مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

الملاءمة القانونية للمالية الإسلامية في الجزائر
The legal solvency of Islamic finance in Algeria

أ.د مفتاح بوجلال
bfethi@hotmail.com
جامعة وهران 2

تاريخ الإرسال: 23-02-2018 تاريخ القبول: 18-03-2020

الملخـــص:

أصبحت الجزائر كدولة تعتمد النظام المالي التقليدي، تتطلع في الآونة الأخيرة إلى تبني ما يسمى بالمالية الإسلامية بصفة نظامية، بمعنى إقرارها بموجب منظومة قانونية متميزة في أصولها وتنظيمها وسيرها، بعد أن عرف هذا النظام المالي البديل تفوقه على المستوى العالمي، وأضحت مختلف الدول والنظم القانونية في الشرق والغرب، تتسارع إلى اعتماده من خلال مؤسساتها المالية والنقدية. لكن وفي انتظار تجسيد تلك المنظومة القانونية (التشريعية والتنظيمية) المتميزة بكاملها في الجزائر، فإن المالية الإسلامية كنظام معتمد في تنظيم تجارة الأموال وتداولها، لا تعد دخيلة على المنظومة القانونية الجزائرية، حتى وإن كانت هذه المنظومة مأخوذة عموما عن القانون الفرنسي، بحيث أنه باستطاعتها تبني المالية الإسلامية. فالنظام القانوني الجزائري، منذ وضعه بعد الاستقلال السياسي للجزائر عن فرنسا، يعترف بخصوصيات قواعد الشريعة الإسلامية في تنظيم التعاملات المالية والنقدية، ويجسدها في إطار أبعاد مختلفة، تمنح التناسق المطلوب بين الأصول الشرعية الثابتة والأحكام الاجتهادية المناسبة للوضع القانوني المقرر في حينه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–2204X
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

وعليه، فإنه يكون من الفائدة بيان أوجه توافق القواعد العامة للمالية الإسلامية مع القانون الجزائري، سواء من خلال أحكامه التي تعنى بالمعاملات أو قواعده التي تهتم بالهياكل التنظيمية التي تضمن فعلا شرعية هذه المنتجات المالية.

الكلمات المفتاحية: – المالية الإسلامية – الصيرفة الإسلامية – القانون الجزائري – القانون الفرنسي – النظام المصرفي – بنك الجزائر.

Abstract:

As a country adopting the traditional financial system, Algeria has recently aspired to adopt the so-called Islamic finance in a systematic manner, in the sense of its recognition under a distinct legal system of its assets, organization and operation. This alternative financial system has been recognized internationally. East and West, is accelerating to adopt it through its financial and monetary institutions. However, pending the complete embodiment of this distinct legal system in Algeria, Islamic finance as a regulated system for regulating and trading money is not considered an outsider to the Algerian legal system, even though this system is generally taken from French. The Algerian legal system, since its establishment after the political independence of Algeria from France, recognizes the specificities of the rules of Islamic law in the regulation of financial and monetary transactions, and embodies them within different dimensions, which provides the required consistency between the fixed legal assets and the jurisprudential provisions appropriate to the legal status scheduled at the time. It is therefore useful to indicate the compatibility of the general rules of Islamic finance with Algerian law, whether through its provisions dealing with transactions or rules that concern the

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079-1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

organizational structures that guarantee the legitimacy or credibility of Islamic financial products .

Keywords:
– Islamic Finance – Islamic banking – Algerian law – French law – Banking system – Bank of Algeria.

المقدمـــة:

تعتمد المالية الإسلامية على مجموعة من الخصائص المستندة إلى أصول وأسس شرعية مرتبطة بالإسلام كنظام حياة ومعاملات، يتوجب مراعاتها، حتى تكتسي طابعها المميز عن المالية الربوية المعروفة اصطلاحا بالمالية الكلاسيكية أو التقليدية، حسب تعبير الـــــكثير من فقهاء الاقتصاد والشريعة الاسلامية. انطلاقا من ذلك، كان من اللازم في الوقت الراهن، تأطير تلك الأصول أو الأسس بمجموعة من القواعد القانونية في صيغة تشريعية معروفة لدى الجميع، علما وأن جانبا منها موجود فعلا، في إطار النصوص التي تعتمدها حاليا أغلب الدول الإسلامية، بل وتتبناها حتى الدول غير الإسلامية فيما يخص بعض التعاملات المالية.

لكن البعض الآخر، يتوجب صياغته أو إعادة صياغته بناء على معطيات الواقع العملي أو حتى من خلال أحكام أو سوابق الفقه والقضاء في الشريعة، ووضعه ضمن النسيج القانوني الخاص بالميدان التجاري المتعلق بالمعاملات المالية. وفق هذا السياق الأخير، لا تشكل قواعد المالية الإسلامية منهاجا جديدا في التشريع، فأغلب الدول الإسلامية ومن بينها الجزائر، تسمح باعتماد أحكام الشريعة الإسلامية كمصدر للقانون المدني[1]، باعتبار أن أحكامه تمس كافة أنواع المعاملات، وبالتالي، يكون من السهل

[1] – المادة 1 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

استخراج هذه القواعد أو المبادئ، وصياغتها في إطار تشريعي وليس تنظمي فقط[1]، يكفل في النهاية انسجامها مع الواقع الاقتصادي الحديث، كما يراعي في نفس الوقت، تميزها عن المالية التقليدية. من جهة أخرى، فإن مراعاة ضرورات التعاملات التجارية والمالية، يفرض عدم إرهاق المنظومة القانونية بقواعد آمرة، تستبعد أية مبادرة خاصة يمكن الاعتماد عليها في تلك المجالات، لتكريس فاعلية ما يمكن وصفه بالمصارف والمؤسسات المالية الإسلامية.

إن مثل هذا التأطير القانوني الحديث، الذي يأخذ بعين الاعتبار مقومات التقنين المعاصر، يحدد في الحقيقة بالنظر إلى عدة أبعاد قاعدية، لعل من أهمها من الناحية القانونية البحتة، البعد المعاملاتي أو التعاقدي (transactional dimension) للمالية الإسلامية، بمعنى ضبط نظام قانوني[2]، يسمح أو حتى يضمن احترام المنتجات أو الخدمات المالية

[1] – لقد صدر لحدّ الآن بغرض تنظيم المالية الإسلامية في الجزائر، سوى نصوص تنظيمية تتمثل على التوالي في : – النظام رقم 20–02 المؤرخ في 20 رجب 1441 هجري، الموافق 15 مارس 2020، يحدّد العمليات البنكية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية وقواعد ممارستها من طرف البنوك والمؤسسات المالية، الجريدة الرسمية المؤرخة في 29 رجب 1441هجري، الموافق 24 مارس 2020 ميلادي، العدد 16، ص.32. و– تعليمة بنك الجزائر رقم 03–2020 المؤرخة في 02 أبريل 2020، المعرّفة للمنتجات المتعلقة بالصيرفة الإسلامية، والمحدّد للإجراءات والخصائص التقنية لتنفيذها من طرف البنوك والمؤسسات المالية.

