جامعة الدكتور مولاي الطاهر -سعيدة-

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

الآليات القانونية لحماية الإستثمار في المجال البنكـي - البنوك الإسلامية نموذج-

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال

إعداد الطالب:

- بهلول مراد
- مكي محمد طاهر

تحت إشراف:

- د. طيطوس فتحي

لجنة المناقشة:

الأستاذ عثماني عبد الرحمان	رئيسا
الأستاذ طيطوس فتحي	مشرفا و مقررا
الأستاذ هني عبد اللطيف	عضوا مناقشا

السنة الجامعية

2022 . 2021

بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

شكر وتقدير

أشكر الله العلي القدير الذي أنعم علي بنعمة العقل والدين ، القائل في محكم التنزيل

﴿ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ ﴾

سورة يوسف آية 76

إنه لمن من المروءة أن لا ينسى الإنسان فضل الآخرين عليه وإذا كان هذا الفضل في مجال العلم فإن الدعاء لصاحب الفضل واجب.

أتقدم بجزيل الشكر إلى كل من كان له الفضل في إنجاز هذا العمل المتواضع وإثراءه و أخص بالذكر

الأستاذ الفاضل " طيطوس فتحي " الذي قبل الإشراف على هذا العمل المتواضع والذي رافقني طيلة هذا العمل خطوة بخطوة دون ملل، ولم يبخل علينا بعلمه وتوجيهاته ونصائحه، فله منا جزيل الشكر و التقدير.

فنسأل الله عز وجل أن يجعل هذا العمل في ميزان حسناتنا وأن يجعله صدقة جارية يوم لا ينفع مال ولا بنون إلاّ من أتى الله بقلب سليم.

الإهداء

شكر للمولى عزَّ وجَّل على نعمته التي أنعمها عليّ، فالحمد لله و الشكر لك ربي عدد ما كان وعدد ما يكون عدد الحركات و السكون...

و إلى من قال الله تعالى في حقهما﴿ وَاخْفِضْ لَهُمَا جَنَاحَ الذُّلِ مِنَ الرَحْمَةْ وَ قُلْ رَبِي إِرْحَمْهُمَا كَمَا رَبَيَانِي صَغِيرَا﴾

الآية 24 من سورة الاسراء.

وإلى جميع أفراد عائلتي... إلى كل الأصدقاء الأوفياء.

إلى كل أساتذتي الذين علموني

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل المتواضع من قريب أو بعيد.

مكي محمد طاهر

الإهداء

الشكر للمولى عزَّ وجَّل على نعمته التي أنعمها عليّ، فالحمد لله و الشكر لك ربي عدد ما كان وعدد ما يكون عدد الحركات و السكون...

أهدي هذا العمل إلى روح الغالي أبي الذي لم يكتب له أن يرى ثمرة زرعه رحمه الله و أسكنه الفردوس أعلى

إلى الغالية أمي التي سقتني ببركة دعائها ورضاها عني فاللهم أطل في عمرها وإحفظها لي و أرزقني برها

إلى رفيقة دربي و شريكة حياتي زوجتي : من كانت ولاتزال سندي و دافعي

إلى مؤنساتي الغاليات نور اليقين ، حفصة ، جويرية

أسأل الله أن يكن لي حجابًا من النار ويوفقهن في مشوارهن الدراسي

إلى جميع أفراد عائلتي... إلى كل الأصدقاء الأوفياء.

إلى كل أساتذتي الذين علموني

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذا العمل المتواضع من قريب أو بعيد.

بهلول مراد

قائمة المختصرات:

ص: صفحة.

ج: جزء.

ط: طبعة.

د.ج: دون جزء.

د.ط: دون طبعة.

د.س.ن: دون سنة النشر.

ج.ر: الجريدة الرسمية.

P : page

مُقَدِّمَة

أن للإستثمار مفهوم جامع و مانع لجميع القطاعات الشاغلة للإقتصاد بل أنه يمس الجوانب السياسية والإجتماعية ،وهي العوامل التي لا يجب الإستعانة بها عند التخطيط لبناء الإقتصادبمفهومه العام يدفعنا للقول؛ بأنه تحديد لمجموعة من الأهداف المتناسقة التي يراد تحقيقها وفق أولويات معينة وخلال فترة زمنية محددة ،مع إختيار لمجموعة الوسائل و الإجراءات اللازمة لتحويل هذه الأهداف إلى واقع[1] .

كل الإجراءات التي تتخدها الدول محمودة وتصب في باب الإصلاح الإقتصادي، وإن كان هذا المفهوم الأخير ليس له معنى ثابت و صحّ على أنه عملية منظمة للتغيير في الإقتصاد بهدف خفض أو إزالة الإختلالات المحلية أو الخارجية من خلال مجموعة من التغييرات في السياسة العامة كأساس لتحقيق نمو قابل للإستمرار ، وقد أقرّ فقهاء القانون والإقتصاد على حد سواء أنه منذ ثمانينيات القرن الماضي وحتى الآن تحوّل مفهوم الإصلاح إلى موجة عارمة ، و إرتكز هذا المفهوم بدرجة أساسية على تفعيل آليات السوق و الخصخصة كما إرتكز على التقليص من دور الدولة في نشاط الإقتصاد إلى أضْيق الحدود ،و تحرير العلاقة الإقتصادية الداخلية و الخارجية [2] .

كما أن ملامح التقدم الإقتصادي و الإجتماعي يمكن أن نلاحظ وجوده في الواقع عندما ترتكز الجهود بالدرجة الأولى على تعبئة و تطوير المجتمع ، من أجل تنمية القوى المنتجة ـ المادية والبشرية . و توسيع و تنويع قدراتها الإنتاجية مما يؤدي بستمرار إلى زيادة وتحسين إنتاجية العمل وهو الهدف المرجو متى رجعنا إلى نصوص مواد الإستثمار[3] .

---

[1] عبد الفتاح مراد ، موسوعة الإتسثمار ،الدار الجامعية الجديدة ،الإسكندرية ، مصر ، ص 9 .

[2] ضياء مجيد الموسوي ،الإقتصاد العالمي بعد الأزمة الإقتصادية العالمية (2002 . 2009) ، ط 1 ، مكتبة كنوز للنشر والتوزيع، الجزائر ، 2017 ، ص 9 .

[3] الأمر 09/16 المؤرخ في 3 غشت 2016 المتعلق بترقية الإستثمار

مثـل هـذه المحـاولات ترتبـط بالآجـال البعيـدة أو المتوسـطة أو القصيـرة مـادام أن المشـروع الإستثمـاري لـه مقاصـد ربحيـة مـن حيـث الأصـل خـاصة عندمـا يتعلـق بالإسـتثمارات المقننة و التي يصلح تسميتها بالأنشطة المقننة كالنشاط المصرفي مثلًا .

بيد أن القطاع المصرفي لقي إهتمام كبير من فقهاء القانون و الإقتصاد نظرًا للأهميه الكبرى ،و دوره الإستراتيجي في دعم وتنمية الإقتصاد ،بحيث يعمل على توفير السيولة اللازمة[1] ثمّ إستثمارها في إنشاء و تطوير المشاريع الإنمائية وتنمية الحاجيات الإستهلاكية .

لكـن أثـر الأزمـة الماليـة المتواليـة بدايـة القـرن الماضـي ، وأواخـر السبعينيـات ،ثـمّ أزمـة الرهـن العقـاري والديـون الأوربيـة في بدايـة هـذا القـرن طـرح نقـاش حـول نجاعـة و فعاليـة الأنظمـة الماليـة علـى المسـتوى المحلـي و الـدولي في تحقيـق تنميـة عادلـة ومجتمعـات مسـتقرة ، فـبرزت توجهـات علميـة و تطبيقـــــــات عمليـــــــة تتبـــــــنى نظامـــــــًا بـــــــديلًا قائمًـــــــا علـى الأخـلاق أو الأخلاقيـات [2] كمـا يهـتم بالنشـاط الربحـي و غـير الربحـي مـع وضـع حـدود فاصـلة بينهما ويهدف إلى تقليص الفجوة بين المديونية و الإقتصاد الحقيقي[3] .

خـلال نصـف القـرن العشـرين عقـدت العديـد مـن المؤتمرات و النـدوات التـي تـدعو إلى إعـادة تفعيـل المنظومـة الماليـة الإسـلامية[4] وعـدم التمييـز بـين الـربا في القـروض الإسـتهلاكية و الإنتـاج [5]،

---

[1] عزيزي جلال ، الإستثمار في القطاع المصرفي في الجزائر، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق ، 2016 . 2017 ، ص 06 .

[2] Mehmet Asutay , Islamic moral as The foundation of Islamic finance : IN Europe : Toawards a Plurail Financial System , Edward Elgar PL , UK , 2013 , Charles tripp, Islam and the moral Economy the Challenge ofCapitalism , cambridge University Press , UK , 2006 .

[3] سامي بن إبراهيم سويلم ، مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي ،مركز النماء للبحوث و الدراسات ، بيروت ، لبنان، ط1، 2013 ، ص ص 46 . 73

[4] عقد مؤتمر إسلامي ثاني لمجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة سنة 1965 ،ثم المؤتمر العالمي الأوّل للإقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة سنة 1976 التي حاولت التأصيل للإقتصاد الإسلامي

[5] Abraham L.Partnership and Profit in Medieval Islam :Princeton University Press ,UK ,1970

وناقشت البحوث دور البنوك الإسلامية في تحقيق التنمية العادلة[1]، ومعالجة ظاهرة التضخم[2]، لتنتقل بعد ذلك للإهتمام بالتمويل الأصغر ثمّ الحوكمة والمسؤولية الإجتماعية[3] .

كما برزت المؤسسات الأكادمية كحاضنات للبحوث و الدراسات المتخصصة في هذا المجال[4]وتم عولمة التمويل الإسلامي بعد ما حضي بإهتمام الولايات المتحدة الأمريكية و عديد الدول الأوربية كـ: بريطانيا[5] فرنسا ، ألمانيا التي حاولت أن تكون مركزا عالميا للتمويل الإسلامي .

أما من الجانب العملي ولأسباب تاريخية فرض على الدول الإسلامية تطبيق الأنظمة الغربية[6] إلى غاية **1940** حيث بدأ الظهور الفعلي للبنوك الإسلامية .

---

[1] رفيق يونس المصري ، مصرف التنمية الإسلامي ، محاولة جديدة في فهم الربا و البنك و الفئدة ،عمر شابرا ،الإسلام والتحدي الإقتصادي ،المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، واشنطن ، الولايات المتحدة الأمريكية ، 1996

[2] عبد الرحمن يسري ،السياسات العلاجية للتضخم في البلدان المتقدمة و النامية "تحليل مقارن مع تعقيب من منظور إسلامي " ،كلية التجارة ، جامعة الإسكندرية ، مصر ،1995 ،معيد علي الجارحي ،السياسات النقدية ومعالجة التضخم في إطار الإقتصاد الإسلامي ،معهد السياسات الإقتصادية ،صندوق النقد العربي ،أبو ظبي ، الإمارات العربية المتحدة ،1996 ،مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي 06 . 11 / 1988/02 حول موضوع " تغير قيمة العملة "، المؤتمر الخامس بالكويت ،1988 .1989 ، موسى آدم عيسى ، آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الإقتصاد الإسلامي ، رسالة ماجيستير ، شعبة الإقتصاد الإسلامي ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، السعودية ، 1985 ، خالد بن عبد الله مصلح ، التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ، دار إبن الجوزي ، الرياض ، السعودية ، ط1 ، 2006

[3] المنتدى الدولي للقانونيين في الصناعة المالية الإسلامية منذ 2009 ، المنتدى العالمي للتمويل الإسلامي بجامعة هارفارد منذ 1للتمويل 1997 . المؤتمر العالمي للبنوك و المؤسسات المالية بالبحرين 2006 . المؤتمر العالمي للهيئات الشرعية منذ 2001 ، المنتدى الفرنسي للتمويل الإسلامي منذ 2007 ، المؤتمر الألماني للبنوك الإسلامية منذ 2009 .

[4] الجامعة العالمية للمالية الإسلامية INCEIF و الأكادمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية ISRA بماليزيا ، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي IRTI ومعهد الإقتصادي الإسلامي ICRIE بجدة السعودية

[5] John R. Presley , Dir:ectory of Islamic Financial institutions , london :Croom Helm UK R ,Wilson,Challenges and Opportunities for Islamic Banking and finance , in the West : The United Kingdon Experience , UK 1999 , HM Treasury "Development of Islamic Finance in the UK : Government's Perspective" , UK , 2008 ,

[6] يقصد بالأنظمة و الدول الغربية في هذه مذكرة دول الإتحاد الأوربي التي توجد بها أغلبية المسلمة.

وتشير الإحصائيات إلى النمو المتسارع للبنوك الإسلامية حيث بلغ أصول المالية الإسلامية سنة **2014** حوالي **02** تريليون دولار أمريكي بمعدل نمو تجاوز **9,81** بالمئة[1]، رغم أنه لا يوجد أي بنك إسلامي ضمن قائمة أكبر مائة بنك ، ،ولا تمثل المالية الإسلامية كأقصى تقدير إلا **02** بالمئة من أصول المالية في العالم [2]،كما طرحت تساؤلات حول جودة الخدمات المقدمة و مدى مطابقتها للقواعد الشرعية مما يستوجب تدعيم التطور النظري والعملي بتشريعات و قوانين مواكبة[3] .

تعمل البنوك الإسلامية في ظل أنظمة قانونية متشابكة و تسعى لتحقيق متطلبات الإزدواجية حول تحقيق الربح من جهة ومن جهة أخرى تحقيق المطابقة الشرعية و جذب المستهلكين (المودعين و المستثمرين) .

وفي هذا الإيطار تتميز البنوك الإسلامية بقوانين متعددة ومتنوعة و مدمجة من حيث الأثر المترتب سواء في صيغة التمويل أو في الرقابة القبلية و البعدية وحتى في الأساليب التحفيزية لهذا النوع من الإستثمار، وهذا ما يطرح الإشكالية التالية :

- ما مدى إستجابة النصوص القانونية المنظمة للبنوك الإسلامية و إيجاد آليات مناسبة لحمايتها؟

وتندرج ضمن هذه الإشكالية الأسئلة الفرعية التالية :

- كيف تستثمر البنوك الإسلامية أموالها بطرق شرعية ؟
- ما هي مآخذ النظام القانوني الجزائري في إيطار الرقابة على المصارف الإسلامية مقارنة بالأنظمة الأخرى ؟
- ماهي المزايا و الضمانات التي أقرها المشرع الجزائري في حماية الإستثمار ؟

---

[1] The Banker , Special report , Top Islamic financial istitutions ,November 2014 ,P04 .

[2] H . Van Greuning & Z . Iqbal ,Risk analys for islamic banks , The world bank , W DC USA ,2008 , P25 . Walid Hejazi , The potential for Islamic finance in the west , IRTI research Seminar Jeddah , Saoudi Arabia , 21/04/2015 ,P12 .

[3] عبد الستار الحويلدي ،دراسة مقارنة للقوانين المصرفية المنظمة للمؤسسات المالية الإسلامية ، مؤتمر الهيئات الشرعية المؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ،14 و 15 جانفي 2015 ، ص 5 .

ترجع أهمية الموضوع لطبيعة الإستثمار في المجال البنكي و المكانة التي يحتلها في عملية التنمية الإقتصادية الشاملة ، كما قد تكون البنوك الإسلامية مجال ديناميكي يتم الرجوع إليه لتوفير السيولة النقدية و كذا توفير المدخرات و تحويلها إلى قروض إستثمارية تتماشى وفق أحكام الشريعة الإسلامية، للإعتراف الدولي بهذه المؤسسات ،حيث عملت كبرى المؤسسات الإقتصادية على غرار الولايات المتحدة الأمريكية و بريطانيا و سويسرا على إقامة أقسام متخصصة بدراسة أساليب المعاملات المالية الإسلامية بهدف إجتذاب رؤوس الأموال[1] .

يمكن إعتبار الدراسات القانونية لهذا الموضوع فرعًا جديدًا من فروع القانون على عكس المجال الشرعي و الإقتصادي [2].

يهدف هذا البحث إلى :

- التعرف على أشكال الإستثمار في البنوك الإسلامية بإعتبارها مؤسسات يتكون منها القطاع و النشاط المصرفي.

- تحديد الإجراءات و الشروط المطلوبة لتأسيس البنوك الإسلامية و محاولة مقارنتها بالأنظمة القانونية الأخرى.

- إبراز العوامل المتحكمة و المؤثرة في ضبط الإستثمار و الرقابة المركزية و الشرعية وحتى القضائية في البنوك الإسلامية.

- توجه الدولة لتشجيع عملية الإستثمار من خلال المزايا و الضمانات.

---

[1] Jean –Paul Laramée , finance Islamique à la française : un moteur pour l'économie , une alternative éthique , paris : Secure Finance , France ,2008 , Sénat 2008 , L'intégration de la finance islamique dans le systéme globel :Quels enjeux pour la France? Premiére table ronde France Info La finance s'adapte a la finance islamique 06/12/2007 ,Gilles Saint Mars ,finance islamique et droit français tables rondes organisées par la commision des finances du Sénat , paris , France , 14/05/2008 .

[2] محمد باقر الصدر ، إقتصادنا ، دار الكتاب ، بيروت ، لبنان ، ط 2 ، 1982 . محمد عمر شابرا ، نحو نظام نقدي عادل : دراسة للنقود و المصارف و السياسة النقدية في ضوء الإسلام ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الولايات المتحدة الأمريكية ط 3 ، 1992 ، رفيق يونس المصري ، أصول الإقتصاد الإسلامي ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، ط 5 ، 2013 .

ومن أهم أسباب إختيار موضوع:

- أن هذا الموضوع يندرج ضمن مجال التخصص ، وكذا محاولة الإطلاع عليه .
- الإهتمام بالبنوك الإسلامية و الميول إليها من جهة تطبيق الشريعة الإسلامية .
- محاولة توضيح أهم آليات و أساليب الإستثمار في البنوك الإسلامية التي تحاول جاهدة فرض وجودها .
- إبراز عظمة التشريع الإسلامي في إرساء نظام إقتصادي يُظهِرُ مدى صلاحية النظم الإسلامية في جانب المعاملات المالية في كل زمان و مكان .

يواجه الباحث خلال شروعه في بحثه كغيره من الباحثين جملة من الصعوبات ، بحيث لا تخلو هذه الفترة من العراقيل التي تثبط عملية البحث ومن بينها :

- موضوع الإستثمار في البنوك الإسلامية من الموضوعات الجديدة التي تعرضت لها ندرة الكتابات القانونية.
- توزع موضوع الدراسة على عدة فروع إقتصادية و قانونية و شرعية يجعل الإلمام بها أمر صعب المنال.
- ضيق الوقت مع تشعب موضوع البحث.

تعتمد هذه الدراسة على المنهج الوصفي و التحليل الشرعي ، الإقتصادي و القانوني لظاهرة البنوك الإسلامية ، غير أنّه نظرًا لطابع التخصص سنركّز أكثرعلى الجانب القانوني.كما يبرزالمنهج المقارن في الدراسة على مستويين اثنيين:

اولا.المستوى الاول من خلال بحث الايطار القانوني للبنوك الاسلامية ومصادر التمويل

ثانيا.المستوى الثاني من خلال مقارنة الجانب النظري والعملي للرقابة والتطبيقات القضائية في أنظمة قانونية متعدّدة ومتمايزة .

ومن أجل ذلك قسمت هذه الدراسة إلى فصلين :

حيث جاء الفصل الأوّل بعنوان تحديد الإستثمار في البنوك الإسلامية و جوانبه القانونية ثم تطرقنا فيه إلى ماهية الإستثمار في البنوك الإسلامية ، وأهم الشروط الشكلية و الموضوعية من أجل تأسيس بنك أو مؤسسة مالية ، كما تناولنا أساليب التمويل في البنوك الإسلامية .

أما الفصل الثاني فجاء بعنوان فكرة حماية الإستثمار في البنوك الإسلامية حيث تم من خلاله تسليط الضوء على أهم الرقابات التي تخضع لها البنوك الإسلامية سواء من البنك المركزي أو الرقابة الشرعية وحتى القضائية كما تم التطرق إلى أهم الحوافز و الضمانات الممنوحة للمستثمرين في قانون الإستثمار 09/16 بصفة عامة

الفصل الأول

تحديد الاستثمار في البنوك الإسلامية و جوانبه القانونية

يلعب الإستثمار المصرفي دورًا كبيرا في إحداث التنمية الإقتصادية ،وهذا من خلال ما يقدمه من خدمات تعمل على توفير السيولة النقدية و المدخرات اللازمة لتحويلها إلى قروض إستثمارية ، غير أن الجزائر لم تعرف إستثمارًا في هذا المجال إلا بعد إصلاحات إقتصادية ، وهذا بسبب إحتكار الدولة لهذا النوع من القطاعات على غرار القطاعات الأخرى .

حيث عملت الدولة على فتح المجال للقطاع الخاص الوطني و الأجنبي بإنشاء بنوك خاصة (تقليدية) تفردت في الأسواق المالية ،ولم يكن غريبا أن تعمل هذه البنوك التي أنشئت بنظام الفائدة المعتاد .

إن البنوك التقليدية حتى وإن ساهمت في التنمية الإقتصادية إعتمادًا على معايير آليات السوق و الملائمة المالية،فأن التنمية لا تعتبر صحيحة من المنظور الإسلامي لأن ها قائمة على أساس الربا التي حرمها الله عز و جل تحريمًا قطعيًا .

ومن هنا ظهرت الحاجة إلى وجود بنوك تعمل وفق الشريعة الإسلامية وبدأت بتفعيل أنشطتها في خدمة الإقتصاد الإسلامي ،من خلال إحياء صيغ التمويل والإستثمار الإسلامي التقليدي ،بإنتقاء أكثر الأدوات ملائمة حتى يمكن الإعتماد عليها في النشاطات البنكية .

وإنطلاقًا من هذه المعطيات عملت معظم الدول الإسلامية على تكييف أنظمتها القانونية وفقًا لأوضاع السائدة بغية توفير المناخ الإستثماري الملائم والتي تهدف من ورائه إلى جلب و تحضير رؤوس الأموال المحلية و الأجنبية .

وعليه يتطلب لدراسة الإستثمار في البنوك الإسلامية أن نبين خلال هذا الفصل ماهية الإستثمار في البنوك الإسلامية وجوانبه القانونية (المبحث الأول)، و نخصص المبحث الثاني لتطرق إلى أساليب الإستثمار في البنوك الإسلامية .

المبحث الأول : تحديد الإستثمار في البنوك الإسلامية و جوانبه القانونية

يعتبر الإستثمار و جذب المشاريع الإستثمارية من أهم المشاريع التي تحافظ عليها البنوك وتعمل على جذبها وذلك لأنها تعتبر مصدر مهم و حيوي ولا يمكن الإستغناء عنه في الإقتصاد

بشكل عام و في عالم الأعمال بشكل خاص،ونظرًا للدور الذي تلعبه البنوك الإسلامية في تحسين الإقتصاد ،إذْ تقوم هذه الأخيرة على عدة مبادئ أهمها تشجيع تقاسم المخاطر ،ومراعاة حقوق الفرد وواجباته ،حقوق الملكية و الوفاء بالعقود ،كما تخضع لمجموعة من الشروط تفرضها خاصية القطاع المصرفي ،وعلى هذا الأساس إرتأينا تقسيم هذا المبحث إلى ماهية الإستثمار المصرفي و البنوك الإسلامية (المطلب الأول) و الجوانب القانونية للبنوك الإسلامية (المطلب الثاني) .

المطلب الأول : ماهية الإستثمار المصرفي و البنوك الإسلامية

إن البنوك الإسلامية ذات خصوصية تميزها عن باقي المصارف سواءً بالنسبة للعملاء أو الأدوات الإستثمارية فهي تعد ظاهرة من كبريات الظواهر في المؤسسات المالية في عصرنا الحالي ، فقلما نجد دولة في العالم إلا و بين مؤسساتها المالية وجود بشكل أو بآخر للبنوك الإسلامية .

الفرع الأول : مفهوم الإستثمار المصرفي و أهم خصائصه

الإستثمار المصرفي هو عبارة عن رأس المال المستخدم في إنتاج أو توفير الخدمات أو السلع و قد يكون إستثمار ثابتًا كالأسهم الممتازة و السندات ، أو إستثمار متغيرًا مثل ملكية الممتلكات[1].

كما يعرف بأنه الأصول التي يشتريها الأفراد و المنشآت من أجل الحصول على دخل في الوقت الحالي أو المستقبلي [2] ،فهو مبلغ من المال يستثمر من أجل الأعمال التجارية.

وعليه حتى تعتبر المؤسسة مصرفًا أو بنكًا يجب أن يكون من إختصاصاتها:

- قبول النقود من العملاء في شكل وديعة ، و تحصيل النقود التي تكون مستحقة لهم و إيداع حصيلتها في حساباتهم
- وفاء الشيكات و الأوامر الصادرة من العملاء في حساباتهم.
- فتح حسابات جارية على دفاتر.

[1] INVESTMENT ,Business dictionary ,rietrievd 7-6 ,2017 ediled.
[2] Investrment ,invegtopedai ,retried 7-6-2017 ediled.

كما توجد أعمال أخرى إلاّ أن الأعمال التي تمَّ ذكرها تعتبر لازمة حتى تسمى المنشأةُ بنكًا [1].

الفرع الثاني : تعريف و نشأة البنوك الإسلامية

قبل أن نعرف المصارف الإسلامية حريٌّ بنا أن نعرف كيف نشأت و تطورت ثمّ نعرض مختلف التعريفات من كل جوانبها سواء لغوية أو فقهية أو قانونية ، على أساس أن هذه المصارف أ و الشبابيك حضيت بعناية و إهتمام كونها ساهمت بدور كبير و فعال في مواجهت الأزمات الإقتصادية ، ثمَّ تستعرض في الأخير أهم أنواع هذه المصارف.

أولا : نشأة المصارف الإسلامية

تعتبر مصارف حديثة النشأة ، حيث بزغ فجر هذا النوع من الصيرفة مطلع الستينات من القرن الماضي ،و تحديدًا في منتصف عام **1963** حيث كان أوّل مصرف يعمل وفق الشريعة الإسلامية ،وذلك في مصر ،في بعض مدن الدقهلية،وقد كانت كالمصارف الشعبية تعمل على تنمية السلوك الإدخاري في تلك المنطقة.

إلا أن الفكر الوضعي المسيطر على العقلية الإقتصادية في البلاد الإسلامية قد وقف لهذه التجربة بالمرصاد مما أدى إلى فشل تلك التجربة وهي في مهدها وكان ذلك عام **1967** ، بيد أنَ هذا الفشل لم يكن نهاية المطاف فقد أثارت هذه التجربة إهتمام الغيورين من أبناء هذه الأمة في كافة الإختصاصات وعلى جميع المستويات.

وقد توالت بعد ذلك المحاولات للإنشاء مصرف يعمل وفق الشريعة الإسلامية ، منها مشروع إنشاء مصرف بلا فوائد في أم درمان (السودان) وقد رفعت الدراسة إلى البنك المركزي السوداني

[1] علي جمال الدين عوض ،عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دراسة للقضاء المصري و تشريعات البلاد الغربية ،دار النهضة العربية ،القاهرة 1993 ،ص 8 .

هذا الفشل لم يكن نهاية المطاف فقد أثارت هذه التجربة إهتمام الغيورين من أبناء هذه الأمة في كافة الإختصاصات وعلى جميع المستويات.

وقد توالت بعد ذلك المحاولات للإنشاء مصرف يعمل وفق الشريعة الإسلامية ، منها مشروع إنشاء مصرف بلا فوائد في أم درمان (السودان) وقد رفعت الدراسة إلى البنك المركزي السوداني ، إلا أنَ بعض الظروف حالت دون التطبيق ثمَّ بعد ذلك أُنشأ بنك الناصر الإجتماعي في مصر سنة **1971**وكذلك البنك إسلامي للتنمية التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي و مقره في جدّة (المملكة العربية السعودية) ، وتلاه بنك دبي الإسلامي الذي تأسس سنة **1975** ، ومنه توالت المصارف الإسلامية بالظهور[1] ، كان عددها لا يتجاوز **25** بنك ثم بدأت في تزايد مستمر حيث بلغت في سنة **2003** ذروتها في العالم العربي و دول إسلامية مثل ماليزيا،أندونيسيا،باكستان و بحلول عام **2013**زاد عدد المصارف الإسلامية في العالم ليصل حوالي **500** بنك بالإضافة إلى وجود أكثر من **330**شباك ضمن البنوك التقليدية.

ولا يقف الأمر عند إقامة هذه المصارف التي أنشئ بعضها في دول غير إسلامية بما في ذلك أوربا و أمريكا بل إتجهت حتى البنوك التقليدية إلى إنشاء فروع لها تقوم على ذلك الأساس التي تقوم عليه المصارف الإسلامية [2].

ثانيا : تعريف المصارف الإسلامية

1 . مفهوم اللغوي

أصل مصطلح مصرف مأخود من الصرف[3]

---

[1] العيادي عبد الله ،موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة ،بدون طبعة،بيروت ،المكتبة المصرية،147-154

[2] حسن الأسرج ،مستقبل المصارف الإسلامية في ظل التقدم التكنولوجي ،موقع وزارة التجارة و الصناعة الخارجية المصرية،جوان 2014 ، ص

[3] سليمان محمد عبد الفتاح ،الودائع النقدية في الإسلام، البنوك الإسلامية ، ص54-65 .

والصرف لغة رد شئ من حالة إلى أخرى أو إبداله بغيره ، مثال قول الله تعالى" وتصريف الرياح[1] " أي صرفها من حال إلى حال[2] ، وصرف فضل الدرهم في القيمة و جودة الفضة ،و بيع الذهب بالفضة، منه الصيّرفي و الصرّاف ،وذلك لتصريفه الذهب و الفضة بعضها ببعض .

2 . الصرف في الإصطلاح الشرعي

الصرف إسم لفرع البيع ، "وهو مبادلة الأثمان بعضها ببعض "[3]، وهو بيع جنسًا بجنس ، أو بغير جنس [4].

وذكر بعض الفقهاء المعاصرين أن كلمة المصرف لا وجود لها عند الفقهاء السابقين [5] ، وهذا غير دقيق عند بعض الفقهاء حيث أورد هذا المصطلح صاحب المغني المحتاج فقال : و (مصرِف بكسر الراء) محل الصرف وهو المراد هنا[6] .

3 . تعريف المصرف في الإقتصاد الوضعي

عرِّف المصرف بأن مؤسسة توضع فيها الأموال من قِبل أصحاب الأموال ، تحت مسمى الودائع ، و تقوم المؤسسة بإستخدام هذه الأموال في الإستثمارات أو الإقراض للغير[7].

كما عرَّفه البعض منهم المنشأة المالية التي تقوم بدور الوساطة بين أصحاب الأموال و أصحاب الإستثمارات من أجل حصول أصحاب المال على الربح للأموالهم ، و حصول المستثمرين

---

[1] سورة البقرة ،آية 164 .

[2] المناوي محمد عبد رؤوف ،التوقيف على مهمات التعاريف ، ط11 ،دار و مكتبة الهلال ،بغداد 1986 ،ص 109 .

[3] السرخسي ،أبو بكر محمد بن أحمد ، المبسوط ،ط 1 ،ج 15 ،بيروت ،2002 ،ص14 .

[4] وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية ، الموسوعة الفقهية ،الكويت ،مادة الصرف ،ص348 .

[5] رعتري علاء الدين ،الخدمات المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها ،.دار الكلام الطيب ، دمشق ، ص21 -22 .

[6] الشربيني محمد بن الخطيب ،مغني محتاج لمعرف الألفاظ ، ط 1 ،ج4 ،دار الفكر ،2005،ص534.

[7] مسعود جبران ،الرائد المعجم لغوي العصري ، ط5 ، دار العلم للملاسين ،بيروت ،1999 ،ص 472 .

على تمويل لمشروعاتهم ، ودور المصرف التجاري هو دفع أجر المودعين أقل من الأجر الذي يتقاضاه المستثمرين ليربح الفرق بينهما[1].

4 . التعريف القانوني

عرفت المصارف الإسلامية بموجب المادة **1** الفقرة الأولى من قانون إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان "يقصد بها البنوك و المؤسسات المالية التي يتضمن نظامها الأساسي الإلتزام بعدم مخالفة الشريعة الإسلامية في العمليات التي تقوم بها و خاصة التعامل بالفائدة أخذًا و عطاءًا[2]

كما يقصد بالمصارف و المؤسسات و الشركات الإستثمارية الإسلامية تلك التي يتضمن في عقودها التأسيسية ونظامها الأساسي إلتزام تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتباشر نشاطها وفقًا لهذه الأحكام .

الفرع الثالث : هل للبنوك الإسلامية خصائص بنك ؟

تحديد صفة البنك و تمييزه عن بقية المؤسسات المالية مهمٌ جدًّا بالنظر للآثار المترتبة عن ذلك الحقوق و الإلتزامات ،كما أن ها محلُ جدل في الفقه القانوني الغربي خاصة ،حيث لم تهتم التشريعات بتعريف البنك ،أن ما بالرجوع للإجتهادات الفقهية والقضائية يمكن أن نستخلص العناصر الأساسية للبنك(أولا) و محاولة تطبيقها على البنوك الإسلامية(ثانيا)

أولاً : العناصر الأساسية للبنك

وجود البنك في الواقع العملي كان سبّاقًا على عملية التقنين ، لذا حاولت القوانين تقنين و تبرير الأمر الواقعي ،قد لا يكون بالضرورة محل إتفاق بين المنظومات القانونية بالنظر للتطور الذي تشهده هذه الأخيرة ، وفي نفس الوقت بالنظر للإختلاف الأسس و المبادئ الإقتصادية و الإجتماعية في كل دولة.

---

[1] طه محمد كمال ،محاسبة الشركات و المصارف في النظام الإسلامي ،ط1 ،القاهرة ، الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ،ص 65 .

[2] قانون رقم 575 ،11 شباط 2004 ،المتضمن إنشاء المصارف الإسلامية في لبنان .

بإستثناء المنظومة السودانية و الماليزية التي تعترف القوانين فيها صراحة بصفة البنكية للبنوك الإسلامية ، يثار التساؤل حول تحديد صفة البنك في المنظومة الإنجلزية(أ) ، وفي القانون الفرنسي (ب)، ولدور التعليمات الأوربية في هذا المجال (ج)،و موقف المشرع الجزائري (د) .

1 ـ تحديد صفة البنك في المنظومة الإنجلزية

عرّف القانون البنكي لسنة **Banking Act 2009** البنوك بأن ها :"مؤسسات إنجلزية لها الرخصة القانونية لممارسة الأعمال الواردة في الجزء الرابع من قانون الخدمات المالية و السوق **FSMA 2000** ،وفي ممارسة الأنشطة المتعلقة بقبول الودائع "[1].

وهذا التعريف خلاصة لما استقّر عليه الإجتهاد القضائي الإنجليزي على مراحل زمنية طويلة ،حيث يمكن إستخلاص صفة البنك في القضاء الإنجليزي من خلال قضيتين شهيرتين هما [2] :

أ ـ قضية *Reshield Estate 1901*

حينما إعتبر اللورد كريستان أن العناصر الأساسية للبنك التجاري تتمثل في قبول إعادة دفع الودائع للجمهور ،تحقيق عائد من خلال هذه الودائع ، بالإضافة إلى فتح الحسابات المصرفية وإصدار الشيكات.

ب ـ قضية *United Dominions Trust and Kirkwood 1966*

التي أضافت عنصرين جديدين للعناصر السابقة وهما الأول "الشهرة أو السمعة" أي أن تكون المؤسسة معروفة من الأطراف الأخرى(مؤسسات و الأفراد)بصفتها كبنك،والثاني "تحقيق الرفاهية الإقتصادية" أي الأهمية المالية للمؤسسات المعنية في الإقتصاد .

بمعنى أن تقوم المؤسسة بالأنشطة المصرفية المعتادة ،وبالأساس قبول الودائع ، وأن تتعامل بصفتها كبنك مع الغير ،مما يعني أن السمعة لا توجد بنفسها أن ما بتطبيق العناصر السابقة ،أمّا

---

[1] www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/1/contents (23/05/2015).

[2] Abdul karim Aldohni , The legal and regulatory aspect of islamic finance :A comparative look at the United kingdom and Malaysia ,Routeldge , USA , 2011 .

رفاهية الإقتصاد فتتجسد في الدور الذي يلعبه البنك في العملية الإقتصادية لتحقيق الإستقرار ، وفي نفس الوقت عدم إحداث مزيدًا من الأضرار في الإقتصاد ، أيْ الأخد بعين الإعتبار "أهمية الكيان المالي" في الإقتصاد .

2 ـ تحديد صفة البنك في القانون الفرنسي

يعّرِف قانون النقض و القرض لسنة **1984** المعدّل و متتم مؤسسات القرض أو الإئتمان بأن ها : "أشخاص معنوية تمتهن على سبيل الإعتياد العمليات البنكية ، و التي تتمثّل في إستقبال الودائع من الجمهور ،القيام بعمليات القرض،ووضع وسائل الدفع تحت تصرف الزبائن أو العملاء "[1].

كما ينصّ القانون النقدي و المالي الفرنسي الحالي في المادة **311** [2] منه على تحديد صفة البنك من خلا نشاطه أو موضوعه ، أيْ القيام بالعمليات البنكية وهي : إستقبال الأموال من الجمهور ،عمليات القرض (بما في ذلك البيع الإيجاري و الإعتماد الإيجاري)، إصدار و تسيير وسائل الدفع .

وتتمّتع البنوك بخاصية الإمتياز في القيام بالعمليات البنكية ، حيث يمنع على أي شخص القيام بهذه الوظيفة بالإستثناء المؤسسات المرخص لها في الدولة ، فعمليات التمويل تقوم بها بشكل إعتيادي وعلى سبيل الحصر مؤسسات القرض أو شركات التمويل [3] .

ويجمع الأستاذ "**Cavalda**" عناصر العملية التمويلية أو القرض في ثلاثة أمور رئيسية : تسليم أموال عينية أو نقدية ، استرجاع القيمة النقدية ، الحصول على عائد أو أجرة القرض[4] .

3 ـ تحديد صفة البنك من خلال تعليمات الأوربية

الدول لم تتحفظ على إتفاقية الإتحاد الأوربي ملزمة بالتعليمات الصادرة عن الهيئات المالية المشتركةخاصة إتفاقية ماسترخيت " **Traité de Maadtricht**"والتوجيهات اللاحقة

---

[1]Loi n° 84-46 du 24 Janvier 1984 modifiée.
[2]L'article L.311-1 du code monétaire et financier français (CMFF).
[3]L'article L.511-5 du code monétaire et financier français (CMFF).
[4] C.Cavalda et J.Stouffet ,Droit bancaire , LITEC, Paris,Franç̧e ,7ème édition, 2008, p19.

لاسيما التوجيهة رقم **2000**[1] ،والتوجيهة رقم **EC 2/48/2006**[2] التي عرّفت مؤسسات الإئتمان أو القرض بأن ها :"المؤسسة المسموح لها بإجراء أعمال تتمثّل في قبول الودائع أو الأموال أخرى قابلة للإعادة الدفع من الجمهور، وتقوم بمنح السندات "[3].

4 ـ موقف المشرع الجزائري من تحديد صفة البنك

عرفت المادة **114** من القانون **90–11** الملغى البنك بأن ه "شخص معنوي مهنته العادية و الرئيسية إجراء العمليات الموصوفة في المواد **110** إلى **113** من هذا القانون" ،وبالرجوع للمواد المذكورة نجدها تقوم بذكر العمليات المصرفية ، فالقانون الجزائري يشترط ثلاثة شروط رئيسية لمنح الصفة البنكية :

- أن يكون القائم بالأعمال شخصًا معنويًا ،فلا يمنح صفة البنك للأشخاص الطبيعية أو المقاولاتية ولو قامت بأنشطة مصرفية .
- أن يكون هذا العمل على سبيل الإعتياد ،فلا يمنح وصف البنك لمن يقوم بعمل مصرفي على سبيل الإنفراد ،وهو ما يحيل إلى فكرة الإمتهان في الأنشطة المصرفية بإعتبارها أعمال تجارية حسب القانون التجاري الجزائري .
- أن يكون هذا العمل هو العمل الرئيسي للشخص المعنوي ، أيْ ألاّ يكون عملاً ثانويًا،فالخروج عن هذه القاعدة لا يكون إلا على سبيل الإستثناء وهذا ما تؤكدُه المواد **115 . 118** من نفس القانون (المواد **71 ـ 75** من قانون النقد و القرض الحالي الذي تفادى إعادة التعريف المذكور أعلاه) .

ويركز الفقه القانوني الجزائري [1] على تعريف البنك من خلال تحديد موضوعه المتمثل في الوساطة المالية من خلال تلقي الودائع ومنح الإئتمان ، ورغم أن قانون النقد و القرض الجزائري لم

---

[1]L'article 1 de la directive European n° 2006-12/CE du 20 mars 2000

[2] L'article 04 de la directive European n°2000/12/CE

[3] Antoine Schricke , La notion d'établissement de credit en Europe , (droit Européen ,droit Français et autres droits nationaux) ,mémoire de DESS Banques et Finances , faculte de Droit Université Rene Descartes (Paris V) ,Françe ,2000 ,p07 .

حدد طبيعة الودائع المصرفية على سبيل الحصر وأن ما على سبيل المثال[2] ، إلّا أن النظر في مجموع القواعد الواردة في قانون النقد و القرض يجعل من الصعب القول بأن القانون الجزائري يسمح بتطبيق قواعد نشاط التمويلي الإسلامي .

ثانيا : إسقاط العناصر السابقة على البنك الإسلامي

تتضمّن النصوص في كل من القانون السوداني و الماليزي الإعتراف بصفة البنك الإسلامي، إلّا أن هذه التشريعات أخذت بالمعيار الشكلي [3] لتحديد صفة البنوك الإسلامية ، وإذا كان القانون السوداني قد إكتفى بمنع التعامل بالفائد دون تعريف البنك الإسلامي ،فالتعميم جعل البحث في تعريف البنوك الإسلامية في السودان مرتبط بنصوص شكلية دون البحث في حقيقة العقد المبرم بين البنوك و المموليّن ،وهو نفس ما أخذ به القانوني الماليزي رقم **276** لسنة **1983** ،حيث تنص المادة الثانية منه :" البنك الإسلامي شركة تمارس العمل المصرفي الإسلامي بترخيص قانوني " وكذلك القانون رقم **701** لسنة **2009** الذي عرّف المؤسسات المالية بِأن ها مؤسسات تجارية بالرنجيت أو بعملة أخرى ، موضوعها النشاط البنكي بحكم القانون و المتوافق مع قواعد الشريعة الإسلامية [4] .

وبالتالي فالقوانين التي تعترف بصفة البنك الإسلامي إهتمت بالجانب الشكلي أي الوصف دون البحث في المضمون رغم ما يثيره الجانب الموضوعي للعمل المصرفي من إشكاليات ، و بالرجوع

---

[1]عبد القادر شيح،الرقابة على البنوك التجارية،ماجيستير قانون الآعمال ،كلية الحقوق،جامعة أحمد بوقرة،بومرداس، الجزائر، 2010،ص8 .عبد الرحيم قزولي ، النظام القانوني للبنوك التجارية في الجزائر ،ماجستير في القانون الخاص المعمّق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بالقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2015 ، ص 14 .

[2]الجيلالي عجة ، عقد المضاربة في المصارف الإسلامية بين الفقه الإسلامي و التقنينات المصرفية ،دار الخلدونية،الجزائر،2006،ص 224 .

[3] يتضح المعيار الشكلي في تحديد صفة البنك الإسلامي من خلال إتفاقية الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية التي نصّت في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منها على مايلي :"يقصد بالبنوك الإسلامية تلك البنوك أو المؤسسات التي ينص قانون إنشائها و نظامها الأساسي صراحة على الإلتزام بمبادئ الشريعة ،وعلى عدم التعامل بالفائدة أخذًا و عطاءًا ".

[4] S2 ,Law of Malaysia Act 701 ,Central Bank of Malaysia Act 2009 , P08 .

لقانون تنظيم العمل المصرفي السوداني لسنة **2004** نجد أن ه إعتبر العمل المصرفي يتضمّن فتح حسابات بأنواعها و قبول الودائع، وإجراء التحويلات و فتح خطابات الإعتماد بأنواعها و ما يتعلق بها من إجراءات ، و إصدار خطابات الضمان ، ودفع و تحصيل الصكوك و الأوامر و أذونات الصرف و غيرها من الأوراق المالية ذات قيمة ، و التعامل في النقد الأجنبي و الإستثمار وتوفير التمويل للعملاء و غير ذلك من أعمال المصارف حسبما يحدده البنك، والتي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية في شمال السودان أو الأعراف المصرفية التقليدية في جنوب السودان، كما أكّد نفس القانون على أن ه يقصد بالتمويل في هذا القانون توظيف المال وفق الصيغ الإسلامية [1] .

