

خصوصية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

The specialty of the contract of participation that ended with ownership

أ.م.د. علي مطشر عبدالصاحب

عميد كلية القانون - جامعة بغداد

طالبة الماجستير سري محمد هوبي

كلية القانون - جامعة بغداد

الملخص

يعد عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من العقود المستحدثة التي سبقت التشريع وسايرت الواقع حيث تتجه ارادة اطراف العقد الى المشاركة في مشروع معين واقتسام ما ينشأ عنه من ربح او خسارة على ان يكون لأحد هذه الاطراف الانفراد بملكية المشروع من خلال شرائه لحصة الشريك الآخر أو لخصص الشركاء الآخرين سواء كان ذلك من عائد المشروع أو من موارد أخرى دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها .
أن تميز هذا العقد باحكام خاصة جعلنا نختار موضوع خصوصية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك كموضوع لهذا البحث والذي سنتناوله في ثلاثة مباحث وكالاتي:-

- المبحث الأول / خصوصية مفهوم عقد المشاركة المنتهية بالتملك .
- المبحث الثاني / صور عقد المشاركة المنتهية بالتملك .
- المبحث الثالث / خصوصية اثار عقد المشاركة المنتهية بالتملك .

Abstract

The contract of participation ended with ownership is considered as a new contract which preceded the legislations and accompanying the reality in which the parties of contract go into partnership in a certain project and sharing its profit and loss where any party shall own the project through buying the portion of the other party or parties from the incomes of that project or any other resources as a single payment or in form of payments as agreed.

This type of contract has special provisions that made us to choose the specialty of contract of participation that ended with ownership as a subject to be discussed in this research through three research works:

1. The specialty of the concept of contract of participation that ended with ownership.
2. Forms of contract of participation that ended with ownership.
3. The specialty of the effects of contract of participation that ended with ownership.

المقدمة

أولاً: موضوع البحث

يعد عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من العقود الحديثة المركبة التي سبقت التشريع وسايرت الواقع ليعبر عن التعاون المتنامي بين جهات مختلفة ويحقق مصالح ربما تعجز العقود التقليدية عن تحقيقها حيث تتجه إرادة أطراف العقد إلى المشاركة في مشروع معين واقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة على أن يكون لأحدهم الإنفراد بملكية المشروع من خلال شرائه لحصة الشريك الآخر أو لخصص الشركاء الآخرين سواء كان ذلك من عائد المشروع أو من موارد أخرى دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها فالمشاركة المنتهية بالتمليك ذات طبيعة محددة تقبل إنسحاب أحد طرفي العقد لصالح غيره حيث يتم تحديد العمر الافتراضي للمشاركة والمسار الواجب الإلتباع لانتهائها بالتمليك ومن ثم فهي مشاركة مؤقتة مصيرها الزوال بانفراد الشريك في ملكية المشروع محل العقد دون غيره .

ثانياً: أهمية البحث

يحظى عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بأهمية كبيرة كونه أسلوب مبتكر للتعاقد عرف مؤخراً في ساحة المعاملات المالية إذ نشأ في أحضان المصارف الإسلامية كوسيلة لإستثمار أموالها وتلبية حاجة العملاء التمويلية عن طريق تمكينهم من الحصول على الآلات والمعدات الإنتاجية ومساعدة ذوي الدخل المحدودة في بناء المساكن وإقامة المشاريع بمنأى عن القروض الربوية مما يؤدي إلى توسيع قاعدة الملكية ويعزز التعاون بين رأس المال وخبرة العمل لمضاعفة الطاقة الإنتاجية.

فعقد المشاركة المنتهية بالتمليك يؤدي إلى تصحيح المسار الإقتصادي في المجتمع بتطوير أسلوب المشاركة الإيجابي عوضاً عن علاقة المديونية السلبية.

ورغم المزايا المتقدمة التي يحققها عقد المشاركة المنتهية بالتمليك إلا إنه لم يحظ بتنظيم قانوني له وهذا ما دفعنا إلى البحث في هذا العقد لتسليط الضوء عليه لعل ذلك يسترعي إنتباه المشرع العراقي للنص على أحكامه ومن ثم يكون لعقد المشاركة المنتهية بالتمليك دوره الفعال في الحياة العملية.

ثالثاً: مشكلة البحث

لقد حظي عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بإهتمام المجمع الفقهي الإسلامية ولم يجد من يلحظه في الأوساط القانونية ولعل ذلك يرجع إلى إن المصارف الإسلامية هي المنبع الذي نشأ منه هذا العقد مما دفعنا إلى البحث في هذا الموضوع بما ينسجم مع القوانين العراقية .

رابعاً: منهجية البحث

أثرنا إتباع المنهج الوصفي للبحث في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وبالتحديد دراسة تحليل المضمون من خلال تحليل النصوص القانونية والآراء الفقهية وإستقراء ما يتوفر من الأحكام القضائية التي تكون قريبة من احكام العقد محل البحث لإثراء الجانب العملي في الموضوع .

ولما كان عقد المشاركة المنتهية بالتمليك يتصل بالواقع لذا سيكون للجانب التطبيقي نصيب في هذا البحث إذ لم نقتصر على الجانب النظري من نصوص تشريعية وآراء فقهية بل كان لزاما علينا تدعيم مختلف الجوانب القانونية بالواقع عن طريق الإشارة إلى بعض عقود المشاركة المنتهية بالتمليك التي شهدها الواقع العملي كلما أمكن ذلك بغية الكشف عن مواطن

الضعف التي تنتاب تطبيق هذا العقد مع محاولة الوصول إلى أفضل الحلول القانونية لمعالجتها .

خامساً: خطة البحث

إن البحث في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك سيتم وفق خطة علمية مقسمة على مباحث ثلاثة وذلك حسب التفصيل الآتي :

المبحث الاول / خصوصية مفهوم عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

المبحث الثاني / صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

المبحث الثالث / خصوصية اثار عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

المبحث الأول

خصوصية مفهوم عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

تتمثل خصوصية مفهوم عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بخصوصية التعريف بهذا العقد غير المسعى والذي اختلفت تسمياته لدى الباحثين فضلاً عن وجود بعض الاحكام الخاصة بتكوينه وهو ما سنبحثه تباعاً في المطلبين الاتيين .

المطلب الأول

التعريف بعقد المشاركة المنتهية بالتمليك

إن التعريف بعقد المشاركة المنتهية بالتمليك يتطلب تعريفه تعريفاً اصطلاحياً للتعرف على حقيقة ومضمون هذا العقد وبيان اهم مسمياته ومزاياه .

اولاً: التعريف الاصطلاحي لعقد المشاركة المنتهية بالتمليك

عرف قانون البنك الإسلامي الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨ عقد المشاركة المنتهية بالتمليك في المادة الثانية منه والتي نصت على انه:

(المشاركة المتناقصة دخول البنك بصفة شريك ممول كلياً أو جزئياً في مشروع ذي دخل متوقع وذلك على أساس الاتفاق مع الشريك الآخر بحصول البنك على حصة نسبية من صافي الدخل المتحقق فعلاً مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي أو أي قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل).

ويؤخذ على هذا التعريف:

١. اقتصار التعريف على إحدى صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وهي المشاركة المتناقصة.
٢. جعل العائد المستحق للمتملك ثمناً للحصة المشتراة وهذا ليس أمراً لازماً إذ يكون للمتملك الشراء من موارده الأخرى.
٣. إن إعطاء البنك الحق بالاحتفاظ بحصة الشريك من الأرباح أو أي قدر منها يتفق عليه ليكون مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه البنك من تمويل محل نظر لأن ما قدمه البنك من

تمويل قد تحول إلى حصة في موجودات المشاركة يملكها العميل بقيمتها السوقية وقت البيع

وعرفت الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بالآتي:

(مشاركة يساهم فيها المصرف الإسلامي في رأس مال شركة أو مؤسسة تجارية أو بنائيات أو مصنع أو زراعة مع شريك أو أكثر وعندئذ يستحق كل من الشركاء نصيبه من الأرباح بموجب الاتفاق عند التعاقد مع وعد المصرف الإسلامي إن يتنازل عن حقوقه عن طريق بيع أسهمه إلى شركائه والشركاء يعدون بشراء أسهم المصرف والحلول محله في الملكية سواء على دفعة واحدة أو دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها)^(١).

ويؤخذ على هذا التعريف:

١. إن إيراد لفظ مشاركة في التعريف هو تعريف بالمعرف أي كان يجب تعريف لفظ المشاركة لا إيراده كما هو في التعريف.

٢. إن التعريف حدد مجالات عقد المشاركة المنتهية بالتمليك (رأس مال شركة، مؤسسة تجارية، بنائيات، مصنع، زراعة) في حين إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك لا يختص بتمويل المجالات المذكورة فقط فقد يستخدم لتمويل المشاريع الصغيرة والتجهيزات المهنية لمساعدة الحرفيين والمهنيين وتمويل المساكن والسيارات.

ومما تجدر الإشارة إليه إن التعريفين السابقين ورد فيهما إن احد أطراف عقد المشاركة المنتهية بالتمليك (بنك، مصرف) إلا إن ذلك ليس بالأمر اللازم فقد يبرم العقد المذكور بين الأفراد دون اشتراك البنك أو المصرف وان كان الواقع العملي يشير إلى إن اغلب عقود

(١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الأصول الشرعية والأعمال المصرفية في الإسلام (الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية)، المجلد الأول، الجزء الخامس، ط١، ١٩٨٢، ص٣٢٥.

المشاركة المنتهية بالتمليك يكون الشريك الممول فيها بنكاً أو مصرفاً إلا إن هذا لا يجعل وجود المصرف كطرف في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك أمراً لازماً.

كما عرف مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عشر عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بأنه: (اشتراك طرفين أو أكثر في رأس مال شركة شرط فيها أن يكون لأحد الأطراف شراء حصص الأطراف الأخرى على دفعات وكلما اشترى شيئاً من حصة غيره زادت أرباحه بنسبة ما اشتراه ونقصت حصة الآخر بنسبة ما باعه له حتى يشتري كامل حصة غيره في الشركة و عندئذ تخلص الشركة كلها له)^(١).

ويؤخذ على هذا التعريف:

انه لم يشمل صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وإنما حدد مضمون صورة المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك دون سواها وهذا مردود عليه لأن هذه الصورة ليست الصورة الوحيدة لعقد المشاركة المنتهية بالتمليك وان كانت الأكثر شيوعاً وان شراء الشريك لحصص شركائه الآخرين ليس بالضرورة أن يتم على دفعات فقد يتم الشراء دفعة واحدة فتنتهي المشاركة بالتمليك دون تناقص حصص الشركاء.

(١) قرار مجمع الفقه الإسلامي، المرقم ١٣٦، نقلاً عن د. هشام أحمد عبد الحي، المصرف الإسلامي، ط بلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٣٩٢.

وعرفت المشاركة المتناقصة بأنها (شركة بين طرفين أو أكثر في مشروع ذي منفعة مادية، يتعهد فيها احد الأطراف بشراء حصة البقية سواء كان الشراء من حصة الطرف المشتري في الدخل أم من موارد أخرى)^(١).

ويؤخذ على هذا التعريف :

١. انه عرف عقد المشاركة المتناقصة بأنه شركة فجاء التعريف بالمعرف.
٢. على الرغم من إن المعرف (المشاركة المتناقصة) إلا إن التعريف جاء خاليا من الإشارة إلى الكيفية التي يتم من خلالها تناقص حصص الشركاء واكتفى ببيان مصدر ثمن تلك الحصص.

وعرف احد الباحثين الشركة المنتهية بالتمليك بالاتي:

(اتفاق اثنين أو أكثر على المساهمة في مال أو مال من احدهما والعمل من الآخر، على أن يكون العائد بينهما حسب الاتفاق، والخسارة بحسب رأس المال مع اشتراط تمليك احدهما حصته للآخر أو وعد بذلك)^(٢).

على الرغم من إن هذا التعريف قد اظهر الصفة العقدية للمشاركة المنتهية بالتمليك وبين آلية توزيع عائد المشاركة من ربح وخسارة إلا إن ما ورد فيه (المساهمة في مال) مأخوذ عليه لأن المساهمة في المال ليست غاية وإنما وسيلة لتحقيق الغاية المتمثلة بالاشتراك في مشروع اقتصادي.

(١) نور الدين عبد الكريم الكواملة، المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٨، ص٣٦.

(٢) صلاح سعيد عبد الله المرزوقي، الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية / جامعة اليرموك، ٢٠٠٠، ص٣٦.

التعريف المقترح لعقد المشاركة المنتهية بالتمليك

(اتفاق بين شخصين أو أكثر بان يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة على أن يكون لأحد الشركاء الانفراد بملكية المشروع من خلال شراء حصة الشريك الآخر أو حصص الشركاء الآخرين دفعة واحدة أو على دفعات حسب الشروط المتفق عليها).

ومن ابرز سمات التعريف السابق:

١. إبراز العلاقة العقدية بين الشركاء (اتفاق بين شخصين أو أكثر).
 ٢. إن مساهمة الشريك في المشروع قد تكون بتقديم حصة من مال أو من عمل ومن ثم فان التعريف شمل صورة المضاربة المنتهية بالتمليك إذ يقدم احد الشريكين المال ويقدم العمل من الآخر.
 ٣. إظهارنية المشاركة لاقتسام عائد المشروع من ربح أو خسارة.
 ٤. انتهاء المشاركة بتملك احد الشركاء للمشروع بعد شرائه لحصة الشريك الآخر أو لحصص الشركاء الآخرين دفعة واحدة أو على دفعات وبذلك شمل التعريف صورة المشاركة الثابتة المنتهية بالتمليك وصورة المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك دون أن يقتصر على إحداهما.
- ثانياً: مسميات عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

تتعدد المسميات والألفاظ التي يمكن أن تطلق على عقد المشاركة المنتهية بالتمليك ومنها:

١. المشاركة الايَّله للتمليك، الشركة المنتهية بالتمليك^(١)

(١) خالد صالح اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٤، ص ٥٢.

إن هذه الاصطلاحات تنظر إلى المشاركة من جهة الشريك طالب التمويل لأنه سيتمك المشروع بعد شرائه لحصص الشركاء الآخرين ومن ثم سينتهي عقد المشاركة بتملك طالب التمويل للمشروع محل عقد المشاركة.

وهناك من يرى عدم وجود فرق بين لفظي المشاركة والشركة إذ المعنى فيهما واحد^(١).

ونعتقد إن لفظ المشاركة قد يطلق على الشركات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية والتي قد تنشأ مؤقتة لتحقيق غرض محدد فلا تحمل من صيغة الشركة إلا جانب الاشتراك في رأس المال والربح والخسارة.

٢. المشاركة المتناقصة^(٢)، المشاركة التنازلية^(٣)

إن إطلاق هذه التسمية على عقد المشاركة المنتهية بالتملك يرجع إلى تناقص حصة الشريك الممول في رأس مال المشاركة تدريجياً إلى أن يتلاشى فيتنازل الشريك الممول عن حصته إلى الشريك طالب التمويل فينفرد الأخير بملكية المشروع، ورغم إن هذه التسمية هي الأكثر شيوعاً إلا إننا نرى عدم دقتها لأن تناقص حصة الشريك الممول في رأس مال المشاركة قد لا يؤدي إلى انتهائها بالتملك كما لو باع جزءاً من حصته في المشاركة واحتفظ بالجزء الآخر

(١) المصدر السابق، ص ٥٢.

(٢) د. سعد الدين الهلالي / المشاركة المنتهية بالتملك / بحث منشور على الموقع الإلكتروني

. www.saadhelaly.com

(٣) د. محمد بن عبد الله الشباني / المشاركة المنتهية بالتملك / بحث منشور على الموقع الإلكتروني

.http://iefpedia.com/arab

وعندها تكون حصته قد تناقصت لكن دون إن تؤدي إلى انتهاء المشاركة بالتمليك وهذا يتناقض مع مقتضى العقد محل البحث .

٣. المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك^(١)

إن هذه التسمية قد روعي فيها طرفي عقد المشاركة المنتهية بالتمليك (الطرف الممول) الذي تناقصت حصته في رأس مال المشاركة تدريجياً (الطرف طالب التمويل) الذي انفرد بملكية المشروع بعد انتهاء المشاركة بالتمليك.

ولكن قد ينتهي عقد المشاركة بالتمليك دون تناقص حصة الشريك الممول كما لو اشترى الشريك طالب التمويل حصة شريكه دفعة واحدة سواء أتم ذلك بثمن حال أم مؤجل.

٤. المضاربة المنتهية بالتمليك^(٢)

إن هذه التسمية تصدق على إحدى صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك دون الصور الأخرى كما لو تم اشتراك طرفين بان يقدم احدهما المال والعمل من الآخر ويكون لكل منهما نسبة معلومة من الربح على أن يكون للشريك العامل امتلاك عين المضاربة بعد تسديد قيمتها فتنتهي المشاركة بتملك الشريك العامل للعين محل العقد.

٥. المشاركة المنتهية بالتخارج^(٣)

(١) د. هشام احمد عبد الحي، مصدر سابق، ص ٣٩٢.

