'ULŪM ISLĀMIYYAH THE MALAYSIAN JOURNAL OF ISLAMIC SCIENCES
Vol.34 No.3 (December) 2022 ISSN: 1675-5936 | eISSN: 2289-4799

الأحكام العامة للعقد بين المعايير الشرعية للأيوفي والقانون المدني البحريني:دراسة تحليلية مقارنة

[General provisions of the contract between AAOIFI Sharia standards and Bahraini civil law: a comparative analytical study]

Hamad Farooq Alshaikh[1,2*] & Habeeb Alla Zakaria

[1]Institute of Islamic Banking and Finance, International Islamic University of Malaysia, 53100, Jalan Gombak, Kuala Lumpur, Malaysia.

[2]Bahrain Islamic Bank, P.O Box: 5240, Diplomatic Aria Manama , Bahrain

[*]Corresponding Author: hamadfarooq@hotmail.com, alshaikh.hamad@live.iium.edu.my

ملخص

يلقي البحث الضوء على مقارنة بين أحكام القانون المدني البحريني وبين المعايير الشرعية التابعة لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي) فيما يتعلق بأهم أحكام التعاقد كأركان انعقاد العقد وشكل العقد، والتطرق لبعض صور التعاقد كالعربون والوعد والمواعدة والإذعان، ثم إنهاء التعاقد بالوسائل المعروفة كالانفساخ والإقالة والإبطال، ويهدف البحث إلى بيان أهم نقاط الاتفاق والاختلاف بين القانون والمعايير الشرعية فيما يتعلق بالمعاملات المالية الإسلامية للتعرف على حجم الفجوة بينهما، وذلك تمهيداً لإجراء المزيد من الدراسات في هذا الصدد بسبب خضوع المعاملات المالية المطبقة في البنوك الإسلامية في مملكة البحرين للمعايير الشرعية من جهة، وأحكام القانون المدني من جهة أخرى. وقد اعتمد البحث على المنهج النوعي والوصف التحليلي المقارن. وقد توصل البحث إلى أن هناك نقاط اتفاق كثيرة بين المرجعيتين، وأن نقاط الاختلاف في العقد والانعقاد ليست جوهرية، ويوصي الباحث بإجراء المزيد من الدراسات المقارنة بين القوانين المحلية والمعايير الشرعية فيما يتعلق بالصيغ والمنتجات المالية الإسلامية، وإعادة إجراء دراسة شاملة للمعايير الشرعية لبحث الفجوات ونقاط الضعف التي قد يتم من خلالها التأثير على البنوك الإسلامية وعقودها، كما يوصي الباحث بأن تصدر هيئة المحاسبة والمراجعة (الأيوفي) معايير شرعية خاصة بنظرية العقد وأسس التعاقد وما يتعلق فيها، وأن يشار في القانون المدني لمرجعية البنوك الإسلامية للمعايير الشرعية التابعة للأيوفي.

الكلمات المفتاحية: العقود– البحرين–القانون– الأيوفي

Abstract

The research sheds light on a comparison between the provisions of the Bahraini Civil Law and the Sharia standards of the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions (AAOIFI) with regard to the most important provisions of the contract, such as the pillars of the contract and the form of the contract. The research aims to clarify the most important points of agreement and difference between the law and the Sharia standards in relation to Islamic financial transactions to identify the size of the gap between them, in preparation for conducting further studies in this regard due to the subjection of financial transactions applied in Islamic banks in the Kingdom of Bahrain to Sharia standards on the one hand, On the other hand, civil law provisions. The research relied on the qualitative approach and comparative analytical description. The research concluded that there are many points of agreement between the two references, and that the points of difference in the contract and the meeting are not essential, and the researcher recommends conducting more comparative studies between local laws and Sharia standards with regard to Islamic financial formulas and products, and re-

Manuscript Received Date: 10/08/22 Manuscript Acceptance Date: 10/12/22 Manuscript Published Date: 30/11/22

©The Author(s) (2022). Published by USIM Press on behalf of the Universiti Sains Islam Malaysia. This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Non-Commercial License (http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/), which permits non- commercial re- use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited. For commercial re-use, please contact penerbit@usim.edu.my

COPE COMMITTEE ON PUBLICATION ETHICS

conducting a comprehensive study of Sharia standards to examine the gaps and weaknesses Through which Islamic banks and their contracts may be affected, the researcher also recommends that the (AAOIFI) Institutions issue sharia standards for contract theory, contract foundations and what is related to it, and to refer in the civil law to the reference of Islamic banks to the sharia standards affiliated with (AAOIFI).
Keywords: Contract- Bahrain- law-AAOIFI.

