من الربح أو نسبة معلومة بحسب الاتفاق أو ما سار عليه العرف.

والجدير بالذكر أن الفقه الإسلامي نظم غالبيه أحكام المضاربة ووضع لها مفهوم خاص، التي قد تختلف أنواعها وفقاً لمبلغ المراد المضاربة به والمدة المحددة لتنفيذه، وشروط أطراف العقد التي قد نوع المضاربة ، كون هدف المضاربة هو تحقق الربح من وراء تنفيذ العقد ومنح المال للمضاربة فيه الذي يعتمد بالأساس على خبرة المضارب في هذا النوع من المعاملات المالية، كما تختلف أنواع المضاربة حسب عدد الأطراف المتعاقدة قد يكون طرفين أو أكثر من طرف سواءً من ناحية تعدد شخص رب المال، أم تعدد المضاربين ، ذلك أن

عقد المضاربة يعد من أهم أساليب الاستثمار التي اعتمدتها خاصة المصارف الإسلامية فيما تقوم به من استثمار للأموال المودعة لديها ، لذلك لم تقف المضاربة عند الصيغة التعاقدية القديمة لها وهي المضاربة الفردية أو الثنائية التي لا مجال للتعدد في طرفيها (سامي حسن حمود، 1982 ، ص376)

والجدير بالذكر أن المضاربة كعقد يبرم بين طرفين غالباً، أولهما رب المال الذي قد يكون شخصاً واحداً أو أكثر، فالمصارف الإسلامية باعتبارها رب مال عادةً، تقوم بقبول الودائع من أرباب الأموال الذين لا يستطيعون إدارة أموالهم بأنفسهم بقصد استثمارها لهم، على أسس إسلامية، ومشاركتهم في أرباحها، بطريق المضاربة مع تجار أو أصحاب مهن أو مزارعين، أو بطريق التجارة المباشرة، أو غير ذلك من المعاملات الإسلامية ، ولذلك يستلزم إبرام أي عقد تطابق إرادتين مع توافر الأركان الموضوعية اللازمة لانعقاده وصحته (مؤيد وهيب جاسم الزبيدي، 1990، ص55).

ولذا قد يكون رب المال الذي قد يكون مالكاً للأموال وعديم الخبرة، ويرغب بالمضاربة بها من خلال تسليمها للشخص بموجب عقد المضاربة لغرض تحقق منفعته، وأما أن يكون غير مالك للأموال ولكن مودعه لديه، وهنا تتركز مهام المصرف الإسلامي في التوسط بين الطرفين لتحقيق التوافق في توارد الأموال وإعطائها للراغبين من الاشخاص الراغبين بالمضاربة للعمل فيها. والطرف الاخر في العقد هو العامل بالمال، وهو(المضارب).

3. الية تنفيذ عقد المضاربة:

إن عمليات المضاربة جاءت كبديل للعمليات الربوية التي تمارسها المصارف وغيرها من الشركات التجارية، وذلك لما للربا من أثر على العملية الإنتاجية سواء بالنسبة لتشجيع أصحاب الثروات، أو زيادة حدة التضخم، فالمضاربة التي تقوم بها المصارف تعمل على زيادة مستوى الاستثمار وتخفيض الربح بالنسبة لرأس المال، وهو ما يؤدي إلى رفع المستوى الحقيقي للأجور، بالإضافة إلى ذلك فإن نظام الفائدة يقيد من جرأة المستثمرين على الدخول في النشاط لاقتصادي الاستثماري لأنه يحملهم مخاطر أكبر، وتكمن الطريقة الوحيدة للاستثمار من قبل المصارف الإسلامية في اجتناب المدخرين الحقيقيين واشتراكهم في ملكية المشروعات وأرباحها بطريقة المضاربة أو المشاركة أو المرابحة، وكلما كانت مجالات الربح أكبر ازدادت المنافسة على المدخرات الحقيقية وارتفعت حصة المدخرين في الأرباح (صلاح الدين حسن السيسي 2008، ص159).