فالنتيجة أن كل من القانون السوداني و الماليزي ركّزا على غرار معظم القوانين الأخرى [2] على جانب الشكلي دون الموضوع الذي ولّد .

فتعريف البنك الإسلامي من خلال العمل التشريعي أو القانون الأساسي ينشئ إزدواجية في التناسب والتنظيم بين الشريعة الإسلامية و القوانين الوضعية ، لذا سنقوم بإسقاط العناصر المذكورة سابقًا على البنك الإسلامي .

فمن الطبيعي أن تقوم البنوك الإسلامية بقبول الودائع من الجمهور ، وهي تقوم بفتح حسابات بنكية متنوعة ،كما أن ها تصدر الشيكات وتقدم تسهيلات السحب و الإئتمان وتندمج في نظام المقاصة البنكية ،لكن ما يميّزها في هذا المجال أن ها:لا تقوم بعمليات السحب على

---

[1] المادة الرابعة من قانون تنظيم العمل المصرفي لسنة 2004 الصادر بتاريخ 27-01- 2004 .

[2] حيث تنص المادة الأولى من القانون الإتحادي الإماراتي رقم 06 لسنة 1985 :" المؤسسات المالية الإسلامية هي المؤسسات التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية إلتزامًا بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتباشر نشاطها وفقًا لهذه الأحكام "كما تنص المادة الثانية من القانون الأردني رقم 28 لسنة 2000:"البنك الإسلامي هو شركة التي يرخّص لها بممارسة الأعمال بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية وأيّ أعمال و أنشطة أخرى وفق أحكام هذا القانون " ،أما المادة الأولى من القانون اللبناني رقم 575 لسنة 2004 فتنصّ على مايلي : " المصارف الإسلامية هي تلك المصارف التي يتضمن نظامها الأساسي إلتزامًا بعدم مخالفة الشريعة الإسلامية في العمليات التي تقوم بها وخاصة عدم التعامل بالفائدة أخذًا و عطاءًا " ، عبد حميد محمود البعلي ، القوانين و التشريعات المصرفية الإسلامية ، مؤتمر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ،14 و15 جانفي 2007 ،ص48 .

المكشوف[1] ،وهذا ما قرّره مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم**108(02/12)**:"أولا :لايجوز إصدار بطاقة الإئتمان غير المغطاة ،ولا التعامل بها إذا كانت مشروطة بزايدة فائدة ربوية حتى ولو كان طالب البطاقة عازمًا على السداد ضمن فترة السماح المجاني .

ثانيًا : يجوز إصدار البطاقة غير المغطاة إذا لم تتضمن شرط زيادة ربوية على أصل الدين ويتفرع عن ذلك :

- جواز أخد مصدرها من العميل رسومًا مقطوعة عند الإصدار أو التحديد بصفنها أجرًا فعليًا على قدر الخدمات المقدمة منه .

- جواز أخد البنك المصدر من التاجر عمولة على المشتريات العميل منه ،شريطة أن يكون بيع التاجر بالبطاقة يمثل السعر الذي يبيع به بالنقد .

ثالثا : السحب النقدي من قبل حامل البطاقة إقتراض من مصدرها ، ولا حرج فيه شرعًا إذا لم يترتب عليه زيادة ربوية ،ولا يعد من قبيلها الرسوم المقطوعة التي لا ترتبط بمبلغ القرض أو مدته مقابل هذه الخدمة .

وكل زيادة على الخدمات الفعلية محرمة ، لأن ها من الربا المحرم شرعًا "[2] .

أن الشكّ حول تكييف البنوك الإسلامية دفع بعض التشريعات (الإنجليزي و الفرنسي و المغربي) لتعويض الوصف الإسلامي لهذه البنوك بالبنوك "البديلة" أو "التشاركية" ، ولهذه المسألة دلالات قانونية عميقة ، حيث أن هذه القوانين تجنّبت الوصف الإسلامي تفاديًا للتعارض مع القوانين الداخلية و الدساتير الوطنية التي تمنع التمييز العرقي أو الديني ،ومن جهة ثانية تجّنب المسؤولية

[1] لايشترط في القرض على المكشوف لمدة محدودة بنسبة قابلة للتحديد إبرام إتفاقية ،م ع،غ ت ب ، قرار رقم 605323 ،الصادر بتاريخ04-03-2010 ، م م ع ،عدد 01 ، 2011 ، ص 204 .

[2] قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 108(02/12)

عن عدم مطابقة التصرفات و العقود التي تقوم بها هذه المؤسسات ، و إلقاء العبء على الهيئات الشرعية المخوّلة بموجب القوانين الداخلية من تحقيق هذه المسألة .

ومن جهة أخرى إخضاعها للتشريع المعمول به ، أي إخضاع عملياتها للمفهوم التقليدي للعمل المصرفي في حالة عدم ملائمة التشريعات لنشاط هذه المؤسسات ، وهذا ما يؤكِّد العمل بإرتياب وحذر معها من طرف الهيئات المسيِّرة للنشاط المالي و النقدي في هذه الدول ، لهذا يؤكِّد مجلس الخدمات المالية الإسلامية على إعطار البنك وصف أو مصرف للبنوك الإسلامية ، وأن يكون ذلك واضحًا في القوانين و النظم ويستلزم تعريف الأنشطة المسموح بها للمؤسسات المرخص لها و الخاضعة للرقابة بشكل واضح من المشرفين أو القوانين و النظم ، و التأكيد على أن الأنشطة التي تقوم بها البنوك الإسلامية تختلف عن تلك التي تقوم بها البنوك التقليدية ، و بأخد هيكل النظام بهذا الإعتبار [1] .

الفرع الرابع : أهداف الإستثمار في البنوك البنوك الإسلامية ودورها في المجتمع

يمثل الإستثمار لبّ أعمال المصارف ، بل هو الدافع الرئيسي لها وهو في الجانب التنفيذي للأهداف البنوك الإسلامية (الفرع الأول) ،كما أن للإستثمار المصرفي في البنوك الإسلامية أدوار متعددة في المجتمع المسلم (الفرع الثاني).

أولا : أهداف الإستثمار في البنوك الإسلامية

تقسم أهداف الإستثمار في البنوك الإسلامية إلى أهداف ذاتية و أخرى عامة مشتركة

[1] مجلس الخدمات المالية الإسلامية،المبادئ الأساسية للرقابة على التمويل الإسلامي (قطاع المصرفي)، IFSB ،أفريل2015،ص48

1 . أهداف الذاتية للإستثمار في البنوك الإسلامية

تكمن الفكرة الأساسية في تحقيق الربح و تنمية الموارد الذاتية للبنك[1] ويمكن سرد بعض هذه الأهداف على النحو الآتي[2] :

ـ إبتكار الصيغ الإستثمارية التي تتمتع بعامل جذب العملاء ،ولاتخالف أحكام الشريعة الإسلامية .

- تطوير وسائل تسويق المنتجات الحالية لدى البنك .
- تخفيف الأعباء ، وتقدير التكاليف الحقيقية .
- كسب السمعة الجيدة في السوق ،كعامل جذب و أمان عملاء .
- تطوير مهارات الموظفين بما يلبي إحتياجات السوق .

2 . أهداف عامة مشتركة في جميع المصارف الإسلامية

وتكمن فكرته الأساسية في تطبيق الأهداف المرحلية للمصارف الإسلامية ويمكن إجمال هذه الأهداف في النقاط التالية :

- المشاركة في خطط التنمية المشتركة الإجتماعية و الثقافية و غيرها .
- إرساء و تدعيم مبدأ التكافل الإجتماعي .
- توفير الحاجات الأساسية للمجتمع المسلم .

ـ المساهمة في بناء الأنظمة و التشريعات الجائزة التي أرساها الإقتصاد الوطني الإيجابية مع المجتمع المسلم إتجاه قضاياه المختلفة .

- الترغيب في الإدخار ،و تشجيع السلوك الإدخاري .

---

[1] سليمان محمد عبد الفتاح ،المرجع السابق ، ص 40 .

[2] تمامي عز الدين فكري،محاسبة البنوك التجارية و المصارف الإسلامية،(غير منشور)،جامعة الملك فيصل،الدمام،السعودية،ص39

ثانيا : دور الإستثمار في البنوك الإسلامية في المجتمع

تنقسم أدوار المصارف الإسلامية إلى قسمين دولي و محلي

1 . الدور الدولي للمصارف الإسلامية [1] وتقوم وفقه المصارف بالأدوار التالية :

أ . الدور الدعوي

القائم على التعميم وإظهار التجربة الإسلامية في مجالات الإقتصادية ونشرها بين الناس .

ب . الدور المؤسسي

وذلك بإعادة إنشاء إتحاد للمصارف الإسلامية ، بهدف توحيد جهود المصارف الإسلامية عالميا ، و العمل وفق صيغة مؤسسية ومنظومة واحدة ، لها نفس الأهداف و أدوار .

ج . الدور التعليمي

بإنشاء مراكز تعليمية ، التي تعمل على نشر ثقافة الإقتصاد الإسلامي ، وإعداد جيل من المتخصصين فيها،وتعمل على إرساء قواعد البحث العلمي في تخصص الإقتصاد الإسلامي .

2 . الدور المحلي للمصارف الإسلامية

أن دور المصارف الإسلامية نابع من أهدافها ،و يتلخص دورها المحلي في الأمور التالية :

- تخليص المجتمعات الإسلامية من الربا بشتى صوره و أشكاله ،ومعالجة آثار هذا الداء[2] .

- تقديم الخدمات المصرفية المتعددة ، و المتوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ، بحيث تسهل على متعاملين أمورهم و مصالحهم ، وهي كثيرة متعددة أمثلها التمويلات الداخلية و الخارجية ، خطابات الضمان ،الإعتمادات المستندية،سداد أقصاد العملاء المستحقة ،التورق الشخصي ، ونحو ذلك مما لا بد منه في حياة الأفراد[3] .

---

[1] العربي ،أهم النظم البديلة ،ص 18 .

[2] التيجاني ،محاسبة النشاطات المتميزة ، ص12 .

[3] الصدر ، البنك اللاربوي ،ص 153 .

ـ تقديم الخدمات الإجتماعية بشتى أنواعها ، ومن أمثلتها :

- جمع الزكاة من العملاء وغيرهم و توزيعها على المستحقين
- الإقراض الحسن الذي نذب إليه الشارع

ـ إنشاء و إدارة المشاريع الخيرية ، ذات الدور التكافلي بين أفراد المجتمع [1]

ـ تحسين الإنتاج ، وتشجيع التنمية الذاتية للدول الإسلامية من خلال إقامة إستثمارات ذات جدوى إقتصادية والإجتماعية الوافرة إستنادًا على دراسات الجدوى التي تقوم بها المصارف ،مما يضمن افتتاح الجيد ،و ارتقاء بمستوى التنمية لدى الدول المعنية [2] .

ـ الخدمات العلمية و الثقافية في العلوم الشرعية المعنية بالأعمال المصرفية ،بإقامة الندوات و الأنشطة الثقافية و المؤتمرات العلمية [3] .

الفرع الخامس : ضوابط و أدوات الإستثمار في البنوك الإسلامية

مما يميز الإستثمار في البنوك الإسلامية الضوابط التي يعتمد عليها في النهوض بالقطاع المصرفي حيث تنقسم هذه الضوابط إلى ضوابط شرعية و ضوابط إقتصادية

أولا : الضوابط الشرعية

1 ـ إجتناب المحرمات

أن أهم السيمات و خصائص التي تميز البنوك الإسلامية عن غيرها من البنوك تطبيق حدود الله في جميع المعاملات المالية للمصرف و المنهيّات الشرعية في باب المعاملات المالية ،هذه بعضها :

أ ـ الربا ، ودليل تحريمه قوله عزّ وجلّ ﴿ وأحّل الله البيع وحرم الربا ﴾البقرة :275

[1] صوان ،أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ،ص 98 .

[2] عطية ،محاسبة الشركات و مصارف ، ص 68

[3] صبري ، البنوك الإسلامية ، ص 23

ب ـ الغرر ، ودليل تحريمه أن النبي ***صلى الله عليه و سلم*** : **{{ نهى عن بيع الحَصَاةِ و بيع الغرَر }}** .رواه مسلم[1]

ج ـ الإحتكار ، ودليل تحريمه قول النبي ***صلى الله عليه و سلم*** : **{{ لا يحتكر إلا خاطئ }}** .[2]

2 ـ ربط الغنمِ بالغرم[3]

أيْ أن المغنم و الربح لا بُّد أن يكون مرتبطًا بضمان الخسارة و ضمان السلعة على صاحبها ،ودليل قول النبي ***صلى الله عليه وسلم***: **{{ لا يحلُّ سَلَفٌ و بيْع ،ولا شرْطا بيْع ، ولا ربْح ما لم تضمن ، ولا بيع ما ليس عندك }}** ، رواه الترمذي و النسائي داود و اللفظ له [4] .

3ـ إلغاء الإستثمار بالقروض و ديون [5]

والقرض في أصله جائز ،وهو ما يسمى بالقرض الحسن ، قال تعالى : ﴿**مَنْ الّذِي يُقْرِضُ اللهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَعِفْهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيْرَة** ﴾ البقرة :**245** .

---

[1] مسلم ،بن الحجاج بن مسلم القشيري النيسابوري ، الصحيح ، ط1 ، م1 ،تحقيق المجلس العلمي بدار السلام ،دار السلام ، الرياض ،(ت 261 هـ)، 1998 ،باب بطلان بيع الحَصَاة و البيع الذي فيه الغرر ، برقم 3808 ،ص 659 .

[2] المصدر نفسه ، باب قول النبي *صلى الله عليه و سلم* من غشنا فليس منا ، برقم 284 ، ص 57 .

[3] تهامي ، محاسبة البنوك التجارية و المصارف الإسلامية ، ص 161 .

[4] الترميدي ،أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ،(،الجامع المختصر من السنن عن رسول الله *صلى الله عليه و سلم* ومعرفة الصحيح و المعلول وما عليه العمل ، ط1 ، م1 ، (ت 279 هـ) ،تحقيق مجلس العلمي بدار السلام ، دار السلام ، الرياض ،1999 ،باب ما جاء في كراهية بيع ماليس عنده،برقم 1234، ص 300 / النسائي،أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن علي،المجتبي من سنن،ط1،(ت303هـ)، م1، تحقيق مجلس العلمي بدار السلام ، دار السلام ، الرياض ،1999 ، باب سلف و بيع ، برقم 4633 ،ص637 ./أبو داوود،سليمان بن الأشعث بن إسحق السجستاني الأزدي ،(ت 275 هـ) ، السنن ، ط1 ، م1، تحقيق مجلس العلمي بدار السلام ، دار السلام ، الرياض ،1999 ،باب الشرط في البيع ، برقم 3504 ،ص 505 .

[5] أبو عويمر ، جهاد ،الترشيد الشرعي للبنوك القائمة ،بدون طبعة ، القاهرة ، 1986 ، الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية ،ص 321.

أما إتخاد القروض مصدرًا للربح و الزيادة في المال المسترد ،فهذا هو الذي نهى الله تعالى عنه ، وهو أحد أنواع الربا النسيئة المحرم ، المعلوم من الدين بالضرورة ، ويطلق عليه ربا الديون ، وهو غالب ربا الجاهلية[1] .

ودليل تحريمه قوله تعالى : **{{وَمَا آتَيْتُمْ مِنَ رِبًّا لِتُرْبُوْا فِي أَمْوَالِ النَاسِ فَلَا يَرْبُوْا عِنْدَ اللّه}}** الروم :39 .وما روي أبو سعيد الخدري رضي الله عنه ،في سياق الحديث عن إبن عباس، قال:حدثني أسامة بن زيد أن النبي ***صلى الله عليه وسلم*** قال: **{{الربّا في النسيْئة }}** رواه البخاري و مسلم و اللفظ له [2] .

الثانيا : الضوابط الإقتصادية

1. مراعات البُعد الإجتماعي

دعمًا لخطط التنمية من خلال تحقيق الأهداف الإجتماعية ، ومراعات أولويات المجتمع و حاجاته الأساسية .

2 . إعتماد العمل كمصدر رئيسي لعوائد الإستثمارات

البعد عن تعظيم المال مقابل العمل ، وما قد يسبب ذلك من طغيان لمفهوم المادة ، وإختلال للموازين الإقتصادية[3] .

---

[1] المصلح،عبد الله و الصاوي صلاح،ما لا يسمح للتاجر جهله،الرياض،2001،دار المسلم، ص279-281، حمود سامي، تطويرالأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ، ط3،القاهرة،دار التراث ،ص154 -157 .

[2] البخاري،أبو عبد الله محمد بن إسماعيل،الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله *صلى الله عليه وسلم* وسننه وأيامه،ط2،م1،دار السلام بالرياض،(ت256 ه) ،1999، باب بيع الدينار بالدينار نَساء ،برقم 2179 ،مسلم ،الصحيح ،باب بيع طعام مثلًا بمثل ،برقم4088،ص697

[3] أبو عويمر ،الترشيد التشريعي ،ص 321 ،سويلم ، إدارة المصارف التقليدية و المصارف الإسلامية ،ص 533 .

3 . ضمان حد الكفاية

ضمان حد الكفاية لكافة أفراد المجتمع و الترغيب في جهات الخير ، وأوجه التعاون و التكافل الإجتماعي ومحاربة الفقر و مسبباته ، و البطالة ، و الأمية بحيث يرتقى بالمستوى العام للأمة الإسلامية [1] .

4 . تحقيق الربحية التجارية

وذلك بالإختيار الإستثمارات ذات المردود المالي الجيد بما لا يعارض تحقيق الأهداف الإجتماعية و الثقافية والإقتصادية المختلفة للمجتمعات الإسلامية.

5 ـ معيار الأمان

فالنشاط التجاري و الإستثماري في الشريعة الإسلامية لا يقوم على ضمان الربح أو رأس المال ، بل يقوم على المخاطرة و المجازفة ، وهذه تقل أو تزيد بحسب نوع النشاط ، إلا أن هذا لا يعني عدم جواز الأخد باللأسباب المؤدية إلى الربح و تفادي الخسارة .

ثالثا : أقـــسامــه

يقسم التمويل إلى تصنيفات مختلفة من حيث الحجم أو طبيعة أو المصدر ، غير أن التصنيف المتداول كثيرًا هو التصنيف حسب المدة أو الأجل .وينقسم بدوره إلى ثلاثة أنـــواع :

1 . التمويل قصير الأجل

ومدته سنة واحدة في الغالب ويجب أن لا يتجاوز سنتين كحد أقصى ،وأن كان بعض الإقتصاديين يجعل هذا الحد 18 شهرا فقط ، أما الحد أدنى فيمكن أن يصل إلى يوم واحد .

2 . التمويل متوسط الأجل

وتتراوح مدته من(**02**) سنتين إلى خمس(**05**) سنوات وقد يمتد حده الأقصى إلى سبع (**07**)سنوات .

---

[1] سويلم ، إدارة المصارف التقليدية و المصارف الإسلامية ،ص 538 .

3 . التمويل طويل أجل

ومدته تزيد عن خمس سنوات أو سبع سنوات وليس له حد أقصى ، إذ يمكن أن يصل إلى **20** سنة و أكثر .

الـجـدول (01) : تـــصنيف الإستثمـارات[1]

المقاييس	أنـــواع الإستثـمارات
طبيعة الإستثمار	• صناعية • تجارية • خدمية • إجتماعية
جهة الإستثمار	• فردي • شركات و مؤسسات • حكومي • أجنبي
رأس المال	• عيني(سلع ،آلات ، .... الخ) • نقدي(سيولة نقدية) • مالي (أوراق مالية : سندات ، أسهم ، .... ،إلخ)
غاية(هدف)الإستثمار	• إستبدالي (لسبب التقادم ....) • توسعي

[1] المصدر : . شوام بوشاشمة :تقييم وإختيار الإستثمار،دار العرب للنشروتوزيع،بيروت،ط1،1999،ص ص 3330 .
. علي مقلد و علي زيعور:الإستثمار الدولي،دار الفكر الجامعي،بيروت،ط1،1980،ص08 .

	• جديد	
مدة الإستثمار	• قصير المدى • متوسط المدى • طويل المدى • إستراتيجي	
المعيار الجغرافي	• إستثمار محلي (إستثمار في سوق المحلية) • إستثمار الدولي (إستثمار في السوق الأجنبية)	

المطلب الثاني : الجوانب القانونية للبنوك إسلامية

رغم حداثة البنوك الإسلامية ، وما أحاطها من تشكيك في قدرتها على منافسة ،تمكنت من تثبيت أركانها في قطاع المصرفي المحلي و العالمي و حققت الكثير من النجاحات ، حيث قامت العديد من الدول على المستويين العربي الإسلامي و العالمي بفتح فروع أو بنوك إسلامية و القيام بإصدار تشريعات لتحويل نظامها المصرفي إلى نظام إسلامي لا يتعامل بالفائدة الربوية ،كل ذلك يدفعها إلى البحث عن وضعية البنوك الإسلامية في المنظومات القانونية (مطلب الأول) ،والإجراءات التأسيس وواقعها القانوني في الجزائر (مطلب الثاني) .

الفرع الأول : وضعية البنوك الإسلامية في المنظومات القانونية

تختلف وضعية البنوك الإسلامية بالإختلاف النظام الذي تعمل فيه ، حيث يمكن تمييز بين النظام الشامل أو الموحد(الأولا) ، النظام الجزئي (الثانيا) ، وأخيرًا النظام التقليدي (ثالثا) .

أولا: وضعية البنوك الإسلامية في النظام الشامل أو الموحد

توجد في السودان معالم شرعية استنادًا للدستور السوداني (مادة**90**) منه ،وبصدور قانون الإجراءات المدنية لسنة **1983** نصت المادة **110** منه على مايلي : "لا تحكم المحاكم بالفائدة

بأي حال من الأحوال " ،كما تمّ إصدار قانون الأمر بالمعروف و نهي على المنكر سنة **1983** و الذي أجاز لكل سوداني مسلم أن يتقدم إلى محكمة ضد أي بنك يعمل في سودان و يطلب منها إصدار أمر إلى البنك المعني بالإمتناع عن التعامل بالفائدة [1] .

يعتبر قانون بنك السوداني لسنة **1959**[2] أوّل قانون منظم للقطاع المصرفي السوداني بعد الإستقلال ، وكقطيعة مع المنظومة السابقة فرضت الحكومة رقابتها على القطاع المصرفي[3] .

وبعد عملية تأميم البنوك الأجنبية في السودان بموجب القرار الصادر بتاريخ **22** ماي **1970** ، تمّ فتح مجال أمام الإستثمار الأجنبي بموجب قانون التشجيع الإستثمار لسنة **1976** لتكون بداية ظهور البنوك الإسلامية في السودان دون سبق دراسة أو تخطيط [4] ، وفي أكتوبر **1984** تمّ إصدار لوائح لأسلمة النظام المصرفي [5] .

في سنة **1992** تمّ إنشاء الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي و المؤسسات المالية لتضطلع بالجانب الشرعي لسياسة النقدية في السودان [6] ، ثمّ طبق النظام المصرفي المزدوج (الإسلامي في الشمال و المزدوج في الجنوب) بموجب قانون بنك السودان لسنة **2002** (المادة **05** من الفصل

---

[1] فتيحة حزام ،عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية ،مذكرة ماجيستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،2003 ،ص 117 .

[2] القانون رقم 61 لسنة 1959 ،صادر بتاريخ 09-12-1959 ،تجربة السودان في مجال المصارف و المؤسسات المالية الإسلامية،مخطط الوثائق ،(الوثائق التي صاحب التجربة)،ج2 ،الوثيقة رقم 01 ،بنك السودان المركزي ،2006 .

[3] مختار سعيد بدري وآخرون ،توثيق تجربة السودان في مجال المصارف و المؤسسات المالية اسلامية :مخطط الرقابة و إشراف المصرفي ،بنك السودان المركزي ،السودان ،2006 ،ص 40

[4] محمد عبد الرحمن أبو شورة وآخرون ،توثيق تجربة السودان في مجال المصارف و المؤسسات المالية الإسلامية ،مخطط النظام المصرفي (الأسلمة و أثرها على البيئة المصرفية) ،بنك السودان المركزي ،السودان،2006 ،ص16 .

[5] منشور بنك السودان رقم ب س/ ر ع م /11 بتاريخ 10-12-1984 الذي ينص على منع التعامل بسعر الفائدة و التحويل الفوري للتعامل بصيغ التمويل الإسلامي ،محمد آدم علي صادق ،دراسة تحليل وقياس عمليات المرابحة و المرابحة لآمر بالشراء وفقًا لمعايير المحاسبة المؤسسات المالية و إسلامية (دراسة حالة المصارف الإسلامية في السودان) ،السودان ،ص 16 .

[6] قرار وزاري رقم 184 لسنة 1992 ،صادر بتاريخ 02-03-1992 .

الثاني) المعدلة في **15** أكتوبر **2005** و **17** ديسمبر **2006**،ليتم القوانين السابقة بموجب قانون تنظيم العمل المصرفي لسنة **2004** مع إبقاء على التنظيمات واللوائح والقرارات المتعلقة سارية المفعول ،حيث حصر صراحة التمويل في توظيف المال وفق الصيغ الإسلامية [1] .

بعد إنفصال السودان بتاريخ **09** جويلية **2011** تمّ تجميد بروتوكول قصد الثورة المتعلقة بالسياسة النقديةوالمصرفية والعمل والإقراض ، كما تعليق العمل بالفصل الثاني الخاص بسياسات النظام المصرفي التقليدي بجنوب السودان الواردة بمنشور سياسات بنك السوداني المركزي .

أما بالنسبة لبنك فيصل الإسلامي فتمّ إنشاؤه بموجب القانون رقم **09**لسنة **1977** بتاريخ **04**أفريل **1977** بشراكة سعودية سودانية حيث تمّ تسجيله كشركة مساهمة عامة وفق قانون الشركات لسنة **1925** ،يبلغ رأس ماله المصرح به ب**500** مليون جنيه سوداني ويقوم بجميع أعمال البنوك الشاملة [2] .

ثانيًا : وضعية البنوك الإسلامية في النظام المزدوج

يعتبر النظام الماليزي نظامًا مزدوجًا يجمع بين البنوك التقليدية و البنوك الإسلامية ،كانت البداية بإصدار تراخيص لتحول إللى قوانين صريحة منظمة للبنوك الإسلامية حيث يبلغ هذه الأخيرة **16** بنك ، أيْ ما يمثل **21%** من المنظومة المصرفية في ماليزيا[3] .

تعتبر المنظومة القانونية البنكية الماليزية نموذجًا مميزًا ،حيث تتمتع البنوك الإسلامية بتنظيم خاص ،سنعرض لمحة عن منظومة القانونية الماليزية ثمّ القوانين المالية الإسلامية في ماليزيا .

---

[1] المادة 04 من نفس القانون تنظيم العمل المصرفي لسنة 2004 .

[2] التقرير السنوي لبنك فيصل الإسلامي السوداني لسنة 2014 ،ص 14

[3] Malaysia Islamic Finance Report 2015 ,Mainstreaming Islamic Finance Wwithim Global Financial Systems , CIMB Islamic ,p05 .

1 ـ لمحة عن المنظومة القانونية الماليزية

تطبق ماليزيا نظام القانوني المشتركة الإنجليزي متأثرة بالوضع التاريخي للمنطقة ،و يلعب العرف دورًا مهما في المنظومة الماليزية ، كما يتم تطبيق بعض القواعد المقتبسة من المذهب الشافعي[1] ،ويعتبر النظام البنكي التقليدي المسيطر على النسبة الكبيرة من التمويل في ماليزيا ، حيث يحكم المنظومة البنكية الماليزية القانون البنكي لسنة **1973** الملغى بموجب قانون المؤسسات المالية و البنكية **BAFIA** ، لسنة **1989** ، وقانون التأمين على الودائع **MDIG** لسنة **2005** [2]

كما تمّ تنصيب اللجنة الماليزية للتنسيق بين القواعدالقانونية و الشريعة الإسلامية على مستوى البنك المركزي الماليزي [3] .

2 ـ القوانين المالية الإسلامية في ماليزيا

يعتبر قانون المصارف الإسلامية الماليزية رقم **276** لسنة **1983** الصادر بتاريخ **10** مارس **1983** [4] أوّل قانون منظم للعمل المصرفي الإسلامي في ماليزيا ،حيث تحصل البنك الإسلامي الماليزي على إمتياز الحضري في القطاع المالي الإسلامي لمدة **10** سنوات إلى غاية **1993** ، ليسمح بعد ذلك للبنوك التقليدية بفتح نوافذ إسلامية [5] ، ثمّ صدر بعد ذلك قانون الصرف المالي بين البنوك الإسلامية **1994** ، و أخيرًا قانون الخدمات المالية الإسلامية **2013** **IFSQCT** .

أما عمليًا فالتمويل الإسلامي في ماليزيا بدأ مع مؤسسة الحج **Lembaga Tnbung Haji** سنة **1969** وبتاريخ **03** نوفمبر **2002** تمّ إنشاء مجلس الخدمات المالية الإسلامية **IFSB** لتطوير معايير و قواعد الحذر المصفية للمؤسسات المالية الإسلامية المتكوّن بالإضافة لبنك

---

[1] Maha-Hanan Balala ,Op Cit , p167
[2] Abdul karim Aldihnim , Op Cit ,p195 .
[3] Malaysia Islamic Finance Report 2015 ,Id ,p96 .
[4] www.bnm.gov.my (02/12/2014) .
[5] Abdul Karim Aldohni ,Id ,p191.

ليغارا ماليزا (البنك المركزي الماليزي) من **15** بنكًا مركزيًا على المستوى الدولي ، و يلعب مركز التجارة الدولية الحرة الإسلامي **IOFC** دورًا مهما في تطوير المالية الإسلامية في ماليزيا [1] .

ثالثا: وضعية البنوك الإسلامية في النظام الجزئي

من البديهي أن قواعد التمويل الإسلامية مستمدة من الشريعة الإسلامية ، في حين أن الأنظمة القانونية القائمة (وضعية علمانية) مايثير إشكاليات تنظيم العلاقة بين الأطراف عقد التمويل الإسلامي ،وطرق حل المنازعات القضائية في هذه الأنظمة ، وتعتمد الدول الغربية عمومًا على منهج التعليمات لتنظيم العلاقة بين الأطراف المتعاقدة حيث يتم إصدار أنظمة توجيهات لتنظيم بعض المنتوجات المالية الإسلامية ، وفي ظل المنافسة بين هذه الأنظمة سيتم إعطاء لمحة عن المنظومة القانونية و البنكية الإنجلزية ، و نظرة حول قوانين التمويل الإسلامي في إنجلترا .

1 . نظرة حول المنظومة القانونية و البنكية [2]

تعتبر إنجلترا من أكبر الدول إقتصاديًا على المستوى العالمي ، يقوم إقتصادها على قطاع الخدمات ،تحتل عاصمتها لندن المركز الأول أوربيًا من حيث الأصول المالية المستثمرة ، حيث عملت على جذب رؤوس الأموال الإسلامية (يبلغ عدد المسلمين فيها **02** مليون مسلم ، من بينهم **500** مليونير) ،كما أن ها أوّل الدول الأوربية التي إستقبلت اللبنوك الإسلامية [3] .

---

[1] Maha-Hanan Balala ,Op Cit ,P171 .

[2] يقصد بالمنظومة الإنجلزية القوانين المطبقة في إنجلترا و بلاد الويلز ، حيث أنّ المنظومة الأسكلندية خليط من القوانين العموم والقوانين المدنية ،وهي تخرج عن مجال هذه الدراسة .

[3] يعتمد النظام الإنجليزي على السوابق القضائية ، أي إلزام المحاكم بإتباع القرارات القضائية السابقة في نفس الموضوع خاصة منذ قضية Mallac and Sumonin 1860 ثمّ قرار Ross-smith and Ross-smith 1963 .وتتميز المنظومة المشتركة (قانون العموم) بأجهزة قضائية خاصة لتحقيق الركيزة الذاتية أو العدالة Equity التي كانت تطبّق منفصلة عن قانون العموم إلى غاية صدور Judicature Acts سنة 1873 .

يعتبر النظام الإنجليزي معقد من حيث التركيب ، يتشكل من العرف الأحكام القضائية التي فرضتها سابقًا العدالة،أضيفت لها مؤخرًا النصوص القانونية المكتوبة الصادرة من البرلمان البريطاني و الأوربي سابقًا ، بالإضافة إلى أحكام محكمة حقوق الإنسان الأوروبية [1] .

يحكم المنظومة البنكية في إنجلترا لسنة **BanKing Act 1979** المعدل بموجب القانون البنكي لسنة **BanKing Act 1987** ، قانون الخدمات المالية**1986 Financial Services Act**، بالإضافة لقانون **FSMA**،لسنة **2009** ، و **BanKing Act** لسنة **2009** ، ويشرف على القطاع البنكي بنك إنجلترا من خلال التعليمات و التوجيهات التنظيمية و هيئة الخزانة [2] **HMTreasury** ، بالإضافة إلى مجلس الإستثمار الإنجليزي **SIB** الذي تمّ تعويضه بهيئة الخدمات المالية سنة **1997** [3] **FSP** ، ويقسم تنظيم رقابة النشاط المصرفي الإنجليزي بين سلطة التنظيم المالي **FCA** وسلطة التنظيم الحذر **PRA** التابع لبنك إنجلترا [4] .

2 ـ نظرة حول قوانين تمويل الإسلامية في إنجلترا

لقد كانت إنجلترا من الدول السباقة في إستقبال البنوك الإسلامية ،حيث تمّ إنشاء بنك البركة كأوّل بنك سنة **1982** لكن سرعان ما سحب منه الترخيص بسبب هيكلة الملكية في البنك ،وفي سنة **2004** سمحت **FSA** بإنشاء بنك إسلامي البريطاني **IBB** ،ثمّ بنك الإسلامي الإستثماري **EIIB** سنة **2005** ، بنك لندن و الشرق الأوسط **BLME** سنة **2007**وغيرها من البنوك ليبلغ عددهم **5** بنوك من **949** بنك ناشط .

---

[1] Abdul Karim Aldohani , Op Cit ,p135.

[2] إختصار لعبارة Financial Service Authority ، وهي هيئة الخدمات المالية في إنجلترا .

[3] www.fsa.gov.uk (02-09-2015) .

[4] "No obstacles , but no special favors" .

تنتهج إنجلترا طريقة إزدواجية بين الخطاب و التطبيق ،حيث أن ها من جهة تؤكد تناسب المنظومة القانونية الإنجلزية للتمويل الإسلامي ، ومن جهة ثانية تعتمد على مبدأ « لاعوائق لكن لا تفضيل » للبنوك الإسلامية على التقليدية.

رابعا: وضعية البنوك الإسلامية في النظام التقليدي

سنقتصر في هذا الفرع على الدراسة التاريخية للمنظومة القانونية البنكية في الجزائر تاريخين مضمون التراخيص التي عرفتها بإنشاء بعض البنوك الإسلامية إلى ما هو قادم.

عرفت المنظومة المصرفية الجزائرية أربعة مراحل منذ الإستقلال :

1 . مرحة التأميم و التخلثص من التبعية منذ الإستقلا إلى غاية 1967

منذ الإستقلال إلى سنة **1967** ، تمّ إصدار العديد من القوانين لتنظيم الجهاز البنكي ، منها قانون رقم **144/62** متضمن نظام بنك المركزي الجزائري [1] ،الصندوق الجزائري للتنمية **CBD** بموجب الأمر الصادر بتاريخ **07** ماي **1963** ، البنك الوطني الجزائري **BNA** بموجب الأمر رقم **178/66** [2] ، القرض الشعبي الجزائري **CPA** بموجب الأمر رقم **366/66** [3] ، بنك الجزائر الخارجي **BEA** بموجب الأمر رقم **204/67** [4] .

2 . مرحلة التأميم و تخصيص القطاعي من 1967 إلى سنة 1988

تميزت هذه المرحلة بتخصص البنوك الجزائرية من خلال قانون المالية لسنة **1970** ، الذي ألزم الشركات الوطنية و المؤسسات العمومية بتركيز حساباتها و عملياتها البنكية لدى نفس البنك حيث تمّ تصنيف البنوك حسب القطاعات،ثمّ الأمر رقم **47/71** المتضمن تنظيم مؤسسات القرض

---

[1] القانون رقم 144/62 المؤرخ في 13ديسمبر 1962 المتضمن إنشاء البنك المركزي الجزائري ،ج ر رقم 51 لسنة 1966 .

[2] الأمر 178/66 المؤرخ في 13جوان 1966 ، المتضمن إنشاء البنك الوطني الجزائري ،ج ر رقم 51 لسنة 1966.

[3] الأمر 366/66 المؤرخ في 29 ديسمبر 1966 ، المتضمن إنشاء القرض الشعبي الجزائري ، ج ر رقم 110 لسنة 1966.

[4] الأمر رقم 204/67 المؤرخ في 01 أكتوبر 1967 ،المتضمن بنك الجزائر الخارجي ، ج ر رقم 82 لسنة 1967.

[1] ، فتم إنشاء البنك المحلي **BDL** بموجب مرسوم**85/85**[2]و بنك الفلاحة و التنمية الريفية **BADR** بموجب مرسوم **106/82**[3] ، كما عرفت هذه المرحلة إصدار قانون رقم **12/86** المتعلق بنظام البنوك و القرض .

3 . مرحلة خوصصة البنوك من 1988 إلى غاية سنة 1999

تمّ في هذه المرحلة إصدار قانونين رقم 06/88 المعدل للقانون 12/86 المتضمن علاقة النظام المصرفي بالمؤسسات العمومية الإقتصادية [4] ، وقانون رقم 01/88 المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الإقتصادية الذي كرس الإستقلالية في تسيير ، وإضافة الصفة التجارية على كافة المؤسسات الإقتصادية ، وتعتبر هذه الأخيرة ذات شخصية معونية تسيرها قواعد القانون التجاري [5] .

4 . مرحلة إعادة الهيكلة

تعتبر هذه المرحلة إبتدءًا من صدور قانون النقد و القرض رقم **01/01** المعدل بموجب الأمر **11/09** [6] الذي كرس مراقبة اللجنة المصرفية على القطاع البنكي ، ثمّ تمّ تعزيزه بالأمر رقم **04/10** الذّي كرس نظام المراقبة الداخلية المركزية على مخاطر المصرفية وتعزيز قواعد الحيطة و حذر .

---

[1] الأمر رقم 47/71 المتضمن تنظيم مؤسسات القرض ، ج ر رقم 55 صادر بتاريخ 06 جوان 1971.

[2] الأمر 85/85 المؤرخ في 30 أفريل 1985 المتضمن إنشاء بنك التنمية المحلية ، ج ر رقم 19 لسنة 1985.

[3] المرسوم 106/82 الصادر بتاريخ 13 مارس 1982 المتضمن إنشاء بنك الفلاحة والتنمية الريفية .

[4] القانون رقم 12/86 الصادر بتاريخ19 أوت 1986 المتعلق بنظام البنوك و القروض ، ج ر رقم 34 لسنة 1986.

[5] القانون 06/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المعدّل للقانون 12/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتضمن علاقة النظام المصرفي بالمؤسسات العمومية الإقتصادية.

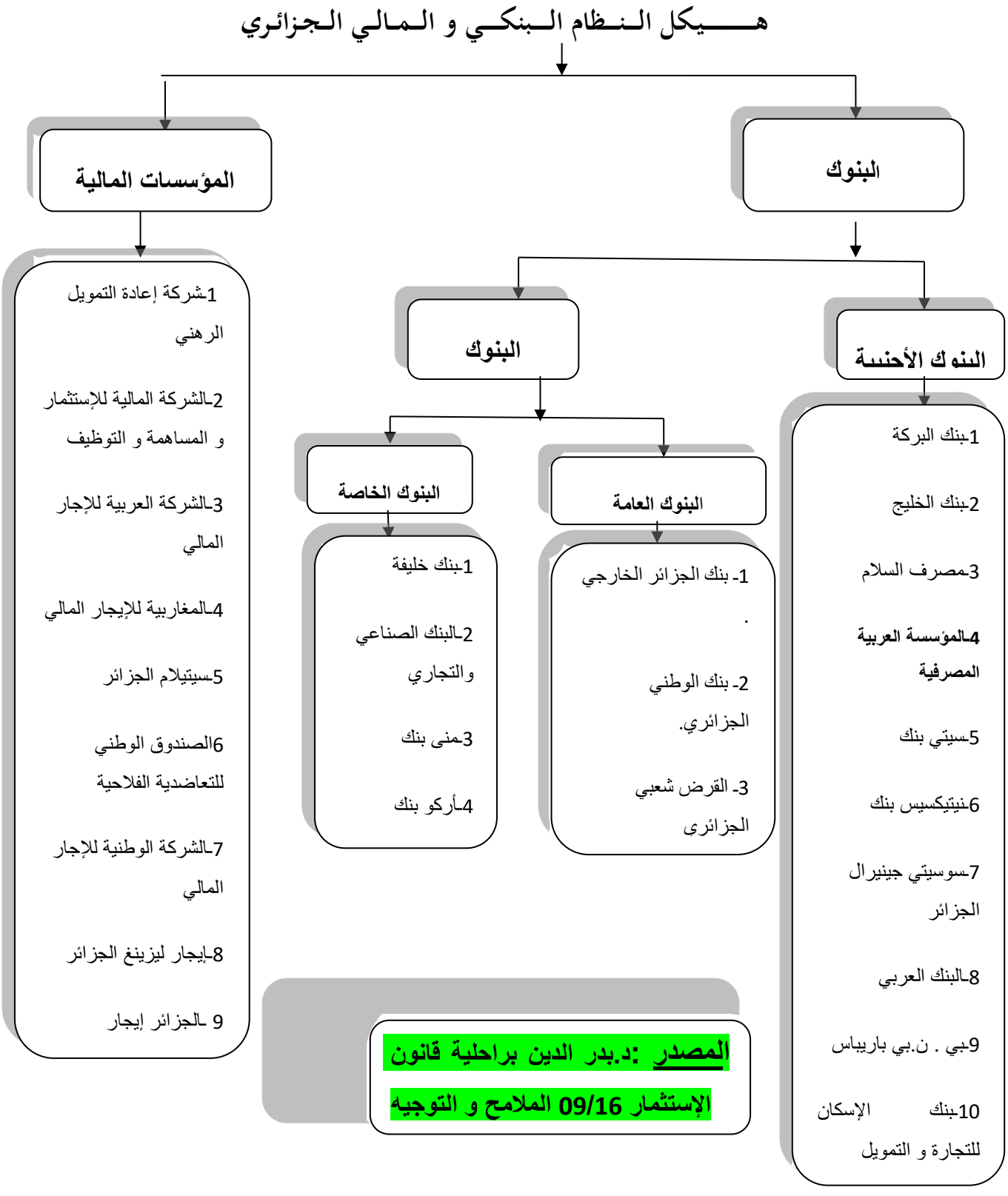
[6] القانون رقم 01/88 الصادر بتاريخ 12 جانفي 1988 المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الإقتصادية إستقلالية في التسيير.

شهدت هذه المرحلة إعلان فشل تجربة البنوك الوطنية الخاصة بعد إفلاس بنك الخليفة[1] و البنك الصناعي والتجاري[2] وسحب الإعتماد(مني بنك و أكوبنك) منه بطلب منهما [3] لعدم قدرتهما على تحقيق متطلبات الحد الأدنى لرأسمال ، رغم صغر حصتها في السوق الجزائرية وبالتالي هيمنة البنوك العمومية الجزائرية من جهة والبنوك الأجنبية من جهة وخلو ساحة المصرفية أمام البنوك الخاصة برأس مال أجنبي وهوما يوضحه الشكل التالي:

[1] تحصل بنك خليفة على ترخيص من طرف مجلس النقد و القرض في 25 مارس 1998 و إعتمد من طرف بنك الجزائر في 27 جويلية 1998 بموجب القرار 98/04 برأسمال قدره 8,6 مليون دولار كبنك شامل ،سحب منه الإعتماد بقرار من اللجنة المصرفية رقم 03 .2003 الصادر بتاريخ 29 ماي 2003.

[2] فوزية زعباط ،نظام إفلاس البنوك في إطار القانون الوضعي الجزائري ، مذكرة ماجيستير في القانون ،فرع دولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ،بن عكنون ،الجزائر ، 2007 ،ص 97.

