البيع بالتقسيط والمرابحة للآمر بالشراء بين الفقه الإسلامي والقانون التونسي (دراسة تحليلية مقارنة في التكييف والضمانات)

Installment Sales and Murabaha to the Purchase Orderer "Between Islamic Jurisprudence and Tunisian Law"

الدكتور محمد القايدي[1]

[1] جامعة الزيتونة (تونس)، gaidi.beja@gmail.com

تاريخ الإرسال: 16/ 07/ 2026 تاريخ القبول: 01/ 11/ 2026 تاريخ النشر: 17/ 11/ 2026

ملخص:

تتنزّل هذه الدراسة في إطار البحث في التقاطعات والتمايزات القائمة بين المنظومة التعاقدية المدنية الكلاسيكية ومنظومة التمويل الإسلامي، من خلال المقاربة بين "البيع بالتقسيط" كآلية مدنية لتأجيل الثمن، وعقد "المرابحة للآمر بالشراء" كأداة هندسة مالية إسلامية، وذلك في ظل أحكام مجلة الالتزامات والعقود التونسية والقانون البنكي عدد 48 لسنة 2016. تدور الإشكالية المحورية حول تحديد مواطن الالتقاء والافتراق بين الآليتين على مستوى التكييف القانوني، ومسار انتقال الملكية، وتحمل التبعات (الخراج بالضمان). وقد خلص البحث، المعتمد على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، إلى أن العقدين ولئن اتحدا في الغاية الاقتصادية ومآل التمليك، فإنهما يتباينان جوهرياً في البنية الهيكلية (عقد بسيط مقابل تركيبة عقدية)، وفي قاعدة تحمل المخاطر.

كلمات مفتاحية: البيع بالتقسيط؛ المرابحة؛ الفقه الإسلامي؛ القانون التونسي؛ التكييف القانوني؛ الضمانات.

Abstract:

This article examines the points of convergence and divergence between installment sale and murabaha to the purchase orderer under Tunisian law and contemporary institutional Islamic jurisprudence. It

argues that economic similarity does not amount to identical legal characterization: while installment sale remains a civil sale with deferred payment, murabaha in Tunisia is framed as a regulated banking sale that requires prior acquisition by the bank, assumption of risk before resale, disclosure of cost and profit, and institutional Shariah-compliance mechanisms.

Keywords: *Installment sale; Murabaha to the purchase orderer; Islamic jurisprudence; Tunisian law; Legal characterization; Guarantees.*

1- **المؤلف المرسل: د. محمد القايدي، الإيميل:** gaidi.beja@gmail.com

مقدمة:

تتسم المنظومة المالية والتعاقدية المعاصرة بتطور آلياتها لتستجيب للحاجيات التمويلية المتزايدة للفاعلين الاقتصاديين. وفي هذا السياق، استقر المشرع التونسي منذ فجر تقنين مجلة الالتزامات والعقود (م.إ.ع) الصادرة في 15 ديسمبر 1906، والمستلهمة من الرصيد اللاتيني والفقه الإسلامي (الفقه المالكي والحنفي)، على تنظيم عقد البيع بشتى صوره، بما في ذلك "البيع بالتقسيط" كآلية قانونية تكرس الائتمان الاستهلاكي وتسمح بتأجيل أداء الثمن. وعلى ضفة أخرى، أفرزت الصيرفة الإسلامية المعاصرة أدوات هندسة مالية ترمي إلى تحقيق ذات الغاية الائتمانية، ولكن في منأى عن شبهة القرض الربوي. وتتصدر هذه الأدوات صيغة "المرابحة للآمر بالشراء"، والتي انتقلت من مجرد تنظير فقهي لبيوع الأمانة لتصبح الآلية التمويلية الأكثر هيمنة على نشاط البنوك الإسلامية. ولئن ظلت هذه العقود ردحاً من الزمن تعمل خارج إطار تنظيمي خاص في تونس، فإن صدور القانون عدد 48 لسنة 2016

المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية، قد أسس لاعتراف تشريعي صريح بالصيرفة الإسلامية وبعقد المرابحة. هذا المستجد التشريعي أفضى إلى إرساء تعايش قانوني بين آليات البيع المدني الكلاسيكي والبيوع التمويلية الإسلامية، وهو تعايش يطرح إشكاليات قانونية دقيقة تستدعي التفكيك.

لقد أصبح موضوع المرابحة للآمر بالشراء في البيئة التونسية يتجاوز دائرة الجدل الفقهي النظري إلى سؤال قانوني ومؤسسي دقيق: هل المرابحة بيع مدني مؤجل الثمن فحسب، أم هي عملية تمويل مصرفية خاصة، أم بنية مزدوجة تجمع الوصفين؟ وتنبع أهمية هذا السؤال من أن المشرع التونسي لم يترك العمليات البنكية الإسلامية في هامش السوق، بل أدرجها صراحة ضمن العمليات البنكية، وربطها بنظام ترخيص وفصل مالي ومحاسبي وإداري، وأسند إلى البنك المركزي مراقبة مطابقتها للمعايير الدولية المعمول بها في هذا المجال.

ومن جهة أخرى، لا يمكن فهم موقع المرابحة داخل القانون التونسي من غير العودة إلى البنية العامة للبيع في مجلة الالتزامات والعقود. فالبيع فيها عقد ناقل للملكية بعوض، ويقوم على الاتفاق على المحل والثمن وبقية الشروط الأساسية، وتترتب عنه آثار تتصل بالملكية والتبعة والتسليم، والضمان، ووسائل التنفيذ، والفسخ. وهذا يعني أن البحث في المرابحة لا ينبغي أن يبدأ من الفصل بينها وبين البيع المدني فصلًا تامًا، بل من بحث درجة اتصالها به وحدود هذا الاتصال.

كما تزداد أهمية هذا الموضوع في ضوء تطور التمويل الإسلامي من خطاب أخلاقي أو فقهي عام إلى صناعة مالية منظمة، لها معاييرها المؤسسية وضوابطها المحاسبية والشرعية. فقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي لسنة 1988 لم يكتف بإقرار أصل الجواز، بل شدد على شرط الملك الحقيقي للمأمور

وتحمله للتبعة قبل إعادة البيع، وهو ما التقطته المنظومة التونسية حين صاغت المرابحة كاقتناء ثم إعادة بيع، لا كتمويل نقدي مباشر مقنَّع في صورة بيع.

أهمية البحث ومبررات اختياره:

تكتسي هذه الدراسة أهمية بالغة على المستويين النظري والعملي:

نظرياً: تساهم الدراسة في إثراء المكتبة القانونية التونسية بمقاربة تحليلية تضع فصول مجلة الالتزامات والعقود في ميزان المقارنة مع القواعد الكلية للفقه الإسلامي (المعايير الشرعية)، لاستجلاء مدى قدرة النظرية العامة للعقد في تونس على استيعاب العقود المركبة.

عملياً: تتجلى الأهمية في معالجة الإرباك الذي يواجهه فقه القضاء التونسي عند عرض النزاعات المتعلقة بالبنوك الإسلامية، حيث يتأرجح القاضي المدني بين تطبيق حرفية النصوص المدنية (كالحكم بالفوائد التأخيرية)، وبين احترام الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي أسست العقد على ضوابط شرعية خالية من الربا.