1.3. المركز القانوني للمضارب في عقد المضاربة:

يعد عقد المضاربة كغيره من العقود إذا توافرت أركانه، فإن رب المال لا يتردد في إبرامه، بعد إكمال الإجراءات اللازمة من أجل دراسة شخصية المضارب والوقوف على مركزه المالي والشخصي، ويحدد عادة نوع الوثائق والرسوم والضمانات والمبلغ المضارب به في هذا العقد، لذا يترتب على المضارب بعد استلام المبلغ المضارب به تنفيذ العقد وفقاً لشروطه ، فيحق له البيع والشراء ، كون عقد المضاربة يقوم على التجارة، بشرط أن يكون في الحلال المباح وبالشروط المتفق عليها، وجاز له اجراء التوكيل لأنه من عادة التجار، فقد يوكل من ينوب عنه في استلام البضاعة، أو دفع الأجور أو ما إلى ذلك، وكذلك الاستئجار لأن المضارب ربما لا يقدر على القيام بأعباء العمل وحده فيستأجر من العمال من يساعدونه على ذلك ، وله أن يتولى الإيداع، فله أن يودع المال أو مثله عند من يأمنه ، كما يحق له اجراء الرهن ، أي أن يرهن بديْن عليه في المضاربة من مال المضاربة، وأن يرتهن بديْن له منها على رجل، وليس له أن يرهن، بعد نهي رب المال عن العمل، ولا بعد موته (محمود طموم، 1987، ص70).

كما أن هناك تصرفات تحتاج إلى إذن خاص من رب المال، ليقوم بها، ومنها الاستدانة على رأس المال، هو أن يشتري المضارب بثمن دين، وليس في يده من مال المضاربة من جنسه ما يكفي، فهنا اتفق الفقه الإسلامي بشأن القول إنه لا يحق للمضارب أن يستدين إلا بعد إجازة رب المال، لأن الاستدانة تجعل صاحب المال يضمن مالاً أكثر مما دفعه، كما لا يصح للمضارب أن يجري الهبة لأنها تبرع، وهو ليس من عمل التجارة أو يتصدق على ذي حاجة من مال المضاربة إلا بإذن رب المال، وليس له الاقراض لأن القرض تبرع بمنفعة المال مدة، بحيث إذا أقرض كان عليه الضمان (مؤيد وهيب جاسم الزبيدي، 1990 ، ص55).

واتفق الفقهاء على جواز الاشتراط على المضارب العمل ضمن حدود مكان عام، حيث يفي ذلك بغرض المضاربة، لأن فيه صيانة والمحافظة على المال من أخطار الطريق، ولأن الأسعار تختلف باختلاف الأمكنة، فتقييد المضارب بمكان معين يحقق مقصود العقد، ولكن نرى الافضل في عقود المضاربة عدم اشتراط تقييد المضارب عند التعامل، ذلك أن المضارب يبذل في تنفيذه للعقد العناية التي يبذلها الشخص الحريص في مسألة استثمار الاموال، الامر الذي قد يتطلب منه الاستعانة بالوسائل المتاحة له كافة كاتخاذ وكلاء، أو

اعداد دراسات مالية، أو الاستعانة بالغير أكثر خبرة من الشخص لغرض الوصول إلى حسن تنفيذ ادائه لالتزامه باستثمار الاموال المضارب بها (علي محمد بن أحمد ، 1984 ، ص54).

وبالرجوع إلى التشريعات المقارنة نجد أن المشرع الاردني المادة (625) قد نصت على أنه:

– إذا كان عقد المضاربة مطلقاً اعتبر المضارب مأذوناً بالعمل والتصرف برأس المال في شؤون المضاربة وما يتفرع عنها وفقا للعرف السائد في هذا الشأن.

– وإذا قيد رب المال المضاربة بشرط مفيد وجب على المضارب مراعاته فاذا تجاوز في تصرفه الحدود المأذون بها فله الربح وعليه الخسارة وما أصاب رأس المال من تلف مع ضمان الضرر الذي ينجم عن مثل هذا التصرف.

أما فيما يتعلق بموقفه من خلط أموال المضارب بأموال المضاربة فقد نص بالمادة (626) بأنه:

–لا يجوز للمضارب خلط مال المضارب بماله ولا اعطاؤه للغير مضاربة إلا اذا جرى العرف بذلك أو كان رب المال قد فوضه العمل برأيه؛

– ولا يجوز له هبة مال المضاربة ولا اقراضه ولا اقتراض إلى حد يصبح معه الدين أكثر من رأس المال إلا بأذن صريح من رب المال.