[3] الأسباب تتعلق برأس مال تمت تصفية بنكين جزائريين هما مني بنك Mouna Bank المعتمد بموجب المقرر 07/02 المؤرخ في 26ديسمبر 2002 ، ج ر رقم 44 صادرة بتاريخ 23 جويلية 2003 ثم سحب الإعتماد بموجب المقرر 01/05 المؤرخ في 28 ديسمبر 2005 ، ج ر رقم 39 صادرة بتاريخ 29 جوان 2003 ، بنك أركو Arko Bank المعتمد بموجب المقرر 01/03 المؤرخ في 24أفريل2003 ،ج ر رقم 39 صادرة بتاريخ 29جوان 2003 ، و من البنوك الأجنبية بنك ريان Rayen Bank المعتمد بموجب المقرر 03/2000 المؤرخ في 08 أكتوبر2000 ثم سحب الإعتماد منه بموجب المقرر 01/06 المؤرخ في 19 مارس 2006، ج ر رقم 20 صادرة بتاريخ 02 أفريل 2006.



المصدر :د.بدر الدين براحلية قانون الإستثمار 09/16 الملامح و التوجيه

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية للإنشاء البنوك التجارية

نظرًا لأهمية النشاط الصرفي و خطورته على إقتصاد الوطني إذا لم يُحسن إستخدامه ،فأن هذا النشاط تم تحديد له مجموعة من الشروط الموضوعية ، و هي شروط متعددة نص عليها قانون النقد و القرض و أنظمته المتخذة لتطبيقه .

أولا : أن تكون البنوك و المؤسسات المالية شخصًا معنويًا

بإعتبار أن البنوك و المؤسسات المالية جميعها تأخد شكل شركة ، فهي أشخاص معنوية و بالتالي يتم إستبعاد الأشخاص الطبيعيين من ممارسة هذا النشاط ،لخطورة ذلك على النظام الإقتصادي عمومًا و النظام المصرفي خصوصًا

ثانيًا : أن تتخد المؤسسة شكل شركة المساهمة

أن المشرع استبعد جميع أنواع الشركات من مزاولة هذا النشاط وقصرها على شركة المساهمة التي هي شركة أموال ، و تعتبر الشكل الأنسب للقيام بهذا النشاط الذي يعتمد على أموال ضخمة لا تقدِر على توفيره أشكال الشركات التجارية الأخرى .

ثالثا : أن تملك المؤسسة المالية أو البنك رأس مال لا يقل عن الحد الأدنى المعين

شركة المساهمة هي شركة أموال ذات رأس مال كبير ، لذلك إشترط المشرع في القواعد العامة (قانون التجاري) حد أدنى لرأس مالها ، يجب أن لا يقل عن مقدار خمسة ملايين دينار جزائري إذا ما لجأت لإدخار العلني و لا يقل عن مليون دينار في غير ذلك هذا بشكل عام .

لكن المشرع خرج عن هذه القاعدة بموجب نظام رقم **18 /03** [1] وذلك لإعتبارات معينة منها الأخد بعين الإعتبار قدرة الشركة على منح للإئتمان لتمويل المشروعات التي تتطلب رؤوس أموال ضخمة .

[1] النظام رقم 03/18 المؤرخ في 04نوفمبر 2018 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر ،ج ر عدد 73 بتاريخ 09 ديسمبر 2018 .

رابعا : أن يكون رأس مال الشركة عند التأسيس محرر كليا و نقدًا

يعد هذا خروجًا عن القواعد العامة التي تجيز لشركة المساهمة التي تتخد شكل بنك أو مؤسسة مالية، اللجوء إلى إدخار العلني عند التأسيس ، الذي بموجبه تقترض الشركة أموالًا من الغير عند تأسيسها أيْ قبل بداية نشاطها ، إلا أن المشرع حرمها من هذه الميزة ، وألزم المؤسسين توفير المال الكافي و القيام بالتأسيس الفوري بدل اللجوء إلى إدخار العلني بحيث يكون رأس مال الشركة لا يقل عن الحد الأدنى المطلوب قانونيًا وأن يكون محررًا كليًا [1] .

فضلا عن ذلك إشترط القانون أن يكون الحد الأدنى لرأس مال الشركة نقدًا و ليس عينًا و هذا الأمر يعد خروجًا عن المتعارف عليه في القواعد العامة التي تجيز أن يكون رأس المال بتقديمات عينية أو نقدية .

الفرع الثالث : الشروط الشكلية لتأسيس البنوك التجارية

أن توافر الشروط الموضوعية لا يكفي لممارسة مهنة البنكية بل لا بد من وجود شروط شكلية تكمل الشروط شكلية تكمل الشروط الموضوعية ،ويتعلق الأمر أساسًا بضرورة الحصول على رخصة الإدارية المصرفية تتمكن هذه الأخيرة من خلالها من مراقبة مدى إحترام المؤسسة في تأسيسها إلى التشريع و التنظيم وكذا ملائمة الإنشاء مع الظروف الإقتصادية[2] ، وعليه فأن ممارسة النشاط المصرفي يخضع لشروط الشكلية آتي ذكرها

[1] القواعد المنظمة للمهنة المصرفية ، المرجع السابق، ص 3 .

[2] سهام ميلاط ، النظام القانوني للمؤسسات المصرفية في الجزائر ،مذكرة تكميلية لنيل شهادة ماستر شعبة الحقوق ،تخصص قانون أعمال ، جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،قسم الحقوق،بدون تاريخالمناقشة،2013-2014،ص25

أولا : الحصول على ترخيص

قبل أن يبرم المؤسسون العقد التأسيسي للشركة (البنك أو المؤسسة المالية) ، أوجب عليهم القانون الحصول على ترخيص من مجلس النقد و القرض على ترخيص مسبق لإنشائها ، وقد نصت على ذلك المادة **82** من الأمر **03-11** بأنه:

" يجب أن يرخص المجلس بإنشاء أيْ مؤسسة مالية أو بنك يحكمها القانون الجزائري على أساس ملف يحتوي خصوصًا على : نتائج تحقيق يتعلق بمراعاة أحكام المادة **80** "[1] .

كما نصت على ذلك أيضًا المادة الأولى من النظام **06-02** المؤرخ في أول رمضان عام **1427** الموافق **24** سبتمبر سنة **2006** ، يحدد شروط تأسيس بنك و مؤسسة مالية و شروط إقامة فرع بنك و مؤسسة مالية أجنبية [2] .

1 . تعريف الترخيص

لم يقم الشرع بتعريف الترخيص سواء في قانون النقد و القرض ولا في الأنظمة الصادرة عن مجلس النقدوالقرض ،بل ترك ذلك إلى صاحب الأصل وهو الفقه .

الترخيص هو مقرر يمنحه مجلس النقد و القرض لمؤسسي بنك أو مؤسسة مالية للراغيبين في ممارسة النشاط المصرفي بناء على ملف يكون محل تمحيص ومراقبة من طرف مجلس النقد و القرض .

أ . إجراء الحصول على الترخيص

قد أحال المشرع ذلك إلى التنظيم المخول للمجلس ممارسته بمقتضى المادة **62** من قانون النقد و القرض،وتكمن الحكمة من ذلك في إعطاء نوع من السلطة التقديرية للهيئات المركزية المتمثلة في المجلس حتى تباشر الرقابة وفقًا لما تراه مناسبًا .

---

[1] المادة 80 تتعلق بالمسيرين **واش من قانون**

[2] منشور بالجريدة الرسمية العدد 77 ، بتاريخ : 02-12-2006 .

وفي هـذا صـدد أصـدر المجلـس نظـام تحـت رقـم **02/06** الصـادر في **24** سـبتمبر **2006** يتضـمّن تحديـد شـروط تأسيس المصـرف و المؤسسـة الماليـة وطنيـة و أجنبيـة ،كمـا نـص في المـادة الثانيـة منه على أن هـ : " يرفق طلب رخصة تأسيس مصرف أو مؤسسة مالية وكذا طلب رخصة إقامة فرع أو مصرف أو مؤسسة مالية وكذا طلب رخصة إقامة فرع أو مؤسسة مالية أجنبية بملف تحدد عناصره عن طريق تعليمة يصدرها مصرف الجزائر " ،فوقًا لهذه المادة يتم توجيه طلب لرئيس مجلس القرض و النقـد ، و حـددت المـادة الثالثـة مـن نفـس النظـام ، العناصـر و المعطيـات الـتي يجـب أن ترفـق بملـف الطلب وهي كالآتي :

- برنامج النشاط الذي يمتد على **5** سنوات .
- إستراتيجية تنمية الشبكة و الوسائل الفنية التي ينتظر إستعمالها .
- نوعية و شرفية المساهمين و ضامنيهم المحتملين .
- القدرة المالية لكل واحد من المساهمين و لضامنيهم .
- المساهمين الرئيسيين المشكلين "النواة الصلبة" ضمن مجموعة المساهمين .
- وضع المؤسسة التي تمثل المساهم المرجعي ، لاسيما في البلد الأصلي بما في ذلك المؤشرات حول سلامتها المالية .
- قائمة المسيرين الرئيسيين بمعنى المادة **90** من الأمر **11/03** يجب أن يتمتع إثنان منهما على أقل بصفة المقيمين .
- مشاريع القوانين الأساسية إذا تعلق الأمر بإنشاء بنك أو مؤسسة مالية .
- القوانين الأساسية إذا تعلق الأمر بفتح فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية .
- التنظيم الداخلي ، أي مخطط التنظيمي مع الإشارة إلى عدد الموظفين المرتقب و كذا الصلاحيات المخولة لعمل المصلحة .

وهذه العناصر التي يجب أن يتضمنها ملف طلب الترخيص [1] إضافة عناصر أخرى يتم تحديدها بموجب تعليمة صادرة عن بنك الجزائر ،و بموجب تعليمة صادرة عنه تحت رقم **05/00** المؤرخة في **30** أفريل**2000** حددت هذه العناصر التي يجب أن يتضمنها طلب الترخيص وتتمثل في إجابة عن أسئلة محددة في الملحقين [2] ، و الواقع أن هذه العناصر التي تضمنها الملحقان تشمل جميع العناصر الدقيقة التي تمكن مجلس النقد و القرض ،من التحقق من مدى مراعات الهيئة التي تريد الحصول على ترخيص الشروط التي تفرضها القوانين .

ج . منح قرار الترخيص

إذا توفرت الشروط المطلوبة لتأسيس المؤسسة المصرفية المحددة أساسًا في الشروط الموضوعية إلى جانب الشروط المرفقة بملف طلب التأسيس يتخد مجلس النقد و القرض قرار بمنح الترخيص في أجل أقصاه شهرين إبتداءً من تاريخ تسليم الملف ،ويدخل هذا الترخيص حيز التنفيذ إبتداءً من تاريخ تبليغه ، طبقًا لنص المادة **5** من النظام رقم **01/93** المعدل بموجب النظام رقم **02/00** .

أما في حالة تخلف إحدى الشروط المطلوبة في الطلب ، يتخد بشأن ه المجلس قرار بالرفض يمكن طعن فيه حسب الشروط المحددة في المواد **65** و**87** من قانون النقد و القرض .

وفي لحظة الحصول على الترخيص يتم تأسيس الشركة التابعة للقانون الجزائري لأن هذا الأخير يمثل الوثيقة الرسمية لميلاد شخص من أشخاص النشاط المصرفي ، الذي يكون أهلًا في السجل التجاري لإكتساب الشخصية المعنوية[3] .

---

[1] ليلة بن مدخن ،تأثير النظام المصرفي على حركة الإستثمار في الجزائر ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ،جامعة جيجل،كلية الحقوق ،د س ن، ص ص 27-28 .

[2] "يتضمن الملحق الأوّل الإجابة عن الأسئلة المتعلقة بالمصرف المواد إنشاؤه و معلومات عن المسيرين ، أما الملحق الثاني يتعلق بوصف المشروع المواد إنشاؤه و تحدد شكله القانوني ،ومشروع النظام الأساسي ووصف النشاط المواد تطويره ..." ،ليندة شامبي، الإئتمان المصرفي ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ،دون تاريخ المناقشة 2010-2011،ص39

[3] ليلة بن مدخن ، المرجع السابق ،ص 28 .

ثانيا : القيد في السجل التجاري

رغم ماتنفرد به شركة المساهمة من خصائص بإعتبارها شركة أموال في تكوينها و إدارتها مع مراقبتهاوحلها،تبقى خاضعة لكل القواعد و الشروط الواجب توافرها في كل الشركات ،حيث يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبًا وإلا عُد باطلًا حسب المادة **418** من القانون المدني ،وشركة المساهمة لا يشترط فيها الكتابة فحسب بل لا بد من الرسمية ، أيْ يجب تحرير العقد لدى موثق مع شهره لنفاذه في مواجهة الغير ، حيث إعتبر القانون المدني أن الشركة بمجرد تكوينها تعتبر شخصًا معنويًا ، غير أن هذه الشخصية المعنوية بالنسبة للشركة التجارية لا تنشأ إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري و بعد استيفاء إجراءات الشهر كما أوجب عليها القانون لتكون حجة على الغير ،وبهذا الصدد نجد نص المادة **549** من القانون التجاري التي تنص على إنتفاء الشخصية المعنوية للشركة التجارية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري .

وبالرجوع إلى أحكام المنظمة للسجل التجاري نجد أنه القيد في السجحل التجاري مرتبط بالنشاط التجاري في حد ذاته حيث تستثنى القاعدة العامة كما سبق القول من الأنشطة التجارية المنظمة التي تخضع ممارستها إلى الحصول على ترخيص أو إعتماد مثلما هو الأمر بالنسبة للنشاط المصرفي حسب ما ورد في أحكام الأمر **11/03** المتعلق بالنقد و القرض التي تقتضي بأن التسجيل في السجل التجاري للمؤسسة المصرفية يتوقف على الحصول على ترخيص الذي ينشأ المؤسسة المصرفية وفقًا للقانون الجزائري ،أما مباشرة النشاط المصرفي فيتوقف على رخصة الإعتماد .

ومنه يتضح أن التسجيل في السجل التجاري للمؤسسة المصرفية لا يمنح لها الحق في ممارسة أي عملية من عمليات النشاط المصرفي لأن الشروع الفعلي في ممارسة الأنشطة أو المهن المقننة الخاضعة للتسجيل في السجل التجاري يبقى مشروطًا بحصول المعني على إعتماد إستنادًا لنص المادة **25** من القانون رقم **08/04** .

ثانيا : الحصول على الإعتماد

أن إستيفاء الإجراءات القانونية اللازمة و الحصول على قرار الترخيص تعد غير كافية لمباشرة المؤسسة المصرفية نشاطها بل لا بد لها من الحصول على إعتماد الذي يمنحه لها مجلس النقد و القرض بعد مراقبة جميع الشروط السابقة ، فالإعتماد يعد تأشيرة لدخول النشاط البنكي .

1 . تعريف الإعتماد

يعرف الإعتماد بأن ه عبارة عن إتفاق يبرمه الشخص مع الإدارة بغرض حصوله على بعض المزايا الجبائية أو المالية أو بغرض تحقيق و تنفيذ بعض المشاريع ، كما يمكن تعريفه على أن ه تصرف إداري منفرد تقبل الإدارة من خلاله وجود و ممارسة نشاط معين أو وجود هيئة معينة ، خاصة إذا تعلق الأمر بأنشطة إقتصادية مقننة ،كما هو الحال بالنسبة للنشاط المصرفي [1] .

2 . تقديم طلب الحصول على الإعتماد

أن منح الإعتماد للمؤسسة المصرفية التي تتأسس بناءً على ترخيص من مجلس النقد و القرض ،يتطلب إستيفاء جميع الشروط التي حددها الأمر **11/03** و الأنظمة المتخذة لتطبيقه ، وكذا الشروط الخاصة التي يمكن أن تكون مقترنة بالترخيص عند الإقتضاء بإضافة إلى الوثائق و المستندات التي ترفق بطلب الإعتماد و المحددة بمقتضى التعليمة رقم **2000/04** [2] و المتمثلة حسب ما ورد في المادة الثانية من التعليمة :

ـ رسالة تعهد مصادق عليها من قبل الجمعية العامة للمساهمين ،موقع عليها من قبل رئيس مجلس إدارة البنك .

ـ النسخة الأصلية للقوانين الأساسية المحررة بموجب عقد توثيقي أو نسخة طبق الأصل مصادق عليها للقوانين الأساسية للمؤسسة الأم .

---

[1] ليلة بن مدخن ،مرجع السابق ،ص 35 .

[2] Instruction n° 2000/04 du 30/04/2000 déterminant les éléments constitutifs du dossier de demande d'agrément de banque ou d'établissement financiére , www.bank-of-algeria.dz

- نسخة طبق الأصل مصادق عليها للسجل التجاري .

- نسخة طبق الأصل مصادق عليها للتصريح بالوجود الضريبي ، محررة لدى قباضة الضرائب في مكان تواجد المقر الإجتماعي.

ويوجه الطلب إلى محافظ بنك الجزائر عملًا بأحكام الفقرة الرابعة من المادة 137 من قانون القرض والنقد فأن المختص بمنح الإعتماد هو محافظ بنك الجزائر ، فالمحافظ يتولى إصدار القرارات الفردية الذي يتخدها مجلس القرض والنقد و المتعلقة بمنح التراخيص ، لكن فيما يتعلق بمنح اعتماد فهو يتخذ القرار و يتولى إصداره[1].

فالمحافظ يتلقى طلب الإعتماد مرفوقًا بقائمة تضم أغضاء الإدارة أو مجلس المراقبة المعينين من قبل الجمعية التأسيسية للبنوك أو المؤسسات المالية و المرفقة ببيان مسارهم المهني خلال أجل أقصاه **12** شهر من تاريخ تبليغ الترخيص.

يمنح الإعتماد بمقرر صادر عن محافظ بنك الجزائر ،وينشر في جريدة الرسمية ،يحدد مقرر الإعتماد صنف المؤسسة المصرفية ، كأن تكون بنكًا أو مؤسسة مالية أو فرع بنك أو مؤسسة مالية أجنبية ، و يتضمن كذلك مقر الشركة وعنوانها التجاري ،وكذا قيمة رأسمالها الإجتماعي وأسماء أهم المسيرين[2] وإذا كان الترخيص يدخل حيز التنفيذ إبتداءً من تاريخ تبليغه ، فأن هـ لم يرد أي نص يشير إلى تبليغ الإعتماد .

3. سحب الإعتماد

حسب المادة **95** من الأمر **11/03** يقرر مجلس النقد و القرض سحب الإعتماد في حالتين :

---

[1] قبل إنتهاج مسار الإصلاحات ،كان منح التراخيص و الإعتماد من إختصاص وزير المالية والتي مارسها منذ الإستقلال، وبصدور قانون النقد و القرض رقم 11/90 سحبت منه هذه الصلاحيات وقد يعتبر ذلك رغبة من الدولة في التخلي الإرادي عن بعض صلاحياتها في المرحلة الإنتقالية .

[2] ليلة بن مدخن ،مرجع سابق ،ص 38

الحالة الأولى بناءً على طلب من البنك أو المؤسسة المالية

الحالة الثانية تكون تلقائيًا وهذا بناءً على أن هـ :

- لم تصبح الشروط التي يخضع لها الإعتماد متوفرة .
- لم يتم إستغلال الإعتماد إثنى عشرة **12** شهرا .
- إذا توقف النشاط موضوع الإعتماد لمدة **06** أشهر .

الفرع الرابع : ظروف و مضمون التراخيص بإعتماد البنوك الإسلامية

منذ إستقلال الجزائر تم تأسيس أربعة بنوك إسلامية [1] ،بنك البركة الذي سوف يكون محل الدراسة حيث أنشئ خلال مرحلة حرجة في المجال السياسي و إقتصادي الجزائريين ، كما تمّ منح تراخيص لكل من بنك السلام ، بنك الخليج،المؤسسة العربية المصرفية ، بعد تغيّر ملحوظ في توجّه السياسة المالية في الجزائر ، و سنحدد فيما يلي ظروف منح هذه التراخيص (أولا)، و مضمونها (ثانيا)

أولًا : ظروف منح التراخيص للبنوك الإسلامية في الجزائر

رغم أن الجزائر كانت من السباقين للمبادرة بطرح فكرة إنشاء بنك إسلامي التي رفضها في ظل الإستعمار الفرنسي ، كما كانت من مؤسسي البنك الإسلامي للتنمية ، حيث صادقت على الإتفاقية المتعلقة بإنشائه بموجب الأمر **17/75** [2] والتي تمتلك فيه نسبة **2,54%** من إجمالي الأسهم [3] ،كما لعبت دورًا بارزًا في إنشاء هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، حيث كانت مقرًا لإتفاقية تأسيسها الموقعة من عدة مؤسسات المالية الإسلامية الدولية بتاريخ **26**

---

[1] القرار الوزاري الصادر بتاريخ 1990/09/16 ،ج ر ، رقم 04 لسنة 1990 .

[2] الأمر رقم 17/75 المؤرخ في 1975/02/27 ، المتضمن المصادقة على إتفاقية إنشاء البنك الإسلامي للتنمية ، ج ر ،رقم 22 لسنة 1975 .

[3] www.isdb.org/irj/portal/anonymous?NavigationTarget=navurl://2b7d69ale24e2f82aa9bb09c20030f1b&guest_user=idb_ar (15/04/2013)

فيفري**1990** كهيئة عالمية ذات شخصية معنوية مستقلة لا تسعى إلى الربح ،وتهدف إلى تطوير معايير الصناعة المالية و المصرفية الإسلامية .

تشير إحصائيات إلى إستئثار البنوك العمومية بحصة معتبرة من السوق تقدر بأكثر من **90%** و تمتلك شبكة واسعة من الفروع و الوكالات تبلغ حوالي **1200** وكالة بنكية موزعة عبر كامل التراب الوطني ،كما أن البنوك الأجنبية محدودة النشاط ومقتصرة على قطاعات معينة وموجودة فقط لرعاية مصالح الشركات الأجنبية الأم و القيام بالتحويلات المالية نحو الخارج .

بإستثناء بنك البركة المنشأ سنة **1990** ، يلاحظ عدم إعتماد أيّ بنك إلى غاية فترة الإنفتاح نحو الشراكة الأجنبية سنة **1999** ،حيث تمّ في هذه المرحلة تحويل البنوك العمومية إلى شركات ذات أسهم ،كما أسس قانون المالية لسنة **1999** لمبدأ الشراكة كوسيلة لتحفيز الإستثمار الأجنبي في الجزائر ، وهو ما جسّد فعلا في القطاع المصرفي من خلال الأمر **11/03** المؤرخ في **26** أوت **2003** [1] المعدل و المتمم بالأمر **04/10** المتضمن قانون النقد و القرض [2] مما سمح بإنشاء البنوك السالف ذكرها .

ثانيا : مضمون التراخيص الممنوحة للبنوك الإسلامية في الجزائر

بالرجوع للقانون الأساسي لبنك البركة الجزائري تنص المادة الثانية من القانون الأساسي لبنك البركة الجزائري على ما يلي : " يقوم البنك بأعمال التمويل و الإستثمار على غير أساس الربا و ذلك من خلال الوسائل التالية :

---

[1] الأمر رقم 11/03 الصادر بتاريخ 2003/08/26 المتضمن قانون النقد و القرض ،ج ر ، عدد 52 صادرة بتاريخ 2003/08/27 .

[2] الأمر رقم 04/10 الصادر بتاريخ 2010/07/26 المتضمن قانون النقد و القرض ، ج ر ، عدد 50 صادرة بتاريخ 2010/08/01

- تقديم التمويل اللازم كليًا أو جزئيًا في مختلف الأحوال و العمليات القابلة للتصفية الذاتية ، و يشمل ذلك أشكال التمويل بالمضاربة و المشاركة المتناقصة و بيع المرابحة و غير ذلك من الصور المماثلة .

- توظيف الأموال التي يرغب أصحابها في إستثمارها .

- الإشتراك مع سائر الموارد المتاحة لدى البنك وذلك وفق نظام المضاربة المشتركة .

ويجوز للبنك في حالات معّينة أن يقوم بالتوظيف المحدّد حسب الإتفاق الخاص بذلك " .

كما تنص المادة **06** من القانون الأساسي على ما يلي : " يلتزم البنك في جميع تعاملاته و نشاطاته بأحكام الشريعة الإسلامية وخاصة فيما يتعلق بإجتناب الربا في الأخد و العطاء إلتزاما مطلقًا في جميع الأحوال والأعمال وتكون الأنظمة و اللوائح و التعليمات الصادرة خلافًا لموجبات هذا إلتزام غير نافذة في جق البنك له أو عليه " .

وحيث أن البنك قد تمّ إنشاؤه بموجب إتفاقية ممّا يعني سموّها على القانون ، والفقرة الأخيرة من المادة **06** أعلاه تمنح لهذا البنك الإستثناء من الخضوع للقوانين و الأنظمة و التعليمات الصادرة من السلطات المالية الجزائرية ،وهو إمتياز حظيت به كل البنوك الإسلامية التي كانت سباقة في إنشائها في معظم الدول (على غرار بنك فيصل الإسلامي السوداني وبنك برهاد الإسلامي الماليزي) .

كما تجنبت السلطات إخضاعه للقانون **13/82** المؤرخ في **28** أوت **1982** ، إنما أخضع لإتفاقية دولية بين الجزائر و الطرف الأجنبي أبرمت بتاريخ **01** مارس **1990** ليتأسّس البنك بتاريخ **06** ديسمبر **1990** في شكل شركة مساهمة مدتها **99** سنة (**06** أشهر بعد صدور قانون النقد و القرض **11/90**) [1] .

[1] راضية بن شيخ ، التمويل الإستثماري في البنوك الإسلامية ،مذكرة ماجستير في قانون الأعمال ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،2009،ص 83 .

ينتمي البنك لمجموعة البركة الدولية ، أنشئ برأسمال قدره **500** مليون دينار جزائري (**27** مليون دولار أمريكي) بنسبة متساوية بين بنك البركة و بنك التنمية الريفية الجزائري ، وبعد رفع رأسماله سنتي **2003** و**2009** بلغ رأس ماله **162,773** مليون دينار جزائري (تقريبا **1,852** مليون دولار أمريكي) أي ما يمثل 1,55% من السوق المالية الجزائري ، لتتحول النسبة إلى **44%** لبنك الفلاحة للتنمية الريفية الجزائري و **56%** لمجموعة البركة المصرفية[1]،وهو مسجل كبنك تجاري ، وإنطلق في مشروع وقفي مع صندوق الوقف لإنشاء شبكة نقل حضري.

وقد كانت أولى العوائق التي واجهته الطابع الإيدولوجي للبنك ،حيث تمّ حذف الوصف الإسلامي من تسميته،فالسلطات المالية في الجزائر منعت وصف البنك الإسلامي ،لكن بالنظر إلى قانونه الأساسي فيمكن إعتبارالموافقة على تأسيس البنك في ظل قانونه الأساسي إعترافًا بهذه الصفة الخاصة في ظل أحكام العرف المصرفي الدولي .

[1] التقرير السنوي لبنك البركة الجزائري لسنة 2013 ، ص 08 ،(10/05/2015) www.albaraka-bank.com

المبحث الثاني : أساليب الإستثمار في البنوك الإسلامية

يعد البنك الإسلامي بنك إستثماري يساهم في تحقيق التنمية الإقتصادية الشاملة وذلك من خلال قيامه بأعمال الوساطة المالية بين أصحاب رؤوس الأموال وبين أصحاب المشاريع ،ولقد تبين أن نشاط التمويل يعد من أهم أنشطة البنوك الإسلامية و الشبابيك لما يحقق لها من عوائد و التي تعد أهم مصدر للأرباح .

وهناك العديد من الصيغ التمويلية المستخدمة في البنوك الإسلامية المتوافقة وأحكام الشريعة الإسلامية ،ولكن لكل صيغة طبيعة تختلف عن طبيعة الصيغ الأخرى ،وسنتناول أهم الصيغ التمويلية في البنوك الإسلامية من جانبين عمليات الإستثمارية القائمة على الديون وهو مايعرف بعقود المتاجرة إستثمار المباشر (المطلب الأول) وعمليات الإستثمارية التشاركية قائمة على المشاركة وهو ما يعرف بالإستثمار غير مباشر (المطلب الثاني).

المطلب الأول : صيغ إستثمار المباشر في البنوك الإسلامية

الفرع الأول : بيع السلم

بيع السلم هو إحدى البيوع الآجلة التي تتبناها البنوك الإسلامية وهي صيغة تمويل الإستثمارات في مدى القصير عادة تكون أقل من سنة (دورة إنتاجية /موسم زراعي) وهو أسلوب مشروع لما يهدف إليه من تحقيق مصلحة البائع والمشتري بالتراض بينهما .

أولًا : تعريف بيع السلم

السلم أو السلف هو بيع آجل بعاجل ،أو بيع شيء موضوع في الذمة يتم تسليمه في أجل لاحق ويجب أن يكون الثمن كله معجلاً ، أيْ أن ه يتقدم فيه رأس المال أو الثمن و يتأخر تسليم المبيع أو المسلم فيه لأجل في المستقبل [1] .

[1] محمد عبد الله إبراهيم ،بنوك التجارية بدون ربا ، دار عالم الكتاب ، المملكة العربية السعودية ، بدون طبعة ،2002 ،ص245.

وعليه فبيع السلم هو بيع يعجل فيه الثمن و يأجل فيه المثمن (السلعة) ،كما عرفتها المادة **9** من نظام بنك الجزائر رقم **20 . 02** و المادة **36** من التعليمة **03– 2020** بأن ها " عقد يقوم من خلاله البنك أو المؤسسة المالية بدور المشتري ،من خلال شراء سلعة تسلم له آجلًا من طرف زبونه ، مقابل الدفع الفوري أو النقدي ، توفر هذه الصيغة التمويل اللازم للعملاء مقابل شراء منتجاتهم ودفع ثمنها مع تأجيل تسليم السلم "[1] .

ويرى البعض أن هذه الصيغة تستعمل عادة في مجال الإنتاج الزراعي [2] ،الذي يهدف إلى تغطية مصاريف أو عملية الإنتاج حيث نصت المادة **37** من التعليمة رقم **03– 2020** [3] على عقد السلم "الموازي" وهو عندما يبرم البنك عقد سلم آخر من طرف ثالث ومستقل عن الأول ، من أجل بيع سلعة مطابقة في مواصفاتها للسلعة موضوع العقد الأول ،تسلم في تاريخ لاحق وبسعر متفق عليه يدفع فورًا ونقدًا ، وصيغة السلم قد تشمل تمويل الإنتاج أو إقتناء الأصول .

ثانيا : شروط البيع بالسلم

يمكن إستخلاص هذه الشروط من التعليمة رقم **03– 2020 المؤرخة في 20أفريل 2020** وتتفق مع الشروط الموضوعية إلى حد كبير[4] .

1 . الشروط المتعلقة برأس المال

- قبض (تسليم) رأس مال أو الثمن في مجلس العقد قبل التفرق .
- أن يكون رأس المال أة القبض معلومًا لطرفين ، ولا يجوز تركه معلقًا .

---

[1] ماهر عبد العزيز ،صيغ التمويل الإسلامي في نشاطها الإقتصادي ، دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية ، مجلة الغري للعلوم الإقتصادية و الإدارية ، جامعة الكوفة ، م 4 ، العدد 19.2011 ، ص 30.

[2]Abbas Mirakhor and Iqbal Zaidi , Profit –and-loss sharing contracts in Islamic finance ,op .cit ,p.52

[3] التعليمة 03 – 2020 المؤرخة في 20أفريل 2020

[4] محمد عبد العليم عمر ، الإيطار الشرعي و الإقتصادي و المحاسبي لبيع السلم ، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب ،البنك الإسلامي للتنمية ، جدة السعودية ، ط 1 ، سنة 1992 ، ص 21 .

- أن يكون رأس المال دينًا في ذمة المسَلم إليه أو غيره .

- يجوز أن يكون رأس المال عينًا أو نقدًا أو حتى منفعة .

2 . شروط المتعلقة بالأجل

- أن يكون الأجل معلوم بإتفاق المذاهب ، منعًا للجهالة المفضية إلى النزاع .

- تأجيل التسليم بالنسبة إلى المسَلَمِ فيه ، لأن هذا ما يميز السَلَمَ عن غيره من البيوع .

3 . شروط المتعلقة بالمُسَلَمِ فيه

ـ أن يكون المسَلَمُ فيه ديْنًا في ذمة بحسب صفات مشروطة في الإتفاق أيْ ليس قيميًا بل إسميًا.

ـ أن يكون المسَلَمُ فيه معلومًا من حيث المقدار سواء كيلًا أو وزنًا ويجب أن يكون تقديره بمقياس المتعارف عليه بين أهل البلد .

ـ أن يكون المسَلَمُ فيه مقدورًا على تسليمه .

ثالثا : أهمية تطبيق بيع سلم في البنوك الإسلامية

أن تعامل البنوك الإسلامية ببيع السلم ،يجعل من أداة تمويل إستثمار فعالة و بديلة عن الإقتراض بفائدة ودفع الحرج والمشقة لتوفير الإنتاج و الإمداد بالسيولة النقدية ،و السلم لا يقتصر تطبيقه على الإنتاج الزراعي وإنما يشمل الإنتاج المستقبلي الصناعي وكذا التعامل التجاري في تقديم ما يحتاجه الناس في المستقبل القريب من خلال ما يلي :

- تمويل القطاع الفلاحي بإمداد المزارعين بالتمويل الضروري لهم لتغطية نفقات الدورة الإنتاجية من شراء مستلزمات الإنتاج و الآلات و التجهيزات ،مما يؤدي إلى تحسين الإنتاج ووفرة المحصول الزراعي المتوقع .

. تمويل القطاع الصناعي وذلك بتوفير المادة الأولية للمصانع مقابل الحصول على جزء من منتجاتها ثمّ بيعها بهامش ربح ، وكذلك تقديم التمويل اللازم للمحترفين و أصحاب الصناعات الصغيرة .

. تمويل التجارة الخارجية ودفع حصيلة صادرات إلى مستوى الذي يؤدي إلى تغطية عجز الميزان المدفوعات ويحول دون اللجوء إلى الديون الخارجية وبالتالي تحمل أعبائها و أعباء خدمتها[1] .

الفرع الثاني : عقد المرابحة

أولا: تعريفها

تعتبر المرابحة من أكثر أساليب التمويل إستعمالًا في البنوك الإسلامية ولها تعريفات عديدة نذكر منها :

ـ هي صيغة للتوسط من خلال المداينة ، فيستخدم الوسيط أموال المدخرين لشراء سلعة ثمّ يبيعها بأجل (دينًا) للموسط لديه بهدف ربح الفرق بين سعر العاجل و الآجل [2] .

ـ ويعرف أيضًا أن ه أحد صور بيع الأمانة المعروفة في الشريعة الإسلامية وتتم بإتفاق بين البائع و المشتري على ثمن السلع مع أخد بعين الإعتبار ثمنها الأصلي الذي إشتراها بها البائع أيْ أن ه يبيع بمثل الثمن الأول مع زيادة الربح[3] .

كما يعرفها المشرع الجزائري من خلال المادة **05** من نظام بنك الجزائر رقم **20/ 02** والتعليمة رقم **03-2020** هو عقد يقوم بموجبه البنك أو المؤسسة المالية ببيع سلع معلومة لزبون

---

[1] جمال لعمارة ،إقتصاد المشاركة نظام إقتصادي بديل لإقتصاد السوق ، مركز الإعلام العربي ، مصر، ط 1، سنة 2000،ص74.

[2] محمد عبد الله إبراهيم الشياني ،بنوك تجارية بدون ربا ،دار عالم للكتاب ،المملكة العربية السعودية ،بدون طبعة ،2002 ، ص245.

[3] فلاح حسن عدلي الحسيني و آخرون ،إدارة البنوك ، دار وائل للنشر ، بدون طبعة ،2000 ،ص

سواء كانت هذه السلع منقولة أو غير منقولة يملكها البنك أو المؤسسة المالية ، ويتم البيع بتكلفة إقتناء السلعة مع إضافة هامش الربح متفق عليه مسبقًا ، ووفقًا لشروط الدفع المتفق عليها بين الأطراف [1] .

ثانيا : مشروعيتها

إتفقا العلماء على جواز بيع المرابحة و مشروعيتها و الأصل في ذلك الكتاب و السنة و الإجماع ، أما الكتاب فقوله تعالى ﴿**وإبتغوا من فضل الله** ﴾[2] وقوله تعالى ﴿**ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلًا من ربكم**﴾[3] ، ووجه الدلالة من الآيتين أن المرابحة إبتغاء الفضل من البيع ،وأما من السنة فقول النبي صلى الله عليه و سلم ﴿**إنما البيع عن تراضٍ**﴾[4]،وأما الإجماع فقد تعامل المسلمون بالمرابحة في سائر العصور فكان ذلك إجماع على جوازها[5] .

ثالثا : شروط المرابحة

بإعتبار بيع المرابحة هو عقد من العقود يجب أن يتوفر على شروط عامة في جميع البيوع و شروط خاصة يختص بها عن العقود الأخرى ومن أهمها :

ـ يجب أن يكون العقد الأول للمرابحة صحيحًا ،فأن كان فاسدًا لم يجرى بيع المرابحة لأنها بيع ثمن الأول مع الزيادة [6] .

ـ يجب تحديد التكلفة الأولية لسلعة تفضيلًا بحيث تتضمّن ثمن الشراء وكل الرسوم والمصاريف الأخرى حسب مكان و شروع تسليم السلع[1] .

---

[1] المادتان 4 و 5 من تعليمة بنك الجزائر رقم 03-2020 المؤرخة في 02 أفريل 2020 .

[2] سورة الجمعة ، الآية

[3] سورة البقرة ، الآية

[4] سنن إبن ماجة ،كتاب التجارات ، وباب بيع الخيار ،حديث رقم 185 .

[5] عقال سمية ، النظرية العامة للبنوك الإسلامية و البنوك التقليدية ، مذكرة لنيل شهادة ليسانس ،غير منشورة ،قسم حقوق ، كلية الحقوق ،جامعة الدكتور مولاي طاهر ، سعيدة السنة الجامعية 2016 . 2017 ، ص 37 .

[6] محمد محسن ،العقود الشرعية في المعاملات المالية المصرفية ،مجلس النشر العلمي الكويت ،بدون طبعة ،1997 ،ص67 .

ـ إن الربح معلوم وقد يكون مقدارًا محددًا أو نسبة من الثمن ،وكذلك العلم بالثمن الأول فيبين البائع للمشتري وقت البيع أصل الثمن وما غرمه من نفقات على السلعة كأجرى[2] .

ـ يفضل أن تكون البضاعة محل المرابحة مشتراة من القطاع العام أو مستوردة بموجب إعتمادات مستندية مفتوحة من طرف [3] .

رابعا : أهمية تطبيق بيع المرابحة في البنوك الإسلامية

تستخدم البنوك الإسلامية هذا الأسلوب كصيغة لتمويل إحتياجات مختلف القطاعات الإقتصادية لما لهذا الأسلوب من مردودية في التمويل من خلال [4] :

ـ تستخدم البنوك الإسلامية هذا الأسلوب كصيغة لتمويل إحتياجات قطاع التجارة الداخلية و الخارجية ،فتسهم في تنشيط حركة البيع و الشراء في السوق المحلي ، و رفع حجم الطلب الكلي و المساهمة في دوران الإقتصاد الوطني .

ـ دفع الكفاءة الإنتاجية للإقتصاد الوطني ،من خلال توفير مواد الخام و السلع الوسيطة و المعدات و الآلات والأجهزة .

ـ دعم النشاط الإستثماري للمؤسسات الصغيرة و المتوسطة .

---

[1] رشدي صالح عبد الفتاح صالح ،البنوك الشاملة وتطوير دور الجهاز المصرفي المصري، دار النهضة العربية ،مصر ، بدون طبعة،2000 ، ص 209 .

[2] فائز اللبان ، القطاع المصرفي في الإقتصاد الإسلامي ،دار لين ،الجزائر ،بدون طبعة ،1998 ،ص 173 .

[3] محمد عبد الحميد الشواري ،إدارة مخاطر الإئتمان ،منشأة المصارف ،الإسكندرية ،بدون طبعة ،2002 ،ص1021

[4] جمال لعمارة ،المرجع السابق ، ص ص 71 – 72 .

الفرع الثالث : الإجارة

الإجارة صيغة فعالة لتمويل الإستثمارات لما تحقق حاجة الناس إلى المنافع ،وحاجة الملاك إلى المال وأيضًا لما تلبي حاجيات مختلف القطاعات الإقتصادية الحيوية .

أولا : تعريف الإجارة

هي بيع منفعة معلومة بعوض معلوم .

أو هي عقد يتم بموجبه تمليك منفعة الأصل (عين) معلوم من قبل مالكها لطرف آخر مقابل عوض (ثمن)[1] إلا أن الذي سوف نتطرق إليه هو ما تطبقه البنوك الإسلامية أو التقليدية و المقصود بذلك الإجارة التمليك .

ولقد عرفتها المادة **02** من نظام بنك الجزائر رقم **20-02** والمادة **24** من تعليمة رقم **03-2020** بأن ها :"عقد إيجار يضع من خلال البنك أو المؤسسة المالية ، المسمّى (المؤجر) تحت تصرف الزبون المسمّى (المستأجر)،وعلى أساس الإيجار سلعة منقولة أو غير منقولة ، يملكها البنك أو المؤسسة المالية ،لفترة محدودة مقابل تسديد الإيجار يتم تحديده في العقد " وتخضع في إيطار الصيرفة إلى نص خاص هو الأمر رقم **09/96** المؤرخ في **10** جانفي سنة **1996** الذي يتعلق بالإعتماد الإيجاري[2] .

حيث يتم الإعتماد الإجاري بين الجهة الممولة للمصارف ،ويطلق عليه إسم المؤجرون وبموجبه يوضع تحت تصرف المؤسسة التي يطلق عليها غسم المستأجر بالمنقول أو عقار لمدة معينة مقابل دفع هذا الأخير للأجرة المتفق عليها،يخير المستأجر نهاية المدة بين رد المال أو العقار المؤجّر إلى المؤجِّرأو شراء أو تجديد عقد الإيجار لمدة أخرى،حيث يقتني البنك الأصل من المورد (الصانع أو البائع) بناءً على طلب المستأجر بموجب عقد أولي .

---

[1] محمد سلمان حصاونه ، المرجع السابق، ص 206.

[2] الجريدة الرسمية صادرة بتاريخ 14 يناير 1996 ،العدد 03 ،ص ص 26 – 33

ثانيا : أنـواع الإجـارة

تستخدم البنوك الإسلامية عقد التأجير لإستثمار الأموال المتاحة لتحقيق مزايا عديدة ،حيث نصت المادة **32** من تعليمة بنك الجزائر رقم **03 – 2020** على أن الإجارة يمكن تكون على نوعين :

1 . إجـارة التشغيلية

وهي التأجير الذي يقوم على تمليك المستأجر منفعة أصل معين لمدة معينة على أن يتم إعادة الأصل لمالكه (البنك الإسلامي) في نهاية مدة الإيجار ،ويتميز التأجير التشغيلي بتحميل المصروفات الرأسمالية على الأصل للمؤجر ، أمّا المصروفات التشغيلية مثل الكهرباء ،والماء فيتحملها المستأجر[1] .

غير أن هناك إختلاف بين أحكام الإجارة في التعليمة رقم **03 – 2020** و أحكام الأمر رقم **09/96** فيما يتعلق بتكاليف التأمين ، ففي نّص التعليمة فأن البنك هو الذي يلتزم بتأمين الشيء بإعتباره المالك ، أمّا الأمر رقم **09/96** فقد نصّ في المادة 39 منه على أن المستأجر يلتزم بالتأمين على الأصل المؤجّر ضد كل المخاطر ، وهذا إستثناء عن القاعدة "المالك يتحّمل تبعة هلاك الشيء المملوك له "[2] .

2 . الإجـارة التمليكية

في هذا النوع من التأجير ،يتم تمليك منفعة الأصل خلال مدة التأجير للمستأجر مع وعد من المالك بتمليك الأصل للمستأجر في نهاية مدة التأجير بسعر السوق في وقته أو بسعر يحدد في الوعد أو بسعر رمزي أو بدون مقابل ،و الوعد بتمليك الأصل للمستأجر في نهاية مدة التأجير بدون مقابل هو المقصود هنا وهو مطبق في البنوك الإسلامية ، لأن البنك يكون قد إستوفى ثمّن الأصل

[1] أحمد سليمان حصاونه ،المرجع السابق ،ص 208.

[2] محمد سليمان حصاونة ، المرجع السابق ، ص 210.

مـنْ خـلال الأقسـاط التـأجير التي قـد كـان حصـل عليها أثـناء فتـرة التـأجير ،لـدا يكـون بـدل الإيجـار مرتفع بكثير من التأجير التشغيلي[1] .

ثالثا : شــروط الإجــارة

وهي الشروط التي وضعها الفقهاء لعقد الإجـارة وما جـاء في التعليمة **03– 2020** .

ـ يجب أن يكون محل عقد الإجارة سلعٌ غير قابلة للتلف بسبب إنتفاع المستأجر[2] .

ـ أن تكون الأجرة معلومة لطرفي العقد ، كمبلغ أو مبالغ محدد [3] .

