

مدى استيعاب القانون الجزائري لعقود المشاركة الإسلامية

بوحناش فدوى

أستاذة مساعدة قسم - أ -

كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير

جامعة الجزائر 3

مقدمة:

نظم القانون الجزائري المعاملات المالية ضمن مختلف النصوص القانونية بدءا بالقانون المدني الشريعة العامة والمنظم لمختلف المعاملات المالية ذات الطابع المدني، والقانون التجاري المنظم للمعاملات المالية ذات الطابع التجاري، بالإضافة للدور الهام لكل من العرف والشريعة الإسلامية باعتبارهما مصدرا من مصادر القانون، وعلى اعتبار أن الإسلام دين الدولة كما جاء في الدستور الجزائري¹ فذلك يعتبر مبدءا دستوريا يجب مراعاته وعدم مخالفته عند سن التشريع الأدنى مرتبة من الدستور، فكان لزاما عدم مخالفة أحكام النصوص القانونية لهذا المبدأ الدستوري خصوصا وأن الشريعة الإسلامية نظمت مختلف مجالات الحياة الاقتصادية والاجتماعية وحتى السياسية، فنظمت المعاملات المالية المنتجة للأرباح وفقا لمبادئ وأسس تقوم أساسا على قاعدة الغنم بالغرم بموجب عقود يبين فقه المعاملات الإسلامية طرق ابرامها وشروط صحتها مع تقريره لفسادها اذا اقترنت بالربا او بما ينطوي على شبهته، وبذلك يؤكد شرطا إضافيا لهذه العقود وهو المساواة بين الالتزامات المتقابلة للحيلولة دون الحصول على أرباح غير مشروعة ودون ان تتحول العقود الى وسيلة استغلال حقيقية، الا ان هذا

لا يعني ان العقود في التصور الإسلامي لا تنتج أرباحا و انما يجب أن لا تفيد طرفا على حساب الآخر².

و من بين الوسائل التي تقرها الشريعة الإسلامية في تحقيق الربح الاشتراك بين الأشخاص في انجاز المشروع عن طريق عقود المشاركة المتضمنة لعدة أنواع تختلف بحسب اختلاف نوع الحصص المقدمة من المتعاقدين و الالتزامات الواقعة على كل طرف، والتي نظمت شروط ابرامها وصحتها، فهل لهذه العقود المنظمة بموجب أحكام الشريعة الإسلامية وجود ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، و ان وجدت هل راعى المشرع الجزائري تطابق أحكام النصوص التنظيمية الوضعية مع الأحكام الشرعية؟

و بالرغم من أن الإجابة على هذا التساؤل يحتاج الى دراية واسعة بفقهاء المعاملات الإسلامية الا أن هناك أمورا ظاهرة واضحة تبين من خلال اجراء مقارنة بين الأحكام الشرعية المنظمة لهذه العقود - و التي تناولها بعض الباحثين في الشريعة الإسلامية بالدراسة و التحليل و التي تم الاعتماد عليها في هذا البحث- و النصوص القانونية الوضعية المنظمة للمعاملات المالية المنتجة للأرباح خاصة القانون المدني و القانون التجاري على أساس أن الربح قد يكون نتيجة نشاط مدني أو تجاري بمفهوم القانون الجزائري³، وللتمكن من الإجابة على هذا التساؤل لابد أولا من معرفة التأصيل الفقهي لعقود المشاركة ثم محاولة مطابقة ذلك مع النصوص القانونية الوضعية.

أولا: عقود المشاركة في الفقه الاسلامي

عقود المشاركة تعد أحد أهم أدوات تحقيق الربح، اذ ينتج عنها شركة ما بين شخصين أو أكثر يهدفون لتحقيق نفس الهدف، و هذه الأداة لها مرجعية فقهية اذ تعرض فقهاء الشريعة الإسلامية الى الشركة في باب المعاملات و وضعوا لها ضوابط و أحكام، و قد عرف المالكية المشاركة على أنها «اذن في التصرف لهما مع انفسهما اي ان يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في ان يتصرف في مال لهما مع ابقاء حق التصرف لكل منهما»⁴.

أما الحنفية فقد عرفوا المشاركة على أنها «عقد بين المتشاركين في رأس المال و الربح»، وهذا التعريف يعتبره بعض الفقهاء من أوضح التعاريف لأنه يعبر عن حقيقة الشركة في أنها عقد⁵.

ويعرف أبو بكر جابر الجزائري الشركة «هي ان يشترك اثنان فأكثر في مال استحقوقه بالوراثة ونحوها، أو جمعوه بينهم أقساطا ليعملوا فيه بتنميته في تجارة أو صناعة أو زراعة»⁶.

وقد قسم الفقهاء الشركة الى قسمين شركة ملك و شركة عقود.

1 - شركة ملك: هي عبارة عن أن يملك شخصان فأكثر عينا من غير عقد الشركة، و تنقسم الى قسمين:⁷

أ- شركة جبر: وهي أن يجتمع شخصان فأكثر في ملك عين قهرا، كما لو ورثا مالا او اختلط مال احدهما بمال الاخر قهرا بحيث لا يمكن تمييزهما مطلقا.

ب- شركة اختيار: وهي ان يجتمعا في ملك عين باختيارهما كما اذا اختلط مالهما بالاختيار او اشتريا عينا بالاشتراك او اوصى لهما احد بمال فقبلاه فان ذلك كله شركة ملك باختيار الشريكين.

وركن شركة الملك اجتماع النصيبين فمتى اجتمع نصيب شخص مع نصيب آخر تحققت شركة الملك.

و حكم هذه الشركة بنوعها هو أن كل واحد من الشريكين كأنه أجنبي في نصيب صاحبه فلا يجوز له التصرف فيه بغير اذنه اذ لا ولاية لاحدهما في نصيب الاخر⁸.

2 - شركة العقود: هي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربحه⁹.

وقد اختلف الفقه الإسلامي في تقسيم عقود المشاركة وتعددت المعايير المعتمدة في هذا التقسيم فهناك من يقسمها على أساس رأس المال وهناك من يقسمها على

أساس العمل وهناك من يقسمها على أساس الالتزام وهناك من يقسمها على أساس التصرف، أما الملكية وهو المذهب الفقهي المتبع في الجزائر فانهم يقسمونها الى سبعة أنواع شركة عنان، شركة مفاوضة، شركة عمل، شركة ذمم، شركة وجوه، شركة الجبر، وشركة المضاربة، وعموما اجتمع الفقه الإسلامي على تقسيم الشركة الى أربعة اقسام شركة أموال وشركة أبدان وشركة وجوه وشركة المضاربة¹⁰.

أ- شركة الأموال: هي اشتراك اثنين أو أكثر في مبلغ من المال لاستثماره بالعمل فيه ولكل واحد منهم جزء معلوم من الربح كنصفه أو ثلثه أو ربعه وتكون في شتى مجالات النشاط الاقتصادي وتنقسم شركة الأموال الى فرعين هما شركة العنان وشركة المفاوضة.

