جمهورية العراق
وازارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون

الإطار القانوني للتمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية

ـدراسة مقارنةـ

اطروحة تقدم بها الطالب

وضاح جواد كاظم

إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص

بإشراف

أ. د إبراهيم إسماعيل الربيعي

١٤٤٧ هـ ٢٠٢٥ مـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾

صدق الله العظيم

(سورة البقرة: من الآية ٢٣٣).

الشكر والعرفان

الحمد لله الذي وفقني وأعانني على إتمام هذه الرسالة، فله الحمد والشكر أولا وآخرا.

أتقدم بجزيل الشكر والامتنان إلى استاذي الاستاذ الدكتور ابراهيم الربيعي على قبوله الإشراف على أطروحتي ولم يبخل علي بعلمه وتوجيهاته السديدة، فكان نعم الداعم والموجه في كل مراحل البحث.

وأتقدم بعظيم الشكر والعرفان للأساتذة اعضاء لجنة المناقشة، لتفضلهم بالاشتراك في مناقشة وتحكيم هذه الاطروحة بالرغم من كثرة مسؤولياتهم، مما اعطى الباحث الفرصة لينهل من فيض علمهم، وكريم عطائهم، وتوجيهاتهم السديدة وملاحظاتهم القيمة فلهم مني عظيم الشكر والتقدير والاحترام .

ولا يفوتني أن أعبر عن بالغ امتناني لعائلتي العزيزة، التي كانت السند الدائم لي، ووفرت لي الدعم النفسي والمعنوي الذي لا يقدر بثمن.

كما أخص بالشكر زملائي وأصدقائي الذين شاركوني هذه الرحلة، وكانوا مصدر وعطاء إلهام وعطاء مستمر .

وأخيرًا، كل الشكر والعرفان لمؤسسين هذا الصرح العلمي والى كل اساتذتي في المرحلة التحضيرية لما بذلوه من جهد في تعليمي واعدادي لمرحلة البحث وأخيراً الشكر موصول لكل من مد لي يد العون، ولو بكلمة أو نصيحة، فجزاكم الله علي كل خير.

الاهداء

اهدي هذا الجهد المتواضع الى :

- **امير الانسانية الامام علي (عليه السلام) .**
- **البقية الباقية من ال محمد (صلى الله عليه واله وسلم) .**
- **عائلتي ملاذي وسكينتي وسعادتي .**

المستخلص

تتناول هذه الأطروحة بالدراسة والتحليل **الإطار القانوني لعقود المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية**، في ضوء غياب تنظيم قانوني دقيق ومتكامل لهذا النوع من العقود في التشريع العراقي، على الرغم من تزايد الاعتماد عليه كأداة تمويلية بديلة عن القروض التقليدية القائمة على الفائدة. وتعتمد المشاركة التمويلية، بصفتها إحدى صور التمويل الإسلامي، على مشاركة المصرف الإسلامي مع العميل في تمويل مشروع معين، على أساس تقاسم الأرباح والخسائر بحسب نسبة المساهمة.

تسعى الدراسة إلى **تأصيل الطبيعة القانونية لعقد المشاركة**، وبيان خصائصه وأحكامه، مع التمييز بينه وبين صيغ التمويل الإسلامي الأخرى كالمضاربة والمرابحة، وتحديد المتطلبات الشكلية والموضوعية اللازمة لصحته. وتتناول الأطروحة **مراحل تنفيذ عقد المشاركة التمويلية** من حيث التكوين، والإدارة، والمتابعة، وانقضائه سواء بطريق طبيعي أو استثنائي، مع بيان الآثار القانونية المترتبة على ذلك، لا سيما ما يتعلق بتوزيع الأرباح والخسائر، وحماية حقوق الأطراف.

وتنطلق الإشكالية الأساسية للبحث من **غياب تنظيم قانوني خاص بالمشاركة التمويلية في قانون المصارف الإسلامية العراقي رقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥**، ما أدى إلى تباين التطبيق العملي وفتح المجال لاجتهادات قد تفتقر إلى الانسجام أو الإلزام. وتفترض الدراسة أن هذا الغياب يؤثر سلبًا على فاعلية هذه الآلية التعاقدية ويحد من توظيفها الأمثل في تمويل المشاريع. كما تفترض أن التشريعات النافذة غير كافية لتغطية جميع جوانب المشاركة التمويلية، ما يستدعي **وضع تنظيم قانوني خاص ومتكامل** يتلاءم مع أحكام الشريعة الإسلامية ويواكب متطلبات البيئة المصرفية والاقتصادية المعاصرة في العراق.

وتعتمد الدراسة على **منهجية تحليلية ومقارنة**، حيث يتم تحليل النصوص القانونية العراقية ذات الصلة، ومقارنتها بالتجارب التشريعية لكل من مصر وفرنسا، بهدف استكشاف أوجه النقص والتميّز، والخروج بتوصيات تشريعية من شأنها تعزيز وضوح وفعالية الإطار القانوني لعقود المشاركة في المصارف الإسلامية.

