

المشاركة المتناقصة المنتهية

بتملك العقار

تعليق على الحكم الصادر في الاستئناف رقمي ٤ و ٥ لسنة ١٩٩٩م
الصادرين من محكمة أبوظبي الاستئنافية بتاريخ ١٨/٥/١٩٩٩م

الدكتور جاسم علي سالم الشامسي
أستاذ القانون المدني المساعد
رئيس قسم المعاملات بكلية الشريعة والقانون

الوقائع:

تتلخص وقائع هذه القضية في أن أحد الأشخاص يمتلك عقاراً بمدينة أبوظبي، وهو عبارة عن أرض رقم ٢٨٥ بحوض غرب ١/١٤، وقد تقدم إلى بنك دبي الإسلامي بطلب قرض مضمون بعقد رهن لذلك العقار. إلا أن بنك دبي الإسلامي طلب أن يكون شريكاً له في العقار مقابل المال الذي سيقدمه له.

ولذا فقد أبرما عقد مشاركة متناقصة مؤرخ في ١/٥/١٩٩٥م وأن المادتين العاشرة والحادية عشرة من العقد تخولان الشريك شراء كامل ذلك العقار وامتلاكه خلال فترة زمنية حدداها عن طريق المشاركة المنتهية بالتمليك.

اختلف الطرفان، فتقدم صاحب العقار إلى المحكمة المدنية بأبوظبي مقيماً الدعوى المدنية الكلية رقم ٩٨/٢٩١ طالباً الحكم له ضد بنك دبي الإسلامي بإبطال عقد المشاركة المتناقصة واعتباره كأن لم يكن واحتياطياً الحكم باعتباره عقد قرض بشروط متكافئة، وحتى يحصل البنك على كامل قيمة القرض المضمون بعقد الرهن المسجل على العقار بتاريخ ٢٨/٤/١٩٩٤م، مستنداً في

طلباته هذه إلى أن بيع العقار يخالف نص المادة العاشرة من القانون المحلي (الإمارة أبوظبي) رقم ١١ لسنة ١٩٧٩م المعدل. ومن ثم عدّ العقد المبرم مع بنك دبي الإسلامي (المدعى عليه) باطلاً.

ولقد أجاب بنك دبي الإسلامي (المدعى عليه) بأن نظام المشاركة المتناقصة هو أحد طرق التمويل في النظام الإسلامي وتنتهي تلك المشاركة بتملك العميل لكامل العقار بعد شراء حصة البنك، وقد قام البنك بسداد مبلغ المديونية المترصدة بذمة المدعي لصالح بنك أبوظبي التجاري وقدرها مليونان وثلاثمائة ألف درهم، ودفع البنك حصته وفقاً للثابت في العقد وأن العقد هو عقد مشاركة وليس بيعاً أو شراء.

وبتاريخ ١٢/٧/١٩٩٨م حكمت المحكمة الابتدائية بأن العقد المؤرخ في ١/٥/١٩٩٥م المحرر بين طرفي الخصومة هو عقد قرض بمبلغ ٤,٨٠٠,٠٠٠ درهم بفائدة قدرها ١٢٪ من تاريخ بدء العقد مع استمرار البنك في تحصيل ريع (القلل) خصماً من مستحقاته لدى المدعي مع التزام المدعي بسداد مبلغ القرض في غضون أربع سنوات من تاريخ هذا الحكم على أقساط زمنية متساوية.

لم يلق الحكم المذكور قبولاً من الطرفين قطعنا عليه بالاستئناف.

أولاً: المدعي (صاحب العقار) استأنفه بتاريخ ٤/١/١٩٩٩م بصحيفة التمس فيها تعديل الحكم المستأنف جزئياً بالألا تتجاوز نسبة الفائدة ٩٪ عن الفترة التالية لرفع الدعوى وحتى السداد التام، بما لا يزيد على أصل الدين، وأن يتم سداد القرض خلال فترة أدناها ٨ سنوات بالألا تتجاوز الفائدة السنوية ١٠٪ عن الفترة السابقة لرفع الدعوى، وتأييد الحكم بالنسبة لباقي فقراته.

وأسس طعنه على أسباب حاصلها أن الحكم المستأنف عندما ألزمه بفائدة سنوية بنسبة ١٢٪ من بدء العقد حتى السداد التام خالف نص المادة ٦٢/٣ من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٧٠م المعدلة بالقانون رقم ٤ لسنة ١٩٨٧م، وأخطأ كذلك عندما ألزمه بسداد القرض في غضون أربع سنوات لأن ما جرى عليه الاتفاق بين الطرفين هو أن يسدد القرض من ريع القلل (العقار) وهو مردود

يصل سنوياً إلى ٥٥٥,٠٠٠ درهم ولا يملك المستأنف دخلاً آخر يمكنه من تسديد مبلغ إضافي، وعلى أساس هذه الحقيقة تم تحديد القسط السنوي، ولا ينبغي أن يتغير الأمر بصدور الحكم محل الطعن لأنه إنما جاء معلناً لطبيعة العقد ونوعه وليس منشئاً له مما يقتضي أن يبقى التعامل بين الطرفين بما يخص **ضمانات** القرض وسداد قيمته وكيفية السداد. وأن الحكم المستأنف أخطأ في تحديد نسبة الفائدة السنوية بـ ١٢٪ اعتباراً من بدء عقد القرض لحين السداد التام، لأن المستأنف ضدهما (بنك دبي الإسلامي ومدير البنك) يتقاضيان من المستأنف طبقاً للمادة ١٢ من العقد ١٪ من قيمة ريع العقار نظير قيامهما بالإدارة، والمادة ١٧ من العقد ذاته نصت على أن جميع مصروفات هذا العقد وعقد الرهن النهائي وخلافه تقع على عاتق الطرف الثاني، أي المستأنف، والمادة ٩ من العقد نفسه تعطي الحق للمستأنف ضدهما لخصم ما يريانه من مصروفات سنوية خاصة بالعقار موضوع العقد.

وتحددت طلباته إذن - كما أوردها حكم الاستئناف - في:

- ١ - ألا تتجاوز الفائدة السنوية عن الفترة السابقة لرفع الدعوى نسبة ١٠٪.
- ٢ - ألا تتجاوز الفائدة القانونية عن الفترة التالية لرفع الدعوى حتى السداد التام نسبة ٩٪.

- ٣ - أن يتم سداد القرض خلال فترة أداها ثماني سنوات.

ثانياً: واستأنف بنك دبي الإسلامي بتاريخ ١٩٩٩/١/٥ م برقم (٩٩/٥):

وطلب في استئنافه إلغاء الفقرة الحكمية الخاصة بوصف عقد المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك المؤرخ في ١٩٩٥/٥/١ م باعتباره عقد قرض والقضاء مجدداً بأن العقد هو عقد مشاركة متناقصة منتهية بالتملك.

وأسس طعنه على أسباب ضمنها مذكرته الشارحة حاصلها أن الحكم خالف فيما قضى به المادة الثالثة من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ م في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الإسلامية، وأن الحكم قد خلط بين البيع والمشاركة والرهن وبين رأس المال والقرض وخالف كذلك مقتضيات

الشريعة الإسلامية قرآناً وسنة بخصوص الحث على الوفاء بالعهود والعقود، وأن الحكم قد أخطأ حين أقحم أمر صاحب السمو رئيس الدولة بمنع بيع العقارات وشرائها في هذه الدعوى لأن موضوعها هو عقد المشاركة وليس البيع، والمستأنف ضده - وحتى بعد صدور الحكم المستأنف - يؤكد ذلك وأن الأمر لا يتعلق بعقد البيع.

وأجاب عن الاستئناف رقم ٤ لسنة ١٩٩٩م والذي رأى أن كل أسبابه تتحدث عن الفوائد على القرض.

رُد على ذلك بأن البنك لا يخوض في هذا النقاش لأنه لا يتعامل بالفوائد وهو شريك لخصمه وليس مقرضاً، وله في ذمته رأس مال وأرباح من عائدات البناية التجارية (المشروع المشترك). وقد طلب الحكم بطلابه.

قرار المحكمة

رأت محكمة الاستئناف أنه من خلال الأسباب المؤسس عليها الاستئنافان وطلبات كل مستأنف يظهر أنهما يرتكبان إلى عقد المشاركة الذي يربطهما مع اختلاف درجة التمسك به، فإذا كان بنك دبي الإسلامي يرى فيه عقداً سليماً ومتوافقاً مع أحكام الشريعة والقانون، ومن ثم إلغاء الحكم المستأنف الذي أضفى عليه صبغة قانونية أخرى وعدل كثيراً مما تضمنه، فإن الطرف الآخر يتمسك ببعض الأجزاء منه ويطلب تعديل الحكم المستأنف على ضوء ذلك.

وباستقراء المحكمة لكامل النزاع ولعناصر العقد محل هذا النزاع تبين لها أنه من العقود غير المسماة (حيث تضمن خليطاً من العقود المسماة) كالبيع والإيجار والشركة والرهن، وكذلك الوعد بالبيع وأنه عقد في حقيقته ليس فيه أي مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية لأنه نتيجة دراسات فقهية وفتاوى شرعية تم الإفتاء بها بمناسبة إنشاء المصارف الإسلامية لضرورة هذا النوع من المصارف لعقود مغايرة للعقود المتعارف عليها في معاملات المصارف العادية والمعتمدة أساساً على التعامل بالفوائد الربوية.

فالمؤتمر الأول للمصرف الإسلامي بدبي، المنعقد في جمادى الثانية ١٣٩٩ هـ الموافق مايو ١٩٧٩ م، أصدر توصية بأن المشاركات المنتهية بالتملك والتي يريد المصرف استثمار أمواله فيها تكون بإحدى الصور الآتية:

١ - الصورة الأولى: يتفق البنك مع متعامله على تحديد حصة كل منهما في رأس مال المشاركة وشرطها. وقد رأى المؤتمر أن يكون بيع حصص البنك إلى المتعامل بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل بحيث يكون له الحق في بيعها للبنك أو لغيره، وكذلك الأمر بالنسبة للبنك بأن تكون له حرية بيع حصصه للمتعامل شريكه أو لغيره.

٢ - الصورة الثانية: يتفق المصرف مع متعامله على المشاركة في التحويل الكلي أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع، وذلك على أساس اتفاق المصرف مع الشريك الآخر على حصول العميل على حصة سعيه من صافي الدخل المحقق فعلاً، مع حقه في الاحتفاظ بالجزء المتبقى من الإيرادات أو على قدر منه يتفق عليه، ليكون ذلك الجزء مخصصاً لتسديد أصل ما قدمه المصرف من تمويل.

٣ - الصورة الثالثة: يحدد نصيب كل من البنك وشريكه في الشركة في صورة أسهم تمثل مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة (عقاراً مثلاً) يحصل كل من الشريكين على نصيبه من الإيراد المتحقق من العقار، وللشريك إذا شاء أن يقتني من هذه الأسهم الموجودة في حيازة البنك متناقصة إلى أن يتم تملك شريك البنك الأسهم بكاملها فتصبح له الملكية المنفردة للعقار دون شريك آخر^(١)، وهذا النوع من العقود قرره هيئات أخرى، منها هيئة القراية الشرعية لبنك فيصل الإسلامي المصري^(٢).

وحيث إن هذه المحكمة تستخلص من ذلك العقد أنه انطوى على عقد بيع للحصة الكبرى من العقار موضوع الدعوى لفائدة البنك الذي أصبح مشاركاً

(١) فتاوى شرعية في الأعمال المصرفية، بنك دبي الإسلامي، ص ٢١، ٢٢.

(٢) الفتوى رقم ٢٠ ص ٢١.

للطرف الآخر صاحب العقار بحصته من هذا العقار على الشيوخ حددت
بالأسهم في ٨٠٪ منه وبالمساحة المعادلة لها، وذلك بعد دفع مبلغ
(٤,٨٠٠,٠٠٠) أربعة ملايين وثمانمائة ألف درهم كمقابل، وهذا يتوافق مع
مفهوم البيع كما نصت عليه المادة ٤٨٩ من قانون المعاملات المدنية بأنه
مبادلة مال نقدي بمال غير نقدي فالثمن والمثمن محددان وملكية الشيء المبيع
انتقلت إلى المشتري بدليل أن البنك أجر حصته المذكورة مباشرة بعد دفع
قيمتها لمالكها الأول (الطرف الثاني) وفق الشيكات والشروط المضمنة بذلك
العقد. وفضلاً عما تضمنه الفصلان العاشر والحادي عشر من أن تلك الحصة
لا يستردها الطرف الثاني المالك الأصلي لها إلا عن طريق شرائها من جديد من
البنك جزءاً جزءاً، وعبر عن هذه المعاملة بالبيع والشراء وفيما إذا عجز أو عزف
عن شراء كامل تلك الحصة خلال مدة محددة للبنك أن يبيعها لغيره، وفي كل
ما ذكر دلالة واضحة على أن حيابة البنك للحصة التي شارك بها وتصرفه فيها
هو تصرف المالك في ملكه، بما يعني أن نقلها إليه من الطرف الثاني لا يعدو
أن يكون بيعاً مرتباً لجميع آثاره القانونية.

