العمليات المصرفية

دراسة مقارنة بين التشريع الوضعي والشريعة الإسلامية

المستشار/ هيثم حسن مبارك بوغمار

المستشار بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

تقديم:

يمثل العمل المصرفي عصب الحياة الإقتصادية في كافة دول العالم، فليس من شك في أن العمل المصرفي و التشريعات الإقتصاديةلا سيما تشريعات المصارف في كافة دول العالم باتت من أهم فروع القانون قاطبة، وإنتشرت الدراسات الأكاديمية باللغة العربية و باللغات الأجنبية تعالج العمليات المصرفية و جوانبها المختلفة.

ومن هذا المنطلق يعرض الحث المائل للمباحث التالية بشيء من التفصيل.

مبحث تمهيدي

المطلب الأول
مفهوم المؤسسة المصرفية

استنبط المشرع في مختلف القوانين العربية وصاغ تعريفات ومفاهيم عديدة للمؤسسات المصرفية بشكل عام ، فقد عرفه القانون اللبناني « تدعى مصرفاً المؤسسة التي موضوعها الأساسي أن تستعمل لحسابها الخاص في عمليات تسليف الأموال التي تتلقاها من الجمهور(١) ».

وعرف القانون السوري المصرف « بأنه المؤسسة التي تتولى بصورة اعتيادية قبول الودائع تحت الطلب ولأجل لا يتجاوز السنتين لاستثمارها في عمليات مصرفية »(٢) .

وعرفه القانون المصري « بأنه كل منشاة تقوم بصفة معتادة بقبول ودائع تدفع عند الطلب أو بعد أجل لا يتجاوز السنة»(٣) .

وباستقراءً للتعاريف التي صاغتها القوانين سالفة الذكر نجد أن التعريفات ركزت على المفهوم المؤسساتي للمصارف وفقاً لمنظومة قانونية يرتكز عليها العمل المصرفي بعيداً عن الفردية في هذا الشأن ، كما يتبين من نص القانون المصري أن هدف المشرع هو استيعاب أكبر عدد ممكن من المؤسسات المالية التي تقوم ببعض الأدوار المصرفية دون الحاجة إلى تعديل تشريعي مستقبلي فاستعاض عن لفظ «المؤسسة المصرفية» إلى لفظ «كل منشأة» ، علما أن التعريفات تؤكد في جملتها أن العمل المؤسسي المصرفي هو ضمانة قانونية وتجارية للمصارف دون غيرها، وهو الإطار التوصيفي للمصرف باعتباره مؤسسة من جهة وباعتباره تاجراً من جهة أخر، وفقاً للتفصيل التالي:

(١) المادة ١٢١ من قانون النقد والتسليف اللبناني بالمرسوم الإشتراعي رقم ٧٧ تاريخ ١٩٧٧/٦/٢٧

(٢) المادة ٨٥ الفقرة (١) من الباب الرابع (مهنة المصارف والصرافة) من قانون النقد الأساسي السوري رقم ٢٠٠٢/٢٣

(٣) القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ وتعديلاته الخاص بالجهاز المصرفي والنقد المصري.

١- توصيف المصرف بأنه مؤسسة:

ذهب الفقه المقارن إستنباطاً من قواعد القانون الوضعي إلى اشتراط العمل المؤسسي للمصارف لأنه ينسج عمليات مصرفية متكاملة ومنتظمة وفقاً لهيكلية مؤسساتية معينة . ومن المقرر في هذا الشأن أنه يشترط في المصرف أن يكون مؤسسة أي مشروعا، مما يعني أنه عبارة عن مجموعة أعمال متكاملة منتظمة تحت إدارة رئيس، وبواسطة أشخاص ومعدات بغية تحقيق غاية معينة. إلا أن هذا المشروع لا يصح أن يكون مؤسسة فردية بل لقد فرضت القوانين أن يتم تأسيسه بشكل شركة مقفلة أو شركة مساهمة.

والتوصيف الهيكلي المؤسساتي للمصرف على النحو الذي أوضحناه سلفاً يجعله أكثر قدرة على النهوض بالعمليات المصرفية وما تحتاجه من إدارة وتوزيع وتدقيق ، وخاصة إذا كان موضوع العمليات هي تجارة النقود .

٢- توصيف المصرف بأنه تاجر:

استطراداً مع موقف الفقه المقارن ومختلف القوانين الوضعية نجد أن العمليات التي يقوم بها البنك هي عمليات تجارية، وبالتالي تسبغ على المصرف مفهوم التاجر من كافة الجوانب وتحيطه بالتوصيف بأنه تاجر بكافة الأعمال التي يقوم بها.

وتجدر الإشارة إلى أن مختلف القوانين تناولت ذلك التوصيف،ولتوضيح الفكرة الماثلة يتعين تأصيل القواعد القانونية الواردة في مختلف القوانين التي أكدت اعتبار المصرف تاجراً، وأن العمليات التي يقوم بها تجارية، وننوه أن القانون اللبناني والتراجم القانونية اللبنانية للقانون الفرنسي تورد لفظ « البنكا « لأعمال المصارف وهو ما يقيدنا في نقل المادة كما وردت في النص وترجمة نص القانون الفرنسي . فقد أشار قانون التجارة اللبناني إلى « أن أعمال الصرافة والبنك تعتبر أعمالاً تجارية بحكم ماهيتها الذاتية»(١) . وهذا مثبت بشكل صريح ، أن المهنة المصرفية هي مهنة تجارية بطبيعتها ، وكذلك نص قانون التجارة الفرنسي على « أن جميع عمليات الصرافة والبنكا والسمسرة هي أعمال تجارية»(٢) ، وعملاً بصراحة النص ، تعتبر المهنة المصرفية ، مهنة تجارية بطبيعتها ويعتبر المصرف تاجراً. وينتج عن كون المصرف تاجرا ، خضوعه للموجبات التي يخضع لها التجار وهي مسك الدفاتر التجارية، والتسجيل في السجل التجاري ، وإضافة إلى هذين الموجبين اللذين يفرضهما القانون على التجار ، يخضع المصرف بصورة خاصة للتسجيل في لائحة المصارف التي يضعها المصرف المركزي .

و بالجملة يترتب على توصيف المصرف بأنه تاجر كافة الآثار القانونية للمركز القانوني للتاجر في كافة القوانين المتعلقة بالتجارة والعمليات المصرفية، وبالتالي فإن كافة الحقوق والالتزامات التي يتمتع أو يلتزم بها التاجر يتمتع ويلتزم بها المصرف.

(١) نص الفقرة (٤) من المادة السادسة من قانون التجارة اللبناني بالمرسوم الاشتراعي رقم ٣٠٤ بتاريخ ٢٤ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٤٢

(٢) ترجمة المادة (٦٣٢) من قانون التجارة الفرنسي

المطلب الثاني
أنواع المؤسسات المصرفية

تتنوع المصارف كمؤسسات مصرفية تبعاً لعوامل قانونية أو اقتصادية أو تصنيفية معينة، فضلاً عن أن تنوعها قد يكون نتيجة إلى مصدر تمويل البنك أو الغرض من إنشائه على النحو التالي:

التقسيم الأول:من حيث الوضع القانوني للمصرف:

مصارف عامة :

هي المصارف التي تمتلكها الدولة وتمتلك كامل رأسمالها وتشرف على أعمالها وأنشطتها. كالمصارف المركزية، المصارف الوطنية التجارية، المصارف المتخصصة أي متخصصة في مجال معين) مثل المصرف العقاري، المصرف الزراعي، المصرف الصناعي، مصرف التسليف).

مصارف خاصة :

هي المصارف التي يملكها أشخاص سواء كانوا طبيعيين أو معنويين ويتولون إدارة شؤونها ويتحملون كافة مسؤولياتها القانونية والمالية إزاء الدولة (ممثلة في المصرف المركزي).

مصارف مختلطة:

هي المصارف التي يشترك في ملكيتها وإدارتها كل من الدولة و الأفراد أو الهيئات. ولكي تحافظ الدولة على سيطرتها على هذه المصارف فإنها تقوم (تعمد) إلى امتلاك رأس المال بما يسمح لها بالإشراف عليها وتوجيهها بما ينسجم والسياسة المالية والاقتصادية للدولة.

التقسيم الثاني:من حيث طبيعة الأعمال التي تزاولها المصارف:

مصارف تجارية :

هي المصارف التي تزاول الأعمال المصرفية من قبولها للودائع وتقديم القروض وخصم الأوراق التجارية أو تحصيلها وفتح الإعتمادات المستندية، وقد تمارس هذه المصارف أعمالاً أخرى غير مصرفية مثل : المشاركة في المشاريع الاقتصادية وبيع وشراء الأسهم والسندات.

مصارف صناعية:

وهي التي تقوم بتمويل الصناعات المختلفة بهدف التنمية الصناعية وفقاً لشروط، وآجال، تنسجم مع أهدافها.وهي المصارف التي تختص في التعامل مع القطاع الصناعي، وتساهم في عملية التنمية الصناعية من خلال دعم المشاريع الصناعية وذلك مقابل تقديم القروض ومنحها للتسهيلات المصرفية .

مصارف زراعية:

هي المصارف التي تتعامل مع المؤسسات الزراعية حيث تختص بتقديم كافة التسهيلات والخدمات المصرفية لمساعدة هذه المؤسسات لأداء دورها في عملية التنمية الزراعية سواء كانت هذه المؤسسات تابعة لأفراد أو جمعيات تعاونية.

مصارف عقارية :

هي المصارف التي تقدم كافة التسهيلات والخدمات المصرفية للأفراد أو المؤسسات أو الجمعيات التعاونية السكنية لمساعدتها في إنشاء العقارات.

التقسيم الثالث: من حيث مصادر الأموال تنقسم المصارف إلى:

مصارف مركزية:

هي المصارف التي تنشئها الدولة لتتولى عملية الإشراف و التوجيه و الرقابة على الجهاز المصرفي كما أن لها حق إصدار العملة و الاحتفاظ بالأصول السائلة الخاصة بالدولة كالذهب و العملات الأجنبية، ويكون رأسمال المصارف المركزية ما تخصصه الدولة لها و كذلك من ودائع المصارف التجارية لديها.

مصارف الودائع (المصرف التجاري):

هي المصارف التي تتكون أموالها الخاصة من رأس المال المملوك للشركاء و كذلك من الودائع التي يقدمها الأفراد و المؤسسات لغرض الاستثمار أو الحسابات الجارية.

مصارف الأعمال أو الاستثمار: هي المصارف التي تعتمد بشكل رئيسي على أموالها الخاصة بالإضافة إلى الودائع لأجل في قيامها بالأعمال التي أنشأت من أجلها و من أهم هذه الأعمال تقديم القروض طويلة الأجل للمشروعات أو المساهمة فيها لأغراض الاستثمار، و القانون سمح لهذه المصارف بإنشاء شركات استثمارية.

التقسيم الرابع: من وجهة الشريعة الإسلامية :

مصارف تقليدية (ربوية):

هي المصارف التي تعتمد على تجارة النقود وتتوسط بين الرأسماليين في عملية الإقراض والاقتراض، وتعتمد على الفائدة الربوية في عملية التمويل، ولا تعبأ بما هو محظور في الإسلام .

مصارف إسلامية:

تقوم المصارف الإسلامية بالعمل وفق ما تفرضه الأحكام و القواعد في الشريعة الإسلامية، و قد تميزت هذه المصارف بتجنب التعامل بالفائدة أخذاً من المقترضين أو إعطاءً للمودعين، و لكن اتسمت علاقتها بعملائها بأنها علاقة شريك مع شريكه حيث لا يحدد عائداً مسبقاً على الأموال المودعة لديها أو تقدم أموال لعملائها وفقاً لقواعد البيع والشراء في صور التمويل بالمرابحة أو المضاربة أو المشاركة .وتقوم المصارف الإسلامية بأداء الخدمات المصرفية المختلفة، كتلك التي تقوم بها المصارف التقليدية مقابل عمولات تتقاضاها.(١)

(١) مجلة الإبتسامة ، الموسوعة العلمية ، بحوث علمية في انواع المصارف من موقع الالكتروني http://www.ibtesama.com

عناصر العمليات المصرفية

إن القواعد التأصيلية للعمليات المصرفية قائمة على التعاقد بين المصرف وعملائه بصور مختلفة . وتختلف كذلك بين المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية إلا أن القاسم المشترك هو وجود تعاقد بين طرفي العلاقة وقد تمتد لآخرين وفقاً لمنظومة إجرائية معينة وعناصر وغايات تجسدها حتمية قيام علاقات تعاقدية بالتعامل بين المصرف والعميل. وللقانون المصرفي والعمليات المصرفية صبغة فنية دقيقة لأنها تنظم موضوعا فنيا خاصا، ويبدو ذلك أن هذه القواعد تصل – أحياناً- إلى تنظيم التفصيلات ولا تقتصر على الأصول(١) ،ويمكن اختزال هذه الصورة في مسألتين الأولى تلقي المصرف الأموال من العملاء والجمهور والثانية استعمال المصرف الأموال التي يتلقاها من الجمهور لحسابه الخاص وفقاً لمكونات تعاقد بين الطرفين تختلف من عملية لأخرى .

أولاً : تلقي المصرف النقود من الجمهور:

يشترط في كل مؤسسة تمارس مهنة مصرفية ، أن تتلقى أموالاً من الجمهور وتعتبر أموالاً متلقاة من الجمهور من قبل المصرف ، الودائع وحاصلات القروض(٢) . واستنباطاً من الكيفية التي يتلقى المصرف الأموال من الجمهور يتضح أن كافة جوانبها تعاقدية بين المصرف والجمهور على موضوع العقد وهو المال أو النقود وقد يتخذ ذلك صوراً عديدة في البنوك التقليدية منها الإيداع والقروض والاعتماد البسيط والاعتماد المستندي وهو ما يترتب عليه دفع العميل المال للمصرف ويخلق بذلك تكوين لأحد العناصر المكونة للعملية المصرفية فبدون أن يتلقى المصرف هذا المال من العميل فان الإطار القانوني للعملية التعاقدية لا تتم لتخلف ركناً مهماً في العملية المصرفية وهي النقود المتداولة أو ما نسميه اصطلاحاً محل العقد .

واستجلاء للتأسيس الذي أوردناه نجد أن النصوص القانونية الواردة في قانون التجارة البحريني وضعت الأساس التعاقدي للودائع تمثيلاً لإحدى العمليات المصرفية إذ نص على « الوديعة النقدية عقد يخول البنك حيازة النقود المودعة»(٣). فالأساس إذاً للعمل المؤسسي المصرفي هو تلقي المصرف النقود من العميل بناءً على عقد يتخذ شكلاً من الأشكال التجارية التي نص عليها القانون ، لكي يقوم المصرف بأداء التزامه تجاه العميل الذي أودع ماله لديه لغايات معينه تمثل إحدى صور العمليات المصرفية.

وننتقل الآن الى الحديث عن العمليات المصرفية التقليدية حيث تنقسم الى عدة مباحث على النحو التالي:

(١) المستشار محمد عزمي البكري: في شرح قانون التجارة الجديد ،دار محمود للنشر والتوزيع، بدون سنة طبع، ج ٢،ص١٠٣٨

(٢) الياس نصيف:المرجع السابق ، ص٣٧

(٣) لاحظ المادة (٢٧٥) من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ ، الجريدة الرسمية العدد١٧٣٩ ،الخميس ٢٦ مارس ١٩٨٧

العمليات المصرفية التقليدية.

*المصرف الإسلامي:

يختلف دور المصارف الإسلامية في مسألة تلقي النقود من الجمهور تبعاً لإختلاف دور المصارف الإسلامية بإعتبارها شريكاً حقيقياً في العملية المصرفية وقد يأخذ هذا الجانب في المصارف الإسلامية شكلاً من أشكال التمويل عن طريق المضاربة أو المشاركة أو المرابحة أو غيرها من طرق التمويل الإسلامية التي يتلقى فيها المصرف الإسلامي الأموال في صورة من صور البيوع سالفة الذكر خلافاً لدور المصارف التقليدية التي يكون دورها التوسط بين الرأسماليين بين الإيداع والإقراض بفائدة.

ثانياً: استعمال المصرف الأموال التي يتلقاها من الجمهور لحسابه الخاص:

هذا إطار يميَز حال التعاقد في العملية المصرفية عن غيره من أي عملية تعاقدية أخرى ، فيشترط في المصرف ، أن يستعمل الأموال التي يتلقاها من الجمهور لحسابه الخاص ، ويتم استعمال الأموال في عمليات التسليف ، كعمليات إقراض النقود وعمليات فتح الاعتماد العادي والمستندي، وعمليات الحساب الجاري والعمليات المالية المختلفة (١) . إن العمليات سالفة الذكر تتركز عادةً في المصارف التقليدية، ويكون عمل المصارف التقليدية بالغالب كما أشرنا إلى التوسط بين مجموعة من الجمهور ممن يقومون بإيداع أموالهم في المصرف مقابل فوائد معينة وبين التجار ومجموعة من الأفراد الذين يحتاجون إلى السيولة النقدية لتمويل مشاريعهم أو تغطية احتياجات ضرورية وعاجلة مما يضطرهم إلى الاقتراض من البنوك ويدفعون بالمقابل فائدة للمصرف . وكما أسلفنا سابقاً فإن الفرق بين عمليات الإيداع والإقراض يمثل في الغالب هامش الربح للمصرف.

*المصرف الإسلامي:

يتلقى المصرف الإسلامي الأموال من العملاء ليس بإعتبارهم مودعين وإنما باعتبارهم مشاركين، أو مضاربين، بأموالهم وفقاً لصيغ تعاقديه قائمة على القواعد الشرعية الإسلامية مما يجعل المصرف الإسلامي شريكاً حقيقياً للأموال التي يتلقها من الجمهور ولا يقتصر دوره على هامش الربح بين عمليات الإيداع والإقراض التي تمارسها المصارف التقليدية.

وأن التوظيف والاستخدام الشرعي للمصرف الإسلامي يختلف بالأساس عن المصارف التقليدية حيث يقوم المصرف الإسلامي طبقاً للشريعة الإسلامية بجميع الأعمال المصرفية والتجارية وأعمال الاستثمار وإنشاء مشروعات التصنيع والتنمية الاقتصادية والعمران والمساهمة فيها في الداخل والخارج، ويكون استثمار الودائع بواسطة المصرف وبصفته وكيلاً عن مجموع المودعين وله كافة الصلاحيات في تحديد أوجه الاستثمار – واختيار القائمين به وشروطه.

(١) الياس نصيف:المرجع السابق، ص٣٨

وبعد هذا العرض التاريخي والهيكلي المؤسساتي للعمليات المصرفية في الفصل التمهيدي نود الإشارة الى اتباع الباحث في دراسته المنهج التحليلي التأصيلي المقارن وذلك من خلال تحليل وتأصيل النظم المصرفية في ضوء القواعد العامة وما أسفر عنه التطور والأزمات الاقتصادية من خصوصيات بشأنها ، ثم مقارنة تلك النظم بالشريعة الإسلامية وتفصيل كل القواعد القانونية في تكوينات العقود المصرفية التقليدية ومقارنتها مع التعاقدات المصرفية الإسلامية ، من كافة الأوجه على اننا لن نستعرض كافة العمليات المصرفية التقليدية ولكننا سنركز على بعض العمليات الواسعة الإنتشار عملاً ، فضلاً على أنها مناط المقارنة مع العمليات المصرفية الإسلامية ، حتى يمكن التوصل إلى أفضل ما يمكن تبنيه في ضوء ما يسفر عنه البحث من نتائج وتوصيات.

وننتقل الآن الى الحديث عن العمليات المصرفية التقليدية حيث تنقسم الى عدة مباحث على النحو التالي:

العمليات المصرفية التقليدية

تقوم المصارف التقليدية بعمليات مصرفية في إطار الاستثمار والتمويل بأشكال عديدة أهمها الإيداع والإقراض والاعتماد البسيط والاعتماد المستندي والخصم والحساب الجاري وإيجار الخزائن الحديدية وغيرها من عمليات الائتمان وتتخذ أي عملية مصرفية احكام التعاقد بين العميل والبنك في صورة معينة تبعا لطبيعة المعامله والغاية من العملية المصرفية – وقد سطر قانون التجارة البحريني في هذا الأساس الآتي: « تسري أحكام هذا الفصل على العمليات التي تعقدها البنوك مع عملائها تجارا كانوا أو غير تجار وآيا كانت طبيعة هذه العمليات «(١) . وباستقراء المادة سالفة الذكر نجد أن المشرع البحريني أصل العمليات المصرفية بأنها عملية تعاقدية بين المصرف والعميل وهذا التأصيل مهم من ناحية انه في حال عدم وجود نصوص خاصة تنظم العملية المصرفية والآثار المترتبة عليها أو عدم وجود تنظيم قانوني محدد يلجأ المتعاقدان إلى القواعد العامة ، ورغم التأصيل التشريعي للعمليات المصرفية إلا أننا سوف نكون أمام حالات تعاقدية مركبة أو خاصة ولن نكون أمام حالات تعاقدية بمعناها البسيط وقد تكون العملية المصرفية تخضع لمكونات تأخذ عدة أوصاف تتمازج في العملية الواحدة وهنا موطن الصعوبة القانونية التي واجهها الفقه والقضاء المقارن حال تطبيق تلك الأحكام على العمليات المصرفية وعلى الدعوى التي عرضت على القضاء . والثابت أن ثقة الجمهور بالمصارف نابعة بإحاطة المشرع للعمليات المصرفية بالضمانات القانونية اللازمة لنأيها عن أوجه البطلان أو العيوب في الرضا بين المتعاقدين وهو الجزاء المترتب على فقدان العقد لأحد أركانه في الحالة الأولى أو شرط من شروط صحته كما في الحالة الثانية ، فضلا عن إن مجموع العمليات المصرفية هو قوام الاقتصاد الوطني والقومي لأي بلد بل بدأ يأخذ الشكل العنكبوتي وخيوطه تمتد لكافة أرجاء العالم فأي هزة اقتصادية في أي بلد يتأثر بها العالم بأسره وقد يكون ذلك سببه العملية

(١) المادة(٢٧٤) من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ ، الجريدة الرسمية العدد١٧٣٩ ،الخميس ٢٦ مارس ١٩٨٧.

المصرفية التي هي محور دراستنا الماثلة ، فما هو مناط بالمشرع في التشريع الوضعي هو سن القوانين والإشراف على تطبيقها بتعيين الجهة المسئولة عن ذلك وهو البنك المركزي والذي ناط به المشرع مراقبة مدى التزام المصارف في تطبيق النصوص القانونية المنظمة للعمليات المصرفية – وهو في ذات السياق الذي نص عليه القانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠٠٦ بإنشاء مصرف البحرين المركزي . وتأسيساً على ما سبق نبسط البحث ابتداء في العمليات المصرفية في التشريع الوضعي وسنركز على بعض العمليات المصرفية التقليدية لتحقيق أوجه المقارنة مع العمليات المصرفية في الشريعة الإسلامية. وسوف نتناول في هذا البحث عمليات الإيداع وعمليات الائتمان في التشريع الوضعي.

المبحث الأول
عمليات الإيداع

ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين وهما عملية إيداع النقود وعملية إيداع الصكوك ، فالعميل الذي يودع المصرف أمواله قد يهدف إلى تجنب المخاطر مثل السرقة أو الضياع إذ يحفظها في مكان أمين. وذلك يشبه هدف المودع في عقد الوديعة المدنية على أن للعميل المودع أهدافا أخرى لا يعرفها عقد الوديعة المدنية. فهو قد يرى أن يودع نقوده في المصرف لأجل أن يحصل على فائدة. وقد يودع صكوكه المالية ليس فقط لحفظها وإنما أيضاً لإدارتها وتحصيل إرباحها وفوائدها (١).

المطلب الأول
وديعة النقود

عقد الوديعة عقد تبادلي بمقتضاه يعهد الأفراد والهيئات بنقودهم إلى أحد المصارف، الذي يصبح مالكاً لها، ليستعملها في نشاطه المهني، أو برد ما يعادلها دفعة واحدة، أو على دفعات متعددة، وقد يلتزم البنك فضلاً عن رد الوديعة بأداء مبلغ، إضافة إلى الفوائد إذا نص عليها عقد الإيداع أو القانون. ولتوضيح مفاهيم الوديعة النقدية في المنظور القانوني يتعين أولاً بيان ماهية الوديعة النقدية ، وبعد ذلك نعدد أنواع الودائع النقدية ، ومن ثم نبين الأحكام الخاصة بالوديعة النقدية ، وأخيراً نطرح الجدل الفقهي حول الطبيعة القانونية للوديعة النقدية ، وذلك تباعا على النحو التالي:

أولاً : ماهية الودائع النقدية:

تعرف الودائع النقدية بأنها عقد بمقتضاه يسلم العميل مبلغاً نقدياً إلى المصرف الذي يلتزم برد هذا المبلغ بمجرد الطلب أو عند حلول الأجل المتفق عليه(٢). وعرفه جانب آخر من الفقه « الوديعة المصرفية هي عقد بمقتضاه يسلم شخص مبلغاً من النقود إلى المصرف الذي يلتزم برده لدى الطلب أو وفقاً للشروط

(١) الدكتور على البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف بالاسكندرية ، ص ٢٦٠

(٢) الدكتور حسني المصري : عمليات البنوك ، طبعة ،١٩٨٧، ص٨

المتفق عليها (١) ، ونص قانون التجارة البحريني على « الوديعة النقدية عقد يخول المصرف حيازة النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع ويكون الرد بذات نوع العملة المودعة، ويجوز اشتراط فائدة في عقد الوديعة النقدية» (٢) . وباستظهار ما بين ثنايا النصوص القانونية سالفة الذكر سوف نرى حال عرض العمليات المصرفية للمصارف الإسلامية أن الفائدة المشار إليها في المادة سالفة الذكر وهي ما تسمى الفائدة الاتفاقية تخرج عن الإطار الشرعي ، وبالتالي فإن عملية إيداع النقود في المصارف التقليدية تختص بمكونات ربوية أثناء قيامها بتلك العملية المصرفية التي قد تكون تلك الفائدة غاية أساسية للمودع إضافة إلى حفظ نقوده من الضياع والتلف ، وبالتالي هناك الكثير من العملاء من يستثمر في صناديق الإيداع مشترطين في عقد الوديعة النقدية أن يكون الإيداع بفائدة يتفق عليها بين العميل والبنك . ويستفيد البنك بأن تمثل الودائع مورداً مهماً لاستثماراته وتنفيذ عملية الائتمان المصرفي، وكذلك إقراض الغير ويمكن الإشارة في هذا الجانب أن الوديعة المصرفية تتميز بخصية جوهرية هي أن البنك يكتسب ملكية النقود المودعة ويكون له حق التصرف فيها لحاجات نشاطه الخاص ، على أن يلتزم برد مبلغ مماثل إلى المودع (٣) .

*المصرف الإسلامي :

المصارف الإسلامية لا تأخذ بفكرة الوديعة النقدية لأن ودائع البنوك لا يمكن القول أنها وديعة يأخذها البنك أمانة يحتفظ بها ليردها إلى أصحابها، وإنما يستهلكها في أعماله ويلتزم برد المثل، وهذا واضح في الودائع التي يدفع المصرف عليها فوائد، فما كان ليدفع هذه الفوائد مقابل الاحتفاظ بالأمانات وردها إلى أصحابها كما أن البنك في كل الحالات ضامن لرد المثل، فلو كانت وديعة لما كان ضامنا، ولما جاز إستهلاكها.

التكييف الشرعي للوديعة المصرفية:

الإيداع في الشرع لا يخرج كونه توكيلاً أو استبانة في حفظ المال، فقد جاء في منتهى الإرادات أن الإيداع « توكيل في حفظ المال تبرعاً، والوديعة هي المال المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض»(٤)، والمتتبع لأقوال الفقهاء في العقود ، يجد أنهم يبنون أحكامهم على القاعدة الشرعية المعروفة من أن « العبرة في العقود للمقاصد والمعاني وليست للألفاظ والمباني» (٥)، فالوديعة رغم أنها لا تخرج عن كونها توكيلاً أو استبانة في حفظ المال، إلا أنها إذا كانت مأذوناً في التصرف فيها باستعمال المودع والانتفاع به، فإنها تنقلب قرضاً.(٦)

وعليه إن وديعة النقود هي قرض، فقد جاء في المغنى لابن قدامه : « ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن إستعارها لينفقها فهذا قرض».

وفي المبسوط للسرخسي : «عارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض».

(١) الدكتور مصطفى كمال طه ، الوجيز في القانون التجاري، الناشر منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة طبع ، ص٤١٤

(٢) المادة(٢٧٥) من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ ، الجريدة الرسمية العدد١٧٣٩ ،الخميس٢٦ مارس١٩٨٧

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق ، ص٤١٤

(٤) منتهى الارادات ١/٥٣٦ مشار اليه في : كتاب الدكتور عبدالله العبادي ، المرجع السابق، ص٤١

(٥) أعلام الموقعين في هذه القاعدة ، مشار اليه في : كتاب الدكتور عبدالله العبادي ، المرجع السابق، ص٤١

(٦) الدكتور عبدالله العبادي ، المرجع السابق، ص٤١

وفي تحفة الفقهاء للسمرقندي: « كل ما لا يمكن الإنتفاع به إلا بإستهلاكه فهو قرض حقيقة، ولكن يسمى عارية مجازاً».(١)

وعليه فإن المصارف الإسلامية لا تتعامل بالودائع النقدية باعتباره قرض جر نفعاً وهذا ربا محرم شرعاً، وهذا الحكم ينسحب على كافة أنواع الودائع وصورها.