المحتويات

جدول المحتويات

ت	العنوان	الصفحة
١.	**المقدمة**	١-٥
٢.	**الباب الأول** **الإطار القانوني لعمل المصارف الإسلامية وعقود المشاركة**	٦-٩٩
٣.	**الفصل الأول: التنظيم القانوني لعمل المصارف الإسلامية**	٧-٥٣
٤.	**المبحث الأول: ماهية المصارف الإسلامية**	٩-٢٩
٥.	المطلب الأول: التعريف بالمصارف الإسلامية ونشأتها	١٠-٢٠
٦.	الفرع الأول: التعريف الفقهي والتشريعي للمصارف الإسلامية	١٠-١٦
٧.	الفرع الثاني: نشأة المصارف الإسلامية	١٦-٢٠
٨.	المطلب الثاني: الأساس القانوني لعمل المصارف الإسلامية ونطاقها	٢١-٢٩
٩.	الفرع الأول: الطبيعة القانونية لعمل المصارف الإسلامية	٢١-٢٤
١٠.	الفرع الثاني: نطاق عمل المصارف الإسلامية	٢٥-٢٩
١١.	**المبحث الثاني: ذاتية المصارف الإسلامية**	٣٠-٥٣
١٢.	المطلب الأول: خصائص وأهداف المصارف الإسلامية	٣١-٤٠
١٣.	الفرع الأول: خصائص المصارف الإسلامية	٣١-٣٧
١٤.	الفرع الثاني: أهداف المصارف الإسلامية	٣٧-٤٠
١٥.	المطلب الثاني: التمييز بين المصارف الإسلامية والمصارف التقليدية	٤١-٥٣
١٦.	الفرع الأول: أوجه التشابه بين المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية	٤١-٤٥

١٧.	الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بين المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية	٤٥-٥٣
١٨.	**الفصل الثاني: ماهية عقد المشاركة ونطاقه القانوني**	٥٤-٩٩
١٩.	**المبحث الأول: مفهوم عقد المشاركة**	٥٥-٧٢
٢٠.	المطلب الأول: نشأة عقد المشاركة	٥٥-٦٢
٢١.	الفرع الأول: نشأة عقود المشاركة في العراق	٥٥-٦٠
٢٢.	الفرع الثاني: نشأة عقود المشاركة في فرنسا ومصر	٦٠-٦٢
٢٣.	المطلب الثاني: التعريف بعقد المشاركة بالتشريع والفقه	٦٢-٦٧
٢٤.	الفرع الأول: المعنى التشريعي لعقد المشاركة	٦٢-٦٤
٢٥.	الفرع الثاني: تعريف عقد المشاركة بالفقه القانوني	٦٥-٦٧
٢٦.	المطلب الثالث: خصائص عقد المشاركة وعيوبه	٦٧-٧٢
٢٧.	الفرع الأول: خصائص عقد المشاركة	٦٧-٧٠
٢٨.	الفرع الثني: العيوب القائمة على عقد المشاركة	٧٠-٧٢
٢٩.	**المبحث الثاني: التنظيم القانوني لعقد المشاركة**	٧٢-٩١
٣٠.	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لعقد المشاركة	٧٣-٧٧
٣١.	الفرع الأول: عقد المشاركة عقد ذو طبيعة خاصة	٧٣-٧٥
٣٢.	الفرع الثاني: تكييف عقود المشاركة على انها من القانون الخاص	٧٥-٧٧
٣٣.	المطلب الثاني: الشروط اللازمة لابرام عقد المشاركة	٧٨-٨٣
٣٤.	الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالمصرف الممول	٧٨-٨١
٣٥.	الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالعميل	٨١-٨٣