في حين القانون المدني اليمني فقد وضح بالمادة(850) بأنه إذا تم عقد المضاربة بأركانه وشروطه التي لا تتعارض مع موجبه كان صحيحاً، ولزم كل من الطرفين التقيد بما جاء فيه، أي أن العقد إذا تم صحيحاً بشروطه واركانه كان لازم وعلى أطرافه التقيد به.

ويُعد الضمان من القواعد الاساسية التي يقوم التمويل بالمضاربة عليها بشكل خاص، ذلك أن الأصل في المضاربة هو عدم طلب ضمان من المضارب لأنه ملزم بجهده وخبرته ولذلك فأنه غير ضامن للربح أو عدم تحقيق الخسارة ، بالإضافة إلى ذلك فإن عقد المضاربة يُعد عقد أمانة، فالمضارب أمين على أموال صاحب المال ووكيل في تشغيلها واستثمارها دون أن يضمن نتائج ذلك، كون اشتراط ضمان رأس المال على المضارب يقلب العقد من مضاربة إلى القرض ، ويحول المضارب من كونه وكيلاً أميناً إلى مقترض ضامن، كون العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمبان (علي الخفيف، 1971، ص32).

وقانوناً نجد أن المشرع الأردني قد اشتراط الضمان على رب المال في حالة حدوث خسارة في رأس مال المضاربة، الذي يقضي بأن شرط الضمان في هذه الحالة فاسد غير مفسد لعقد المضاربة، فقد نصت المادة

(628/ ف1) من القانون المدني الاردني بأنه ((يتحمل صاحب المال الخسارة وحده، ولا يعتبر أي شرط مخالف)) ، ونصت المادة (623/ ف2) من القانون المذكور بأنه ((يكون المضارب أميناً على رأس المال، وشريكاً في الربح)) بمعنى أن المضارب أمين في مال المضاربة، والأمين كما هو مقرر في القواعد العامة للمضاربة عند الفقهاء لا يضمن إذا لم يفرط، أو يعتدي على المال، وهذا يتأكد من خلال المادة (628) فقرة (2) من القانون التي نصت على أنه ((إذا تلف شيء من مال المضاربة حسب من الربح، فإن جاوزه حسب الباقي من رأس المال، ولا يضمنه المضارب)).

في حين اجاز المشرع اليمني في المادة (849) من القانون المدني اليمني بآن يتطوع المضارب لضمان رأس المال من دون شرط، كما أجاز لرب المال أن يشترط على المضارب أن يأتيه بمن يضمنه فيما يترتب على تعديه، كما نصت عليه المادة (855) من القانون المذكور بأنه ((إذا تلف رأس المال في يد العامل دون تعد منه ،أو مخالفة لشروط المضاربة فلا ضمان عليه وله الرجوع على صاحب المال بما انفقه على رأس المال نفقة معتادة ((وكذلك نص المادة (863) من القانون المدني اليمني على أنه((يضمن العامل الخسارة التي تلحق راس المال إذا كانت راجعة إلى خطئه بالتعدي أو التقصير أو مخالفته الشروط الصحيحة للمضاربة)).

بمعنى أنه لا يحق لرب المال أن يشترط ابتداءً على المضارب الضمان إلا في حالتين، أولهما موافقة المضارب على أن يضمن رأس المال في كل الاحوال أي بمقترح من الاخير، والحالة الثانية وجود شرط ضمن بنود العقد يقضي بضمان المضارب رأس المال في حالة التعدي والتقصير (فداد العياشي، 2003، ص65).

وبهذا فأن المضارب غير ضامن كقاعدة عامة إلا في حالات استثنائية، كحالة التعدي والتقصير ومخالفة مقتضى العقد، وبعد تنفيذ العقد من قبل المضارب يترتب عليه بحكم مركزه القانوني تسليم الأرباح إلى رب المال، ذلك إن الذي يستحقه رب المال بسبب مشاركته في المضاربة هو الربح الذي اتفق عليه مع المضارب لأنه ناتج عن استثمار ماله، هذا إذا كان في المال ربح، أما إذا لم يكن فلا شيء له على المضارب، لأن الربح غاية المتعاقدين من هذا العقد (على الخفيف، 1971، ص32).