ـ يـمكن أن يتضـّمن العقـد أخْـد البنـك ضـمانات لتوثيـق الحصـول علـى مبلـغ الإيجـار أو إستعمالها في حالة تدهور أو إهمال من طرف المستأجر [4] .

رابعا : أهـمية تطبيق الإجـارة في البـنوك الإسـلامية

أن إعتماد صيغة التمويل التأجيري في البنوك الإسلامية تعود عليها بفـوائد جمة مـنـها :

ـ توفير سيولة مستمرة من خلال تسديد الأقساط ، و القدرة عـلى تسيير الأصول الثابتة ويعد من أحسن الصيغ للتطبيق في البنوك الإسلامية .

ـ يُدِرُ هذا الأسلوب من التـمويل عائـدات معقولة للـمؤجر لأمواله المستثـمرة ،وليس عائـدًا إفتراضيًا (سعر الفائدة) .

ـ يحقـق إستـثمارًا نـاجحًا للأجيـال و الطاقـات البشـرية بالعمـل ، و إسـتغلال المهـارات وفي الوقت ذاته يلبي حاجيات المجتمع من سكن و وسائل النقل و غيرها[5] .

---

[1] محمد سليمان حصاونة ، نفس المرجع ، ص 210 .

[2] المادة 25 من التعليمة 03 – 2020 المؤرخة في 20أفريل 2020 .

[3] المادة 30من التعليمة 03 – 2020 المؤرخة في 20أفريل 2020 .

[4] مصطفى رشدي شيخة ، الإقتصاد النقدي و المصرفي ، دار الجامعية ، بيروت ، ط5 ، 1985 ،ص 475.

[5] جمال لعمارة ، مرجع السابق ، ص ص 75-76.

الفرع الرابع :البيع الإستصناع

الإستصناع من العقود التي تفي بحاجات هذا العصر المتطور ، التي لها قابلية لأن تلبي مطالب إقتصادية مهمة،وتحل بعض مشكلات في التعامل لمن يحرصون على إلتزام قواعد الشريعة الإسلامية وفقهها في المعاملات .

أولا : تعريف الإستصناع

الإستصناع هو أن يطلب شخص من آخر صناعة شيء ما له ، على أن تكون الموارد عن الصانع وذلك نظير ثمن معين[1] .

ويعرف بأن ه "عقد مقاولة مع صاحب الصنعة على أن يعمل شيئًا "[2] كما يعرفه مصطفى أحمد الرزقا بأن ه " عقد يشترى به في الحال شيء مما يصنع صنعًا يلزم البائع بتقديمه مصنوعًا بمواد من عنده ، بأوصاف مخصوصة ، وبثمن محدد[3] ".

وعرّفه نظام بنك الجزائر رقم **02.20** في مادته **101** ، و المادة 44 من التعليمة رقم **03 ـ 2020** " بأن ه عقد يتعهد بمقتضاه البنك أو المؤسسة المالية بتسليم سلعة إلى الزبون صاحب الأمر ، أو بشراء لدى مُصنَعْ سلعة ستصنعْ وفقًا لخصائص محددة ومتفق عليها بين الأطراف ، بسعر ثابت ، وفقًا لكيفيات تسديد متفق عليها مسبقًا بين الطرفينْ " وهذا التعريف يقترب من خصائص المقاولة و عقود التوريد السلع المصنعة وفق مواصفات خاصة .

ثانيًا : شروط الإستصناع

وضعت التعليمة رقم **03-2020** مجموعة من الشروط أو الضوابط الخاصة بالإستصناع وهي كالآتي :

---

[1] شوقي أحمد دنيا ، العمالة و الإستصناع ،المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ،جدة السعودية ، سنة 1990، ص30.

[2] المادة 45 من التعليمة 03 – 2020 المؤرخة في 20 أفريل 2020 .

[3] المادة 46 من التعليمة 03 – 2020 المؤرخة في 20 أفريل 2020 .

ـ عدم إبرام عقد مع الشخص المعنوي الذي يمتلك صاحب الأمر **33%** فأكثر من رأس ماله[1] .

ـ يجب أن يكون سعر الإستصناع محددًا عند إبرام العقد ، ويمكن تحديد هذا السعر ودفعه نقدًا أو عينًا أو كحق إنتفاع لفترة محددة ، سواء تعلق الأمر بحق الإنتفاع من المنتوج موضوع عقد افستصناع أو منتوج آخر[2] .

ـ إمكانية دفع تسبيق على سبيل الضمان وهذا ما يختلف فيه مع عقد سلم ، حيث يعتبر هذا التسبيق جزء من السعر المتفق عليه ، في حالة الفسخ يحق للبنك الإحتفاظ بهذا التسبيق .

ثالثا : أهمية تطبيق تمويل الإستصناع في البنوك الإسلامية

يحتوي هذا الأسلوب من التمويل (الإستصناع) أهمية بالغة في الحياة الإقتصادية بالنسبة للبنوك الإسلامية أو الأفراد في المجتمع المتعاملين به ، حيث تبرز هذه الأهمية في :

ـ تأمين مختلف السلع الإستهلاكية و الإنتاجية للأفراد و القطاعات الإقتصادية ، وفي هذا مصلحة لكل طرفين سواء الصانع أو المستصنع .

ـ تحريك أموال البنك في تمويلات أقل خطورة تكسبه خبرة مع المتعاملين وتخليصهم من المشاكل التمويلية و التقنية و مخاطر القروض و فوائدها التي يتعرضون لها في البنوك التقليدية .

ـ حماية المشاريع الصغيرة و المتوسطة و فتح السوق للمنتجات المحلية و تحقيق الإستقرار الإقتصادي .

الفرع الخامس : التمويل عن طريق البيع بالتقسيط

عقد البيع إما أن يكون الثمن حاضرًا أو حالاً و إما المبيع حالًا و هو الأصل ، وقد يكون الثمن مؤجلًا و البيع حاضر ،فهو البيع بثمن مؤجلًا أو البيع إلى أجل معلوم ، ومنه بيع التقسيط .

---

[1] المادة 49 من التعليمة 03 – 2020 المؤرخة في 20أفريل 2020 .

[2] جمال لعمارة ،مرجع السابق ،ص 80 .

أولا : تعريف البيع بالتــقـسيط

هو تأجيل أداء الدين مفرقًا إلى أوقات متعددة معين [1] أو هو عقد يقتضي بسداد محدد من الدفعات في تواريخ معينة،وينتقل فيه حق ملكية سلعة المباعة إلى العميل إبتداءًا من توقيع ودفع القسط الأول ، ومن هنا لا تصبح للبائع (البنك)أيّة حقوق على السلعة المباعة ، إلا أن ـه من حقه مطالبة المشتري بسداد أيْ قسط تخلف عن دفعه [2] .

وتقوم البنوك الإسلامية بإعتماد هذه الصيغة في المعاملات ، وذلك عن طريق شراء التجهيزات و المواد و تبيعها للعميل لأجل معلوم بأقساط معينة و محددة حسب عقد الإتفاق[3] .

ثانيا : شــروط البيع بالتقـسيط

يشترط في البيع بالتقسيط مايلي[4] :

ـ أن يتم تحديد الأجل عند إبتداء عقد البيع ، تجنبًا للنزاع بين المتعاقدين .

ـ بيان قيمة كل قسط من الثمن .

ـ يجوز للبائع أن يشترط على المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في إستيفاء الأقساط المؤجلة[5] .

ـ لا يجوز إلزام البائع بالخفض من الثمن مقابل تحصيل بالأقساط ،فهو لم يقسط من البيع إلا هذه المصلحة و الأجل حق لهما فلا يستبد أحدهما بإسقاطه .

---

[1] بن قدامة ، أبو محمد ، عبد الله بن أحمد ، المغنى ،كتاب الإسلامي ، دار الفكر ، القاهرة ، مصر ،ط1 ،ج5 ،1985 ، ص 234 .

[2] حسن بن منصورة ،البنوك الإسلامية بين النظرية و التطبيق ، دار الشهاب لطباعة و نشر ، باتنة ، الجزائر ،1992 ،ص31.

[3] البنك الإسلامي للتنمية ،30 عامًا من المساهمة في التنمية البشرية ، مطبوعة إعلامية ،جدة ، السعودية ، 2004.

[4] أحمد بن حسن بن أحمد الحسني،بيع التقسيط بين لإقتصادالوضعي والإقتصادالإسلامي،مؤسسةسباب للطباعة، اسكندرية، ط1 ،1999، ص24-25.

[5] التركي سليمان بن تركي ، بيع بالتقسيط و أحكامه، دار إشبيليا، ط1 ،2003 ،ص 145 .

ثالثًا : أهمية البيع بالتقسيط

نذكر منها مايلي :

ـ يؤدي خدمة لمن يحتاج إلى سلعة وليس عنده ما يشتريها به نقدًا ،ويساعد على الإدخار بالنسبة لذوي الدخل المحدود و يستثمر البائع أمواله في الوقت نفسه[1] .

ـ إتاحة فرصة تمويله للمؤسسات الصغيرأو المتوسطة لشراء مواد الخام أو السلع الوسيطة التي تحتاجها في نشاطها الإنتاجي [2] .

ـ في هذا النوع من الإستثمار خدمة للمجتمع بالإسهام في تخفيف ضائقة السكن التي يعاني منها أكثر البلاد[3] .

ـ تراضي المتعاقدين حول ثمن البيع و أقساطه ،وتحقيق نوع من اليسر و السماحة و منفعة لكليهما ،وليس كما هو الحال في العقد الوصفي الذي يحدد فيه الدين على أساس السعر الحاضر مضاف إليه سعر الفائدة محملة على فترة السداد[4] .

المطلب الثاني : إستثمار الغير مباشر في البنوك الإسلامية

الإستثمار غير المباشر في البنوك الإسلامية قائم على مفهوم الملكية كالمشاركة و المضاربة حيث يشترك كل من البنك الإسلامي و عميله في ملكية المشروع الممول ،بغض النظر عما يقدمه كل طرف مالًا كان أو عملًا أو الإثنين معًا،فيأخد العميل نتيجة لهذه الشراكة صفة المالك للمشروع .

---

[1] التركي سليمان بن تركي ، المرجع السابق ، ص 147.

[2] أبو شادي ، محمد إبراهيم ،صيغ و أساليب إستثمار الأموال في البنوك الإسلامية، دار النهضة، القاهرة، مصر، ط2 ،2000، ص117.

[3] المصري رقيق يونس ،بيع التقسيط ،تحليل فقهي و إقتصادي ،دار القلم ،دمشق،سوريا،1997،ص16 .

[4] أبو شادي ، محمد إبراهيم ، مرجع نفسه ، ص 117 .

الفرع الأول : إستثمار الأموال بالمضاربة

أولا : تعريف المضاربة

المضاربة "عقد بين طرفين يقدم بموجبه أحدهما المال للطرف الأخر ليعمل فيه بهدف الربح على أن يتم توزيع هذا الربح بنسب متفق عليها إبتداءً ،أمّا الخسارة فيتحملها صاحب المال وحده بشرط عدم تقصير الطرف الآخر أو تعديه ،ويسمى صاحب المال رب المال ويسمى الطرف الآخر العامل أو المضارب"[1] .

كما عرفتها هيئة المحاسبة و المراجعة المالية للمؤسسات الإسلامية (أيوخي) ، في كتاب المعايير الشرعية للمعاملات المالية بأن ها شركة في الربح بمال من جانب (رب المال) وعمل من جانب آخر (المضارب)[2] ،وهي من عقود الأمانات ويعرفها البعض أيضًا بأن ها هي الغنم و الغرم للطرفين معًا رب المال و المضارب و يتقاسمان الربح و الخسارة بالنسب المتفق عليها [3] .

وحذا النظام بنك الجزائر رقم **20 – 02** في المادة **7** منه ، و التعليمة رقم **03– 2020** في المادة **19** منها،حذوا التعريف الذي جاء به الفقه ،حيث عرف المضاربة بأن ها عقد يتقدم بموجبه بنك أو مؤسسة مالية ،المسمى (مقرض للأموال) رأس المال اللازم للمقاول الذي يقدم عمله في مشروع من أجل تحقيق أرباح ،وجاءت المضاربة كبديل للمعاملات بفائدة ، ورغم تشابهها مع المشاركة فهي لا تتطلب إنشاء شركة[4] .

---

[1] محمود حسين الوادي ،وحسين محمد سمحان ،المصارف الإسلامية ، الأسس النظرية و التطبيقات العملية ،دار المسيرة للنشر والتوزيع و الطباعة،عمان، الأردن ،ط1 ،2007، ص57 .

[2] المعايير الشرعية ،نص كامل للمعايير الشرعية التي تمّ إعتمادها نوفمبر 2017 ،هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية، المنامة، 2016، ص369 .

[3] ماهر عزيز عبد الرحمن ،صيغ التمويل الإسلامية وآثارها على النشاط الإقتصادي ،دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية،مجلة الغرى للعلوم الإقتصادية و الإدارية ،الكوفة ،مجلد4 ،ص 319 .

[4] Abbas,Mira kharaud lqbal zaidi ,op cit ,pp 51-52 .

ثانيا : شـــروطـــها

بما أن المضاربة من عقود المعاملات فهي تستوجب مجموعة من الشروط ،وضعها الفقهاء لصحة العقد ،يمكن تقسيم هذه الشروط إلى ثلاثة أقسام هي :

1 . الشروط المتعلقة برأس المال

ـ أن يكون رأس المال من نقود وأجاز بعض الفقهاء أن يكون رأس المال من العروض مثل البضاعة والدابة ونظائرها في العصر حاضر من معدات و تجهيزات كالسفينة تدفع إلى الصياد ليعمل فيها ، و الربح بينهما [1]

ـ أن يكون رأس مال المضاربة معلومًا من حيث القدر و الجنس و الصفة لكل من رب المال و المضارب.

ـ أن يسلم رأس مال المضاربة إلى المضارب كي يتسنى له إستثمار المال ، و التصرف فيه وفق ما إتفق عليه في العقد .

ـ أن لا يكون رأس المال دينًا في ذمة المضارب ، المقصود هنا أن لا يكون ذلك عند إبتداء المضاربة بأن يكون شخص مدينًا لآخر بمبلغ من النقود فيقول له الدائن ضارب بما لي عليك من دين . [2]

2 . الشروط المتعلقة بالربح

ـ أن تكون نسبة الربح محدودة و معلومة لكل من رب المال و المضارب ، ويشترط أن تكون حصة كل منهما من الربح جزء شائعًا كالنصف أو الثلث أو الربع لأحدهما و الباقي للآخر .

---

[1] رضا سعد الله ،المضاربة و المشاركة ،المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب ،ط1 ،جدة ،السعودية،1995،ص ص 277 . 278 .

[2] رضا سعد الله ، مرجع نفسه ،ص ص 279- 280.

ـ الخسارة في المضاربة تمويلية يتحملها رب المال وحده ، ولا يتحمل المضارب منها شئ طالما لا توجد إثباتات لحالات التعدي و التقصير و مخالفة نصوص العقد ضد المضارب .

3 . الشروط المتعلقة بعمل المضارب

ـ أن يستقل المضارب إستقلالًا تامًا بالعمل و الإدارة بما يناسب طبيعة النشاط و يوافق مصلحة المضاربة.

ـ لا تقتصر المضاربة على نشاط واحد فقط و أن ما يجوز في كل الأعمال و الأنشطة التي تهدف إلى تنمية المال و تحقيق الربح ،وفق ما تقتضيه قواعد و مبادئ الشريعة الإسلامية .

ـ في حالة الخسارة يخسر المضارب عمله و جهده و يخسر رب المال ماله ، مالم يخالف المضارب الشروط المنصوص عليها في العقد ، وأن ثبت العكس فأن ه (مضارب) مطالب" بتقديم رهن أو طلب كفيل منه لإستيفاء حق رب المال ، ولكن لا يجوز إشتراط الضمان لرأس المال أو الربح على المضارب لأن ه مجرد أمين أو وديع، وإشتراط الضمان على الأمين باطل ، و تكون المضاربة صحيحة و شرط باطل "[1] .

ثالثا : أنواع المضاربة

للمضاربة أنواع عديدة تختلف بإختلاف طبيعة التقسيم المتبع

1 . تقسيم الضاربة حسب حرية المضارب

أ . المضاربة المطلقة

وتعني عدم تقييد المضارب بالمضاربة في نشاط معين أو مع شخص معين أو مكان أو زمان محددين عن طريق شروط يضعها رب المال ، وهذا النوع هو الغالب على أعمال البنوك الإسلامية

[1] وهب الزحيلي ، المعاملات المالية المعاصرة ، دار الفكر ، ط1 ،2002 ،ص 442 .

بإعتبار البنك مضاربًا ، حيث يترك للبنك كامل الحرية للمضاربة بالمال الذي أودع لديه ، وإختيار أنسب مجالات التوظيف و الإستثمار للمضاربة فيها وكذا إختيار الوقت المناسب للقيام بذلك[1].

ب . المضاربة المقيدة

"هي المضاربة التي يتشرط فيها رب المال على مضارب شروطًا معينة ومقبولة شرعًا يقيد بها المضارب للعمل في إيطارها" [2] ،كأن يقيده بنشاط و مكان معين ،ويجب أن ينص على هذه الشروط في عقد المضاربة وقبل مباشرة المضارب لأي عمل ، ويجوز وضعها بعد أن يتم عقد الإتفاق طالما كان مال المضاربة لا يزال نقدًا سائلًا .

2 . تقسيم المضاربة حسب عدد المشاركين فيها

أ . المضاربة الثنائية أو خاصة

وتكون عندما يقدّم المال من طرف واحد و العمل يكون من طرف واحد أيضًا وهذه الصورة غير مناسبة للمعاملات الإستثمارية المعاصرة ،ولا تستطيع البنوك الإسلامية الإعتماد عليها ،خاصة إذا كانت هي الطرف المضارب لصعوبة تعبئة الموارد المالية من جهة ،ولعجزها عن تلبية جميع إحتياجاتها من جهة أخرى .

ب . المضاربة المشتركة أو الجماعية

وهي المضاربة التي يتعدد فيها أطراف العلاقة ، فيتعدد أرباب المال و المضارب واحد أو يتعدد المضاربون و رب المال واحد أو يتعدد أرباب المال و المضاربون ، ويرى البعض أن المضاربة في الأساس كانت جماعية قبل الإسلام،حيث كان عامل المضاربة يأخد أموال عدة أشخاص يتاجر بها

---

[1] محسن أحمد الخضيري ،البنوك الإسلامية ،إتراك للنشر و التوزيع ،القاهرة ،ط3 ،1999 ،ص 137 .

[2] أحمد سفير ،المصارف الإسلامية ،العمليات ،إدارة المخاطر و العلاقة مع المصارف المركزية و التقليدية ،إتحاد المصارف العربية،لبنان ،2006 ،ص165 .

في رحلتي الشتاء و الصيف [1] ،وأهم صور هذه المضاربة مايقوم به البنك الإسلامي اليوم حيث يتلقى الأموال من المدخرين بصفته مضاربًا بينما يدفعها إلى المستثمرين بصفته ربًا للمال وهذا ما يسمى بإعادة المضاربة .

رابعا : أهمية المضاربة في البنوك الإسلامية

تستخدم البنوك الإسلامية أسلوب المضاربة فيتيح لها[2] :

- الحصول على الموارد المالية (الأرباح) في نهاية العملية الإستثمارية ، وتوفير السيولة النقدية كما تتحمل الخسارة أن وجدت خسب النسب المتفق عليها .

- توجيه أموال إستثمارات المرابحة في نهاية العملية الإستثمارية و إقتسام الأرباح مع المودعين بنسب يتفق عليها عند العقد .

- تقديم التمويل اللازم للمضاربين أو المستثمرين بما يحتاجونه من أموال لمباشرة عملياتهم الإستثمارية .

- إصدار صكوك المضاربة وهي عبارة عن حصص مشاعة من رأس مال المضاربة ويعتبر المالك لعدد من الصكوك رب مال في المضاربة بقيمة هذه الصكوك ،وفائدة هذا الأسلوب أن ـه يسهل تسيير الإستثمار في المضاربة عن طريق بيع تلك الصكوك ومن ثـمّ فأن ـه يعمل على تكوين نواة لسوق مالي إسلامي .

---

[1] حسن أمين ، المضاربة الشرعية و تطبيقاتها الحديثة ،المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية،جدة،ط3،2000،ص55.

[2] رضا سعد الله ، المرجع السابق ، ص 281 .

الفرع الثاني : إستثمار الأموال بالمشاركة

أولًا : تعريف المشاركة

المشاركة و الشركة و الشراكة بمعنى واحد في المصطلح الفقهي اللغوي ،وقد إستحدثت البنوك الإسلامية لفظ "المشاركة "للأسباب فنية كون أنَ الشركة و الشراكة أصبح لهما مدلول إصطلاحي شائع في القانون الوضعي يختلف عن معنى الشركة في الفقه المالي الإسلامي[1] ، وتعرف المشاركة بأنها : " تقديم المصرف و العميل المال بنسب متساوية أو متفاوتة من أجل إنشاء مشروع جديد أو مساهمة في مشروع قائم بحيث يصبح كل واحد منهما متملكًا حصة في رأس المال بصفة ثابتة أو متناقصة ومستحقًا لنصيبه من أرباح ، وتقسم الخسارة على قدر حصة كل شريك في رأس المال"[2] .

عرفتها المادة **06** من نظام بنك الجزائر رقم **20 . 02** و المادة 14 من التعليمة **03-2020** بأن ها " عقد بين بنك أو مؤسسة مالية واحدة أو عدة أطراف ،بهدف المشاركة في رأسمالية مؤسسة أو في مشروع أو في عمليات تجارية من أجل تحقيق أرباح " ، حيث تعتبر من أهم الصيغ التمويلية حيث يشارك العميل المصرف في رأس مال و العمل و بموجب هذه الصيغة يقدم المصرف حصة من التمويل اللازم لتنفيذ المشارع أو الصفقة ، على أن يقدم العميل (طالب التمويل) الحصة المكملة ، دون إشتراط فائدة ثابتة كما هو الحال عند الإقتراض من البنوك التقليدية ، أيضًا يشارك المصرف العميل في الناتج المتوقع للمشروع ربحًا كان أم خسارة وفق النتائج المالية المحققة على ضوء قواعد وأسس المتفق عليها مسبقًا بين المصرف و العميل[3] .

---

[1] أحمد سفير ،المرجع السابق ، ص 167 .

[2] هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ،معايير المحاسبة و المراجعة و الضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، 2000،ص 234 .

[3] المعايير الشرعية ، المرجع السابق ، ص 325

ثانيا : أنواع المشاركات كما تجريها البنوك الإسلامية

1. المشاركة الثابتة أو الدائمة

وهي إشتراك البنك في مشروع معين دون أن يتم تحديد أجل معين لإنتهاء هذه الشركة[1] ،ومثال ذلك قيام البنك الإسلامي بالمساهمة في رؤوس أموال الشركات ،سواء بالإشتراك في تأسيس هذه الشركات عند بداية إنشائها كشريك مؤسس ، أو بشراء أسهم الشركات الموجودة سلفًا ، و يكون للبنك حق الرقابة و المتابعة و إدارة المشروع و يكون شريكًا فيه مادام هذا المشروع قائمًا .

2 . المشاركة المؤقتة

وهي إشتراك البنك الإسلامي في مشروع معين مع تحديد أجل و طريقة إنهاء مشاركة البنك في هذا المشروع في المستقبل وهذه المشاركة على نوعين :

أ . المشاركة في تمويل صفقة معينة

في هذا النوع من المشاركة يدخل البنك الإسلامي شريكًا في تمويل عمليات تجارية أو إستثمارية معينة و مستقلة عن بعضها البعض حتى بالنسبة للمشروع الواحد و عادة ما تكون هذه المشاركة في الأجل قصير و تنتهي بإنتهاء الصفقة،ويتم إقتسام الأرباح بين البنك و العميل بحسب مشاركة كل طرف في رأسمال الصفقة ،بعد تخصيص جزء من الأرباح للعميل نظير إدارته للعملية [2] .

ب . المشاركة المنتهية بالتمليك أو المتناقصة

وهي إشتراك البنك الإسلامي مع طرف الآخر (أو عدة أطراف) في إنشاء مشروع معين ، بحيث يساهمان بنسب معينة في رأسمال هذا المشروع ،على أن يقوم هذا الطرف بشراء حصة البنك تدريجيًا من خلا العائد الذي يؤول إليه أو من أي موارد أخرى و ذلك خلال فترة مناسبة يتفق عليها

---

[1] محمود حسين الوادي وحسين محمد سمحان ،مرجع السابق ، ص 169

[2] مصطفى كمال السيد طايل ،القرار الإستثماري في البنوك الإسلامية ،المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية ،2006 ، ص192.

الطرفان ، وعند إنتهاء عملية السداد يخرج البنك من المشروع و يمتلك الطرف الآخر موضوع المشاركة[1] .

ثالثًا : شروط البيع بالمشاركة

- أن يكون رأس المال المشاركة من النقود المحددة و المعروفة من العملات المتداولة ، وإذا كانت حصة بعض الشركاء عينية فيجب تقديمها بدقة مراعاة للعدل في تقدير و تقسيم حصص الشركاء ، إذا إستنفذ لتوزيع الأرباح و الخسائر بعد ذلك [2] .
- الا يكون جزء من رأس مال المشاركة دينًا لأحد الشركاء .
- لا يشترط التساوي بين حصص الشركاء ولا العمل في رأس مال الشركة
- يجوز الإشتراك أحد الشركاء بشئ معنوي له صبغة مالية كبراء الإختراع أو الإسم التجاري أو العلامة التجارية[3] .
- أن يكون الربح نسبة شائعة و معلومة و ليس محددًا بمقدار من المال أي توزيع الأرباح حسب نسب مئوية متفق عليها ،كما يجوز تكليف واحد من الشركاء على تسيير شركة .

الفرع الثالث : إستثمار الأموال في المزارعة و المساقاة

لما نشأت الحاجة إلى التمويل الزراعي لم تجد البنوك الإسلامية صعوبة في تقديم الصيغ التي تلبي كل إحتياجات التمويل المختلفة ، إذ أنَ هناك صيغًا معروفة و مخصصة عبر تاريخ الفقه الإسلامي للتمويل الزراعي ومن هذه الصيغ صيغة المزارعة و مساقاة ، وفيما يلي سوف نعرض هذه الصيغ و تطبيقاتها في البنوك الإسلامية

---

[1] فادي محمد الرفاعي ،المصارف الإسلامية ،منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت ،ط1 ،2004،ص ص 135.134 .

[2] أم نائل بركاني ، وسائل الإستثمار في البنوك الإسلامية ، مجلة صراط ،كلية العلوم الإسلامية ،جامعة جزائر،العدد15،2005،ص131.

[3] عبد حميد محمود البعلي ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ،مكتبة وهبة ، القاهرة ،ط 1 ،1990،ص126.
المواد 15 ،16،17 من التعليمة 03 . 2020 المؤرخة في

أولا : صيغة المزارعة

1 . تعريف صيغة المزارعة

قد يعجز المرء لسبب أو للآخر عن زراعة أرضه فيحتاج إلى من يقوم له بذلك و يتم هذا الأمر غالبًا عن طريق عقد المزارعة ، و تسمى أيضًا المخابرة نسبة إلى ما فعله الرسول عليه الصلاة و السلام عندما دفع الأرض إلى يهود خيبر ليزرعوها بشطر ما يخرج منها من الزرع .

وتعرّف المزارعة عند الحنابلة على أن ها "عقد على الزرع ببعض الخارج منه "[1] ، إذن فالمزارعة شراكة بين الطرفين يقدم أحدهما الأرض و يقدم الثاني الجهد و العمل على المزروع على أن يشتركا بجزء شائع من المحصول حسب الإتفاق .

2 . تطبيقات المزارعة في البنوك الإسلامية

دأبت البنوك الإسلامية في إيطار عقد المزارعة على تقديم آليات العمل و مدخلات الزراعة من أسمدة والبذور،في حين يقدم المزارع الأرض و العمل أو يقدم العمل على أن تكون الأرض مشتركة [2] ،وذلك راجع إلى كون أن المزارعين لا يحتاجون إلى أرض عادة فهم ملاكها ،بقدر ما يحتاجون إلى التمويل اللازم لإقتناء مدخلات الزراعة و تجهيزاتها .

ثانيا : صيغة المساقاة

1. تعريف صيغة المساقاة

ويسميها أهل المدينة بالمعاملة أي من العمل ، ولكن يفضل الكثيرون إستعمال لفظ المساقاة و تعرّف المساقاة على أنها "دفع الرجل إلى آخر شجرة يسقيه و يعمل سائر ما يحتاج إليه بجزء معلوم

---

[1] منذر قحف ،مفهوم التمويل في الإقتصاد الإسلامي ،المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ، جدة، ط3 ،2004، ص 16 .

[2] أحمد سفر ،المرجع السابق ، ص 180 .

من ثمره"[1] ، أي أن المساقاة صيغة من صيغ الإستثمار الزراعي يشترك فيها صاحب الأشجار بأشجاره مع عامل يقوم بسقي هذه الشجار وعمل ما تحتاج إليه مقابل جزء معلوم من الثمار .

2. تطبيقات المساقاة في البنوك الإسلامية

مثلما هو الحال بالنسبة لعقد المزارعة ، فأن حاجة المزارعين لا تكمن في الأراضي و الأشجار المثمرة بقدر ما يحتاجون إلى المياه لري هذه الأشجار ، وعليه يمكن للبنوك الإسلامية أن تقيم مشروعات تتولى من خلالها نقل المياه إلى المزارعين مقابل نسبة معلومة من الثمار ، أو توفيرها من باطن الأرض كحفر الآبار[2] .

[1] منذر قحف ، المرجع السابق ، ص 16

[2] محسن أحمد الخضيري ، المرجع السابق ، ص 150 .

الفصل الثاني

التمويل وفكرة حماية الإستثمار في البنوك الإسلامية

تختلف الرقابة التي تخضع لها البنوك الإسلامية بين النظام المالي التقليدي و النظام المالي الإسلامي المحض حيث قامت العديد من أنظمة الدول العربية و الإسلامية على أسلمة أنظمتها المصرفية كلية على غرار السودان و باكستان ،ايران ، أو العمل على إعطاء البنوك الإسلامية جانبًا من تشريعاتها خاص فقط بتنظيم البنوك الإسلامية مثل الإمارات المتحدة و المملكة الهاشمية الأردنية ، وقد ينفرد البنك المركزي بكل الصلاحيات كما هو الحال في النظام الإنجليزي وغيره

إلى جانب رقابة السلطات المصرفية و النقدية و الحوكمة على البنوك و المؤسسات المالية الإسلامية ،تخضع هذه الأخيرة إلى ؤقابة شرعية حيث تعد أحد أركانها وشريانها الذي يعمل على بقائها وصمام أمانها الذي يحفظها من الإنحراف عن منهجها الذي قامت عليه ، لكن قد يثور تساؤل حول مسألة تقاضي البنوك الإسلامية أمام الهيئات القضائية حيث لا يخفى ما يلعبه حل المنازعات البنوك الإسلامية في تطوير هذا القطاع وما يشترطه من وجود قضاة متخصصين يستوعبون قيم الشريعة الإسلامية ومبادئها في الدولة الإسلامية وغيرها.

إن وجود قواعد قانونية ملزمة أقل ما يقال عنها أن بها مرهقة للمستثمر عامة و المستثمر المصرفي خاصة ،وكان من المفروض إتباع سياسة تحفيزية ترقى لمستوى تطلعات المستثمرين الراغبين الإستثمار في هذا القطاع الحساس والحيوي ،لذا سنحاول من خلال هذا الفصل أن نسلط الضوء على رقابة التي تخضع لها البنوك الإسلامية (مبحث الأول) والمزايا والضمانات التي أقرها المشرع الجزائري في قانون الإستثمار **16 – 09** .

المبحث الأول : ضبط الإستثمار في البنوك الإسلامية

تتميز البنوك الإسلامية بخضوعها لرقابة مزدوجة فهي تخضع لتعليمات و أنظمة البنوك المركزية من جهة (مطلب الأول) و لرقابة الهيئات الشرعية وقضاء كرقابة بعدية من جهة أخرى (مطلب الثاني) .

المطلب الأول : ضبط الإستثمار في البنوك الإسلامية من طرف رقابة البنك المركزي

يرجع تدخل الدولة في تنظيم العمل البنكي لدور البنوك في خلق الإئتمان، فالوديعة تتيح الاعتماد (الانتمان)،والاعتماد يصنع الوديعة وفق ما يعرف ب "مضاعف الاعتماد"، مما يجعل البنوك أكثر من مجرد وسيط، بل تعداه إلى إصدار وإنشاء النقود (النقود الائتمانية وليست المعدنية والورقية) .

يتمثل دور البنوك المركزية في الإشراف على البنوك ومراقبتها الذي يكون من خلال التحكم في الإئتمان بشكل يتوافق وسياسة الدولة، غير أن الأنظمة في هذا المجال مختلفة من حيث الهيئات المسؤولة عن هذه الرقابة، فقد ينفردالبنك المركزي بهذه الصلاحية كما هو الحال في النظام الأنجليزي – بعد التعديل –، وقد يشترك مع لجنة خاصة بذلك كما هو الحال في النظام اللاتيني.

يقوم البنك المركزي في النظام الإسلامي على ربط الاقتصاد النقدي بالاقتصاد الحقيقي، ومحاولة منه لتحقيق هذه الأهداف، يسعى لفرض السياسة النقدية والتمويلية المناسبة من خلال الرقابة على البنوك الإسلامية عن طريق تحديد السقوف الائتمانية، فرض الاحتياطات القانونية، تحديد نسب هوامش المرابحات ونسب المشاركات بالإضافة إلى اصدار شهادات المشاركة وتوفير نوافذ لتقديم التسهيلات اللازمة باعتباره المقرض الأخير .

تختلف البنوك المركزية في فرض رقابتها على بنوك الإسلامية (الفرع الأول) وتبحث الدراسة العملية تطبيق هذه رقابة على البنوك الإسلامية (فرع الثاني) .

الفرع الأول : إختلاف دور البنوك المركزية في فرض الرقابة على البنوك

أولًا : توزيع الصلاحيات بين هيئات الرقابة المركزية

صدر قرار بنك السودان القاضي بالتحول الفوري للعمل المصري ونق موجهات الشريعة الإسلامية الصادر في **1984** دون الإشارة إلى كيفية تطبيق الصيغ الإسلامية، بالاضافة إلى عدم الاستقرار وبداية الحرب في الجنوب،وظهور عوامل طبيعية قامرة، بالاضافة إلى ضعف السياسات المالية والنقدية أدى إلى توسع حجم السيولة النقدية وارتفاع معدلات التضخم، بالإضافة إلى عدم الإلمام الكامل لبعض موظفي المصارف بالمعاملات الإسلامية، ورغم وضع عدة برامج ثلاثية متتالية ومتداخلة. اعملة، ولكنها لم تكن مرتبطة بأسلمة النظام المصري، بل كان النظام التقليدي .

والنظام الإسلامي يسيران جنبا إلى جنب، وفي سنة **1999** صدرت السياسة المصرفية الشاملة غرض تطوير وترقية لنظام المصري لمواكبة التطورات المالية والاقتصادية المتسارعة والمتمثلة في سياسات التحرير الاقتصادي للدول النامية و مقررات لجنة بازل والعولمة الاقتصادية .

كما برز دور بنك إنجلترا في الرقابة على البنوك بعد أزمة السبعينيات بموجب القانون البنكي **Banking Act 1979**، وتعزز أكثر بموجب القانون البنكي **1987 Banking Act**، حيث تعززت صلاحياته في فرض الرقابة على البنوك العاملة في انجلترا، وتأكدت واجباته في حماية المستهلك، ورغم أن بنك انجلترا قد أحال صلاحيات الرقابة لهيئة الخدمات المالية **FSA** سنة **1997** التي حازت على معظم صلاحياته، إلا أنه يصدرأحيانا تنظيمات في هذا المجال،والبنوك الإسلامية ملزمة باحترام هذه القواعد وتطبيقها، كما يلعب الدور الرئيس في نطاق المقرضالأخير فيما يتعلق بالسيولة.

قد تحولت هيئة الخدمات المالية **FSA** إلى المسؤول الأول عن كل الأعمال البنكية ورقابتها، وكذلك أنشطة التأمين والاستثمار والشركات العقارية، وأدى هذا التقسيم إلى تداخل الصلاحيات بين بنك انجلترا وهيئة الخدمات المالية وإدارة الخزانة البريطانية، ورغم الاتفاق على

مذكرة تفاهم سنة **1997** بين الهيئات الثلاث إلا أن تنازع الاختصاص بينهم ظل قائما، ولتدارك هذه النقائص تم تقسيم **FSA** سنة **2010** إلى هيئتين:

- سلطة تنظيم قواعد الحذر [1] Prudential Regulatory Authority PRA تعمل على تنظيم ومراقبة ، إلتزام البنوك بقواعد الحذر، أي الحفاضل على الاستقرار المالي واحترام قواعد الحذر في تسيير البنوك والمؤسسات المالية تحت مظلة بنك انجلترا الذي استعاد كثيرا من صلاحياته في مراقبة الاستقرار المالي وتوجيه السياسة النقديةوالائتمانية .

- هيئة حماية المستهلك وتنظيم السوق [2] Financial conduct Authority FCA تعمل على السير الجيد للسوق المالي وحماية المستهلك وتعزيز المنافسة.

كما كان للأزمة المالية الأخيرة تأثيرا هامًا على أجهزة الرقابة في فرنسا من خلال استحداث مجلس التنظيم المالي ومجلس المخاطر النظامية بموجب القانون **2010/1249** المؤرخ في **22/10/2010**، والذي يهدف لتقوية الرقابة المالية على الفاعلين في السوق المالي وإنقاذ تمويل الاقتصاد لإعادة النهوض ثانية، حيث منح لهيئة السوق المالي الفرنسية **AMIF** سلطة التدخل المستعجل لتقييد التداول، والعمل على تعزيز الشفافية ومسؤولية الفاعلين فيها[3] .

كما تتمتع بلجنة مراقبة البنوك في كل من انجلترا، فرنسا والجزائر بسلطة مراقبة حسن تطبيق القوانين والأنظمة التي تخضع لها البنوك والمؤسسات المالية وفرض العقوبات المناسبة في حالة الإخلال بها، وتتمتع بوصفين :

---

[1] www.bankengland.co.uk (09/08/2015)
[2] www.FCA.org.uk (09/08/2015)
[3] Loi n=2010-1249 du 22/10/2010 du regulation bancaire et financière, RTD.com Janvier/Mars 2011, n°901, Dalloz, P13)
[3] www.FCA.org.uk (09/08/2015)
[3] Loi n=2010-1249 du 22/10/2010 du regulation bancaire et financière, RTD.com Janvier/Mars 2011, n°901, Dalloz, P138 .

ـ باعتبارها سلطة إدارية في القانون الفرنسي والجزائري[1] تسمح لها بإلزام الغير بإحضار الوثائق والمعلومات اللازمة دون امكانية الاحتجاج بالسر المهني، ويمكنها أيضا بموجب اتفاقيات دولية توسيع هذه الرقابة إلى الشركات المتفرعة عن الشركات الجزائرية و إلى الفروع العائدة إليها في الخارج .

ـ وباعتبارها سلطة قضائية حسب القانون الفرنسية [2]والجزائري[3]، يمكنها اتخاذ مجموعة من التدابير والعقوبات عندما تخل إحدى المؤسسات المالية الخاضعة لرقابتها بقواعد المهنة سواء بتوجيه انذارات واستفسارات .

تعيين مديري مؤقتين عند إعلان التوقف عن الدفع، وتتنوع العقوبات بين التنبيه التوبيخ، المنع من ممارسة بعض الأنشطة، سحب التراخيص، .. ,الخ ، بالإضافة إلى العقوبات المالية وإمكانية وضع المؤسسة قيد التصفية.

كما تمّ إنشاء مركزية المخاطر في المنظومة الجزائرية[4] ، مركزية الميزانيات[5] ومركزية المبالغ غير المدفوعة والحماية ضد إصدار الشيك بدون رصيد[1] وتعمل مركزية المخاطر كلجنة مكلفة بجمع كل

---

[1] حسب المواد 39 – 44 من القانون التقادي والمالي الفرنسي، والمواد 147 – 152 من قانون النقد والقرض الجزائري .

[2] المادة 09 من المرسوم الفرنسي رقم 84-708 المؤرخ في 24/07/1984

[3] المواد: 153 – 157 من قانون النقد والقرض الجزائري، م ع، غبت، قرار رقم 649601، صادر بتاريخ04/03/2010، م م ع عدد 01، 2011، ص 224

رغم أن مجلس الدولة الجزائري قد نفى عنها الصفة القضائية المتخصصة، واكتفي باعتبارها هيئة ادارية مستقلة. الفرقة الخامسة المجلس الدولة، قرار رقم 2199 مؤرخ في 08/05/2000، محلة مجلس الدولة، عدد 06، 2005، راجع الانتقادات حول هذا لقرار: صورابا قاصدي، ، ص153.

[4] نظام رقم 01/92 بتاريخ 22/03/1992 المنظم لمركزية المخاطر وعملها، ج ر عدد 08، صادرة بتاريخ 07/02/1993،ص12، الملغي بموجب الأمر 03/11 مؤرخ في 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج ر عدد 52، صادرة بتاريخ27/08/2003،ص03

[5] نظام رقم 07/96 المؤرخ في 03/07/1996، ج ر عدد 64، صادرة بتاريخ 27/10/1996، ص 43.

المعلومات الخاصة بأسماء المستفيدين وطبيعة وسقف القروض الممنوحة من طرف جميع البنوك والمؤسسات المالية، والمبالغ المسحوبة والمقدمة مقابل الحصول على كل قرض، وذلك بعد تحديد مخاطر كل القروض، ولا يمكن لأي بنك أو مؤسسة مالية أن تمنح أي قرض إلا بعد الحصول على الاستشارة وكل المعلومات الخاصة بالمستفيد من القرض من طرف لجنة مركزية المخاطر[2] .

ثانيا. أنواع الرقابة المركزية على البنوك

تتنوع رقابة البنوك المركزية على البنوك إلى رقابة سابقة ولاحقة: فالرقابة السابقة تتم من خلال وضع سياسة مالية وتقدية والتمائية معينة تكون البنوك ملزمة بتنفيذها، أو خلال مرحلة منح رخص التأسيس أو إنشاء الفروع التي تسبقها عملية دراسة أسباب طلب الإذن وجدواه المالية والاقتصادية، أما الرقابة اللاحقة فتتم من خلال وضع سقوف ائتمانية ومعاملات للسيولة والحدود الدنيا والقصوى للعمولات وأسعار الصرف والفوائد.

غير أن الأهم في الدراسات المالية والقانونية: التمييز بين الرقابة المركزية على تسيير البنوك (1) والرقابة المركزية على تمويلاتها (2).

1 ـ الرقابة المركزية على تسيير البنوك

تهدف الرقابة المركزية على التسيير إلى ضمان حسن سير العمل البنكي وحماية المودعين عن طريق إلزام البنوك بتقاسيم الوثائق والمعلومات للبنوك المركزية وفق نماذج معينة منها: التقارير السنوية للحسابات الختامية، التقارير الدورية الوضع الحامي، البيانات المتعلقة بالقروض الممنوحة

[1] نظام رقم 07/11 المؤرخ في 11/10/2011 المتعلق بترتيبات الوقاية من إصدار الشيكات بدون رصيد ومكافحتها، ج ر عدد64 صادرة بتاريخ 15 .02 . 2012 ص 35

[2] زاينة آيت وازو ، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في القانون الجزائري ،رسالة دكتوراه ،القانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة ملود معمري ،تيزي وزو ،2012 ، ص353

والمعاملات المبرمة، بيانات الملاءة والسيولة المتوفرة وتدخلات البنك في السوق النقدي. وتتم هذه الرقابة بواسطة عدة معاملات[1] :

على أساس معامل الملائمة

لأن البنوك ملزمة قانونا بالتوفر على رأس المال الكافي الذي يؤكد جدية المساهمين في التعامل البنكي وعدم اتكالهم على الودائع المتلقاة من الجمهور (نظرا لضخامتها)، فإنها ملزمة بوضع حد بين نسبة رأس المال إلى الودائع، مما يمكنها من تغطية الخسائر المحتملة دون أن تتأثر الودائع[2] .

المعامل الأقصى لتوزيع المخاطرة

بلعب البنك المركزي دورا هاما في الرقابة على تسيير البنوك من خلال تكوينه المركز المخاطر المكلف بتلقي المعلومات من البنوك والمؤسسات المائية تتعلق بأسماء المستفيدين، طبيعة وسقف القروض الممنوحة المبالغ المستعملة والضمانات المتفق عليها بكل قرض، حيث لا يمكن لأي شخص أن ينحصل على قرض من طرف أحد البنوك إلا بعد الترخيص المسبق من البنك المركزي للحصول على المعلومات الخاصة بكل زبون مكتوبا-، ويعد وينظم مجلس النقد والقرض كيفية تسيير مركز المخاطر وكذا تمويله من طرف البنوك والمؤسسات المالية التي تتحمل تكاليفه مباشرة[3] .