ثانياً :أنواع الودائع النقدية:

حدد المشرع أنواع الودائع النقدية والأساس التي يتم بموجبه التقسيم هو تاريخ استرداد الوديعة النقدية ، وتتنوع الودائع تأسيسا على ذلك إلى ودائع بموجب إخطار سابق والودائع لأجل والودائع المخصصة لغرض معين وقد نص على ذلك قانون التجارة البحريني إذ نص على « ١- ترد وديعة النقود بمجرد الطلب ما لم يتفق على غير ذلك ، وللمودع في أي وقت التصرف في الرصيد أو في جزء منه . ٢- ويجوز تعليق هذا الحق على إخطار سابق أو على حلول اجل معين» (٢) ونجد أن المشرع البحريني ذهب إلى تقسيم أنواع الودائع النقدية حسب الآتي :

١- الودائع المستحقة بمجرد الطلب :

وهو حساب تقيد فيه الودائع الوقتية والجارية، وهي مبالغ تودع لدى المصرف دون تحديد مدة، وللمودع الحق في سحبها حين الطلب دون أن تمنح له أية فائدة عليها ما لم يتفق على خلاف ذلك. ويلاحظ أن هذا الحساب الأكثر شيوعاً في التطبيق المصرفي نظرا لما يحقق من استبعاد لشبهة «الربا» ولما يترتب من مزايا تمكن المودع من السحب الجزئي المتكرر بمجرد الطلب، الأمر الذي يمكنه من الاستفادة من الحساب كوسيلة لتسوية ديونه، ومن الملاحظ بوجه خاص إن هذا الحساب يصلح أن يكون إطاراً قانونياً لاستقبال إيداعات نقدية لاحقة يرحب بها المصرف مع حق المودع في الاسترداد لدى الطلب الأمر الذي يزيد من قابلية تشغيل هذا الحساب .(٣)

ولما كان هذا النوع من الودائع يخول للعميل الحق في طلب استرداد الوديعة في كل وقت . ويلتزم المصرف برد الوديعة بمجرد إطلاعه على طلب العميل بالرد . فيتأتى أن هذا النوع من الودائع يشبع حاجة العميل المستمرة إلى استخدام وديعته النقدية في الوفاء بديونه التي تنشأ عن معاملاته اليومية ، ولذلك تعرف هذه الودائع بالودائع الجارية . وتعتبر الأكثر ذيوعاً في العمل . ولما كان البنك ملتزماً برد الودائع بمجرد طلبها فإنه عادة لا يعطي عنها فوائد ما لم تبلغ الودائع قدراً معينا (٤). وأرى في هذا الجانب أن هذا النوع من الودائع قد يتم أيضاً في المصارف الإسلامية وفقا للضوابط الشرعية وخصوصا حال خلت هذه العملية

(١) الدكتور كمال عبدالرحيم ،قضايا معاصرة بين الشريعة والقانون، الناشر مطبعة المدينة المنورة، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ /٢٠٠٨

(٢) المادة (٢٧٨) من قانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ ، الجريدة الرسمية العدد ١٧٣٩ ، الخميس ٢٦ مارس ١٩٨٧

(٣) الدكتور فائق محمود الشماع: الحساب المصرفي دراسة قانونية مقارنة ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،١٤٣٠هـ-٢٠٠٩ م، ص١٨٤

(٤) .الدكتور حسني المصري:المرجع السابق،ص٩

المصرفية من الفائدة الربوية ، وأن استنباط كيفية العمل على تطبيقها سوف يكون بالإمكان ، وأسترشد في هذا الرأي بما نص عليه قانون التجارة البحريني في الكيفيات الإجرائية لفتح حساب الإيداع إذ نص على « ١- يقوم المصرف بفتح حساب للمودع تقيد فيه جميع العمليات التي تتم بين المصرف والمودع أو بين البنك والغير لحساب المودع » وإسقاطا لهذا النص نجد أغلب المصارف الإسلامية حال دراستنا الفصل الخاص بها تقوم بذات الكيفيات الإجرائية مادام خلت العملية من الفائدة الربوية .

٢- الودائع المستحقة بموجب إخطار سابق :

وهو حساب تقيد فيه المبالغ النقدية التي تودع لدى المصرف لفترة غير محددة، ولكن يتم الاتفاق بين المصرف والمودع على أن لا يطلب هذا الأخير استردادها إلا بعد إخطار المصرف بمدة معينة كيومين أو ثلاثة أو سبعة أيام. ويلاحظ أن المصرف لا يدفع عن هذه الوديعة فوائد، وان قبل ذلك فسيكون بنسبة ضئيلة تقل بكثير عن الفوائد التي تدفع بشأن حساب الإيداع لأجل.(١)

وفي المقابل ما يوفره هذا النوع من الودائع للبنك من فرصة استثمار الوديعة وفرصة تدبير المبلغ المطلوب رده فإنه يدفع عنها فائدة تتناسب مع المدة من تاريخ الإخطار حتى تاريخ الرد (٢). وقد تكون هذه الصور أوضح من الصورة السابقة في تطبيق الوديعة النقدية بما يخول البنك سلطة حيازة النقود المودعة والتصرف فيها وبما يتفق مع نشاطه الائتماني المصرفي .

وعموما، في الأحوال التي يجوز فيها للمودع السحب الجزئي من الحساب، يعد هذا الحساب في حالة الحركة والتشغيل وإذا وافق المصرف على قبول إيداعات لاحقة في هذا الحساب نظير خضوع السحب لشرط الإخطار صار الحساب قابلاً للتشغيل سحباً وإيداعا ولكن السحب منه مقيد بشرط الإخطار المسبق.(٣)

٣- الودائع المستحقة عند اجل محدد:

وهو حساب تقيد فيه الودائع الثابتة أي المبالغ التي تودع لدى المصرف لمدة معينة ولقاء فائدة محددة تمنح المودع حسب شروط الاتفاق. ولا يجوز للمودع سحب الوديعة الثابتة ممن الحساب قبل الأجل المحدد لها، الأمر الذي يعني أن هذا الحساب غير قابل للتشغيل، وبالتالي تتجسد أهميته في تثبيت وتمثيل قيمة الالتزام المترتب على المصرف المودع لديه في مواجهة العميل المودع دون أن يكون لهذا الأخير التصرف بالمبالغ المودعة سوى عند الاستحقاق.(٤)

وتكون الوديعة لأجل أو لاستحقاق معين ، عندما يتم الاتفاق بين المصرف والمودع على أنه لا يحق لهذا الأخير المطالبة بالاسترداد قبل أجل محدد بموجب الاتفاق ، ونظراً لكون هذا النوع من الودائع يؤدي

(١) الدكتور علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية دراسة العمليات المصارف في القضاء المصري والفرنسي وتشريعات البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، طبعة عام ١٩٦٩ ،ص٣٦-٣٧ – الياس ناصيف : المرجع السابق ،ص٣٦٤

(٢) الدكتور حسني المصري:المرجع السابق، ص١٠

(٣) الدكتور فائق محمود لشماع: المرجع السابق ،ص ١٨٣

(٤) الدكتور فائق محمود لشماع: المرجع السابق ،ص ١٧٨

منفعة للمصرف أكثر من الودائع لطلب، باعتبار أن المصرف يتمكن من استعمال المبالغ بحرية تامة في إستثمارته المختلفة حتى تاريخ الاستحقاق ، ويكون على علم مسبق بهذا التاريخ ، ويتمكن من العمل بسهولة ، دونما حساب المفاجآت المترتبة على الاسترداد التي قد تتعرض لها الودائع لدى الطلب ، لذلك يكون على استعداد لدفع فوائد مرتفعة نسبيا على الودائع لأجل أو لاستحقاق معين، وترتفع نسبة الفائدة كلما طال اجل الاستحقاق .

يتم هذا النوع من الودائع بنسبة أقل من الودائع لدى الطلب التي تعتبر أكثر ملاءمة وحرية للمودع، ويعتبر بمثابة قرض يعطيه المودع للمصرف الذي يتعهد برده في وقت معين.وعند حلول الأجل أو الاستحقاق المتفق عليه، وإذا لم يعلن المودع أو المصرف عن عدم رغبته بالتجديد، ولم يطالب المودع باسترداد الوديعة، تعتبر المدة المذكورة في الاتفاق مجددة من تلقاء نفسها بالشروط الرائجة بتاريخ الاستحقاق، وخاصة المتعلقة منها بسعر الفائدة (١)

وتجدر الإشارة إلى أن فتح هذا الحساب يكون بناءً على طلب تحرص المصارف على تضمينه شروطاً في غاية الدقة والصرامة لتنظيم العلاقة القانونية الناشئة عن فتح هذا الحساب واستحقاقاً واسترداد النقود المودعة فيه. (٢)

*الودائع لأجل في المصرف الإسلامي:

وهي تختلف اختلافاً جذرياً عن مثيلاتها في المصارف العادية التي تضمن أصل الوديعة والفائدة عليها، حيث أن المصارف الإسلامية لا تضمن الأصل ولا نسبة محددة تضاف عليها. وإنما يكون دور المصرف كوكيل للمودع في مواجهة المستخدمين لهذا المال.

وهذه الوكالة على نوعين:

١-وكالة فيها تفويض من المودعين باستثمار الودائع في أي مشروع:

وهو ما يسمى بالودائع العامة حيث تقوم المصارف الإسلامية بتقديم الخدمات الائتمانية السابقة الذكر حيث يتم أنشاء وعاء يتم وضع الأرباح فيه وتوزيعها على المودعين بنظام النمر (أي المبلغ مضروباً في المدة) بعد استقطاع حصة المصرف مقابل الوكالة أو الإشراف.

٢-وكالة فيها تقييد من المودعين باستثمار ودائعهم في مشروعات محددة:

يقوم المصرف الإسلامي في هذه الحالة بدراستها والموافقة عليها وتحمل مخاطرها وتعود إليهم أرباحها بعد استقطاع حصة البنك مقابل الوكالة والإشراف، وهذا ما يسمى في مصطلح المصارف الإسلامية بالودائع المخصصة.

(١) الياس نصيف ، المرجع السابق، ص٣٦٤

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع : المرجع السابق، ص١٧٨

قد يظهر أن هذا النوع يشكل زيادة في نسبة المخاطرة في الوديعة حيث إن المصرف يمكن أن يقوم باستثمار المال في مشاريع خاسرة ويوجد حلولاً شرعية حيث يمكن أن يحتوى عقد الوديعة على عقد تأمين يؤمن على رأس المال .

ويوجد حل أخر هو إيجاد طرف ثالث يكفل رأس المال المودع ويكون هذا الطرف مرتبطاً بالمصرف الإسلامي بشكل ما. (١)

وختاماً في مسألة الودائع النقدية في ميزان الشريعة الإسلامية يرى عدد محدود فقط من فقهاء المسلمين مثل شيخ الأزهر الشريف فضيلة الدكتور محمد سيد طنطاوي و كذلك الدكتور محمود حمدي زقزوق أن لا حرمة في معظم معاملات المصارف التقليدية، وقد خص بالذكر أنه يحل للمسلم أخذ فائدة عن المبالغ التي يودعها في المصرف، وكذلك الاقتراض من المصرف لغرض إقامة المشاريع أو شراء العقارات والسيارات. لكن هذه الآراء تعتبر شاذة عن إجماع بقية الفقهاء.

ثالثا: الأحكام الخاصة بعقد فتح حساب الوديعة النقدية:

حساب وديعة النقود حساب مصرفي معروف في مختلف الأنظمة القانونية المختلفة كالقانون الانكليزي والقانون الفرنسي ، وعن القانون الفرنسي اخذ القانون العراقي و القانون المصري أحكام هذا الحساب . ولكن، على خلاف القانون الفرنسي (حيث لا يفتح هذا الحساب إلا بموجب اتفاق خاص ومستقل عن عقد وديعة النقود) قضى القانون العراقي وبعض القوانين العربية بأن «يفتح المصرف- بمناسبة وديعة النقود – حساباً للمودع لقيد العمليات التي تتم بينهما أو العمليات التي تتم بين المصرف والغير في ذمة المودع «(٢). وهكذا يكون فتح هذا الحساب التزاماً في ذمة المصرف لمجرد إبرام عقد وديعة النقود ، وقد أكدت القوانين العربية على الصفة الدائنة لهذا الحساب فقضت بأنه : لا يترتب على عقد الوديعة حق للمودع في سحب مبالغ من المصرف تزيد عما هو مودع فيه. وإذا أجرى المصرف عمليات يترتب عليها أن يصبح رصيد حساب المودع مدينا وجب على المصرف إخطاره فورا لتسوية مركزه. لذلك أوجب القانون العراقي على سبيل المثال بأن يرسل المصرف بياناً بالحساب المودع مرة كل سنة في الأقل ما لم يقضي الاتفاق بخلاف ذلك. ويجب أن يتضمن البيان صورة من الحساب ومقدار الرصيد بعد آخر حركة له.

ويلاحظ من النصوص المذكورة أن حساب وديعة النقود ليس من طبيعة منتجة للفوائد، ما لم يتفق على خلاف ذلك.(٣)

(١) المصرفية الإسلامية ،الموسوعة الحرة، موقع ويكيبيديا

(٢) لاحظ المادة (٢٤٠/أولا) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ ، وكذلك المادة ٣٠٢ من قانون التجارة المصري الجديد مشار إليهما في كتاب الدكتور فائق محمود الشماع، المرجع السابق،ص١٧٦

(٣) الدكتور فائق محمود الشماع : المرجع السابق ، ص ١٧٧

وحيث إن النصوص القانونية نظمت القواعد العامة و الكيفية الإجرائية لعملية فتح حساب الوديعة النقدية وما يتفق مع الطبيعة القانونية لعملية إيداع النقود في المصرف مع التركيز على الفروق التي سوف تتكشف عن آليات العمل في المصارف التقليدية عنها في المصارف الإسلامية وأوجه التقاطع بينهما في ما لا يخل بقواعد الشريعة في المصارف الإسلامية، وحال تسليطنا الضوء على تلك القواعد المتعلقة بعقد فتح حساب الوديعة، نجد أننا لابد أن نعرج في البداية على القواعد العامة في هذا الشأن وبعد ذلك نتطرق للإجراءات التطبيقية لفتح حساب الوديعة وفقا للقانون، وبعد ذلك نبين باقي الأحكام فيما يتعلق بتجارية العقد، وإثباته ، والآثار المترتبة عليه، وعلى النحو التالي :

١) القواعد العامة في فتح حساب الوديعة النقدية:

١- رضا الطرفين :

التراضي هو قوام العقد، وهو ركن لازم لفتح الحساب المصرفي، ويشترط فيه أن يكون موجوداً وصحيحاً طبقاً للقواعد العامة (١)، بمعنى يشترط لفتح الحساب المصرفي اتفاق طرفي الحساب وهم المصرف من جهة وطالب فتح الحساب من جهة أخرى، كما يشترط لصحة التراضي أن تكون إرادة الطرفين خالية من كل عيب وصادرة عن ذي صلاحية(أي ذي أهلية في حالة التصرف أصالة أو ذي سلطة في حالة التصرف نيابة)، وكل ذلك في ضوء أحكام القواعد العامة للقانون.(٢) وقد يكون رضا العميل ضمنياً كما إذا كان هناك تعامل سابق بين البنك والعميل وترك العميل في يد المصرف مبالغ نقدية ليستطيع سحبها في أي وقت – وتثبت موافقة العميل كما يثبت عقد فتح الحساب أيضا بتسليم العميل دفتر شيكات مقابل إيصال به – ولابد أيضاً من موافقة المصرف – وللمصرف دائما رفض فتح الحساب للعميل غير المرغوب فيه (٣) .مع ملاحظة أن المصرف هو الذي يحدد شروط العقد مقدما في قائمة مطبوعة ولا يملك العميل إلا قبول هذه الشروط أو رفضها مما قد يؤدي إلى اعتبار العقد من عقود الإذعان ، بما يستتبعه ذلك من ضرورة تفسير إحكامه بما فيه صالح الطرف المذعن .وانه إذا تم العقد على أساس شروط معينه فإن المصرف لا يملك بمفرده تعديل هذه الشروط أثناء العقد. فإذا أراد المصرف أن يعدل لائحته العامة التي يخضع لها العقد أو شروط عقد معين مع العميل فان هذا التعديل لا يقيد العميل إلا متى قبله صراحةً أو ضمنا بأن أحيط به علما وافترض قبوله من عدم اعتراضه عليه في ظروف تسمح باستنتاج هذا القبول ، وإلا تعذر إلزام العميل به دون رضاه . ويغلب عملياً إذا كانت الوديعة مستحقة لدى الطلب، أن يطلب المصرف من العميل استردادها إذا لم يقبل التعديل الجديد.وفي جميع الحالات لا يكون للتعديل اثر رجعي، بمعنى انه حتى إذا قبله العميل صراحة أو ضمنا فان هذا القبول ينصرف إلى المستقبل فإذا ورد على سعر الفائدة لا

(١) لاحظ المواد (٣١-١٠٢) من القانون المدني البحريني و(٧٧-١٤١) من القانون المدني العراقي والمواد (٩٠-١٥٥) من القانون المدني الأردني.

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع :المرجع السابق، ص٢٦

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص٣٨٣

يمس ما استحق منها قبل قبوله(١) .

حري بالبيان أن المصارف جرت على إعداد استمارات خاصة لأغراض إبرام عقد الحساب، وهي استمارات يتم ملؤها غالباً من قبل طالب فتح الحساب وتقدم للمصرف لتخضع لدراسة هذا الأخير لأغراض إصدار قراره بهذا الشأن. ولكن، تجدر الإشارة إلى أن الإجماع منعقد على أن فتح الحساب المصرفي تصرف لا يخضع للشكلية، حيث لا نص في القانون يلزم بإتباع شكل معين لإبرام هذا العقد وبالتالي، يمكن تجاوز المشار إليها في الاتفاق شفاهة على فتح الحساب(٢)

٢- الأهلية:

الصلاحية القانونية لطالب فتح الحساب شرط لازم، لان فتح الحساب المصرفي يعتبر من أعمال التصرف لا من أعمال الإدارة.(٣) وعليه إذا كان طالب الحساب شخصا طبيعيا وجب أن يكون كامل الأهلية. وكما هو ثابت وفقاً للقواعد العامة في القانون المدني أن الأهلية تنقسم إلى أهلية وجوب وأهلية أداء، وأهلية الوجوب تثبت للشخص منذ ولادته حتى وفاته، أما أهلية الأداء فهي أهلية الشخص على إبرام التصرفات القانونية وأن تكون أهلية كاملة لم ينتقصها عارض من عوارض الأهلية كالجنون والعته والغفلة أو السفه ، ويستلزم الأمر في هذه الحالة قيام الممثل القانوني بفتح الحساب . وأنه وقت فتح الحساب كان للعميل الحق أن يعتبر المركز الدائن في الحساب كمقابل وفاء الأوراق التجارية والشيكات التي يسحبها على البنك. ومن ثم يجب أن تتوفر للعميل ليس أهلية إيداع النقود فحسب، بل أهلية سحبها كذلك. فلا يجوز فتح الحساب إلا لشخص تكاملت أهليته أو لممثلة القانوني حال كان ناقص الأهلية أو عديمها .ويجوز فتح الحساب للأشخاص المعنوية مثل الجمعيات والشركات أو الأشخاص الاعتبارية مثل الوزارات والبلديات والمحافظات وغيرها بل يجوز فتح الحساب لشركة قيد التأسيس إذ أن لها شخصية معنوية طبعا بالقدر

(١) وقد عرض على القضاء الفرنسي لدى التزام البنك بهذا الإجراء وكان ذلك بمناسبة إبرام عقد إيداع مصحوب بفتح حساب وديعة ، في قضية تتلخص في أن نصابا فتح حساب باسم مزيف مدى البنوك ثم أرسل خطابا إلى بنك آخر بتوقيع مزور لأحد العملاء لهذا البنك الأخير يأمر فيه أن ينقل مبلغا من حساب هذا العميل إلى حسابه هو المفتوح باسم مزيف ، ثم قام هو بسحب المبلغ من هذا الحساب الأخير . رفع عميل البنك الثاني الأمر إلى القضاء فحكم له على البنك الذي به حسابه والذي نفذ أمر النقل بثلثي المسؤولية عن الضرر وبالثلث الباقي على البنك الآخر (استئناف داوي ٣ مايو ١٩٢٧) ، ولكن محكمة النقض الفرنسية برأت هذا البنك الأخير الذي سلم النقود = إلى صاحب الحساب وبذا استقرت المسؤولية عند البنك الذي نفذ أمر النقل الذي كان يجب أن يتحرى صحة الأمر الصادر إليه (نقض فرنسي ٢٨ يناير١٩٣٠ دلوز الأسبوعي ١٩٣٠ ص٣٩٥ وسيسي ١٩٣٠- ١- ٢٠٦) ويلاحظ الشراح أن محكمة النقض في حكمها هذا قالت لكي تبرئ البنك المفتوح لديه حساب الوديعة – انه ليس في القانون مايلزم البنك الوديع أن يتحرى من تلقاء نفسه شخصية المودع لا عند الإيداع ولا عند السحب ولا أن يناقش طبيعة حقه على المال المودع " وهذا القول هو الذي لفت النظر بالرغم من صحة الحكم في خصوص الواقعة ؛ لأنه وان يكون صحيحا عند الإيداع فانه غير صحيح عند السحب لان السحب منظورا إليه من ناحية البنك وفاء يجب لكي يكون صحيحا مبرئا أن يتم للمودع أو من يمثله ، فضلا على انه حتى بالنسبة إلى الإيداع – جرت العادة المصرفية على التحقق من شخصية المودع تفاديا للغش،علي جمال الدين عوض، ص٣٠- ٣١ .

(٢) مراد منير فهيم:البنود ١٦١،١٦٢ ص١٧٩ مشار إليه في الدكتور فائق محمود الشماع : المرجع السابق ،ص٢٧

(٣) الدكتور محسن شفيق: الموجز في القانون التجاري، طبعة ١٩٦٨-١٩٦٩ ص٣٩٨

اللازم للتأسيس، بل حتى بعد إنقضاء الشركة أو انتهائها وتحديد وقت التصفية، ويقوم المصفي غالبا بفتح حساب للشركة تحت التصفية وإيداع حقوقها المتحصلة من الغير وسداد ما على الشركة من التزامات عن طريق هذا الحساب .

فضلاً عن ذلك فإن بعض الشراح الذين يرون أن العقد وديعة ناقصة أو وديعة عادية يعتبرون ذلك عملاً من أعمال الإدارة لا تلزم بالنسبة للعميل أهلية التصرف (١)، وبينهم من يعتبره قرضاً يستلزم أهلية التصرف لدى المقرض(٢).ومن الشراح الذين يعتبرون العقد قرضاً يكتفي مع ذلك بأهلية الإدارة لدى المودع متى كان الإيداع لازما لكي ينتج المال ثمرته وهذا شأن الإيداع في البنك(٣) بالرغم من أنه ينقل ملكية المال المودع إلى المصرف الوديع . وأياً كانت الأهلية المطلوبة فإن على المصرف أن يتأكد من توافرها في المودع لدى الإيداع ، ويكفيه في ذلك إتباع الوسائل التي جرى عليها العرف(٤).

*الأهليّة في الشريعة الإسلامية:

الأهلية مرتبطة بالرشد وهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات المالية، والرشد – كما فسره أبن عباس – هو صلاح العقل وحفظ المال، وهو يختلف باختلاف الأشخاص والبيئات(٥)والشريعة الإسلامية – وهي شريعة إنما جاءت لتكون مبادئها خالدة قابلةً للتطبيق في كل زمان ومكان – لم تأتِ بتحديد سن للرشد، لأنَّ زمن الرشد يختلف تبعاً لفطرة الشخص، كما يختلف باختلاف الأوضاع الاجتماعية والاقتصادية العامة، وبحسب العلم والتربية والأخلاق العامة.

على أنَّ نصوص الشريعة ودلائل أحكامها تدلُّ على أنه: لا يعتبر رشداً قبل البلوغ. البلوغ شريطة مبدئية كنقطة ارتكاز للانتقال من طور القصور إلى طور الرشد. وقد يصاحب الرشد البلوغ وقد يختلّف عنه. فتتبع دلائل وجود الرشد اعتباراً من البلوغ. ولذا جاء نص القرآن في هذا المقام بمبدأ عام ثابت وهو ربط كمال أهلية الشخص بإيناس رشده بعد البلوغ كما تقدم، في قوله تعالى:

﴿ وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ ﴾ (٦)

أما تحديد سن لهذا الرشد فتركته الشريعة لولاة الأمر بحسب مقتضيات الزمن والسياسة الشرعية في المصالح المرسلة.

(١) ومع إن الأستاذ ريبير يراه وديعة إلا انه لا يعده عملا تحفظيا لان العقد يعطي المودع سلطة سحب الوديعة لدى الطلب (انظر ربير رقم ٢١٣٦) مشار إليه في الدكتور علي جمال الدين عوض:المرجع السابق، ص٢٩

(٢) السنهوري الوسيط جـ ٥ ص٢٨٢

(٣) فان رين ، في القانون التجاري د ٣ بروكسل ١٩٦١ ص٢١٥٢ ،مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق، ص٢٩ .

(٤) اسكار ورو ج ٦ الخاص بعمليات البنوك سنة ١٩٣٩ ص٣٢٥ ،مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين،المرجع السابق، ص٣٠

(٥) المستشار احمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية ،١٩٩٨ ، ص٦٤

(٦) سورة النساء الآية ٦

ومن ثم اختلفت الاجتهادات في مدى انتظار الرشد: فذهب ابوحنيفة إلى انتهاء الولاية المالية على الشخص وإطلاق التصرُّف له بمجرد بلوغه، ولو سفيهاً متْلفاً. لكن أمواله إذا بلغ سفيهاً يؤخر تسليمها إليه على سبيل الاحتياط والتأديب عملاً بالنص القرآني في عدم تسليمه ماله حتى يرشد؛ ولكنه لا ينتظر أكثر من تمام الخامسة والعشرين من عمره. فإذا أتمها يسلم إليه ماله ولو ظلَّ سفيهاً. ولا يجوز في نظره الحجر على الكبير إلا بسبب العته أو الجنون، لأنَّ في سلب أهليّة الإنسان الحر العاقل ضرراً معنوياً بكرامته يفوق ضرره المالي الذي يراد اتقاؤه بالحجر عليه.

ولكن جمهور الفقهاء وصاحبي أبي حنيفة قد ذهبوا إلى خلاف ذلك، فقرروا وجوب استمرار الولاية المالية على الشخص إذا بلغ غير رشيد حتى يُؤْنس منه الرشد دون تحديد سن معيَّنة للانتظار، وفقاً لظاهر النص القرآني السالف البيان، بحجة أنَّ منع ماله عنه يستلزم حجره عن التصرُّف فيه، وإلا لم يكن لحبس ماله عنه فائدة.

وقرروا أيضاً وجوب إعادة الحجر عليه بحكم قضائي إذا ظهر منه سَفَهٌ وتبذير بعد الرشد، معتبرين أنَّ ضرر السفه عام لا خاص.

قال أبوبكر الجصاص:

« إنَّ ضرر السفيه يَسْري إلى الكافة، فإنَّه إذا أفنى ماله بالتبذير صار وبالاً وعيالاً على الناس وبيت المال»، وهذا هو الراجح في المذهب الحنفي نفسه، وعليه العمل والمجلة. غير أنَّ أبا يوسف يشترط لحجر السفيه أن يقضي به القاضي ولو كان سفهه أصلياً منذ البلوغ.(١)

٣- الجدارة الشخصية:

وهي أي معلومة أخرى لطالب الحساب يحرص المصرف التثبت منها قبل إصدار الموافقة على فتح الحساب ، حيث يسعى المصرف إلى التأكد من الهوية الشخصية لطالب فتح الحساب وعنوانه، فضلا عن مهنته وسمعته ،وهي أمور شخصية يبرر خضوعها لرقابة المصرف بفكرة حق هذا الأخير في رفض التعامل مع ذوي السمعة السيئة الذين يستخدمون الحساب لأغراضهم غير المشروعة ويستعملونه وسيلة للإضرار بالغير.

*المصرف الإسلامي:

قد يتضمن عقد تأسيس المصرف الإسلامي شرط أن يكون العميل مسلماً كما هي المادة (١١) من قانون إنشاء بنك فيصل الإسلامي إذ نصت على: « أن يكون المتعامل مع البنك مسلماً ملتزماً بالشريعة الإسلامية« إلا إن فقهاء الشريعة ومنهم د. حامد أبو طالب، عميد كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر، فقال «إنه من الناحية الشرعية ليس هناك مانع يعوق امتلاك غير المسلم جزءاً من شركة أو مصنع أو بنك يلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية ما دام سيستمر في تطبيق أحكام الشريعة، وما دامت الأغلبية في يد المسلمين

(١) الدكتور مصطفى احمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ – ١٩٩٨م، دار القلم – دار الشامية، ج١ ص٨٢٣-٨٢٥

فليس هناك أي ضرر، أما لو آلت ملكية ٥١٪ من الأسهم لغير المسلمين ـ وهو أمر غير متاح في حالة بنك فيصل ، ففي هذه الحالة يستطيعون تغيير نظام البنك». وأضاف أبو طالب أنه بإمكانه أن يضع شرطاً مانعاً من التصرف أو يورد قيدا على التصرف، كأن يشترط على المشتري ألا يتصرف فيما اشتراه خلال مدة زمنية معينة، وهو شرط جائز شرعاً وقانونا.(١)

٤- المحل والسبب: هما الركنان الآخران اللذان يجب توافرهما بالإضافة إلى تحقيق التراضي على فتح الحساب. ومن الملاحظ أن السبب، وهو الباعث الدافع لفتح الحساب، يفترض متحقق الوجود لمجرد تحقق التراضي، حيث أن هذا الأخير يمثل التعبير عن الباعث الذي ينبغي أن يكون قد انصرف إلى اعتماد أسلوب الحساب المصرفي كوسيلة للتعامل مع المصرف وما يترتب على هذه الوسيلة من أحكام قانونية.

ومن جانب آخر، يفترض أن الباعث، الذي ينبغي وجوده، غير مخالف للنظام العام والآداب العامة والنصوص الآمرة في القانون، بمعنى أن يكون الباعث على فتح الحساب المصرفي مشروعا، وهو أمر مفترض ولا يستبعد إلا بإقامة الدليل على خلاف ذلك.

أما محل عقد الحساب المصرفي فهو « الديون» التي تدخل الحساب، حيث ينبغي طبقا للقواعد العامة، أن تكون موجودة أو ممكنة الوجود ومعينة أو قابلة للتعيين، فضلا عن لزوم كونها قابلة للتعامل.(٢)وباستجماع الأركان سالفة الذكر والتي تمثل جوهر تفعيل الحساب المصرفي للعميل المتعاقد مع المصرف.