[2] – أنظر الأمر رقم 03–11 المؤرخ في 27 جمادي الثانية عام 1424 هجري، الموافق 26 أوت 2003، المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم. بالأمر رقم 10–04 المؤرخ في 16 رمضان 1431 هجري، 26 غشت 2010، الجريدة الرسمية المؤرخة في 22 رمضان 1431، الموافق 1 سبتمبر 2010، العدد 50، ص.11. والقانون رقم 17–10 المؤرخ في 20 محرم 1439، الموافق 11 أكتوبر 2017، الجريدة الرسمية المؤرخة في 21 محرم 1439 هجري، الموافق 12 أكتوبر 2017، العدد57، ص.4.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

الإسلامية، لقواعد الشريعة. ثم بعد ذلك، البعد المؤسساتي أو النظامي (institutional dimension) للمالية الإسلامية، والمقصود بذلك، أن المؤسسات المصرفية والمالية التي تقدم المنتجات أو الخدمات المالية الإسلامية، يتوجب عليها احترام نمط هيكلي وإجرائي محدد مسبقا، يضمن صدق التعريف الإسلامي لتلك المؤسسات أو الكيانات الاقتصادية، التي يفترض فيها أن تعرض المنتجات أو الخدمات المالية، التي يمكن تكييفها بالإسلامية، دون أية شبهة، تشوبها في ما يخص موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب الفقهي المتبع[1].

بناء على ما سبق ذكره، سوف يكون هدف هذه الدراسة، هو محاولة عرض بعض الأمثلة بالنسبة للنظام القانوني الجزائري الخاص بموضوع التعاملات المالية، الموروث و/أو المأخوذ عن القانون الفرنسي، للتعرف عن إمكانية توافق هذا النظام القانوني مع مقتضيات تنظيم المالية الإسلامية، التي تقوم على أسس موضوعية وهيكلية متميزة، تعتمد على البعدين السالف ذكرهما. إن هذه الدراسة التي تعد وصفية تحليلية، سوف تقوم إذن على التساؤل حول مدى توافق المنظومة القانونية الحالية في الجزائر بما تحويه من نصوص لاسيما تشريعية، كنموذج عن الانفتاح – المتأخر مقارنة مع الكثير من الدول العربية و الإسلامية– على الصيرفة (Banking) والمالية أو التمويل (financing) الإسلامي عموما،

[1] – مع العلم أن مذاهب الفقه الإسلامي، لا تختلف كثيرا فيما بينها، في القواعد المعتمدة لتنظيم المعاملات، كونها تصدر من سراج واحد. أنظر في موضوع الشركات على سبيل المثال: رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، 1401 هجري – 1981 ميلادي، دار الرشيد للنشر والتوزيع وعلي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1430 هجري/2009 ميلادي.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

وهذا بغض النظر عن تطبيق النصوص التنظيمية الصادرة مؤخرا[1]، من خلال الإجابة على الأسئلة الرئيسية التالية:

1 – على ماذا تعتمد المنظومة التشريعية الحالية في الجزائر لتجسيد البعد المعاملاتي للمالية الإسلامية ؟

2– كيف يمكن تجسيد البعد النظامي الهيكلي للمالية الإسلامية في ظل القانون الجزائري ؟

إن الإجابة عن هذه التساؤلات سوف تبين بالضرورة مدى مراعاة المؤسسات المصرفية والمالية الإسلامية، التي تعمل في الوقت الحالي في الجزائر، مقتضيات التنظيم الموضوعي والمؤسساتي للصيرفة الإسلامية. كما أنها سوف تشكل بلا شك بوصلة يمكن الاستعانة بها عند الاقتضاء لوضع منظومة قانونية خاصة بالتعاملات المالية الإسلامية في الجزائر، وهو ما يدعو للإشارة إلى أنها دراسة فريدة لم تسبقها أية دراسة قانونية أخرى في هذا المجال بالذات. إنه من أجل الإجابة عن هذه الأسئلة، فإنه سوف يتم اعتماد الخطة الآتية:

أولا: البعد المعاملاتي للمالية الإسلامية

أ/ التكييف القانوني لبعض عقود التمويل الإسلامي

ب/ تنظيم الصكوك الإسلامية

ثانيا: البعد الهيكلي لتأطير المالية الإسلامية

أ/ تركيب هيئات الإدارة

ب/ نظام هيئة الرقابة الشرعية

[1] – النظام رقم 20–02 المؤرخ في 20 رجب 1441 هجري، الموافق 15 مارس 2020، المذكور أعلاه. وتعليمة بنك الجزائر رقم 03–2020 المؤرخة في 02 أبريل 2020، السالف ذكره.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079-1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

أولا: البعد الـــمعاملاتي لتأطير المالية الإسلامية

تقوم المالية الإسلامية في الوقت الراهن على الأقل، في معظم الأنظمة القانونية التي تعتمدها، لاسيما المصرفية منها، على عرض مجموعة من العقود والمنتجات والخدمات المالية، التي لا تختلف كثيرا من حيث مضمونها عما يجرى عليه العمل في ظل المالية التقليدية، حتى وإن كانت تسمية البعض منها قد يثير الاستغراب، لعدم استعماله العادي أو المعتاد في المجال المصرفي أو المالي التقليدي، كما هو عليه الحال بالنسبة لعقد المرابحة أو عقد المضاربة، التي أضحت منصوص عليها صراحة بمقتضى تنظيمات البنك المركزي الجزائري[1]، وكذا ما يسمى "الصكوك" التي لا يتضمنها في المقابل، أي نص في القانون الجزائري، خلافا للقانون التونسي[2]، أي نص قانوني تشريعي أو حتى تنظيمي خاص. غير أن هذه الوضعية لا تشكل أية إشكالية من الناحية القانونية، إذ يمكن اللجوء إلى عملية التكييف القانوني من أجل إخضاعها لنظام قانوني، ضمن الأنواع المعمول بها، لإحالتها على قواعده، على غرار ما يسري العمل عليه، بالنسبة للعقود غير المسماة في ظل القواعد القانونية الحالية، خاصة بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، والتي لا تختلف عموما في مضمونها عن مقاصد الشريعة الإسلامية في ميدان المعاملات. إن المنظومة القانونية الحالية المتعلقة بالمجالات المصرفية والمالية والتجارية عموما، تتعامل مع المالية الإسلامية وفق منهاج الحرية التعاقدية–المنظمة السارية في مثل هذه المجالات.

