

جامعة النجاح الوطنية  
كلية الدراسات العليا

# خصوصية التنظيم القانوني لعقد المراجعة للأمر بالشراء

إعداد  
نداء خالد علي صبري

إشراف  
د. غسان خالد

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2015

# خصوصية التنظيم القانوني لعقد المراهجة للأمر بالشراء

إعداد

نداء خالد علي صبري

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2015/2/18م، وأجيزت.

التوقيع

.....  
.....

.....  
.....

.....  
.....

أعضاء لجنة المناقشة

1. د. غسان خالد / مشرفاً ورئيساً

2. د. خالد تلاحمة / ممتحناً خارجياً

3. د. علي السرطاوي / ممتحناً داخلياً

# الإهداء

إلى أجمل ما في حياتي ❖❖❖❖❖ أمي

إلى قدوتي الأولى الذي ينير دربي ❖❖❖❖❖ أبي

إلى إخواني وأخواتي ❖❖❖❖❖ الأحياء

(❖❖ جمال ❖❖ علي ❖❖ طالب ❖❖ إسلام ❖❖ إساء ❖)

# الشكر والتقدير

الحمد لله رب العالمين والشكر له، أتقدم بالتعبير عنه عميق شكري بالاحترام والتقدير إلى الدكتور الفاضل محسان خالد المشرف على هذه الرسالة، لما بذله من تقديم الملاحظات والإرشادات والتوجيهات لإتمام هذه الدراسة، كما أتقدم بخالص الشكر لجميع الأساتذة الكرام في كلية القانون لما قدموه من علم ومعرفة، وإلى الاستاذ باسم بدر مدير دائرة التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني.

## الإقرار

أنا الموقعة أدناه مقدمة الرسالة التي تحمل العنوان:

# خصوصية التنظيم القانوني لعقد المراجعة للأمر بالشراء

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أي درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.


## Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:

اسم الطالبة: نداء خالد عاي هبري

Signature:

التوقيع: 

Date:

التاريخ: ٢٠١٥ / ٢ / ١٨

## فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
و	فهرس المحتويات
ح	الملخص
1	المقدمة
7	<b>الفصل التمهيدي: المصارف الإسلامية</b>
9	المبحث الأول: مفهوم المصرف الإسلامي وخصائصه
9	المطلب الأول: مفهوم المصرف الإسلامي
10	المطلب الثاني: خصائص المصرف الإسلامي
12	المبحث الثاني: التمييز بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية
12	المطلب الأول: أوجه الاتفاق بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية
13	المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية
15	<b>الفصل الأول: ماهية عقد بيع المرابحة</b>
17	المبحث الأول: تعريف عقد بيع المرابحة وبيان صيغه
17	المطلب الأول: تعريف بيع المرابحة
18	المطلب الثاني: صيغ عقد بيع المرابحة
21	المبحث الثاني: أنواع عقد بيع المرابحة
21	المطلب الأول: المرابحة البسيطة من حيث تكوينها وشروطها
21	الفرع الأول: تكوين المرابحة البسيطة
23	الفرع الثاني: شروط المرابحة البسيطة
23	أولاً: الثمن الأول معلوماً
23	ثانياً: الربح معلوماً
24	ثالثاً: الثمن الأول مثلياً
24	المطلب الثاني: المرابحة المركبة
27	<b>الفصل الثاني: التنظيم القانوني لعقد المرابحة للأمر بالشراء</b>

الصفحة	الموضوع
29	المبحث الأول: بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريه المصارف الإسلامية
29	المطلب الأول: التعريف بعقد بيع المرابحة للأمر بالشراء
32	المطلب الثاني: شروط صحة عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية
35	المطلب الثالث: عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء وفقاً للقرار بقانون رقم (9) لعام (2010) بشأن المصارف
37	المطلب الرابع: الوعد والمواعدة في بيع المرابحة للأمر بالشراء
37	الفرع الأول: الوعد بالتعاقد
42	الفرع الثاني: آراء الفقهاء من حيث إلزامية الوعد من عدمه
45	المبحث الثاني: خصوصية عقد المرابحة بصفته نوعاً من أنواع عقد البيع
45	المطلب الأول: صيغة التعاقد (الإيجاب والقبول)
53	المطلب الثاني: توافر الأهلية للمتعاقدين في عقد بيع المرابحة
54	المطلب الثالث: المعقود عليه (محل العقد)
59	المطلب الرابع: عقد بيع المرابحة ناقل للملكية
64	المطلب الخامس: تبعة الهلاك قبل التسليم
71	المبحث الثالث: التزامات الأطراف بعد التسليم
71	المطلب الأول: التزام المشتري (العميل) بدفع الأقساط
75	المطلب الثاني: التزام المصرف بضمان العيوب الخفية بصفته بائعاً
86	المبحث الرابع: خطوات التطبيق العملي في فلسطين لبيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية
86	المطلب الأول: إجراءات تنفيذ المرابحة للأمر بالشراء هيكلياً
88	المطلب الثاني: إجراءات وخطوات عملية بيع المرابحة للأمر بالشراء بناء على المصادر الأولية
108	الخاتمة
108	النتائج
110	التوصيات
112	قائمة المصادر والمراجع
b	Abstract

## خصوصية التنظيم القانوني لعقد المراجعة للأمر بالشراء

إعداد

نداء خالد علي صبري

إشراف

د. غسان خالد

### الملخص

تبحث هذه الدراسة في النظام القانوني لعقد المراجعة للأمر بالشراء، ودراسة خصوصيته، أولاً بصفته نوعاً خاصاً من أنواع عقود المراجعة، ومن ثمّ من خلال دراسته على اعتباره نوعاً خاصاً من عقود البيع، ومروراً بدراسة الطبيعة المركبة لهذا العقد والمتمثلة بتعدد العلاقات التعاقدية وتشعبها التي تكون بمجموعها نظام عقد المراجعة للأمر بالشراء.

تضمن الدراسة في الفصل التمهيدي، مفهوم المصرف الإسلامي باعتبار أنّ عقد المراجعة للأمر بالشراء جزءٌ من معاملاته واستثماراته التجارية، فتمّ تناول مضمون المصرف الإسلامي، وتحديد الأهداف التي سعت إليها هذه المصارف استناداً إلى وجود عدة تعريفات لمفهوم المصرف الإسلامي كما عرفها الباحثون، إضافة إلى خصائصه التي تميزه عن غيره من المصارف والتميز بين المصارف الإسلامية والتجارية فيما إذا كان هناك اختلاف أو تشابه بينهما؛ لأن البعض تجاهل حقيقة المصارف الإسلامية ظاناً أنه لا فرق بين معاملة هذه المصارف وغيرها من المصارف التجارية.

يبحث الفصل الأول في عقد المراجعة بتعريفه وصيغته المتعددة باعتباره من بيوع الأمانة فتعرضت إلى البحث في هذا الموضوع قبل الخوض في أساس العلاقة التعاقدية لعقد المراجعة، فكان لا بد من التطرق إلى معرفة هذا العقد وأنواعه التي يجب التمييز بينها من حيث الجوانب الأخرى التي تتكون منها المراجعة المركبة، ولا تتكون في المراجعة البسيطة، كالوعد بالشراء، إذ توجد في المراجعة الأولى ولا توجد في المراجعة الثانية، إضافة إلى معرفة شروط هذا العقد وهي شروط خاصة، وأنه في حالة الإخلال بأي شرط من هذه الشروط يقضي إلى فقدان العقد صفته من الناحية التي تقضي بأن هذا العقد هو عقد مراجعة.



ويبحث الفصل الثاني في النظام القانوني لعقد المراجعة للأمر بالشراء، وذلك بتحديد الشروط الواجب توافرها في هذه العملية، وهي شروط خاصة، وهذه الشروط أغلبها تتعلق بالمصرف، من حيث إنه يجب أن يمتلك السلعة أولاً حتى يجوز له أن يبيع المشتري مراجعة؛ لأن عقد المراجعة للأمر بالشراء هو أحد أنواع البيوع التي يجب أن يكون البائع مالكا للمبيع الذي سيقوم ببيعه للمشتري، كما تحدثنا في هذا الفصل عن الوعد الذي يصدر عن المشتري (الأمر بالشراء)، بأنه يريد شراء السلعة إذا اشتراها المصرف (المأمور بالشراء)، وتم توضيح ما هو البيع بالوعد، والبيع بالشراء، واختلافهما عن المواعدة التي تصدر من الطرفين مع وجود حق الخيار لكل منهما في الشراء أو البيع، إضافة إلى البحث في كون الوعد ملزماً أم غير ملزم؟ كما تم البحث في أركان هذا العقد التي يجب أن تتوفر في البيوع الأخرى حسب القواعد العامة وهي الإيجاب والقبول فيما إذا كان هناك صيغة معينة في عقد بيع المراجعة الذي يتم بين الأمر بالشراء والمصرف المأمور بالشراء، بالإضافة إلى المعقود عليه وهو محل العقد أي السلعة، وأن هذا العقد هو ناقل للملكية، كما تم البحث في المسؤولية التي تترتب على تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه للمشتري باعتبار أن عقد المراجعة يخضع للقواعد العامة لعقد البيع، وتم توضيح مرحلة مهمة وهي مرحلة التوكيل سواء قام المصرف بتسليم المبيع من البائع الأول، أم توكيل المشتري نفسه بتسليم المبيع من البائع الأول، كما تمت دراسة الالتزامات المترتبة على كل طرف من الأطراف التي يجب عليهم الالتزام بها، ومنها التزام المشتري بدفع الأقساط، والتزام المصرف بضمان العيوب الخفية بصفته بائعاً، يضمن كل عيب في السلعة كما في عقود البيوع الأخرى، أما المرحلة الأخيرة من هذا الفصل قامت الباحثة بالتطرق إلى الخطوات العملية لعقد المراجعة للأمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية في فلسطين حيث قامت باللجوء إلى المصارف الإسلامية والاطلاع على نماذج العقود من حيث الوعد بالشراء وعقد بيع المراجعة والخطوات التي يتم إجراؤها في هذه المصارف عملياً من الناحية الواقعية.

أنهت الباحثة هذه الدراسة بالخاتمة والنتائج والتوصيات والمصادر والمراجع.

## المقدمة

الحمد لله الذي أنعم علينا بنعمة الإسلام، نعمة الدين الذي أتى ليصلح أحوال الأمة، وينظم المعاملات السائدة بين الناس على أسس متينة لا تشوبها شائبة، أما بعد:

فموضوع الدراسة هو عقد المرابحة للآمر بالشراء الذي يُعد جزءاً من المعاملات التي تتعامل بها المصارف الإسلامية، إضافة إلى اعتباره صيغة من صيغ الاستثمار التجاري لدى المصارف الإسلامية وقيامه مقام الإقراض بفائدة لدى المصارف التجارية، ففكرة المرابحة للآمر بالشراء تتميز بجانبين، أولهما: توفير السلع التي يحتاجها الناس لعدم قدرتهم على الحصول عليها مباشرة من البائع، فيلجأ العميل إلى المصرف الإسلامي طالبا منه شراء السلعة التي يحتاجها من البائع الأصلي ضمن المواصفات المحددة، لإعادة بيعها له؛ حيث يدفع العميل ثمنها للبنك على دفعات وأقساط معينة حسب قدرته المالية، مقابل ربح محدد يتفق عليه الأطراف، ويعد هذا الجانب إيجابياً من حيث التيسير على الناس وتماشيا مع أحوالهم المادية، ويوفر فرصة تمويل لمن لا يرغب منهم في اللجوء إلى المصارف التجارية؛ لاعتقاده بأنها قد تكون مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية.

والجانب الثاني، هو تحريك العجلة الاقتصادية، وتحقيق الأرباح بالطريقة المشروعة، باعتبار الجانب الاقتصادي الذي يقوم على أسس الشريعة ركنا أساسيا للارتقاء بواقع الدول وأحوالها، إذ أثبتت الأزمة المالية العالمية الأخيرة أن المصارف الإسلامية كانت الأكثر استقرارا لما يتميز به نشاطها من حيث كونه يمثل استثمارا فعليا وحقيقيا<sup>1</sup>.

## مشكلة الدراسة

تنصب الدراسة على توضيح العلاقات التعاقدية بين الأطراف في عقد المرابحة للآمر بالشراء، وتحديد الأسس التي تقوم عليها كل علاقة من العلاقات التعاقدية بين الأطراف الثلاثة،

<sup>1</sup> للمزيد، ( [http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=165](http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=165) ) بتاريخ

باعتبار هذه العلاقات تمثل التزامات قانونية يترتب عليها آثار معينة، وباعتبار أن هذا العقد هو نوعاً خاصاً من أنواع عقود البيع، فيثير التساؤل في هذه الحالة عن أي القواعد التي يجب أن تطبق على هذا العقد؟ فهل سيخضع تنظيم هذا العقد للقواعد العامة التي تطبق على عقود البيع؟ أم يوجد نظام خاص يحكم عقد بيع المراجعة؟ وهل سيتحمل المصرف بصفته بائع جميع المخاطر التي يتحملها البائع الفعلي؟ وهل سيكون النزاع بين ثلاثة أطراف بخلاف عقد البيع الذي يكون بين طرفين؟ ويثير التساؤل حول المرحلة السابقة التي يجب أن يمر بها العقد قبل إبرام العقد النهائي بين الأطراف؟ وهل يستطيع المصرف بصفته بائع إبرام عقد نهائي مع المشتري قبل أن يملك المبيع؟ وما هو الفرق بين بيع المراجعة باعتباره من بيوع الأمانة والبيع الذي يقابله ويطلق عليه بيع المساومة؟

## أهداف الدراسة

### الهدف العام

دراسة ماهية وحيثيات عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء.

### الأهداف الفرعية

1. دراسة عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء من حيث استقلالية كل عقد عن الآخر.
2. بيان خصوصية عقد المراجعة للأمر بالشراء، والذي تنطبق عليه بوجه عام أحكام عقد البيع.
3. بيان طبيعة العلاقة القانونية التي تقوم بين العميل والمصرف الإسلامي.
4. القيام بدراسة الالتزامات القانونية المترتبة على كل طرف من أطراف عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء.
5. دراسة الشروط والأركان العامة لصحة عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء.

## محددات الدراسة

1. تقتصر هذه الدراسة على العلاقة التعاقدية بين أطراف عقد المراجعة للأمر بالشراء حسب ما تجريه المصارف الإسلامية (البائع، المشتري، المصرف الإسلامي).
2. تشمل هذه الدراسة عروض المصارف الإسلامية العاملة في الضفة الغربية/فلسطين.
3. تقتصر الدراسة على الجوانب القانونية لعقد المراجعة للأمر بالشراء من خلال الرجوع إلى نصوص مجلة الأحكام العدلية والقانون المدني الفلسطيني والقانون المدني الأردني، إضافة إلى الأنظمة والتعليمات التابعة للقرار بقانون بشأن المصارف، والتعليمات التي يجب على المصرف التقيد بها حسب قانون سلطة النقد.

## بيانات الدراسة

1. البيانات الأولية: وذلك من خلال المقابلات الشخصية التي أجريت مع مديري عدد من المصارف الإسلامية العاملة في فلسطين، ومع المختصين والمحامين وغيرهم.
2. البيانات الثانوية: تشمل دراسة التنظيم القانوني لعقد المراجعة للأمر بالشراء من خلال مراجعة التشريعات المختلفة والدراسات والأبحاث ذات الصلة.

## منهجية الدراسة

اعتمدت الباحثة في معالجة موضوع عقد المراجعة للأمر بالشراء على المنهج الوصفي التحليلي للنصوص القانونية والتشريعات المختلفة ذات الصلة.

## الدراسات السابقة

معظم الدراسات السابقة التي تم الرجوع إليها لم تتطرق لموضوع عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء من الجوانب القانونية على اعتبار أنه كيف عقد بيع ذا خصوصية معينة، واقتصرت على تناول هذا العقد من الزاوية الشرعية والفقهية من حيث اختلاف العلماء

المعاصرين في حكم بيع المرابحة للأمر بالشراء، والفتاوى بجواز هذا البيع ، ودراسة نظرية عقد المرابحة من حيث مشروعيتها ، واكتفت بطرح الضوابط الشرعية التي تخص قبض السلعة، وتوكيل المصرف العميل للقبض أو للشراء لنفسه، فلم يتم البحث في إجراءات بيع المرابحة من الناحية القانونية التي تقضي إلى جعل العقد صحيحاً من حيث الأركان العامة التي يجب أن تطبق على هذا العقد، إضافة إلى الرجوع للقواعد العامة التي تنظم تبعة هلاك المبيع قبل التسليم والعيوب الخفية التي تظهر في المبيع والتي لم تنظم بحكم خاص لعقد بيع المرابحة، إنما خضع تنظيمها للقواعد العامة، فهذه الدراسات لم تضع تنظيمًا خاصاً ليكون مصدراً يتم تطبيقه عند نشوب النزاع بين أطراف العقد، ومن هذه الدراسات الآتي:

1- الدكتور علي السالوس (موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة الاقتصاد الإسلامي)، والتي اشتملت على دراسة تطبيقية لعقود المرابحة للأمر بالشراء من خلال معالجة نماذج معينة ودراستها عند تقدم العميل الأمر بطلب إلى المصرف الإسلامي ليقوم بشراء السلعة التي يرغب بها حسب المواصفات المعينة.

2- الدكتور يوسف القرضاوي (بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجر به المصارف الإسلامية)، والذي جاء فيه تنظيم عقد المرابحة للأمر بالشراء من الناحية الشرعية، مستعينا بالآيات القرآنية والأحاديث النبوية وآراء الفقهاء وطبيعة تكييف عقد المرابحة.

3- الدكتور حسام الدين عفانة (بيع المرابحة للأمر بالشراء) حيث تناول خطوات إتمام عملية البيع، واختلاف العلماء المعاصرين في حكم بيع المرابحة للأمر بالشراء، كما تم توضيح هذا العقد من الناحية الشرعية من حيث الفتاوى بجواز هذا البيع.

4- الدكتور عبد العظيم أبو زيد (بيع المرابحة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية) الذي اشتمل على دراسة نظرية لعقد المرابحة من حيث مشروعيتها وشروط هذا العقد، إضافة إلى أنه تناول مجموعة من الضوابط الشرعية التي تخص قبض السلعة وتوكيل المصرف العميل للقبض أو للشراء لنفسه.

## خطة الدراسة

تناولت الباحثة في الفصل التمهيدي خصوصية ونظام عمل المصارف الإسلامية، وتم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول: تناول مفهوم المصرف الإسلامي وخصائصه، وفي هذا المبحث مطلبان، المطلب الأول: تناول مفهوم المصرف الإسلامي، أما المطلب الثاني فتناول خصائص المصرف الإسلامي. أما المبحث الثاني: فقد تناول التمييز بين المصارف الإسلامية وبين المصارف التجارية، وفيه أيضا مطلبان، المطلب الأول: تناول أوجه الاتفاق بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية، أما المطلب الثاني: فتناول أوجه الاختلاف بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية. وببحث الفصل الأول في ماهية عقد بيع المرابحة، وتم تقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول: تناول تعريف عقد بيع المرابحة وصيغته، وتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: تناول تعريف بيع المرابحة، أما المطلب الثاني: فتناول صيغ عقد بيع المرابحة، في حين تناول المبحث الثاني: أنواع عقد بيع المرابحة، وتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول: المرابحة البسيطة من حيث تكوينها وشروطها، واشتمل هذا المطلب على فرعين، الفرع الأول: تناول تكوين المرابحة البسيطة، أما الفرع الثاني: فتناول شروط المرابحة البسيطة، أما المطلب الثاني: تناول بيع المرابحة المركبة. وتناول الفصل الثاني: التنظيم القانوني لعقد المرابحة للأمر بالشراء، وهذا الفصل تم تقسيمه إلى أربعة مباحث، المبحث الأول: تناول بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجرّيه البنوك الإسلامية، وهذا المبحث تم تقسيمه إلى أربعة مطالب، المطلب الأول: تناول التعريف بعقد بيع المرابحة للأمر بالشراء، والمطلب الثاني: تناول شروط صحة عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية، والمطلب الثالث: تناول عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء وفقا للقرار بقانون رقم (9) لعام 2010 بشأن المصارف، أما المطلب الرابع: فتناول الوعد من حيث لزومه من عدمه، لبيع المرابحة للأمر بالشراء، وضم هذا المطلب فرعين، الفرع الأول: الوعد بالتعاقد، الفرع الثاني: آراء الفقهاء من حيث لزوم الوعد من عدمه، أما المبحث الثاني فتناول خصوصية عقد المرابحة بصفته نوعاً من أنواع عقد البيع، وهذا المبحث تم تقسيمه إلى خمسة مطالب، المطلب الأول: تناول صيغة التعاقد، والمطلب الثاني: تناول توافر الأهلية للطرفين في عقد بيع المرابحة، والمطلب الثالث:

تتاول المحل المعقود عليه، والمطلب الرابع: تتاول عقد بيع المرابحة ناقل للملكية، والمطلب الخامس: تتاول تبعة هلاك المبيع قبل التسليم. أما المبحث الثالث فتتاول التزامات الأطراف بعد التسليم وهذا المبحث تم تقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول: تتاول التزام المشتري بدفع الأقساط، والمطلب الثاني: تتاول التزام المصرف بضمان العيوب الخفية بصفته بائعاً، أما المبحث الرابع: فتتاول خطوات التطبيق العملي في فلسطين لبيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية، وهذا المبحث تم تقسيمه إلى مطلبين، المطلب الأول: تتاول إجراءات تنفيذ المرابحة للأمر بالشراء هيكلياً، والمطلب الثاني: تتاول إجراءات وخطوات عملية بيع المرابحة للأمر بالشراء بناءً على المصادر الأولية.

الفصل التمهيدي

المصارف الإسلامية



## الفصل التمهيدي

### المصارف الإسلامية

يتميز نظام عمل المصارف الإسلامية بخصوصية معينة تجعل منه نظاماً للاستثمار والتمويل مختلفاً عن نظام المصارف التجارية العادية بشكل جوهري في أكثر من زاوية، وترى الباحثة أنّ من مستلزمات الفهم السليم لنظام التمويل الذي تجريه المصارف الإسلامية بما فيها المرابحة إيضاح طبيعة هذه المصارف وخصوصيتها.

وعليه فقد قُسم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول مفهوم المصرف الإسلامي وخصائصه، والثاني التمييز بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية، وذلك على النحو الآتي:

## المبحث الأول

### مفهوم المصرف الإسلامي وخصائصه

ينبغي لمعرفة ماهية المصارف الإسلامية أن نحدد مفهومها باعتبار أن لها عدة تعريفات وخصائص، وهذا ما سنبحثه من خلال مطلبين، المطلب الأول في مفهوم المصرف الإسلامي، والمطلب الثاني في خصائص المصرف الإسلامي.

#### المطلب الأول: مفهوم المصرف الإسلامي

وضع الفقهاء أكثر من تعريف للمصرف الإسلامي، تتفق في معظمها في النتيجة وإن تميزت في هيكلية المضمون، ومن ذلك أنه: عبارة عن مؤسسة مصرفية تلتزم بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملات الاستثمار والتمويل، ومن هذه المعاملات بيع المرابحة، وذلك بهدف تحقيق التنمية من الناحيتين الاقتصادية والاجتماعية<sup>1</sup>.

وأنه " كل مؤسسة تباشر الأعمال المصرفية، مع الالتزام بعدم التعامل بالفوائد الربوية، أخذاً أو إعطاءً"<sup>2</sup> أو أنه "مؤسسة مالية مصرفية، لتجميع الأموال وتوظيفها في نطاق الشريعة الإسلامية، بما يخدم بناء مجتمع التكامل الإسلامي، وتحقيق عدالة التوزيع، ووضع المال في المسار الإسلامي"<sup>3</sup>.

ترى الباحثة بعد أن قامت بتوضيح مفهوم المصرف الإسلامي من خلال التعريفات أعلاه، أن غالبية التعاريف وإن اختلفت في مضمونها إلا أنها تتفق في الهدف التي تسعى إليه في جميع معاملاتها، وذلك من خلال التزامها بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في معاملاتها وعدم فرض الفائدة الربوية التي تتعامل بها المصارف التجارية، ويعتبر هذا الهدف إيجابياً من حيث تحقيق التنمية الاقتصادية في المجتمع من خلال زيادة ثقة العملاء بهذه المصارف مما يؤدي إلى

<sup>1</sup> الزحيلي، وهبة: المعاملات المالية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 2002، ص516.

<sup>2</sup> الهيتي، عبد الرازق رحيم جدي: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر، عمان، 1998، ص173.

<sup>3</sup> المرجع السابق: ص173.

زيادة عدد المستهلكين ( عملاء المصارف الإسلامية ) في المجتمع واستغناءهم عن التعامل مع المصارف التجارية والتي تعتبر غير مستقره مالياً.

### المطلب الثاني: خصائص المصرف الإسلامي

تتميز المصارف الإسلامية بالعديد من الخصائص التي تميزها عن البنوك التجارية (الربويّة) ومن أهمها ما يأتي:

أ) **التنمية الحقيقية للمجتمع:** تقوم المصارف الإسلامية بتركيز اهتمامها على الفئة الحرفية الصغيرة وعلى رؤوس الأموال الصغيرة لتعمل على تمميتهم؛ وذلك لتخطي وجود عقبات أمامهم، على اعتبار أن قدرتهم المالية محدودة.<sup>1</sup>

ب) **تيسير التبادل التجاري بين الدول الإسلامية وتنشيطه:** يتم ذلك من خلال التعاون بين هذه المصارف وتبادل الخبرات فيما بينها؛ مما يؤدي إلى تقدم الحركة التجارية بين الشعوب الإسلامية واستغنائها عن النظام المصرفي الربوي الذي غالباً ما يلجأ إليه العملاء.<sup>2</sup>

ج) **استبعاد التعامل بالفائدة:** حيث يعد عدم تعامل المصرف الإسلامي بالفائدة من أهم الميزات التي يمتاز بها عن المصارف التجارية التي تفرض الفوائد في معاملاتها، إذ إنه يسقط إمكانية التعامل بالفائدة من جميع معاملاته المصرفية سواء كان ذلك أخذاً أو إعطاءً.<sup>3</sup>

د) **ربط التنمية الاقتصادية بالتنمية الاجتماعية:** إذ تأخذ المصارف الإسلامية بعين الاعتبار هذه النواحي سواء الناحية الاجتماعية أو الاقتصادية؛ وذلك لأن كلا منهما يكمل الآخر وصولاً لوحدة

<sup>1</sup> داوود، نعيم نمر: البنوك الإسلامية نحو اقتصاد إسلامي، الطبعة الأولى، دار البداية، عمان، 2012، ص 56  
<sup>2</sup> عريقات، حربي محمد وعقل، سعيد جمعة: ادارة المصارف الإسلامية، مدخل حديث، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، 2010، عمان، ص 96.

<sup>3</sup> الزحيلي، وهبة: المعاملات المالية المعاصرة، مرجع سابق، ص 191.

الإسلام وتكامله، إذ لا ينفصل فيه جانب من جوانب الحياة الأخرى<sup>1</sup>، فهو ينفذ المسؤولية الاجتماعية المترتبة في ذمته من خلال نظام الزكاة<sup>2</sup>

**هـ) محاربة التضخم:** إذ عادة ما يؤدي التضخم إلى خفض القيمة الشرائية للنقود عندما يكون هناك ارتفاع في أسعار السلع والخدمات المقدمة، وكثيراً ما يكون ذلك راجعاً إلى عدم استبعاد الفائدة من قبل المصارف التجارية في جميع معاملاتها مما يؤدي إلى عدم استقرارها وتدهورها، بعكس المصارف الإسلامية التي لا تتعامل بالفائدة، مما يؤدي إلى عدم تأثير التضخم في الإقتصاد الإسلامي فيؤدي ذلك إلى استقرار معاملاته.<sup>3</sup>

تري الباحثة أن تميز المصارف الإسلامية بالخصائص أعلاه ربما يكون سببا بحد ذاته في توجه المستثمرين نحوها بحثاً عن الثقة والاستقرار، وتجنباً لمخاطر انهيار الأنشطة المصرفية القائمة بشكل رئيسي على نظام تقاضي الفوائد لا أكثر، للمزيد: حسن ثابت فرحان والذي يرى " اثبتت أحداث الأزمة العالمية المالية الحالية ونتائجها أن المصارف الإسلامية كانت أقل تأثراً بالأزمة من المصارف التقليدية رغم أن المصارف الإسلامية تؤدي نفس الخدمات المصرفية، التي تقدمها المصارف التقليدية، بل أنها تزيد عليها في الجوانب مثل تقديم بعض الخدمات الاجتماعية، مثل القيام بجمع الزكاة وتوزيعها، والقرض الحسن، والإنظار إلى ميسرة وغير ذلك من الخدمات المرتبطة بالجانب العبادي، باعتبار أن المصارف الإسلامية تقوم بأنشطتها وفقاً لمقتضيات الشريعة الإسلامية" ويراجع للمزيد كذلك: سالم محمد عبد العزيز سالم.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> العجلوني، محمد محمود: البنوك الإسلامية، (أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية)، الطبعة الأولى، دار المسيرة، عمان، 2008، ص 96.

<sup>2</sup> (http://almuslimuuser.org/index.php?option=com\_K2&view=item&id=165)، بتاريخ 12/19/2014، الساعة 8:18 مساءً

<sup>3</sup> العجلوني، محمد محمود: مرجع سابق، ص 104.

<sup>4</sup> أبحاث منشورة على المواقع الالكترونية: (www.kantakji.com/media/4998/b161.doc) (iefpedia.com/arab/23705).

## المبحث الثاني

### التمييز بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية

نظرا للأهمية التي يتمتع بها المصرف الإسلامي أمام عملائه والدور الذي يجسده في توفير خدماته وتقديم السلع المناسبة، فإنَّ معاملاته تمتاز بعدة مميزات تميزه عن المصارف التجارية من عدة أوجه، لذلك فإن فكرة التفرقة بين المصارف الإسلامية والبنوك التجارية هي من أكثر المواضيع جدلاً، لأنَّ كثيرين منهم يرون أن لا فرق بين معاملات هذه المصارف، إضافة إلى وجود عدة أوجه من الاتفاق بينها فعلياً، وهذا ما سنتناوله الباحثة في مطلبين، ففي المطلب الأول تناولت أوجه الاتفاق بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية، في حين تناولت في المطلب الثاني أوجه الاختلاف بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية.

#### المطلب الأول: أوجه الاتفاق بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية

إن وجود الاختلاف بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية لا يعني عدم وجود اتفاق بينهما في بعض الأمور، وإنَّ توضيح بعض الأمور سواء كان ذلك بالاختلاف أو الاتفاق يجعل العملاء يميزون بينهما وبين المعاملات التي تنشأ عن كل منهما، ومن ذلك ما يلي:

1- إن كلا المصرفين يتفقان من حيث الوظيفة من خلال عملهما كوسيط مالي بين الذين يقومون بالاستثمار والادخار من العملاء الذين يتوجهون إلى هذه البنوك.

2- يتفق المصرف الإسلامي مع المصرف التجاري بشأن بعض الخدمات المصرفية مثل تحصيل الشيكات، وتأجير الخزائن الحديدية، وغيرها.<sup>1</sup>

3- إن كلا من المصرفين يتفقان من حيث الهدف وهو الوصول إلى الاستثمار وتحقيق التنمية الاقتصادية في المجتمع.

<sup>1</sup> العجلوني، محمد محمود: مرجع سابق، ص 120.

4- يخضع كل منهما لرقابة البنك المركزي (سلطة النقد بالنسبة للحالة الفلسطينية)، فكلاهما يتقيدان بجميع القرارات التي تصدر عن هذا البنك<sup>1</sup>.

5- يخضع كل منهما لمتطلبات الاستقرار المفروضة بموجب أحكام القانون ومن ذلك: أن الشكل القانوني لا يمكن أن يكون إلا شركة مساهمة عامة، وأنها تلزم الاحتياطات اللازمة مثل: الاحتياط الإجمالي واحتياطي العمال وغيرها<sup>2</sup>.

### المطلب الثاني: أوجه الاختلاف بين المصارف التجارية والمصارف الإسلامية

إن أساس فكرة الفرق بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية مرتبط بمسألة التعامل بالفوائد الربويّة، وما سوى ذلك من أوجه اختلاف أخرى، إنما هي في حقيقتها نتيجة للاختلاف الرئيسي أعلاه؛ فالمصارف الإسلامية فعليا تقوم بمعظم العمليات المصرفية التي تقوم بها المصارف التجارية، ولكن دون استعمال منطوق دفع الفائدة للعميل كعوض له عن معاملته، إنما يستعاض عنها بمنحه حصة من الربح المتحقق من المعاملة التي شارك فيها العميل بأمواله<sup>3</sup>.

ولذلك تجد الباحثة أن أوجه الاختلاف بين المصرف الإسلامي والمصرف التجاري مردّها بشكل رئيسي إلى طبيعة فلسفة العمل لدى كل من النظامين المرتبطة أصلا بفقهاء الضوابط الذي يحكمها، وإجمالاً، فإنه يمكن إيضاح أبرز أوجه الاختلاف التالية:

1- أن نظام عمل المصرف الإسلامي يقوم على استبعاد التعامل بالفائدة، واستبدال ذلك بمبدأ المشاركة في الربح والخسارة في ظل أن فلسفة المصارف التجارية قائمة بشكل رئيسي على منطوق التمويل المجرد بفائدة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> شبير، محمد عثمان: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص 364.

<sup>2</sup> من مقابلة مع الدكتور غسان خالد في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، بتاريخ 2014/12/30، تراجع المواد (176، 179) من قانون الشركات رقم (12) لسنة 1964، وكذلك المادة (1) من القرار بقانون بشأن المصارف رقم (9) لسنة 2010.

<sup>3</sup> الزرقا، مصطفى احمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع)، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1420-1999.

<sup>4</sup> داوود، نعيم نمر: مرجع سابق، ص 55، تراجع المادة (50) من قانون البنوك الأردني رقم (28) لسنة 2000.

2- بالنسبة لحالة إفسار العميل، لا يترتب على افسار العميل استحقاق فائدة لصالح المصرف الإسلامي مباشرة، إنما يعتمد الأمر على سبب الإفسار، فإذا كان خارج إرادة العميل ودون سوء نية فإنَّ المصرف يمهلُه للسداد، وإلا فإنه يُنفذ على الضمانات<sup>1</sup>.

