

الجوانب القانونية لتطبيق عقد المراجعة

جمال عطية

أستاذ زائر - جامعة قطر - قطر

المستخلص : يلقي هذا البحث الضوء على مشكلات قانونية تعترض تطبيق عقد المراجعة بوصفه صيغة تمويلية تستخدمها المصارف الإسلامية على نطاق واسع.

ومن أهم تلك المشكلات مسألة تملك المصرف للسلع التي يتم تمويلها، وهو ما يتطلبه عقد المراجعة شرعاً وتمنعه القوانين المصرفية في كثير من البلاد.

وعندما تستثنى المصارف الإسلامية من بعض القوانين المصرفية المتعارضة مع الشريعة الإسلامية، تصبح العديد من العقود التي يستخدمها المصرف غير مغطاة بنظام قانوني تفصيلي. وبين البحث أن الاعتماد حينئذ على إحالة عامة إلى الفقه الإسلامي لا تزيل هذه المشكلة لأن الفقه ينطوي على آراء متعددة ومختلفة.

كما تعرض البحث إلى اختلاف التزامات وحقوق المصرف في حالة استخدامه الاعتماد المستندي التقليدي بالمقارنة مع حالة استخدام عقد المراجعة.

ويختتم البحث باقتراحات لمعالجة المشكلات التي أثارها، وهي اقتراحات بعضها يتطلب تعديلات قانونية، والآخر يمكن أن تقوم به البنوك الإسلامية نفسها.

يمثل عقد المراجعة أبسط صور التعامل وأكثرها انتشاراً بين البنوك الإسلامية.

ويختص هذا البحث بدراسة الجوانب القانونية لتطبيق هذا العقد، وسنرى من خلال بحث

الصعوبات القانونية التي تعترض تطبيقه مدى أهمية الدراسات القانونية لأنشطة البنوك الإسلامية

الأخرى والتي تعتبر أكثر تعقيداً ومخاطرة من عقد المراجعة.

ونبدأ ببيان إجمالي للصعوبات، ثم نبحثها تفصيلاً من خلال ثلاث صور رئيسة لتطبيق عقد المراجعة بواسطة البنوك الإسلامية، ثم نختم بتقديم بعض المقترحات.

أولاً: الصعوبات إجمالاً

نكتفي هنا بالإشارة إلى صعوبتين رئيسيتين مرجئتين البحث التفصيلي في الصور التطبيقية لعقد المراجعة، وبيان باقي الصعوبات.

(أ) وتمثل الصعوبة الأولى الرئيسة في التناقض الأساسي القائم بين ممارسة البنوك الإسلامية لبيع المراجعة وبين قواعد النظام المصرفي التي تحرم على البنوك القيام بالأنشطة التجارية وتملك السلع وتداولها ولا تبيح لها إلا التعامل بالفائدة أخذاً وعطاء مع المودعين من ناحية ومع المقترضين من ناحية أخرى.

- الشريعة الإسلامية التي تنطلق على أساسها البنوك الإسلامية في مختلف أنشطتها- تقرر "وأحل الله البيع وحرم الربا" بينما القوانين المصرفية تقرر العكس تماماً أي تحل الربا وتحرم البيع على البنوك.

- هذا هو التناقض الأساسي.

وخروجاً من هذا التناقض كان لابد من إعفاء البنوك الإسلامية التي صرح بقيامها من الخضوع للقوانين المصرفية حتى تباشر نشاطها وفقاً للشريعة الإسلامية. ولا يتم الإعفاء من القانون إلا بقانون مثله، ولذلك صدرت تراخيص هذه البنوك بمقتضى قوانين ولم يكتف بصدر قرار من السلطة الحكومية المختصة في كل بلد بالتصريح للبنوك بمزاولة أعمالها.

وبقيت البنوك الإسلامية التي قامت دون قانون خاص يعفيها من الخضوع للقوانين المصرفية- سواء داخل العالم الإسلامي أو خارجه- واقعة في هذا التناقض الأساسي، وبالتالي معرضة دائماً لتدخلات سلطات الرقابة على البنوك لمنعها من مزاولة أي نشاط مخالف للقوانين المصرفية وحصراً بالتالي في نطاق الأنشطة القليلة الخالية من الربا والمصرح للبنوك القيام بها كالخدمات المصرفية على سبيل المثال.

(ب) قدمنا أن البنوك الإسلامية التي قامت بقانون خاص يعفيها من الخضوع للقوانين المصرفية قد سلمت من هذا التناقض الأساسي، ولكنها لم تسلم من آثار هذا الحل المبتور، إذ كان

المفروض عند إعفاء البنك الإسلامي من قانون معين أن يوضع له قانون آخر يحدد له إطار التعامل وهذا ما لم يحدث، أي أن الصعوبة الثانية هي عدم تحديد القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك الإسلامية، ولا بد هنا من وقفة تفصيلية، فقد يقول قائل إن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق، وهذا هو مبرر قيام هذه البنوك، والتي تنص نظمها الأساسية على تطبيق الشريعة الإسلامية. وهذا القول فيه تسرع من ناحيتين:

١- أن الإعفاء الذي نصت عليه القوانين المنشئة للبنوك الإسلامية قد اقتصر على إعفائها من القوانين المصرفية، وبعضها قد مد الإعفاء ليشمل قوانين التعامل بالنقد الأجنبي وقوانين الضرائب، ولكن أياً منها لم ينص على إعفاء البنوك الإسلامية من القوانين المدنية والتجارية وغيرها من قوانين الدولة، وبالتالي فمازالت هذه القوانين سارية المفعول بالنسبة للبنوك الإسلامية.

ولا تقتصر الصعوبة هنا في أن هذه القوانين تنص على فوائد اتفاقية وفوائد قانونية، وإنما تمتد إلى تنظيم العقود والشركات والعمليات التجارية، والذي يهتما في هذا البحث هو وجود تنظيم لعقد البيع في كل من القوانين المدنية والتجارية، وبالتالي يكون هناك تنازع قوانين بين هذه التنظيمات وما تشمله من أحكام من ناحية، وبين أحكام الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى.

قد يقال كذلك لحل هذا الإشكال إن العقد شريعة المتعاقدين، وإن تضمن النظام الأساسي للبنك الإسلامي لنص تطبيق الشريعة الإسلامية، وكذلك تضمين العقود التي تبرمها البنوك الإسلامية مع عملائها لمثل هذا النص، كفيل باستبعاد تطبيق القوانين الوضعية - وهذا صحيح - مع التحفظ الذي سنشير إليه في الفقرة ب ٢ التالية - بالنسبة للنصوص المفسرة والمكملة في هذه القوانين، أما النصوص الآمرة فالقاعدة أنها لتعلقها بالنظام العام فلا يعتد باتفاق الطرفين على خلافها أو على استبعادها، ومن أمثلة ذلك الأحكام المتعلقة بالإجراءات كتعليق نقل الملكية على التسجيل في السجل العقاري، وأحكام مدد السقوط والتقدم وغيرها.

- ولا يقتصر الأمر على القواعد الملزمة في القوانين الوضعية، بل إن البنوك الإسلامية تقبل مختارة - بشكل ضمني - بعض التنظيمات الوضعية كالتعامل بالشيكات وبالاعتمادات المستندية مثلاً، و لكلا الأمرين أحكام تنظمها سواء على الصعيد الداخلي أو على الصعيد الدولي كالأعراف والاتفاقيات الدولية والنظم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية في باريس وغيرها.

٢- ثم إن القول بأن الشريعة الإسلامية هي القانون الواجب التطبيق لا يحل المشكلة من الناحية العملية، فالمعروف أن للمذاهب الفقهية المتعددة آراء متعارضة في كثير من المسائل، بل إن الخلافات موجودة داخل المذهب الواحد، بحيث إن النص على مذهب بعينه لا يحل المشكلة، ومن المعروف أن هذه الخلافات تعد بالعشرات، سواء في الأحكام العامة للعقود عامة أو لعقد البيع خاصة، ونكتفي هنا بالإشارة إلى ثلاثة أمثلة من الخلافات في عقد المراجعة بالذات:

- ١- ما يعد من رأس المال وما لا يعد: يراجع خلاف أبي حنيفة ومالك وأبي ثور.
- ٢- سعر الصرف الذي يحتسب به رأس المال: يراجع رأي مالك والليث واختلاف أصحاب مالك في الموضوع.
- ٣- حكم ما وقع من الزيادة أو النقصان في خبر البائع بالثمن: يراجع خلاف أبي حنيفة وزفر ومالك والثوري وابن أبي ليلى وأحمد.