* المحل والسبب في الشريعة الإسلامية:

إن من مقتضيات التعامل في الشريعة الإسلامية أن يكون محل العقد والباعث على التعاقد هو شيئاً غير محرم شرعاً. ولا تثار إشكالية في ذلك في شأن محل العقد إذا توافرت شروطه الشرعية وهي أن يكون شيئاً موجوداً معيناً ،مشروعاً، ومقاصد الشريعة الإسلامية تحتوي على مدلول أوسع من النطاق القانوني الوضعي، حيث أن ما يعتبر مشروع في القانون قد لا يعتبر ذلك في الشريعة الإسلامية مثل «الربا» قد يكون العقد الربوي مشروع في الوجهة القانونية وليس كذلك في الشريعة الإسلامية وكل محل عقد محرم شرعاً يترتب عليه بطلان العقد من الناحية الشرعية ، ولا يرتب العقد آثاراً شرعية إلا على النحو الذي ابتغاه الشارع، أما فيما يتعلق بسبب العقد وهو الباعث لدى المتعاقد لإبرام التصرف، قد استعمل الإمام الشافعي رحمه الله تعالى كلمة النية بمعنى الباعث حيث يقول: " أصل ما أذهب إليه، أن كل عقد كان صحيحاً في الظاهر لم أبطله بتهمة أو أجزته بصحة الظاهر واكره لهما النية إذا كانت لو أظهرت كانت تفسد العقد"(٣).

(١) جريدة الشرق الأوسط ، الجمعة ٠٨ ذو الحجة ١٤٢٧ هـ ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٦ العدد ١٠٢٥٨

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع : المرجع السابق، ص٣٠

(٣) الموقع العالمي للأقتصاد العالمي http://www.isegs.com ، الباعث والمآل واثرهما في العقود المالية.

لا خلاف بين الفقهاء في الاعتداد بالباعث أن ظهر في صلب العقد، وانه شرط لصحة التصرف عند ظهوره وإنما الخلاف في وسائل الإثبات وما حكمه ، وأثره إذا ظهر، وهل القرينة تغني عن التصريح، فقد ذهب الإمام الشافعي رحمه الله إلى انه إذا صرح بالعقد القصد الفاسد (صراحة) فسد التصرف.

وفيما يتعلق بالسبب في عقد فتح حساب الوديعة كباعث للتعاقد ، فإن الإطار العام في العقود المالية في الشريعة الإسلامية أن الباعث وحده ليس سبباً لإنشاء التصرف ، فالتصرف لا ينشأ به وليس ركناً فيه أيضا، فالركن ما هو داخل في ماهية الشيء، والباعث عنصر خارج عن العناصر البنيوية للتصرف.

وفي هذه الجزئية يتضح الفارق بين السبب في القانون الوضعي كركن من اركان العقد وبين السبب أو الباعث في الشريعة الاسلامية، وهو ليس بركن من أركان العقد وإنما عنصر خارج مكونات العقد نفسه. ورغم ذلك فيجب مشروعية الباعث حتى لا يتخذ العقد أو التصرف المشروع في ذاته وسيلة لتحقيق غرض غير مشروع يهدم مقاصد التشريع، فالباعث متصلاً بانعقاد العقد أصلاً أو لصحبته عند الجمهور ولما كان خارجاً عن الركن هو الارداة – الإيجاب والقبول- إلا انه المحرك لها. فيجد اعتباره شرطاً للركن، وهذا ينطبق على جميع الصور التي تصدر عن باعث غير مشروع، وهناك فريق آخر من الفقهاء لا يعتبر القرائن كافية للدلالة على الباعث فإذا لم يمكن صاحب الباعث السيئ من قصده وعالج المسألة بأسلوب آخر هو إجباره على إخراج المبيع من ملكه وأن كان التصرف صحيحاً إذا اثبت الباعث بعد الإنشاء- الإجبار على إخراج المبيع- أما إذا ثبت قبل التصرف بطل التصرف.(١)

٢) الإجراءات التطبيقية لفتح الحساب المصرفي للوديعة :

١- طلب فتح الحساب:

طلب فتح الحساب يتقدم به الشخص إلى المصرف إعلانا عن رغبته للتعاقد بهذا الشأن.ولا حظنا أن القانون لا يستلزم شكلية معينة لهذا الغرض، ومع ذلك ، جرت المصارف على إعداد استمارة خاصة تتضمن فراغات يلجأ طالب فتح الحساب إلى ملئها بحيث باكتمال فراغاتها والتوقيع عليها تبرز إرادة طالب فتح الحساب في عرض إرادي صريح مكتوب متضمن العناصر الأساسية والتفصيلية للتعاقد مع المصرف على فتح الحساب والتعامل بموجبه وقانوناً يعد تقديم هذه الاستمارة مملوءة وموقعة من جهة طالب فتح الحساب إيجابا للتعاقد ، في حين لا يمكن اعتبار الاستمارة قبل الملء سوى أسلوباً من أساليب التهيئة والدعوة للتفاوض لأغراض العقد.(٢)

لدى تقديم طلب فتح الحساب إلى المصرف ، يبادر هذا الأخير إلى دراسته ويمارس رقابة التدقيق على المعلومات الواردة في الطلب للتثبت من الصلاحية القانونية لطالب فتح الحساب من جهة، والجدارة الشخصية للتعامل معه من جهة أخرى، وذلك تجنبا لمخاطر التعامل مع شخص يهدف من فتح الحساب

(١) عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني، نظرية الباعث و أثرها في العقود و التصرفات في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير منشورة ، الموافقات الشاطبي ج٢، المقاصد.

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع: المرجع السابق ، ص٣١

المصرفي الوصول لأغراض غير مشروعة وترتيب ضرر للغير قد يسأل عنه المصرف. (١)

من المقرر استنادا لنص المادة(٢٧٦)من قانون التجارة البحريني انه»١- يقوم البنك بفتح حساب للمودع تقيد فيه جميع العمليات التي تتم بين البنك و المودع أو بين البنك والغير لحساب المودع.٢- ولا يقيد في الحساب العمليات التي يتفق الطرفان على عدم قيدها فيه.»

تأسيساً على ذلك يتم فتح الحساب بعقد يبرمه المصرف و العميل. ويتم إيداع النقود عادة عند انعقاد العقد و مع ذلك لا يعتبر عقدا عينيا، بل هو عقد رضائي، أما تسليم النقود فهو أول التزامات العميل، ولا توجد نصوص خاصة تحكم قواعده، لذلك فالمرجع فيه يكون للقواعد العامة، وما جرى عليه عرف العمل ،و البنود الخاصة التي يتضمنها الاتفاق و العقد يبني صله جديدة بين البنك و عميله. لذلك يهتم المصرف بالاطمئنان إلى عميلة، وقد يجري لذلك عادة يعطي التحريات اللازمة عن شخصه ، و أهليته، دون أن يكون ذلك التزاماً على عاتقه إلا أن البنك كثيراً ما يكتفي – في الأحوال العادية – بالبيانات التي يقدمها المودع نفسه، ونماذج لتوقيعه و الإطلاع على بطاقته الشخصية.

و قد يضع البنك حداً أدنى للمبلغ الذي يصلح أن يفتح بمقتضاه الحساب. و بالنسبة للأشخاص المعنوية، يتحقق البنك من صحة وجود الشخص المعنوي و من سلطة الأشخاص الذين يمثلونه في القيام بتلك العمليات.(٢)

*المصرف الإسلامي:

تجدر الإشارة أننا قد نجد تشابهاً في هذا الجانب الإجرائي في عمليات فتح الحساب سواء في البنوك التقليدية و البنوك الإسلامية ويكون ذلك في الإطار الإجرائي فقط مع الفارق الذي سوف نستدركه عند دراسة عمليات البنوك الإسلامية من الجانب الموضوعي لا الإجرائي ، لذلك فإننا نتطرق إلى هذا الجانب الذي يساعد على فتح الحساب من ذاته وهو إجراء مهم حال تعاقد العميل مع أي مصرف وينسحب هذا التشابه الإجرائي على كافة مكونات فتح الحساب من حيث تعدد الحسابات للشخص الواحد أو الحساب المشترك بين شخصين أو أكثر فهي جوانب إجرائية في كلا النظامين المصرفيين التقليدي والإسلامي.

٣- تعدد الحسابات المفتوحة لشخص واحد:

يجوز أن يكون للشخص الواحد عدة حسابات لدى المصرف الواحد، كأن يكون للتاجر حساب جاري لعملياته التجارية و حساب ودائع لأوراقه المالية، كأن يكون للتاجر حسابات متعددة لمختلف فروع نشاطاته التجاري. وفي هذه الحالة يقرر القضاء قاعدة استقلال الحسابات خروجاً على مبدأ وحدة الدين. و تفريعاً على ذلك إذا سحب العميل شيكا على حساب له رصيد كاف، فلا يجوز للبنك أن يفرض وفاء هذا الشيك

(١) الدكتور السيد محمد محمد اليماني.: مسؤولية البنك اتجاه الغير عن خطئه في فتح الحساب وتشغيله.محاضرات معهد الدراسات المصرفية /القاهرة ١٩٨١ ،ص٢٢٩

(٢) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، صـ ٢٨٠

بحجة أن حسابا آخر هو مدين وان دمج الحسابين يظهر رصيداً غير كاف لدفع قيمة الشيك. و تفريعا على ذلك أيضا لا تجوز المقاصة بين الحسابات، و بالتالي إذا أفلس العميل وجب على المصرف أن يدفع لوكيل التفليسة رصيد الحساب الدائن وأن يتقدم في التفليسة بقيمة الرصيد المدين لحساب آخر (١) ونصت المادة (٢٨٠) الفقرة الثانية من قانون التجارة البحريني على « إذا تعددت حسابات المودع في بنك أو في فروعه اعتبر كل حساب مستقلا عن الآخر ما لم يتفق على غير ذلك «

ولتلافي هذه النتائج يعمد المصرف إلى الربط بين الحسابات بالاتفاق على الرهن ، بحيث يكون الرصيد الدائن لحساب هنا من للرصيد المدين لحساب آخر، على أن الذائع هو الاتفاق على اندماج الحسابات بحيث تعتبر حسابات العميل كلها حساب واحد، وقد اقر الفقه والقضاء صحة هذا الاتفاق واقره القانون أيضاً لتعدد الحسابات أن كانت هي الأصل ولكن وضعها القانون كقاعد مكمله ومفسره يجوز للمصرف والعميل الإتفاق على خلافها.

ويترتب على الإتفاق على اندماج الحسابات أنه يجب الاعتداد بمجموع ارصده الحسابات للتحقق في وجود رصيد كاف لدفع قيمة الشيك وليس فقط برصيد الحساب المسحوب عليه الشيك. كما يحق للمصرف في حالة إخلال العميل أن يتمسك بالمقاصة بين أرصدة هذه الحسابات.(٢)

٤- حجية البيانات الواردة في دفتر الإيداع للحساب:

من المقرر قانوناً استناداً لنص المادة (٢٨٢) من قانون التجارة البحريني انه: « إذا أصدر البنك دفتر إيداع للتوفير فيجب أن يكون باسم من صدر لصالحه الدفتر و أن تدون فيه المدفوعات والمسحوبات وتكون البيانات الواردة في الدفتر والموقع عليها من موظف البنك حجة في إثبات البيانات المذكورة في العلاقة بين البنك ومن صدر لصالحه الدفتر. ويقع باطلاً كل إتفاق على خلاف ذلك.

وباستقراء المادة سالفة الذكر تبين أن المشرع البحريني قرر قاعدة آمره وأعطى لدفتر الحساب الواردة فيه البيانات المتعلقة بالمدفوعات والمسحوبات لها حجية على كل من المصرف والعميل ولا يجوز لهما أن يتفقا على عدم حجية تلك البيانات.

وبالنظر إلى نص المادة (٢٧٦) من قانون التجارة الفقرة (٢) إذ نصت على « ولا يقيد في الحساب العمليات التي يتفق الطرفان على عدم قيدها فيه «

وأرى إن المشرع قد تناقض مع نفسه في هذا الجانب حيث وضع القواعد الآمرة لعملية رصد المدفوعات والمسحوبات وعدم جواز بل بطلان الاتفاق على عدم تدوين تلك العمليات ويأتي من جانب آخر يجيز الاتفاق على عدم قيد العمليات التي يتفق عليها الطرفان – فيجب على المشرع أن يلغي المادة المتعلقة بجواز عدم القيد في الحساب العمليات التي يتفق الطرفان على عدم قيدها فيه فنصت الفقرة الثانية من المادة (٢٧٦) لإعطاء الحجية المتعلقة في قيد وتدوين كافة العمليات التي يجريها العميل مع المصرف ومادون في هذا الحساب ورفع اللبس بين نسيج النصوص القانونية.

(١) الدكتور مصطفى كمال طه : المرجع السابق، صفحة ٣٨٤

(٢) الدكتور مصطفي كمال طه المرجع السابق ص٣٨٤

٥- فتح الحساب المشترك:

« قد يحدث أن يتفق عميلان أو عدة عملاء على فتح حساب واحد على وجه التضامن بالحساب المشترك، ويكون لكل منهم حق إيداع المبالغ في الحساب، كذلك يكون لأيهم حق سحبها منه، وهذا مثل من الأمثلة القليلة على التضامن الايجابي. وهو منتشر في انجلترا، خاصة بين الأزواج. أما في فرنسا فقد استخدم الحساب المشترك للتحايل على النظام المالي للزواج وعلى ضرائب التركات، ولذا وضعه القانون الفرنسي في ٣١ مارس سنة ١٩٠٣ تحت رقابة دقيقة جعلت الالتجاء إليه نادراً(١)

وقد تضمنت نصوص قانون التجارة البحريني الحساب المشترك فنصت في المادة (٢٨٣) فيه على « للبنك أن يفتح حساباً مشتركاً بين شخصين أو أكثر بالتساوي بينهم ما لم يكن هناك اتفاق بخلاف ذلك، مع مراعاة الأحكام الآتية:

١- يفتح الحساب المشترك من قبل أصحابه جميعاً أو من قبل شخص يحمل توكيلاً صادراً من أصحاب الحساب مصدقاً عليه من الجهة المختصة. ويراعي في السحب اتفاق أصحاب الحساب.

٢- إذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك فإن الحجز يسري على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب من يوم إعلان البنك بالحجز، وعلى البنك أن يوقف السحب من الحساب المشترك بما يوازي الحصة المحجوزة، ويخطر الشركاء أو من يمثلهم بالحجز خلال مدة لا تتجاوز خمسة أيام.

٣- لا يجوز للبنك عند إجراء المقاصة بين الحسابات المختلفة الخاصة بأحد أصحاب الحساب المشترك إدخال هذا الحساب في المقاصة إلا بموافقة كتابية من باقي الشركاء.

٤- عند وفاة أحد أصحاب الحساب المشترك أو فقد الأهلية القانونية يجب على الباقين إخطار البنك برغبتهم من عدمها في استمرار الحساب خلال مدة لا تتجاوز عشرة أيام من تاريخ الوفاة أو فقد الأهلية، وعلى البنك إيقاف السحب من الحساب المشترك حتى يتم تعيين الخلف قانوناً.»

وأرى استقراءً لمكونات النص السابق انه يحتوي على العديد من القواعد القانونية العامة والتي أسقطها القانون على آليات العمل في مسألة فتح الحساب المشترك وحرص على التأكيد بشأن قواعد الوكالة في البند الأول وفي التضامن بشأن الحجز على الحساب في البند الثاني والمقاصة في البند الثالث فضلا عن القواعد المتعلقة بالخلف العام في البند الرابع في حالة الوفاة أو فقد الأهلية سواء الوريث أو القيم على المحجور عليه في حال فقد الأهلية.

إلا أن المشرع أحاط تلك القواعد العامة بتنظيم إجرائي تتوافق مع العملية المصرفية المتعلقة بفتح حساب مشترك وغايته في ذلك أهمية تلك العملية وتداخل الأحكام العامة فيما بينها وتكميل وتفسير القاعدة القانونية مما قد يترتب من آثار حال وقوع حالة من الحالات التي أشارت إليها المادة تفصيلاً.

وعليه أرى انه موقف محمود من المشرع البحريني حال إحاطته تفصيلاً بالأحكام القانونية لعملية فتح

(١) اسكارا بند١٣٣٣ ص٩٢٨ واسكارا ورد جزء ٦ بند ٤١٣ ص ٢٤٦ مشار إليه في: الدكتور علي البارودي المرجع السابق ص ٢٨١

الحساب المشترك وترديده لأهم القواعد العامة التي قد تنسج حال القيام بتلك العملية لإزالة أي لبس أو غموض قد يتعرض له أصحاب الحساب أو البنك أو حتى الغير إذا كانوا دائنين لأصحاب الحساب أو يريدون الحجز على هذا الحساب.

٦- قفل الحساب

إن من المقتضيات التي قد تحدث للحساب هي قفل الحساب وذلك لأسباب عديدة ويترتب عليه آثار معينة حال قفل الحساب وهو ما يجعلنا نتعرض إلى هاتين الجزئيتين لأهميتهما:

أ- أسباب قفل الحساب:

تتجاسر الأسباب وتتنوع بما يترتب معه قفل الحساب ونشير منها إلى الآتي:

١- طلب أحد الطرفين من الآخر قفل الحساب على أن يكون في وقت مناسب.

٢- سحب العميل رصيد الدائن كله من الحساب، ويكون بالتالي قفل الحساب بناءً على طلب العميل.

٣- الاتفاق بين الطرفين البنك والعميل أثناء فتح الحساب بتجديده لمدة معينة وعليه يتم قفل الحساب بعد انتهاء المدة، (وهي حالات لا تحدث إلا نادراً).

٤- إذا طرأ على أهلية العميل طارئ (إذا توفي، أو حجر عليه أو أفلس).

٥- إذا أفلس البنك أو تم تصفيته.

وهذه هي أرجح الأسباب وقد تكون هناك أسباب أخرى وقد تحدث عملاً يترتب عليها قفل الحساب. ويمكن الإشارة إلى « أن لا يؤدي توقيع الحجز تحت يد المصرف على رصيد الدائن لمصلحة العميل إلى قفله، وإنما يؤدي إلى تجميده مؤقتاً فلا يستطيع العميل أن يسحب من هذا الرصيد إلى أن يرفع الحجز فيستمر الحساب كما كان من قبل».(١)

ب – آثار قفل الحساب:

إن غلق الحساب يؤدي إلى وقف سريان الفوائد الاتفاقية متى وجدت ويكشف عن الرصيد النهائي الذي يستقر في ذمة احد الطرفين. فان كان الرصيد مدينا وجب العميل طرف الحساب تسديده إلى المصرف فور إخباره، أما إذا كان الرصيد دائنا كان لهذا العميل استرداده فوراً وألا خضع لحكم التقادم الخاص بالحسابات المصرفية الدائنة.(٢)

تصفية الحساب هو الأثر الأبرز لعملية قفل الحساب ويترتب عليه إما أن يكون الرصيد في الحساب دائن أو مدين، وفي حساب الودائع غالباً ما يكون الحساب دائن لمصلحة العميل، وتصبح نتيجة التصفية نهائية بالاتفاق عليها أو بالحكم القضائي، فلا يجوز إعادة النظر فيها بعد ذلك إلا لإصلاح خطأ مادي أو خطأ في عملية الحساب أو ترك أو تكرار لأمر القيود ولا تقبل دعوى تصحيح الحساب حينئذ إلا إذا حدد المدعي المفردات التي وقع فيها الخطأ، وعزز إدعائه بالأدلة المناسبة(٣)

(١) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص٢٩١

(٢) الدكتور فائق محمود الشماع:المرجع السابق. ص٩٢

(٣) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص٢٩١

ج – التمييز بين وقف الحساب وقفل الحساب:

١. وقف الحساب: يتم في المواعيد المتفق عليها أو كل شهر أو ثلاثة أشهر أو ستة أشهر وفقاً للعادات بوقف الحساب لخطة تسمح بعمل ميزان مؤقت يكشف عن مركز حر فيه من حيث الدائنية و المديونية واستخلاص الرصيد المؤقت وتجميد الفوائد إن كانت مشروطة، ثم يستأنف الحساب سيره إلى أن يقفل بصفة نهائية.

٢. قفل الحساب: عقد فتح الحساب من عقود الاعتبار الشخصي ولذا فهو يُقفل بوفاة العميل أو بالحجز عليه أو إفلاسه أو بانقضاء الشخص المعنوي(١) وكما أسلفنا حال تصفية البنك أو إفلاسه أو شطبه من قائمة المصارف.

* المصرف الإسلامي:

-حساب الودائع الإستثمارية في المصارف الإسلامية:

يقصد بحساب الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية هي العقود التي يبرمها العملاء بقصد إيداع المبالغ النقدية في المصرف الإسلامي والحصول على أرباح مجزية من خلال عدة قنوات يطرحها البنك الإسلامي والتي سوف نتناولها تفصيلاً أثناء دراسة الفصل المتعلق بصيغ التمويل الإسلامية، ويمكن تقسيم حساب الودائع من وجهة نظر المصارف الإسلامية محل الدراسة إلى ما يلي :

حسابات الاستثمار المشترك: يشارك أصحاب هذه الحسابات بنسبة معينة من الأرباح تحدد حسب تعليمات يكون العميل على إطلاع عليها وهي بذات الوقت تتحمل المخاطرة في حالة الخسارة، ولو أن ذلك يكون بعيدا نوع ما إذا كان المصرف ذا خبرة ودراية. ومن خلال مقتضيات تأصيل قواعد البحث القانوني مقارنة بالشريعة الإسلامية، وما يجري عليه العمل المصرفي في المصارف محل الدراسة تنقسم هذه الحسابات من حيث طبيعتها إلى ما يلي:

حسابات توفير: وهي تتشابه مع مثيلاتها في المصارف التقليدية إلا أنها تختلف من حيث العائد المتوقع حيث تشترك هذه الحسابات في المصارف الإسلامية في عمليات الاستثمار بما يساوي ٥٠٪ من المعدل السنوي للرصيد الذي يكون داخلاً بالحساب وهناك شروط وضعتها المصارف محل الدراسة في كيفية احتساب العائد لهذه الحسابات، وقد أيدت الفتاوى الشرعية في المصارف محل الدراسة تلك الشروط نظرا لعدم وجود ما يدل على حرمتها.

ب-حسابات لودائع لأجل وبأشعار: وهي ودائع يشترط بها الأجل من اجل اشتراكها في عمليات الاستثمار وفقا لشروط معينة أيضا ويحدد العائد تبعا لحجم الوديعة ومدة الأجل. وقد أوضحت الدراسة الميدانية حجم مبالغ الاستثمار المشترك في المصارف الإسلامية حسبما.

ج- حسابات الاستثمار المخصص: يعني هذا الاستثمار تخصيص مبلغ معين لغرض معين من الاستثمار وتطبق شروط معينة لهذا النوع من الاستثمار منها ما يلي:

إبرام عقد يفوض فيه العميل المصرف تفويضا مطلقا لاستثمار المبلغ المودع في المجال المطلوب فيه التمويل،

(١) الدكتور مصطفى كمال طه : المرجع السابق، ص٣٨٦

وللمصرف الحق في إبرام عقد تفويض غيره فيما وكّل فيه كله أو بعضه.

يتقاضى المصرف الإسلامي نسبة الربح المتفق عليها من صافي الأرباح المحققة.

بإعتبار تجارية تلك العقود تكون سجلات المصرف الإسلامي هي البينة لإثبات أية قيود أو حسابات أو أرصدة خاصة بالاستثمار..

قد يشترط أصحاب الأموال شروطا للاستثمار المخصص منها:

أ-عدم البيع بالآجل أو بدون كفيل أو رهن.

ب-اشتراط البيع بثمن لا يقل عن حد معين

ج-استثمار المصرف الإسلامي للأموال بنفسه.

د- يبقى رصيد حساب الاستثمار قائما إلى حين تصفيته و التحاسب عليه.

ومن خلال هذه التقسيمات والتطبيقات العملية لها في المصارف الإسلامية محل البحث نجد أن هناك مراعاة لحقوق العملاء تتجسد فيها النواحي الإيجابية في التعامل المصرفي الإسلامي ،وباعتبار العميل شريكاً حقيقياً في عملية إبرام عقود حسابات الاستثمار مما يتطلب الأمر ما يلي:

١- يجب الإفصاح ضمن إيضاح السياسات المحاسبية الهامة عن الأسس التي اتبعها المصرف الإسلامي في توزيع الأرباح بين أصحاب حقوق الملكية وأصحاب حسابات الاستثمار المطلقة وحسابات الاستثمار المقيدة.

٢- الإفصاح عن الأسس التي اتبعها المصرف الإسلامي في تحميل المصروفات على حسابات الاستثمار المطلقة.

٣- الإفصاح عما إذا كان المصرف الإسلامي قد أشرك حسابات الاستثمار المطلقة في إيرادات العمليات المصرفية.

ومن خلال المؤشرات المبينة أعلاه يتضح أن عملاء المصرف الإسلامي على إطلاع على مسيرة استثماراتهم مع المصرف مما يعزز النواحي الإيجابية في التعامل المصرفي الإسلامي حيث يسعى المصرف من جهته إلى تنمية المال وتثميره في طرق شرعية صحيحة إقتداء بقوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ) (١) وينصب في هذا المعنى أن المصرف الإسلامي يضع التصور الواضح أمام عملائه عن نشاطه وطرق استثماره وتوظيفه للأموال بحيث تنتفي علاقة الدائنية والمديونية كما هي في المصارف التقليدية التي تتوسط بين رأسماليين للمودعين والمقترضين وهامش ربحها هي الفائدة الناتجة عن ذلك وهي العملية المصرفية التي تجسدها في أعمال المصارف التقليدية. (٢)

٣) تجارية عقد الوديعة النقدية:

يعد العقد بالنسبة إلى البنك عملا تجاريا في كافة الأحوال ، ولكنه بالنسبة إلى العميل لا يكون تجاريا إلا في حالات معينه، فهو مدني إذا كانت الوديعة بالمعنى الدقيق مقصودا فيها به حفظ المال المودع ، أو مجرد استغلال الأموال للمودع الشخصية ، ولكنه يصبح تجاريا تطبيقا لنظرية التبعية إذا كان العميل تاجرا وكان

(١) سورة النساء الآية ٢٩

(٢) الدكتور مجيد الشرع، النواحي الإيجابية في التعامل المصرفي الإسلامي في ظل معايير المحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية، حث مقدم إلى: المؤتمر العلمي الأول لكلية الاقتصاد والعلوم الإدارية، جامعة فيلادلفيا كلية العلوم الإدارية والمالية،٢٠٠٣، ص٥ بالتصرف

العقد متصلا بتجارته .

٤) إثبات عقد الإيداع :

تؤثر تجارية العقد على طرق إثباته فيجوز للعميل إثباته دائما ضد البنك بكافة الطرق(١) لأنه عقد تجاري دائما بالنسبة للمصرف ، أما في مواجهة العميل فيختلف الإثبات حسبما إذا كان العقد بالنسبة إليه تجاريا أو مدنيا . ويكون الإثبات من ناحية عملية عن طريق الإيصال الذي يعطيه البنك للعميل ودفتر الشيكات. ولا يثير إثبات عقد الوديعة في العمل إشكالات جدية (٢).

وقد جرى العمل على تسليم إيصال حتى بالنسبة للعملاء الذين بأيديهم دفتر حساب، وبذلك فان احدهما – الإيصال أو الدفتر – قد يغني عن الآخر (٣). وقد استنتج البعض من ذلك أن الدفتر ليس له في هذه الحالة أي دور في الإثبات وخاصة أن المصرف إنما يسلمه لعميله دون التزام عليه بذلك وإنما لمجرد أن يمكنه من الإطلاع في كل وقت على مركز حسابه فلا يعتبر حجة على البنك، خاصة وانه لا يكون موقعاً من الموظفين المختصين بتوقيع الإيصالات ولهذا يجب على العميل إذا أنكر المصرف الإيداع أن يقدم دليلاً على ذلك إيصالاً موقعاً عليه(٤)

لكن القضاء عموماً يذهب عكس ذلك مقدرا انه في خصوص الإثبات في المواد التجارية يكون المرجع في تقدير الدليل إلى القاضي ويمكن: أن يعتبر بيانات الدفتر في قوة الشهادة(٥)

٥) آثار عقد الوديعة النقدية:-

يصبح البنك مالكاً للمبالغ المودعة فيكون له أن يتصرف فيها وان يستعملها في عمليات الائتمان قصير الأجل ويعتبر المصرف إذن مجرد مدين بالمبلغ المودع(٦)

فالأصل أن المصرف لا يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة إن هو تصرف في النقود المودعة، ولا يلزم بالمحافظة عليها بذاتها أو بمقدار معادل لها. كما يجوز للمصرف أن يتمسك بالمقاصة بين المبالغ المودعة ودين له في ذمه العميل(٧).ولذلك يكون الأصل انه لا يجوز له أن يطلب عمولة على الخدمات الأخرى التي يؤديها للعميل.

ويرتب العقد في ذمة المصرف التزامات معنية في صالح العميل، فيلتزم المصرف برد قدر مساو للوديعة النقدية في الميعاد المتفق عليه ودفع الفوائد المشروطة، ولا يعفيه من هذه الالتزامات هلاك الوديعة بقوة قاهرة، إذ طالما تملك المبالغ النقدية المودعة فإنه يتحمل تبعه هلاكها بقوه قاهره. فيما يلي نتكلم عن هذين

(١) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص٣١
(٢) الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، ص٢٨٣
(٣) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص٣٢
(٤) اكس ٢٨ يوليو ١٩٣٩ جازيت ١٩٤٠ – ٢ – ٨٥٣ مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق ، ص٣٢ .
(٥) ديموج في الفصيله المدنية ١٩٣٠ ص ١٠٨١ مشار إليه في الدكتور علي جمال الدين : المرجع السابق ص ٣٢
(٦) مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٤١٨
(٧) الدكتور حسن المصري: المرجع السابق، ص ٨٧

الالتزامين:-

أولا : التزام المصرف برد الوديعة:

يلتزم المصرف برد الوديعة النقدية في الميعاد المتفق عليه وعلى ذلك يلتزم المصرف برد الوديعة بمجرد الطلب، بموجب الإخطار السابق أو بحلول الأجل. وحقيقة الأمر إن المصرف لا يلتزم برد الوديعة بذاتها، بل يلتزم برد مقدار مساو ولا يوجد أي تأثير لارتفاع أو انخفاض قيمه النقود في اليوم المعين للرد ونجمل استقراء أحكام رد الوديعة في موضوع الالتزام بالرد والى من يجب الرد وأخيراً في تبعة هلاك الوديعة موضوع الرد على النحو التالي.

موضوع الالتزام بالرد(١): يلتزم المصرف أن يرد قدرا مماثلا للنقود المودعة لديه دون اعتبار للتغير الطارئ على قيمتها في الفترة بين الإيداع والرد، فهو يرد مثل ما اقترضه وليس قيمه ما اقترضه(٢)

واستقراءً لذلك إذا كانت الوديعة عمله أجنبية فأن المصرف يمتلكها ووجب عليه أن يردها إلى العميل بذات العملة وحتى إذا هبطت قيمتها عند اجل ردها.