إشكالية البحث:

إن المقاربة الظاهرية تفيد بتطابق النتائج الاقتصادية للبيع بالتقسيط والمرابحة للآمر بالشراء، غير أن التحليل الهيكلي يحيلنا إلى تباينات بنيوية. وعليه، تتبلور الإشكالية المركزية لهذا البحث في التساؤل التالي: إلى أي مدى تتقاطع الآليات المدنية للبيع بالتقسيط في القانون التونسي مع صيغة المرابحة للآمر بالشراء الإسلامية، وإلى أي حد تفترق عنها على مستوى التكييف التعاقدي، وتحمل التبعات، وفاعلية نظام التأمينات؟

وتتفرع عن هذه الإشكالية الأم جملة من الأسئلة الفرعية:

- كيف تفاعل المشرع التونسي مع التكييف القانوني لكل من البيع بالتقسيط والمرابحة، وما هي الطبيعة العقدية لكليهما؟

- هل يتوافق التوجه الرضائي لمجلة الالتزامات والعقود في مسألة "انتقال الملكية" مع قاعدة "الخراج بالضمان" التي يتأسس عليها التمويل الإسلامي؟
- في ظل استبعاد عقوبات التأخير ذات الطبيعة الربوية، كيف يضمن الدائن الممول استرجاع ديونه؟ وهل تصمد الضمانات الكلاسيكية (كشرط الاحتفاظ بالملكية والرهن غير الحيازي) أمام محددات الفقه الإسلامي؟

فرضيات البحث:

بُني هذا البحث على الفرضيات التالية:

- **الفرضية الأولى:** نفترض أن المشرع التونسي، باستناده إلى المدرسة الرضائية، يسهّل استيعاب العقود الإسلامية من حيث انتقال الملكية، إلا أن البنية "المركبة" للمرابحة تستعصي على القوالب الجاهزة للعقود "البسيطة" في م.إ.ع.
- **الفرضية الثانية:** نعتقد أن مسألة "تحمل المخاطرة" تشكل الحد الفاصل والقطعي الذي يمنع ذوبان المرابحة في بوتقة البيوع الائتمانية التقليدية.
- **الفرضية الثالثة:** يُفترض أن الضمانات العينية والشخصية المقررة في القانون التونسي قابلة للتطبيق على المرابحة متى تم تطويعها (كالرهن الرسمي)، مع حتمية استبعاد شروط أخرى تتعارض مع النظام العام الإسلامي كتعليق الملكية.

منهجية البحث:

تقتضي طبيعة الموضوع ذات الطابع المزدوج (قانوني/شرعي) انتهاج مقاربة منهجية مركبة تتألف من:

- **المنهج الوصفي التحليلي:** لبيان الماهية القانونية للعقود وتفكيك فصول مجلة الالتزامات والعقود التونسية، ومواد القانون البنكي، والمعايير

الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI).

- **المنهج المقارن التأصيلي:** من خلال عقد مقارنات مستمرة بين الحلول التشريعية التونسية وتطبيقات فقه القضاء من جهة، وبين اجتهادات الفقه الإسلامي وقرارات المجامع الفقهية من جهة أخرى، لضبط نقاط التماهي ومواطن التنافر.

خطة البحث:

سعياً للإلمام بمختلف جوانب الإشكالية المطروحة ومعالجتها وفق تدرج منطقي وسليم، ارتأينا تقسيم هذا البحث إلى أربعة مباحث رئيسية:

المبحث الأول: المقاربة القانونية والفقهية لعقد البيع بالتقسيط

المبحث الثاني: المقاربة القانونية والفقهية للمرابحة للآمر بالشراء

المبحث الثالث: أوجه الالتقاء والتباين البنيوي بين البيع المدني والتمويل الإسلامي.

المبحث الرابع: فاعلية نظام التأمينات والضمانات بين مقتضيات مجلة الحقوق العينية وضوابط الفقه الإسلامي.

1. المقاربة القانونية والفقهية لعقد البيع بالتقسيط

إن تحديد الطبيعة القانونية (The legal qualification) لأي رابطة تعاقدية يمثل المنطلق الحتمي لمعرفة النظام القانوني الواجب التطبيق عليها. وفي هذا المبحث، نتولى تأصيل التكييف الخاص بالبيع بالتقسيط والمرابحة من منظور الفقه ومجلة الالتزامات والعقود التونسية.

1.1. المفهوم والبنية العامة:

البيع بالتقسيط هو عقد معاوضة يلتزم بموجبه البائع بنقل ملكية عين للمشتري وتسليمها له في الحال، لقاء ثمن مؤجل يُدفع على أقساط دورية متتالية[1]. وفي المدونة الفقهية الإسلامية، لا نجد تبويباً مستقلاً تحت مسمى "التقسيط"، بل يندرج هذا العقد ضمن أحكام "بيع النسيئة" أو "البيع بثمن مؤجل". لقد حسمت المجامع الفقهية المعاصرة جدلاً طويلاً حول مشروعية كون "الثمن الآجل أكبر من الثمن الحال". إذ استقر الفقه الإسلامي بأغلبيته الساحقة على جواز هذه الزيادة استناداً لقاعدة "للأجل حصة من الثمن"[2]. فالتكييف الفقهي لهذا العقد أنه: بيع بات، منجز، ناقل للملكية، وتثبت فيه الأقساط كدين في ذمة المشتري، ولا يعتبر من قبيل الربا ما دام محله تبادل سلعة بنقد وليس نقداً بنقد.[3]

فمن الوجهة الفقهية، لا ينصرف الإشكال إلى أصل البيع بالأجل متى تحدد الثمن النهائي من البداية، وإنما إلى احتمال استعمال الأجل ستارًا لتحويل العملية إلى قرض ربوي مقنع أو إلى بيع صوري يفتقر إلى شروط الملك والضمان. ولهذا فإن البحث العلمي لا ينبغي أن يتوقف عند النتيجة الاقتصادية، بل يجب أن ينفذ إلى البنية العقدية ومحل التزام كل طرف ووقت تحمل التبعة.

والبيع بالتقسيط، من حيث الجوهر، ليس عقدًا مستقلًا خارج جنس البيع، بل هو بيع مؤجل الثمن أو مجزأ الأداء. وتبدو هذه النتيجة واضحة في مجلة الالتزامات والعقود التي تعرف البيع بأنه العقد الذي تنقل به ملكية شيء أو حق

إلى المتعاقد الآخر مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه. وعليه، فالأجل أو التقسيط لا يغيران طبيعة الالتزام من ثمن إلى قرض، ما دام سبب الالتزام هو نقل ملكية المبيع مقابل عوض معلوم.[4]

وتدعم المجلة هذا الفهم حين تجعل كمال البيع قائمًا على اجتماع الرضا على البيع والشراء والاتفاق على الشيء والثمن وسائر الشروط. فالعبرة هنا ليست بتعجيل الثمن أو تأجيله، بل بتحققه معلومًا ومحددًا عند التعاقد. ومن ثم فإن البيع بالتقسيط لا ينشئ في ذاته عقد ائتمان موازٍ، وإنما يمثل أسلوبًا في تنفيذ الثمن داخل عقد البيع نفسه.[5]

ولم يفرد المشرع التونسي للبيع بالتقسيط نصاً خاصاً يعزله عن القواعد العامة، بل أخضعه لأحكام عقد البيع الواردة في الباب الأول من الجزء الخاص بالعقود المسماة. يعرّف الفصل 577 من م.إ.ع عقد البيع بأنه: "عقد يفوت به أحد المتعاقدين للآخر ملكية شيء أو حق مقابل ثمن يلتزم هذا الآخر بدفعه له"[6] وما يلفت الانتباه في التكييف القانوني التونسي هو تبني المشرع لمبدأ "الرضائية التامة" الموروث عن القانون المدني الفرنسي (Code civil). ويتجلى ذلك صراحة في الفصل 579 من م.إ.ع الذي ينص على أن: "ملكية المبيع تنتقل للمشتري بمجرد تراضي العاقدين... ولو لم يحصل تسليم المبيع أو دفع الثمن"[7] وتأسيساً على ما تقدم، فإن البيع بالتقسيط في القانون التونسي هو عقد رضائي، ملزم للجانبين، وناقل للملكية بذاته ومجرد انعقاده. وهذا التكييف الوضعي يتناغم بشكل جلي مع التكييف الفقهي لبيع النسيئة، مما يمهد أرضية مشتركة لدراسة انتقال التبعات.