* شركة العنان: هي اشتراك اثنين أو أكثر في نوع من أنواع التجارة أو في جميعها بمالهما ويعملان فيه ببدنهما وما ربحاه فهو بينهما، ولا يشترط فيها تساوي المالين وكل شريك يكون وكيلاً عن صاحبه في التصرف وإذا كان الذي يعمل هو أحدهما فقط جاز له اشتراط المقابل عن هذا العمل، وهي أكثر أنواع الشركات انتشاراً¹¹.

لا يشترط فيها أن يكون كافة الشركاء بالغين ولا أن تكون لهم انصبه متساوية في رأس المال وهم كذلك لا يتساوون في المسؤولية عن ادارة العمل، ولذلك يتفاوت نصيبهم في الأرباح ويجب تحديده بوضوح في عقد المشاركة، أما نصيبهم في الخسائر فيكون طبقاً لمساهماتهم في رأس المال، لذلك فان الشركاء في شركة العنان كل منهم وكيل للآخر لكن ليس كل منهم كفيل للآخر، ومن ثم فان التزام كل منهم تجاه الغير التزام فردي لا تضامني.

* شركة المفاوضة: وهي اشتراك اثنان أو أكثر في مال معلوم ويطلق كل منهما التصرف لصاحبه في ذلك المال سواء كان حاضراً او غائباً بالنقد او بالنسيئة وفي جميع أنواع التجارة ويشترط فيها التساوي في رأس المال والتصرف وفي توزيع الربح.

ويشترط في شركة المفاوضة أن يكون الشركاء بالعين ومتساوين في أموالهم وفي قدرتهم على تحمل المسؤولية، وفي نصيبهم في الأرباح والخسائر ويكون لكل منهم كامل السلطة للتصرف بالنيابة عن الآخرين وهم مسؤولون فرديا وتضامنيا عن التزامات شركتهم بشرط أن تكون هذه الالتزامات قد تحققت في إطار العمل المعتاد، ومن ثم يتصرف كل شريك كوكيل للشركة وكفيل للشركاء الآخرين¹².

ب- شركة الأعمال: سميت بهذا الاسم لأن العمل هو أساس المشاركة بين الشركاء وتعرف بأنها اشتراك اثنين فأكثر في عمل معين أو في تقبل أعمال بأبدانهم أو أذهانهم ويكون الكسب مشتركا بينهم بحسب الاتفاق وسمائها الأحناف شركة تقبل وشركة صنائع كما سماها شركة عمل، أما الحنابلة فسموها شركة أبدان، ففيها يسهم الشركاء بمهاراتهم في إدارة العمل حيث لا يكون للشركة رأس مال¹³.

ج- شركة الوجوه: هي اشتراك اثنان فأكثر ليس لهما مال ولهما وجهة عند الناس وثقة بهما في أن يشتريا في ذمتها تجارة بثمن مؤجل وما يربحانه يكون بينهما والوجهة تعني الثقة في سداد المال كما تسمى أيضا شركة الذمم لعدم وجود رأس مال فيها و تسمى أيضا شركة المفاليس¹⁴.

د- المضاربة: المضاربة أو القراض هي اتفاق بين طرفين يبذل أحدهما فيه ماله و يبذل الآخر جهده ونشاطه في الاتجار والعمل بهذا المال على أن يكون ربح ذلك بينهما على حسب ما يشترطان من النصف أو الثلث أو الربع ..،،،، وإذا لم تريح الشركة لم يكن لصاحب المال غير رأس ماله وضاع على المضارب كده وجهده لأن الشركة بينهما في الربح أما إذا خسرت الشركة فإنها تكون على صاحب المال وحده ولا يتحمل عامل المضاربة شيئا منها مقابل ضياع جهده وعمله إذ ليس من العدل أن يضيع عليه جهده وعمله ثم يطالب بمشاركة رب المال فيما ضاع من ماله ما دام ذلك لم يكن عن تقصير أو إهمال¹⁵.

و المضاربة لا تصح على منفعة كسكنى الدار ولا تصح على دين سواء أكان على العامل أم على غيره، وأن الوكيل ليس مضاربا، والسبب في اشتراك العاقدين في الربح

هو أن رب المال يستحق الربح بسبب ماله، لأنه نماء ماله، والمضارب يستحقه باعتبار عمله هو سبب وجود الربح، وعليه إذا شرط جميع الربح لرب المال كان العقد مباحة ولو شرط جميعه للمضارب كان قراضاً¹⁶.

وعقد المضاربة قائم على الوكالة، إذ أن صاحب المال يوكل المضارب في استخدام رأس المال فلما كان رب المال في المضاربة هو المالك لرأس المال رقبة وتصرفا قبل عقد المضاربة وتسليمه المال للعامل المضارب وبتمام عقد المضاربة يرفع المالك يده وسلطته على رأس المال مع بقاء ملكيته للرقبة، ويملك المضارب سلطة التصرف في رأس مال المضاربة يتصرف فيها تصرفا مطلقا أو مقيدا حسب ما شرطا و اتفاقا، كان رب المال موكلا وكان المضارب وكيلاً لأنه يتصرف في المال بأمر صاحبه واذنه فكانت المضاربة متضمنة الوكالة فتأخذ حكمها¹⁷.

وعند امعان النظر في عقود المشاركة في الفقه الإسلامي يمكن ملاحظة ما يلي:

- الاعتبار الأول فيما للأشخاص فهي عبارة عن عقود تنشئ شركات أشخاص أي تقوم على العنصر الشخصي الذي يقوم بتنمية المال، ويستثنى من ذلك شركة المضاربة فإنها بالنسبة لرب المال شركة مال، وبالنسبة للمضارب (العامل فيها) شركة أشخاص لأن رب المال لا يحق له التصرف وإنما التصرف للمضارب.

- ان الغرض من شركات العقود هو التجارة والربح، ولذلك يطلق بعض الفقهاء على شركة العقد شركة التجرة، فهي شركات تجارية و ان كانت في مضمونها لا تمنع من ادراج أي شركة أخرى تحتها كشركة صيد الأسماك ما دام الغرض هو الربح¹⁸.

ولصحة هذا النوع من العقود لابد من توفر مجموعة من الشروط الشرعية و الا كان العقد فاسداً، تتمثل هذه الشروط في مجموعة من الشروط الخاصة بعقد المشاركة بالإضافة للشروط العامة الواجب توفرها في كافة العقود، من صحة الرضا ومشروعية المحل والسبب، اذ يجب ان يتطابق الايجاب والقبول بين الشركاء الذين يجب أن تتوفر فيهم أهلية التوكيل والتوكل، ويشترط ان يتم بصيغة تبين نوع المشاركة

ان كانت شركة اعمال ام ابدان ام وجوه ام مضاربة، ويكون ذلك بألفاظ تدل على المعنى المقصود، كما يشترط عدم مخالفة المحل والسبب لأحكام الشريعة الإسلامية والا كان العقد فاسدا كالمتاجرة فيما حرم الله.