٣٦.	المطلب الثالث: تمييز عقد المشاركة عن غيره من العقود	٨٤-٩١
٣٧.	الفرع الأول: تمييز المشاركة المصرفية من المضاربة المصرفية	٨٤-٨٦
٣٨.	الفرع الثاني: تمييز المشاركة المصرفية من بيع المرابحة للأمر بالشراء	٨٦-٨٩
٣٩.	الفرع الثالث: تمييز المشاركة المصرفية من الشركة بالمفهوم القانوني	٨٩-٩١
٤٠.	**المبحث الثالث: آلية ابرام عقد المشاركة**	٩١-٩٩
٤١.	المطلب الأول: أساليب ابرام وتكييف عقد المشاركة	٩٢-٩٦
٤٢.	الفرع الأول: المشاركة المصرفية صورة من صور المضاربة	٩٢-٩٤
٤٣.	الفرع الثاني: المشاركة المصرفية شركة عنان	٩٤
٤٤.	الفرع الثالث: المشاركة المصرفية تجمع بين المضاربة وشركة العنان	٩٥-٩٦
٤٥.	المطلب الثاني: مشروعية عقود المشاركة في الفقه الإسلامي	٩٦-٩٩
٤٦.	الفرع الأول: مشروعية المشارة في القرآن الكريم	٩٦-٩٧
٤٧.	الفرع الثاني: مشروعية المشاركة في السنة النبوية الشريفة	٩٧-٩٨
٤٨.	الفرع الثالث: مشروعية المشاركة في الاجماع	٩٨-٩٩
٤٩.	**الباب الثاني** **أسس عمل عقود المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية**	١٠٠-٢٠٢
٥٠.	**الفصل الأول: التنظيم القانوني لعقود التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية**	١٠١-١٤٨
٥١.	**المبحث الأول: انعقاد عقد المشاركة التمويلية من الناحية العملية في المصارف الإسلامية**	١٠٢-١١٧
٥٢.	المطلب الأول: الأساس القانوني لتكوين عقد المشاركة التمويلية في المصارف	١٠٣-١٠٦

	الإسلامية	
٥٣.	الفرع الأول: أركان عقد المشاركة التمويلية في الفقه الإسلامي والقانون المدني	١٠٣-١٠٥
٥٤.	الفرع الثاني: تحديد طرفي الايجاب والقبول في عقد المشاركة التمويلية	١٠٥-١٠٦
٥٥.	المطلب الثاني: تقديم الطلب لعقد المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية	١٠٦-١١١
٥٦.	الفرع الأول: مضمون طلبات عقد المشاركة التمويلية ومتطلباته	١٠٧-١٠٩
٥٧.	الفرع الثاني: وسائل جمع المعلومات وتقييم طلب المشاركة	١٠٩-١١١
٥٨.	المطلب الثالث: تكييف المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية	١١١-١١٧
٥٩.	الفرع الأول: تكييف المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية على أساس أنها شركة	١١٢-١١٤
٦٠.	الفرع الثاني: تكييف المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية على أنها عقد قرض	١١٤-١١٦
٦١.	الفرع الثالث: تكييف المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية على أساس أنها عقد تمويلي حديث	١١٦-١١٧
٦٢.	**المبحث الثاني: مصادر تمويل عقد المشاركة في المصارف الإسلامية وانواعها**	١١٨-١٣١
٦٣.	المطلب الأول: رأس المال لعقود المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية	١١٨-١٢٣
٦٤.	الفرع الأول: تحديد جنس رأس المال	١١٩-١٢٠
٦٥.	الفرع الثاني: تحديد مقدار رأس المال	١٢١-١٢٢
٦٦.	الفرع الثالث: خلط الأموال	١٢٢-١٢٣
٦٧.	المطلب الثاني المشاركة التمويلية الثابتة في المصارف الإسلامية	١٢٣-١٢٨

٦٨.	الفرع الأول: طبيعة المشاركة الثابتة وشروطها واحكامها الشرعية	١٢٣-١٢٧
٦٩.	الفرع الثاني: تمويل رأس المال العامل وبيان مزايا وعيوب المشاركة الثابتة	١٢٧-١٢٨
٧٠.	المطلب الثالث: المشاركة التمويلية المتناقصة في المصارف الإسلامية	١٢٨-١٣١
٧١.	الفرع الأول: مفهوم المشاركة المتناقصة وطبيعتها واحكامها الشرعية	١٢٨-١٣٠
٧٢.	الفرع الثاني: آليات تنفي المشاركة المتناقصة وتطبيقاتها العملية	١٣٠-١٣١
٧٣.	**المبحث الثالث: الاثار المترتبة على عقد المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية**	١٣٢-١٤٨
٧٤.	المطلب الأول: التزامات العميل في عقد المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية	١٣٣-١٤٢
٧٥.	الفرع الأول: الالتزام بمسك حسابات المشروع	١٣٣-١٣٥
٧٦.	الفرع الثاني: الالتزام بتقديم الضمان	١٣٥-١٤٠
٧٧.	الفرع الثالث: الالتزام بتقديم تقارير دورية عن سير المشروع	١٤٠-١٤٢
٧٨.	الفرع الرابع: الالتزام بفتح حساب خاص بالمشاركة	١٤٢
٧٩.	المطلب الثاني: التزامات المصرف الإسلامي في عقد المشاركة التمويلية	١٤٣-١٤٦
٨٠.	الفرع الأول: الالتزامات السابقة على تنفي المشاركة التمويلية	١٤٦-١٤٨
٨١.	الفرع الثاني: الالتزامات أثناء تنفي عقد المشاركة	١٤٦-١٤٨
٨٢.	**الفصل الثاني: تكوين المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية وأسباب انقضائها**	١٤٩-٢٠٢
٨٣.	**المبحث الأول: احكام عقد المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية**	١٥٠-١٧٠
٨٤.	المطلب الأول: الإدارة في عقد المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية	١٥٠-١٥٨