(٢) د. نزيه حماد، المشاركة المتناقصة، بحث منشور على الرابط الإلكتروني

<http://almoslim.net/node/82708>

(٣) د. جاسم علي سالم الشامسي، المشاركة المتناقصة المنتهية بتملك العقار، مجلة الحقوق، عدد(٢)، الكويت، ٢٠٠١، ص ٢٩٨.

إن هذه التسمية تنظر إلى الشريك الممول الذي سيخرج من المشاركة وفق شروط متفق عليها مما يؤدي إلى تملك الشريك طالب التمويل للمشروع محل العقد إذ إن غرض المشاركة ابتداءً هو خروج احد الأطراف لصالح غيره.

٦. الاستثمار المنتهي بالتمليك^(١)

إن هذه التسمية لا تعد هذا النوع من المعاملات مشاركة إذ جاء ما ترجمته (إن الفكرة تدور حول عقود المبيعات الاستثمارية والتي بواسطتها يقوم المستثمرون بإعادة تجميع المبلغ الأصلي، زائدا نسبة مئوية ثابتة من العائد السنوي بعد بيع الأصل، الذي كان بمثابة عامل من عوامل توليد الدخل)^(٢).

ونرى إن قيام الطرف الممول باستثمار أمواله في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك قد لا يؤدي إلى استرداد المال المستثمر مع نسبة مئوية من الإيراد السنوي لان الشركاء يسعون للحصول على الربح ولكن قد يؤول مسعاهم إلى الخسارة مما يقتضي إن يتقاسم الشركاء الربح والخسارة فلا يمكن تجاهل نية المشاركة في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك.

وعلى الرغم من الاختلاف في المسميات التي أطلقت فان تسمية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك هي التسمية الأفضل كونها تجمع بين صور هذا العقد في بندق واحد.

ثالثاً : مزايا عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

(1) Alkaff, syed Hamed Abdul Rahman, Almurabaha In theory And Practice
Published by: Islamic Research Academy, Karachi, Pakistan, no date, Page57.

(5) Ibid , page 57.

يعد عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من أدوات الاستثمار الحديثة التي تتمتع بأهمية كبيرة لما يحققه من المزايا التي لا تتحقق في الشركات المعهودة مع تضمنه لغاية الشركات عامة من توفر رؤوس الأموال وتوزيع المخاطرة واهم تلك المزايا ما يأتي:

١: إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك يمثل البديل الإسلامي عن نظام اشتراط الفوائد الربوية على القروض الإنتاجية أو الاستهلاكية في المصارف التجارية مما يجعل الشريك الممول يعمل جنباً إلى جنب مع الشريك طالب التمويل فتتحقق العدالة في توزيع الربح وتحمل الخسارة^(١).

٢: تساعد المشاركة على توسيع قاعدة ملكية المشاريع بحيث تتاح الفرصة لعدد غير قليل من الأشخاص للاشتراك في القطاعات الإنتاجية المختلفة على العكس من نظام الفائدة الذي يؤدي إلى تضيق قاعدة ملكية المشاريع وحصصها في فئة قليلة من أصحاب رؤوس الأموال^(٢).

٣: إن تعاون رأس المال وخبرة العمل يؤدي إلى مضاعفة القوة الإنتاجية لتحقيق النهوض الاقتصادي فالمشاركة بما فيها من تضامن في المكسب والخسارة مدعاة لان تجند المصارف خبرتها الفنية والتقنية للبحث عن أفضل مجالات الاستثمار وارشاد الأساليب مما يؤدي إلى حفظ ثروة المجتمع من التبدد لعدم الخبرة^(٣).

(١) د. حسني عبد السميع إبراهيم، موقف الشريعة الإسلامية من النقود و البنوك، ط بلا، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٩، ص ٣١٨.

(٢) صلاح سعيد عبد الله المرزوقي، مصدر سابق، ص ١٠٨.

(٣) د. زيد محمد الرماني، عقد المضاربة في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد ٣٧، الكويت، ١٩٩٩، ص ٢٦١.

٤: إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وسيلة لحل مشكلة الإسكان وذلك بتقديم التمويل اللازم لتملك المساكن عن طريق أقساط دورية منتهية بالتمليك بدلا من الأقساط الإيجارية التي ترهق كاهل الأفراد^(١).

٥: تصحيح المسار الاقتصادي للمجتمع بتطوير أسلوب المشاركة الإيجابي عوضاً عن علاقة المديونية السلبية فالربح هو الحافز والمحدد للاستثمار دون الفائدة^(٢).

٦: المساعدة على تطوير المشروعات الحرفية و المهنية من خلال إنشاء مشاريع تنتهي بتملك صغار التجار و الحرفيين مما يحول المستهلكين إلى منتجين عن طريق الاعتماد على الذات مما يؤدي إلى تنمية المجتمع ونهوضه^(٣).

٧: إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك يعد طريقاً تعاونياً مجدياً لتحقيق أغراض المتعاقدين فيمكن الممول من استثمار أمواله وتنميتها من خلال الحصول على أرباح دورية ويحقق طموحات طالب التمويل المتمثلة بانفراذه بتملك المشروع محل العقد^(٤).

٨: إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك أداة لتمويل المنشآت الزراعية والصناعية والتجارية ونحو ذلك مما يدر دخلاً منظماً فيكون للشريك الممول دوراً فعالاً في المشروع إذ يساهم في تحديد وسائل الإنتاج والتوزيع والتسويق ويراقب نشاط الشركة من ربح أو خسارة

(١) خالد اللحيان، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

(٢) د. فهد سعد الدبيس الرشيد، دعم المشروعات الصغيرة بالمشاركة المتناقصة، بحث منشور في مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، عدد(٨٣)، الكويت، ٢٠١٠، ص ٤١٣.

(٣) نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٤) د. نزيه حماد، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة العاشرة، الجزء الثاني، ١٩٩٧، ص ٥٠٧.

دون إن يقع على عاتق طالب التمويل عبئ تحمل شيء من الديون والالتزامات المالية بفائدة ربوية تسدد في جميع الأحوال وفي أوقات دورية سواء أربحت الشركة أم خسرت أي إن القصد من المشاركة تنمية المال مع العلم بان المشروع قد يربح أو يخسر^(١).

٩: إنها تمثل نوع من الضمان على رأس المال من الهلاك أو عدم التسديد وذلك لأن في انتقال الملكية تدريجياً ضمان لحق الشريك الممول في حالة عجز العميل عن شراء الحصص أو فسخ المشاركة لأي سبب من الأسباب^(٢).

١٠: إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك يوفر للمصرف ميزة التنوع في مجال الاستثمارات وارتياحه مجال المشاركات بدلا من الانحسار في صيغ المدائنت منها بالذات^(٣)

المطلب الثاني

خصوصية تكوين عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

يبرم عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بين طرفين الشريك الممول والشريك طالب التمويل والغالب إن يكون الشريك الممول مصرفاً مما يستلزم المرور بمحطة تسبق انعقاد العقد تتمثل باتخاذ بعض الخطوات العملية تمهيداً لولادة عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وظهوره إلى حيز الوجود الذي يتم بتوافر أركانه إلا إن الأمر لا يتوقف عند هذا الحد بل لا بد من أن ينشأ العقد سليماً معافى بتوفر الشروط العامة لصحة العقد فضلاً عن الشروط الخاصة اللازمة

(١) د. وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة، جزء (١١)، ط(٣)، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢، ص٤٣٣.

(٢) خالد اللحيان، مصدر سابق، ص٢٢٢.

(٣) نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص٥١.

لصحة عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وحيث اننا قررنا ان يكون هذا المبحث للاحكام التي يكون لها خصوصية عند تكوين عقد المشاركة المنتهية بالتمليك عن تكوين بقية العقود عليه ستقتصر دراستنا في هذا المطلب على النقطتين الاتيتين :

اولاً: الخطوات العملية السابقة على انعقاد عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

إن الشريك الممول في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك قد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً إلا إن الغالب أن يكون مصرفاً وعندها لا بد من استباق انعقاد العقد بسلسلة من الخطوات العملية التي قد تتنوع تبعاً لتنوع صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وحسب طبيعة المشروع المراد إنشاؤه ورغم اختلاف تطبيقات المصارف يمكن عرض هذه الخطوات بشكلها العام وكالاتي^(١).

١ . طلب التمويل بالمشاركة

إن تقديم طلب التمويل بالمشاركة يمثل الحلقة الأولى من سلسلة الخطوات العملية السابقة على انعقاد عقد المشاركة المنتهية بالتمليك إذ يبادر العميل لدعوة المصرف الإسلامي إلى الاشتراك في مشروع استثماري معين مشاركة منتهية بالتمليك وبعد أن يتم التعرف على طبيعة المشروع المطلوب تمويله وقيمة التمويل ونسبة المشاركة وتكوين وجهة نظر مبدئية عن

(١) د. حسين محمد سمحان ود. موسى عمر مبارك، محاسبة المصارف الإسلامية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ٢٠١١، ط٢، ص١٤٥ / د. جاسم علي سالم الشامسي، المشاركة المنتهية بالتمليك (المتناقضة أو بالتخارج)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، العدد ١٣، ٢٠٠١، ص٥٩٧ / د. محمود حسين الوادي ود. حسين محمد سمحان، المصارف الإسلامية، الأسس النظرية والتطبيقات العملية، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط٣، ٢٠٠٩، ص ١٩٨ - ١٩٩ / مصطفى جميل أرحيم، الترخيص الاصولي للشركات المستجدة ولمعاملات المصارف الاسلامية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية العلوم الاسلامية / جامعة بغداد، ٢٠٠٩، ص ١٩٣ / د. احمد الصويغي شليبيك، مصدر سابق، ص ٣٤٢ - ٣٤٣ / د. فهد سعد الدييس، مصدر سابق، ص ٤٠٤ / خالد صالح اللحيدان، مصدر سابق، ص ٦٥ وما بعدها.

المشروع يتم تحديد البيانات والمعلومات التي يجب على العميل إدراجها في نموذج طلب معد سلفا يوثق بالتوقيع ليخدم كطلب للتمويل بالمشاركة يرفق معه:

أ . الوثائق والمستندات اللازمة كصورة من سند ملكية طالب التمويل للأرض أو صورة من المخطط الهندسي لتحديد موقع البناء فيما لو كان المشروع المزمع الاشتراك فيه قد انصب على عقار.

ب . دراسة جدوى اقتصادية للمشروع معدة من قبل احد المكاتب الاستشارية أو الهندسية توضح تكاليف المشروع المالية والإيرادات المتوقعة على أسس فنية وواقعية، فدراسة الجدوى^(١)، هي مجموعة التقديرات التي يتم إعدادها للحكم على صلاحية المشروع الاستثماري المقترح في ضوء توقعات التكاليف والعوائد المباشرة وغير المباشرة طوال العمر الافتراضي للمشروع^(٢).

٢ . البحث والدراسة

بعد أن يتم تقديم طلب التمويل بالمشاركة لابد من الانتقال إلى الحلقة التالية في هذه السلسلة من الخطوات العملية السابقة على انعقاد عقد المشاركة المنتهية بالتمليك والمتمثلة بالبحث والدراسة إذ يتولى القسم المعني في المصرف الإسلامي دراسة المشروع المقترح للتحقق من جدواه الاقتصادية في ضوء سياسة المصرف التمويلية إذ تنصب هذه الدراسة على جوانب عدة:

(١) تستخدم بعض المصطلحات الأخرى للإشارة إلى دراسة الجدوى مثل جدوى الاستثمار، تقويم الاستثمار، تقويم المشروعات، موازنة رأس المال، نقلا عن محمود عبد الكريم احمد أرشيد، الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية، ط ٢، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠٧، ص ٢٨٠.

(٢) المصدر سابق، ص ٢٨٠.

أ . التأكد من صحة البيانات الواردة في طلب التمويل بالمشاركة واستيفاء كافة البيانات والمعلومات الناقصة عن طالب التمويل وعن المشروع المطلوب تمويله والتحقق من سريان المستندات والوثائق المرفقة بالطلب ومدى مطابقتها للواقع وإجراء الزيارات الميدانية لمعاينة الموقع إن تطلب الأمر ذلك.

ب . كفاءة طالب التمويل الذي سيصبح شريكاً للمصرف من خلال تحليل مركزه المالي للتعرف على مقدرته المالية ومدى وفاءه بالتزاماته والتأكد من أمانته وأخلاقه لبسط ثقة المصرف بطالب التمويل فالثقة تمثل أساس العلاقة بين الشركاء .

ج . الجدوى الاقتصادية والفنية من خلال تحليل التكاليف ونصيب كل من المصرف وطالب التمويل في المشاركة والمدة المتوقعة لانتهائها بالتمليك وربحية المشروع الإجمالية ونصيب كل شريك منها، إذ توجد لدى المصارف العديد من الأجهزة الفنية والعلمية التي تتولى دراسة الأسواق وأوجه الاستثمار المحتملة فدراسة الجدوى تجعل عملية اتخاذ القرارات الاستثمارية عملية متكاملة الأبعاد تأخذ في اعتبارها كافة العوامل التي يمكن أن تؤثر على أداء المشروع وهو ما يجعل عملية حساب المخاطر عملية دقيقة وبأقل درجة ممكنة من عدم التأكد فهي بذلك أداة حيطة وحذروصمام أمان من التردّي إلى مجالات استثمار لا طائل من ورائها^(١).

٣ . اتخاذ القرار النهائي

بعد انتهاء المصرف من البحث والدراسة لا بد من اتخاذه القرار النهائي بشأن طلب التمويل بالمشاركة والذي يمثل الحلقة الأخيرة من سلسلة الخطوات العملية السابقة على انعقاد عقد

(١) المصدر السابق، ص ٢٧٩.

المشاركة المنتهية بالتملك إذ تغلق المرحلة السابقة على التعاقد أبوابها أما بالموافقة أو بالرفض ما لم يتخذ القرار بالتعديل.

أ. الموافقة: قد يفلح طالب التمويل في إقناع المصرف على الاشتراك في المشروع المقترح تمهيداً للوصول إلى تصور مشترك هو مشروع العقد النهائي أي إذا اتخذ المصرف قراره المتمثل بدخوله بصفة شريك ممول في عقد المشاركة المنتهية بالتملك لابد حينئذ من الانتقال إلى مرحلة انعقاد العقد.

ب. الرفض: قد يتخذ المصرف قراره برفض المشاركة في تمويل المشروع المقترح بعد دراسته دراسة علمية مستفيضة مما يترتب عليه القضاء على المراحل الابتدائية من عمر المشاركة لعدم تلاقي إرادة طالب التمويل مع إرادة الممول (المصرف) أي قد تم الإخفاق في الوصول إلى تصور مشترك للدخول في إطار العقد.

وعندها يثور التساؤل عن مدى التزام المصرف بالمحافظة على سرية المعلومات التي تلقاها بمناسبة العقد المزمع إبرامه؟

كما لو أعلنت شركة عن رغبتها في زيادة القدرة الإنتاجية لمصانعها فتعرض على المصرف المشاركة في المشروع مشاركة منتهية بالتملك، فتقدم دراسة الجدوى والرسومات والتصاميم الهندسية والوسائل الفنية اللازمة للتنفيذ إلى جانب بيان الأسعار والكلفة وطرق احتسابها^(١). ومن ثم يرفض المصرف الاشتراك في المشروع بصفة شريك ممول فهل يجوز للمصرف إفشاء هذه المعلومات إلى الغير أو الإعلان عنها أو الاستفادة منها لحسابه أو لحساب الغير؟

(١) عبد المنعم موسى إبراهيم، حسن النية في العقود، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ط ٢٠٠٦، ص ٤٩.

إن التزام المصرف بالمحافظة على السرية لا ينصب على جميع المعلومات التي تلقاها من طالب التمويل بمناسبة العقد الذي اخفق في إبرامه وإنما يقتصر على المعلومات التي تتسم بطابع السرية وهي على نوعين:

النوع الأول: يشمل المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها هذا الطابع والمعياري في ذلك هو الثقة المتبادلة التي قامت بين الطرفين بمناسبة العقد المزمع إبرامه^(١).

النوع الثاني: يشمل المعلومات التي تكون سرية بطبيعتها، وتضم كل المسائل التي يكون من شأن إعلانها بغير موافقة صاحب الشأن إن تحدث ضرراً مادياً أو أدبياً^(٢).

وبناء على ما تقدم يجب على المصرف عدم الإخلال بالثقة الممنوحة له من قبل طالب التمويل من خلال الامتناع عن الإفشاء بالمعلومات السرية التي تلقاها أثناء مفاوضات العقد أو الاستفادة منها لحسابه أو لحساب الغير، إذ إن الالتزام بعدم الإخلال بالثقة يكون واجب التطبيق عند وجود شبهة إن شخصاً معيناً بإمكانه استغلال وضع ثقة ممنوح له^(٣).