[1]– أنظر على سبيل المثال: المادة 4 وما بعدها من النظام رقم 20–02، المذكور أعلاه. والمادة 3 وما بعدها من التعليمة رقم 03–2020، السابق ذكرها.

[2]– القانون عدد 30 لسنة 2013 المؤرخ في 30 جويلية 2013، يتعلق بالصكوك الإسلامية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، بتاريخ الجمعة 24 رمضان 1434 (هجري)– 2 أوت 2013 (ميلادية)، السنة 156، العدد 62، ص.261.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

أ/ التكييف القانوني لبعض عقود التمويل الإسلامي

تقوم عقود التمويل في الفقه الإسلامي أو ما يمكن تسميته بالتمويل المصرفي الإسلامي على مجموعـــــــة من العقود المسماة وغير المسماة، كعقود المرابحة والمضاربة والاستصناع وغيرها من البيوع المعروفة بهذه التسميات المميزة، في مؤلفات الفقه الإسلامي، خاصة منها تلك المتعلقة بالفقه المقارن[1]، إلى جانب الإيجار مع خيار الشراء أو ما يعرف بالبيع الإيجاري[2] (leasing)، الذي لا يطرح أية إشكالية، سواء من حيث شرعيته الإسلامية عند فقهاء المالكية[3] على سبيل المثال، أو صحته القانونية كأحد عقود الائتمان المصرفي في القانون الجزائري[4].

أما فيما يخص المرابحة، فهي تعد من عقود التمويل الأكثر استعمالا في المالية الإسلامية، وتعرّف المرابحة أو عقد المرابحة في الفقه الإسلامي، على أنها عقد بيع، «يذكر فيه البائع للمشتري الثمن الذي اشترى به السلعة، ويشترط عليه ربحا مأّ للدينار أو الدرهم»[5]. وهي من عقود الائتمان المعروفة والمعروضة في إطار العمليات المصرفية الإسلامية، إذ يتكفل المصرف بشراء السلعة المطلوبة من طرف الزبون ليقوم المصرف بعد ذلك، ببيعها لهذا الأخير، على أساس عقد المرابحة المبرم بين المصرف والزبون. مع العلم

[1]– أنظر على سبيل المثال : عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلّد الثاني، الجزء الثاني والثالث: المعاملات، دار التقوى للطبع والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2003، ص.113 وما بعدها. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار العقيدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004 ميلادي– 1425 هجري، ص. 148 وما بعدها.

[2]– أنظر الأمر رقم 96–09 المؤرخ في 10 يناير 1996، المتعلق بالاعتماد الإيجاري.

[3]– ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السالف الذكر، ص.273.

[4]– المادة 2/68 من الأمر رقم 03–11 المؤرخ في 26 أوت 2003، السالف الذكر.

[5]– ابن رشد، المرجع السالف الذكر، ص.256.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

أن مثل هذا العقد المقرر ضمن نظام بنك الجزائر[1]، لا يستجيب مطلقا من الناحية القانونية، لتعريف عقد القرض المقرر ضمن نصوص قانون النقد والقرض[2]، كأحد العمليات المصرفية المؤهل ممارستها من طرف المؤسسات المصرفية والمالية، والتي لا يجوز الخروج لكافة البنوك والمؤسسات المالية، بما في ذلك تلك التي تتعامل في الصيرفة الإسلامية الخروج عنها[3]، ولو بمقتضى ترخيص بموجب نظام، على اعتبار أن مثل هذه الوضعية الأخيرة يجب أن تظل محدودة الأهمية[4]. في حين أن عقود الصيرفة الإسلامية يتوجب أن تعتبر الأصل بل ودون غيرها في التعامل بالنسبة للمصارف الإسلامية، وهو ما يستدعي بالضرورة تعديل التشريع المصرفي في صيغته الحالية، لجعل تلك النصوص التنظيمية الجديدة موافقة له قبل أن تكون مناسبة للتمويل الإسلامي، وهذا تحت طائلة العقوبات الإدارية والمالية، التي تقضي بها اللجنة المصرفية، في حالة عدم احترام الأحكام التشريعية، المتعلقة بالنشاط المصرفي، والتي يمكن أن تصل إلى حدّ سحب الاعتماد[5].

لعل هذه الوضعية لم تكن مطروحة سابقا في ظل غياب تلك النصوص التنظيمية الخاصة بالصيرفة الإسلامية، إذا لم يكن هناك أدنى التباس في أن عقد المرابحة كتسمية مستعملة، هو في النهاية عقد يبرم بين المصرف والزبون الذي يريد الحصول على ائتمان، وأن العقد القاعدي أو الأصلي الذي يقوم عليه عقد البيع، هو عقد ائتمان مصرفي، وهو

[1] – المادة 5 من النظام رقم 20–02 السالف ذكره.
[2] – المادة 68 الفقرة 1 من الأمر رقم 03–11، المذكور أعلاه.
[3] – المادة 75 الفقرة 1 من الأمر 03–11، المذكور أعلاه.
[4] – المادة 75 الفقرة 2 من الأمر 03–11، المذكور أعلاه.
[5] – المادة 114 من الأمر 03–11، السالف ذكره.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

يستعمل عادة كبديل عن عقد القرض الاستهلاكي[1] إن كان ربويا. فالمصرف لا يشتري السلعة أو البضاعة، إلا لغرض بيعها وفق شروط معينة خدمة للزبون، ولعل من أهمها القيام بدفع ثمن المبيع على أقساط، على أساس عمليات إيجار مقرونة بخيار الشراء[2]. وبناء عليه، فإنه يتوجب على المصرف، لضمان تنفيذ العقد الأصلي، مراعاة مجموعة من الشروط وحتى العقود عند الاقتضاء، في سبيل تأمين إنجاز عملية البيع ودفع الثمن في مواجهة الزبون. ومثل هذه الترتيبات يمكن إعمالها دون الحاجة لتنظيمات الصيرفة الإسلامية المذكورة أعلاه.

كما أن مثل تلك الشروط أو العقود المرتبطة بعقدي الائتمان والبيع، كما هو عليه الحال، بالنسبة لعقد الرهن أو عقد تأمين البضاعة، لا تحتاج من الناحية القانونية إلى منظومة قانونية متميزة، بل يجب أن تخضع مبدئيا إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني، على أساس أن القانون التجاري لا ينظم مثل هذه الطائفة من العقود بموجب أحكام خاصة. أما فيما يخص مسألة مراعاة مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية، فهي مضمونة تشريعيا من خلال الإحالة إلى هذه القواعد بمقتضى المادة الأولى من القانون المدني، بمناسبة غياب أي نص وضعي. كما يمكن تنظيم وتركيب هذه العقود التي تجمع تحت تسمية المرابحة، من خلال إخضاعها للحرية الاتفاقية المعمول بها بين المصرف والزبون، مع مراعاة مفاسد البيوع من محرم وغرر. ويتوجب وفق هذا السياق، ألا تكون هذه العقود مؤطرة بقواعد قانونية آمرة تتضمن شبهات شرعية، تجعل خضوعها لأحكام الشريعة الإسلامية أمرا مستبعدا بموجب القانون.