يراجع جميع ذلك في بداية المجتهد لابن رشد، ج٢، ص ٢١٢-٢١٣، والمغني لابن قدامة ج٤، ص ١٧٩-١٨٧.

وعلاج هذا التعدد في الآراء الفقهية يكون بأحد أمرين:

- ١- إما بالنص على الأخذ بالرأي الراجح في مذهب بعينه -مع صعوبة تبين هذا الرأي في بعض الحالات- أو باختيار رأي فقيه بعينه ولو كان رأيه مرجوحاً في مسألة محددة.
- ٢- وإما بالنص على الحكم نفسه -دون الاكتفاء بالإشارة إلى المذهب أو الفقيه- أي بوضع أحكام مفصلة لكل عقد تعني عن الرجوع إلى مصدر آخر وتحل بالتالي مشكلة عدم تحديد القانون الواجب التطبيق، كما تزيل الجهالة الناشئة عن ترك الأمور غير محددة كما هو الوضع الحالي. ويبقى بعد ذلك -ورغم هذا التحديد- احتمال أن يكون العقد مخالفاً لنص آخر في القوانين المدنية والتجارية، الأمر الذي لا يحله سوى تعديل هذه القوانين لإزالة هذا التعارض إذا كان غير مرغوب فيه من الناحية الشرعية، كمسألة الفوائد مثلاً أو التزام البنوك الإسلامية بالنص الآخر كمسألة التسجيل مثلاً.

٣- بقيت حالة البلاد التي تم فيها تقنين الشريعة الإسلامية بصورة أو بأخرى، وبالتحديد حيث استمدت أحكام بيع المراجعة من الشريعة، ونص عليها بصورة موجزة وإن كانت المعاملات المصرفية مازالت قائمة على أساس الفائدة، ففي مثل هذه الحالات تطبق أحكام عقد المراجعة كما

نص عليها في القانون وتكمل - فيما لم ينص عليه - من أحكام الفقه الإسلامي، وفقاً للترتيب الذي نص عليه القانون كذلك. أما أحكام التعامل بالفائدة فيكون البنك الإسلامي معفى من الخضوع لها بحكم إعفائه من الخضوع للقوانين المصرفية، (إلا إذا كان غير معفى فيظل وضعه بحاجة إلى إعفاء خاص بقانون) ولكنه يظل بحاجة إلى حماية خاصة بديلة، كما في حالة مماثلة المدنين له في السداد مثلاً. وسنعود إلى مزيد بيان لهذه الحالات. ونكتفي بهذا القدر في بحث الصعوبات، وننتقل إلى صور التطبيق.

ثانياً: صور التطبيق

تأخذ المراجعة - في ممارسات البنوك الإسلامية - عدة صور أهمها ثلاثة هي التي نحصر فيها بحثنا هنا وهي:

١ - صورة المراجعة الداخلية حيث يشتري البنك السلعة من داخل البلد ويبيعها إلى عميل داخل نفس البلد.

٢ - صورة المراجعة الخارجية من خلال فتح اعتماد حيث يشتري البنك السلعة من خارج بلده مستخدماً طريقة الاعتماد المستندي ويبيعها إلى عميل داخل البلد.

٣ - صورة المراجعة الخارجية بواسطة وكيل مراسل حيث يشتري البنك السلعة من الخارج ويبيعها في الخارج كذلك، وغالباً ما يتم ذلك في السوق الدولية. وتتناول كلاً من هذه الصور بالتفصيل:

(أ) المراجعة الداخلية

تثير صورة المراجعة الداخلية - إلى جانب مشكلة القانون الواجب التطبيق - عدة مشاكل قانونية نكتفي هنا بأن نبحث منها مسألة الوعد بالبيع ومسألة العربون ومسألة مماثلة المدنين ومسألة الرسوم.

١ - القانون الواجب التطبيق: سبق أن أشرنا إليها بصورة إجمالية، ونوضح هنا بعض أمثلة تطبيقية من البلاد التي قامت بتقنين مدني مستمد من الشريعة الإسلامية.

الأردن: نص القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م في المادة، ٤٨٠ منه على أنه:

١ - يجوز البيع بطريق المراجعة أو الوضعية أو التولية إذا كان رأس المال المبيع معلوماً حين العقد وكان مقدار الربح في المراجعة ومقدار الخسارة في الوضعية محددًا.

٢- إذا ظهر أن البائع قد زاد في بيان مقدار رأس المال فللمشتري حظ الزيادة.
 ٣- وإذا لم يكن رأس مال المبيع معروفاً عند التعاقد فللمشتري فسخ العقد عند معرفته وكذا الحكم لو كتّم البائع أمراً ذا تأثير في المبيع أو رأس المال. ويسقط خياره إذا هلك المبيع أو استهلك أو خرج من ملكه بعد تسلمه.

هذا كل ما ورد في القانون المدني الأردني عن بيع المراجحة، وأمام هذا الإيجاز يثور التساؤل: كيف نسد هذه الثغرة؟ هنا نجد المادة ٢ من نفس القانون قد حددت الطريق بنصها على أنه:
 ١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النص.

٢- فإذا لم تجد المحكمة- نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم يوجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب. أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

٤- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على ألا يتعارض مع ما ذكر.. فهنا نجد أن المشرع قد رتب مصادر القانون على النحو التالي:

- القانون.
- الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون.
- مبادئ الشريعة الإسلامية (لعله يقصد القواعد العامة).
- العرف.
- قواعد العدالة.
- ما استقر عليه القضاء والفقه (لعله يقصد الفقه المعاصر تمييزاً له عن الفقه الإسلامي أي التقليدي القديم) على سبيل الاسترشاد.

الكويت: نص القانون المدني رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م في المادة ٤٦٢ على أنه:

١- يجوز البيع تولية أو إشراكاً أو مراجحة أو وضعية، إذا كان الثمن الذي اشترى به البائع معلوماً وقت العقد، وكان مقدار الربح في المراجحة ومقدار الخسارة في الوضعية محددًا.

٢- فإذا ثبت أن الثمن الذي اشترى به البائع أقل مما ذكره، كان للمشتري أن يتمسك بالثمن الحقيقي.

٣- ويعتبر تدليلاً كتمان البائع ملابسات أحاطت بشرائه إذا كان من شأنها أن تؤثر في رضا المشتري.

هذا كل ما ورد في القانون المدني الكويتي عن بيع المراجعة، وأمام هذا الإيجاز ينور أيضاً التساؤل: كيف نكمل هذه الثغرة؟ هنا نجد أن المادة (أ) من نفس القانون قد حددت الطريق بنصها على أنه:

- ١- تسري النصوص التشريعية على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو بمفهومها.
 - ٢- فإن لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإن لم يوجد عرف، اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد ومصالحها.
- فهنا نجد أن المشرع الكويتي قد قدم العرف على الفقه الإسلامي، ووجه القاضي إلى أن يختار من الفقه ما يناسب ظروف البلاد.

السودان: نص قانون المعاملات المدنية لسنة ١٩٨٤م في المادة ١٨٦ منه على أنه:

- ١- يجوز البيع بطريقة المراجعة أو التولية أو الإشارك أو الوضعية.
- ٢- المراجعة بيع يزداد فيه قدر معلوم من الربح إلى الثمن الأصلي، والتولية بيع يمثل الثمن الأصلي، والإشارك تولية بعض المبيع بما يقابله من الثمن الأصلي، والوضعية بيع ينقص فيه قدر معلوم من الثمن الأصلي.
- ٣- يجب في البيوع المذكورة في البند (١) أن يكون الثمن الأصلي معلوماً، ويعتبر تدليلاً لإدلاء البائع ببيان على خلاف الحقيقة، أو كتماناً لأمر ينقص من مقدار الثمن، أو من قيمة المبيع، إذا كان من شأن ذلك أن يؤثر في رضا المشتري بالصفقة.