2.1. تمام البيع بالتقسيط وآثاره القانونية

إذا تم البيع بالتقسيط على وجه صحيح، ترتبت عليه الآثار الأصلية للبيع المدني وهي:

- فأول هذه الآثار أن المشتري يكتسب، من حيث الأصل، ملكية المبيع بمجرد تمام العقد برضا الطرفين.

- أن له أن يتصرف في المبيع حتى قبل التسليم، ما لم يوجد شرط مخالف.

- أن تبعة المبيع ومصاريفه تنتقل إليه من وقت تمام البيع، ما لم يتفق على خلاف ذلك أو توجد صورة استثنائية يقرر القانون فيها حكمًا مختلفًا.[8]

ولهذه الأحكام أهمية نظرية وعملية. فهي تكشف أن البيع بالتقسيط ليس مجرد "منفعة استعمال للمال" كما في القرض، بل هو علاقة ناقلة للملكية وللمخاطر والحقوق الناشئة عنها. ولذلك فإن المشتري في البيع بالتقسيط لا يلتزم برد مبلغ اقترضه، بل بدفع ثمن شيء صار في الأصل مملوكًا له. وهذا الفارق في سبب الالتزام حاسم في التمييز بين البيع الصحيح وبين القرض الذي يضاف إليه مقابل زمني.[9]

كما أن تحديد وقت انتقال التبعة في البيع المدني يسمح لاحقًا بفهم الفارق مع المرابحة للآمر بالشراء؛ فبينما الأصل في البيع المدني أن المبيع يكون على مخاطر المشتري بعد كمال العقد، تشدد المرابحة في الفقه المؤسسي على أن يتحمل المصرف البائع التبعة وهو مالك للمحل قبل إعادة بيعه. ومن هنا يظهر أن التشابه في تأجيل الثمن لا يمنع اختلافًا مهمًا في الزمن القانوني للمخاطر.[10]

3.1 ضمانات البائع والمشتري في البيع بالتقسيط

توفر مجلة الالتزامات والعقود للمتعاقدين في البيع بالتقسيط مجموعة من الضمانات المستمدة من النظرية العامة للعقود الملزمة للجانبين. وأبرز هذه الضمانات الدفع بعدم التنفيذ، إذ يجوز لأحد الطرفين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إلى أن ينفذ الطرف الآخر التزامه المقابل، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقتضي البدء بالتنفيذ من جانب معين. وهذا الدفع يحمي البائع كما يحمي المشتري،

ويؤكد أن توازن العقد في البيع المدني محفوظ بأدوات قانونية عامة قبل أي تنظيم خاص.[11]

وتظهر ضمانات البائع بصفة أوضح في مرحلة التسليم. فالبائع الذي لم يمنح أجلًا للمشتري لا يلتزم بتسليم المبيع ما لم يُعرض عليه الثمن مقابل التسليم، كما يجوز له في البيوع الجملية أن يحبس جميع الأشياء المبيعة حتى دفع كامل الثمن. وترد على هذا الحق قيود قانونية، منها عدم جواز الامتناع إذا فوّض الغير في قبض الثمن، أو قبل حوالة أو تفويضًا في الوفاء، أو منح بعد العقد أجلًا للدفع. وحتى مع منح أجل، يبقى للبائع حق الامتناع عن التسليم إذا ساءت ملاءة المشتري أو نقصت الضمانات على نحو يهدد استيفاء الثمن [12]

وفي حالة عدم الوفاء، تجيز المجلة اشتراط انفساخ البيع بقوة الشرط إذا لم يدفع الثمن في الأجل، كما تخول للبائع الذي لم يمنح أجلًا أن يطالب باسترداد المنقولات الموجودة بيد المشتري أو وقف بيعها، في حدود الآجال والإجراءات المقررة. وهذه الوسائل تؤكد أن البيع بالتقسيط، على الرغم من بعده التمويلي الاقتصادي، يظل محروسًا بمنظومة مدنية تقوم على الحبس والفسخ والاسترداد والتمسك بعدم التنفيذ.[13]

4.1 البيع بالتقسيط بين الإباحة الفقهية والضبط القانوني

لا يثير البيع بالتقسيط في ذاته حرجًا فقهيًا متى كان الثمن النهائي معلومًا من البداية، وتم الاتفاق عليه على وجه قاطع غير قابل للزيادة بسبب مجرد التأخر اللاحق. فالمعيار الحاسم هنا ليس مجرد زيادة الثمن عند الأجل، بل طبيعة العقد: هل نحن أمام بيع حقيقي بثمن معلوم، أم أمام دين نقدي يجر نفعًا بسبب الزمن؟ ومن ثم فإن الفقه الإسلامي المعاصر لا يمانع من حيث الأصل البيع بالأجل أو بالتقسيط، لكنه يرفض أن يتحول إلى حيلة لإنتاج ربا النسيئة في صورة بيع.[14]

وتكتسب هذه الملاحظة أهمية خاصة عند دراسة البيئة التونسية؛ لأن القانون نفسه يفرق بين العمليات البنكية، وبين التمويلات التي تمنحها المؤسسات غير المرخص لها لحرفائها من أجل التزود بالبضائع أو الخدمات. وهذا التفريق يعني ضمنًا أن المشرع يعترف بوجود تقسيط مدني أو تجاري عادي لا يتحول لمجرد وجود الأجل إلى عملية بنكية. وبذلك لا يصح الخلط بين كل بيع مؤجل وبين كل تمويل إسلامي قائم على البيع.[15]

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن البيع بالتقسيط هو نقطة البداية في المقارنة لا نقطة النهاية؛ لأنه يكشف عن المشترك الأصلي بين العقود القائمة على البيع، لكنه لا يغني عن فحص العناصر التي تجعل المرابحة للآمر بالشراء تتجاوز مجرد التأجيل إلى بنية أشد تركيبًا من حيث المراحل والضمانات والرقابة.[16]

وعليه، إذا كان البيع بالتقسيط يظل في إطاره الأصلي بيعًا مدنيًا بثمن مؤجل، فإن المقارنة العلمية السليمة تقتضي الانتقال من دراسة أثر الأجل في البيع إلى دراسة أثر تدخل المؤسسة المالية في بنية البيع. فالعنصر الحاسم ليس في كل الأحوال هو وجود أقساط أو آجال، وإنما موقع الطرف الممول: هل هو بائع أصيل يبيع ما يملكه مباشرة؟ أم ممول يشتري أولًا ثم يبيع؟ أم مقرض لا يريد في الحقيقة إلا استرداد المال مع عائد؟

ومن هنا، فإن المرابحة للآمر بالشراء تمثل ساحة اختبار دقيقة للإشكال المطروح. فهي تلتقي مع البيع بالتقسيط في أن نتيجتها العملية هي تمليك أصل مع تأجيل الثمن، لكنها تضيف عناصر لا يقتضيها البيع المدني العادي: الوعد السابق، والشراء الفعلي من البنك، والتصريح بالكلفة والربح، والالتزام بالمعايير البنكية الإسلامية، والرقابة المؤسسية.[17] وبسبب هذه العناصر لا تعود المقارنة بين الصيغتين مقارنة في الاسم أو النتيجة، بل مقارنة في التكييف والضمانات ومناط المشروعية.[18]

2. المقاربة القانونية والفقهية للمرابحة للآمر بالشراء

1.2. التكييف الهيكلي والتشريعي للمرابحة للآمر بالشراء:

الانتقال من المرابحة البسيطة إلى المرابحة المركبة تقتضي الدقة الأكاديمية التمييز بين مرابحة التراث الفقهي والمرابحة المصرفية. المرابحة الكلاسيكية هي من "بيوع الأمانة"، وتقوم على إخبار البائع برأس ماله في السلعة وبيعها بزيادة ربح معلوم[19]. أما المرابحة للآمر بالشراء (Murabaha to the Purchase Orderer)، فهي "عملية تمويلية مركبة" استحدثت كبديل للائتمان البنكي التقليدي. تتألف هذه العملية من أطراف ثلاثة (الممول، العميل، المورد)، وتمر وجوباً بمراحل تعاقدية منفصلة:

- الوعد الملزم: يطلب العميل من البنك شراء سلعة، واعداً إياه باقتنائها منه.
- الشراء والتملك: يشتري البنك السلعة من المورد ويتملكها فعلياً وتدخل في ضمانه.
- البيع النهائي: يبرم البنك عقد بيع جديد للسلعة إلى العميل مرابحةً مقسطة.