[1] – المادة 450 وما بعدها من القانون المدني.

[2] – المادة 68 الفقرة 2 من الأمر 03–11، المذكور أعلاه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

أما المضاربة أو القراض، فهي «عقد بين اثنين يتضمن أن يدفع أحدهما للآخر مالا يملكه ليتجر فيه بجزء شائع معلوم من الربح كالنصف أو الثلث أو نحوهما بشرائط مخصصة»[1]. وهذا يعني في مفهوم التعاملات المصرفية، أن المضاربة هي التجارة بمال الزبون، لقاء نصيب من الربح يتم الاتفاق عليه مسبقا[2]. إن هذه العملية التي تدرج أيضا من الناحية القانونية، ضمن فئة عقود الائتمان، تشكل بديلا مناسبا عن قروض الاستثمار المعمول بها في المصارف التقليدية، لكن مع مراعاة مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية، بخصوص الشروط الاتفاقية المعروضة في عقد المضاربة والمتعلقة بالضمانات (هي في حقيقة ضمانات الائتمان الموضوع خلف عقد المضاربة)، الجائزة بموجب أحكام تعليمات بنك الجزائر[3]. وتجدر الإشارة، إلى أن الفائدة المطلوبة مقابل الائتمان المصرفي، لا تعد في الجزائر من النظام العام، بحيث أنه بوسع المؤسسة المصرفية جعلها منعدمة[4]، وفق بنود عقد الائتمان الأصلي، الذي يطلع عليه الزبون أو المتعامل قبل الموافقة وتوقيع عليه[5].

وفيما يخص تكييفها القانوني، فالمضاربة ليست قرضا بفائدة، لأن ذلك محرم شرعا، وبالتالي، فإنه يمكن في إطار المنظومة القانونية الحالية وبغرض النظر عن النصوص التنظيمية للصيرفة الإسلامية، أن ترتدي ثوب مشاركة الزبون للمصرف في شركة توصية

[1]– عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، المرجع السالف الذكر، ص.29.

[2]– المادة 7 من النظام رقم 20–02، المذكور أعلاه.

[3]– المادة 21 من التعليمة رقم 03–2020، المذكور أعلاه.

[4]– المادة 1/9 من نظام بنك الجزائر رقم 13–01 المؤرخ في 8 أبريل 2013، الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بشروط البنوك المطبقة على العمليات المصرفية.

[5]– أنظر المادة 5 وما بعدها من النظام رقم 13–01 المؤرخ في 8 أبريل 2013، السالف الذكر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

بالأسهم[1]، أو استثمار الزبون لأمواله في هيئة توظيف جماعي للقيم المنقولة، كما هو شأن صندوق المشاركة أو ما يسمى في القانون الجزائري، على غرار غيره من التشريعات القانونية المقارنة، بالصندوق المشترك للتوظيف[2] (fonds commun de placement)، الذي يترك أمر تسييره إلى وسيط مؤهل لمثل هذه العملية، حسب الأحكام المتعلقة بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، فتصدر نتيجة لذلك ما يسمى بصكوك المضاربة[3]، حتى وإن لم تأخذ هذه التسمية، طالما لم تكن مؤسسة بموجب نص (تشريعي) خاص. مع العلم أن آلية الصكوك تسري أيضا على غيرها من عقود التمويل الإسلامي.

ب/ تنظيم الصكوك الإسلامية

لا تعرف مراجع الفقه الإسلامي التقليدية، مسألة "الصكوك"، إذ هي تعاملات مالية جديدة، استحدثت نتيجة رواج التعامل في الأسواق المالية. ومن ثم، فرضت ضرورة التعامل المصرفي والمالي، الموافق لمبادئ الشريعة الإسلامية، اللجوء إلى هذه الوسيلة من أجل تمويل المشاريع التجارية، فوجدت صكوك عقود المرابحة والمشاركة والإيجار أو الإجارة حسب التسمية المعروفة لهذه العقود في مؤلفات الفقه الشرعي[4]، إلى جانب غيرها من الصكوك التي تقوم على فكرة المشاركة على الشيوع في تمويل العقود المعروفة في التمويل الإسلامي. ولعل هذه الوضعية تجعل من الصكوك نموذجا حيا

[1]– المادة 2 من الأمر رقم 96–08، المذكور أعلاه.

[2]– المادة 13 من الأمر رقم 96–08، السالف الذكر.

[3]– F. GUÉRANGER, Finance islamique, une illustration de la finance éthique, Dunod, Paris, 2009, p. 146.

[4]– عبد الرحمان الجزيري، المرجع السالف الذكر، ص.72 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–2204X
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

لتجديد وتطور الاجتهاد في الفقه الإسلامي، بما يناسب تطورات وتحولات التعامل التجاري والمالي[1].

إن تبني عمليات إصدار الصكوك الإسلامية في الجزائـــر لا يحتاج على العموم في الوقت الراهن، من الناحية التشريعية البحتة[2]، إلى وضع نظام قانوني خاص بها، ذلك أن الأحكام القانونية الحالية، تتضمن القواعد اللازمة لإدراج مثل هذه الصكوك في سلسلة التداول، من خلال ضبط عملية إصدارها وتداولها، بموجب المنظومة القانونية الخاصة بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة[3]، المعمول بها شأن الاستثمارات المالية الخاصة.

[1]– يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999 ميلادي– 1419 هجري.

[2]– بالمقارنة مع النظام الجبائي، الذي يحتاج في المقابل بعض التعديلات التي تراعي خصوصيات المالية الإسلامية، على الأقل، وفق ما هو معمول به في ظل بعض الدول الغربية، كالنظام الجبائي الفرنسي:
Ainsi en France, la Direction générale de finance publique amis en place l'Instruction du 25/02/2009, modifiée par l'Instruction du 23/07/2010, suivit de l'Instruction du 04/10/2010, relatives aux régime fiscal applicable aux produits financiers islamiques, en essayant de suive l'exemple du Royaume-Uni. Voir, J.-Y. CHARRIAU, T. GRANIER, Nouvelles mesures fiscales en faveur de la finance islamique en France (1ère partie), Option Finance, 12/01/2009, n°1011, A. FULCONIS-TIELENS, La finance islamique : l'ouverture européenne, Revue Banque, 01/11/2007, n°696 et O. FARNWORTH, Taxation of Islamic finance, Tax Planning International Review, 01/04/2007, volume 34, n°4.