3- إن أساس فكرة التفرقة بين المصارف الإسلامية والمصارف التجارية هو وجود نشاط واحد في المصارف التجارية وهو الاقراض بفائدة، حيث تمول من خلاله العمليات الاقتصادية دون أن تكون شريكة في العملية ذاتها، لكن في المصارف الإسلامية تعتمد عدة صيغ ومنها المرابحة، المضاربة، المشاركة، الاستصناع، الأيجار المنتهي بالتمليك، بمعنى أنها تقوم بعدة أنشطة، وهي عقود تجعل المصرف يدخل في العملية الاستثمارية، وأن دخوله في هذه العملية التمويلية يجعل المصرف يتحمل مخاطر الاستثمار.

4- في المرابحة عندما يصبح المصرف مالك يعني أنه أصبح ضامن للسلعة التي اشترها وملكها للعميل، وذلك لوجود التزام على البائع بأن يسلم المشتري سلعة خالية من العيوب وإلا كان ضامناً لها في حالة وجود هذه العيوب.

5- المصرف الإسلامي يعتمد الربح وليس أسلوب الفائدة، وأن أسلوب حساب الربح يختلف عن حساب أسلوب الفائدة، وذلك لأن الفائدة تتضاعف مع مرور الزمن، لكن عند وضع نسبة الربح ستبقى في النهاية مبلغ ثابت، فمثلاً عند التمديد لا يستطيع البنك الإسلامي أن يزيد على هذا الربح، بينما القرض منتج، وكل يوم يتم التأخر فيه تزيد الفائدة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> جبر، هشام : ادارة المصارف الاسلامية، الطبعة الأولى، بدون ذكر دار نشر، نابلس- فلسطين، 2001، ص75.

<sup>2</sup> مقابلة مع الدكتور علي السرطاوي في جامعة النجاح الوطنية، بتاريخ 2015/1/21.

## الفصل الأول

### ماهية عقد المراجعة



## الفصل الأول

### ماهية عقد المرابحة

#### تمهيد وتقسيم

تعتبر عقود المرابحة من أهم المعاملات التجارية لدى المصارف الإسلامية والتي تحقق دوراً فعالاً في تمويل الأنشطة الاقتصادية المختلفة والمؤثرة في الاستثمار التجاري، لذلك كان لا بد للباحثة قبل الخوض في خصوصية التنظيم القانوني لعقد المرابحة للأمر بالشراء وتحديد طبيعته القانونية، أن تتناول مراحل عقد المرابحة؛ لما لهذه العملية المصرفية من أهمية واضحة في تحقيق التنمية الاجتماعية والاقتصادية، وسيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو الآتي:

**المبحث الأول: تعريف عقد بيع المرابحة وصيغته.**

**المبحث الثاني: أنواع عقد بيع المرابحة.**

## المبحث الأول

### مفهوم عقد بيع المراجعة وصيغته

يتناول هذا المبحث دراسة هذا العقد من حيث مفهومه وصيغته المتعددة، وذلك قبل التطرق إلى البحث في أساس العلاقة القانونية لهذا العقد، وذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول: مفهوم بيع المراجعة

يُعرّفُ البيعُ في الإصطلاح الفقهي بأنه: "مبادلة المال المتقوم تمليكاً وتملكاً، أو هو: مقابلة مال بمال على وجه مخصوص"<sup>1</sup>، ويقصد بالمال المتقوم ما يمكن الانتفاع به.

تعريف الربح في المراجعة: فالربح هنا البيع مثل الثمن الأول إضافة إلى زيادة في الربح، وأن يكون هذا الربح معلوماً بين الأطراف المتعاقدة وينفق عليه من قبلهم عند التعاقد بينهم،<sup>2</sup> فهو ربحٌ معلوم ومتفق عليه أيضاً حتى يطلق عليه ربح.

ومن بعض التعاريف التي عرفها الفقهاء تدل على هذا المعنى ما يلي:

1- قول ابن قدامة<sup>3</sup> "بيع المراجعة هو البيع برأس المال وبيع معلوم"<sup>4</sup>

2- ويعرف عقد بيع المراجعة بأنه: "من العقود التي يحدد فيها سعر الشراء تبعاً لتكلفة السلعة أو ثمن شراء البائع لها، فإذا كان البائع اشترى السلعة بمائة أو قال بأن تكلفتها مائة، وانفق معه المشتري على أن يربحه فيها عشرة - مثلاً"<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> عفانة، حسام الدين: بيع المراجعة للأمر بالشراء، الطبعة الأولى، مكتبة دنديس، بدون ذكر بلد نشر، 2000، ص 17.

<sup>2</sup> اسماعيل، شمسية بنت محمد: الربح في الفقه الإسلامي ظوابطه وتحديده في المؤسسات المالية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار النفائس - عمان، 2000، ص 26.

<sup>3</sup> هو موفق الدين أبو محمد عبد الله ابن احمد ابن قدامة.

<sup>4</sup> ابن قدامة، أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد: المعنى لابن قدامة، تحقيق: محمد محسن - شعبان إسماعيل، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ج4 ص136.

<sup>5</sup> السالوس، علي أحمد: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، مكتبة دار القرآن، قطر، 2006، ص 600.

ويعرف أيضا عقد بيع المربحة الذي يطلق عليه المربحة العادية بأنه: مكون من طرفين وهما البائع والمشتري، حيث يقوم البائع بشراء سلع يريدها، لعرضها للبيع، ويكون البيع مربحة بالثمن ومتفق عليه بين الأطراف<sup>1</sup>.

فالعقد بيع المربحة يختلف في بعض الجوانب عن عقد بيع المربحة للأمر بالشراء، حيث أنه في الحالة الأولى يطلق عليه بيع المربحة العادية، ويتكون هذا العقد من طرفين، وهذا ما قامت الباحثة بتوضيحه بشيء من التفصيل تحت مسمى المربحة البسيطة مع بيانه على شكل جدول مكون من ملامح هذه المربحة، بينما في الحالة الثانية يطلق عليه بيع المربحة المركبة، ويتكون هذا العقد من ثلاثة أطراف.

### المطلب الثاني: صيغ عقد بيع المربحة

إذ غالباً ما يتم بيع المربحة بإحدى الصيغ الآتية:

**النوع الأول:** عبارات بيع المربحة عند ذكر الثمن الأول فقط، وهو الأصل، مثل بعثك بما قام عليّ أو بعثك بما اشتريت أو بعثك برأسمالي<sup>2</sup>.

**النوع الثاني:** عبارات لبيع المربحة من حيث ذكر الثمن الأول ثم ذكر الربح، ومن ذلك اشتريت هذا بسبع، وأبيعه لك بثمانية أو بريح ثلاثة فوق الثمن، ويعتبر ذلك من بيوع الأمانة؛ لأنه ذكر الثمن الأصلي الذي اشتري به فلو لم يذكره فلا يعتبر مربحة<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> عبد الحي، هشام أحمد: المصرف الإسلامي، أسسه - خدماته - استثماراته - بدون طبعة، منشأة المعارف، بدون ذكر بلد نشر، بدون ذكر سنة نشر، ص 116-117.

<sup>2</sup> أبو زيد، عبد العظيم: بيع المربحة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 2004، ص 39.

<sup>3</sup> خلف، عبد الجواد: المعاملات في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، دون سنة نشر، ص 24.

قال الدكتور عبد العظيم أبو زيد: إن من صور (صيغ) عقد المراجعة " بعتك هذا الشيء برأسمالي أو بما قام عليّ على أن أربح فيه عشرة بالمئة مثلاً أو بكل عشرة دراهم درهما"<sup>1</sup>، فهنا تعتبر المراجعة قد تمت.

وبالنظر إلى النوع الثاني من صيغ عقد بيع المراجعة، ترى الباحثة أن بيع المراجعة هو من بيوع الأمانة، لذلك لا بد من ذكر أنواع بيوع الأمانة الأخرى وهي التولية والوضيعة، حيث نصت المادة (446) من القانون المدني الفلسطيني وتقابلها نص المادة 1/480 من القانون المدني الأردني على أنه " 1) يجوز البيع بطريق المراجعة أو الوضيعة أو التولية إذا كانت تكلفة المبيع معلومة حين العقد وكان مقدار الربح ومقدار الخسارة في الوضيعة محددًا، (2) إذا ظهر أن البائع قد زاد في مقدار التكلفة للمشتري حط الزيادة، (3) إذا لم تكن تكلفة المبيع معروفة عند التعاقد للمشتري فسخ العقد عند معرفتها، وكذا الحكم لو كتم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو التكلفة ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه"

يتضح من النص أعلاه، أن تكون تكلفة المبيع معلومة إضافة إلى وجوب تحديد مقدار الربح ومقدار الخسارة، وذلك لاعتبار بيع المراجعة والتولية والوضيعة من بيوع الأمانة، وأن عدم تحديد هذه الأمور ذات الأهمية يعطي الحق للمشتري المطالبة بفسخ العقد، مع الملاحظة أنه يسقط حق المشتري في فسخ العقد إذا هلك المبيع أو تصرف به بعد استلامه له.

وتجدر الإشارة أن هذه البيوع تستند إلى مبدأ حسن النية، لأن المشتري عندما تعامل مع البائع افترض صدق وسلامة التصرف من هذا الأخير عندما قام باخباره عن رأسمال المبيع<sup>2</sup>.

وهذا ما يميز بيوع الأمانة عن غيرها من البيوع كالمساومة، ومن ذلك أن من عيوب الرضا في البيوع الأخرى وجوب اقتران الغبن الفاحش مع التغرير، وهذا ما نصت عليه المادة

<sup>1</sup> أبو زيد، عبد العظيم: مرجع سابق، ص 40.

<sup>2</sup> دواس، أمين ودودين، محمود: عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية (دراسة مقارنة)، دون طبعة، بدون ذكر دار النشر، رام

(357) من مجلة الأحكام العدلية على أنه "إذا غر أحد المتبايعان الآخر وتحقق أن في البيع غبنا فاحشا فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ" بمعنى أن هذه المادة اشترطت لفسخ العقد أن يفترن الغبن الفاحش مع التغرير، وهذا بخلاف بيوع الأمانة التي تدخل فيها بيع المرابحة والتولية والوضيعة التي تقضي إلى أن وجود أي خلل حتى لو كان يسيرا سيؤدي ذلك إلى فسخ العقد، دون اشتراط اقتران الغبن الفاحش مع التغرير، لأن هذه البيوع تقوم على أساس مبدأ حسن النية التي يتوجب على البائع بيان كل ما لابس السلعة من ظروف وما اعترأها من عيوب، فلا يجوز للبائع أن يكتم أي أمر من أمور السلعة وتحديد الثمن والربح وذلك لأنها بيوع قائمة على الثقة والاطمئنان في التعامل بين البائع والمشتري<sup>1</sup>.

وترى الباحثة أنه لا بد من بيان اختلاف بيع المساومة عن بيع المرابحة الذي يعتبر من بيوع الأمانة، والذي يختلف عنه في عدة أمور تقضي إلى بيان خصوصية هذا البيع مقابل بيع المساومة، وذلك على النحو الآتي:

1- بيع المساومة هو قيام البائع بالبيع للمشتري بالثمن الذي يتراضى عليه الطرفان، دون أن يأخذ بعين الاعتبار الثمن الأول الذي اشترى به البائع، وهذا يختلف عن بيع المرابحة في وجوب بيان الثمن الأول الذي اشترى به البائع<sup>2</sup>.

2- يدخل في بيع المساومة المزايدة، بمعنى أن البائع لا يظهر رأس ماله إنما يقوم بعرض سلعته في السوق حتى يتزايد المشترون عليها ليقوم ببيعها لمن يدفع أكثر، إضافة إلى دخول الشراء بالمناقصة في بيع المساومة والتي تقابل بيع المزايدة، وذلك من خلال أن يقوم المشتري بعرض سلعته الموصوفة بأوصاف معينة ليتنافس عليها الباعة حتى يرسو البيع لمن رضي بأقل سعر<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء الثامن، الطبعة الخامسة، 2003، ص50

<sup>2</sup> المرجع السابق: ص48.

<sup>3</sup> (http://ar.islamway.net/fatwa/57049)، بتاريخ 2015/1/21

## المبحث الثاني

### أنواع عقد بيع المرابحة

يوجد نوعان من أنواع عقد بيع المرابحة، وكل نوع يختلف عن الآخر من حيث جانب الأطراف وجانب المواعدة من قبل المشتري، إضافة إلى جانب تملك السلعة، فعملية بيع المرابحة ليست عملية بين طرفين متعاقدين فقط، بل هي عملية بين ثلاثة أطراف في علاقة تعاقدية قانونية كلٌ منهم له حقوق، وعليه التزامات، لذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، تناول المطلب الأول المرابحة البسيطة من حيث تكوينها وشروطها، أما المطلب الثاني فتناول المرابحة المركبة، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول: المرابحة البسيطة من حيث تكوينها وشروطها

##### الفرع الأول: تكوين المرابحة البسيطة

أشير سابقاً إلى ما يسمى بالمرابحة العادية وهي التي يطلق عليها أيضاً مسمى المرابحة البسيطة، وهي تختلف عن المرابحة المركبة في عدة جوانب ومنها الآتي:

يعتبر عقد المرابحة البسيطة من العقود القديمة<sup>1</sup>، التي تتكون من حيث الأطراف من البائع والمشتري، وهما المتعاقدان المشتركان فقط في العلاقة القانونية القائمة بينهما، بمعنى دون أن يكون هناك طرفاً ثالث وسيط بينهما<sup>2</sup>، وفي هذا النوع من المرابحة يمتلك البائع السلعة التي يريد بيعها مرابحة، وذلك لأن هذه العملية لا تحتاج إلى مواعدة سابقة بين الطرفين بخصوص السلعة محل العقد، إذ إن عملية المرابحة البسيطة تجري بشكل مباشر بين المتعاقدين دون أن يتدخل طرف آخر بشكل غير مباشر<sup>3</sup>، إضافة إلى أن الثمن في المرابحة البسيطة غالباً ما يكون عاجلاً أكثر من أن يكون آجلاً.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> جبر، هشام، إدارة المصارف الإسلامية، الطبعة الثانية، بدون ذكر دار نشر، بدون ذكر بلد نشر، 2006، ص124.

<sup>2</sup> داوود، نعيم نمر: مرجع سابق، ص 140.

<sup>3</sup> الهيتمي، عبد الرزاق رحيم جدي: مرجع سابق: ص 515.

<sup>4</sup> عريقات، محمد حربي وعقل، سعيد جمعة: مرجع سابق، ص 180

ويفهم مما ورد أعلاه أنّ السلعة تكون ملكاً للبائع، ويقوم ببيعها مباشرة للمشتري، دون أن يتلقى البائع مسبقاً شروط أو مواصفات عنها سابقاً من قبل المشتري.

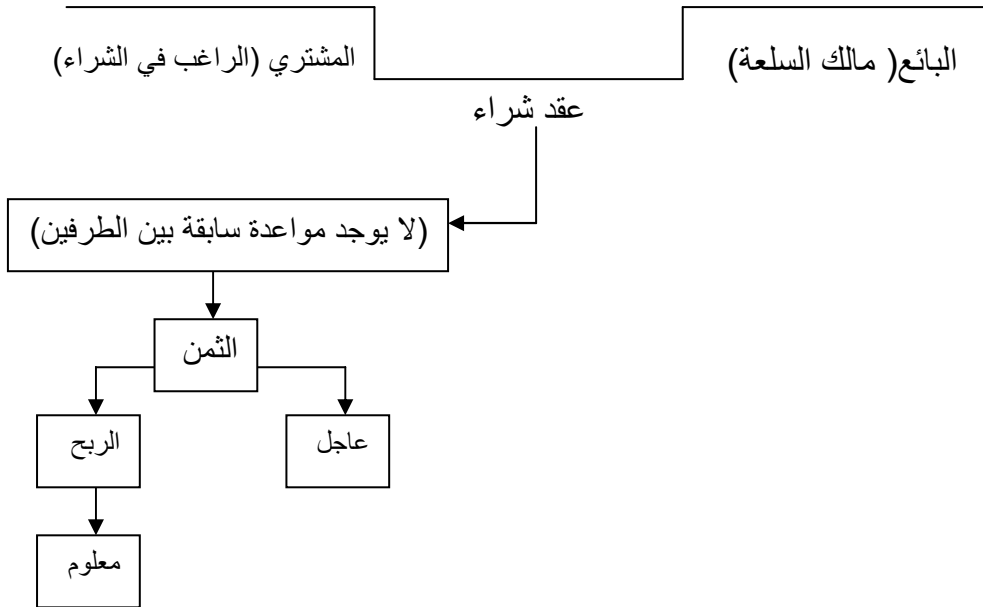
والبائع في المراجعة البسيطة قد يقوم بإدخال بعض التحسينات المناسبة على السلعة التي يمتلكها حتى يزيد في ثمنها من أجل التجارة<sup>1</sup>.

ونستخلص مما سبق أن ملامح المراجعة البسيطة تتمثل في الآتي:

- 1- طرفا العقد (البائع - المشتري).
- 2- الثمن قد يكون عاجل.
- 3- عدم وجود مواعدة سابقة بين الطرفين بشأن اختيار السلعة من قبل المشتري.
- 4- البائع يمتلك السلعة على أساس الربح فيما بعد.

ونوضح ذلك من خلال الجدول التالي:

**عقد بيع المراجعة البسيطة (المراجعة العادية)**



<sup>1</sup> أبو زيد، عبد العظيم: مرجع سابق، ص 91.

## الفرع الثاني: شروط بيع المرابحة البسيطة

يشترط دائماً في جميع عقود البيع شروط عامة، إلا أن بيع المرابحة يجب أن تتوافر فيه إضافة إلى الشروط العامة بعض الشروط الخاصة التي تكسبه صفة عقد بيع المرابحة، وبدونها يفقد العقد صفته، ولا يجوز أن يقال عنه عقد مرابحة، ومن أهم هذه الشروط التي يجب أن تتوافر في بيع المرابحة ما يأتي:

### أولاً: الثمن الأول معلوماً

يجب على البائع عند قيامه ببيع السلعة أن يُخبر المشتري بالثمن الأول للسلعة، وذلك لأن الثمن الأول سيكون الثمن في البيع الثاني الذي حصلت فيه المرابحة، مضافاً إليه مقدار الربح الذي يتفق عليه من قبل الأطراف، فمثلاً لا يجوز للبائع أن يقول بعثك بالثمن الذي أبيع به عادة وبيع كل عشرة دراهم من ثمنه درهماً دون أن يقوم ببيان الثمن الأول الذي اشترى به المبيع،<sup>1</sup> لأن ذلك يؤدي إلى الجهالة مما يقضي بفساد عقد البيع،<sup>2</sup> حيث يجب توافر هذا الشرط اللازم لعقد المرابحة تجنباً للجهالة.

### ثانياً: أن يكون الربح معلوماً

يكون الربح جزءاً من ثمن المبيع بغض النظر عن كون هذا الربح قدراً معيناً أو نسبة من الثمن<sup>3</sup>، وباعتبار أن الثمن يجب أن يكون معلوماً في جميع أنواع البيوع، وأنه شرط لصحة أي بيع، فلا بد أن يكون الربح أيضاً في بيع المرابحة معلوماً، لأنه جزء من الثمن، وهذا ما اتفق عليه جميع الفقهاء<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أبو زيد، عبد العظيم: مرجع السابق، ص 53.

<sup>2</sup> تراجع المادة (237) من مجلة الأحكام العدلية، ويراجع للمزيد: عريقات، محمد حربي وعقل، سعيد جمعة: مرجع سابق، ص 182.

<sup>3</sup> حسنين، فياض عبد المنعم: بيع المرابحة في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي القاهرة، 1417 هجري-1996 ميلادي، ص 20

<sup>4</sup> أبو زيد، عبد العظيم: مرجع سابق، ص 62.



### ثالثاً: أن يكون الثمن الأول مثلياً

كالأوراق النقدية بأنواعها إضافة إلى المكيلات والمعدودات المتقاربة،<sup>1</sup> حيث إن الوزن أصبح عرفاً في تقدير هذه المثليات.<sup>2</sup>

إنّ هذه الشروط تجعل عقد بيع المرابحة صحيحاً وخالياً من الربا، باعتبار أن هذا البيع هو ائتمان على البائع بأن يقوم بإخبار الثمن والربح للمشتري وعن المصروفات الأخرى، فإن ظهور الثمن أقل أدى إلى اختلاف آراء الفقهاء فقال مالك: " المشتري بالخيار إما أن يأخذ بالثمن الذي صحّ أو يترك إذا لم يلزمه البائع بالأخذ بالثمن الذي صحّ. وقال أبوحنيفة " بل له الخيار مطلقاً، ولا يلزمه الأخذ بالثمن الذي صحّ".<sup>3</sup>

وترى الباحثة أن توافر مثل هذه الشروط الخاصة لبيع المرابحة تجعل المشتري يشعر بالطمأنينة عند تعاقد مع البائع، وأن توضيح مثل هذه الشروط تمنع التغرير بالمشتري عند لجوئه للتعاقد، وفقاً لاعتبار بيع المرابحة من بيوع الأمانة.

### المطلب الثاني: المرابحة المركبة

يطلق على عقد المرابحة المركبة (المرابحة للأمر بالشراء) الذي ستقوم الباحثة بتوضيحه بالتفصيل، وقبل الخوض في هذا الموضوع قامت الباحثة بذكر المراحل المتعددة التي تتكون منها المرابحة المركبة، وذلك على النحو الآتي:

**المرحلة الأولى:** الوعد الذي يصدر من الأمر بالشراء (المشتري) للطرف الآخر وهو المأمور (المصرف)، بأنه سيشتري السلعة التي أمر المصرف بشرائها بعد أن يقوم هذا الأخير بتملكها<sup>4</sup>،

<sup>1</sup> حسنين، فياض عبد المنعم: مرجع سابق، ص 20.

<sup>2</sup> الجندي، محمد الشحات: عقد المرابحة بين الفقه الإسلامي والتعامل المصرفي، بدون طبعة، دار النهضة العربية، بدون ذكر بلد نشر، 1406-1986، ص 122.

<sup>3</sup> حسنين، فياض عبد المنعم: مرجع سابق، ص 20.

<sup>4</sup> الوادي، محمود حسن وسمحان، حسين محمد: المصارف الإسلامية (الأسس النظرية والتطبيقات العملية) الطبعة الأولى، دار المسيرة، بدون ذكر بلد نشر، 2007، ص 1306.

وهذا يعني أن المرحلة الأولى تتكون من طرفين، وهما العميل (الأمر بالشراء) والمصرف (المأمور)، حيث أن الطرف المشتري يرغب بأن يقوم المصرف بشراء السلعة لصالحه، إما رغبة منه في أن يقوم طرف آخر بالشراء، أو أنه لا يملك ثمن السلعة المطلوبة، فيتوجه لهذا الطرف طالباً منه شراء سلعة معينة، ومن ثم يتوافق معه على كيفية سداد الثمن لصالحه<sup>1</sup>.

**المرحلة الثانية:** سيقوم المصرف (المأمور بالشراء) باللجوء إلى البائع لشراء السلعة حتى تصبح في ملكه، وبذلك يبرم عقد بيع أول بينهما<sup>2</sup>، فهذه المرحلة تتكون من المصرف (المأمور بالشراء) والبائع الأول.

**المرحلة الثالثة:** وبعد قيام المصرف بشراء السلعة وتملكها، يقوم ببئعها إلى المشتري الأمر بالشراء، ويطلق على هذه المرحلة إبرام عقد البيع الثاني<sup>3</sup>. فيتكون عقد البيع الثاني من البائع الثاني وهو المصرف وبين المشتري (الأمر بالشراء).

فعندما قام البائع الأول بعرض بضاعته ليتم شراؤها إما نقداً أو لأجل معين فلا مانع أن يكون الثمن الأجل يزيد عن الثمن بالنقد، بشرط أن لا يتم تكرار هذه الزيادة بتكرار الأجل، ففي هذه المرحلة بعد قيام المصرف بشراء السلعة نقداً من البائع الأول وبئعها إلى الأمر بالشراء يقوم بزيادة مبلغ معين على ثمن البضاعة التي سبيئعها لصالح هذا العميل (الأمر بالشراء)<sup>4</sup>. مقابل سداد قيمتها بالتقسيط

تلاحظ الباحثة مما سبق أن عقد المرابحة المركبة يتكون من مجموعة عقود، كل عقد منها مستقل عن الآخر، فالعقد الأول هو وعد بالشراء بين العميل الأمر والمصرف، وهو عقد مستقل عن عقد البيع الذي يتم بين المصرف والبائع الأول، إضافة إلى العقد الأخير الذي يتم بين المصرف والعميل الأمر ويطلق عليه عقد البيع الثاني وهو مستقل عن عقد البيع الأول، إذ إن

<sup>1</sup> داوود، نعيم نمر: مرجع سابق ص 140.

<sup>2</sup> الوادي، محمود حسن وسمحان، حسين محمد: مرجع سابق، ص 130.

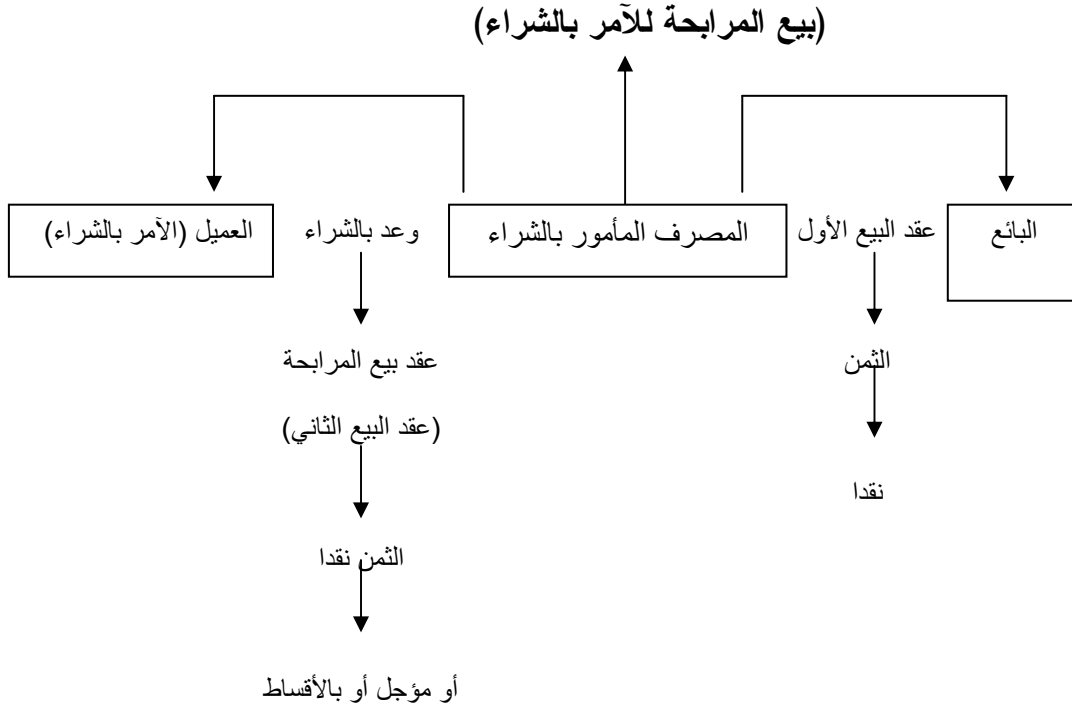
<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 130.

<sup>4</sup> داوود، نعيم نمر: مرجع السابق، ص 141.

المرابحة المركبة تتكون من ثلاثة أطراف بخلاف المرابحة البسيطة التي تتكون من طرفين كما بينت الباحثة ذلك سابقا.

وبناء على ما تقدم سنقوم بتوضيح المرابحة المركبة من خلال الجدول التالي:

### بيان المرابحة المركبة



## الفصل الثاني

# التنظيم القانوني لعقد المراجعة للأمر بالشراء

## الفصل الثاني

### التنظيم القانوني لعقد المرابحة للأمر بالشراء

تم توضيح ماهية عقد المرابحة فيما سبق، أما في هذه الجزئية فسيتم تناول الطبيعة القانونية لهذا العقد باعتبار أن هذا العقد يتكون من ثلاثة أطراف تربطها علاقة تعاقدية، كل منها مستقلة عن الأخرى، إضافة إلى تحديد النظام القانوني لعقد المرابحة للأمر بالشراء كونه جزءاً من عقود البيع التي تخضع بدورها للقواعد العامة، وباعتباره عقداً من التصرفات القانونية ومصدراً من مصادر الالتزام التي ترتب على كل طرف من أطراف هذا العقد حقوق والتزامات كأبي عقد آخر، كما أنه لا بد من الإشارة إلى كون هذا البيع تجارياً وهذا ما نصت عليه المادة (6/أ) من قانون التجارة رقم (12) لعام 1966 بقولها: "تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية: أ- شراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية لأجل بيعها بربح ما، سواء بيعت على حالتها أم بعد شغلها أو تحويلها" حيث يعد هذا العقد هو من البيوع التجارية بحكم ماهيتها بالنسبة للبنك، كما يعتبر أيضاً تجارياً للعميل إذا كان هذا الأخير تاجراً ويتعلق موضوع العقد بتجارته<sup>1</sup>، حيث سيدرس هذا الفصل عقد المرابحة للأمر بالشراء من حيث المفهوم والشروط الخاصة به وصور هذا العقد، ومن ثم سيتم تحليله على اعتبار أنه من العقود المركبة التي تحتوي على ثلاثة عقود كلٌ منها مستقلٌ عن الآخر، ويكون ذلك بداية منذ لجوء العميل الأمر بالشراء إلى المصرف المأمور بالشراء، وبيان طبيعة الوعد الصادر عن هذا العميل بشأن طلبه في أن يقوم المصرف بشراء السلعة لصالحه، وقد تم تقسيم هذا الفصل إلى أربعة مباحث سعياً لتوضيح كل ما يتعلق بخصوصية عقد المرابحة للأمر بالشراء، وذلك على النحو الآتي:

1- المبحث الأول: بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية.

2- المبحث الثاني: خصوصية عقد المرابحة بصفته نوعاً من أنواع عقد البيع.

3- المبحث الثالث: التزامات الأطراف بعد التسليم.

4- المبحث الرابع: خطوات التطبيق العملي في فلسطين لبيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية.

<sup>1</sup> تراجع المادة (1/8) من قانون التجارة رقم (12) لسنة 1966، ويراجع للمزيد: حسنين، فياض عبد المنعم: مرجع سابق، ص 29.

## المبحث الأول

### بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية

قامت الباحثة في هذا المبحث بتوضيح ما هو متعلق بمفهوم عقد المرابحة للأمر بالشراء من حيث التعريفات المتعددة له، إضافة إلى بيان صور هذا العقد والعناصر التي يحتويها، والخطوات التي تُتبع في المصارف لعقد المرابحة، كما وضحت الباحثة في هذا المبحث أهم المسائل المتعلقة بهذا العقد من حيث الشروط الخاصة التي يجب أن تتوافر فيه، حتى يكتسب صفته كعقد بيع المرابحة للأمر بالشراء، إضافة إلى بيان موقف التشريعات الخاصة من هذا العقد من خلال دراسة نصوص المواد في القرار بقانون رقم (9) لعام 2010 بشأن المصارف، وقانون سلطة النقد رقم (2) لعام 1997 الذي نصّ بدوره على التعليمات التي يجب على المصارف التقيد بها في جميع معاملاته، كما تم توضيح عقد الوعد بالشراء سواء كان هذا الوعد صادرا من البائع بالبيع أو من المشتري بالشراء مع التفرقة بين الوعد والمواعدة، حيث تم تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول: التعريف بعقد بيع المرابحة للأمر بالشراء

يوجد عدة تعريفات لعقد بيع المرابحة للأمر بالشراء كما عرفها بعض العلماء المعاصرين نذكر منها ما يأتي:

عرفه د.سامي حمود بقوله " أن يتقدم العميل إلى المصرف طالبا منه شراء السلعة المطلوبة بالوصف الذي يحدده العميل وعلى أساس الوعد منه بشراء تلك السلعة فعلا مرابحة بالنسبة التي يتفقان عليها ويدفع الثمن مُقسّما حسب امكانياته"<sup>1</sup>.

ويعرف بيع المرابحة للأمر بالشراء، بأنه العلاقة التي تتكون من الطرف الأول وهو المشتري والطرف الثاني وهو البائع الأول ومن الطرف الثالث وهو البنك الذي يعتبر وسيطا

<sup>1</sup> حمود، سامي: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، ص 432 بتصرف يسير.

بين الطرف الأول والطرف الثاني حيث يقوم هذا الوسيط بشراء السلعة حسب المواصفات المحددة التي يرغب بها المشتري<sup>1</sup>.

نلاحظ أنه بالرغم من تعدد التعريفات لعقد المراجعة للأمر بالشراء إلا أن جميع التعريفات متفقة مع بعضها البعض من حيث الهدف والأساس، فجميعها تتفق أن هذا العقد يتكون من ثلاثة أطراف وهما البائع الأول (المورد)، والمشتري (الأمر بالشراء)، والمصرف (المأمور بالشراء)، كما تتفق هذه التعريفات من حيث لجوء المشتري إلى المصرف في رغبته بالشراء وهو الذي يقوم بتحديد المواصفات المعينة في السلعة التي يرغب في شرائها، إضافة إلى كون هذا العقد مركبا من عقدين، الأول هو الوعد والثاني هو البيع، إضافة إلى أن هذه التعريفات تتفق في كون الثمن مقسما في أغلب الأحيان مقابل السلعة التي يقوم المصرف بشرائها، ويمكن إيجاز الدوافع التي تدفع المشتري نحو سلوك أسلوب المراجعة للأمر بالشراء للحصول على السلعة التي يرغب في شرائها بالآتي:

1- أن المشتري أحيانا يفتقد إلى الخبرة المطلوبة في شراء السلعة مما يؤدي إلى لجوئه لمن يشتريها له، لاكتسابه الخبرة اللازمة، وبناء على ذلك يتم بيع السلعة له مراجعة<sup>2</sup>.

2- قلة المخاطر التي قد يتعرض لها المشتري عندما يعهد إلى غيره بالقيام بهذه العملية باعتبار أن المصرف هو الذي سيتحمل المخاطر المرتبطة بالشراء الأول.