بالإضافة الى الشروط العامة الواجب توفرها في العقود عامة، يجب توفر شروط خاصة بعقد المشاركة، وقد اتفق الفقهاء حول المنطلقات التي تقوم عليها المشاركة واختلفوا في تفاصيل الشروط والقيود الواردة عليها لا سيما فيما يتعلق براس مالها وارباحها ومدتها، وتتمثل هذه الشروط في مجملها فيما يلي:

الشروط المتعلقة برأس المال:

- يجب ان يكون من النقود وذلك عند جمهور الفقهاء الا ان المالكية والحنابلة في قول لهم اجازوا ان يكون راس المال من العروض بحيث تقيم وقت العقد منعا للغبن¹⁹، كما يرى احد الفقهاء المعاصرين جواز اشتراك احد الشركاء بشيء معنوي له صيغة مالية كبراءة الاختراع او الاسم التجاري او العلامة التجارية²⁰، وهذا ما ذهب اليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية اذ اجازت ان يكون الاسهام في راس مال الشركة بالعروض - حصة غير نقدية- شرط تقييمه عند التعاقد بالنقد لمعرفة مقدار حصة الشريك²¹.

- أن يكون راس المال من الطرفين معلوم القدر والصفة بحيث يمكن التصرف فيه حال العقد، ولا يشترط ان يكونا متساويين في القيمة²².

- أن يكون راس المال عينا لا دينا²³، وقد أجازت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية أن يكون راس مال الشركة دينا في حالة واحدة وهي أن تكون تابعة لغيرها مما يصح جعله رأس مال للشركة مثل تقديم مصنع رأس مال للشركة بما له وما عليه²⁴.

- كما يشترط في المضاربة تسليم رأس المال الى المضارب أي تمكينه من التصرف بمال المضاربة فاذا حدث التسليم الفعلي ومنع المضارب من التصرف في المال فسد عقد المضاربة²⁵.

ب- الشروط المتعلقة بالربح:

- يجب أن يقسم حسب حصص رأس المال سواء تفاوت الشريكان او الشركاء في العمل او تساويا وذلك عند المالكية والشافعية بينما يرى الحنفية والحنابلة وكثير من الفقهاء المعاصرين ان يكون ذلك حسب الاتفاق لأن العمل له حصة في الربح، وكذلك لملاءمته للتطبيق العملي فقد يكون احد الشركاء اقدر على العمل ولديه خبرة طويلة، وهذا ما ذهبت اليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية.

- أن يكون نصيب كل شريك من الربح معلوما وان يكون جزءا شائعا لا مقطوعا أي عبارة عن نسبة مئوية من الربح.

- أن تكون الخسارة بقدر حصة كل شريك في رأس مال الشركة وذلك عند جمهور الفقهاء، ولا مانع عند حصول الخسارة من قيام أحد الأطراف بتحملها دون اشتراط سابق²⁶، أما في المضاربة اذا حصلت خسارة فتكون على رب المال ولا يتحمل المضارب منها شيئا طالما لم يقصر ولم يتعد ولم يخالف الشروط، وكيفيه ما يتحملة من ضياع وقته وجهده دون عائد وبمعنى آخر يتحمل كل طرف من جنس ما ساهم به في المضاربة رب المال من رأس ماله والمضارب من عمله والسبب في ذلك ان يد المضارب على المال هي يد الأمين وليس يد الضامن فهو لا يضمن ما يحصل من خسارة الا في حالات التعدي و التقصير ومخالفة شروط العقد²⁷.

ج- الشروط المتعلقة بالعمل:

- أن يكون تصرف كل شريك نافذا في الشركة ويجوز ان يكون متفاوتا حسب القدرة وتصرف كل شريك في نصيبه بحكم الملك اما تصرفه في نصيب شريك آخر فانه يكون بالوكالة، وزاد الشافعية شرط خلط المال اما جمهور الفقهاء فعلى خلاف ذلك²⁸، أما في

المضاربة فلا يجوز أن يشترط رب المال أن يعمل مع المضارب وذهب جمهور الفقهاء الى فساد المضاربة بهذا الشرط، الا أن الحنابلة يجيزون لرب المال ان يشترط لنفسه العمل مع المضارب²⁹.

- أن تكون يد كل شريك يد امانة في كل ما يختص بأعمال و اموال الشركة فلا يضمن ما ا تلف الا حيث قصر او تجاوز حدود الامانة³⁰.

- أن يكون كل شريك اهلا للتوكيل اي ان يكون متمتعا بالأهلية التي تمكنه من ان يكون اصيلا عن نفسه ووكيلا عن غيره من الشركاء³¹.

د- الشروط المتعلقة بالفسخ:

ان عقد المشاركة عقد غير لازم في حق الطرفين ولكل شريك الحق في ان يفسخ العقد متى شاء بشرط ان يكون ذلك بحضرة الشريك الاخر وذلك ان لم يترتب على الفسخ ضرر فان ترتب عليه ضرر منع من الفسخ حتى يزول المانع تماشيا مع القاعدة الشرعية (لا ضرر ولا ضرار).

ثانيا: تطبيقات عقود المشاركة في القانون الجزائري

باستقراء مختلف النصوص القانونية الجزائرية نجد أن لفظ عقد المشاركة لم يرد ذكره في أي من النصوص القانونية ضمن المنظومة القانونية الجزائرية، وبذلك فهو عقد غير مسمى³² يخضع للقواعد العامة للعقود التي نص عليها القانون المدني والتي تقوم على أساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبذلك يمكن أن نستخلص أن أطراف هذا العقد لهم الحرية في الاتفاق على بنوده، ولكن بما أن هذا العقد منظم بموجب أحكام الشريعة الإسلامية التي جاءت بشروط صحته فكان لزاما على المتعاقدين الالتزام بهته الأحكام باعتبار الشريعة الإسلامية مصدرا من مصادر القانون.

كما نجد أن المصارف الإسلامية في عقودها النموذجية تشير الى ذلك، ومثال ذلك ما ورد في نموذج عقد المشاركة في بنك السلام « يخضع هذا العقد ويفسر ويحدد نطاق تطبيقه ويكمل ما لم يرد ذكره فيه وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية وما لا يتعارض معها من القوانين السائدة والأعراف المصرفية»³³.

ولكن من جهة أخرى لا يمكن الجزم بأن هذا النوع من العقود لا يخضع للقانون الوضعي، بل يخضع لأحكام القانون المدني من حيث أحكام النظرية العامة للعقد ومن حيث الأحكام العامة للشركات، كما يوجد نوع من التطابق بين أحكام عقود المشاركة وأحكام الشركات المنصوص عليها في القانون التجاري، كما يخضع للنظام الأساسي للمصرف الاسلامي باعتبار أن عقود المشاركة هي أحد الوسائل الأساسية التي يستعملها المصرف في عمليات التمويل الى جانب عمليات التمويل القائمة على البيوع والايجار والقرض، وفي حالة وجود خلاف يفسر العقد وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية والنظام الأساسي للمصرف وما لا يتعارض معها من القوانين الوضعية السارية.