[3]– أنظر في هذا الصدد، أحكام الأمر رقم 96–08 المؤرخ في 10 يناير 1996، المذكور أعلاه، بالإضافة إلى المرسوم التنفيذي رقم 96– 474 المؤرخ في 28 ديسمبر 1996، المتعلق بتطبيق المادتين 8 و23 من الأمر رقم 96–08، قرار وزير المالية المؤرخ في 6 ديسمبر 1997، المتضمن المصادقة على نظام لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 97–04 المؤرخ في 25 نوفمبر 1997، المتعلق بهيئات

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079-1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

لكن يبق في المقابل، أن تسميتها بالصكوك الإسلامية، يستدعي عند إنشائها والتعامل بها، موافقتها بالضرورة للضوابط الشرعية.

يكون من المفيد أيضا في الوقت الحالي على الأقل، تجنب كل تقنين يتضمن نصيبا مهما من القواعد الآمرة، للمعاملات التجارية أو المالية الإسلامية، والالتزام فقط على مستوى البعد المعاملاتي، بالقواعد القانونية العامة أو الخاصة المناسبة[1]، بمعنى ترك العقود التجارية والمالية الإسلامية المتميزة، ضمن فئة المعاملات أو العقود غير المسماة قانونا، وعدم تقنينها في إطار أحكام قانونية محددة، مما يعني التعامل معها كعقود تحظى بجانب كبير من الاختيار التعاقدي[2]، ليتسن بعد ذلك، ضبطها وفق أحكام الشريعة أو الفقه الإسلامي، من لدن الهيئات (الشرعية) المؤهلة في هيكل المؤسسات المصرفية والمالية المعنية بتقديم تلك الخدمات المالية الإسلامية إلى الجمهور.

ثانيا: البعد الـــهيكلي لتأطير المالية الإسلامية

إذا كانت المالية الإسلامية قد أصبحت تتمتع بمستوى من التفوق والنمو على المستوى العالمي، وفي مختلف الساحات المصرفية والأسواق المالية، فإنه لا يستقيم أن ينصب التركيز في شأنها فقط على البعد المعاملاتي للمالية الإسلامية، بمعنى المنتجات المالية المراعية لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية، في حين يُسمح بالقصور في الاهتمام بالجانب الهيكلي التنظيمي أو البعد المؤسساتي، الذي يكفل مراعاة تطبيق قواعد الشريعة على تلك المنتجات و/أو الخدمات المالية. فعلى الرغم وجود إقبال كبير من الجمهور على هذه

التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، وتعليمة لجنة تنظيم ومراقبة عمليات البورصة رقم 97–02 المؤرخة في 30 نوفمبر 1997، المتعلقة بهيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة.

[1] – أنظر على سبيل المثال إلى أحكام النظام رقم 13–01 المؤرخ في 8 أبريل 2013، المذكور أعلاه.

[2] – وهو ما تسمح به وتؤكده صراحة، المادة 3 من النظام رقم 13–01، السالف الذكر.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079-1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

المنتجات أو الخدمات، لكن ما يزال هناك هامش من التحفظ على مثل هذه التعاملات، بسبب الشبهة التي يثيرها جانب من الفقهاء، والتي تقوم في كثير من الأحيان، على فكرة اختلاطها أو عدم تميزها الواضح عن المنتجات المالية التقليدية، أو على أساس قيام البنوك التقليدية أو الربوية بفتح شبابيك إسلامية، وهو ما يطرح التساؤل حول مدى صحتها من الناحية الشرعية، أو بالنظر إلى كلفة بعض المنتجات المالية الشرعية، التي تتجاوز في قيمتها المنتجات المالية التقليدية. وبالتالي، كان من اللازم، التأكد من حقيقتها كمنتجات توافق الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وعدم استعمال هذا الوصف أو التسمية لأغراض إشهارية تجارية.

تعتمد المعاملات التجارية والمالية الإسلامية على مقياس مهم، ألا وهو موافقتها لمبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية، وعند الاقتضاء للأحكام التفصيلية ضمن مختلف مذاهب الفقه الإسلامي، إذا تعلق الأمر بمسائل تعرف معالجتها الشرعية اختلافا ظاهرا بين مختلف المذاهب الفقهية المعروفة. وعليه، يتوجب من الناحية القانونية، ومراعاة لهذه الخصوصيات، وضع آليات تضمن تحقيق مصداقية التعامل الموافق للشريعة الإسلامية، بمعنى تنظيم حوكمة المؤسسات (corporate governance) المالية الإسلامية، على غرار حوكمة المؤسسات المالية التقليدية، من خلال ضبط هيئات الإدارة والرقابة الشرعية على الإدارة[1]، بمعنى الإدارة والرقابة التي تراعي مبادئ وقواعد الشريعة، كأهم خطوة في مجال تبني نظرية الحكم الراشد في سير المؤسسات المالية الإسلامية.

مع العلم أن الحكم الراشد، وإن كان في هذه الحالة يبغي ضبط معاملات المؤسسات المالية، وفق المنهاج الشرعي، فإن تحقيق مقاصدها، يكفل رعاية مصالح

[1] – أنظر على سبيل المثال : حسين شحاتة، اختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي ، بنك دبي الإسلامي ، عدد 116 فبراير 1991.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

الشركاء أو المساهمين وكذا الزبائن المدخرين، وكل من له علاقة بتلك المؤسسات المصرفية أو المالية[1]. إن ضمان الحكم الراشد بالنسبة لتلك المؤسسات على غرار نظيراتها التقليدية، يستدعي ضبط هيكلها بما في ذلك تركيب وتنظيم مختلف هيئاتها، وكذا الإجراءات المتبعة في شأن سيرها، وفق مقتضيات الشرع والقانون الموافق له عند الاقتضاء.

أ/ تركيب هيئات الإدارة

يفرض على المصارف والمؤسسات المالية في ظل التشريع الجزائري أن تتبن مبدئيا، شكل شركات ذات أسهم[2] (sociétés par actions). وبالتالي، فإن هناك إحالة صريحة لـــتطبيق أحكام قانون الشركات التجارية، الواردة ضمن نصوص القانون التجاري. لكن في المقابل، وإن لم يكن هناك أي التباس في تطبيق النصوص التشريعية[3] أو التنظيمية[4] التي تنظم شركات المساهمة أو الشركـــــــات المغفلة (sociétés anonymes/Companies) في إطار نصوص القانون التجاري الفرنسي[5]، سواء كانت

[1]– في مجال الأهداف التي ترمي نظرية حوكمة أو حكومة المؤسسات إلى تحقيقها، أنظر :
G. CHARREAUX et Autres, Le Gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits, Economica, 1997.

[2]– المادة 1/83 من الأمر 03–11 المتعلق بالنقد والقرض، المعدل والمتمم، المذكور أعلاه.