3- ضعف القدرة من حيث التمويل بالنسبة للمشتري مما يلجأ إلى غيره ليقوم بهذه العملية ليبيعه السلعة مراجعة وبالتقسيم<sup>3</sup>.

إضافة إلى ما ورد أعلاه فما يشجع على الذهاب إلى نظام المراجعة للأمر بالشراء بساطة إجراءات إتمام عملية المراجعة بين الأطراف، وكذلك أنه يصلح محلا للمراجعة كافة

<sup>1</sup> عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 117.

<sup>2</sup> السبكي، صبري مصطفى حسن: البيع بالتقسيم كصورة من صور البيع التجارية ماهيته - ضماناته (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، 2012، ص 59.

<sup>3</sup> عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 119.

أنواع السلع سواء كانت معدة للاستعمال الشخصي أو للاستعمال المنزلي أو للغايات التجارية والصناعية<sup>1</sup>.

وبالتفصيل في مسألة بساطة اجراءات عملية المرابحة للأمر بالشراء، فإنه يمكن إيجاز الخطوات الآتية:

**الخطوة الأولى:** يقوم العميل بتقديم طلب بيع مرابحة للأمر بالشراء للمصرف الإسلامي يحدد في هذا الطلب السلعة التي يرغب في شرائها من حيث النوع والصفة والكمية والمعلومات الأخرى كالثمن النقدي للسلعة في السوق، كما يذكر اسمه ومهنته، وطريقة دفع الثمن سواء بالأقساط أو لأجل معين، مع تحديد الربح الذي سيدفعه للمصرف مقابل قيام هذا الأخير بشراء السلعة له<sup>2</sup>.

**الخطوة الثانية:** المصرف يقوم بدراسة الطلب الذي قدّمه العميل من حيث أنه يلائم متطلبات المصرف، إضافة إلى قدرة العميل على السداد مع تحديد الشروط اللازمة لذلك<sup>3</sup>، كما يقوم المصرف عند دراسة الطلب بالتأكد من سمعة العميل، ويختلف ذلك من شخص لآخر حسب حجم التمويل وأهميته<sup>4</sup>.

**الخطوة الثالثة:** بعد دراسة الطلب من قبل المصرف وتوصيته بتنفيذ هذا الطلب يقوم العميل بالتوقيع على عقد وعد بالشراء متضمنا المكان والزمان للتسليم مع تحديد الضمانات المطلوبة منه<sup>5</sup>.

**الخطوة الرابعة:** يقوم الطرفان (العميل، المصرف) بالتوقيع على عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء حسب ما تم الاتفاق عليه في وعد الشراء الذي يسبق هذا العقد.

<sup>1</sup> حسنين، فياض عبد المنعم: مرجع سابق، ص 21.

<sup>2</sup> الوادي، محمود حسين و سمحان، حسين محمد: مرجع سابق، ص 137.

<sup>3</sup> داوود، نعيم نمر: مرجع سابق، ص 142.

<sup>4</sup> الوادي، محمود حسين و سمحان، حسين محمد: مرجع سابق، ص 137.

<sup>5</sup> حسنين، فياض عبد المنعم: مرجع سابق، ص 34.



**الخطوة الخامسة:** يقوم المصرف بنقل السلعة إلى مخازنه، أو يتركها أمانة عند البائع لحين استلامه منه.

**الخطوة السادسة:** يسلم المصرف إذن تسليم السلعة للمشتري حتى يقوم باستلامها من مخازن المصرف أو المكان الذي يحدده هذا الأخير.<sup>1</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المصرف لا يجوز أن يبيع ما لا يملكه، وأنه يجب أن يمتلك السلعة أولاً حتى يستطيع بيعها للمشتري، وحتى يتحقق هذا البيع على اعتباره عقداً كعقود البيوع الأخرى التي يجب فيها على البائع أولاً أن يكون مالكا للسلعة التي يريد بيعها.<sup>2</sup>

وهذا ما ذكره الدكتور مصطفى الزرقا بقوله: " ولا يجوز بحال أن يبيع المأمور السلعة المطلوبة للأمر قبل أن يشتريها المأمور أولاً لنفسه؛ لأنه عندئذ يبيع ما لا يملك، كما لا يجوز أن يشتريها ثم يبيعها للأمر قبل أن يقبضها لنفسه وتدخل في عهده وضمانه"<sup>3</sup>

#### **المطلب الثاني: شروط عقد المراجعة للأمر بالشراء في المصارف الإسلامية**

يشترط لصحة عقد المراجعة للأمر بالشراء إضافة إلى توافر الأركان العامة اللازمة لصحة العقود بوجه عام توافر شروط خاصة تتمثل في الآتي:

**الشرط الأول:** يجب على المشتري عند تحديد السلعة التي يريد شراءها أن يصفها وصفا دقيقا للمصرف حتى لا يؤدي ذلك إلى جهالة<sup>4</sup>.

**الشرط الثاني:** الاتفاق المسبق بين المصرف والعميل على أن يكون جزءاً من ربح البنك هو ثمن الأجل الذي تمت إضافته كأن يكون مثلاً نسبة مئوية من الثمن الأصلي.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 159-160.

<sup>2</sup> القرضاوي، يوسف: بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجرّيه المصارف الإسلامية، دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، الطبعة الأولى، دار القلم، الكويت، 1404 هجري - ميلادي 1984، ص 35-36.

<sup>3</sup> الزرقا، مصطفى أحمد: مرجع سابق، ص 94.

<sup>4</sup> جبر، هشام: إدارة المصارف الإسلامية، الطبعة الثانية، مرجع سابق، ص 125.

<sup>5</sup> داوود، نعيم نمر: مرجع سابق، ص 142.

بمعنى أنه في المصارف الإسلامية فيما يتعلق بعلاقة الدائنين يجب أن تكون قيمة الزمن يساوي صفر وأي حساب لقيمة الزمن في علاقة الدين يساوي ربا، أما في عقد الصرف الذي هو مبادلة عملة بعملة إهمال قيمة الزمن في الصرف يساوي ربا، وفي عقود بيع السلع يجوز حساب قيمة الزمن قبل انعقاد العقد، فإذا انعقد العقد أصبح الثمن ديناً في ذمة المشتري، والديون لا يجوز الزيادة عليها مقابل الزمن<sup>1</sup>.

**الشرط الثالث:** يجب أن يكون العقد الأول - بين المصرف والبائع - صحيحاً من الجوانب كافة بما فيها الملكية، وأن يكون خالياً من أي عيب<sup>2</sup>.

**الشرط الرابع:** يجب على المصرف أن يمتلك السلعة أولاً قبل أن يتعاقد مع الأمر بالشراء بشأن بيعها له، وإن هلك قبل تمام البيع للأمر بالشراء فإنها تهلك على حساب البنك<sup>3</sup>.

ويؤيد ما هو وارد في الشرط أعلاه ما توصل إليه الفقهاء في ختام المؤتمر الخامس لمجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في الكويت في الفترة الممتدة ما بين 10-15/12/1988 وذلك على النحو الآتي:

"بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوعي الوفاء بالوعد، والمرابحة للأمر بالشراء، واستماعه للمناقشات التي دارت حولهما، قرر: أن بيع المرابحة للأمر بالشراء إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور وحصول القبض المطلوب شرعاً، هو بيع جائز، طالما كانت تقع على المأمور مسؤولية التلف قبل التسليم، وتوافرت شروط البيع وانتفت موانعه"<sup>4</sup> إذ إن الغاية من اشتراط قبض السلعة وتملكها قبل بيعها هو التأكد من تحمل المؤسسة أو المصرف تبعه هلاك السلعة قبل بيعها إلى العميل الأمر بالشراء<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> مقابلة مع الدكتور علي السرطاوي، مرجع سابق.

<sup>2</sup> المرجع السابق، ص 141.

<sup>3</sup> عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 126-127.

<sup>4</sup> كما هو وارد لدى: السالوس، علي احمد: مرجع سابق، ص 602.

<sup>5</sup> عبد الحي، هشام أحمد، مرجع سابق، ص 127، سيتم لاحقاً تناول مسألة تبعه الهلاك قبل التسليم بالتفصيل.

**الشرط الخامس:** لا يجوز للمصرف الذي يعتبر المشتري الأول أن يشتري البضاعة بجنسها وذلك مثل ذهب مقابل ذهب، ويقوم ببيعها مرابحة؛ لأن الزيادة في مثل هذه الحالة تعتبر ربا<sup>1</sup>.

وقد ذهبت محكمة التمييز في دبي في حكم لها إلى "أن عقد البيع بالمرابحة- وعلى ما عرفه فقهاء المالكية- حيث خلت القوانين المعمول بها من تعريفه وبيان شروطه وأحكامه- هو بيع السلعة بثمن شرائها مع زيادة ربح عُلمت نسبته إلى مجموع الثمن والمؤنة، ويشترط لصحة المرابحة أن تكون السلعة المباعة مملوكة للبائع حتى يمكنه التصرف فيها، وأن يكون الثمن الأول معلوماً إن كان البائع قد اشترى السلعة من قبل وأراد بيعها، أما إذا كان قد سبق له تملكها من غير بيع فيجب بيان ثمنها الحقيقي بتقديره عند بيعه، ويضاف إلى الثمن نفقات السلعة المباعة

بالقدر الذي كان له تأثير في وصفها، ويصح أن يكون الثمن بمبلغ إجمالي شاملاً الثمن الأصلي مع الربح المضاف دون فصل بينهما، ويشترط أخيراً لصحة المرابحة عدم اتحاد الجنس بين المبيع والثمن، ونظراً لأن البنوك الإسلامية لا تملك مباشرة ما يرغب الغير في شرائه منها، فإنها تلجأ إلى الوعد بالشراء كخطوة أولى حتى تشتري السلعة لطالبها، وبعد شراء البنك السلعة وتملكه لها، يبرم مع المشتري - طالب المرابحة - عقد مرابحة - إذا ما توافرت شروطه السابقة"<sup>2</sup>

وترى الباحثة أنه من الضرورة الاهتمام بمراعاة الشروط أعلاه باعتبارها متطلباً لصحة بيع المرابحة للأمر بالشراء التي تعطي العقد صفته، ومن ثم فهي تمثل فعلياً المراحل الأهم لانعقاد هذا البيع والتي بدورها تميز هذا البيع عن غيره من البيوع الأخرى سواء من حيث البيوع التجارية أو البيوع العادية.

<sup>1</sup> الوادي، حسين محمود و سمحان، حسين محمد: مرجع سابق، ص 13، ويراجع كذلك دواس، أمين ودودين، محمود: مرجع سابق ص 169.

<sup>2</sup> حكم محكمة التمييز في دبي - الأحكام المدنية - الطعن رقم 120 لسنة 2005 قضائية - تاريخ الجلسة 5-6-2005.

## المطلب الثالث: عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء وفقا للقرار بقانون رقم (9) لسنة 2010 بشأن المصارف

لقد سبق القول أن عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء أحد عمليات الاستثمار التجاري، وأحد بيوع الأمانة التي تتعامل بها المصارف الإسلامية، وباعتبار أن هذا العقد عملية من العمليات البنكية، فلا بد من خضوعه للأنظمة والتعليمات التابعة للقرار بقانون بشأن المصارف، إذ إن هذا القرار بقانون قد حدد النظام القانوني الذي على المصارف الإسلامية اتباعه وتطبيقه في جميع معاملاتها وعملياتها، وأن عدم قيام المصارف الإسلامية بالتقيد بجميع التعليمات التي نص عليها القرار بقانون بشأن المصارف يؤدي بالنتيجة إلى وجود المخاطر والشبهات، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة 20 فقرة 2 / ب من القرار بقانون بشأن المصارف، حيث نصت على: "يحظر على المصارف التعامل بفائدة البيوع في إطار العمل المصرفي في حالات الصرف المرتبط تنفيذها بأجل، وكذلك الفائدة التي تنطوي عليها".

فإن قيام المصرف الإسلامي بالزيادة على الثمن العاجل في البيع الآجل عند تأخر المدين بالسداد يعتبر ربا، وذلك لأن الزيادة تكون فقط في البيع بفائدة وليس في بيع المرابحة<sup>1</sup>.

ولا يجوز مثلا للمصرف الإسلامي فرض فائدة على المدين في بيع المرابحة عند تأخره عن سداد الأقساط، وإلا تحول هذا البيع إلى بيع بفائدة، فعندئذ لا يصبح فرق في معاملاته والمعاملات الأخرى الصادرة عن المصارف التجارية، لعدم تقيده بالتعليمات والأنظمة الصادرة وفقا للقرار بقانون بشأن المصارف.

كما أشار ذات القرار بقانون بشأن المصارف في نص المادة 20/فقرة 2/أ على أنه "يحظر على المصارف الإسلامية دفع أو قبض فائدة على الائتمان بجميع أنواعه وأشكاله سواء كان ذلك اقتراضا أو إقراضا، بما يشمل أية رسوم يدفعها القرض غير مرتبطة بجهد يستحق التعويض".

<sup>1</sup> عفانه، حسام الدين: مرجع سابق، ص 151-152.

بمعنى أن المصرف الإسلامي لا يجوز له أن يتعامل بالقروض كالمصارف التجارية التي تتعامل بها في عملياتها حيث تفرض الفائدة في معاملاتها، إذ إن المصرف الإسلامي له أن يبيع ويشترى مرابحة كما له أن يستأجر ويؤجر، وأن يقاول ويتقاول، ولكن لا يستطيع أن يقرض ويستقرض في عملياته التمويلية<sup>1</sup>.

وباعتبار أن عقد المرابحة من الأعمال التي تقوم بها المصارف الإسلامية فهو سيخضع للتعليمات التي تقرها الهيئة العليا للرقابة الشرعية التي تعممها على سائر المصارف الإسلامية، وهذا ما نصت عليه المادة (1/23) من القرار بقانون بشأن المصارف من أنه "تنشئ سلطة النقد هيئة مستقلة غير متفرغة، تسمى الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف ومؤسسات التمويل الإسلامية، يتم تعيينها بقرار من المجلس".

وسيتولى المراقبة على مدى الإلتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في داخل البنك هيئة رقابة شرعية مختصة، وهذا ما نصت عليه المادة (3/24) من القرار بقانون بشأن المصارف من أنه "تتولى هيئة الرقابة الشرعية مسؤولية التأكد من كون جميع أعمال المصرف ونشاطاته متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها قبل مباشرة المصرف بالقيام بهذه النشاطات والأعمال خلال تنفيذها ولدى الإنتهاء منها".

إذ يجب على المصرف الإسلامي عند قيامه بإجراء عقد مرابحة مع الأمر بالشراء أن يتقيد بجميع التعليمات التي تتوافق مع الشريعة الإسلامية، والمبادئ التي تقوم عليها دون أن يتعارض ذلك مع الأنظمة والقرارات الصادرة عن سلطة النقد<sup>2</sup>، وما تجدر ملاحظته بهذا الشأن أن سلطة النقد تقوم بأعمال التفتيش على المصارف كافة بما فيها المصارف الإسلامية، فإذا تبين لسلطة النقد بعد التفتيش على أعمال المصرف أنه خالف التعليمات الصادرة عن سلطة النقد،

<sup>1</sup> من مقابلة مع الدكتور غسان خالد، مرجع سابق.

<sup>2</sup> نصت المادة (1/20) من قانون المصارف على أن "تمارس المصارف الإسلامية جميع أعمالها وأنشطتها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها ولما تعتمده هيئة الرقابة الشرعية في المصرف، وبما لا يتعارض مع هذا القانون وأنظمة وتعليمات وقرارات سلطة النقد الصادرة بمقتضاه"

فإنها تنذره بوجوب اتخاذ التدابير الصحيحة وإلا فستفرض عليه الجزاءات المقررة<sup>1</sup>، ومن ذلك المراقبة على مدى سلامة إجراءات عقد المراجعة للأمر بالشراء باعتباره من أهم عمليات المصارف الإسلامية.

### المطلب الرابع: الوعد والمواعدة لبيع المراجعة للأمر بالشراء

بناء على اعتبار المراجعة أحد أنواع البيوع، فلا بد - ابتداءً - من التطرق لمعرفة ما هو الوعد بالتعاقد الذي يؤدي إلى تحديد ماهية الوعد بالبيع الصادر عن البائع، وما هو مفهوم الوعد بالشراء الصادر عن المشتري؟ حتى يتسنى لنا توضيح الوعد الصادر عن الأمر بالشراء والفرق بين هذا الوعد والمواعدة التي تصدر من الطرفين، (الأمر والمأمور)، بالإضافة إلى مدى إلزامية التمسك بهذا الوعد من عدمه، حيث تكمن أهمية ذلك باعتبار هذا العقد مرحلة تمهيدية سابقة لانعقاد بيع المراجعة للأمر بالشراء، موضحة في ذلك آراء الفقهاء حول هذا الوعد، باعتبار أن هناك اختلافاً في الآراء الفقهية فيما يخص وعد البيع بالشراء، وبناء على ما تقدم تم توضيح هذا المطلب على النحو الآتي:

### الفرع الأول: الوعد بالتعاقد

يمكن تعريف الوعد بالتعاقد بأنه " الاتفاق الذي يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أو كلاهما بإبرام عقد في المستقبل، إذا أبدى الطرف الآخر رغبته في ذلك، ويسمى الاتفاق بالوعد المتبادل أو الوعد من جانبيين إذا كانت الرغبة تبادلية، وأما إذا كانت الرغبة غير تبادلية سمي الاتفاق حينئذ بالوعد المنفرد أو بالوعد من جانب واحد "<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> نصت المادة (48) من قانون سلطة النقد رقم (2) لسنة 1997 على أن "إذا تبين لسلطة النقد بعد التفتيش على أعمال أي مصرف انه خالف القوانين أو الأنظمة أو التعليمات، أو لم يتقيد بشروط الترخيص الممنوحة له، فلها ان تطلب منه اتخاذ التدابير التصحيحية أو أن تفرض عليه أيًا من الجزاءات المقررة.

<sup>2</sup> الحلالشة، عبد الرحمن أحمد: عقد البيع (دراسة متقابلة مع الفقه الاسلامي والقوانين المدنية العربية) شرح القانون المدني الاردني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، بدون ذكر بلد نشر، 2011، ص 43.

ويتضح بناءً لما سبق أنّ الوعد بالتعاقد إما أن يكون صادراً من جانب واحد أو من جانبين، وذلك سواء كان ذلك وعداً بالبيع أو وعداً بالشراء، فلا بد لنا من تحديد ماهية كل منهما على انفراد وذلك على النحو الآتي:

### أولاً: الوعد بالبيع

هو الوعد الصادر عن البائع (المالك) بأن يبيع المال للطرف الآخر (المشتري) إذا قام هذا الأخير بالتعبير عن رغبته بالشراء خلال مدة معينة، مع ملاحظة أن هذا الوعد ملزم لجانب واحد وهو البائع دون أن يكون ملزماً للمشتري، كما أن هذا الوعد له أركان انعقاده وشروط صحته إضافة إلى مراعاة الشكلية القانونية في هذا الوعد إذا كان البيع النهائي يتطلب الشكلية،<sup>1</sup> وهذا ما نصت عليه المادة 2/105 من القانون المدني الأردني<sup>2</sup>، ومثال ذلك البيوعات العقارية التي تقع ضمن حدود التسوية فهي تحتاج إلى التسجيل<sup>3</sup>، وقد ذهبت محكمة النقض المنعقدة في رام الله على أنه "..... ولما كانت قطعة الأرض محل الدعوى قد تمت فيها التسوية فإنّ ما يدّعيه الطاعن من أن المطعون ضده قد وعده ببيع جزء منها وقبض مبلغاً من الثمن لا يرتب أثراً ما دام أنه لم يتم تسجيل البيع لدائرة تسجيل الأراضي حسب الأصول"<sup>4</sup>.

### ثانياً: الوعد بالشراء

هو الوعد الذي يصدر عن المشتري (الواعد) برغبته بالشراء من البائع (الموعود) إذا أبدى هذا الأخير رغبته في ذلك دون أن يكون ملزماً بهذا الوعد، إذ إن الإلزام به يقع على الطرف الواعد وهو المشتري.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الفضل، منذر و الفتلاوي، صاحب: العقود المسماة، بدون طبعة، دار الثقافة، عمان، 1982، ص 37.

<sup>2</sup> نصت المادة (2/105) من القانون المدني الأردني على أن " وإذا اشترط القانون لتمام العقد، استيفاء شكل معين فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد "

<sup>3</sup> الحلاشنة، عبد الرحمن أحمد: مرجع سابق، ص 45.

<sup>4</sup> قرار محكمة النقض المنعقدة في رام الله في النقض المدني 6428 / 2009. الصادر بتاريخ 2010/5/25.

<sup>5</sup> الجمال، مصطفى: (البيع في القانون اللبناني والمصري)، بدون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، 1986، ص 56

وقد نصت المادة (106) من القانون الأردني بإلزامية هذا الوعد بقولها " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة للعقد، وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم متى حاز قوة القضية المقضية مقام العقد."<sup>1</sup>

### ثالثا: مفهوم الوعد في سياق بيع المرابحة للأمر بالشراء

هو الوعد الصادر عن العميل (الأمر) أو عن المصرف (المأمور) كلٌّ منهما على انفراد، وهو ملزم من زاويتين، الحالة الأولى أنه ملزم للواعد ديانة إلا إذا كان هناك عذر، أما الثانية فهي حالة الإلزام قضاء إذا كان هذا الوعد معلقا على سبب<sup>2</sup>.

ويتم تحديد الآثار المترتبة على الإلزام بالوعد بطريقتين الأولى: أن يتم تنفيذ هذا الوعد، الثانية: التعويض عن الضرر الذي حصل فعلا لعدم الوفاء بهذا الوعد من قبل أحد الأطراف المتعاقدة دون عذر<sup>3</sup>.

بمعنى أنّ تراجع الواعد عن وعده بدون عذر غير جائز، فيعتبر الوعد في هذه الحالة ملزما، إلا إذا كان هناك عذر لرجوعه عن الوعد فعندئذ لا يعتبر الوعد ملزما، كما أنه في الحالة التي يكون فيها الوعد معلقا على سبب أي معلقا على التزام، وأن هذا الإلتزام كان سبب الوعد، فإن ذلك يؤدي إلى اعتبار الوعد ملزما، وبالتالي فإن الآثار التي تترتب على هذا الوعد هي آثار تتحدد بالتعويض عن الضرر الذي حصل نتيجة عدم تنفيذ هذا الوعد الملزم.

وقد استقر اجتهاد الفقهاء على ذلك، ومنه ما خلص إليه مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني المنعقد في الكويت في مارس عام (1983) من أنه "يقرر المؤتمر أن المواعدة على بيع المرابحة للأمر بالشراء بعد تملك السلعة المشتراه وحيازتها، ثم بيعها لمن أمر بشرائها بالربح المذكور في الوعد السابق هو أمر جائز شرعا، طالما تقع على المصرف الإسلامي مسؤولية الهلاك قبل تشغيل التسليم وتبعة الرد فيما يستوجب الرد بعيب خفيّ، وأما بالنسبة للوعد وكونه

<sup>1</sup> تقابلها نص المادة (91) القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

<sup>2</sup> تراجع المادة (84) من المجلة. وللمزيد: الوادي، محمود حسن وسمحان، حسين محمد: مرجع سابق، ص 138.

<sup>3</sup> السالوس، علي أحمد: مرجع سابق، ص 602.



ملزماً للأمر أو للمصرف أو لكليهما، فإنَّ الأخذ بالإلزام هو الأحفظ لمصلحة التعامل واستقرار المعاملات، وفيه مراعاة مصلحة المصرف والعميل وأن الأخذ بالإلزام أمر مقبول شرعاً وكل مصرف مخير في أخذ ما يراه في مسألة القول بالإلزام حسب ما تراه هيئة الرقابة الشرعية لديه<sup>1</sup>

ويلاحظ أن اجتهاد القضاء أعلاه قد أعطى للمصارف الأخذ بالوعد أو عدم الأخذ به، وذلك من خلال قرار هيئة الرقابة الشرعية التابعه لها، حيث تبين ذلك من خلال بعض الحالات العملية التي تواجهها المصارف، ومن ذلك حينما يوقع العميل على عقد وعد بالشراء بشأن سيارة ذات مواصفات محددة، حيث يقوم المصرف بشراء هذه السيارة بناء على الوعد الصادر من المشتري، إلا أنه بعد استدعاء هذا الأخير للتوقيع على عقد الشراء نكل الوعد أي تراجع عن الشراء، وبناء على تعدد الفتاوى واختلافها ذهبت بعض المصارف إلى عدم الإلزام بالوعد فيما يخص السلع الرائجة، لذلك يستطيع المشتري أن ينكل عن الشراء في حالة كون السيارة من السلع الرائجة التي يوجد من يشتريها غير العميل الذي نكل الشراء.<sup>2</sup>

ويتضح مما سبق أن بعض الفقهاء يرى بشأن الحالة التي يكون فيها محل عقد البيع سلعة رائجة، أي كثيرة التداول والتي يكون الإقبال عليها شديداً، لا تجعل الوعد الصادر من العميل الأمر بالشراء ملزماً، بما أن هذه السلع يوجد من يريد شراءها، حيث تبين للباحثة أيضاً بحسب هؤلاء الفقهاء - أنه في حالة كون السلعة محل العقد قليلة التداول ولا يوجد إقبال عليها، فإن الوعد الذي يصدر عن العميل يكون ملزماً، إضافة إلى ما تم التركيز عليه في الاجتهاد الفقهي من حيث مراعاة مصلحة كل من الطرفين، سواء العميل أم المصرف، والحفاظ على مصلحة كل منهما من حيث الأخذ بالوعد من عدمه.

كما تجد الباحثة بأن الاعتماد على كون السلعة رائجة، وفي كونها غير رائجة، ليس من وظيفة المصرف في أن يحدد ما هي السلع التي يزداد الإقبال عليها من عدمها، ففي أغلب

<sup>1</sup> كما هو وارد لدى: القرضاوي، يوسف: مرجع سابق، ص 17

<sup>2</sup> عبد الحي، هشام: مرجع سابق، ص 143.

الأحيان تكون السلع رائجة مما يجعل الوعد الصادر عن العميل بشراء السلعة من المصرف غير ملزم في أغلب الأحيان، وهذا ما يتعارض مع كثير من الاعتبارات التي فرضت بهدف إلزامية الوعد، كما يتعارض ذلك مع مصلحة المصرف على وجه الخصوص، بل ويتعارض مع منطوق حفظ الوعود والعهود الذي يمثل احد اساسات واستحقاقات مبدأ حسن النية<sup>1</sup>.

#### رابعاً: مفهوم المواعدة في سياق المراجعة للآمر بالشراء

ويعرف الفقهاء المواعدة بأنها: " (هي التي تصدر من الطرفين) تجوز في بيع المراجعة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما، أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المراجعة تشبه البيع نفسه. حيث يشترط عندئذ أن يكون البائع مالكاً للمبيع حتى لا تكون هناك مخالفة لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع الانسان ما ليس عنده"<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن الوعد هو التزام بقيام بعمل، بمعنى وجود فرق بين البيع والهبة الذي يعتبر تصرف ناقل للملكية يجب تسجيله، ولكن الوعد ليس تصرف ناقل للملكية انما التزام بقيام بعمل، وعلى اعتبار أن الوعد أساسه التزام بالقيام بعمل، بمعنى التزام أن يقوم بعملية البيع أو الشراء، أو كان الالتزام من كلا الطرفين في الالتزامات بالقيام بعمل فلا نستطيع أن نجبره على التنفيذ العيني، لأن فيه مساس بالحرية الشخصية، لذلك في حال الإخلال يعطى الحق فقط في المطالبة بالتعويض، وأن القانون المدني الأردني اشترط للوعد التسجيل والاتفاق على شروط العقد النهائي كاملاً وتحديد المدة، فإن توافرت هذه الشروط حسب القانون الأردني فإن الالتزام بعمل ينقلب إلى عقد بيع بقوة القانون، ولكن هذا الأمر غير ساري في فلسطين حتى اليوم، وأن دائرة التسجيل في فلسطين لا تسجل إلا التصرفات الناقلة للملكية<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> يقول الله تعالى " يا أيها الذين امنوا اوفوا بالعهود" الآية (1) من سورة المائدة.

<sup>2</sup> الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، سنن الترمذي، 3/526/1233، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج 2) ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3) وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج 4، 5)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى، البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، 1395هـ-1975م.

<sup>3</sup> مقابلة مع الدكتور علي السرطاوي، مرجع سابق.

## الفرع الثاني: آراء الفقهاء حول إلزامية الوعد من عدمه

هناك اختلاف في الآراء الفقهية حول الوعد في بيع المرابحة للأمر بالشراء، ويرجع هذا الاختلاف فيما إذا كان الوعد ملزماً أو غير ملزم، ويمكن تصنيف هذه الآراء على النحو الآتي:

الرأي الأول: ذهب كل من أبي حنيفة والشافعي وأحمد، والأوزاعي، والظاهرية إلى عدم لزوم الوعد إلا أنهم اتفقوا على أنه من صفات المؤمن الوفاء بالوعد<sup>1</sup>.

الرأي الثاني: ذهب فقهاء المالكية إلى أن الوعد ملزم في حالة كونه معلقاً على سبب، حيث ترتب على الموعد التزام بناء على هذا الوعد<sup>2</sup>.

بناء على هذا الرأي وفي سياق الوعد الصادر من العميل الأمر بالشراء، يتضح بأن المصرف عندما قام بشراء السلعة كان بناء على الوعد الذي صدر من المشتري، حيث أن وعد هذا الأخير بالشراء ترتب عليه التزام أي أن وعده معلق على سبب، لذلك أصبح الوعد ملزماً.

الرأي الثالث: ذهب كل من عمر بن عبد العزيز، والحسن البصري، واسحق بن راهوية، وابن شبرمة، وابن تيمية إلى أن الوعد ملزم لكل منهما<sup>3</sup>.

واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم " آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا عاهد غدر"<sup>4</sup>.

وتؤيد الباحثة المنحى الذي ذهب إليه الرأي الثاني والذي يقضي بأن الوعد ملزم إذا كان هذا الالتزام معلقاً على سبب آخر وذلك للاعتبارات الآتية:

<sup>1</sup> كما هو وارد لدى: عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 138.

<sup>2</sup> الأشقر، محمد سليمان: بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، 1998، ص 87.

<sup>3</sup> كما هو وارد لدى: عبد الحي، هشام: مرجع سابق، ص 140.

<sup>4</sup> البخاري، محمد بن اسماعيل: كتاب الايمان، باب علامة المنافق، رقم الحديث (33)، ج 1 ص 16.

1- بناء على ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية حسب المادة 84 " المواعيد اذا اكتسبت صور التعاليق لازمة" مثلاً لو قال رجل لآخر: بع هذا الشيء لفلان وإن لم يعطك ثمنه فأنا أعطيه لك، فلم يعط المشتري الثمن، لزم على الرجل أداء الثمن المذكور بناء على وعده المعلق، وبمفهوم المخالفة لهذه المادة نرى أن المواعيد التي ليست على صور تعاليق غير لازمة بمعنى أن الالتزام الذي لا يبنى عليه التزام فهو غير لازم.

2- المصرف اشترى السلعة بناء على رغبة المشتري ووعده، فترتب على الوعد التزامات، فيصبح الوعد ملزماً، فهذا الوعد حسب المادة 84 من المجلة يكون ملزماً على اعتبار أنه يتعلق به ويترتب عليه قيام المصرف بالشراء من الغير، وعليه فإن العميل لن يستطيع التراجع عن هذا الوعد لمجرد أن البنك قد اشترى من الغير.<sup>1</sup>

3- عندما قام المصرف بشراء السلعة وذلك استناداً إلى الوعد الصادر عن المشتري، فلولا هذا الوعد لما أقدم المصرف على الشراء، حيث أن المصرف قام بشراء السلعة التي حددها العميل بالموصفات التي حددها متحماً في ذلك النفقات والخبرة في الإختيار فلا بد أن يكون الوعد الصادر من العميل ملزماً له.<sup>2</sup>

4- استناداً إلى قاعدة " لا ضرر ولا ضرار" التي نصت عليها مجلة الأحكام العدلية في المادة (19)، فإن اعتبار الوعد غير ملزم سيؤدي إلى الإضرار بالبنك خاصة في حالة عدم وجود من يتقدم لشراء السلعة التي قام المصرف بشراءها.<sup>3</sup>

5- بحسب القاعدة الأصلية على المسلم الالتزام بالوفاء بالعهود والعقود.<sup>4</sup> وذلك لقوله تعالى "أوفوا بالعقود"<sup>5</sup>، وأن غير ذلك إنما هو من سمات المنافقين.

<sup>1</sup> غسان، خالد : محاضرات كلية الدراسات العليا في مادة المعاملات المصرفية الدولية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2011، الساعة 2-5 مساءً.

<sup>2</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص 192.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 192

<sup>4</sup> عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 141.

<sup>5</sup> الآية رقم (1) من سورة المائدة.

وترى الباحثة أيضا أنه يجب النظر إلى الآثار المترتبة على الزامية الوعد وهي كالاتي:

1- أن العقد الابتدائي الذي يبرم بين الأطراف، وعلى اعتبار أنه ينشئ في ذمة كل منهما التزام القيام بعمل، فإن ذلك يرتب عليهم التزاما بابرام العقد النهائي خلال المدة المتفق عليها، وأن امتناع أحد الأطراف عن ابرام العقد النهائي يكون للمتعاقد الآخر الحصول على حكم يقوم مقام العقد.<sup>1</sup>

2- إذا قبل الموعود له الشراء وامتنع الواعد عن القيام بالوفاء في تنفيذ التزاماته، كما تمتاعه عن تحرير عقد البيع أو التوقيع عليه، جاز للموعود له في هذه الحالة أن يلتجأ للقضاء الذي يقوم بالحكم على الواعد بثبوت البيع، وذلك لأن الأركان قد توافرت وهي رضا الطرفين، والمبيع، والثمن.

3- أن الموعود له يكتسب حقا شخصيا بموجب عقد الوعد، وذلك لأن حقه العيني لا يكون موجودا إلا منذ لحظة التعاقد النهائي وذلك مع مراعاة قواعد التسجيل، ففي هذه الحالة اذا تصرف الواعد في الشيء الموعود ببيعه فإنه يتصرف في ما يملك، لذلك لا يكون أمام الموعود له سوى الرجوع على الواعد بالتعويض.