1.المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وعن تابعيهم بإحسان وإصلاح إلى يوم الدين، أما بعد..

يعد العقد من أقدم ما عرفته البشرية، ولا يعرف بعد كيف نشأت بين البشر فكرة التعاقد على الالتزامات، ويرى البعض أن أول التعاملات كان التبادل الفوري للحاجات بين الناس، أما التعاقد على الالتزامات فلم يكن معلوما في تلك العصور الأولى، وقد اعترت العقد أطوار مختلفة في تاريخ التشريع من حيث الشكلية والحرية وقوة الاعتبار، وكذلك بحسب المكان والعرف السائد بين البشر والأقوام المختلفة. ولما جاء الإسلام أقر بعض العقود ومنع بعضها، وأخضع العقود للإيجاب والقبول فقط الصادرين بالتراضي والأهلية، واعتبر أن التراضي هو الملزم، فلم يتقيد بالشكليات التي لا دخل فيها لمراد العاقدين[1].

وقد تطورت العقود بشكل هائل في الفترات الأخيرة وأخذت أشكالا عديدة، إلا أن أسسها وأشكال التعاقدات فيها متشابهة ومتوافقة لما كان في الماضي، ومن ضمن العقود التي تطورت وتعددت عقود المعاملات المالية الإسلامية المطبقة لدى البنوك والمصارف الإسلامية، والتي تأسست لها هيئات خادمة لها كهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي) التي تأسست في العام 1990 في مملكة البحرين، وتعنى بإصدار المعايير والضوابط الشرعية للمعاملات المالية الإسلامية، والتي أصبحت ملزمة للبنوك الإسلامية في عدد من الدول من ضمنها البحرين.

إلا أن تركيبة القوانين المدنية في الدول العربية والإسلامية تحتم على البنوك الإسلامية فيها تطبيق قوانينها وتشريعاتها باعتبارها المرجع الأول والرئيس الأمر الذي شكل نوعا من الازدواجية في تطبيق القوانين والتشريعات، وتزداد هذه الازدواجية إشكالا ما إذا ثبت وجود تفاقضات وفجوات بين القوانين وبين المعايير الشرعية.

2.مشكلة البحث

بعد الانتشار الكبير الذي وصلت إليه المصارف الإسلامية في مملكة البحرين تحديداً، كان من الطبيعي نشوء بعض النزاعات القضائية والقانونية بين البنوك الإسلامية وبعض الزبائن من الأفراد والشركات، ومن المعلوم أن مملكة البحرين يلزم فيها مصرفها المركزي البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية بتطبيق ما جاء في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي)، إلا أنها في ذات الوقت تطبق عليها أحكام القانون المدني والتجاري وغيرها من القوانين الوضعية، الأمر الذي قد يشكل نوعا من الازدواجية في تطبيق القوانين، إضافة إلى صعوبة الفصل في القضايا المرفوعة للقضاء نظرا لتعدد المراجع الأمر الذي سيضطر من خلاله القاضي لاختيار القانون المدني البحريني باعتباره التشريع الرئيس الملزم بحكم القانون، وبالتالي إهمال المعايير الشرعية، وهذا ما حصل في عدد من الدول منها مملكة البحرين مما أدى إلى إعادة تكييف القضاء لقضايا البنوك الإسلامية وعقودها (الإجارة المنتهية بالتمليك على وجه الخصوص) واعتبارها من قبيل البيع أو القرض، وقد أدت هذه الأحكام إلى تحرك عاجل من البنوك الإسلامية ومصرف البحرين المركزي نتج عنه إصدار تشريع عاجل بقانون رقم (14) لسنة 2020م بتعديل بعض أحكام قانون مصرف البحرين المركزي في نص المادة (39) فقرة (ج) على "خضوع المعاملات والعقود التي تبرمها المؤسسات

[1] مصطفى الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، (دمشق، دار القلم، ط3، 2012)، ج1، ص387.