وقد استقرت المعايير الشرعية (معيار الأيوفي رقم 8) على أنه لا يجوز قانوناً ولا شرعاً دمج هذه المراحل في عقد واحد مسبق، تفادياً للوقوع في المحظور الشرعي "بيع الإنسان ما لا يملك"[20]

وقد شهدت البيئة القانونية التونسية مخاضاً تشريعياً لاستيعاب هذه البنية المركبة. قبل صدور القانون البنكي لسنة 2016، عانت البنوك الإسلامية من إشكال التكييف الجبائي، حيث اعتبرت الإدارة الجبائية المرابحة بمثابة عمليتي بيع متتاليتين خاضعتين للأداء المزدوج (Double imposition)، مما أثقل كاهل هذا التمويل[21]. إلا أن تدخل المشرع بموجب القانون عدد 48 لسنة 2016 حسم هذا الإشكال. فقد عرف الفصل 12 منه المرابحة بأنها: "كل عقد يقتني بمقتضاه البنك، بطلب من حريفه، منقولا أو عقارا قصد إعادة بيعه له مرابحة بثمن الشراء مضافا إليه هامش ربح متفق عليه مسبقا"[22]. بهذا

التوصيف، أخرج المشرع التونسي تمويل المرابحة من دائرة "عقود القرض المالي بفائدة" ليدرجه ضمن "العمليات التجارية البيعية"، مقراً بذلك بالحياد الجبائي للمرابحة لتتساوى تنافسيتها مع الائتمان الكلاسيكي. غير أن إخضاع آثار المرابحة لمجلة الالتزامات والعقود يفرز تناقضات دقيقة نعالجها في المبحث الموالي.

2.2 المرابحة في الفقه المؤسسي المعاصر

المرابحة في أصلها الفقهي من بيوع الأمانات، لأنها تقوم على معرفة المشتري بكلفة السلعة وربح البائع. غير أن المرابحة المصرفية المعاصرة ليست مجرد مرابحة بسيطة، بل هي مرابحة للآمر بالشراء، أي عملية يطلب فيها العميل من المؤسسة المالية أن تقتني له أصلًا معينًا ثم تعيد بيعه إليه بهامش ربح معلوم. وهذا التركيب هو الذي أفرز الأسئلة الجوهرية المتعلقة بالوعد، والمواعدة، وشرط الملك، والقبض، وتحمل التبعة.[23]

وقد حسم مجمع الفقه الإسلامي الدولي أصل المشروعية في قراره رقم 40-41 الصادر في ديسمبر 1988، حين قرر أن بيع المرابحة للآمر بالشراء جائز إذا وقع على سلعة بعد دخولها في ملك المأمور، وبعد حصول القبض المعتبر، مع بقاء مسؤولية التلف عليه قبل التسليم وتبعة الرد بالعيب ونحوه. ويكشف هذا القرار أن مركز الثقل في التكييف ليس في الصورة الخارجية للعقد، بل في واقعة التملك الحقيقية وفي تحمل التبعة قبل إعادة البيع.[24]

كما قرر المجمع أن الوعد المنفرد من الآمر أو المأمور يكون ملزمًا ديانة، وقد يكون ملزمًا قضاء إذا عُلّق على سبب ودخل الموعود في كلفة بسببه، أما المواعدة الصادرة من الطرفين فلا تجوز في بيع المرابحة إن كانت ملزمة بلا خيار، لأنها تشبه البيع نفسه قبل تحقق الملك في يد البائع. وهنا تتحدد قاعدة منهجية مهمة: الفصل بين الوعد والبيع ليس أمرًا شكليًا، بل ضمانة لمنع بيع ما ليس عند البائع.[25]

3.2 معايير AAOIFI وأثرها في بناء مفهوم المرابحة

تؤكد معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI) هذا الاتجاه المؤسسي؛ إذ تشير الهيئة إلى المعيار الشرعي رقم 8: المرابحة بوصفه المرجع الخاص بالمرابحة، كما تشير إلى معيار المحاسبة المالية رقم 28: المرابحة والبيوع الآجلة الأخرى بوصفه معيارًا ينظم القياس والاعتراف والإفصاح المحاسبي المتصل بهذه المعاملات.[26] وقد أوضحت AAOIFI أن FAS 28 حل محل معايير أقدم متعلقة بالمرابحة والبيع الآجل، وأنه يضع قواعد القياس والاعتراف والإفصاح في معاملات المرابحة والبيوع الآجلة الأخرى.[27]

ولا تكمن قيمة هذه المعايير في بعدها المحاسبي أو الشرعي المجرد، بل في كون القانون التونسي الترتيبي قد أحال عليها صراحة. فالمادة 19 من منشور البنك المركزي عدد 2019-08 تلزم البنوك والمؤسسات المالية، في عقودها وعملياتها الإسلامية، باحترام المعايير الدولية المعتمدة في هذا المجال، وبالأخص معايير AAOIFI، في حدود عدم تعارضها مع التشريع الوطني. وبهذا تغدو AAOIFI في تونس مرجعًا عمليًا مكملًا لفهم التزامات المؤسسة الممارسة للمرابحة.[28]

ويستفاد من هذا الارتباط أن المرابحة في البيئة التونسية لا يمكن تفسيرها بقواعد البيع المدني وحدها، لأن المعايير الدولية تضيف طبقة ثانية من المتطلبات: متطلبات الإفصاح، وسلامة الهيكلة، وضبط المراحل، وتوثيق الكلفة والربح، ومراقبة المطابقة. وهذا استنتاج تحليلي تؤيده الإحالة التنظيمية الصريحة على تلك المعايير.[29]

4.2 لمرابحة في القانون التونسي

أدخل القانون عدد 48 لسنة 2016 العمليات البنكية الإسلامية ضمن العمليات البنكية المعترف بها، إلى جانب تلقي الودائع ومنح الائتمان والليزينغ والفاكتورينغ ووسائل الدفع. كما عرف هذه العمليات بأنها لا تؤدي إلى تقاضي أو دفع الفائدة في مجالات تلقي الودائع والتوظيف والتمويل والاستثمار، على أن تكون مطابقة للمعايير البنكية الإسلامية، مع إسناد مهمة الرقابة على المطابقة إلى البنك المركزي التونسي.[30]

ثم جاء الفصل 12 من القانون ذاته ليعرف المرابحة تعريفًا مباشرًا: فهي عملية بيع مع التصريح برأس المال وهامش الربح، تقوم فيها المؤسسة المالية، بطلب من الآمر بالشراء، باقتناء منقولات أو عقارات أو بضائع من الغير ثم إعادة بيعها إلى الآمر بثمن يعادل كلفة الاقتناء مضافًا إليها هامش ربح محدد سلفًا، يُدفع في آجال متفق عليها. وتظهر من هذا التعريف ثلاثة عناصر مركزية: الشراء المسبق من الغير، والإفصاح عن الكلفة والربح، وتأجيل الثمن وفق آجال متفق عليها.[31]