4- يستطيع الموعود له أن يقوم بمباشرة حقوق الواعد، وذلك من خلا دعوى استعمال حقوق المدين، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه لا يجوز له أن يرفع دعوى لإبطال التصرفات إلا إذا كان حقه قابلا للتنفيذ، وأن ذلك لا يكون إلا عند انعقاد البيع.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> الفضل، منذر والفتلاوي، صاحب: مرجع سابق:ص 39.

<sup>2</sup> سلطان، أنور: العقود المسماة (شرح عقدي البيع والمقايضة)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005،

## المبحث الثاني

### خصوصية عقد المرابحة بصفته نوعاً من أنواع عقد البيع

سبق أن ذكرت الباحثة بأن عقد بيع المرابحة بصفته عملية مصرفية من البيوع التجارية التي تهدف إلى تحقيق الربح بناءً على ما تمّ معالجته في قانون التجارة، وبالتالي فهو عقد كبقية العقود له أركانه وشروطه التي تجعل هذا البيع صحيحاً، وباعتبار أن عقد المرابحة هو أحد أنواع عقد البيع، فإن القواعد التي يجب أن تطبق على هذا العقد هي القواعد العامة التي تطبق على عقود البيوع الأخرى، وهذا ما ستبحثه الباحثة من خلال هذا المبحث مستندياً في ذلك إلى القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976، ومجلة الأحكام العدلية، والقانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012، حيث تم تقسيم هذا المبحث إلى خمسة مطالب، وذلك على النحو الآتي:

#### المطلب الأول: صيغة التعاقد (الإيجاب والقبول)

يعد العقد من التصرفات القانونية وفقاً للقواعد العامة، بحيث يلزم لانعقاده توافر الإيجاب والقبول بمعنى أن تتفق إرادة البائع مع إرادة المشتري، إلى جانب توافر أركان العقد الرضائي وهي التراضي والمحل والسبب وذلك لأن المبدأ العام في العقود هو الرضائية، إلا أن هناك حالات تستوجب أن يكون الرضا في شكل معين كما في العقود الشكلية باعتبار أن هذا الشكل الخاص ركناً في تكوين العقد<sup>1</sup>.

وقد جاء في أحكام المحكمة العليا في غزة بصفيتها محكمة نقض ما يلي: " إن الطاعن محمد رفيق بسيسو..... كان قد أقام الدعوى رقم 99/ 352 لدى محكمة مركزية (بداية) غزة مختصماً فيه المطعون ضده (المدعى عليه) صهيب توفيق بسيسو وموضوعها إثبات تعاقد..... حيث قد جرت مفاوضات بين الطرفين حول بيع الدار المذكورة مقابل خمسة وعشرين ألف دينار..... وأن المدعي قد طالب المدعى عليه بإثبات التعاقد الذي تم بينهما

<sup>1</sup> الفضل، منذر و الفتلاوي، صاحب: مرجع سابق، ص 31.

إلا أنه رفض رغم إخطاره عدليا..... حيث انتهى المدعي في نهاية لائحة دعواه بتعيين جلسة، وطلب المدعى الحكم بإجابة دعوى المدعي بإثبات التعاقد الذي تم بين المدعى عليه والإزام المدعى عليه بتحرير عقد بيع للمدعي مع تضمينه الرسوم والمصاريف..... فحكمت المحكمة برد دعوى المدعي على أن يتحمل الرسوم والمصاريف..... فاستأنف المدعي الحكم المذكور لدى محكمة الاستئناف بغزة..... حيث حكمت محكمة الاستئناف بقبوله شكلا وفي الموضوع برفضه وتأيد الحكم المستأنف مع تضمين المستأنف الرسوم والمصاريف..... حيث تقدم الطاعن بعريضة الطعن المختصرة طاعنا في حكم محكمة الاستئناف بطريق النقض..... وحيث أن الطعن قد بني على سبب مخالفة القانون والسوابق القضائية وقال الطاعن بيانا لذلك: إن الحكم المطعون فيه قد أجحف بحق الطاعن واستثنى بيناته ذلك أنه قد ورد في حكم محكمة أول درجة أن المدعى عليه لم يستطع إثبات وجود مجلس عقد إيجاب وقبول، حيث إن الطرفين لم يجتمعا إطلاقا في مجلس عقد البيع الدار، وأيدتها محكمة الاستئناف في ذلك وأن ذلك مردود إذ إن مورث الطاعن قد قرر في شهادته لنفسه أنه تم الاتفاق على البيع في المجلس الذي عقد في بيت يحيى بسيسو في القاهرة..... فيكون بذلك مجلس العقد قد انعقد، إذ أن المطعون ضده لم يقدم أية بيعة تنفي أو تدحض ذلك، كما تجاهلت محكمة أول درجة وأيدتها محكمة الاستئناف إقرار المطعون ضده..... بأنه تم الاتفاق شفويا على بيعها إليه... إلا أنه لم يتم كتابة عقود بينهما..... ومن ثم يعتبر هذا إقرار من المطعون ضده بوقوع الاتفاق الشفوي على البيع، وأن المرء مؤاخذ بإقراره حسب نص المادة 79 من المجلة، كما وأن عقد البيع هو من العقود الرضائية، وأنه تم الإيجاب والقبول بين الطرفين، ومن ثم فإن البيع يكون منعقدا طبقا لنص المادة 167 من المجلة وطالب في نهاية عريضة النقض، بقبول الطعن شكلا وفي الموضوع بنقض حكم محكمة الاستئناف والحكم بإثبات التعاقد.....، حيث أن هذا النعي في غير محله، ذلك أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم الابتدائي، لما قام عليه من أسباب ولما كان لمحكمة الموضوع، السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى ومن تقدير ما يقدم إليها من الأدلة والبيانات وترجيح ما تظمن إليه واستخلاص الحقيقة من البيانات المطروحة، وأن ما استخلصته محكمة الموضوع وأيدتها فيه المحكمة الاستئنافية، وما

استخلصته كذلك المحكمة الاستئنافية بالإضافة إلى أسباب المحكمة الابتدائية، من عدم وجود تعاقد بين طرفي الدعوى، هو استخلاص سائغ له أصل ثابت في الأوراق، الأمر الذي يكون معه الطعن في غير محله وعلى غير أساس، مما ينبغي رفضه<sup>1</sup>

وترى الباحثة أن المطبق لدينا وحسب ما هو معمول به في مجلة الأحكام العدلية حسب المادة (79) والمادة (167) هو أن عقد البيع من العقود الرضائية التي تتعد باليجاب والقبول، بمعنى أنها لا تحتاج إلى شكلية، فالمجلة قد اكتفت بأن يكون الإيجاب والقبول هما أساس عقد البيع دون الرجوع إلى أي شكلية محددة بذاتها، ولكن طبقا لتطور المعاملات التجارية في الوقت الحالي، فإنه يلزم لإنعقاد البيع أن يكون مكتوبا في حال كان محل البيع هو عقار وذلك إثباتا للحقوق ومصالح الأطراف في هذا العقد، ولكن في هذا القرار انعقد العقد شفويا دون وجود ما هو مكتوب ليثبت حقيقة هذا العقد، وأن المحاكم في فلسطين لا تأخذ بالاتفاق بين الأطراف بل يجب أن تمر عملية بيع العقار الذي جرت بشأنه أعمال التسوية<sup>2</sup>، بعدة مراحل وأولها الإيجاب والقبول، وتوقيع عقد بوجود شهود، وتسلم الثمن الذي يثبت حقيقة هذا العقار، كما يجب نقل ملكية العقار من اسم البائع إلى اسم المشتري لدى دائرة تسجيل الأراضي حتى يصبح مالكا للعقار، وبالتالي كل هذه الإجراءات هي شكلية<sup>3</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة (90) من القانون المدني الأردني بقولها " ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاده العقد"<sup>4</sup>. بمعنى أن الأصل في العقود هو الرضاء أي تطابق القبول والإيجاب، وفي بعض الأحيان تتطلب بعض العقود شكلا معيناً غير الرضاء حتى يعد صحيحا.

<sup>1</sup> قرار المحكمة العليا في غزة بصفتها محكمة نقض في الطعن رقم 2003/294 الصادر بتاريخ 10 / 7 / 2004.

<sup>2</sup> يراجع نص المادة (16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952.

<sup>3</sup> ما يجري عليه العمل حاليا هو أن البنك الإسلامي لا يقوم بتسجيل المبيع باسمه عند شرائه من البائع ومن ثم ينقله إلى الأمر بالشراء، إنما يشترط البنك على البائع أن ينقله بتوكيل من البنك وبموافقة منه إلى العميل الأمر مباشرة وذلك تخفيضا للتكاليف وتسهيلا للمعاملات، مقابلة مع د. علي السرطاوي: مرجع سابق

<sup>4</sup> تقابلها المادة (74) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.



أن الإستثناءات التي ترد على مبدأ الرضائية والتي تستوجب شكلا معيناً تكون إما قانونياً أو اتفاقياً، فمن الناحية القانونية ما نصت عليه المادة 3/16 من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لعام 1952 بقولها: "في الأماكن التي تمت التسوية فيها، لا يعتبر البيع والمبادلة والإفراز والمقاسمة في الأرض أو الماء صحيحاً، إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل".

ومن الاستثناء الوارد على مبدأ الرضائية من الناحية الاتفاقية، اتفاق الأطراف على عدم انعقاد العقد بينهما إلا إذا تم هذا العقد وفق شكل معين، وذلك بتنظيمه بورقة رسمية أو عرفية<sup>1</sup>. فبناء على ما سبق فإن عقد بيع المرابحة يعد عقداً يجب توافر أركانه وشروطه، ومن هذه الأركان صيغة العقد أي الإيجاب والقبول، مع مراعاة الشكلية المطلوبة في بعض المعاملات.

حيث قررت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها أن: "مقتضى نصوص المجلة وهي التشريع المدني النافذ المفعول في هذه المملكة يشترط لصحة العقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب أي أن يكون هناك توافق تام بين الإرادتين، على الالتزامات التي تنشأ عن العقد، والحكمة من تقرير هذه القاعدة هي تقادي إلحاق الضرر بأحد المتعاقدين"<sup>2</sup>

وصيغة العقد كما أشار إليها الدكتور محمد الجندي هي "ما يصدر من قول أو فعل عن أحد المتعاقدين قاصداً به إنشاء العقد، وتحقق بالإيجاب والقبول، ومثالها أن يقول البائع: ثمن السلعة مائة، وقد بعتك بثمنها، وربح درهم في كل عشرة، فيقول المشتري قبلت، وكما تجوز الصيغة بالقول، فإنها تجوز بكل ما يقوم مقامه، ويعتبر قاطعاً في الدلالة على المعنى المراد،

<sup>1</sup> الحلاشة، عبد الرحمن أحمد: مرجع سابق، ص 11.

<sup>2</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 1953/192 (هيئة خماسية) المنشور على الصفحة 201 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1954/1/1.

مثل الكتابة ونحوها من الوسائل التي تؤدي إلى إتمام المعنى المقصود والتي لا يثور الشك بالنسبة لها في تحقق الانعقاد<sup>1</sup>.

ويلاحظ أن المواد (169، 170) من مجلة الأحكام العدلية قد عالجت مسألة صيغة الإيجاب والقبول بأن اشترطت صيغة تكفل وضوح الجزم في الصيغة اللفظية المعبرة عن الإيجاب والقبول فجعلت عقد البيع ينعقد بصيغة الماضي والمضارع، مثل بعتك وأبيعك الآن، إلا أنه لا ينعقد ان اقترنت عبارة الإيجاب والقبول بأداة استقبال أو تأخير أو توقف كحرف السين أو كلمة سوف مثل، سأبيعك، أو سوف اشترى منك<sup>2</sup>، وبالعودة على خصوصية عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء بين البنك الاسلامي والعميل الأمر يلاحظ أن التعاقد بين البنك والبائع قد يتم عن طريق الإيجاب والقبول المتبادلين إما كتابة أو مراسلة بإحدى الوسائل المستحدثة التي تستخدم كالبريد الالكتروني، أو الفاكس، أو الهاتف وذلك من خلال ضوابط معينة يتم مراعاتها حتى تقبل كوثائق للإثبات أمام المحكمة<sup>3</sup>.

يتضح من ذلك بأن التعاقد عبر المراسلة كالهاتف وغيرها من الوسائل يجعل العقد صحيحا، وباعتبار أن عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء ينعقد أولا بين المصرف والبائع، ومن ثم بين المصرف والعميل، لذلك لا بد من توافر صيغة العقد أي الإيجاب والقبول، سواء في العقد الأول بين البائع الأول والمصرف (المشتري)، أو في العقد الثاني بين البائع الثاني (المصرف) والمشتري (العميل الأمر بالشراء).

تناولت المادة (102) من القانون المدني الأردني طريقة التعاقد إذ نصت على أن: " يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما

<sup>1</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص 21-22.

<sup>2</sup> نصت المادة (169) من مجلة الأحكام العدلية بقولها " الإيجاب والقبول يكونان بصيغة الماضي كبعث واشتريت وأي لفظ من هذين أو لا فهو ايجاب والثاني قبول، فلو قال البائع بعث ثم قال المشتري اشتريت أو قال المشتري أو لا اشتريت ثم قال البائع بعث، في الأولى ايجابا و(اشتريت ) قبولا وفي الثانية بالعكس. و ينعقد البيع أيضا بكل لفظ ينشأ عن انشاء التمليك والتملك كقول البائع: أعطيت أو ملكت، وقول المشتري أخذت أو تملكتم " كما نصت المادة (170) ينعقد البيع بصيغة المضارع أيضا إذا أريد بها الحال كأبيع وأشترى. وإذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد.

<sup>3</sup> عبد الحي، هشام احمد: مرجع سابق، ص 123.

مجلس واحد حيث العقد، وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين<sup>1</sup> وهذا النص يدل على أن التعاقد عبر الوسائل التي تم ذكرها يجعل العقد صحيحا.

فعندما يقوم البنك بإرسال أمر توريد للبائع من خلال المراسلة عبر البريد أو الفاكس، فإن ذلك يعتبر إيجابا صادرا عن البنك، وأن قيام البائع بالرد على البنك من خلال الفاكس بالموافقة أو أن يرسل له فاتورة الشراء، فيعتبر ذلك قبولا صادرا منه مما يجعل العقد منعقدا صحيحا لتوافر هذا الركن<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن اعتبار عقد المرابحة من البيوع التجارية، يعني أنه يتخذ صورة خاصة في التعبير عن الإرادة، فمثلا قد يكون الإيجاب مستمرا أو أن السكوت قد يدل على الرضا في حالة كان هناك تعامل سابق بين أطراف العقد.<sup>3</sup>

يتضح استنادا إلى ما سبق أن عقد بيع المرابحة ينعقد صحيحا بتوافر أركانه كالإيجاب والقبول باعتباره عقدا رضائيا، وأن سكوت أحد الأطراف في عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء، لا يجعل العقد منعقدا، إلا إذا كان هناك تعامل سابقا بين المصرف (المأمور) والعميل (الأمر)، وكان السكوت يدل على الرضا بناء على هذا التعامل.

وهذا ما نصت عليه المادة (1/95) من القانون المدني الأردني والمأخوذة عن المادة (65) من مجلة الأحكام العدلية من أنه: " لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولا ".<sup>4</sup>

والمادة (2/ 95) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه " يعتبر السكوت قبولا بوجه خاص، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجّه إليه".<sup>4</sup>

<sup>1</sup> تقابلها نص المادة ( 87 ) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

<sup>2</sup> عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 124.

<sup>3</sup> احمد، عبد الفضيل محمد: العقود التجارية، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010، ص 16

<sup>4</sup> تقابلها نص المادة (2/80) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

إلا أن السؤال الذي قد يثار بشأن عقد المربحة: هل يصنف من العقود الرضائية بشكل مطلق؟ إذ إنه أغلب الأحيان يكون بتوافق الإرادتين من جانب المصرف والعميل، وفي بعض الأحيان قد يكون هذا العقد من تصنيفات عقود الإذعان. للإجابة عن ذلك، وبعدما تعرفنا على كيفية كون العقد رضائياً بتوافر أركانه ومنها صيغة العقد أي الإيجاب والقبول، لا بد من الوقوف أولاً على معنى عقد الإذعان حتى يتاح لنا تحديد كون عقد المربحة من عقود الإذعان في بعض الأحيان، أم لا.

يمكن تعريف عقد الإذعان حسب ما نصت عليه المادة (104) من القانون المدني الأردني بأنه: "حيث القبول يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها" بمعنى أن الطرف الذي يحتاج السلعة يكون مضطراً إلى قبول شروط العقد دون أن يكون له دور في المناقشة، وذلك بسبب حاجته الملحة لهذه السلعة.

أشار بعض الفقهاء إلى أن عقد بيع المربحة من عقود الإذعان، وذلك من خلال قيام المصرف باستغلال العميل، باعتبار أن هذا الأخير في حاجة ملحة للسلعة، وعدم قدرته على شرائها نقداً مما يجعله مضطراً لقبول شروط المصرف من حيث هامش الربح الذي يحدده المصرف، فيؤدي ذلك إلى اعتبار هذا العقد من عقود الإذعان<sup>1</sup>.

وتؤيد الباحثة ما ذهب إليه أصحاب الرأي أعلاه من حيث أن عقود بيع المربحة للأمر بالشراء -كسائر عمليات المصارف - تعد من قبيل عقود الإذعان<sup>2</sup>، ليس فقط لأنه لا يسمح للعملاء بمناقشة بنود نماذج العقود المعدة من قبل البنك مسبقاً، إنما لكون المصارف تتبع أسلوباً موحداً في تنظيم العملية المصرفية الموحدة، ومن ثم فإنّ محاور التفاوض الذي يدور بين العميل الأمر والمصرف قبل توقيع الاتفاقية محدودة بجزئيات معينة مثل مدة التمويل ومقدار المربحة

<sup>1</sup> الرفيعي، علي كاظم و يوسف، اعتدال عبد الباقي: العلوم الاقتصادية، العدد (23) المجلد السادس، كانون الثاني، 2009، "بحث مستل من رسالة ماجستير الموسومة المربحة المصرفية في تعامل المصارف الإسلامية" مقدمة الى مجلس كلية القانون قسم القانون الخاص في جامعة بغداد 2003، ص 186، منشورة على موقع [www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=5090](http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aid=5090)

<sup>2</sup> تتعامل البنوك الإسلامية بنماذج عقود معدة مسبقاً لينعقد العقد وفق مضمونها وبشروط تمت الموافقة عليها مسبقاً من قبل سلطة النقد ومن قبل هيئة الرقابة الشرعية، مقابلة مع د.علي السرطاوي، مرجع سابق.

والضمانات أما باقي عناصر العقد فلا يكون أمام العميل الأمر إلا التسليم بالأحكام بشأنها إلى بنود نماذج العقود المعدة من قبل البنك مسبقاً بما يخدم مصلحته، وبذلك فإنّ العميل الأمر (الطرف المدعن) سيكون من حقه الاستفادة من تشريعات حماية المستهلك ذات الصلة ومن ثم من القواعد العامة المخصصة لحماية الطرف المدعن في عقود الإذعان، ومن ذلك أنه جعل الشك يفسر لمصلحة الطرف المدعن، وأنه قد جعل للقضاء صلاحية في تعديل الشروط التعسفية التي قد يفرضها الطرف الأقوى أو أن يعفي الطرف المدعن منها تحقيقاً للعدالة، وما يقع في العقد من نصوص خلافاً لذلك فهو باطل<sup>1</sup>.

وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى أن عقد بيع المرابحة من بيوع الأمانة، واتصافه بهذا الطابع يجب أن يؤدي إلى مراعاة معاني العدالة، ومنع الاستغلال، إضافة إلى حماية التعامل، وتحقيق المصلحة العامة والخاصة، بهدف الوصول إلى المصلحة المقصودة من التعامل<sup>2</sup>، فقياساً على ذلك يمكن القول بأن المصرف لن يقوم باستغلال العميل الأمر من خلال قيامه بفرض شروطٍ تعسفية في العقد دون مناقشتها من قبل الطرف العميل، وذلك لأن عقد المرابحة قائم على طابع الأمانة.

وقد جاء في حكم محكمة النقض المنعقدة في رام الله بالنسبة لصلاحية القاضي في تعديل الشروط التعسفية ما يلي: "إن قيمة الكهرباء بين البلدية والأفراد وإن تضمنت شرطاً يجيز لها قطع التيار الكهربائي إذا تخلف المشترك عن دفع أثمانها مدة شهر، فإن ذلك الشرط يعتبر إذعانا من المشترك، وصفة الإذعان هذه تسوغ للقضاء استبعاد الشروط التعسفية، ويستهدي القاضي بذلك بطبيعة التعامل بين أطراف العقد لدرء الضرر عن المشترك، إذا وقع الفصل فوراً، سيما إذا كان المشترك منشأة عامة، تخدم قطاعاً من المواطنين"<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> المادة 204 من القانون المدني الاردني رقم 43 لعام 1976، التي تنص على أن " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط، أو أن يعفي الطرف المدعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق ينص بغير ذلك"، انظر المادة 150 من القانون المدني الفلسطيني رقم(4) لسنة 2012.

<sup>2</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص 83.

<sup>3</sup> قرار صادر عن محكمة النقض المنعقدة في رام الله، نقض مدني رقم 2004/128، الصادر بتاريخ 2004/9/19.

## المطلب الثاني: توافر الأهلية للمتعاقدين في عقد بيع المرابحة

الأهلية هي صلاحية الشخص في التمتع بحقوقه المشروعة، وهو ما يطلق عليها بأهلية الأداء التي تُحوّل الشخص بالتصرف بجميع التصرفات القانونية، ومنها إبرام العقود، إضافة إلى اعتبار الأهلية من النظام العام التي لا يجوز التنازل عنها، والاتفاق على مخالفتها، وتعديل أحكامها باعتبارها قاعدة قانونية آمرة<sup>1</sup>، فكل شخص بلغ سن الرشد وبقواه العقلية يعتبر كامل الأهلية، كما يعتبر ذلك ما لم يحجر عليه، فيستطيع مباشرة جميع حقوقه المدنية<sup>2</sup>، وذلك لأنه يشترط في المتعاقدين العقل، والبلوغ، وعدم الحجر على أي منهما بسبب السفه أو الفس<sup>3</sup>.

وبناءً على ذلك فإن العاقد هو الذي يصدر منه الصيغة (الإيجاب والقبول)، كما أنه من يتولى إبرام العقد، باعتبار أن له الدور الأساسي في إنشاء العقد، وترتب الآثار عليه، لذلك فلا بد من توافر الأهلية الكاملة في العاقد التي تعطي له الصلاحية بالتصرف القانوني على وجه مشروع<sup>4</sup>. حيث أشارت مجلة الأحكام العدلية على أن المتبايعان هما العاقدان، وذلك من خلال نص المادة (162) بقولها: " المتبايعان هما البائع والمشتري وسميا عاقدين أيضا".

ويشترط في انعقاد عقد البيع أن يكون ركنه صادرا عن شخص ذي أهل أي عن العاقل المميز<sup>5</sup>، إذ إنه بخلاف ذلك يؤدي إلى بطلان البيع، كبيع المجنون الذي لا تتوافر فيه الأهلية، فإن ذلك يعتبر خلافاً في ركن انعقاد هذا البيع مما يؤدي إلى بطلانه<sup>6</sup>.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها إلى أنه " يشترط لصحة العقود ونفاذها أن تكون صادرة من ذي أهلية، وأنّ عبء إثبات عدم الأهلية يقع ابتداءً على من يدعيه، وإذا وجدت المحكمة أن المدعي مصاب بمرض الفصام، وقاست حالته على حالة المجنون جنونا غير

<sup>1</sup> تراجع المادة (47) من القانون المدني الأردني. للمزيد: الفضل، منذر و الفتلاوي، صاحب: مرجع سابق، ص 47.

<sup>2</sup> تراجع المادة (43) من القانون المدني الأردني.

<sup>3</sup> عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 124.

<sup>4</sup> الجندي، محمد الشحات، (المرجع السابق)، ص 22.

<sup>5</sup> تراجع المادة (361) من مجلة الأحكام العدلية.

<sup>6</sup> تراجع المادة (362) من مجلة الأحكام العدلية.

مطبق ففي هذه الحالة يكون غير أهل لإبرام عقد البيع إلا إذا ثبت أنه أجراه في حالة إفاقة عملاً  
بالمادة 980 من المجلة " <sup>1</sup>.

وعقد المرابحة كغيره من العقود يتكون من العاقدين، اللذين يبرمان العقد، فالبايع الذي  
يمتلك السلعة حتى يقوم ببيعها، والمشتري الذي يشتري تلك السلعة بالثمن الأول مع كون الربح  
معلوماً، لذلك لا بد أن يكون لهذين العاقدين سواء البائع أم المشتري أهلية الأداء التي تخولهم  
صلاحية التصرف لاكتساب حقوقهم، وتحمل كلا منهما الالتزامات المترتبة عليه، كما يجب  
الإشارة إلى أهمية توافر الأهلية في عقد المرابحة لاعتبارها عملية من العمليات التي تحتاج إلى  
الخبرة والذكاء<sup>2</sup>، بمعنى أنه يجب أن يكون هذا العاقد أي (العميل الأمر بالشراء) مدركاً ومميزاً  
في تصرفاته القانونية حتى يستطيع التعامل مع الغير، كما يجب أن يكون البائع أيضاً له الأهلية  
الكاملة باعتبار أنه يملك السلعة أو أنه يريد شراء السلعة حسب المواصفات المعينة التي يتطلبها  
المشتري، وكل ذلك يحتاج إلى إدراك وتمييز وأهلية كاملة.

### المطلب الثالث: المعقود عليه (محل العقد)

"ينشأ عن اعتبار المرابحة، عقداً من العقود، أنه يجب أن يتوافر فيها"<sup>3</sup> ركن آخر غير  
الأركان التي أشارت إليها الباحثة سالفاً، كالصيغة أي الإيجاب والقبول والأهلية للعاقدين، وهذا  
الركن هو محل العقد، ويعرف المعقود عليه بأنه" ما يظهر فيه أثر العقد وحكمه، وهو المال في  
عقد البيع، فإذا تبين أن المحل كان موجوداً ثم هلك قبل العقد كان العقد باطلاً لانعدام المحل"<sup>4</sup>

ويشترط في المبيع (محل العقد) أن يكون موجوداً، فأحياناً قد يحصل التعاقد ويترتب  
عليه التزام دون أن يكون محل العقد موجوداً، أي وجود المبيع، كبيع سيارة هلكت قبل اتمام  
البيع مما يؤدي إلى بطلان العقد، وحتى يتم التعاقد صحيحاً فلا بد من وجود المبيع أي محل

<sup>1</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 15/1980 /هيئة خماسية، الصادرة بتاريخ 10/3/1980، المنشورة  
على الصفحة 1090 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1/1/1980.

<sup>2</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص22.

<sup>3</sup> المرجع السابق، ص 21.

<sup>4</sup> المذكرة الايضاحية للمادة (157) من القانون المدني الأردني.

العقد<sup>1</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة (157) من القانون المدني الأردني على أن " يجب أن يكون لكل عقد محل يضاف إليه" وذلك لأن المعقود عليه هو موضوع التعاقد فينشأ عنه آثار العقد والأحكام المترتبة عليه، فلا بد أن يكون موجودا وقت التعاقد، فإذا كان المحل معدوما لا وجود له فلا ينعقد العقد ولا يترتب آثاره لعدم جواز بيع المعدوم<sup>2</sup>. مع الملاحظة بأن بيع المعدوم إما أن يكون مستحيل الوجود والتعاقد عليه يكون باطل، وإما أن يكون ممكن الوجود ويمكن ضبط صفته ومقداره فيجوز التعاقد عليه معاوضة وتبرع مثل السلم، والاستصناع، والتوريد، وشقق على المخطط، أما إذا كان ممكن الوجود وغير ممكن ضبط صفته ومقداره فلا يجوز التعاقد عليه في المعاوضات وجائزة في التبرعات.<sup>3</sup>

وتجدر الإشارة إلى أنه يكون محل العقد ممكنا في حالة كان التعاقد على شيء مستقبلي أي قابل للوجود، ومثال ذلك بيع محصول قبل نضجه أو بيع الشقق تحت الإنشاء<sup>4</sup>.

ويصح عند المالكية " أن يكون محل العقد، محتمل الوجود في المستقبل؛ لأن هذا ليس من الغرر، إذ إن الغرر ينتفي عن الشيء، بأن يكون معلوم الوجود"<sup>5</sup>.

بمعنى أنه يجوز أن يتم بيع الأشياء المستقبلية، ولكن بشرط عدم وجود الغرر أي القدرة على التسليم، والتأكد من الحصول على المبيع في المستقبل، حيث إن وجود الغرر يعني عدم القدرة على التسليم من قبل الملتزم، فهو لا يعلم إن كان هذا التسليم سيتم أم لا.<sup>6</sup>

ويشترط أيضا في المبيع (محل العقد) أن يكون ملكا للبائع حتى يستطيع هذا الأخير أن ينقل ملكيته إلى المشتري، فإذا لم يكن البائع مالكا للمبيع (محل العقد) فلا يستطيع نقل الملكية

<sup>1</sup> تراجع المواد (267،302) من مرشد الحيران. للمزيد: الحلالشة، عبد الرحمن أحمد: مرجع سابق، ص 103.

<sup>2</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص 23.

<sup>3</sup> مقابلة مع الدكتور علي السرطاوي، مرجع سابق.

<sup>4</sup> تراجع المادة (160) من القانون المدني الأردني، والمادة (304) من مرشد الحيران. للمزيد: الجمال، مصطفى: النظرية العامة للالتزامات، بدون طبعة، مرجع سابق، ص 154.

<sup>5</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع السابق، ص 23.

<sup>6</sup> تراجع المذكرة الايضاحية للمادة (160) من القانون المدني الأردني، للمزيد: الزعبي، محمد يوسف: العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 150-151.



إلى المشتري لأن فاقده الشيء لا يعطيه،<sup>1</sup> وبناء على ذلك يجب على المصرف (المأمور بالشراء) أن يكون مالكا للمبيع وقت إنعقاد العقد باعتبار أن له صفة البائع، وحتى يستطيع أن ينقل الملكية إلى العميل الأمر، وهذا ما أشارت اليه الباحثة سابقا في الشروط الخاصة لببيع المرابحة للأمر بالشراء.

فالمعقود عليه يجب أن يكون مملوكا للعاقده (أي له ولاية عليه) وقادرا على تسليمه للطرف الآخر ومعلوما للعاقدين<sup>2</sup>، كما يشترط في محل العقد أن يكون المشتري على علم بالمبيع علما نافيا للجهالة الفاحشة إذ أنه بخلاف ذلك يكون العقد باطلا وذلك؛ لأن الجهالة الفاحشة تؤدي إلى المنازعة بسبب جهل المشتري بالمبيع<sup>3</sup>.

وقد جاء في حكم لمحكمة استئناف رام الله ما يلي: " يشترط أن يكون المبيع معلوما عند المشتري علما نافيا للجهالة الفاحشة، ويكون المبيع معلوما عند المشتري ببيان أحواله وأوصافه المميزة له؛ لأن المبيع هو محل التزام البائع، ويجب أن تتوافر فيه الشروط الواجب توافرها في محل الالتزام، وهذا يعني أن تحديد المبيع في عقد البيع شرط أساس وضروري يترتب على مخالفته البطلان، والعلم الذي يعتد به القانون، هو العلم الذي ينفي الجهالة الفاحشة؛ لأن الجهالة الفاحشة في المبيع هي التي تفضي إلى المنازعة"<sup>4</sup>.

وتناولت المادة (1/161) من القانون المدني الأردني تعيين المحل فنصت على أنه: " يشترط في عقود المعاوضات المالية أن يكون المحل معيننا تعينا نافيا للجهالة الفاحشة، بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجودا وقت العقد، أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره، إن كان من المقدرات أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة " ويعني ذلك أنه يجب أن تكون السلعة معلومة، وذلك من خلال تحسسها بالحواس إذا كانت موجودة أي حاضرة، أما في حالة كون السلعة غير موجودة فيتم وصفها وصفا شاملا ببيان الجنس، والنوع، والقدر،

<sup>1</sup> الفضل، منذر و الفتلاوي، صاحب: مرجع سابق، ص74.

<sup>2</sup> حسنين، فياض عبد المنعم: مرجع سابق ص19.

<sup>3</sup> تراجع المواد(200-204) من مجلة الأحكام العدلية. للمزيد: الزعبي، محمد يوسف: مرجع سابق، ص 158.

<sup>4</sup> قرار محكمة استئناف رام الله رقم 2004/116 الصادر بتاريخ 2004/12/18.

والصفات الأخرى المرغوب فيها، وذلك حتى تكون معلومة لدى المتعاقد الآخر<sup>1</sup>، كما أن أهم ما يمكن ملاحظته هو خيار الرؤية الذي يثبت للمشتري، بمعنى رؤية المشتري للمبيع حتى يتسنى له قبوله أو رده، باعتبار أن هذا المشتري لا يعلم علماً كافياً بالمبيع وقت إبرام العقد أو قبله، مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا الخيار يسقط إذا رأى المشتري المبيع قبل البيع، إلا إذا أثبت هذا الأخير أن المبيع قد تغير عن المرة الأولى التي رأى فيها المبيع<sup>2</sup>، وهذا ما ينطبق على بيع المرابحة، حيث لا يثبت للعميل الأمر بالشراء حق خيار الرؤية، وذلك باعتبار أن العميل الأمر أي المشتري هو الذي يحدد المبيع من حيث المواصفات المطلوبة كي يقوم المصرف بشراء هذا المبيع الموصوف من قبل العميل كما ذكر ذلك سابقاً في مفهوم بيع المرابحة، بمعنى أن العميل الأمر (المشتري) يكون قد رأى المبيع قبل البيع، فسقط حقه في خيار الرؤية، إلا إذا أثبت العميل تغير المبيع عن المرة الأولى التي رأى فيها المبيع.

إلا أن ما يمكن ملاحظته في هذه الجزئية الحالة التي يحدد فيها المصرف المعرض الذي يريد شراء السلعة للعميل منه، وذلك في حالة كان هناك عروض أخرى هي أنسب للبنك، فهنا احتمال أن يرفض البنك شراء البضاعة من المعرض الذي يحدده العميل، على اعتبار أن هناك عروضاً هي أنسب له، بوجود محلات تجارية تكون من اختيار البنك<sup>3</sup>.