لما كان ما ذكر وكان العقد المذكور قد تضمن من بين ما تضمن عقد بيع
فإن هذا البيع وباعتباره منصباً على عقار فترد عليه القيود الواردة في نص
المادة العاشرة من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩م المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة
١٩٨٠م في شأن تسجيل الأراضي بإمارة أبوظبي بما مفاده أنه «لا يجوز
للمواطن الذي منح أرضاً صناعية أن يقوم ببيعها، أما الأراضي السكنية أو
التجارية أو الزراعية فلا يجوز لمالكها بيعها إلا بعد موافقة المجلس التنفيذي
للإمارة وبمراعاة ما يلي:

- ١ - أن يتم البيع لمواطن.
- ٢ - أن يوقع البائع على تعهد بعدم المطالبة بأرض عوضاً عن تلك الأرض التي
يرغب في بيعها.

وقد استهدف المشرع بهذه المقتضيات تنظيم التصرفات في الأراضي بما
يحقق المصلحة العامة ووضع حد للفوضى في المضاربة بالعقارات بالشكل

الذي قد يلحق الأضرار بالمصلحة الخاصة للأفراد مالكي تلك الأرض، وهذه القواعد ولأهمية الغاية المقصودة منها والموضوع الذي نظمته فهي تتعلق بالنظام العام ولا يجوز مخالفتها وعدم احترامها يؤدي إلى البطلان الذي لا تلحقه أي إجازة أو تصحيح. وأكد قرار صاحب السمو رئيس الدولة الصادر بمنع البيع والشراء في جميع أنواع العقارات عدا ما تعلق بانتقال الملكية طبقاً للأحكام الشرعية الخاصة بالإرث والهبات وهو منع له أصله في أحكام الشريعة الإسلامية التي أجازت لولي الأمر تقييد المباح بما يحقق الصالح العام^(١).

وأن اعتبار محكمة الاستئناف أن هذا العقد يشمل عقد بيع لحصة من عقار، وهو الشق الرئيس في العقد واستناداً إلى ما سبق إيضاحه من توافر جميع الشروط والأركان الأساسية لعقد البيع يجعله يتعارض مع **المقتضيات** في العقارات ويجعله، من ثم باطلاً في محله إذا انصب على عقار لا يمكن التصرف فيه إلا بشروط لم تتحقق في العقد، واستندت المحكمة إلى المادتين ٢٠٩ و ٢١٠ من قانون المعاملات المدنية التي تبين أركان العقد الصحيح والعقد الباطل.

وارتأت محكمة الاستئناف أنه ما دام ذلك حال العقد المؤسسة عليه هذه الدعوى فلا يمكن الإبقاء عليه ولو جزئياً عن طريق الانتقاص منه كما ذهب إلى ذلك الحكم المستأنف مستنداً إلى نص المادة ٢١١ من قانون المعاملات المدنية والتي تنص في فقرتها الأولى على أنه «إذا كان العقد في شق منه باطلاً بطل العقد كله إلا إذا كانت حصة كل شق معينة فإنه يبطل في الشق الباطل ويبقى صحيحاً في الباقي». فالشق الرئيس في ذلك العقد هو انتقال ملكية النصيب الأكبر من العقار إلى البنك مهما كان المسمى الذي وصف به، وهذا سبق تأكيده، وهو الذي يرد عليه البطلان لما ذكر. وهو شق مرتبط ولا يمكن فصله عن بقية ما تضمنه ذلك العقد من استئجار ووعده بالبيع أو إمكانية إعادة الملكية للشريك الآخر بشكل جزئي ومقابل ثمن يتفق عليه وإمكانية إعادة الملكية

(١) الطعن رقم ٤٤٥ و ٤٤٢ لسنة ١٨ مدني جلسة ١٩٩٨/٦/٢١، والطعن رقم ١٩١ لسنة ١٧ مدني شرعي جلسة ١٩٩٦/٤/٢٠.

للمشريك وكذلك إمكانية التصرف في الحصة التي شارك فيها البنك للغير فيما إذا لم يتحقق شراؤها من شريكه المالك الأصلي لها.

والحكم المستأنف لم يبق فقط على بعض ذلك العقد باعتباره صحيحاً وغير مرتبط بالشق الأصلي الذي لم يقرر إبطاله أو بطلانه، بل قرر عدم جواز الاعتداد بما ورد في العقد من عبارات بيع وشراء فقط، وهو ما يتعذر لما قررت هذه المحكمة من أن الأمر يتعلق ببطلان تصرف وارتباط كل من جوانب ذلك العقد بعضها ببعض، بل أعطاه تكييفاً جديداً وهو عقد قرض بضمان رهن تأميني، وحدد فائدة على مبلغ القرض والمدة التي يسدد فيها وطريقة التسديد إلى غير ذلك من أمور، وهو قضاء لا تسعف المادة ٢١١ التي استند إليها قبله لكونها تتحدث عن إنقاص أجزاء من العقد، كما أنه لا يتسق مع نظرية تحول التصرف المعروفة فقهاً وقضاءً، وهي إضفاء التكييف القانوني لتصرف يحدده القانون على تصرف ثانٍ تم الاتفاق عليه بين أطرافه إلا أنه تبين اختلال شروطه وأركانه لكنه تضمن وحوى شروط تصرف ثانٍ وموجباته، فيصار إلى هذا التصرف الأخير ما دام لم يتعارض مع نية المتعاقدين فيما اتفقا عليه لكن دون تغيير وإضافة ما سبق واتفق عليه كما فعل الحكم الابتدائي إلى درجة أن الطرفين معاً بمن فيهما الطرف المدعي الذي طلب احتياطياً تكييف العقد على أنه عقد قرض طعنوا فيما ذهب إليه الحكم المذكور.

وحيث إن هذه المحكمة وعلى الرغم من الاستثناءين المعروضين عليها واللذين ليس من بين الطلبات فيهما إبطال العقد المؤسسة عليه الدعوى، إذ إن البنك يتمسك بصحته وقانونيته، في حين أن الطرف الآخر يقبل بالحكم الابتدائي ويطلب فقط بتعديله في بعض الأمور، وتحديد الفوائد ومدة سداد القرض، لكن من القواعد المستقرة أن الاستئناف يفسر الدعوى والمحكمة في هذه الدرجة تضع يدها على الدعوى بكل ما عرض وطلب فيها، ثم إن الفقرة الثانية من المادة ٢١٠ من قانون المعاملات تنص على أن لكل ذي مصلحة أن يتمسك بالبطلان وللقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه، والأمر يتعلق بالنظام العام.

وحيث إنه ودون الاعتماد على أسباب الاستئنافين المعروضين، واستناداً إلى الأسباب التي أوردتها هذه المحكمة بخصوص جوهر الدعوى وبالبناء عليها فإنه يتعين إلغاء الحكم المستأنف في جميع ما قضى به والحكم ببطلان عقد المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك المبرم بين طرفي الدعوى بتاريخ ١ مايو ١٩٩٥م وإعادتهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه.

ومن ثم فقد قضت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف والقضاء ببطلان عقد المشاركة المتناقصة المنتهية بالتملك المبرم بين طرفي هذه الدعوى وإعادته إلى الحالة التي كان عليها قبل إبرامه.

وينحصر تعليقنا فيما أوردناه على الحكم في عدة نقاط: أولها: هو إذا ما كانت محكمتا البداية والاستئناف قد اتبعتا طريق التكيف القانوني السليم للعقد، وثانيها: مفهوم عقد المشاركة المتناقصة بالتملك، وثالثها: انتقال الملكية العقارية وفقاً للقوانين الاتحادية والمحلية، ورابعها: النتائج.

المطلب الأول التكييف القانوني للعقد

كما رأينا في عرضنا للوقائع أن محكمة البداية قد كيّفت عقد المشاركة المتناقصة بأنه عقد قرض، ومن ثم رتبت أحكام القرض التجاري وألزمت المتعاقد مع المصرف بأصل المبلغ (الدين) مع فائدة قدرها ١٢٪ من تاريخ بدء العقد.

والقرض كما عرفته المادة ٧١٠ من قانون المعاملات المدنية «هو تملك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدرأً ونوعاً وصفاً إلى المقرض عند نهاية القرض».

والقرض لا يكون إلا في المال المثلي الاستهلاكي (المادة ٧١٣ معاملات مدنية)، وذلك حتى يتأتى رد البذل، ومن ذلك استقراض نقود الذهب والفضة والمكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة.

وكل ذلك يوضح أن عقد القرض يختلف عن عقد البيع الذي هو نقل الملكية في مقابل ثمن.

وقد يتبين من حقيقة الفعل أن المتعاقدين لم يقصدا نقل الملكية على سبيل البيع، بل قصدا تحقيق عقد قرض، وفي معظم الأحيان يكون هذا العقد ساتراً لربا. فإذا اتضح للقاضي هذا وجب اعتبار العقد بحسب حقيقته.

أما محكمة الاستئناف فإنها قد رأت أن هذا العقد من العقود غير المسماة ويتضمن خليطاً من العقود المسماة (أي عقد مركب) كالبيع والإيجار والشركة والرهن، وكذلك الوعد بالبيع.

ومن ثم نرى أن قاضي المحكمة الاستئنافية قد اختلف مع قاضي البداية في تكييف العقد، وموضوعنا هنا كيف يُخضع القاضي العقود غير المسماة للقانون؟

إذا ثار نزاع متعلق بعقد غير مسمى ولم يجد القاضي في الاتفاق حلاً للنزاع المعروض عليه، فإنه قد يطبق أحكام العقود المسماة بطريق القياس إذا كان ذلك ممكناً في حالة إذا ما كان للعقد غير المسمى شبه بالعقد المسمى فيأخذ من أحكام العقد المسمى ما يطابق العقد غير المسمى^(١).

والقاضي في ذلك عليه أن يستخلص هذه القواعد من الغرض الذي يسعى المتعاقدون إلى تحقيقه من وراء العقد. ومن العادات ومن ضرورات المعاملات ومن قصد المتعاقدين الصريح أو الضمني إلى جانب أعمال القياس كما أشرنا واتباع منهج أصول الفقه في توضيح المشابهة والمطابقة^(٢). كأن يكون عقد البيع أصلاً أو جنساً في عقود التمليك تنضوي تحته جميع عقود التمليك المسماة وغير المسماة فتكون أحكام عقد البيع أحكاماً عامة لجميع هذه الأنواع من العقود... إذ تنطبق على البيع والمقايضة والهبة وأي اتفاق يكون ناقلاً للملكية.

وإلى جانب العقود غير المسماة البسيطة قد توجد عقود غير مسماة مركبة بأن تتداخل مجموعة أوصاف لعقد مركب، مثل عقد النزول في فندق، فقد تتركب من عقد إيجار وعقد بيع وعقد عمل. ففي العقود غير المسماة المركبة تُطبق أحكام كل عقد منها في نطاقه الخاص.

إلا أنه في بعض الأحيان يكون من الضروري أن يُعطى العقد المركب تنظيماً خاصاً من شأنه تعديل بعض القواعد الأساسية للعقود المؤلفة فيه أو استبعادها. إذ قد يبدو أن هذا العقد ليس مجرد مجموع عقود مسماة مؤلفة وممتزجة، بل إن له طبيعة ذاتية تفرض إخضاعه لقواعد خاصة يمكن أن

(١) د. عباس الصراف، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، ١٩٧٥، رقم ٢٩.

(٢) فقد نصت المادة الثانية من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه «يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله إلى قواعد وأصول الفقه الإسلامي» ويقابلها نص المادة الثالثة من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦؛ وانظر كذلك حكماً للمحكمة الاتحادية العليا في الطعن رقم ١٧ لسنة ١٥ القضائية جلسة ٢٠ فبراير سنة ١٩٩٤ مدني منشور في مجلة العدالة والتي تصدرها وزارة العدل عدد ١٨ السنة ٢٢ يناير ١٩٩٥ صفحة ٦٤.

تستخلص من الغرض الذي يسعى المتعاقدان إلى تحقيقه. فنطبق هنا من العقود المسماة القدر الذي يتفق مع تحقيق قصد المتعاقدين من التعاقد^(١).

وقد يُغلب أحد العقود الممتزجة في العقد المركب باعتباره العنصر الأساسي فيه، مثاله عقد مقاوله الحج وما تعمله شركات السياحة والسفر، وهو مركب من عقد مقاوله وعقد إجارة على أشياء إلى جانب الغذاء، فإذا أمعنا النظر رأينا أن الأهم فيه هو التزام الإدارة بتمكين المتعاقد معها من السفر والقيام بشؤونه مدة الرحلة فيغلب عقد المقاوله على عقد إجارة الأشياء منه والغذاء والحفظ^(٢).

أما إذا لم يستطع القاضي أن يتلمس حكماً للنزاع بصدد عقد غير مسمى من أحكام العقود المسماة، فإنه يرجع إلى الأحكام العامة في نظرية العقد لاستخلاص القواعد المتعلقة بأركان العقود غير المسماة وكيفية انعقادها وانحلالها وحكم الالتزامات الناشئة عنها.