[3]– المادة 592 وما بعدها من القانون التجاري.

[4]– المرسوم التنفيذي 95–438 المؤرخ في أول شعبان 1416، الموافق 23 ديسمبر 1995، يتضمن تطبيق أحكام القانون التجاري المتعلقة بشركات المساهمة والتجمعات، الجريدة الرسمية المؤرخة في 2 شعبان 1416 هجري، الموافق 24 ديسمبر 1995 ميلادي، العدد 80، ص.3.

[5]– Arts 225-1 et suivants Code de commerce français.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

ذات مجلس الإدارة[1] أو كـــانت ذات مجلس المديرين ومجلس المراقبة[2]، فإن الإشكالية تطرح في شأن شركات التوصية بالأسهم[3] (commandite par actions). إن هذه الأخيرة، تصنف أيضا ضمن طائفة الشركات ذات الأسهم، على اعتبار أن رأسمالها مقسم إلى أسهم، لكن تركيبها الهيكلي مختلف تماما عن ما هو معمول به في شركات المساهمة (التقليدية). فالشركاء في هذه الشركة صنفان[4]، إذ أن هناك الشريك أو الشركاء المتضامنون (commandités)، الذين تسمح لهم صفتهم هذه، بتولي مهام الإدارة في الشركة، على خلاف الصنف الثاني، وهم الشركاء الموصون (commanditaires) الذي لا يسمح لهم سوى تولي مهام الرقابة على الإدارة، في إطار هيئة مجلس المراقبة[5]. وبالرجوع إلى صياغة النصوص، فليس هناك ما يمنع المؤسسات المالية من اختيار نظام شركات التوصية بالأسهم، خاصة إن كان الأمر يتعلق بمجموعة شركات تجارية أو شركة قابضة ذات شكل توصية بالأسهم.

إن اختيار نوع شركة المساهمة المعني بالمصرف أو المؤسسة المالية الإسلامية، سوف يرتب آثارا مباشرة على نظام التسيير أو الإدارة، ذلك أن فقهاء السنة، قد اتفقوا على إجازة شركة العنان[6]، التي تعتبر شركة المساهمة (التقليدية)، النموذج الأنسب لها في الوقت الحالي، لكنهم أبطلوا شركة الوجوه أو الذمم، التي يمثل الشريك أو الشركاء

[1]– المادة 610 وما بعدها من القانون التجاري.
[2]– المادة 642 وما بعدها من القانون التجاري.
[3]– المادة 715 ثالثا وما بعدها من القانون التجاري.
[4]– المادة 715 ثالثا/1 من القانون التجاري
[5]– المادة 715 ثالثا 1/2 من القانون التجاري.
[6]– ابن رشد، المرجع السالف الذكر، ص.301.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079-1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

المتضامنون تجسيدا لها في شركة التوصية بالأسهم، باستثناء الإمام أبو حنيفة[1]، الذي أجاز مثل هذا النوع من الشركات. وعليه، كان من اللازم أن يؤخذ هذا الأمر بعين الاعتبار، عند تأسيس المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية، وهذا حتى لا تتعرض هذه المؤسسات لشبهة بطلانها وبطلان أعمالها شرعا.

أما فيما يخص شركات المساهمة (التقليدية)، فإنه يتم تسييرها وفق نظام مجلس الإدارة أو نظام مجلس المديرين ومجلس المراقبة. أما في شركة المساهمة ذات مجلس الإدارة، فإن الهيئة التي تتولى أعمال التسيير والإدارة هي مجلس الإدارة، الذي يضطلع بمهام وضع إستراتيجية الشركة والإشراف على أعمالها. ويتشكل مجلس الإدارة عمليا من كبار المساهمين في الشركة، بحيث يتراوح عدد أعضاء المجلس من ثلاثة (3) أعضاء إلى اثنا عشر (12) عضوا، يتم انتخابهم من طرف الجمعية العامة العادية للمساهمين[2]، وعزلهم أيضا في أي وقت[3]. في المقابل ولتلبية التنظيم الموافق لهيئات الرقابة الشرعية، ليس هناك ما يمنع من توسيع المجلس وإضافة أعضاء آخرين من غير المساهمين، الذين يدعون إلى جلسات مجلس الإدارة، لكن دون أن يكون لهم الحق التصويت، ليشاركوا بما لهم من علم بالأحكام الشرعية، في صياغة القرارات التي توافق الشريعة الإسلامية، وفي إطار أعمال الإدارة أو الإشراف والرقابة على أعمال الإدارة العامة. أما هيئة الإدارة العامة، والمتمثلة في رئيس مجلس الإدارة والمدير العام في حالة تعيينه، فهذه الهيئة تتمتع وفق أحكام قانون الشركات التجارية، بالسلطات الواسعة للتصرف في كل الظروف باسم الشركة، لكن من الممكن معالجة هذه الوضعية في ظل القانون التجاري الجزائري،

[1] – ابن رشد، المرجع المذكور أعلاه، ص.305.

[2] – المادة 611 من القانون التجاري.

[3] – المادة 613 من القانون التجاري.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

واشتراط موافقة مجلس الإدارة أو أية هيئة إشراف أو رقابة يتم وضعها اتفاقا، على قرارات الإدارة العامة، وذلك ضمن بنود القانون الأساسي (statuts) للشركة[1].

في حالة اختيار نظام مجلس المديرين لإدارة المؤسسة المصرفية أو المالية، فمن الممكن أن يكون أولائك العارفين بالمسائل الشرعية، من بين أعضاء مجلس المديرين، ذلك أن القانون التجاري، لا يفرض اختيارهم من بين المساهمين، وإنما يشترط فقط أن يكونوا أشخاصا طبيعيين، كما يحدد عددهم فقط بخمسة (5) أعضاء كأقصى حدّ. كما يجوز كذلك أن يكون هؤلاء العارفين بالأحكام الشرعية، من بين أعضاء مجلس المراقبة، لكن في هذه الحالة، يفرض القانون التجاري عليهم أن يكونوا من بين المساهمين، على غرار ما هو معمول به بالنسبة لأعضاء مجلس الإدارة، لتبق في هذه الحالة، إمكانية توسيع مجلس المراقبة ليشمل أعضاء ليس لهم بالضرورة صفة المساهمين، وهو ما يستلزم عدم مشاركتهم في التصويت، كما في حالة مجلس الإدارة.