- وقد نص نفس القانون في المواد ٣، ٥، ٦ على طريقة إكمال النقص في القانون:

- ٤- تسترشد المحاكم في تطبيق نصوص هذا القانون وتفسير الكلمات والعبارات الواردة فيه، وكذلك في حالات غياب النص بالمبادئ الشرعية، وتتبع القواعد المنصوص عليها في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة ١٩٨٢م.

٥- دون المساس بعمومية نص المادة ٣ من هذا القانون، تكون المبادئ العامة الآتية هي

القواعد الأساسية لتطبيق أحكام هذا القانون (وأورد عدة مبادئ من بينها):

- (أ) الضرر يدفع بقدر الإمكان.
- (ب) الضرر لا يزال بمثله.
- (ج) العادة محكمة عامة كانت أو خاصة.
- (د) تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت.
- (هـ) المشقة تجلب التيسير.
- (و) لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان.
- (ز) التعيين بالعرف كالتعيين بالشرط.
- (ح) الخراج بالضمان.
- (ط) الغرم بالغنم.
- (ي) الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل إلا بإذن.
- (ك) من أخذ الأجرة حوسب بالعمل.
- (ل) مطل الغني ظلم.
- (م) مطل القادر يحل عقوبته.
- (ن) على القادر غرم الشكاية.
- (س) العقد شريعة المتعاقدين.
- (ع) الضرورات تبيح المحظورات على أن الاضطرار لا يبطل حق الغير.
- (ف) ما ثبت على خلاف القياس فغيره لا يقاس عليه.
- (ص) لا اجتهاد مع النص.

٦- عند إصدار أي حكم تطبيقاً لأحكام هذا القانون يجب أن تتقيد المحاكم بالقواعد

الأساسية الآتية:

- (أ) رد الحقوق إلى أهلها ودفع المظالم.
- (ب) إزالة الأضرار الناجمة عن إجراءات استرداد الحقوق ورد المظالم.
- (ج) الفصل الناجز في جميع المنازعات المتعلقة بالحقوق أو المظالم أو تطبيقاً لأحكام هذا القانون.
- وهكذا نجد أن المشرع السوداني قد رتب مصادر القانون على النحو التالي:
- ١- القانون.
- ٢- المبادئ الشرعية (لعله يقصد القواعد العامة) وقد أشار إلى بعضها ومن ضمنها العرف والعقد.

- فهذه أمثلة ثلاثة من دول قننت الشريعة الإسلامية توضح مدى الفراغ التشريعي القائم في موضوع بيع المراجعة، ومنهج كل دولة في سد هذا الفراغ.

وبطبيعة الحال فالوضع في الدول التي لم تقنن الشريعة الإسلامية أكثر صعوبة إذ يظل تنازع القوانين قائماً بين القوانين المدنية والتجارية الوضعية من ناحية، وبين الشريعة الإسلامية من ناحية أخرى، ويكون حل هذا الوضع:

إما بالإحالة - في العقود التي تبرمها البنوك الإسلامية - إلى الرأي الراجح في مذهب معين أو إلى رأي فقيه بعينه.

وإما بالنص المفصل على جميع أحكام بيع المراجعة التي يرتضيها الطرفان في كل عقد يبرم بين البنك الإسلامي وأحد عملائه.

وبدون أحد هذين الحلين يكون العقد مشوباً بالجهالة المفسدة له، لما تؤدي إليه من جهل الطرفين بالتزاماتهما، وما قد يفضي إليه ذلك من نزاع.

ويظل الطرفان - رغم ذلك - ملزمين بالقواعد الآمرة في القوانين الوضعية: ومن قبيل ذلك اشتراط التسجيل لنقل ملكية العقار، والسيارات (في بعض الدول)، والأحكام الخاصة بمدد السقوط والتقدم، وغير ذلك من قواعد النظام العام.

٢ - مسألة الوعد بالبيع: من المعروف أن البنوك الإسلامية تختلف فيما بينها من الناحية الشرعية في اعتبار الوعد بالبيع ملزماً أو غير ملزم، وقد أوصى المؤتمر الثاني للمصرف الإسلامي بأن يتبع كل بنك الرأي الذي يقتنع به - ويتبع بيت التمويل الكويتي الرأي القائل بأن الوعد غير ملزم في مراجحاته الداخلية، بينما يتبع الرأي القائل بأن الوعد ملزم في مراجحاته الخارجية، وذلك لأسباب عملية واضحة.

ففي مجال المراجحات الداخلية، يتبع بيت التمويل الكويتي الرأي الفقهي القائل بأن الوعد غير ملزم، بينما ينص القانون المدني الكويتي بخصوص الوعد بالعقد عموماً على أحكام مغايرة إذا نصت المادتان ٧٢، ٧٣ على أن:

٧٢- الاتفاق الذي يعد بموجبه أحد طرفيه أن يبرم، لصالح الطرف الآخر، عقداً معيناً، لا ينعقد إلا إذا عينت فيه المسائل الجوهرية للعقد الموعد بإبرامه، والمدة التي يجب أن يبرم خلالها، وذلك دون إحلال. مما تقتضي به المادة ٦٩ (الخاصة باستلزام شكل معين في بعض الحالات).

٧٣- ١- إذا وعد شخص بإبرام عقد معين، قام هذا العقد، إذا ارتضاه من صدر لصالحه الوعد، واتصل رضاؤه بعلم الواعد، خلال المدة المحددة لبقاء الوعد.

٢- ولا يجوز موت الواعد أو فقد أهليته، دون قيام العقد الموعد بإبرامه، إذا تم الرضا به، على نحو ما تقضي به الفقرة الأولى.

٣- وإذا مات الموعد له، انتقل خيار قبول العقد الموعد بإبرامه إلى خلفائه، ما لم تكن شخصية الموعد له محل اعتبار في الوعد.

فالفقرة الأولى من المادة ٧٣ تفيد قيام العقد الموعد به إذا ارتضاه من صدر لصالحه الوعد واتصل رضاؤه بعلم الواعد، أي أن رضا الواعد مجددًا لا يشترط لقيام العقد الموعد به. وعلى هذا الأساس يستطيع من صدر الوعد لصالحه (بائعًا كان أو مشتريًا) أن يلزم الواعد بالعقد، وهذا خلاف الرأي التي يتبعه بيت التمويل الكويتي. كيف نحل هذا التعارض؟

هل نعتبر أحكام القانون المدني في هذا الخصوص من قبيل الأحكام المفسرة والمكملة لإدارة المتعاقدين، أي ليست أحكامًا ملزمة متعلقة بالنظام العام، وحينئذ يجوز للطرفين النص في عقد الوعد ببيع المراجعة على أنه غير ملزم لهما؟

الواضح من قراءة المادتين ٦٩، ٧٢ أنهما تتعلقان بالنظام العام: الأولى لاشتراطها الصريح أن يأخذ الوعد نفس الشكل الذي يستلزمه القانون للعقد، والثاني لأنها تجزم بعدم انعقاد الوعد إلا بشروط حددتها.

أما المادة ٧٣ وهي التي تتضمن الفقرة الأولى منها إلزامية الوعد، فأميل إلى عدم اعتباره حكمًا ملزمًا، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه.

٣- مسألة العربون: نظم القانون المدني الكويتي مسألة التعاقد بالعربون في المواد من ٧٤ إلى ٧٧، ومنها المادة ٧٥ التي تنص على أنه:

"إذا عدل من دفع العربون ففده. وإذا عدل من قبضه، التزم برده ودفع مثله. وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر".