فيفهم من هذه الجزئية أن العميل سيكون له حق خيار الرؤية في هذه الحالة، على اعتبار أن البنك هو الذي قام بجلب السلعة من العروض الأنسب له، ففي هذه الحالة أيضاً سيسقط حق خيار الرؤية للعميل إذا رأى المبيع قبل البيع، أما إن لم يره قبل البيع، فيبقى حق الرؤية قائماً لهذا العميل.

إضافة إلى الشروط السالفة الذكر يشترط أيضاً في المبيع (محل العقد) أن يكون من الأموال المتقومة التي يمكن الانتفاع بها<sup>4</sup>، حيث إن هذه الأموال تقبل حكم العقد، أما الأموال

<sup>1</sup> عبد الحي، هشام أحمد: مرجع سابق، ص 125.

<sup>2</sup> (<http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/lecture.aspx?fid=7&lcid=34944>)، يوم الجمعة، بتاريخ 2013/11/22، الساعة 8:27 مساءً.

<sup>3</sup> من مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني في رام الله، بتاريخ 2014/6/25.

<sup>4</sup> الزعبي، محمد يوسف: مرجع سابق، ص 146.

غير المتقومة كالخمر والخنزير والأموال العامة، لا تصلح أن تكون قابلة لحكم العقد، لأنه لا يجوز أن تكون محلاً للعقد من حيث طبيعتها، فالمشرّع نهى عن التعامل بها فهي محرمة شرعاً<sup>1</sup>.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها إلى أنه: " يجب التمييز بين عدم قابلية المحل للتعامل وبين عدم مشروعية حيازته، فعدم القابلية للتعامل إما أن ترجع لطبيعة الشيء كالشمس والهواء أو إلى الغرض الذي خصص له، كالطريق والمال الموقوف، فهذه أشياء لا يصح بيعها ولا تصلح أن تكون محلاً للتعاقد. أما عدم مشروعيته فهو أن يكون الشيء بطبيعته قابلاً للتعامل، إلا أنّ ذلك غير مشروع وعدم المشروعية يرجع إما إلى نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو الآداب"<sup>2</sup>.

وفي السياق ذاته قررت محكمة التمييز الأردنية " أن مادة الحشيش تعتبر من الأموال المتقومة؛ لأنها بطبيعتها قابلة للتعامل فيها، ويمكن حيازتها والانتفاع بها غير أنها لا تصلح محلاً للتعاقد بسبب عدم مشروعية حيازتها والانتفاع بها لا بسبب خروجها عن دائرة الأموال المنقولة"<sup>3</sup>

ويشترط أيضاً في محل العقد أن يكون ممكناً وقت التعاقد حتى ينعقد العقد، فإذا كان وقت التعاقد ممكناً، وبعد ذلك أصبح مستحيلاً، فإنّ ذلك لا يؤثر في انعقاد العقد باعتبار أن هذه الاستحالة هي لاحقة<sup>4</sup>، حيث أن الاستحالة المطلقة التي تؤدي إلى بطلان الالتزام وتمنع من انعقاد العقد تكون وقت الانعقاد كبيع سيارة تبين أنها هلكت وقت التعاقد<sup>5</sup>، وهذا ما نصت عليه المادة (159) من القانون المدني الأردني على أنه: " إذا كان المحل مستحيلاً في ذاته وقت العقد

<sup>1</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع السابق، ص24.

<sup>2</sup> محكمة التمييز الأردنية - الأحكام المدنية - الطعن رقم 70 لسنة 1954 قضائية - 426

<sup>3</sup> المرجع السابق.

<sup>4</sup> الجمال، مصطفى، النظرية العامة للالتزامات: مرجع السابق، ص152.

<sup>5</sup> الحلاشنة، عبد الرحمن احمد: مرجع السابق، ص 102.

كان العقد باطلاً<sup>1</sup> بمعنى أنه يجب أن نفرق بين وقت انعقاد العقد، وبعد انعقاده فإذا كان المبيع موجوداً وقت الانعقاد يعتبر البيع صحيحاً، كما أنه إذا كان المبيع قد هلك بعد انعقاد العقد، فيعتبر العقد أيضاً صحيحاً، إلا أن البيع لن يكون صحيحاً إذا كان المبيع قد هلك وقت الانعقاد.

### المطلب الرابع: عقد بيع المرابحة ناقل للملكية

تتقسم العقود إلى عدة أقسام، فمنها عقود تقع على الملكية، ومنها ما يقع على حق الانتفاع بالشيء، إضافة إلى وجود عقود ترد على العمل، وعقود احتمالية، إلا أن عقد بيع المرابحة يقع في تصنيفات العقود التي ترد على نقل الملكية، إذ أنه يتمتع بهذه الصفة التي تميزه عن غيره من العقود الأخرى باعتباره نوعاً من أنواع عقد البيع<sup>2</sup>.

فطالما تم انعقاد البيع بالشكل الصحيح بين الأطراف، فإن ملكية المبيع تنتقل من البائع إلى المشتري منذ هذا الانعقاد، لذلك يمكن أن تتفق الأطراف على أن يكون تسليم المبيع في وقت آخر<sup>3</sup>.

وهذا ما أكدته المادة 485 من القانون المدني الأردني التي نصت على أن "تنتقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع إلى المشتري ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك، ويجب على كل من المتبايعين أن يبادر إلى تنفيذ التزاماته إلا ما كان منها مؤجلاً"<sup>4</sup>

وبناء على ما تقدم، وعلى اعتبار عقد المرابحة من نوعاً من أنواع عقد البيع، فيترتب على المصرف (المأمور بالشراء) بصفته بائعاً، أن يقوم بنقل ملكية المبيع إلى العميل (الامر بالشراء) بصفته المشتري، استناداً إلى اعتبار هذا العقد ناقلاً للملكية.

<sup>1</sup> تقابلها نص المادة (132) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

<sup>2</sup> الرفيعي، علي كاظم و يوسف، اعتدال عبد الباقي: مرجع سابق، ص 189.

<sup>3</sup> هزيم، ربحي محمد احمد، رسالة ماجستير بعنوان ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع (دراسة مقارنة)، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، 2007، ص 16.

<sup>4</sup> تقابلها ماد ( 449) من القانون المدني الفلسطيني: يراجع شرح المواد (264،293) من المجلة لعلي حيدر

وعند انعقاد البيع بشكل صحيح مع استيفاء أركانه، فإن نقل الملكية تنتقل في المنقول والعقارات بحكم القانون، مع التفرقة بين المنقولات والعقارات، فالمنقول قد يكون من المنقولات المعينة بالذات، أو من المنقولات المعينة بالنوع، أما بالنسبة للعقارات فإنّ العقد لا ينعقد إلا بتسجيله في دائرة الأراضي<sup>1</sup>.

وقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف في رام الله تطبيقاً لذلك: "وبما أن الأصل في القوانين الأردنية أنّ الملكية وغيرها من الحقوق العينية في العقار تنتقل بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه التي فرضها القانون، وبالتالي فإنّ انتقال ملكية العقار التي جرت عليها أعمال التسوية لا تتم إلا بالعقد المستوفى لأركانه وشروطه، طبقاً للقانون، ومن أهم الأركان التي فرضها أن يتم البيع في دائرة تسجيل الأراضي وهذا ما نصت عليه المادة 16/3 من قانون تسوية الأراضي والمياه حيث جاء فيها (في الأماكن التي تمت التسوية فيها لا يعتبر البيع والمبادلة والمقاسمة في الأراضي أو الماء صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل وبناء على ذلك، فالتسجيل يعد ركناً من البيوع العقارية في الأماكن التي تمت تسويتها بحيث إذا لم يراعى هذا الركن وهو إجراء البيع أمام مأمور التسجيل يصبح العقد غير منعقد ليست له قيمة قانونية وبما أن عقد البيع المبرز ط/1 قد استوفى كامل شرائطه الشكلية حيث أنه تمّ أمام مأمور تسجيل الأراضي، وصدر بناء عليه سند التسجيل المبرز ط/3 فيكون العقد صحيحاً، وتم وفق إجراءات قانونية سليمة، وبما أن الأسناد التي تصدرها دائرة التسجيل بموجب قيود سجلاتها المستندة لقانون التسوية تعتبر أسناداً رسمية تعفي صاحبها من إقامة الدليل على صحة ما تحويه؛ لأن ما تحويه يعتبر قرينة غير قابلة لإثبات العكس، فلا يحتاج صاحبها لإثبات ما جاء فيها؛ لأن ما تحويه عبارة عن بيّنة قائمة بذاتها وتعمل بها المحاكم بدون دليل آخر لإثباتها، ولا يمكن الطعن بما تحويه، ولا حتى عن طريق التزوير أو الغش إذا كان ما تحويه ناتجاً عن أعمال التسوية أو تم بدائرة تسجيل دائرة الأراضي (بيع - رهن)، وبما أن العقار باسم مورث المستأنف عليه، فإننا نجد أن ما توصلت إليه محكمة الموضوع في قرارها

<sup>1</sup> تراجع المادة (3/16) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم (40) لسنة 1952. للمزيد منظر، الفصل والفتلاوي، صاحب: مرجع سابق، ص 87.

يتفق مع النتيجة، وما تم توضيحه أعلاه وأن ما أورده وكيل المستأنفين غير وارد، لذلك فإننا نقرر رد الاستئناف، وتأييد القرار المستأنف مع تضمين المستأنفين الرسوم والمصاريف وأتعاب المحاماة<sup>1</sup>.

وفي ذات السياق سنتطرق الباحثة إلى بيان ماهية عقد المرابحة باعتباره ناقلاً للملكية، من حيث أنه من عقود المعاوضات أم أنه من عقود الهبة؟ و إذا كان من عقود المعاوضات، فهل العوض نقوداً؟ أم سيكون العوض سلعة مقابل سلعة بما يسمى بعقد المقايضة؟

بداية يجب تحديد مفهوم كل من عقد المعاوضة وعقد التبرع؛ لكي نتمكن من تصنيف عقد بيع المرابحة، وضمن أي صنف يصنف هذا العقد.

فالعقد المعاوضة هو الذي يحصل فيه كل من المتعاقدين على مقابل لما أعطى كالبيع والإيجار والمقولة، فمثلاً في البيع يأخذ البائع الثمن مقابل المبيع، أما عقد التبرع فلا يحصل المتعاقد على مقابل لما أعطى، ولا يعطى المتعاقد الآخر مقابلًا لما أخذ، وذلك لوجود نية التبرع التي تنفي وجود المقابل، كالهبة والعارية والكفالة بلا أجر، حيث إن التبرع يتطلب أمرين وهما انتفاء المقابل ونية التبرع، فإذا انتفى قصد المتعاقد بالتبرع، أو كان هناك مقابل، فعندئذ يصبح العقد معاوضة وليس تبرعاً<sup>2</sup>.

وقد جاء في أحد أحكام محكمة التمييز الأردنية " أن البيع هو تملك مال أو حق مالي لقاء عوض"<sup>3</sup>.

وقررت أن "عقد البيع هو عقد معاوضة يأخذ البائع فيه مقابلًا لما أعطى، فإذا كان موضوع الدعوى بيع قطعة أرض إلى المشتري لقاء بدل وقدره (بدون ثمن)، وحيث أن البيع لا

<sup>1</sup> قرار محكمة الاستئناف رام الله رقم 3 / 2004 / الصادر بتاريخ 2004/12/22.

<sup>2</sup> العطار، عبد الناصر توفيق: مصادر الالتزام ( دراسة للعقد والارادة المنفردة والعمل النافع والعمل الضار والقانون كمصادر الالتزام في القانون المدني المصري، مع احداث احكام القضاء والاشارة الى بعض احكام الفقه الاسلامي، دون طبعة بدون ذكر دار نشر، بدون ذكر بلد نشر، بدون ذكر سنة نشر، ص 119.

<sup>3</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2004/932 (هيئة خماسية تاريخ 2004/7/14، منشورات مركز عدالة.

يجوز إلقاء عوض، لذا فإن هذا العقد لا يأخذ حكم عقد البيع؛ لأن عقد البيع الذي تم بدون عوض فإنه يستر عقد الهبة، وبما أنه من الثابت أن المشتري هي زوجة البائع لذا يستدل من ظروف التعاقد أن التصرف الذي قام به سليمان هو عبارة عن هبة يسترها عقد بيع، وحيث أن الهبة المستترة في صورة بيع يجب أن تستوفي شروط البيع الظاهر، وبما أن البائع سليمان قد حضر لدائرة التسجيل بالفرق، وسجل قطعة الأرض باسم زوجته المشتري فلما بحضور الموظف المختص لذلك تكون شروط البيع الظاهر قد استوفيت، وعليه يكون هذا العقد المشار إليه هو عقد هبة يستره بيع (الوسيط جزء 5 ص 91 السنهوري وتمييز حقوق رقم 1069/87 تاريخ 1988/1/23 وحيث أن الموهوب له يصبح خلفا خاصا للواهب ويحل محله فإن من حق المدعية المطالبة بنقصان قيمة أرضها نتيجة زرع وتمديد الإنشاءات الكهربائية في قطعة أرضها موضوع الدعوى<sup>1</sup>.

وعليه، يعتبر عقد بيع المرابحة من عقود المعاوضة، فيترتب على المصرف الإسلامي التزام بنقل ملكية المبيع إلى العميل مع قيامه بضمان استغلال المبيع للعميل بالانتفاع به انتفاعا هادئا دون التعرض له من قبل الآخرين، حيث أن هذا الالتزام الذي يترتب على المصرف هو مقابل حصول المصرف ثمن المبيع المتفق عليه مضافا إليه الربح المتفق عليه، كما يترتب على العميل التزام بدفع الثمن المتفق عليه للمصرف مقابل أن يحصل على المبيع والانتفاع به دون أن يتعرض له أحد.<sup>2</sup>

وترى الباحثة أنه بناء على اعتبار عقد المرابحة من البيوع التجارية، فالصواب أن يصنف عقد بيع المرابحة على أنه من عقود المعاوضات، وليس ضمن عقود التبرع، وذلك استنادا إلى الاعتبار الآتي:

<sup>1</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 2005/1004 (هيئة خماسية تاريخ 2005/6/6، منشورات مركز عدالة.

<sup>2</sup> الرفيعي، علي كاظم و يوسف، اعتدال عبد الباقي: مرجع سابق، ص 187.

إن العقود التجارية لا تتم إلا بمقابل، ولا تصلح أن تكون من عقود التبرع، حيث يحصل كل من طرفي العقد على مقابل لما يؤديه، مع ملاحظة أنه لا يشترط أن يكون المقابل مباشراً، فيمكن أن يكون بالأقساط أو لأجل معين<sup>1</sup>.

فنستنتج بناء على ذلك أن المصرف الإسلامي (المأمور بالشراء) عند إبرامه عقد بيع المربحة مع العميل (الأمر بالشراء)، سيقوم بنقل الملكية بصفته بائعاً مقابل حصوله على الثمن من العميل بصفته المشتري، وأن هذا الأخير سيقوم بدفع الثمن مقابل السلعة التي يريد استلامها من المصرف بصفته بائعاً، وذلك لاعتبار عقد المربحة من البيوع التجارية، فيعتبر من عقود المعاوضات لا من عقود التبرع.

أما بالنسبة لتحديد المقابل بأنه نقود أم سيكون عيناً في عقد بيع المربحة، لا بد من بيان ماهية عقد المقايضة، وكيفية اختلاف هذا العقد عن البيع الذي يكون العوض فيه نقداً.

يُعرّف عقد المقايضة بأنه "مبادلة مال أو حق مالي بعوض من غير النقود"<sup>2</sup>.

ويُعرّف البيع أنه "تمليك مال أو حق مالي لقاء عوض"<sup>3</sup>.

يتبين لنا من هذه النصوص أن المقايضة يكون العوض فيها ليس نقداً بينما البيع يكون المقابل فيه عوضاً أي نقوداً، وبما أن عقد بيع المربحة هو أحد أنواع البيع، فيتم اعتبار المقابل نقوداً، ولا يُصنّف على أنه من عقود المقايضة، لكون هذا الأخير يكون العوض فيه من غير النقود.

إن كلمة عوض الواردة في تعريف البيع تشمل العوض النقدي والعوض غير النقدي، أما كلمة العوض في المقايضة، فيجب أن تكون من غير النقود، بمعنى أنه في حالة كون المقابل

<sup>1</sup> احمد، عبد الفضيل محمد: مرجع السابق، ص 6.

<sup>2</sup> تراجع المادة (552) من القانون المدني الأردني، والمادة (518) من مشروع القانون المدني الفلسطيني، والمادة 262 من مجلة الأحكام العدلية، والمادة 481 من مرشد الحيران.

<sup>3</sup> تراجع المادة (465) من القانون المدني الأردني، والمادة (105) من مجلة الأحكام العدلية.



في البيع عينا فسيكون مقايضة وذلك؛ لأن كل مقايضة تكون بيعا، بينما ليس كل بيع مقايضة، حيث أنه إذا كان المقابل في البيع عينا، فلا يوجد فرق بين هذا البيع وبين المقايضة، لذلك سيكون البيع مختلفا اختلافا تاما إذا كان المقابل نقدا وفي المقايضة من غير النقود<sup>1</sup>.

فنستنتج مما سبق أنه على المصرف بصفته بائعا أن يأخذ المقابل نقودا من العميل الأمر بصفته المشتري مقابل السلعة التي يستلمها العميل من المصرف (المأمور بالشراء)، وذلك لأن قيام هذا الأخير بأخذ مقابل غير النقود فإن عقد المراجعة عندئذ لا يعد بيعا إنما مقايضة.

### المطلب الخامس: تبعة الهلاك قبل التسليم

سبق القول بأن الأحكام التي تسري على عقد المراجعة هي القواعد العامة باعتبار هذا العقد هو عقد بيع، ومن هذه الأحكام العامة التي تسري أيضا على المراجعة هي مرحلة تبعة هلاك المبيع قبل تسليمه، إذ إن هذه المرحلة تتكون من عدة حالات، من حيث تحمل مسؤولية هلاك المبيع قبل التسليم، وهذا ما ستقوم الباحثة بتوضيحه بشيء من التفصيل من خلال هذا المطلب، وذلك على النحو الآتي:

قد يهلك المبيع المعين بالذات بين فترة تمام العقد وبين فترة التسليم، إما بفعل القوة القاهرة أو بفعل أجنبي، مما يؤدي إلى التساؤل عن مسألة تبعة الهلاك من حيث تحديد الطرف الذي سيتحمل المسؤولية، حيث أن الأصل في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه، فتتقضي معه جميع الالتزامات المتقابلة، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه<sup>2</sup>.

ونصت المادة (1/500) من القانون المدني الأردني على أنه: " إذا هلك المبيع قبل

التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن ".

بمعنى أن البائع سيتحمل هلاك المبيع طالما وقع الهلاك قبل تسليمه للمشتري، وذلك لأن

التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري هو التزام بتحقيق نتيجة، فعندما هلك المبيع قبل تسليمه

<sup>1</sup> الزعبي، محمد يوسف: مرجع السابق، ص40.

<sup>2</sup> سلطان، أنور: مرجع سابق، ص 276.

للمشتري فأصبح التنفيذ مستحيلاً، فينقضي معه التزام المشتري، فيرجع المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد، فلو كان المشتري قد دفع ثمن المبيع فله الحق في استعادة ما قام بدفعه، أو أن يمتنع عن دفعه إذا لم يكن قد دفعه، ففي هذه الحالة يخسر البائع المبيع والثمن<sup>1</sup>.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في أحد أحكامها إلى أنه: " إذا أتلّف المبيع كلياً أو جزئياً بفعل أجنبي وهو في يد البائع فالمشتري مخير، له أن يفسخ البيع ويسترد الثمن، وله أن يقبل الباقي بحصته من الثمن، أو يقبله كله بالثمن المسمى، ويضمن الأجنبي ما تلف منه، وأنّ الادعاء بأن البائع لم يمتنع عن تسليم المبيع الذي تلف بفعل أجنبي وهو في يده حتى يضمنه هو قول مردود؛ لأن المبيع ما لم يسلم إلى المشتري فهو في ضمان البائع، سواء كان هذا البائع ممتنعاً عن التسليم أم غير ممتنع، ولا تنطبق أحكام الأمانة على المبيع الذي يتلف في يد البائع بفعل أجنبي؛ لأن القانون أفرد له حكماً خاصاً به في المادة 293 من المجلة وينبغي تطبيق هذا الحكم في هذه الدعوى دون باقي نصوص المجلة"<sup>2</sup>.

وفي حالة هلاك المبيع بفعل قوة قاهرة أو سبب أجنبي، وكان الهلاك جزئياً كما لو تلف بعض المبيع فللمشتري الخيار، فله إن أراد فسخ البيع، أو له خيار بأن يأخذ المقدار المتبقي بحصته من الثمن<sup>3</sup>.

إذا نتحدث هنا عن الحالة الأولى وهي مرحلة هلاك المبيع بالقوة القاهرة أو السبب الأجنبي سواء كان هذا الهلاك كلياً أم جزئياً، وبالتالي ينطبق ذلك على أطراف عقد المرابحة في تحمل تبعه هلاك المبيع باعتبار أنّ هذا العقد هو بيع من البيوع، فالمصرف (المأمور بالشراء) بصفته بائعاً سيتحمل تبعه الهلاك إذا كانت بسبب قوة قاهرة باعتبار أنّ الغاية من التزامه تحقيق نتيجة، وطالما أن المبيع لم يتم تسليمه إلى العميل (الأمر بالشراء) بصفته المشتري.

<sup>1</sup> الحلاشنة، عبد الرحمن أحمد: مرجع سابق، ص 208.

<sup>2</sup> حكم محكمة التمييز الأردنية - الأحكام المدنية - الطعن رقم 425 لسنة 1975.

<sup>3</sup> تراجع المادة 1/500 من القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والمادة 293 من مجلة الاحكام العدلية والمادة 460 من مرشد الحيران.

أما الحالة الثانية التي يمكن أن تحصل في مرحلة هلاك المبيع قبل التسليم هي حالة هلاك المبيع بفعل شخص آخر، ففي هذه الحالة يوجد خياران للمشتري، فله أن يفسخ البيع ويرجع بالثمن، أو له أن يقر البيع ويرجع بقيمة المبيع على الأجنبي (الغير)، باعتبار أن القيمة هي عوض عن المبيع<sup>1</sup>، فبناء على ذلك يكون للعميل الأمر (المشتري) في عقد بيع المرابحة، الخيار في حالة هلاك المبيع قبل التسليم بفعل شخص أجنبي (الغير)، بأن يفسخ عقد بيع المرابحة ويرجع بالثمن على الشخص الأجنبي، أو أن يقر البيع ويرجع بقيمة المبيع على الأجنبي.

وهذا ما نصت عليه المادة (1/502) من القانون المدني الأردني على أن " إذا هلك المبيع قبل التسليم بفعل شخص آخر، كان للمشتري الخيار إن شاء فسخ البيع، وإن شاء أجازته، وله حق الرجوع على المتلف بضمان مثل المبيع أو قيمته"

بالإضافة إلى ذلك يمكن أن يكون هلاك المبيع قبل التسليم بفعل البائع أو بفعل المشتري، فيمكن القول أن هذا الهلاك سواء كان بفعل البائع أو بفعل المشتري، هما حالات أخرى تمر بمرحلة تحمل تبعه هلاك المبيع قبل التسليم.

فإذا كان هلاك المبيع في عقد البيع بفعل البائع، فيكون هذا الأخير مسؤولاً عن هذا الهلاك، ولا تقتصر مسؤولية البائع في هذه الحالة على رد الثمن فقط، بل تشتمل المسؤولية أيضاً على تعويض المشتري عما أصابه من ضرر<sup>2</sup>.

وفي حالة هلاك المبيع قبل التسليم بفعل المشتري، سواء كان الهلاك كلياً أو جزئياً، سيتحمل المسؤولية، ويعتبر المشتري قابضاً للمبيع في هذه الحالة، مترتباً عليه التزام بدفع الثمن، باعتبار أنه سبب هلاك المبيع<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص 30.

<sup>2</sup> السنهوري، عبد الرزاق: العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول، دار النشر للجامعات المصرية، بدون ذكر بلد النشر، 1960. ص 610.

<sup>3</sup> تراجع الماد (1/640) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

فطالما كان الهلاك قبل التسليم بفعل المشتري، وهو الذي تسبب فيه، فيترتب عليه واجب بدفع الثمن كاملاً إلى البائع، إذا لم يكن قد دفعه، أما إذا كان قد دفع الثمن، فمن الطبيعي أن لا يسترده<sup>1</sup>.

ويتضح مما سبق أن المصرف (المأمور بالشراء) سيكون مسؤولاً عن هلاك المبيع طالما لم يتم تسليمه للعميل (الأمر بالشراء)، وكان هذا الهلاك بفعل المصرف بصفته بائعاً، فيترتب عليه أيضاً تعويض العميل (الأمر بالشراء) المشتري عما لحق به من ضرر، ويأتي ذلك كله بعد أن يمتلك المصرف المبيع، حتى يستطيع تحمل تبعه الهلاك، وبالنسبة للعميل الأمر إذا وقع الهلاك بفعله فإنه سيتحمل تبعته، باعتباره كان السبب في حدوثه، وسيقوم بدفع الثمن للمصرف كاملاً، إذا لم يكن قد دفعه.

وترى الباحثة أن عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء يتكون من البيع الأول الذي يحصل بين البائع الأول والمصرف (المشتري الأول)، فإن أحكام تبعه الهلاك أيضاً ستطبق على هذا العقد الأول، كما طبق على عقد البيع الثاني الذي حصل بين المصرف باعتباره بائعاً ثانياً وبين العميل الأمر بالشراء باعتباره المشتري الثاني، ويأتي ذلك كله استناداً إلى أن هذا العقد مكون من مراحل مركبة، كما قامت الباحثة ببيانها سابقاً.

وتجدر الإشارة إلى ذكر بعض الاستثناءات التي ترد على مبدأ تحمل البائع تبعه هلاك المبيع، بمعنى أن البائع لن يتحمل مسؤولية هلاك المبيع قبل التسليم في بعض الحالات الآتية، ومن ذلك مايلي:

1- الحالة التي نصت عليها المادة (1/ 459) القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 على أن " إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ العقد، واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك قد حدث بعد إعدار المشتري بتسليم المبيع"<sup>2</sup> بمعنى أن قيام البائع بإعدار المشتري حتى يستلم المبيع فامتنع هذا الأخير عن استلامه للمبيع انتقلت إليه تبعه

<sup>1</sup> السنهوري، عبد الرزاق: مرجع سابق، ص 610.

<sup>2</sup> المادة (1/459) من القانون المدني الفلسطيني.

الهلاك، مع ملاحظة أنّ الأخذ بهذا الحكم يشترط فيه أن يكون الإعذار بتسليم المبيع خلال الأجل المتفق عليه لتسليمه.

2- إذا كان من جانب المشتري تقصير في الوفاء بالثمن، مما أدى إلى هلاك المبيع في يد البائع وهو حابس له، فيكون الهلاك على المشتري في هذه الحالة.

3- حالة قيام المشتري بوضع يده على المبيع، قبل أن يدفع الثمن، وبدون إذن البائع، فيترتب عليه التزام تحمل تبعة الهلاك<sup>1</sup>.

4- إذا حدث الفسخ في عقد البيع، ورفض المشتري رد المبيع، فيصبح سيء النية، ثم هلك المبيع في هذه الحالة لسبب أجنبي، فيلتزم المشتري برد قيمة المبيع للبائع وقت الهلاك، إلا إذا أثبت المشتري أن المبيع كان سيهلك حتى لو قام برده إلى البائع وقت الفسخ.

5- إذا كان هناك اتفاق على أن يتحمل المشتري تبعة الهلاك من وقت التعاقد، فيعتبر اتفاقاً صحيحاً، وذلك لأنّ أحكام ضمان الهلاك غير متصلة بالنظام العام<sup>2</sup>.

نستنتج من خلال الاستثناءات أعلاه، بأن المصرف المأمور في الشراء في عقد بيع المرابحة، لن يتحمل المسؤولية في حالة هلاك المبيع قبل التسليم طالما قام بإعذار المشتري على أن يتسلم المبيع في الأجل المحدد للتسليم، كما أن المصرف وبصفته بائعاً غير مسؤول في حالة قيامه بحبس المبيع مما أدى إلى هلاكه وذلك بسبب أن المشتري (العميل الأمر) قصر في أداء الثمن، بالإضافة إلى ذلك يوجد حالة أخرى تنتفي مسؤوليته، وهي حالة وضع العميل يده على المبيع دون إذن المصرف (المأمور بالشراء)، ودون أن يدفع الثمن، فيتحمّل العميل الأمر في هذه الحالة تبعة الهلاك، كما نلاحظ أنه إذا تم فسخ العقد بين المصرف وبين العميل، ورفض هذا الأخير تسليم المبيع، مما أدى إلى هلاكه بسبب أجنبي، فلا يتحمل المصرف بصفته بائعاً مسؤولية هلاك المبيع.

<sup>1</sup> سلطان، أنور: مرجع سابق، ص 281.

<sup>2</sup> العدوى، جلال و سلطان، أنور، العقود المسماة (عقد البيع)، دون طبعة، دار المعارف، مصر، 1966، ص 286-287.

إلا أنه قد يثير التساؤل في حالة توكيل المصرف (البائع) العميل الأمر بالشراء (المشتري) لاستلام السلعة، فهل يتحمل المصرف تبعه الهلاك في هذه الحالة أم يتحملها العميل الأمر باعتباره وكيلا عن المصرف؟ حيث ستم الإجابة عن ذلك من خلال ما يلي:

بداية نقول أن مرحلة البيع الأول، يشترط فيها شراء المصرف للسلعة المطلوبة، وذلك قبل أن يقوم ببيعها مرابحة للعميل الأمر بالشراء، ففي هذه الحالة يتحمل المصرف تبعه الهلاك، باعتبار أنه تملكها قبل بيعها مرابحة للعميل، إلا أنه من الممكن أن يقوم المصرف بتوكيل الغير بما في ذلك الواعد بالشراء وذلك لقيامه باستلام السلعة نيابة عنه،<sup>1</sup> وبناء على ذلك واستنادا إلى قواعد الوكالة إذا قام المصرف بتوكيل العميل ليستلم المبيع من الغير، ثم اكتشف هذا الأخير لاحقا بأن البضاعة معيبة فإنه سيتحمل المسؤولية عن تبعه الهلاك إذا صدر منه تعدي أو تقصير.<sup>2</sup>

وهذا ما نصت عليه المادة (846) من القانون المدني الأردني على أنه "يعتبر المال الذي قبضه الوكيل لحساب موكله في حكم الوديعة، فإذا هلك في يده بغير تعد أو تقصير فلا ضمان عليه"

بمعنى أن العميل الأمر وباعتباره وكيلا عن المصرف في تسلّم البضاعة من البائع لنفسه، سيتحمل المسؤولية عن هلاك المبيع في حالتين، ففي الحالة الأولى إذا صدر منه تعد أو تقصير في المحافظة على البضاعة الموكل بتسلّمها، فسيكون مسؤولا عن الهلاك كوكيل استنادا إلى قواعد الوكالة، وذلك لأن مال الموكل الذي بحوزة الوكيل أصبح بحكم الوديعة التي يضمن فيها الوكيل في حالة كان مقصرا في الحفاظ على بضاعة الموكل، والحالة الثانية هي مسؤولية

<sup>1</sup> <http://www.tadawul.net/forum/archive/index.php?t-974.html>، بتاريخ 2013/10/24، الساعة 10:5 مساءً.

<sup>2</sup> <http://www.banquecentrale.gov.sy/ba-edu/eslam-ban.htm>، بتاريخ 2013/11/19، الساعة 6:27 مساءً.

العميل عند تسلّمه البضاعة لنفسه، فعندئذ سيصبح هو المالك للبضاعة فسيتحمل أي هلاك سيلحق بها، طالما أن المال أصبح في ملكه<sup>1</sup>.

وقد ذهبت محكمة التمييز الأردنية في حكم لها إلى أنه: "عند وقوع التسليم يصير المشتري قابضاً للمبيع، فإذا هلك المبيع بعد القبض يهلك من ماله سواء أكان الهلاك بأفة سماوية أم بفعل المشتري أو بتعدي الغير"<sup>2</sup>.

بمعنى أن المشتري طالما أصبح مستلماً للسلعة لنفسه وقابضاً لها فتصبح في ملكه، مما يترتب عليه تحمل تبعه هلاك هذه السلعة سواء هلكت بيده، أو هلكت بفعل قوة قاهرة، أو بفعل الغير، على اعتبار أن السلعة أصبحت ملكاً له، فلا يتحمل المصرف أية مسؤولية في تحمل تبعه الهلاك في هذه الحالة.

---

<sup>1</sup> من مقابلة مع الدكتور غسان خالد، مرجع سابق.

<sup>2</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية - الأحكام المدنية - الطعن رقم 22 لسنة 1959 قضائية الصفحة 795.

## المبحث الثالث

### التزامات الاطراف بعد التسليم

يعتبر عقد البيع من العقود الملزمة للجانبين، حيث يترتب على عاتق كل من المتعاقدين التزامات معينة، فيكون كل من البائع والمشتري دائناً ومديناً في الوقت نفسه، فالبائع يترتب عليه التزام بتسليم المبيع فيكون مدينا للمشتري، كما يكون دائناً بالثمن، والمشتري يكون مدينا بدفع الثمن للبائع، ودائناً بتسليمه المبيع من قبل البائع،<sup>1</sup> وهذا ما يطبق على عقد بيع المرابحة بالنسبة لأطرافه، باعتباره تابعاً لأحكام عقد البيع.