٨٥.	الفرع الأول: المتابعة الميدانية	١٥١-١٥٥
٨٦.	الفرع الثاني: المتابعة المكتبية	١٥٥-١٥٨
٨٧.	المطلب الثاني: أسس الربح والخسارة في عقد المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية	١٥٩-١٦٥
٨٨.	الفرع الأول: الربح في عقد التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية	١٥٩-١٦٢
٨٩.	الفرع الثاني: الخسارة في عقد التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية	١٦٢-١٦٥
٩٠.	المطلب الثالث: أهداف عقد المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية	١٦٥-١٧٠
٩١.	الفرع الأول: تشكيل رأس المال وأنواع حصص الشركاء في عقد المشاركة	١٦٦-١٦٨
٩٢.	الفرع الثاني: اعتبارات التمويل في المصارف الإسلامية والضوابط المرتبطة به	١٦٨-١٧٠
٩٣.	**المبحث الثاني: الرقابة على عقد المشاركة بالتمويل في المصارف الإسلامية**	١٧١-١٨٧
٩٤.	المطلب الأول: الرقابة السابقة للبنك المركزي على عقد المشاركة بالتمويل في المصارف الإسلامية	١٧١-١٧٧
٩٥.	الفرع الأول: الرقابة السابقة للبنك المركزي ودور الترخيص	١٧٢-١٧٥
٩٦.	الفرع الثاني: شروط ومتطلبات الترخيص وحقوق البنك المركزي في رفض الطلب	١٧٥-١٧٧
٩٧.	المطلب الثاني: الرقابة اللاحقة للبنك المركزي على عقد المشاركة بالتمويل في المصارف الإسلامية	١٧٧-١٨١
٩٨.	الفرع الأول: مفهوم الرقابة اللاحقة وأسلوب الرقابة المكتبية	١٧٧-١٧٨
٩٩.	الفرع الثاني: الرقابة اللاحقة من خلال التفتيش الميداني وأهدافها	١٧٨-١٨١
١٠٠	المطلب الثالث: رقابة هيأة الرقابة الشرعية على عقد المشاركة بالتمويل في المصارف الإسلامية	١٨١-١٨٧

١٠١.	الفرع الأول: الرقابة الوقائية (قبل التنفيذ)	١٨٢-١٨٦
١٠٢	الفرع الثاني: الرقابة أثناء التنفيذ	١٨٦
١٠٣	الفرع الثالث: الرقابة اللاحقة	١٨٧
١٠٤	**المبحث الثالث: انقضاء وتصفية المشاركة المصرفية**	١٨٨-٢٠٢
١٠٥	المطلب الأول: أسباب انقضاء المشاركة المصرفية	١٨٨-١٩٧
١٠٦	الفرع الأول: أسباب الانقضاء المرتبطة بالعملية	١٨٩-١٩٣
١٠٧	الفرع الثاني: أسباب الانقضاء المرتبطة بالأفراد	١٩٣-١٩٧
١٠٨	المطلب الثاني: تصفية العملية وقواعد القسمة	١٩٨-٢٠٢
١٠٩	الفرع الأول: تصفية عملية المشاركة	١٩٨-١٩٩
١١٠	الفرع الثاني: قواعد قسمة أموال المشاركة	١٩٩-٢٠٢
١١١	**الخاتمة**	٢٠٣-٢٠٦
١١٢	قائمة المصادر والمراجع	٢٠٧-٢٢٢
١١٣	المستخلص باللغة الإنكليزية	A-B

المقدمة

المقدمة

تلعب المؤسسات المصرفية دوراً مهماً في الاقتصاد المعاصر على المستويين الاقتصادي والاجتماعي، حيث أصبحت الخدمات التي تقدمها المصارف جزءًا لا غنى عنه في الحياة اليومية. ومن أهم هذه الخدمات قبول الودائع، تمويل الاستثمارات، وتقديم الخدمات المصرفية الأخرى. إلا أن الدور الذي تؤديه المصارف يختلف من مصرف إلى آخر وفقًا لآلية عمله، فبعض المصارف يعمل وفقًا لسياسة الفوائد الثابتة سواء عند قبول الودائع أو منح القروض، في حين تعمل المصارف الإسلامية وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تحظر الربا وتستبدل الفائدة الثابتة بمفاهيم المشاركة والمضاربة .

تُعد المصارف الإسلامية بديلاً مهمًا للمصارف التقليدية في البلدان الإسلامية، حيث يرفض الكثير من المسلمين التعامل مع المصارف التي تعتمد الفائدة الثابتة خوفًا من الوقوع في الربا، الذي يُعد محرمًا شرعًا. ومن ثُمَ، أصبحت المصارف الإسلامية تمثل ظاهرة مصرفية جديدة تواكب العصر، وهي محط اهتمامٍ واسعٍ نظرًا لتميزها في التعاملات المالية القائمة على المشاركة والمخاطرة المشتركة، بدلاً من الفائدة التقليدية .