وتتم هذه الرقابة من خلال جهاز مكافحة إصدار الشيكات بدون رصيد حيث يعمل على تدعيم وحماية الشيك من خلال تجميع المعلومات المرتبطة بعوارض دفع الشيكات لعدم كفاية الرصيد والقيام بتبليغ هذه المعلومات إلى الوسطاء الماليين المعنيين. لذلك يجب على الوسطاء الماليين الذين وقعت لديهم عوارض دفع لعدم كفاية الرصيد أو لعدم وجوده أصلا أن يصرحوا

---

[1] C.Cavalda, Op cit, P100.

[2] جمال الدين عطية، المرجع السابق، ص 92. شيع عبد الحق، المرجع السابق، ص51.

[3] عبد الحق شيح، المرجع نفسه، ص 59

بـذلك إلى مركزيـة المبـالغ غـير المدفوعـة حـتى يمكـن اسـتغلالها وتبليغهـا إلى الوسـطاء المـاليين الآخرين،كما يجب عليهم في هذا المجال أن يطلعوا على السجل الخاص بذلك قبل تسليم أول دفتر للشيكات للزبون .

2 . الرقابة المركزية على تمويلات البنوك

تسعى البنوك للموازنة والملاءمة بين وسائل الدفع والإصدار النقدي من جهة، ومع حاجيات التبادل من جهة أخرى لتفادي تعثر الاقتصاد الحقيقي، فشخ السيولة يقلص فرص المعاملات، وفائض السيولة يزيد في الأسعار والعجز في ميزان الأداءات، وتتم عملية خلق التوازن بالتدخل المباشر في منح القروض، أو غير المباشر في توزيعها، وتتم الرقابة على التمويل من خلال:

تأطير القروض

تتجسد الرقابة المباشرة على التمويل عند ملاحظة فارق كبير بين الكتلة النقدية ومستوى الإنتاج، أو تراجع معتبر في احتياطات العملة الصعبة، فتقوم البنوك المركزية بتجميد نوعية معينة من القروض، أو وضع سقوف انتمائية لها.

توزيع القروض

تشكل الرقابة على توزيع القروض الرقابة غير المباشرة على التمويل، وقدف إلى التحكم في السيولة المتاحة، ولهذا الغرض تستعمل البنوك المركزية عدة أدوات تحديد سقوف إعادة الخصم، الاحتيـاطي النقدي،بالاضـافة لأكتتـاب حـد أدنى مـن السـندات العموميـة **Plancher d'effets publics**، حيث تراقب البنوك المركزية البنوك من خلال إلزامها بأن تتوفر على محفظة من السندات العمومية حسب التزاماتها تجاه الغير السيبين :

- مساهمة البنوك في التمويل العمومي خاصة عند حدوث نقص في موارد الدولة .
- الحد من قدرة البنوك على توزيع قروض جديدة.

وأخيرا تستعمل البنوك المركزية تنظيم أسعار الفائدة[1] ، حيث تميز بين مراجعة فئات الفائدة **Taux d'escompte** الذي تستعمله البنوك المركزية لتقليص القروض الموزعة بزيادة تكلفتها، وبين تحديدها لفئات الفائدة الدائنة والمدينة لتشجيع الإدخار، وتوجيهه نحو القطاعات الأكثر انتاجية وأولوية للاقتصاد الوطني، وتسعر الفائدة يشمل الحدود القصوى للقواعد القانونية والاتفاقية في حالة التأخر عن الوفاء، وكذلك أسعارتعامل البنوك المركزية مع البنوك الأخرى

سواء كانت الرقابة على التسيير او التمويل، فالبنوك الإسلامية ملزمة بالخضوع لكلا النوعين، وهذا ما سنتعرض له من خلال التطبيق العملي للرقابة المركزية على البنوك الإسلامية، موضوع الفرع الموالي .

الفرع الثاني: التطبيق الفعلي للرقابة المركزية على البنوك الإسلامية

نحت القوانين السودانية بعد صدور قانون تنظيم العمل المصرفي رقم **01** لسنة **1993** للبنك المركزي صلاحية فرض مساهمتها في التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وتنوع هذا التدخل بين تحديد نسبة المساهمة التي قدرته ب **25** بالمائة من اجمالي الحدود المسموح لها في التمويلات، وبين توجيه التمويل الى الصادرات والصناعة والزراعة بنسبة **80** بالمائة على الأقل، أما بالنسبة لماليزيا، فتلتزم البنوك الاسلامية بايداع 04 بالمائة من رؤوس أموالها لديه بعد بتجاوز الحد الائتمان الأعلى المقدر ب **10000** ربحت[2] .

وقد تعاملت معظم هيئات الرقابة المركزية الأوربية مع البنوك الإسلامية بمبدأ الا عراقيل، لكن لا تفضيل **obstacles, but no special favours**" أي أن المبادئ الدينية

[1] راينة آيت وازو ، مرجع سابق، ص 217 .

[2] عائشة الشرقاوي المالقي،، البنوك الإسلامية ، تجربة بين الفقه و القانون و التطبيق ، ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، المغرب ، ط1 ، 2000 ، ص 149.

التي تقوم عليها البنوك الإسلامية ليست أولوية بالنسبة لهذه الهيئات، فهيئة الخدمات المالية البريطانية **FSA** لم تقدم أي إضافة فيما يتعلق بقواعد حماية المستهلك في مجال التمويل الاسلامي **The Consumer financial education body CFEB** لسنة **2010**، وعدم توفير الحماية اللازمة للبنك الاسلامي فيما يتعلق بجرائم الارهاب، فنظام الوقف أو الزكاة أو التخلص من أموال التعويضات الناجمة عن التأخير في السداد من طرف بنك الريان (البنك الاسلامي البريطاني) قديختلط أحيانا مع مفهوم تمويل الإرهاب عندما تقدم هذه الأموال بعض الجمعيات الاسلامية[1].

ورغم تنصيب لجنة خاصة بالتمويل الإسلامي على مستوى وزارة الإقتصاد الفرنسية، إلا أنه لا توجد أية هيئة على مستوى أجهزة الرقابة بالنسبة للمنظومة الفرنسية، التي تلعب فيها اللجنة البنكية الدور البارز في مراقبة العمل البنكي،بالاضافة لبنك فرنسا المركزي، ورغم أن أول عملية ائتمان اسلامي كانت سنة **2010**، أي قبل منح أي اعتماد لأي بنك لممارسة التمويل الإسلامي، ويرى الأستاذ "**CAVALDA**" إمكانية منح اعتمادات للبنوك الإسلامية في ظل القانون الفرنسي شريطة التزامها بالشروط المفروضة عليها من القانون الفرنسي خاصة المادة **511** من القانون النقدي والمالي الفرنسي، ومن ذلك الاعتماد الذي تختص بمنحه الآن الهيئة المكلفة بالمراقبة . وتطبيق قواعد الحذر وهي سلطة المراقبة للحيطة والحل الفرنسية **ACPR**[2]

بالنسبة لفرع الشعبي يلزم القانون الفروع العاملة بفرنسا أن تكون لها هيئة إدارية خاصة بها منفصلة عن الشركة الأم، أي أن تتمتع باستقلالية في التسيير والرقابة الداخلية، وتعمل السلطات الفرنسية بدا الوحدة الاعتماد وحدة المراقبة "**Hone country control**" فالفروع

---

[2] C. Cavalda et j'staffet ,Deoit bancair ,Lite ,paris ,France ,7éme edition 2008 , Op cit, P31

ملزمة بتقديم المعلومات المحاسبية لهيئات الرقابة المالية الفرنسية [1]والقيام بواجب الاعلام فيما يتعلق بتبييض الأموال وتمويل الإرهاب ...الخ[2]

أما بالنسبة للبنك المركزي الجزائري فتم تأسيسه بموجب القانون رقم **62 /144** الصادر في ديسمبر **1962**،وبعد قانون **1986** الخاص بنظام البنك والقرض اقتصرت مهامه على ممارسة احتكار الاصدار النقدي، لعب دور مصري الخزينة، تسيير العملة الصعبة ومتابعة السيولة، ومنحت الحكومة وسائل مراقبة وتنظيم التداول النقدي وبعد صدور إصلاحات **1988** استعاد البنك المركزي دوره كبنك البنوك وتخلص من وصاية الخزينة العمومية وأصبح يتكفل بالمهام التقليدية للبنوك المركزية، وتدعم دوره بتسيير السياسة النقدية على المستوى الكلي، وبعد صدور قانون النقد والقرض رقم **10/90** المؤرخ في **14** أفريل **1990** ألغي نمائيا التدخل الإداري في القطاع المالي الذي ولد تضخما كبيرا، وحاول مسايرة التوجه الجديد للاقتصاد الجزائري[3].

الفرع الثالث : مدى ملائمة الرقابة المركزية على تسيير البنوك الإسلامية

إذا كانت السقوف الائتمانية تلعب دورا هاما في الحفاظ على احدى ركائز القانون التجاري والمصرفي، وهي الثقة بين المودعين والبنوك، وبين البنوك والمستثمرين والمستهلكين، فهذا لا يتم إلا من خلال وضع حدود للائتمان ومنح الأفضلية لأنواع معينة من القروض، فما مدى ملائمة السقوف الائتمانية للبنوك الاسلامية (أولا)، وما مدى ملائمة السعر المرجعي لعمل البنوك الإسلامية (ثانيًا) .

---

[1] يتكون المجلس الوطني للقرض من 47 عضوا برئاسة الوزير المكلف بالاقتصاد والمالية، ويعتبر جزءا من النظام المصرفي للبنوك المركزية الأوربية، تتمثل مهمته في استقرار الأسعار وتدعيم السياسة العامة الاقتصادية للحكومة

[2] Ibrahim Zeyyad Cekici, Op cit, P270.

[3] محفوظ لعشب، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ،ط8 ،2006 ، ص ص 29، 50.

أولا : مدى ملائمة السقوف الإئتمانية للبنوك الإسلامية

إذا كان فرض معيار الملاءة على أساس قيام العلاقة بين البولة التقليدية والود امون على اساس المديونية، فما طبيعة العلاقة بين المودعين والبنوك الإسلامية هل تكون البنوك الإسلامية ملزمة بعملية السائر فقط في حالة الإهمال أوالتقصير؟ كيف يمكن وضع معيار ملاءة نحاس فقط حالة زيادة الودالع على راس مال البنك الإسلامي؟ هل خاطر الاستثمار فعالا في البنوك الإسلامية أعلى من البنوك التقليدية؟ ما وضع العلاقة بين البنوك الإسلامية والبنوك المركزية من الناحية العملية وما مدى شجاعة فكرة صندوق ضمان الوداع ؟

من الطبيعي أن السقوف الائتمانية ستزيد من السيولة لدى البنوك الإسلامية والتقليدية، هذه الأخيرة تودعها لدى بنوك أخرى مقابل فوائد معينة ما لم يتوفر السوق على سيولة نقدية كبيرة، مما يعني تعرض هذه الأخيرة أيضا المخاطر سيولة رغم وجود البدائل، فبالنسية للبنوك الإسلامية إذا مخاطر السيولة اكبر لعدم توافر هذه البدائل،أنا من الناحية العملية، فقد قام بنك السودان المركزي منذ جوان **1994** إلى غاية ديسمبر **2000** بإلغاء العمل بالسقوف الائتمانية كأداة للتحكم في نمو التمويل الكلي للنظام المصري واستبدالها بأداة الاحتياطي القانوني وتحديد هوامش المرابحات ونسب المشاركات، كما تم الإبقاء على السقوف القطاعية سواء للقطاعات ذات الأولوية اجمالا أو القطاع الزراعي أو القطاعات غير ذات الأولوية،حيث تراوحت النسبة الأدن المخصصة للقطاعات ذات الأولوية من **90 %** إلى **95 %** من جملة التمويل في كل بنك، كما تراوحت النسبة المخصصة للقطاع الزراعي بشقيه النبات والحيوان من **25 %** كحد أدى إلى **30 %**، وفي **31** ديسمبر **1998** تم إلغاء السقف الفرعي المخصص للقطاع الزراعي مع الإبقاء على السقف المحدد للقطاعات ذات الأولوية. وفي الفترة من ديسمبر **2000** إلى ديسمبر **2004**، تم إلغاء السقوف الفرعية، وكذلك إلغاء تصنيف القطاعات إلى قطاعات ذات أولوية وأخرى غير ذلك حيث تم توحيدها في القطاعات المسموح بتمويلها.

يرى بعض الباحثين[1] أن السقوف الائتمانية تتعارض مع الشريعة الاسلامية لما يترتب عليها من ضياع فرص الربحية على أصحاب الودائع، فهي تعرقل عمل البنوك الإسلامية مما يلحق بها أضرارا كبيرة خاصة أنها غير محتاجة لهذه السقوف لعدم عملها بالقروض أصلا إنما بالتمويل المباشر (البيوع أو المشاركات)، كما أنها لا تتعامل بالسحوبات على المكشوف، وبالتالي فهي لا تؤثر بالكتلة النقدية ولا تخلق النقود، ومما يزيد من أضرار البنوك الاسلامية عتيد أموالها لدى البنوك المركزية دون فوائد، وأنه يجب معاملتها كالبنوك المتخصصة .

في حين يرى البعض الآخر[2] أن الهدف من السقوف الائتمانية الحد من قدرة البنوك على تمويل القطاعات غير المنتجة حفاظا على سلامة الاقتصاد الوطني، وهذا ما لا ينطبق على البنوك الإسلامية لأنها لا تتدخل في هذه القطاعات إلا بنسب ضئيلة، كما أنه لا يمكن معاملتها كبنوك متخصصة لافتقادها لهذه الصفة قانونا.

ويرى آخرون[3] أنه إذا كان دور البنوك المركزية يتمثل في تخفيض آثار التضخم من خلال الرقابة على جلق الائتمان لدى البنوك الإسلامية، فمن الواجب على هذه الأخيرة التقيد بهذه السقوف والنسب الائتمانية، حتى يتم تفادي الانتكاسات التي شهدتها بعض البنوك الإسلامية، واقترح أن يقوم البنك المركزي يلعب دور المضارب مع البنوك الإسلامية عند حاجتها للسيولة.

كما يميز البعض[4] بين الحسابات الجارية التي يمكن للبنك المركزي التدخل في تحديد نسب ودائعها وإحتياطاتها وبين الحسابات الاستثمارية والادارية في البنوك الاسلامية التي لا تنتج توعا نقديا، وبالتالي فلا داعي لتدخل البنوك المركزية لعدم تعاملها بالسحب على المكشوف، مما يجعلها

---

[1] أحمد أمين حسان، علاقة البنوك المركزية بالبنوك الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، الإمارات العربية المتحدة، عدد 108، 1989، ص 31.

[2] عائشة الشرقاوي المالقي، مرجع سابق ، ص 134

[3] عبد الرزاق الهيتي، المصارف الإسلامية بين النظري و التطبيقي ،دار أسامة ، عمان ، الأردن ، طَ ،1998 ، ص 699

[4] Mohammad Nejatullah Siddiqi, Role of Fiscal Policy in Controlling, Inflation in Islamic Framework, 1996, http://www.siddiqi.com (12/10/2012)

أقرب للبنوك التقليدية المتخصصة، كما أنمردوديتها تتوقف على نتائج التوظيفات فيها، وعلى فرضية مساعدتها في التوسع النقدي فإنها تكون بنسبة ضئيلة جدا لانخفاض حجم الودائع لدى الطلب لديها .

ثانيا : مدى ملائمة السعر المرجعي لعمل البنوك الإسلامية

يقابل الفائدة في البنوك الإسلامية الربح الذي يخضع لإرادة المتعاقدين ولقوانين الاستهلاك، حيث يلزم البنك الإسلامي في هذا المجال بقواعد المنافسة وحماية المستهلك، والتي يمكن حصرها في المبادئ التالية:الالتزام بالإعلام،تجنب الشروط التعسفية، احترام قواعد التقييس.

أما بالنسبة للسعر المرجعي فهو الأساس الذي تعتمد عليه البنوك الإسلامية لتحديد أسعار منتجاتها أو هامش ربحها، وسعيا منها لمنافسة البنوك التجارية تقوم بتحديد سعر مرجعي للربح في المرابحة، كما تستخدمه في عقود المشاركات، وتعتمد على سعر الفائدة في البنوك التجارية كسعر مرجعي للربح، وهذا نتيجة خلفية فكرية مفادها أن تحديد سعر أكبر من سعر الفائدة يجعل المتعاملين يفضلون البنوك التجارية على الاسلامية، وإن حددت سعرا أقل من ذلك فإن المودعين سيسحبون ودائعهم ليضعوها في البنوك التجارية، وبالتالي تحقيق ربح أكبر، فهي تحاول التوفيق بين رغيات المودعين من جهة وطالي التمويل من جهة أخرى .

يرى بعض الباحثين[1] ضرورة التمييز بين البيوع والمشاركات في البيوع، ضمان البنك الاسلامي للسلعة لمدة معقولة نعل منه بائعا حقيقيا يتحمل تبعة الملاك ما بيشتر حصوله على الربح المتفق عليه، وأيضا في حالة تحتل الضمان لمدة قصيرة بين الشراء وإعادة البيع عند استعمال الوعد بالبيع، حيث يمكن تسعير الربح في هذه الحالة أما في المشاركات فيتعرض البنك الاسلامي لمخاطر الخسارة التي يحبها البنك التقليدي، فتحديد نسبة الأرباح يتوقف على ارادة الأطراف وحصة كل واحد من العمل والإدارة ورأس المال.

[1] جمال الدين عطية، المرجع السابق، ص102.

ويمكن نقد هذا الرأي لأنه ميز بين تعاملين للبنك الاسلامي: البيع الحقيقي والبيع الصوري"، فأجاز التسعير في البيع الصوري لتقاربه مع القروض التقليدية، ومنعه في البيوع الحقيقية كنتيجة لزيادة مخاطر الضمان بالنسبة للبنوك الإسلامية، ونفس الأمر بالنسبة للمشاركة والحضارية، فالتوجه نحو تحديد الهامش الربحي نتيجة منطقية لمحاكاة عقودالبنوك الإسلامية التمويلات التقليدية، أما في حالة البيوع والايجارات الحقيقية، فيجب التذكير أن البنوك الإسلامية تخضع في هذا المجال للقواعد العامة في القانون المدني والتجاري، فبنك الريان (البنك الاسلامي البريطاني) يستعمل صيغة المشاركة المتناقصة والإجارة للتهرب من السعر القابت، فيقوم بتغيير بدل الايجار كل **6** أشهر بالنظرللتطورات الحاصلة في السوق، وهو يخضع في هذا المجال لتقيم بنك إنجلترا[1].

بالإضافة للرقابة على التسييره تتار مسألة ملاءمة رقابية البنوك المركزية على التمويل في البنوك الإسلامية،موضوع النقطة الموالية.

الفرع الرابع : مدى ملائمة الرقابة المركزية على التمويل في البنوك الإسلامية

البنوك المركزية أثناء فرض رقابتها التقليدية على البنوك استخدمت أدوات ملائمة للنظام التقليدي، حيث أثار إعادة الخصم والاكتتاب في السندات العمومية إشكالية كأداة للتمويل في البنوك الإسلامية (أولا)، كما أثار الاحتياطي النقدي تساؤلات عملية لدى البنوك الإسلامية (ثانيا)

أولا : إشكالية إعادة الخصم والاكتتاب في السندات العمومية في البنوك الإسلامية

إذا كان إعادة الخصم **Rescompte** يمثل الحصول على موارد جديدة للبنك من خلال التخلي عن ديونه البنك المركزي في مقابل نسبة من الفائدة[2]، فالبنوك الاسلامية لا يمكنها بطبيعة الحال الاعتماد عليه، ولا يمكن البنوك المركزية أيضا مراقبتها من خلال هذه الأداة، ومن

[1] Abdul karim Aldohni, Op cit, P176

[2] النظام 01/2000 المؤرخ في 13/02/2000 المتعلق بعمليات إعادة الخصم والقروض الممنوحة للبنوك والمؤسسات المالية

المعلوم أن الاكتتاب في السندات العمومية قروض بفائدة الصالح البنوك الإسلامية، ونظرا لمساهمتها – حسب بعض الباحثين[1] – في تمويل نفقات الدولة فيمكن الزام البنوك الاسلامية بالاكتتاب وتحويل الفوائد إلى عمليات النسائية ومساعدات مختلفة، ولا ضير من إلزام البنوك الإسلامية بتقديم مساعدات انسانية لكن في إطار ما يعرف بالمسؤولية الاجتماعية الشرعية، من خلال صناديق الزكاة والوقفية، فلا مانع غير أن هذا الحل يثير شكوكا شرعية حول جوازه، مع إمكانية مقارنته بالأساس الشرعي الذي اعتمدت عليه البنوك الإسلامية في مجال الغرامات الخيرية، فكلا الوسيلتين مرفوض شرعا، لكن الهدف مقبول، وبالتالي إمكانية تطبيق قاعدة الغاية تبرر الوسيلة "

ثانيا : الاحتياطي النقدي والتطبيق العملي في البنوك الاسلامية

إذا كان الاحتياطي النقدي يمثل النسبة المفروضة من طرف البنك المركزي على البنوك الأخرى والتي بموجبها تضع جزءا معينا من ودائعها لدى البنوك المركزية لحماية المودعين كوسيلة للرقابة من طرف البنوك المركزية[2] ، فلا مانع ـ حسب بعض الباحثين[3]– من إخضاع البنوك الاسلامية لهذا النظام مادام أنه لا يخضع لنظام الفوائد بشرط التمييز بين الحسابات الجارية والحسابات الاستثمارية، فهذه الأخيرة و بطبيعتها ليست دينا على البنك الاسلامي بل هو مؤمن فقط، فلا يلزم بردها كاملة الأمم شركاء في الاستثمار، وبالنتيجة ففرض الاحتياطي النقدي على هذه الحسابات يعني تعطيل جانب من أموال المودعين خاصة إذا علمنا أن هذه الحسابات تشكل **86** بالمائة من مجملة ودائع البنوك الإسلامية. إن هذا الرأي منتقد من حيث أنه إذا لم تكن الحسابات الاستثمارية دينا على البنوك الإسلامية فبما يمكن تكييفها؟

---

[1] عائشة الشرقاوي المالقي، المرجع السابق ، ص 136 .

[2] في المادة 52 من الأمر 03/11 المعدلة بموجب المادة 04 من الأمر 04/10 المتضمن قانون النقاد والقرض التي تنص : " يجب على كل بنك يعمل في الجزائر أن يكون له حساب جار دائن مع بنك الجزائر لتلبية حاجات عمليات التسديد بعنوان نظم الدفع"

[3] عائشة الشرقاوي المالقي، المرجع نفسه، ص135 .

لقد إعتبر بعض الباحثين[1] أن الوضع بهذا الشكل يكون مقبولا إذا كيفنا العلاقة بين البنك والمودعين على أساس علاقة مديونية، في حين أنهم يعتبرون الودائع في البنوك الإسلامية تحصل مبدئيا على أرباح وتتحتل الخسائر، وأن البنك الاسلامي يلعب دور المضارب الذي لا يسأل إلا في حالة التعدي أو التقصير، أما في الحالات الأخرى فالمودعون يتحملون الخسائر وحدهم، ويتحمل البنك خسارة العمل وتكاليفه، والمودعون في هذه الحالات لايحتاجون لتغطية كما هو الحال في البنوك التقليدية، ولا يثار إشكال بالنسبة للبنوك الإسلامية إلا إذا كان حجم أموال البنك أقل من حجم الودائع المودعة لديه مما يجعل إمكانية تغطية الخسارة الناجمة عن إهماله أو تقصيره غيرممكنة، لذا فمن الأفضل تدخل البنك المركزي بوضع معامل ملائمة خاص بالبنوك الإسلامية لتفادي التحايل على تحميل المودعين الخسارة ولو حدثت بفعل البنك.

كما أن تدخل البنك المركزي لدى البنوك الاسلامية استدعته طرق التمويل في هذه الأخيرة التي تكون مخاطرالاستثمار فيها بشكل أكبر من البنوك التقليدية خاصة في حالتي المشاركة والمضاربة، حيث تتحمل الخسارة في الحالة الأولى بنسبة مساهمتها في العملية، وفي الحالة الثانية (المضاربة) تتحملها كلية إذا كانت صاحبة المال، كما أنها تفتقد لكثير من الأدوات المعتمدة في البنوك التقليدية كالسيولة المقدمة من البنك المركزي، عمليات الخصم على الديون والفواتير الإندراجها تحت غطاء الفائدة الممنوعة شرعًا، بالإضافة إلى طول أجل التوظيفات بالمشاركة و المضاربة مما يحدث فارقا بين أجل الودائع والأجل الذي يمكن خلاله تحويل هذه التوظيفات إلى سيولة، مما يفرض عليها الإحتفاظ بنسب عالية بين أموالها الخاصة وإجمالي الودائع، لذا هل يمكن إنشاء صندوق لضمان الودائع؟ وهل يصح قانونيا وعمليا إنشاء بنك مركزي خاص يستعمل أدوات رقابة إسلامية كإصدار صكوك المضاربة للتحكم في التضخم، ويستعمل جزء من الاحتياطي النقدي لمواجهة نقص السيولة، فعند زيادة التضخم ترتفع نسبة الاحتياطي والعكس؟

[1] عائشة الشرقاوي المالقي، المرجع السابق، ص 125. عبد الرزاق الهيتي، مرجع السابق،ص 698.

يرى البعض[1] عدم قابلية إنشاء بنك مركزي إسلامي خاص الى جانب البنك المركزي لمساسه بسيادة الدول، بل يجب التوجه نحو تطوير قواعد تدخل البنوك المركزية لدى البنوك الإسلامية من جهة، وخلق فضاء تعاون بين البنوك الإسلامية من جهة أخرى أو استبعاد تدخل البنوك المركزية في هذه العملية لأنه لا مجال للمقارنة بين المخاطر التي يتعرض لها البنك الاسلامي والبنوك التقليدية فيما يخص المشاركة والمضاربية، حيث تبقى عملية التوزيع مرتبطة بدور كل طرف في هذا العقد، وكنتيجة لذلك لا يتدخل في تحديد الأرباح والأجور .

في حين يرى آخرون[2] ضرورة تدخل البنوك المركزية لوضع حدود دنيا وقصوى للمردودية لتأمين حماية كاملة للمتعاملين مع البنك سواء كانوا مودعين أو مستثمرين، وأنه يمكن للبنك المركزي التدخل كمنقذ أخير فمشاركات البنوك الإسلامية، وبالنتيجة تحديد نسبة الأرباح التي يتحصل عليها هذا الأخيره

فجوهر الإشكال في رقابة البنوك المركزية على البنوك الاسلامية يرجع لطبيعة عمل هذه الأخيرة والذي يختلف عن البنوك التقليدية – القائم على أساس القدرة على السداد–، حيث يتميز عمل البنوك الاسلامية بكونه ذو طابع استثماري قائم على أساس قدرة المشروع على المردودية، أي القيام بعمليات مترابطة لتحديد نسبة كل طرف من الأرباح والخسائر،مما يفترض قيام نظام مراجعة ومراقبة متناسب مع هذا العمل، وبالتالي التدخل من البنك المركزي يكون في تحديد نسبة الأرباح والودائع ونسبة كل من المودعين والمساهمين والمستثمرين منها .

يجدر التنبيه أن تدخل البنوك المركزية يتميز بنوع من الإزدواجية حيث نقوم عدد الدول بتطبيق سياسة الإنقاذ من خلال ضخ الأموال في الدورة البنكية إذا كانت البنوك المتعثرة كبيرة الحجم ومؤثرة في الاقتصاد، مما عرضها للنقد، حيث أنَ الحكومات – بتأثير من أصحاب الأموال

[1] عائشة الشرقاوي المالقي، المرجع سابق ، ص152

[2] عائشة الشرقاوي المالفي، نفس المرجع، ص139

– تقدم مساعدات للبنوك والشركات ذات الأموال الهائلة كما هو الحال في الأزمة المالية الأخيرة، وتمتنع عن ذلك في حالة كان العجز والتوقف عن الدفع من طرف المؤسسات الضعيفة بحجة عدم التدخل في الحرية الاقتصادية رغم أنه في كلتا الحالتين يؤدي التدخل إلى دوران المال في الجهازالمالي ككل .

نشير في الأخير إلى أنه رغم النجاح الذي حققته المصرفية الإسلامية منذ ظهورها إلا أنَ ذلك تخلله إفلاس العديد من البنوك الإسلامية نذكر منها[1] :

ـ بنك البركة البريطاني المنشأ في **11/05 / 1981**، وتم سحب اعتماده سنة **1993** لأسباب تتعلق ب: ملكية البنك، إدارته، تركيبية المجموعة المالكة وعدم تحقيقه معايير الحوكمة، لكن الجدير بالذكر أن كل المودعين استرجعوا أموالهم، مما طرح التساؤل إن كان الأمر يرجع الاحترام البنك القواعد الاحترازية أم لضعف حجم الاستثمارات في هذا البنك ؟

ـ بنك نيما السوداني للتنمية والاستثمار التي تم ايقافه من ممارسة العمل المصرفي بموجب قرار من محافظ بنك .

السودان رقم **99/12** المورخ **08/05/1999**، وتم تعيين مصف للبنك.

أن مسألة افلاس البنوك الإسلامية تقودنا المشكلة حقيقية تعاني منها من البنوك الإسلامية، وتتمثل في تكوين عاملين فيها، حيث تقع بين إطارات وعقال دور تكوين بدكي تقليدي، وفئة أخرى من أصحاب التكوين الاقتصادي والقانون لا إلمام لهم بالإقتصاد الإسلامي، وأخيرا من هم أصحاب التكوين الشرعي لا علم لهم بالجانب الإقتصادي والقانوني والفني والتقني،

[1] بالإضافة إلى بنوك الإدخار المحلية في مصر التي كان من أهم أسباب إفلاسها إخضاعها لإدارة مركزية محدثة انقلابا جوهريا في طبيعتها المحلية، حيث كان من قبيل الاعتراضات الموجهة إليها: التكلفة المرتفعة – مخالفة العرف المصري من خلال الاستثمار المباشر او بالمشاركة الذي يتضمن مخاطر كبيرة الأموال المستثمرين – والأسلوب الإداري غير السليم المتبع من طرفها. عائشة الشرقاوي المالقي، المرجع السابق، ص 85.

هـذا مـا أدى إلى عـدم نجاحهـا في اجتـذاب الأمـوال أكثـر مـن توظيفهـا بسـبب قلـة الإطـارات المتخصصة في مجال تقدير حلول المشروعات والإلمام بالمخاطر المحيطة بها، بالإضافة إلى ارتفاع تكاليف الإدارة ومكافئآت الهيئات الشرعية فيها[1]،وهو ما طرح مسائة الرقابة الشرعية على البنوك الإسلامية،موضوع المطلب الموالي.

المطلب الثاني : الرقابة الشرعية على البنوك الإسلامية

يقصد بالرقابة الشرعية في المصارف والمؤسسات المالية الاسلامية وضع ضوابط وأحكام شرعية مستمدة من الشرعية بعرض مزاولة المؤسسة لنشاطها وفق هذه الضوابط والأحكام، ثم متابعتها للتأكد من صحة التطبيق[2]، أو هي فحص عينات كافية من الأعمال التي تقوم بها الأفراد والجماعات والمؤسسات والوحدات وتحليلها للتأكد من أنها تتم وفقًا لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية، ويتم ذلك باستخدام الوسائل والأساليب الملائمة المشروعة وبيان المخالفات والأخطاء والعمل على تصويبها وتقديم التقارير إلى الجهات المعنية[3]، وباعتبارها هيئة مستحدثة في الجهاز المصرفي المعاصر، فقد طرحت تساؤلات حول مركزها القانوني (الفرع الأول)، بالإضافة للتطبيق العملي للرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية (الفرع الثاني) ، وقد يلجأ صاحب الحق إلى القضاء للمطالبة بحقوقه و قاضي هنا يطبق القوانين التي قد تكون مخالفة للأحكام الشريعة الإسلامية كقانون مختار من طرف الأطراف أمام هيئات القضائية الرسمية وعليه سنتعرض لمنازعات البنوك الإسلامية في نظام شامل الموحد (الفرع الثاث) ،كما سنتطرق إلى منازعات البنوك الإسلامية في نظام المزدوج و في النظام الجزئي (الفرع الرابع) واخيرا منزاعات البنوك الإسلامية في النظام التقليدي (فرع خامس)

---

[1] عائشة الشرقاوي المالقي، نفس المرجع، ص 111.

[2] Karim Ginena and Azhar Hamid, Op cit, P249.

[3] أحمد علي عبد الله وآخرون، توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية: مخطط الهيئات الشرعية- نشأة عطور وتقويم هيئات الرقابة الشرعية في الجهاز المصري السوداني، بنك السودان المركزي،الطبعة الأولى، 2006، ص02.

الفرع الأول : المركز القانوني لهيئات الرقابة الشرعية

أثيرت تساؤلات عديدة حول تكيف هيئات الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية (أولا)، ونتيجة لكثرة الفتاوى وتضاربها نوقش تطبيق قانون غريشايم في البنوك الإسلامية (ثانيا).

أولا : تكييف هيئات الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية

آثار وجود هيئات الرقابة الشرعية في البنوك الاسلامية تساؤلات حول تكييفها الشرعي والقانوني :

حيث ثار نقاش شرعي حول تكييفها إذا ما كانت نوعا من الحسية، أي نوعا من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أو أن لها نوع من الإفتاء، ومدى إمكانية اعتبارها نظامًا وظيفيًا مستقلاً ومتميزًا في هذا المجال، ويميل البعض[1] إلى إعتبار عمل هيئة الرقابة الشرعية وسط بين عمل المفتي من جهة وعمل المراجع أو المحاسب القانوني من جهة أخرى، مع فوارق مهمة منها: أنَ المفتي يقدم خدمة عامة ويتقاضى تعويضة من الدولة لا من الجهة التي تطلب فتواه،كما أنَ المراجع القانوني وإن كان يتقاضى مكافأة من المؤسسة، لكنه يطبق معايير محاسبية لم يضعها بنفسه بل وضعتها جهات مستقلة تماما عنه وعن المؤسسة المعنية، بينما الهيئة الشرعية تضع المعايير (الفتاوى) ثم تراقب مامدى التزام المؤسسة بهذه المعايير،كما أن كل تقارير الهيئة والمحاسب تمثل شهادات موجهة للجمهور المتعامل مع المؤسسة التي تؤثر إلى حد ما في قرارات المستهلكين المتعاملين مع البنك الاسلامي.

ولأن لها أدت في بعض الحالات إلى تداخل الصلاحيات بينها وبين مجلس إدارة البنوك الإسلامية، فقد اختلفت الآراء القانونية حول ما إذا كانت الهيئات الشرعية تلعب دور المديرين

[1] عبد الله مبروك التجار، مفترضات المسؤولية في نطاق الرقابة الشرعية على المؤسسات المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،ط1 ،ص ص 17 ،46 .

غير التنفيذيين[1] أو محافظي حسابات، أو المستشارين، ويتجه جانب من الفقه القانوني[2] إلى اعتبار الهيئات الشرعية تلعب دور المديرين غير التنفيذيين، وأن القوانين الانجليزية خاصة قانون الشركات لسنة **Act Company 2006** لا يشترط إلا وجود حد أدنى من المديرين في الشركة ولا يمنع من وجود مجلسين للإدارة، والرقابة الشرعية بجسد فكرة المديرين غير التنفيذيين – **Non excutive Directors**،وأن الوصف القانوني لعمل الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية في انجلترا أقرب إلى مجلس مديرين غير تنفيذي، لأن هم يتعاونون مع المديرين التنفيذيين ويساعدوهم في اتخاذ القرار المناسب لتوجهات البنك، وللتوافق والقوانين الأساسية له[3]

ويرى آخرون[4] أن هيئة الرقابة الشرعية وكيل عن مجموع المساهمين لها نفس المركز القانوني لمراقبي الحسابات، فينك التقوى مثلا (موجب المادة **95** من قانونه الأساسي) يسمح لهذه الهيئة، في حالة رفض إدارة البنك لتوجيهاتها دعوة الجمعية العامة لاجتماع غير عادي وعرض المخالفات عليها، ويذهب القانون الأساسي لدار المال المادة **06** منه لحد حل البنك إذا إقتنع حاملوا **10** بالمائة من شهادات الوحدات الاسمية برأي الهيئة وطلبوا حل المؤسسة، بل يتجه آخرون[5] لإعتبار أن لهم نفس الوضع القانوني الأعضاء مجلس الإدارة .

ورغم أن بعض الهيئات الشرعية (كالهيئة الشرعية لبنك فيصل السودان ومصرف الراجحي) كانت تقدم عملها تبرعا[6]، واستثني من ذلك المتفرغين لهذا العمل[1]، ثم حدث تغير في

---

[1] المدير غير التنفيذي Non-executive Director هو عضو مجلس الإدارة الذي لا يشغل منصبا تنفيذيا بالشركة، ويكون متفرغا لإدارتها، أو لا يتقاضى راتبا شهريا او سنويا منها، وقد يكون عضوا مستقلا او غير مستقل. محمد مصطفى سليمانى ، حوكمة الشركات، الدار الجامعية، القاهرة، مصر، دون طبعة، 2008، ص37.

[2]Abdul Karim Aldohni, Op cit, P202.

[3] Abdul Karim Aldohni, Op cit, PP79-85

[4] عاشور عبد الجواد عبد الحميد، مرجع سابق ، ص 223.

[5] جيفيناف كوس – بروكيه، المرجع السابق، ص 202.

[6] عبد الله حسين محمد وآخرون، توثيق تجربة السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، مخطط الوثائق (الإجراءات والتعاميم المتعلقة بالتجربة)، ج 01، بنك السودان المركزي، السودان، 2006، ص45.

التوجه إلى الحصول على المكافآت ويتم التكتم عنها،مما طرح تساؤلات حول مدى تحقق الشفافية في مكافآت أعضاء الهيئات الشرعية، وعليه يمكن إعتبار هذه الهيئات مركزا قانونيا جديدًا مستحدثا كنتيجة لظهور التمويل الإسلامي عمليا يستلزم معه وضع نصوص تنظيمية خاصة محددة للصلاحيات والمسؤوليات، وتحديد إن كانت الرقابة الشرعية أداة للفتوى أم أداة للتسويق؟ هل يجوز تعدد عضوية هيئات الرقابة الشرعية؟ وإلى أيْ مدي؟ هل صحيح أن العالم المتساهل يطرد العالم الرصين من سوق الهيئات الشرعية؟ هذا ما يقودنا لبحث تطبيق قانون غريشام في البنوك الإسلامية، موضوع النقطة الموالية .

ثانيا: تطبيق قانون غريشايم في البنوك الإسلامية

لاحظ الإقتصاديون منذ زمن بعيد ظاهرة تمت تسميتها بإسم مكتشفها الإقتصادي "غريشايم **Gresham** "، الذي مفاده أن تعدد العملات في المجتمع يؤدي إلى طرد العملة الرديئة للعملة الجيدة من التداول لأن الناس يفضلون بذل الرديئة ثمنا لما يشترون، ويحفظون الجيدة لأنفسهم فتختفي من السوق العملة الجيدة، أيْ أن الفتوى الضعيفة تطردالفتوى الجيدة من التداول، فالفتوى المترخصة بإفراط والمهتمة بالأثر الجزئي على المؤسسة الواحدة، دون رعاية الحالات الاجتماعية الكلية للفتوى تكون مطلوبة للتداول أكثر من غيرها، حيث أن قلة التكاليف والسهولة تجذب العملاء اكثر من المؤسسات المالية غير المترخصة.

لذا اقترح البعض[2] قيام هيئة عليا للفتوى والرقابة المالية تعنى بالفتاوى الأساسية المفصلية ومعايير الرقابة الشرعية وتكون توجيهاتها ملزمة للهيئات المنفردة، فتكسر بذلك القانون غريشام"،

---

[1] محمد أنس الزرقا وسامي ابراهيم السويلم على توثيق تحرية السودان في مجال المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية،مخطط الهيئات الشرعية نشأة وتطور وتقوم هيئات الرقابة الشرعية في الجهاز المصرفي السوداني، بنك السودان المركزي،ط1، 2006، ص05.

[2] محمد أنس الزرقا وسامي ابراهيم السويلم على،المرجع السابق، ص 06 .

وهذه الهيئة المركزية تكون مستقلة إداريا وماليا بتمويل من الدولة أو المصرف المركزي، وهو ما تحقق عمليا في بعض المنظومات موضوع الفرع الموالي .

الفرع الثاني : التطبيق العملي لرقابة الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية من طرف الرقابة الشرعية والقضائية

أنشأ البنك المركزي السودان هيئة عليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية سنة 1999[1]، ثم ضمّن القرار في قانون تنظيم العمل المصري لسنة 1994 و 2003[2]، وتتكون الهيئة من عدد لا يقل عن سبعة أشخاص ولا يزيد عن أحد عشر شخصا من علماء الشريعة وخبراء الإقتصاد والصيرفة والقانون (نائب رئيس القضاء وقاض بالمحكمة العليا)، على أن تكون غالبيتهم من علماء الشريعة لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد، تمثل مهمتها في إصدار الفتاوى الشرعية والتوصيات لتوحيد الأسس والأحكام الشرعية التي ينبني عليها النشاط المصري والمالي – متابعة سياسات وأداء البنك ونشاط المصارف والمؤسسات المالية بغرض إخضاعها لأحكام وقيم الشريعة الإسلامية – تنقية قوانين ولوائح ومراشد البنك والمصارف والمؤسسات المالية ونشاطها من المعاملات الربوية وحيلها الظاهرة واقية، وكل ما من شأنه أن يؤدي الى أكل أموال الناس بالباطل – العمل مع جهات الإختصاص لوضع صيغ المعاملات الإسلامية موضع التنفيذ، وإستنباط صيغ تلائم كل إحتياجات وأدوات التمويل وتطويرها لتناسب السوق الأولية والثانوية

[1] قرار وزير المالية والاقتصاد السوداني رقم 184 صادر بتاريخ 02/03/1992.

[2] لائحة تنظيم أعمال الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية صادرة بتاريخ 12/04/1994. لائحة البحوث والمكافآت للهيئة صادرة بتاريخ 10/05/1994. أحمد علي عبد الله وآخرون، المرجع السابق، ص68.

للأوراق المالية، لكن لا يجوز لها النظر في المسائل المعروضة أمام القضاء أو التي صدر فيها حكم من محكمة ذات إختصاص، والجدير بالتنبية أن قرارات الهيئة في أي نزاع يتعلق بالنشاط المصري ملزمة للبنك والمصارف والمؤسسات المالية وواجبة التنفيذ ما لم يطعن فيها الغير أمام القضاء[1].

يضم بنك فيصل الاسلامي السوداني هيئة شرعية خاصة به تضم **06** أعضاء (منهم مختصان في القانون المالي والتجاري) بالاضافة إلى مراقب شرعي[2] ، وحسب المادة **73** فقرة **02** من عقد التأسيس:" تضطلع الهيئة بالاشتراك مع المسؤولين بالبنك في وضع نماذج العقود والاتفاقيات والعمليات العائدة لجميع معاملات البنك مع المساهمين والمستثمرين والغير، وفي تعديل وتطوير النماذج المذكورة عند الاقتضاء وفي إعداد العقود والاتفاقات التي يزمع البنك إبرامها ما ليس له نماذج موضوعة من قبل، وهذا بقصد التأكد من خلو العقود والاتفاقات والعمليات المذكورة من المحظورات الشرعية، كما تبدي رأيها الشرعي في فيما يحيله إليها مجلس الإدارة أو المدير العام من معاملات البنك ونقلتم ما تراه مناسبا من المشورة الشرعية إلى مجلس الإدارة في أي أمر من الأمور العائدة لمعاملات البنات، وتعمل على مراجعة عمليات البنك من الناحية الشرعية للتحقق من تنفيذ مقتضى ما جاء في البنود ا، ب، ج السابقة . تقدم هيئة الرقابة الشرعية دوريا وكلما اقتضى الأمر تقاريرها وملاحظاها إلى كل من المدير العام ومجلس الإدارة، كما تقدم هيئة الرقابة الشرعية الجمعية العمومية للمساهمين تقرير سنويا مشتملا على رأيها في مهمى تماشي البنات في معاملاته مع أحكام الشريعة الإسلامية، وما قد يكون لديها من ملاحظات في هذا الخصوص، وتباشر الهيئة عملها وفقا للائحة تقترحها ويصادر مقتضاها قرار من الجمعية العمومية المساهمين، والرئيس الهيئة أو نائبه حق حضوراجتماعات الجمعية العمومية للمساهمين واللهيئة

[1] المواد من 15 إلى 21 من قانون تنظيم العمل المصرفي السوداني لسنة 2004 .