2.3. معوقات تطبيق عقد المضاربة:

تعرض تطبيق المضاربة في المصارف الإسلامية مجموعة من المعوقات في بالرغم من التطوير الذي لحق في أحكام المضاربة وقواعدها الفقهية لغرض تلاءم العمل في المصارف الإسلامية

وبالخصوص حالات الاستثمار الجماعي المشترك، ومن هذه المعوقات هو حصر الإدارة بالطرف المضارب، إذ وفقاً لأحكام عقد المضاربة التي تنص على إن رأس المال من طرف، والعمل من طرف أخر، فهذا يعني إن العمل في مال المضاربة من حق المضارب وحده، ومن ثم تكاد إمكانية متابعة المصرف للتنفيذ عقد المضاربة معدومة ويقتصر دوره في تقديم القيود التي يختار بها نوع النشاط الاستثماري ، إذا كان نوع عقد المضارب بقيد بمزاولة نوع معين من الانشطة ومثبت في العقد، لذا اتجه جانب من الفقهاء إلى إلزام المضارب بالمصروفات المتعلقة بالقرارات الاستثمارية (علي الخفيف، 1971 ،ص32).

مما يتيح للمتضاربين المستثمرين إمكانية التلاعب وتبديل الكثير من الأرباح بتحميلها على وعاء المضاربة، ويترتب على ذلك أن المشاريع التي تمولها المصارف عن طريق عقد المضاربة قد تلحقها خسارة تنعكس على المودعين على اساس هم أصحاب الأموال، لذلك تكون المصارف الإسلامية أمام أحد الأمرين، وهي أما أن تتحمل الخسارة والمخاطرة بأموال الودائع لعدم إمكانية التدخل في تسيير المشاريع لمجرد احترام قاعدة فقهية أو العزوف عن تطبيق هذه الصيغة كوسيلة تمويلية (مؤيد وهيب جاسم الزبيدي، 1990، ص65)

ومن المعوقات الاخرى الضمان الذي يعد من المعوقات الأساسية التي واجهت تطبيق عقد المضاربة في المصارف الإسلامية، ذلك أن الأصل في المضاربة أن المضارب لا يضمن رأس المال إلا إذا تعدى أو قصر في الحفاظ على المال المضارب به ، كون العلاقة التي تحكم المصرف الإسلامي بمودعيه قائمة على مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر (الغنم بالغرم) وبالرغم من قبول المودعين لهذا المبدأ إلا إن التجربة العملية للمصارف أثبتت أن المودعين ليس لديهم الاستعداد الكافي للمخاطرة، وذلك لسيطرة العقلية الربوية على سلوك غالبية المودعين وتأثرهم بما هو عليه الحال في المصارف التقليدية (سامي حسن حمود ، مصدر سابق، ص376)

فضلاً عما تقدم ذكره فأن طبيعة عمل المصارف الإسلامية التي تمتد لأغراض تنموية يجعلها تقع في تناقض بين العمل المصرفي الذي يتجه لأن يكون قصير الأجل، وبين العمل الاستثماري الذي يكون بطبيعته طويل الأجل؛ وحتى تتمكن المصارف الإسلامية من القيام بأهدافها ينبغي لها توظيف أموال الودائع في مشروعات طويلة الأجل، الأمر الذي يؤخر حصول المودعين على عوائد إيداعاتهم، مما

يدفعهم إلى سحب تلك الودائع هذا من جانب، ومن جانب اخر فأن المصارف عندما توظف الودائع لأجل قصير في قروض على المدى الطويل أي المشروعات الكبيرة التي تحتاج إلى رؤوس أموال ضخمة، لغرض تحويل التوظيفات بالمشاركة والمضاربة إلى سيولة نقدية ، مما جعلها تحتفظ بنسبة عالية من السيولة يترتب على تدفق الودائع الاستثمارية إلى المصرف الإسلامي ما يمكن تسميته «مشكلة خلط الأموال» التي يترتب عليها عدم التمكن من معرفة تخصيص كل مال على حدة بعملية معينة، أموال مجموعة من العمليات، يمكن على أساس نتائجها تحديد العائد المستحق لأطراف المضاربة (علي الخفيف، 1971، ص38)