وهكذا لا يكتفي المشرع التونسي بالاعتراف بالمرابحة، بل يحدد ملامحها التكوينية، بما يحول دون اختزالها في قرض أو في بيع عادي. بل إن مجرد وصفها القانوني كبيع مع التصريح بالكلفة والربح، مقرونًا باقتناء البنك للمحل بطلب العميل، يكفي للدلالة على أن المرابحة في تونس هي بيع ذو وظيفة تمويلية داخل إطار مصرفي خاص.[32]

وقد أكد منشور البنك المركزي التونسي عدد 2019-08 هذا الاتجاه التشريعي وصاغه صياغة تشغيلية أدق. فقد نص في مادته الأولى على أن غرضه هو تعريف العمليات البنكية الإسلامية وضبط شروط ممارستها، ثم قرر في المادة 2 أن هذه العمليات تتخذ صورة تمويل تجاري أو تمويل تشاركي أو ودائع

استثمار. وجعلت المادة 3 المرابحة من قبيل التمويل التجاري إلى جانب الإجارة والاستصناع والسلم.[33]

أما المادة 4 فعرّفت تمويل المرابحة بأنه العملية التي تقوم فيها المؤسسة المالية، بناء على طلب العميل الآمر، باقتناء منقولات أو عقارات أو خدمات من الغير، ثم إعادة بيعها إليه بسعر يساوي كلفة الاقتناء مضافًا إليها هامش ربح محدد سلفًا، في شكل مبلغ أو نسبة ثابتة من القيمة الأصلية، ويكون الثمن مستحقًا وفق جدول دفع متفق عليه. ثم حددت المادة 5 مجالات استعمال المرابحة للمهنيين والأفراد، بما يشمل تمويل المواد الأولية والمنتجات والأصول، والخدمات، والعقارات، والمنقولات.[34]

وتتضح أهمية هذا التعريف من كونه ينتقل بالمرابحة من مستوى المفهوم الفقهي العام إلى مستوى المنتج البنكي المحدد العناصر. فالتنظيم لا يكتفي بتسمية العملية، بل يحدد محلها، وتسلسلها، وطريقة احتساب هامش الربح، ومجالات استعمالها، وهو ما يعزز فكرة أنها بنية تعاقدية مركبة لا مجرد بيع مؤجل الثمن.[35]

3. أوجه الالتقاء والتباين البنيوي بين البيع المدني والتمويل الإسلامي

يقتضي البحث المقارن تفكيك البنية الداخلية للآليتين لرصد التماهي في المآلات والتباين في الجوهر، وهو ما يجسد الإجابة العميقة على إشكالية قدرة القانون المدني التونسي على احتواء المالية الإسلامية.

1.3 مساحات التقاطع العضوي بين العقدين

تتقاطع الآليتان في محاور مركزية تمثل الأرضية المشتركة بين فقه المعاملات ونظرية الالتزام في م.إ.ع:

أولا: وحدة الغاية الائتمانية وانتقال الملكية:

إن العلة الاقتصادية الكامنة وراء البيع بالتقسيط والمرابحة هي ذاتها: تحقيق "الائتمان" (Crédit) عبر تمكين الذمة المالية للمشتري من حيازة أصل عيني

في الحال، مع إرجاء استخلاص المقابل المالي إلى أجل. وتتأكد أهمية هذا المعطى من خلال اتفاق المدرستين على "فورية انتقال الملكية" فوفقاً للفصل 579 م.إ.ع المتعلق بالبيع بالتقسيط، ووفقاً لضوابط إبرام العقد النهائي في المرابحة (المعيار 1/5 للأيوفي)، تنتزع ملكية العين من البائع/الممول لتستقر في ذمة المشتري بمجرد تطابق الإرادتين، مما يخوله حق التصرف المطلق فيها.[36]

ثانيا: مشروعية العائد المالي (هامش الربح) ومبدأ سلطان الإرادة:

تمثل هذه النقطة تقاطعاً حيوياً لدفع شبهة "الربا" عن البيع بالتقسيط من المنظورين القانوني والشرعي. في المنظومة التونسية، يحكم العقد مبدأ "سلطان الإرادة" المكرس في الفصل 242 م.إ.ع الذي ينص على أن: "ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين"[37]. بناءً عليه، يُعد اتفاق المتعاقدين على تسعير السلعة المؤجلة بأعلى من قيمتها الحالية تصرفاً قانونياً سليماً يدخل في باب حرية التجارة ولا يطاله بطلان الفوائد المشطة. وهذا التوجه يتطابق جوهرياً مع الفقه الإسلامي الذي يُقر بمشروعية هذا الربح باعتباره "عوضاً عن السلعة" وليس عوضاً عن "الزمن المجرد" كما هو حال الائتمان الربوي، مجسداً القاعدة الفقهية: "الزيادة في الثمن مقابل الأجل جائزة في المعاوضات" [38].

2.3 نقاط التمايز الجوهري (الحدود الفاصلة)

لئن تماهت المآلات، فإن التدقيق في الآليات يبرز تباينات صارمة تترجم الفلسفة الخاصة بالاقتصاد الإسلامي في مقابلة الاقتصاد المدني.

أولا: الاستقلالية العقدية مقابل التركيب وإلزامية الوعد

يتسم البيع المدني بالتقسيط بالبساطة العقدية؛ فهو عقد وحيد ومباشر بين ذمتين، أما المرابحة للآمر بالشراء، فهي سلسلة تعاقدية لا تقبل الدمج. وتبلغ ذروة التمايز في التكييف القانوني لـ "مرحلة الوعد".

أقر مجمع الفقه الإسلامي أن الوعد في المرابحة "ملزم قضاءً وديانةً" لحماية المركز المالي للبنك[39]. غير أن تكييف هذا "الوعد بالشراء في ظل مجلة الالتزامات والعقود التونسية يثير إشكالاً؛ فالوعد بالتعاقد قد يخضع لأحكام تعويض الضرر عند النكول دون إجبار الواعد على التنفيذ العيني، مما يجعل التركيبة التعاقدية للمرابحة هشة نسبياً إذا لم تُدعّم بضمانات جدية.

ثانيا: معيار تحمل المخاطر (تفعيل قاعدة الخراج بالضمان):

يعتبر هذا المعيار قطب الرحى في تمايز التمويل الإسلامي عن نظيره التقليدي. ينبني الفقه الإسلامي على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "الخراج بالضمان"[40]. وتعني القاعدة وجوب ارتباط العائد المالي (الربح) بتحمل مخاطر هلاك (الأصل). وتطبيقاً لذلك، يلتزم البنك الإسلامي بأن يتملك السلعة فعلياً وتدخل في عهدته القانونية والواقعية قبل بيعها للعميل. وفي هذه الفترة البينية، يكون البنك ضامناً لها إزاء أي تلف قوة قاهرة. في المقابل، في الائتمان الاستهلاكي الكلاسيكي، البنك المقرض لا يتملك السلعة بتاتاً ولا يتحمل أي تبعة. وحتى في البيع بالتقسيط المباشر، لا يوجد فصل زمني بين التملك والبيع يبرر هذا النوع من المخاطرة. وللأسف، يشهد الواقع التطبيقي في تونس محاولات لالتفاف البنوك الإسلامية على هذه المخاطرة عبر آلية "وكالة العميل في القبض"، مما يفرغ المرابحة من محتواها الشرعي ويقاربها من القرض المدني.[41]

ثالثا: الإشكالية العويصة للتعثر المالي وغرامات التأخير:

يمثل نظام العقوبات المالية نقطة صدام تشريعي وفقهي صريح. فالمشرع التونسي يحمي الدائن في البيع بالتقسيط عبر الفصل 278 من م.إ.ع الذي يتيح المطالبة بـ "تعويضات لعدم الوفاء" تحتسب بناءً على نسبة الفائدة القانونية جراء التأخير.[42]

بينما يعتبر الفقه الإسلامي أنّ أي إضافة مالية مشروطة نظير التأخير في سداد دين ثابت في الذمة، هي عين "ربا النسيئة" المحرم. بالتالي، يحرم على البنك الإسلامي الانتفاع بأي فوائد تأخير.