1 - مدى استيعاب القانون المدني لعقود المشاركة الإسلامية:

المشرع الجزائري لم ينظم عقد المشاركة بموجب نص تشريعي صريح ولكن بالرغم من ذلك بمحاولة مطابقة هته العقود مع بعض العقود المشابهة في القانون الوضعي نجد أن لها أساسا في القانون المدني بتوافق الأحكام العامة للعقود التي جاء بها القانون المدني مع الأحكام الشرعية لعقود المشاركة بالرغم من النقص الكبير فيها إلا أن الاحكام الموجودة لا تتناقض مع أحكام الشريعة الاسلامية المنظمة للعقود اذ كلاهما يشترطان التراضي وشروط المحل والسبب، اضافة لاشتراط الشريعة الاسلامية أن لا يكون محل العقد محرما وهو ما لا يوجد في القانون المدني، كما نجد لها مصدرا في عقود الوكالة و الكفالة المنظمة بموجب القانون المدني³⁴، اذ أن كل عقود المشاركة قائمة على الوكالة أو الكفالة أو كلاهما معا، فنجد عقد العنان وعقد المضاربة قائم على الوكالة، اذ أن كل شريك يوكل الآخر في التصرف في عقد العنان، في حين يوكل رب المال المضارب في التصرف في عقد المضاربة أين يرفع المالك يده وسلطته على رأس المال مع بقاء ملكيته للرقبة، ويملك المضارب سلطة التصرف في رأس مال المضاربة يتصرف فيها تصرفا مطلقا أو مقيدا حسب ما اشترطا واتفقا، أما عقد المفاوضة قائم على كل من الوكالة والكفالة، اذ أن كل شريك يوكل الآخر في التصرف ويكفل دينه التجاري.

كما أن القانون المدني باعتباره الشريعة العامة تضمنت أحكام الشركات التي تخضع لها كل الشركات سواء كانت مدنية أو تجارية في المواد من 416 الى 449، وتتناول هذه المواد الأحكام العامة و أركان الشركة و ادارتها و آثارها و انقضاؤها و تصفيتها وقسمتها.

و قد عرفها المشرع الجزائري بموجب المادة 416 من القانون المدني³⁵ كما يلي: «الشركة عقد يلتزم شخصان طبيعيان أو اعتباريان أو أكثر على المساهمة في نشاط مشترك بتقديم حصة من عمل او مال أو نقد بهدف اقتسام الربح الذي قد ينتج أو تحقيق اقتصاد أو بلوغ هدف اقتصادي ذي منفعة مشتركة.

كما يتحملون الخسائر التي قد تنجر عن ذلك»

ما نلاحظه أن لفظ الشركة قانونا يطلق على شركة العقد فقط خلافا للفقهاء الإسلامي الذي يتوسع في مدلول الشركة اذ يشمل بالإضافة الى شركة العقد شركة الملك ، كما لا يعرف الفقهاء المسلمون التفرقة بين شركات مدنية وشركات تجارية فكل الشركات في نظر الفقهاء تجارية ما دام عملها يشمل البيع والشراء أو الصناعة وتقبل الأعمال وأمثال ذلك مما هو داخل في أعمال الشركة عرفا ما دام المقصود منه تحقيق الربح، وما جاء في القوانين الوضعية على أنه من أعمال التجارة فهو على سبيل التعداد لما هو موجود عند وضع القانون و ليس على سبيل الحصر فهو قابل للزيادة ولذلك اختلفت نفس القوانين ومنها القانون الجزائري في هذا التعداد.

و الشركة المدنية في أوضاعها تتفق مع الأساس الفقهي للشركات فهي عقد يقوم على التراضي و يلتزم من يتعاقد فيها بتقديم حصة من المال أو العمل و يقسم فيها الشركاء الربح و يتحملون الخسارة، فمعنى الشركة متحقق فيها، و من المقرر في القواعد الشرعية أن كل شركة تنعقد بالإيجاب والقبول بين الشركاء و ينبغي أن يتوفر في الشركاء أهلية التعاقد وأن الربح مقصود في الشركة وأنه يستحق بالمال أو بالعمل أو بالضمان والشركة المدنية لا تخرج في قواعد تكوينها عن ذلك و المساهمة لتحصيل الربح مقصود

فيها سواء أكان العمل الذي يقوم به الشركاء تجاريا أو غير تجاري فالإسلام يرى أن كل عمل يكون فيه البيع والشراء والأخذ والعطاء والتعامل والتبادل من التجارة سواء أكان في شراء البضائع أو في شراء الأراضي وبيعها أو غير ذلك.

وعلى هذا فإن الشركة المدنية تنطبق عليها أحكام شركة العنان أو شركة الأعمال أو شركة الوجوه بحسب نوع الحصص المقدمة وكيفية الاشتراك ونوعية الغرض الذي قامت الشركة من أجله، والالتزامات الواقعة على الشركاء.

ولا غرابة في ذلك إذ أنه من المعلوم أن القانون المدني الجزائري مأخوذ من القانون الفرنسي الذي أخذ مبادئه من الفقه المالكي.

2- مدى تطابق أحكام الشركات في القانون التجاري مع عقود المشاركة:

تنقسم الشركات في القانون التجاري إلى شركات بحسب الموضوع وشركات بحسب الشكل، فيما يتعلق بالشركات حسب الموضوع فهي الشركات المكونة من شريكين أو أكثر يمارسون عملا من الأعمال التجارية المنصوص عليها في القانون التجاري، وعلى هذا فإن الشركات التجارية بحسب الموضوع تنطبق عليها أحكام شركة العنان أو شركة الأعمال أو شركة الوجوه بحسب نوع الحصص المقدمة وكيفية الاشتراك ونوعية الغرض الذي قامت الشركة من أجله، والالتزامات الواقعة على الشركاء كما هو عليه الحال في الشركات المدنية.

أما الشركات التجارية بحسب الشكل فهي شركات محددة بموجب نص قانوني، إذ تنص المادة 544 من القانون التجاري: «تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها»

وبمحاولة إجراء مقارنة بين الأحكام القانونية التي تنظم هذه الشركات وعقود المشاركة يمكن أن نستخلص ما يلي:

* فيما يتعلق بشركة التضامن، هي من شركات الأشخاص تكون مسؤولية الشركاء مسؤولية تضامنية شخصية، وبذلك فالتضامن بين الشركاء خاضع لأحكام الكفالة، واذن كل واحد منهم للأخر بالتصرف خاضع لأحكام الوكالة كما هو عليه الحال في شركة المفاوضة المبنية على الكفالة والوكالة، وقد تراضى الشركاء على هذا التضامن اذ ليس فيه استغلال لأحدهم أو ظلم له³⁶.

وبذلك تشبه شركة التضامن شركة المفاوضة في الشريعة الإسلامية في كثير من أحكامها فهي تتميز بما يلي:

- يكون الشركاء مسؤولين بوجه التضامن والتكافل عن التزامات الشركة وكل اتفاق من غير ذلك لا ينفذ في حق الغير فكل شريك مسؤول بصفة شخصية عن ديون الشركة كما لو كانت ديونا عليه خاصة، ولدائن الشركة أن يطالب كل شريك متضامن بالدين اذا لم تف أموال الشركة بذلك، وكذلك شركة المفاوضة يشترط فيها ضرورة توفر أهلية الكفالة في الشركاء وهو معنى التضامن والتزام الشركاء بالمسؤولية الكاملة تجاه الشركة.

- لا تقبل حصص الشركاء الانتقال الا بإجماع الشركاء الباقين لأن الشركة قامت على المعرفة الشخصية والثقة المتبادلة بين الشركاء وهو حكم ينطبق على جميع أنواع الشركات في الشريعة الإسلامية بما فيها شركة المفاوضة.