إن مسؤولية المصرف عند الإخلال بالمحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بمشروع العقد الذي لم يتكفل بالنجاح إبرامه تعد مسؤولية تقصيرية، فالخطأ التقصيري يتمثل في الإخلال بالواجب العام بعدم الانحراف عن مسلك الشخص المعتاد عند التعامل مع الغير فالشخص

(١) نادية كعب جبر الكعبي، العقد المركب، دراسة قانونية، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠٠٥، ص ١٢٢.

(2) Gavalda: le secret des affaires. Melanges Savatier, 1965, p.29, et 5

نقلا عن عبد المنعم موسى إبراهيم، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٣) عبد العزيز محمد حمد، الالتزام القانوني بعدم الإخلال بالثقة في العلاقات التجارية، المجلة العربية للفقهاء والقضاء، مصر، عدد ١٧، ١٩٩٦، ص ٤٨ - ٤٩.

المعتاد لا يفشي الأسرار التي يطلع عليها بمناسبة مفاوضات العقد ولا يفضي بها إلى الغير ولا يستغلها لحسابه ما دام معيار الشخص المعتاد يقوم على اعتبار أخلاقي إلى جانب الاعتبار المادي^(١).

ج . التعديل: قد يتمخض عن قيام المصرف بالبحث والدراسة تعديل ما تضمنه طلب التمويل أو إسداء التوجيهات والنصائح المالية فيما يتعلق بدراسة الجدوى أو تعديل نسبة الأرباح أو مدة التمويل لتصحيح المسار الاقتصادي للمشروع المقترح لما يتمتع به المصرف من خبرة مالية قد يفقدها طالب التمويل .

ثانياً : الشروط الخاصة اللازمة لصحة عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

سبق وأن أشرنا إلى إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من المعاملات المالية المركبة التي إستحدثتها المصارف والبنوك الإسلامية كبديل عن عقد القرض بفائدة ومن ثم لا بد من إنطباق بعض الشروط على العلاقة التعاقدية بين الشركاء لضمان تحقيق الغاية المرجوة وإحتفاظ عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بإستقلاله وذاتيته دون أن يؤدي إلى مسألة خفية محظورة تتمثل باتخاذ كحيلة للتستر على عملية إقراض بفائدة وبناء على ما تقدم يشترط لصحة هذا العقد ما يأتي^(٢):

(١) عبد المنعم موسى إبراهيم، مصدر سابق، ص ٥١.

(٢) د.محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي، ط ٤، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، ٢٠٠١، ص ٣٤٢ / د.محمد بن علي القرني، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة، العدد (١٠)، ج (٢)، ١٩٩٧، ص ٥٥٣ / د.عايد فضل الشعراوي، المصارف الاسلامية، دار البصائر الاسلامية، ٢٠٠٧، ص ٣١١ / محمود عبد الكريم أحمد أرشيد، مصدر سابق، ص ٣٩ / د.نزيه حماد، مصدر سابق، العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها، ص ٥٠٧ وما بعدها / د.هشام احمد عبد الحي، مصدر سابق، ص ٣٩٥ / د. فهد سعد الدبيس، مصدر سابق، ص ٤١١ / خالد اللحيان، مصدر سابق،

١ - أن يملك الشريك الممول حصته في المشروع محل العقد ملكاً تاماً وإن يتمتع بحقه الكامل في التصرف والإدارة بصفته شريكاً أثناء فترة المشاركة وفي حالة توكيل أحد الشركاء بالإدارة يحق للشريك الآخر مراقبة الأداء ومتابعته.

٢ . وجود الإرادة الحقيقية للمشاركة في الأرباح والخسائر والنفقات.

- فالأرباح توزع بين الشركاء حسب النسب المتفق عليها على إن تكون حصة شائعة ولا يجوز اشتراط مبلغ مقطوع من الأرباح أو نسبة من مبلغ المساهمة فالأرباح تنسب إلى الدخل لا إلى رأس المال وتوزع حسب الاتفاق لجواز التفاوت في الربح فقد يكون لبعض الشركاء دور متميز في المشاركة فينبغي عدم التناسب بين حصة الشريك في رأس المال وحصته من الأرباح.

- الخسائر: وجوب الاشتراك في تحمل عبء الخسارة وتبعية الهلاك والتلف إن تحقق شيء من ذلك خلال فترة المشاركة على قدر حصة كل شريك في رأس المال ويستثنى من ذلك صورة المضاربة المنتهية بالتمليك إذ يتحمل الشريك المالك لرأس المال تبعية الهلاك والخسارة ويخسر الشريك الآخر جهده.

- النفقات: تحمل أعباء المشاركة من نفقات التأمين والصيانة وسائر المصروفات على وعاء المشاركة بقدر الحصة ولا يجوز تحميل احد الشركاء لهذه النفقات دون غيره بحجة إن محل المشاركة سيؤول إليه لأن ذلك يتنافى مع تحقيق العدل والمساواة بين الشركاء في الحقوق والواجبات.

ص ١٦٠ وما بعدها/ نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ١١٥-١١٦/ صلاح سعيد المرزوقي، مصدر سابق، ص ٨٩ وما بعدها/ مصطفى جميل أرحيم، مصدر سابق، ص ١٩٤.

٣. أن لا يتضمن عقد المشاركة المنتهية بالتملك شرطاً يقضي بأن يسترد الشريك الممول كامل حصته في رأس المال فضلاً عن ما يخصه من الأرباح بغض النظر عن نتائج المشاركة ربحاً أم خسارة لما ينطوي عليه من صورية المشاركة التي اتخذت كستار لعقد قرض بفائدة .

٤ . عدم تعهد الشريك بشراء حصة الشريك الآخر بمثل قيمة الحصة عند إنشاء المشاركة (القيمة الاسمية) لما في ذلك من ضمان لرأس مال المشاركة بل ينبغي أن يتم تحديد ثمن بيع الحصة بالقيمة السوقية يوم البيع أو بما يتم الاتفاق عليه عند البيع فلا يصح التملك أو التملك إلا بما يتفق مع الحق والعدل لمنع الغبن والبخس في الثمن فلا بد أن يكون البيع بقيمة الحصة وقت التملك لأن الشريك أمين على مال المشاركة لا ضامن لرأس مالها إلا إذا تعدى أو قصر .

ولغرض إيضاح ما تقدم من الشروط الخاصة اللازمة لصحة عقد المشاركة المنتهية بالتملك سنعرض لتطبيق (شركة لا ربا)^(١)، لهذا العقد: يقوم هذا النموذج على افتراض إن الشركة ستقوم بشراء العقار مشاركة مع العميل كما يفترض أن يستأجر الأخير حصة الشركة في العقار ويتم الاتفاق على إعادة شراء العميل لحصة الشركة خلال الفترة الزمنية المتفق عليها (فترة التمويل) بحد أقصى عشرون عاماً^(٢).

ولكن إن مشاركة (شركة لا ربا) للعميل أمر افتراضي وليس حقيقي فلا تملك الشركة المذكورة لحصة في العقار مشاركة مع العميل وإنما تعهد إليه بشراء العقار وتسجيله باسمه^(٣)

(١) تأسست شركة لا ربا عام ١٩٨٧ في مدينة باسا دينا بولاية كاليفورنيا تختص في تمويل البيت العائلي وتمويل المشاريع المتوسطة والصغيرة الحجم وتمويل السيارات والتجهيزات المهنية.

(٢) د. احمد الصويبي شليبيك، مصدر سابق، ص ٣٧١.

(٣) المصدر السابق، ص ٣٨٠.

،وفي ذلك مخالفة لأحد شروط صحة عقد المشاركة المنتهية بالتملك والذي يقتضي أن يمتلك الشريك الممول حصته في المشاركة ملكاً تاماً .

وعلت الشركة ذلك بأنه من اجل مسايرة القوانين الأمريكية الفدرالية والمحلية ولتمكين العميل من الاستفادة من خصم الضرائب وللمحافظة على العقار فيما لو حدث أي شيء ل(شركة لا ربا) في المستقبل ويترتب على ذلك ما يأتي:-

أ - بمجرد تسجيل العقار بأسم العميل فإنه يلزم بتحمل المخاطر التي قد تقع على العقار وحده ولا تتحمل الشركة أي أعباء أو مصروفات فيتحمل العميل كامل مصروفات شراء العقار ومبالغ التأمين والضرائب ونفقات الصيانة وسائر المصروفات التي تفرض على العقار من قبل الجهات الرسمية^(١).

ويلاحظ وجود مخالفة لشرط آخر من شروط صحة عقد المشاركة المنتهية بالتملك والذي يقضي بتحميل أعباء المشاركة من نفقات ومصروفات على وعاء المشاركة بقدر الحصص .

ب - في حالة عدم قدرة العميل على دفع الأقساط الشهرية لأي سبب كان فان (شركة لا ربا) تتخلى عن صفة الشريك وتعتمد إلى احد الأمرين :-

الأمر الأول: مطالبة العميل بدفع كامل المبلغ الذي دفعته (شركة لا ربا) مشاركة للعميل في شراء العقار مع الفوائد المترتبة عليه^(٢).

(١) المصدر السابق، ص ٣٨٠-٣٨١.

(٢) المصدر سابق، ص ٣٨١.

وهنا يلاحظ تجاهل (شركة لا ربا) لأحد شروط صحة عقد المشاركة المنتهية بالتمليك والمتمثل بعدم جواز تضمين العقد شرطاً يقضي بأن يسترد الشريك الممول كامل حصته في رأس المال بل تمادت إلى المطالبة بالفوائد المترتبة على المبلغ الذي دفعته كحصة في رأس مال المشاركة مما يظهر صورية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك فهو عقد ظاهر يسترعد قرض بفائدة.

الأمر الثاني: إذا لم يتمكن العميل من دفع هذا المبلغ فإن (شركة لا ربا) تعتمد إلى بيع العقار لإستيفاء

حقها فإن وجد ربح فهو للعميل وإن تحققت الخسارة فعليه وحده^(١).

وهذا تكون (شركة لا ربا) قد فتحت باباً خلفياً للتعامل على أسس الفائدة الربوية^(٢)، فقد قصدت الركون إلى إبرام عقد قرض بفائدة وليس عقد مشاركة منتهية بالتمليك لإنتفاء الإرادة الحقيقية للمشاركة في الملكية والأرباح والخسائر والنفقات والتي تمثل جوهر هذا العقد.

(١) المصدر السابق، ص ٣٨٢.

(2) Dr.Munawar Iqbal and Dr. Mohammad Fahim Khan,A survery of Issues and a program for research in monetary and fiscal economics ofIslam,Published,:by International center for research in Islamic Economics King Abdul Aziz University ,Jeddah, and Institute policy studies,Islamabad,1981,P.38.

المبحث الثاني

صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك

ينبأنا الواقع العملي عن وجود العديد من صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بوصفه عصب الحياة الاقتصادية التمويلية الإسلامية فالفكر الاقتصادي قد دأب على ابتكار المزيد من الصور المستحدثة لهذا العقد.

فقد أوصى المؤتمر الأول للمصارف الإسلامية المنعقد في إمارة دبي عام ١٩٧٩ بأن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك يمكن أن يتخذ إحدى الصور الآتية^(١).

الصورة الأولى

وفيهما يتفق المصرف مع شريكه على تحديد حصة كل منهما في رأس مال المشاركة وشروطها وقد رأى المؤتمر أن يكون بيع حصة المصرف إلى الشريك بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل بحيث يكون للشريك حرية بيع حصته للمصرف أو لغيره كما يكون للمصرف حرية بيع حصته للشريك أو لغيره.

وهناك من يطلق على هذه الصورة (المشاركة المتناقصة الحرة) لما يتمتع به الشركاء من حرية إختيار الموعد الذي يتم فيه إنتقال ملكية الحصة وكذلك حرية إختيار من يشتري حصة المصرف أو شريكه ففي هذه الصورة لا يتم تحديد آلية شراء نصيب المصرف ولا تأريخه وفي

(١) د.نزيه حماد، المشاركة المتناقصة واحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الاسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي، جدة، العدد (١٣)، الجزء (٢)، ٢٠٠١، ص ٥١٥-٥١٦ / د.عايد فضل الشعراوي، مصدر سابق، ص ٣٤٥ / د.محمد عثمان شبيب، مصدر سابق، ص ٣٤١ / د.وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ٤٣٥ / د.جاسم علي سالم الشامسي، المشاركة المنتهية بالتمليك (المتناقصة أو بالتخارج)، مصدر سابق، ص ٥٩٤-٥٩٥.

نفس الوقت لا يمكن للشريك أن يحتكر صلاحية شراء حصة المصرف بل من الممكن للمصرف أن يدخل شريكاً خارجياً متى ما إقتضت مصلحته ذلك^(١).

ومما تجدر الإشارة إليه إن ما ورد في هذه الصورة (أن يتم بيع حصة المصرف إلى الشريك بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل) يوحي بأن بيع حصة المصرف إلى الشريك يكون على دفعة واحدة مما يتعارض مع التسمية المذكورة فالتناقض يقتضي وجود بيع تدريجي بعقود متلاحقة ومتتابعة.

الصورة الثانية

وفما يتفق المصرف مع شريكه على المشاركة في التمويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع وذلك على أساس اتفاق المصرف مع الشريك لحصول المصرف على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلاً مع حقه بالاحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد أو أي قدر منه يتفق عليه ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه المصرف من تمويل، أي أن يتم تقسيم الإيراد المتحقق من المشروع إلى أقسامٍ ثلاثة

القسم الأول: حصة المصرف كعائد تمويل.

القسم الثاني: حصة الشريك كعائد تمويل أو عمل.

القسم الثالث: حصة المصرف لسداد أصل ما قدمه من تمويل.

(١) نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ٥٣.

فهذه الصورة تمكن الشريك من شراء حصة المصرف في المشروع المشترك من الغلة الناتجة عن طريق اقتطاع نسبة معينة أو قدر محدد من الإرباح لسداد أصل ما قدمه المصرف في رأس المال.

وهناك من يطلق على هذه الصورة (المشاركة المتناقصة بالتمويل المشترك)^(١)، إلا إننا نرى إن هذه التسمية إن كانت تنطبق على التمويل الجزئي لتضمنه معنى الاشتراك إلا إنها تأتي الانطباق على التمويل الكلي.

الصورة الثالثة

وفيهما يحدد نصيب كل من المصرف وشريكه في صورة أسهم محددة القيمة يمثل مجموعها قيمة المشروع محل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك ويحصل كل من الشريكين على حصة من الإيراد المتحقق من المشروع وللشريك أن يقتني عدداً من الأسهم المملوكة للمصرف في نهاية كل سنة مالية بحيث تتناقص أسهم المصرف بشكل تدريجي بمقدار ما يشتري شريكه منها وتستمر حصة الشريك بالزيادة إلى أن يمتلك جميع الأسهم وتصبح له الملكية المنفردة للمشروع دون شريك آخر.

إن هذه الصورة هي الأكثر شيوعاً في الواقع العملي إذ تمكن الشريك من شراء حصة المصرف بصورة تدريجية سواء أتم ذلك من العائد الذي يؤول إليه أم من موارد أخرى.

(١) د. عجيل جاسم النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الكويت، عدد ١٣، جزء ٢، ٢٠٠١، ص ٥٧٢ د. احمد الصويعي شلبيك، مصدر سابق، ص ٣٤١ د. عبد الله العمراني، المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك، بحث منشور على الموقع الإلكتروني . www.alwihdah.com

يطلق على هذه الصورة (المشاركة المتناقصة باقتناء الأسهم)^(١)، إذ تتناقص مشاركة المصرف في المشروع باقتناء الشريك لعدد من أسهم المصرف .

إن الصور المتقدمة قاصرة عن الإحاطة بصور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك لذا أثرنا عرض هذه الصور وفقاً لاعتبارات عدة في ثلاثة مطالب وكالاتي :-

المطلب الاول

صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من حيث المحل

يمكن تقسيم صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من حيث المحل إلى :

اولاً : عقد المشاركة المنتهية بالتمليك في مشروع غير قائم^(٢)

تتمثل هذه الصورة بأن يقدم احد الشركاء قطعة ارض ليقوم الشريك الأخر ببناءها أو يتولى مالك الأرض بناءها متلقياً التمويل اللازم من شريكه إذ يختلط التمويل المقدم لبناء الأرض مع قيمة الأرض المشيد عليها البناء ليملك كل شريك حصة شائعة في المشروع المشترك، مما يستلزم اتخاذ الخطوات الآتية^(٣).

١ - تقييم الأرض التي يراد إقامة المشروع عليها من خلال الاستعانة ببعض الخبراء لتحديد قيمتها قبل تشييد البناء.

(١) د.احمد الصويعي شليبيك، مصدر سابق، ص ٣٤١.

(٢) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٥٧.

(٣) د.محمد رامز عبد الفتاح، الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك الاسلامية، دار الفرقان للنشر والتوزيع، عمان، ص ٣١٣.

٢ - تحديد كلفة البناء وتشمل المصاريف الإدارية والفنية من أجرة عمل المخططات وأتعاب المكتب الهندسي والمهندس المشرف والرسوم والضرائب فضلاً عن المواد الإنشائية وما يأخذه متعهد البناء وما يتبع ذلك من مصروفات مالية.