[2] التقرير السنوي لبنك فيصل الاسلامي السوداني لسنة 2014، ص 26.

كذلك إدراج أي موضوع في جدول اجتماع أي جمعية عمومية ومناقشته في الاجتماع والاشتراك بخصوصه في المداولات بدون أن يكون لها صوت عنده إصدار القرارات[1] .

أما في ماليزيا فقد أنشأ البنك المركزي الماليزي مجلس رقابة شرعية (**Shariah Advisory Council** (**SAC** في ماي **1997** كهيئة عليا مستقلة للمالية الإسلامية في ماليزيا تتكون من **11** عضوا مختصا في الشريعة والاقتصاد والقانون،وقد تعزز دور هذه الهيئة بعد صدور قانون البنك المركزي الماليزي لسنة **2009**، حيث ألزم المؤسسات المالية الاسلامية بضرورة الرجوع للمجلس في كل مسائل التمويل الإسلامي، وتكون القرارات الصادرة في هذا الإطار ملزمة لكل الهيئات القضائية والمالية، كما أصدر البنك المركزي دليل حوكمة مجلس الرقابة الشرعية في علاقته مع الهيئة الشرعية المركزية ومنع ازدواجية العضوية بين الهيئتين[2]، وهذا على عكس ما يوجد في المنظومة السوداني حيث يجمع بعض الأعضاء صفة العضوية في بعض الهيئات الشرعية للبنوك الإسلامية والعضوية في الهيئة المركزية ضم بنك برهاد الماليزي **06** أعضاء في الهيئة الشرعية أحدهم مختص في القانون التجاري الاسلامي والبقية مختصون في الاقتصاد والتمويل الإسلامي[3] .

ويعتبر بعض الباحثين[4] أن مركز الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية في انجلترا لا يثير إشكالا، حيث أن قانون الشركات لسنة **Act Company 2006** لا يشترط إلا وجود حد أدنى من المديرين في الشركة، ولا يمنع من وجود مجلسين للإدارة والرقابة الشرعية خاصة من

---

[1] أحمد علي عبد الله وآخرون، المرجع السابق، ص 44.

[2]Abdul Karim Aldohni, Opcit, P81.
www.bnm.gov.my/index.php?ch=7&pg=715&ac=802 (22/07/2015). Anfel Boudjelal , repenser le contrôle chariatique des opérations bancaires et Financieres Islamiques, Les cahiers de la finance Islamique, n°=07, Université de Strasbourg,2014.P37.

[3]Application of Shariah Contracts in Islamic Banking Product and Services, Bnak Islam, P34.www.bankislam.com.my(15/01/2016)

[4]Abdul Karim Aldohni, Id, P202

خلال عضوية المديرين غير التنفيذيين **Non-excutive Directors**، لكن هل يعتبر أعضاء الهيئات الشرعية مديرين أو أعضاء مجلس إدارة في الشركة؟ يضيف هذا الرأي أن مجلس الرقابة الشرعية في البنوك العاملة في انجلترا يمكن وصفه بمجلس مديرين غير تنفيذي، حيث يقوم بالتعاون مع المديرين التنفيذيين لاتخاذ القرار المناسب مع القانون الاسلامي، كما يمكن اعتبارهم مسؤولين عن تطوير المنتجات في البنوك الإسلامية، فمن جهة يعملون على الالتزام بواجب المطابقة من طرف البنك الإسلامي، وفي نفس الوقت الحفاظ على حقوق المساهمين[1] .

تتكون هيئة الرقابة الشرعية لبنك الريان (البنك الاسلامي البريطاني) من خمسة أعضاء يوقع عادة على التقارير والشهادات ثلاثة منهم فقط، أحدهم قاض سابق بالمحكمة العليا الباكستانية والبقية مختصون في الاقتصاد والتمويل الاسلامي[2]، ويرجع بنك البركة في الرقابة الشرعية لهيئته المركزية على مستوى مجموعة البركة ، بنوما في الجزائر مراقب شرعي واحد .

أنشت الهيئة المستقلة للمالية الاسلامية بأوربا سنة **2010** بباريس، تتكون من **09** أعضاء ذوو تخصص مزيج بين الشريعة الاسلامية والقانون والمالية، بالاضافة إلى أعضاء خارجيين يمكن الاستعانة بهم ان اقتضت الحاجة، تتمثل مهمتها في التدقيق، تقديم الاستشارات المساعدة في تنميط المنتجات وفق قواعد الشريعة الإسلامية، والقيام بنصح المستهلك في قطاع المالية الاسلامية[3] .

وقد إعتبرت سلطة السوق المالي الفرنسي أن الهيئة الشرعية في صناديق الاستثمار الاسلامية وحدها المسؤولة عن مدى توافق المنتجات مع مبادئ الشريعة الاسلامية، وإذا كان هذا التوجه يقلل من حماية المستهلك في هذه الصناديق الاستثمارية إلا أنه في نفس الوقت يفيد بقبول

[1] Abdul Karim Aldohni, Id, PP79-85.
[2] www.alrayanbank.co.uk (02/09/2015)
[3] www.cifie.fir (02/09/2015)

السلطات المالية الفرنسية لوجود هيئات شرعية لمراقبة ومراجعة الصناديق الاستثمارية والبنوك الاسلامية[1] .

لا ريب أن قرارات الهيئات الشرعية تؤثّر في إدارة البنك الإسلامي ، لكن ما مدى تحمّل هذه الهيئات للمسؤولية في ظل تمتعها بصلاحيات في إدارة الشركة حتى و أن كانت بشكل غير مباشر ؟هل يتحمّلون المسؤولية في حالة إصدارهم فتاوى تضّر بمصلحة المودعين أو المساهمين ؟

ورغم أن بنوك فيصل تنتمي لنفس المجموعة ، نجد أن أعضاء الهيئات الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني يتقاضون أجور ثابتة (على غرار الهيئة الشرعية العليا) ، فين حين يتحصل أعضاء الهيئات الشرعية لبنك فيصل المصري على نسب تتراوح بين **05** إلى **10** بالمائة من أرباح الصافية للبنك الإسلامي ، فهل هي أجور أم أرباح ، كما يملك البعض منهم أسهمًا في البنك نفسه الذي يقوم بدور الرقابة فيه .

ولقد نص المشرع الجزائري في المادة **14** من النظام **02/20** على أن البنوك و المؤسسات المعتمدة التي ترغب في تسويق منتجاتها مالية إسلامية الحصول على شهادة المطابقة من طرف الهيئات المختصة قبل تقديم أيّ طلب ترخيص لدى بنك الجزائر .

وقد تمّ إنشاء هذه الهيئة فعلًا على مستوى المجلس الإسلامي الأعلى تحت مسمّى الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية .

الفرع الثالث : منازعت البنوك الإسلامية في المنظومات القانونية (نظام شامل و الموحد)

أولا : أحكام إنتقالية من النظام التقليدي إلى نظام الإسلامي الشامل

يمكن تسجيل قرارات قضائية في السودان ساهمت في الانتقال من النظام التقليدي إلى النظام المصرفي الاسلامي وقرارات أخرى أوضحت إخلال البنوك الإسلامية بالتزاماتها التعاقدية

[1]AMF, Position AMF n° 2007 - 19, Criteres extra financiers de selection des actifs

صدر منشور مدني عن رئيس القضاة السوداني بتاريخ **05/01/1985** تضمنت ديباجته الآيات المحرمة للربا مؤكدا على أن القرارات الصادرة في ذلك الوقت جاءت مستمدة من الشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة **110** من قانون الاجراءات المدنية لسنة **1983** أن المحاكم لا تحكم بالفائدة بأي حال من الأحوال، وأن المنشور المذكور جاء لتنظيم هذه المسألة، حيث أكد على تطبيق عدم رجعية القوانين، لكن في نفس الوقت لايمكن أن تحكم بالفائدة بالنسبة للقضايا التي وقعت بعد صدور تلك القوانين، وأرشدت القضاة إلى تسوية المنازعات بين البنوك وعملائها، وفي حالة عدم التراضي يتم تحويل الاتفاق الى احدى الصيغ الإسلامية [1].

ثانيا : أحكام قضائية تبرز إخلال البنك الإسلامي بالتزاماته التعاقدية

تعهد البنك الاسلامي السوداني سنة **2006** بتمويل معصرة الزيوت الخاصة المملوكة للسيد عثمان اسماعيل موسى، غير أن البنك أخل بالاتفاق المبرم مما دفع بالمعني إلى رفع دعوى مسؤولية عقدية بسبب الخسارة والاضرار التي لحقت به، حيث أن توقف التمويل أدى إلى تسريح العمال ومنحهم حقوقهم القانونية، ونظرا لتقديم طلب التحكيم فقد أحالت المحكمة النزاع على هيئة تحكيم خاصة للفصل فيه، هذه الأخيرة قررت إلزام البنك بدفع ما قيمته **51** بالمائة من المبالغ التي دفعها المعني للعمال المسرحين، ثم طعن ممثل البنك ضد القرار الصادر بدعوى البطلان، غير أن المحكمة التجارية للخرطوم رفضت الطعن، فاستأنف البنك أمام محكمة الخرطوم التجارية التي ألغت الحكم الصادر وأعادت السير في الدعوى بموجب قرار رقم أ س م/**2006/156**م، أيّدت المحكمة العليا هذا القرار بعد المراجعة بموجب قرار صادر في **30/01/2008** ، واعتبرت أن دعوى البطلان ليست دعوى منفصلة ينطبق عليها قواعد قانون الاجراءات المدنية لأن اجراءات التحكيم قصد بها تقصير زمن التقاضي ومجالاته[2].

---

[1] منشور مدني رقم م.ف/عمومي/1-1، صادر بتاريخ 05/01/1985، المكتب الفني للمحكمة العليا، الهيئة القضائية

[2] قرار رقم م ع/ ط م/ 2007/ 86م/ مراجعة /2008/21م ، صادر بتاريخ:2008/01/30

أن مضمون القرار لا يوضح بشكل دقيق أسباب تخلف البنك الاسلامي السوداني عن تنفيذ التزاماته، غير أن ـه من الجلي استناده لقواعد الاجراءات المدنية السودانية لنقض قرار التحكيم، واللجوء للهيئات القضائية السودانية التجارية للحصول على قرار لمصلحته، وبالتالي يتضح وبشكل عملي عدم اعتماد البنوك الإسلامية السودانية على قواعد الشريعة الإسلامية كمصدر لفض منازعاتها رغم أنه يمكنها الاستناد إلى قواعد الدستور السوداني، ناهيك عن القواعد الفقهية التي تضمنها قانون المعاملات المدنية السودانية المقتبسة من قواعد الفقه الإسلامي خاصة مجلة الأحكام العدلية العثمانية.

أن القرار المذكور يعطي لمحة عن موقف البنوك الإسلامية من القرارات التحكيمية التي ما فتئت تطالب باللجوء إليها، بمعنى آخر أن المطالبة بالتحكيم تكون فقط في الحالات التي تكون قراراته لمصلحتها ولو كان ذلك على حساب سمعة وشرعية التمويل الإسلامي .

تظهر المفارقة من عدم مطالبة البنوك الإسلامية تطبيق قواعد الفقه الاسلامي على منازعات التمويل الإسلامي أمام محاكم الدول الإسلامية، على الرغم من أن المنطق القانوني يسمح لها بذلك على اعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدر رسمي لعديد القوانين الصادرة فيها.

إذا كان نظام الأسلمة الشامل السوداني لم يظهر عدد كبير من المنازعات المتعلقة بالتمويل الإسلامي، فأن المنظومة الماليزية تخطت شوطا كبيرا في مجال منازعات التمويل الاسلامي، موضوع الفرع الموالي .

الفرع الرابع : منازعات البنوك الإسلامية في النظام المزدوج و النظام الجزئي

أولا : منازعات البنوك الإسلامية في النظام المزدوج

سجلت عديد القضايا الخاصة بالتمويل الاسلامي بالنظر لأسيقية الصناعة المالية الاسلامية في هذه المنظومة وانتشارها الواسع، لكن الملاحظ أن أغلب هذه النزاعات تتعلق

بتكييف وتفسير عقد التمويل الاسلامي، حيث طرحت القضايا المعروضة على المحاكم الماليزية إشكالية تكييف عقد التمويل وعدم التمييز بين العقد الأجل والقرض التقليدي،وبالتالي اعتبار عقود التمويل الاسلامي قروضا اسلامية بقائدة (1)، ودور المحاكم بتعديل الشروط التعسفية الواردة في عقود البنوك الإسلامية (2) لتكشف في الأخير حقيقة الملكية في عقود البنوك الإسلامية (3)

1 . المحاكم الماليزية تعتبر عقود البنوك الإسلامية قروض إسلامية بفائدة

يظهر من بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا الماليزية الخطأ في تفسير العقد من طرف القاضي على أساس أن ه عقد قرض اسلامي بفائدة، على الرغم من أن اتفاق الأطراف يتضمن عقد بيع عقار مضمون بالرهن، والقائم على أساس العينة مع منح المرتضن حق بيع العقار في حالة توقف العميل عن تسديد الأقساط.

فالمحكمة اعتبرت الخدمة المقدمة هي خدمة مصرفية اسلامية، لكن ذلك لا يعني أن القانون المطبق سيختلف عما (**national land code**) على عقد الرهن .

إذا كانت المنازعة مقدمة من طرف البنك التقليدي، وبالتالي فالقانون المطبق هو القانون الوطني للأرض ففي قضية البنك الاسلامي الماليزي برهاد **BIMB** (المدعي) وعدنان بن عمر (المدعى عليه)، قدم البنك عقد تمويل بصيغة البيع الأجل **BBA**، حيث قام المدعى عليه ببيع قطعة أرضية بميلغ **265** ألف رنجيت **RM** ما يعادل (**71.622** دولار امريكي) بتاريخ **02/03/1984** وتم دفع المبلغ حالا، وفي نفس اليوم قام المدعي (البنك) بإعادة الأرض إلى المدعى عليه بثمن قدره **584** ألف رنجيت **RM** (ما يعادل **157,568** دولار امريكي) مؤجلة، على أن يقوم العميل (المدعى عليه) بدفع الأقساط شهريا لمدة **180** شهر، وفي نفس الوقت يرهن الأرض لمصلحة البنك كضمان على الدين بموجب عقد مكتوب يعطي الحق للدائن المرقمن ببيع العقار المرهون، في حالة التوقف عن دفع الأقساط، وهو ما حدث فعلا بتاريخ أفريل

1985، فقام البنك برفع دعوى أمام المحكمة العليا الماليزية للحصول على قرار بيع الارض المرهونة لتغطية الأقساط المتبقية المقدرة ب **543,995**رنجيت **RM** (ما يعادل **147,026** دولار امريكي)، وقد تمثلت دفوع المدعي عليه في أنه لم يستلم إلا مبلغ**265** ألف رنجيت كقرض كما هو مدون في وثيقة الرهن، وبالتالي فهو غير ملزم إلا برد هذا المبلغ والفوائد المترتبة مع الأخذ في عين الاعتبار عملية الحسم لأن الدين تم تعجيله قبل حلول أجله المحدد بتاريخ **02/03/1999**.

وقد قضى القرار بناءا على اعتبار قيام العقد على مبادئ الشريعة الإسلامية، والتراضي على المبلغ المقدربـ **583** ألف رنجيت، وبالتالي فطلب مبلغ الفوائد (الدفع بالتقسيط) موافق لما اتفقا عليه، ولا يلزم المدعي بالحسم لأن هـ اختياري بموجب العقد المتفق عليه[1] .

يرى البعض[2] أن قضية **BIMB** وعدنان قائمة على أساس العينة المعمول بها في ماليزيا بناءا على القرار الصادر من المجلس الشرعي للبنك المركزي وهيئة الأوراق المالية اعتمادا على المذهب الشافعي، وأن القاضي لم يستوعب دلالة المعاملة وتكييفها على أساس القرض (قرضا اسلاميا)، كما لم تتم استشارة الخبراء المتخصصين في المسألة، وأن هـ نظر في المسألة بمقتضى القانون العام الماليزي وليس أحكام الشريعة الاسلامية، كما يظهر عدم استيعاب المتعاملين لمعاملات البنوك الاسلامية مما يولد شعورا بأن الوضع أسوأ مما هو عليه في البنوك التقليدية (مخاطر السمعة).

من خلال هذه القضية يمكن أن نقدم الملاحظات التالية :

---

[1] Zulkifli Hasan and Mehmet Asutay, Op cit, P44 .

[2] Zainal A. Zuryati and others, Separate legal entity under Syariah law and its application on Islamic banking in Malaysia: A note, International Journal of Banking and Finance, Vol 06, Issue 02, 03/02/2009, P139. Ahmad Ibrahim, Legal Framework of Islamic Banking, Journal Undang-Undang: IKIM Law Journal, Volume: 1, Issue: 1, July- December 1997, P12.

قيام العقد على مبدأ العينة المحرمة في كل المذاهب الاسلامية بما في ذلك مذهب الامام الشافعي، وأن الخلاف الفقهي قائم على أساس الاستدلال على نية الأطراف فقط وليس العينة في حد ذاتها (تحقيق المناط وليس تخريج المناط)

ـ لا يمكن الاحتجاج على القاضي الذي طبق القواعد القانونية المدنية، لكن يمكن الاعتراض عليه بأنه اعتبر العقد قرضا إسلاميا، والأصح قرض ربوي يتضمن فائدة فاحشة حتى بمفهوم القوانين الغربية، فالفرق بين أصل القرض والعائد يفوق الضعف .

ـ عدم اعتماد القاضي على الخبراء الشرعيين لن يؤثر على منطوق الحكم في ظل التوجه المعمول به في ماليزيا.

ـ ربط عقد الرهن بحق الدائن المرتهن في بيع العقار واستيفاء ثمنه ثم جعل امكانية الحسم بإرادة البنك الإسلامي وحده لتغطية الأقساط المتبقية والأضرار اللاحقة يجعل العقد عقد إذعان متضمن لشروط تعسفية تجعل من تعديل العقد بارادة أحد الأطراف فقط، وكان الأجدر بالقاضي في ظل هذه الشروط أن يعيد تكييف العقد ليجعله قرضا بفائدة فاحشة، أو أن يّطبق الاتفاق حرفيا وتكييفه على أساس أنه عقد بيع، أما إعتباره قرضا إسلاميا فهو مخالف للمنطق والعقل القانوني .

ـ التوجه العام في البنوك الاسلامية لجعل العملية التمويلية الإسلامية أكثر كلفة وأقل كفاءة من القرض الربوي،مما يستوجب تدخل الهيئات القائمة على حماية المستهلك في هذه الظروف، فغياب الالتزام بالاعلام المفروض على البنك الاسلامي باعتباره محترفا واضح في العملية السابقة.

2 . المحاكم الماليزية تعدل الشروط التعسفية في عقود البنوك الإسلامية

في قضية أفين بنك **Avin Bank** (المدعي) وذو الكفلي (المدعى عليه)، تحصل هذا الأخير على تمويل بصيغة البيع الآجل المذكور في القضية أعلاه[1] ، حيث اشترى البنك بيتا من المدعى عليه بقيمة **346** ألف رنجيت، ثم قام بإعادة بيعه له بقيمة أكبر من **466** ألف رنجيت، ثم تخلف المدعى عليه عن تسديد الأقساط، وطلب من المدعي إعادة صياغة المعاملة فوافق هذا الأخير وفرض عليه صيغة جديدة تتمثل في ابرام عقدين جديدين، فيشتري البنك البيت مجددا بقيمة حوالي **394** ألف رنجيت، ثم يشتريه منه بمبلغ أكبر من **992** ألف رنجيت يدفع على أقساط لمدة **25** سنة، غير أنه بتاريخ **05/06/2001** توقف المدين (المدعى عليه) عن السداد مرة ثانية، فراسله المدعي بموجب إشعار (المادة **16** من القانون الوطني للأراضي) يطالبه فيها بتسديد مبلغ 959 ألف رنجيت، وقدم طلبا لبيع الممتلكات المرهونة لديه.

حكمت المحكمة بأحقية المدعي في بيع الممتلكات لتحصيل المبلغ المستحق الذي تم تخفيضه إلى حوالي **582** ألف رنجيت بالاضافة إلى ربح يقدر ب**98,54** رنجيت عن كل يوم حتى تاريخ التسديد الكلي للمبلغ المخفض.

ترى الأستاذة "أنكو" أن القضية الرئيسية هي أحقية البنك في الربح غير المحصل لبقية المدة غير المنقضية من ثمن البيع، فالقاضي قام بتعجيل الأجل غير المنقضي حيث قضى بأنه لا يمكن للبنك المطالبة إلا بأرباح المدة المخفضة المتبقية (سنتين) وليست **25** سنة لأن المدعى (البنك) سيستفيد من ربح مضاعف، في حين أن المدعى عليه (العميل) لم يستفد من الأجل الأقصى للدين، ومن حق البنك –حسب رأي الباحثة – الحصول على كامل الأرباح المتبقية (اقساط **23**

[1] Nicholas HD Foster and Dora Neo, Dispute Resolution and Insolvency in Islamic Finance: Problems and Solutions, A Workshop at the Faculty of Law, National University of Singapore, 19 September 2013, SOAS Law of Islamic Finance Working Papers Series, P17.
122 ,

سنة المتبقية)، وأن البنك الاسلامي يعطي إختياريا حسما من الأرباح للمدعي عليه، وتسترسل في حشد الآراء والأدلة على أحقية الدائن في إسقاط بعض الدين سواء حل أجله أم لم يحل[1] .

يبدو أن الاستاذة "أنكو" تحتبت أصل المسألة تتنظر في النتائج وتفرع عنها مالا يدخل فيها أصلا، فالعملية ككل عينة حسب ما ذكرناه في القضية السابقة، غير أن هذه القضية أضافت للعينة إعادة جدولة الدين المستحق على العميل بمبالغ قد لا تطلبها البنوك التقليدية، وهذا ما يتضح أكثر في هذه العملية، حيث أن العقار محل العينة الأولى والعينة الثانية نفسه، فكيف يتم بيعه في العقد الثاني بمبلغ يساوي ضعف ثمنه في العقد الأول؟ وقد يحتج بارتفاع أسعار العقارات، كما هو معمول به في معظم الدول؟ فالجواب أن ثمن العقار لم يتغير كثيرا مقارنة بين العقدين حين يكون المدعي (العميل) هو البائع، في حين يتزايد المبلغ إلى ضعفين حين يكون البنك هو البائع في عملية إعادة البيع .

أما مسألة المطالبة بالفوائد المترتبة (الأرباح) ثم استخدام حق الحسم الممنوح للبنك الاسلامي فقد ذكرناها في القضية السابقة، ولا فائدة من التكرار إلا أن نضيف أن عقود التمويل الاسلامي قائمة على نفس المبدأ ونفس الشروط التعسفية ولو اختلفت شخصية الدائنين (البنوك الاسلامية).

في كل العقود يلاحظ الترابط بين العقدين، غير أن في هذه القضية صاحب الترابط شرط الإذعان من فقدان البيت بموجب التخلف عن السداد في العقد الأول، ولهذا السبب كان الفرق بين الدين الأصلي والأقساط (الفوائد) أكبر من الضعف.

[1] ربيعة العدوية ، مشكلات القانونيو القضائية في تطبيقات المؤسسات المالية ،الحولية البركة،العدد 09 ، سبتمبر 2007ص 86

3 . المحاكم الماليزية تكشف حقيقة الملكية في عقود البنوك الإسلامية

في قضية "الحاج داتو"، منح بنك برهاد الاسلامي بموجب عقد البيع بثمن أجل **BBA** تسهيلات للمعني لتطوير أرضه بـ"كلنتان" في مقابل بيع الأرض للبنك بمبلغ **520** ألف ربحيت حالا، ثم يقوم البنك في نفس الوقت بإعادة بيعها للزبون بمبلغ **629,200** رنجيت على أقساط، غير أن السيد "حاج داتو"(المدعي) رفع دعوى قضائية ضد بنك برهاد "المدعى عليه" مطالبا فيها إبطال عقد البيع لأن البنك يعتبر أجنبيا بالنسبة لمقاطعة "كلنتان"، وبالتالي لا يمكن نقل ملكية الأرض محل النزاع للمدعى عليه (البنك)، وقد رأت المحكمة العليا أن ـه لا يوجد في سجلات الملكية ما يدل على تحويل الملكية بين الطرفين، وقد أخذ القاضي بنية الأطراف عند ابرام العقد، حيث اتجهت لنقل الملكية كجزء من عملية التمويل[1]،وبالنتيجة لذلك فالقاضي اعتبر أنهما لم يقصدا نقل الملكية، أن ما هي إجراءات روتينية لاستكمال عملية التمويل،وبالتالي لا يوجد تعارض بين العملية المبرمة بين الطرفين وقوانين نقل الملكية في مقاطعة "كلنتان". حيث أثارت هذه القضية مسألة الحقوق المترتبة لمصلحة البنك، هل هي حقوق عينية على الأرض محل التعاقد تستوجب الاجراءات اللازمة كالتسجيل، أم أنها حقوق شخصية لا تؤثر في عملية التسجيل على حقوق البنك صحة وإبطالا؟

تكشف القضية ودفوع البنك أن عمليات التمويل التي تقوم بها البنوك الإسلامية في ماليزيا إجراءات صورية لا تتضمن عقد بيع ولا نقل ملكية، بل هي في حقيقتها قروض تمنح بموجبها البنوك الإسلامية أموالا حالا لتتحصل على فوائد مستقبلية على أقساط .

تظهر هذه النماذج إشكالية التنظير والتطبيق في البنوك الإسلامية، فإذا كان من البديهي أن قضايا التمويل الإسلامي في ماليزيا تطرح أمام المحاكم المدنية تأسيسا على النصوص الواردة في

[1] Tan Wan Yean, A review of the case of Dato' Haji Nik Mahmud bin Daud Versus Bank Islam Malaysia Berhad, Journal of Islamic Economics, Banking and finance, Vol 06, N°03, P105.

هـذا الشـأن، فـأن الـبعض يـرى أن جـوهر الإشـكال يتمثـل في مـنح الاختصـاص إلى محـاكم الاختصاص التجاري العام، وأنَ الحل يكمن في إنشاء محاكم متخصصة بالتمويل الاسلامي[1] ، في حين يرى آخرون ضرورة تحويل الولاية القضائية من المحاكم المدنية للمحاكم الشرعية التي توجد في بعض الأنظمة المقارنة .

الجدير بالتذكير أن حل منازعات البنوك الإسلامية في القضاء الماليزي[2] كانت تستند لعقد البيع الآجل، وتؤكد إخلال البنوك الإسلامية بجملة من القواعد الشرعية والقانونية :

ـ لم تلتزم البنوك الإسلامية بمبادئ الشرعية الدينية من خلال تقديمها لعقود تمويل تقليدية بعقود إسلامية شكلية لا تتوافر فيها الشروط الواجبة شرعًا.

ـ إخلال البنوك الإسلامية بواجب الإعلام المفروض عليها شرعا وقانونا، كما تضمنت عديد العقود المبرمة شروطا تعسفية من خلال فرض شروط إعادة جدولة بفوائد فاحشة تزيد حتى على نسبة الفائدة في البنوك التقليدية.

ثانيًا : منازعات البنوك الاسلامية في النظام الجزئي

يعتبر القـانون الانجليزي قـانون قضـائي أي قـانون السـوابق القضـائية، كمـا أن المحـاكم الـدنيا ملزمة بإتباع قرارات المحاكم العليا الصادرة في نفس القضايا، وهذا ما ينطبق على قواعد العقود التجارية فمعظمها تم تنظيمها وتطويرها من طرف المحاكم البريطانية.

هذه الميزة جعلت الكثير من المنازعات تؤول بالاتفاق إلى القضاء البريطاني رغم ما يعتري المسألة من محاذير شرعية، ونتائج عملية سنتعرض لها من خلال القضايا التالية التي استبعد فيها القضـاء البريطـاني آراء الخـبراء وطبـق القـانون الأنجليـزي (1)، ثم اعتـبر مبـادئ الشـريعة الإسـلامية قواعد دينية وليست قانونا وطنيا (2) ليناقش الدفوع المؤسسة على مخالفة العقود لمبادئ الشريعة

[1] ربيعة العدوية أنكو ، المرجع السابق ، ص 69 .

[2]Zulkifli Hasan, Legal aspect of Islamic finance LCA 4592,Islamic science University of Malaysia.

الإسلامية في مرحلة لاحقة (2) ويصل في النهاية لاعتماد التكييف الشرعي لعقود التمويل الإسلامي (4).

1 ـ القضاء البريطاني يستبعد أراء الخبراء ويقضي بتطبيق القانون الانجليزي.

Islamic Investment Company of the gulf Ltd (Bahamas) v Symphony Gems[1] تتلخص وقائع القضية في دخول المدعي "شركة الاستثمار الاسلامي الخليجية" في مرابحة تمويلية متعلقة بكمية من الجواهر والأحجار الكريمة (قيمتها **15** مليون دولار أمريكي) مع المدعى عليها "سمفوني جمس" بتاريخ**27/01/2000** بهامش ربحي يقدر بحوالي (**835** ألف دلار أمريكي)، وقام المدعي (**ICCG**) بتنفيذ التزاماته وشراء الأحجار الكريمة ودفع ثمنها للممون، غير أن شركة "سمفوني" لم تقم بدفع الأقساط المترتبة عليها فرفع ضدها دعوى في أكتوبر **2001**.

تضمن العقد اتفاقا باللجوء للمحاكم البريطانية في حالة النزاع بينهما، وأمام المحكمة ادعت شركة "سمفوني" أنَ العملية بيع لم يتم فيها تسليم المبيع وبالتالي فمن حقها عدم دفع الأقساط، فاستدعت المحكمة خبيرين اعتبرا العقد المبرم لا يتوافر على الخصائص الأساسية لعقد المرابحة لأنه يستلزم حيازة المبيع أولا من البنك (فكرة الضمان)،غير أنَ المحكمة رأت أن إخضاع العقد للقانون البريطاني يجعله عقدا صحيحا وبالتالي الزمت المدعى عليها بدفع الأقساط[2] .

من خلال فحص وقائع هذه القضية نصل للنتائج التالية :

ـ القاضي البريطاني طبق الاتفاق الميرم بين الطرفين الذي ينص على أن العقد يخضع للقانون البريطاني في الإبرام[3]،وعلى هذا الأساس وجدت المحكمة أن العقد صحيح بعد إعادة التكييف من طرف القاضي .

---

[1] Kilian BAlz, A Murabaha transaction in an English court, Op cit, P119

[2] ربيعة العدوية أنكو ،المرجع السابق ، ص72 .

[3] ربيعة العدوية أنكو ،المرجع نفسه ، ص 75.

- إذا كانت الشركة المدعية قد ربحت هذه القضية والأموال المترتبة عنها بطبيعة الحال إلا أنها في حقيقة الأمر قد أضّرت بتجربة التمويل الإسلامي في بريطانيا، وبالنتيجة عرضت عقودها المستقبلية لمخاطر السمعة، كما أحدثت شرخا في مسيرة المؤسسات المالية الإسلامية بالمنطقة لأن مثل هذه القضايا أصبحت مرجعا قضائيا خاصة في دولة تعتمد على نظام السوابق القضائية .

إذا كان القاضي في نهاية الأمر سيقوم بتطبيق وتفسير العقد وفق القانون الانجليزي، فلماذا استدعى الخبراء في التمويل الإسلامي؟ لقد استعان القاضي بالخبراء لفهم طبيعة العلاقة التعاقدية وليس لمعرفة آرائهم الشرعي وتكييفهم للعقود المبرمة بين الطرفين .

2 . القضاء البريطاني يعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية قواعد دينية وليست قانونا وطنيا

تلخص وقائع القضية في عقد مرابحة تمويلية بين المدعي "بنك شامل البحريني" مع المدعى عليه "الشركة البنغالية للصيدلة **beximo** بتاريخ **28/12/1995**، ينص العقد على قبول البنك توكيل شركة البنغلاديش للاستيراد والتصدير بشراء سلع من وسطاء معينين لبيعها لشركة **beximo** مرابحة، ثم قام البنك بدفع مبلغ **15** مليون دولار أمريكي لشركة الاستيراد، وقامت شركة الصيدلة بتنفيذ جزء من التزاماتها في سنتي **1996** و**1997** (سبع دفعات). ثم تمت اتفاقية مماثلة في أفريل **1996** بنفس القيمة، وقامت شركة الاستيراد والتصدير بدفع أربع دفعات من التزاماتها، غير أنه بحلول سنة **1999** لم تقم الشركتان بتنفيذ بقية الالتزامات .

لمصلحة البنك، وبعد مناقشات تراضى الاطراف على تخلي البنك عن المطالبة بتنفيذ بقية الالتزامات مقابل تملكه لبعض الأصول التجارية وإعادة ايجارها لكلتا الشركتين مقابل رسوم استعمال (بيع وإعادة التأجير) ودفع مبالغ تعويضية للبنك، غير أن الشركتين أخلنا بالتزاماتها ثانية.

فرفعت دعوى أمام المحكمة البريطانية، احتجت فيها شركة الصيدلة أن العقود المبرمة في حقيقتها عقود ربوية مخالفة للشريعة الإسلامية، وبالتالي فهي باطلة شرعا استناد لشرط القانون المطبق وهي مبادئ الشريعة الإسلامية المنصوص عليه في هذه العقود.

إستند ممثل البنك أن مضمون القانون الاسلامي والتمويل خصوصا محل نقاش داخل العالم الاسلامي نفسه،مستدلاً على ذلك باختلاف التطبيقات، وبالتالي فمن حق البنك تفسير مثل هذه العقود من خلال هيئته الإستشارية (الرقابة الشرعية)،أما دفاع الشركة فأكد أن تفسير النصوص في الكتاب والسنة مختلف فيه، غير أن المتفق عليه أن القرض الربوي باطل ولا أثر قانوني له، وعقدي المرابحة والاجارة المذكورين اختلت شروطما فهي باطلة، أما عقد المستعمل (الترضية) فهي عبارة عن إعادة جدولة لعقد المرابحة من خلال فرض مبالغ اضافية من البنك في مقابل الزيادة في الأجل، قضت المحكمة لصالح المدعي (بنك شامل) وأجبرت شركة الصيدلة على دفع **49.7** مليون دولار أمريكي، وفي الإستئناف ثار الاشكال حول علاقة القانون الانجليزي بالحكم الصادر من المحكمة، ورغم اعتراف المحكمة ببطلان العقدين في الكتاب والسنة إلا أن القانون الأنجليزي هو القانون الواجب التطبيق في هذه المنازعة والذي لا يمنع من قيام عقد فائدة ربوي يتبعه إعادة جدولة. أنَ المحكمة البريطانية استندت في قرارها لثلاث أساس تتجسد في رفض اتفاقية روما **1980** لتطبيق القواعد غير الرسمية، وأن العقد لا يمكن أن ينظم إلا بقانون واحد، وأن ـه لا يمكن للأطراف أن يفوضوا المحكمة تفسير الشريعة الإسلامية.

ويمكن أن نصل للنتائج التالية :

هذه القضية تبين أن عبارة المبادئ العامة للشريعة الإسلامية ليست ذات معنى أمام القضاء البريطاني، ليس لأن الشريعة غير مقننة في نصوص كالقوانين الوضعية بل أيضا لاختلاف المدارس الفقهية في هذا المجال[1].

أن القاضي ورغم اطلاعه على القانون البحريني (قانون دولة بنك شامل) قررت أن هذه الدولة تتخذ من المعاملات المالية الاسلامية سياسة وطنية لكنها لم تضم القوانين الاسلامية المتعلقة بالربا لقانون التجارة البحريني.

- يعتبر بعض الشراح أنَ هذا القرار من أهم القرارات في مسيرة التمويل الإسلامي[2] ، حيث يذكر القاضي أن الإعتماد على المبادئ العامة للشريعة الإسلامية لا تعطينا مفهوما ومرجعا واضحا لمعرفة القانون الواجب التطبيق، كما أنه لا يمكن تطبيق قانونين معا على نفس العقد، حيث تشترط اتفاقية روما أن يكون القانون المطبق قانونا وطنيا (والشريعة الاسلامية في نظره ليست قانونا وطنيا)[3]، فعقد المرابحة في هذه المنازعة يخضع للقانون الأنجليزي، وبالتالي فتفسيره يكون وفق هذا القانون مع إمكانية أن يتغير الأمر بعد تعديل اتفاقية روما[4]

- الإعتماد على الخبراء الشرعيين والتنازع في تفسير النصوص والأحكام لمصلحة طرف أو آخر بغرض كسب القضية مآله فقد البنوك الإسلامية للمصداقية والشرعية، ففي النزاعات تظهر حقيقة العقود التمويلية الإسلامية،فالمرابحة عقد قرض بفائدة، وعقد المستعمل إعادة جدولة للدين (ربا الجاهلية).

- تكييف العقود وتفسير بنودها من اختصاصات القاضي، حيث يمكن أن يتحول عقد البيع إلى قرض حين يبرم الأطراف العقد على أساس البيع للتهرب من الرسوم المفروضة على

---

[1]Jonathan Lawrence, Peter Morton and Hussain Khan, Resolving Islamic Finance Disputes,23 September 2013, www. klgates.com (05/05/2015).
[2] Nicholas H.D.Foster,Op cit,P173
[3] Zulkifli Hasan and Mehmet Asutay,an analysis of the courts decisions on Islamic finance,Isra,volume-3-dec-2011, P56
[4] Nicholas H. D. Foster, Ibid

القروض، أو على أساس شركة عوض البيع بسبب تهرب الأطراف من قواعد تسجيل الشركات مثلا، أي السماح للقاضي بإعادة تكييف العقد إذا تبين له أنَ الأطراف المتعاقدة قد أعطته وصفا معينا (العقد الصوري) كحيلة للتهرب من التزامات قانونية مصاحبة للعقد الحقيقي .

3 ـ القضاء البريطاني يناقش الدفوع المؤسسة على مخالفة العقود لمبادئ الشريعة الإسلامية

حيث أنَ دار الاستثمار **TID** شركة مسجلة بالكويت، أبرمت بتاريخ **11** أكتوبر **2007** عقد وكالة بالاستثمار مع بنك بلوم للتنمية **BDB** المدرج في لبنان بقيمة **11.5** مليون دولار أمريكي وبعائد قدره **05** بالمائة، تقوم الشركة بمقتضاه بشراء سلع لمصلحة الموكل (بنك بلوم) ثم تقوم شركة دار الاستثمار بشراء هذه السلع لمصلحتها، مما يرتب دينا لمصلحة بنك بلوم على شركة دار الاستثمار، كما اتفقا أنه يمكن للوكيل انهاء عقد الوكالة في أي وقت بشرط دفع مبلغ الاستثمار الذي يتضمن المبلغ الاصلي والمبلغ المتوقع خلال الفترة السابقة على تاريخ الانهاء حتى ولو لم يتحقق خلالها ربح حقيقي

اتفق الطرفان على أن عقد الوكالة المبرم بينهما يحكمه القانون الأنجليزي، ونتيجة لعدم تنفيذ دار الإستثمار لإلتزاماتها رفع (بنك بلوم) دعوى ضدها بتاريخ جانفي **2009** أمام المحكمة العليا البريطانية يطلب فيها الحصول على قرار استعجالي باقرار التخلف عن السداد، ودفع المبالغ المستحقة والأرباح المحققة.

ردًا على هذه الادعاءات، دفع المدعى عليه (دار الاستثمار) بأن العقد الذي وافقت عليه هيئتها الشرعية غير متوافق مع الشريعة الاسلامية وبالتالي فهو باطل لمخالفته قواعد تأسيس الشركة، في حين أكد البنك على أن العقد موافق للشريعة الاسلامية لأنه تمت إجازته من طرف الهيئة الشرعية للشركة نفسها.

المحكمة تقرر إرجاع المبلغ المودع من طرف البنك دون إلزام الشركة بدفع العوائد المترتبة عن الاستثمار. إستأنف البنك، وأمام محكمة الاستئناف سحبت الشركة دفوعها، لتقضي المحكمة لصالح البنك[1].

نستنتج من خلال هذه القضية مايلي :

ـ مخالفة البنك لأخلاقيات المهنة والاحتجاج بأن العقد المصادق عليه من طرف الهيئة الشرعية غير موافق لقواعد الشريعة الإسلامية للتهرب من تنفيذ الالتزامات، وما يمكن أن يرتبه ذلك من مخاطر السمعة وفقد العملاء.

ـ القاضي وضع فرضية قام من خلالها بتحليل العقد بناءا على التكييف الفقهي، أي مناقشته من حيث التوافق وعدمه مع مبادئ الشريعة الإسلامية، ثم لفرضية إخضاعه للقانون الانجليزي، فهو يحاول البحث عن أوجه التوافق والتعارض بين النتيجتين.

رأى البعض[2] أن المحكمة لم تتخلى عن موقفها الذي أبدته في قرار "بنك شامل وبيكسيمو" والقاضي باستبعاد تطبيق الشريعة الاسلامية، فالقرار لم ينص على أن عقد الوكالة مخالف لقواعد الشريعة الاسلامية، بل أجلت النظر في المسألة لأن ها تستدعي عقد جلسة مناقشة.

في حين يرى آخرون[3] أن المحكمة قدمت تعليقات على دفاع شركة الاستثمار المتعلق بمخالفة العقد للشريعة الإسلامية، حيث أشارت إلى تجاوز الوكيل لصلاحياته في العقد، وأن العقد

---

[1] Zulkifli Hasan and Mehmet Asutay, Op cit, p57. http://www.lexisnexis.com/uk/legal/auth/bridge.do?rand=0.3334207697154864. http://learn.westlawbusiness.com/PDFs/Investment_Dar_Co_KSCC_v_Blom_Developments.pdf (02/05/2015)

[2] Farmida Bi and others, The implications for the Islamic finance market of The Investment Dar Company KSCC v Blom Developments Bank Sal [2009] EWHC 3545 (Ch), March 2010, www.nortonrosefulbright.com(03/05/2015)

[3]Richard de Belder, Muddassir Siddiqui and Tony Watson and Tony Watson, Denton Wilde Sapte, A cause for concern? www.dentonwildesapte.com (02/05/2015)

أستعمل كحيلة للتستر على القرض بفائدة مما جعل بعض التفسيرات تلوح إلى إمكانية قبول المحكمة لفحص مدى موافقة العقود للشريعة الاسلامية .

الفحص الدقيق لمضمون القرار يوصلنا إلى أن :

- القاضي ينظر في طبيعة العقد خاصة الشرط الخامس الفقرة **06** منه، ويستنتج أن العقد ليس مجرد عقد وكاله خالصة تحكمه قواعد الثقة والأمانة[1] .

- بحث القاضي عن نية الأطراف من العقد أي البحث في المضمون وليس الشكل فقط، وحلل النتائج المترتبة عن اعتبار عقد الوكالة صحيحا أو باطلا.

فالقاضي إذا أسس حكمه بقبول الاستئناف بالنظر في حالات اعتبار عقد الوكالة صحيحا أو باطلا، أي مناقشة ضمنية لمدى صحة عقد الوكالة، لكن في إطار أي قواعد سينظر صحة هذا العقد؟ لقد ظهر للقاضي الزامية دفع المبلغ الأصلي مؤقتا لغاية النظر في امكانية دفع الأرباح من عدمه .

4 ـ القضاء البريطاني يعتمد التكييف الشرعي لعقود التمويل الإسلامي

Project Blue Limited (formerly Project Blue (Guernsey) Limited) v The Commissioners for er Majesty's Revenue and Customs[2]

تتعلق القضية بتطبيق ضريبة العقار **SDLT** على عملية بيع عقارات الثكنات في تشيلسي **Chelsea Barracks 2008/2007** التي تمت من خلال عملية البيع واعادة التأجير المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، حيث طرح الإشكال المتعلق بمدى تكييف الوقائع بالتهرب من دفع الضرائب المنظمة بموجب قانون المالية الأنجليزي **finnace Act 2003**،

[1] He said:" We appear inthose circumstances to be moving away from the concept of pure agency or trust".

[2] Project Blue Limited (formerly Project Blue (Guernsey) Limited) v The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Reference nos: FTC/119/2013, FTC/09/2014,FTC/24/2014, Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber), 18 December 2014, [2014] UKUT 0564 (TCC) 2014 WL 7254331.