أما قانون المعاملات المدنية السوداني فقد نص في المادة ٤٧ على أنه:

"لا يجوز دفع العربون ولا استلامه، ومع ذلك إذا قضت المحكمة بنشوء العقد يعتبر كل مبلغ مدفوع جزءاً من المقابل، ولها أن تقضي بأي تعويض تراه عادلاً نظير أي إخلال بالعقد"

ومسألة العربون محل خلاف بين فقهاء الشريعة فقد أجازها أحمد وابن عمر وابن سيرين وسعيد بن المسيب، ولم يجزها مالك والشافعي وأصحاب الرأي وابن عباس والحسن، والعربون في الفقه لا يشمل حالة عدول البائع، وإنما يكون في عدول المشتري^(١).

ويثور التساؤل في حالة دفع العربون في بيع المراجعة هل تطبق أحكام القانون المدني؟ أم يطبق الرأي الشرعي المخيز للعربون؟ مع ما بين هذه الأحكام وتلك من اختلاف.

٤ - مسألة مماثلة المدين: غالباً ما يستعمل بيع المراجعة مع تأجيل دفع الثمن أو تقسيطه وفي هذه الحالة تتور مسألة المدين المماطل.

وقد نص القانون المدني الكويتي في المادتين ٣٠٥، ٣٠٦ صراحة على أنه:

٣٠٥ - ١ - يقع باطلاً كل اتفاق على تقاضي فوائد مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود أو مقابل التأخير في الوفاء بالالتزام به.

٢ - ويعتبر في حكم الفائدة كل منفعة أو عمولة أيًا كان نوعها اشترطها الدائن، إذا ما ثبت أن ذلك لا يقابله خدمة حقيقية متناسبة يكون الدائن قد أداها فعلاً.

٣٠٦ - إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، ولم يقيم المدين بالوفاء به بعد إعداره، مع قدرته على الوفاء، وأثبت الدائن أنه قد لحقه بسبب ذلك ضرر غير مألوف، جاز للمحكمة أن تحكم على المدين بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة.

ولم يرد مثل هذا النص في القانون المدني الأردني، ولكن ورد النص العام في المادتين ٣٦٣، ٣٦٤ (وتقابلهما المواد ٣٠٠ إلى ٣٠٤ من القانون المدني الكويتي) على أنه:

٣٦٣ - إذا لم يكن الضمان مقدراً في القانون أو في العقد فالمحكمة تقدره بما يساوي الضرر الواقع فعلاً حين وقوعه.

٣٦٤ - ١ - يجوز للمتعاقدين أن يحددا مقدماً قيمة الضمان بالنص عليها في العقد أو في اتفاق لاحق مع مراعاة أحكام القانون.

(١) المغني لابن قدامة، ج٤، ص ص ٢٣٢-٢٣٣.

٢- ويجوز للمحكمة في جميع الأحوال بناء على طلب أحد الطرفين أن تعدل في هذا الاتفاق بما يجعل التقدير مساوياً للضرر ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك.

أما قانون المعاملات المدنية السوداني فقد رأينا أنه نص في المادتين ٥، ٦ على أن "مطل الغني ظلم" وأن "مطل القادر يحل عقوبته" وأن "على القادر غرم الشكاية" وعلى "إزالة الأضرار الناجمة عن إجراءات استرداد الحقوق ورد المظالم" كما نص في المادة ١٢٨ على أنه:

١- في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتض.

٢- يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملة.

وتجدر الإشارة باديء ذي بدء، إلى أن جميع هذه النصوص من القوانين المدنية، وأن معاملات البنوك تخضع للقوانين التجارية التي تبيح الفوائد، وعلى هذا الأساس مازالت البنوك التقليدية في هذه البلاد تتعامل بالفوائد.

ويترب على هذا نتيجة غريبة، هي أن البنوك الإسلامية لا تستفيد من نصوص القوانين المدنية التي أشرنا إليها، لأنها مؤسسات تجارية تخضع للقوانين التجارية، ولا تستفيد من القوانين التجارية، لأن الحماية الواردة بها، قائمة على أساس الفائدة التي لا تتعاطها البنوك الإسلامية.

والنتيجة أنه إذا تمسك المدين بعدم تطبيق القانون المدني عليه، لأن المعاملة خاضعة للقانون التجاري، لم يكن أمام البنك الإسلامي إلا أن يطالب بالفائدة على أساس القانون التجاري، ويوجهها إلى وجوه النفع العام وفقاً للفتوى الصادرة في هذا الشأن ولا يضمنها إلى دخله، وبالتالي لا يكون قد جبر الضرر الناتج عن مماطلة المدين له.

والعلاج الوحيد لهذه المسألة - في ظل القوانين الحالية - هو أن يضمّن البنك الإسلامي في عقود مع عملائه شرطاً جزائياً، يبيح له المطالبة بالتعويض في حالة مماطلة المدين في الوفاء بالتزاماته، ونواجه في هذه الحالة الدفع الذي قد يلجأ إليه المدين أمام المحكمة، بأن هذا الشرط مخالف للنظام العام، وأن التعويض عن التأخير في سداد النقود، إنما يكون بالطريقة التي حددها القانون، وهي الفوائد التأخيرية، وفي حدود النسبة التي حددها القانون، وفي مثل هذه المواجهة،

أظن أن المسألة يمكن أن ترفع إلى المحكمة العليا أو المحكمة الدستورية، لتقرير أن مثل هذا الشرط غير مخالف للنظام العام، لأنه شرط جائر شرعاً، ولا تكون الشروط الشرعية مخالفة للنظام العام في دولة إسلامية، إذ السيادة العليا في الدولة للشرعية، وإذا اتفق الطرفان على شرط جائر شرعاً يصبح ملزماً لهما، وإن خالف نصاً قانونياً هو ذاته مخالف للشرعية.

ويبقى أن العلاج الطبيعي هو تعديل النصوص القانونية المخالفة للشرعية، ليُستبدل بها نصوص أخرى لحماية الدائن من المدين المماطل بصورة موافقة للشرعية.

وإلى حوار الأمثلة الثلاثة التي أوردناها، نورد مثلاً رابعاً يتفق فيه القانون المدني والقانون التجاري على فرض فوائد في حالة المدين المماطل، لنرى كيف يكون موقف البنك الإسلامي في هذا البلد.

فقد نصت مجلة الالتزامات والعقود التونسية في الفصل ٢٧٨ (المتتم بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ١٩٥٩م) على أن:

الخسارة عبارة عما نقص من مال الدائن حقيقة، وعمافاته من الربح من جراء عدم الوفاء بالعقد، واعتبار الأحوال الخاصة بكل نازلة موكولة لحكمة المجلس، وعليه أن يقدر الخسارة ويجعل فيها تفاوتاً بحسب خطأ المدين أو تدليسه. غير أنه في الالتزامات الخاصة بأداء مقدار مالي معين، فغرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون.

ويحكم بهذا الغرم بدون أن يلزم الدائن بإثبات حصول أي خسارة. ويكون الغرم اعتباراً من اليوم الذي صدر فيه إنذار للمدين من طرف الدائن. يمكن للدائن الذي حصل له بسبب سوء نية مدينه ضرر زيادة على المماطلة، أن يتحصل على جبر ضرره، وذلك بقطع النظر على الفائض المعين لغرم المماطلة.

أما المجلة التجارية التونسية فقد نصت كذلك على الفوائد المركبة، كما في الفصل ٧٣٧ المتعلق بالحساب الجاري والذي نص على:

"أن الدفعات تنتج فوائض على النسبة المعينة من الفريقين لقيام الحساب بوظيفته، وألا تكون معينة بمقتضى العرف. إن الفوائض التي مر ذكرها تنتج بدورها فوائض أخرى من تاريخ إدخالها في الحساب، بشرط أن يحصل إدخالها فيه مع مراعاة المهل التي يقتضيها العرف وذلك إلى قفل الحساب ما لم يكن بشرط مخالف".

فالنص على أن غرم الضرر لا يكون إلا بالحكم بأداء الفائض الذي عينه القانون، يوحى بأن المشرع التونسي يعتبر هذه المسألة من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على خلافها.

- ولا نجد علاجاً لهذه الحالة سوى النص على الشرط الجزائي في عقود البنك الإسلامي، ومواجهة احتمال الدفع، بأن هذا الاتفاق مخالف للنظام العام، على النحو السابق إيضاحه في الحالات الثلاث الأخرى.