رابعا: التخريج الفقهي (شرط التبرع) وأزمة التكييف القضائي:

استحدثت الهيئات الشرعية آلية "الالتزام بالتبرع"، حيث يلتزم العميل المماطل بدفع مبلغ يوجه حصراً لـ "حساب وجوه البر" دون أن يدخل في أرباح البنك، لتحقيق الردع[43]. بيد أن هذا الحل يصطدم بالمقاربة القضائية التونسية؛ فالقاضي المدني يميل إلى تكييف هذا الشرط كـ "شرط جزائي" يخضع للفصل 277 م.إ.ع، والذي يمنح المحكمة سلطة تقديرية واسعة لتخفيضه أو إلغائه إذا بدا لها مشطاً، مما يضعف فاعلية الردع في المنظومة الإسلامية أمام المحاكم الوضعية.

4. فاعلية نظام التأمينات والضمانات بين مقتضيات مجلة الحقوق العينية وضوابط الفقه الإسلامي:

أمام تجريد البنوك الإسلامية من سلاح "الفوائد التأخيرية"، تصبح المنظومة الضمانية هي خط الدفاع الأوحد لاستخلاص الديون. ونتولى هنا تحليل مدى مطابقة الضمانات التونسية الكلاسيكية لمحددات الشريعة.

1.4 التأمينات المدنية الكلاسيكية في البيع بالتقسيط التونسي

استقر العرف التجاري وفقه القضاء في تونس على تكريس ضمانات عينية وشخصية بالغة القوة لحماية بائع التقسيط:

أولا: شرط الاحتفاظ: يُعد هذا الشرط الآلية الضمانية الأكثر نجاعة في البيوع الائتمانية. يقضي هذا الشرط التعاقدي بأن البائع، وعلى الرغم من تسليمه المبيع للمشتري لتمكينه من استغلاله، يظل محتفظاً بصفته "المالك القانوني" إلى حين استيفاء القسط الأخير من الثمن المسمى[44]. ولئن كان الأصل في الفصل

579 م.إ.ع هو الانتقال الفوري للملكية، فإن محكمة التعقيب التونسية تواترت على إقرار صحة هذا الشرط استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة، مكيفة إياه بأنه "تأجيل لآثار العقد العينية وليس تعليقاً لصحته"[45]. غير أن فاعلية هذا الشرط تصطدم بجدار أحكام قانون "إنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية" (قانون 36 لسنة 2016)، والذي يغل يد البائع عن استرداد مبيعه (كالمعدات الصناعية) إذا ما تم إقرار مسار التسوية القضائية للمؤسسة المشترية ضماناً لاستمراريتها.[46]

ثانيا: نظام الامتياز والرهن غير الحيازي: نظّم المشرع صلب مجلة الحقوق العينية ضمانات تقي الدائن أخطار الإفلاس. ففي قطاع بيع السيارات أو الآلات الفلاحية بالتقسيط، يُلجأ عادة إلى تسجيل "امتياز البائع" أو "رهن غير حيازي" لدى المصالح الجبائية (القباضة) وعلى البطاقة الرمادية للمركبة. يخول هذا التسجيل للبائع حق التتبع وحق الأفضلية لاستخلاص دينه بالأولوية على بقية الدائنين[47]. وهي ضمانات أثبتت نجاعتها المطلقة في فقه القضاء المدني التونسي.

2.4 التأمينات في المرابحة الإسلامية ومأزق التكييف المدني

تطرح مواءمة الضمانات الشرعية مع القانون التونسي إشكاليات مركبة، حيث يقبل الفقه بعضاً من هذه الآليات ويرفض الأخرى رفضاً قاطعاً.

أولا: التكييف المقارن لـ "هامش الجدية" والعربون لتأمين التزام العميل (الآمر بالشراء) بوعده، تتقاضى البنوك الإسلامية مبلغاً نقدياً مسبقاً يُصطلح عليه بـ "هامش الجدية".

لقد كيّف مجمع الفقه الإسلامي هذا المبلغ بأنه "أمانة" لا يجوز مصادرتها كلياً عند نكول العميل، بل يحق للبنك اقتطاع مقدار "الضرر الفعلي المباشر" فقط (وهو الفارق بين سعر التكلفة وسعر بيع السلعة في السوق لغير الآمر)، وما زاد عن ذلك وجب رده للعميل[48]. وهنا يكمن التباين مع التكييف المدني

التونسي؛ فهامش الجدية يقابله قانوناً أحكام "العربون" الواردة في الفصل 254 م.إ.ع. إلا أن فقه القضاء التونسي يعتبر العربون، في إحدى صوره، بمثابة تعويض جزائي عن النكول يفقده المشتري المتراجع كلياً، بغض النظر عن حجم الضرر الفعلي الذي لحق البائع[49]. هذا التوجه المدني المبيح للاحتفاظ بكامل العربون يتعارض مع مبدأ تحريم أكل أموال الناس بالباطل في الفقه الإسلامي، مما يفرض صياغة عقود المرابحة بحذر شديد لاستبعاد تكييف المحاكم لهامش الجدية كعربون مدني مطلق.

ثانيا: التوافق المثالي في اعتماد "الرهن الرسمي" للمبيع: أجاز الفقه الإسلامي بصريح النص أن تُرهن السلعة المبيعة بالمرابحة ضماناً لاستيفاء أقساطها المتبقية، وهو ما يعرف بـ "رهن المبيع على ثمنه"[50]. هذه الآلية الشرعية تتناغم كلياً مع أحكام مجلة الحقوق العينية في تونس. ففي تمويل العقارات السكنية، يعمد البنك الإسلامي إلى إبرام عقد نقل الملكية للعميل، وفي ذات اللحظة، يتم تسجيل "رهن رسمي" من الدرجة الأولى لدى إدارة الملكية العقارية (دفتر خانة) لفائدة البنك. هذه التقنية تضمن للبنك حقاً عينياً قوياً دون الإخلال بالمقتضى الشرعي لانتقال الملكية.

ثالثا: التصادم حول شرعية "شرط الاحتفاظ بالملكية": يمثل هذا الشرط بؤرة الصدام الكبرى بين متطلبات تأمين القروض المدنية ومقاصد الشريعة. ففي حين يكرس فقه القضاء التونسي هذا الشرط لحماية بائع التقسيط، يصطدم هذا الخيار بالتحريم القاطع في الفقه الإسلامي. فالبيع شرعاً معرّف بأنه "مبادلة مال بمال على وجه التمليك الدائم"، واشتراط البائع الاحتفاظ بالملكية يناقض "مقتضى العقد" ويفسده كلياً[51]. ويُبنى هذا التحريم على علتين:

- منع الجمع بين الثمن والمثمن في يد البنك (فلا يصح أن يربح من مبيع لم يخرجه من عهدته القانونية).
- تعارض هذا الشرط مع قاعدة استقرار الضمان لدى المشتري.

وعليه، حسمت المعايير الشرعية (معيار 4/5/8 للأيوفي) المنع البات لهذا الشرط. وتطبيقاً لذلك، تتجه البنوك الإسلامية العاملة في الساحة التونسية إلى إسقاط هذا الشرط من عقودها كلياً، والاستعاضة عنه بآليات الرهن والامتياز التي تفي بالغرض الضماني دون المساس بانتقال الملكية، وهو ما يعد انتصاراً للتكييف الشرعي على حساب الآليات المدنية المتاحة.