ففي هذا المبحث ستقوم الباحثة بتوضيح بعض الالتزامات التي تقع على الأطراف، ومنها: التزام المشتري بدفع الأقساط بعد تسلمه للمبيع، والآثار المترتبة على ذلك، وتوضيح الالتزام الآخر الذي يقع على البنك بصفته بائعاً وهو ضمان العيوب الخفية في المبيع، لذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

#### المطلب الأول: التزام العميل (المشتري) بدفع الأقساط

تعتبر طريقة دفع الثمن في عقد البيع من حقوق العقد التي يتم تنفيذها بحسب ما اتفق عليه الأطراف، كما أنّ الطريقة التي يتم فيها دفع الثمن في بيع المرابحة لا تعد ركناً ولا شرطاً لصحة البيع، بحيث أن دفع الثمن لا يُعد شرطاً لانتقال ملكية المبيع التي تتم بمجرد العقد، فالثمن قد يتم دفعه إما مؤجلاً أو مقسطاً، وذلك حسب ما يتفق عليه الأطراف وما تقتضيه مصلحتهما<sup>2</sup>، بمعنى أن بيع المرابحة حسب ما هو مطبق في المصارف الإسلامية يشتمل على البيع المعجل بين المصرف وبائع السلعة، وعلى بيع مؤجل بين المصرف ومشتري السلعة،<sup>3</sup> حيث أن المرابحة التي قد تطبق في المصارف الإسلامية قد تعد تطبيقاً عملياً للبيع بالتقسيط، إلا أن

<sup>1</sup> مرسي، محمد كامل: العقود المسماة عقد البيع وعقد المقايضة (شرح القانون المدني الجديد)، الجزء السادس، بدون طبعة، مكتبة الانجلو المصرية، بدون ذكر بلد نشر، بدون ذكر سنة نشر، ص18-19.

<sup>2</sup> (http://www.dafatiri.com/vb/archive/index.php/t-217788.html)، بتاريخ 2013/11/13، الساعة 7:9 مساءً.

<sup>3</sup> المصري، رفيق يونس: (بيع التقسيط تحليل فقهي واقتصادي)، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1994، ص33.



المرابحة يمكن أن يكون فيها الثمن نقداً أو يكون مؤجلاً بخلاف البيع بالتقسيط الذي يكون فيه الثمن كله أو بعضه مؤجلاً دائماً<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى ذكر مفهوم التقسيط ومعناه كما عرفته المادة (157) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن " التقسيط هو تأجيل أداء الدين مفرقاً إلى أوقات متعددة معينة".

يتضح من المادة أعلاه أن العميل الأمر (المشتري) يمكن له أن يقوم بتقسيط ثمن المبيع للمصرف (البائع)، مع ملاحظة أن هذا التقسيط يجب أن يكون محددًا من حيث الأوقات، أي الأيام التي سيتم فيها دفع الثمن، وهذا التزام مترتب على العميل الأمر بالشراء أي المشتري، فيجب بيان قيمة كل قسط من الثمن، وذلك لأنه عندما يتبايع المتعاقدان، ويتفقان على أن يكون الثمن مقسطاً دون قيامهم بتعيين مقدار كل قسط، فإن ذلك سيؤدي إلى فساد البيع، لوجود الجهالة التي قد تؤدي إلى النزاع.<sup>2</sup>

نستنتج من ذلك، أنه يجب على المصرف (البائع) والعميل (المشتري) في بيع المرابحة للأمر بالشراء أن يقوموا ببيان مقدار كل قسط من الثمن المتفق عليه، حتى لا يؤدي ذلك إلى فساد البيع، مما قد يؤدي إلى النزاع بينهم.

وهذا ما نصت المادة (237) من مجلة الأحكام العدلية على أن " تسمية الثمن حين البيع لازمة، فلو باع بدون تسمية ثمن كان البيع فاسداً "

غير أن ما يجب ملاحظته في بعض الحالات التي تقوم فيها المصارف الإسلامية في بيع المرابحة بتأجيل الثمن وتقسيطه على العميل، هو عدم وفاء العميل بالتزاماته المالية التي تعاقد عليها مع المصرف، ومنها الثمن والربح للسلعة التي قد مولها المصرف للعميل، مما يؤدي إلى تعرض المصارف إلى المخاطر، عند عدم قيام العميل بالوفاء بالتزاماته التعاقدية، وباعتبار

<sup>1</sup> عيد، عادل عبد الفضيل: البيع بالتقسيط في الاقتصاد الإسلامي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 32-33.

<sup>2</sup> عيد، عادل عبد الفضيل: مرجع سابق، ص 149.

أن المصرف الإسلامي لا يتقاضى الفوائد التأخيرية أو أية فوائد أخرى، فإنه قد يحصل على حقه عن طريق الضمانات الشرعية حتى يتمكن من الاستمرار في عملياته التمويلية والاستثمارية خدمة للفرد والمجتمع<sup>1</sup>، وهذا يختلف عن القواعد العامة، التي يستطيع البائع وفقا لها بأن يطالب المشتري بالتنفيذ العيني عن طريق الحجز على أموال المشتري حتى يتم بيعها، لاستيفاء القسط المستحق من الثمن مع قيام البائع بفرض الفوائد القانونية<sup>2</sup>، كما أنّ الثمن المؤجل أو المقسط قد ينطوي على زيادة عن الثمن الحال، إلا أنه متى تم تحديد هذا الثمن فلا يجوز بعد ذلك أن يزداد منه، فمثلا لو تأخر المشتري عن موعد السداد، فلا يمكن أن تتم الزيادة في قيمة القسط لمجرد أنه تأخر سواء اشترط ذلك عند العقد أو بعده، وأن ما يجب فعله هو انتظار البائع للعميل إن كان معسرا إلى حين ميسرة، وإذا كان مماطلا أن يقاضيه حتى يحصل على حقه من حيث تحديد مقدار القسط والموعود الذي سيتم الوفاء به<sup>3</sup>.

فلاحظ أن عملية بيع المرابحة تختلف عن البيع حسب القواعد العامة من حيث فرض الفائدة ففي هذه الحالة يستطيع البائع فرض الفوائد عند تأخر المشتري عن دفع الأقساط، و باعتبار أن بيع المرابحة عملية من العمليات الاستثمارية لدى البنوك الإسلامية لا يتم فيها فرض الفائدة عند تأخر المشتري عن دفع الأقساط، بل تقوم المصارف بالتنفيذ على الضمانات المشروعة كما ذكر سابقا.

بمعنى أنه قد يتأخر العميل عن سداد أقساط ثمن ما اشتراه مرابحة، ولكن نفرق هنا بين حالتين، فإذا كان العميل معسرا، فلا خلاف في وجوب إنظاره، أي اعطاء مهلة إلى أن تتيسر حالته وهذا ما اتفق عليه الفقهاء، أما إذا كان العميل موسرا أي قادرا على الدفع هنا لم يجز الفقهاء عقوبته بمال زائد أي زيادة في الدين؛ لأن ذلك يؤدي إلى الربا، إلا أن بعض المصارف الإسلامية أجازت أخذ تعويض من العميل بسبب تأخره عن السداد في الحالة التي يثبت فيها

<sup>1</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص 219.

<sup>2</sup> عجيل، طارق كاظم: الوسيط في عقد البيع (اتعداد العقد)، الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار الحامد، عمان، 2010، ص 254.

<sup>3</sup> عيد، عادل عبد الفضيل: مرجع سابق، ص 149.

يساره، حيث أنها بنت هذا التعويض على فوات الكسب أو على أساس أرباح العميل، إضافة إلى أن بعض المصارف تحيل الأمر إلى هيئة التحكيم الخاصة حتى تقدر الضرر كما هو مقرر في المصرف الإسلامي الدولي،<sup>1</sup> يلاحظ هنا أنه إذا توقف العميل عن سداد الأقساط، وكان سبب التعثر عن السداد مشروعاً يعطى العميل مهلة للسداد، وهيئة الرقابة هي التي تحدد طبيعة هذه المهلة، فتكون المرابحة هنا على أساس البيع دون فائدة بالنسبة للمصرف، أما إذا كان سبب التعثر عن الدفع غير مشروع، فإن البنك لن يستطيع فرض فائدة بسبب التأخير، وإنما يقوم بالتنفيذ على الضمانات<sup>2</sup>، وأن للمصرف الإسلامي أن ينص في عقد المرابحة بأن يقدم العميل كفالة شخصية من شخص موثر، كما يستطيع المصرف أن ينص أيضاً على تقديم العميل تأميناً عينياً كافياً بدلاً من الكفالة الشخصية، وذلك ضماناً له في الحالة التي قد يتقاعس فيها العميل عن دفع الثمن في الأجل المحدد،<sup>3</sup> إلا أن أهم ما يمكن أن يلاحظ في حالة كون المبيع عقاراً، أي ممن يشترط تسجيله في الدوائر المختصة فيستطيع المصرف الإسلامي رهنه رهناً رسمياً (تأمينياً)، وذلك ضماناً لحقه حيث أن ذلك يورث المصرف حق التتبع والتقدم، لكن في حالة كون المبيع مرابحة سلعة لا تسجل أو كان مما يسجل، لكن لم يتم تسجيله، فهنا لا يستطيع المصرف من الناحية العملية أن يقوم برهن هذا المبيع رهناً حيازياً بدلاً من الرهن التأميني بمعنى أن يحتبس المبيع عنده وأن لا يقوم بتسليمه للعميل حتى يدفع هذا الأخير كامل الأقساط المؤجلة، وذلك حتى لا يخرج المصرف الإسلامي بذلك عن عرف التجار، باعتبار أن التجار تقوم بتسليم السلع قبل استلام كامل الثمن المؤجل على أقساط، لذلك يمكن للمصرف في هذه الحالة أن يشترط على العميل أن يرهن شيئاً غير السلعة التي اشتراها مرابحة<sup>4</sup>.

وتجدر الإشارة إلى مؤتمر مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره

السادس بجدة في المملكة العربية السعودية من 17-23 شعبان 1401 هجري الموافق 14-20

<sup>1</sup> أبو زيد، عبد العظيم: مرجع سابق، ص 232-233.

<sup>2</sup> غسان، خالد: محاضرات كلية الدراسات العليا في مادة المعاملات المصرفية الدولية، مرجع سابق.

<sup>3</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص 226.

<sup>4</sup> أبو زيد، عبد العظيم: مرجع سابق، ص 224.

آذار مارس 1990م. بعد اطلاعه على البحوث الواردة إلى المجمع بخصوص موضوع  
(البيع بالتقسيط) واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، قرّر

1- تجوز الزيادة في الثمن المؤجل عن الثمن الحال، كما يجوز ذكر ثمن المبيع نقداً وثنمه  
بالأقساط لمدد معلومة، ولا يصح البيع إلا إذا جزم العاقدان بالنقد أو التأجيل فإن وقع البيع  
مع التردد بين النقد والتأجيل بأن لم يحصل الاتفاق الجازم على ثمن واحد محدد، فهو غير  
جائز شرعاً.

2- لا يجوز شرعاً - في بيع الأجل - التنصيص في العقد على فوائد التقسيط مفصولة عن  
الثمن الحال بحيث ترتبط بالأجل، سواء اتفق العاقدان على نسبة الفائدة، أم ربطها بالفائدة  
السائدة.

3- إذا تأخر المشتري المدين في دفع الأقساط عن الموعد المحدد، فلا يجوز إلزامه بأي زيادة  
على الدين بشرط سابق أو بدون شرط؛ لأن ذلك ربا محرم.

4- يحرم على المدين المليء أن يماطل في أداء ما حلّ من الأقساط، ومع ذلك لا يجوز شرعاً  
اشتراط التعويض في حالة التأخر عن الأداء.

5- يجوز شرعاً أن يشترط بالأجل حلول الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر المدين في أداء  
بعضها ما دام المدين قد رضي بهذا الشرط عند التعاقد.

6- لا حق للبائع في الاحتفاظ بملكية المبيع بعد البيع، ولكن يجوز للبائع أن يشترط على  
المشتري رهن المبيع عنده لضمان حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: التزام المصرف بضمان العيوب الخفية بصفته بائعاً

المصرف هو من يتحمل تبعه الرد بالعيوب الخفية بصفته البائع<sup>2</sup>، وذلك على اعتبار أن  
من الالتزامات التي تقع على البائع، ضمان العيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع بعد البيع، إلا

<sup>1</sup> السالوس، علي أحمد، مرجع سابق، ص 604-605.

<sup>2</sup> عبد الحي، هشام أحمد : مرجع سابق، ص 127.

أنه في بعض الأحيان قد يرغب المتعاقدان بتعديل أحكام ضمان العيب الخفي، من خلال تخفيف الضمان أو الإعفاء منه، ويكون ذلك باشتراط البراءة من العيب،<sup>1</sup> وهذا ما ستقوم الباحثة بتوضيحه في هذا المطلب بعد تحديد مفهوم العيب والشروط الواجب توافرها في العيب، حتى يترتب على المصرف (البائع) التزام بضمان أي عيب خفي قد يظهر في المبيع بعد البيع، وذلك على النحو الآتي:

يعرف العيب حسب المادة (338) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: " العيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وأرباب الخبرة ".

بمعنى أن غاية المشتري من البيع تكون الحصول على المبيع بقيمته، فقد يكتشف فيما بعد نقصا في هذه القيمة، فأحيانا قد يكون أساء المشتري التقدير، فيتحمل هو المسؤولية، وفي بعض الأحيان يكون النقص لعيب خفي في المبيع، لم يستطع اكتشافه وقت البيع، أو كان ذلك العيب نتيجة صفة ضمن البائع توأجدها، فمن الطبيعي في هذه الحالة أن يكون البائع ضامنا لوجود العيوب أو تخلف الصفات.<sup>2</sup>

وحتى يُعدّ البيع صحيحا، يشترط بيان العيب الذي حدث بالمبيع بعد أن يتم شراؤه، فيجب على البائع بيان ذلك العيب قبل التسليم إضافة إلى كل ما هو في معنى العيب، وذلك ينصرف أيضا إلى بيع المرابحة المصرفية، باعتبار أن السلامة من العيوب في محل العقد تعتبر من شروط الصحة الضمنية التي لا تكون بحاجة إلى النص عليها، إضافة إلى ذلك أن بيع المرابحة من بيوع الأمانة التي تستوجب على البائع بيان كل ما يتعلق بالمبيع، ومن ذلك الثمن الأول<sup>3</sup>، وذلك لأن الخيانة لا تقتصر فقط في الزيادة على ثمن المبيع، بل قد تشمل على أمور أخرى تؤثر في المبيع، ومن ذلك حدوث عيب بالمبيع وهو عند البائع، ولم يقم هذا الأخير

<sup>1</sup> <http://www.almoslim.net/node/167622>، بتاريخ 2013/10/21، الساعة 4:4 مساء.

<sup>2</sup> الجمال، مصطفى: البيع في القانون اللبناني والمصري، مرجع سابق، ص 214.

<sup>3</sup> الرفيعي، علي كاظم و يوسف، اعتدال عبد الباقي، مرجع سابق، ص 177.

بإخباره للمشتري سواء أكانت هذه العيوب أصابت المبيع بفعله أم بفعل أجنبي، فلو عرف المشتري هذه العيوب لما كان قد أقدم على التعاقد، أو لما قبل المبيع بالثمن المصرح به<sup>1</sup>.

والمصرف الإسلامي سيكون مشترياً عندما يطلب منه شراء سلعة معينة، وسيكون بائعاً عندما يشتري تلك السلعة، ويقوم بإعادة بيعها بثمن معين سواء كان هذا الثمن معجلاً أو مؤجلاً أو مقسطاً، إضافة إلى ربح معلوم، لذلك سيترتب على هذا المصرف تحمل جميع الالتزامات تجاه العميل المشتري، ومن ذلك ما قد يظهر في السلعة من عيوب خفية<sup>2</sup>.

فينبغي إذا لاعتبار محل بيع المرابحة صحيحاً، أن يقوم المصرف (البائع) ببيان جميع العيوب التي في المبيع للعميل الأمر بالشراء، وذلك لأنه في حالة عدم قيام المصرف ببيان جميع العيوب الخفية التي تتعلق بالمبيع، فإنه يترتب عليه التزام بضمان العيوب التي قد تظهر في المبيع بعد البيع للعميل الأمر (المشتري)، بمعنى العيوب التي تنقص من قيمة المبيع، وذلك بناء على ما ذكر من أحكام البيع أعلاه.

أما الشروط التي يجب أن تتوافر في العيب، وحتى يتمكن المشتري (العميل الأمر) من مواجهة المصرف (البائع) في العيوب التي قد تظهر في المبيع، فهي كالآتي:

### أولاً: أن يكون العيب خفياً

القاعدة أن العيب الذي يجب أن يضمنه البائع هو العيب الخفي، ويكون خفياً في حالة كان المشتري غير عالم به، وغير قادر على العلم به، أما في الحالة التي يعلم بالعيب علماً حقيقياً وقت البيع، أو كان المشتري في استطاعته أن يتبين هذا العيب الخفي بنفسه فيما لو فحص المبيع بما يجب عليه من العناية، فإن العيب في هذه الحالة لا يكون خفياً، مع ملاحظة أن العناية التي يجب على المشتري أن يبذلها عند فحص المبيع هي عناية الرجل المعتاد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> دواس أمين و دودين، محمود: مرجع سابق، ص 174.

<sup>2</sup> الزرقا، مصطفى احمد: مرجع سابق، ص 91.

<sup>3</sup> أنور، سلطان: العقود المسماة (شرح عقد البيع والمقايضة)، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، بدون ذكر بلد النشر، 2005، ص328.

وقد ذهبت محكمة التمييز في أحد قراراتها إلى أنه: "إذا تبين للمشتري وجود عيب خفي في المبيع عند الاستعمال، فيجوز ردّ المبيع للعيب، ويكون حكم المحكمة بفسخ البيع للعيب، وبإعادة الثمن للمشتري متفقاً وأحكام القانون".<sup>1</sup>

ويشترط في العيب الخفي، أن لا يمكن معرفته عند مشاهدة ظاهر المبيع، أو أن الشخص العادي لا يمكن له أن يتبينه، كما لا يمكن اكتشافه إلا عن طريق خبير، أو عدم ظهوره إلا عن طريق التجربة.<sup>2</sup>

يتضح مما سبق، وفي سياق بيع المرابحة، أن العميل الأمر (المشتري) إذا كان يعلم بالعيب الذي في المبيع، أو كان باستطاعته أن يتبين ذلك العيب، فلا يتحمل المصرف (البائع) في هذه الحالة مسؤولية ضمان العيوب الخفية المتعلقة بالمبيع، طالما أن العميل كان يعلم بذلك العيب، لذلك يجب أن يكون العيب خفياً لا يستطيع العميل الأمر بالشراء معرفته حتى لو بذل عناية الرجل المعتاد، ففي هذه الحالة يترتب على المصرف بصفته بائعاً ضمان هذه العيوب.

#### ثانياً: أن يكون العيب قديماً

يكون العيب قديماً في حالتين، الأولى أن يكون موجوداً وقت البيع إلا أنه بقي لوقت التسليم، ففي هذه الحالة يتحمل البائع المسؤولية من حيث ضمانته هذه العيوب، أما الحالة الثانية أن يكون العيب قد حدث بعد البيع، ولكن قبل التسليم، وبقي إلى وقت التسليم، فيتحمل البائع ضمانته هذه العيوب في هذه الحالة أيضاً.<sup>3</sup>

وهذا ما أكدته المادة (2/513) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن "يعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً في المبيع قبل البيع، أو حدث بعده، وهو في يد البائع قبل التسليم".

<sup>1</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية بصفحتها الحقوقية رقم 1335/1965 هيئة خماسية، الصادرة بتاريخ 17/10/1965، المنشور على الصفحة 1677 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1/1/1965.

<sup>2</sup> تراجع المادة (4/513) من القانون المدني الأردني، والمواد (337-340) من مجلة الأحكام العدلية والمواد (526-529) من مرشد الحيران.

<sup>3</sup> السنهوري، عبد الرزاق : مرجع سابق، ص722.

وأن مجلة الأحكام العدلية أيضا أكدت الحالة التي تعتبر العيب قديماً إذا كان موجوداً في المبيع، ولكن قبل البيع استناداً إلى أنه عند البائع<sup>1</sup>.

فمثال ذلك، أن يرد العيب على سيارة، ولكن هذا العيب خفي ومؤثر في المبيع، وقد أخفاه البائع عن المشتري الذي لم يستطع اكتشافه حتى بعد قيامه بالاستعانة بأهل الخبرة، ففي هذه الحالة يمكن القول بأن العيب خفي وقديم عن البيع، مع وقوع عبء الإثبات على المشتري من حيث أن العيب في المبيع قبل البيع<sup>2</sup>.

ففي الحالات التي ذكرت أعلاه، إذا اكتشف المشتري عيباً قديماً في المبيع، فله الخيار، فإن شاء كان له أن يرد المبيع إلى البائع، وإن أراد قبل هذا العيب بالثمن المسمى، مع الملاحظة في هذه الحالة الأخيرة أنه لا يجوز للمشتري أن يطالب بما أنقصه العيب من الثمن<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى ذلك، إذا كان العيب غير جسيم، فمن حق المشتري إنقاص الثمن حسب ما يتم تقديره من أهل الخبرة، وفي حالة كون العيب جسيماً، فله أن يطلب فسخ العقد في كل المبيع أو في القسم الذي تعيب منه، كما يمكن أن يكون للمشتري الحق في تخفيض الثمن، أو أن لا يكون له ذلك أو حتى لا يكون للمشتري الحق في استرداد شيء من الثمن<sup>4</sup>.

وهكذا يتم تطبيق هذا الشرط على بيع المرابحة، لذلك فإن العيب القديم الذي يكون موجوداً قبل البيع من قبل المصرف (البائع)، وكان المبيع في يد هذا الأخير، أو كان العيب القديم بعد انعقاد بيع المرابحة بين العميل الأمر (المشتري) والمصرف (البائع) لكن قبل أن يتم التسليم، فإن ضمان هذه العيوب القديمة تكون على المصرف في حال أن العميل قد اكتشفها فيما بعد، كما أن المشرع الأردني أتاح للعميل الأمر (المشتري) في المادة (1/513) الخيار في حال

<sup>1</sup> المادة (339) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أن "العيب القديم هو ما يكون موجوداً في المبيع وهو عند البائع".

<sup>2</sup> الوزان، وليد محمد بخيت: رسالة ماجستير بعنوان ابراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، 2011، ص 19.

<sup>3</sup> تراجع المادة (1/513) من القانون المدني الأردني والمواد (337-340) والمواد (526-529) من مرشد الحيران.

<sup>4</sup> الوزان، وليد محمد بخيت: مرجع سابق، ص 28.



أنه قد اكتشف هذا العيب القديم كما ذكر أعلاه، فله إن أراد رد المبيع إلى المصرف (البائع) أو إن شاء قبل هذا العيب بالثمن المسمى دون المطالبة بما أنقصه العيب من الثمن، كما تجدر الإشارة إلى الحالات الأخرى التي قد يكون فيها العيب غير جسيماً في عقد بيع المرابحة، ففي هذه المرحلة يكون للعميل الأمر (المشتري) أن ينقص الثمن بناء على ما يتم تقديره من خلال أهل الخبرة، أما في حالة كان العيب القديم جسيماً بالنسبة للعميل، فله الحق في فسخ العقد سواء كان ذلك في كل المبيع أو في الجزء المتعيب.

### ثالثاً: أن يكون العيب مؤثراً

ينبغي لرجوع المشتري على البائع لضمان العيوب التي قد تظهر في المبيع أن تكون هذه العيوب مؤثرة، فالعيب يكون مؤثراً إذا كان من شأنه الإنقاص من قيمة المبيع أو من منفعته وذلك لأنه لو علم المشتري بذلك العيب المؤثر وقت التعاقد لكان قد امتنع عن الشراء، أو لما قبل الشراء إلا بثمن أقل<sup>1</sup>.

وتجدر الإشارة إلى ذكر المادة (1/512) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن "يعتبر البيع منعقداً على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه"<sup>2</sup> بمعنى أن تقدير العيب فيما إذا كان مؤثراً أم إذا كان غير ذلك، فإنه راجع إلى العرف، فمثلاً إذا كان العرف يعتبر أن عيباً ما قد جرى التسامح عليه فلا يعد مؤثراً، وبالتالي لا يضمه البائع<sup>3</sup>.

بالإضافة إلى ذلك مسألة أن العيب مؤثر أو غير مؤثر هي مسألة نسبية يعود تقديرها إلى قاضي الموضوع، وذلك عن طريق الخبرة الفنية أو بالوسائل الأخرى، فمثلاً قد يعتبر العيب مؤثراً في حالة معينة، ولكن قد يعد غير مؤثر في حالة أخرى<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> العدوى، جلال و سلطان، أنور: مرجع سابق، ص 337.

<sup>2</sup> تراجع المادة 336 من مجلة الأحكام العدلية والمادة 525 من مرشد الحيران.

<sup>3</sup> العدوى، جلال و سلطان، أنور: مرجع سابق، ص 337.

<sup>4</sup> الوزان، وليد محمد بخيت: مرجع سابق، ص 24.

ومتى توافرت هذه الشروط، فإن العميل الأمر (المشتري) يستطيع الرجوع على المصرف (البائع) لضمان هذه العيوب التي تكون مؤثرة في المبيع؛ لأن العميل لو علم بأن هذا العيب قد ينقص من قيمة المبيع أو من منفعة لما تعاقد مع المصرف (البائع)، أو لقبل الشراء منه، ولكن بثمن أقل، وهذا ينطبق على بيع المرابحة باعتبار أن هذا العقد تابع للبيع، فتتطبق عليه أحكامه العامة، ومن هذه الأحكام التزام المصرف (البائع) بضمان العيوب سواء كانت العيوب الخفية أو القديمة أو المؤثرة.

إلا أن أهم ما يمكن ملاحظته ما تم ذكره سابقاً، فيما يخص الشرط الواجب توافره في عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء، وهذا الشرط هو أن على المصرف عندما يبرم عقد البيع مع البائع الأول فيجب أن تكون الملكية أي السلعة محل البيع خالية من أي عيب، تستخلص الباحثة من هذا الشرط أن هناك عقد بيع آخر يجعل البائع يضمن العيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع، وأن المصرف باعتباره المشتري في هذه المرحلة يتمسك بحق خيار العيب، ويرجع على البائع الأول مباشرة في ضمان العيوب التي لم يكن يعلمها المصرف عند شرائه السلعة من البائع الأول، فترى الباحثة في هذا السياق، وباعتبار أن عقد بيع المرابحة يتكون من عقدين مستقلين، وهما العقد الأول الذي ينعقد بين البائع الأول والمصرف، والعقد الثاني الذي ينعقد مع المصرف والعميل الأمر فمن الطبيعي أن تنطبق أحكام ضمان العيوب الخفية على العقد الأول كما تنطبق على العقد الثاني بين العميل الأمر والمصرف.

وبعد قيام الباحثة بتوضيح مفهوم العيب والشروط التي يجب أن تتوافر في العيب الذي قد يظهر في المبيع حتى يثبت حق خيار العيب للعميل الأمر (المشتري)، وتطبيق ذلك على بيع المرابحة، فلا بد من ذكر الحالات التي لا يضمن المصرف (البائع) العيوب التي تتعلق بالمبيع وذلك على النحو الآتي:

إذا قام البائع ببيان العيب الخفي للمشتري حين البيع، فلا يتحمل المسؤولية في ضمان هذا العيب، لأنه لم يعد خفياً للمشتري، وإنما أصبح ظاهراً له يعلم بوجوده، أما إذا قام البائع

ببيان العيب الخفي بعد إبرام البيع، فيكون ضامنا له إلا إذا تنازل المشتري عن حقه في هذا الضمان<sup>1</sup>.

وهذا ما أكدته المادة (341) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على أنه " إذا ذكر البائع أن في المبيع عيب كذا وكذا، وقبل المشتري مع علمه بالعيب لا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب"<sup>2</sup>.

بالإضافة إلى ذلك فإن البائع حتى يضمن العيب لا يكفي أن يكون خفيا، بل يجب أيضا أن يكون غير معلوم من المشتري، لذلك فلو كان المشتري يعلم بالعيب وهو خفي فلا يكون البائع ضامنا لهذا العيب، كما أنه لا يشترط أن تكون هناك طريقة خاصة حتى يعلم المشتري بالعيب، إنما يعلم به مباشرة إما عن طريق خبرته، أو عن طريق الغير، أو حتى من خلال قيام البائع بإعلامه بوجود هذا العيب الخفي كما ذكر سابقا، حيث يترتب على البائع إثبات العلم بالعيب بجميع طرق الإثبات باعتبار أن ذلك متعلق بواقعة مادية<sup>3</sup>.

وهذا ينصرف على بيع المرابحة للأمر بالشراء، فعند قيام المصرف (البائع) ببيان العيوب الخفية للعميل (المشتري) عند البيع، فلا يضمن المصرف بعد ذلك هذه العيوب، وذلك لأن العيب أصبح ظاهرا للعميل الأمر وليس خفيا، ولكن إذا قام المصرف ببيان العيوب بعد إبرام البيع فيتحمل ضمان هذه العيوب إلا إذا تنازل العميل الأمر عن ذلك، فلا يعد المصرف ضامنا، ويضاف أيضا الحالة التي يكون العميل الأمر على علم بالعيب الخفي مما يؤدي إلى انتفاء مسؤولية المصرف من الضمان.

<sup>1</sup> الحلاشة، عبد الرحمن أحمد: مرجع سابق، 282.

<sup>2</sup> تقابلها نص المادة (1/514) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن " لا يكون البائع مسؤولا عن العيب القديم إذا بين البائع عيب المبيع حين البيع. وتراجع المواد (343-344) من المجلة والمواد (530-531) من مرشد الحيران.

<sup>3</sup> ذياب، أسعد: العقود المسماة (القانون المدني) البيع - الإيجار - الوكالة، دون طبعة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بدون ذكر بلد النشر، 2007، ص 240.

ذهبت محكمة التمييز في حكم لها إلى أنه " يسقط حق المشتري في طلب الفسخ وانقاص الثمن في حال تصرفه في المبيع بعد الإطلاع على العيب تصرف المالكين سواء تصرف به بأي تصرف قانوني، أو شرع في هكذا تصرف بما يفيد قبوله بالعيب"<sup>1</sup>.

جاء هذا القرار موافقا لما تم العمل به من ناحية سقوط حق الخيار للمشتري في الحالة التي يعلم بها بوجود العيب في المبيع، فلا يستطيع المشتري في هذه الحالة التمسك بوجود عيوب في المبيع طالما كان على علم بها، لذلك لا يتحمل البائع في هذه الحالة ضمان هذه العيوب.

وهذا ما أكدته أيضا مجلة الأحكام العدلية، حيث نصت المادة (344) على أنه " بعد اطلاع المشتري على عيب في المبيع إذا تصرف فيه تصرف المالك سقط خياره. مثلا لو عرض المشتري المبيع للبيع بعد اطلعه على عيب قديم فيه كان عرض المبيع للبيع رضى بالعيب فلا يردده بعد ذلك"

أما الحالة الأخرى التي لا يضمن فيها البائع العيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع فهي حالة اشتراط البائع عدم مسؤوليته عن أي عيب في المبيع أو عيب معين، فيعتبر هذا الشرط حينئذ جائزا وملزما للمشتري، لذلك فإن أي عيب قد يظهر في المبيع فيما بعد لا يضمنه البائع باعتبار أن هذا الشرط هو جائز وغير مخالف للنظام العام<sup>2</sup>.

وفي هذه الحالة التي يقوم فيها البائع بالمبيع، إلا أنه اشترط البراءة من العيوب التي قد تظهر في المبيع، فلا يضمن ولا يوجد حينئذ حق خيار العيب للمشتري، بمعنى أن المشتري لا يستطيع التمسك بمواجهة البائع في ضمان العيوب التي قد تظهر في المبيع إذا اشترط البائع البراءة من هذه العيوب<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية رقم 188/ 1968 / هيئة خماسية تاريخ 1968/7/21، المنشور على صفحة 617 من عدد مجلة نقابة المحامين بتاريخ 1968/1/1.

<sup>2</sup> الزعبي، محمد يوسف: مرجع سابق، ص 407- 408.

<sup>3</sup> تراجع المادة (342) من مجلة الأحكام العدلية.

ولكن إذا كان البائع متعمداً في إخفاء العيب، أو أن المشتري كان في حالة تمنعه من الاطلاع على العيب، فإن البائع في هذه الحالة يبقى ضامناً ومسؤولاً عن ضمان العيوب الخفية، وذلك لأن التعمد في إخفاء العيب هو دليل على نية الإضرار، كما أنه تدليس مثل البائع الذي يطلي كسر هيكل السيارة لإخفاء العيب<sup>1</sup>.

وهذا ما أكدته المادة (4/514) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن " لا يكون البائع مسؤولاً عن العيب القديم إذا باع البائع المبيع بشرط عدم مسؤوليته عن كل عيب فيه أو عن عيب معين إلا إذا تعمد البائع إخفاء العيب أو كان المشتري بحالة تمنعه من الاطلاع على العيب".

فنستطيع القول، عند قيام المصرف (البائع) باشتراط البراءة من العيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع، في عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء الذي انعقد بين المصرف والعميل الأمر (المشتري)، فلا يعد المصرف مسؤولاً ولا ضامناً لهذه العيوب فيما بعد، إلا إذا تعمد هذا المصرف (البائع) إخفاء العيب عن العميل (المشتري)، فهنا يعتبر سيء النية، ولزمه الضمان.

وتجدر الإشارة أن المصرف الإسلامي باعتباره قام بشراء السلعة فإنه سيعد ضامناً لها وذلك لأن القاعدة في القانون تلزم البائع بتسليم سلعة خالية من العيوب، فإذا لم يتحقق ذلك فإن المصارف في هذه الحالة ستكون مسؤولة تجاه العميل عن العيوب التي تظهر في السلع<sup>2</sup>.

وأخيراً نستطيع القول بأن كل ما يتعلق بعقد البيع من حيث أحكامه العامة، فإنها ستسري على بيع المرابحة، وذلك من حيث حقيقة عقد البيع، وكون هذا العقد تملياً بعوض أي بمقابل إضافة إلى أركانه التي تتعلق بالصيغة، والعاقدين، والمعقود عليه، والشروط العامة التي لا يجوز أن ينعقد العقد بدونها كما ذكر سابقاً، وتعتبر المرابحة من أنواع عقد البيع، لذلك فإن بعض الأحكام العامة والشروط التي لم يعالجها الفقهاء بحكم خاص في بيع المرابحة، فإن حكمها يستمد من الأحكام العامة للبيع، ومنها ما نصّ عليه بعض الفقهاء لبعض المسائل المعينة، وهي قاعدة

<sup>1</sup> الفضل، منذر و الفتلاوي، صاحب، مرجع سابق : ص 121.

<sup>2</sup> مقابلة مع د. علي السرطاوي، مرجع سابق.

حكم بيع المرابحة في العيوب يكون كسائر البيوع<sup>1</sup>، وهذا ما تم ذكره سابقاً بالنسبة للعيوب التي قد تظهر في المبيع والآثار المرتبة على ذلك، إضافة إلى ما قامت الباحثة بشرحه فيما يتعلق بتبعية الهلاك قبل التسليم، التي تستمد أحكامها أيضاً من عقد البيع، باعتبار أن الفقهاء لم يقوموا بتنظيمها بحكم خاص في بيع المرابحة.