إلا أن السعر القانوني الإلزامي يمنع الرد بهذه العملة ولذلك يجب الرد بالعملة الوطنية بعد تحول العملة الأجنبية إلى عملة وطنية والصعوبة هي في تحديد السعر الذي يتم تحويلها: فتذهب محكمه النقض الفرنسية إلى الأخذ في عقد القرض بسعر الصرف يوم الرد.

وبأخذ بعض الفقه والقضاء بذات الحل بالنسبة إلى الوديعة المصرفية باعتبارها قرضا، بل أخذ بذلك بعض القضاء حتى لو اعتبرها وديعة بالمعنى الصحيح(٣).

٢– إلى من يجب الرد

أن النطاق الالتزام المثلي الملقى على عاتق المصرف رد الوديعة النقدية ولكن السؤال المطروح إلى من يجب على المصرف رد الوديعة النقدية ؟ من المقرر فقهاً انه يجب رد الوديعة أو القرض إلى المودع نفسه أو إلى من يعينه(٤). ولكي يطمئن المصرف إلى تنفيذه التزامه بالرد على شخص المودع يتطلب منه عند الإيداع نموذجا من توقيعه أو من توقيع وكيله ليضاهيه بتوقيع المستلم، ويواخذ المصرف إذا اخطأ و لم يقم بهذه المضاهاة بصورة جديه(٥)

ومن الواجب على المصرف التأكد من عدم حدوث أي عارض أصاب أهلية العميل من جنون أو عته أو غفلة أو سفه، فضلا عن عدم حدوث ما يسمى مانع من موانع المسؤولية التي تستلزم تعيين مساعد قضائي يقوم بمساعدة الشخص، والذي على المصرف في هذه الحالة استدعاء الحالة الإجرائية الصحيحة لكي يكون تنفيذ التزامه بالرد إلى الشخص المعني بعينه أو بوكيله في حاله النيابة الاتفاقية أو إلى ممثله القانوني

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ١٧
(٢) السنهوري في الوسيط الجزء الأول رقم ٢٢٤ والجزء الثاني رقم ٤٤٧ والجزء الخاص بالقرض سنه ١٩٦٢ رقم ٣١٣ مشار إليه في: الدكتور على جمال الدين عوض، ص ٣٤
(٣) عمليات البنوك علي جمال الدين عوض ص٣٣
(٤) حكم إن مجرد إيداع نقود أو مستندات لدى البنك لصالح الغير لايخول هذا الغير حقا ضد البنك في المطالبة بالوديعة إذا لم يكن المودع أعطى هذا الغير وكالة في هذه المطالبة أو لم يكن هو الذي فتح الحساب لصالحه وحصل على الإيداع في هذا الحساب: محكمة (جان) للبلجيكان يناير ١٩٥٤ محليه بذلك ١٩٥٤ ص٦٠٦ ويختلف الحل إذا تضمن الإيداع اشتراطا على البنك لصالح الغير مشار إليه في الدكتور على جمال الدين عوض :المرجع السابق، ص ٣٥
(٥) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٣٦

في حالة القيم على المحجور عليه أو وكيل الغائب أو اشتراك المساعد القضائي في حال الشخص المصاب بعاهتين أو عجز جسماني شديد طرأ على حالة المودع وفقا لما نص عليه قانون الولاية على المال البحريني بالمرسوم بقانون رقم (٧) لسنة ١٩٨٦.

وفي حاله وفاة العميل يتعين على المصرف رد الوديعة إلى ورثته وليس إلى وكيله، لان الوكالة تنتهي بوفاة الموكل(١)، ويجب الإشارة إذا كان بين الورثة قاصر وجب على وصيه وهو ممثله القانوني أن يستلم الوديعة. وقد ذهب القانون الوضعي بشأن تقادم التزام المصرف برد الوديعة النقدية المصرفية بمضي ١٥ سنه يبدأ سريانها من اليوم الذي يتعين طلب استردادها.

ويسري هذا التقادم من يوم الإيداع في الودائع لدى الطلب أو من يوم حلول الأجل في الودائع لأجل، بيد انه لما كانت معظم الحسابات التي تغذي بالودائع هي حسابات جاريه، فإن التقادم العادي لايسري الا من يوم قفل الحساب. وينطبق نفس الحكم على التقادم الخمسي للفوائد(٢) بيد أن الوديعة إذا تقادمت على هذا النحو فلا يتعلق بها حق البنك، بل ينتقل الحق فيها إلى الخزانة العامة للدولة.

ومعنى ذلك أن مضي مدة التقادم على الوديعة النقدية المصرفية لا يبرئ ذمة المصرف من التزامه برد الوديعة. صحيح انه يبرئه تجاه العميل ولكن لا يبرئه تجاه الدولة. فيظل المصرف ملتزما بالوفاء بالودائع التي تقادمت إلى الدولة ويعتبر هذا الحكم مروقاً عن القواعد العامة التي بمقتضاها يتقرر التقادم لمصلحه المدين (البنك)(٣)

٣- هلاك الوديعة. لما كان المصرف يمتلك الوديعة فهو لا يبرأ بهلاكها بقوة قاهره بل يلتزم مع ذلك برد مثلها(٤)

*موقف المصرف الإسلامي في هلاك الوديعة:

أن مفهوم هلاك الوديعة بالنسبة لأي مصرف الإسلامي تعني المخاطرة أي الهلاك الكلي أو الجزئي أو انخفاض قيمة الأصل الاستثماري.

وترتبط درجة المخاطرة في مضامين هلاك الوديعة في المصارف الإسلامية بمستوى العائد، وتفترض النظرية الاستثمارية أنه كلما زاد العائد المتوقع كلما صاحبته درجة مخاطرة أعلى، وكلما قل العائد المتوقع كلما قلت درجة مخاطرته.

وبإستنظار الواقع المصرفي نجد إرتباط العمل المصرفي الإسلامي بمخاطر الهلاك أكثر منه في المصارف التقليدية، وذلك لأن العمل المصرفي الإسلامي قائم على المشاركة في الربح أي العائد والخسارة أي

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص ١٩

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه :المرجع السابق، ص ٤١٩

المخاطرة. بينما يقوم الاستثمار والتمويل المصرفي التقليدي على الفائدة ذلك العائد المضمون بغض النظر عن نتائج عمل الاستثمار أو المشروع. وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ضمان الربح وأرسى قاعدة: (الخراج بالضمان).

ويجب ألا يفهم خطأً أن ارتباط عائد الاستثمار الإسلامي المباح بالمخاطرة يعني عدم شرعية توخيها أو التحوط منها أو تقليلها. إذ مع الأخذ بعين الاعتبار قاعدة الغنم بالغرم لابد من اتباع سنة الرسول صلى الله عليه وسلم في قوله: « اعقلها وتوكل واحرص على ما ينفعك واستعن بالله ولا تعجز». فالعقود الإسلامية تشمل الضمان والكفالة والرهن والتأمين التعاوني التكافلي وجميعها أدوات لتخفيف الخسارة وأن لم توفر الحماية الكاملة منها.(١)

٤- التزام المصرف دفع الفوائد:

في إطار الدراسة المقارنة للبحث الماثل بين العمليات المصرفية التقليدية والعمليات المصرفية الإسلامية نجد أن التزام البنك بدفع الفوائد في المصارف التقليدية يمثل فارقاً شرعياً مهماً في العمليات المصرفية فالفائدة تمثل الربا التي تحرمها الشريعة الإسلامية ، ويتعين علينا المضي في تأصيل هذا الالتزام لكي يتضح الفرق بين التعامل بالعمليات المصرفية التقليدية والعمليات المصرفية الإسلامية. الأصل أن القرض- والوديعة التي نحن بصددها قرض- عقد تبرع فلا تجب فوائد على المقترض حتى ولو كان القرض تجاريا، إلا إذا كان هناك اتفاق على ذلك بينه وبين المقرض.

وهو ما تقضي به صراحة المادة ٥٤٢ من القانون المدني البحريني إذ نصت على (فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد عد القرض بغير اجر).(٢)

وذهب جانب من الفقه إلى أن عادة ما تقترن الوديعة النقدية المصرفية بفتح حساب. وذهب البعض إلى أن التزام المصرف بدفع الفوائد عن الودائع المدرجة في هذا الحساب لا يستند إلى عقد الوديعة، وإنما يستند إلى قيد الوديعة في الحساب، حيث يتعلق هذا الالتزام بقاعدة من قواعد الحساب المصرفي ذاته. وينبني على هذا الرأي انه لا يشترط الاتفاق على استحقاق فوائد على الودائع النقدية طالما اقترنت بفتح حساب،

(١) الدكتور حسن حزوري، رئيس قسم العلوم المالية والمصرفية، كلية الاقتصاد – جامعة حلب، المخاطر الواقعة على المصارف الإسلامية، بحث منشور على موقع سيريا بورصة، http://www.syria-bourse.com وقد تقدم إن الأستاذ ربير يرى في الوديعة المصرفية وديعة المعنى الصحيح ويضيف (في رقم ٢٠٥٦ و ٢١٤٢) إن الفوائد التي تقتضيها البنوك لاتنتج عن عقد الوديعة لأنه عقد مجاني بحسب أصله، وإنما تترتب نتيجة لقيد المبالغ المودعة في الحساب المصرفي، فترتيب الفوائد ناشئ عن قاعدة خاصة بالحساب وليس من عقد الوديعة (مشار إليه في: د.علي جمال عوض:المرجع السابق،ص٣٧

(٢) الدكتور حسني المصري :المرجع السابق ص٢٠

وانه يكتفي اتفاق الطرفين على فتح الحساب حتى تصبح الوديعة منتجه لفوائد (١). إلا إننا لا نؤيد هذا الرأي ، ونرى مع البعض انه يلزم لكي يكون حساب الوديعة منتجا لفوائد ، أن يتفق الطرفان على ذلك لأن حصول ذلك الاتفاق هو ما يميز حساب الوديعة النقدية ، وهو حساب عادي ، عن الحساب الجاري الذي يستحق عنه فوائد بقوة قانون.

والأصل أن تستحق الفوائد- حتى كان المصرف ملزما بها من اليوم الذي يتسلم فيه البنك المبلغ، وينتهي سريانها من اليوم الذي ينتهي فيه القرض أي الذي يجب فيه رد المبلغ إلى العمل (٢)

وقد قرر الفقه أيضا إذا كانت الوديعة تحت الطلب فالأغلب أن لا يرضى البنك أن يعطي عنها فوائد أو يعطي فوائد ضئيلة جدا، إذ لا يستطيع أن يعتمد عليها في عملياته.أما إذا كانت الوديعة للأجل، من نص صريح للعقد في ذلك. وفي ذلك يختلف حساب الودائع عن الحساب الجاري الذي ينتج فوائد بقوة القانون ودون حاجة إلى اتفاق خاص.

فإذا تم الاتفاق على الفوائد فأنها تسري منذ الإيداع. أو من الوقت الذي يحدده البنك والعميل لسريانها. ويجوز الاتفاق على تقاضي فوائد على الفوائد. ذلك أن العرف المصرفي جرى على إضافة رأس المال عند قطع الحساب في المواعيد الدورية التي يحددها البنك عادة ويوافق عليها العميل، إذ يشمل الرصيد الناتج عن القطع على الفوائد، وتسري فوائد جديدة على هذا الرصيد بما يتضمنه من فوائد سابقه (٣).

وأياً ما كان الأمر فإن بدء سريان الفوائد يختلف بإختلاف ما إذا كانت الوديعة مقترنة بفتح حساب من عدمه.فإذا اقتربت الوديعة بفتح حساب وهو الغالب بدأ سريان الفوائد من يوم قيد الوديعة في الحساب وليس من يوم تسليمها، ما لم يتفق على خلاف ذلك. أما إذا لم تقترن الوديعة بفتح حساب فالأصل أن يبدأ سريان الفوائد من يوم التسليم. وينتهي سريان الفوائد في يوم الطلب بالنسبة للودائع المستحقة لمجرد الطلب، أو في يوم انتهاء المهلة المقررة للبنك بالنسبة للودائع المستحقة بموجب الإخطار السابق أو بحلول الأجل بالنسبة للودائع ذات الأجل. هذا و تسري القواعد العامة بشأن استحقاق الفوائد التأخيرية في حاله عدم قيام البنك بتنفيذ التزامه برد الوديعة وفوائدها في مواعيد استحقاقها (٤).

*مدى شرعية الفوائد المصرفية:

من المقرر في مضامين الشريعة الإسلامية أن تلك الفوائد أياً كان مصدرها الاتفاق أو القانون هي ربا فاحش ورد النهي عنها في القران الكريم في قوله تعالى « واحل الله البيع وحرم الربا»، وهذا التوصيف الذي غلفت به المصارف التقليدية مسمى الربا إلى فوائد أو خلافه يجعلنا نؤكد أنها فائدة محرمه شرعا، فنجد

(١) الدكتور حسني المصري :المرجع السابق ص ٢٠

(٢) يقضي القانون السوري (م٤٠٢ / ٣) إن الفائدة تجب عند الاقتضاء ابتداء من اليوم الذي يلي كل إيداع إن لم يكن يوم عطله لغاية أنها الذي يسبق أعاده كل مالم يكن هناك اتفاق مخالف.

(٣) الدكتور على البارودي: المرجع السابق، ص٢٨٢

(٤) الدكتور حسن المصري:المرجع السابق، ص ٢٠

أن مجمع البحوث الإسلامية بالأزهر الشريف قد أصدر قراره بالإجماع بحرمة الفوائد المصرفية (١)وكان ذلك بحضور ٣٥ دولة إسلامية وأنعقد في القاهرة عام ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥م.

وأصدر مجمع الفقه بمنظمة المؤتمر الإسلامي الذي انعقد بمكة المكرمة في الفترة من يوم من ١٢- ١٩ رجب ١٤٠٦هـ قراره في أن كل زيادة أو فائدة على الدين الذي حل أجله، وعجز المدين عن الوفاء به مقابل تأجيله وكذلك الزيادة أو الفائدة على القرض منذ بداية العقد هاتان الصورتان ربا محرم شرعا.(٢)

ثانياً: الطبيعة القانونية للوديعة النقدية :

اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية للوديعة النقدية وتعددت الآراء حولها. رأيٌ يرى أنها وديعة كاملة ورأي ثاني أنها وديعة ناقصة، وثالث يرى أنها قرض. ويكمن وجه الصعوبة في تحديد الطبيعة القانونية للوديعة النقدية في انه لا يسهل إدراجها، بصفه مطلقة، في أي من الأنظمة الثلاثة، إذ لايكفي أي نظام بمفرده لتفسير الالتزامات التي تقع على البنك والعميل، الأمر الذي دفع البعض إلى القول بأن الوديعة النقدية عقد من نوع خاص يخضع للعادات المصرفية، فيما يلي نعرض لهذه الآراء (٣)

الرأي الأول: الوديعة بالمعنى الدقيق:

وبمقتضاها يلزم البنك برد المبلغ المودع بذاته ولذلك يتعهد بحفظه (م٧١٨ مدنى مصري)، كما يمتنع عليه أن يدفع طلب استرداد الوديعة بالمقاصة بين التزامه هذا وأي حق له قبل المودع المطالب بالاسترداد، كما يبرأ لوهلك الشيء المودع بقوة قاهرة (٤)

فالفقيه الفرنسي ريبير يغلب فكرة الحفظ ويعتبرها الهدف الحقيقي لهذه العملية، ومن ثم فهو يرى أن العقد وديعة، باعتبار الغاية الاقتصادية منه. إلا انه يعترف، مع ذلك بأن هذا الوصف لا يتفق مع النتائج العملية المترتبة على الإيداع. ومن بينها مثلا وقوع المقاصة بين ما يودعه العميل وما يترتب في ذمته من ديون للمصرف (بينما الأصل أن الشيء المودع لا يخضع للمقاصة) ومن بينهما كذلك أن يستعمل البنك هذه النقود لمصلحته (٥) ولكن هذه المبادئ الخاصة بعقد الوديعة لا تنطبق على الوديعة المصرفية: لأنه فيما عدا الحالة الاستثنائية لإيداع نقود بذاتها فأن البنك لا يقصد أبدا المحافظة على النقود التي تلقاها بذاتها بل يقصد استخدامها على أن يرد مثلها، كما أن القضاء يجيز له أن يدفع طلب الاسترداد بالمقاصة، ويقضي بمسؤوليته عن رد الوديعة لو هلك بقوة قاهرة فيلزمه أن يرد مثلها هذه الأحكام تباعد بين الوديعة العادية والوديعة المصرفية، ففي كليتهما يلتزم الوديع بالرد، لكن هناك في الأولى التزاما بالحفظ بينما في الثانية لا يلزم البنك بالمحافظة على ذات الوديعة وكل ما هنالك انه يحفظ الوديع حقه في استرداد مثل ما أودعه (٦)

(١) الدكتور عبدالرحمن العدوي ، قضايا معاصرة وساخنة عن استثمار الأموال في البنوك- الطبعة الاولى، دار الطباعة المحمدية،٢٠٠٥، ص٣

(٢) الدكتور علي احمد السالوس، موسوعة القضايا الفقهية المعاصرة والاقتصاد الاسلامي، دار الثقافة قطر، ص١٩

(٣) الدكتور حسن المصري : المرجع السابق ، ص١١

(٤) الدكتور جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص٢٠

(٥) ريبربند ٢١٣٣ وبند ٢١٣٤ ص٨٦٣ ، مشار إليه في الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، ص ٢٩٢

(٦) الدكتور جمال الدين عوض،المرجع السابق ص٢١

(ب) الرأي الثاني: الوديعة الشاذة أو الناقصة:

ويرى آخرون أنها وديعة شاذة(١) وفكرة الوديعة الشاذة تقترب هنا من فكرة القرض و بمقتضاه يلتزم المودع لديه، لا برد الشئ المودع ذاته، إنما برد مثله، وإنما تختلف عن القرض في أنها لمصلحه المودع وحده ، بحيث يستطيع أن يتنازل عن الأجل ويطلب الرد فورا(٢)

ومؤدى هذا التكييف أن المصرف يمتلك المبالغ المودعة على اعتبار أن محل الوديعة أشياء مثليه، فيجوز استعمالها على أن يلتزم برد مقدار مساو لها في ميعاد الاستحقاق، والبنك لا يلتزم بحفظ المبالغ المودعة بذاتها- كما هو الحال في الوديعة الكاملة وإنما يلزم فقط بحفظ ما يماثل هذه المبالغ.

ويترتب على هذا الرأي أنه إذا أفلس البنك لا يجوز للعميل طلب استرداد الوديعة وإنما كل ماله أن يتقدم بدينه في التفليسة كدائن عادي يخضع لقسمة الغرماء، وذلك باعتبار حق المودع حقا شخصيا وليس حق ملكيه.

غير أن القائلين بهذا الرأي لم يعالجوا حالة ما إذا كانت الوديعة مخصصة لغرض معين ،وحالة ما إذا كان محل الوديعة عملات أثرية يريدها بذاتها لما لها من قيمة خاصة ، ففي هاتين الحالتين لا يمكن اعتبار البنك مالكا للمبالغ المودعة ، وإلا أمكن له التصرف فيها، وهو ما لا يجوز.(٣)

والواقع أن طبيعة الوديعة الشاذة محل خلاف في فرنسا، حتى لقد أنكر البعض تسميتها بالوديعة على أساس انه مادام الوديع مأذونا في استعمال الوديعة فقد سقط عنه التزام الحفظ لان الوديعة تهلك بالاستعمال والقول بفكرة القرض. ولم يدع القانون المصري مجالاً لفكرة الوديعة الشاذة، بل قضى في المادة (٧٢٦) منه انه (اذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أي شي آخر مما يهلك باستعمال وكان المودع مأذونه في استعماله اعتبر العقد قرضا).(٤)

الرأي الثالث:عقد قرض:

ويذهب الرأي الراجح إلى اعتبار الوديعة النقدية عقد قرض بمقتضاه يتملك البنك المبالغ المودعة لديه(٥). بمقتضى هذا الرأي يلتزم المقرض برد شي مماثل للوديعة ولا يلتزم بأي التزام بالحفظ، ويتملك المال المقترض، ويتحمل خطر هلاكه بقوة قاهرة ويمكنه أن يتمسك بالمقاصة من طلب الاسترداد وما يكون له من حقوق قبل المودع ويفترق هذا العقد عن الوديعة الناقصة في انه لا يلزم المصرف الاحتفاظ بمبلغ مساو للمبالغ المودعة بل يترك له مطلق الحرية ويستهوي هذا التحليل غالبيه الفقه الفرنسي(٦).

(١) ليون كان ورنيو رقم ٦٧٤ ص٦٢٢، محكمة إسكندرية الكلية في ١١ مارس ١٩٣١مشار إليه الدكتور علي البارودي ، المرجع السابق ص ٢٩٢

(٢) الدكتور على البارودي ،المرجع السابق ص ٢٩٣

(٣) الدكتور حسن المصري،المرجع السابق ص١٢

(٤) السنهوري في الوسيط ج٧ مجلد ١ سنه ١٩٦٤ رقم ص٣٨٥

(٥) الدكتور حسن المصري:المرجع السابق، ص ١٢

(٦) الدكتور علي جمال عوض: المرجع السابق ،ص٢٢

الرأي الرابع: عقد وديعة نقدية مصرفية:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أنه يلزم إعطاء العقد التكييف التي تهدي إليه تسميته العملية ذاتها، أي عملية الوديعة النقدية المصرفية، والنظر في ضوء غرضه الاقتصادي ومحله وما يفرضه من التزامات على عاتق الطرفين. فيجب القول بأن العميل الذي يودع نقوده في المصرف يهدف بالدرجة الأولى، إلى التخلص من عبء حفظ هذه النقود لديه وإلقاء العبء على عاتق المصرف العميل حيث يأذن لعميله بأن النقود لا تستهلك بالاستعمال، وبأنه لا يجني منفعة خاصة من استعمال الوديعة النقدية ولذا فأنه يكافئ هذه الوديعة بالفائدة التي يدفعها للعميل(١)

وترتيباً على ذلك فأن الفائدة الثابتة على الوديعة سوف نستظهر حال إجراء المقارنة مع العمليات المصرفية الإسلامية أن الفائدة هذه على الوديعة هي احد صور الربا ويتمثل بدفع مبلغ من النقود على أن يسترجع العميل المبلغ من الفائدة المتفق عليها فكل مال جر فائدة فهو ربا على الذي سوف نفصل فيه لاحقا في الفصل المتعلق بعمليات المصارف الإسلامية .

وبإيجاز ينظر هذا الرأي إلى الوديعة النقدية المصرفية باعتبارها عقداً له مقوماته الخاصة وذاتيته التي تميزه عن عقود القانون المدني، لذا فأنه يطلق عليه ((عقد الوديعة النقدية المصرفية(٢)

وأرى أن هذا الرأي يعيبه الكثير وأبرزه ضرورة الارتداد للعقود في القانون المدني في بعض الأحيان وتمثيلاً على ذلك (عقد الوكالة) فاستلام المصرف مبلغاً من المال والتصرف فيه يعتبر أن البنك تصرف في المال وفقا لقواعد الوكالة ويترتب عليه مسؤولية الوكيل.

الرأي الراجح هو الذي يذهب إلى اعتبار الوديعة عقد قرض، إلا أن ثمة استثناء قد يترتب على ذلك خاصة في الودائع النقدية المخصصة لقرض معين، أو الودائع النقدية التي يكون محلها نقداً يريد العميل الاحتفاظ بها ذاتها كما هي بالنقود الأثرية .

فيترتب على ذلك اعتبار إن فكرة تكييف العملية المصرفية على أنها قرض هي قرينه بسيطة فيجوز إقامة الدليل على عكس ذلك، ومن ثم لقاضي الموضوع أن يبحث قصد طرفي العقد حال تفسيره للعقد.

موقف القضاء الفرنسي:

لم يثبت القضاء الفرنسي على فكرة واحدة مما تقدم بل نجد أحكاما طبقت قواعد الوديعة(٣) كما قررت أحكام أخرى صدرت عن المحاكم الفرنسية أن الوديعة المصرفية عقد خاص يجمع بين قرض الاستهلاك والوديعة الشاذة(٤) أو وديعة شاذة مشتقة من قرض استهلاك، كما حكمت محكمة النقض الفرنسية حكماً حديثاً نسبياً لم يتضمن تعريفاً قانونياً ولكنه تعرض للمسألة في احد تطبيقاتها وهو الخاص بالمقاصة، وأقرت تمسك المصرف بالمقاصة ضد المودع، وهو ما استنتج منه الأستاذ ليسكو أن المحكمة تقترب من فكرة

(١) الدكتورحسني المصري: المرجع السابق، ص١٣

(٢) الدكتور حسني المصري :المرجع السابق ص١٣

(٣) نقض أول ابريل ١٨٩٦ -١- ٥٨١ مشار إليه في: كتاب الدكتور جمال الدين عوض ،المرجع السابق، ص ٢٣

(٤) استئناف باريس ٢٢ نوفمبر ١٩٢٤ جازيت دي باليه ١٩٢٥ – ١ – ٤٥٦ مشار إليه في كتاب الدكتور جمال الدين:المرجع السابق ص٢٤

القرض بقدر ما تبعد فكرة الوكالة.(١)

في فرنسا لم يزل الفقه و القضاء متردّدين بشأن تحديد طبيعة هذه الوديعة القانونية خاصة و أنّه لا يوجد في القانون المدني الفرنسي نص شبيه بنص المادة (م ٧٢٦ قانون مدني مصري). و لهذا نجد إتجاها يذهب إلى تبنّي فكرة القرض كوصف حقوقي للوديعة النّقدية المصرفية ، بينما يذهب إتجاه آخر في هذا البلد إلى إعتبارها وديعة ناقصة أو عارية إستهلاك، بينما يرجح إتجاه ثالث في الفقه فكرة « العقد ذو الطبيعة الخاصة « أو بمعنى آخر ، إنّ الوديعة النّقدية المصرفية عقد من نوع خاص متميز عن العقود المدنية المسماة و أنه لا فائدة من محاولة تطويعه لإدخاله في إطار عقد من العقود المدنية المعروفة لأنه لامناص من إعتبار المسألة مسألة واقع وأن على قاضي الموضوع أن يبحث القصد الحقيق للمتعاقدين (المصرف و المودع) دون التقيّد بفكرة عقد معيّن ،وعلى أساس هذا القصد يتخذ العقد صفته.(٢)

موقف المشرع البحريني:

من المقرر استنادا لنص المادة (٢٧٥) من قانون التجارة البحريني إذ نصت على « الوديعة النقدية عقد يخول البنك حيازة النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع ويكون الرد بذات نوع العملة المودعة. ويجوز اشتراط فائدة في عقد الوديعة النقدية..»

واستنباطاً من النص السابق نستخلص في دراسة تحليله للمفاهيم القانونية في إطار العمليات المصرفية أن المشرع البحريني الزم المصرف برد المثلي للنقد المودع مع جواز اشتراط الفائدة بعقد الوديعة النقدية، مما يقترب معه المشرع البحريني من الرأي الراجح في الفقه من أن الطبيعة القانونية للوديعة النقدية هي قرض ، وهذا التأصيل يتضح في رأيي من انعكاس التعاقدات المصرفية بين طرفي العلاقة في العملية المصرفية وهما العميل والبنك فعندما يكون الممول هو البنك نكون أمام ما يسمى القرض مع اشتراط الفائدة وبمفهوم المخالفة عندما يكون العميل صاحب التمويل للبنك مع اشتراط الفائدة نكون أمام ما يسمى الإيداع ومع اختلاف المسمى إلا أن الطبيعة التحليلية المستخلصة من إطراف العلاقة التعاقدية ، ومحل التعاقد ، وسبب التعاقد ، يتضح جليا اتحاد العلة بين العمليتين مما يترتب معه أن المشرع البحريني ذهب ضمنا إلى تأصيل عقد الوديعة النقدية على أنها يتفق مع طبيعة القرض القانونية وأجاز اشتراط الفائدة على غرار القروض في العمليات الائتمانية.

(١) نقض ١٥ مايو ١٩٤٥ سيري ١٩٤٦ -١-١ تعليق Lescot مشار إليه في: الدكتور علي جمال الدين عوض ، المرجع السابق،ص٢٤

(٢) الفقيه " إسكارا " ESCARRAمن موقع الكتروني http://forum.law-dz.com

*موقف الشريعة الإسلامية من طبيعة الوديعة النقدية:

مما تقدم نجد أن أكثر فقهاء الشريعة الإسلامية وضعوا تصورهم في مسألة طبيعة الوديعة النقدية بأنها تعتبر قرضاً محرماً شرعا، فقد جاء في المغنى لابن قدامه : « ويجوز استعارة الدراهم والدنانير ليزن بها، فإن إستعارها لينفقها فهذا قرض».

وفي المبسوط للسرخسي : «عارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض».

وفي تحفة الفقهاء للسمرقندي: « كل ما لا يمكن الإنتفاع به إلا بإستهلاكه فهو قرض حقيقة، ولكن يسمى عارية مجازاً».(١)

وذهب آخرون على أنها تعتبر أجرا للاستعمال أي تدخل تحت باب عقد الإجارة.

ومنهم من قال أنها وديعة حيث يقال نحن لا نقرض البنك ولكن نودع لديه.

لا يمكن القول أنها وديعة يأخذها البنك كأمانه يحتفظ بها ليردها إلى أصحابها، وإنما يستهلكها لأعماله ويلتزم برد المثل.

كما لا يمكن القول ان ودائع البنوك تدخل في باب الاجارة ، فيكفي النظر الى طبيعة النقود، والى عملية الايداع من حيث الملكية والضمان والاستهلاك.

ولا يبق الا القرض وهو ينطبق تماما على عقد الايداع (٢).وعليه فأن المصارف الإسلامية لا تتعامل بالودائع النقدية إذا كانت بفائدة بأعتباره قرض جر نفع وهذا ربا محرم شرعاً، وهذا الحكم يتفق مع تصور الشريعة الإسلامية لطبيعة الوديعة النقدية بأنها قرض.