حيث قررت وزارة الدفاع بيع هذه العقارات لتطويرها، وهو ما تم فعلا لمصلحة الشركة القطرية للإستثمار (المستأنف) مقرها جرسي **Jersey** بتاريخ أفريل **2007** بتمويل من بنك الريان("**MAR**")،بالإضافة إلى**04** مؤسسات أخرى لم تشارك بطريقة مباشرة في المعاملة

Qatari Diar Real Estate Investment Project Blue Limited (formerly Project Blue (Guernsey) Limited) CPC Group Limited ("CPC") -Company ("QD"- Project Blue Guernsey Holdings Limited ("PBGHL") -("Roseglen")

كان دورالمستأنف امتلاك العقار بغرض تطويره من خلال عملية بيعه لبنك الريان وإعادة تأجيره إجارة منتهية التمليك، وبتاريخ **01/02/2008** أجر المستأنف العقار لمصلحة المشروع الأزرق **PBDL** المسؤول على عملية التطوير، ولأسباب لا علاقة لها بالقضية غادر المستأنف مقره بـ"جرسي" بتاريخ **31/12/2010**، واستمر المشروع في ظل قانون الشركات لـ"جرسي" لسنة.**1991**

رأى المستأنف عليه مصلحة الضرائب **HMRC** أن وزارة الدفاع البريطانية قد تحصلت على مبلغ قدره **959**

مليون جنيه استرليني، في حين أن بنك الريان قد دفع للمستأنف **1.25** مليار جنيه استرليني، وبالتالي فالمبلغ الأخير سيكون محل الضريبة (قدرها **04** بالمائة أي ما يقابل **50** مليون جنيه استرليني) وليس المبلغ الأول**04** بالمائة أي ما يقابل **38** مليون جنيه استرليني) فتم بالتالي تعديل قيمة الضريبة على العملية.

تم رفع الدعوى وتمت الاستعانة بالسيد قدير لطيف والسيد-**Timothy Sherwood King**شاهدين حيث صرح هذا الأخير أن بنك الريان وبنك **HSBC** قدما ضمانات لمصلحة المتسأنف، وأن مسؤولين من البنكين قد اجتمعا به في مقر شركة المحاماة الخاصة به، ، وأكذا على أن صيغة التمويل ستكون ذات طبيعة إسلامية، وهي الطريقة الوحيدة التي تسمح لبنك الريان بتمويل العملية.

كما أكد السيد "لطيف" أن بنك الريان أنشئ بتاريخ **04/01/2006** في ظل القانون القطري باعتباره شركة تجارية تعمل في المحافظ المتوافقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية، وقد تم تأسيسه من طرف **30** عضوا من العائلة الحاكمة القطرية بالإضافة إلى بعض الأسر الحاكمة السعودية والبحرينية، كما أضاف أنه ابتداء من **2011** كان يمكن لشركة الديار القطرية للاستثمار العقاري (المساهم الأول في الشركة المستأنفة) تعيين ممثيله في مجلس ادارة المستأنف

ويضيف السيد "تيموثي" أن مسألة الضريبة على إعادة الهيكلة قد نوقشت من طرف مجلس ادارة المستأنف ولم تكشف عن هذا الاجتماع ولا وثيقة محضر الاجتماع المنعقد بتاريخ **23/01/2008**. ومباشرة بتاريخ **2008/01/29**

دخل المستأنف في عقد مع بنك الريان لنقل الملكية، ودفع الأقساط لوزارة الدفاع، ويضيف أن احتجاج البنك بأن هذا نوع من بيوع المبادلات باطل لأن فقهاء الشريعة الإسلامية يعتبرونها عقود غير جائزة.

أشار السيد توماس (محامي المستأنف) إلى إن الملكية في الشريعة الإسلامية يجب أن تنتقل تماما وليس مجرد فائدة مضمونة كما هو الحال في التمويل الغربي، وبالنتيجة إذا تم اعتماد حجج مديرية الضرائب فهذا يعني دفع مزيد من الضرائب من طرف المستأنف لاستخدامه صيغة التمويل الإسلامي.

خلاصة منطوق الحكم:" يتحمل المستأنف الضريبة المقروضة عليه بموجب القسم **754** من قانون المالية لسنة **2003** المبلغ الكلي الذي يؤخذ بعين الاعتبار لدفع الضريبة هو **1.25** مليار جنيه استرليني.

لم يثبت المستأنف مخالفة العملية للمادة **14** من الاتفاقية.

لم تخطئ مصلحة الضرائب عند تعديلها لقيمة الضريبة على المعاملة. وعليه تقرر المحكمة رفض الاستئناف وإلزام المستأنف بدفع مبلغ **50** مليون جنيه استرليني عملا بالفقرة**03/42** جدول **10** من قانون المالية لسنة.**2003**

نستخلص من هذا القرار النتائج التالية :

ـ تعتمد البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية على صورية التعامل فتبرم عديد العقود الشكلية والمركبة لتجاوز فكرة القرض بفائدة، مما يعرضها لمخاطر قانونية النجلت بوضوح في هذه القضية وبالتالي تحمل أعباء ضريبية إضافية

ـ المحكمة البريطانية في هذه القضية أخذت بقصد الأطراف، لأن العبرة حسبها بنية الأطراف التي توجهت لإبرام عقد بيع وإعادة الإيجار المتوافقة مع الشريعة الإسلامية، وهذا التكييف يسمح لمديرية الضرائب بفرض ضريبة أعلى مقارنة بالحالة التي يعتبر فيها العقد تمويلا تقليديا.

ـ المفيد أن المحكمة في هذه القضية اعتمدت على التكييف الشرعي للعملية، واعترفت ضمنيا بمبادئ الشريعة الإسلامية في البيع وإعادة التأجير، وإن كان هذا لمصلحة هيئة الضرائب وليس البنك الإسلامي، وبالتالي قد تكون هذه سابقة للإعتراف بصيغ التمويل الإسلامي في المستقبل من طرف القضاء البريطاني حتى ولو كان ذلك على حساب أرباح البنوكا لإسلامية،لأن ه قد يستفاد من هذا القرار في الجانب الايجابي منه، وذلك باعتماد عقود تمويل إسلامية قضائيا، أمّا مسألة دفع الضريبة مرتين من البنوك الإسلامية فهذه مسالة يمكن معالجتها من خلال التنظيمات القانونية في ظل الترحيب الذي تشهده الصناعة المالية الإسلامية من طرف المسؤولين والحكومة البريطانية .

الفرع الخامس : منازعات البنوك الإسلامية في نظام التقليدي و أمام محاكم الجزائرية

أولا : منازعات البنوك الإسلامية أمام المحاكم القرنسية

باستثناء قرار المحكمة الأوربية لحقوق الإنسان بتاريخ 13/02/2003 والقاضي بعد توافق قواعد الشريعة الإسلامية مع الحقوق الأساسية للديمقراطية حسب القانون الأوربي ، لم يتم العثور على منازعات في هذا المجال بالنظر لحداثة التجربة، غير أنه يمكن القياس على أحكام محكمة النقض الفرنسية في مجال القواعد غير الرسمية (2)استشراف الموقف من التقارير المتعلقة بمدى امكانية تطبيق الشريعة الاسلامية كقانون مختار من الأطراف في علاقات التمويل الاسلامي(1)

1 . موقف محكمة النقض الفرنسية من اختيار القواعد غير الرسمية في المنازعات التجارية الدولية

لا يختلف موقف محكمة النقض الفرنسية من اختيار قواعد **Lex mercatoria** في المنازعات التجارية الدولية (أ)عن موقفها من تطبيق قواعد(ب)**Unidroit**

أ. موقف محكمة النقض الفرنسية من اختيار قواعد *Lex mercatoria* في المنازعات التجارية الدولية

صدر قرار محكمة النقض الفرنسية المعروف في قضية الأهرام **Affaire Pyramides** بتاريخ **1987/01/06** حيث يتبين من القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة باريس بتاريخ **12/07/1984** أن شركة المحيط الهندي المحدودة **SPP** وشركة الشرق الأوسط **SPPMO** مقرها هونغ كونغ قامتا بتاريخ**1974/12/12** بابرام عقد مع وكالة الحكومة المصرية للسياحة **EGOTH** لإنشاء مركزين سياحين أحدهما بالقرب من أهرامات الجيزة "، وتم توقيع العقد من الطرفين (وزير السياحة من الجانب المصري) من خلال وضع عبارة

"تمت الموافقة والمصادقة عليها "، غير أن هضبة الأهرامات تم تصنيفها من قبل السلطات الإدارية المصرية المختصة في التحف كدومين عام أثري، مما أدى إلى توقف العمل وإلغاء المشروع.

كان شرط التحكيم ينص على اللجوء إلى محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية بباريس **ICC** ، وتقدمت مصر باعتراض على اختصاص هيئة التحكيم فتم رفضه بتاريخ **19/02/1983** وألزمت بدفع مبلغ قدره**12,5** مليون دولار امريكي كتعويض عن الخسائر وفوات الأرباح، غير أن محكمة الاستئناف ألغت القرار لتعارضه مع المادتين **1502** و**1504** من قانون الاجراءات المدنية الفرنسية، وقد أيدت محكمة النقض الفرنسية قرار هيئة الإستئناف مستندة في تسبيبها أنه ليس من صلاحيات محكمة النقض مراقبة وجود وتطبيق المبادئ والأعراف التجارية الدولية[1].

حيث رأى فقهاء القانون التجاري الدولي أن محكمة النقض الفرنسية بقرارها هذا لا تعترف بالمبادئ والعادات التجارية الدولية كقواعد قانونية قابلة للمراقبة باعتبارها محكمة قانون وليس موضوع، على الرغم من أنها لا ترفض تطبيق القرارات التحكيمية التي تعتمد على هذه المبادئ والعادات كـ : **Lex mercatoria** وهذا ما يتضح من خلال قراراتها اللاحقة على قضية الأهرام المذكورة أعلاه [2]

ب . موقف محكمة النقض الفرنسية من اختيار قواعد *Unidroit* **في المنازعات التجارية الدولية**

يمكن معرفة موقف محكمة النقض الفرنسية من خلال قرارها الصادر بتاريخ **17/02/2015**، حيث تعهدت شركة **Dupire Invicta** للصناعة في **12/02/2001** بتوريد أجهزة تدفئة لشركة **Gabo** التي تعمل في بولونيا وسلوفاكيا، وبالنظر

[1] Cass. C Civ1, le 06/01/1987, Bulletin 1986, N=°02, P01.
[2] Cass. C Civ 1, 22/10/1991, Comp Valenciana, Rev arb 1992, P457.143

للزيادة في تكلفة المواد الخام رفضت الشركة **Dupire Invicta** تنفيذ التزاماتها بسبب ارتفاع الأسعار، ورفعت دعوى لتعديل العقد، على أساس وقوع ظروف طارئة أخلت بالتوازن العقدي، فدفعت شركة **Gabo** بأن الأساس القانوني الذي تمسكت به شركة الصناعة والمتمثل في قواعد **Unidroit** لا يمكن اعتبارها أعرافًا تجارية في ظل اتفاقية فيينا، لكن المحكمة اعتبرت أنه لا تتوافر حالة المشقة **Hardship Clause** ، وأن ارتفاع الأسعار مخاطر طبيعية تتحملها شركة الصناعة، وكذلك محكمة الاستئناف اعتبرت أن ارتفاع الأسعار لم يكن استثنائيا، وبالتالي لا يتحقق معه شرط المشقة استنادا للمادة **1131** من القانون المدني الفرنسي والمادة **6 . 2** من مبادئ **Unidroit** وهذا ما أيّدته محكمة النقض الفرنسية[1] .

يستنتج من هذا القرار أن محكمة النقض الفرنسية تأخذ بمبادئ **Unidroit** كقواعد قانونية قابلة لتطبيق في المنظومة الفرنسية فيما يتعلق بالعلاقات التجارية الدولية .

ثانيا : منازعات البنوك الإسلامية أمام المحاكم الجزائرية

من خلال القرارات القضائية الخاصة بمنازعات البنوك الإسلامية في الجزائر، اتضح عدم اعتماد هذه البنوك على قواعد الشريعة الإسلامية في منازعاته القضائية (1)، كما لوحظ إدراجها لشروط تعسفية في بروتوكولا اتفاقاتها(2).

1 . عدم إعتماد البنوك الإسلامية الجزائرية في منازعاتها على قواعد الشريعة الإسلامية

تفحّص منازعات بنك البركة الجزائري على مستوى المحكمة العليا يوضح غياب الطلبات والدفوع المقدمة من هذا الأخير حول تطبيق قواعد الفقه الإسلامي على عقوده التمويلية، وفي نفس الوقت تضارب قرارات المحكمة العليا حول تفسير العقود المبرمة من طرف هذا الأخير.

[1] Cass .Civ 17/02/2015,n° de pourvoi :12 -29550,non publié au bulletin officielles ,https://www.legifrance.gouv.fr (12/10/2015)

ففي قرارها الأول ألزمت المحكمة العليا الدائن بحق التجريد: ففي قضية بنك البركة الجزائري ضد السيد (ب س) حاول البنك تفسير العقد المبرم بين المطعون ضده (العميل ب س) وشركة البركة والأمان للتأمين وإعادة التأمين على أن ـه عقد تأمين، وبالتالي تكون شركة التأمين ملزمة بتسديد بقية الدين في حالة توقف العميل (المطعون ضده) عن السداد، وهو ما وقع فعلا في قضية الحال، غير أن المحكمة العليا كيفت العلاقة بين الشركة والعميل على أساس عقد كفالة عادية طبقا للمادة **660** من القانون المدني الجزائري، مما يمتنع معه رجوع البنك على الشركة (الكفيل) إلا بعد رجوعه على المدين أولا (العميل)، كما ليس له أن ينفذ على أموال الكفيل إلا بعد تجريد المدين من أمواله، كما اعتبرت المحكمة أنَ مجرد إعذار المدين غير كاف لإعتباره دليل إثبات على إعسار المدين[1] .

وفي قرار مناقض، وبعد طعن بنك البركة الجزائري بتاريخ **11/05/2008** ضد القرار الصادر عن مجلس قضاء الجزائر بتاريخ **23/12/2007** الذي قضى بإلزام المستفيد من القرض (السيد رن) بالدين وإلغائه بخصوص جعل الدين تحت ضمان شركة البركة والأمان للتأمين وإعادة التأمين وإخراج هذه الأخيرة من الخصام، حيث استند البنك للمادة **02** من اتفاقية التأمين لضمان القرض التي نصت على أن الضمان الممنوح للمؤمن له وهو الطاعن (البنك) يتمثل في تغطية تبعية إعسار عملاء هذا الأخير، أي تسديد القرض في حالة إعسار المدينه كما نصت الفقرة الثانية من نفس المادة على افتراض إعسار المدين في حالة عدم قيامه بتسديد ولو قسط واحد من أقساط التمويل ومهما كان السبب، وقد قضت المحكمة العليا بنقض القرار الصادر عن المجلس بسبب الخطأ في تكييف العلاقة بين الأطراف الثلاثة التي يحكمها عقد تأمين القرض الخاضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وليس عقد كفالة، وبالتالي القضاء لمصلحة البنك[2] .

---

[1] قرار م ع، غت ب، رقم 478349، صادر بتاريخ 09/07/2008، م م ع، عدد 01، 2009، ص183

[2] م ع ،غ ت ب ،قرار رقم 560796 ، صادر بتاريخ 2009/10/08 ،م م ع ، عدد 02 ، 2009 ، ص 200 .

2. إدراج البنوك الإسلامية الجزائرية لشروط تعسفية في بروتوكول اتفاقاتها

في قرارها بتاريخ **03/04/2014**، كشفت المحكمة العليا الجزائرية قيام بنك البركة الجزائري بالضغط على العميل وإكراهه لحجز ممتلكاته العقارية المتمثلة في مسكن وفيلا رفقة عائلته، حيث تضمن الاتفاق المبرم بين البنك والعميل التنازل عن لجوئه للقضاء تحت التهديد والإكراه الذي يشكل عيبا من عيوب الإرادة حسب المادة **88** من قانون المدني الجزائري ، واعتبرت المحكمة العليا أن التنازل عن هذا الحق كان نتيجة ضغوطات مورست من طرف البنك الإسلامي الحرمانه من حق مقرر قانونا ودستورا، مما يسمح للعميل طلب إبطال الاتفاق، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها المذكور[1] .

يمكن تقديم الملاحظات التالية حول القرارات المذكورة :

- عدم استقرار قضاة المحكمة العليا على اجتهادات قضائية في نفس الفترة الزمنية وبنفس التشكيلة القضائية، مما يؤثر على مصداقية القضاء، والتساؤل عن جدية القرارات الصادرة من أعلى جهاز قضائي في الدولة . الشروط التعسفية المدرجة في عقود التمويل المبرمة بين بنك البركة الجزائري وعملائه، حيث يجبر العميل في عقد الإذعان المبرم على قبول افتراض الإعسار بمجرد التوقف عن دفع أحدى الأقساط، مما يناقض مبدأ الميسرة في الفقه الإسلامي من جهة، ومن جهة ثانية تتضمن اتفاقاتها محاولة لحرمان العميل من تحت الإكراه بحجز ممتلكاته العائلية .

- عدم الإشارة من البنك لقواعد الشريعة الإسلامية التي يدعي قيامه على أسسها ومبادئها، والتي تعتبر مصدرا من مصادر القانون في المنظومة الجزائرية، وهذا ما كان يسمح بمعرفة موقف القضاء الجزائري من هذه المسألة على غرار الأنظمة الأخرى، ومن جهة ثانية التأكيد على الطابع الإسلامي للبنك في عقوده وتعاملاته مع عملائه .

[1] م ع، غ ت ب، قرار رقم 0887761، صادر بتاريخ 03/04/2014، م م ع، عدد 02، 2014، ص217.

المبحث الثاني : توجيه الإستثمار من خلال المزايا و ضمانات

تقدم الدول الراغبة في تطوير الاستثمار وترقيته أشكالاً مختلفة من الحوافز، حيث يمكنها توجيه الاستثمار من خلال فكرة تخصيص المزايا وفق توجهات سياسة الدولة الاستثمارية (المطلب الأول)، والتكفل بتقديم الضمانات الملائمة لصالح المستثمرين (مطلب الثاني) .

المطلب الأول : توجيهات السياسة الإستثمار في موضوع المزايا

بالإضافة للتسهيلات التمويلية، حيث يمكن للمستثمرين الاستفادة من المساعدات والدعم المنصوص عليهما في حساب التخصيص الخاص رقم **124 – 320** المعنون بـ «الصندوق الوطني لتأهيل المؤسسات الصغيرة والمتوسطة ودعم الاستثمار وترقية التنافسية (**83**) ، منح القانون **09/16** . للمستثمرين العديد من المزايا، وهي تلك الإعفاءات والتحفيزات الجبائية وشبه الجبائية التي تهدف لتشجيع الاستثمارات، ويتحدد مجال تطبيقها في: استثمارات الإنشاء، استثمارات توسيع قدرات الإنتاج، و/أو استثمارات إعادة التأهيل غير الواردة في القائمة السلبية للاستثمارات المشار إليها سابقاً

الفرع الأول : الأجهزة المنظمة لعملية استثمار في الجزائر

أولا : المجلس الوطني للإستثمار

أنشأ المجلس الوطني للإستثمار لدى الوزير المكلف بترقية الإستثمار ووضع تحت سلطة ورئاسة الحكومة وهو مكلف بالمسائل المتصلة باستراتيجية الإستثمار وسياسة دعمها ، و الموافقة على إتفاقيات استثمار ،إذ نظم صلاحياته المرسوم التفيذي **06 / 355** المؤرخ في **09** أكتوبر **2006** .[1]

[1] الجريدة الرسمية العدد 64 لسنة 2006 .

ثانيا : الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار

تعتبر الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار أهم جهاز التي نظم صلاحيتها المرسوم التنفيذي **356/06** المؤرخ في **09** أكتوبر **2006** [1]، وتعتبر الوكالة شخص معنوي عام لا مركزي مرفقي ذي طابع إداري ووظيفي و التي كانت في السابق تسمى وكالة الترقية و متابعة الإستثمارات المنشأة بموجب المرسوم التنفيذي **319/94** المؤرخ في**1** أكتوبرَ [2]**1994**،ويتمثل دور الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار في خدمة المستثمرين الوطنيين و الأجانب و إزالة العقبات خاصة الإدارية المتعلق بإطلاق المشاريع ، وإنشاء المؤسسات[3] ، من أهم مهامها تجميع الإدارات و الهيئات المعنية بالإستثمار في الشباك الوحيد،وهذا إستنادًا لنص المادة **23** فقرة **01** من الأمر **01** /**03** [4] .

ثالثا : الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري

ونظرً لما يعرفه العقار الموجه للإستثمار من إشكالات قانونية بصفته أساس إنطلاق المشاريع الإستثمارية ،فبدون أرضية لايمكن إنطلاق أي مشروع إستثماري على العموم ، فلجأ المشرع الجزائري إلى إصدار نصوص تشريعية من شأنها تشكيل قاعدة قانونية تسمح بضمان تسيير منتظم للحافظة العقارية المتوفرة و الموجهة لترقية الإستثمار ، ثمّ إنشاء الوكالة الوطنية للوساطة وضبط العقاري وهي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي و تجاري تمّ إنشائها بموجب المرسوم

---

[1] الجريدة الرسمية العدد 64 لسنة 2006 .

[2] الجريدة الرسمية العدد 67 لسنة 1994 .

[3] لعماري وليد ، الحوافز و الحواجز القانونية للإستثمار الأجنبي في الجزائر ، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجيستار في القانون،فرع قانون أعمال ،جامعة الجزائر ، 2008 . 2009 ،ص 78 .

[4] جريدة الرسمية العدد 47 لسنة 2001 .

التنفيذي **07 / 119** المؤرخ في **23** أفريل **2007** المعدل و المتمم [1] ،فحسب أحكام هذا المرسوم سيما المواد **02 . 09 . 23** فأن الوكالة تتمتع بصفة المرقي العقاري [2].

رابعا : لجنة المساعد على تحديد الموقع و ترقية الإستثمارات و ضبط العقار

إذْ أن المشرع الجزائري لم يكتفي بإنشاء الوكالة الوطنية للوساطة وضبط العقاري فقط في حاه إشكالية العقار موجه لإستثمار فأنشأ بموجب المرسوم التنفيذي **07 / 120** المؤرخ قي **23** أفريل [3]**2007** الملغى بموجب المرسوم التنفيذي **10 / 20** المؤرخ في **12** جانفي **2010** [4] لجنة المساعدة على تحديد الموقع وترقية الإستثمارات وضبط العقار وتتمثل أهم مهامه الأساسية لها طبقًا لنص المادة الثانية من هذا المرسوم فيما يلي[5] :

- مساعدة المستثمرين في تعيين الأراضي المناسبة للإقامة مشاريعهم .
- ضبط شروط سير السوق العقارية المحلية .
- متابعة إقامة و إنجاز المشاريع الإستثمارية و تقييمها .

الفرع الثاني : المزايا المشتركة و الإضافية لترقية الإستثمار

أولا : المزايا المشتركة

تعتبر الإستثمارات في مرحلة الإنجاز تلقائيًا بمجرد تسجيلها لدى المصالح المختصة بعد حصول المستفيد على شهادة تسلّم له فورًا ، تمكِّنه هذه الأخيرة من الحصول على هذه المزايا

---

[1] جريدة رسمية العدد 27 لسنة 2007

[2] عمور محمد ،الإستثمار في الجزائر بين النصوص القانونية و الواقع ،مجلة البحوث القانونية و السياسية ، العدد الرابع،جوان 2015 ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة د.مولاي طاهر ، سعيدة ،ص 205 .

[3] جريدة رسمية العدد 27 لسنة 2007

[4] جريدة رسمية العدد 04 لسنة 2010

[5] عمور محمد ،مرجع السابق ، ص 205

لدى كل الإدارات و الهيئات المعنية ، أمّا مرحة الإستغلال و الإستفادة من المزايا الخاصة بها تبدأ على أساس محضر معاينة المشروع ،تعدّه المصالح الجبائية بناء على طلب المستثمر .

تتمّثل المزايا في مرحلة الإنجاز في الإعفاء من الحقوق الجمركية فيما يخص السلع المستوردة التي تدخل مباشرة في إنجاز الإستثمار ، الإعفاء من الرسم على القيمة المضافة فيما يخص السلع و الخدمات المستوردة أو المقتناة محليًا التي تدخل مباشرة في إنجاز الإستثمار ،الإعفاء من دفع حق نقل الملكية بعوض و الرسم على الإشهار العقاري عن كل المقتنيات العقارية التي تتم في إطار الإستثمار المعني ، الإعفاء من حقوق التسجيل و الرسم على الإشهار العقاري ومبالغ الأملاك الوطنية المتضمنة حق الإمتياز على الأملاك العقارية المبنية و غير المبنية الموجهة لإنجاز المشاريع الإستثمارية ،تخفيض بنسبة تسعين بالمائة من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة خلال فترة إنجاز الإستثمار ،الإعفاء من حقوق التسجيل فيما يخص العقود التأسيسية للشركات و الزيادات في رأس المال .

وتتمثل إمتيازات الإستغلال في الإعفاء من الضريبة على أرباح الشركات **IBS** ،الإعفاء من الرسم على النشاط المهني **TAP** ،وتخفيض بنسبة خمسين بالمائة من مبلغ الإتاوة الإيجارية السنوية المحددة من قبل مصالح أملاك الدولة .

ثانيا : المزايا الإضافية لترقية الإستثمار

منحت المادتين **15** و **16** من القانون **16 / 09** مزايا إضافية لفائدة النشاطات ذات الإمتياز و / أو المنشئة لمناصب الشغل،حيث :

تتمثّل النشاطات ذات الإمتياز في الإستثمارات المتعلقة بالنشاطات التي تولّد الثروة خارج قطاع المحروقات و تجلب العملة الصعبة ، وهي : النشاطات السياحية ،النشاطات الصناعية ، و النشاطات الفلاحية ، حيث لا تلغى التحفيزات الجبائية و المالية الخاصة المنشأة بموجب التشريع المعمول به لقائدة القطاعات الثلاثة ، وبالتالي إذا إجتمع في أحد هذه القطاعات عدةّ

إمتيازات ليست من طبيعة واحدة ، فيستفيد المستثمر من كل هذه المزايا، أمّا إذا كانت من طبيعة نفسها فيستفيد من التحفيز الأفضل .

فالسياسة الإستثمارية في الجزائر إتجهت إلى منح إمتيازات إضافية لفائدة النشاطات التي تولّد الثروة خارج المحروقات ، وهي : السياحة ،الفلاحة و الصناعة كأولوية للإقتصاد الوطني .

أمّا المزايا المخصصة لفائدة النشاطات المنشئة لمناصب الشغل [1] فتتمثّل في رفع مدة مزايا الإستغلال المذكورة سابقًا إلى خمس سنوات عندما تنشئ هذه الأخيرة أكثر من مئة منصب شغل دائم خلال فترة الممتدة من نهاية السنة الأولى من مرحلة الإستغلال على الأكثر ، وتكون مدة المزايا ثلاثة سنوات إذا كان عدد المناصب أقل أو يساوي مائة منصب[2] .

فالقانون إشترط أن تشغل هذه الإستثمارات على الأقل مائة منصب شغل ، بمعنى أن تكون المؤسسة على الأقل من قبيل المؤسسات المتوسطة (خمسين إلى مائة عامل) وتحقق الشروط المطلوبة قانونًا[3] .

---

[1] المرسوم التنفيذي 17 /105 المؤرخ في 05 . 03 .2017 المحدّد كيفية تطبيق المزايا الإضافية للإستغلال الممنوحة للإستثمارات المنشئة لأكثر من 100 منصب شغل ، ج ر رقم 16 صادرة بتاريخ 08 . 03 . 2018 ، ص 47 .

[2] المادة 16 من أمر وقم 09/16 المتضمن قانون ترقية الإستثمار ، والمادة 2 من المرسوم التنفيذي 17 /105 المحدد كيفية تطبيق المزايا الإضافية المذكورة سابقًا .

[3] تشترط المواد 2 و 11 من المرسوم التنفيذي 17 / 105 جملة من الشروط حتّى تستفيد المؤسسة من هذه الإمتيازات وهي : أنْ يكون إستثمار مسجّلًا لدى الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار – الدخول في مرحلة الإستغلال أيْ إنطلاق النشاط الذي يتضمنه الإستثمار و الذي يتجسّد بإنتاج السلع الموجّهة لتسويق أو تقديم خدمات مفوترة بعد الإقتناء الجزئي أو الكلي للسلع أو الخدمات الضرورية لممارسة النشاط المزمع – أنْ يُكَوِن منصب الشغل دائمًا و مباشرًا و يضمن إشتراك العمال في التأمينات الإجتماعية – أنْ يكون التوظيف من خلال الوكالات أو الهيئات المختصة بالتشغيل – أنْ يكون المنصب جديدًا غير منشأ قبل الإستثمار بالنسبة لإستثمارات التوسع و/ أو إعادة التأهيل – التصريح لدى الهيئات المختصة – المحافظة على المناصب لمدة خمس سنوات على الأقل .

الفرع الثالث : المزايا الإستثنائية للنشاطات الأهمية الخاصة للإقتصاد الوطني

إذا كانت الإستثمارات تشكّل أهمية خاصة للإقتصاد الوطني[1] فأن ها تتميّز بطابع خاص من حيْث الإنشاء و من حيْث المزايا ، فهي لا تخضع للإستثناءات الواردة في المرسوم التنفيذي **17 / 101** المتعلق بالقائمة السلبية[2] ، وأن ما تخضع لإتفاقية مبرمة مع الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار يتّم من خلالها التفاوض حول المزايا الإستثنائية ، أيْ أن ه يحكمها مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وهذا بالنظر للنتيجة المحقّقة من طرف هذا النوع من الإستثمارات ، ويفرض القانون موافقة المجلس الوطني للإستثمار على هذه الإتفاقية المبرمة بين الطرفين[3] .

كما منحتها السياسة الإستثمارية في الجزائر خصوصية من حيث المزايا ،فبالإضافة للمزايا المشتركة للإستثمارات ، فقد أوضح القانون **16 / 09** معالم المزايا التي من الممكن أن تكون محل إتفاق بين الطرفين ،كما يمكن أن يمنحها المجلس الوطني للإستثمار إعفاءات أو تخفيضات للحقوق أو الضرائب أو الرسوم على أسعار السلع المنتجة التي تدخل في إيطار الأنشطة الصناعية الناشئة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات[4] .

---

[1] النشاطات الإستراتيجية حسب المادة 14 من دستور 1976 تتمّثل في " النظام المصرفي ، التأمين ، المناجم والمحروقات ، الحديد و الصلب ، النقل البحري و الجوي و بالسكك الحديدية ، وبصفة عامة كل ماله علاقة بالأملاك الدولة الوطنية " .

[2] المادة 9 من المرسوم التنفيذي 17 / 101 المحدّد للقائمة السلبية للإستثمارات المذكورة سابقًا .

[3] غير أنّ القانون أحال في تحديد معايير تأهيل الإستثمارات التي تعدّ ذات أهمية خاصة لإقتصاد الوطني و محتوى الملف و إجراءات معالجته إلى التنظيم الذي لم يصدر بعد ، المادة 17 من قانون ترقية الإستثمار رقم 09/16 ، و المادة 14 من المرسوم التنفيذي 102/17 المحدد لكيفيات تسجيل الإستثمارات المذورة سابقًا .

[4] الفقرة الأولى من المادة 18 من المرسوم التنفيذي 17 /101 المحدد للقائمة السلبية للإستثمارات المذكورة سابقًا ، و المادة15 من المرسوم التنفيذي 17 / 102 المحدد لكيفيات التسجيل الإستثمارات المذكورة سابقًا .

غير أن التساؤل يبقى مطروحًا حول غياب التحفيز الخاص بالإستثمارات الناقلة للتكنولوجيا ، لماذا لم يتضمن هذا القانون نصوصًا خاصة بالمزايا التي يمكن منحها للإستثمارات التي تكفل نقل التكنولوجيا ؟ يمكن الإجابة ـ بتحفظ ـ أن هـ يمكن إدراجها ضمن النشاطات التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للإقتصاد الوطني .

المطلب الثاني : الضمانات المقدمة في ظل قانون ترقية الإستثمار الجزائري

تمثل الضمانات القواعد الموضوعية والإجرائية الكفيلة بتحقيق الأمان القانوني للمستثمر تسمح له بالقيام بنشاطه للوصول إلى النتيجة الطبيعية لمشروعه ، وهي عادة ما تتعلّق بمعاملة المستثمرين الأجانب[1] ، وتتمثل في ضمان مبدأ المساواة (الفرع الأول) ،ضمان حق الملكية (الفرع الثاني) ،ضمان تحويل الأموال للخارج(الفرع الثالث)،وضمان التنازع أمام جهات التحكيم التجاري الدولي (الفرع الرابع) .

الفرع الأول : ضمان مبدأ المساواة

تكون معاملة الأجانب وفق مبدأ معاملة الدولة الأولى بالرعاية ، المعاملة الوطنية أو المعاملة العادلة والمنصفة،وقد أخذ القانون الجزائري للإستثمار بموجب المادة **21** منه[2] بفكرة المعاملة العادلة و المنصفة ، وهذا بعد أن كان قانون الإستثمار السابق يأخذ بفكرة المعاملة الوطنية ، ولعل هذا التفضيل من القانون الجزائري للإستثمار الوطني على حساب الإستثمار الأجنبي .

---

[1] عبد الله عبد الكريم ،ضمانات الإستثمار في الدول العربية ،دار الثقافة للنشر ، عمان الأردن ،2008 . ليلى سالم الضمانات القانونية الممنوحة للمستثمر الأجنبي ، مذكرة ماجيستار في قانون العام الإقتصادي ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة وهران،2012 .

[2] تنص المادة 21 من قانون 09/16 على مايلي : " مع مراعاة الأحكام الإتفاقيات الثنائية و الجهوية و المتعددة الأطراف الموقعة من قبل الدولة الجزائرية ، يتلقى الأشخاص الطبعييون و المعنويون الأجانب معاملة منصفة و عادلة فيما يخص الحقوق و الواجبات المرتبطة بإستثماراتهم "

مع مراعاة ما استثني بموجب الإتفاقات الدولية ، التي نجد أن لها قد كّرست مختلف المبادئ السابقة ، فبعضها تضمنت معاملة عادلة و منصفة ، و بعضها أخدت بمبدأ المعاملة الوطنية و معاملة الدولية الأولى بالرعاية على خيار لمصلحة المستثمر الأجنبي .

يرى بعض الباحثين [1] أن الجزائر قد خرقت مبدأ المساواة في المعاملة بين المواطنين والأجانب من خلال تكريس القانون **16 / 09** لقاعدة **51** بالمئة ، وهو مايعني التمييز بين المستثمر الوطني و الأجنبي فيما يتعلق بملكية المشروع ، كما قيّد التنازل عن أصول الإستثمار متى كان أحد الأطراف أجنبيًا سواءً أكان متنازلًا أم متنازلًا له .

الفرع الثاني : ضمان حق الملكية

مخاطر الإستثمار قد تكون تجارية أي مخاطر السوق ، و مخاطر غير تجارية كالمخاطر السياسية الناجمة عن الحروب و الإضطرابات و ما يتبعها من تخريب ، و قد تتمثل في إجراءات إدارية أو قانونية تتخدها الدولة ضد الإستثمارات الأجنبية أو الوطنية

يعد ضمان حق الملكية مبدأ دستوريًا إذ ليس من حق الدولة نزع الملكية إلّا في حالات خاصة ،وبشروط محددة أهمها التعويض كمبدأ معترف به دوليًا و إحترام المبادئ المقررة كعدم التمييز بين المواطنين و الأجانب .

يمكن التمييز بين نوعين من طرق نزع الملكية :

ـ تتمثل الطرق التقليدية في نزع الملكية في : التأميم ، المصادرة ،الإستيلاء ،الحراسة ، التسخير ،ونزع الملكية للمنفعة العامة .

---

[1] المرسوم الرئاسي 01/94 المؤرخ في 02 .01 .1994 المتضمن المصادقة على الإتفاق المبرم بين الجزائر و فرنسا بشأن التشجيع و الحماية المتبادلين ، فيما يخص الإستثمارات و تبادل الرسائل المتعلق بهما الموقعين بمدينة الجزائر في 14 . 02 . 1993 ، ج ر رقم 1 صادرة بتاريخ 02 ـ 01 . 1994 ص 4 ، المادة 03 من الأمر رقم 72 /16 المؤرخ في 07 . 06 . 1972 المتضمن المصادقة على الإتفاقية المتعلقة بإنشاء الوكالة العربية لضمان الإستثمار،ج ر رقم 53 صادرة بتاريخ 1972/07/04،ص812

ـ أمّا الطرق الحديثة ، ونتيجة القيود المفروضة على الطرق التقليدية فقد إستعملت تسميات مختلفة ، تندرج ضمن المصادرة غير مباشرة ، ملكية المستثمر الأجنبي منها : التدخل الحكومي و الرقابة التعسفية على إجراءات الإستثمار في كل مراحله ، رفع مبالغ فيه وتمييزي للضرائب و الرسوم و الجبايات و سعر الصرف ، ممارسة حق الشفعة ،وتسمى هذه الطرق الحديثة ب "التأميمات الزاحفة" ، لأن ها تؤثر بشكل تدريجي في ملكية المستثمر الأجنبي إلا أن ها تدفعه إلى التنازل و نقل الملكية وهذا ما تم إقراره في قضية **Metalchad** ضد **Guadalcazar** المكسيكية ، و التي أشار فيها القاضي إلى تطبيق الإجراءات المماثلة لنزع الملكية في الطرق التقليدية .

القانون الجزائري و بعد كل تعديل يستخدم عبارات مختلفة : تسخير ، مصادرة ، إستيلاء ، نزع الملكية ،وقد أخذ القانون **16 /09** بموجب المادة **23** منه بحالتي الإستيلاء و نزع الملكية ، غير أن ها لم تتعرض لطبيعة التعويض أن كان قبليًا أو بعديًا (سابقًا أو لاحقًا) ، وفي حالة تقاعس هذه الأخيرة عن تقديم التعويض تتدخل إحدى المنظمات التالية: المؤسسة العربية لضمان الإستثمار و إئتمان الصادرات **AIECGI** الوكالة الدولية لضمان الإستثمار **AMGI** المؤسسة الإسلامية لتأمين الصادرات **SIGICE** .

الفرع الثالث : ضمان حركة رؤوس الأموال

تحويل الأموال من و إلى الجزائر يحكمه مصلحتان : مصلحة الدولة المضيفة (الجزائر) و مصلحة المستثمر الأجنبي فقيام المتعاملين بتحويل العملة الوطنية إلى عملات ثابتة . و العملة الوطنية غير ثابتة . يؤثر بشكل كبير على العملة الوطنية لأن الجزائر دولة ريعية الإقتصاد ،فعملتها غير مطلوبة في السوق العالمي ، و السماح بتحويل العملة الصعبة خارج الدولة ينعكس سلبًا على ميزان المدفوعات و يؤثر على إحتياطي الصرف ، وفي المقابل تسمح الرقابة على الصرف بعزل الإقتصاد الوطني عن إنعكاسات الإقتصاد العالمي خلال الأزمات ، ومن جهة أخرى تتمثّل

المخاطر بالنسبة للمستثمر الأجنبي في : منعه من تحويل أموال الإستثمار للخارج ، التأخير في عملية تحويل الأموال للخارج أو فرض سعر تمييزي على مستثمر الأجنبي عند عملية التحويل .

وبهذا الصدد يمكن التمييز بين:

حركة الأموال إلى الجزائر: تكون قابلة للنقل إلى الجزائر بموجب النظام رقم **03/90** [1] رؤوس الأموال الموجهة لتمويل نشاطات إنتاج السلع والخدمات التي تتولد عنها زيادة في العملة الصعبة الأجنبية، أو التقليل من اللجوء إلى استيراد السلع والخدمات أو تحسين توزيعها، أو ضمان النشاطات التي تدعم مردودية الخدمات العامة في مجالات: النقل، الاتصالات، وتوزيع المياه والكهرباء وفق شروط تضعها السلطات المعنية.

وقد نصت المادة **25** من القانون **09/16** على ضمان تحويل الرأسمال المستثمر والعائدات الناجمة عنه، حيث سمحت بنقل الأموال المستثمرة وتحويلها بالإضافة للعائدات الناجمة عن العملية الاستثمارية، مع التمييز بين الحصص النقدية التي يجب أن تكون مستوردة عن الطريق المصرفي، مدونة بعملة حة يسعرها بنك الجزائر، تساوي قيمتها أو تفوق الأسقف الدنيا المحددة حسب تكلفة المشروع، ويطبق الأمر نفسه على إعادة استثمار هذه الأموال في استثمار جديد . أما الحصص العينية فيسمح بتحويل قيمتها بشرطين: أن يكون مصدرها خارجيا، وأن تخضع للتقييم.

كما يشمل التحويل الباقي الصافي الناتج عن عملية التنازل أو التصفية حتى ولو كانت قيمتها تفوق الرأسمال المستثمر في البداية ؛ لأن هذا يرجع أساسا للأخذ بالقيمة الحقيقية للمشروع عند التصفية أو التنازل التي يمكن أن تعرف زيادة في السوق مقارنة مع قيمة المشروع عند بدايته.

[1] يقصد بتحويل الأموال نقل رأس المال المحول إلى الدولة المضيفة، أما إعادة التحويل فيقصد بها إخراج رأس المال والأرباح من الدولة المضيفة، ويكمن الخطر بالنسبة للمستثمر الأجنبي خاصة في إعادة تحويل الرساميل إلى الخارج. معيفي لعزيز، المرجع ، ص 201

خروج الأموال من الجزائر: يكون بأية عملة صعبة باسم ولحساب المستفيدين أو لذوي الحقوق، بعد الحصول على بيان المطابقة، مرفوقا بالوثائق المتعلقة بالأسهم وبرؤوس الأموال خاصة ما تعلق منها بدفع الضرائب[1] ، وبعد الحصول على تأشيرة بنك الجزائر، كما أجاز النظام رقم **03/05** للاستثمارات التي أنجزت عن طريق مساهمات خارجية من ضمان تحويل إيرادات رأس المال المستثمر وصافي النواتج الحقيقية الناجمة عن التنازل أو التصفية، وكذا تحويل مقابل الحضور والحصص النسبية في الأرباح بالنسبة للقائمين بالإدارة الأجانب، وتخضع للرقابة البعدية (اللاحقة) من طرف بنك الجزائر[2].

الفرع الرابع : ضمان التنازع أمام جهات التحكيم التجاري الدولي

قد يتعرض المستثمر لتعسف الإدارة عند قيامه بعملية التسجيل أو الاستفادة من المزايا، لذلك منحه القانون الحق في التظلم لدى الجهات المختصة سواء أكانت إدارية أم قضائية، كما يمكنه اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي كوسيلة بديلة لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمار، حيث يخضع كل خلاف – حسب المادة **24** من القانون **09/16** – بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء إتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليمية، إلا في حالة جود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة أو التحكيم، أو في حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح بالاتفاق على تحكيم خاص.

وقد حافظ القانون الجزائري على هذا التوجه منذ قبوله للتحكيم التجاري الدولي في مجال الاستثمار بموجب المادة **14** من قانون الاستثمار لسنة **1993** ، وهو ما يعتبر ضمانة قانونية

---

[1] قرار مؤرخ في 2009/10/01 يتعلق باكتتاب التصريح وبتسليم شهادة تحويل الأموال نحو الخارج ج ر رقم 92 صادرة بتاريخ 2009/10/28، ص 11

[2] المواد 2 ، 3 ، 6 من النظام 03/05 المؤرخ في 2005/06/06 المتعلق بالاستثمارات الأجنبية، ج ر رقم 53 صادرة بتاريخ 2005/07/31 ص 28 .

خاصة للمستثمر الأجنبي الذي يفضل عادة القضاء غير الوطني مجسدا في التحكيم التجاري الدولي، غير أن القانون قيد حق اللجوء إلى التحكيم الدولي كوسيلة بديلة للتقاضي بحالتين:

- حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تكون الدولة الجزائرية قد أبرمتها، فتكون من قبيل الالتزامات الدولية، ومن أمثلتها: اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية الضمان الاستثمار، اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى (اتفاقية واشنطن لسنة **1965**)[1] ، بالإضافة إلى الاتفاقيات الثنائية مع كل من: الولايات المتحدة الأمريكية، إيطاليا، جنوب إفريقيا، الصين، وتونس .

- حالة وجود اتفاق بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يسمح باللجوء إلى التحكيم الخاص[2] .

يعتبر هذا التوجه نتيجة حتمية للتطور الذي شهدته المنظومة القانونية الجزائرية مجال التحكيم التجاري الدولي، على اعتبار أن المستثمرين الأجانب يفضلون اللجوء إلى منظومة قانونية من غير عائلة القانون الجزائري، حيث يمكن اللجوء إلى التحكيم الحر أو المؤسساتي، هذا الأخير يمكن أن يكون – لا حصرا – أمام: الغرفة التجارية الدولية بباريس **ICC** ، محكمة الإستثمار العربية **AIC**بالقاهرة ،المركز الإسلامي الدولي للتحكيم و المصالحة **IICRA** بدبي ، مركز اليونسترال **UNCITRAL** بفيينا ، أو المركز الدولي لتسوية منازعات الإستثمار **ICSID** بواشنطن .