٥ - مسألة الرسوم: تنص قوانين معظم البلاد على رسوم نسبية على معاملات نقل الملكية العقارية، كما تنص قوانين بعض البلاد على الرسوم النسبية كذلك عند نقل ملكية السيارات، هذا إلى جانب وجود ضريبة القيمة المضافة، وهي نسبة كذلك من ثمن البيع على باقي السلع، وإن كان هذا النظام لم يدخل بعد بصورة واضحة في البلاد الإسلامية.

ودخول البنك الإسلامي عند تمويله للعملاء بصيغة المراجعة، يخضعه لهذه الرسوم والضرائب حين يشتري، ثم يخضع عميله لها مرة أخرى حين يبيع البنك إليه. ومضاعفة الرسوم والضرائب بهذه الصورة تزيد من تكلفة السلعة على العميل، وتمثل عقبة في سبيل التوسع في نظام المراجعة.

وتحاول بعض البنوك التخلص من هذا الرسم المضاعف، بعدم تسجيل البيع الأول إليها، مكتفية بتسجيل نقل الملكية مباشرة من البائع الأول إلى المشتري الثاني، بينما يصر المستشارون الشرعيون لبعض البنوك على تسجيل البيعين حرصاً على الاطمئنان إلى نقل الملكية بصورة قانونية -إلى جانب الصورة الشرعية- إلى البنك الإسلامي قبل أن يبيع إلى العميل، وذلك تحاشياً لبيع مالا يملك. هذا إلى جانب أن التهرب من الضريبة بهذه الصورة أمر لا يليق بالبنوك الإسلامية الوقوع فيه، إذ يجب أن تكون مثلاً يتخذى في احترام القوانين والمساهمة في الأعباء العامة.

هذا الخضوع المزدوج للضريبة، يحلها اقتناع المشرع بأن البنك الإسلامي وإن أخذت معاملاته صورة الشراء والبيع، إلا أنه في حقيقة الأمر يؤدي نفس الوظيفة الاقتصادية التي تؤديها البنوك التقليدية في تمويل التجارة، ولذلك يكون من العدالة الضريبية إعفاء معاملات البنوك الإسلامية من دفع هذه الرسوم والضرائب، اكتفاءً بأن العملاء حين يشترون من البنوك، يقومون حينئذ بدفعها مرة واحدة.

(ب) المراجعة الخارجية من خلال الاعتمادات المستندية

لا تثير الاعتمادات المستندية المغطاة بالكامل أي إشكال من الناحية الشرعية، لعدم دخول عنصر التمويل من جانب البنك، وتكييف دوره على أساس الوكالة عن طالب فتح الاعتماد، بالإضافة إلى ما تتضمنه من حوالة وضمائم^(٢).

ولكن هذه حالة نادرة، والغالب أن يكون الغطاء جزئياً أو حتى رمزياً حسب درجة الثقة في العميل ونوع البضاعة. ويقوم البنك بالتمويل حتى سداد العميل لباقي قيمة الاعتماد. وفي هذه الحالة -وتماشياً لمحاسبة العميل عن التمويل على أساس الفائدة- تلجأ البنوك الإسلامية إلى بديلين مقبولين من الناحية الشرعية: أحدهما نادر الاستعمال من الناحية العملية، وهو مشاركة البنك للعميل في الربح الناتج عن بيعه للبضاعة موضوع الاعتماد، على أساس نسب يتفق عليها مقدماً، وفي هذه الحالة يكون شراء البضاعة لحساب البنك والعميل، ثم بيعها لحسابهما كذلك، على أساس بيع المساومة، ولا يستخدم بيع المراجعة في هذه الحالة.

أما البديل الآخر الغالب استعماله في البنوك الإسلامية، فهو شراء البنك البضاعة من الخارج لحسابه، ثم بيعها إلى العميل مراجعة، وهذه هي الحالة التي سنقوم ببحثها الآن.

ونبدأ بوصف الخطوات التي يتبعها البنك الإسلامي وعميله طالب البضاعة.

يجرر البنك مع عميله طالب البضاعة عقد وعد بالشراء، ويدفع العميل نسبة من القيمة مقدماً. يقوم البنك بفتح الاعتماد لحسابه.

بعد وصول الأوراق الممثلة للبضاعة، وأحياناً بعد وصول البضاعة ذاتها، يجرر البنك مع عميله عقد البيع، حيث يضيف إلى تكلفة البضاعة هامش المراجعة المتفق عليه، كما يحدد طريقة الدفع إما نقداً مرة واحدة أو على أقساط، ويراعي في تحديد هامش المراجعة طريقة السداد ومدته.

ووفقاً للآراء الصادرة عن هيئات الرقابة الشرعية، يحرص البنك على عدم وجود اتفاق مسبق بين عميله والمصدر البائع الأصلي للبضاعة، وأن العلاقة بينهما لا تتجاوز حد العروض غير الملزمة، كما يحرص البنك على عدم ظهور اسم عميله في أوراق الاعتماد، أي: تكون الأوراق إما لصالح البنك أو لحاملها، وهذان الإجراءان مقصود منهما قيام البنك بدوره فعلاً كمشتري أول للبضاعة، وتملكه لها قبل أن يبيعها إلى العميل، وبالتالي يتحاشى البنك أن يكون قد باع مالا يملك، كما يعرض البنك نفسه لمخاطر ملكية البضاعة، وهو شرط استحقاقه للربح (الغرم بالغنم والخراج بالضمائم).

(٢) موسوعة البنوك الإسلامية، ج ١، ص ٣٨-٤٠، نقلاً عن الأعمال المصرفية والإسلام لمصطفى الهمشري، ص ١٤٩.

وحتى نتبين المشاكل القانونية التي تحيط بهذه الصورة، نعقد مقارنة بينها وبين الصورة التي تمارس بها البنوك التقليدية عملية الاعتماد المستندي، والتي تتفق مع القوانين التجارية والمصرفية واتفاقات غرفة التجارة الدولية:

١- وفقاً للرأي الراجح، فإن علاقة البنك التقليدي بعميله طالب فتح الاعتماد هي علاقة وكالة وتكليف، أما البيع فيقع من المصدر (المفتوح لصالحه الاعتماد) إلى طالب فتح الاعتماد. بينما في البنك الإسلامي هناك أولاً وعد بالبيع بين البنك والعميل، ثم عقد بيع من المصدر إلى البنك ثم عقد بيع من البنك إلى العميل.

٢- وعلى أساس هذا الفرق الجوهرى، فإن البنك الإسلامي يحتفظ بملكية البضاعة لنفسه، بينما في البنك التقليدي تنتقل الملكية رأساً إلى العميل.

٣- وبعبارة أخرى، إن البنك الإسلامي يتعامل في البضاعة، بينما البنك التقليدي يتعامل في مستندات البضاعة.

٤- ونتيجة لذلك، لا يتحمل البنك التقليدي أي مخاطر للبضاعة، وإنما تنحصر مسؤوليته في مطابقة المستندات لشروط الاعتماد، أما البنك الإسلامي فيتحمل جميع مخاطر البضاعة حتى ساعة بيعه إياها إلى عميله.

٥- إن مسؤولية البنك التقليدي مجردة (abstract) أي منفصلة عن أي علاقات أخرى خارجة عن الاعتماد، بينما وضع البنك الإسلامي مرتبط تماماً بعملية البيع، حيث يكون في إحداهما مشتركاً وفي الأخرى بائعاً، مع ما يترتب على ذلك بطبيعة الحال من آثار في حالات الغش أو تعيب البضاعة. كما أن الاعتماد المستندي يظل صحيحاً في البنك التقليدي، ولو أُلغيت الاتفاقات الأساسية بين الأطراف، بينما يتعرض البنك الإسلامي لتنازع الارتباط بين العقود الأساسية والاعتماد المستندي، الذي تعتبر هذه العقود سبباً لفتحه.