وفي النهاية ترى الباحثة أن توعية الأفراد وتشجيعهم نحو بيع المرابحة للأمر بالشراء يؤدي إلى زيادة الطبقة العظمية من المستهلكين، مما يؤدي إلى زيادة القوة الشرائية من الناحية الاقتصادية، فيؤدي ذلك إلى زيادة الإنتاج والاقتصاد على اعتبار وجود أكبر عدد ممكن من المستهلكين التي تمول لهم البنوك سلعاً استهلاكية بمختلف أنواعها، وعلى اعتبار أن تشجيع الاستثمار من حيث بيع المرابحة للأمر بالشراء يؤدي إلى تقادي اللجوء إلى المصارف التجارية التي تؤدي إلى تدهور المجتمع اقتصادياً، وذلك على اعتبار أن هذه المصارف تهدف إلى الإقراض، وفرض الفوائد التي تؤدي إلى التقليل من زيادة القوة الشرائية في المجتمع مما يؤدي في النهاية إلى عدم وجود اقتصاد متوازن بسبب تراكم الديون الناتجة عن فرض هذه الفوائد، لذلك تشجع الباحثة بيع المرابحة للأمر بالشراء لما له من دوراً فعالاً وإيجابياً في زيادة الاقتصاد في المجتمع، وذلك إضافة إلى الإيجابيات الأخرى التي يتميز بها هذا البيع كما ذكر سابقاً.

---

<sup>1</sup> الجندي، محمد الشحات: مرجع سابق، ص 169-170.

## المبحث الرابع

### خطوات التطبيق العملي في فلسطين لبيع المرابحة للآمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية

قامت الباحثة بتوضيح إجراءات تنفيذ المرابحة للآمر بالشراء هيكلية من خلال رسمة توضيحية مختصرة لهذه الإجراءات التي تتبع في المصارف الإسلامية، وقامت بعد ذلك بالحديث عن الخطوات والإجراءات لعملية البيع بناءً على المصادر الأولية، والتي تعد مطبقة عملياً في المصارف وبيان ما تحتويه النماذج المتبعة في المصارف الإسلامية في فلسطين بشيء من التفصيل بعد الاطلاع عليها، وعليه تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

#### المطلب الأول: إجراءات تنفيذ المرابحة للآمر بالشراء هيكلية

هناك عدة إجراءات أساسية يجب اتباعها في بيع المرابحة للآمر بالشراء باعتباره معاملة من المعاملات التي تتعامل بها المصارف الإسلامية، وذلك لضمان سلامة هذه العملية وصحتها من الناحيتين: الشرعية والقانونية، وهذه الإجراءات المطبقة عملياً في المصارف الإسلامية وحسب الخطوات المتسلسلة التي اطلعت عليها الباحثة في الملاحق الموجودة في المصارف الإسلامية هي كالتالي:





## مراحل تنفيذ بيع المرابحة للأمر بالشراء



**المطالب الثاني: إجراءات وخطوات عملية بيع المرابحة للأمر بالشراء بناءً على المصادر الأولية**

أجرت الباحثة مقابلات مع ذوي العلاقة بخطوات التطبيق العملي لبيع المرابحة للأمر بالشراء، ممثلين بالمصارف الإسلامية من مديرين، ومدققين شرعيين، ورؤساء أقسام في الدائرة القانونية، إضافة إلى الاطلاع على نماذج وخطوات هذا العقد، وفيما يأتي عرض لهذه الاجراءات حسب تسلسل مراحلها وخطواتها:

## الخطوة الأولى: لجوء العميل إلى المصرف

يلجأ العميل إلى المصرف الإسلامي طالبا منه شراء بضاعة معينة حسب المواصفات التي يحددها من المحل التجاري أو المعرض الذي يريده، أو من تاجر أو شخص عادي، أو أن يشتري البضاعة من المعرض الذي يحدده المصرف الإسلامي، فله الخيار إما أن يلجأ للمعرض الذي يحدده المصرف أو إلى المعرض الذي يختاره بنفسه، بمعنى أن للعميل الحق في أن يحدد الجهة التي يريد الشراء منها، وحق المصرف في الرفض إذا توافرت عروض أخرى هي أنسب للمصرف<sup>1</sup>.

وبعد اطلاع الباحثة على نماذج طلب الشراء والمعمول بها في المصرف الإسلامي

الفلسطيني تبين أنها تحتوي على ما يأتي:

1- بيان وأوصاف البضاعة

2- التكلفة الكلية

3- نسبة الربح

4- المستندات المقدمة

5- شروط ومكان التسليم

6- شروط أخرى

7- اسم مقدم الطلب

8- توقيع طالب الشراء

---

<sup>1</sup> - من مقابلة مع زايد عبد الله يوسف شقير، مدير البنك الإسلامي الفلسطيني في طولكرم، بتاريخ 19 /6/ 2014.

## الخطوة الثانية: دراسة طلب الشراء

### 1- دراسة المصرف بيانات العميل

يهتم المصرف الإسلامي بتفاصيل السلعة وبيانات العميل، حيث توجد بعض المحاذير الشرعية والاجراءات التي تشترطها الإدارة، فمثلاً: لو كان العميل هو في نفس الوقت المالك الأصلي للمبيع، فلا يجوز شرعاً شراء السلعة منه؛ لأنه من بيع العينة المحرم شرعاً، وفيما إذا كان العميل زوج أو زوجة البائع، فهنا يجوز للمصرف شرعاً شراء المبيع من زوجة أو زوج العميل وبيعه إليه؛ لأن لكل واحد منهما ذمة منفصلة، ولكن يجب مراجعة دائرة التدقيق الشرعي لأخذ الموافقة، كما يقوم المصرف الإسلامي بدراسة بيانات العميل حتى يرى إذا كان هناك تواطؤ بين العميل والبائع، وذلك لعدم جواز الدخول في عملية يظهر فيه وجود تواطؤ بين العميل والبائع<sup>1</sup>.

وعند دراسة البنك طلب الشراء إما أن يوافق على الطلب أو يرفضه، والدراسة تتم من خلال مركز الاستعلام في سلطة النقد الذي يكون مفوضاً ليرى التاريخ الائتماني للعميل، فمن خلال مركز الاستعلام يتم معرفة الوضع المالي للعميل، فيما إذا كانت التزاماته عالية، أو أنه يكفل عدداً كبيراً من الأشخاص، أو رجوع شيكات باسمه، ويتم معرفة فيما إذا كان يتأخر في سداد الأقساط، أو أنه ملتزم بالسداد، فبناء على هذه الحالات يمكن أن يوافق المصرف على طلب الشراء، أو أن لا يوافق إن رأى أن هناك نقصاً في الضمانات، وفي حالة موافقة المصرف على طلب الشراء يرى البنك إذا كان للعميل حساب في المصرف الإسلامي، وأنه يقبض راتبه من البنك، فإذا كان له راتب في المصرف الإسلامي فيبدأ هذا الأخير بالإجراءات مباشرة، أما إن لم يكن له راتب في المصرف الإسلامي فيجب على العميل أن يقوم بمباشرة إجراءات تحويل الراتب من خلال براءة الذمة التي يحصل عليها من المصرف السابق، وفتح حساب في المصرف الإسلامي إلى أن يتم انتظار إجراء تحويل الراتب<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> من مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير دائرة التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني، مرجع سابق.

<sup>2</sup> من مقابلة مع زايد عبد الله يوسف شقير مدير البنك الإسلامي الفلسطيني، مرجع سابق.

## 2- دراسة المصرف للسلعة المطلوبة

وذلك من خلال قيام المصرف بالتأكد من عدم حرمة التعامل بالمبيع كالتماثيل والخنزير والخمر، وإذا كان المبيع للمصرف أسهماً لشركة ذات نشاط قائم وغرض مشروع فهو جائز، إذا لم تكن أصل معاملاتها محرماً كالإقراض والاقتراض بفوائد، ولا يجوز إجراء المراجعة المؤجلة في الذهب والفضة أو العملات، ولا يجوز تجديد المراجعة على نفس السلعة، كما لا يجوز إصدار صكوك قابلة للتداول بديون المراجعة أو غيرها<sup>1</sup>.

### الخطوة الثالثة: موافقة إدارية بمنح العميل تمويل مراجعة

بعد استكمال جميع الإجراءات، وطلب الضمانات اللازمة يتم التوقيع من قبل المصرف، من خلال قرار إداري بالموافقة بناء على الشروط والضمانات التي يحددها المصرف، فمن خلال اطلاع الباحثة على نموذج موافقة إدارية لمنح العميل تمويل مراجعة بالشراء، والمعمول به لدى المصرف الإسلامي الفلسطيني تبين أنه يحتوي على ما يأتي:

**مثال:** موافقة إدارية لمنح العميل تمويل مراجعة لشراء سيارة، فتضمن النموذج ما يلي: نود إعلامكم بموافقة لجنة تمويل الإدارة التنفيذية على منح المذكور تمويل مراجعة لمرة واحدة لشراء سيارة من نوع (سكورا أوكتافيا) موديل 2011 بقيمة 70.000 شيقل وبدفعة مقدمة 18000 شيقل ليصبح صافي مبلغ التمويل 52000 شيقل يسدد بموجب أقساط شهرية متساوية عددها 72 شهراً بالشروط التالية:

#### 1- ضمان تحويل راتب العميل إلى المصرف

2- رهن السيارة موضوع التمويل مع تأمينها شاملاً لدى شركة التكافل، وتجبر التأمين لصالح المصرف طوال فترة التمويل بما لا يقل عن 70 ألف شيقل، وتوقيع العميل على تعهد باستمرار التأمين الشامل وتفويض البنك بتأمين السيارة وقيده بالمصاريف على حسابه بدون الرجوع إليه

<sup>1</sup> من مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير دائرة التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني، مرجع سابق.

3- تنفيذ التمويل قبل ورود راتب، العميل فعليا إلى المصرف شريطة إحضار كتاب من جهة يفيد بتحويل الراتب وبراءة ذمة من المصرف السابق.

4- تنفيذ التمويل بعملة الدولار واستيفاء نسبة ربح 4% سنويا تسدد مع الأقساط.

5- توقيع المدين على كمبيالة غب الطلب بإجمالي التمويل.

6- إجازة المعاملة من الناحية القانونية والتنفيذ حسب الأصول الشرعية.

مع الملاحظة حين قيام البنوك الإسلامية برهن السلعة يجب أن تكون من الأموال غير المنقولة (العقارات)، أما إذا كانت من الأموال المنقولة فإنه يتم رهن سلعة أخرى غير منقولة وتكون غير السلعة التي سيشتريها العميل أو يطلب المصرف في هذه الحالة كفلاء، إلا أن هناك حالة استثنائية يجوز للبنك الإسلامي رهن السلعة إذا كانت منقولة وهي الحالة التي يكون موضوع التمويل فيها سيارة، ففي هذه الحالة يجوز للمصرف الإسلامي رهن هذه السلعة المنقولة كما ذكر في نموذج الموافقة الإدارية أعلاه، كما أن الرهن الذي يتم من قبل المصرف الإسلامي يكون بحسب الملاءة المالية<sup>1</sup>.

#### الخطوة الرابعة: إبرام الوعد بالشراء

إبرام الوعد بالشراء الذي يتم بين المصرف الإسلامي والعميل بعد موافقة المصرف على طلب الشراء، وبناء على نماذج الوعد بالشراء التي اطلعت عليها الباحثة، والمعمول بها لدى المصرف الإسلامي الفلسطيني، تبين أنها تحتوي على البيانات الآتية:

1- المقدمة التي تحتوي على رغبة المشتري بشراء البضاعة المبيّن مواصفاتها بطلب الشراء إضافة إلى قبول المصرف الإسلامي بصفته بائعاً بتحقيق رغبة المشتري بعد أن يمتلك السلعة المطلوبة ليقوم ببيعها مربحة للمشتري الراغب بالشراء.

2- التكلفة الكلية.

<sup>1</sup> من مقابلة مع زايد عبد الله يوسف شقير مدير البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

- 3- الأرباح المتفق عليها.
- 4- إجمالي ثمن المبيع شاملاً التكلفة الكلية والأرباح.
- 5- الدفعة المقدمة (هامش الجدية) المدفوعة، ويخصم من الثمن، ولا يدخل في احتساب الربح.
- 6- إجمالي المبلغ المتبقي.
- 7- التزام الطرف المشتري بشراء البضاعة محل الوعد مرابحة من المصرف الإسلامي، بصفته بائعاً بعد أن يمتلك هذا الأخير البضاعة، ومن ثم إبرام عقد بيع المرابحة.
- 8- يلتزم الطرف المشتري باستلام البضاعة محل الوعد، ويعتبر امتناعه عن استلامه إخلالاً بالتزامه، ونكولاً عن الوفاء، وأنه يجيز للطرف البائع بيع البضاعة، واستيفاء كامل حقه من ثمنها، فإذا نقص الثمن عن الأضرار والنفقات التي تحملها الطرف البائع، كان له الرجوع على الطرف المشتري بالباقي.
- 9- في الحالة التي يكون فيها إخلال الطرف المشتري بالتزامه وتراجعه عن إتمام الصفقة قد حدث قبل أن يمتلك المصرف الإسلامي البضاعة، ولكن بعد إنفاقه مصروفات إدارية مختلفة بغية تملكها، فيحق للمصرف خصم ما أنفقه وما خسره من الدفعة المقمة (هامش الجدية)، ورد الباقي أو مطالبة الطرف المشتري بما يزيد عن الدفعة المقدمة.
- 10- في حالة ظهور نقص في كمية البضاعة المطلوبة، يتم خصم ما يقابل النقص من الثمن ويبقى التعاقد قائماً منتجا لجميع آثاره، إلا إذا ترتب على هذا النقص عدم إمكانية الانتفاع بالمبيع فيلتزم المصرف باستكمال ما نقص خلال مدة معقولة.
- 11- أي خلاف ينشأ بين الطرفين حول تفسير وتنفيذ شروط هذا الوعد يجري حله بالطرق الودية والبديلة، فإذا لم يتسن ذلك، انعقد الاختصاص لمحاكم فلسطين.

12- كل ما لم يرد ذكره في هذا الوعد يخضع لأحكام الشريعة والنظام الأساسي للمصرف الإسلامي الفلسطيني، وما لا يتعارض معها من القوانين والأعراف التجارية النافذة بفلسطين.

وبعد إجراء المقابلة مع المصرف الإسلامي الفلسطيني وسؤاله عن حالة الوعد فيما إذا كان ملزماً أم غير ملزم، بمعنى أنه في حالة قيام المصرف الإسلامي بشراء البضاعة بناء على الوعد الصادر من المشتري إلا أن هذا الأخير تراجع عن الشراء، فما موقف المصرف في هذه الحالة، وهل يأخذ المصرف من العميل في مرحلة الوعد دفعة مقدمة بما يسمى (بهامش الجدية) فتمت الإجابة عن ذلك من قبل المصرف الإسلامي بما يأتي:

1- يجوز الأخذ بالزامية الوعد في حق العميل أو المصرف، ويترتب على ذلك حق التعويض عن الضرر الواقع على أحدهما في حالة النكول.

2- هامش الجدية، فيجوز للمصرف أن يأخذ هامش جدية لضمان جدية العميل بشرط ألا يستقطع منه إلا بمقدار الضرر الفعلي للنكول، كما يجوز تحديد هامش ربح في مرحلة الوعد، إضافة إلى جواز أخذ المصرف ضمانات من العميل في مرحلة الوعد كالكفالة والرهن، بشرط ألا تستخدم إلا بعد توقيع عقد المرابحة.

3- الخسارة المالية للمصرف الإسلامي، إذا ترتب على المصرف خسارة مالية بسبب تراجع المشتري عن الشراء ونكوله عن المضي في المعاملة، وإبرام الصفقة، فإنه يحق للمصرف أن يحمل المسؤولية على المشتري حيث يتم خصم الخسارة الفعلية من هامش الجدية، وفي حال عدم كفاية هامش الجدية يحق للمصرف الرجوع على العميل بالطرق القانونية المختلفة<sup>1</sup>.

وتوضّح الباحثة مثالا على ما ورد أعلاه، فإذا كان المبيع هو عبارة عن سيارة بقيمة (100000) مائة ألف شيكل، وطلب المصرف الإسلامي هامش جدية يدفعها العميل بقيمة

<sup>1</sup> من مقابلة مع زايد عبد الله يوسف شقير مدير البنك الاسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

(15000) خمسة عشر ألف شيكل بعد توقيع الوعد بالشراء، وعند شراء البنك لهذه السلعة تراجع العميل عن الشراء هنا يقوم المصرف ببيع السيارة، فإذا باعها بقيمة (100000) مائة ألف شيكل مثلما اشتراها، هنا لا خسارة على البنك فيقوم برد هامش الجدية للعميل المشتري، بينما لو كان المصرف قد باعها بقيمة (95000) شيكل، فيقوم البنك بخصم (5000) شيكل ويرد (10000) شيكل من هامش الجدية للعميل، أما إذا باع المصرف هذه السلعة بقيمة (75000) شيكل فإن البنك في هذه الحالة سيخصم هامش الجدية إضافة إلى رجوعه على العميل بفرق القيمة وهي (10000) شيكل، وأن الإجراء الذي يؤخذ في هذه الحالة هو لجوء المصرف الإسلامي إلى المحكمة للمطالبة بفرق القيمة التي خسرها وذلك من خلال التنفيذ على الضمانات.

وترى الباحثة في هذه الخطوة وهي إبرام الوعد بالشراء، وبعد الإطلاع على نموذج الوعد بالشراء والبنود الواردة فيه عدم تعرض المصرف للخسارة المالية وذلك على اعتبار أن الوعد الذي صدر من العميل المشتري إما أن يتم تنفيذه، وإما سيكون الأثر الآخر لعدم التنفيذ هو التعويض عن الضرر الذي لحق البنك جراء عدم تنفيذ هذا الوعد، أما في حال قام المصرف بشراء السلعة بناء على وعد العميل وهلكت السلعة بسبب لا دخل للعميل به، فتكون الخسارة على البنك وحده، ويجب أن يقوم البنك بإعادة هامش الجدية للعميل أو توفير سلعة أخرى مشابهة، لذلك ترى الباحثة أن هناك توازناً في تحقيق مصالح الطرفين على اعتبار ما ذكر من ضمانات أعلاه في أن يتم التنفيذ أو التعويض سواء كان ذلك من جانب العميل في حالة رجوعه عن الوعد أو هلاك السلعة لسبب لا دخل فيه للعميل كما ذكر سابقاً.

#### **الخطوة الخامسة: توقيع اتفاقية الشراء بين المصرف والمورد (البائع)**

بعد قيام المصرف بتوقيع الوعد بالشراء بينه وبين العميل (المشتري)، فيتم توقيع اتفاقية الشراء بين المصرف باعتباره المشتري وبين البائع الأول، فبموجب هذه الاتفاقية يتم تملك البضاعة من قبل المصرف الإسلامي على اعتبار أن المصرف يقوم بالشراء باسمه، وتوقيع هذه الاتفاقية يكون بناء على الوعد الصادر من المشتري الذي طلب من المصرف شراء السلعة له كما ذكر سابقاً، لذلك فإن هذا العقد يمر بعدة حالات ومنها ما يأتي:



1- تأكد المصرف من عدم وجود أي تعاقد سابق من العميل مع البائع (المورد) قبل إبرام المصرف عقد الشراء، فلا يجوز للمصرف الدخول في تعاقد على نفس المبيع في حال إتفاق البائع مع العميل.

2- تأكد المصرف من وجود السلعة فعلا في مخازن المورد، بمعنى التأكد فعلا أن البائع لديه السلعة.

3- يتعاقد المصرف مع المورد(البائع) عن طريق الإيجاب والقبول بالكتابة أو المراسلة أو الهاتف، أو يتعاقد المصرف مع البائع عن طريق إبرام عقد مكتوب مع البائع<sup>1</sup>.

4- إذا وافق المصرف الإسلامي على طلب الشراء يقوم بإجراء اتصالات مع التاجر لتزويده بعرض السعر ومواصفات البضاعة، إلا إذا كان هناك تعامل سابق بين المصرف الإسلامي والبائع المورد فهو يكون على علم بالإجراءات كأن يرسل البائع عرض السعر من خلال الفاكس، أو أن العميل يقوم بإحضار عرض السعر ومواصفات البضاعة إلى المصرف<sup>2</sup>.

5- يمكن أن يتعاقد المصرف عن طريق توكيل العميل ليقوم العميل أو شخص آخر بإبرام العقد مع البائع نيابة عن المصرف، وذلك في حالات خاصة ومحدودة جداً وبشرط موافقة هيئة الرقابة الشرعية في المصرف، إضافة إلى فصل الوعد بالشراء عن الوكالة في حالة توكيل العميل.

6- التأكد بأن الوثائق والمستندات الصادرة عند إبرام عقد المبيع باسم المصرف وليس باسم العميل.

7- دفع المصرف الثمن الى المورد مباشرة.

<sup>1</sup> من مقابلة مع خالد فؤاد العرابية، رئيس قسم الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني رام الله، بتاريخ 2014/6/25.

<sup>2</sup> من مقابلة مع زايد عبد الله يوسف شقير مدير البنك الاسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

8- لا يشترط أن يتم تسجيل المبيع باسم المصرف؛ لأن الملكية تنتقل إليه بالعقد، فالتسجيل لدى الدوائر الرسمية إجراء قانوني<sup>1</sup>.

وبعد اطلاع الباحثة على نماذج اتفاقية الشراء والمعمول بها لدى المصرف الإسلامي الفلسطيني تبين أنها تحتوي على ما يأتي:

1- اتفاق الأطراف وهما بكامل أهليتهما الشرعية والقانونية على أن يشتري المصرف الإسلامي الفلسطيني من البائع البضاعة المبيّنة بمبلغ معين، ويتم تسديده بموجب النقد أو الشيك

2- نوع البضاعة.

3- مواصفات البضاعة.

4- مكان التسليم.

5- تاريخ التسليم.

6- التزام البائع بتسليم البضاعة المبيّنة للمصرف الإسلامي أو الجهة التي يعينها هذا المصرف في الوقت والمكان المحددين وحسب المواصفات المتفق عليها، ويلتزم البائع بتحمل جميع التبعات القانونية، في حال ظهور خلل في المواصفات أو أية عيوب ظاهرة أو خفية مسؤولية كاملة عامة وشاملة وفي كل وقت.

يتضح بناء على ما سبق، بأن البنك يجب أن يملك السلعة وذلك بشراءها من البائع (المورد)، والشراء يتم عن طريق التعاقد مع البائع بعدة طرق، ومن ذلك الإيجاب والقبول الذي يتم إما بالكتابة أو عن طريق الهاتف، أو من خلال العقد المكتوب بين الطرفين، إضافة إلى وجوب توافر الأهلية القانونية في الأطراف المتعاقدة، كما يتضح أيضاً أنّ البائع سيتحمل المسؤولية عن أي خلل في المواصفات، أو أي عيوب قد تظهر في السلعة، وقد تكون عيوب

<sup>1</sup> من مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير دائرة التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني : مرجع سابق.

خفية، بمعنى أن البنك له الحق في الرجوع مباشرة على البائع إذا ظهر أي عيوب في السلعة التي قام العميل (المشتري) بشرائها، ففي حالة رجوع العميل على البنك سيكون للأخير الحق في الرجوع على البائع (المورد).

#### الخطوة السادسة: مرحلة تسلم المصرف للمبيع

- 1- يقوم المصرف بحيازة المبيع مباشرة من مخازن البائع، وهذا هو الأصل بأن يتسلم البنك السلعة من مخازن البائع ومن ثم تنتقل مسؤولية ضمان المبيع إلى البنك.
- 2- حيازة المصرف للمبيع عن طريق الوكيل، أي جواز حيازة البنك للمبيع من خلال وكيلها.
- 3- حيازة المبيع من خلال قيامه بعزل هذا المبيع في مخازن البائع، وذلك يعني إذا تم عزل البضائع المشتراة من قبل البنك في مخازن البائع بصورة مميزة فيعتبر ذلك إستلاماً صحيحاً.
- 4- حيازة المصرف للمبيع عن طريق تسلم المستندات، وهذا يعتبر قبضاً حكماً عند تسلم البنك لمستندات المبيع<sup>1</sup>.

#### الخطوة السابعة: تأمين المبيع، وتحمل مخاطر إهلاكه

- 1- يتحمل المصرف مخاطر الهلاك للسلعة في مرحلة التملك، وذلك في الفترة التي يمتلك بها السلعة أو البضاعة، وغالباً ما تكون هذه الفترة قصيرة لا تتجاوز يوم أو يومين وهي الفترة الواقعة ما بين شراء السلعة وبيعها للعميل، بمعنى أن السلعة ستكون تحت مسؤولية المصرف منذ قيام المصرف بحيازتها، وذلك لحين بيعها، وتسليمها للعميل الأمر بالشراء
- 2- مسؤولية إجراء التأمين على سلع المرابحة في مرحلة التملك، بمعنى أن التأمين على السلعة تقع على مسؤولية المصرف، لذلك يجب على المصرف القيام بهذا الإجراء على حسابه باعتبار أنه مالكا للسلعة، مع الملاحظة بأن التأمين مرتبط بنوع السلعة محل الاتفاق، فهناك

<sup>1</sup> من مقابلة مع خالد فؤاد العرابية رئيس قسم الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

أموال وبضائع لا يجري التأمين عليها مثل الأراضي والسلع الاستهلاكية؛ لأن فترة تملكها قصيرة.

3- يتحمل المصرف مصروف التأمين على السلعة في مرحلة التملك، وذلك عند شراء المصرف السلعة فهو سيتحمل تكاليف التأمين؛ لأنها مصاريف تتبع ملكية العين، ولكن من حق المصرف أن يضيفها بعد ذلك إلى تكلفة المبيع، وبالتالي إلى ثمن بيع المرابحة، وذلك بالاتفاق مع الامر بالشراء<sup>1</sup>.

### الخطوة الثامنة: إبرام عقد بيع المرابحة بين المصرف والعميل

بعد توقيع المصرف اتفاقية الشراء مع البائع الأول وحيازته للمبيع، يتم إبرام عقد بيع المرابحة بين المصرف الإسلامي الفلسطيني وبين المشتري (العميل)، فيشترط لإبرام هذا العقد دخول السلعة في ملك المصرف حتى يتسنى له بيعها مرابحة للعميل، كما أن هذا العقد يجب أن يبرم منفصلاً عن الوعد بالشراء بعد تمام تملك المصرف للمبيع إضافة إلى عدم جواز إعتبار عقد المرابحة مبرماً تلقائياً بمجرد تملك المصرف للسلعة، وفي حال امتنع العميل عن إتمام هذا العقد فيحق للمصرف مطالبته بالتعويض عن الضرر دون إلزامه بتوقيع العقد وسداد الثمن، كما يجوز للبنك والعميل تعديل بنود عقد المرابحة عما تم الاتفاق عليه في مرحلة الوعد، من تغيير نسبة الأرباح والمدة وغيرها، كما أنه لا مانع شرعاً من قيام المصرف بتوكيل البائع الأصلي للمبيع لإجراء بيع المرابحة، وتوقيع العقد نيابة عن المصرف مع العميل بالشروط المذكورة سابقاً<sup>2</sup>.

وبعد اطلاع الباحثة على نماذج عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء والمعمول بها لدى المصرف الإسلامي الفلسطيني تبين لنا أنه يحتوي على ما يأتي:

#### 1- اسم العقد.

<sup>1</sup> من مقابلة مع وليد الشايب، مدير الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني رام الله، بتاريخ 2015/1/4.

<sup>2</sup> من مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير دائرة التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني، مرجع سابق.

- 2- التاريخ.
- 3- الأطراف، المصرف الإسلامي بصفته بائع، والعميل بصفته المشتري.
- 4- نوع البضاعة ومواصفاتها.
- 5- موضوع العقد.
- 6- ثمن المبيع.
- 7- تحديد الربح.
- 8- المقدمة التي دفعها المشتري.
- 9- القيمة الإجمالية المتبقية.
- 10- طريقة سداد المبلغ بالأقساط سنويا أو شهريا.
- 11- موعد استحقاق القسط الأول.
- 12- عدد الأقساط المتبقية وقيمة كل منها.
- 13- موعد الوفاء بقيمة القسط الأخير.
- 14- إقرار الطرف المشتري بأنه عاين البضاعة المباعة المعاينة التامة النافية للجهالة شرعا وقانونا ورضي بحالتها، وقد استلمها بالإيصال اللازم والمواصفات المتفق عليها وأنه مسؤول عن مخاطر فقدانها أو هلاكها من تاريخ استلامها لها.
- 15- أن يقدم الطرف المشتري الضمانات التي وردت بقرار الموافقة الإدارية كما ذكرناها سابقا وتكون هذه الضمانات نظير تأجيل باقي ثمن المبيع.
- 16- يلتزم الطرفان بما نص عليه في هذا العقد، وفي اتفاق الوعد بالشراء الملحق.

17- أي خلاف ينشأ بين الطرفين حول تفسير أو تنفيذ شروط هذا العقد يجري حله بالطرق الودية والبديلة، فإذا لم يتسن ذلك انعقد الإختصاص لمحاكم فلسطين.

كل ما لم يرد في هذا العقد يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية والنظام الأساسي للبنك الإسلامي الفلسطيني وما لا يتعارض معهما من القوانين والأعراف التجارية النافذة بفلسطين.

### الخطوة التاسعة: استلام العميل للسلعة

1- تسليم السلعة للعميل المشتري، من خلال قيام موظف المصرف بالذهاب مع العميل والتاجر إلى مكان وجود السلعة، فيقوم التاجر بتسليم البضاعة لموظف البنك، ليقوم بمعاينتها وفحصها، ومن ثم يقوم الموظف بتسليم البضاعة إلى العميل الراغب بالشراء، فإذا رغب هذا الأخير بفحصها مرة أخرى فلا مانع من ذلك.

2- في حالة امتناع العميل عن تسلّم المبيع بعد إبرام عقد المرابحة، فيعدّ مخلاً بالتزامه بتسلّم المبيع، وبعد إنذاره يكون من حق المصرف بيع السلعة لغير العميل لاستيفاء حقه، وله أيضاً الرجوع على العميل بناء على ما ذكرته الباحثة سابقاً.

3- وجود بعض الحالات الاستثنائية في هذه الخطوة، ومن ذلك جواز توكيل المصرف الإسلامي العميل الأمر باستلام السلعة من التاجر أو توكيل شخص آخر غير العميل لإستلامه، وذلك لصعوبة حضور البنك وقت الاستلام، وفي حال كون البضاعة في الميناء فيصعب على البنك وجوده فيقوم بتفويض العميل أو شخص آخر للاستلام.

4- بعد استلام العميل (المشتري) للسلعة يقوم بالتوقيع على نموذج إقرار بالإستلام، وكذلك يوقع موظف المصرف الذي قام بالاستلام<sup>1</sup>.

وبعد اطلاع الباحثة على نماذج الإقرار باستلام البضاعة والمعمول بها لدى المصرف الإسلامي الفلسطيني تبين أنها تحتوي على ما يلي:

<sup>1</sup> من مقابلة مع خالد فؤاد العرابية، رئيس قسم الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

1. اليوم والتاريخ.

2. صفة المستلم.

3. إقرار المشتري باستلام السلعة من المصرف الإسلامي الفلسطيني الموصوفة بطلب الشراء المقدم إلى البنك، وعقد المراجعة المبرم بين البنك الإسلامي والعميل المشتري بشأن هذه البضاعة.

4. إقرار المشتري بموجب هذا الاستلام أنه قام بمعاينة البضاعة معاينة نافية للجهالة، وأنه قام بالتأكد من تمام مطابقتها للمواصفات، وخلوها من أي عيوب ظاهرة، وأنه بمقتضى هذا الإقرار لا يحق له الرجوع إلى البنك بأي شيء في هذا الخصوص مستقبلاً وأنه يبرئ ذمة المصرف من العيوب الخفية إن وجدت.

#### الخطوة العاشرة: التزام العميل بدفع الثمن

1- يجوز أن يتفق المصرف مع العميل على أن يكون السداد لثمن السلعة في بيع المراجعة للأمر بالشراء على شكل أقساط متقاربة أو متباعدة، فيصبح عندئذ ثمن السلعة ديناً في ذمة العميل متوجبا عليه أدائه عند الأجل المتفق عليه، إضافة إلى عدم جواز حصول المصرف زيادة على الثمن سواء كان ذلك بسبب زيادة الأجل أو التأخير لعذر أو لغير عذر، بمعنى عدم جواز زيادة في مقدار الدين بسبب تأجيل موعد السداد سواء كان المدين موسراً أو معسراً.

2- قد تشترط بعض المصارف غرامة تأخيرية على المشتري المماثل بالنص على ذلك بالعقد، على أن يلتزم العميل بأن يدفع مبلغ أو نسبة من الدين تودع في حساب في الخيرات إذا تأخر عن سداد الأقساط في مواعيدها المقررة، وتصرف هذه المبالغ، في وجوه الخير بمعرفة هيئة الرقابة الشرعية ولا يجوز أن ينتفع منها المصرف أو أن تضاف إلى الأرباح، ومع أن هذا الإجراء مباح شرعاً إلا أن المصرف الإسلامي الفلسطيني لا يقوم بذلك<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> من مقابلة مع وليد الشايب، مدير الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

3- لا يجوز النص على أن يتم خصم جزء من ثمن البيع عند تعجيل السداد، ولكن قد يقوم المصرف بموافقة الإدارة على منح العميل خصم عن السداد المبكر كجائزة أو هبة تمنح له حسب الموافقة الادارية<sup>1</sup>.

4- يشترط المصرف حلول جميع الأقساط عند التأخير في السداد، بمعنى أنه يجوز الاشتراط في العقد أن يتم حلول جميع الأقساط قبل مواعيدها عند تأخر العميل في السداد.

5- يشترط المصرف تعويضاً عن الضرر الفعلي الناتج عن ماطلة العميل في السداد، فيجوز أن يحمل البنك العميل المماطل جميع المصاريف التي دفعها المصرف من أجل الحصول على دينه<sup>2</sup>.