المالية الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية للمعايير الشرعية التي يصدر بتحديدها قرار من المصرف المركزي، ولا يعتد بأية أحكام أخرى بخلاف تلك المعايير"[2].

لذا كان من المهم بمكان التعرف على نقاط الاتفاق والاختلاف – إن وجدت– بين المعايير الشرعية والقانون المدني. من خلال إجراء هذه المقارنة بين القوانين التي تعنى البنوك الإسلامية وبين المعايير الشرعية تمهيدا لتقليل حجم الهوة بينهما، ودراسة مدى إمكانية تغطية الثغرات والاختلافات واحتوائها، وذلك لوجود أثر بالغ الأهمية يتعلق بالتطبيقات القضائية، وإنه حتى لو أُلزمت البنوك الإسلامية بتطبيق المعايير الشرعية فإنها ستظل ملتزمة بالقوانين المدنية التي سيكون لها اليد العليا بحكم التدرج التشريعي في البحرين.

لذا رأى الباحث أن تبدأ المقارنة بين المرجعيتين في أسس العقد والتعاقد كخطوة أولى لتكون تمهيداً لإجراء مقارنات ودراسات موسعة أخرى لكامل المعايير مع جميع القوانين في مملكة البحرين وغيرها.

3.أسئلة البحث

من خلال ما ورد في مشكلة البحث، سيحاول الباحث الإجابة عن التالي:

1. ما نقاط الاتفاق والاختلاف بين المعيار الشرعي للأيوفي والقوانين المنظمة فيما يتعلق بأحكام التعاقد وصور بعض التعاقدات وإنهاء التعاقد وغيرها؟
2. ما انعكاس الاختلاف على التطبيقات المصرفية في مملكة البحرين، وكيف يكون علاجها؟

4.أهداف البحث

يتمثل الهدف الرئيس في البحث في البدء في المقارنة بين المعيار الشرعي للأيوفي والقوانين المنظمة في مملكة البحرين فيما يتعلق بأحكام التعاقد وصوره. وبيان التباين الموجود والعمل على تقليص الفجوات فيه، ثم تقديم المعالجات والحلول لتقليص الفجوة بين القانون المدني والمعايير الشرعية.

5.مساهمة البحث وأهميته

يأمل الباحث أن يحقق البحث المساهمات التالية:

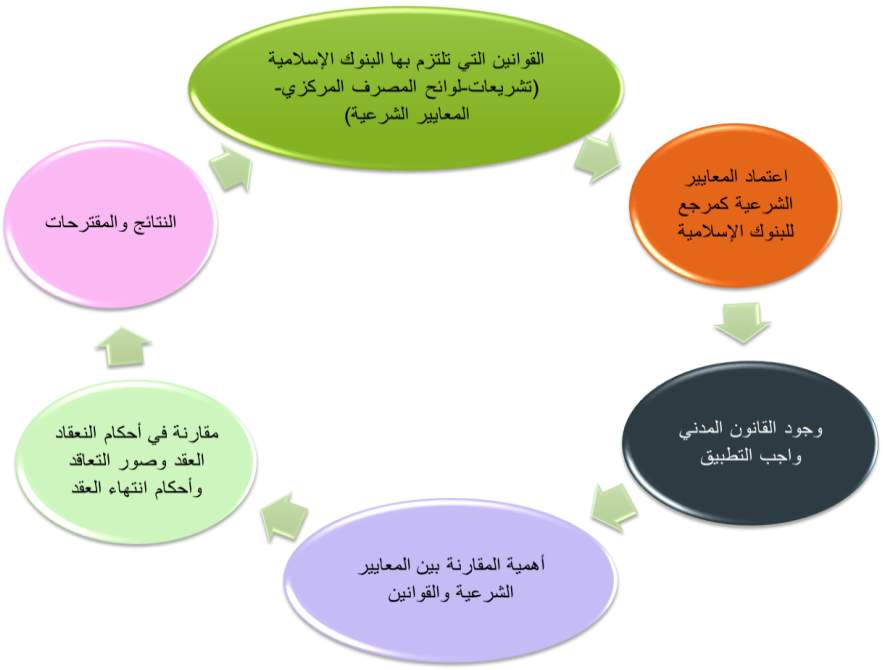
- التأسيس للمزيد من الدراسات والأبحاث المقارنة بين المعايير الشرعية والقوانين المدنية داخل وخارج مملكة البحرين فيما يتعلق بالمعاملات المالية الإسلامية.
- تقليص الفجوات بين المعايير الشرعية والقوانين المحلية.
- سيستفيد من البحث المتخصصون في القطاع الشرعي من المراقبين الشرعيين وأعضاء هيئات الرقابة الشرعية، والمشتغلين في السلك القانوني من المحامين والمستشارين القانونيين، بالإضافة إلى القضاة والمحكمين.