تعتمد المصارف الإسلامية في تمويل الاستثمارات على آليات مبتكرة لا تشمل الفائدة الثابتة، مثل المضاربة والمشاركة والمرابحة وبيع السلم والبيع بالتقسيط وغيرها. وفي هذا السياق، تعّد المشاركة المصرفية واحدة من أبرز هذه الأدوات، حيث يشارك المصرف مع العميل في رأس المال والأرباح والخسائر وفقًا لنسبة معينة متفق عليها بين الطرفين. ومن ثُمَ، تعّد المشاركة المصرفية أداة تمويل متميزة توفر عدالة اقتصادية وتُسهم في تعزيز التفاعل بين المصرف والعميل على أساس من التعاون والمخاطرة المشتركة .

ورغم حداثة هذا النوع من التمويل المصرفي، إلا أن له أسسًا قانونية وفنية خاصة تتطلب تنظيمًا دقيقًا لكل مراحل عملية التمويل، بدءًا من اختيار المشاريع حتى إعداد العقود وتنفيذها. وتعد هذه الأسس جزءًا من إطار عمل المصرف الإسلامي، ما يثير العديد من الأسئلة حول طبيعة المشاركة المصرفية، ومدى التزام المصارف بالقواعد الشرعية في تطبيقها .

يتطلب فهم المشاركة المصرفية أيضًا التمييز بينها وبين صيغ التمويل الأخرى مثل المضاربة والمرابحة، التي قد تتداخل أحيانًا في أحكامها مع أحكام المشاركة. وتستدعي عملية تطبيق المشاركة المصرفية توافر

أسس قانونية واضحة تحدد كيفية تحديد الأرباح والخسائر، ومعايير انتقاء العملاء والمشاريع المناسبة، فضلاً عن وضع آلية لمتابعة العملية منذ البداية حتى التصفية النهائية .

من الجدير بالذكر أن عقد المشاركة المصرفية يخضع للقواعد العامة في إبرام العقود، ولكنه يتمتع بخصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى، ويحتاج إلى دراسة دقيقة في مراحل انعقاده وتنفيذه. تشمل هذه الدراسة الشروط اللازمة لإبرام العقد وتحديد المراحل الأساسية التي تشمل دراسة الطلبات وتقييم الجدوى الاقتصادية قبل اتخاذ قرار التمويل. وأن عقد المشاركة قد ينتهي بطرائق طبيعية مثل إتمام المشروع أو انتهاء المدة، أو بطرائق غير طبيعية مثل الفسخ، ويجب أن تكون هناك آليات واضحة لتوزيع الأرباح والخسائر عند انتهاء المشاركة، ما يضمن العدالة بين الأطراف المعنية .

أولاً: – أهمية البحث:

تظهر أهمية دراسة المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية في العديد من الاختصاصات بما فيها مجالات القانون التجاري والمدني نظراً لوجودها المتزايد في هذه المجالات، الا ان أهمية دراسة المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية تتمحور في الآتي:

١– تحديد القواعد القانونية الملائمة لعقد المشاركة المصرفية وتحديد أبعادها من حيث المفهوم والطبيعة والخصائص والأحكام والآثار.

٢– بيان الأهمية الاقتصادية و الاجتماعية التي تحضى بها عملية المشاركة المصرفية من حيث أثرها الايجابي على الاقتصاد الوطني ودفع عجلة التنمية إلى أمام وتشغيل رؤوس الأموال المعطلة والقضاء على البطالة من خلال تشغيل المشاريع الاستثمارية المتعلقة بالقطاعات النادرة ، بما يساعد على خلق فرص عمل لكثير من هذه القطاعات.

٣– بيان أهمية المشاركة المصرفية باعتبارها عملية تمويل تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية من حيث عدم اعتمادها الفائدة الثابتة كما هو معمول به في عمليات التمويل المتبعة في المصارف التقليدية .