سلطة القاضي في وصف العقود:

إن وصف العقود المسماة منها وغير المسماة هي عملية قانونية يقصد بها بيان الطبيعة القانونية للعقد، وهذه العملية تدخل في صميم سلطة القاضي، وإنها بهذا المعنى تتطلب أمرين:

الأول: ضرورة معرفة العناصر الأساسية لكل عقد من العقود التي نظمها المشرع. وذلك بتحديد كل عقد فيها وتمييزه عما عداه وبيان خصائصه الذاتية ومن دون هذا يستحيل على القاضي إعطاء الوصف القانوني لأي عقد من العقود المعروضة أمامه^(٣).

(١) د. عبدالمنعم البدرابي، عقد البيع والمقايضة، طبعة ١٩٥٨، رقم ١٢؛ د. مصطفى الجمال، أحكام المعاملات المدنية في إطار الفقهين الإسلامي والغربي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مؤلفه ١٩٩٥، ص ٤٣٢.

(٢) د. عبدالمنعم البدرابي، المرجع السابق رقم ١٢.

(٣) د. عبدالمنعم البدرابي، المرجع السابق رقم ١٣.

الثاني: إعطاء الاتفاق المعروض على القاضي الوصف القانوني المناسب، وهذا يقتضي منه تفسير إرادة المتعاقدين، فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن «لمحكمة الموضوع سلطة تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها فيما تراه أو في مقصود المتعاقدين مستعينة على ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ما دام هذا التفسير والاستخلاص قد بني على أسباب سائغة لها أصلها في الأوراق، كما أن لها حق بحث توافر سبب الالتزام من عدمه^(١)».

وعملية الوصف هنا يجب أن يقوم بها القاضي من تلقاء نفسه ليطبق على العقد الأحكام القانونية، سواء ما كان فيها أمراً أو كان مكملاً لإرادة طرفيه في حالة قصور الاتفاق عن تنظيم مسألة من المسائل قصداً أو عن غير قصد من المتعاقدين.

ويجب أن نميز هنا بين الوصف القانوني للعقد، وهي مسألة قانونية يقوم بها القاضي. والاتفاق ذاته بكل ما يرد فيه من بنود واشتراطات، فأمره بالطبع متروك لإرادة المتعاقدين إعمالاً لمبدأ سلطان الإرادة. إلا أن هذا المبدأ لا يؤدي إطلاقاً إلى وجوب التقيد بالوصف الذي يخلعه المتعاقدان على العقد، فتلك مسألة متروك أمرها للقانون الذي يلتزم القاضي بتطبيقه من تلقاء نفسه، وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه من المقرر في قضاء المحكمة الاتحادية العليا أن «لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها، وتفهم نية المتعاقدين لاستنباط حقيقة الواقع منها دون رقابة من المحكمة العليا، متى كان قضاؤها في ذلك يقوم على أسباب سائغة ومستنداً إلى أدلة

(١) حكم المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ١٧ لسنة ١٥ قضائية، جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٤، منشور في مجلة العدالة، عدد ٨١، السنة ٢٢، يناير ١٩٩٥، ص ٦٤ مدني؛ انظر كذلك طعن رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ قضائية، جلسة ٢٨ مارس ١٩٩٣، منشور بمجلة العدالة، عدد ٧٢، السنة ٢١، أبريل ١٩٩٤، ص ٤١. كذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢١ لسنة ١١ ق.ع. نقض مدني جلسة ١١/٧/١٩٨٩، منشور بمجلة العدالة، العدد ٦١، السنة ١٧، يناير ١٩٩٠، ص ٣٧.

مقبولة لها أصلها في الأوراق ولا خروج منها عن المعنى الواضح الظاهر لعبارات تلك العقود.....»^(١).

والحالة المتصورة هنا أن المتعاقدين إما أنهما لم يعطيا لاتفاقهما وصفاً معيناً وإما أنهما وصفاه بوصف معين.

ففي الفرض الأول وهو عدم وصفه بوصف معين يجب على القاضي أن يبدأ بتكييف العقد وإعطائه وصفه الصحيح حتى يتهيأ له بعد ذلك تطبيق أحكام القانون عليه. وفي سبيل هذا عليه أن يستجلي القصد العملي الذي يسعى إليه المتعاقدان من وراء الاتفاق. مع إعمال نص المادة ٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية والذي نص على أنه «١ - إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ٢ - أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات».

ويستهدي القاضي للكشف عن النية المشتركة بعوامل مختلفة، يفسر بها القاضي عبارات العقد بالرجوع إلى العقد ذاته، كطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وإذا احتملت العبارة أكثر من معنى واحد، وكان أحد هذه المعاني هو الذي ينتج أثراً قانونياً، حملت العبارة على هذا المعنى، إذ إن إعمال الكلام خير من إهماله (المادة ٢٦٠ من قانون المعاملات المدنية).

وعبارات العقد يفسر بعضها بعضاً، فلا يجوز عزل العبارة الواحدة عن بقية العبارات، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد^(٢).

ويستعين القاضي أيضاً في تفسيره للعقد بما يقتضيه العرف الجاري في التعامل. إذ المعقول في المسائل التي توطد فيها عرف أن يفترض في

(١) نقض مدني، جلسة ١٩٨٩/١١/٧، منشور بمجلة العدالة، العدد ٦١، السنة ١٧، يناير ١٩٩٠، ص ٣٧.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، العقد، الطبعة الثالثة ١٩٨١، رقم ٣٩٦، ص ٨٢٣ وما بعدها.

المتعاقدين أنهما عالمان به وقد ارتضياه وألا يصرحا بمخالفته، فإذا كانت عبارات العقد مبهمة وجب تفسيرها على ضوء هذا العرف.

ويستعين القاضي أيضاً بالطريقة التي ينفذ بها العاقدان العقد، فإذا قاما بتنفيذ العقد على نحو معين مدة من الزمن، فسرت إرادتهما المشتركة على ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها^(١).

أما الفرض الثاني وهو أن يعطى المتعاقدان لاتفاقهما وصفاً معيناً فيصفانه بأنه بيع أو شركة أو إجارة أو حوالة أو غير ذلك. وهنا لا يخرج الأمر عن أحد شيئين. إما أن تكون شروط العقد ملائمة للوصف الذي أعطاه المتعاقدان، وإما ربما لا تكون كذلك.

ففي الحالة الأولى، لا يجوز للقاضي أن يعدل عن هذا الوصف إلى وصف آخر ما دامت إرادة المتعاقدين قد اتجهت بوضوح إلى العقد الذي عنياه. فإذا كانت الإرادة واضحة في وصف الاشتراطات والعقد، وجب على القاضي حينئذ احترام عباراتها.

ولكن قد يكون الوصف الذي أسبغه المتعاقدان على اتفاقهما غير مطابق لحقيقة ما اتفقا عليه. ويتضح ذلك من مخالفة مضمون العقد لوصفه. وفي هذه الحالة على القاضي أن يصحح هذا الوصف إما بناء على طلب أحد المتعاقدين وإما من تلقاء نفسه باتباع الطرق التي أوجبها المادة ٢٦٥ معاملات مدنية.

وفي تفسير القاضي للعقد لا رقابة عليه من المحكمة الاتحادية العليا ما دام أنه قد التزم القواعد الصحيحة في التفسير وما دام أنه استخلص من الواقع ما يؤدي إليه العقل^(٢).

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، رقم ٣٩٧، ص ٨٢٧ وما بعدها.

(٢) انظر حكماً للمحكمة الاتحادية العليا، جلسة ٢٠ فبراير ١٩٩٤، في الطعن رقم ١٧، لسنة ١٥ القضائية، المشار إليه سابقاً في مجلة العدالة ص ٦٤؛ وكذلك حكم المحكمة الاتحادية العليا بجلسته ٢٨ مارس ١٩٩٣، والطعن رقم ٣٢٩ لسنة ١٤ القضائية المشار إليه سابقاً في مجلة العدالة. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تفسير الاتفاقات حسبما يراه أدنى إلى نية عاقيدها، مستهدياً في ذلك بواقع الدعوى وظروفها ولا رقابة لمحكمة النقض عليه متى كانت عبارة العقد تحتل المعنى الذي أخذ به، نقض مدني في ٢٥ مارس سنة ١٩٧١، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٢، رقم ٦٣، ص ٤٠١.

إذ إنه من المستقر في قضاء محكمة النقض أنه لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة في تفسير العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود التعاقد مستهدية في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها في ذلك متى كان تفسيرها مما تحتمله عباراتها ولا خروج فيه على المعنى الظاهر لها وكانت الأسباب التي أوردتها من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي وصلت إليها^(١).

ومن ثم وبالرجوع إلى موضوعنا محل البحث فإن التكييف الذي انتهت إليه المحكمة الابتدائية من أن العقد الذي أبرم بين بنك دبي الإسلامي والطرف الآخر من أنه عقد قرض، ومن ثم رتبت عليه أحكامه، ومنها الفوائد القانونية ١٢٪. ولو أن المحكمة الابتدائية نظرت إلى النظام الأساسي للبنك الإسلامي وأيضاً القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ١٩٨٥م في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية - حيث إن هذا القانون يحظر على المصارف الإسلامية مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في معاملاته ويرتب البطلان عليها كما سنرى، وأيضاً النظام الأساسي للبنك الإسلامي، ومن ثم لا يمكن أن يكتفى العقد على أنه قرض ربوي - خلافاً للقرض الحسن - يرتب الفوائد القانونية والأخذ بهذا الحل سيؤدي إلى اعتبار هذا التصرف خرقاً للقواعد الملزمة والنظام العام للمصارف الإسلامية - لو كانت المحكمة الابتدائية قد أصابت في تكييفها للعقد. وقد يكون ما وصلت إليه محكمة الموضوع نتيجة لعدم معرفة عناصر عقد المشاركة وفهمها لدى المحكمة الابتدائية باعتبار أنه عقد جديد أنتجه العمل المصرفي الإسلامي.

وأيضاً فإن محكمة الاستئناف عندما تعرضت لمسألة التكييف فإنها قد أصابت عندما رأت أن العقد قد يشمل عناصر عدة عقود إلا أنها لم تدخل عقد الشركة من ضمنها رغم النص عليه في العقد ولم تحاول استظهار العقد

(١) المحكمة الاتحادية العليا، الطعن رقم ٣٣٢ لسنة ١٩ القضائية بتاريخ ٢٦ يناير ١٩٩٩ مدني، منشور بمجلة العدالة، العدد ١٠١، السنة ٢٧، يناير ٢٠٠٠، ص ٤٧.

المناسب من الشركات لهذا العقد الجديد. ولو أنها فعلت لأدى ذلك إلى سهولة التكييف ثم الحكم. وإن استدركت بعد هذا الأمر عندما تعرضت للتطور الفقهي الإسلامي المعاصر من حيث تطرقه إلى المشاركة المتناقصة. وهي في بادئ الأمر خلطت بين مفهوم عناصر العقد المبرم بينهما، وبين الحصص في ذاتها، وهي نقل الملكية العقارية كحصة في الشركة، وما كان يجب الخلط، إذ إن الموضوعين منفصلان وإن كان المترتب على بطلان نقل الملكية عدم قيام الشركة بينهما.

المطلب الثاني

مفهوم عقد المشاركة المنتهية بالتملك (المتناقصة أو بالتخارج)

تمهيد:

نرى أن نتطرق بداية إلى مفهوم الشركة بوجه عام، ثم ننتقل منه إلى المشاركة المتناقصة وبيان ما يشابهها من التصرفات القانونية من عدمه.

تعريف الشركة بوجه عام:

نصت المادة ٦٥٤ من قانون المعاملات المدنية في تعريف الشركة بوجه عام، على أنها «عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يسهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة».

ولهذا فإن القانون قد قطع بأن الشركة هي نتاج عقد تتطابق فيه إرادتان أو أكثر، تترتب آثار هذا العقد بتطابق الإرادتين وتوافر الأركان الأخرى لهذا العقد.

إلا أن الفقه الإسلامي قد فرق بين نوعين من الشركة، حيث إن مجلة الأحكام العدلية قد نصت في المادة ١٠٤٥ منها على أن «الشركة في الأصل هي اختصاص ما فوق الواحد بشيء وامتيازهم به. لكن تستعمل أيضاً عرفاً واصطلاحاً في معنى عقد الشركة الذي هو سبب لهذا الاختصاص».

ولهذا المفهوم تنقسم الشركة مطلقاً إلى قسمين: أحدهما شركة الملك وتحصل بسبب من أسباب التملك، وقد يكون سببها الورثة، كالشركة التي بين الورثة في المال الموروث^(١). وقد يكون سببها فعل الشركاء، وهو ما كان أثراً

(١) الشيخ علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي، بحوث مقارنة، معهد الدراسات العربية، ص ٦ وما بعدها.