- تنحل الشركة بوفاة أحد الشركاء ولا يجوز للورثة أن يحلوا محل الشريك المتضامن الا بموافقة باقي الشركاء وهو حكم ينطبق على جميع أنواع الشركات في الشريعة الإسلامية.

- الأ أن في شركة المفاوضة يكون الشركاء متساوين في المال الذي تصح فيه الشركة وفي التصرف في الشركة وهو ما لم ينص عليه في احكام شركة التضامن في القانون التجاري وبذلك فان شركة التضامن تنطبق عليها احكام من شركة العنان لان شركة العنان لا يشترط فيها التساوي في المالين ولا تمنع احكامها من اشتراط الكفالة في المتعاقدين³⁷.

وقد جعل الملكية من أهم مميزات شركة المفاوضة تفويض التصرف للشريكين في الغيبة والحضور وفي جميع التجارات، ورأى الحنابلة معنى شركة المفاوضة أن تجمع أنواعا من الشركات في شركة واحدة فهي على شركة العنان والاعمال والوجود.³⁸

* أما شركة المساهمة فهي الشركة التي يكون رأس مالها مقسما الى أسهم متساوية قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسؤولا عن ديون الشركة الا بمقدار حصته في رأس المال وهي من شركات الأموال ولها أحكام شركة العنان وهذا ما ذهب اليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية³⁹ الا فيما يتعلق بتحديد مسؤولية الشركاء وامتناع الفسخ من أحد الشركاء.

فيمكن أن نكيف شركة المساهمة على أنها شركة عنان اذ أن كلاهما تتكونان من شركاء يقدمون حصص لا يشترط أن تكون متساوية و يقتسمون الأرباح و يتحملون الخسائر الناتجة عن الشركة في حدود رأس مال الشركة، فمسؤولية الشركاء عن ديون الشركة محددة برأس مالها ولا تمتد الى الأموال الخاصة للشركاء.

الا أن هناك تناقض ما بين بعض أحكام شركة العنان وأحكام شركة المساهمة المنصوص عليها في القانون التجاري و التي تعتبر مخالفة لأحكام الشريعة الاسلامية اذ تقوم شركة المساهمة بإصدار سندات بالإضافة الى الأسهم و هي ديون تفترضها الشركة عند رغبتها في زيادة رأس مالها و يستفيد حامل السند من نسبة فائدة ثابتة وهذه الفائدة هي ربا محرمة في الشريعة الاسلامية خلافا لعقد العنان الذي لا يقوم على مثل هذه السندات و الا كان عقدا فاسدا، كما أن شركة المساهمة تقوم بإصدار أسهم تسمى أسهم التمتع و الأسهم الممتازة و هي أسهم غير جائزة في الشريعة الإسلامية و لا يتم التعامل بها في شركة العنان و هذا ما ذهب اليه هيئة المحاسبة و المراقبة للمؤسسات المالية الإسلامية⁴⁰، لأن اصدار أسهم ممتازة يؤدي الى قطع الاشتراك في الربح و وقوع الظلم على الشركاء الآخرين، أما بالنسبة لإصدار أسهم التمتع فان ما يأخذه أصحاب هذه الأسهم هو حقهم في الربح و لأن اطفاءها صوري و عليه يبقون مالكين لها و مستحقين عند التصفية⁴¹.

كما أنه لا يجوز في شركة العنان أن يحدد أجر ثابت للشريك المدير أو المسير مقابل عمله خلافاً للشريك المدير المسير في شركة المساهمة لأن ذلك قد يؤدي إلى ضمان رأس ماله وبذلك عدم تحميله للخسارة بقدر رأس ماله في حالة وقوعها⁴².

كما لا يجوز تحديد ربح الشركاء بمبلغ مقطوع أو نسبة من رأس المال لأنه قد يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح ولأنه لا ربح إلا بعد وقاية رأس المال.

ويشترط أن تتم الإدارة من طرف مسلمين في حال ما إذا انعقدت شركة العنان بين مسلمين وغير مسلمين مما يضمن الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في المعاملات التي تقوم بها الشركة⁴³، وهو ما لم يتم النص عليه ضمن أحكام شركات المساهمة في القانون التجاري.

* أما فيما يتعلق بشركة التوصية فقد تكون شركة توصية بسيطة أو شركة توصية بالأسهم،

فشركة التوصية البسيطة هي من شركات الأشخاص لأن شخص الشريك المتضامن ملحوظ فيها من حيث ثقة الشريك الموصي ولأن هناك اختلافاً في كيفية تحديد ملكية الشركاء فيها حيث تقدر بالحصص وهي متفاوتة وليس بالأسهم الموحدة في المقدار، وتضم شركة التوصية البسيطة شركاء متضامنون مسؤولون عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية وعلى وجه التضامن وشركاء موصين تنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الحصة التي يملكها ولا تتعدى مسؤوليته إلى أملاكه الخاصة، ويجوز تحديد مسؤولية بعض المساهمين بدون مقابل عن ذلك التحديد لمسؤوليتهم فيكون في الشركة شركاء متضامنون وشركاء محدودو المسؤولية، ولا يجوز للشركاء الموصين التدخل في أعمال الشركة والقيام بأي عمل تسيير خارجي ولو بمقتضى وكالة، ولا يسوغ قانوناً ذكر أسماءهم عند إشهارها، ويعهد بإدارة شركة التوصية البسيطة إلى أحد الشركاء المتضامين أو إلى مدير من غير الشركاء⁴⁴.

وإذا رجعنا الى قواعد الشريعة الإسلامية في شركة المضاربة نجد أن شركة التوصية البسيطة لا تخرج عن كونها نوعا من أنواع شركة المضاربة وأن قواعد شركة المضاربة تنطبق على الخصائص البارزة لشركة التوصية البسيطة ويحدد انطباق القواعد العامة لشركة المضاربة على شركة التوصية البسيطة فيما يلي:

- الشريك المتضامن في شركة التوصية هو المضارب في شركة المضاربة فكلاهما هو المتصرف في الشركة وهو المسؤول امام الغير عن الحقوق المتعلقة بها وتكون الشركة باسمه وهو الذي يتولى الظهور بها امام الغير.

- الشريك الموصي في شركة التوصية هو رب المال في شركة المضاربة فكلاهما هو الذي يقدم راس المال، اذ لم يجز المشرع الجزائري ضمن نص المادة 563 مكررا 1 من القانون التجاري ان تكون حصة الشريك الموصي عملا، وهو غير مسؤول عن التزامات الشركة الا بقدر ما قدم من راس مال الشركة ولا يضمن للدائنين المتعاملين مع الشركة حقوقهم وفي حالة الخسارة لا يخسر الا راس ماله فقط، وبذلك هم بمثابة أرباب المال في المضاربة.

- كل من رب المال او الموصي لا يتدخل في إدارة الشركة ولا يسأل عن تصرفه فيها الا اذا اذن له المضارب او الشريك المتضامن في التدخل والاصل انه لا يجوز له ذلك وهذا موضع اتفاق بين الشريعة والقانون.