٦- نتيجة أخرى تتعلق بمستندات البضاعة، هي جواز الحجز على هذه المستندات تحت يد البنك التقليدي بواسطة دائني طالب فتح الاعتماد، بينما لا يمكنهم الحجز على المستندات لدى البنك الإسلامي، إلا بعد نقل الملكية من البنك إلى عميله.

٧- تسري التفرقة بين الاعتماد القابل للرجوع فيه (revocable) والاعتماد غير القابل للرجوع فيه (irrevocable)، على علاقة البنك الإسلامي بالمستفيد من الاعتماد (المصدر)، بينما في علاقة البنك الإسلامي بطالب فتح الاعتماد، فلا تسري أحكام الاعتماد أصلاً، لأن الأخير ليس طرفاً فيه، وإنما تسري خيارات البيع المترتبة على عقد البيع، كما تسري أحكام الوعد بالبيع في الفترة السابقة لعقد البيع، وتحصر البنوك الإسلامية على أن تجعل هذا الوعد ملزماً للعميل، حتى لا يقع البنك في وضع تترك له البضاعة للتصرف فيها، وهو ليس العمل العادي للبنوك.

٨- إن الحكمة في إبرام وعد بالبيع بين البنك الإسلامي وعميله قبل تملك البنك الإسلامي للبضاعة، هي النهي عن بيع ما لا يملك، وبذلك يؤجل البنك البيع إلى عميله إلى ما بعد تملكه هو للبضاعة. ويسري هذا النهي (عن بيع ما لا يملك) كذلك في حالة الاعتماد المستندي القابل للتحويل (transferable) والاعتماد بضمان اعتماد آخر back to back D/C، إذ أنه في الحالتين يفترض وجود عقد بيع آخر بين المستفيد من الاعتماد الأول والمحال إليه الاعتماد (أو المستفيد من الاعتماد الثاني)، والذي يعقد بعد الاعتماد الأصلي ومستنداً إليه، ولا يتيسر هذا في حالة البنك الإسلامي إذ يعتبر أنه -حين فتح الاعتماد لصالح المستفيد الأول- قد اشترى ممن لا يملك البضاعة والذي سيقوم بشرائها من شخص ثالث بواسطة تحويل الاعتماد أو فتح اعتماد آخر بضمان الأول. أي أنه يتعذر استخدام الاعتماد المستندي القابل للتحويل والاعتماد بضمان اعتماد آخر حتى لا يتعرض البنك الإسلامي لشراء البضاعة ممن لا يملكها.

٩- فرق آخر هو أن الفائدة التي يحملها البنك التقليدي لعميله عن فترة تمويل الاعتماد لا تخضع للضرائب على الأرباح، بينما يعتبر هامش الربح الذي يضيفه البنك الإسلامي على تكلفة البضاعة ربحاً خاضعاً للضرائب على الأرباح. أي أن البنك الإسلامي يتعرض لدفع الضريبة على إجمالي دخله بينما يدفع البنك التقليدي الضريبة على صافي ربحه وهو الفرق بين الفوائد الموجبة التي يتقاضاها من العملاء والفوائد السالبة التي يدفعها إلى المودعين (بعد خصم المصاريف العامة وغيرها). وهذه مشكلة عامة لا يحلها سوى معاملة أرباح عمليات البنك الإسلامي نفس المعاملة الضريبية التي تعاملها البنوك التقليدية عن الفوائد التي تتقاضاها من عملائها.

١٠- فرق أخير- يمثل كذلك مشكلة عامة لا تقتصر على بيع المراجعة وإن كانت غالبية الحدوث فيه- هو معاملة المدين المماطل. فالمشترى في عقد المراجعة يصبح مدينًا بالثمن للبنك

الإسلامي، وإذا حل موعد الوفاء ولم يوف أمهله البنك -دون مقابل- إن كان معسراً، أما إن كان موسراً مماطلاً فلا يملك البنك الإسلامي -في غير باكستان التي اتخذت إجراءات خاصة لهذه الحالة- من حماية سوى الفوائد التأخيرية، وهي محرمة بطبيعة الحال، ويقع البنك لذلك ضحية عميله المماطل. بينما البنك التقليدي يحتسب الفوائد التأخيرية اللازمة، مما لا يضيع حقه ويقوم رادعاً للعميل عن المماطلة في الوفاء.

وتعويض البنك الإسلامي عن المماطلة في السداد مازال محل دراسة من الفقهاء، ولم يتوصل فيه إلى حل واضح بعد: هل يقتصر على ما أصابه من ضرر، أم يشمل كذلك ما فاتته من ربح، إلى مسائل أخرى كثيرة في هذا الموضوع.

هذه هي أهم الفروق بين البنوك الإسلامية والبنوك التقليدية في موضوع الاعتمادات المستندية، ومن خلالها نتبين المشاكل القانونية الكثيرة التي تنور في هذه الصورة. ولعله من الواضح أن البنوك الإسلامية قد ابتعدت كثيراً عن نظام الاعتمادات المستندية، كما تعارفت عليه البنوك التقليدية محلية وعالمية، وكما تنظمه غرفة التجارة الدولية، ومن الصعب التنبؤ حالياً بأراء المحاكم في حالة عرض نزاعات عليها، ولكن يمكننا عرض بعض الملاحظات التي قد تعين في توضيح الموقف:

عقد البيع والاعتماد المستندي

ينبغي التنبيه إلى أن عقد البيع شيء والاعتماد المستندي شيء آخر، وقد عبرت القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية بوضوح عن هذا التمييز، فعرفت، من ناحية، الاعتماد المستندي بأنه الترتيب الذي يقوم بموجبه البنك، بناء على طلب العميل، ووفقاً لتعليماته، بالدفع إلى طرف ثالث أو لأمره، أو قبول الكمبيالات المسحوبة من المستفيد، أو بالتصريح لبنك آخر بهذه التصرفات، مقابل تسليم مستندات محددة، وبشرط الالتزام بشروط الاعتماد. ومن ناحية أخرى، نصت القواعد الموحدة على أن الاعتمادات بحكم طبيعتها، هي عمليات تجارية متميزة عن البيوع، أو أي عقود أخرى مما يكون أساساً للاعتمادات، ولكنها لا تتعلق بالبنوك بأي صورة، ولا يترتب عليها أي التزامات على عاتق البنوك.

كما عبرت الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية^(٣) بصراحة عن أن عملية فتح الاعتماد وسيلة إلى تنفيذ الوفاء بالثمن.

(٣) ج ١، ص ٣٨، نقلاً عن الهمشري، ص ١٤٩.

معنى هذا أن البنك الإسلامي ينبغي ألا ينظر إلى الاعتماد المستندي لأكثر من هذا الدور، وأن ترتب علاقة التعاقد المباشر بينه وبين المصدر، تماماً كما يفعل العميل طالب فتح الاعتماد في البنوك التقليدية، وكما تفعل البنوك الإسلامية نفسها حينما تتعاقد لحسابها وليس بناء على طلب أحد العملاء. وحبذا لو عهد بذلك إلى الإدارة التجارية في البنك، وأن ترتب العلاقة بين الإدارة التجارية وإدارة الاعتمادات المستندية، على منوال علاقة العميل بالبنك، حتى تتحدد الالتزامات وتتميز صفة البنك التجارية كمشتز وبائع، عن صفته المصرفية التي حددتها غرفة التجارة الدولية.

وفي ضوء هذا التمييز نطبق قواعد الاعتمادات المستندية، أو قواعد بيع المراجعة حسب الأحوال، ونعالج كل مشكلة وفقاً للقواعد الحاكمة للعلاقة لموضوع المشكلة.

وبهذا يكون وضع البنك الإسلامي سليماً في مواجهة القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية، وفي علاقته بالبنوك الأخرى التقليدية المراسلة له.

بقي أن نقول إنه في المعاملات الدولية -ومعظم الاعتمادات المستندية تستخدم في هذا المجال- كثيراً ما تثار مسألة تنازع القوانين وتنازع الاختصاص، ومن الضروري في هذا الصدد تبين القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة تفادياً لأي نزاع ينشأ عن الجهالة في هذه الناحية.