3.4 مآل النزاعات وإشكالية التكييف القضائي في تونس:

في ظل الفراغ التشريعي المنظم للتفاصيل الإجرائية والموضوعية للعقود الإسلامية ضمن م.إ.ع، يقف القاضي التونسي أمام إحراج قانوني عند عرض قضايا تعثر سداد المرابحات. إذ يلجأ القاضي عموماً إلى تطبيق مقتضيات الفسخ المدني المنصوص عليها في الفصل 273 م.إ.ع[52]، والذي يقضي بإرجاع الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها، مع القضاء بتعويض مالي للبنك يتم احتسابه حتماً بناءً على "الفوائد القانونية" المنظمة بالفصل 278 م.إ.ع. هذا الحكم القضائي الإلزامي يخلق إشكالاً عميقاً للبنك الإسلامي الذي لا يسعه فقهياً إدراج هذه الأموال في ميزانية أرباحه، مما يؤكد محدودية النص المدني التونسي في استيعاب التمظهرات الجزائية للصيرفة الإسلامية.

الخاتمة:

لقد رام هذا البحث المعمق الخوض في تضاريس البنية التعاقدية وتقاطعاتها بين النظرية العامة للالتزام في القانون التونسي ونظرية العقود في الفقه الإسلامي، وذلك من خلال اتخاذ عقدي "البيع بالتقسيط" و"المرابحة للآمر بالشراء" نموذجاً حياً للدراسة المقارنة. وتأسيساً على ما سلف بيانه من تحليل وتأصيل وتفكيك للنصوص الواردة في مجلة الالتزامات والعقود، ومجلة الحقوق العينية، والقانون البنكي لسنة 2016، في مقابل المعايير الشرعية، نخلص إلى

جملة من الاستنتاجات العلمية الدقيقة التي تبلور الإجابة الشافية على الإشكالية المركزية:

أولاً: على مستوى التكييف والبنية الهيكلية: تأكد لنا أن البيع المدني بالتقسيط وعقد المرابحة يلتقيان عضوياً في تحقيق مآل اقتصادي واحد يتمثل في الائتمان وانتقال الملكية المؤجل الدفع مقابل هامش ربح مبرر قانوناً وشرعاً استناداً لمبدأ سلطان الإرادة. بيد أن التمايز البنيوي يظل قائماً وصارماً؛ إذ يتشكل البيع بالتقسيط في التشريع التونسي كعقد وحيد ومبسط، في حين تفرض المرابحة للآمر بالشراء تركيبة عقدية متعددة المراحل (الوعد، التملك، ثم البيع النهائي) لا يملك القاضي المدني أدوات تكييفها المندمجة بصورة طبيعية دون إرباك المفاهيم الكلاسيكية للوعد بالبيع.

ثانياً: على مستوى نظرية المخاطر (الخراج بالضمان): ثبت من خلال الدراسة أن قاعدة "الخراج بالضمان" تمثل الجدار العازل بين التمويل الإسلامي والمدني. فالمشروعية الفقهية للمرابحة لا تكتمل إلا بتحمل الممول لمخاطر هلاك الأصل المبيع قبل تسليمه للعميل، وهو مفهوم غائب كلياً عن أدبيات الائتمان البنكي التقليدي الذي يضمن استرجاع المال ولا يعبأ بسلامة المبيع. وقد بيّن البحث أن محاولات الالتفاف على هذا الضمان في التطبيق التونسي تفقد العقد روحه الشرعية.

ثالثاً: على مستوى فاعلية المنظومة التأمينية (نظام الضمانات): برهن البحث على أن المشرع التونسي وفر في مجلة الحقوق العينية ترسانة ضمانية هامة (كالرهن الرسمي والرهن غير الحيازي) قادرة على تأمين ديون المؤسسات المالية الإسلامية دون الإخلال بالمقاصد الشرعية. غير أن الصدام الحتمي تجلى في رفض الفقه الإسلامي القاطع لـ "شرط الاحتفاظ بالملكية"، الذي يُعد درة تاج الضمانات المدنية لدى فقه القضاء التونسي، لتعارضه الجذري مع طبيعة عقد البيع الناقل الفوري للملكية.

رابعاً: في معضلة التكييف القضائي والجزاءات المواتورية: تجلت حدود القانون التونسي بوضوح في مسألة التأخير في السداد. فاستناد فقه القضاء إلى الفصل 278 م.إ.ع لفرض الفوائد القانونية يضع المؤسسات الإسلامية في حرج شرعي بالغ. كما أن تكييف المحاكم المدنية لشرط "الالتزام بالتبرع" كشرط جزائي قابل للتخفيض وفق الفصل 277 م.إ.ع، يعطل فاعلية الردع في المنظومة الإسلامية.

التوصيات والمقترحات:

بناءً على هذا التشخيص القانوني الدقيق، نقترح التوصيات التالية لإصلاح البيئة التشريعية في تونس:

تدخل المشرع في مجلة الالتزامات والعقود: دعوة المشرع التونسي إلى عدم الركون الحصري للقانون البنكي عدد 48 لسنة 2016، والمبادرة بصياغة "باب خاص بالبيوع التمويلية الإسلامية" صلب م.إ.ع، ينظم بدقة القوة الإلزامية للوعد بالشراء، ويؤطر الطبيعة القانونية الخاصة لـ "هامش الجدية" لتمييزه عن أحكام العربون الكلاسيكية.

استثناء الديون الإسلامية من الفوائد القانونية: ضرورة التنصيص تشريعياً على إعفاء القضايا المتعلقة بالبنوك الإسلامية من التطبيق الآلي للفصل 278 م.إ.ع الخاص بالفوائد التأخيرية، والاعتراف الصريح والقاطع بصحة "شرط الالتزام بالتبرع الخيري" كآلية مدنية ردعية غير قابلة للتخفيض القضائي متى تعلقت بالائتمان الإسلامي.

إرساء دوائر قضائية متخصصة: نوصي وزارة العدل بإحداث دوائر أو غرف قضائية متخصصة صلب المحاكم التجارية، يتلقى قضاتها تكويناً معمقاً في "المعايير الشرعية" (AAOIFI)، لضمان تكييف قضائي يحترم الإرادة المشتركة للمتعاقدين ويحفظ للعقود هويتها الإسلامية بمعزل عن القياس المشط على العقود المدنية.

قائمة المراجع:

الكتب العربية:

1. بوزيان، حسام الدين. "الصيرفة الإسلامية في تونس بين النص القانوني والواقع العملي". مجلة القانون والأعمال، جامعة تونس المنار، العدد 14، 2018
2. الزحيلي، وهبة. الفقه الإسلامي وأدلته. الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، 1997
3. السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت
4. شبير، محمد عثمان. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. دار النفائس، عمان، ط6، 2007
5. الشبيلي، يوسف. الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي. دار ابن الجوزي، ط1، الدمام، 2005
6. العبيدي، محمد. التأمينات العينية والشخصية في القانون التونسي. مطبعة تونس، تونس، 2010
7. القره داغي، علي محيي الدين. بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة. الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2001،
8. المصري، رفيق يونس. المرابحة للآمر بالشراء. الطبعة الثانية، دار المكتبي، دمشق، 2005

النصوص القانونية والتنظيمية

1. مجلة الالتزامات والعقود التونسية: الفصول 247، 564، 579، 580، 583، 584، 585، 598، 599، 600، 601، 680، 681.
2. القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية.
3. مجلة الحقوق العينية التونسية
4. منشور البنك المركزي التونسي عدد 2019-08 المؤرخ في 14 أكتوبر 2019 المتعلق بتعريف العمليات البنكية الإسلامية وضبط شروط ممارستها.
5. منشور البنك المركزي التونسي عدد 2021-05 المؤرخ في 19 أوت 2021 المتعلق بإطار الحوكمة بالمؤسسات البنكية والمالية.