ثانياً: – مشكلة البحث:

تتمثل الإشكالية الرئيسية لموضوع البحث في عدم وجود إطار تنظيمي قانوني واضح وشامل للمشاركة التمويلية بشكل عام في القانون العراقي، وخاصة في ظل غياب تنظيم خاص ينظم العلاقة بين المصرف

الإسلامي والعملاء في سياق المشاركة التمويلية، سواء كانت مشاركة متناقصة أو غيرها . إذ أن موضوع التمويل بالمشاركة يتطلب دراسة معمقة من جوانب قانونية وشرعية، لأنه يثير تساؤلات حول مدى قدرة القوانين الحالية على التعامل مع هذا النوع من المعاملات المالية بشكل فعال. ومن ثُمَ، تظهر إشكاليات فرعية عديدة، منها: هل النصوص القانونية الواردة في قانون المصارف الإسلامية رقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ كافية لتغطية جميع أحكام وآليات المشاركة التمويلية؟ وهل هناك حاجة لتطوير تنظيم قانوني متكامل يلائم تطورات السوق المالية ومتطلبات الاقتصاد العراقي؟

ومن هنا تبرز تساؤلات هامة تتطلب الإجابة عليها، مثل: ما هي الأسس القانونية التي يجب أن تستند إليها عقود المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية؟ وهل يمكن للمصارف العراقية تطبيق هذه الأنماط التمويلية بشكل يلتزم بالمعايير الشرعية ويضمن حماية حقوق جميع الأطراف؟ وكيف يمكن تلافي المشاكل التي قد تنشأ بسبب غياب التنظيم القانوني المناسب لهذا النوع من التمويل؟ هذه الأسئلة تشكل جوهر البحث الذي يسعى إلى دراسة وتقديم حلول قانونية تُسهم في تطوير الإطار التنظيمي للمشاركة التمويلية في العراق .

ثالثاً: – فرضية البحث:

بناء على الإشكالية السابقة يمكن ان تصاغ فرضيتان للإجابة عن أسئلة الدراسة والتي يمكن بيانهما على الشكل الآتي:

١–تتمثل الفرضية الأولى في إن غياب التنظيم القانوني المتخصص في المشاركة التمويلية في قانون المصارف الإسلامية العراقي يعوق تطور هذا النوع من التمويل ويحد من فعاليته في تمويل المشاريع، ويُعتقد أن عدم وجود إطار قانوني شامل ومحدد للمشاركة التمويلية يؤدي إلى صعوبة تطبيق هذه الآلية بشكل فعال من قبل المصارف الإسلامية. هذا النقص في التنظيم قد يتسبب في تباين تطبيق الشروط والأحكام بين المصارف، ما يخلق بيئة قانونية غير مستقرة لتمويل المشاريع. من هنا تنشأ الحاجة الملحة لتطوير قانون يتضمن قواعد واضحة لتمويل المشاركة ويعزز الشفافية والثقة بين المصارف والعملاء.

٢– تتمثل الفرضية الثانية في أنه النصوص القانونية الحالية في قانون المصارف الإسلامية رقم (٤٣) لسنة ٢٠١٥ غير كافية لتغطية كافة أحكام وآليات المشاركة التمويلية، ما يستدعي تعديل التشريعات لتشمل تنظيمًا دقيقًا ومناسباً، ويفترض أن النصوص القانونية الموجودة في القانون العراقي قد لا تكون

شاملة بما يكفي لتلبية متطلبات الواقع المصرفي المعاصر، خصوصًا في ما يتعلق بأدوات التمويل الإسلامية مثل المشاركة المتناقصة. قد تفتقر هذه النصوص إلى التفاصيل اللازمة لتنظيم الحقوق والواجبات المتعلقة بتوزيع الأرباح والخسائر، أو كيفية حل النزاعات التي قد تنشأ، ما يستدعي إدخال تعديلات تشريعية تواكب هذه التحديات وتضمن تطبيقًا قانونيًا فعالًا وآمنًا للمشاركة التمويلية .

رابعاً: – منهجية البحث:

تفرض طبيعة البحث علينا اتباع عدة مناهج للإجابة على التساؤلات التي أثيرت سابقاً وهذه المناهج هي:

١–المنهج الوصفي لبيان مفهوم عقد المشاركة التمويلية وتأصيله التاريخي والفلسفي، وبيان قيمته على الصعيد القانوني.

٢–الاستعانة بالمنهج التحليلي للنصوص في القوانين والانظمة والآراء الفقهية مع بيان الرأي عند اللزوم للوصول للحلول المطلوبة في موضوع البحث.

٣–الاستعانة بالمنهج المقارن بين كل من مصر وفرنسا والعراق لبيان موقف هذه الدول من مفهوم عقد المشاركة التمويلية وكيف تم توظيفه في هذه الدول إضافة إلى موقف العراق منها.

خامساً: – الدراسات السابقة:

لقد تم دراسة موضوع المشاركة التمويلية في الآونة الأخيرة ولكن هذه الدراسات لم تتعرض لموضوع الإطار القانوني للتمويل بعقد المشاركة في المصارف الإسلامية ويمكن أن نستعرض بعضاً هذه الدراسات على الشكل الآتي:

١. نوري عبد الرسول الخاقاني، المصرفية الإسلامية، الأسس النظرية ومشاكل التطبيق، أطروحة دكتوراه، كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الكوفة، العراق، ٢٠٠٢، تعرض الأطروحة الأسس التي يقوم عليها النظام المصرفي الإسلامي، حيث يتم التأكيد على تحريم الفائدة (الربا) التي تشكل جوهر النظام المصرفي التقليدي. و تشرح الأطروحة أبرز الأدوات التمويلية التي تستخدمها المصارف الإسلامية مثل المضاربة، المشاركة، والمرابحة، وغيرها من صيغ التمويل التي تتوافق مع الشريعة الإسلامية. من خلال ذلك، تسعى الأطروحة إلى توضيح الفرق الجوهري بين المصارف الإسلامية وتلك التقليدية، التي تعتمد في عملها على الفائدة الثابتة .