٣ - بعد أن يتم تحديد رأس مال المشاركة المتكون من ثمن الأرض وتكاليف البناء يقسم إلى حصص لتحديد نصيب كل شريك في المشروع المشترك.

٤ - تتحقق المشاركة بين الطرفين بإقامة المشروع المشترك وتحديد نصيب كل شريك فيه والاتفاق على كيفية استغلاله وتوزيع الإيرادات المتحصلة عنه والآلية المتبعة لإنهاء المشاركة بالتمليك وتحديد المدة اللازمة لذلك .

ثانياً : عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بتمويل مشروع قائم

قد يرغب أصحاب المشاريع بتطوير معداتهم أو اقتناء معدات جديدة أو تكنولوجيا متقدمة وعندها لا بد من إيجاد السبيل لتمويل الحصول على هذه المعدات أما من خلال اقتطاع جزء من رأس مال المشروع مما يترتب على ذلك تجميد جزء كبير منه أو اللجوء إلى القروض المثقلة بفوائد وضمائم كثيرة مما قد يعيق عمل المشروع^(١)، ومن هنا برزت أهمية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بتمويل مشروع قائم بوصفه الوسيلة الناجعة التي تمكن أصحاب المشاريع من الحصول على المعدات اللازمة دون تحمل تكاليف شرائها دفعة واحدة وبطريقة تضمن حقوق الشريك الممول بتملكه لحصّة في المشروع بقيمة تلك المعدات، فيأخذ حصّة من

(١) علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢، ص١٣.

الأرباح وحصّة لتسديد مساهمته في رأس المال إلى أن يتمكن صاحب المشروع من الانفراد بملكته بعد دفع قيمة الحصّة^(١).

فلو إن شركة لصناعة الأدوية ترغب في إضافة وحدة كاملة لتصنيع نوع معين من الدواء فمن الممكن أن تلجأ إلى المصرف لإستيراد الوحدة اللازمة للمصنع بصفته شريك ممول ومن ثم يحصل المصرف على حصّة من الأرباح وحصّة لتسديد ثمن الوحدة الإنتاجية لحين انتهاء المشاركة بالتمليك بعد استيفاء المصرف لثمن الحصّة^(٢).

وتصلح هذه الصورة أيضاً لتمويل الحرفيين الذين يحترفون صنعة معينة وتنقصهم بعض الأجهزة أو يرغبون في تطوير آلاتهم وتحسينها فيمولهم المصرف عن طريق عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بتمويل مشروع قائم^(٣).

ثالثاً : عقد المشاركة المنتهية بالتمليك في شراء أصل قائم^(٤)

بمقتضى هذه الصورة يتفق أطراف عقد المشاركة المنتهية بالتمليك على الاشتراك في شراء أصل قائم كمنزل أو مصنع أو سيارة أو ما شابه ذلك فيكون هذا الأصل مشاعاً بينهم بنسبة حصّة الثمن التي دفعها كل منهم ومن ثم يشتري الشريك حصّة شريكه الممول دفعة واحدة أو على دفعات لينفرد بملكية ذلك الأصل .

رابعاً : عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بطريقة المضاربة^(١)

(١) د. عجيل جاسم النشمي، مصدر سابق، ص ٥٧١.

(٢) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٢١٢.

(٣) نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ٥٥.

(٤) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٥٨.

يعد عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بطريقة المضاربة الصورة المعبرة عن التعاون المتنامي بين رأس المال والعمل بكل صدق وأمانة إذ يقوم الشريك الممول بتقديم رأس المال اللازم لمشروع معين مقابل قيام الشريك الآخر بتقديم العمل اللازم لتنمية رأس المال.

فالمعقود عليه في هذه الصورة عمل ومال إلا أنه ينبغي التمييز بين الشريك الذي يقدم حصته عملاً وبين العامل أو الأجير الذي يستوفي أجره من أرباح المشاركة ففي الحالة الأولى يساهم الشريك في الأرباح ويتحمل عبء الخسارة متى ما تحققت إذ يخسر الشريك ما قدمه من عمل كحصة في المشاركة بخلاف الحالة الثانية فالعامل أو الأجير يستوفي ما يقابل عمله بصرف النظر عما حققته المشاركة من ربح أو خسارة.

إن هذه الصورة غالباً ما تنصب على الأشياء المنتجة للدخول بطريق العمل عليها إذ يسعى المصرف الإسلامي إلى مساعدة الحرفيين والمهنيين في امتلاك مستلزمات العمل بصفته شريك ممول يقدم لهم الآلات والأدوات والورش التي يحتاجونها ومن ثم تنتهي مشاركته لهم بالتمليك بعد أن يتم إجراء ترتيب منظم يقسم على أساسه عائد نتاج العمل من الأرباح بحيث يكون لكل شريك نسبة معلومة منه مع تجنيب الجزء المتبقي لدى المصرف إلى أن يصل مقداره إلى ما يساوي قيمة تلك المستلزمات ليتم تسديد ما دفعه المصرف ونقل ملكيتها لمن

(١) نصت م ١٤٠٤ من مجلة الأحكام العدلية على أنه (المضاربة نوع شركة على أن يكون رأس المال من طرف والسعي والعمل من الطرف الآخر ويدعى صاحب المال رب المال والعامل مضارباً) تقابلها مادة ٦٦٠ من القانون المدني العراقي والتي تنص (المضاربة شركة يقدم فيها رب المال رأس المال والمضارب العمل) فالمضاربة لغةً كما ورد في الأعمال التحضيرية للقانون المذكور عن الأستاذ منير القاضي بمعنى الضرب أي السعي مطلقاً نحو العمل فالمضارب هو من يسعى للعمل وإن استعمالها هنا أقرب إلى معناه اللغوي وقد ورد في الآية الكريمة (وأخرون يضربون في الأرض) أي يسعون فيها، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١، ج٣، ٢٠٠٢، ص١٦٦ (مع العرض إن المواد ٦٢٦-٦٨٣) ألغيت بموجب (م ٢١٥/ثانياً) من قانون الشركات رقم ٣٦ لسنة ١٩٨٣ المنشور في الوقائع العراقية ذي العدد (٢٩٣٥) في ١٨/٤/١٩٨٣).

عمل عليها خلال المدة التي سددت فيها قيمتها بالكامل^(١)، فتملك الشريك للمشروع الذي يعمل فيه مرتبطاً بتسديد ما قدمه المصرف من واقع النسبة الموجودة لهذه الغاية^(٢).

ومما تقدم يظهر لنا إن الربح يوزع إلى حصتين :

- حصة المصرف التي يحصل عليها كعائد لرأس المال.

- حصة الشريك و التي تضم النسبة التي يأخذها مقابل العمل الذي أداه ،فهو شريك جهد وليس شريك مال^(٣)، والنسبة التي تدخر له لتسديد قيمة رأس المال.

أي إن حصة الشريك من الأرباح قسمين قسم يدفع له وقسم يدخر له إلا إن ذلك لا يحول دون الاتفاق على ادخار جميع حصة الشريك من الأرباح كضمن لشراء ما قدمه المصرف.

ومما تجدر الإشارة إليه إن هذه الصورة لا تقتصر على قيام الشريك الممول بتقديم الأشياء المنتجة للدخول بطريق العمل عليها بل تمتد لتشمل أي مشروع مدر للدخل يتم تمويله بالكامل من طرف ويتولى العمل الطرف الآخر^(٤).

(١) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٢١٠.

(٢) عبد الرزاق رحيم جدي إلهيتي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية العلوم الإسلامية في جامعة بغداد، ١٩٩٣، ص ٤٠٩.

(٣) د. عايد فضل الشعراوي، مصدر سابق، ص ٣٢٣.

(٤) صلاح سعيد عبد الله المرزوقي، مصدر سابق، ص ٥١.

المطلب الثاني

صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من حيث طبيعة الاستغلال

إن تحقق الاشتراك في مشروع معين ما هو إلا نقطة البداية التي ينبغي أن يعقبها إستغلال ذلك المشروع ليتسنى للمتعاقدین بلوغ الهدف أو تحقيق الغاية إلا إن المكانة السامية التي يحظى بها مبدأ سلطان الإرادة أدت إلى تنوع صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من حيث طبيعة الاستغلال إلى :-

أولاً: عقد المشاركة المنتهية بالتمليك مع الإيجار^(١)

إن إتجاه إرادة المتعاقدين إلى الاشتراك في مشروع معين ومن ثم السعي إلى استغلاله غالباً ما يتم بتأجير احد الشريكين نصيبه لشريكه أو تأجير الشريكين نصيبهما للغير^(٢)، وحينئذ تتعاظم الأدوار التي يلعبها طالب التمويل من عميل إلى شريك ثم مؤجر أو مستأجر وأخيراً مالكاً للمشروع، فمتى ما اقترن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك مع الإيجار استلزم الأمر تطبيق أحكامه خلال مدة الإجارة، ولتوضيح الصورة سنعرض لهذين الفرضين وكالاتي :

الفرض الأول: تأجير أحد الشريكين نصيبه لشريكه

قد يرغب أحد أطراف عقد المشاركة المنتهية بالتمليك في الانفراد بمنفعة المشروع محل العقد قبل أن يتسنى له الانفراد بملكيته وحينئذ يقدم على استئجار حصة شريكه بأجرة معلومة

(١) م ٧٢٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص (الإيجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة و به يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور).

(٢) م ٧٣١ من القانون المدني العراقي والتي تنص (يجوز إيجار الحصة الشائعة للشريك أو غيره)

م ٣ / ١٠٦١ من القانون المدني العراقي والتي تنص (ويجوز للشريك في الشروع أن يؤجر حصته الشائعة لشريكه أو لغير شريكه).

ولمدة محددة ليحصل على المنفعة المقصودة إذ ينتفع بحصة شريكه بالإيجار وبحصته بالملك فيحظى بصفة الشريك المستأجر بينما يكون الطرف الآخر شريكاً مؤجراً، كما لو اتفق أطراف العقد على المشاركة في ملكية عقار إذ يدفع كل منهما جزءاً من الثمن يعادل حصته فيه على أن يستأجر أحدهما نصيب الآخر في ذلك العقار ومن ثم يشتري الشريك المستأجر حصة الشريك المؤجر دفعة واحدة أو على دفعات لينفرد بملكية العقار وينهي كل من المشاركة والإيجار بالتمليك.

الفرض الثاني: تأجير الشريكين نصيبهما للغير

قد يتراضى أطراف عقد المشاركة المنتهية بالتمليك على آلية إستغلال المشروع المشترك عن طريق تأجيره للغير فيحظى كل طرف بمنزلة الشريك المؤجر بينما يكون المستأجر من الغير ومن ثم يتم توزيع الإيرادات المتحصلة من بدلات الإيجار حسب حصة كل شريك في العقار أي يتناسب نصيب الشريك من الأجرة مع حصته في المأجور ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك فنصيب الشريك من الأجرة يمثل العائد لما قدمه في رأس المال ولتوضيح هذا الفرض سنعرض للتطبيق الآتي:

أُبرم عقد مشاركة منتهية بالتمليك بين كل من البنك العربي الإسلامي الدولي وأحد العملاء لإقامة مشروع عقاري بقصد تأجيره للغير على أن يساهم العميل بقطعة الأرض مقابل قيام البنك بتقديم التمويل اللازم لإقامة المشروع ويخصص إيراد العميل من بدل الإيجار أو جزء منه لتسديد ثمن حصة البنك حتى تنتهي المشاركة بانفراد العميل في ملكية المشروع.

وبناء على ما تقدم نرى إن التمييز بين الفرضين السابقين قائم من جوانب عدة وكالاتي :-

١. في الفرض الأول يكون أحد أطراف العقد شريك مؤجر والطرف الأخر شريك مستأجر بينما في الفرض الثاني يكون كل من طرفي العقد شريكاً مؤجراً والمستأجر من الغير.

٢. في الفرض الأول ينصب الإيجار على حصة أحد الشركاء (الشريك المؤجر) بينما في الفرض الثاني فإن الإيجار يمتد ليشمل مجموع حصص أطراف عقد المشاركة المنتهية بالتمليك.

٣. في الفرض الأول ينقضي عقد الإيجار متى ما انتهت المشاركة بالتمليك فلا يمكن الجمع بين صفتي المالك والمستأجر أما في الفرض الثاني فإن عقود الإيجار المبرمة من قبل الشريك البائع تكون نافذة في حق الشريك المشتري متى ما كان تأريخ تلك العقود ثابت وسابق على انتهاء عقد المشاركة بالتمليك^(١).

ومن جانب آخر فإن وقت تحديد الأجرة^(٢) في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك مع الإيجار قد يتم بسلوك احد الطرفين :

الطريق الأول: أن يتم الاتفاق على تحديد الأجرة عند توقيع عقد المشاركة المنتهية بالتمليك لأن الإيجار من عقود المعاوضة مما يستلزم أن تكون الأجرة (العوض) معلومة ومحددة عند التعاقد.

(١) م ٧٨٦ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (١). إذا انتقلت ملكية المأجور إلى شخص آخر فلا يكون الإيجار نافذاً في حقه إذا لم يكن له تأريخ ثابت سابق على التصرف الذي ترتب عليه انتقال الملكية). م ٧٨٨ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (١). إذا كان الإيجار نافذاً في حق من انتقلت إليه الملكية أو لم يكن نافذاً ولكن تمسك هو به فإنه يحل محل المؤجر في جميع ما ينشأ عن عقد الإيجار من حقوق والتزامات).

(٢) م ٧٣٨ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر إثبات الأجرة المدعى بها وجب أجر المثل).

إلا إننا نرى إن تحديد الأجرة عند توقيع عقد المشاركة المنتهية بالتمليك مع الإيجار قد يؤدي إلى الغبن لعدم ثبات الأسعار وتغيرها ولا سيما عندما يفصل الزمن بين توقيع عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وبدأ مدة الإيجار وكما إن هذا الطريق إن كان ممكن التطبيق في الفرض الأول (تأجير أحد الشريكين نصيبه لشريكه) إلا انه يتعذر ذلك في الفرض الثاني (تأجير الشريكين نصيبهما للغير) فكيف يمكن تحديد الأجرة في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك دون أن يكون المستأجر طرفاً فيه؟

الطريق الثاني: أن يتم الاتفاق على الأساس الذي تحدد بموجبه الأجرة فيما بعد أي أن يتم تقدير الأجرة بأجرة المثل عند الإيجار بعد تمام المشروع، ويمكن أن يقال إن تقدير الأجرة بأجرة المثل وقت الإيجار اقرب للعدل وابعد عن الظلم والغبن والبخس في الأجرة من تحديدها مسبقاً أي عند توقيع عقد المشاركة المنتهية بالتمليك^(١).

وقد تباينت تطبيقات تحديد الأجرة فلو أراد الشريك استخدام البناء لسكنه الشخصي ولن يعرض العقار في السوق لغرض تأجيره يجب أن تقوم لجنة من الخبراء الثقات العدول بتقدير أجرة مثله بعد انجازه وبناء على تقدير حقيقي لأسعار الشقق والمنازل المماثلة^(٢).

وقد اطلقت المؤسسة المصرفية العربية (A.B.C) مشروع (تمويل البراق للإسكان الملتزم بالشريعة) بمقتضاه يقوم صاحب المنزل المراد شراؤه والمصرف بشراء المنزل شراكة ومن ثم يشتري صاحب المنزل حصة المصرف بشكل تدريجي وفي الوقت ذاته يدفع أجرة للمصرف على

(١) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ١٤١.

(٢) د. عبد السلام العبادي، المشاركة المتناقصة طبيعتها وضوابطها الخاصة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، جدة، عدد ١٣، ج ٢، ٢٠٠١، ص ٥٣٨.

حصته المتناقصة في المنزل إلا إن تحديد الأجرة يكون حسب اختيار الشريك العميل وظروفه من خلال إتباع إحدى الطريقتين وكالاتي :-

- الطريقة الأولى: يتم تحديد الأجرة لمدة ستة أشهر تجري بعدها إعادة النظر لتحديد أجرة الشهور الستة التالية.

- الطريقة الثانية: يتم تحديد الأجرة لمدة عامين تتم مراجعتها كل ستة أشهر^(١).

أما (شركة لا ربا) والتي تقوم على إفتراض إن الشركة سوف تشتري العقار مشاركة مع العميل ومن ثم تبعية حصتها فيه كما يفترض إن العميل يستأجر حصة الشركة في العقار بقيمة سوقية عادلة تحكمها عوامل التميز المختلفة كالموقع ومواصفات البناء والمساحة والاتجاهات والأسلوب الذي تتبعه الشركة في تحديد هذه القيمة هو أن يقوم العميل بالتحقق من القيمة الإيجارية من مصادر عدة في السوق لذلك العقار أو لعقار مشابه له في مختلف الظروف ولنفرض انه قد توصل إلى قيمة إيجاريه شهرية (٩٠٠, ١٠٠٠, ١١٠٠) دولاراً في الشهر وتقوم الشركة من جانبها بالتحقق بنفس الأسلوب من مصادر أخرى وتوصلت إلى القيمة الإيجارية (١٠٠٠, ١١٠٠, ١٢٠٠) دولاراً في الشهر ثم يقوم الطرفان (الشركة والعميل) بالاتفاق على قيمة عادلة ومعقولة للإيجار (المتوسط مثلاً) كما لو اتفق الطرفان على أن تكون أجرة العقار (١٠٠٠) دولاراً شهرياً وعلى هذا الأساس يتم تحديد الأجرة التي يدفعها العميل للشركة فلو كانت تملك ٨٠% من العقار يلتزم العميل بدفع ٨٠٠ دولاراً شهرياً كبديل إيجار لحصة الشركة في العقار^(٢).