- القاعدة في الربح انه على حسب الاتفاق بين المتشاركين في شركة المضاربة والخسارة المالية على رب المال ولا يسال المضارب عن الخسارة في الشركة اذا كانت نتيجة التصرف الذي هو من حقه فيها، اما اذا كان فيما ليس من حقه ان يتصرف فيه كأن نص على منعه من تصرف معين او تصرف في امر خارج عن اعمال الشركة فيضمن حينئذ المال الذي خسرتة الشركة وهذا حكم شرعي ينطبق على الربح والخسارة والضمان في شركة التوصية البسيطة.

- القاعدة في التصرف الشرعي في شركة المضاربة و الشركات عموما ان كل ما هو عادة التجار ان يتصرفوا فيه جاز للمضارب ان يتصرف فيه في المضاربة المطلقة وهذه القاعدة تنطبق على الإدارة في شركة التوصية البسيطة.

- نص الفقهاء في نوع المضاربة المطلقة أنه لا يجوز للمضارب أن يقوم ببعض التصرفات بأموال الشركة كالإستدانة على مال المضاربة و الإقراض من مالها إلا بإذن صاحب رب المال وهذا نفسه مقرر في شركة التوصية، إذ لا يجوز أن يتصرف الشريك المتضامن تصرفا يؤدي إلى زيادة في راس المال أو نقصان منه إلا إذا كان هذا التصرف متفقا عليه أو منصوصا عليه في عقد الشركة أو نظامها.

و بذلك ما يمكن أن نستنتجه بالنسبة لشركة التوصية البسيطة و عقد المضاربة فبالرغم من ان المرجعية التاريخية بين العقدين مشتركة الا ان الاضافات الوضعية التي لحقت بالتوصية البسيطة فرقت بينهما و تتمثل عموما هذه الفروق فيما يلي:

- من حيث الاطراف تتكون شركة التوصية البسيطة من طرفين شركاء متضامنون و شركاء موصون بينما عقد المضاربة يتكون من اصحاب اموال من جانب اصحاب عمل من جانب اخر.

- من حيث راس المال يتكون راس مال شركة التوصية البسيطة من حصص نقدية او عينية او من عمل يشترك فيها الاطراف فيما بينهم اما في عقد المضاربة فتكون راس مالها من حصص نقدية من جانب صاحب المال و حصة من عمل من جانب المضارب.

- من حيث الاثار ان مسؤولية الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة مسؤولية تضامنية و شخصية و مطلقة عن ديون الشركة بينما مسؤولية صاحب المال محددة بحصته في المضاربة.

- يتحمل الخسارة كل اطراف العقد في شركة التوصية البسيطة بينما يتحمل الخسارة المالية في عقد المضاربة صاحب المال.

* أما شركة التوصية بالأسهم هي من شركات الأموال والاككتاب فيما يكون بالأسهم المتماثلة في المقدار وتضم شركاء متضامين وشركاء موصين، الشركاء المتضامنون مسؤولون عن التزامات الشركة في أموالهم الشخصية وعلى وجه التضامن وهم في حكم المضارب بعمله المشارك بماله والشركاء الموصون تنحصر مسؤولية كل منهم في حدود الأسهم التي يملكها ولا تتعدى مسؤوليته الى أملاكه الخاصة وهم في حكم أرباب المال في المضاربة، ويجوز تحديد مسؤولية بعض المساهمين بدون مقابل عن ذلك التحديد لمسؤوليتهم فيكون في الشركة شركاء متضامنون وشركاء محدودو المسؤولية، ولا يجوز للشركاء الموصين التدخل في أعمال الشركة بل لا يسوغ قانونا ذكر أسمائهم عند اشهارها، أما إدارة الشركة يعهد بها الى أحد الشركاء المتضامين أو الى مدير من غير الشركاء ولا يحق للشركاء الموصين إدارة الشركة.

وتوزع الأرباح بحسب المساهمة مع استحقاق الشركاء المتضامين حصة شائعة معلومة زائدة من الربح في مقابل عملهم أما الخسائر فلا يسأل عنها الشركاء الموصون الا بنسبة حصصهم في رأس مال الشركة ويسأل عنها الشركاء المتضامنون بغير تحديد، ولا يجوز اشتراط أرباح بنسبة من رأس المال او بمبلغ مقطوع للشريك الموصي.

- يجوز تقييد المضاربة بزمن او بمكان او بعمل معين او بجنس من البضائع وهي المضاربة المقيدة عند الأحناف وذلك مقرر في شركة التوصية البسيطة اذا اتفق الشركاء على ذلك لان القاعدة القانونية هي ان العقد شريعة المتعاقدين.

- أجاز الفقهاء ان يتعدد رب المال كما اجازوا ان يتعدد المضارب وهذا ينطبق على التوصية البسيطة ففيها يجوز تعدد الشركاء المتضامين او الشركاء الموصين، وفي حالة تعدد الشركاء المتضامين تكون الشركة فيما بينهم شركة اعمال لانهم يقومون بعمل واحد ويقسمون ما يخصهم من الأرباح بحسب الاتفاق وتكون الشركة بين الشركاء الموصين شركة مضاربة.

- مما تتفق فيه شركة المضاربة وشركة التوصية هو فساد الشرط الذي يقضي بضمنان ارجاع راس المال الى رب المال لان هذا يشبه شرط الأسد في الربح ويتنافى مع معنى الشركة و اذا اتفق الشركاء على ذلك فسد الشرط عند الأحناف وبطلت الشركة عند غيرهم وصار قرضاً لا حق لرب المال في الربح اذا ربحت الشركة.

وبذلك فان شركة التوصية البسيطة تتفق مع الأساس الفقهي للشركات وخاصة عقد المضاربة.

* أما شركة المحاصة فيمكن تعريفها على انها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان او اكثر بان يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال او من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح او خسارة⁴⁵ وتتميز شركة المحاصة بإخفائها عن الجمهور كما ان شخصيتها المعنوية ، غير موجودة فهي شركة مؤقتة كالتى تنشأ لإبرام صفقة معينة تنتهي بانتهائها وتصفى الأرباح عقبها و الذي يبرز في شركة المحاصة هو شريك واحد يتعامل في الظاهر باسمه وتبقى شخصية الشريك الثاني مستترة.

شركة المحاصة يطبق عليها التعريف الوارد في شركة العنان و هي مدرجة ضمن شركات الأشخاص لمراعاة شخص الشريك من حيث الملاءة و المسؤولية في أمواله الشخصية، ليس لشركة المحاصة شخصية معنوية لاستتارها عن غير الشركاء وليس لها ذمة مالية مستقلة، و بذلك لا تختلف شركة المحاصة في تكييفها و احكامها عن شركة العنان، الشركاء متضامنون و مسؤولون عن التزامات شركة المحاصة حتى في أموالهم الخاصة ، و عقد شركة المحاصة غير لازم اذا اتفق الشركاء على تحديد مدة لها فعليهم الالتزام بذلك و يحق لاحد الشركاء الفسخ بشرط اعلام بقية الشركاء و عدم الاضرار بهم او بالمعاملين مع الشركة و يتم انهاء مشاركته طبقاً لتنضيم موجودات الشركة حقيقة او حكماً⁴⁶.