وفي ضوء الدور المزدوج الذي أضحاه للبنك الإسلامي، فإن الاعتماد المستندي خاضع للقوانين التجارية والمصرفية الداخلية، ولقواعد غرفة التجارة الدولية والأعراف التجارية الدولية.

إن محاولات التكييف الشرعي للاعتماد المستندي، على أنه وكالة وحوالة وضمن للخروج بأنها معاملة جائزة شرعاً، ينبغي أن تقف عند هذا الحد ولا تتعداه إلى تطبيق أحكام هذه العقود على الاعتماد المستندي، إذ أنه من الناحية الشرعية، الأصل في المعاملات الإباحة، ومن حق ولي الأمر أن ينظم المعاملات المستحدثة بما لا يخالف الشريعة، كما أن الاتفاقات الدولية عقود والعقود شريعة المتعاقدين كما أن الأعراف الدولية واجبة الإلتباع طالما كانت هذه الأعراف وتلك الاتفاقات لا تخالف الشريعة. والنتيجة التي نريد الخروج إليها، هي اعتبار نظام الاعتمادات المستندية نظاماً مستحدثاً مقبولاً شرعاً، وهو كل لا يصح تجزئته -من الناحية العملية- إلى وكالة وحوالة وضمن، وتطبيق أحكام هذه العقود عليه، وإنما الذي يطبق عليه هو القواعد الحاكمة له في القوانين التجارية والمصرفية، وفي الاتفاقات والأعراف الدولية، وبالذات القواعد الموحدة لغرفة التجارة الدولية.

كما تخضع -ولنفس السبب- من حيث الاختصاص للقواعد المنظمة لتنازع الاختصاص، سواء في القوانين الداخلية أو الاتفاقات الدولية. وبهذا لا يكون هناك مجال للإبهام أو النزاع في علاقة البنك الإسلامي بالبنك المراسل له -وهو غالباً بنك تقليدي في بلد غير إسلامي- ولا تنثار بالتالي مسألة تطبيق الشريعة الإسلامية في مواجهة البنك المراسل.

أما عن علاقة عقد البيع، فنحن بصدد بيعين: بيع من المصدر الأجنبي إلى البنك الإسلامي، ثم بيع من البنك الإسلامي إلى عميله، والبيع الأول من قبيل بيع المسامحة ويخرج بالتالي من نطاق هذه الورقة، أما البيع الثاني فهو بيع المراجعة.

وعقد بيع المراجعة هنا هو بين البنك الإسلامي وعميله المحلي، وبالتالي ينطبق عليه ما سبق بحثه بخصوص المراجعة الداخلية.

(ج) المراجعة الخارجية بواسطة وكيل مراسل

هذه الصورة لا تتم بناء على طلب عميل داخلي كما في صورتين السابقتين، وإنما تتم بناء على مبادرة من قبل البنك الإسلامي لدى مراسله في الخارج، أو بناء على اقتراح المراسل ويقصد استثمار السيولة المتوافرة لدى البنك في السوق الدولية. والصورة التي تتم بها هي بشراء سلعة ثم بيعها لأجل، مع تحقيق هامش ربح. ويقوم البنك المراسل بالعمليتين: الشراء ثم البيع نيابة عن البنك الإسلامي. ويشترط البنك الإسلامي عادة استخدام صيغ عقود نموذجية يتفق عليها مع البنك المراسل، كما يتفق معه على البيانات اللازمة إبلاغه بها، حتى يقر العملية ويأذن له بإتمامها، ويتم ذلك، بالتلکس أو الهاتف المؤيد بعد ذلك بالتلکس.

وتحرص البنوك الإسلامية في هذا النوع من التعامل على توافر عدة أمور:

- ألا تكون البضاعة من أنواع معينة ينص على استبعاد التعامل فيها، كالمسكرات، والخنزير ومشتقاته، والأسلحة، والمواد المخلة بالحياة من مطبوعات وغيرها.

- ألا يكون البائع أو المشتري من دول بعينها لها موقف معاد من القضايا الإسلامية والإنسانية، كإسرائيل وجنوب إفريقيا، ويعبر عن ذلك بطرق مختلفة، حتى لا يصادم استبعاد بلاد بعينها القوانين في بعض البلاد التي تعتبر ذلك نوعاً من التمييز، مع أن أساس التحديد في الحقيقة هو بسبب قيام هذه الدول على أساس عنصري.

- أن يتم الشراء قبل البيع تحاشياً لبيع مالا يملك، وإن كان الفقهاء لم يحددوا حداً أدنى للفارق الزمني بين العمليتين، مما يؤدي إلى إتمام العمليتين في وقت واحد تحاشياً للوقوع في موقف مفتوح (open position) يمتلك فيه البنك البضاعة ولا يجد من يشتريها، ويقع في مصاريف التخزين والتأمين وخلافه، وهذا الحرص هو بالتحديد تهرب من تحمل مخاطر البضاعة، وهذا التحمل كما سبق أن أشرنا هو شرط مشروعية الربح (الغرم بالغنم، والخراج بالضمان).

- إرسال صور من مستندات العملية إلى البنك الإسلامي بعد إتمامها، للتأكد من شرعيتها، والسماح لمدوب من البنك بفحص المستندات الأصلية من حين لآخر لنفس الغرض. ومن الناحية العملية، يتم كلا الأمرين بصورة رمزية لا تحقق الاطمئنان المقصود بهما.

ونظراً لأن عملية الشراء والبيع محرمة على البنوك. بموجب قوانينها المصرفية، فإن البنوك المراسلة التي تقوم بهذا الأمر لا يظهر اسمها مشترياً أو بائعاً، وإنما توسط شركة تابعة لها، ومكفولة، من قبل البنك بالعملية التجارية المحرمة على البنك نفسه.

وتثير العملية عدداً من المشاكل الضريبية أهمها خضوع عملية الشراء لضريبة القيمة المضافة (VAT) value added tax، وخضوع عملية البيع لضريبة الأرباح التجارية، وكلا الضريبتين مرتفع النسبة، إذ تصل أولاهما في بعض البلاد إلى ٢٥٪، وتصل ثانيتهما إلى أكثر من ٥٠٪. وتستخدم البنوك خبراء الضرائب لتخطيط العملية بما يجنب البنك الإسلامي عبء هذه الضرائب. وعادة ما تصنيف البنوك الإسلامية شرطاً في عقودها مع مراسليها، لتحميل المراسل عبء هذه الضرائب إذا تعرضت لها لسبب من الأسباب، كما يلتزم المراسل بإخطار البنك الإسلامي بأي تعديل محتمل في النظام الضريبي في بلد المراسل، حتى يحتاط البنك الإسلامي في الوقت المناسب.

كما تثير العملية مخاطر متعلقة بالعملة وفروقها، وتحرص لذلك البنوك الإسلامية على اشتراط أن تتم عمليتا الشراء والبيع بنفس عملة الاستثمار، وفي حالة إتمام الشراء بغير هذه العملة، فيكون التأكيد على أن يتم البيع بعملة الاستثمار، تفادياً لأي تغير في سعر العملة بين تاريخ البيع وتاريخ السداد.

كما يتضمن الاتفاق بين البنك الإسلامي ومراسله تحديد القانون الواجب التطبيق، والمحكمة المختصة في حالة النزاع، وغالباً ما يكون قانون ومحكمة البنك المراسل (الإنجليزي أو الأمريكي أو السويسري... الخ)، وهذا يتعلق بطبيعة الحال بالعلاقة بين البنك الإسلامي ومراسله، أما العلاقات مع بائع السلعة ومشتريها فتحكمها القوانين، وتختص بنظرها المحاكم في كل حالة، وفقاً لقواعد القانون الدولي الخاص.

ولعله من الواضح بعد هذا العرض الموجز أن الصعوبات المتعلقة بالمراجعة في السوق الدولية قد ذل معظمها، بفضل حرص البنوك العالمية المراسلة مستعينة بالخبراء القانونيين والمصرفيين والضرائبيين، مما أدى إلى امتصاص السوق الدولية من خلال هذه الصيغة نسبة كبيرة من السيولة في البنوك الإسلامية، تصل في بعض الحالات إلى ٩٥٪ من أصول البنك.