يمكن أيضا أن تترك مهمة الإشراف والرقابة الشرعية، سواء في نظام مجلس الإدارة أو نظام مجلس المديرين بالنسبة للمصرف أو المؤسسة المالية كشركة مساهمة، إلى هيئة مختصة غير نظامية[2]، على غرار ما هو متعارف عليه ومعمول به في الأوساط المصرفية والمالية في القانون المقارن عبر العالم، تحت تسمية مجلس الشريعة (Charia board) أو

[1]– في مسألة مجال الحرية الاتفاقية في تنظيم شركة المساهمة، أنظر مفتاح بوجلال، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانون الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه في العلوم، قانون الأعمال، جامعة وهران، كلية الحقوق، 2011 ميلادي.

[2]– بل لقد أصبح القانون الجزائري يفرض صراحة على المؤسسات المصرفية أن تنشأ هيئة (اتفاقية) مختصة بالرقابة على أعمال إدارة هذه المؤسسات. راجع المادة 97 مكرر من الأمر رقم 03–11 المذكور أعلاه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079-1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

اللجنة أو هيئة الرقابة الشرعية، التي أصبحت مفروضة بمقتضى أحكام نظام بنك الجزائر[1].

ب/ نظام هيئة الرقابة الشرعية

تعد هيئة الرقابة الشرعية أو ما يسمى كذلك بمجلس الشريعة، من الهيئات المستحدثة ضمن هياكل المؤسسات المصرفية والمالية، في إطار نشأة وتطور المالية الإسلامية، وقد تبنتها المصارف التي تعمل في مجالات المصرفية والمالية الإسلامية، ضمن قانون للشركات التجارية، وفق هيكل مقارب إلى حدّ ما لنظام مجلس الإدارة، وهو ما تؤكده أحكام نظام بنك الجزائر[2]، التي تفرض تعيين أعضائه من طرف الجمعية العامة للمساهمين، على غرار تعيين أعضاء مجلس الإدارة[3]، كما سبق ذكره. غير أن ابتداع هيئة جديدة في ظل نظام قانوني محدد وموضوع ومكرس مسبقا، كما هو معمول به في القانون الجزائري، يحتاج إلى نوع من الحيطة، تجنبا من جهة لمسألة التعدي على سلطات الهيئات القانونية، لاسيما أن نظام بنك الجزائر وباستثناء تحديد عدد الأعضاء الذي لا يقل عن ثلاثة (3) أفراد[4]، لا يفصل في مسألة كيفية التعيين ومدة الوظائف وإمكانية تجديدها والأجور ونمط إنهاء المهام، وهو ما يستدعي تنظيمها ضمن بنود القانون الأساسي أو بموجب نظام داخلي يلحق عند الاقتضاء بالقانون الأساسي، ليستفيد من حجيته القانونية.

[1]– المادة 15 من النظام رقم 20–02، المذكور أعلاه.
[2]– المادة 15 الفقرة 1 من النظام رقم 20–02، السالف ذكره.
[3]– المادة 15 الفقرة 2 من النظام رقم 20–02، المذكور أعلاه.
[4]– المادة 15 الفقرة 1 من النظام رقم 20–02، السالف ذكره.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079-1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

وفي سبيل ضمان استقلالية هذه الهيئة بما يكفل تأمين صحة أعمالها من الناحية الشرعية، فإنه يتوجب على سبيل المثال إنهاء مهامهم بانتهاء الأجل المقرر أو عن طريق المطالبة بالعزل القضائي عند الحاجة، بحيث يتمكن عضو الهيئة الشرعية من أداء وظيفته، دون خشية عزله من مهمته في حالة عدم تلبية مصالح المساهمين (أصحاب الشركة)، الذين تكون لديهم بالضرورة مصالح شخصية أو خاصة، تدفعهم إلى التأثير على قرارات الجمعية العامة، إذا منحت لها سلطة العزل المباشر. مع العلم أن مهمة الهيئة الشرعية الرئيسية تتمثل وفق نظام بنك الجزائر، في رقابة نشاطات المصرف أو المؤسسة المالية المتعلقة بالصيرفة الإسلامية.

ليس هناك ما يمنع أيضا من توسيع هذه الرقابة وجعلها مسبقة أو قبلية مثلا، في شأن القرارات أو الأعمال التي تتولاها الإدارة العامة للمصرف، على الأقل، فيما يخص أعمال محددة مسبقا[1]، نظرا لأهميتها المادية و/أو الاعتبارية، تحت طائلة ترتيب المسؤولية المدنية لأعضاء هيئات الإدارة، طبقا لما هو منصوص عليه صراحة بموجب القانون[2]، اتجاه الشركة أو اتجاه المساهمين، أو حتى اتجاه زبائن المصرف من مودعين ومستثمرين، باعتبارهم من الغير، في ظل تمكين رقابتهم المطلوبة شرعا على تعاملاتهم مع المصرف الإسلامي.

كما يمكن أيضا لضمان شرعية أعمال البنوك المقدمة لخدمات الصيرفة الإسلامية، اللجوء إلى ما يسمى بالهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء في للصناعة المالية الإسلامية، المنصوص عليها كذلك بموجب نظام بنك الجزائر الأخير في شأن الصيرفة الإسلامية[3].

[1] – ما يسمى بنظام القـــــائمة (Katalog) المأخوذ عن قانون الشركات التجارية الألماني.

[2] – المادة 715 مكرر 23 من القانون التجاري.

[3] – المادة 16 من النظام رقم 20–02، السالف ذكره.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

مع الإشارة إلى أن هذه الهيئة الأخيرة والمعمول بها في العديد من الدولة التي تتبنى نظام المالية الإسلامية، يمكن علاوة عن مهمتها الرقابية بخصوص المنتجات الصيرفة الإسلامية المعروضة على الجمهور، أن تعلب دور الهيئة القضائية بالنسبة للخلافات أو النزاعات التي يكون موضوعها آليات أو ترتيبات أو الإجراءات التعامل في التمويل الإسلامي[1]. لكن يستلزم قيامها بهذه المهام أن تكون مسندة على نظام قانوني، يوضح بشكل مضبوط يكفل صحة إنشائها واستقلاليتها من الناحية الشرعية وحتى القانونية.

يجب الإشارة إلى أنه تم فعلا إنشاء هذه الهيئة على أساس المقرر الأخير للمجلس الإسلامي الأعلى[2]. لكن بالرجوع إلى أحكام الدستور[3] وكذا المرسوم الرئاسي الخاص بتنظيم المجلس الإسلامي الأعلى وسيره[4]، فإن المجلس عبارة عن هيئة استشارية موضوعة لدى رئاسة الجمهورية، يتولى الحث على الاجتهاد وترقيته وإبداء الحكم الشرعي فيما يعرض عليه[5]. أما إن كان بإمكانها إحداث "لجان متخصصة" للتكفل بالمسائل المطروحة عليه، فهذه الأخيرة تتشكل (فقط) من أعضاء المجلس[6]، بحيث لا يجوز لرئيس المجلس

[1]– مفتاح بوجلال، التنازع في شرعية التمويل الإسلامي، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية، المجلد 10، العدد الأول، يونيو 2019، ص.9.