(١) نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ٤٣-٤٤.

(٢) د. احمد الصويعي شليبيك، مصدر سابق، ص ٣٧١-٣٧٥.

ثانياً. عقد المشاركة المنتهية بالتمليك في المجالات التجارية والصناعية والزراعية

يعد عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من الوسائل الفعالة التي تؤدي إلى تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال تمكين أصحاب الاختصاص في الميادين (التجارية، الصناعية، الزراعية) من استحداث المشاريع أو تطويرها ومن ثم السعي إلى الانفراد بملكيته.

فالمشاركة التجارية المنتهية بالتمليك توسع قاعدة ملكية المشاريع التجارية كما لو إشتراك المصرف مع أحد عملائه في شراء مجمع تجاري أو إقامة أسواق تجارية على أن يلتزم الشريك بشراء حصة المصرف في المشروع التجاري سواء أكان ذلك من أرباح المشروع أم من موارد خارجية ليتسنى له إنهاء المشاركة والإنفراد بالملكية، ومن التطبيقات العملية لعقد المشاركة التجارية المنتهية بالتمليك مشاركة البنك الإسلامي الأردني مع بلدية أربد في مشروع بناء سوق تجاري^(١).

وقد يبرم عقد المشاركة المنتهية بالتمليك لتمويل المشاريع الصناعية سواء أأنصبت المشاركة على استحداث مصانع جديدة أم تطوير المشاريع الصناعية القائمة فالمشاركة الصناعية المنتهية بالتمليك وسيلة ناجعة لتبني الأفكار الإبتكارية والتكنولوجيا الجديدة مما يؤدي إلى النهوض بالحركة الصناعية، ولتوضيح هذه الصورة سنعرض للمثال الآتي^(٢):

إشترك البنك الإسلامي مع (س) في إنشاء مصنع حديد مشاركة صناعية منتهية بالتمليك وقد تضمنت بنود العقد:

- يساهم كل طرف بنصف رأس مال المصنع .

(١) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٢) د. محمود حسين الوادي ود. حسين محمد سمحان، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

- توزع الأرباح بين الطرفين بواقع ٢:١ للبنك و(س) على التوالي .

- يشتري (س) حصة البنك في المصنع عن طريق دفع ٧٠% من أرباحه السنوية للبنك حتى تنتهي المشاركة بالتمليك وينفرد (س) بملكية المصنع.

وكذلك يبرز دور المشاركة الصناعية المنتهية بالتمليك عندما يراد تطوير مصنع قائم فقد يرغب مالك المصنع في إضافة وحدة إنتاجية جديدة للنهوض بواقع العمل في المصنع إذ يطلب من المصرف تمويل تلك الوحدة ليحظى بمركز الشريك الممول للمصنع ومن ثم تنظم الإيرادات والمصاريف الخاصة بهذه الوحدة الإنتاجية بشكل مستقل بحيث يقسم العائد إلى أقسامٍ ثلاث قسم للمصرف وقسم لصاحب المصنع وقسم يحجز في حساب خاص لتسديد قيمة الوحدة الإنتاجية لحين تحقق المساواة بين المبلغ المحجوز وقيمة حصة المصرف في المصنع لتنتقل ملكيتها إلى الشريك ومن ثم ينفرد بملكية المصنع بعد انتهاء مشاركته للمصرف بالتمليك^(١).

وبناء على ما تقدم يكون المصرف شريكاً فعالاً يعمل على تحويل رأس المال الجامد إلى رأس مال متحرك يدخل سوق الإنتاج ويعمل على أحداث التنمية في المجتمع^(٢)، من خلال تقديمه للتمويل اللازم لإنشاء وتطوير المصانع وتزويدها بالمباني والمكينات والمعدات وكذلك المساهمة في تحديد وسائل الإنتاج والتوزيع أو التسويق ومراقبة نتائج المشاركة من ربح أو خسارة دون

(١) صلاح سعيد عبد الله المرزوقي، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٢) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

أن يقع العميل في منزلق القروض المقترنة بفوائد ربوية تسدد في جميع الأحوال وفي أوقات دورية سواء أتكلفت المشاركة بالربح ام مُنبت بالخسارة^(١).

وفي الواقع العملي طبقت المشاركة الصناعية المنتهية بالتمليك في السودان من قبل كل من بنك فيصل الإسلامي السوداني وبنك التنمية التعاوني الإسلامي السوداني^(٢).

ولا يتوقف عقد المشاركة المنتهية بالتمليك عند المجالات التجارية أو المجالات الصناعية بل يمتد ليشمل المجالات الزراعية حيث تظهر صورة المشاركة الزراعية المنتهية بالتمليك لتمثل الفرصة الذهبية التي تمكن الفلاحين والمزارعين من استثمار الأراضي الزراعية والحصول على وسائل الإنتاج كالآلات والمعدات لتحقيق النهضة الزراعية من خلال تشجيع المزارعين على بذل الجهود المظنية لزيادة الإنتاج وتحسينه ليتسنى لهم الإنفراد بملكية المشاريع ووسائل الإنتاج الزراعية ليحظى كل منهم بمركز المالك بدلاً من أن يكون أجيراً عند الآخرين فالمشاركة الزراعية المنتهية بالتمليك تلعب دوراً متعاضماً للحيلولة دون إهدار الطاقات البشرية الإنتاجية ولا سيما في البلاد الزراعية كالسودان إذ برز التطبيق العملي لهذه الصورة من قبل كل من ،بنك فيصل الاسلامي وبنك التنمية التعاوني الإسلامي^(٣) .

المطلب الثالث

صور عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من حيث الطريقة المتبعة في التمليك

(١) د.وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ٤٣٣.

(٢) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٢١٢.

(٣) المصدر السابق، ص ٢١٣.

إيفاءً بالغايات المقصودة من عقد المشاركة المنتهية بالتمليك والذي يتمخض عنه مشاركة ذات طبيعة مؤقتة واجل محدد يعمد الشركاء إلى تحديد العمر الافتراضي للمشاركة ورسم المسار الواجب الإلتباع لإنتهائها بالتمليك ومن ثم يتخذ العقد من حيث الطريقة المتبعة لانتهاء المشاركة بالتمليك إحدى الصورتين الآتيتين:

أولاً: عقد المشاركة الثابتة المنتهية بالتمليك

تظهر هذه الصورة عندما تتجه إرادة الشركاء إلى أن يكون التملك من أحد الطرفين والتخارج من الطرف الآخر دفعة واحدة عن طريق بيع أحد الشريكين كامل حصته لشريكه^(١)، أي أن يكون انتقال الملكية إلى الشريك المشتري شاملاً لجميع حصة الشريك البائع لتنتهي المشاركة الثابتة ويتخلى أطراف العقد عن صفة الشريك متى ما تحقق الانفرد بالملكية والقضاء على المشاركة دفعة واحدة بالتمليك.

فالسمة المميزة لهذه الصورة تتمثل في إن المشاركة في الملكية والأرباح والخسائر والنفقات تكون ثابتة طوال مدة العقد أي وجود التلازم بين عنصر الثبات وما يملكه كل شريك وماله من حقوق وما عليه من واجبات منذ بدء المشاركة ولحين انتهاءها بالتمليك إلا إن انتقال ملكية حصة الشريك البائع إلى الشريك المشتري دفعة واحدة لا يحول دون أن يتم تسديد الثمن على دفعات كما لو باع الشريك الممول حصته في المشروع المشترك دفعة واحدة في حين إن الشريك المشتري يدفع الثمن على أقساط دورية وعلق انتقال الملكية على الوفاء بجميع الأقساط، ففي هذه الحالة لا يملك الشريك المشتري حصة شريكه أو أي جزء منها إلا بعد

(١) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ١٩٨.

تسديد جميع ثمنها^(١)، فيكون انتقال ملكية حصة الشريك البائع إلى الشريك المشتري دفعة واحدة عند تمام تسديد الثمن ومن ثم تكون حصة كل شريك ثابتة لحين انتهاء المشاركة بالتمليك دفعة واحدة وان تم تسديد الثمن على دفعات .

ثانياً : عقد المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك

تظهر هذه الصورة عندما تتجه إرادة الشركاء إلى أن يكون التملك من احد الطرفين والتخارج من الطرف الأخر على دفعات^(٢)، بعقود بيع متعاقبة يأخذ بعضها برقاب بعض وفق جدول زمني ينظم الانتقال التدريجي لحصة الشريك البائع إلى الشريك المشتري ،الذي كلما اشترى جزءاً من حصة شريكه زادت حصته وأرباحه بمقدار ما اشتراه ونقصت حصة الشريك البائع بقدر تلك الزيادة ونقص تبعاً لها نصيبه من الأرباح^(٣)، حتى يفضي التملك التدريجي إلى انتهاء المشاركة بإنفراد المشتري بملكية المشروع بعد تمام انتقال ملكية حصة الشريك البائع إلى الشريك المشتري ، بموجب عقود بيع متعددة ومتلاحقة ومنفصلة عن بعضها في الإنشاء والتنفيذ والآجال^(٤).

فعقد المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك إن كان يتفق مع عقد المشاركة الثابتة المنتهية بالتمليك من حيث الطبيعة المؤقتة للمشاركة إلا إن الاختلاف قائم من حيث الطريقة المتبعة لإنتهائها بالتمليك.

(١) د. هشام احمد عبد الحي، مصدر سابق، ص ٣٩٤.

(٢) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٣) د. نزيه حماد، العقود المركبة في الفقه الاسلامي، مصدر سابق، ص ٧٤.

(٤) المصدر السابق، ص ٧٤.

وهناك من يعتقد إن هذه الصورة من عقد المشاركة المنتهية بالتملك تعرف بالمشاركة المتناقصة لعدم توافر عنصر الاستمرارية فيما بين جميع أطرافها إذ إن الطرف الممول لا ينوي الاستمرار في المشاركة بل يعطي الحق للشريك الآخر ليحل محله في ملكية المشروع ويوافق على التنازل عن حصته في المشاركة دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضي الشروط المتفق عليها^(١).

إلا إننا نرى إن هذا الرأي يفتقر إلى الدقة لأن ما جعل المشاركة متناقصة هو تخلف عنصر الثبات فالتخارج المرحلي أدى إلى التناسب العكسي بين حصص الشركاء فتزداد حصة الشريك المشتري بتناقص حصة الشريك البائع وإلى التناسب الطردي بين حصة كل شريك وماله من حقوق وما عليه من التزامات مع العرض إن صورة عقد المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك تظهر عندما يبيع الشريك حصته إلى شريكه على دفعات إلا إن المشاركة لا تتناقص متى ما توافر عنصر الثبات وتم بيع حصة الشريك دفعة واحدة .

المبحث الثالث

خصوصية آثار عقد المشاركة المنتهية بالتملك

متى ما نشأ عقد المشاركة المنتهية بالتملك مستجمعاً لأركانه و مستوفياً لشروطه ترتبت عليه آثاره سواء من حيث التصرف والإدارة أم من حيث الربح والخسارة ومن ثم إن الخوض في غمار آثار عقد المشاركة المنتهية بالتملك سيتم من خلال مطلبين وكالاتي:

المطلب الأول: آثار عقد المشاركة المنتهية بالتملك من حيث التصرف والإدارة.

(١) نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ٤٢.

المطلب الثاني: آثار عقد المشاركة المنتهية بالتملك من حيث الربح والخسارة.

المطلب الأول

آثار عقد المشاركة المنتهية بالتملك من حيث التصرف والإدارة

إن حق الشريك في عقد المشاركة المنتهية بالتملك حق ملكية بالمعنى الدقيق يتسع نطاقه المادي ليشمل المشروع محل العقد وينحصر نطاقه المعنوي أو الحسابي في الحصة الرمزية التي يملكها في هذا المشروع.

إذ تجتمع ملكية الشريك مع ما يملكه شركائه في كل ذرة من ذرات المشروع محل العقد ومن ثم يحظى الشريك بمركز المالك^(١)، ولكن ما هو مدى السلطات التي يتمتع بها الشريك كمالك؟ هذا ما سنتناوله تباعاً بالبحث .

أولاً: التصرف

يقصد بالتصرف استخدام الشيء استخداماً تستنفذ معه السلطة المقررة عليه كلاً أو بعضاً^(٢)، والتصرف من السلطات التي يحظى بها المالك فحق الملكية يخول صاحبه التصرف في رقبة الشيء ومنافعه كلياً أو جزئياً يصل إلى حد إتلافه فسلطة المالك في التصرف ذات طابع شمولي لا تقتصر على التصرف القانوني وإنما تمتد لتستوعب التصرف المادي^(٣)، ومن

(١) قضت الهيئة الاستئنافية في محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم ٩٥٧ في ٢٠١٣/٢/١٤ (إن كل شريك في الشيوخ يملك حصته الشائعة ملكية تامة)، مجلة التشريع والقضاء، العدد الثالث، ٢٠١٣، ص ١٣٨.

(٢) د. مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص ٨٣.

(٣) رعد أدهم السامرائي، مدى سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠٠١، ص ٢٠.

ثم فان للتصرف في حدود حق الملكية معنى خاص بالنظر إلى اتساع مضمون هذا الحق وشمول سلطاته^(١).

إن التصرف المادي يتجسد في القيام بالأعمال المادية التي تؤدي إلى تغيير الشيء تغيراً جوهرياً يؤدي إلى قلب وظيفته والغرض منه كإنشاء دار سكن في أرض زراعية أو إتلاف أو إهلاك الشيء محل الحق كهدم البناء ومن هنا نتساءل هل يحظى الشريك في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بسلطة التصرف المادي؟

إن كان للشريك سلطة التصرف إلا إن هذه السلطة مقيدة بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين^(٢)، ومن ثم فأن سلطة التصرف المادي لا تثبت إلا للشركاء مجتمعين^(٣)، فلم يتم الاتفاق على توسيع نطاق المشاركة بإضافة منشآت جديدة إلى المشروع محل العقد إلا إن موافقة الشركاء ينبغي إثباتها ببينة تحريرية وهذا ما قضت به محكمة التمييز في قرار لها جاء فيه (إذا ادعى الشريك بأنه أقام المنشآت على القطعة بإذن شركاءه فيجب إثبات الإذن ببينة تحريرية)^(٤).

(١) د. حسن كبره، الحقوق العينية الأصلية (أحكامها ومصادرها)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٥، ص ٧٩.
(٢) م ١/١٠٦٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (كل واحد من الشركاء أجنبي في حصة الآخر وليس له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرراً بأي وجه كان من غير رضاه).
(٣) وتطبيقاً لذلك ذهبت محكمة التمييز إلى: (إن الشريك في المال الشائع وإن كان يملك حصته ملكاً تاماً إلا انه وفي عين الوقت أجنبي عن حصص باقي الشركاء ولا يجوز له أن يتصرف فيها تصرفاً مضرراً بأي وجه كان من غير رضاهم، كما إن البناء على العقار الشائع يجب إن يتم بموافقة باقي الشركاء جميعاً) قرار رقم ٧٩/ الهيئة الاستئنافية عقار /٢٠٠٨/ في ٢٠٠٨/١/١٦ أصدرته محكمة التمييز الاتحادية/النشرة القضائية/العدد ٥٣ لسنة ٢٠١١.

(٤) قرار محكمة التمييز المرقم (٢٤٤٣)/ مدنية أولى /١٩٩٨/ في ١٩٩٨/٩/٢٣ (قرار غير منشور).

وبناءً على ما تقدم فإن إقامة منشآت جديدة في المشروع محل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من التصرفات المادية التي تقتضي موافقة جميع الشركاء التحريية.

أما التصرف القانوني فيعني إتجاه الإرادة نحو إحداث اثر قانوني كإنشاء الحقوق أو تعديلها أو انقضاءها^(١)، ومن هنا نتساءل هل يحظى الشريك في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بسلطة التصرف القانوني كإنهاء حقه بنقل ملكية حصته إلى الغير أو تقرير حق عيني عليها؟ ولا سيما إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك يتضمن وعداً بالبيع يلعب دور الوسيط لإنهاء المشاركة بالتمليك عن طريق البيع.

الأصل إن تعدد الشركاء لا يحول دون تصرف الشريك فيما يملكه من حصة تصرفاً قانونياً من شأنه أن يؤدي إلى زوال حقه كلياً أو جزئياً أو إن يقرر للغير على حصته حقاً عينياً أصلياً أو تبعياً^(٢).