لتصرف أو فعل صادر منهم كأن يشترك اثنان أو أكثر في شراء شيء واحد أو يشتري شخص واحد جزءاً شائعاً من سلعة من السلع، أو توهب عين من الأعيان لاثنتين أو أكثر فيقبضوها أو يستولي اثنان فأكثر مجتمعين على مال مباح أو يخلط إنسان ماله بمال غيره عن رضا منه فيمتنع التمييز بين المالكين أو يتعذر، ففي هذه المسائل وما شابهها تثبت شركة الملك^(١).

والثاني شركة العقد وعرفها الحنفية بأنها عقد بين المتشاركين في الأصل والربح. وقيد المتشاركين في الأصل يخرج المضاربة، لأن التشارك فيها بين العامل ورب المال إنما هو في الربح، دون الأصل، كما هو واضح، وتحصل شركة العقد بالإيجاب والقبول بين الشركاء.

وشركة العقد تأتي على ثلاثة أنواع هي :

- ١ - شركة الأموال.
- ٢ - وشركة الأعمال (التي عرّفها قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٦٨٣ بأنها: «شركة الأعمال عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على التزام العمل وضمّانه للغير لقاء أجر، سواء أكانوا متساوين أم متفاضلين في توزيع العمل بشروط اتحاد الأعمال أو تلازمها»).
- ٣ - وشركة الوجوه وقد عرّفها قانون المعاملات المدنية الإماراتي في المادة ٦٩١ بأنها:
« ١ - شركة الوجوه عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على شراء مال نسيئة بما لهم من اعتبار، ثم يبيعه على أن يكونوا شركاء في الربح.
٢ - ويضمن الشركاء ثمن المال المشتري كل بنسبة حصته منه سواء باشروا الشراء معاً أم منفردين».

(١) الشيخ علي الخفيف، المرجع السابق - د. محمد أحمد سراج، النظام المصرفي الإسلامي، ص ١٥١ وما بعدها.

الفرع الأول

شروط المشاركة المتناقصة

أو المنتهية بالتمليك وأحكامها

المشاركة المتناقصة هي التي يسهم فيها المصرف الإسلامي في رأس مال الشركة، أو مؤسسة تجارية أو مصنع أو عقار أو مزرعة أو أي مشروع تجاري آخر، مع شريك أو أكثر، ومن ثم يستحق كل طرف من أطراف هذه الشركة نصيبه من الربح بمقتضى الاتفاق الوارد في العقد، ويعطي المصرف الحق لشركائه في الحلول محله في ملكية نصيبه، دفعة واحدة أو على دفعات حسبما تقتضيه الشروط المتفق عليها^(١).

ويحكم رأس مال المشاركة مجموعة من الأسس من أهمها: أن تكون حصة كل شريك معلومة ومحددة ومتفقاً على قيمتها عند التعاقد، وأن تكون حاضرة، وألا تكون ديناً في الذمة، وذلك تجنباً للغرر والجهالة وتعذر الاستفادة من رأس المال فيما لو كان ديناً، أما إذا كان رأس المال في صورة عينية (أو قيمة معنوية) فإن الأساس الشرعي لذلك أن تقوم الموجودات العينية باتفاق الشركاء، وتقاس قيمة حصة المصرف في المشاركة بالقيمة العادلة وقت التعاقد بمعرفة أهل الاختصاص أو الشركاء متى تراضوا على ذلك^(٢).

وتستمد المشاركة المتناقصة مشروعيتها من مشروعية شركة العنان، وقد بحث المشاركون في مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بإمارة دبي بدولة

(١) الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية، الجزء الخامس، ط ١٩٨٢، ص ٣٢٥ - د. أحمد حسن أحمد الحسيني، الودائع المصرفية: أنواعها - استخدامها - استثمارها، مكتبة دار ابن حزم، بيروت، لبنان ١٩٩٩، ص ١٤٠ - د. عبدالرزاق رحيم جدي الهيبي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، دار أسامة للنشر، الأردن، عمان، سنة ١٩٩٩، ص ٥٠١ وما بعدها.

(٢) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية - النص الكامل لمعايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية، المنامة - البحرين، ص ٢٢٤ وما بعدها.

الإمارات العربية المتحدة موضوع المشاركات المنتهية بالتملك وانتهوا إلى أن هذا الأسلوب مشروع ويمكن أن يكون على إحدى صور ثلاث^(١).

شروط المشاركة المنتهية بالتملك:

إلى جانب توافر جميع الأحكام الشرعية في الشركة (المشاركة الدائمة) التي تنطبق في المشاركة المتناقصة، وهي الصيغة والعاقدين وشروط محل العقد (المال والعمل)^(٢).

ويجب توافر الشروط التالية أيضاً :

- ١ - يشترط في المشاركة المتناقصة ألا تكون مجرد عملية تمويل بقرض، فلا بد من وجود الإرادة الفعلية للمشاركة وأن يتحمل جميع الأطراف الربح والخسارة أثناء فترة المشاركة.
- ٢ - ويجب أن يمتلك البنك حصته في المشاركة ملكاً تاماً وأن يتمتع بحقه الكامل في الإدارة والتصرف. وفي حالة توكيل الشريك بالعمل يحق للبنك مراقبة الشريك ومتابعة الأداء.
- ٣ - لا يجوز أن يتضمن عقد المشاركة المتناقصة شرطاً يقضي بأن يرد الشريك إلى البنك كامل حصته في رأس المال بالإضافة إلى ما يخصه من أرباح لما في ذلك من شبهة الربا.
- ٤ - يجوز أن يقدم البنك وعداً لشريكه بأن يبيع له حصته في الشركة إذا قام بتسديد قيمتها، ويجب أن يتم البيع بعد ذلك باعتباره عملاً مستقلاً لا صلة له بعقد الشركة^(٣).

(١) انظر تحت الوقائع في هذا البحث صفحة ٥.

(٢) د. عبدالستار أبو غدة، أوفوا بالعقود، تعريف مبسط بأهم أحكام عقود المعاملات المالية، سنة ١٩٩٧، ص ٧٥. معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية - النص الكامل لمعايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية، المنامة، البحرين، ص ٢١٦ وما بعدها.

(٣) نقلاً عن د. عبدالستار أبو غدة، المرجع السابق ص ٧٥-٧٦ - د. محمد سراج، المرجع السابق ص ١٨٠-١٨١.

وجاء في مؤلف النظام المصرفي الإسلامي: وإنما جازت المشاركة المتناقصة، أو المؤقتة، فيما يبدو باعتبارها شركة مع وعد ببيع المصرف نصيبه إلى شريكه ووعد من هذا الشريك **بشراء** هذا النصيب مع تنجيم ثمنه أو دفعه مرة واحدة. ويجب القول بلزوم هذا الوعد طبقاً للمذهب المالكي وقياساً على من اختار لزومه كذلك من علماء الأحناف في مسألة بيع الوفاء، الذي يتفق فيه الطرفان على رد المشتري السلعة المعيبة عند قدرة البائع على رد ثمنها إليه أو في وقت يحدده لذلك^(١).

وقد عرضت مسائل كثيرة على البنوك وكان حلها عن طريق المشاركة المتناقصة ونذكر منها ما يلي:

١ - تقدم أحد عملاء مصرف قطر الإسلامي بطلب بناء محطة بترول على أرض يملكها في موقع حساس مشاركة مع المصرف، بأن يقدم الأرض ويقوم المصرف بتقديم جزء من المال، وعلى أن يقوم بتأجير المحطة إلى ثلاثة شركاء هو واحد منهم. ومن الجدير بالذكر أن الإيجار الشهري المتأتى من الشركة الثلاثية سوف يدفع كاملاً إلى المصرف على النحو التالي:

أولاً: جزء من الإيجار يكون نصيب المصرف كحصته في المشاركة.

ثانياً: الجزء الثاني من الإيجار يبقى لدى المصرف لإنقاص حصته على أن يبيع المصرف حصته تدريجياً على أساس المشاركة المتناقصة.

الجواب:

الرأي أنه لإجازة هذا المشروع يجب أن يكون هناك عقد مشاركة بين **المصرف والعميل**، وبعد الانتهاء من المشروع فلا حرج شرعاً أن يقوم صاحب الأرض وشركاؤه من استئجار المحطة على أن يتم ذلك بتوقيع عقد استئجار بين الأطراف المعنية «المصرف والمستأجرين» على أن يتم تقدير القيمة الإيجارية حسب ما هو سائد في السوق، ويتم تقدير حصة المصرف من قيمة الإيجار حسب نصيبه في رأس مال المشروع وعلى أن يتم استخدام حصة العميل من القيمة الإيجارية حسب ما هو سائد في السوق في تسديد حصة

(١) د. محمد سراج، المرجع السابق ص ١٨١.

المصرف وعند سداد كامل حصة المصرف يؤول المشروع بالكامل إلى الشريك الأمر «المستأجر»^(١).

٢ - وفتاوى أخرى طلب بنك البحرين الإسلامي المشاركة في مشروع جامعة الخليج العربي. قام السيد مدير العمليات بعرض ملخص للمشروع المقدم من بنك البحرين الإسلامي فأوضح أنه يتعلق بإنشاء جامعة الخليج وأن الكلفة الكلية للمشروع مائة وخمسون مليون دولار، وهم في حاجة إلى خمسين مليون دولار، وبنك البحرين الإسلامي يعرض على مصرف قطر الإسلامي والبنوك الإسلامية الإسهام في هذا المشروع بهذا القدر حتى لا تضطر الجامعة إلى اللجوء إلى البنوك الربوية، وقد اقترح بنك البحرين الإسلامي اتخاذ الخطوات التالية لتنفيذ المشروع:

أولاً: أن يقوم المصرف بشراء جزء من المبنى يقدر بقيمة المبلغ المطلوب من رأس مال المشروع وهو خمسون مليون دولار، أي الثلث.

ثانياً: يقوم الطرفان بعد ذلك بتقدير القيمة الإيجارية للمبنى وتقوم الجامعة باستئجاره وتقسّم القيمة الإيجارية بحيث يحصل كل طرف على نصيبه من الإيجار بقدر حصته.

ثالثاً: يتعهد المصرف بأن يبيع حصته إلى الجامعة بالقيمة الاسمية نفسها التي اشترى بها وعلى مدى ثلاث سنوات.

الجواب:

يمكن للبنوك الإسلامية المهمة أن تقوم بتمويل العملية المعروضة حسب الشروط الشرعية التالية:

أولاً: أن تعطي حكومة البحرين حق الانتفاع بالأرض للمصارف الإسلامية بحيث يكون من حقها التصرف في المباني التي تشتريها بالبيع أو الإيجار أو الهبة وغير ذلك من وسائل التصرف الشرعية.

(١) من فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي، فتوى رقم ٤٩، منشورة بكتاب فتاوى المشاركة، مجموعة دلة البركة، إدارة التطوير والبحوث، د. أحمد محيي الدين أحمد، ود. عبدالستار أبو غدة، ص ١٩-٢٠.

ثانياً: شراء جزء من مباني الجامعة قيمته (كذا) مليون دولار أمريكي.

ثالثاً: تأجير المبنى للجامعة.

رابعاً: الدخول مع الجامعة في شركة تنتهي بالتملك بحيث يكون البيع بالقيمة السوقية التي يتفق عليها الطرفان عند البيع وليس بالقيمة الاسمية، إلا إذا كانت القيمة الاسمية هي القيمة السوقية عند البيع^(١).

الكيفية التي تقسم بها الأرباح والخسائر الناتجة عن الدخول في مشروع المشاركة المتناقصة:

يتم العمل في المشروع من أجل تنمية المال، وقد يحقق المشروع نتائج إيجابية أو سلبية، والعملية تتم كما يلي:

يقوم المصرف باقتطاع نسبة معينة من الإيراد الصافي للمشروع، باعتباره مالاً للمشروع (جميعه أو جزء منه) ومتحماً تبعاً لهلاكه إذا تلف بلا تعدٍ أو تقصير، كتعرض المشروع للاحتراق أو الهدم، فإن المصرف الإسلامي في مثل هذه الحالة يتحمل الخسارة بقيمة الفرق بين أصل رأس المال والمقدار المسترد من دخل المشروع، فإذا كان المشروع مملوكاً بكامله للمصرف، فإنه يتحمل جميع الخسارة وحده، وإذا كان العامل في المشروع مشاركاً في تمويل أصل رأس المال فإنه يخسر بنسبة ما يملكه. وأما الجزء المتبقى من الأرباح الناتجة، فإن المصرف الإسلامي يحتفظ به كله أو بعضه - حسب الاتفاق - كونه مخصصاً لتسديد أصل رأس المال، وإنهاء العملية بطريق تملك المتعامل مع المصرف الإسلامي كامل المشروع الذي يشارك فيه^(٢).

(١) مصدرها فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لمصرف قطر الإسلامي، فتوى رقم ٧٤، منشورة في كتاب فتاوى المشاركة، المرجع السابق، ص ٢٠-٢١.

(٢) د. عبدالرزاق رحيم جدي الهيتمي، المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق، ط ١٩٩٨، عمان، الأردن، ص ٥٠٣. معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية، المرجع السابق ص ٢٢٠.