المطلب الثاني
إيداع الصكوك

أولاً: تعريف ومفهوم عقد وديعة الصكوك:

ذهب جانب من الفقه إلى تعريف وديعة الصكوك بأنها « عقد بمقتضاه يودع العميل صكوكه لدى البنك الذي يلتزم بحفظها وردها بذاتها في مقابل أجر يتقاضاه من العميل «(٣)

وذهب جانب آخر من الفقه فعرف عقد وديعة الصكوك بأنها « عقد متبادل، بمقتضاه يتسلم المصرف المودع صكوكاً ماليه ويلتزم بحفظها، وبتحصيل الحقوق المتعلقة بها، ويردها مقابل أجرة تحدد إتفاقاً أو عرفاً ».

ونرى أن التعريف الثاني أشمل وأدق من التعريف الأول وهو ما سوف يتراءى لنا ذلك حال الحديث عن الطبيعة القانونية المزدوجة لعقد وديعة الصكوك وما هو جارٍ عليه العمل واقعاً بشأنها لدى المصارف.

والواقع أن البنوك تجني مزايا مؤكدة من عمليات إيداع الصكوك منها تحصل من العميل على العمولة

(١) الدكتور كمال عبدالرحيم ، المرجع السابق،ص١٧٩

(٢) عبدالرحمن العدوي، قضايا معاصرة وساخنة ، مرجع سابق، ص١٦

(٣) د. حسني المصري :المرجع السابق ص٢١

المستحقة عن حفظ الصكوك وإدارتها. وإذا كان صحيحاً إن هذه العمولة غير مجزية في حد ذاتها إلا أن البنوك ترى في قبول هذه الودائع ما يشجع العملاء على التعامل معها فتجني من وراء ذلك أرباحا طائلة، إذ يلجأ العملاء لخصم الأوراق التجارية والاقتراض وفتح الاعتمادات وإصدار خطابات الاعتماد والضمان (١)

ثانياً : أهلية العميل: يجب أن تتوفر في المودع أهلية الالتزام، بالرغم من أن الإيداع يقصد به في الأصل، الحفظ الذي يعتبر عملاً إدارياً، ولكن المودع يلتزم بدفع الأجرة، ويجب أن يكون لديه صلاحية إبرام التصرفات التي يكلف بها المصرف بشأن الصكوك المودعة(٢) ،إلا إذا كان قاصراً مأذوناً له بالإدارة وكان الوفاء بالأجر من قبيل التصرف في الدخل، أو كان المودع قاصراً بلغ السادس عشرة وكان له دخل من عمله، لأنه في الحالتين يكون كامل الأهلية للتصرف في دخله.

نصت المادة ٤٣ من قانون الولاية على المال البحريني « للقاصر المأذون له أهلية التصرف فيما يُسلم إليه أو يوضع تحت تصرفه عادةً لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط « ونصت المادة ٤٤ على أنه: «للمجلس أن يأذن للقاصر الذي بلغ السادسة عشرة من عمره في أن يبرم عقد العمل وفقاً لأحكام قانون العمل ، ويكون القاصر في هذه الحالة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره ولا يجوز أن يتعدى أثر الالتزام القاصر حدود هذا المال الذي يكسبه من عمله.»

فإذا لم يكن المودع أهلاً كان الإيداع لممثله القانوني، وإلا أمكنه أن يطلب إبطال العقد وإن كان البنك يستطيع مطالبته بالأجر باعتباره مقابلاً للنفع الذي عاد على القاصر من العقد أما بالنسبة لما قد يطلبه العميل من البنك من عمليات متعلقة بالسندات المودعة فتلتزم كذلك أهلية العمل المطلوب القيام به (٣)

ثالثاً: الصفة التجارية لعقد إيداع الصكوك :

من المقرر في القانون المقارن أن عقد وديعة الصكوك من العقود التجارية كما نص عليه قانون التجارة اللبناني في المادة ٦ الفقرة ٤ ونصت عليه المادة الثانية من المجموعة التجارية في القانون المصري وهو دائما يعتبر عقدا تجاريا بالنسبة للمصرف أما بالنسبة للمودع فلا يكون تجاريا إلا بالتبعية، حسبما يكون المودع تاجرا أو غير تاجر(٤)

إذا كان العميل تاجراً وكانت وديعة الصكوك متعلقة بتجارته اعتبر عملاً تجارياً له، أما إذا كانت وديعة الصكوك داخله في دائرة أمواله الخاصة أو كان غير تاجر اعتبر عقد وديعة الصكوك مدنياً بالنسبة إليه، وتأسيسا على ذلك يجوز للعميل إثبات العقد في مواجهة المصرف دائما بكافة طرق الإثبات ، ولكن لا يجوز للمصرف الإثبات في مواجهة العميل بالبينة ما لم يكن الأخير تاجراً وكانت الوديعة تتعلق بتجارته وهو ما يطلق عليه في القواعد العامة لقانون التجارة الأعمال التجارية بالتبعية.

(١) الياس نصيف :المرجع السابق ص٣٩٩

(٢) د.حسني المصري : المرجع السابق ص٢١

(٣) الدكتور على جمال الدين عوض عمليات البنوك ص٦١١

(٤) الياس نصيف :المرجع السابق، ص٤٠٠

رابعا : الطبيعة القانونية للعقد :

استنتاجاً لما سبق نجد إن المصرف في عقد وديعة الصكوك يترتب عليه التزام أساسي وهو حفظ الصكوك ، بيد أن الغرض الاقتصادي لوديعة الصكوك قد يتجاوز مجرد حفظها بذاتها إذ غالباً ما تقترن هذه الوديعة بعمليات أخرى(١) وهي التزامات تبعية كاستيفاء أنصبة الإرباح أو الفوائد أو بدل الاستهلاك، أو تدقيق في السحوبات أو الحصول على قسائم جديدة وغيرها. وقد تحتل هذه الالتزامات التبعية مكاناً رئيسياً بالنسبة للمتعاقدين، لذا يتراءى لنا ، إن إيداع الصكوك ليس عملا بسيطا ، بل هو عمل مركب متضمنا عقدين مختلفين هما:

عقد الوديعة وعقد الوكالة وقد تبرز أهمية الوديعة أو الوكالة بحسب مقاصد المتعاقدين.

ومن المتفق عليه إن حرية التعاقد هي الأساس الذي يعطي الأولوية لعقد الوكالة أو الوديعة، ويمكن القاضي من تحديد التزامات ومسؤوليات كل المتعاقدين، استناداً إلى حقوق والتزامات المودع والوديع أو الموكل والوكيل (٢)

والواقع انه ما يجعل هذا المزيج يبن العقدين في عمليه وديعة الصكوك أمراً مقبولاً لا يأباه الذوق القانوني السليم، هو طبيعتهما المتجانسة وان قواعدهما غير متنافرة بل إن هذه القواعد تندرج في تطورات مرنة بحيث يدق معيار التفرقة بينهما في بعض الأحيان، فنحن نعرف مثلا إن المودع لديه قد ينفق في سبيل حفظ وصيانة الشيء المودع بعض المصروفات فيلزم المودع بأن يرد إليه ما انفق، ومن ناحية أخرى نرى الوكيل يلتزم بحفظ الأشياء التي تدخل في حيازته لحساب الموكل بمناسبة عقد الوكالة. فكان عمل كل من الوكيل والمودع لديه يتضمن بعضا من عمل الآخر. إلا أن جانباً من الفقه يرى إن وديعة الصكوك هي وديعة عادية مما ينظمه القانون المدني، وإذا كان البنك يتقاضى أجرا عنها، فأن هذا الأجر ليس من شأنه أن يتبع تغيرا في الطبيعة القانونية للعقد. ومن ثم تخضع وديعة الصكوك لقواعد القانون المدني المتعلقة بالوديعة مع مراعاة الطابع الخاص للوديعة المأجورة(٣)

واستقراءا للآراء الفقهية السابقة في الفقه المقارن أرى أن الرأي الأول والذي يعتبر عقد وديعة الصكوك هي وديعة ذات طابع مركب بين الوديعة والوكالة هو التمثيل الصحيح لطبيعة عقد وديعة الصكوك، وقد يحدث عملاً أن غاية العميل من إيداع الصكوك لدى البنك هو لإدارتها أكثر من غاية الحفظ المجرد وهو التصرف الذي يتطلب صورة من صور الوكالة التي قد تطلب على طبيعة عقد وديعة الصكوك.

خامسا : آثار عقد وديعة الصكوك

يترتب على عقد وديعة الصكوك التزامات وحقوق بين كل من المصرف والعميل تتلخص فيما يلي:-

التزامات المصرف: إن الالتزامات المترتبة على المصرف ترتيبا على عقد الوديعة هي:

التزام المصرف بحفظ الصكوك:

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق ،ص٢٢

(٢) الياس نصيف :المرجع السابق ،ص٤٠٠

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه ،المرجع السابق، ص٤٤٩

من المستقر عليه في الفقه المقارن إن وديعة الصكوك عقد وديعة كاملة، لذلك فأن يد المصرف على الصكوك المودعة يد أمين. وينبني على هذا أن المصرف يلتزم بحفظ الصكوك بذاتها، وهو ما يعتبر ضروريا لرد الصكوك بعينها إلى المودع بمجرد الطلب. فإذا تصرف المصرف في الصكوك المودعة لديه أو استعملها لحساب نفسه فأنه يعد مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة(١)

ويلتزم المصرف وفقا للقواعد العامة، بحفظ الأشياء المودعة لديه، المحافظة عليها، فيتوجب عليه لأجل ذلك أن يبذل عناية الرجل المعتاد، ويعتبر مسئولاً عن كل هلاك أو تجنب ما كان في الوسع اتقاؤه، مادام أن الوديعة مأجورة(٢)

ولا يحق للمصرف المودع لديه، أن يندب عنه مصرفا أو شخصا آخر، في المحافظه على الوديعة، إلا في إحدى الحالتين الآتيتين:

إذا أجاز له المودع ذلك صراحة .

إذا اقتضت الاحتفاظ ضرورة ماسة.

ب) الالتزام بالرد :

من المقرر قانونا على المصرف أن يرد الصكوك عينها التي أودعت لديه استنادا الى نص المادة (٢/٢٨٩) من قانون التجارة البحريني: «إذ نصت على ويلتزم البنك برد الصكوك المودعة بعينها ما لم يتفق أو يقتض القانون بغير ذلك »

« ومع ذلك قد يتحرر المصرف من هذا الالتزام بالرد في حالات أربع هي : إذا حجز على الصكوك تحت يده أو عارض شخص في تصليحها للمودع مستندا إلى ملكيتها لها، أو إذا تغير سند حيازة البنك فأصبح دائناً مرتهناً للصكوك أو إذا استعمل حق الحبس لحق مرتبط بالوديعة ذاتها، أو في حالة القوة القاهرة (٣)

وتسري كذلك القواعد العامة فيما يتعلق بالالتزام بالرد : إذ يجب على البنك أن يسلم الصكوك للعميل بمجرد طلبه وللعميل أن يلزم البنك بتسليم هذه الصكوك في أي وقت» إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده» وقد يشترط البنك مهلة مناسبة للرد.

والمصرف يرد الصكوك إلى العميل أو نائبه. وهو يلتزم بالتحقق من شخصية وأهلية المسترد، فيتأكد من انه العميل نفسه أو ممثلة أو نائبه القانوني(٤)

و إذا أصبح المودع ناقص أهلية أو عديمها ، فلا يجوز الرد إلا لممثله القانوني . ويلاحظ أن استرداد الصكوك المودعة يعد من أعمال الإدارة يجوز أن يتولاه من له حق في إدارة أموال المودع. وإذا توفي المودع وجب الرد لورثته. (٥)

(١) د.حسني المصري: المرجع السابق، ص٢٦

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص٤٠٢

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه :المرجع السابق، ص ٤٥١

(٤) الدكتور علي البارودي :المرجع السابق ،ص٢٥٦

(٥) الدكتور علي كمال الدين طه: المرجع السابق ،ص ٤٥١

وتأسيساً على ذلك يمكن إيجاز الالتزام بالرد بالاتي :-

موعد الرد: ترد الوديعة في الوقت المتفق عليه، فإذا لم يكن متفقا على موعد كان لكل الطرفين أن ينهي العقد في أي وقت ملائم(١)

مكان الرد: يجب أن يكون في المكان المتفق عليه، وإذا لم يتفق على مكان الرد كان واجبا في مكان الإيداع ولو كانت الوديعة تحفظ في مكان آخر إذا كان المصرف قد اضطر إلى نقلها من مكانها(٢)

وقد حدد المشرع البحريني مكان الرد بالنص الآتي: «ويكون الرد في المكان الذي تم فيه الإيداع. (المادة ٢/٢٨٩) تجاره بحريني.

لمن يكون الرد: يلتزم المصرف بمقتضى العقد أن يرد الوديعة للمودع أو لمن يعينه أو لورثته من بعده، وعلى البنك أن يتأكد من شخصيه الطالب بالرد ومن انه المودع، ويكون ذلك عملا بأن يطابق توقيعه بالتوقيع الذي أخذه للمودع عند الإيداع(٣)أو بصمته إذا بصم في حال الإيداع.

٤- موضوع الرد: على المصرف أن يرد الصكوك المودعة بعينها ما لم يتفق أو ينص القانون على خلاف ذلك. ويترتب على الرد المثلي للصكوك عدم اعتباره ردا لان العبرة بالرد العيني للصكوك وهو الرد الذي يبرأ ذمة المصرف.

ج) الالتزامات التبعية :

تفرض العادات المصرفية على عاتق البنك الالتزام بإدارة الصكوك المودعة. وينشأ هذا الالتزام لا عن عقد الوديعة بل عن عقد يقوم بجواره بين المصرف وعميله وهو عقد الوكالة فيجب على البنك أن يقوم بتحصيل الكوبانات، وتحصيل قيمة السندات المستهلكة ، والتحقق من نتيجة السحب إذا كانت السندات المودعة من السندات ذات النصيب، وإخطار المودع بالعمليات التي على الصكوك كاستبدالها وتجديدها. ويكون البنك مسئولا إذا قصر في القيام بهذه الواجبات ونشأ عن ذلك ضرر للعميل.(٤)

كما يقوم المصرف بتنفيذ الأوامر والتعليمات التي يوجهها إليه المودع، كتلك المتعلقة ببيع وشراء الصكوك، أو بتحويلها أو بغير ذلك من العمليات.

وإن الالتزامات التبعية لا تتركز على نص تشريعي، وإنما على العقد الذي يحدد حقوق وواجبات كل من المصرف والمودع لجهة إدارة الصكوك المالية. وتطبق على ادراة الصكوك المالية المودعة مقابل عمولة قواعد الوكالة، وهذه القواعد تقضي بمسؤولية المصرف تجاه المودع، عند عدم تنفيذ التزاماته المبينة في العقد على أساس إخلاله بالتزامات تعاقدية (٥)

ولكن، ما هي الالتزامات التبعية التي تقع على عاتق المصرف عند صمت العقد ؟

(١) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ،ص ٦٢١

(٢) الدكتور علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص٦٢٢

(٣) والاحتياط الواجب على البنك لايخضع لقاعدة موحدة بل إن مسلكه يجب تقديره في ضوء الظروف (٤) انظر تطبيقا لذلك في حكم السين التجارية ١٨ أكتوبر ١٩٢٢ ولوز ١٩٢٤ -٢-١٣٩ تعليق Logic تحقيق الدكتور علي جمال الدين عوض من كتاب عمليات البنوك ص٦١٩

(٤) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق ،ص٤٥١

(٥) الياس نصيف المرجع السابق ص٤٠٥

من المقرر فقهاً وقضاءً في حال صمت العقد عن بيان الالتزامات التبعية على المصرف حينئذ وبلا اجر إضافي القيام بتحصيل كوبونات الصكوك المودعة في الميعاد، وتحصيل قيمة الصكوك المستهلكة ، ودفع ما يجب من رسوم لأن ذلك يدخل ضمن الادراة المالية العادية للصكوك المودعة . إنما يتطلب الأمر اتفاقا خاصا فيما يتعلق بالتزام المصرف بإبلاغ المودع بالحوادث التي تهمه في إدارة الصكوك كأخطاره بزيادة رأس مال الشركة ، لكي يباشر أولويته في الاكتتاب في الأسهم الجديدة، كذلك يتطلب اتفاق خاص يلزم المصرف بالحقوق من نتيجة سحب الصك وإذا دخل اليانصيب ، و عليه في هذه الحالة إخطار العميل. ولا يقوم المصرف بدون نص صريح، باستعمال أي حق من الحقوق المتعلقة بالصك، كالحق في الاكتتاب بالأولوية مثلا ، ولكنه قد يقوم بها كفضولي يعمل لمصلحة عميلة عند غيابه.(١)

٢ - حقوق المصرف :

أ) استيفاء أجرة الحفظ :

للمصرف حق في الحصول على أجرة على الحفظ ويكون للمصرف الحق في أجر لقاء الالتزامات التي يتحملها ويسمى بأجر الحفظ. ويحدد هو الأجرة عادة بحسب عدد قيمة الصكوك.

وللبنك ضماناً لاستيفاء الأجر حتى يستوفي حقه وله أيضاً التمسك بالامتياز المقرر بمقتضى القواعد العامة في القانون المدني لمصروفات حفظ المنقول(٢)

ب) نفقات الحفظ وتعويض الخسائر : (٣)

إضافة إلى الأجرة، وعملا بالمبادئ العامة في القانون المدني يحق للمصرف أن يحصل على تعويض عن الخسائر التي قد تترتب على عملية الإيداع ومن باب أولى للبنك استيفاء نفقات الحفظ من المودع.

ج) استيفاء أجر عن العمليات التبعية :

يحق للمصرف أن يستوفي أجراً عن العمليات التي يقوم بها بصورة تبعية أو مقتضيات الأجر في هذه الحالة هي اجر الوكيل عن الإعمال التي يقوم بها لمصلحة الأصيل ويتفق فيما بينهما على تحديده بموجب بنود العقد ويتم تحديدها عرضاً في بعض الأحيان، وتستوفي عادةً من حساب المودع النقدي في البنك وكما سبق الإشارة إليه يحق للبنك حبس الصكوك المودعة لديه لاستيفاء الأجرة.

٣- حقوق العميل

يحق له أن يطالب باسترداد الصكوك المودعة في أي وقت يشاء، حتى لو تضمن العقد أجلاً لم يحل بعد للاسترداد ، ذلك لأن الأجل يوضع في مصلحة المودع وليس في مصلحة المصرف أو الاثنين معا.

كما يحق له المطالبة بأرباح فوائد الصكوك المودعة لدى المصرف على أن يكون المصرف قد حصلها

(١) الدكتور علي البارودي المرجع السابق٢٦٧

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه المرجع السابق ص ٤٥٢

(٣) الياس نصيف المرجع السابق ص٤٠٦

لحسابه ابتداءً، و إذا اضطر إلى إقامة الدعوى بسبب امتناع المصرف عن تأدية حقوقه فله أن يلجأ إلى استعمال دعوتين : الأولى دعوى شخصية ناشئة عن عقد الوديعة، يطالب على أساسها المودع باسترداد وديعته استنادا إلى العقد والى مسؤولية المصرف عن إخلاله بالتزامات تعاقدية والثانية دعوى الاسترداد ، وتستند إلى ملكيه المودع للصكوك المودعة لدى المصرف وغالباً ما تستعمل هذه الدعوى الثانية عند توقف المصرف عن الدفع وتصفيته، ويستطيع المودع في هذه الحالة أن يسترد وديعته مادام لا تدخل في ملكيه المصرف المتوقف عن الدفع بل تبقى في ملكية المـودع. (١)

*الصكوك في الشريعة الإسلامية:

لا شك أن الصكوك الإسلامية هي في الواقع بديل وبديل صحيح للسندات المالية سواء كانت سندات الخزانة الحكومية أو كانت سندات صادرة من خزائن المؤسسات المالية إذا ما تم تطبيقها تطبيقاً شرعياً سليماً.

إلا أن أغلبية هذه الصكوك التي يزعم أحياناً بأنها إسلامية شرعية تعتمد على أصول وهمية لا من حيث الواقع وإنما من حيث التملك، فحملة الصكوك حينما هيأ لهم ما يعتبر لدى مدير صندوق هذه الصكوك أصولا فهي أصول وهمية، من حيث إن حملة الصكوك لا يملكونها بحكم وجود قيود واشتراطات على تملك هذه الأصول، فمثلا يأتي من عنده أصل من الأصول فيعرضه على مصدر أو مدير إصدار الصكوك وفي الأمر نفسه يشترط عليه أن يؤجره له، بمعنى يشترط بائع هذه الأصول على مدير إصدار هذه الصكوك أن يشترى هذه الصكوك وأن يؤجرها إلى بائعها وأن يعيدها إليه بعد مدة معينة يجري الاتفاق عليها كعشر سنوات مثلا وبالسعر الذي اشتراها به، ثم بعد ذلك يعيد حامل الصكوك أو مدير حملة الصكوك هذا الأصل إلى بائعه الأول وبالثمن الذي بيعت به، وفي الأمر نفسه يقول مدير حملة الصكوك إنه يعطيهم نسبة معينة، وما زاد عن ذلك من الأجرة فهي له، على اعتبار أن ذلك حافز، بمعنى أنهم لا يستحقون لقاء تملكهم هذه الأسهم إلا نسبة معينة كما هو الحال مع من يأخذ فائدة ربوية على وديعة استثمارية وفق المؤشر العام للفائدة.

ولا شك أن هذه ليست هي الصكوك الإسلامية، وبناء على هذا فقد صارت سببا من أسباب الأزمة المالية العالمية ، وقد تحدث بعض فقهاء العصر عن حجم هذا التعامل فذكر أنه يبلغ ٨٥٪ من الحجم العام للصكوك الإسلامية، بمعنى أن الصكوك الإسلامية بحقيقتها وباشتمالها على القيود والشروط والمقتضيات الإسلامية لا تمثل من مجموع الصكوك المستخدمة إلا ١٥٪ والباقي ٨٥٪، هذا ما هو في الوقع إلا ذر الرماد في العيون وظل مخيفاً على الفائدة الربوية، وبناءً على هذا فقد صارت هذه الصكوك من أسباب وجود هذه الأزمة الثقيلة بسبب تعريها عن شرعيتها وإلباسها التعامل الوهمي تحايلاً على الشرع، لذلك فقد نادي مجموعة كبيرة من فقهاء العصر بضرورة تصحيح هذا المسار، وصدر من هيئة المراجعة والمحاسبة بيان بتوجيه الصكوك الإسلامية وأن تكون مشتملة على قيود وشروط تعطي القناعة التامة بأن حملة الصكوك يملكون أصولاً ملكاً كاملاً يتصرفون فيها عن طريق مديري هذه الصكوك تصرف المالك في أملاكه، وقد

(١) الياس نصيف المرجع السابق ص٤٠٧

اتجه الآن كثير من المؤسسات المالية التي تقوم بإصدار هذه الصكوك، اتجاها وفق هذا البيان.

ونوه الفقهاء إلى أنه بعد ظهور عيب تطبيق الصكوك الإسلامية على وضع عشوائي فوضوي غير مبني على إرشاد شرعي، وبعد أن ظهر ذلك العيب وظهرت آثاره السيئة تبنت الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية توجها سليما من خلال المراقبة والمتابعة للصكوك الإسلامية، وكذلك متابعة تطبيقها لتعزيز الطمأنينة والثقة بها، حيث إن كل جهة تقوم بإصدار صكوك إسلامية لا بد أن تكون الجهة الرقابية الشرعية لهذه المؤسسة ولا بد أن تكون قد درست النموذج الذي تسير عليه هذه الصكوك المراد إصدارها، وفي الأمر نفسه يمكن القول إن هناك مجموعة من الصكوك الإسلامية هي في الواقع تعدل مسارها وأضحت الآن ذات قيمة وذات قناعة بأنها بدل السندات القائمة. أما بالنسبة لوجوب وجود هيئات شرعية لتصحيح مسار الصكوك الإسلامية فقد وجدت الآن وحظيت برقابة حقيقية لمعاملات إيداع الصكوك، وطالما وجد نقص وخلل في التطبيق، وجدت العوامل لتصحيح هذا الاتجاه وبالتالي لتصحيح التطبيق.

ووجدت الآن صكوك إسلامية مبنية على مقتضيات شرعية من حيث التملك ومن حيث الاستغلال ومن حيث العائد الذي يعود لحملة الصكوك أنفسهم، وكذلك من حيث إفراز اختصاص مدير حملة صندوق هذه الصكوك وأنه يجب أن يشعر بأنه أجبر وأن ما يطمح إليه من تحفيزه لا يكون له إلا في حال وجود ما يعطي القناعة، وأنه يستحق أن يشجع وأن يعطى حافزا. وفي الأمر نفسه كذلك هذا الحافز جاهدت الهيئات الشرعية لئلا يعطى كامل ما يتعلق بالباقي، بل ما بقي بعد التصفية يجب أن يرجع إلى حملة الصكوك، ولا بأس أن يعطى المدير إن كان مستحقا للحفز والتشجيع نسبة من هذا المبلغ الباقي مثلا ٥٪ أو ١٠٪ زيادة على أجرته التي يعطى إياها كأجرة سنوية أو شهرية. وبناء على هذا الأمل أن تعطي الصكوك الشرعية ثمارها وأن تعطي نتائجها ، وفي الواقع لو نظر في حقيقة هذه الصكوك لوجدت في الواقع أنها لا تختلف عن الصناديق الاستثمارية ولا عن الأسهم في الشركات المساهمة القائمة إلا من حيث الاصطلاح في أنها صالحة للتداول دون غيرها، ولعل هذا هو السبب في جعل لها إيثار على الصناديق الاستثمارية لأنها صالحة للتداول، فيكون عند العميل اليوم مثلاً مليون سهم في مؤسسة أو في صندوق صكوك إسلامية ويكون لديه القدرة على بيع ما تيسر منها أو شراء كذلك ما يعرض من ذلك، وفي الوقت نفسه تكون حقيقة بديلا عن السندات.

ويشير الفقه إلى أن الذي حدث في بعض المصارف فيما يتعلق بالتعامل المصرفي الإسلامـــي هو سوء التطبيق، فسوء التطبيق جاء فيما يتعلق مثلاً بالصكوك الإسلامية وأنهم كانوا ينظرون إلى الصكوك الإسلامية كبديل ولكنهم في الواقع من تطبيقها لم يبتعدوا عن السندات القائمة وإنما مشوا مع السندات القائمة فيما يسمى بالصكوك الإسلامية المُنَفّذة، وبالتالي صارت تمشي مع طرفي السندات بخطين متوازيين قريبين من بعضهما بعضا ويلتقيان في حوض واحد، وبناء على هذا فقد جاء الانتقاد والاعتراض والإنكار على الصكوك الإسلامية. لكننا نقول ليس هذا موجهاً للصكوك الإسلامية وإنما موجه إلى سوء تطبيق الصكوك الإسلامية. (١)

(١) الشيخ الدكتور عبدالله المنيع، مجلة المصرفية الاسلامية، العدد المنشور يوم الاربعاء ٢٠١٠/٢/٣ من موقع المجلس العام للبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية ، http://www.cibafi.org

المبحث الثاني
إيجار الخزائن الحديدية

أولاً : ماهية عقد إيجار الخزائن الحديدية:

عرفة جانب من الفقه على أنه:

« هو عقد بمقتضاه يلتزم المصرف بأن يضع تحت تصرف المودع في المكان الذي يشغله خزانه حديدية أو صندوقاً حديدياً مقابل أجر يتناسب مع حجم الخزانة ومدة الانتفاع». (١)

وعرفة جانب آخر من الفقه « عقد بمقتضاه يضع البنك خزانة حديدية قائمة بمبناه تحت تصرف العميل الذي يستأثر بإستخدامها في حفظ أشيائه مقابل أجر يتناسب مع سعة الخزانة ونوعها ومدة أستخدامها» (٢)

وتأسيساً على ذلك يتم العقد بين المصرف والعميل والأصل أنه لا يقوم على الإعتبار الشخصي، ومع ذلك فهذا الاعتبار مراعي في حدود ضيقة مظهرها أن البنك قد يرفض التأجير لأشخاص معينين وأن العميل قد يفضل مصرفاً على مصرف آخر ويتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول. والغالب أن يحصل التعاقد بتوقيع الطرفين على عقد مكتوب يطبعه المصرف ويحصل على توقيع من العميل عليه. ولا يملك العميل أن يناقشه ، بل أن الغالب إما أن يقبله كله أو لا يتعاقد وهو ما دفع بعض الشراح إلى اعتبار العقد في هذه الحالة عقد إذعان(٣)

وهذا العقد يحتفظ بإستقلاله الكامل عن العمليات المصرفية الأخرى لذات العميل وهو لا يعود على البنك بفائدة خاصة، إذ لا يتسنى له أن يدخل الأشياء الموجودة في الخزانة من دائرة العمليات المصرفية التي يقوم بها ، والإيجار الذي يتقاضاه المصرف يبدو ضئيلاً إذا قورن بما يكلفه بناء الخزائن وصيانتها إلا أن المصرف يهدف من إبرام هذا العقد إلى إجتذاب العملاء(٤)

لذلك فإن هذه العملية المصرفية لا تثير جدلاً من واقع المقارنة بين المصارف الربوية التقليدية والبنوك الإسلامية إذ أن هذه العملية مجرده من الفوائد الربوية إذا احتفظ العقد بعناصره دون تداخل العمليات المصرفية الأخرى معه، وبالتالي تستطيع المصارف الإسلامية استخدام هذه العملية وفقاً لطبيعة العقد، على النحو الذي سوف نوضحه لاحقاً.

(١) الياس نصيف المرجع السابق ص٤١١

(٢) الدكتور حسني المصري المرجع السابق ص٣١

(٣) الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق ص٦٤٠

(٤) الدكتور علي البارودي المرجع السابق ص٢٧٠

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد إيجار الخزائن الحديدية:

إختلف الفقه في الطبيعة القانونية للعقد المبرم بين المصرف وعميلة وفقاً للآتي:

١- توصيف العقد بأنه عقد وديعة:

«ذهب بعض الفقهاء أن عقد الإيداع لدى الخزائن هو عقد وديعة، لأن الغرض الأساسي منه هو حفظ وصيانة الأشياء المودعة ، حتى ولو لم تكن هذه الأشياء قد وضعت بإستلام وتحت تصرف المصرف. فعقد الوديعة ليس من شأنه دائماً أن ينقل حيازة الأشياء المودعة إلى الوديع، كما هو الأمر في عقد الوديعة الفندقية حيث تبقى الأشياء المودعة في الفندق بإستلام وحيازة النزيل، وكما هو الأمر أيضاً في إيداع السيارة لدى الكراج».