لأن هذه التصرفات ترد على حق الشريك ذاته الذي لا يزاحمه فيه سواه ولا تنطوي على المساس بحقوق غيره من الشركاء إلا إن حرية الشريك في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك في التصرف القانوني مقيدة بما تقرر على حصته من حقوق، فيتعين على الشريك الواعد ألا يتصرف في الحصة الموعود ببيعها على نحو يتعارض مع حق الشريك الموعود له وإلا كان مخالفاً

(١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ١٥-١٦.

(٢) م ١٠٦١ / ٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص (وكل شريك في الشبوع يملك حصته الشائعة ملكاً تاماً وله حق الانتفاع بها واستغلالها بحيث لا يضر بشركائه والتصرف فيها بالبيع والرهن وغير ذلك من أنواع التصرف ولو بغير إنهم) تقابلها م ١/٨٢٦ من القانون المدني المصري.

بالتزامه والتزم لذلك بالتعويض عن هذا الإخلال طبقاً لقواعد المسؤولية العقدية وهذا يؤدي إلى القول بان مسؤولية الشريك الواعد لا تمس الآثار الناتجة عن البيع الذي وقعت به مخالفة الوعد^(١)، فتصرف الشريك الواعد صحيحاً قبل المتصرف إليه إلا انه يعد إخلالاً بالوعد قبل الشريك الموعود له ومن ثم فالحكم بالتعويض هو الجزاء الوحيد الواجب التطبيق^(٢)، وفقاً لأحكام القانون المدني العراقي.

ويبدو لنا إن كان الشريك الواعد قد تصرف في حصته بالبيع لأجنبي وكانت المشاركة قد انصبت على دار سكن يمكن للشريك الموعود له متى ما لم يملك دار سكن على وجه الاستقلال تملك الحصة المبيعة ولو جبراً على المشتري عن طريق الشفعة^(٣)، وفقاً لأحكام المادة ١١٢٩ من القانون المدني العراقي والتي تنص:

١- ينحصر حق الشفعة بالشريك في دار السكن الشائعة شرط إن لا يملك دار سكن على وجه الاستقلال.

(١) د. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٦، ص ٧٨-٧٩.

(٢) نصت م ١٠٢ من القانون المدني المصري على انه (إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لضمان العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى ما حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد)، ولا يوجد ما يماثل هذا النص في القانون المدني العراقي مما يقتضي تطبيق القواعد العامة كونها الملاذ الحقيقي في حالة غياب النص.

(٣) م ١١٢٨ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (الشفعة هي تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة).

٢- تعتبر الشقة السكنية بحكم دار السكن لأغراض هذا القرار^(١).

فكان هذا النص المورد الذي استسقى منه قضاء محكمة التمييز العديد من قراراته منها ما جاء فيه (إن حق طلب الشفعة ينحصر بالشريك في دار السكن الشائعة شرط إن لا يملك دار سكن على وجه الاستقلال ولا يشمل السهام الشائعة في الأرض المباعة)^(٢).

وبناءً على ما تقدم فإن نظام الشفعة يؤمن الحماية القانونية للشريك الذي لا يملك دار سكن على وجه الاستقلال فالمشروع العراقي قد راعى مدى الضرر الذي يلحق بالشريك من جراء دخول المشتري الأجنبي كشريك له في الدار فأتاح له منع دخوله شريكاً بهذه الوسيلة^(٣).

ومما تجدر الإشارة إليه إن الواقع العملي قد شهد وجود شرط المنع من التصرف^(٤)، في العديد من عقود المشاركة المنتهية بالتمليك والذي بمقتضاه يمنع أحد أطراف العقد من القيام بأي تصرف أو إجراء قانوني يتعارض أو يعرقل تنفيذ بنود العقد.

ونرى صحة هذا الشرط ما دام المنع لمدة مؤقتة (مدة المشاركة) وتبرره مصلحة مشروعة تتمثل بضمان حسن تنفيذ العقد^(٥)، ومن ثم فالشرط المانع صحيح إذ جمع بين التوقيت

(١) حذفت المادة (١١٢٩) وحل محلها النص الحالي وذلك بموجب القرار رقم ٩٧٨ في ٢٤/٧/١٩٧٨.

(٢) قرار رقم ٤٤٠ / مدنية ثانية / ١٩٨١ في ١٤/١٢/١٩٨١، مجموعة الأحكام العدلية، السنة الثانية عشر، العدد الرابع، ١٩٨١، ص ٤١.

(٣) د. عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط ٣، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٩٦٧، ص ٢١٥.

(٤) م ٨٢٣ من القانون المدني المصري والتي تنص على انه (إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضي بمنع التصرف في مال فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنياً على باعث مشروع و مقصوراً على مدة معقولة) ولا يوجد ما يقابل هذا النص في القانون المدني العراقي.

(٥) م ١/١٥٠ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية).

والمصلحة المشروعة للمشترط، الا انه من الملاحظ إن المنع قد انصب على التصرف القانوني دون التصرف المادي أي منع الشريك من التصرف في حقه دون التصرف في محل هذا الحق ومرد ذلك إلى إن سلطة التصرف المادي لا تثبت إلا للشركاء مجتمعين.

ثانيا : الإدارة

تحظى الإدارة في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بأهمية بالغة نظراً لما تنطوي عليه من القيام بالأعمال اللازمة لاستغلال المشروع محل العقد ومن ثم تحقق مآرب الشركاء في الحصول على ما يدره المشروع من أرباح حتى يحين أجل المشاركة وتتحقق نهايتها بالتمليك، والأصل إن تكون الإدارة من حق جميع الشركاء مجتمعين^(١).

ويرجع ذلك إلى إن لكل شريك حقاً يماثل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين^(٢)، فالمشاركة في الإدارة من الحقوق التي يتمتع بها كل شريك في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك.

وخروجاً عن هذا الأصل قد ينفرد الشريك بإدارة المشروع محل العقد بناءً على تفويض من باقي الشركاء الذين قد تتجه إرادتهم إلى وضع تنظيم معين للإدارة يتم تنفيذه من قبل الشريك المدير للمشروع بصفته نائباً اتفاقياً يتولى القيام بأعمال الإدارة أصيلاً عن نفسه ونائباً عن سواه من الشركاء ومن ثم فما يقوم به من أعمال بهذه الصفة تنفذ بحقهم^(٣)، متى ما تمت

(١) ١٠٦٤ / ١ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (تكون إدارة المال الشائع من حق الشركاء مجتمعين ما لم يوجد إتفاق يخالف ذلك) تقابلها م ٨٢٧ من القانون المدني المصري .

(٢) بشار فاروق محمد الاعرجي، سلطات الشريك في إدارة المال الشائع، بحث مقدم إلى المعهد القضائي، ٢٠١٤، ص ٢١.

(٣) قضت محكمة النقض المصرية بقرارها المرقم ٩٣٩ في ١٢/٥/١٩٧٩ بأنه (يعد الشريك أصيلاً عن نفسه ووكيلاً عن باقي الشركاء في إدارة المال الشائع فتنفذ الأعمال التي تصدر منه في حق الشركاء الباقين سواء ما

تلك الأعمال وفقاً للتنظيم الذي وضعه الشركاء، وبالحدود المفوض بها فإذا ما تجاوزت تلك الحدود عدت تصرفه موقوفاً على إجازة الشركاء متى ما ثبت إن هذا التصرف غير داخل في حدود التفويض^(١)، فهو المصدر لما يتمتع به الشريك المدير للمشروع من سلطات مما يوجب عليه القيام بأعمال الإدارة التي تتطلبها المشاركة وفقاً لما فوضه به غيره من الشركاء^(٢)، وإن يبذل في سبيل ذلك عناية الشخص المعتاد^(٣).

والغالب إن إدارة المشاركة المنتهية بالتمليك تتم من قبل الشريك طالب التمويل ولا سيما إن كان الشريك الممول مصرف ويرجع ذلك إلى الأسباب الآتية :

١- إن المشروع محل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من إقتراح الشريك طالب التمويل ابتداءً ومن ثم فهو الأقدر على حسن إدارته^(٤)، ولا سيما إن كانت تلك الإدارة تتطلب خبرة أو مهارة فنية يفتقر إليها المصرف .

٢- عدم قدرة المصرف على إدارة جميع المشاريع التي يشارك فيها مشاركة منتهية بالتمليك لكثرتها وتنوع اختصاصاتها^(٥)، مما يستلزم إن تتم إدارة تلك المشاريع من قبل أصحاب الاختصاص في كل ميدان^(١).

كان منها عملاً مادياً أو تصرفاً قانونياً تقتضيه الإدارة) قرار أشار إليه القاضي علي جبار صكيل، سلطة المدير في إدارة المال الشائع، بحث مقدم إلى المعهد القضائي، ٢٠١٢، ص ٥٧.

(١) المصدر السابق، ص ٥٦.

(٢) م ٩٣٣ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة....).

(٣) م ٩٣٤ / ٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (وان كانت بأجر وجب على الوكيل إن يبذل دائماً في تنفيذها عناية الرجل المعتاد).

(٤) د. فهد سعد الدبيس الرشدي، مصدر سابق، ص ٤١٩.

(٥) المصدر السابق، ص ٤١٩.

٣- إن العديد من الشركاء لا يرغبون في تدخل المصرف بإدارة ما يشترك فيه من مشاريعهم مشاركة منتهية بالتمليك خشية الكشف عن مبتكراتهم أو خططهم الاستثمارية للحيلولة دون منافستهم^(٢).

٤- إن ما يقدمه الشريك كحصة في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك يجعله أكثر حرصاً من غيره على تحقيق المشروع محل العقد لنتائجه الموضوعه له بأكثر فاعلية وإيجابية^(٣)، ولا سيما إن كانت المشاركة ستنتهي بإنفراده في ملكية ذلك المشروع .

ومتى ما تولى الشريك (طالب التمويل) إدارة المشروع محل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك يكون للمصرف الحق في الرقابة والتدقيق لضمان حسن سير المشاركة والتأكد من الكفاءة الإدارية للشريك ومدى التزامه بنود العقد فتفويض المصرف حقه في الإدارة لا يمنعه من المتابعة والتي قد تكون^(٤):

- متابعة ميدانية: عن طريق إجراء الزيارات الميدانية إلى موقع المشروع والمقابلة الشخصية مع الشريك للإطلاع عن كثب على سير المشاركة والاطمئنان على جدية الشريك في العمل ومتابعة تطور موقف التنفيذ.

(١) د. محمد رامز عبد الفتاح، مصدر سابق، ص ٣٠٣.

(٢) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٣) د. فهد سعد الدبيس الرشدي، مصدر سابق، ص ٤٢٠.

(٤) د. حسين محمد سمحان ود. موسى عمر مبارك، مصدر سابق، ص ١٤٦/ خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٦٧/ صلاح سعيد عبد الله المرزوقي، مصدر سابق، ص ١٠٢.

- متابعة مكتبية: عن طريق طلب تقارير دورية من الشريك المدير للمشروع^(١)، والاطلاع على دفاتر ومستندات المشاركة للتعرف على المركز القانوني والمالي للمشروع.

أما فيما يخص المقابل الذي يتقاضاه الشريك المدير للمشروع نظير ما يقوم به من أعمال الإدارة فيتخذ إحدى صورتين وكالاتي :

١- إستحقاق الشريك راتباً شهرياً مقطوعاً نظير إدارته للمشروع^(٢)، بغض النظر عن نتائج المشاركة سواء أحققت ربحاً أم مُنيت بالخسارة ومن ثم يتقاضى الشريك المدير للمشروع جزء من الأرباح متى ما تحققت بصفته شريكاً في رأس المال وراتباً شهرياً مقطوعاً كمقابل لما يقوم به من أعمال الإدارة .

٢- اختصاص الشريك بنسبة من الأرباح المتحققة كحافز أساسي نظير إدارته للمشروع^(٣)، إذ يتقاضى الشريك المدير للمشروع نسبة من الأرباح، بصفته مديراً فضلاً عما يتقاضاه بصفته شريكاً في رأس المال، فهذه الصورة تجعل حصول الشريك على مقابل الإدارة مرتبطاً بالأرباح التي قد تتحقق أو لا تتحقق.

(١) م ٩٣٦ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (على الوكيل من وقت لآخر إن يطلع الموكل على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة).

(٢) د. فهد سعد الدبيس الرشدي، مصدر سابق، ص ٤٢٠.

(٣) المصدر السابق، ص ٤٢٢.

فضلاً عن ما يحصل عليه الشريك المدير للمشروع من مقابل قد يحصل على حافز أداء فيما لو زادت الأرباح المتحققة عن نسبة معينة لحثه على الجد والمثابرة والحرص على تحقيق المشروع لمزيد من الأرباح^(١).

ويلاحظ إنه ينبغي التمييز بين الشريك الذي يتولى إدارة المشروع وبين الشريك الذي يقدم عمله كحصة في رأس المال فالشريك المدير للمشروع شريك مال يحصل على الأرباح فضلاً عن المقابل لما يقدمه من أعمال في حين إن الشريك الذي يقدم عمله كحصة في رأس المال شريك جهد يحصل على الأرباح فقط نظراً لما يقدمه كحصة من أعمال.

ومما تجدر الإشارة إليه إن مقابل إدارة المشروع محل عقد المشاركة المنتهية بالتملك يدخل ضمن النفقات التي ينبغي أن يتحملها سائر الشركاء كل بقدر حصته^(٢)، في رأس المال ولا يجوز أن يتحملها شريك دون غيره من الشركاء ولو بحجة إن محل المشاركة سيؤول إليه فالمشاركة تقتضي المساواة بين الشركاء في تحمل جميع النفقات إلا إن الواقع العملي قد شهد وجود العديد من المخالفات إذ يُلزم الشريك طالب التمويل بتحمل جميع النفقات، مما تنتفي معه المشاركة في تحمل الأعباء.

(١) إن الشركة الكويتية لتطوير المشروعات الصغيرة تمنح الشريك نظير إدارته للمشروع حوافز أساسية بنسبة ٤٠% من الأرباح الصافية المحققة للمشروع وإذا حقق المشروع أرباحاً صافية تزيد عن ٧,٥% فإنه يستحق أيضاً ٢٠% من الأرباح الصافية المحققة باعتبارها حافز أداء وهذا كله بخلاف نصيبه من الأرباح السنوية، فهد سعد الديب الرشيدي، مصدر سابق، ص ٤٢٢.

(٢) م ١٠٦٧ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (نفقات إدارة المال الشائع وحفظه والضرائب المفروضة عليه وسائر التكاليف الناتجة من الشروع أو المقررة على المال، يتحملها جميع الشركاء كل بقدر حصته).

المطلب الثاني

أثار عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من حيث الربح والخسارة

إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك ما هو إلا وسيلة يسعى من خلالها الشركاء إلى تحقيق مصالحهم المادية المتمثلة في الحصول على الربح ولكن قد يؤول مسعاهم إلى الخسارة مما يستلزم تعاون الشركاء وتآزرهم على جني ثمار المشاركة سواء أتكلت بالنجاح أم مُنيت بالخسارة فنية الإشتراك تقتضي مساهمة كل شريك في الربح وفي ما قد يتحقق من الخسارة لذلك سنعرض لدراسة أثار عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من حيث الربح ثم من حيث الخسارة.

أولاً: الربح^(١)

يقصد بالربح كما عرفته المحكمة العليا الفرنسية (كل كسب مالي أو مادي يضاف إلى ثروة الشركاء) ومن ثم لا يعد تجنب الخسائر أو الاقتصاد في النفقات ربحاً لأن ليس في هذه الحالات إضافة مالية أو مادية إلى ثروة الشركاء^(٢).

فالربح يعني الزيادة المحتملة على رأس المال في حين إن الفائدة هي نسبة ثابتة ومحددة من رأس المال ويرجع التمييز بين الربح الناشئ عن المشاركة والفائدة إلى إن المصارف الإسلامية قد استحدثت عقد المشاركة المنتهية بالتمليك ليكون بديلاً عن عقد القرض بفائدة.

(١) م ١٠٥٨ من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على انه (الربح عبارة عن الكسب) .
(٢) نقلاً عن كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٠، ص ٢٨.

ويعد الربح القاسم المشترك الذي يسعى إليه طرفي عقد المشاركة المنتهية بالتمليك إذ يطمح الشريك الممول إلى الحصول على الربح المتوقع من المشاركة قبل تحقق نهايتها بالتمليك في حين إن الشريك طالب التمويل يعول على ما قد يحصل عليه من الربح ليكون عوناً له في تحقيق طموحه المتمثل بإنفراده في ملكية المشروع^(١)، فالحصول على الربح من الحقوق المالية لكل شريك ولكن متى تكون المشاركة قد حققت ربحاً؟ وما هي الأرباح القابلة للتوزيع على الشركاء؟

تحقق المشاركة ربحاً متى ما زادت فيها قيمة الأصول على الخصوم بموجب جرد سنوي أو إعداد ميزانية^(٢)، ولكي تكون هذه الزيادة قابلة للتوزيع على الشركاء ينبغي خصم جميع التكاليف اللازمة لتحقيق هذه الأرباح^(٣).

فالربح الصافي هو الذي يوزع على الشركاء والمستمد من زيادة الإيرادات على المصروفات^(٤).