وفي حالة تحقق أرباح من البيع، فإنها توزع بين الطرفين (البنك والشريك) حسب الاتفاق إذا كان البنك والشريك قد دخلا في المشروع المشترك بقصد المتاجرة وتعد المشاركة في حال قصد المتاجرة (شركة عقد). وأما إذا كان القصد هو تحقيق الربح أو اتخاذ مسكن للشريك فإن الربح يوزع بحسب نسبة الملكية في كل مرة وتعد حينئذ شركة ملك^(١).

ومن الواضح أن الربح الناتج عن المشاركة المتناقصة إنما يكون حصتين:

إحدهما للمصرف، وهي النسبة التي تخصه من الربح حسب الاتفاق، والحصّة الأخرى فهي من نصيب الشريك الآخر، وهي تضم النسبة التي اتفق على أن يأخذها الشريك، وكذلك النسبة التي يحتفظ بها المصرف، فهذه في الحقيقة للشريك أيضاً بدليل أنها جعلت قسماً من ثمن الملك الذي سينتقل مقدار المقابل للقسط من المالك إلى ملكية الشريك. فالشريك بالنسبة ل حصته من الربح قسم يدفع له، وقسم مدخر له لكي تباع له به الشركة كلها أو الجزء الواقع في ملك المصرف.

ومن الجائز ادخار حصة العامل كلها، وفي هذه الحالة يكون نقل ملكية الشركة إليه أسرع مما لو أخذ قسماً منها وادخر آخر^(٢).

أحكام الخسارة (الوضيعة):

يتفق الفقهاء على أن توزع الخسارة بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال، ويطلق عليها الفقهاء اسم «الوضيعة» ودليلهم في ذلك قول علي بن أبي طالب كرم الله وجهه : «الربح على ما شرطاً والوضيعة على قدر المالين»، ويقول ابن قدامة: «لا نعلم فيه خلافاً بين أهل العلم»^(٣).

(١) د. عبدالستار أبو غدة، أوفوا بالعقود، المرجع السابق، ص ٧٧.

(٢) د. عبدالرزاق رحيم جدي الهيتمي، المرجع السابق، ص ٥٠٧، ٥٠٨.

(٣) العيني البناية في شرح الهداية، الجزء السادس، ص ١٠٨، ابن قدامة، المغني، الجزء الخامس، ص ٣٧.

وفي ظل الشركات المستمرة، يجوز تأجيل توزيع الخسارة لتجبر من أرباح فترات تالية^(١).

انتهاء الشركة:

تنتهي الشركة بصفة عامة بقيام أحد الشريكين بفسخ العقد أو بموته أو بزوال أهليته القانونية أو بهلاك المال.

ويرى جمهور الفقهاء ما عدا المالكية أن الشركة من العقود الجائزة، أي غير اللازمة، ولكل واحد من الشريكين فسخها متى شاء، مثل الوكالة^(٢). وأخذ قانون المعاملات المدنية الإماراتي في ذلك بالمذهب المالكي، وهو أنه لا يجوز فسخها إلا باتفاق جميع الشركاء.

وقد نصت المادة ٦٧٣ من قانون المعاملات المدنية على أنه «تنقضي الشركة بأحد الأمور التالية:

- أ - انتهاء مدتها أو انتهاء العمل الذي قامت من أجله.
- ب - هلاك جميع رأس المال أو رأسمال أحد الشركاء قبل تسليمه.
- ج - موت أحد الشركاء أو إفلاسه أو إعساره أو الحجر عليه أو انسحابه.
- د - إجماع الشركاء على حلها.
- هـ - صدور حكم قضائي بحلها.

(١) معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية، المرجع السابق، ص ٢٢١.

(٢) الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ص ٥٤٨.

الفرع الثاني العقود والتصرفات المشابهة للمشاركة المنتهية بالتملك

أولاً: الإيجار المنتهي بالتمليك (البيع الإيجاري) والمشاركة المنتهية بالتمليك:

قد يسمى المتعاقدان عقداً بأنه إيجار، ويتفقان على أن المستأجر في هذه الحالة يدفع أجرة لمدة معينة ينقلب العقد بعدها بيعاً، وتعد الأجرة التي دفعت ثمناً للمبيع، وهذا العقد يطلق عليه الفقه البيع الإيجاري^(١).

ويوجد هذا البيع على الخصوص في بيع المنقولات، ولا يمنع من وجوده في المباني والأراضي، إذا لم نعهده عقداً تجارياً ساتراً للبيع، وعددناه بيعاً فقط منذ بدايته فإنه من الواضح أنه سيحمل مخاطر تهدد البائع، إذ الملكية تنتقل إلى المتعاقد الآخر بمجرد العقد مع أن ناقل الملكية لا يحصل على الثمن كاملاً إلا بعد فترة زمنية قد تطول، وبرغم أن القانون قد وضع ضمانات كثيرة للبائع هنا من حق امتياز على المبيع أو حق التنفيذ العيني لاقتضاء الثمن والحق في طلب الفسخ واسترداد المبيع. فإنه من المتصور وبخاصة في المنقولات أن يتصرف المشتري في المبيع لأي شخص آخر حسن النية، وحق الامتياز المقرر للبائع على المنقولات لا يمكن الاحتجاج به على الحائز حسن النية.

ولذا حماية للبائع وتجنبيه آثار تصرفات المشتري أو إفلاسه فقد اهتدى إلى نوع من العقود المركبة أو الشروط المتضمنة للعقد، حيث يظل العقد إيجاراً والأقساط التي تدفع هي مثل أجرة حتى ينتهي من سداد جميع الأقساط فينقلب العقد إلى بيع والأقساط التي دفعها ثمناً للشيء المبيع. ولاعتبار هذا العقد عقد إيجار في بدايته حتى يتم سداد الأقساط وفقاً لشروط العقد فإن المشتري

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، البيع، رقم ١١، ص ٣٩ - د. عبدالمنعم البدرأوي، رقم ٢٣ - د. توفيق حسن فرج، عقد البيع، رقم ٢٤.

لا يستطيع نقل ملكية الشيء إلى الغير، وإلا عد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة (المادة ٣٩٩ من قانون العقوبات الاتحادية).

كما تظل الملكية باسم البائع إلى حين الانتهاء من سداد جميع الأقساط، فلو تخلف عن سداد قسط منها، لوجب عليه رد الشيء إلى المالك ويحتفظ هذا الأخير بما تسلمه من أقساط.

وقد كان هذا العقد باعتباره إيجاراً بدايةً بيعاً نهائياً محل خلاف الفقه في مصر^(١)، ثم حسم القانون المدني المصري الأمر في ذلك بما أورده في المادة ٤٣٠، حيث إن العقد في هذه الحالة بيع علق فيه انتقال الملكية على دفع الأقساط.

وكذلك الأمر في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، إذ نص على أنه عقد بيع معلق على شرط واقف لا عقد إيجار في المادة ١/٥١٣ من قانون المعاملات المدنية ونصها هو: «١ - يجوز للبائع إذا كان الثمن مؤجلاً أو مقسطاً أن يشترط تعليق نقل الملكية إلى المشتري حتى يؤدي جميع الثمن ولو تم تسليم المبيع»^(٢).

كما أنه لا يمكن اعتبار هذا العقد إيجاراً وفقاً لنص المادة ١/٢٥٧ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي: إذ نصت على أنه «١- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني». وكذلك من الشروط المفسدة للعقود باعتباره عقدين في عقد واحد «صفقتين في صفقة»^(٣). أما في قانون المعاملات التجارية الإماراتي رقم ١٨ الصادر سنة ١٩٩٣م فقد حسم الأمر في هذا النوع

(١) د. إسماعيل غانم، عقد البيع، ص ٢٣ - د. عبدالمنعم البدراري، الوجيز في عقد البيع، رقم ٢٣ و ٢٤ - د. توفيق حسن فرج، البيع رقم ٢٤.

(٢) د. عبدالخالق حسن، عقد البيع، المرجع السابق، ص ١٩. - انظر كذلك في القانون: د. حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع في القانون المدني الكويتي، جامعة الكويت سنة ١٩٨٩، رقم ٤٩-٥٠.

(٣) انظر الفتاوى الهندية تأليف الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، وبهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزارية، دار إحياء التراث الإسلامي، بيروت، سنة ١٩٨٦، ج ٣، ص ١٣٤.

من العقود تحت نص المادة ١٢١ على أنه «تسري أحكام البيع بالتقسيط المنصوص عليها في المواد السابقة ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً»، فعَدَّ المشرع هنا أن البيع الإيجاري عقد بيع بالتقسيط حسماً لكل خلاف حول طبيعته من الناحية القانونية، ولا محل للبحث عن نية المتعاقدين وإخضاع العقد لأحكام البيع أو الإيجار حسب الأحوال بل يَكَيَّفُ العقد على أنه عقد بيع ابتداءً أو انتهاءً.

اعتبار الفقه الإسلامي المعاصر للإجارة المنتهية بالتملك:

إلا أن الفقه الإسلامي المعاصر عدَّ الإجارة المنتهية بالتملك جائزة، وهي محل تعامل المصارف الإسلامية.

فقد أجازها العلماء في الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي المنعقدة في الكويت في الفترة من ٧-١١/٣/١٩٨٧م، حيث عدَّتْها إجارة وهبة مع مراعاة الضوابط التالية:

- ١ - ضبط مدة الإجارة وتطبيق أحكامها عليها طوال تلك المدة.
 - ٢ - تحديد مقدار كل قسط من أقساط الأجرة.
 - ٣ - نقل الملكية إلى المستأجر في نهاية المدة بوساطة وهبها له تنفيذاً لوعده سابق بذلك بين البنك (المالك) والمستأجر^(١).
- وقد جاء في الدورة الخامسة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت في الفترة من ١-٦ جمادى الأولى ١٤٠٩هـ الموافق ١٠-١٥ ديسمبر ١٩٨٨م.

بعد اطلاعه على البحوث المقدمة من الأعضاء والخبراء في موضوع الإيجار المنتهي بالتملك، واستماعه للمناقشات التي دارت حوله، وبعد الاطلاع

(١) انظر: د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى ١٩٩٦، ص ٢٨٤.

على قرار المجمع رقم ١٣ (٣/١) في الدورة الثالثة، بشأن الإجابة عن استفسارات البنك الإسلامي للتنمية، فقرة (ب) بخصوص عمليات الإيجار.

قرر ما يلي:

أولاً: الأولى الاكتفاء عن صور الإيجار المنتهي بالتمليك ببدائل أخرى منها، البديلان التاليان:

(الأول): البيع بالأقساط مع الحصول على الضمانات الكافية.

(الثاني): عقد إجارة مع إعطاء المالك الخيار للمستأجر بعد الانتهاء من وفاء جميع الأقساط الإيجارية المستحقة خلال المدة في واحد من الأمور التالية:

— مد مدة الإجارة.

— إنهاء عقد الإجارة ورد العين المؤجرة إلى صاحبها.

ثانياً: هناك صور مختلفة للإيجار المنتهي بالتمليك تقرر تأجيل النظر فيها إلى دورة مقبلة، بعد تقديم نماذج لعقودها وبيان ما يحيط بها من ملاسبات وقيود، بالتعاون مع المصارف الإسلامية، لدراستها وإصدار القرار في شأنها^(١).

ثانياً: بيع الوفاء:

في بيع الوفاء لا يكون المشتري مالكا للمبيع، وبناءً عليه فللبائع وفاء أن يرد الثمن ويأخذ المبيع، وكذلك للمشتري أن يرد المبيع للبائع ويسترد منه الثمن.

إن البيع وفاء عقد غير لازم، وللبيع أن يسترد من المشتري المبيع ولو بعد مضي المدة المحددة ويجبر المشتري على قبول الثمن ورد المبيع لأن المنفعة في هذه المدة حق للبائع وللبيع إسقاط حقه. ولا يجوز له استرداد المبيع من دون رد الثمن^(٢).

وهو عقد غير جائز عند جمهور الفقهاء.

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة، العدد الخامس، الجزء الرابع، ص ٢٥٩٣.

(٢) العلامة علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، الكتاب الأول: البيوع، ص ٣٦٤. والمواد ٣٩٦ حتى ٤٠٣ من المجلة.

وقد يقول قائل إن المشاركة المنتهية بالتملك تشبه بيع الوفاء فلا تجوز شرعاً، ووجه الشبه أن المصرف اشترى حصة في الشركة، ويستفيد منها إلى حين تسديد الشريك الآخر لثمن تلك الحصة كما في بيع الوفاء؛ الدائن اشترى عيناً من المدين فينتفع بها إلى حين تسديد المدين الدين.

إلا أن الصحيح أن الشركة المنتهية بالتملك لا تشبه بيع الوفاء، لأن المشتري في بيع الوفاء يكون مالكاً وغير مالك، فهو مالك بمقتضى العقد، وغير مالك بمقتضى الشرط الذي يلزمه برد المبيع إلى المدين عند سداد الدين، ومن ثم فالعقد معيب والشرط مناقض لمقتضى العقد، أما المصرف في الشركة المنتهية بالتملك فهو شريك يتمتع بجميع حقوق الشريك، ويلتزم بجميع التزاماته، وكل ما تضمنته هذه المعامل وعد من المصرف بأن يبيع حصته للشريك إذا توافر لديه المبلغ الذي يشتري به^(١).