الأن هذا النوع من الشركات لا تشبه شركة بعينها ولا تخضع لنوع واحد من أنواع الشركات وذلك في حالة ما اذا احتفظ الشركاء بملكية حصصهم و استثمار كل منهم حصته منفرداً في حدود الغرض الذي اتفق عليه ثم يقتسمون الأرباح والخسائر، او

في حالة نقل الشركاء حصصهم الى احد الشركاء لاستثمارها بالاتفاق لمصلحة الشركاء ثم توزع الأرباح و الخسائر عليهم بنسبة حصصهم في راس المال ويكون الشريك هو المسؤول امام الغير و يطالبه الدائنون بالدين و يحجزون على جميع راس المال لانها أصبحت ملكا له.

ويمكن تكييف شركة المحاصة على انها احد انواع عقود المشاركة الإسلامية في الحالات التالية:

- اذا احتفظ كل من الشركاء بملكية حصته و اتفقوا على تسليمها لأحدهم لاستثمارها لمصلحتهم على أن يتقاسموا الربح او الخسارة فيما بينهم بحسب الاتفاق او الحصة وفي هذه الحالة يصح لكل منهم ان يسترد حصته اذا افلس الشريك المتصرف ويدخل كل منهم حصته في التفليسة و اذا كانت من المثليات دخل بوصفه دائما عاديا يخضع لقسمة الغرماء و لا يصح للغرماء التنفيذ على حصص الشركاء، وهذا النوع من الشركة يخضع لقواعد شركة المضاربة و العنان فالمال يقدم من اربابه الى احدهم فهو مضاربة و يكون الشريك المتصرف مضاربا لكنه لما كان متقدما بجزء من راس المال فهو شريك عنان كذلك، و اذا تصرف بعض الشركاء معه في إدارة الشركة كانت الشركة أيضا شركة عنان بينهم، أما الشركاء الذين قدموا أموالهم حصة في الشركة ولم يتصرفوا كما هو طبيعة شركة المحاصة فالشركة بالنسبة اليهم شركة مضاربة، وقد أجاز الحنابلة أن يجتمع في الشركة الواحدة نوعان أو أكثر من أنواع المشاركة، وهو نوع من أنواع شركة المفاوضة الجائزة عندهم.

- ان يتفق الشركاء على ان تكون الحصة شائعة الملكية بين الشركاء و يصبح كل واحد من الشركاء مالكا لحصته على الشيوع و قد رأى القانون ان تطبق عليهم أحكام الشيوع و يتبع عند حل الشركة احكام القسمة التي نص عليها القانون المدني، و بذلك فهو يخضع لقواعد شركة العنان لأن كل واحد من الشركاء قد قدم حصته للشركة و اختلطت الحصة بحيث أصبحت شائعة الملكية، ثم وكل الشركاء أحدهم بالتصرف في إدارة الشركة و هذا جائز شرعا فكانت شركة عنان⁴⁷

وفي مجال مقارنة عقد المضاربة بشركة المحاصة يرى الأستاذ وهبة الزحيلي 48 أن شركة المحاصة تميل الى عقد المضاربة وهذا للأسباب التالية:

- ان راس مال المحاصة المقدم من طرف مساهمين مختلفين يماثل راس مال المضاربة.

- ان عملية تقديم المال الى الشريك الظاهري بعمله مضاربة بحيث ينوي من ورائها اصحابها تحقيق الربح.

- ان الشريك المتصرف في شركة المحاصة هو شريك مضارب باموال الشركاء المستترين.

- يعتبر الشريك المتصرف في شركة المحاصة مضارب بعمله وهو بهذا يماثل وضعية المضارب في عقد المضاربة.

ورغم ذلك يخالف الأستاذ عجة الجيلالي 49 كون عقد المضاربة هو شركة محاصة للأسباب التالية:

- ينقسم رأس مال شركة المحاصة الى قسمين قسم يساهم به الشركاء المستترون وقسم يساهم به الشركاء المتصرفون على عكس عقد المضاربة التي يكون فيها المال من جانب و العمل من جانب اخر.

- ان الشريك المتصرف لا يمكن اعتباره مضاربا بالمفهوم الشرعي لكونه يحمل الخسارة في حالة وقوعها على عكس المضارب في عقد المضاربة الذي لا يتحمل الخسارة المالية للمضاربة وانما يقع عبؤها على صاحب المال.

- لا يعتبر المساهم في ادارة شركة المحاصة مضارب بعمله وانما شريك براس ماله.

و خلاصة القول ان عقد المضاربة هو عقد متميز يقع بين شركات الاموال وشركات الاشخاص وهو بحق كما عبر عنه احد الفقهاء الهدية الممتازة للفقهاء الاسلامي الى الانظمة القانونية المعاصرة بحيث انه يجمع بين الاعتبار المالي في تقديم راس المال

وتحديد المسؤولية بقدر هذا المال والاعتبار الشخصي الذي يظهر في مساهمة المضارب بحصة من عمل كما يحقق عقد المضاربة التوازن في توزيع الخسائر بين اطراف العقد حيث يخسر صاحب المال ماله ويخسر المضارب جهده وعمله⁵⁰.

* أما الشركة ذات المسؤولية المحدودة فتخضع لأحكام من شركة العنان وأحكام من شركة المضاربة، فتقديم الحصة نقدا أو عينا كما عليه الحال في شركة العنان ، وتحديد مسؤولية الشركاء بمقدار حصصهم متفق مع قواعد شركة المضاربة اذ أن رب المال فيها لا يسأل الا بما قدم من رأس مال، الا أنهما يختلفان فيما يلي:

- مسؤولية المدير في الشركة ذات المسؤولية المحدودة هي مسؤولية تضامنية وشخصية مطلقة بينما مسؤولية المسير في عقد المضاربة وهو المضارب هي مسؤولية محدودة بقيمة رأس المال كما أنه لا يتحمل الخسارة وانما يتحملها صاحب المال.

- الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة يتحمل الخسارة بحسب حصته في رأسمال الشركة اما في عقد المضاربة فكل الخسارة يتحملها صاحب المال بينما يخسر المضارب جهده وعمله.

3 - مدى استيعاب قانون النقد والقرض لعقود المشاركة الإسلامية:

قانون النقد والقرض هو القانون الذي ينظم الأعمال المصرفية في الجزائر وعلى جميع المصارف سواء كانت تقليدية أو اسلامية الالتزام بأحكامه، لكن الشيء الذي نلاحظه من خلال استقراء نصوص هذا القانون⁵¹ أنه لم يأخذ بعين الاعتبار خصوصية العمل المصرفي الاسلامي كما أنه لم يشر الى أي عقد من عقود التمويل المطبقة في المصارف الاسلامية ما عدا المادة 74 التي أشارت الى جواز مساهمة البنوك في رؤوس أموال الشركات، لكن بالمقابل لا يوجد ضمن نصوص هذا القانون ما يمنع من استعمال البنوك الإسلامية صيغ عقود المشاركة في عمليات التمويل التي تقوم بها، وبذلك فان الأحكام المنظمة لعقود المشاركة ينظمها المصرف الاسلامي بنفسه في قانونه الأساسي وفقا لأحكام الشريعة الاسلامية ويتم طبعها وفق عقود نموذجية، مع وجود رقابة يقوم

بها المراقبين الشرعيين على مستوى البنوك الإسلامية للتأكد من مطابقة العمليات التي يقوم بها البنك مع الشروط الشرعية⁵².