وتعد السيولة النقدية من الأدوات الرقابية التي تعيق تطبيق صيغة المضاربة بشكل غير مباشر في المصارف الإسلامية، إذ تقتضي التشريعات المصرفية عادة بفرض نسبة سيولة معينة متمثلة بموجودات نقدية سائلة إضافة إلى موجودات مالية تغلب عليها وتطلق هذه الأخيرة على الأصل إذا كان بالإمكان تحويله إلى نقد بسرعة صفة السيولة، ويهدف البنك المركزي من هذه النسبة تجنيب المصارف العاملة تحت سيطرته أزمات السيولة الناجمة عن طلبات الدفع المفاجئة، وعندما تزداد حركة مسحوبات المودعين عن المعدل المتوقع، والتي قد تعرض مركزها المالي وسمعتها للخطر، كما ويستخدم البنك المركزي السيولة النقدية كأداة للسياسة النقدية للتحكم في حجم الائتمان الممنوح من قبل المصارف، وتكمل نسبة الاحتياطي النقدي القانوني (علي الخفيف، 1971، ص34).

ومن المعوقات الداخلية المتعلقة بعمل المصارف الإسلامية هو رغبة بعض العاملين في المصارف الإسلامية وبعض المتعاملين معها في سرعة إنجاز المعاملة في أقل وقت ممكن، ولو على حساب الضوابط الشرعية والالتزام بتسلسل الإجراءات، بل يجعلهم ذلك أحياناً يقومون باستلام الضمانات وتسليم المبلغ المضارب به للمضارب في آن واحد دون ترتيب أو مراعاة للإجراءات ، بالإضافة إلى قلة خبرة المضاربين والمشاركين المتعاملين مع المصارف الإسلامية في الأنشطة الاستثمارية، فضلاً عن الانحدار الأخلاقي المتعلق بالأمانة والسلوك القويم؛ جعل كثيراً من المصارف تُحجم عن إبرام عقود المضاربة ؛ خوفاً على أموال المودعين وتحرزاً من تعريض أموال المصرف للضياع، فمن المعلوم قوة الضمانات في مثل هذه الصيغ من صيغ الاستثمار ليست هي أساس التمويل، بل الأساس هو الثقة بالعميل (فداد العياشي، 2003، ص65)

ونرى أن عدم وجود البيئة الشرعية المناسبة التي تشجع على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في المجال المالي قد يؤدي نحو تقليل تفعيل اساليب الاستثمار في هذه المصارف، فمعظم النظم الاقتصادية والمالية بعيدة كل البعد عن أحكام الشريعة الإسلامية ولا تتفق وطبيعة معاملات المصارف الإسلامية وأنشطتها، فمعظم البنوك المركزية لا تراعي اختلاف بيئة المصارف التقليدية عن التي ينبغي أن تعمل فيها المصارف الإسلامية، فضلاً إن المشكلات الإدارية والإجراءات التنظيمية المعقدة المتعلقة بتراخيص التشغيل وإنشاء الشركات وممارسة العمل المصرفي الإسلامي، وهو ما تسبّب في إغلاق بعض المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية ، فعمل المصارف الإسلامية يقوم على أساس المشاركة والمضاربة والمرابحة وغير ذلك من صيغ الاستثمار، وهذا يتطلب بيئة مختلفة تنظيمياً عن تلك التي تعمل في ظلها المصارف التقليدية.

4. خاتمة :

توصلنا في نهاية هذا البحث إلى جملة من النتائج والتوصيات:

1.4. النتائج :

– إن المصارف الإسلامية تعد مؤسسات مالية مصرفية تزاول أعمالها المصرفية وفق أحكام الشريعة الإسلامية، ولذا يسعى المصرف الإسلامي الى تقديم العديد من الخدمات المصرفية عن طريق تعبئة الموارد النقدية لدى أصحاب الأموال واستثمارها وتوظيفها توظيفاً إسلامياً، ولذلك تتعدد أنواع التوظيفات المصرفية في المصارف الإسلامية وفقاً لحاجة جميع المعاملات المالية؛

– إن للمصارف الإسلامية مميزات تختلف بها عن المصارف الأخرى منها استبعاد الفوائد بشكل ينسجم مع البيئة السليمة للمجتمع الإسلامي، وكذلك جذب الودائع وتنميتها لغرض القيام بعملية الوساطة المالية، وترجع أهميته لكونه تطبيقاً للقاعدة الشرعية القائلة بعدم تعطيل الأموال واستثمارها بما يعود بالنفع على المجتمع وأفراده، كون الودائع بمختلف أنواعها تعد مصدر أساسي من مصادر الأموال في المصارف الاسلامي؛