ولكن حرمان البلاد الإسلامية من هذه الأموال تفرض على المختصين عبء تذييل الصعاب، التي دعت إلى هذا الوضع، وهو ما يخرج عن نطاق هذه الورقة، ولذلك نتقل الآن إلى القسم الثالث والأخير الخاص بالمقترحات.

ثالثاً: المقترحات

يمكن تصنيف المقترحات على النحو التالي:

(أ) اقتراحات حول التغييرات اللازمة في القوانين.

(ب) اقتراحات موجهة إلى البنوك الإسلامية.

(أ) اقتراحات حول التغييرات اللازمة في القوانين

١- تعديل القانون المصري بحيث يشمل إلى جانب التنظيمات الخاصة بالبنوك التقليدية تنظيمات خاصة بالبنوك الإسلامية، أو إصدار قوانين مصرفية خاصة للبنوك الإسلامية، وتشمل هذه التنظيمات شروط التصريح بقيام البنوك الإسلامية (وكذلك شركات الاستثمار والتأمين الإسلامية) وطرق الرقابة عليها، والإطار القانوني الذي يحكم أنشطتها المختلفة، من مصادر أموالها وطرق تشغيلها، والخدمات التي تقدمها، والنسب التي تحكم هذه الأنشطة، على النحو الذي فصلناه في كتابنا عن البنوك الإسلامية (سلسلة كتاب الأمة، ص ٣٥-٥٣، ٥٩-٦٧، ٧٨-١٠٥).

٢- تعديل القوانين المختلفة التي تمس نشاط البنوك الإسلامية، كالقانون المدني، والقانون التجاري، وقانون تنظيم القضاء، وقانون الإجراءات المدنية والتجارية، وقوانين الضرائب، وذلك لوضع الإطار القانوني المناسب لنشاط البنوك الإسلامية والمتفق مع الشريعة الإسلامية، ولا يتسع المجال هنا لتفصيل هذه التعديلات ولكن نشير فقط إلى ما يخص عقد المراجعة موضوع هذه الورقة:

(أ) إضافة فصل خاص بعقد المراجعة في المكان المناسب في القانونين المدني والتجاري، يفصل أحكام هذا العقد مستمدة من الشريعة الإسلامية، بحيث تصبح أحكامه مقننة معروفة للكافة وللمتعاملين خاصة، والنص في حالة ترك أي فراغ -وهو أمر يحسن تحاشيه بقدر الإمكان- على طريقة ملء هذا الفراغ، بالإحالة إلى الراجح في مذهب معين، أو رأي فقيه بعينه، حتى يزول الاشتباه.

(ب) إضافة نظام خاص في مكانه المناسب في القانونين المدني والتجاري، لتعويض الدائن في مواجهة المدين المماطل، بديلاً عن نظام الفوائد التأخيرية، ومتفقاً مع الشريعة الإسلامية.

(ج) تعديل قانوني تنظيم القضاء والإجراءات المدنية والتجارية بحيث:

- تعطى السندات الخاصة باستحقاقات البنوك الإسلامية لدى عملائها - إذا كانت محددة المبلغ وموعد الوفاء - الصيغة التنفيذية، دون حاجة إلى أي إجراءات قضائية أخرى.

- تعطى المنازعات التي تكون البنوك الإسلامية طرفاً فيها صيغة الاستعجال، وتشمل أحكامها بالنفذ العاجل.

ويمكن الاسترشاد في خصوص هذين الاقتراحين بالتجربة الباكستانية.

(د) إدخال نظام البيانات المجمعة عن العملاء لدى البنوك المركزية عن عملاء البنوك عامة بحيث يمكن للبنك الإسلامي معرفة المعلومات اللازمة عن عميله، سواء من ناحية مراكزه المالية مع البنوك الأخرى، أو سبق ملاحظته في الوفاء بالتزاماته.

(هـ) تعديل القوانين الضريبية بحيث تعامل البنوك الإسلامية نفس معاملة البنوك التقليدية، من الناحية الضريبية بصرف النظر عن تسميات المعاملات في كل منهما، وذلك في المجالات التالية على وجه الخصوص:

- معاملة هامش المراجعة معاملة فوائد القروض من الناحية الضريبية.

- عدم دفع الضريبة مرتين بسبب دخول البنك الإسلامي مشترياً ثم بائعاً، وذلك بالنسبة لرسوم نقل الملكية العقارية، وملكية السيارات، ورسوم القيمة المضافة وغيرها.

(و) إعادة النظر في النصوص الآمرة في مختلف القوانين، والتي تمس نشاط البنوك الإسلامية، بحيث تزال صفتها الآمرة إذا كانت مخالفة للشريعة الإسلامية كالفوائد مثلاً، واستبقائها إذا كانت في إطار المصالح الشرعية المرسل، كتطلب التسجيل لنقل الملكية العقارية، وملكية السيارات مثلاً.

(ب) اقتراحات موجهة إلى البنوك الإسلامية

ومعظم هذه الاقتراحات له صفة الوقتية ريثما يتم تعديل القوانين السابق الإشارة إليها:

١ - عمل عقد نموذجي مفصل، إما على مستوى البنوك الإسلامية كمجموعة، وإما على مستوى كل بنك على حدة، يشمل جميع أحكام عقد المراجعة بصورة محددة، بحيث يتم الاختيار من

بين الآراء الفقهية المختلفة لرأي واحد، يحقق غرض المشرع ومصلحة المتعاملين، ويراعي الأعراف التجارية، وأن يكون هذا النموذج ملحقاً بكل عقد مراجعة يبرمه البنك الإسلامي، ويشار فيه إلى ذلك، حتى يكون هو القانون الذي ارتضاه المتعاقدان لتنظيم العلاقة، ويكتسب بالتالي صفته الشرعية والقانونية، من قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين، وبذلك تتحاشى البنوك الإسلامية إلى حد كبير، مشاكل تنازع القوانين والفراغ التشريعي والجهالة معاً.

٢- أن يتضمن هذا العقد النموذجي نصاً صريحاً، على أحقية البنك الإسلامي في التعويض في حالة مماثلة المدين عن الدفع، مع تفصيل عناصر التعويض، وكيفية تقديرها، والسلطة المختصة بنظر النزاع في هذه المسألة.

٣- أن تختص الإدارة التجارية في البنك الإسلامي بإبرام عقد شراء البنك من المصدر الأجنبي، واستيفاء المستندات والبيانات الخاصة بهذا العقد، تمييزاً له عن الاعتماد المستندي، والذي تشرف عليه إدارة الاعتمادات المستندية بالبنك، وذلك حتى يظل الاعتماد المستندي في إطاره، كوسيلة لتنظيم سداد الثمن واستلام المستندات.

٤- أن تضع الإدارة العليا في كل بنك إسلامي سقفاً لا تتعداها الإدارات المختلفة للبنك، في تعاملاتها بصيغة المراجعة، كنسبة عامة من حجم تعاملات البنك وأصوله، وذلك بهدف تشجيع استخدام صيغ أخرى، كالتأجير، المضاربة، والمشاركة من ناحية، وترشيد استخدام المراجعة بإعطاء أولويات لتمويل المشروعات التنموية بطريق المراجعة، وللتقليل تدريجياً من الاستثمار في الأسواق الدولية.

Legal Aspects of Applying the *Murabaha* Financing Contract

JAMAL ATTIEH

Visiting Professor, University of Qatar, Qatar

ABSTRACT. This paper highlights legal problems that arise in implementing *Murabaha* (mark-up) contract as a financing tool that is widely used by Islamic banks. One major problem is the question of bank ownership of the financed commodity. This ownership is required by *shariah* but prohibited by banking laws in many countries. Exempting Islamic banks from such laws-as has often been the case and referring them to *fiqh* leaves important legal gaps, because *fiqh* encompasses several and occasionally opposite views.

The paper discusses a bank's rights and obligations in case of traditional letter of credit as compared to *murabaha*. Concludes with suggested solutions to the problems raised. Some suggestions require specific changes in laws, while others may be adopted by individual banks.