ثالثاً: شركة المحاصة:

إذا استعرضنا المواد الخاصة بقانون الشركات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة (قانون ٨ لسنة ١٩٨٤م)، فقد نصت المادة (٥) من قانون الشركات على أنواع الشركات^(٢).

وجاء بعدها في نص المادة (٦) من قانون الشركات التجارية بأن «كل شركة لا تتخذ أحد الأشكال المشار إليها في المادة السابقة تعتبر باطلة ويكون الأشخاص الذين تعاقدوا باسمها مسؤولين شخصياً وبالتضامن عن الالتزامات الناشئة عن هذا التعاقد. وتسري أحكام هذا القانون على الشركات ولو كانت تحت أي اسم آخر ما دام نشاطها الذي تمارسه يخضع لأحكام هذا القانون».

(١) د. محمد عثمان شبير، المرجع السابق، ص ٢٩٤-٢٩٥. د. أميرة مشهور، الاستثمار في الاقتصاد الإسلامي، ط١، مكتبة عبداللطيف مديولي، القاهرة ١٩٩١، ص ٢٨٩.

(٢) حيث تنص المادة ٥ من قانون الشركات التجارية على أنه «يجب أن تتخذ الشركة التي تؤسس في الدولة أحد الأشكال الآتية: ١- شركة التضامن، ٢- شركة التوصية البسيطة، ٣- شركة المحاصة، ٤- شركة المساهمة العامة، ٥- شركة المساهمة الخاصة، ٦- الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ٧- شركة التوصية بالأسهم».

وإذا حاولنا البحث عن أقرب شكل للشركة المتناقصة من أشكال الشركات المذكورة فلا بد من التعرف على أهم عناصر الشركة لتقريبها من غيرها، فإذا عرفنا أن الشركة المتناقصة عادة ما ينص في نموذج عقد هذه الشركة، على أنها تتكون من طرفين: المصرف، والشخص الطبيعي الآخر (كما هو محل بحثنا صاحب الأرض). ويقوم المصرف بتمويل صاحب الأرض عن طريق المشاركة المتناقصة، وينص عادة على أن حق استغلال منفعة البناء مفوض إلى المصرف الإسلامي الممول، وهو عادة ما يكون تفويضاً مطلقاً عاماً وشاملاً، ولا يجوز لصاحب الأرض الرجوع عن هذا التفويض^(١).

وإذا عرضنا تعريف شركة المحاصة وفقاً للمادة ٥٦ من قانون الشركات التجارية فهي: «شركة المحاصة هي الشركة التي تنعقد بين شريكين أو أكثر لاقتسام الأرباح والخسائر عن عمل تجاري أو أكثر يقوم به أحد الشركاء باسمه الخاص. وتكون الشركة مقصورة على العلاقة بين الشركاء، ولا تسري في حق الغير، ويجوز إثبات شركة المحاصة بكل طرق الإثبات».

ويفضل بعض الاقتصاديين هذه الشركة لضمان ممارستهم التجارة دون الإفصاح عن أسمائهم والتخلص من الشكليات التي يتطلبها إبرام عقد الشركة، وقد تقوم الشركة لممارسة عمل واحد وقتي، وقد تقوم لمباشرة عمل ذي أجل طويل كاتفاق مهندس معماري مع مقاول على تشييد المباني وإصلاحها واقتسام ما ينشأ عن ذلك من ربح أو خسارة^(٢).

ومن ثم فإن ما يميز شركة المحاصة أنها شركة أشخاص، أي أنها تقوم على الاعتبار الشخصي بين الشركاء والثقة المتبادلة بينهم، بل إن الاعتبار الشخصي هنا أكثر وضوحاً منه بالنسبة لبقية الشركات، حيث لا تقوم الشركة

(١) انظر نموذج عقد مشاركة متناقصة، منشور لدى د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٢٩٦-٢٩٩.

(٢) د. حسين غنایم، الشركات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة، ص ١٢٧.

إلا بين الشركاء ولا وجود لها أمام الغير، ويترتب على ذلك عدم قابلية الحصص للتنازل^(١).

وشركة المحاصة شركة مستترة، أي أنه لا وجود للشركة إلا فيما بين الشركاء، ولا وجود لها في مواجهة الغير، فإذا قام من يمثلها بالتعامل مع الغير، فإنه يتعامل باسمه الخاص، حيث إنه لا يمثل شخصاً معنوياً^(٢).

ولا يعني ذلك أن شركة المحاصة شركة واقعية وإنما هي شركة ذات وجود قانوني^(٣)، وإذا كانت شركة المحاصة لا تكتسب الشخصية المعنوية، وهي من ثم لا تمثل ذمة مالية إلا أن الشركاء قد يتفقون على خلاف ذلك^(٤).

وواقع الأمر أن اتفاقهم لا يخرج عن أحد فروض ثلاثة:

أولها: قد يتفقون على احتفاظ كل شريك بملكيتة للحصة التي قدمها، وهو الأمر الغالب^(٥). وإذا كانت الحصة معينة على وجه الخصوص فإنها تبقى على ملك صاحبها وتهلك على عاتقه هو، وذلك ما لم يرجع الهلاك لمخاطر الاستغلال المشترك، ويستطيع استردادها بعينها عند انتهاء الشركة^(٦).

وثانيها: قد يتفقون على نقل ملكية هذه الحصص إلى مدير المحاصة الذي يتولى استغلالها لصالح الشركة لا لصالحه الخاص. ويلجأ الشركاء إلى هذا الطريق عادة لتسهيل استغلال أموال الشركة. ويتعين عليهم عندها اتباع إجراءات نقل الملكية المقررة قانوناً.

(١) د. حسين غنايم، المرجع السابق، ص ١٢٨. - د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، ط ١٩٨٩، ص ٢٠٣.

(٢) د. فايز نعيم رضوان، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٢٠٣ وما بعدها.

(٣) المادة ٥٧ من قانون الشركات.

(٤) د. حسين غنايم، المرجع السابق، ص ١٢٩.

(٥) المادة ٥٩ من قانون الشركات في دولة الإمارات العربية المتحدة.

(٦) د. حسين غنايم، المرجع السابق، ص ١٢٩. - د. فايز نعيم رضوان، المرجع السابق، ص ٢٠٥.

وثالثها: قد يتفقون على بقاء الحصص مملوكة بينهم على سبيل الشيع، بحيث يكون لكل منهم نصيب في كل الحصص^(١).

فهي إذن شركة تقوم بين طرفين أو أكثر ويتم اقتسام الأرباح والخسائر فيما بينهم كما هو الأمر في الشركة المتناقصة.

وهي مقصورة في علاقتها بين الشركاء، ولا تسري في حق الغير وفقاً للقواعد المطلوبة للشهر والتسجيل، وشركة المحاصة والمتناقصة لا تحتاج إلى تسجيل وتتم في المصرف الإسلامي، ولا يمنع من أن تكون لها شخصية اعتبارية يمكن قيامها دون تسجيل، فقد نصت المادة ٩٥٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن:

« ١ - تعتبر الشركة شخصاً اعتبارياً بمجرد تكوينها.

٢ - ولا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات التسجيل والنشر التي يقررها القانون.

٣ - ولكن للغير أن يتمسكوا بهذه الشخصية رغم عدم استيفاء الإجراءات المشار إليها». ومن ثم نرى النتيجة أن الشركة المنتهية بالتملك وفقاً لقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة جائز أن تقوم باعتبارها شركة محاصة - وإن كانت كما سنرى لا بد أن تخضع للأنظمة القائمة في دولة الإمارات سواء الاتحادية منها أو المحلية.

الفرع الثالث

مدى توافق عقد المشاركة المتناقصة محل التعليق

مع قوانين دولة الإمارات العربية المتحدة

بداية نؤكد أن النظام المصرفي الإسلامي قد قام بتطوير الوسائل المصرفية القائمة في البنوك الربوية بغية تحقيق الالتزامات الشرعية وتحقيق الربح الحلال أيضاً، وهو لم يتجمد عند هذا الحد، بل قام بتطوير الأنظمة

(١) د. حسين غنايم، المرجع السابق، ص ١٣٠.

والأفكار المالية الإسلامية التي نشأت في ظل عصور وبيئات سابقة، وقد طبقها وهو يرمي إلى جانب ما ذكرنا إلى أن تتكشف من التطبيق العيوب أو أن يؤول التطوير والتنظيم إلى شيء من الانحراف مما يقتضي إعادة النظر فيه وتهذيبه. ولهذا قيل إن النشاط المصرفي محموداً وضرورياً بدلالة غاياته وأهدافه ومرفوضاً من حيث وسيلته من الأحكام الإسلامية، فقد اتجهت أنظار المسلمين حديثاً نحو العمل على إعادة صياغة هذا النشاط بوسائل إسلامية بدلاً من رفضه كلياً رفضاً لا ينسجم مع تعاليم الدين الإسلامي نفسها التي تتصف بالمرونة، مما يجعلها صالحة لكل الأزمان والبيئات مهيئة للإنسان وسائل رغد العيش وحسن التواءم^(١).

ولهذا فإن المشرع في دولة الإمارات العربية المتحدة لم يتوان منذ سنين كثيرة من أن يصدر قانوناً اتحادياً لينظم العمليات المصرفية الإسلامية ويتيح لها من الوسائل ما لا يتاح لغيرها من المصارف المعتادة.

فصدر القانون الاتحادي رقم (٦) لسنة ١٩٨٥م في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية، وحتى لا نبتعد عن موضوعنا، فقد نصت المادة (٣) من القانون على أنه:

«١ - يكون للمصارف الإسلامية الحق في مباشرة جميع أو بعض الخدمات والعمليات المصرفية والتجارية والمالية والاستثمارية، كما يكون لها الحق في مباشرة جميع أنواع الخدمات والعمليات التي تباشرها المصارف المنصوص عليها في القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م (قانون المصرف المركزي والنظام النقدي وتنظيم المهنة المصرفية) المشار إليه ودون التقيد بالمدد الواردة فيه سواء تمت هذه الخدمات أو العمليات لحساب المصرف الإسلامي أو لحساب الغير أو بالاشتراك معه. ويكون للمصارف الإسلامية أيضاً الحق في تأسيس الشركات والإسهام في مشاريع قائمة أو تحت التأسيس شرط أن يكون نشاطها متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية.

(١) د. غسان قلعاوي، المصارف الإسلامية ضرورة عصرية لماذا؟ وكيف؟، دار المكتبي ط ١، ١٩٩٨، دمشق، ص ١٠.

٢ - ويكون للمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية الحق في القيام بعمليات التسليف والإقراض وغيرها من العمليات المالية، وكذلك الإسهام في مشاريع قائمة أو تحت التأسيس، واستثمار أموالها في القيم المنقولة وتلقي الودائع النقدية لاستثمارها طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية».

فوفقاً لهذا النص من القانون، فإنه قد أعطى للمصارف الإسلامية الخاضعة لهذا القانون حرية في التعامل أوسع بكثير من المصارف المعتادة التي يكيف عملها في صورة الإقراض والاقتراض^(١).

فلها أن تشتري وتبيع بقصد الربح أو أن تكون في صورة المقاول أو المضارب أو المؤجر أو المستثمر وغير ذلك من العقود التي يقصد منها الربح. على أن تكون هذه النشاطات وغيرها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية. وألا تكون متناقضة مع القوانين المطبقة والمعمول بها في دولة الإمارات العربية المتحدة، فقد نصت المادة الثانية من القانون الاتحادي في شأن المصارف والمؤسسات الإسلامية على أن «٢- وتخضع هذه المصارف والمؤسسات والشركات للقانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م، وللقانون الاتحادي رقم (٨) لسنة ١٩٨٤م المشار إليهما ولغيرهما من القوانين والنظم المعمول بها في الدولة ولقواعد العرف السائدة، وذلك كله فيما لم يرد في شأنه نص خاص في هذا القانون».

وإذا كان الأصل أن على البنوك الالتزام بما جاء في قانون المصرف المركزي الاتحادي، بحيث لا يجوز لها إجراء المعاملات التي تقوم بها الشركات التجارية إلا ما نص عليه في قانون المصرف المركزي، فإن قانون المصارف الإسلامية قد استثنى البنوك الخاضعة له صراحة من ذلك فقد نصت المادة ٤ من قانون المصرف على الآتي:

» - تستثنى المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية التي تؤسس في الدولة، وفروع ومكاتب المصارف والمؤسسات المالية

(١) د. علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف، ص ٢٤٥-٢٤٦.

والشركات الاستثمارية الإسلامية الأجنبية التي يرخص لها بالعمل داخل الدولة، من أحكام البند (أ) من المادة (٩٠) والبند (هـ) من المادة (٩٦) من القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م المشار إليه.