---

[1] المرسوم الرئاسي رقم 345/95 المؤرخ في 1995/10/30 المتضمن المصادقة على الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار، ج ر رقم 11، صادرة بتاريخ1995/11/05، ص 2. المرسوم الرئاسي رقم 346/95 المؤرخ في 1995/10/30المتضمن المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى، ج ر رقم 99، صادرة بتاريخ 1995/11/05 ص 24

[2] كمال عليوش قربوع، التحكيم التجاري الدولي في الجزائر، دار بوساحة، سوق أهراس، الجزائر،2017، ص 38.

يلعب هذا الأخير دورًا مهما بإعتباره مؤسسة تابعة للبنك الدولي تسعى إلى تسوية الخلافات المتعلقة بالإستثمار بين المستثمرين الأجانب و البلدان المستضيفة ، وتنحصر مهمته و سلطاته . نظريًا . في تسوية المنازعات المتعلقة بالإستثمار من خلال التحكيم أو الوساطة ، غير أن ه من الناحية العملية تتجاوز هيئات التحكيم حدودها بالتدخل في قرارات دول ذات سيلدة ، وهو ماجعل الدول النامية تتهرب من الإندماج و الخضوع لهذه المنظومة .

بإستثناء قضية "سونطراك" الجزائرية التي تنازلت فيها شركة **ANDARCO** الأمريكية عن الدعوى أمام هذا المركز مقابل دفع مبلغ أربع مليارات دولار أمريكي بسبب تراجع الحكومة الجزائرية عن المزايا المتفق عليها مع الشركة المدعية ، فقد تم تسجيل 5 قضايا كانت الجزائر دائما الطرف المدعى عليا ، و الجدول التالي يمثل تاريخ هذه القضايا والشركات المدعية

الجـــدول[1]:

Case No	Claimant(s)	espondent(s)	Status	Date award
ARB/12/35	Orascom TMT Investments S.à r.l	Peopl's Democratic Republic of Algeria	Concluded	/05/31 2017
ARB/12/32	Gelsenwasser AG	Peopl's Democratic Republic of Algeria	Concluded	/02/27 2015
ARB/09/14	MærsK Olie , Algeriet A/S	Peopl's Democratic Republic of Algeria	Concluded	/09/30 2013
ARB/05/3	LESI ,S.p.A. and Astaldi , S.p.A	Peopl's Democratic Republic of Algeria	Concluded	/11/12 2008
ARB/0	Consorti	Peopl's	Conclu	/06/10

[1] https://icsid.wordlbank.org/en/pages/case/searchcases.aspx(04/06/2017)

3/8	um Groupement L.E.S.I – DIPENTA	Democratic Republic of Algeria	ded	2005

المصدر: ICSID

الملاحظ أن كل القضايا تم تسجيلها بعد انضمام الجزائر للاتفاقيات الدولية المتعلقة بالاعتراف بقرارات التحكيمية الأجنبية، وأربع من أصل خمس قضايا كانت بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري[1] ، كما انتهت كل القضايا المصلحة الطرف المدعى عليه أي ضد الدولة الجزائرية أهمها قضية الجزائر ومجمع أوراسكوم تليكوم**OTH** ،حيث قضي بتاريخ **2017/05/31** بإلزام مجمع أوراسكوم تليكوم **OTH** بدفع مبلغ ثلاثة فاصلة أربعة ملايين دولار أمريكي للدولة الجزائرية كمصاريف قضائية وأتعاب محامين[2] .

هذا الحكم لا يعني أن الجزائر في منأى عن خسارة قضايا أخرى من النوع نفسه، بالإضافة إلى تأثير هذه النزاعات على سمعة بيئة الاستثمار الجزائرية أمام أوساط الأعمال الدولية، خاصة في ظل ضعف التصنيف الائتماني الممنوح للجزائر منطرف الهيئات الدولية المتخصصة .

[1] مواد 1040 ،1043 ، 1052 من القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية الجزائري .

[2] http://www.italaw;com/cases/2040 (05/06/2017)

خاتمة

من خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة، أن من أخطر وجوه التقليد التي أصابت العالم الإسلامي تقليد الأعمال المصرفية واستثمار الأموال في البنوك الربوية القائمة على عيوب كثيرة من وجهة النظر الإسلامية، لعل أبرز النتائج المتوصل لها:

أن هذا الأسلوب يقوم على أساس التعامل بالفائدة أخذ و عطاء دون مقابل، وهذه الفائدة ثابتة سواء في الأخذ أو العطاء، هي ربا الديون المحرمة بالإتفاق، وهذا ما يجعلها غير قادرة على الإنسجام مع تعاليم الإسلام.

أنه لا يتعامل إلا مع القادر على الوفاء، مما يجعل أصحاب الأموال المستفيدين من إقامة المشاريع ولا يستطيع صاحب الكفاءة من أنْ يحصل على مال يمول مشروعًا انتاجيًا.

أن أسلوب التعامل بالربا يكرس الطبقية، حيث يتحول الكثير من المجتمع إلى عمال أجرة يومية.

لذا كان من الواجب إيجاد البديل لهذا الأسلوب المصرفي، بحيث يحقق الغايات ويقوم بنفس الدور الذي تؤديه البنوك الربوية، لكن بعيد عن الربا المحرمة، وهذا البديل هو فكرة البنوك الإسلامية، على الرغم من حداثتها و ما كان بها من تشكيك في قدرتها على المنافسة، و رغم تعدد المشاكل و المعوقات تمكنت من أنْ تثبت ركائزها في القطاع المصرفي المحلي والدولي، فحققت الكثير من النجاحات من بينها انتشار العمل المصرفي الإسلامي في العديد من الدول العربية الإسلامية و العالمية، و التوسع في البنوك الإسلامية وقيام البنوك الربوية (التقليدية) بفتح شبابيك أو بنوك اسلامية. توفير التمويل اللازم للأنشطة الإقتصادية بصيغ المشاركة و المضاربة و المرابحة وتزايد الأبحاث و المراكز الخاصة بالدراسات في البنوك الإسلامية و الإقتصاد الإسلامي على زيادة الاستثمار.

تأسيس البنوك الإسلامية يختلف من منظومة قانونية إلى أخرى، حيث نجد المشرع الجزائري يفرض إجراء الترخيص والإعتماد، فالأوّل (الترخيص) يتم الحصول عليه من مجلس النقد و القرض، اما الثاني (الإعتماد) يتم الحصول عليه من قبيل رئيس هذا الأخير، بصفته محافظا للبنك (الجزائر).

لجوء بعض البنوك المركزية و مؤسسات النقد إلى اصدار قوانين خاصة بالبنوك الإسلامية تتناسب مع طبيعتها (نظام مزدوج)، كما أن هناك دول تقوم بتحويل كافة نظامها المصرفي إلى نظام إسلامي

(نظام شامل)، وتستعين بعض الدول إلى تقنين بعض المنتجات الإسلامية الخاصة (النظام الجزئي) بالإضافة للنظام التقليدي الذي يعتمد على القوانين الموجودة في منظومتها القانونية.
إن البنوك الإسلامية هي مؤسسات أعمال وليست مؤسسات إيداع الأموال، و بالتالي فإن القواعد الإحترازية لا تتناسب مع طبيعة حسابات المستثمرين المودعين من غير الحسابات الجارية التي يمكن أن تطبق عليها هذه الأدوات، فبيّنى مدى ملائمة الرقابة المركزية على التمويل في البنوك الإسلامية بالإضافة إلى عملية التنظيم.

أنّ البنوك الإسلامية تتميز بمخاطر خاصة تدعى بالمخاطر الشرعية وكيف أنّ للرقابة الشرعية بشقيها (جانب الفتاوى و جانب المتابعة) له دور مهم في تجنيب البنوك الإسلامية هذا النوع من المخاطر ،كما أن عولمة النشاط المالي أفرز نوعًا جديدًا من المنازعات المصرفية خاصة في البنوك الإسلامية وهو ما يفتح المجال لمناقشة مدى إمكانية تطبيق القاضي لقواعد غير رسمية ، وهو ما فتح الباب أمام نوع جديد من الدراسات القانونية و القضائية .

خلق تحفيزات مختلفة قصد جلب الإستثمار في جميع المجالات من خلال المزايا و الضمانات الممنوحة للمستثمرين .

توصيات و مقترحات :

أوّلًا ـ تشكيل لجنة خبراء من إقتصاديين ،علماء الشريعة الإسلامية ،قانونيين ، أساتذة أكاديميين في المجال الإجتماعي وممارسين في القطاع البنكي لتحديد العائد من تكريس مبادئ التمويل الإسلامي في المنظومة القانونية الجزائرية و المخاطر الناجمة عن ذلك .

ثانيًا . إعداد منظومة مستقلة أو جزئية في القانون المدني ، التجاري ، البنكي و المالي و في القوانين الإجرائية لضبط قواعد التمويل الإسلامي ، ويمكن الإعتماد في هذا المجال على القانون النموذجي النعدّ من طرف المجلس العام للبنوك و المؤسسات المالية الإسلامية ، والإستئناس بالمعايير الشرعية الصـــــادرة عـــــن هيئـــــة الدوليـــــة للمحاســـــبة و المراجعـــــة **AIIOFI**

المراجع و المصادر

المصادر

أوّلا : القرأن الكريم و كتب السنة

ـ سورة البقرة برواية ورش

ـ سورة الجمعة بواية ورش

ـ صحيح البخاري

ثانيا : قوانين و أوامر و أنظمة

1) ـ القانون رقم 144/62 المؤرخ في 13ديسمبر 1962 المتضمن إنشاء البنك المركزي الجزائري ،ج ر رقم 51 لسنة 1966 .
2) ـ الأمر 178/66 المؤرخ في 13جوان 1966 ، المتضمن إنشاء البنك الوطني الجزائري،ج ر رقم 51 لسنة 1966
3) ـ الأمر 366/66 المؤرخ في 29 ديسمبر 1966 ، المتضمن إنشاء القرض الشعبي الجزائري ، ج ر رقم 110 لسنة 1966
4) ـ الأمر رقم 204/67 المؤرخ في 01 أكتوبر 1967 ،المتضمن بنك الجزائر الخارجي ، ج ر رقم 82 لسنة 1967
5) ـ الأمر رقم 47/71 المتضمن تنظيم مؤسسات القرض ، ج ر رقم 55 صادر بتاريخ 06 جوان 1971
6) ـ الأمر 85/85 المؤرخ في 30 أفريل 1985 المتضمن إنشاء بنك التنمية المحلية ، ج ر رقم 19 لسنة 1985
7) ـ المرسوم 106/82 الصادر بتاريخ 13 مارس 1982 المتضمن إنشاء بنك الفلاحة والتنمية الريفية
8) ـ القانون رقم 12/86 الصادر بتاريخ19 أوت 1986 المتعلق بنظام البنوك و القروض ، ج ر رقم 34 لسنة 1986
9) ـ القانون 06/88 المؤرخ في 12 جانفي 1988 المعدّل للقانون 12/86 المؤرخ في 19 أوت 1986 المتضمن علاقة النظام المصرفي بالمؤسسات العمومية الإقتصادية

10) ـ القانون رقم 01/88 الصادر بتاريخ 12 جانفي 1988 المتعلق بتوجيه المؤسسات العمومية الإقتصادية إستقلالية في التسيير
11) ـ النظام رقم 03/18 المؤرخ في 04نوفمبر 2018 يتعلق بالحد الأدنى لرأسمال البنوك و المؤسسات المالية العاملة في الجزائر ،ج ر عدد 73 بتاريخ 09 ديسمبر 2018
12) ـ الأمر رقم 11/03 الصادر بتاريخ 2003/08/26 المتضمن قانون النقد و القرض ،ج ر ، عدد 52 صادرة بتاريخ 2003/08/27 .
13) ـ الأمر رقم 04/10 الصادر بتاريخ 2010/07/26 المتضمن قانون النقد و القرض ، ج ر ، عدد 50 صادرة بتاريخ 2010/08/01
14) ـ الأمر رقم 17/75 المؤرخ في 1975/02/27 ، المتضمن المصادقة على إتفاقية إنشاء البنك الإسلامي للتنمية ، ج ر ،رقم 22 لسنة 1975
15)

المراجع

أوّلًا : قائمة المراجع بالغة العربية

1) ـ عبد الفتاح مراد ، موسوعة الإتسثمار ،الدار الجامعية الجديدة ،الإسكندرية ، مصر
2) ـ ضياء مجيد الموسوي ،الإقتصاد العالمي بعد الأزمة الإقتصادية العالمية (2002 ـ 2009) ، ط 1 ، مكتبة كنوز للنشر والتوزيع، الجزائر
3) ـ عزيزي جلال ، الإستثمار في القطاع المصرفي في الجزائر، أطروحة دكتوراه ، جامعة مولود معمري ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق
4) ـ سامي بن إبراهيم سويلم ، مدخل إلى أصول التمويل الإسلامي ،مركز النماء للبحوث و الدراسات ، بيروت ، لبنان، ،ط1 ،2016 ـ 2017
5) ـ رفيق يونس المصري ، مصرف التنمية الإسلامي ، محاولة جديدة في فهم الربا و البنك و الفئدة ،عمر شابرا ،الإسلام و التحدي الإقتصادي ،المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، واشنطن ، الولايات المتحدة الأمريكية ، 1996
6) ـ عبد الرحمن يسري ،السياسات العلاجية للتضخم في البلدان المتقدمة و النامية "تحليل مقارن مع تعقيب من منظور إسلامي " ،كلية التجارة ، جامعة الإسكندرية ، مصر ،1995
7) ـ معيد علي الجارحي ،السياسات النقدية ومعالجة التضخم في إطار الإقتصاد الإسلامي ،معهد السياسات الإقتصادية ،صندوق النقد العربي ،أبو ظبي ، الإمارات العربية المتحدة ،1996 ،مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي 06 ـ 11 / 1988/02 حول موضوع " تغير قيمة العملة "، المؤتمر الخامس بالكويت ،1988 ـ1989
8) ـ موسى آدم عيسى ، آثار التغيرات في قيمة النقود وكيفية معالجتها في الإقتصاد الإسلامي ، رسالة ماجيستير ، شعبة الإقتصاد الإسلامي ، جامعة أم القرى ، مكة المكرمة ، السعودية ،

1985 ، خالد بن عبد الله مصلح ، التضخم النقدي في الفقه الإسلامي ، دار إبن الجوزي ، الرياض ، السعودية ، ط1 ، 2006
9) ـ عبد الستار الحويلدي ،دراسة مقارنة للقوانين المصرفية المنظمة للمؤسسات المالية الإسلامية ، مؤتمر الهيئات الشرعية المؤسسات المالية الإسلامية ، البحرين ،14 و 15 جانفي 2015
10) ـ محمد باقر الصدر ، إقتصادنا ، دار الكتاب ، بيروت ، لبنان ، ط 2 ، 1982 . محمد عمر شابرا ، نحو نظام نقدي عادل : دراسة للنقود و المصارف و السياسة النقدية في ضوء الإسلام ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الولايات المتحدة الأمريكية ، ط 3 ، 1992 ، رفيق يونس المصري ، أصول الإقتصاد الإسلامي ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، ط5
11) ـ علي جمال الدين عوض ،عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دراسة للقضاء المصري و تشريعات البلاد الغربية ،دار النهضة العربية ،القاهرة 1993
12) ـ العيادي عبد الله ،موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة ،بدون طبعة،بيروت ،المكتبة المصرية
13) ـ حسن الأسرج ،مستقبل المصارف الإسلامية في ظل التقدم التكنولوجي ،موقع وزارة التجارة و الصناعة الخارجية المصرية،جوان 2014
14) ـ سليمان محمد عبد الفتاح ،الودائع النقدية في الإسلام، البنوك الإسلامية
15) ـ المناوي محمد عبد رؤوف ،التوقيف على مهمات التعاريف ، ط11 ،دار و مكتبة الهلال ،بغداد 1986 ،
16) ـ السرخسي ،أبو بكر محمد بن أحمد ، المبسوط ،ط 1 ،ج 15 ،بيروت ،2002
17) ـ رعتري علاء الدين ،الخدمات المصرفية و موقف الشريعة الإسلامية منها ،.دار الكلام الطيب ، دمشق
18) ـ الشربيني محمد بن الخطيب ،مغني محتاج لمعرف الألفاظ ، ط 1 ،ج4 ،دار الفكر
19) ـ مسعود جبران ،الرائد المعجم لغوي العصري ، ط5 ، دار العلم للملاسين ،بيروت ،1999 ،ص 472 .
20) ـ طه محمد كمال ،محاسبة الشركات و المصارف في النظام الإسلامي ،ط1 ،القاهرة ، الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية
21) ـ عبدالقادرشيح،الرقابةعلى البنوك التجارية،ماجيستير قانون الآعمال ،كلية الحقوق،جامعة أحمد بوقرة،بومرداس،الجزائر،2010،ص8 .عبد الرحيم قزولي ، النظام القانوني للبنوك التجارية في الجزائر ،ماجستير في القانون الخاص المعمّق ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بالقايد ، تلمسان ، الجزائر ، 2015 .
22) ـ الجيلالي عجة ، عقد المضاربة في المصارف الإسلامية بين الفقه الإسلامي و التقنينات المصرفية ،دار الخلدونية،الجزائر،2006
23) ـ تهامي عز الدين فكري،محاسبة البنوك التجارية و المصارف الإسلامية،(غير منشور)،جامعة الملك فيصل،الدمام،السعودية
24) ـ أبو عويمر ، جهاد ،الترشيد الشرعي للبنوك القائمة ،بدون طبعة ، القاهرة ، 1986 ، الإتحاد الدولي للبنوك الإسلامية

25) ـالمصلح،عبدالله والصاوي صلاح،مالايسمح للتاجر جهله،الرياض،2001،دار المسلم،ص279281،حمود،سامي،تطويرالأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ، ط3،القاهرة،دار التراث

26) ـ فتيحة حزام ،عقد التمويل المتعلق بالملكية في البنوك الإسلامية ،مذكرة ماجيستير في القانون الخاص ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر ،2003

27) ـ مختار سعيد بدري وآخرون ،توثيق تجربة السودان في مجال المصارف و المؤسسات المالية اسلامية :مخطط الرقابة و إشراف المصرفي ،بنك السودان المركزي ،السودان ،2006

28) ـ محمد عبد الرحمن أبو شورة وآخرون ،توثيق تجربة السودان في مجال المصارف و المؤسسات المالية الإسلامية ،مخطط النظام المصرفي (الأسلمة و أثرها على البيئة المصرفية) ،بنك السودان المركزي ،السودان،2006

29) ـ فوزية زعباط ،نظام إفلاس البنوك في إطار القانون الوضعي الجزائري ، مذكرة ماجيستير في القانون ،فرع دولة و المؤسسات العمومية ، كلية الحقوق ،بن عكنون ،الجزائر ، 2007

30) ـ سهام ميلاط ، النظام القانوني للمؤسسات المصرفية في الجزائر ،مذكرة تكميلية لنيل شهادة ماستر شعبة الحقوق ،تخصص قانون أعمال ، جامعة العربي بن مهيدي ،أم البواقي ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،قسم الحقوق،بدون تاريخالمناقشة،2013-2014

31) ـ ليلة بن مدخن ،تأثير النظام المصرفي على حركة الإستثمار في الجزائر ،مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ،جامعة جيجل،كلية الحقوق ،دون تاريخ المناقشة،دون تاريخ التخرج .

32) ـ راضية بن شيخ ، التمويل الإستثماري في البنوك الإسلامية ،مذكرة ماجستير في قانون الأعمال ،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،2009

33) ـ محمد عبد الله إبراهيم ،بنوك التجارية بدون ربا ، دار عالم الكتاب ، المملكة العربية السعودية ، بدون طبعة ،2002

34) ـ ماهر عبد العزيز ،صيغ التمويل الإسلامي في نشاطها الإقتصادي ، دراسة حالة البنك الإسلامي للتنمية، مجلة الغري للعلوم الإقتصادية و الإدارية ، جامعة الكوفة ، م 4 ، العدد 19.2011

35) ـ محمد عبد العليم عمر ، الإيطار الشرعي و الإقتصادي و المحاسبي لبيع السلم ، المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب ،البنك الإسلامي للتنمية ، جدة السعودية ، ط 1 ، سنة 1992

36) ـ جمال لعمارة ،إقتصاد المشاركة نظام إقتصادي بديل لإقتصاد السوق ، مركز الإعلام العربي ، مصر، ط 1، سنة 2000

37) ـ محمد عبد الله إبراهيم الشياني ،بنوك تجارية بدون ربا ،دار عالم للكتاب ،المملكة العربية السعودية ،بدون طبعة ،2002 ،ص245.

38) ـ فلاح حسن عدلي الحسيني و آخرون ،إدارة البنوك ، دار وائل للنشر ، بدون طبعة ،2000

39) ـ عقال سمية ، النظرية العامة للبنوك الإسلامية و البنوك التقليدية ، مذكرة لنيل شهادة ليسانس ،غير منشورة ،قسم حقوق ، كلية الحقوق ،جامعة الدكتور مولاي طاهر ، سعيدة السنة الجامعية 2016 - 2017 .

40) ـ محمد محسن ،العقود الشرعية في المعاملات المالية المصرفية ،مجلس النشر العلمي الكويت ،بدون طبعة ،1997 .
41) ـ رشدي صالح عبد الفتاح صالح ،البنوك الشاملة وتطوير دور الجهاز المصرفي المصري، دار النهضة العربية ،مصر ، بدون طبعة،2000
42) ـ فائز اللبان ، القطاع المصرفي في الإقتصاد الإسلامي ،دار لين ،الجزائر ،بدون طبعة ،1998 .
43) ـ محمد عبد الحميد الشواري ،إدارة مخاطر الإئتمان ،منشأة المصارف ،الإسكندرية ،بدون طبعة ،2002
44) ـ مصطفى رشدي شيخة ، الإقتصاد النقدي و المصرفي ، دار الجامعية ، بيروت ، ط5 ، 1985
45) ـ شوقي أحمد دنيا ، العمالة و الإستصناع ،المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب ، البنك الإسلامي للتنمية ،جدة السعودية ،سنة1990
46) ـ بن قدامة ، أبو محمد ، عبد الله بن أحمد ، المعنى ، كتاب الإسلامي ، دار الفكر ، القاهرة ، مصر ،ط1 ،ج5 ،1985 ، .
47) ـ حسن بن منصورة ،البنوك الإسلامية بين النظرية و التطبيق ، دار الشهاب لطباعة و نشر ، باتنة ، الجزائر ،1992 .
48) ـ البنك الإسلامي للتنمية ،30 عامًا من المســـاهمة في التنمـية البشرية ، مطبوعة إعـلامية ،جدة ، السعوديـة ، 2004.
49) ـ أحمد بن حسن بن أحمد الحسني،بيع التقسيط بين لإقتصادالوضعي والإقتصادالإسلامي،مؤسسةسباب للطباعة،اسكندرية،ط1999،1
50) ـ التركي سليمان بن تركي ،بيع بالتقسيط و أحكامه ،دار إشبيليا، ط1 ،2003
51) ـ أبو شادي ، محمد إبراهيم ،صيغ و أساليب إستثمار الأموال في البنوك الإسلامية، دار النهضة،القاهرة،مصر،ط2000،2
52) ـ وهب الزحيلي ، المعاملات المالية المعاصرة ، دار الفكر ، ط1 ،2002
53) ـ محسن أحمد الخضيري ،البنوك الإسلامية ،إتراك للنشر و التوزيع ،القاهرة ،ط3 ،1999 .
54) أحمد سفير ،المصارف الإسلامية ،العمليات ،إدارة المخاطر و العلاقة مع المصارف المركزية و التقليدية ،إتحاد المصارف العربية،لبنان ،2006
55) ـ حسن أمين ، المضاربة الشرعية و تطبيقاتها الحديثة ،المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية،جدة،ط2000،3
56) ـ هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ،معايير المحاسبة و المراجعة و الضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية،البحرين،2000
57) ـ مصطفى كمال السيد طايل ،القرار الإستثماري في البنوك الإسلامية ،المكتب الجامعي الحديث ،الإسكندرية ،2006 ،
58) ـ فادي محمد الرفاعي ،المصارف الإسلامية ،منشورات الحلي الحقوقية ،بيروت ،ط1 ،2004

59) ـ ام نائل بركاني ، وسائل الإستثمار في البنوك الإسلامية ، مجلة صراط ،كلية العلوم الإسلامية ،جامعة جزائر،العدد15،2005 .
60) ـ عبد حميد محمود البعلي ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ،مكتبة وهبة ، القاهرة ، ط1 .
61) ـ منذر قحف ،مفهوم التمويل في الإقتصاد الإسلامي ،المعهد الإسلامي للبحوث و التدريب التابع للبنك الإسلامي للتنمية ،جدة،ط3،2004
62) ـ أحمد أمين حسان، علاقة البنوك المركزية بالبنوك الإسلامية، محلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، الإمارات العربية المتحدة، عدد 108، 1989
63) ـ محمد باقر الصدر ، إقتصادنا ، دار الكتاب ، بيروت ، لبنان ، ط 2 ، 1982 . محمد عمر شابرا ، نحو نظام نقدي عادل : دراسة للنقود و المصارف و السياسة النقدية في ضوء الإسلام ، المعهد العالمي للفكر الإسلامي ، الولايات المتحدة الأمريكية ، ط 3 ، 1992
64) ـ رفيق يونس المصري ، أصول الإقتصاد الإسلامي ، دار القلم ، دمشق ، سوريا ، ط 5
65) ـ العيادي عبد الله ،موقف الشريعة الإسلامية من المصارف الإسلامية المعاصرة ،بدون طبعة،بيروت ،المكتبة المصرية
66) ربيعة العدوية ، مشكلات القانونيو القضائية في تطبيقات المؤسسات المالية ،الحولية البركة،العدد 09 ، سبتمبر 2007
67) محفوظ لشعيب ، الوجيز في القانون المصرفي الجزائري ،ديوان المطبوعات الجامعية ،الجزائر ، ط2 ،2006
68) عبد الحق شيخ ، الرقابة على البنوك التجارية ، مذكرة ماجستير في قانون الأعمال ،كلية الحقوق و العلوم الساسية ،جامعة أحمد بوقرة ، بومرداس ، 2010
69) رانية آيت وزاو ، مسؤولية البنك المركزي في مواجهة الأخطار المصرفية في القانون الجزائري ، رسالة دكتوراه في قانون الخاص ،كلية الحقوق و العلوم الساسية ، جامعة ملود معمري ، تيزي وزو
70) محمد عبد الرحمن ، توثيق تجربة السودان في مجال المصارف و المؤسسات المالية ، مخطط نظام المصرفي ، ، بنك السودان المركزي ، 2006 .
71) عائشة الشرقاوي ، البنوك الإسلامية ، تجربة بين الفقه و القانون و التطبيق ، ، المركز الثقافي العربي ، الدار البيضاء ، المغرب ، ط1 ، 2000
72) أحمد أمين حسان، علاقة البنوك المركزية بالبنوك الإسلامية، محلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، الإمارات العربية المتحدة، عدد 108، 1989
73) عبد الله مبروك التجار، مفترضات المسؤولية في نطاق الرقابة الشرعية على المؤسسات المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر،ط1
74) محسن أحمد الخضيري ،البنوك الإسلامية ،إتراك للنشر و التوزيع ،القاهرة ،ط3 ،1999 .
75) أحمد سفير ،المصارف الإسلامية ،العمليات ،إدارة المخاطر و العلاقة مع المصارف المركزية و التقليدية ،إتحاد المصارف العربية،لبنان ،

ثانيا : قائمة المراجع بالغة الفرنسية

- Mohammad Nejatullah Siddiqi, Role of Fiscal Policy in Controlling, Inflation in Islamic Framework, 1996

- John R. Presley , Dir:ectory of Islamic Financial institutions , london :Croom Helm UK R ,Wilson,Challenges and Opportunities for Islamic Banking and finance , in the West : The United Kingdon Experience , UK 1999 , HM Treasury "Development of Islamic Finance in the UK : Government's Perspective" , UK , 2008

- The Banker , Special report , Top Islamic financial istitutions ,November 2014

- H . Van Greuning & Z . Iqbal ,Risk analys for islamic banks , The world bank , W DC ,USA ,2008 , . Walid Hejazi , The potential for Islamic finance in the west , IRTI research Seminar Jeddah , Saoudi Arabia , 21/04/2015

- Jean –Paul Laramée , finance Islamique à la française : un moteur pour l'économie , une alternative éthique , paris : Secure Finance , France ,2008 , Sénat 2008 , L'intégration de la finance islamique dans le systéme globel :Quels enjeux pour la France? Premiére table ronde France Info La finance s'adapte a la finance islamique 06/12/2007 ,Gilles Saint Mars ,finance islamique et droit français tables rondes organisées par la commision des finances du Sénat , paris France , 14/05/2008 ,

- Investrment ,invegtopedai ,retried 7-6-2017 ediled

-.INVESTMENT ,Business dictionary ,rietrievd 7-6 ,2017 ediled

- Abdul karim Aldohni , The legal and regulatory aspect of islamic finance :A comparative look at the United kingdom and Malaysia ,Routeldge , USA , 2011

– C.Cavalda et J.Stouffet ,Droit bancaire , LITEC, Paris,Françe ,7ème édition 2008

– Zainal A. Zuryati and others, Separate legal entity under Syariah law and its application on Islamic banking in Malaysia: A note, International Journal of Banking and Finance, Vol 06, Issue 02, 03/02/2009, P139. Ahmad Ibrahim, Legal Framework of Islamic Banking, Journal Undang-Undang: IKIM Law Journal, Volume: 1, Issue: 1, July- December 1997

- Anfel Boudjelal , repenser le contrôle chariatique des opérations bancaires et Financieres Islamiques, Les cahiers de la finance Islamique, n°=07, Université de Strasbourg,2014

فهرس المحتويات :

تمهيد : ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.

المبحث الأول : تحديد الإستثمار في البنوك الإسلامية و جوانبه القانونية 9

المطلب الأول : ماهية الإستثمار المصرفي و البنوك الإسلامية 9

الفرع الأول : مفهوم الإستثمار المصرفي و أهم خصائصه 9

الفرع الثاني : تعريف و نشأة البنوك الإسلامية 10

أولا : نشأة المصارف الإسلامية 10

ثانيا : تعريف المصارف الإسلامية 11

1 . مفهوم اللغوي 11

2 . الصرف في الإصطلاح الشرعي 12

3 . تعريف المصرف في الإقتصاد الوضعي 12

4 . التعريف القانوني 13

الفرع الثالث : هل للبنوك الإسلامية خصائص بنك ؟ 13

أولاً : العناصر الأساسية للبنك 13

1 ـ تحديد صفة البنك في المنظومة الإنجليزية 14

أ ـ قضية Reshield Estate 1901 14

ب ـ قضية United Dominions Trust and Kirkwood 1966 14

2 ـ تحديد صفة البنك في القانون الفرنسي 15

3 ـ تحديد صفة البنك من خلال تعليمات الأوربية 15

4 ـ موقف المشرع الجزائري من تحديد صفة البنك _____ 16

ثانيا : إسقاط العناصر السابقة على البنك الإسلامي _____ 17

الفرع الرابع : أهداف الإستثمار في البنوك البنوك الإسلامية ودورها في المجتمع _____20

أولا : أهداف الإستثمار في البنوك الإسلامية _____ 20

1 ـ أهداف الذاتية للإستثمار في البنوك الإسلامية _____ 21

2 ـ أهداف عامة مشتركة في جميع المصارف الإسلامية _____ 21

ثانيا : دور الإستثمار في البنوك الإسلامية في المجتمع _____ 22

1 ـ الدور الدولي للمصارف الإسلامية _____ 22

أ ـ الدور الدعوي _____ 22

ب ـ الدور المؤسسي _____ 22

ج ـ الدور التعليمي _____ 22

2 ـ الدور المحلي للمصارف الإسلامية _____ 22

الفرع الخامس : ضوابط و أدوات الإستثمار في البنوك الإسلامية _____ 23

أولا : الضوابط الشرعية _____ 23

1 ـ إجتناب المحرمات _____ 23

أ ـ الربا _____ 23

ب ـ الغرر _____ 24

ج ـ الإحتكار _____ 24

2 ـ ربط الغنمِ بالغرم _____ 24

3. إلغاء الإستثمار بالقروض و ديون 24

الثانيا : الضوابط الإقتصادية 25

1. مراعات البُعد الإجتماعي 25

2 . إعتماد العمل كمصدر رئيسي لعوائد الإستثمارات 25

3 . ضمان حد الكفاية 26

4 . تحقيق الربحية التجارية 26

5 . معيار الأمان 26

ثالثا : أقـــــــسامـــــه 26

1 . التمويل قصير الأجل 26

2 . التمويل متوسط الأجل 26

3 . التمويل طويل أجل 27

الـجـدول (01) : تـــصنيف الإستثمـارات 27

المطلب الثاني : الجوانب القانونية للبنوك إسلامية 28

الفرع الأول : وضعية البنوك الإسلامية في المنظومات القانونية *28*

أولا: وضعية البنوك الإسلامية في النظام الشامل أو الموحد 28

ثانيًا : وضعية البنوك الإسلامية في النظام المزدوج 30

1 . لمحة عن المنظومة القانونية الماليزية 31

2 . القوانين المالية الإسلامية في ماليزيا 31

ثالثا: وضعية البنوك الإسلامية في النظام الجزئي 32

1 ـ نظرة حول المنظومة القانونية و البنكية _____ 32

2 ـ نظرة حول قوانين تمويل الإسلامية في إنجلترا _____ 33

رابعا: وضعية البنوك الإسلامية في النظام التقليدي _____ 34

1 ـ مرحة التأميم و التخلئص من التبعية منذ الإستقلا إلى غاية 1967 _____ 34

2 ـ مرحلة التأميم و تخصيص القطاعي من 1967 إلى سنة 1988 _____ 34

3 ـ مرحلة خوصصة البنوك من 1988 إلى غاية سنة 1999 _____ 35

4 ـ مرحلة إعادة الهيكلة _____ 35

الفرع الثاني : الشروط الموضوعية للإنشاء البنوك التجارية _____ *38*

أولا : أن تكون البنوك و المؤسسات المالية شخصًا معنويًا _____ 38

ثانيًا : أن تتخد المؤسسة شكل شركة المساهمة _____ 38

ثالثا : أن تملك المؤسسة المالية أو البنك رأس مال لا يقل عن الحد الأدنى المعين _____ 38

رابعا : أن يكون رأس مال الشركة عند التأسيس محرر كليا و نقدًا _____ 39

الفرع الثالث : الشروط الشكلية لتأسيس البنوك التجارية _____ *39*

أولا : الحصول على ترخيص _____ 40

1 ـ تعريف الترخيص _____ 40

أ ـ إجراء الحصول على الترخيص _____ 40

ج ـ منح قرار الترخيص _____ 42

ثانيا : القيد في السجل التجاري _____ 43

ثانيا : الحصول على الإعتماد _____ 44

1 ـ تعريف الإعتماد _____ 44

2. تقديم طلب الحصول على الإعتماد _____ 44

3 ـ سحب الإعتماد_____ 45

الفرع الرابع : ظروف و مضمون التراخيص بإعتماد البنوك الإسلامية _____*46*

أولًا : ظروف منح التراخيص للبنوك الإسلامية في الجزائر _____ 46

ثانيا : مضمون التراخيص الممنوحة للبنوك الإسلامية في الجزائر_____ 47

المبحث الثاني : أساليب الإستثمار في البنوك الإسلامية_____50

المطلب الأول : صيغ إستثمار المباشر في البنوك الإسلامية _____50

الفرع الأول : بيع السلم _____*50*

أولًا : تعريف بيع السلم_____ 50

ثانيا : شروط البيع بالسلم_____ 51

1. الشروط المتعلقة برأس المال_____ 51

2. شروط المتعلقة بالأجل_____ 52

3. شروط المتعلقة بالمسَلَم فيه _____ 52

ثالثا : أهمية تطبيق بيع سلم في البنوك الإسلامية_____ 52

الفرع الثاني : عقد المرابحة _____*53*

أولا: تعريفها _____ 53

ثانيا : مشروعيتها _____ 54

ثالثا : شروط المرابحة _____ 54

رابعا : أهمية تطبيق بيع المرابحة في البنوك الإسلامية_____ 55

الفرع الثالث : الإجارة _____*56*

أولا : تعريف الإجارة 56
ثانيا : أنـــواع الإجـــارة 57
1 . إجارة التشغيلية 57
2 . الإجارة التمليكية 57
ثالثا : شـــروط الإجـــارة 58
رابعا : أهـــمية تطـبيق الإجـــارة في البـــنوك الإســـلامية 58
الفرع الرابع :البيع الإستصناع *59*
أولا : تـــعريف الإســـتصنـــاع 59
ثانيـًا : شـــــروط الإســـــتـصـــناع 59
ثالثـا : أهمية تطبيق تمويل الإستصناع في البنوك الإسلامية 60
الفرع الخامس : التمويل عن طريق البيع بالتقسيط *60*
أولا : تـعريف البيع بالتـــقـسـيط 61
ثانيا : شـــروط البيع بالتـقـسـيط 61
ثالثًا : أهمية البيع بالتقسيط 62
المطلب الثاني : إستثمار الغير مباشر في البنوك الإسلامية 62
الفرع الأول : إستثمار الأموال بالمضاربة *63*
أولا : تعريف المضاربة 63
ثانيـا : شـــــروطـــــهـا 64
1 . الشروط المتعلقة برأس المال 64
2 . الشروط المتعلقة بالربح 64

3 . الشروط المتعلقة بعمل المضارب 65

ثالثا : أنواع المضاربة 65

1 ـ تقسيم الضاربة حسب حرية المضارب 65

أ . المضاربة المطلقة 65

ب . المضاربة المقيدة 66

2 ـ تقسيم المضاربة حسب عدد المشاركين فيها 66

أ . المضاربة الثنائية أو خاصة 66

ب . المضاربة المشتركة أو الجماعية 66

رابعا : أهمية المضاربة في البنوك الإسلامية 67

الفرع الثاني : إستثمار الأموال بالمشاركة *68*

أولًا : تعريف المشاركة 68

ثانيا : أنواع المشاركات كما تجريها البنوك الإسلامية 69

1. المشاركة الثابتة أو الدائمة 69

2 . المشاركة المؤقتة 69

أ . المشاركة في تمويل صفقة معينة 69

ب . المشاركة المنتهية بالتمليك أو المتناقصة 69

ثالثـا : شـــروط الـــبيـع بالـمشاركة 70

الفرع الثالث : إستثمار الأموال في المزارعة و المساقاة *70*

أولا : صيغة المزارعة 71

1 . تعريف صيغة المزارعة 71

2. تطبيقات المزارعة في البنوك الإسلامية 71

ثانيا : صيغة المساقاة 71

1. تعريف صيغة المساقاة 71

2. تطبيقات المساقاة في البنوك الإسلامية 72

المبحث الأول : ضبط الإستثمار في البنوك الإسلامية 63

المطلب الأول : ضبط الإستثمار في البنوك الإسلامية من طرف رقابة البنك المركزي 63

الفرع الأول : إختلاف دور البنوك المركزية في فرض الرقابة على البنوك 64

أولًا : توزيع الصلاحيات بين هيئات الرقابة المركزية 64

ثانيا. أنواع الرقابة المركزية على البنوك 67

1 ـ الرقابة المركزية على تسيير البنوك 67

على أساس معامل الملائمة 68

المعامل الأقصى لتوزيع المخاطرة 68

2 . الرقابة المركزية على تمويلات البنوك 69

تأطير القروض 69

توزيع القروض 69

الفرع الثاني: التطبيق الفعلي للرقابة المركزية على البنوك الإسلامية 70

الفرع الثالث : مدى ملائمة الرقابة المركزية على تسيير البنوك الإسلامية 72

أولا : مدى ملائمة السقوف الإئتمانية للبنوك الإسلامية 73

ثانيا : مدى ملائمة السعر المرجعي لعمل البنوك الإسلامية 75

الفرع الرابع : مدى ملائمة الرقابة المركزية على التمويل في البنوك الإسلامية _____ *76*

أولا : إشكالية إعادة الخصم والاكتتاب في السندات العمومية في البنوك الإسلامية _____ 76

ثانيا : الاحتياطي النقدي والتطبيق العملي في البنوك الاسلامية _____ 77

المطلب الثاني : الرقابة الشرعية على البنوك الإسلامية _____81

الفرع الأول : المركز القانوني لهيئات الرقابة الشرعية _____ *82*

أولا : تكييف هيئات الرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية _____ 82

ثانيا: تطبيق قانون غريشايم في البنوك الإسلامية _____ 84

الفرع الثاني : التطبيق العملي لرقابة الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية من طرف الرقابة الشرعية والقضائية 85

الفرع الثالث : منازعت البنوك الإسلامية في المنظومات القانونية (نظام شامل و الموحد) _____ *89*

أولا : أحكام إنتقالية من النظام التقليدي إلى نظام الإسلامي الشامل _____ 89

ثانيا : أحكام قضائية تبرز إخلال البنك الإسلامي بالتزاماته التعاقدية _____ 90

الفرع الرابع : منازعات البنوك الإسلامية في النظام المزدوج و النظام الجزئي _____ *91*

أولا : منازعات البنوك الإسلامية في النظام المزدوج _____ 91

1 . المحاكم الماليزية تعتبر عقود البنوك الإسلامية قروض إسلامية بفائدة _____ 92

2 . المحاكم الماليزية تعدل الشروط التعسفية في عقود البنوك الإسلامية _____ 95

3 . المحاكم الماليزية تكشف حقيقة الملكية في عقود البنوك الإسلامية _____ 97

ثانيًا : منازعات البنوك الاسلامية في النظام الجزئي _____ 98

1 . القضاء البريطاني يستبعد أراء الخبراء ويقضي بتطبيق القانون الانجليزي _____ 99

2 . القضاء البريطاني يعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية قواعد دينية وليست قانونا وطنيا _____ 100

3 . القضاء البريطاني يناقش الدفوع المؤسسة على مخالفة العقود لمبادئ الشريعة الإسلامية _____ 103

4 ـ القضاء البريطاني يعتمد التكييف الشرعي لعقود التمويل الإسلامي _____ 105

الفرع الخامس : منازعات البنوك الإسلامية في نظام التقليدي و أمام محاكم الجزائرية _____109

أولا : منازعات البنوك الإسلامية أمام المحاكم القرنسية _____ 109

1 ـ موقف محكمة النقض الفرنسية من اختيار القواعد غير الرسمية في المنازعات التجارية الدولية _____ 109

أ موقف محكمة النقض الفرنسية من اختيار قواعد **Lex mercatoria** في المنازعات التجارية الدولية _____ 109

ب . موقف محكمة النقض الفرنسية من اختيار قواعد Unidroit في المنازعات التجارية الدولية _____ 110

ثانيا : منازعات البنوك الإسلامية أمام المحاكم الجزائرية _____ 111

1 . عدم إعتماد البنوك الإسلامية الجزائرية في منازعاتها على قواعد الشريعة الإسلامية _____ 111

2. إدراج البنوك الإسلامية الجزائرية لشروط تعسفية في بروتوكول اتفاقاتها _____ 113

المبحث الثاني : توجيه الإستثمار من خلال المزايا و ضمانات _____115

المطلب الأول : توجيهات السياسة الإستثمار في موضوع المزايا _____115

الفرع الأول : الأجهزة المنظمة لعملية استثمار في الجزائر _____115

أولا : المجلس الوطني للإستثمار _____ 115

ثانيا : الوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار _____ 116

ثالثا : الوكالة الوطنية للوساطة و الضبط العقاري _____ 116

رابعا : لجنة المساعد على تحديد الموقع و ترقية الإستثمارات و ضبط العقار _____ 117

الفرع الثاني : المزايا المشتركة و الإضافية لترقية الإستثمار _____117

أولا : المزايا المشتركة _____ 117

ثانيا : المزايا الإضافية لترقية الإستثمار _____ 118

الفرع الثالث : المزايا الإستثنائية للنشاطات الأهمية الخاصة للإقتصاد الوطني _____ 120

المطلب الثاني : الضمانات المقدمة في ظل قانون ترقية الإستثمار الجزائري _____121

الفرع الأول : ضمان مبدأ المساواة _____121

الفرع الثاني : ضمان حق الملكية _____122

الفرع الثالث : ضمان حركة رؤوس الأموال _____123

الفرع الرابع : ضمان التنازع أمام جهات التحكيم التجاري الدولي_____125

الخاتمة : _____ ERROR! BOOKMARK NOT DEFINED.

المراجع و المصادر _____133

المصادر _____133

المراجع _____134

أوّلًا : قائمة المراجع بالغة العربية _____ 134

ثانيا : قائمة المراجع بالغة الفرنسية _____ 139

فهرس المحتويات : _____142