[2]– مقرر المجلس الإسلامي الأعلى رقم 20–01 المؤرخ في 7 شعبان 1441 هجري، الموافق الأول أبريل 2020 ميلادي، المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية.

[3]– المادة 195 من الدستور.

[4]– المرسوم الرئاسي رقم 17–141 المؤرخ في 21 رجب 1438 هجري، الموافق 18 أبريل 2017 ميلادي، المحدّد تنظيم المجلس الإسلامي الأعلى وسيره، الجريدة الرسمية المؤرخة في 22 رجب 1438 هجري، الموافق 19 أبريل 2017 ميلادي، العدد، ص.3.

[5]– المادة 7 من المرسوم الرئاسي رقم 17–141، السابق ذكره.

[6]– المادة 14 من المرسوم الرئاسي رقم 17–141، المذكور أعلاه.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

إصدار "قرار تعيين" الهيئة الشرعية للمالية الإسلامية، ولا يجوز للمجلس تحديد شروط ومؤهلات تعيين أعضاء هذه الهيئة[1]. أما عن مهام هذه الهيئة، وإذا كانت فعلا "منشأة على مستوى المجلس" حسب المادة الأولى من مقرر المجلس الإسلامي الأعلى، فإن قراراتها أو شهاداتها، التي سوف تخص مثلا مطابقة المنتجات المالية لقواعد الشريعة، يجب أن تصدر باسم المجلس الإسلامي الأعلى، وليس باسمها الخاص، وهو ما يمس بنظام المجلس ووضعيته القانونية. إن هذه النقاط تصيب بلا شك صحة إنشاء هذه الهيئة، ومن ثم، صحة الأعمال المنشأة من أجلها، وبالتالي، فإنه من باب أولى تخويل إنشاء هذه الهيئة المكلفة بمسائل الصيرفة الإسلامية بموجب قانون خاص بها، يتضمن تحديد نظامها ومهامها، بما يراعي متطلبات القانون ويوافق في نفس الوقت مقتضيات الشريعة الإسلامية.

الخاتمـــة:

تكتسي المنظومة القانونية الجزائرية الحالية، في المجالات التجارية والمالية والمتعلقة بالشركات التجارية، على الرغم من العيوب والنقائص التي تعاني منها، نـــوعا من المرونة التي تسمح لها باستيعاب المالية الإسلامية في بعدها المعاملاتي والتنظيمي المؤسساتي على حدّ سواء. وهذا بلا شك، بسبب قلة القواعد الآمرة التي تضبط النشاط المصرفي والتجاري عموما، في مقابل الهامش الكبير لسلطان الإرادة والمبادرة الاتفاقية، والتي يسمح بضبطها من خلال مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية. إن مثل هذه الوضعية، وبغض النظر عن بعض الترتيبات التي أصبحت تقررها النصوص التنظيمية الصادرة في شأن الصيرفة الإسلامية، تجعل النظام القانوني الجزائري يُجيز التعامل بالمالية الإسلامية

[1]– المادتين 3 و4 من المقرر 20–01، السالف ذكره.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079-1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

بكيفية حديثة، تقارن ما يجري العمل به في الدول الإسلامية والعربية والغربية، التي تبنتها منذ فترة معتبرة، في انتظار صدور المنظومة التشريعية التي تتبناها صراحة.

كما يظهر جليا، من خلال الاطلاع على النصوص القانونية التي تنظم النشاطات المصرفية والمالية والتجارية عموما، أنها لا تخالف على العموم مبادئ وقواعد الشريعة الإسلامية، بل أن الاستعانة بهذه الأحكام جائز قانونا، بالرجوع إلى الحرية التعاقدية والقواعد العامة المقررة، مما يدفع للقول أن للمالية الإسلامية فرصة كبيرة لإدراجها في النظام التجاري والمالي الجزائري، داخل منظومتها القانونية المعمول بها في الوقت الحالي، مع إمكانية تطورها بشكل متسارع، ليس فقط في منظور الفقه المالكي السائد في الجزائر، وإنما أيضا في بقية مدارس الفقه الإسلامي الأخرى، تبعا لمقتضيات التعامل التجاري والمالي، بحكم مركزها التاريخي وموقعها الجغرافي كهمزة وصل بين الشرق والغرب.

قائمة المصادر:

1/ المصادر باللغة العربية (حسب التسلسل التاريخي):

– حسين شحاتة، اختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، عدد 116، فبراير 1991 ميلادي.

– يوسف القرضاوي، الفقه الإسلامي بين الأصالة والتجديد، مكتبة وهبة، القاهرة، الطبعة الثانية، 1999 ميلادي– 1419 هجري.

– مقرر المجلس الإسلامي الأعلى رقم 20–01 المؤرخ في 7 شعبان 1441 هجري، الموافق الأول أبريل 2020 ميلادي، المتضمن إنشاء الهيئة الشرعية الوطنية للإفتاء للصناعة المالية الإسلامية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مجلة جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية –قسنطينة الجزائر–
ر ت م د: 1112–4040، ر ت م د إ: 2588–X204
المجلد:34 العدد:02 السنة:2020 الصفحة: 1079–1103 تاريخ النشر: 17–11–2020

– عبد الرحمان الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلّد الثاني، الجزء الثاني والثالث: المعاملات، دار التقوى للطبع والنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، 2003 ميلادي.

– ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار العقيدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004 ميلادي– 1425 هجري.

– علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، 1430 هجري/2009 ميلادي.

– مفتاح بوجلال، التنظيمات الاتفاقية للشركات التجارية في القانونين الجزائري والفرنسي، رسالة دكتوراه في العلوم، قانون الأعمال، جامعة وهران، كلية الحقوق، مارس 2011 ميلادي.

– مفتاح بوجلال، التنازع في شرعية التمويل الإسلامي، مجلة إسرا الدولية للمالية الإسلامية، المجلد 10، العدد الأول، يونيو 2019.

2/ المصادر باللغتين الفرنسية والإنجليزية (حسب الترتيب الأبجدي):

– G. CHARREAUX et Autres, Le Gouvernement des entreprises, corporate governance, théories et faits, Economica, 1997.

– J.-Y. CHARRIAU, T. GRANIER, Nouvelles mesures fiscales en faveur de la finance islamique en France (1ère partie), Option Finance, 12/01/2009.

– Code de commerce français (French Trade Act).

– F. GUÉRANGER, Finance islamique, une illustration de la finance éthique, Dunod, Paris, 2009.

– O. FARNWORTH, Taxation of Islamic finance, Tax Planning International Review, 01/04/2007, volume 34.

– A. FULCONIS-TIELENS, La finance islamique : l'ouverture européenne, Revue Banque, 01/11/2007.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com