٢. حيدر يونس كاظم الموسوي، اثر الأداء المالي للمصارف الإسلامية في مؤشرات سوق الأوراق المالية، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الكوفة، العراق، ٢٠٠٨، تتركز الأطروحة على تحليل كيفية تأثير العوامل المالية للمصارف الإسلامية، مثل الربحية والكفاءة المالية والملاءة المالية، على حركة مؤشرات الأسهم والأوراق المالية في الأسواق المالية. يهدف الباحث إلى دراسة الأثر المتبادل بين هذه المصارف والسوق المالية، وكيف يمكن للأداء المالي القوي للمصارف الإسلامية أن يُسهم في استقرار السوق وزيادة الثقة فيه، ومن ثُمَ تعزيز النمو الاقتصادي .

كما تركز الأطروحة على دراسة العوامل التي تؤثر في أداء المصارف الإسلامية، مثل استراتيجيات التمويل والمشاركة، وأدواتها المالية المختلفة مثل المرابحة والمضاربة والمشاركة المتناقصة، وتبيان كيفية تأثير هذه العوامل على المؤشرات المالية للأسواق. و يتناول الباحث تأثيرات سياسات الاستثمار والتمويل التي تتبعها المصارف الإسلامية على حركة الأسهم والأسواق المالية المحلية والدولية.

خامساً: -خطة البحث:

للإحاطة بموضوع البحث فقد اعتمدنا في الدراسة التقسيم الثنائي، حيث خصصنا الباب الأول لدراسة الإطار القانوني لعمل المصارف الإسلامية وعقود المشاركة، وذلك من خلال فصلين خصصنا الفصل الأول لدراسة التنظيم القانوني لعمل المصارف الإسلامية، أما في المبحث الثاني سوف نتطرق إلى ماهية عقد المشاركة ونطاقه القانوني .

وفي الباب الثاني تناولنا أسس عمل عقود المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية، وذلك من خلال فصلين خصصنا الفصل الأول لدراسة التنظيم القانوني لعقود التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية، أما الفصل الثاني لدراسة تكوين المشاركة التمويلية في المصارف الإسلامية وأسباب انقضائها .

الباب الأول

الإطار القانوني لعمل المصارف الإسلامية وعقود المشاركة

الباب الأول

الإطار القانوني لعمل المصارف الإسلامية وعقود المشاركة

تعّد المصارف الإسلامية جزءًا أساسيًا من النظام المالي في العديد من الدول الإسلامية، وتتميز عن المصارف التقليدية بعدم تعامُلها مع الفائدة التي تُعد من المحرمات في الشريعة الإسلامية. تأسس الإطار القانوني للمصارف الإسلامية على مبادئ الشريعة الإسلامية التي تحظر الربا (الفائدة) وتحفز على المشاركة في المخاطر والمنافع من خلال عقود مثل المضاربة والمشاركة. تتضمن هذه العقود بنودًا تهدف إلى تحقيق العدالة والمساواة بين الأطراف المتعاقدة، بحيث يتم توزيع الأرباح والخسائر بشكل عادل .

عقود المشاركة هي إحدى الأدوات التي تستخدمها المصارف الإسلامية، والتي تعتمد على المشاركة في رأس المال والمخاطر لتحقيق عوائد مشتركة. وتختلف عن النظام التقليدي الذي يعتمد على الفائدة الثابتة. يتمثل دور الإطار القانوني في ضمان توافق هذه المصارف مع أحكام الشريعة الإسلامية، ما يتطلب وجود هيئات شرعية مستقلة تشرف على أنشطتها .

تتمثل العلاقة بين المصارف الإسلامية وعقود المشاركة في تكامل أساسي يعكس المبادئ الجوهرية للشريعة الإسلامية في المعاملات المالية. فالمصارف الإسلامية تعمل على توفير خدمات مالية متوافقة مع الشريعة، حيث تبتعد عن المعاملات التي تتضمن ربا (الفائدة) أو أنشطة محرمة أخرى. في هذا السياق، تأتي عقود المشاركة كأداة تمويلية أساسية، حيث تسمح بتوزيع المخاطر والمنافع بين الأطراف المتعاقدة وفقًا لمبدأ الشراكة .