إما عن كيفية توزيع الربح المتحقق من عقد المشاركة المنتهية بالتمليك بين الشركاء فقد يكون نصيب كل منهم في الربح متناسباً مع حصته في رأس المال أو مع ما تفيده المشاركة من هذه الحصة إذا كانت حصة الشريك ما يقوم به من أعمال وقد تتجه إرادة الشركاء إلى وضع تنظيم معين لتوزيع الربح ينعقد من خلاله التناسب بين نصيب الشريك في الربح وما يقدمه من حصة في رأس المال.

(١) خالد اللحيان، مصدر سابق، ص ١٧٤.

(٢) د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية (دراسة قانونية مقارنة)، الجامعة المستنصرية، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٤٨.

(٣) د. عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية، ط ١، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٧، ص ٦٦.

(٤) د. لطيف جبر كوماني، مصدر سابق، ص ٢١٥.

فقد يرتأي طرفي العقد إن يتم تخصيص جزء من ربح المشاركة لإنهاءها بالتمليك من خلال تقسيم الربح إلى أجزاء ثلاث يكون أحدها من نصيب الشريك الممول والآخر من نصيب الشريك طالب التمويل في حين يخصص الجزء المتبقي من الربح لتسديد ثمن حصة الشريك حتى تنتهي المشاركة بالتمليك عند تمام التسديد ومن ثم يتحقق التلازم بين الربح الذي تحققه المشاركة و ثمن الحصة الذي يكون واجب الدفع من الأرباح المتحققة^(١).

كما قد تخصص نسبة من الربح للشريك المهني نظير الترخيص له بمزاولة المهنة^(٢)، كترخيص المحاماة والصيدلية والعيادات الطبية والإستشارات بتخصصاتها ونحو ذلك من التراخيص التي لا يكتسب المشروع محل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك الصفة القانونية ولا يحقق أغراضه إلا من خلالها ويرجع ذلك إلى إن هذه التراخيص من الحقوق المعنوية التي لها قيمة مالية ومن ثم تعد جزءاً من رأس مال المشروع محل العقد مما يقتضي إن يقابل الترخيص بمزاولة المهنة نسبة من الربح^(٣).

(١) ينظر في هذا المعنى د.جاسم علي سالم الشامسي، مصدر سابق، ص ٦٠٢/ عبد الرزاق رحيم جدي إلهيتي، مصدر سابق، ص ٤١٢/ نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٢) تخصص الشركة الكويتية لتطوير المشروعات الصغيرة نسبة ٢٠%-٢٥% من الأرباح السنوية الصافية للمشروع بعد خصم حوافز الأداء للشريك المهني نظير الترخيص له بمزاولة المهنة كونها تتطلع إلى إستقطاب المهنيين من حملة التراخيص المهنية لما لهذه الشريحة من أثر في دعم الإقتصاد الوطني، د.فهد سعد الدبيس الرشيد، مصدر سابق، ص ٤٢٥.

(٣) المصدر السابق، ص ٤٢٥.

وقد يحتاط الشركاء إلى ما قد يواجه سير المشاركة من مخاطر وتحديات ويترجم هذا الاحتياط باقتطاع جزء من الأرباح^(١)، يخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار^(٢)، حرصاً على نجاح المشاركة وتحقيقها لما وجدت لأجله من غايات.

ومما تجدر الإشارة إليه إن بعض المصارف الإسلامية^(٣)، قد استحدثت صندوقاً خاصاً لتغطية مخاطر الاستثمار تتم تغذيته بتخصيص نسبة مئوية ثابتة في كل عام من صافي الإيرادات^(٤).

ويمكن إن يتضمن عقد المشاركة المنتهية بالتملك على إنه متى ما زادت الأرباح عن نسبة معينة يختص بالربح الزائد عن تلك النسبة أحد الأطراف^(٥).

وقد يرجع ذلك إلى حثه على تحقيق المزيد من الربح أو للتفاوت في الخبرة أو المهارة أو العمل بين الشركاء^(٦)، فالربح هو ثمرة لتفاعل العمل والمال ومن ثم لا يمكن لأي مشروع إن يحالفه النجاح ويحقق الأرباح بدون تكاتف الجهود مع رأس المال^(٧).

ومتى ما تم تحديد نسب توزيع الربح بين الشركاء، فقد تكون ثابتة طيلة مدة المشاركة أو متغيرة^(٨)، تبعاً لإرادة الشركاء ولا سيما إن كانت المشاركة متناقصة يتخلف فيها عنصر الثبات

(١) د. إسماعيل شندي، المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتملك) في العمل المصرفي الإسلامي، ورقة علمية مقدمة إلى مؤتمر الاقتصاد الإسلامي وأعمال البنوك المنعقد في جامعة الخليل، ٢٠٠٩، ص ٢٥.

(٢) يقصد بمخصص مخاطر الاستثمار اقتطاع مالي لمواجهة خسائر أو أعباء لم يتم حصر قيمتها فعلاً تختلف عن مصروفات ومستحقات المشروع، نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ١١٣.

(٣) م ٢٠/أ من قانون البنك الإسلامي الأردني والتي تنص على انه (لتغذية الحساب المخصص لمواجهة مخاطر الاستثمار يقتطع البنك ما نسبته ٢٠% من صافي أرباح الاستثمار المتحققة من مختلف العمليات الجارية خلال السنة المعلنه).

(٤) محمود عبد الكريم أحمد أرشيد، مصدر سابق، ص ٣٠٣.

(٥) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٦) محمود عبد الكريم أحمد أرشيد، مصدر سابق، ص ٣١.

(٧) د. عيسى ضيف الله المنصور، مصدر سابق، ص ٦٣.

، فلا تستمر ملكية الشركاء على وتيرة واحدة^(٢)، وإنما تنقص أو تزداد حسب تملك أحد الطرفين لجزء من حصة الطرف الآخر ومن ثم قد تتجه إرادة الشركاء إلى تغيير نسب توزيع الربح تبعاً لتغير حصص الملكية تحقيقاً للتناسب بين ما يملكه كل شريك وما يخصص له من الأرباح فنسب توزيع الربح قابلة للتعديل متى ما اتجهت إلى ذلك إرادة الشركاء.

مما تقدم يتضح لنا الدور المتعاضم الذي تضطلع به الإرادة في توزيع الربح بين الشركاء إلا إن الاتفاق الوحيد غير المباح هو ما ينطوي على إستئثار بعض الشركاء بما قد تحققه المشاركة من ربح وحرمان بقية الشركاء، ويرجع ذلك إلى إن ان مثل هذا الاتفاق يقطع الاشتراك في الربح ويتنافى مع نية المشاركة التي تجمع الشركاء^(٣).

ثانياً: الخسارة

يقصد بالخسارة النقص الحاصل في رأس مال المشاركة^(٤)، فالخسارة افتراضاً قائماً في كل مشاركة يكون قابلاً للتطبيق^(٥)، متى ما زادت ديونها على موجوداتها^(٦)، ومن ثم فإن المشاركة التي تنتهي بالتمليك تنطوي على قدر من المخاطرة يتمثل بما قد تتعرض له من الخسارة.

ويشير التطبيق العملي إلى تعرض إحدى المؤسسات المالية إلى الخسارة بعدما أبرمت عقود مشاركة متناقصة منتهية بالتمليك لتمويل المساكن والتي تكون طويلة الأجل بطبيعتها

(١) د. هشام أحمد عبد الحي، مصدر سابق، ص ٣٦٧.

(٢) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ١٨٧.

(٣) د. لطيف جبر كومانبي، مصدر سابق، ص ٤٩.

(٤) د. أحمد الصويعي شليبيك، مصدر سابق، ص ٣٦٠.

(٥) خالد اللحيدان، مصدر سابق، ص ٢٢٩.

(٦) كامل عبد الحسين البلداوي، مصدر سابق، ص ٣٠.

فاشتركت المؤسسة المالية مع عملائها في شراء مساكن لهم على إن تباعهم ما تملكه فيها بصورة متدرجة على مدى فترة زمنية محددة إذ يتم تقيم هذه المساكن في بداية كل سنة ليتم بيع جزء من حصة المؤسسة المالية إلى عملائها وفقاً لقيمتها السوقية عند البيع، وبعد تحقق المشاركة بنحو أربع سنوات انخفضت أسعار العقارات في ذلك البلد انخفاضاً كبيراً مما اعجز المؤسسة المالية عن الوفاء بالتزاماتها ومن ثم تحققت خسارتها^(١).

فعقد المشاركة المنتهية بالتمليك قد يفضي إلى الخسارة وعندها يثور التساؤل من ذا الذي يتحمل عبء تلك الخسارة؟ وللإجابة على السؤال المتقدم ينبغي التمييز بين فرضين وكالاتي:

الفرض الأول: إذا كانت الخسارة ناجمة عن تعدي^(٢)، الشريك أو تقصيره فيقع عليه وحده عبء تلك الخسارة، فحصة كل شريك أمانة في يد الآخر^(٣)، يضمنها إذا هلك بصنعه أو بتعدي أو تقصير منه^(٤)، كأخطاء الشريك الإدارية مثل سوء الإدارة أو ضعف في مستوى المتابعة أثناء التنفيذ أو عدم التقيد بالشروط المنصوص عليها في العقد أو أن يقوم الشريك بالغش أو التحايل كإخفاء حقيقة الأرباح^(٥).

(١) د.محمد علي القرني، مصدر سابق، ص٦٤٣/خالد اللحيان، مصدر سابق، ص٢٢٨.

(٢) يراد بالتعدي تجاوز الحدود التي يجب على الشخص الإلتزام بها في سلوكه فهو إنحراف في السلوك سواء كان الانحراف متعمداً أو غير متعمد و الانحراف المتعمد هو ما يقترن بقصد الإضرار بالغير إما غير المتعمد فهو ما يصدر عن إهمال أو تقصير، د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص٢١٥.

(٣) م ٣/١٠٦٢ من القانون المدني العراقي.

(٤) م ٢/٩٥٠ من القانون المدني العراقي.

(٥) نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص١١٦.

الفرض الثاني: إذا كانت الخسارة ناجمة عن ظروف لا دخل لإرادة الشريك فيها كالخسارة الناشئة عن أسباب متعلقة بالسوق أو فشل المشروع محل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك أو عن أية متغيرات أخرى يصعب التحكم بها^(١)، فيقسم عبء الخسارة على سائر الشركاء ليغطي كل منهم جزءاً من الخسارة يتناسب مع مساهمته في رأس المال^(٢)، لأن الخسارة تعني الجزء الهالك من رأس المال فتقدر بقدره^(٣).

فنية المشاركة تقتضي أن يتحمل جميع الشركاء عبء الخسارة والتلف والنقصان متى ما تحقق شيء من ذلك خلال فترة المشاركة^(٤)، ومن ثم لا يمكن لأي شريك إن يغض الطرف عن المساهمة في الخسارة.

ولا يلزم وجود التعادل بين نصيب الشريك من الربح مع نصيبه من الخسارة إلا إنه ينبغي أن تكون مسؤولية الشريك عن الخسارة بالقدر الذي يتناسب مع حصته في رأس المال ويبدو هذا التناسب جلياً في صورة المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك إذ إن مساهمة الشريك في الخسارة تزيد أو تنقص تبعاً لتزايد أو تناقص حصته في رأس المال.

ولا يقتصر التناسب بين نصيب الشريك من الخسارة وحصته في رأس المال من حيث المقدار وإنما يمتد ليشمل طبيعة تلك الحصة كما لو كانت الحصة المقدمة من قبل الشريك ما يقوم

(١) صلاح عبد الله المرزوقي، مصدر سابق، ص ١٠١.

(٢) امتثالاً للقاعدة الشرعية (الربح على ما شرطاً والوضيعة على قدر المالين) وأصلها قول للإمام علي بن أبي طالب (كرم الله وجهه)، نصر محمد السلامي، الضوابط الشرعية للإستثمار، ط١، دار الإيمان للطبع والنشر والتوزيع، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٤٨٠/ د. جاسم على سالم الشامسي، المشاركة المنتهية بالتمليك (المتناقصة أو بالتخارج)، مصدر سابق، ص ٦٠٢/ د. عيسى ضيف الله المنصور، مصدر سابق، ص ٤٢٤.

(٣) د. أحمد الصويغي شلييك، مصدر سابق، ص ٣٦٠/ د. فهد سعد الدبيس الرشدي، مصدر سابق، ص ٤٢٨/ خالد اللحيان، مصدر سابق، ص ١٨٩، نصر محمد السلامي، مصدر سابق، ص ٤٦١.

(٤) د. نزيه حماد، المشاركة المتناقصة واحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مصدر سابق، ص ٥٢٣.

به من أعمال فالمشاركة المنتهية بالتمليك بطريقة المضاربة تتم من خلال تقديم الشريك الممول لرأس المال اللازم لمشروع معين في حين يقوم الشريك الآخر بما يتطلبه ذلك المشروع من أعمال فإذا مُنيت المشاركة بالخسارة تحمل الشريك الممول ما نقص من رأس المال بينما يكتفي الشريك الآخر بخسارة وقته وجهده المبذول في سبيل إنجاز ما تطلبتة المشاركة من أعمال.

فالتناسب بين نصيب الشريك من الخسارة وحصته في رأس مال المشاركة سواء من حيث الطبيعة أم من حيث المقدار من مقتضيات عقد المشاركة المنتهية بالتمليك الذي يقوم على تحقيق العدل والمساواة بين الشركاء في تحمل الأعباء.

وقد يتحرز الشركاء لما قد تتعرض له المشاركة من خسائر أو أعباء عن طريق اقتطاع نسبة معينة من الإيراد الصافي للمشروع، لتكوين احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال^(١)، إلا إنه ينبغي إن تكون هذه التأمينات مقطوعة من نصيب جميع الشركاء^(٢)، انسياقاً مع مجرى نية الاشتراك.

فالتعاون على إيجاد رصيد مشترك لإطفاء ما قد يتمخض عن المشاركة من خسارة، نوع من التأمين يتحقق باتفاق الشركاء ومن ثم يحظى كل منهم بدور المؤمن والمؤمن له في الوقت ذاته ضماناً لحسن سير المشروع عن طريق، التخفيف من العبء الإجمالي لواقع الخسارة^(٣).

ومن جانب آخر نبأنا الواقع عن وجود العديد من عقود المشاركة المنتهية بالتمليك، والتي يحصل من خلالها الشريك الممول على ضمانات خاصة بالاتفاق مع الشريك

(١) د. هشام أحمد عبد الحي، مصدر سابق، ص ٣٦٩.

(٢) نور الدين عبد الكريم الكواملة، مصدر سابق، ص ١٢٩.

(٣) د. راقية عبد الجبار علي، الوجيز في العقود المسماة (البيع والتأمين والوكالة)، ط ١، مركز البحوث والدراسات العلمية، طرابلس، ٢٠٠٤، ص ٢١٩.

طالب التمويل وهذه الضمانات الاتفاقية قد تكون عينية كالرهن أو شخصية كالكفالة^(١)، ولكن ما الذي يسعى الشريك الممول إلى تأمينه من تلك الضمانات؟ هل لاسترداد أصل ما قدمه من تمويل؟ أم لضمان الوفاء بما قد يستحق له من تعويض عما يلحق به من خسارة ناجمة عن تعدد أو تقصير؟

إن ما قدمه الشريك من تمويل ليس بقرض وإنما حصة في رأس مال مشاركة تنتهي بالتمليك ومن ثم ينبغي أن لا يضمن الشريك طالب التمويل رأس مال المشاركة الذي ساهم فيه وبخلافه يتحصن الشريك الممول ضد الخسارة متى ما تحققت على حساب الشريك طالب التمويل وتنفي معه نية المشاركة مما يجعل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك توأماً متمثالاً مع عقد القرض .

فالشريك أميناً على رأس مال المشاركة لا ضامناً له ومن ثم لا تتحقق مسؤوليته إلا عن الخسارة الناجمة عن التعدي أو التقصير أو الإخلال بالشروط المنصوص عليها في العقد فالمشعر قد افترض الأمانة في الشريك ما لم يثبت العكس^(٢).

وبناءً على ما تقدم فإن الضمانات الاتفاقية لا تكفل للشريك استرداد أصل ما قدمه من تمويل وإنما تؤمن له التعويض عن أي خسارة متى ما كانت ناجمة عن تعدد أو تقصير.

وبدولنا إن الضمانات الاتفاقية يتعاضد دورها وتتجلى أهميتها عندما يتم إنهاء المشاركة بالتمليك عن طريق بيع بالتقسيم لتضمن الحصول على الثمن المؤجل كونه دين ثابت في ذمة الشريك.

(١) م ١٠٠٨ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام).

(٢) م ٣/١٠٦٢ من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه (وحصة كل شريك أمانة في يد الآخر فإذا أتلّفها بتعديه ضمن) تقابلها م ١٣٥٠ من مجلة الأحكام العدلية والتي تنص على انه (الشريكان أميناً بعضهما لبعض ومال الشركة في يد كل واحد منهما في حكم الوديعة فإذا تُلّف مال الشركة في يد أحدهما بلا تعد ولا تقصير فلا يضمن حصة شريكه) .