وخلاصة القول بعد اجراء المقارنة بين أحكام عقود المشاركة والقانون الجزائري نجد أنه رغم وجود بعض الاختلافات و التناقضات بين أحكام الشركات في القانون التجاري و أحكام عقود المشاركة و شروطها في الشريعة الإسلامية، إذ أن أساس المعاملات المالية الإسلامية خلوها من الربا غير ان الشركات في القانون التجاري لا تخلو منه خاصة فيما يتعلق بأنواع السندات المكونة لرأس المال وكذا كيفية اقتسام الأرباح و الخسائر، كما أن أهداف الشريعة الإسلامية بوضعها لقيود على الاشتراك منع الاستغلال و حماية الصالح العام و ضبط تحقيق الربح الشخصي على حساب المصلحة العامة، و حتى وان اختلفت التسميات و الألفاظ المعبرة عن هذه العقود ما بين الأصل الفقهي الإسلامي و النصوص القانونية الا اننا نلمس تشابها عميقا من حيث الموضوع و ان اختلفت بعض الاحكام، ما يدفعنا للقول بأن الأساس المرجعي لعقود الشركات في القانون الوضعي الجزائري هو أحكام الشريعة الإسلامية خاصة و أن القانون الجزائري و على الأخص القانون المدني مأخوذ من القانون الفرنسي الذي أخذ أحكامه و مبادئه من الفقه المالكي، مع وجود إضافات و ضعية أدت الى اختلاف الأحكام القانونية مع الاحكام الشرعية، و على اعتبار أن الشريعة الإسلامية هي أحد مصادر القانون الجزائري نأمل أن يرجع المشرع الجزائري عند سنه للنصوص القانونية لأحكام الشريعة الإسلامية بمساعدة مختصين حتى تكون النصوص القانونية كاملة لا يشوبها نقص اقتداءا بكمال النصوص الشرعية التي لا يشوبها أي نقص او غبن او ظلم لا للفرد ولا للجماعة.

الهوامش:

1 - تنص المادة 2 من الدستور الجزائري: «الاسلام دين الدولة».

2 - Mostapha Settaf, le système d'économie Islamique, mémoire de DES, Université de Rennes, faculté des sciences économique et d'économie appliquée à la gestion, octobre 1972, p45

3 اذ أن الشريعة الاسلامية لا تميز بين الاعمال المدنية والاعمال التجارية خلافا للنصوص القانونية، -

فوفقا لأحكام الشريعة الاسلامية كل ما ينتج ربحا يعتبر تجرا أي عملا تجاريا.

4 - وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي و أدلته، دار الفكر، دمشق، 1985، ط2، ص792.

5 - نفس المرجع، ص 793 .

6 - أبو بكر جابر الجزائري، منهاج المسلم، ديوان المطبوعات الجامعية، 1988، ص 358

7- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 794 .-

8- نفس المرجع، ص 794.

9 - فارس مسدور، التطبيقات المعاصرة لتقنيات التمويل بلا فوائد لدى البنوك الاسلامية - نموذج بنك البركة الجزائري - رسالة ماجستير، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2001-2002، ص 81.

10 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 794.

11 - عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار

البشير، عمان، ص 11.

- 12 - فارس مسدور ، مرجع ساق، ص 81.
- 13 - فارس مسدور ، مرجع سابق، ص 81.
- 14 - سليمان ناصر، علاقة البنوك الإسلامية بالبنوك المركزية، أطروحة دكتوراه، كلية العلوم الاقتصادية والعلوم التجارية وعلوم التسيير، جامعة الجزائر، 2004 - 2005، ص 72.
- 15 - حسن عبد الله الأمين ، المضاربة الشرعية و تطبيقاتها الحديثة ، المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب ، جدة ، 2000، طبعة 3، ص 19.
- 16 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 837.
- 17 - محمد طموم، المضاربة في الشريعة الإسلامية، مجلة الحقوق و الشريعة، جامعة الكويت، ج1، العدد1،[ناير 1977، ص 221.
- 18 - عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 11.
- 19 - في تفصيل ذلك راجع: عائشة الشرقاوي، البنوك الإسلامية . التجربة بين الفقه والقانون و التطبيق . المركز الثقافي العربي، بيروت، المغرب، دون سنة نشر، ص 285 وما يليها.
- 20 - سليمان ناصر، تطوير صيغ التمويل قصير الاجل للبنوك الإسلامية، مذكرة ماجستير، معهد العلوم الاقتصادية، جامعة الجزائر، 1997، -، 1998 ص 71.
- 21 - المعايير الشرعية، هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، 2010، ص 207.
- 22 - خلف بن سليمان النمري، شركات الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، مؤسسة شباب الجامعة، مصر، 2000، ص 153.
- 23 - نفس المرجع، ص 157.

- 24 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 163.
- 25 - فادي محمد الرفاعي، المصارف الاسلامية، منشورات الحلبي، بيروت، 2004، ط1، ص 120.
- 26 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 165.
- 27 - فادي محمد الرفاعي، مرجع سابق، ص 122.
- 28 - خلف بن سليمان النمري، مرجع سابق، ص 157.
- 29 - نفس المرجع، ص 124.
- 30 - مصطفى كمال السيد طایل، القرار الاستثماري في البنوك الاسلامية، مطابع غباشي، مصر 1999 ص 193.
- 31 - نفس المرجع، ص 191.
- 32 - العقد غير المسمى هو ما لم يخصصه القانون باسم معين ولم يتول تنظيمه، فيخضع في تكوينه وفي الآثار التي تترتب عليه للقواعد العامة التي تقررت لجميع العقود، في تفصيل ذلك راجع عبد الرزاق أحمد الصنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 130.
- 33 - انظر البند 10 من نموذج عقد المشاركة في بنك السلام.
- 34 - نظم المشرع الجزائري أحكام الوكالة ضمن المواد 571-589 من القانون المدني، كما نظم أحكام الكفالة ضمن المواد من 644-673 من نفس القانون.
- 35 - الأمر رقم 75/58 المؤرخ في 20 رمضان 1359 الموافق 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- 36 - عبد العزيز الخياط، مرجع سابق، ص 235.

- 37 - نفس المرجع، ص 135.
- 38 - نفس المرجع، ص 128.
- 39 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 167.
- 40 - نفس المرجع، ص 168.
- 41 - قرار مجمع الفقه الاسلامي الدولي 63(1/7).
- 42 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 176.
- 43 - نفس المرجع، ص 163.
- 44 - نفس المرجع، ص 170.
- 45 - علي حسن يونس، الشركات التجارية، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 297.
- 46 - المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 171.
- 47 - عبد العزيز الخياط مرجع سابق، ص 149.
- 48 - وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 880.
- 49 - عجة الجيلالي، عقد المضاربة (القراض) في المصارف الاسلامية بين الفقه الاسلامي و التقنيات المصرفية، دارالخلدونية، الجزائر، 2006، ص 353.
- 50 - نفس المرجع، ص 354
- 51 - القانون رقم 11/03 المتعلق بالنقد والقرض المؤرخ في 26 غشت 2003.
- 52 - في تفصيل ذلك راجع: أمال زقاري، عقد المشاركة في المصارف الاسلامية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2010 - 2011، ص 110 وما يليها.