تستند عقود المشاركة إلى مبدأ العدالة في توزيع الأرباح والخسائر، وهو ما يتماشى مع فلسفة المصارف الإسلامية في تجنب الغبن والاستغلال المالي. إذ لا تُعتمد الفائدة الثابتة كما في النظام التقليدي، بل يتم تحديد العوائد بناءً على أداء المشروع أو الاستثمار المشترك. وهذا يضمن أن تكون العلاقة بين البنك والمستثمرين علاقة تشاركية، حيث يشارك الجميع في الربح والخسارة.

ومن هنا ولمعالجة هذا الموضوع سوف نقوم بتقسيم هذا الباب على فصلين حيث سنعالج في الفصل الأول التنظيم القانوني لعمل المصارف الإسلامية، أما في الفصل الثاني سوف نتطرق إلى ماهية عقد المشاركة ونطاقه القانوني.

الفصل الأول

التنظيم القانوني لعمل المصارف الإسلامية

إن المصارف الإسلامية تستمد احكامها من الشريعة الإسلامية الغراء والتي تتمثل بالأحكام الصادرة من الرسول صلى الله عليه واله وسلم من قول أو فعل أو تقرير، إذ جمعت هذه الأحكام في ما يعرف بالمعاملات المالية و لكن نتيجة تشعب الحياة وما واجه الأمة الإسلامية من أحداث عصفت بها ما جعل مصير هذه الأمة بيد الدول الغازية التي قامت باحتلال هذه الأمة وتقسيمها على شكل دويلات ذات حدود، وبجهود من نظر للمصارف الإسلامية ومن تبعهم فيما بعد أصبح توحيد هذه المعاملات المالية في منظومة متكاملة تأخذ على عاتقها القيام بهذه المهمة التي تعيد الطريق لبناء مجتمع متكامل بعيد عن الاشكالات الشرعية وبعيد عن الربا الذي يؤدي إلى ضياع الأمة، خصوصا وأن الفقه الاسلامي يقوم على أساس عملي، إذ يمكن جمع المسائل الجزئية من الكتب الفقهية الإسلامية وتأطيرها بإطار نظري يستطيع احتواء أي مسألة في المصارف الإسلامية سواء كانت مسائل مستحدثة أو مسائل سابقة.

كما إن المصارف الإسلامية هي الحل الأمثل والبديل الحقيقي للمصارف التقليدية التي تقوم على اساس التنظير الغربي والفائدة التي تعطى من دون تحمل المخاطر أو العمل الشاق والمتعب للحصول على الكسب الحلال، وعلى الرغم من قوة المصارف التقليدية وهيمنتها على الوجود المصرفي في أغلب دول العالم إن لم يكن كلها، فقد انتشرت المصارف الإسلامية انتشارا متسارعا في البلدان العربية والإسلامية بل وأصبح لها فروع في الدول الغربية.

وتعمل هذه المصارف على الصيغ الاستثمارية لتوفير أدوات تمويلية تدعم حاجة السوق من التمويل الذي يجب أن ينسجم مع مبادئ الشريعة الإسلامية، بوصفه بديلاً للقروض التي تقدمها المصارف التجارية، وهي تركز على ماهية المشاريع والنشاطات الاستثمارية والأنشطة الفردية التي تمولها أي أن صلاحية المصرف الإسلامي لا تنتهي عند الإقراض والاستثمار فقط، إنما تمتد إلى قيام تلك المشروعات، وعلى الرغم من وجود الرغبة لدى المودعين في الاستثمار في صيغ الاستثمارية الإسلامية التي تتضمن مبدأ المشاركة في الأرباح والخسائر فإن هؤلاء المودعين لا يرغبون بالمخاطر التي تسبب خسارتهم ما يؤدي إلى فقدان المصرف ثقة الجمهور

التي يمكن أن تسبب في إفلاسه فضلاً عن ذلك فإن صيغ الاستثمار يجب أن تقترن بمخاطرة متوائمة مع الأرباح المتحققة أي أن المخاطرة لا يمكن التخلص منها لذلك فإن دراسة المخاطر الصيغ التمويل الإسلامية يساعد على تجنب المخاطر غير المرغوبة بما يضمن توفير الأمان للمودعين ونجاح المصرف، وبعد الاستثمار في المصارف الإسلامية ركيزة أساسية من ركائز العمل فيها وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

وفي هذا الفصل سوف نعالج موضوع التنظيم القانوني لعمل المصارف الإسلامية من خلال دراسة ماهية هذه المصارف وتعريفها وكيفية نشأتها ومن ثم دراسة الأساس القانوني لعملها وما الخصائص والأهداف التي تسعى لها هذه المصارف، وأوجه التشابه والاختلاف بينها وبين المصارف التقليدية من خلال تقسيم هذا الفصل على مبحثين حيث سنعالج في المبحث الأول ماهية المصارف الإسلامية، أما في المبحث الثاني سوف نتطرق إلى ذاتية المصارف الإسلامية.