٢ - وتستثنى تلك الجهات من أحكام البند (ب) من المادة (٩٠) من القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م المشار إليه، وذلك بما لا يتعارض مع أحكام التشريعات المعمول بها في الإمارة المعنية».

على افتراض أن هذه الشركة (المنتهية بالتمليك) قد قامت عن طريق العقد. وبناء على السماح الذي منحه قانون المصارف والمؤسسات الإسلامية، في قيامها بالشكل الإسلامي المنبثق من الفقه واجتهاداته، إلا أنها يجب أن تكون في الحدود المقبولة وفقاً للقوانين المطبقة في دولة الإمارات العربية المتحدة.

وأن المقصود في القانون الاتحادي رقم (١٠) لسنة ١٩٨٠م الذي أشارت إليه المادة السابقة: فقد نصت المادة (٩٠) في البند الأول من قانون المصرف المركزي على الآتي:

«يحظر على المصارف التجارية أن تزاول أعمالاً غير مصرفية وبوجه خاص الأعمال الآتية:

أ - ممارسة التجارة أو الصناعة أو امتلاك البضائع والمتاجرة بها لحسابها الخاص ما لم يكن امتلاكها وفاء لدين لها على الغير. وعليها أن تقوم بتصنيفاتها خلال المدة التي يحددها المحافظ.

ب - شراء العقارات لحسابها الخاص فيما عدا الحالات الآتية:

- العقارات اللازمة لممارسة أعمالها أو لسكن موظفيها أو الترفيه عنهم.
- العقارات التي تمتلكها استيفاء لديونها، وعليها في هذه الحالة بيع هذه العقارات في غضون ثلاث سنوات، ويجوز تمديد هذه المهلة بقرار من المحافظ».

ونصت المادة (٩٦) من قانون المصرف المركزي والمصارف التجارية على أن:

« ١ - لمجلس الإدارة أن يعين بالنسبة إلى المصارف التجارية ما يأتي:

هـ - أسعار الفائدة التي تدفعها المصارف عن الودائع وأسعار الفوائد والعمولات التي تتقاضاها من عملائها».

كل هذه النصوص توضح لنا طرق تعامل المصرف الإسلامي مع عملائه، فإذا كان يحظر على المصارف التجارية ممارسة التجارة أو الصناعة أو امتلاك البضائع والمتاجرة بها لحسابها الخاص أو امتلاك العقارات إلا فيما أوضحتها المادة ٩٦/١ هـ من قانون المصرف المركزي، فإن للبنوك الإسلامية استخدام جميع هذه الطرق التي حظرت على المصارف التجارية، ومنها تملك العقارات والتصرف فيها.

إلا أن المشرع عندما تطرق إلى هذا الموضوع بالذات - ونقصد تملك العقارات والتصرف فيها - علم أن هناك قواعد تعد من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على خلافه لأمر قدرتها الحكومات المحلية رعاية لمصلحة أكبر وأعم من فتح الباب للمصارف الإسلامية للمتاجرة بها، ومن ثم فإنها مع الجواز في النص فإنها قيدت النص في المادة ٤/٢ من قانون المصارف الإسلامية بالقول: «... بما لا يتعارض مع أحكام التشريعات المعمول بها في الإمارة المعنية».

ومن المعلوم في الفقه الإسلامي أن للحاكم أن ينظم التعامل بين الناس بما يحقق المصلحة العامة، وهو أمر قد يختلف من زمن إلى آخر ومن مكان إلى آخر حسب الحاجة والضرورة، وهو ما يتوافق مع القاعدة الفقهية التي تقول: «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» وهو نص المادة (٥٨) من قانون المعاملات المدنية.

ومن ثم فإنه من الجائز أن نرى إحدى الإمارات تجيز التعامل والتصرف في الأراضي دون قيود - عدا القيود الواردة على البنوك التجارية - وفي هذه الحالة يجوز أن يجري المصرف الإسلامي أي معاملة متوافقة مع الشريعة

الإسلامية على هذه الأراضي والعقارات، ومنها عملية المشاركة المتناقصة أو المنتهية بتمليك العقار.

وقد نرى أن إحدى الإمارات تحظر ذلك وتستثني الحالات التي يأذن فيها الحاكم أو الجهة التي عينها القانون المحلي في شأن العقارات.

وهنا تكون المعاملة متوقفة على إذن من الجهة المختصة، فإذا لم يستطع صاحبها أن يحصل على الإذن تكون المعاملة باطلة. وإذا أذن له بالتصرف كان التصرف صحيحاً نافذاً.

ونرى ذلك في المطلب التالي من حيث كيف عالجت القوانين المحلية هذا الأمر.

المطلب الثالث

تنظيم الملكية العقارية

مما أثاره الحكم في الاستئنافين محل الدراسة أن البطلان للمعاملة ليس هو أن المعاملة هي قرض وليست شراكة، وإنما لأنه كان معها نقل ملكية عقارية لا تجيز القوانين المحلية في إمارة أبوظبي نقلها إلا وفق إجراء خاص لم يتخذ في هذه المعاملة، فهي، من ثم تكون باطلة.

ولا بد هنا أن نستعرض وضع الملكية العقارية في دولة الإمارات العربية المتحدة قبل الحكم على المعاملة.

فقد سعت الدولة دائبة إلى تنمية مصادر دخل المواطنين واقتصادات الدولة بأن أعدت في بعض الإمارات مساحات من الأراضي جعلتها صناعية أو تجارية، بحيث تكون الصناعية لإقامة المنشآت الصناعية، والتجارية لاستحداث المشروعات التجارية والمؤسسات التجارية أو المباني التجارية للإيجارات وغيرها، واستصلحت الأراضي الزراعية ووزعتها على المواطنين لزراعتها واستثمارها في هذا الجانب. وبانتشار هذه الأنواع من الاستثمارات تطورت النظرة إلى العقار كأساس قومي للبنية الاقتصادية، مما جعل الإمارات المختلفة تهتم بإصدار التشريعات المنظمة لاقتناء الأراضي أو التصرف فيها.

ومن ناحية أخرى لم يعد المجتمع الإماراتي هو ذلك المجتمع البسيط المتناسق الذي يحكمه الوازع الديني، بحيث تكفي الكلمة المعطاة لتسيير التعامل بين الناس، بل صار مجتمعاً خليطاً غير متجانس من أجناس مختلفة، وزادت وتنوعت المعاملات بين الناس وأخذت النزعة المادية سبيلها إلى نفوسهم. ومن ثم احتاج ضبط المعاملات العقارية إلى الإعلام بالتصرفات العقارية وضبط أولوياتها من خلال تسجيلها.

وتحقيقاً لهذه الأغراض صدر في إمارة الشارقة القانون رقم (١) لسنة ١٩٧٢م الخاص بنظام الشهر العقاري، كما صدرت لائحته التنفيذية لهذا القانون بالقرار رقم (١١) لسنة ١٩٧٢م. ثم صدر في إمارة دبي مرسوم في سنة ١٩٧٧م، يتعلق بمعاملات التصرف بالأراضي في إمارة دبي. ثم صدر في إمارة

أبوظبي القانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٩م في شأن تسجيل الأراضي بإمارة أبوظبي، المعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٠م.

وفي عام ١٩٨٥م صدر قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م، متضمناً تنظيم الملكية العقارية، ومقرراً انتقال ملكية العقار بالتسجيل. وهو قانون عام التطبيق على جميع إمارات الدولة. وبذلك صار انتقال الملكية العقارية خاضعاً للتسجيل في جميع إمارات الدولة، حتى بالنسبة للإمارات التي لم يصدر فيها تنظيم خاص للملكية العقارية.

وكما قلنا فقد صدرت في الإمارات عدة قوانين محلية تنظم انتقال الملكية عن طريق التسجيل، على التفصيل الذي ذكرناه، ثم توجت هذه القوانين بصدر قانون المعاملات المدنية عام ١٩٨٥م.

وقد نصت المادة ١٢٠٩ من قانون المعاملات المدنية على أن «١- الأراضي الموات تكون ملكاً للدولة. ٢- ولا يجوز تملك هذه الأراضي أو وضع اليد عليها بغير إذن من الدولة وفقاً للقوانين».

وقد أوضحت المادة ١٢١٠ معنى الأرض الموات بنصها على أن «الموات أرض لا اختصاص بها لا بملك ولا بانتفاع، ويحصل الاختصاص إما بإحيائها أو بصيرورتها حريماً لبلد أو بئر أو شجر أو دار».

وبينت المادة ١٢١١ شرط الإعمار بالنص على أنه «من أحيأ أو عمّر أرضاً من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة كان مالكاً لها. ٢ - وللسلطة المختصة أن تأذن بإحياء الأرض على أن ينتفع بها فقط دون تملكها».

ونصت المادة ١٢١٥ على أنه «١- من ملك أرضاً بشراء أو إرث أو هبة ممن أحيأها ثم اندرست، فإنها لا تخرج عن ملكه باندراسها ولو طال زمن اندراسها. ٢- وإن أحيأها غيره فلا يملكها بإحيائه لها إلا لحيازة توافرت شروطها»^(١).

ويتضح من هذه النصوص ما يأتي:

(١) معنى اندرس، درس درساً، ودروساً: عفا وزهد أثره وتقادم عهده، المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية.

١ - أن المشرع قد أقر ما تم من تملك للأراضي والأموال العقارية الأخرى قبل صدور القوانين المحلية المنظمة لنقل الملكية عليها وقانون المعاملات المدنية عن طريق الإحياء أو الميراث أو عن طريق التصرفات القانونية، كالوصية أو عقود البيع والهبة ونحوها. أما الأراضي التي لم يتم إحيائها بعد ولم تصبح من ثم مملوكة بالفعل لشخص أو آخر، وفقاً للأوضاع التي كانت قبل قيام الدولة، والمستمدة أساساً من الشريعة الإسلامية، فقد عدّها ملكاً للدولة.

٢ - أن المشرع قد أبقى على إحياء الأرض الموات كطريق لاكتساب ملكية هذه الأرض ملكية فردية. لكنه استلزم للقيام بذلك الحصول على إذن من الدولة، باعتبارها المالك الوحيد لجميع الأراضي التي لم يتم إحيائها وفقاً للأوضاع المرعية في كل إمارة. ومن هنا فقد عرفت هذه الأراضي بالأراضي الممنوحة وفقاً للاصطلاح الذي عبرت به القوانين المحلية والوزارات الإدارية في البلديات.

٣ - أن حقوق المأذون له بإحياء الأرض عليها يحددها الإذن الممنوح له. فقد يخوله هذا الإذن حق تملك الأرض المأذون له بإحيائها ملكية تامة، وقد يخوله حق الانتفاع بها فقط، مع بقاء رقبته مملوكة للدولة.

٤ - يضاف إلى ذلك أن القوانين المحلية قد وضعت بنوداً على حرية التصرف في الأراضي الممنوحة، سواء على سبيل الملكية الكاملة أو على سبيل الانتفاع، ووفقاً لهذه العقود لا يجوز التصرف فيها مطلقاً في بعض الأحوال، ولا يجوز التصرف فيها إلا بإذن السلطة المانحة في الإمارة في أحوال أخرى، وفي هذه الأحوال الأخيرة يعدّ التصرف - كقاعدة عامة - تصرفاً غير نافذ ومعلقاً على شرط إجازته من السلطة التي تحددها القوانين والأنظمة المعمول بها في الإمارات، على التفصيل التالي:

إمارة أبوظبي:

(٤) نص القانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩م في شأن تسجيل الأراضي في إمارة أبوظبي في المادة الأولى منه على أنه «لا يجوز للمواطن الذي منح أرضاً صناعية أن يقوم ببيعها،

أما الأرض السكنية، أو التجارية، أو الزراعية، فلا يجوز لمالكها بيعها إلا بعد موافقة المجلس التنفيذي للإمارة، وبمراعاة ما يأتي:

- ١ - أن يتم البيع لمواطن.
 - ٢ - أن يوقع البائع على تعهد بعدم المطالبة بأرض عوضاً عن تلك الأرض التي يرغب في بيعها.
- ووفقاً لهذا النص يحظر حظراً مطلقاً التصرف في الأرض الممنوحة لإقامة مشروع صناعي، ويعد التصرف الذي يتم بالمخالفة لهذا الحظر باطلاً بطلاناً مطلقاً لا سبيل إلى تصحيحه.

أما الأرض السكنية أو التجارية أو الزراعية فالأصل فيها الحظر، لكن استثناء من هذا الحظر يجوز التصرف فيها بموافقة المجلس التنفيذي للإمارة مع مراعاة أن يكون التصرف لأحد مواطني دولة الإمارات العربية المتحدة، ويشترط أن يتعهد المتصرف بعدم المطالبة بأرض أخرى عوضاً عن الأرض التي تصرف فيها. وبديهي أن التعهد بعدم المطالبة بأرض عوضاً عن الأرض المتصرف فيها، إنما ينصرف إلى الأرض المخصصة للاستغلال ذاته الذي كانت الأرض المتصرف فيها مخصصة له وحده دون غيره؛ وإذا وافق المجلس التنفيذي على طلب البائع ببيعه لأرضه الزراعية كان البائع لا يحق له المطالبة بغيرها. وإن كان له الحق في المطالبة بأرض تجارية أو سكنية إذا لم يكن قد حصل على شيء من ذلك.