ومن مؤيدي هذا الرأي العالمان ريبير وربلو، ويدعم أصحاب هذه النظرية رأيهم بالقول: « إن المودع لا يمكنه أن يصل إلى الأشياء المودعة في الخزانة الحديدية إلا بواسطة المصرف، وهذا ما يجعل العقد قريباً من عقد الوديعة». (١)

٢- توصيف العقد بأنه عقد حراسة: بإعتبار أن الموجب الأساسي المترتب على المصرف هو حراسة الخزانة الحديدية ، وبالتالي الأشياء الموجودة فيها.

٣- توصيف العقد بأنه عقد إيجار: ذهب فريق ثالث يضم أكثرية رجال الفقه والقضاء إلى إعتبار أن هذا العقد هو عقد إيجار، بإعتبار أن المصرف يلتزم بوضع الصندوق الحديدي تحت تصرف المودع من أجل الإنتفاع به بحرية تامة دون أن يكون له حق الإطلاع على الأشياء الموجودة بداخله ، بل يبقى المودع وحده هو الذي يعلم بمقدار وبيان هذه الأشياء، وقد يترك الخزانة الحديدية فارغة دون أن يؤثر ذلك في صحة عقد إيجارها. وقد يشترط المودع ألا يكون للخزانة إلا مفتاح واحد فقط، حتى يطمئن على عدم إطلاع المصرف على محتويات الصندوق الحديدي، ومثل هذا الشرط يعتبر صحيحاً(٢)

إذاً فالرأي السائد فقهاً وقضاءً هو أن العقد هو عقد إيجار أشياء يلتزم بمقتضاه المصرف أن يمكن العميل المستأجر من الانتفاع بالخزائن الحديدية مدة معينة لقاء أجر معلوم. وقد اعترض على هذا الرأي بأن عقد الخزانة الحديدية لا يستجيب تماماً لإيجار الأشياء، إذ إن البنك يتحمل أساساً الإلتزام بالحراسة والحفظ ، وهذا الأمر لا يدخل في نطاق إيجار الأشياء ، ولذلك قيل بأن العقد لا يعتبر وديعة أو بعبارة أدق نوعاً من عقد الوديعة يمكن أن يسمى بعقد الحراسة، ولهذا التحليل ميزته في وصف العقد وفقاً للإلتزام الرئيسي للمصرف وهو الالتزام بالحراسة (٣)

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص٤١٣

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص٤١٤

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص٤٥٣

ولكن محكمة النقض الفرنسية قضت بأن العقد ليس بعقد وديعة وإنما هو عقد إيجار يتضمن التزاماً خاصاً على المصرف بالحراسة واتخاذ جميع التدابير اللازمة لحفظ الخزانة والأشياء التي تحتويها ملم يثبت القوة القاهرة. (١)

وأرى أن عقد إيجار الخزانة الحديدية هو عقد مختلط أو مزدوج بين عقد الإيجار وعقد الحراسة لأن لكل منهما أثر من الآثار القانونية المترتبة عليه وكل منهما يكمل الآخر في الالتزامات المتقابلة بين المصرف والعميل والقول بخلاف ذلك قد يترتب عليه اشكالات قانونية.ويلاحظ أن عقد إيجار الخزائن يعد تجارياً دائماً بالنسبة إلى المصرف ، أما بالنسبة إلى العميل فيكون مدنياً إذا كان العميل غير تاجر ويكون تجارياً أو مدنياً بالنسبة للعميل التاجر بحسب ما إذا كانت الخزانة تستخدم لحاجات تجارية(٢)

ثالثاً: آثار عقد إيجار الخزائن الحديدية:

ينتج عن العقد التزامات وحقوق لكل من المصرف والمودع على النحو التالي:

١- التزامات المصرف:

توجد التزامات أساسية مترتبة على المصرف وهي كالتالي:

أ- وضع صندوق حديدي بتصرف المودع.

إن الإتفاق هو الذي يحدد حجم الصندوق أو الخزانة الموضوعة تحت تصرف المودع ويتم بذلك بتسليم المودع المفتاح والاحتفاظ لنفسه بمفتاح آخر .(٣)

ويلاحظ أن هذا الانتفاع حق شخصي للمستأجر بحيث على المصرف أن يتحقق من شخصية العميل كلما أراد الدخول إلى الخزانة ، وتفرض مراعاة الاعتبار الشخصي أن البنك ملزم كذلك بتحقيق الأمان للعميل بحفظ الخزانة ، ولذلك فمن واجبة ومن حقه أن يمنع الغرباء من الدخول إليها ألا أن مقتضيات القواعد العامة في الوكالة تدخل من ضمنها حق المودع بتوكيل آخر لإستخدام الوكالة بموجب توكيل خاص نظراً للإعتبار الشخصي الذي أوضحناه سلفاً ويكون حق الوكيل في إستخدام الخزانة صحيح ولا يوجد استثناء يرد على هذه الحالة تمنع الوكيل من استعمال الخزانة. ألا أنه قد يحدث أن تنتهي الوكالة بسبب العزل أو وفاة الوكيل أو لأي سبب آخر فنرى أن لا مسئولية قانونية تترتب على البنك حال السماح للوكيل استعمال الخزانة ما لم يخطر بذلك ويعتبر الوكيل في هذه الحالة حائز للخزانة لمصلحة الخلف لعام لصاحب الخزانة وهم ورثته ويقع عليه إلتزام ردها إليهم وفقاً لمقتضيات القواعد العامة في هذا الشأن.وللعميل استخدام الخزانة في أي وقت، ولكن بشرط مراعاة المواعيد المتفق عليها١٧٧ .ولا يجوز للبنك مثلاً منع العميل من فتح الخزانة بدعوى أن العميل لم يستخدمها لفترة طويلة، أو لأن العميل لم يدفع للمصرف الأجر المتفق عليه. كما يجب على المصرف أن يحيط استخدام الخزانة بسرية تامة ، ومن باب أولى لا يجوز له فتح الخزانة(٤)

(١) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص٤٥٤

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق، ص٤١٦

(٣) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص٣٦

(٤) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص٣٧

ب-تأمين حراسة على الصندوق الحديدي:

يترتب إلتزام المصرف بمراقبة وفرض حراسة على الصندوق الحديدي بغية المحافظة عليه من السرقات والتحوط بإستعماله على النحو المشروع، ويلتزم البنك أيضاً بصيانة الصندوق لكي يبقى بحالة جيدة تمكن العميل من استعماله.

ويثار سؤال بشأن مدى قدرة المصرف على صيانة الصندوق وفتحه وبين التزامه بالحفظ والحراسة للصندوق الحديدي؟؟

فأرى أن مسألة صيانة الصندوق يجب أن لا تنال من سرية استعمال العميل للصندوق والإلتزام على المصرف الأساسي بحفظ هذا الصندوق مما يتعين معه وجوب التنسيق مع العميل بحفظ الأشياء في صندوق آخر حتى تتم صيانة الصندوق وعدم تعريض محتويات الصندوق لأي عارض قد يترتب على عملية الصيانة.

ج- مسئولية المصرف في حال إخلاله بإلتزامة:

يترتب على المصرف مسئولية لا تتجاوز الضرر الذي يصيب المودع بسبب هذا الإخلال، وقد اعتبر القضاء إن المصرف مسئول إذا أخل بإلتزام المحافظة على الخزانة وصيانتها، ونتج عن ذلك تلف محتوياتها بسبب تسرب المياه إليها (١) أو إلى سرقة هذه المحتويات (٢)ويظل المصرف مسئولاً سواء حصلت السرقة عن طريق كسر الصندوق الحديدي أو استعمال مفاتيح مزورة، أو بطريقة فتح الخزانة بصورة غير مشروعة، من قبل شخص أهمل المصرف في التأكد من هويته.

ولكن المسئولية ترتفع بسبب القوة القاهرة التي يقع عبء إثباتها على المصرف(٣) وأساس المسئولية في هذه الحالة هي المسئولية العقدية.

٢- إلتزامات المودع:

١- دفع الأجرة:

يحددها العقد أو العرف، ولا يجوز تعديلها أثناء العقد إلا برضا الطرفين، والغالب أن تدفع مقدماً عن كل مرة يسري فيها العقد وهى مدة سنة. ويدفع معها عند إبرام العقد مبلغاً كتأمين عن المدة التي يتأخر فيها المستأجر عن دفع الأجرة فيكون للبنك أن يخصم ما يستحق من أجرة متأخرة.وإذا كان للمستأجر حساب في البنك فتحصل الأجرة غالباً بطريق القيد في الحساب مقدماً.(٤) ويستطيع المصرف أن يلجأ إلى طلب فسخ العقد في حال إمتناع المودع عن القيام بإلتزامة بوجه عام، وخاصة الإلتزام المتعلق بدفع الأجرة.

٢- استعمال الصندوق الحديدي وفقاً لشروط العقد أو العرف:

على المودع أن يستعمل الصندوق الحديدي وفقاً للغاية المعد لها وللشروط الواردة في العقد أو المتعارف عليها، لذلك يمتنع عليه بصورة خاصة أن يودع أشياء ممنوعة أو خطرة أو مضرة أو مزعجة. وقد ورد في

(١) تمييز فرنسي ١١-٢-١٩٤٦ - داللوز ١٩٤٦-٣٦٥ مشار إليه في الياس نصيف :المرجع السابق ،ص٤١٧.

(٢) (تمييز فرنسي ٢٩-١٠-١٩٥٢)مشار إليه في الياس نصيف: المرجع السابق ،ص٤١٧

(٣) الياس نصيف: المرجع السابق ،ص٤١٧

(٤) الدكتور علي جمال الدين عوض المرجع السابق ص٦٤٤

موسوعة داللوز لهذا المعنى.(١) ومن هذه الشروط مثلاً الدخول للخزانة في أوقات العمل وبعد التوقيع على دفتر يثبت دخول العميل إليها(٢)،

ويجب على العميل أن يستعمل الخزانة الاستعمال المألوف.(٣)

حفظ المفتاح و رده:

يلتزم المودع بحفظ مفتاح الصندوق الحديدي لديه، وفي حال فقده عليه أن يسرع في إعلام المصرف بذلك حتى يتخذ الإجراءات اللازمة لمنع استعماله بصورة غير مشروعة، وعند انتهاء العقد على المودع أن يرد المفتاح إلى المصرف(٤).وعلى العميل أن يرد الخزانة سالمة كما تلقاها عند انتهاء العقد، وذلك برد مفتاتيحها إلى البنك وتفريغها من ما بها.(٥)

رابعاً: حقوق الدائنين:

ليس من شك أن للدائنين أن يوقعوا الحجز على الخزانة، ولكن يثور تساؤل عن نوع الحجز الذي يجوز للدائن توقيعه على الخزانة الحديدية، وقد أختلف الشراح في إجازتهم نظراً لإختلافهم في تكييف أتفاق الخزانة الحديدية ، فقد ذهب الشراح الذين يعتبرون هذا الاتفاق إيجاراً إلى أن الحجز الذي يوقعه دائنو العميل على محتويات الخزانة هو الحجز التنفيذي.(٦)

بيد أن الحجز التنفيذي يجب أن يسبق بإعلان السند التنفيذي للمدين، مما سيدفع المدين إلى الإسراع بتفريغ الخزانة من محتوياتها. ولذلك حاول الدائنون توقيع حجز ما للمدين لدى الغير على الخزانة تحت يد المصرف، ولكن القضاء رفض هذا الإجراء مستنداً إلى أن عقد الخزانة الحديدية هو عقد إيجار أشياء، والبنك غير مدين للمستأجر وليس ملزماً برد الخزانة ويجهل محتوياتها فلا يستطيع أن يقرر بما في ذمته. (٧)

على أي حال يستطيع الدائنون وفقاً للقواعد العامة في المرافعات أن يوقعوا الحجز التحفظي على الخزانة إذا كانوا يخشون فقدانهم لضمان حقهم.

والرأي الصحيح في نظرنا أنه لا يجوز الحجز تحت يد المصرف على الخزانة ولا على محتوياتها، والسبيل الوحيد في حجزها هو الحجز التنفيذي(٨)

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤١٩

(٢) الدكتور علي جمال الدين عوض :المرجع السابق، ص٦٤٥

(٣) الدكتور مصطفى كمال طه :المرجع السابق، ص٤٥٤

(٤) الياس نصيف :المرجع السابق، ص٤١٩

(٥) الدكتور جمال الدين عوض: المرجع السابق ،ص٦٤٦

(٦) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق، ص٣٩

(٧) استئناف مختلط ١٧ مارس ١٩٣٧ ب – ٤٦ – ١٤٩ مشار إليه في الدكتور مصطفى كمال طه :المرجع السابق، ص٤٥٤

(٨) الدكتور جمال الدين عوض: المرجع السابق ،ص٦٦٠

خامسا: انتهاء العقد:

إيجار الخزانة عقد مستمر يبرم عادة لمدة محدودة تقبل التجديد إذا لم يخطر أحد الطرفين الآخر قبل انتهائها برغبته في إنهائه، ويشترط المصرف عادة حقه في إيقاف الإيجار في أي وقت يشاء دون أبداء الأسباب بشرط الإخطار و رد الأجرة للمدة الباقية.والأصل إن وفاة المستأجر لا تمنع استمرار العقد، ويشترط البنك عادة حقه في وقف استعمال الخزانة في حالة الوفاة حتى يقدم له مستندات خاصة لمن له حق استعمالها. ولا يمنع إفلاس المستأجر استمرار العقد، وكذلك وفاة المستأجر وإفلاسه.(١)

*إيجار الخزائن الحديدية في الشريعة الإسلامية:

إن من مقتضيات خدمة إيجار الخزائن الحديدية في إطار الشريعة الإسلامية كونها أحد بدائل العمليات المصرفية الربوية ، فالعملاء الذين يرغبون بإيداع أموالهم للحفظ من التلف ، والحماية من السرقة ؛ دون قصد الاستثمار وهذا ما يميزها عن جملة العمليات المصرفية الأخرى وهو خلو تلك العملية من نية المتعاقدين لإستثمار مالهم، وبخاصة إذا كانوا كثيري الحاجة إلى هذه الأموال بحيث تكون تحت تصرفهم كما هو الحال في الحسابات الجارية ، والتي لا تمنح المصارف الربوية - غالباً – عليها فائدة ربوية .

وجملة القول أن العملاء يمكنهم التحول من إيداع أموالهم في الحسابات الجارية التي تضعها المصارف الربوية في الاستثمار وفي الإقراض بفائدة ، إلى خدمة صناديق الأمانات ، التي تحقق لهم الغاية نفسها ؛ من الحفظ والأمان وسهولة السحب .

وحقيقة التحول في ادوات العمليات المصرفية من خدمة إلى أخرى منوطا بالمصارف ، إذ من الواجب عليها تشجيع هذه الخدمة ؛ لاستقطاب عدد كبير من المسلمين الذين يحجمون عن التعامل مع المصارف بدافع شبهة الحرام ، أما إذا قدمت المصارف لهم خدمة مشروعة مأمونة فإن الأمر يتغير ، وهذا الكلام لا يخص المصارف الإسلامية فحسب ، بل ينسحب على المصارف الربوية إذا رغبت في توسيع نطاق الخدمة ويتميز عقد إيجار الخزائن الحديدية عن غيره من عقود المعاملات المصرفية بأنه عقد مستقل بالعميل نفسه . لا يعود للبنك منه أي فائدة تبعية سوى أنه عامل من عوامل اجتذاب العملاء ، وإذا كان البنك يأخذ أجرة على تأجيره الخزائن فإن هذه الأجرة في الغالب لا تتناسب مع تكاليف إنشاء هذه الخزائن ولا مع المسئولية في الحفاظ عليها بعد استئجارها .

أما العميل فله فوائد أهمها ضمان سلامة وحفظ الأشياء التي أودعها في الخزانة الحديدية ، وضمان سريتها والقدرة على الاستمرار في السرية ، بحكم أن مفتاحها بيده وحده ، وأن البنك لا يمكن غيره من فتحها ، بخلاف ما لو كان ذلك في بيته أو متجره ، فإن المحافظة على سريتها والاستمرار على ذلك مما لا يستطيعه في الغالب . وقد يكون أهم سبب يقلل من التحول إلى هذه الخدمة بشكل أوسع هو عدم استطاعة المصرف استعمال الأموال لاستثماراته الخاصة حيث يقلل ذلك من ربحيته.

(١) الدكتور جمال الدين عوض :المرجع السابق، ص٦٥٠

المبحث الثالث
عمليات الإئتمان

تعتبر عمليات الائتمان من وظائف المصارف الأساسية وهي عبارة عن عمليات يرتضي بمقتضاها المصرف أن يمنح العميل أو أي شخص آخر بناء على طلبة مقابل فائدة أو عمولة محددة حالاً أو بعد وقت معين، ائتمانه بشكل رؤوس أموال نقدية أو بشكل آخر، مقابل ضمانات شخصية أو عينية أو حتى بدون ضمانات، على أن يلتزم برد المبلغ الذي حصل عليه من المصرف في وقت معين.(١)

ومن مقتضيات تلك العمليات الائتمانية يتبين لنا بشكل واضح أوجه حصول المصرف على الفائدة التي هي في الأساس منهجية البحث الماثل الذي يمثل «الربا» في أوضح صوره، ويقوم البحث في فصول قادمة إلى إيجاد حلول شرعية مناسبة تعتمد على الأصول الشرعية الإسلامية بعيدة عن الربا أو ما يسمى الفائدة من العمليات الائتمانية، ولكي تتضح الصورة العملية لتلك العمليات يتعين دراستها على الأسس القانونية التي قامت عليها وطرح آلياتها عملاً في المبحث الماثل.

ولا يعتمد المصرف من أجل توفير عمليات الأئتمان على رأس ماله فقط، إنما على كافة موارده التي تشمل إضافة إلى رأس المال ، الودائع النقدية والأرصدة الدائنة للحسابات الجارية، والأرباح الحاصلة. وقد يتجاوز موارده جميعاً، فيعتمد إلى خلق الائتمان مستنداً إلى الثقة فقط، فيكفل عميله اتجاه الغير ضماناً لتنفيذ تعهداته ويكون مضطراً إلى تنفيذ الكفالة في حال تأخر المكفول عن أداء الدين على أن يحل الدائن تجاه المكفول. وأكثر من ذلك ، قد ينتج المصرف وعوداً بنقود لا يملكها هو ولا يملكها المودعون أيضاً، وذلك لأن الثقة بالمصرف تصل لدرجة اليقين، فيستند العميل على وعد المصرف بإعطائه نقوداً ولا يقوم بسحب هذه النقود، وإنما يستلم من المصرف دفتر شيكات ويتمكن بواسطته من تسديد ديونه والإنفاق على نشاطاته دون أن ينتقل المبلغ المقترض من صناديق المصرف. وهكذا يتسع نطاق الودائع، فتصبح القروض ودائع يستند إليها المصرف ليمنح قرضاً جديداً، ويتم التعامل بالأوراق والقيود بدلاً من التعامل بالنقود بصورة فعليه.(٢)

وتأسيساً على ذلك فإن تلك المنهجية من عمليات الأئتمان للمصارف التقليدية أو الربوية هي الأساس الذي على أساسه انهار الاقتصاد العالمي المالي بناءً على تلك العمليات الوهمية والمضاربات غير الحقيقية، سقط النظام المالي العالمي في أكبر أزمة تواجهه في عام ٢٠٠٨ وأستمرت حتى عام ٢٠٠٩، وتحاول الدول الكبرى النهوض به ولكن دون القدرة على ذلك مما جعل الساسة بل حتى رجال الدين المسيحيين وعلى رأسهم بابا الفاتيكان إلى دعوة كافة المصارف والمؤسسات المالية إلى إتخاذ منهجية الأقتصاد الإسلامي والعمليات المصرفية الإسلامية أساس لكي تنهض من أزمتها الطاحنة.

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص٤٢٣

(٢) الياس نصيف: المرجع السابق ،ص٤٢٣.

وقد تتبع المصارف التقليدية عمليات توزيع الأئتمان فتصل إلى إستعمال مبالغ كبيرة من موارد المصارف بحيث لا يبقى محتفظاً في خزائنه إلا بإحتياطي نقدي قليل، من أجل مواجهة الطوارئ التي قد يتعرض لها.
ومن المعلوم أن عمليات الأئتمان يرافقها عادة خطر عدم الإيفاء، ولكن نسبة الخطر تزيد وتقل بحسب ضعف أو قوة الضمانات التي يحصل عليها المصرف مقابل توزيع الأئتمان، ولكن مهما قويت الضمانات يبقى احتمال الخطر متوقعاً لإرتباطه بشخص المدين وبظروف مهنته ومشاريعه ولارتباطه أيضاً بظروف اقتصاديه عامة، وبأزمات مختلفة تتولد من زعزعة الإستقرار والأمان الإجتماعي، كحالات الحرب أو الزلازل أو الكوارث المختلفة التي تضطرب معها المشاريع، ويعجز المدين عن إيفاء ديونه مهما كانت الضمانات التي منحها المصرف مقابل عمليات ائتمان قوية(١)
وسوف نعرض فيما يلي ثلاث صور واضحة من الإئتمان المباشر:
وهي القرض ثم الاعتماد البسيط ثم الإعتماد المستندي في ثلاث مطالب متتالية.

المطلب الأول
القرض

أولاً: تعريفه وسريان القواعد العامة عليه:

القرض المصرفي هو أقدم وأبسط صور الأئتمان، وفيه تسلم النقود مباشرة إلى العميل أو تقيد من الجانب الدائن لحسابه والعقد عقد قرض عادي يتضمن بيان الفوائد والعمولة وميعاد الرد.(٢)
وقد عرفه الفقه المقارن بأنه عقد يقتضى تنفيذه تسليم النقود المقترضة إلى العميل بمجرد إبرام العقد، وغالباً ما يكون العميل المقترض غير تاجر على الأخص عندما تكون عملية القرض عملية منفردة ولكن لاشيء يمنع من أن يرتبط القرض بفتح حساب جاري.
ويحدد الإتفاق بين البنك والعميل شروط هذا القرض وأجله وما يتقاضاه البنك من فوائد وعمولة والضمانات التي يقدمها العميل. ولا يقدم البنك عادة الإقراض على المكشوف أو بلا ضمانات، وغالباً ما يقدم العميل المقترض صكوكاً مالية فيصبح البنك دائناً مرتهناً لها.والقاعدة أن البنك كدائن مرتهن لا يجوز له أن يستعمل هذه الصكوك المرهونة أو أن يتخذ بصددها أي إجراء.(٣)
ويتوجب على العميل أن يرجع أصل الدين مع الفائدة في الوقت المحدد، ولكن لا يجوز إجباره على الرد قبل حلول الأجل المعين لمدة العقد أو القرض، وإنما يجوز له أن يرده قبل الأجل ما لم يكن هذا الرد مضراً لمصلحة المقرض. وإذا لم يعين أجلاً كان المقترض ملزماً بالرد عند أي طلب يأتيه من المقرض، وإذا أتفق الطرفان على أن المقترض لا يوفي إلا عند تمكنه من الإيفاء، أو حين تتسنى له الوسائل فللمقرض حينئذ أن يطلب من القاضي تعيين موعد الإيفاء. وعلى المقترض أن يرد المبلغ مع الفائدة في المكان الذي عقد فيه

(١) الياس نصيف: المرجع السابق ،ص٤٢٤
(٢) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص٤٢٢
(٣) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق ، ص٣٦٨

القرض، إذا لم يكن هناك إتفاق مخالف وتعتبر نفقات الاسترداد والرد على المقترض.(١)

ثانياً: الصفة المدنية أو التجارية للقرض المصرفي:

القرض المصرفي يكون تجارياً دائماً بالنسبة للمصرف بوصفه من عمليات المصارف، أما بالنسبة للعميل المقترض فيكون مدنياً أو تجارياً بحسب صفة المقترض أو الغرض الذي يخصص له القرض. فيكون القرض تجارياً بالنسبة للعميل أيضاً إذا كان تاجراً واقترض لحاجات تجارية أو كان المقترض غير تاجر لغرض استخدام النقود المقترضة في عمل تجاري، ويكون الغرض مدنياً بالنسبة إلى العميل إذا كان غير تاجر ولم يكن الغرض من القرض استخدامه في عمل تجاري.
وإذا كان القرض عملاً مختلطاً تجارياً بالنسبة للمصرف ومدنياً بالنسبة إلى العميل، فلا يجوز تبعيض آثار العملية تجاه كل من الطرفين، ولا يصح الأخذ بحلين مختلفين فيما يتعلق بتحديد النظام القانوني للفوائد أو طبيعة الرهن الذي يضمن القرض، بل يجب لزاماً الأخذ بحل موحد.
ولما كانت خصائص الإلتزامات التجارية تفسر ضرورة دعم الإئتمان، فمن الواجب لتحديد الطابع التجاري للإلتزام البحث عن طبيعة العمل الذي يقوم به المدين. فإذا لم يكن العمل الذي يقوم به المدين تجارياً فإن الالتزام لا يكون تجارياً، أياً كانت طبيعة العمل الذي يقوم به الدائن.
وقد أخذت بهذا الحل الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية(٢)، أما الدائرة المدنية ودائرة العرائض بهذه المحكمة فقد اعتمدت بشخص الدائن أي المصرف، وأعتبرت القرض الصادر من المصرف تجارياً دائماً أياً كانت صفة القرض أو الغرض من القرض.(٣)
و قضت محكمة النقض المصرية في حكمين أصدرتهما في يونيو ١٩٦٣(٤)، عندما عرض الأمر عليها بصدد تقاضي المصرف فوائد على متجمد الفوائد حتى من المقترض غير التاجر والذي يعتبر بالنسبة له على هذا الأساس عملاً مدنياً. فقضت المحكمة إعتبار القروض التي تعقدها المصارف في نطاق نشاطها المعتاد عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقترض وأياً كان الغرض الذي خصص له القرض، وبالتالي يحق للمصرف دائماً أن يتقاضى من المقترض فوائد على مجمل الفوائد استثناءً (٥) من القواعد العامة في القانون المدني.
بيد أن هذا القضاء لا يبرأ من النقد في نظر الفقه المقارن، ذلك أن المشرع لم يستهدف بالقواعد الخاصة بالفوائد إلا حماية المدين المقترض وإن كانت هذه الحماية أقل في القرض التجاري منها في القرض المدني ويرجع هذا إلى اختلاف القواعد التجارية للفوائد عن القواعد المدنية مرجعه أن المقترض يحقق عادةً من المبالغ المقترضة لأعمال تجارية أرباحاً أكثر مما لو استثمرت في أعمال مدنية. ولذلك يجب لتحديد الطابع

(١) الياس نصيف: المرجع السابق ، ص ٤٢٦
(٢) نقض فرنسي جنائي ١٤مايو١٨٨٦ دلوز ١٨٨٦-١-٤٢٨ مشار اليه في الدكتور مصطفى كمال طه ص٤٢٣
(٣) نقض فرنسي مدني ٢٩أبريل١٨٦٨ دلوز -١-٣١٢، عرائض ١٦يناير١٨٨٨ دلوز ٨٨٨-١-٦٩ الدكتور مصطفى كمال طه صـ ٤٢٣
(٤) الحكمان منشوران في مجموعة النقض السنة٢٤١٤ ،٩٣٦، ٩٤٦ مشار إليه في الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص٣٦٨
(٥) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق، ص٣٦٨

المدني أو التجاري للقرض الاعتداد بشخص المقترض ولو كان مصرفاً، والقول بغير ذلك يهيئ للمصارف مركزاً ممتازاً لا مبرر له تنفرد به عن باقي المقترضين.(١)

*القرض في الشريعة الإسلامية وعائد الفائدة:

تعريف القرض لغةً وشرعاً:

تعريفه لغة: جاء في المصباح المنير»القرض ما تعطيه غيرك من المال لتتقاضاه والجمع (قروض)، وهو اسم (من اقترضته المال إقراضاً)، واستقرض (طلب القرض او اقترض).

تعريفه شرعاً:

عرف الحنفية القرض: بأنه « ما تعطيه من مثلي لتتقاضاه»

كما عرفه المالكية : بأنه دفع مال في عوض متماثل معه تفضلاً من المقرض على أنه يتعلق بذمة المقترض، غير موجب إمكان عارية لا تحل»

وعرفه الشافعية: بأنه تمليك الشيء على أن يرد مثله.»

وأما الحنابلة فأنهم عرفوه: بأنه «دفع المال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد مثله»

وفي دراسة تأصيلية مقارنة بالشريعة الإسلامية نجد أن عقد القرض يقتضي تنفيذه تسليم النقود المقترضة إلي العميل بمجرد إبرام العقد، وغالباً ما يكون المقترض غير تاجر، خاصة عندما تكون عملية القرض عملية منفردة، والاتفاق المبرم بين المصرف والعميل يحدد شروط القرض وأجله، وما يتقاضاه المصرف من فوائد، وعمولة، وكذلك الضمانات التي يقدمها العميل، والغالب أن المصرف لا يقدم على هذه العملية على المكشوف إلا إذا اخذ صكوكاً مالية تقابل ذلك فيصبح المصرف دائناً مرتهناً ، ولكن لا يحق للمصرف استعمال هذه الصكوك المرتهنة.

ويتطلب المصرف عادة في أنواع الأصول التي يقبلها كضمان لقروضه أن تكون قابلة للبيع دون صعوبة كبيرة، حتى يمكنه بيع الأصل في حالة عجز المدين عن الوفاء بدينه فيما اقترضه.

وهذه الصورة المبسطة من صور الائتمان المصرفي ليست هي الأسلوب الشائع في العمل، وذلك لعدم مرونتها، ومن جهة أخرى فأنها ليست ملائمة للحاجات التجارية فقد يكون التاجر ليس بحاجة إليها في المستقبل فضلاً مع وجود فائدة على المبلغ المقترض وقد يكون العميل لم يستفد منه.

حكم الزيادة(الفائدة) في القرض في الفقه الإسلامي :

سنورد أقوال الفقهاء في هذه المسألة لكي يتضح موقف الشريعة من هذه العملية الائتمانية متى احتوت على شرط الفائدة.

جاء في الدر المختار أن «القرض بالشرط حرام والشرط لغو»

وذكر النووي أنه « يحرم كل قرض جر منفعة كشرط رد الصحيح عن الكسر، أو الجيد عن الرديء،

(١) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص٤٢٤

وكشرط رده ببلد آخر، فإن شرط في القدر حرم»

وجاء في المغنى أن « كل قرض شرط فيه أن يزيده، حرام بلا خلاف»

و قال صاحب المحلى « لا يحل أن يشرط أكثر مما أخذ أو اقل، وهو ربا مفسوخ»

وقد انعقد الإجماع على أن شرط الزيادة على الدين هو ربا.