– إن الفقه الإسلامي نظم غالبية أحكام المضاربة ووضع لها مفهوم خاص، التي قد تختلف أنواعها وفقاً لمبلغ المراد المضاربة به والمدة المحددة لتنفيذه، وشروط أطراف العقد التي قد نوع المضاربة، كون هدف المضاربة هو تحقق الربح من وراء تنفيذ العقد ومنح المال للمضاربة فيه الذي يعتمد بالأساس على خبرة المضارب في هذا

النوع من المعاملات المالية، كما تختلف أنواع المضاربة حسب عدد الأطراف المتعاقدة قد يكون طرفين أو أكثر من طرف سواءً من ناحية تعدد شخص رب المال، أم تعدد المضاربين؛

– إن عمليات المضاربة جاءت كبديل للعمليات الربوية التي تمارسها المصارف وغيرها من الشركات التجارية، وذلك لما للربا من أثر على العملية الإنتاجية سواء بالنسبة لتشجيع أصحاب الثروات، أو زيادة حدة التضخم، فالمضاربة التي تقوم بها المصارف تعمل على زيادة مستوى الاستثمار وتخفيض الربح بالنسبة لرأس المال، وهو ما يؤدي إلى رفع المستوى الحقيقي للأجور.

2.4. التوصيات :

– عقد مؤتمرات وندوات وورش العمل وإصدار الدوريات العلمية المتخصصة لغرض معرفة ماهية عقود المضاربة، وإعداد وتأهيل الكوادر البشرية، وإعداد الدراسات والأبحاث العلمية الخاصة بأنواع الصكوك عامة وصكوك المضاربة خاصة، من قبل المؤسسات المعنية بذلك؛

– اصدار قانون أو تعليمات للمصارف الاسلامية تبين كيفية ابرام هذه العقود وعدد الاطراف المشاركة فيه كمضارب، نظراً لظهور صور جديدة للمضاربة تضم مئات الآلاف من المضاربين تحتاج إلي توضيح، وكذلك بيان مدى مسؤولية المضارب والشريك عن الخسارة التي تمحق أموال المودعين المستثمرين وأرباب الأموال، وبيان هل هو ضامن التقصير والاهمال أم هو بمنأى عن ذلك، وتحديد مدة العقد وكيفية توزيع الارباح بين الاطراف لغلق باب الاجتهادات الشخصية وتطوير هذا النوع من العقود لغرض تنمية الاستثمار.

5. المراجع:

– خليل محمد حسن الشماع (1975)، ادارة المصارف، مطبعة الزهراء، بغداد.

– سامي حسن حمود (1982)،تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، مطبعة الشرق، عمان.

– سيد الهواري (1977)، الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، ج5، مطبعة الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، القاهرة.

– شوقي بورقبة (2013)، التمويل في البنوك التقليدية والبنوك الإسلامية، ط1، عالم الكتب الحديث، عمان.

- صلاح الدين حسن السيسي (2008)، المصارف التجارية (الواقع والطموح)، الهيأة المصرية العامة للكتاب، القاهرة.

- عاطف جابر طه عبد الرحيم (2008)، تنظيم وإدارة البنوك (منهج وصفي وتحليلي)، الدار الجامعية للطباعة.

- على الخفيف (1971)، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة.

- على محمد بن أحمد (1984)، روضة القضاة وطريق النجاة، تحقيق صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت.

- فداد العياشي (2003)، مخاطر الثقة في تطبيقات المضاربة وعلاجها، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة.

- فليح حسن خلف (2006)، النقود والبنوك، الطبعة الأولى، دار الكتاب العالمي، عالم الكتب الحديث، عمان.

- محمد أحمد بن فهد(2003)، اقتصاديات النقود والبنوك، مطبعة الفجيرة الوطنية، دبي، ط1.

- محمد بهجت عبد الله قايد (2007)، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، ط1، دار النهضة العربية.

- محمود طموم (1987)، المضاربة في الشريعة الاسلامية، ط1، مطبعة حسان، الكويت.

- مؤيد وهيب جاسم الزبيدي(1990)، المصارف الإسلامية، دراسة تقويمية لصيرفة لا تقوم على الفائدة، رسالة ماجستير، كلية الإدارة والاقتصاد، الجامعة المستنصرية.