وقد قضت المحكمة الاتحادية العليا بأن «الطاعن الذي أقام دعواه على أساس أن العقد المبرم بينه وبين المطعون ضده هو عقد استغلال أرض مملوكة للأخير عن طريق استرداده نصفها السابق بيعه للغير ثم إقامته بناء على كامل المساحة نظير أيلولة ملكية نصف الأرض الآخر والبناء عليه، وإذا كان هذا الاتفاق يخالف المادة ١٠ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٧٩م في شأن تسجيل الأراضي المعمول به في إمارة أبوظبي والمعدل بالقانون رقم ٥ لسنة ١٩٨٠م والتي لا تجيز للمواطن الذي منح أرضاً سكنية أو تجارية أو زراعية أن يتصرف فيها لغيره من المواطنين إلا بعد موافقة المجلس التنفيذي، ذلك أن الطاعن لم

يدع حصوله على هذه الموافقة... فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان هذا الاتفاق فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون...»^(١).

كذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا بأنه «لما كان الثابت من كتاب قسم التخطيط والمساحة ببلدية الشارقة المؤرخ ١٠/٥/١٩٩٠م أن الأرض التي باعها الطاعنان هي من نوع المنحة المحظور تداولها مما مؤداه بطلان كل تصرف يتم بالمخالفة لذلك وانعدام أثره بالنسبة للمتعاقدين، مما يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، لما كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأدلة سائغة في حدود سلطتها الموضوعية عدم قيام دليل على ما قال به الطاعنان من أن العرف جرى على خلاف ذلك، وانتهت من ذلك إلى بطلان العقد الذي انصب على تلك الأرض جزاء مخالفة حظر التصرف فيها، فإن نعي الطاعنين بما لا يغير من هذه النتيجة يكون غير منتج وبالتالي غير مقبول، ويكون النعي برمته على غير أساس»^(٢).

(١) طعن رقم ٢٩ لسنة ١٦، نقض مدني، جلسة ٢٠/١١/١٩٩٤، المحكمة الاتحادية العليا، أبوظبي، غير منشور. وطعن رقم ١٨٥ لسنة ١٧ ق.ع، نقض شرعي مدني، جلسة ٢٠/٤/١٩٩٦، المحكمة الاتحادية العليا، أبوظبي، غير منشور.

(٢) طعن رقم ٢٢٦ لسنة ١٤ القضائية، مدني، بتاريخ ٦ يوليو سنة ١٩٩٣، منشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن المواد المدنية والتجارية والشرعية والأحوال الشخصية، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة ١٥، عدد ٢، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥، قاعدة رقم ١٨٧، ١١٦٥-١١٦٨. وكذلك حكم محكمة تمييز دبي والتي قررت الآتي: «إن هذا النعي غير مقبول، ذلك أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدعوى بالنسبة للمطعون ضدهم الثلاثة الأول على دعامتين مستقلتين أولهما أن الطاعنة لم تحصل على موافقة صاحب السمو الحاكم على تملكها لقطعة الأرض المباعة لها...»، طعن بالتمييز بدبي، رقم ٣٢/٩٠، جلسة ٢٨/١/١٩٩١، حكم غير منشور. كذلك الطعن رقم ٨٣ لسنة ١٥ القضائية، المحكمة الاتحادية العليا، بتاريخ ٥/١٢/١٩٩٣، مجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المواد المدنية والتجارية، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة ١٥، العدد الثالث، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥، قاعدة رقم ٢٥٣، ٢١٤٩٢-١٥٠١. والطعن رقم ٣٤ لسنة ١٥ القضائية، شرعي، جلسة ٢٥/١٢/١٩٩٣، المحكمة الاتحادية العليا، منشور بمجموعة الأحكام الصادرة عن دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية المدنية، مطبوعات جامعة الإمارات، السنة ١٥، العدد الثالث، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥، قاعدة رقم ٢٦٩، ص ١٥٨٠-١٥٨٤.

وكذلك ما قضت به محكمة تمييز دبي من أنه «لئن كان الأصل أن الملكية وغيرها من الحقوق تنتقل بالعقد متى استوفى أركانه وشروطه طبقاً للقانون، إلا أن ملكية العقار وسائر الحقوق العينية العقارية الأخرى لا تنتقل فيما بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل، فإذا ما تم التسجيل انتقلت الملكية وأصبحت نافذة في حق الغير من تاريخ التسجيل، وذلك وفقاً لنص المادتين ١٢٧٥ و ١٢٧٧ من قانون المعاملات المدنية الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م»^(١).

إمارة دبي:

٥) وبخصوص الأراضي الممنوحة للمواطنين في إمارة دبي، فقد جاء في التعليمات الخاصة بها الآتي:

«نحن مكتوم بن راشد آل مكتوم، حاكم دبي، نقرر إصدار التعليمات التالية:

أولاً: يحظر التصرف بالأراضي الممنوحة أو التي تمنح من الحكومة للمواطنين في إمارة دبي بطريق البيع أو الرهن أو الهبة أو المبادلة أو الاستثمار بالاشتراك مع الغير أو الإجارة لمدة طويلة تزيد على ثلاث سنوات، إلا بإذن خاص من الحاكم.

ثانياً: يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً أي تصرف يتم خلافاً لأحكام البند الأول»^(٢).

والواضح من البند أولاً في هذه التعليمات أن الحاكم قد حظر التصرف في الأراضي الممنوحة من حكومة دبي بأي تصرف يؤدي إلى نقل ملكيتها إلى غير مالكيها كالبيع أو الهبة، بل حتى ولو كان نقل ملكيتها إلى الشخص الاعتباري الذي يملكه المالك أو يملك حصة فيه، أو بأي تصرف يؤدي إلى إنشاء حق

(١) محكمة تمييز دبي في الطعن رقم ٩٠/٣٢، بجلسة ١٩٩١/١/٢٧، حكم غير منشور.

(٢) تعليمات بشأن الأراضي الممنوحة من الحكومة للمواطنين في إمارة دبي، صدر في دبي بتاريخ ١٥ ربيع الثاني ١٤١٥هـ الموافق ٢٠ سبتمبر ١٩٩٤، حكومة دبي، الجريدة الرسمية، العدد ٢١٥، السنة ٢٨، ٥ جمادى الثانية ١٤١٥هـ الموافق ٨ نوفمبر ١٩٩٤م، ص ٩.

عيني آخر عليها كحق الرهن. أكثر من ذلك فقد حظر حتى مجرد تأجيرها إذا ما كانت مدة الإيجار تزيد على ثلاث سنوات.

ومع أن صدر هذا النص الأول المعنون أولاً قد جاء معبراً بالخطر، مما يفيد بطلان التصرف المخالف له، إلا أن نهاية النص قد صرفته عن هذا المعنى، عندما أجازت التصرف إذا أذن به حاكم الإمارة. ومن ثم فإن أي تصرف من التصرفات السابقة يعد موقوفاً على إذن الحاكم، أي غير نافذ، فإذا أذن صح التصرف، وإذا لم يأذن بطل هذا التصرف. وإذا كان الإذن لا بد أن يسبق التصرف فإنه لا مانع من إجازة التصرف إذا تم قبل أخذ الإذن، فالإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

ولكن البند ثانياً من التعليمات ينص على أن التصرف يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً إذا ما تم على خلاف ما جاء في البند الأول، وهذا ما يوهم أن التصرف قبل الإذن - كما جاء في البند الأول - يقع باطلاً، وأن هذا البطلان لا ترد عليه الإجازة لأنه والعدم سواء.

ومع ذلك فيبدو لنا عدم إمكان مجازاة هذا التصور للاعتبارات التالية:

١ - أن التصرف غير المأذون به من الحاكم مسبقاً هو تصرف قائم بالفعل ومستكمل لمقومات وجوده؛ لأن بطلانه إنما يرجع إلى علة خارجة عنه وليس إلى وجوده في ذاته.

٢ - إنه إذا كان من المسلم به أن البطلان المطلق لا تلحقه الإجازة، فالمقصود بالإجازة في هذا المقام هو الإجازة الصادرة من أحد طرفي التصرف، وذلك بالنظر إلى أن المصلحة المراد حمايتها بالبطلان لا تتعلق بأي من الطرفين، وإنما هي مصلحة عامة. وليس الحال كذلك في هذا الفرض المعروض، حيث لا يتعلق الأمر بإجازة أحد طرفي التصرف، وإنما يتعلق بإجازة الغير الذي أنيط به تقدير المصلحة العامة.

٣ - إن الإذن السابق والإجازة اللاحقة كلاهما يصدر من شخص واحد هو الحاكم. ومن ثم فهما يحملان قيمة قانونية واحدة في هذا المقام.

وأياً ما كان الرأي فإن التصرف الذي يجريه المتصرف لا يكون قابلاً للتسجيل إلا بعد الحصول على الإذن المطلوب^(١).

النتائج المستخلصة

يبدو بعد دراسة هذا الحكم وما تناولته بالبحث من موضوعات، فإنني أنتهي إلى التالي:

١ - نعلم أن العقود غير المسماة أو المركبة هي موضوع قديم إلا أن التطور الاقتصادي والبحث الإنساني الدائم عن حلول لمشكلات التعامل أوجد أنواعاً كثيرة من هذه العقود. وكانت المصارف الإسلامية والمجامع الفقهية لها حصة كبيرة في هذا المجال، ومن ثم فلا بد من الجهد القضائي المتخصص من الاطلاع على هذا التطور العملي للمعاملات كالمراjbات المصرفية والمرابحة المتداخلة مع المضاربة وعقود المشاركات وعقود الاستصناع... إلخ.

والقاضي في سبيل ذلك عندما يعرض قضية بهذا النوع لا بد من الحيطة والحذر في استقصاء إرادة المتعاقدين وألا يتكل على الإفصاح من إحدهما دون الأخرى، وأنه إذا استعصى عليه ذلك لا بد من استظهار الإرادة عن طريق دراسة البيئة المحيطة بها، ومنها كما ذكرنا سابقاً النظام القانوني الذي تخضع له، كالنظام الأساسي للمصارف، ولا يجوز تكييفها بما يتعارض مع كل ذلك.

(١) وقد ورد أمر من حاكم دبي في هذا الصدد، وهو كما يلي:

«نحن مكتوم بن راشد آل مكتوم، حاكم دبي، نأمر بما يلي:

أولاً: يحظر على الكاتب العدل فيما يتعلق بالأراضي الممنوحة أو التي تمنح من الحكومة للمواطنين في إمارة دبي تحرير أو التصديق على توقيع أي عقد أو اتفاقية أو أي مستند آخر يتعلق بالتصرف في هذه الأراضي، وبشكل خاص البيع والرهن والهبة والاستثمار بالاشتراك مع الغير والإجارة الطويلة لمدة تزيد على ثلاث سنوات، إلا بعد الحصول على موافقة دائرة الأراضي والأملاك في دبي، ويشمل هذا الحظر أية وكالة بشأن هذه التصرفات»، منشور في الجريدة الرسمية، حكومة دبي، عدد ٢١٥، السنة ٢٨، ٨ نوفمبر ١٩٩٤.

٢ - إن التقريب الذي انتهت إليه بين المشاركة المتناقصة وشركة المحاصة قد يكون هو الأقرب إلى القبول وخصوصاً أن هذه المشاركة ليس لها شخصية اعتبارية بقدر كونها حلاً إسلامياً لمعاملات مستعصية لا يمكن حلها بسهولة، والهدف الآخر هو الربح لكلا الطرفين بشكل أو بآخر، والأصل أنهما مستتران ويكون أحد أصحابها هو الظاهر في العمل التجاري.

٣ - إن ما ذكرناه من وجوب مراعاة القوانين المحلية وكما ذكرته القوانين - ومنها قانون المصرف المركزي وقانون المؤسسات والمصارف الإسلامية- وأيضاً إن ما ذكر في نصوص عقد القانون رقم (٥) لسنة ١٩٨٠م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم (١١) لسنة ١٩٧٩م في شأن تسجيل الأراضي في إمارة أبوظبي - من أن من منح أرضاً لا يجوز له بيعها إلا بعد موافقة المجلس التنفيذي للإمارة.

فإننا لو تتبعنا الحكمة من هذا القانون، وهي الحد من نقل ملكية الأراضي الممنوحة من الحكومة والتي قصد من توزيعها ومنحها الجانب الاجتماعي، وحتى يحول دون أن تتحول إلى ظاهرة متاجرة فيها، وأيضاً رغبة السلطة في عدم تركيز الأراضي في أياد محدودة، وهم القادرون على الشراء. ومن ثم كانت الصيغة اللفظية للقانون قد جاءت بعنوان البيع. ولكن الحظر هو جميع التصرفات الناقلة للملكية العقارية سواء أكانت بيعاً أم هبة أم شركة أم غيرها من التصرفات الناقلة للملكية.

والله نسأل التوفيق!!!