وفي ذلك يقول الشوكاني» أما إذا كانت الزيادة مشروطة في العقد فتحرم اتفاقا »

ونقل ابن قدامه الإجماع على ذلك بقوله « كل قرض شرط فيه أن يزيده فهو حرام بلا خلاف ،ثم قال ابن المنذر: اجمعوا على أن المسلف إذا شرط على المستلف زيادة أو هدية فأسلف على ذلك أن اخذ الزيادة على ذلك ربا.من ذلك يتضح أن الزيادة المشروطة قد انعقد الإجماع على أنها ربا.(١)

المطلب الثاني
فتح الأعتماد البسيط

أولاً: تعريف ومفهوم عقد فتح الأعتماد البسيط:

اتجه الفقه المقارن إلى تعريف العقد على أنه عقد يلتزم المصرف بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف عميله مبلغاً معيناً من النقود بحيث يكون له حق تناوله دفعة واحدة أو على عدة دفعات خلال مدة معينة، ويستفيد العميل من الاعتماد المفتوح كما يشاء إما بقبض المبلغ نقداً أو بسحب شيكات أو كمبيالات عليه أو بإصدار أوامر النقل المصرفي.(٢)

وقد عرفته المادة (٣١٤) من قانون التجارة البحريني على أنه « فتح الأعتماد عقد يتعهد البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف المستفيد بطريق مباشر أو غير مباشر أداة من أدوات الأئتمان وذلك في حدود مبلغ معين.»

وتأسيساً على ذلك يتبين إن لفتح الإعتماد البسيط مفهوم على خلاف القرض، يعد بموجبها فتح الإعتماد من بين أهم عمليات الأئتمان المصرفية وأكثرها ذيوعا بين المصرف وعملائه من التجار، وهو إتفاق يتعهد المصرف بمقتضاه لا بإعطاء مبلغ من النقود كما هو الحال في عقد القرض وإنما بأن يضع هذا المبلغ تحت تصرف عميلة خلال مدة معينة. ويستفيد العميل من ذلك إما بقبض المبلغ كله أو بعضه خلال هذه المدة، أو بسحب شيكات عليه أو بأية كيفية أخرى يتفق عليها، وفي مقابل ذلك يتعهد العميل برد المبالغ التي يستعملها فعلاً وما قد يتفق عليه من فوائد وعمولة ومصروفات.(٣)

(١) الدكتور عبدالله عبدالرحيم العبَّادي ، موقف الشريعة من المصارف الاسلامية المعاصرة، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م ،ص ٤٦

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص٤٢٤

(٣) الدكتور علي البارودي :المرجع السابق، ص ٣٦٩

ثانياً: تكوين العقد وإثباته:

استقراءا التعريف السابق يتضح لنا بأن عقد الإعتماد البسيط هو عقد رضائي يتم بإتفاق الطرفين وقد يكون خطياً أو شفهياً، ولكنه عادة ما يكون شفهياً، ثم يعمد المصرف إلى إرسال خطاب للعميل بتأكيد فتح الأعتماد. ويقوم هذا العقد على الإعتبار الشخصي، وينتج عن ذلك أن المصرف يلتزم فقط تجاه الموثوق به، أي العميل الذي فتح الإعتماد لأجله ولا يتجاوز إلى الورثة، بل يعتبر العقد فاسخاً بمجرد وفاة العميل أو فقده لأهليته، ولا يكون المصرف ملتزماً اتجاه وكيل التفليسة.

ويعتبر عقد فتح الإعتماد تجارياً بالنسبة للمصرف، وبالنسبة للعميل إذا كان تاجراً وأبرم العقد لحاجات تجارته، وإلا كان مدنياً بالنسبة إليه . ويجوز إثبات هذا العقد بكافة طرق الإثبات عندما يكون تجارياً. ويخضع عقد فتح الاعتماد للقواعد العامة لصحة العقود، فيما يتعلق بشروط الرضا والأهلية والموضوع والسبب.(١)

ثالثاً:الطبيعة القانونية لعقد فتح الإعتماد:

أختلف الفقه المقارن في تأصيل الطبيعة القانونية لعقد فتح الإعتماد البسيط على النحو التالي:

الرأي الأول: عقد قرض:

اختلف الفقهاء حول تحديد الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد،فقد ذهب رأي بأن عقد فتح الاعتماد عقد قرض ، إلا أن الإنتقاد الموجه إلى هذا الرأي «إن العميل قد لا يتسلم أي مبلغ إذا لم يكن في حاجة إليه، ومع ذلك يبقى العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره».

أما بالنسبة لعقد القرض، فإن استلام المبلغ شرط أساسي يتوقف عليه آثار العقد ، لذلك نستطيع القول أن هناك فرقاً بين عقد فتح الإعتماد وعقد القرض البات.(٢)

الرأي الثاني: قرض معلق على شرط واقف:

فقد ذهب رأي بأن عقد فتح الاعتماد عقد قرض، ولكنه معلق على شرط واقف هو استخدام العميل للاعتماد المفتوح لصالحه، لان القرض – عند أصحاب هذا الرأي – عقد رضائي يتعقد بمجرد تزاوج الإيجاب والقبول وما تسليم الشيء محل القرض إلا التزام يولد عن العقد ويقع على عاتق المقرض .(٣) وتقتضي هذه النظرية أن يكون العقد عقد قرض معلق على شرط واقف ، هو استعمال العميل هذا الإعتماد. وقد وجه انتقاد لهذا الرأي بأن العقد ليس قرضاً معلقاً على شرط واقف هو استفادة العميل من الاعتماد المفتوح فعلاً، لأن عقد فتح الاعتماد عقد بات منذ إبرامه.(٤)

(١) الياس نصيف: المرجع السابق ، ص٤٣٠

(٢) الياس نصيف :المرجع السابق، ص٤٣٣

(٣) محسن شفيق ص٩٨ –ثروت عبدالرحيم ص٩٧٩ مشار إليه في كتاب المستشار محمد عزمي البكري : المرجع السابق ،ج٢ ص١١٧٩

(٤) الدكتور مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص٤٢٥

الرأي الثالث: عقد وعد بالقرض:

ذهب جانب من الفقه المقارن «أن فتح الاعتماد عقد وعد بالقرض، بمقتضاه يلتزم المصرف بأن يبرم مع العميل عقد القرض حيث يعبر العميل عن رغبته في استخدام مبلغ الإعتماد الذي يقدم فيه البنك للعميل مبلغ الإعتماد كله أو بعضه، فيصير العميل مديناً بإعتباره مقترضاً بعد أن كان دائناً بإعتباره موعوداً له بالقرض.(١) إذ أن المصرف يعد بإقراض النقود للعميل متى أظهر رغبته في ذلك في مدة معينة، وتحول هذا الوعد إلى قرض بات عندما يطلب العميل استعمال النقود الموضوعة تحت تصرفه.(٢)

*موقف محكمة النقض المصرية:

أن قضاء محكمة النقض المصرية تميل إلى الأخذ برأي أن عقد فتح الاعتماد عقد غير مسمى أوجده العرف المصرفي واستقر على إحكامه، فمن العبث السعي إلى إتمامه في نطاق العقود التي سماها القانون، إذ قضت بأن «متى كانت ما خلصت إليه المحكمة، لا يتفق مع طبيعة عقود أو عمليات فتح الاعتماد بمعناها الفني الدقيق، وهي تمثل دينا على العميل دون أن تكون مغطاة كليا أو جزء منها »(٣)

وغالبية القانونين يرون اعتباره وعداً بالقرض.(٤)

*في الفقه الإسلامي:

أن من مقتضيات العملية التعاقدية في القرض العادي أن ينعقد بالإيجاب والقبول، ويتم، ويثبت الملك فيه بالقبض.

وفي رواية عن أبي يوسف أنه يرى أن القبول ليس ركناً في القرض، ويكفي فيه الإيجاب، حيث إن الإقراض –كما يرى- إعارة والقبول ليس ركنا فيها.وهو المروي عن إمام من الشافعية، وقطع صاحب التتمة من الشافعية بأنه لا يشترط الإيجاب ولا القبول.

هذا بالنسبة للقرض العادي، حيث يتم الإيجاب والقبول مقروناً بالقبض – فهو – كما يقول الإمام ابن قدامة – « ويثبت الملك فيه بالقبض، فلا يملك المقترض استرجاعه».

وعند المالكية يملكه بمجرد العقد.

أما من وعد شخصاً بالقرض – كما هو الحال في فتح الاعتماد – هل يلزمه ذلك الوعد؟ أم لا في الفقه الإسلامي؟

في المسألة ثلاثة اتجاهات: نقلها ابن حزم في المحلى:

الأول: أن من وعد شخصاً ليعطيه مالاً، سواء عينه أم لم يعينه فإن الوفاء ليس بلازم، ولكن الأفضل الوفاء بما وعد (ديانة) وإلى هذا ذهب ابن حزم وبه يقول أبو حنيفة والشافعي.

(١) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق ،ص٥٥

(٢) المستشار محمد عزمي البكري : المرجع السابق،ج٢ ص١١٧٩

(٣) طعن رقم ٣١٨ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٢ مشار إليه في كتاب المستشار محمد عزمي البكري، المرجع السابق ،ج٢ ص١١٨٠

(٤) الدكتور علي البارودي ، الرجع السابق، ص٣٧٣

الثاني: إن الوعد بالعقد يلزم الواعد(قضاء) إذا تبين السبب ودخل الموعود تحت التزام مالي بمباشرة ذلك السبب بناء على الوعد، كمن وعد شخصاً بأن يقرضه مبلغاً من المال ليتزوج فتزوج فعلاً، وهذا هو المشهور عند المالكية.

وذهب أصبغ من المالكية إلى انه يكفي للالزام بالوعد ذكر السبب من زواج وغيره، ولو لم يتم مباشرة الزواج فعلاً.

الثالث: إن الوعد كله لازم، ويقضي به الواعد، ويجبر وهو ما نسب إلى ابن شرمة.

وذهب الشراح المعاصرون إلى تأييد الرأي الأخير بأعتباره هو المناسب لمبادئ الدين الحنيف وتعليماته لأن الله سبحانه وتعالى يقول: (يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود أحلت لكم بهيمة الأنعام)(١).

وقد ورد في الحديث أن « آية المنافق ثلاث: إذا حدث كذب، وإذا وعد أخلف، وإذا اؤتمن خان» متفق عليه.

هذا من حيث اللزوم أو عدمه، أما من حيث حكم أخذ الفائدة (٢) ، قد انعقد الإجماع على أن شرط الزيادة على الدين هو ربا، كما أسلفنا تفصيلاً في معرض الحديث عن القرض.

في إطار المعالجات التي قامت بها المصارف الإسلامية للإعتماد البسيط، نمى في الفترة الأخيرة لدى المصارف الإسلامية عملية الأئتمان تلك، ولكنها ألغت الفوائد الربوية عليها، وأكتفت بالعمولة والمصروفات الإدارية ذات المبلغ الثابت والتي لا يشكل أي نسبة من نسب الفوائد أو حساب الفوائد التراكمية في حال التأخر عن السداد، مما يرفع الحرج عن البنك الإسلامي ويستفيد من إضفاء تلك العملية رغم عدم ربحيتها الحقيقية لها، لأنه يأخذ عمولة بسيطة جداً نظير استعمال تلك البطاقة الائتمانية، ولكن الغاية على ما يبدو هو كسب عملاء جدد للبنك الإسلامي والحصول على العمولة البسيطة، مع أخذ الضمانات اللازمة لحفظ حق المصرف.

رابعاً: آثار عقد فتح الإعتماد البسيط:

يترتب على هذا العقد إلتزامات على كل من المصرف والعميل على النحو التالي:

إلتزامات المصرف:

أهم هذه الالتزامات أن يضع النقود التي وعد بها تحت تصرف العميل طوال الأجل المعين، ويتأكد هذا الإلتزام إذا كان العميل يدفع عمولة مقابل هذا الوعد. ومع ذلك فعدم الإتفاق على عمولة لا يعطي المصرف حق فسخ العقد حتى ولو لم يستعمل العميل المبالغ الموضوعة تحت تصرفه.(٣)

(١) سورة المائدة آية ١

(٢) الدكتور عبدالله عبدالرحيم العبّادي، المرجع السابق، ص٣٤-٣٥

(٣) الدكتور علي البارودي: المرجع السابق ، ص٣٧٢

وقد يذهب المصرف إلى وضع شرط في عقد فتح الإعتماد يخوله حق وضع حد لهذا العقد قبل حلول أجله، ولكن هذا الشرط يكون باطلاً لأنه يعتبر شرطاً إرادياً محضاً.ولكن بما أن عقد فتح الأعتماد يقوم على ثقة المصرف بشخص العميل، فقد أستقر الرأي على حق المصرف بنقض العقد كلما قام سبب يؤدي إلى انتفاء الثقة أو انتهائها أو زعزعتها كحالات الإفلاس، التوقف عن الدفع ، وطلب الصلح الإحتياطي، وعدم الملاءة، وفقد الأهلية أو نقصانها، وارتكاب أفعال تخل بالشرف والإستقامة، ودخول العميل في عمليات المقامرة، وغيرها من العمليات التي تخل بالإعتبار الشخصي. ولكن يتوجب على المصرف أن يقيم الدليل على وجود الأسباب التي تؤدي إلى انعدام الثقة، ويعود للقضاء أن يقدر جدية هذه الأسباب.(١)

إلتزامات العميل:

الإلتزام الطبيعي والرئيسي على العميل هو إرجاع المبلغ الذي سحبه بموجب الإعتماد، ويلتزم العميل بدفع الفوائد المتفق عليها عن المبالغ التي استخدمها ابتداء من يوم الاستخدام، وكما يلتزم بدفع عمولة المصرف وهي تكون مستحقة سواء استخدم الإعتماد أو لم يستخدم. ودفع العمولة هو اللالتزام الوحيد الذي يقع على عاتق العميل الذي لم يستخدم الإعتماد.(٢)

والتزام العميل برد مبلغ الاعتماد يعتبر التزاماً مستقبلاً لأنه لا يترتب بمجرد إبرام عقد فتح الإعتماد، إذ لا يقوم هذا الإلتزام إلا إذا سحب العميل فعلاً مبلغ الإعتماد.(٣)

خامساً: إقتران فتح الإعتماد بعقد الحساب الجاري:

يقترن عقد فتح الإعتماد عادة بعقد فتح الحساب الجاري، فيوضع المبلغ المتفق عليه كمدفوع في جانب أصول العميل، ويحقق ارتباط العقدين ميزة كبيرة لصالح العميل. ففي الحساب الجاري لا دين ولا وفاء إنما مدفوعات من جانب الأصول وأخرى في جانب الخصوم، فإن وفاء العميل للمصرف ببعض أو كل المبلغ الذي سحبه يعتبر مدفوعاً جديداً بمقتضى الحساب الجاري وليس وفاء لدين سابق.(٤)

وترتيباً على ذلك يتحقق للعميل منفعة يستطيع بموجبها سحب المبلغ لعدة مرات طول مدة الحساب المفتوح، وليس لمرة واحد فقط على إعتبار أنه سداد لدين سابق.

والواقع العملي يؤكد على أن الحساب الجاري كلٌ لا يتجزأ، ويخلق مكونات مترابطة لا ينظر تأسيساً عليها إلا إلى رصيده، وتنحصر الآثار القانونية على هذا الرصيد فقط.

(١) الياس نصيف: المرجع السابق ، ص٤٣٦

(٢) الدكتور مصطفى كمال طه : المرجع السابق، ص٤٢٦

(٣) الدكتور حسني المصري: المرجع السابق ، ص٥٩

(٤) الدكتور علي البارودي : المرجع السابق ، ص٣٧٠

المطلب الثالث
فتح الاعتماد المستندي

الاعتمادات المستندية عمليات مهمة تعرفها التجارة الخارجية على وجه الخصوص، وبالذات تجارة استيراد وتصدير البضائع التي تنقل بطريق البحر، فلو فرضنا أن تاجراً بالقاهرة استورد شاياً من تاجر بالهند وأراد تحصيل الثمن فإنه يسحب كمبيالة على المشتري بالقاهرة ويرفق بها المستندات الممثلة للبضاعة وهي سند الشحن وكذلك الفاتورة وبوليصة التأمين، ثم يجد إلى خصم الكمبيالة لدى المصرف الذي يتعامل معه، ويكون للمصرف بمقتضى حيازته للمستندات – رهن على البضاعة أو على تعويض التامين إذا هلكت ثم يرسل المصرف الهندي الكمبيالة ومعها المستندات إلى وكيل له بالقاهرة ليقدمها إلى المسحوب عليه، أي المشتري الذي يدققها، ويتلقى المستندات التي تمكنه من استلام البضاعة من الناقل، فإذا لم يدفع المشتري الكمبيالة كان للمصرف الهندي – بواسطة وكيله — أن يتسلم البضاعة من الناقل ويباشر عليها حقه بصفته دائناً مرتهناً، وذلك معناه أن يبيع البضاعة بعيداً عنه في القاهرة، وغالباً يكون ذلك بثمن غير مناسب له، كي يصعب عليه أن ينقل حاصل البيع نقداً إلى الهند. وتفادياً لذلك يطلب البائع الهندي إلى عميله المصري أن يحدد له مصرفاً في القاهرة يسحب هو عليه الكمبيالة ويتعهد بقبولها ودفعها أو يدفعها مباشرة بمجرد تقديمها إليه، عندئذ يطلب المشتري إلى مصرفه بالقاهرة أن يتعهد بقبول أو دفع الكمبيالة التي يسحبها عليه البائع الهندي وفي حدود مبلغ والى تاريخ معين، ويفرغ هذا التعهد في خطاب يسلمه المصرف إلى المشتري المصري الذي يرسله إلى البائع الهندي، فيسحب هذا الأخير الكمبيالة لا على المشتري ولكن على المصرف الذي عينه، وعندئذ يسهل على البائع خصم الكمبيالة لان البنك الهندي يثق في المصرف المصري الذي تعهد بالقبول أو بالدفع أكثر من ثقته بالمشتري، كما انه لن يضطر إلى بيع البضاعة في بلد بعيد عنه بل يطمئن إلى حصول على قيمة الكمبيالة من المصرف المصري. بيد أن هذا الأخير يحرر الكمبيالة ليصبح دائنا لعميلة المشتري المصري بقيمة الورقة، وبسبب حيازته المستندات يكون له أن يتسلم البضاعة من الناقل وان يباشر حقه كمرتهن عليها إذا لم يرد عليه قيمة الكمبيالة المستندية التي دفعها(١)

واستخلاصاً من المثال السالف الذكر نستنتج العمليات الحركية لعملية فتح الاعتماد المستندي ومكوناته الإجرائية المعقدة نوعاً ما، لأنها عمليات قانونية ومتتابعة الهدف منها الأمان المصرفي فضلاً على الفائدة الربحية من قيام المصارف بهذه العملية ونظراً أيضا لأهمية هذه العملية من الناحية العملية، وهو ما يستلزم معه معالجة المطلب الماثل تفصيلاً لفهم ومعرفة الآليات الإجرائية والقانونية الخاصة بعملية فتح الاعتماد المستندي:-

(١) الدكتورعلي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٣٨٧-٣٨٨

أولاً: تعريف ومفهوم عملية فتح الاعتماد المستندي :

استقراءا لما سبق في فتح الاعتماد البسيط وجدنا إن العلاقة المصرفية يستقطب طرفيها كل من البنك والعميل فقط أما في الاعتماد المستندي ففيه يلتزم البنك مباشرة إزاء الغير، بناءً على طلب العميل، إذاً يمكن تعريف الاعتماد المستندي بأنه « تعهد صادر من المصرف بناءً على طلب العميل(يسمي الآمر) لصالح الغير المصدر (يسمي المستفيد) يلتزم المصرف بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينه واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة(١)

ومعنى ذلك أن دور المصرف هو التزامه إزاء الغير المصدر مباشرة ،ويعتبر ذلك ميزة كبرى لكل من العميل وهذا الغير. إذ إن تدخل المصرف يضمن للبائع استيفاء الثمن وللعميل المشتري مطابقة مستندات الصفقة للشروط التي يتطلبها، كما يجب على هذا العميل تجميد جزء من رأسماله في الفترة بين إرسال قيمة البضاعة إلى المصدر (إذا اضطر إلى دفع الثمن مقدماً) وبين استلام البضاعة وبيعها، فالمصرف لا يدفع الثمن إلا عند استلام المستندات(٢)، وتأسيساً على ذلك فإن من مقتضيات التطبيق العملي في التعامل المصرفي إيضاح تلك المراحل.

المرحلة الأولى: فتح الاعتماد:

إن من مقتضيات هذه المرحلة أن يقوم الزبون عند دخول المصرف من اجل أن يفتح اعتماداً مستندياً لاستيراد البضائع أن يبرز للمصرف أما فاتورة الصورة موضوع الاعتماد،أو المراسلات المثبتة، أو عقود البيع والشراء.

ويجب أن تتضمن هذه المستندات: نوع البضاعة، وصفتها، وكميتها وشروط التسليم والتأمين عليها، وطريقة الدفع واسم البائع، وأحياناً المصرف الذي يتعامل معه.

وينبغي أن يكون معلوماً ، إن مطابقة توافر شروط الاعتماد مع الشروط والأعراف الدولية، هي على عاتق المصرف فاتح الاعتماد، وان تحديد المصرف المبلغ للاعتماد هو من اختصاصه أيضا، بالإضافة إلى أنه هو الذي يعين المصرف المغطي للاعتماد.

ومن المهم جداً ، أن تتفحص المصارف كافة المستندات والأوراق بدقة، للتحقق من أنها تبدو ظاهرياً، موافقة للأصول فإذا تبين أن المستندات تختلف ظاهرياً، عما نصت عليه شروط ومندرجات الاعتماد، فعلي المصرف المنشئ، عند استلامه هذه المستندات، أن يقرر على أساسها وحدها، إذا كان سيدلي بأن الدفع

(١) قارن تعريفات: الدكتور أمين بدر في محاضرة عن الاعتمادات المستندية بمعهد الدراسات المصرفي عام ١٩٥٧ والدكتور علي عوض ١٩٦٠ ص(١١٤)، ومحمد محمود فهمي في محاضرة عن الاعتمادات المستندية عام ١٩٦١ بمعهد الدراسات المصرفية ص (٦) مشار إليه في كتاب العقود وعمليات البنوك الجارية للدكتور على البارودي ص(٣٧٧)

(٢) انظر في تفصيل ذلك محاضرات السيد محمد محمود فهمي بمعهد الدراسات المصرفية عام ٥٦ و ٥٩ و ٦١ مرجع وسيط العقود وعمليات البنوك التجارية للدكتور علي البارودي ص (٣٧٧).

أو التداول أو القبول قد تم بصورة مغايرة لشروط ومندرجات الاعتماد أم لا(١) ، ويرسل المصرف إشعاراً بعد ذلك إلى المصرف الذي يطالب منه الإيفاء وبيان أن المستندات محفوظة لديه في فترة معقولة لدراسة وفحص المستندات من جانب المصرف المنشئ.

المرحلة الثانية: دفع قيمة الاعتماد:

السؤال المطروح في هذه المرحلة : ما هي المستندات المطلوبة لدفع قيمة هذا الاعتماد على افتراض أن المرحلة الأولى استكملت كافة مكوناتها الإجرائية والقانونية وإجابة لهذا السؤال يفترض إبراز المستندات التالية:-

- وثائق الشحن المنظمة وفقاً للأصول وتكون عادة من نسختين أصليتين أو أكثر
- فواتير مصدقة من غرفة التجارة، ومن قنصلية البلد المستورد، تشهد بمواصفات البضاعة ومنشأها.
- شهادة تأمين قابلة للتحويل
- أية مستندات أخرى وعاده تختلف تلك المستندات تأسيساً على وسائل الشحن إذا كان النقل بحرياً أو في النقل الداخلي ويختلف عنه في النقل البريدي أو النقل الجوي.
-

المرحلة الثالثة: مستندات الشحن المستعملة في الاعتمادات المستندية:

المستند الأول: وثيقة الشحن:

هي مستند يقدم من المصدر إلى المصرف الوسيط، ومن شأنه أن يثبت شحن البضاعة، في حال شحنها فعلاً ، أو يثبت استلام شركة الملاحة للبضاعة، من قبل المصرف لشحنها.

وتعتبر من المستندات الرئيسية في الاعتماد المستندي وقد استقر العرف على اعتبار أن وثيقة الشحن تكون بحرية إذ وردت عبارة «على الرصيف» أو «على ظهر الباخرة»

وتتنوع وثائق الشحن على النحو التالي:

وثيقة الشحن غير النظيفة:

في حال وجود إضرار بالبضاعة المشحونة قبل شحنها أو بها عيوب ظاهرة.

وثيقة الشحن المشوشة:

هي الوثيقة التي يختلف فيها اسم الشاحن عن اسم المستفيد.

وثيقة الشحن القديمة:

وذلك عندما يكون تاريخ شحن البضاعة على ظهر السفينة يزيد على ٢٤ يوماً من تاريخ تقديم أوراقها للمصرف.

ولابد من الإشارة إلى أن وثائق الشحن تختلف باختلاف وسائل الشحن، والمكان الذي تنقل إليه البضاعة. (٢)

(١) الياس نصيف: المرجع السابق ،ص ٤٤١د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

(٢) الياس نصيف، المرجع السابق ص ٤٤٥

المستند الثاني : بوليصة التأمين أو وثيقة الضمان:

بوليصة التأمين هي الوثيقة الصادرة عن شركة التأمين المعتمدة من قبل المصدر أو المصرف الوسيط، والمتضمنة اعتماداً من شركة التأمين، بأن البضاعة المصدرة مؤمن عليها ضد بعض الأخطار المعينة في هذه البوليصة كالحريق والسرقة والكسر والتلف.....الخ، وتتضمن هذه البوليصة بيانات تفصيلية عن البضاعة المؤمن عليها، واسم المستفيد في حالة تحقق الخطر وعنوانه، ومكان وطريقة دفع التعويض والعملة التي يدفع بها.(١)

المستند الثالث : الفاتورة:

عبارة عن مستند يحرره المصدر، ويتضمن بياناً بالبضائع المرسلة إلى المستورد، وجميع التفاصيل الخاصة بالبضاعة، من حيث العلامة والاسم التجاري، والنوع وسعر الوحدة، والكمية، والقيمة، ومصاريف النقل والشحن والتأمين، وتحرر الفاتورة على عدة نسخ، وتصدَق من قبل غرفة التجارة في بلد المصدر.

المستند الرابع: شهادة جنسية البضاعة أو المنشأ:

وهي عبارة عن مستند يتضمن اسم البلد الذي تم فيه صنع البضاعة.

المستند الخامس: كشف مصاريف التأمين:

وهو الكشف الذي تحرره الشركة التي قامت بالتأمين على البضاعة، ويتضمن أقساط التأمين ضد الأخطار التي تم الاتفاق عليها.

المستند السادس: كشف مصاريف النقل:

وهو الكشف الذي تنظمه الشركة التي تقوم بعملية شحن البضاعة من مرفأ المصدر إلى مرفأ المستورد، ويتضمن قيمة المصاريف، ومن الضروري تقديم هذا المستند إذا كان الاعتماد المفتوح يتضمن قيمة البضاعة وبالإضافة إليها مصاريف الشحن.

المستند السابع: قوائم الوزن:

هي عبارة عن بيان تفصيلي بالبضاعة لجهة الأوزان القائمة والصافية، لكل طرد من الطرود، مع الإشارة إلى رقمه. (٢)

وقد آثرت في هذا البحث الإشارة التفصيلية إلى بعض المستندات الأصلية رغم أنها جوانب عملية إلا أنها من المكونات الأساسية للنواحي القانونية، فيجب فهم الرابط العملي في عملية فتح الاعتماد المستندي ولا

(١) الياس نصيف ، المرجع السابق ص٤٤٦

(٢) الياس نصيف، المرجع السابق، ص٤٤٨

تكتمل الصورة إلا إذا درسنا ماهية تلك المستندات وما دورها في عملية فتح الاعتماد المستندي.

ثانياً: أنواع الاعتمادات المستندية

للاعتماد المستندي صور وأنواع مختلفة تأسيساً على خصائص تعهد البنك وتتميز في هذا بين الاعتماد القابل للإلغاء والأعتماد غير قابل للإلغاء، والاعتماد غير القابل للإلغاء والمؤيد:

١- الاعتماد القابل للإلغاء:

وهو الاعتماد الذي يحتفظ فيه البنك بالحق في إلغاء الاعتماد والرجوع فيه في أي وقت. وهو مجرد عقد وكالة بين المصرف والمشتري بمقتضاه يتعهد المصرف للمشتري بقبول الكمبيالة المسحوبة عليه من البائع أو الوفاء بها. ولكنه لا ينشئ أية علاقة قانونية مباشرة بين المصرف والبائع. وخطاب الاعتماد الذي يرسل إلى البائع يتضمن إخطاراً من المصرف بأنه مجرد وكيل عن المشتري في الوفاء أو القبول وانه يجوز بالتالي سحب الكمبيالة عليه. وللمصرف حق الرجوع في الاعتماد إذا أمره المشتري الموكل بذلك، أو إذا وجدت أسباب جدية تبرر ذلك كإفلاس المشتري أو عدم تقديمه لمقابل الوفاء. وتقضي القواعد والعادات الموحدة بجواز سحب الاعتماد دون إخطار البائع، ولكن العمل جرى على إخطار البائع بذلك. وحتى سحب الاعتماد لم يكن للبائع إلا الرجوع على المشتري.(١)

٢- الاعتماد الغير قابل للإلغاء:

هو الاعتماد البات من جانب المالك ويكون فيه ملتزماً شخصياً وبطريقة مباشرة في مواجهه المستفيد وهي الصورة العادية.