6- التزام العميل بسداد الثمن للمصرف الإسلامي، ويكون ذلك واضحاً ومبيناً في عقد بيع المرابحة الذي يتم بين الأطراف الذي يحتوي على سعر السلعة، وربح المصرف، وقيمة القسط الشهري وتاريخ بداية الأقساط، وتاريخ نهاية الأقساط كما ذكر سابقاً في نموذج عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء.

7- هناك بعض الحالات التي قد يتوقف فيها العميل عن دفع الأقساط للمصرف، مع وجود فرق بين هذه الحالات، فإذا كان سبب التعثر عن الدفع خارجاً عن إرادة العميل كتوقف الراتب مثلاً فلا يتخذ المصرف أي إجراء بشأنه، أما إذا كان العميل معسراً فنظرة إلى ميسرة، وتكون الحلول إما الصبر على العميل أو تخفيف الدفعات أو تأجيل الدفعات، وإذا كان سبب التعثر عن الدفع بإرادة العميل، ولم يكن راتبه في المصرف الإسلامي، يقوم المصرف بإخطار العميل، وإجراء الاتصال مع العميل للوقوف على الأسباب، فإذا كان حقيقة معسراً، فينظر المصرف إلى ميسرة كما ذكرنا من خلال الحلول أعلاه، وإذا تعذر ذلك وكان تعثر العميل عن الدفع بإرادته فيتم اللجوء إلى القضاء، والحجز التنفيذي على الرهونات القائمة، مثل رهن سيارة أو قطعة أرض لإجباره على الدفع، وفي كل الأحوال

<sup>1</sup> من مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

<sup>2</sup> من مقابلة مع زايد عبد الله يوسف شقير مدير البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.



يطالب المصرف الإسلامي بالمبلغ المثبت في العقد بدون أية فوائد تأخيرية أو غرامات تأخيرية<sup>1</sup>.

وتوضح الباحثة المثال التالي على ما ورد أعلاه بما يلي:- عند انقطاع العميل عن السداد أو كان عدم دفعه الأقساط للمصرف بإرادته فقام البنك باتخاذ الإجراءات اللازمة من خلال إخطاره، وتم اللجوء للقضاء للمطالبة بالمبلغ المثبت في العقد، وقد استغرقت الإجراءات مدة طويلة كسنة مثلا وبعد هذه السنة أراد العميل الدفع من تلقاء نفسه، هنا المصرف الإسلامي يقبل الدفع بالمبلغ المثبت في العقد دون فرض أي زيادة على أصل هذا المبلغ، وهذا بعكس البنوك التجارية الأخرى التي تفرض الفوائد والغرامات التأخيرية في حالة توقف العميل عن سداد الأقساط.

8- يجوز أن يتنازل المصرف عن جزء من الأرباح، وذلك عند قيام العميل بسداده دينه في الأجل المحدد تشجيعاً له.

9- يجوز للمصرف أن يحول مديونية العميل إلى ذمة شخص آخر، إضافة إلى جواز أخذه مبلغاً محدداً مقابل إجراءات التحويل<sup>2</sup>.

### الخطوة الحادي عشر: المخاطر التي قد تحدث في بيع المرابحة

1- **اختلاف المواصفات:** يلجأ العميل الأمر بالشراء إلى المصرف طالباً منه شراء السلعة حسب المواصفات التي يحددها كما ذكر سابقاً، وبناءً على هذا الطلب يقوم المصرف نفسه بشراء السلعة المحددة من قبل العميل الأمر، إلا أنه في بعض الأحيان قد تصل السلعة إلى العميل الأمر مختلفة اختلافاً كثيراً أو قليلاً عن المواصفات التي حددها للمصرف، لذلك فإن هذا الأخير سيتحمل المسؤولية عن مخاطر اختلاف مواصفات السلعة، وذلك على اعتبار أنه قام بشراء السلعة لنفسه قبل أن يبيعها للمشتري (العميل الأمر)، مع الملاحظة بأن مسؤولية المصرف عن اختلاف مواصفات السلعة قد تزداد في حالة كونها مستوردة، إضافة إلى ذلك

<sup>1</sup> من مقابلة مع خالد فؤاد العرابية رئيس قسم الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق

<sup>2</sup> من مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

فإن من حق المصرف مطالبة الأطراف الأخرى كالبائعين والمصدرين من تحمل مسؤولياتهم<sup>1</sup>.

**2- ظهور عيوب خفية في السلعة:** من أهم الالتزامات التي تقع على المصرف باعتباره بائعاً التزامه بضمان العيوب الخفية التي قد تظهر في المبيع، إضافة إلى اعتبار هذا الالتزام من شروط صحة بيع المرابحة من الناحية الشرعية، لذلك فإن المصرف سيتحمل مسؤولية مطالبته بالتعويض من قبل العميل الأمر في حالة ظهور عيوب خفية في المبيع، مع الملاحظة بجواز اشتراط المصرف في بيع المرابحة للامر بالشراء برأئته من جميع العيوب التي تظهر في المبيع أو من بعضها، وعند وجود مثل هذا الشرط يفضل أن يفوض البنك العميل بالرجوع على البائع بشأن التعويض عن العيوب الثابتة للمصرف التعويض عنها تجاه البائع، وفي الحالة التي لا يشترط البنك برأئته من العيوب الخفية القديمة التي قد يظهر أثرها بعد العقد فإن مسؤوليته تقتصر على ضمان هذه العيوب الخفية القديمة دون العيوب الجديدة، إضافة إلى أنه لا يجوز الزام العميل بإبرام عقد المرابحة في الحالة التي قد تظهر فيها السلعة معيبة أو معدومة عند التعاقد<sup>2</sup>.

**3- هلاك السلعة قبل التسليم:** فالمعروف أن تبعة هلاك السلعة قبل التسليم تقع على عاتق المصرف في بيع المرابحة، وذلك لاعتباره أحد الضوابط الشرعية التي لا يصح بيع المرابحة إلا بها، ففي حالة هلاك السلعة كلياً أو جزئياً قبل التسليم فعلى المصرف أن يتحمل المسؤولية على اعتبار أنها تمثل خسارة واقعة، أو أن المصرف يتحمل مسؤولية مطالبة الأطراف الأخرى المسؤولة عن ذلك الهلاك سواء كانت شركات التأمين أم الشركات الناقلة أم المصدرين، فالمعايير الشرعية والأعراف القانونية تقضي بأن هلاك السلعة قبل تسليمها للعميل يقع على عاتق البنك، حيث أن القاعدة تقول أن العقد ينقل الملكية والتسليم ينقل الضمان وبالتالي ينتقل ضمان هلاك السلعة للعميل بمجرد استلامه للسلعة موضوع العقد وقبل ذلك فإن المصرف هو من يتحمل الخسارة. حيث يوجد في المصارف الإسلامية العديد

<sup>1</sup> من مقابلة مع وليد الشايب، مدير الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق.

<sup>2</sup> من مقابلة مع خالد فؤاد العرابية رئيس قسم الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني: مرجع سابق

من الحالات الواقعية لهلاك السلعة قبل تسليمها للأمر بالشراء، خاصة السلع الغذائية في حال ثبوت عدم صلاحيتها للاستهلاك البشري لدى فحصها في المختبرات العلمية المختصة<sup>1</sup>.

وتوضح الباحثة المثال التالي على القاعدة الفقهية القائلة بأن عقد البيع ينقل الملكية والتسليم ينقل الضمان: فمثلاً: إذا أبرم المصرف عقد شراء سيارة، واشترى السلعة من الشركة، ولم يستلمها، فهلكت السلعة، هنا تم العقد، ولكن لم يستلم المصرف السلعة بمعنى عدم وجود سند تسليم، فالذي يتحمل مسؤولية تبعة الهلاك هو الشركة على اعتبار أنها لم تسلم المصرف السلعة، ولكن فيما لو تمّ عقد اتفاقية الشراء، وقامت الشركة بعمل اقرار استلام للمصرف إلا أن السلعة بقيت في الشركة، هنا بما أنه تم اقرار الإستلام بين الشركة باعتبارها البائع، وبين البنك باعتباره المشتري بمعنى أن السلعة انتقلت لضمان المصرف ولكن لم يستلمها بالرغم من إقرار الإستلام الذي تم، فالذي يتحمل مسؤولية تبعة الهلاك هنا المصرف، أما في الحالة التي يستلم فيها المصرف السلعة من الشركة، وقام بتسليمها للعميل إلا أنها هلكت بيد العميل، فهنا يتحمل تبعة هلاك التسليم العميل، على اعتبار أن المصرف قام بتسليم السلعة له.

### الخطوة الثانية عشرة: الضمانات المطلوبة من العميل (المشتري)

بعد اطلاع الباحثة على ملحق الشروط والضمانات المطلوبة من العميل الأمر بالشراء في المصرف الإسلامي الفلسطيني تبين أن لها ضوابط تتعلق بالضمانات وهي كالاتي:

1- رهن المبيع: فالمصرف لا يحتفظ بملكية المبيع عند عقد البيع، إلا أنه يجوز له اشتراط رهن المبيع حتى يضمن حقه في استيفاء الأقساط المؤجلة.

2- أخذ الكفالة على العميل: فيجوز للمصرف أن يأخذ كفالة على العميل.

3- التأمين على المبيع لتوثيق المديونية: بمعنى أن التأمين على السلعة في مرحلة البيع يكون من مسؤولية المشتري المالك والتعويض من حقه، ولا يجوز إلزامه بإجراء التأمين لاستفادة المصرف من التعويض في حدود مديونيته.

<sup>1</sup> من مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير دائرة التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني، مرجع سابق.

4- للمصرف أن يشترط على العميل حلول جميع الأقساط المستحقة قبل مواعيدها، إذا امتنع أو تأخر عن سداد أي قسط من الأقساط دون أن يكون هناك عذر معتبر، وذلك يكون حسب ما يأتي:

أ- أن الحلول سيتم تلقائياً بمجرد تأخر السداد مهما قلت مدته.

ب- أن يكون الحل بالتأخر عن مدة معينة.

ت- أن يتم الحل بعد إرسال إشعار من البائع بمدة معينة.

5- يمكن للمصرف أن يطلب ضمانات مشروعة من العميل في بيع المرابحة للأمر بالشراء، ومن ذلك أن يحصل المصرف على كفالة طرف ثالث، أو أن يرهن الوديعة الإستثمارية للعميل بمعنى أنه يجوز للمصرف قبول الوديعة الاستثمارية كضمان توثيقي مستثمر لصالح العميل، أو رهن السلعة محل العقد رهناً ائتمانياً (رسمياً) دون حيازة، أو مع الحيازة للسلعة، وفك الرهن تدريجياً حسب نسبة السداد،

مع الملاحظة بأن رهن السلعة محل العقد مع الحيازة للسلعة هي جائزة شرعاً إلا أنها غير مطبقة عملياً في المصرف الإسلامي الفلسطيني.

6- يجوز أن يطالب المصرف العميل بتقديم شيكات أو سندات لأمر قبل إبرام عقد المرابحة للأمر بالشراء، ضماناً للمديونية التي ستنشأ بعد إبرام العقد، ولكن بشرط النص على أنه لا يكون من حق المصرف استخدام الشيكات أو السندات إلا في مواعيد استحقاقها.

7- جواز اشتراط عدم انتقال ملكية السلعة إلى العميل إلا بعد سداد الثمن، حيث يجوز أن يتم تسجيل السلعة باسم المصرف، ذلك بهدف ضمان سداد الثمن، مع الملاحظة في الحالة التي يقوم المصرف ببيع السلعة لعدم سداد الثمن أن يقتصر على مستحقته وإعادة الباقي إلى العميل.

## الخاتمة

إن عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء واحدة من العمليات التي تتعامل بها المصارف الإسلامية كما أنه من عقود البيع ذات الطبيعة الخاصة، وقد احتل مكانا بارزا من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والدينية في معظم الدول العربية، وذلك لأنه الأفضل في التخفيف عن معاناة الناس من حيث الجانب المادي، كما أنه يحقق التنمية والاستثمار بطريقة مشروعة لأطراف العقد، دون الاضطرار إلى اللجوء إلى المصارف التجارية، وبعد أن انتهت الباحثة من دراسة مجموعة من المواضيع والتفاصيل والجزئيات ذات الصلة بموضوع الرسالة، وبناء على ذلك فإن الباحثة توصلت إلى النتائج والتوصيات التالية:

## النتائج

بعد هذه الدراسة لموضوع عقد بيع المرابحة، ومناقشة سائر الإشكاليات التي أثيرت حول هذا الموضوع والذي اعتمدنا فيه المنهج الوصفي التحليلي وصولاً إلى المعرفة التفصيلية فقد توصلت الباحثة إلى النتائج التالية:

- 1- وجود خلل في التنظيم القانوني لعقد المرابحة للأمر بالشراء، وذلك من حيث أن التنظيم القانوني لهذا العقد يعتريه كثيراً من النقص والقصور، مما سبب ذلك إشكالات في التطبيق العملي.
- 2- عقد المرابحة يعتبر عملية من العمليات المصرفية، لذلك لا بد من خضوعه لجميع القواعد القانونية والتعليمات التابعة للقرار بقانون رقم (9) لسنة 2010 بشأن المصارف والصادرة وفقاً له.
- 3- يترتب على عقد بيع المرابحة للأمر بالشراء إستقلالية كل عقد عن الآخر، فعقد البيع الذي يتم بين المصرف (المأمور بالشراء) والبائع الأول يعتبر مستقلاً عن عقد بيع المرابحة الذي يتم بين المصرف (البائع الثاني) وبين العميل الأمر بالشراء.

4- أن تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد، يكون من خلال ما يترتب على كل طرف من أطراف العقد من التزامات معينة وجب الالتزام بها، ويكون الالتزام المترتب على المصرف (المأمور بالشراء) هو شراء السلعة الموصوفة من قبل العميل (الأمر بالشراء)، أما الالتزام الرئيسي المترتب على عاتق المشتري فهو دفع الثمن سواء كان آجلاً أم مؤجلاً أو على أقساطاً شهرية.

5- تكمن أهمية هذا العقد باعتباره عاملاً قوياً للاستثمار التجاري بالنسبة للمصرف، دون تعرضه للمخاطر، كونه يطلب الضمانات الكافية من قبل العميل (الأمر بالشراء)، إضافة إلى ذلك فإنه مهم بالنسبة للأفراد من حيث أنه يتم دفع الثمن على شكل أقساط شهرية، مما يخفف عنهم العبء المادي ووجوب توفير الثمن دفعة واحدة.

6- أن هذا العقد له شروط خاصة إضافة إلى الشروط العامة، إذ بدون هذه الشروط يفقد العقد صفته، ولا يصح أن يكون عقد مرابحة، ومن هذه الشروط أن يكون الثمن معلوماً، والربح معلوماً.

7- كما أن هذا العقد يتكون من عقد المرابحة البسيطة التي تشتمل على طرفين وهما البائع والمشتري، حيث أن الأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا النوع هو عقد البيع، أما النوع الآخر فهو المرابحة المركبة التي تتكون من عدة مراحل، والتي تتكون من ثلاثة أطراف هم البائع (الأول) والمصرف (المأمور بالشراء) وهو المشتري الأول، والعميل الأمر بالشراء وهو المشتري الثاني، فالأساس القانوني الذي يقوم عليه هذا النوع هو عقد المرابحة.

8- أن بيع المرابحة يمر بعدة مراحل، تبدأ من قيام المشتري (العميل الأمر) بتقديم طلب للمصرف (المأمور بالشراء) برغبته بشراء سلعة لا يستطيع شراءها مباشرة من البائع، وذلك حسب المواصفات التي يحددها، منتهياً هذا البيع بتسليم هذه السلعة إلى العميل الأمر بعد شراء المصرف لها من البائع الأول، متفقين في ذلك على الأمور الأخرى من حيث مكان التسليم، ودفع الثمن، ومقدار الربح.

**9-** تبين أن الملكية وفق أحكام الشريعة تنتقل بمجرد الاتفاق على البيع وهذا بخلاف النظام القانوني المطبق في فلسطين الذي يتطلب لإنقال الملكية التسجيل.

**10-** باعتبار أن عقد المراجعة من فروع عقد البيع فهو كبقية العقود، يجب أن تتوفر فيه أركانه وشروطه وفقا للقواعد العامة حتى يصبح هذا البيع صحيحا، فلا بد من وجود التراضي بين أطراف العلاقة القانونية حتى ينعقد العقد، كما يجب توافر الأهلية للأطراف باعتبار أن الإيجاب سيصدر عنهما، ولا بد أن يكون المحل موجودا، وممكنا، ومعينا تعيينا نافيا للجهالة.

**11-** من خصوصية نظام عقد بيع المراجعة للأمر بالشراء كما تجريها المصارف الإسلامية أن المصرف الإسلامي لن يفرض فوائد على العميل الأمر في حال أن الأخير تأخر عن دفع دفعة من الدفعات المستحقة في ذمته لصالح المصرف، فإن كان العميل حسن النية فإن المصرف يمهله فرصة للسداد، وإلا فإنه ينفذ على الضمانات.

**12-** الميزة الأساسية لعقد المراجعة هو بيان رأس المال والربح، وليس الفائدة التي تقوم عليها باقي العقود الأخرى.

**13-** يعتبر عقد المراجعة من بيوع الأمانة التي يدخل فيها أيضا بيع التولية والوضيعة، والذي يتميز عن غيره من البيوع كالمساومة، ففي هذا البيع الأخير لا يظهر البائع فيه رأس ماله بخلاف بيع المراجعة الذي يجب فيه ذكر رأس ماله.

## التوصيات

**1-** توصي الباحثة بضرورة توعية المجتمع عن طريق عقد دورات، وتقديم ندوات، وإرشادات فيما يخص عقد المراجعة حتى يزداد الإقبال عليه، لما له من أهمية واضحة من جوانب متعددة، سواء كان الجانب الاجتماعي أو الاقتصادي أو الجانب الديني، بدلا من اللجوء إلى العمليات الأخرى الأكثر صعوبة ومخاطرة كالعمليات التي تتعامل بها البنوك التجارية.

2- توصي الباحثة ضرورة وجود توعية خاصة للعاملين في المصارف فيما يخص عملية بيع المرابحة للآمر بالشراء حتى تكون لهم القدرة على التمييز بين هذا العقد وغيره من عقود البيوع الأخرى، وذلك بوضع الضوابط المعينة التي تفرق بين هذه العملية وغيرها من العمليات التي تتشابه معها من حيث فرض الفائدة القانونية،

3- تقترح الباحثة ضرورة وجود تنظيم تشريعي قانوني خاص يتعلق بعقد المرابحة للآمر بالشراء وذلك لإمكانية معرفة مفهوم عقد المرابحة من الناحية القانونية وتمييزه عن مفهوم عقد المرابحة من الناحية الشرعية، بدلاً من الوضع الحالي حيث احكامه متبعثه على أكثر من محور، فتارة يكون مصدرها القانون المدني -قواعد عقد البيع - وتارة يكون مصدره القرار بقانون بشأن المصارف، وتارة يكون مصدرها قانون التجارة بصفتها عملية مصرفية.

4- توصي الباحثة بضرورة تنظيم عقد المرابحة باعتباره من البيوع التجارية في قانون التجارة الذي لم ينظم البيع التجاري وجعله خاضعاً للقواعد العامة للقانون المدني، حيث أن قانون التجارة اكتفى بتحديد هذا العقد بأنه بيع تجاري اذا كانت الغاية منه هي تحقيق الربح.



## قائمة المصادر والمراجع

### المصادر

#### القرآن الكريم

قانون البنوك الأردني رقم 28 لسنة 2000.

قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966، نشر هذا القانون في العدد 1910 من الجريدة الرسمية على الصفحة 469 بتاريخ 1966/3/30

قانون الشركات رقم 12 لسنة 1964.

القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976. نشر هذا القانون في العدد 2645 من الجريدة الرسمية على الصفحة 2 بتاريخ 1976/8/1

القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012 .

قانون تسوية المياه رقم (40) لسنة 1952، نشر هذا القانون في العدد 1113 من الجريدة الرسمية الاردنية على الصفحة 279 بتاريخ 1952/6/16.

قانون سلطة النقد رقم (2) لسنة 1997، نشر هذا القانون في العدد 21 من الوقائع الفلسطينية على الصفحة 5 بتاريخ 1998/1/31.

قرار بقانون رقم (9) لسنة 2010 بشأن المصارف والمنشور في مجلة الوقائع الفلسطينية العدد الممتاز رقم (4) في 2010/11/27.

#### مجلة الأحكام العدلية.

المذكرات الايضاحية من القانون المدني الأردني، اعداد المكتب الفني، عمان، 2000.

مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان، محمد قدرى باشا، الطبعة الرابعة، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1931.

## المراجع

ابن قدامه، أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد: **المغني لابن قدامه**، تحقيق: محمد محسين- شعبان إسماعيل، الرياض: مكتبة الرياض الحديثة، ج4.

أبو زيد، عبد العظيم: **بيع المرابحة وتطبيقاته المعاصرة في المصارف الإسلامية**، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 2004.

أحمد، عبد الفضيل محمد: **العقود التجارية**، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2010.

إسماعيل، شمسية بنت محمد: **الربح في الفقه الإسلامي ظوابطه وتحديده في المؤسسات المالية المعاصرة**، الطبعة الأولى، دار النفائس- عمان، 2000.

الأشقر، محمد سليمان: **بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة**، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار النفائس، عمان، 1998.

أنور، سلطان: **العقود المسماة (شرح عقد البيع والمقايضة)**، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.

البخاري، محمد بن اسماعيل: **كتاب الايمان**، باب علامة المنافق، رقم الحديث (33)، ج1.

الترمذي، محمد بن عيسى بن سورة بن موسى بن الضحاك، أبو عيسى (المتوفى: 279هـ)، **سنن الترمذي**، 1233/526/3، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر (ج 2، 1) ومحمد فؤاد عبد الباقي (ج 3) وإبراهيم عطوة عوض المدرس في الأزهر الشريف (ج 4، 5)، الناشر: شركة مكتبة ومطبعة مصطفى، البابي الحلبي - مصر، الطبعة: الثانية، 1395هـ-1975م.

جبر، هشام: إدارة المصارف الإسلامية "أصولها العلمية والعملية"، الطبعة الأولى، بدون ذكر دار نشر، نابلس-فلسطين، 2001.

جبر، هشام، إدارة المصارف الإسلامية، الطبعة الثانية، بدون ذكر دار نشر، بدون ذكر بلد نشر، 2006.

الجمال، مصطفى: البيع في القانون اللبناني والمصري، بدون طبعة، الدار الجامعية، بيروت، 1986.

الجمال، مصطفى: النظرية العامة للإلتزامات، بدون طبعة، الدار الجامعية، بدون ذكر بلد نشر، 1987.

الجندي، محمد الشحات: عقد المرابحة بين الفقه الإسلامي والتعامل المصرفي، بدون طبعة، دار النهضة العربية، بدون ذكر بلد نشر، 1406 هجري-1986 ميلاده.

حسنين، فياض عبد المنعم: بيع المرابحة في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، 1417 هجري-1996 ميلادي.

الحلالشة، عبد الرحمن أحمد: عقد البيع "دراسة متقابلة مع الفقه الإسلامي والقوانين المدنية العربية" شرح القانون المدني الأردني، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، بدون ذكر بلد نشر، 2011.

حيدر، علي، درر الحكام، شرح مجلة الأحكام، تعريب محامي فهمي الحسيني، المطبعة العباسية، حيفا، 1925.

خالد، غسان: محاضرات كلية الدراسات العليا في مادة المعاملات المصرفية الدولية، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2011.

خلف، عبد الجواد: المعاملات في الفقه الإسلامي، بدون طبعة، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة - مصر، دون سنة نشر.

داوود، نعيم نمر: البنوك الإسلامية نحو اقتصاد إسلامي، الطبعة الأولى، دار البداية، عمان، 2012.

دواس، أمين ودودين، محمود: عقد البيع في مجلة الأحكام العدلية (دراسة مقارنة)، دون طبعة، بدون ذكر دار النشر، رام الله، 2013.

ذياب، أسعد: العقود المسماة (القانون المدني) البيع - الإيجار - الوكالة، دون طبعة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بدون ذكر بلد النشر، 2007.

الزحيلي، وهبة: المعاملات المالية المعاصرة، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق، 2002.

الزرقا، مصطفى أحمد: العقود المسماة في الفقه الإسلامي (عقد البيع)، الطبعة الأولى، دار القلم، دمشق، 1420-1999.

الزعيبي، محمد يوسف: العقود المسماة، شرح عقد البيع في القانون المدني، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004.

السالوس، علي أحمد: موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، مكتبة دار القرآن، قطر، 2006.

السبك، صبري مصطفى حسن: البيع بالتقسيط كصورة من صور البيع التجارية ماهيته - ضماناته (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية الإسكندرية، 2012.

سلطان، أنور: العقود المسماة (شرح البيع والمقايضة)، الطبعة الثانية، مطبعة دار النشر، بدون ذكر بلد النشر، 1952.

السنهوري، عبد الرازق: العقود التي تقع على الملكية (البيع والمقايضة)، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، المجلد الأول، دار النشر للجامعات المصرية، بدون ذكر بلد النشر، 1960.

شبير، محمد عثمان: المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، الطبعة الثالثة، دار  
النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 1999.

عبد الحي، هشام أحمد: المصرف الإسلامي، أسسه - خدماته - استثماراته - بدون طبعة،  
منشأة المعارف، بدون ذكر بلد نشر، بدون ذكر سنة نشر.

العجلوني، محمد محمود: البنوك الإسلامية "أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية"، الطبعة  
الأولى، دار المسيرة، عمان - الأردن، 2008.

عجيل، طارق كاظم: الوسيط في عقد البيع (انعقاد العقد) الطبعة الأولى، الجزء الأول، دار  
الحامد عمان، 2010.

العدوى، جلال، وسلطان، أنور، العقود المسماة (عقد البيع)، دون طبعة، دار المعارف،  
القاهرة، 1966.

عريقات، حربي محمد: إدارة المصارف الإسلامية، مدخل حديث، الطبعة الأولى، دار وائل  
للنشر، عمان، 2010.

العتار، عبد الناصر توفيق: مصادر الالتزام (دراسة للعقد والإرادة المنفردة والعمل النافع  
والعمل الضار والقانون كمصادر الالتزام في القانون المدني المصري، مع أحدث أحكام  
القضاء والإشارة إلى بعض أحكام الفقه الإسلامي، دون طبعة، بدون ذكر دار نشر، بدون  
ذكر بلد نشر، بدون ذكر سنة نشر.

عفانة، حسام الدين: بيع المرابحة للأمر بالشراء، الطبعة الأولى، مكتبة دنديس، بدون ذكر بلد  
نشر، 2000.

عيد، عادل عبد الفضيل: البيع بالتقسيط في الاقتصاد الإسلامي دراسة مقارنة، الطبعة الأولى،  
دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008.

الفضل، منذر والفتلاوي، صاحب: العقود المسماة، بدون طبعة، دار الثقافة، عمان، 1982.

القرضاوي، يوسف: بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجريره المصارف الإسلامية، دراسة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية، الطبعة الأولى، دار القلم، الكويت، 1404 هجري - 1984 ميلادي.

مرسي، محمد كامل: العقود المسماة عقد البيع وعقد المقايضة (شرح القانون المدني الجديد)، الجزء السادس، بدون طبعة، مكتبة الانجلو المصرية، بدون ذكر بلد نشر، بدون ذكر سنة نشر.

المصري، رفيق يونس: (بيع التسيط تحليل فقهي واقتصادي)، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 1994.

الهيبي، عبد الرازق رحيم جدي: المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، الطبعة الأولى، دار أسامة للنشر، عمان، 1998.

الوادي، محمود حسن و سمحان، حسين محمد: المصارف الإسلامية "الأسس النظرية والتطبيقات العملية" الطبعة الأولى، دار المسيرة، بدون ذكر بلد نشر، 2007.

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، الجزء الثامن، الطبعة الخامسة، 2003.

#### الرسائل الجامعية

حمود، سامي: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه،

هزيم، ربحي محمد احمد، رسالة ماجستير بعنوان ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البيع (دراسة مقارنة)، جامعة النجاح الوطنية كلية الدراسات العليا، 2007.

الوزان، وليد محمد بخيت: رسالة ماجستير بعنوان ابراء مسؤولية البائع من ضمان العيب الخفي في عقد البيع، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، 2011.

## الأبحاث

الرفيعي، علي كاظم و يوسف، اعتدال عبد الباقي: العلوم الاقتصادية، العدد (23) المجلد السادس، كانون الثاني، 2009، "بحث مسئل من رسالة ماجستير الموسومة المراجعة المصرفية في تعامل المصارف الإسلامية" مقدمة الى مجلس كلية القانون قسم القانون الخاص في جامعة بغداد 2003، ص 186، منشور على موقع [www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=5090](http://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=5090).

## المقابلات

- مقابلة مع الدكتور علي السرطاوي في جامعة النجاح الوطنية، بتاريخ 2015/1/21.
- مقابلة مع الدكتور غسان خالد في جامعة النجاح الوطنية، نابلس، بتاريخ 2014/1/30.
- مقابلة مع باسم خالد بدر، مدير دائرة التدقيق الشرعي في البنك الإسلامي الفلسطيني في رام الله، بتاريخ 2014 /6 /25.
- مقابلة مع خالد فؤاد العرابية، رئيس قسم الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني في رام الله، بتاريخ 2014 / 6 /25.
- مقابلة مع زايد عبد الله يوسف شقير، مدير البنك الإسلامي الفلسطيني في طولكرم، بتاريخ 19 /6/ 2014.
- مقابلة مع وليد الشايب، مدير الدائرة القانونية في البنك الإسلامي الفلسطيني في رام الله، بتاريخ 2015/1/4.

## المواقع الإلكترونية

[http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com\\_k2&view=item&id=1](http://almuslimalmuaser.org/index.php?option=com_k2&view=item&id=1)

<http://ar.islamway.net/fatwa/57049>.

<http://www.almoslim.net/node/167622>

<http://www.dafatiri.com/vb/archive/index.php/t-217788.html>

<http://www.tadawul.net/forum/archive/index.php?t-974.html>

<http://www.uobabylon.edu.iq/uobcoleges/lecture.aspx?fid=7&lcid=34944>

[www.kantakji.com/media/4998/b161.doc](http://www.kantakji.com/media/4998/b161.doc)



**An-Najah National University  
Faculty of Graduates Study**

# **Privacy of Legal Regulation of the Sale at Profit Contract for the Purchaser**

**By  
Nida' Khalid Ali Sabri**

**Supervised by  
Dr. Ghassan Khalid**

**This Thesis is Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements  
for the Degree of Master of Special law, Faculty of Graduates Study,  
An Najah National University, Nablus, Palestine.**

**2015**

**Privacy of Legal Regulation of the Sale at Profit Contract for the  
Purchaser**

**By**

**Nida' Khalid Ali Sabri**

**Supervised by**

**Dr. Ghassan Khalid**

**Abstract**

This study has examined the legal system of purchase order *murabahah* (cost plus financing) contract and its particularism as one special kind of *murabahah* contracts. It's also studied as one special kind of sale contracts. This type of contract is characterized by its double nature. That is, it has multiple branching contractual relations which, in their totality, form the purchase order *murabahah* contract.

Chapter one of the study began with the concept of the Islamic banking since the purchase order *murabahah* contract is one of its commercial and investment tools. In this context, the researcher gave a definition of Islamic banking. She also highlighted the goals which Islamic banks have sought to achieve. It is worth noting here that researchers have given several definitions of the concept of Islamic banking. Then, the researcher held a comparison between Islamic banking and conventional/commercial banking. There are some people who don't recognize the presence of Islamic banking, arguing that there are no differences between Islamic banks and other banks.

Chapter two was devoted to the *murabahah* contract in terms of its definition, and multiple versions as it is considered one type of trades of

trust. The researcher dwelt on this type of contract and its subtypes in terms of parties owning the commodity as well as other aspects which double murabahah includes, unlike simple murabahah. For example, the promise to purchase is present in the former but absent in the latter. This is in addition to the terms of the contract. In addition to the general conditions present in any contract, there are also special conditions present in the murabahah contract. In case of violating any of these special conditions, the contract shall lose its identity as murabahah contract.

Chapter three examined the legal system of the purchase order murabahah contract in terms of specifying purchase order murabahah sale which includes its concept, steps of concluding this sale, versions of this sale as approved by some conferences in their sessions and the conditions necessary to be available in this process. These are both special conditions as well general conditions available in all contracts. These conditions are all related to the bank for it owns the commodity, in the first place, and may sell it to the purchaser according to murabahah. The purchase order murabahah contract is one type of trades which stipulates that the seller shall be owner of the commodity which he wants to sell to the buyer. The researcher also dwelt on the buyer's promise (ordering the purchase) that he wants to buy the commodity if bought by the bank (ordered to purchase). In this context, the researcher explained what is meant by selling by promise, selling by purchase and how they are different from appointment which is given by the two parties with the presence of the right of option for both of them in buying or selling. This is in addition to whether the promise is

binding or non-binding. In this regard, the researcher introduced some fiqh scholars' opinions concerning this promise: in which cases it is binding and when it is not binding. The researcher also looked at the pillars of this contract which are also available in other trades according to general rules (offer and acceptance) on whether there is a certain form in murabahah selling contract which is concluded between the one ordering the purchase, and the bank ordered to purchase. It was pointed here that this contract is one type of contracts of exchange rather than instrument of donation. Further, the substitute is money rather than an in-kind substitute; otherwise that would be called a barter contract rather than a sale contract. This is in addition to the subject of the contract: commodity. This contract transfers ownership. The researcher also tackled the responsibility resulting from the depreciation of the commodity at the hands of the buyer, since the murabahah contract is subject to the general rules of the sale contract. In this regard, the researcher explained one important stage (authorization) whether the bank has collected the commodity from the first seller or the buyer himself/herself has been authorized to collect the commodity from the first seller. In this regard, the researcher studied the obligations of each party which include the buyer's commitment to pay the installments, explanation of this process in case of the debtor's failure to pay these installments on due dates whether because of inability or running around. The researcher here spelled out the consequences in each scenario, the bank's commitment to guarantee any hidden defects as it is the seller. It provides a warranty against any defect as in other selling contracts. In the

last part of this chapter, the researcher dwelt on the practical steps followed by Islamic banks in Palestine when concluding the purchase order murabahah contracts. The researcher had access to different forms of contracts: promise to buy, murabahah selling contract, steps followed by these banks as well as the elements included in them.

In the light of the study finding, the researcher suggested a number of recommendations.