الخاتمة

بعد أن توقفت بنا عجلة البحث في خصوصية عقد المشاركة المنتهية بالتمليك لأبد لنا من عرض أهم ما توصلنا إليه من استنتاجات وما نراه من المقترحات وعلى النحو الآتي:-

أولاً: الاستنتاجات

١- إن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من العقود غير المسماة حديثة النشأة استحدثته المصارف الإسلامية ليكون بديلاً عن عقد القرض بفائدة من خلال الجمع بين عناصر أكثر من عقد لتكوين منظومة عقدية مترابطة لا تقبل التفكيك والتجزئة فهو من العقود المركبة .

٢ . يتمخض عن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك مشاركة ذات طبيعة محددة تقبل إنسحاب أحد الأطراف لصالح غيره فيتخلف فيها عنصر الديمومة أو الإستمرارية لتكون المشاركة مؤقتة كما قد يتخلف فيها عنصر الثبات عندما تكون المشاركة متناقصة .

٣ . يتضمن عقد المشاركة المنتهية بالتمليك عناصر عقد الوعد بالبيع ومن ثم متى ما إنصبت المشاركة على عقار وجب مراعاة الشكل الذي يتطلبه القانون والمتمثل بتسجيل الوعد بالبيع في دائرة التسجيل العقاري وفقاً لأحكام (م٢/٩١) من القانون المدني العراقي إلا إن ذلك يصطدم مع الواقع الذي لمسناه من خلال الزيارة الميدانية إلى دوائر التسجيل العقاري إذ تمتنع عن تسجيل الوعد ببيع عقار تحت ذريعة إنها تختص بتسجيل التصرف العقاري الذي من شأنه إنشاء حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وفقاً لأحكام (م١/٣) من قانون التسجيل العقاري في حين إن الوعد بالبيع لا ينشأ عنه سوى حق شخصي للموعد له قبل الواعد حتى وإن كان الموعد به عقار ومن ثم يخرج عن اختصاص

دائرة التسجيل العقاري الأمر الذي جعل شرط تسجيل الوعد بالبيع حبيس (م٢/٩١) من القانون المدني العراقي وأفقدتها التفعيل الحقيقي .

٤ . إن صحة عقد المشاركة المنتهية بالتمليك تقتضي توافر بعض الشروط الخاصة فضلاً عن الشروط العامة اللازمة لصحة سائر العقود للحيلولة دون أن يتخذ كستار لعقد قرض بفوائد .

٥ . تتعدد الصور التي يتخذها عقد المشاركة المنتهية بالتمليك وفقاً لإعتبارات متعددة وذلك إما بالنظر إلى محل المشاركة أو طبيعة إستغلالها أو من حيث الطريقة المتبعة لإنهاءها بالتمليك ومع ذلك لا يمكن حصرها فالإرادة بما لها من سلطان يمكن إن تنشأ صوراً متجددة.

٦ . إن حق الشريك في عقد المشاركة المنتهية بالتمليك هو حق ملكية بالمعنى الدقيق يخوله سلطة التصرف إلا إن التصرف المادي لا يثبت إلا للشركاء مجتمعين في حين إن تصرف الشريك القانوني ينبغي إن يتقيد بما تقرر على حصته من حقوق ومن ثم فإن حرية الشريك في التصرف تكون مقيدة بعدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين .

٧ . الأصل إن تكون إدارة المشروع محل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من حق جميع الشركاء مجتمعين فلكل شريك حقاً يماثل في طبيعته حقوق الشركاء الآخرين إلا إن ذلك لا يحول دون إن يكون أحد الشركاء نائباً إتفاقياً يتولى القيام بأعمال الإدارة أصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره من الشركاء سواء أكان ذلك نظير راتباً شهرياً مقطوعاً أم نسبة من الأرباح .

٨ . تعد نية المشاركة جوهر عقد المشاركة المنتهية بالتمليك والعنصر المميز له عن سائر العقود فلا بد من تعاون الشركاء وتآزرهم على جني ثمار المشاركة سواء أتكلت بالنجاح وتحققت الأرباح أم منيت بالخسارة فنية الإشتراك تقتضي مساهمة كل شريك فيما قد ينتج عن

المشاركة من ربح أو خسارة فلا يجوز حرمان أي شريك من الحصول على الربح كما لا يجوز لأي شريك إن يفض الطرف عن المساهمة في الخسارة .

ثانياً: المقترحات

١-تعريف عقد المشاركة المنتهية بالتمليك على إنه (إتفاق بين شخصين أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع إقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل لإقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة على أن يكون لأحد الشركاء الإنفراد بملكية المشروع من خلال شراء حصة الشريك الآخر أو حصص الشركاء الآخرين دفعة واحدة أو على دفعات حسب الشروط المتفق عليها) فمن أبرز سمات هذا التعريف:

أ- إبراز العلاقة العقدية بين الشركاء (إتفاق بين شخصين أو أكثر).

ب- إن مساهمة الشريك في المشروع قد تكون بتقديم حصة من مال أو من عمل ومن ثم فإن التعريف شمل صورة المضاربة المنتهية بالتمليك إذ يقدم أحد الشريكين المال ويقدم العمل من الآخر.

ج- إظهارنية المشاركة لاقتسام عائد المشروع من ربح أو خسارة.

د- انتهاء المشاركة بتملك أحد الشركاء للمشروع بعد شراءه لحصة الشريك الآخر أو لحصص الشركاء الآخرين دفعة واحدة أو على دفعات وبذلك شمل التعريف صورة المشاركة الثابتة المنتهية بالتمليك وصورة المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك دون أن يقتصر على أحدهما .

٢- نلتمس من المشرع العراقي إيجاد تنظيم قانوني متكامل لعقد المشاركة المنتهية بالتمليك يبين وبشكل واضح عناصره الجوهرية ويفصل أحكامه ولاسيما إنه عقد مركب ينشأ عن إجتماع عقود متعددة ولم يتول المشرع العراقي تنظيم أحكام العقود المركبة لذا

بات من الضروري سد هذا النقص التشريعي لينتقل عقد المشاركة المنتهية بالتمليك من طائفة العقود غير المسماة ويندرج تحت طائفة العقود المسماة .

٣- تُهيب بالمشرع العراقي أن يزيل التعارض ويحقق التوافق بين المادة (٢/٩١) من القانون المدني العراقي والمادة (١/٣) من قانون التسجيل العقاري وذلك من خلال توسيع اختصاص دائرة التسجيل العقاري ليكون شاملاً لجميع التصرفات الواردة على عقار سواء أنشأ عنها حق شخصي أم حقاً عينياً مما يتطلب تعديل نص المادة (١/٣) من قانون التسجيل العقاري والذي نقترح أن يكون بالشكل الآتي:

(التصرف العقاري هو كل تصرف يرد على عقار من شأنه إنشاء حق شخصي أو حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو نقله أو تغييره أو زواله وكل تصرف مقرر لحق من الحقوق المذكورة).

وبذلك يتم تفعيل المادة (٢/٩١) من القانون المدني العراقي ويكون السبيل مهيئاً لتسجيل الوعد ببيع العقار قبل إبرام العقد النهائي.

٤- ندعو المصارف العراقية إلى إن تأخذ دورها الحقيقي من خلال تفعيل وظيفتها الاستثمارية بتبني عقد المشاركة المنتهية بالتمليك أسوة بالمصارف في الدول العربية للنهوض بالواقع الاقتصادي للبلد ولاسيما في ظل الظروف الحالية وما يعانيه من أزمة اقتصادية.

المصادر

القران الكريم

اولا :مصادر الفقه الإسلامي

- I. الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية ،الأصول الشرعية والاعمال المصرفية في الاسلام (الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية)،المجلد الأول،الجزء الخامس ،ط١، ١٩٨٢.
- II. د. حسني عبد السميع ابراهيم،موقف الشريعة الإسلامية من النقود والبنوك،ط بلا ،منشأة المعارف،الاسكندرية ،٢٠٠٩.
- III. د. حسين محمد سمحان ود. موسى عمر مبارك،محاسبة المصارف الإسلامية،ط٢،دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة،عمان،٢٠١١.
- IV. د. عايد فضل الشعراوي،المصارف الإسلامية،ط٢،دار البصائر الإسلامية،٢٠٠٧.
- V. د.عيسى ضيف الله المنصور،نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية،ط ١،دار النفائس للنشر والتوزيع،الأردن،٢٠٠٧.
- VI. د. محمد رامز عبد الفتاح،الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك الإسلامية، ط ١،دار الفرقان للنشر والتوزيع،عمان،٢٠٠٤.
- VII. د. محمد عثمان شبير،المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي،ط ٤،دار النفائس للنشر والتوزيع،الأردن ،٢٠٠١.
- VIII. د.محمود حسين الوادي ود.حسين محمد سمحان،المصارف الإسلامية،الاسس النظرية والتطبيقات العملية ،ط٣،دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة ،عمان ،٢٠٠٩.

- IX. محمود عبد الكريم احمد ارشيد ،الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية ط ٢، دار النفائس للنشر والتوزيع ،الأردن ،٢٠٠٧.
- X. دنزيه حماد، العقود المركبة في الفقه الإسلامي، ط ١، دار القلم، دمشق، ٢٠٠٥.
- XI. نصر محمد السلامي ،الضوابط الشرعية للاستثمار ،ط١، دار الايمان للطبع والنشر والتوزيع ،الاسكندرية ،٢٠٠٨.
- XII. نور الدين عبد الكريم الكواملة ،المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ،ط١، دار النفائس للنشر والتوزيع ،الأردن ،٢٠٠٨.
- XIII. د. هشام احمد عبد العلي ،المصرف الإسلامي ، ط بلا ،منشأة المعارف، الإسكندرية ،٢٠١٠.
- XIV. د.وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي والقضايا المعاصرة ج (١١)، ط ٣، دار الفكر، دمشق، ٢٠١٢.

ثانيا :المؤلفات العامة في القانون

- I. د. جميل الشرقاوي ،شرح العقود المدنية (البيع والمقايضة)، ط بلا، دار النهضة العربية ،القاهرة ،١٩٦٦.
- II. د.حسن كيرة ،الحقوق العينية الاصلية (احكامها ومصادرها)، منشأة المعارف ،الاسكندرية ،١٩٧٥ .
- III. د.راقية عبد الجبار علي، الوجيز في العقود المسماة (البيع والتأمين والوكالة)، ط ١، مركز البحوث والدراسات العلمية ،طرابلس، ٢٠٠٤.

١٧. د.عبد المجيد الحكيم والاستاذ عبد الباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج(١)، ط بلا، مكتبة السهوري، بغداد، ٢٠١٢.
٧. د.عبد المنعم فرج الصدة، حق الملكية، ط٣، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي واولاده، مصر، ١٩٦٧.
١٦. عبد المنعم موسى ابراهيم، حسن النية في العقود، ط بلا، منشورات زين الحقوقية، لبنان، ٢٠٠٦.
١٧. علاء الدين عبد الله فواز الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، ط١، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٢.
١٨. كامل عبد الحسين البلداوي، الشركات التجارية في القانون العراقي، ط بلا، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٩٠.
١٩. د.لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية (دراسة قانونية مقارنة)، الجامعة المستنصرية، بغداد، ٢٠٠٦.
٢٠. د.مصطفى محمد الجمال، نظام الملكية، منشأة المعارف، الاسكندرية، من دون سنة طبع .

ثالثا: الرسائل والاطاريح

١. خالد صالح اللحيدان، المشاركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، ٢٠٠٤.

- II. رعد ادهم السامرائي ،مدى سلطات الشريك المشتاع في الملكية الشائعة ،دراسة مقارنة ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون /جامعة بغداد ،٢٠٠١.
- III. صلاح سعيد عبد الله المرزوقي ،الشركة المنتهية بالتمليك وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ،جامعة اليرموك ،٢٠٠٠.
- IV. عبد الرزاق رحيم جدي الهيتي ،المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية العلوم الإسلامية /جامعة بغداد ،١٩٩٣.
- V. مصطفى جميل ارحيم ،التخريج الاصولي للشركات المستجدة ولمعاملات المصارف الإسلامية ،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية العلوم الإسلامية /جامعة بغداد ،٢٠٠٩.
- VI. نادية كعب جبر الكعبي ،العقد المركب (دراسة قانونية)،رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية الحقوق /جامعة النهدين ،٢٠٠٥.

رابعا: البحوث

- I. د.احمد الصويعي شليبيك ،المشاركة المنتهية بالتمليك كما يجريها بيت التمويل الاميريكي(لاربا) ،مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية ،تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت ،العدد (٧٥)،٢٠٠٨.
- II. د.اسماعيل شندي ،المشاركة المتناقصة (المنتهية بالتمليك) في العمل المصرفي الإسلامي ،ورقة علمية مقدمة إلى مؤتمر الاقتصاد الإسلامي وإعمال البنوك المنعقد في جامعة الخليل ،٢٠٠٩.
- III. بشار فاروق محمد الاعرجي ،سلطات الشريك في إدارة المال الشائع ،بحث مقدم إلى المعهد القضائي ،٢٠١٤.

١٧. د.جاسم علي سالم الشامي، المشاركة المتناقصة المنتهية بتملك العقار، مجلة الحقوق، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد (٢)، ٢٠٠١.
٧. المشاركة المنتهية بالتمليك (المتناقصة أو بالتخارج)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد (١٣)، ج (٢)، ٢٠٠١.
١٦. د.زيد محمد الرماني، عقد المضاربة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد (٣٧)، ١٩٩٩.
١٧. د.عبد السلام العبادي، المشاركة المتناقصة طبيعتها وضوابطها الخاصة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد (١٣)، ج (٢)، ٢٠٠١.
١٨. عبد العزيز محمد حمد، الالتزام القانوني بعدم الإخلال بالثقة في العلاقات التجارية، المجلة العربية للفقه والقضاء، مصر، العدد (١٧)، ١٩٩٦.
١٩. د.عجيل جاسم النشمي، المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستجدة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي، جدة، العدد (١٣)، ج (٢)، ٢٠٠١.
٢٠. علي جبار صكيل، سلطة المدير في إدارة المال الشائع، بحث مقدم إلى المعهد القضائي، ٢٠١٢.
٢١. د.فهد سعد الدبيس الرشدي، دعم المشروعات الصغيرة بالمشاركة المتناقصة، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، تصدر عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت، العدد (٨٣)، ٢٠١٠.

XII. د.محمد بن علي القرني ،العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها ،مجلة مجمع الفقه

الإسلامي ،تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي ،جدة ،العدد (١٠)،ج(٢)،١٩٩٧.

XIII. د.نزيه حماد ،المشاركة المتناقصة واحكامها في ضوء ضوابط العقود المستجدة

،مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،تصدر عن منظمة المؤتمر الإسلامي ،جدة ،العدد (١٣)

،الجزء (٢)، ٢٠٠١.

XIV. العقود المستجدة ضوابطها ونماذج منها ،مجلة مجمع الفقه الإسلامي ،تصدر عن

منظمة المؤتمر الإسلامي ،جدة ،العدد (١٠)، الجزء (٢)، ١٩٩٧.

خامسا:النشرات والقرارات القضائية

I. قرارات غير منشورة (قرار محكمة التمييز المرقم ٢٤٤٣/مدنية اولى /١٩٩٨ في

١٩٩٨/٩/٢٣).

II. النشرة القضائية ،تصدر عن المكتب الفني في محكمة التمييز الاتحادية ،العراق،العدد

(٥٣)، ٢٠١١.

III. مجلة التشريع والقضاء ،السنة الخامسة ،العدد الثالث ،٢٠١٣.

IV. مجموعة الأحكام العدلية ،يصدرها قسم الاعلام القانوني في وزارة العدل

(العراق)،السنة الثانية عشر،العدد الرابع،١٩٨١.

سادسا:القوانين

I. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

II. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

III. قانون البنك الإسلامي الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨.

IV. مجلة الأحكام العدلية الصادرة سنة ١٨٧٦.

سابعاً: المصادر الالكترونية

I. د.سعد الدين الهلالي، المشاركة المنتهية بالتمليك، بحث منشور على الموقع الالكتروني

WWW.Saad Helaly .com

II. د.عبد الله العمراني، المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك بحث منشور على الموقع

الالكتروني WWW.alwihdah.com

III. د.محمد بن عبد الله الشباني، المشاركة المنتهية بالتمليك، بحث منشور على الموقع

الالكتروني http:ie fpedia .com /arab

IV. د.نزيه حماد، المشاركة المتناقصة، بحث منشور على الموقع الالكتروني

http:almoslim.net/node/82708

ثامناً: المصادر الاجنبية

I. . Alkaff, syedHamed Abdul Rahman,Almurabaha In theory And Practice

Published by:Islamic Research Academy,Karachi,Pakistan,no date.

II. .Dr.MunawarIqbal and Dr. Mohammad FahimKhan,Asurvey ofIssues and a

program for research in monetary and fiscal economics

ofIslam,Published,;byInternational center for research in Islamic comomics

King Abdul Aziz University ,Jeddah, and Institute

policytudies,Islamabad,1981.