ومما تجدر ملاحظته أن العمل قد جرى على إلا يوجه المصرف فاتح الاعتماد خطابه مباشرة إلى شخص المستفيد، وإنما يوجه إلى فرع له من بلد المستفيد أو مراسل (مصرف) أجنبي. وذلك لسرعة تبادل المراسلات بين البنوك المعروفة في البلاد المختلفة.ويتولى الفرع في بلد المستفيد أو المراسل الأجنبي إبلاغ المستفيد بخطاب المصرف فاتح الاعتماد إلا أن ذلك لا يغير من الأثر القانوني لخطاب البنك المستفيد لا في التزام المصرف المباشر نحوه في هذا الاعتماد غير القابل للإلغاء. ودور الفرع أو المراسل الأجنبي لا يتعدى دور الإبلاغ دون أي التزام من جانبه، و يحرص هذا المراسل الأجنبي عند إبلاغ المستفيد بالخطاب أن يؤكد له مفهوم هذا الدور وانه لا يتضمن أي التزام من جانبه أو تدخل في عملية فتح الاعتماد.(٢)

٣- الاعتماد غير القابل للإلغاء والمؤيد:

قد يسعى البائع إلى الاطمئنان الكامل فيشترط أن يتدخل مصرف بلده ليضيف تعهده إلى تعهد مصرف المشتري. فيلجأ بنك المشتري إلى مصرف مراسل في البلد الذي يقيم فيه البائع ويكلفه بتأييد اعتماده غير القابل للإلغاء فيصبح المصرف الثاني ملتزماً التزاماً باتاً وشخصياً تجاه المستفيد البائع ابتداء من تاريخ هذا التأييد. ويسمى الاعتماد في هذه الحالة بالاعتماد غير القابل للإلغاء والمؤيد.(٣)

(١) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص٤٣٠

(٢) الدكتور علي البارودي :المرجع السابق ،ص٣٨٠-٣٨١

(٣) علي البارودي، المرجع السابق، ص٣٨٠ – ٣٨١

الاعتماد القابل للتحويل:

وذلك عندما يكون للمستفيد أن يحول الاعتماد إلى مستفيد جديد يكون له حق مباشر قبل المصرف بحيث يقبل الكمبيالات (١) التي يسحبها عليه هذا المستفيد الجديد. والقاعدة أن الاعتماد لا يقبل التحويل إلا لمرة واحده فقط مالم ينص فيه على غير ذلك (٢)

الاعتماد الثابت والاعتماد الدوري:

يكون الاعتماد عادةً ثابتاً ومحدداً، كما لو كان محدداً بمبلغ إجمالي وقدره مائة ألف دينار. ولكن قد يتم الاتفاق على أن يكون دورياً متجدداً، كما لو كان بمبلغ عشرة ألاف دينار لمدة عشرة شهور، وفي هذه الحالة، ينتهي حق المستفيد في المبلغ الشهري المتفق عليه، إذا انقضى الشهر دون استعماله، ولكنه يظل حقه قائماً بالنسبة للمبالغ المحددة لأشهر التالية.

ثالثاً: الطبيعة القانونية لالتزام المصرف تجاه البائع المستفيد

اجمع الفقه المقارن على استقلال التزام المصرف تجاه البائع عن عقد البيع و أجمعت الآراء على استقلال التزام المصرف تجاه البائع، عن عقد فتح الاعتماد بين المصرف وعميله المشتري.

كما أنه من الواضح أن التزام المصرف تجاه البائع لا يستند إلى أي عقد سابق بين الطرفين(٣) إلا أن التفسير القانوني تعدد بالنسبة لالتزام المصرف تجاه البائع، وكان منه الآتي :

١- عقد كفالة:

ذهب جانب من الفقه إلى اعتبار التزام المصرف تجاه البائع المستفيد هو عبارة عن التزام أساسه القانوني نابع عن عقد الكفالة، حيث يلزم المصرف بأن يكفل المشتري تجاه البائع بمقدار الثمن. ولكن، وان كان المصرف يلتزم تجاه البائع بمقدار الثمن، إلا أن هذا الالتزام لا يعتبر كفالة بكل مافي الكلمة من معنى، لأن الكفالة تعتبر التزاماً بحتاً مرتبطاً بالتزام اصلي، ولا وجود لهذا الالتزام، إلا حيث بالنسبة للمصرف، لاستقلال التزامه عن العلاقة القانونية القائمة بين البائع والمشتري (٤)

٢-الاشتراط لمصلحة الغير:

ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار التزام المصرف تجاه البائع المستفيد هو عبارة عن اشتراط لمصلحة الغير حيث أن المشتري يشترط في الاعتماد المستندي لصالح البائع فيكون للأخير حق مباشر ضد البنك يتأكد بقبوله خطاب الاعتماد، وعندئذ لا يستطيع المشتري ولا البنك الرجوع عنه.

ويعيب هذا التصوير أن التزام المشترط في الاشتراط لمصلحة الغير مرتبط بعقد الاشتراط، فالمشترط يلتزم التزاماً جديداً لصالح المستفيد ولكن هذا الالتزام ليس مستقلاً عن علاقته بالمشترط، في حين أن البنك في الاعتماد القطعي يتعهد بالتزام جديد ومستقل عن التزامه قبل المشتري.(٥)

(١) مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٤٣

(٢) الدكتور علي البارودي، المرجع السابق، ص٣٨١

(٣) الياس نصيف،المرجع السابق، ص٤٥٣

(٤) الياس نصيف، المرجع السابق، ص٤٥٤

(٥) انظر عوض هذا الرأي في هامل في تصليحه لوز الدوري ١٩٢٦-١-٢٠١، من هذا الرأي ديرك رقم ٧٨٢ د.علي جمال عوض ص٤٦١

٣- تفويض أو إنابة:

وذهب رأي ثالث من الفقه إلى اعتبار أن التزام المصرف اتجاه البائع المستفيد هو تفويض أو إنابة وذلك، لأن العميل الآمر المكتسب حقاً بالاعتماد، يفوض أو ينيب المستفيد في استعمال هذا الحق، وعندما يقبل المصرف بهذه الإنابة، يصبح ملتزماً مباشرة تجاه المستفيد المناب إليه، بصرف النظر عن علاقة المستفيد بالآمر أو المصرف المناب (١)

وقد وجه نقد لهذه النظرية إذ انه في الإنابة تقوم وحدة الدين، في حين في الاعتماد التزام العميل هو دفع الثمن، ويكون التزام المصرف دفع مبلغاً ليس له وصف الثمن، فضلاً على أن الإنابة لا تمنع المناب من التمسك على المناب لديه بالدفوع التي للمنيب ضد المناب لديه (٢)

واستبعدت محكمة النقض المصرية كل تلك النظريات وذهبت مكتفية باعتبار التزام المصرف التزاما مستقلاً عن العقد القائم بين البائع والمشتري (٣) وبالتالي الثابت إن الالتزام في هذه الحالة ذو طبيعة خاصة لا يخضع إلى النظريات المختلفة التي اشرنا إليها سلفاً ولا يرتب أي آثار قانونية تأسيساً عليها.

رابعاً: الآثار الناشئة عن فتح الاعتماد المستندي:

يترتب على فتح الاعتماد المستندي الآثار القانونية اللاحقة ، وفقاً للمركز القانوني لكل طرف في عقد فتح الاعتماد المستندي ، وعلى النحو التالي:

في العلاقة بين العميل الآمر و المستفيد:

أو ما نسميه العلاقة بين البائع والمشتري ، هي علاقة سابقة لعملية فتح الاعتماد ومستقلة عنها، تنتج عادة عن عقد بيع بين الطرفين، وطرفا العقد هما العميل الآمر (المشتري) والغير المستفيد (البائع) تحكم العلاقة بينها قواعد عقد البيع ، على أن يتم دفع الثمن عن طريق فتح الاعتماد المستندي حيث يعتبر المشتري مخلا بالتزاماته، إذا امتنع أو تأخر أو لم يستطع، في الوقت المناسب القيام بالإجراءات الأزمة للاتفاق مع المصرف على فتح الاعتماد المستندي لصالح البائع الذي يستطيع عندئذ أن يفسخ العقد، وأن يطالب بالتعويض إذا اقتضى الأمر. وانطلاقاً من القواعد العامة، يتوجب على المشتري أن يحصل على فتح الاعتماد لمدة كافية يتسنى خلالها للبائع استعماله بطريقة معقولة ، إلا إذا نص العقد بصورة صريحة على شروط خاصة تتعلق بمدة فتح الاعتماد. وقد اعتبر القضاء الفرنسي أن المشتري يكون مسؤلا، عندما يحصل فتح الاعتماد لمدة شحن البضاعة، ويقوم البائع بشحن البضاعة في اليوم الأخير من المهلة المحددة في العقد، ويقدم المستندات في اليوم التالي للشحن فيرفض المصرف قبولها.

كما اعتبر القضاء الفرنسي أن المشتري يعتبر مسؤولا في حال عدم تسليم البائع إجازة الاستيراد، من اجل ضمها إلى المستندات المقدمة للمصرف، فرفض المصرف المستندات لهذا السبب مما أدى إلى فسخ

(١) الياس نصيف ،المرجع السابق ،ص٤٥٤

(٢) د.علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص ٤٦٢

(٣) نقض مصري ١٥ ابريل ١٩٥٤

عقد البيع . أما البائع فيلتزم بتنفيذ الشروط الواردة في عقد البيع وبصوره خاصة تسليم البضاعة بحسب الصنف والأوصاف المتفق عليها.

كما يلتزم بتقديم المستندات المتعلقة بالبضاعة إلى المصرف (١)

٢- في العلاقة بين العميل (المشتري) والمصرف:

أ- التزامات العميل (المشتري):

الالتزام الأول: دفع العمولة:

يلتزم العميل (المشتري) بأن يدفع للبنك العمولة المتفق عليها. وتكون العمولة مستحقة بمجرد فتح الاعتماد وتكون مستحقة للبنك بصفة نهائية سواء استخدم الاعتماد أو لم يستخدم (٢)

الالتزام الثاني: رد المبلغ الذي دفعه المصرف للبائع مع الفوائد والنفقات التي تكبدها:

يلتزم المشتري بأن يرد للمصرف المبلغ الذي دفعه للمستفيد البائع في حدود قيمه الاعتماد المفتوح، وكذلك المصروفات التي يكون المصرف قد أنفقها كمصروفات الخطابات والبرقيات (٣)

الالتزام الثالث: الامتناع عن إصدار تعليمات من شأنها تعديل شروط فتح الاعتماد وغير القابل للإلغاء:

في حال أقدم المشتري على هذا التصرف، يتوجب على المصرف ألا يتخذ أوامره وإلا اعتبر مسئولاً تجاه البائع المستفيد من فتح الاعتماد نظراً لالتزامه المباشر تجاهه (٤)

ب- التزامات المصرف:

الالتزام الأول: فتح الاعتماد وإخطار البائع به:

يلتزم المصرف بأن يفتح لصالح البائع اعتمادا وفقا للشروط المتفق عليها بين المصرف والمشتري، وعلى المصرف أن يخطر البائع بخطاب يسمى خطاب الاعتماد بأنه فتح اعتماداً لصالحه بشروط معينه ويتعهد فيه بالكمبيالة المستندية المسحوبة عليه من البائع أو بقبولها في حدود مبلغ معين، ومتى وصل خطاب الاعتماد إلى البائع، فلا يجوز للمشتري الرجوع في الاعتماد أو إدخال أي تعديل على شروطه، لان المصرف يلتزم بمقتضى خطاب الاعتماد التزاماً باتاً قبل البائع.

الالتزام الثاني: فحص المستندات ونقلها :

يلتزم المصرف بفحص المستندات المقدمة إليه من البائع قبل قبول الكمبيالة المستندية أو الوفاء بها، ويتحدد هذا الالتزام بواسطة شروط في خطاب الاعتماد وليس بالشروط الواردة في عقد البيع نظرا لاستقلال عقد فتح الاعتماد المستندي عن عقد البيع. ثم يجب على المصرف أن يفحص المستندات بمنتهى الدقة والعناية ليتحقق بأنها مطابقة تطابقا تاما لبيانات خطاب الاعتماد أو بعبارة أخرى للتعليمات الصادرة إليه من المشتري (٥)

(١) الياس نصيف: المرجع السابق، ص ٤٥٦

(٢) مصطفى كمال طه ، المرجع السابق، ص ٤٣٣

(٣) مصطفى كمال طه ص ٢٣٣

(٤) الياس نصيف، المرجع السابق، ص ٤٥٨

(٥) الدكتور مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص٤٣٤

الالتزام الثالث: تسليم المستندات للعميل:

بعد فحص المستندات بدقة في المدة المحددة يجب على المصرف تسليم المستندات للعميل ليتمكن هذا الأخير من تسلم البضاعة، في أسرع وقت تفاديا لدفع رسوم ونفقات إضافية، على أنه يحق للمصرف أن يحبس هذه المستندات، التي تشكل ضمانا له من أجل استيفاء قيمه الاعتماد المدفوع للبائع والعمولة المستحقة (١)

٣-في العلاقة بين المصرف والبائع المستفيد:

التزامات البائع:

الالتزام الأول: تنفيذ البنود المحددة في كتاب الاعتماد: على البائع أن ينفذ بنود خطاب الاعتماد، وبصوره خاصة، تنظيم المستندات المطلوبة وإرسالها إلى المصرف خلال الوقت الذي يعتبر مفيدا (٢)

الالتزام الثاني: تقديم المستندات ضمن المهلة المحددة:

يتوجب على البائع أن يرسل المستندات المبينة في خطاب الاعتماد ضمن المهلة المحددة فيه، ووفقا للقواعد العامة في حال عدم تحديد مده في خطاب الاعتماد فتكون خلال المدة المعقولة، ولا يترتب على عدم وجود مهله منصوص عليها في الخطاب أن يستفيد البائع من فتح الاعتماد لمده غير محدده لان ذلك يخرج العملية المصرفية من إطارها العملي والقانوني في آن واحد.

وتأسيسا على ذلك يكون تقدير معقولية المهلة من أطلاقات السلطة التقديرية لقاضي الموضوع.

ب-التزامات المصرف:

تختلف التزامات المصرف، تجاه البائع، باختلاف ما إذا كان الاعتماد قابلا للإلغاء أو غير قابل للإلغاء:

في حالة قابليه الاعتماد للإلغاء:

لايترتب على المصرف أي التزام تجاه البائع لان المصرف كما أسلفنا يقوم بدور وكيل عن المشتري وينفذ توجيهاته ولا يوجد التزام مباشر بين المصرف والبائع في هذه الحالة.

في حالة عدم قابلية الاعتماد للإلغاء:

يلتزم المصرف بشكل مباشر تجاه البائع، وبصورة مستقلة عن علاقة العميل الآمر (المشتري) ، شرط أن يقدم البائع المستندات المحددة في خطاب الاعتماد، ويظل التزامه قائما بعيدا عن التوجيهات التي يصدرها المشتري حال إخلال البائع بالتزاماته الناشئة عن عقد البيع لاستقلالية كل منهما.

في حال البائع سيء النية:

إذا بدر من البائع غش أو سوء نية يترتب على ذلك بطلان التصرف وفقا للقواعد العامة لأن الغش يبطل التصرفات.

(١) الياس نصيف،المرجع السابق، ص ٤٦٢

(٢) الياس نصيف،المرجع السابق، ص ٤٦٢

لذلك رأي القضاء الفرنسي، انه يجوز للمصرف الامتناع عن دفع قيمة الاعتماد للبائع، إذا تبين له أن هذا الأخير قدم مستندات مطابقة للتعليمات في الظاهر، ولكن المصرف كان يعلم بعدم صحتها حقيقة.

في حال إبطال عقد البيع:

إن المصرف يتحرر من التزامه في حال إبطال عقد البيع، قبل تقديم المستندات إلى المصرف،لأنه في هذه الحالة قد يبني تقديم المستندات على غش ، وعندئذ لا يستطيع المصرف إن يتحرر من التزامه، أو يصبح التزام المصرف بدون سبب، لأن إبطال العقد يؤدي إلى تحرير المشتري من دفع الثمن (١) فمن باب أولى إن يتحرر المصرف من دفع الاعتماد الذي سببه كان عقد البيع وأصبح بعد ذلك بدون سبب يقتضي معه إنهاء عقد فتح الاعتماد.

في حال تسليم المصرف المستندات وقبوله سند السحب المستندي قبل إبطال البيع:

يصبح في هذه الحالة المصرف، بقبوله، ملتزما بصوره مباشرة تجاه الحاصل حسن النية بصرف النظر عن عقد البيع، وحتى لو أبطل هذا العقد بعد قبول المصرف(٢) ولكن لا يلزم اتجاه الحامل سئ النية، تأسيسا على الإطار الذي أوضحناه في الفقرة الأولى بشأن البائع سئ النية، لأنه يعلم ببطلان عقد البيع ، وللمصرف أن يرفض دفع المبلغ له لأنه يعتبر سئ النية.

خامساً: نهائية تنفيذ الاعتماد:

متى دفع المصرف للمستفيد انتهت علاقتهما، بمعنى انه لا يجوز للمصرف أن يرجع في تنفيذه لأي سبب كان، فإذا فرضنا إن في إصداره خطاب الاعتماد خالف تعليمات عميله أو أنه نفذ الخطاب نظير مستندات غير كاملة أو التزاماته بطريقة صحيحة، وكان الاعتماد مفتوحاً دون ضمان كافٍ وأعسر العميل بعد فتحه، ففي كل هذه الحالات يتعذر على البنك استرداد ما دفعه من عميله الذي سيرفض المستندات، وتكون له مصلحة كبرى في الرجوع على المستفيد البائع.

وقد لجأت محكمة اكس في حكم لها سنة ١٩٥١ ، إلى أن المصرف إذ دفع للبائع الثمن الذي يطلبه قد حل محل المشتري ضد البائع، ولذلك يكون له أن يرجع بما للمشتري ضده، ووجه الخطأ في هذا الحل أن المصرف وهو ينفذ الاعتماد إنما ينفذ التزاما عليه هو شخصيا وليس التزام المشتري ولذلك لا يحل محله، من ذلك يتبين أن تنفيذ المصرف الاعتماد نهائي، ولا يكون له الرجوع على البائع إلا إذا كان تحفظ تحفظاً واضحا وهو ينفذ الاعتماد، لان التنفيذ هنا يكون معلقا على شرط فاسخ هو رفض العميل المستند ،وعندئذ يكون وفاء البنك للبائع بلا سبب. (٣)

(١) الياس نصيف ،المرجع السابق ،ص٤٦٤

(٢) الياس نصيف ،المرجع السابق، ص٤٦٥

(٣) باريس ١٩ يناير ١٩٥٢ بالجملة التفصيلية ١٩٥٢ ص ٦١١ بمرجع وسيط د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق،ص ٤٥٠

*الحكم الشرعي للاعتمادات المستندية وكيفية إجراءاته في المصارف الإسلامية:

١- مشروعية الاعتماد المستندي:

إن التعامل بالاعتماد المستندي يشتمل على وكالة بتقديم الخدمات الإجرائية ومن أهمها فحص المستندات، وعلى كفالة بضمان المؤسسة للمستورد، وكلاهما مشروع، فيكون الاعتماد المستندي مشروعاً بالشروط المبينة في هذا الإطار.

ويجوز للمؤسسة فتح الاعتمادات المستندية بمختلف أنواعها، وإصدارها، بناءً على أمر العميل أو بالأصالة عن نفسها- وتعزيزها، ويجوز لها المشاركة في ذلك، والتوسط فيه، كما يجوز لها تبليغها، وتعديلها، وتنفيذها، بالأصالة عن نفسها، أو نيابة عن مؤسسة أو بنك آخر، وفقا لأي صورة من صور التنفيذ.

ومن مقتضيات عدم جواز تعامل المؤسسة بالاعتمادات المستندية سواءً بالأصالة عن نفسها أو نيابة عن الغير عميلاً أو مؤسسة، أو الإعانة على ذلك، إذا كانت تلك الاعتمادات تخص بضاعة محرمة شرعا، أو عقدا باطلاً أو فاسداً بموجب ما تضمنه من شروط، أو تتضمن تعاملاً بالفوائد الربوية أخذاً أو إعطاء، صراحة كما في حالة القرض الذي ينشأ عند الدفع عن المستفيد في مثل الاعتماد غير المغطى كليا أو جزئيا، أو ضمنا كما في حالات الحسم، والتداول (أي الدفع) للكمبيالات مؤجلة الدفع، والتأخر في الدفع.

ويوجد مرتكز مهم في التثبت من شرعية التعامل بالاعتمادات المستندية وهو أن يكون العقد الموثق بالاعتماد شرعياً من حيث تحقق أركانه، وشروطه، ونوع المبادلة من حيث كونها صرفاً أو بيعاً عادياً أو غير ذلك، وما يلحق بذلك من شروط إضافية خاصة. بتأجيل أحد البدلين أو كليها، والنقل، والتأمين على البضاعة محل العقد. لأنه لا يجوز الإقدام على العقود المحرمة والباطلة أو الفاسدة في نظر الشرع، كما لا يجوز الإعانة على تنفيذها.

على المؤسسة أن تنفذ الاعتماد إذا كانت المستندات مطابقة للتعليمات إلا في حالة علمها بثبوت التزوير أو الغش فلا تلزم بتنفيذه، أما إذا صدر حكم قضائي ببطلان عقد البيع السابق على فتح الاعتماد فلا ينفذ الاعتماد إلا باتفاق جديد.

٢- العقد السابق على فتح الاعتماد:

يجوز أن يشترط البائع على المشتري في عقد البيع أن يتم دفع الثمن عن طريق اعتماد مستندي. وهذا الشرط صحيح يلزم الوفاء به من قبل المشتري.

ومن مقتضيات جواز توثيق البيوع الدولية بالاعتمادات المستندية، هو عدم مخالفة تلك البيوع لأحكام الشريعة الإسلامية.

إذا نص فى عقد البيع على أن تفسيره خاضع للمصطلحات التجارية سارية المفعول أو لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، أو أي مرجعية أخرى؛ فإنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

ويجوز للمؤسسة أن تأخذ قيمة التكاليف الفعلية على الاعتمادات المستندية، ويجوز لها أن تأخذ أجرة على القيام بالخدمات المطلوبة سواء أكانت مبلغاً مقطوعاً أم نسبة من مبلغ الاعتماد، ويشمل ذلك الاعتمادات

المستندية الصادرة والواردة، ويشمل تعديل الاعتمادات ما عدا التعديل بزيادة مدة الاعتماد، فلا يجوز لها أن تأخذ عليه إلا المصروفات الفعلية فقط، وتكون حينئذ مبلغاً مقطوعاً لا نسبة مئوية.

ولتحقيق الاعتمادات المستندية المتوافقة مع الشريعة الإسلامية يجب مراعاة الآتي:

أ- ألا يؤخذ في الاعتبار جانب الضمان عند تقدير الأجرة في الاعتمادات المستندية. وعليه فلا يجوز للمؤسسة أن تأخذ زيادة على المصروفات الفعلية في حال تعزيزها لاعتماد صادر من المصرف. وفي حكم التعزيز المشاركة في الإصدار، والمشاركة في التعزيز، وإصدار الاعتماد المعد للاستخدام (اعتماد الضمان) ما لم يتطلب ذلك خدمات أو تكاليف.

ب- ألا يترتب على ذلك فائدة ربوية أو يكون ذريعة إليه، وهذا مقتضى مهم في شرعية الاعتمادات المستندية.

ج- ألا يتخذ اجتماع العقود في الاعتماد المستندي ذريعة إلى ما هو محرم شرعا، كأخذ عائد على الضمان، أو القرض.

٣- الضمانات في الاعتماد المستندي:

يجوز للمؤسسة أن تتوثق لما يترتب عليها من التزامات بالاعتماد المستندي، أو تقدم توثيقاً لالتزامات المؤسسات والمصارف التي تتعامل معها بالاعتماد المستندي، أو تتوسط في ذلك، بأنواع الضمانات المباحة شرعاً، ومن ثم يجوز أن يكون غطاء الاعتماد المستندي نقوداً أو حجزاً على الحسابات المشروعة أو أوراقا مالية مشروعة أو صكوك ملكية للعقارات، وكذا حبس مستندات الاعتماد التي تمثل البضاعة، كما يجوز أن يكون الغطاء خطاب اعتماد قابل للتحويل، وخطاب اعتماد ظهير، وخطابات الضمان المقدمة من مصرف المستفيد مقابل الدفعة المقدمة في اعتماد الدفعة المقدمة، أو المقدمة من المصارف المشاركة في الإصدار والتعزيز، والتنازل عن المستحقات والأوراق التجارية كالكمبيالات، والسندات لأمر. ولا يجوز للمؤسسة أن تقبل أنواع الضمانات الآتية: السندات الربوية، أو أسهم الشركات ذات الأنشطة المحرمة، أو الفوائد الربوية. كما لا يجوز لها أن تقدم شيئا من هذه الأنواع ضماناً لالتزاماتها تجاه المؤسسات والمصارف الأخرى، أو تتوسط في ذلك.

يجوز الاتفاق بين المؤسسة والآمر بفتح الاعتماد على استثمار مبلغ الغطاء النقدي وفقاً لأحكام شركة المضاربة.

٤- المرابحة في الاعتمادات المستندية:

في إطار هذه العملية يعلن العميل رغبته أن يشتري من المؤسسة بضاعة مستوردة عن طريق المرابحة باعتماد مستندي ولتحقيق تلك العملية وفقاً للأصول الشرعية يتوجب مراعاة الآتي:

أ- أن لا يسبق فتح الاعتماد إبرام عقد البيع بين الآمر والمستفيد (البائع)، سواء قبض الآمر البضاعة محل العقد أم لم يقبضها.

ب- أن تكون المؤسسة هي المشترية من المصدر ثم تبيع إلى العميل مرابحة وفقاً للأحكام المرابحة للآمر بالشراء.

٥- مشاركة المؤسسة للعميل في البضاعة المستوردة بالاعتمادات المستندية:

في حالة مشاركة المؤسسة للعميل في شراء البضاعة قبل فتح الاعتماد وقبل إبرام العميل العقد مع المصدر

يجوز فتح الاعتماد باسم أي من طرفي المشاركة، ويجوز للمؤسسة بعد تسلم البضاعة أن تبيع نصيبها لطرف ثالث أو لشريكها مرابحة عاجلاً أو آجلاً بشرط ألا يكون البيع للشريك بوعد ملزم ولا مشروطاً في عقد المشاركة.ويجوز للمؤسسة أن تشارك العميل فيما اشتراه لنفسه، شريطة أن لا تبيع نصيبها إليه بالأجل.

٦- أحكام عامة:

إذا نص في الاعتماد على أنه خاضع للأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية حسب نشرة سارية المفعول، فإنه يجب تقييد ذلك بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ويستحسن النص على بدائل يتفق عليها بين المؤسسة ومراسليها. ومن ثم يجب النص على عدم العمل بالمواد التي تنص على الفوائد من تلك الأصول والأعراف ، وكذا المواد المتعلقة بالتداول مما فيه مخالفة شرعية. وينظر البديل المشروع .

لا يجوز للمؤسسة إجراء حسم لخصم كمبيالات اعتمادات القبول، أي شراؤها نقداً بأقل من قيمتها.

لا يجوز للمؤسسة إجراء تداول للمستندات مؤجلة الدفع أو لكمبيالات اعتمادات القبول، أي شراؤها نقداً بأقل من قيمتها الاسمية. كما لا يجوز للمؤسسة أن تكون وسيطاً في ذلك بين المستفيد والمصرف المصدر أو البنك المعزز سواء بالدفع أو بالتبليغ.

لا يجوز للمؤسسة تداول مستندات الإطلاع أو كمبيالات الاعتمادات المستحقة الدفع بأقل من قيمتها لأنه من قبيل الصور الممنوعة في بيع الدين.

لا يجوز للمؤسسة – كلما أمكن - أن تتيح الكمبيالات التي أضافت عليها تعهدها بالدفع لعملائها المدينين بها بغرض حسمها لدى مصارف أخرى تقبل ذلك.

يجب أن تنظم المؤسسات علاقاتها مع المؤسسات والمصارف المراسلة لها في مجال عمليات التغطية بين المراسلين المتضمنة تسوية الالتزامات بين المصارف المترتبة على الاعتماد المستندي، وغيره من العمليات المصرفية على أساس تجنب دفع الفوائد وكل ما هو ممنوع شرعاً لكي تكون عملية الاعتمادات المستندية في إطارها المتوافق مع الشريعة الإسلامية.

وعليه فإن المصارف الإسلامية تؤدي هذه الخدمة بأسلوبين :

الأسلوب الأول : أن يسدد العميل كامل المبلغ للمصرف ويتولى المصرف فتح الأعتماد وتسديد المبلغ قيمة الإعتماد بالعملة المطلوبة وهنا يتقاضى المصرف الإسلامي رسوم خدمة.

الأسلوب الثاني : وهو تنفيذ الاعتماد المستندي كإئتمان مصرفي يتم بتسديد المتعامل جزء فقط من قيمة الاعتماد ويقوم المصرف الإسلامي باستكمال سداد قيمة الاعتماد كعملية إئتمانية إسلامية (١) بأحد طرق التمويل الإسلامية.

(١) المصرفية الإسلامية ،الموسوعة الحرة، موقع ويكيبيديا

الخاتمة

إن الدراسة التأصيلية التحليلية للمقارنة بين عمليات المصرفية التقليدية والعمليات المصرفية الإسلامية الهدف منها إيجاد البديل الإسلامي للمصارف الربوية فكان هذا مدعاة للتحول في الفكر الاقتصادي من الناحية العملية التطبيقية لذلك يجب العمل على توسيع نطاق المصارف الإسلامية ووضع الضوابط الشرعية لمعاملات المصارف في ضوء الكتاب والسنة ، ولا أجمل من تحقيق قصد الشارع الكريم فيما شرعه إلى عباده في كل مناحي الحياة ولا أهمها فيما يتعلق بالمال ومدى توظيفه لغايات الإنسان عن طريق الاستثمار والحصول على التسهيل والتيسير لدوران عجلة حياته. وهو ما استبطناه واقعا من التحليل القانوني المقارن للعمليات المصرفية بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي. وفي الختام نقدم هذه الدراسة التأصيلية لتكون شاهد على أهمية التحول من الربوية التي تفسد الاقتصاد حال عمل المصارف بمنهجيتها إلى الاستثمار الحقيقي بإطاره الشرعي الإسلامي بمنهجية البيع والشراء التي تنمي الاقتصاد الحر المنضبط بالشريعة الإسلامية وأحكامها ، وليس الاقتصاد الحر الذي لا تحده حدود ولا تقيده قيود ، مما يؤثر سلبا على كل مناحي الحياة ليست الاقتصادية فحسب وإنما الاجتماعية وغيرها .

وأتطلع أن يكون هذا التأصيل التحليلي المقارن للعمليات المصرفية قد لامس الهدف منه واقترب من الغايات التي ملأت سطور هذا البحث ، وتكون استنتاجاته إحدى الأسس للتطبيق العملي الفعلي ، وليس الجانب الأكاديمي النظري فحسب .