6. القانون عدد 117 لسنة 1992 المتعلق بحماية المستهلك.
7. القانون عدد 40 لسنة 1998 المتعلق بطرق البيع والإشهار التجاري.
8. ثانيًا: المراجع الفقهية والمعيارية
9. مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم 40-41 (2/5 و3/5) بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للآمر بالشراء، الكويت، 15 ديسمبر 1988.
10. AAOIFI, Shari'ah Standard No. 8: Murabahah.
11. AAOIFI, Financial Accounting Standard No. 28: Murabaha and Other Deferred Payment Sales.

الهوامش:

[1] - شبير، محمد عثمان. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي. دار النفائس، عمان، ط6، 2007، ص 112.
[2] - القره داغي، علي محيي الدين. بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة. الطبعة الأولى، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2001، ص 298.
[3] - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة السادسة، جدة، 1990، القرار رقم 51 (6/2) بشأن أحكام البيع بالتقسيط.
[4] - مجلة الالتزامات والعقود التونسية، الصادرة بالأمر العلي المؤرخ في 15 ديسمبر 1906، والنصوص المنقحة والمتممة لها. (يشار إليها لاحقاً بـ: م.إ.ع). الفصل 564 والفصل 579.
[5] - المرجع نفسه، الفصل 580.
[6] - المرجع نفسه، الفصل 577.
[7] - المرجع نفسه، الفصل 579. وانظر في تحليل انتقال الملكية: بلحاج، فرج. عقد البيع في مجلة الالتزامات والعقود. مركز النشر الجامعي، تونس، 2003، ص 89.
[8] - مجلة الالتزامات والعقود، الفصل 583- 584 – 585.
[9] - الفصل 564 من المجلة، مع ما يستفاد من الفصول 583 إلى 585.
[10] - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 40-41، البند الأول.
[11] - مجلة الالتزامات والعقود، الفصل 247.
[12] - مجلة الالتزامات والعقود، الفصلان 598 و599.

[13] - مجلة الالتزامات والعقود، الفصلان 680 و681.
[14] - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 40-41، وما يفهم منه من التمييز بين البيع الحقيقي والحيلة إلى بيع ما ليس عند الإنسان.
[15] - القانون عدد 48 لسنة 2016، الفصل 4، الفقرة المتعلقة بالتمويلات التي تمنحها المؤسسات غير المرخص لها لعملائها.
[16] - منشور 2019-08، المادة 4، وما بعدها.
[17] - القانون عدد 48 لسنة 2016، الفصول 11 و12 و22 و23 و54.
[18] - منشور 2019-08، المواد 4 و16 إلى 20؛ منشور 2021-05، المواد 55 إلى 61.
[19] - ابن رشد الحفيد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد. دار ابن حزم، بيروت، ط1، 1999، الجزء الثالث، ص 161.
[20] - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (AAOIFI). المعايير الشرعية، المعيار رقم (8) بشأن المرابحة للآمر بالشراء، البند 1/3.
[21] - بوزيان، حسام الدين. "الصيرفة الإسلامية في تونس بين النص القانوني والواقع العملي". مجلة القانون والأعمال، جامعة تونس المنار، العدد 14، 2018، ص 45 وما بعدها.
[22] - القانون عدد 48 لسنة 2016 المؤرخ في 11 جويلية 2016 المتعلق بالبنوك والمؤسسات المالية، الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، عدد 57، ص 2315.، الفصل 12.
[23] - المرابحة للآمر بالشراء في الفقه المؤسسي الحديث تفترض طلبًا سابقًا ووعدًا وشراءً ثم بيعًا.
[24] - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 40-41، البند الأول.
[25] - القرار نفسه، البندان الثاني والثالث.
[26]- AAOIFI, Shari'ah Standard No. 8: Murabahah.
[27]- AAOIFI, Financial Accounting Standard No. 28: Murabaha and Other Deferred Payment Sales
[28] - منشور البنك المركزي التونسي عدد 2019-08، المادة 19.
[29] - هذا استنتاج من الجمع بين المادة 19 من المنشور وإعلانات AAOIFI عن معاييرها.
[30] - القانون عدد 48 لسنة 2016، الفصل 11.
[31] - القانون نفسه، الفصل 12.

[32] - يراجع أيضًا الفصل 4 من القانون نفسه في إدراج العمليات البنكية الإسلامية ضمن العمليات البنكية.
[33] - منشور البنك المركزي التونسي عدد 2019-08، المواد 1 إلى 3.
[34] - المنشور نفسه، المادتان 4 و5.
[35] - يستفاد ذلك من الصياغة التفصيلية للمادة 4 بخاصة.
[36] - السنهوري، عبد الرزاق. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، (الجزء الرابع: العقود التي تقع على الملكية). طبعة دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 152.
[37] - مجلة الالتزامات والعقود التونسية، مرجع سابق، الفصل 242.
[38] - الشبيلي، يوسف. الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي. دار ابن الجوزي، ط1، الدمام، 2005، ص 412.
[39] - قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، الدورة الخامسة، الكويت، 1988، القرار رقم 40-42 بشأن الوفاء بالوعد.
[40] - أخرجه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في فيمن يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا، حديث رقم (1285)، وقال: حسن صحيح.
[41] - المصري، رفيق يونس. المرابحة للآمر بالشراء. الطبعة الثانية، دار المكتبي، دمشق، 2005، ص 65 وما بعدها، في تفصيل نقد صورية القبض.
[42] - مجلة الالتزامات والعقود التونسية، مرجع سابق، الفصل 278: "إذا لزم المدين أداء تعويضات لعدم الوفاء، كان للدائن المطالبة بها فضلاً عما يستحقه من جراء التأخير...".
[43] - المعيار الشرعي رقم (8) للأيوفي، البند 6/5، المتعلق بضوابط التعامل مع المدين المماطل والالتزام بالتبرع.
[44] - العبيدي، محمد. التأمينات العينية والشخصية في القانون التونسي. مطبعة تونس، تونس، 2010، ص 215.
[45] - انظر التوجهات المستقرة لمحكمة التعقيب التونسية في تكييف شرط الاحتفاظ بالملكية وتغليب الإرادة التعاقدية على الأثر الفوري للفصل 579 م.إ.ع.
[46] - الرائد الرسمي، القانون التونسي عدد 36 لسنة 2016 المؤرخ في 29 أفريل 2016 المتعلق بالإجراءات الجماعية وإنقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية
[47] - مجلة الحقوق العينية التونسية، الصادرة بالقانون عدد 5 لسنة 1965 المؤرخ في 12 فيفري 1965، الفصول المنظمة لحقوق الامتياز والرهن.
[48] - قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، القرار رقم 72 (8/3) بشأن المرابحة للآمر بالشراء، البند الخاص بتنظيم هامش الجدية.

[49] - مجلة الالتزامات والعقود التونسية، مرجع سابق، الفصل 254. وتطبيقات فقه القضاء في احتفاظ البائع بالعربون كجزاء لعدم إتمام البيع.

[50] - استناداً لحديث البخاري في صحيحه: توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودي في ثلاثين صاعا من شعير. كتاب الرهن، حديث رقم (2513).

[51] - الزحيلي، وهبة. الفقه الإسلامي وأدلته. الطبعة الرابعة، دار الفكر، دمشق، 1997، الجزء الخامس، ص 3458 (مبحث الشروط المفسدة لعقد البيع).

[52] - الفصل 273 م.إ.ع: "إذا حل الأجل وتأخر المدين عن الوفاء... ساغ للدائن أن يطلب إما تنفيذ الالتزام... وإما فسخ العقد مع أداء التعويضات في كلتا الحالتين".