كما سيستفيد منه المؤسسات المالية الإسلامية، ومصرف البحرين المركزي، والمجلس الأعلى للقضاء والمحاكم، وغرفة البحرين للمنازعات، ومكاتب المحاماة، وجمعية مصارف البحرين.

[2] الجريدة الرسمية، البحرين.

6.الإطار المفاهيمي للبحث

توصل الباحث إلى الإطار المفاهيمي التالي:



7.تحليل الإطار المفاهيمي

– القوانين التي تلتزم بها البنوك الإسلامية

سيتم تناول القوانين التي تلتزم بها البنوك الإسلامية في البحث من خلال المقارنة بين المعايير الشرعية بصفتها ملزمة التطبيق بحسب قرار مصرف البحرين المركزي، وبين القوانين المحلية ممثلة بالقانون المدني البحريني واجب التطبيق باعتباره جزءا من التشريع البحريني.

– أهمية المقارنة بين المعايير الشرعية والقانون المدني

سيتم عقد مقارنة مفصلة حول أحكام انعقاد العقد، والتطرق لبعض صور التعاقد، وأحكام انتهاء العقد، وهي مقارنة تهدف للتوصل إلى تصور مبدئي حول العلاقة بين المعايير الشرعية والقانون المدني للتعرف على نقاط الاختلاف والاتفاق.

8.الدراسات السابقة

بحسب ما اطلع عليه الباحث فإنه تكاد تنعدم الدراسات المقارنة التي أجريت بين المعايير الشرعية للأيوفي والقوانين المحلية خصوصا في مملكة البحرين، إذ لم يعثر الباحث على مقارنة جزئية أو كليه بينهما.

وقد تناولت بعض الدراسات مواضيع فرعية في فقه المعاملات كالإجارة المنتهية بالتمليك من الناحية الشرعية أو القانونية أو المقارنة بينهما، ولا تزال هناك فجوة تتمثل بعدم وجود مقارنة مفصلة بين معيار الإجارة الشرعي للأيوفي مع القوانين المحلية المنظمة للإجارة المنتهية بالتمليك.

وتتمثل أهم الدراسات بالتالي:

- بحث لمحمد فضل حماد منشور في مجلة اقتصاد المال والأعمال بعنوان **معيار الإجارة المنتهية بالتمليك وفقا للمعايير الإسلامية والمعايير الدولية الصادرة عن الاتحاد الدولي للمحاسبين "دراسة مقارنة"**، وقد هدفت الدراسة إلى تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك وبيان مشروعيتها ودارسة أوجه الشبه والاختلاف بين معيار الإجارة المنتهية بالتمليك في المعايير الإسلامية للأيوفي، ومعايير الإيجار الدولي المحاسبي.

وتميز هذا البحث بالمقارنة بين الجوانب الشرعية والمحاسبية للإجارة المنتهية بالتمليك والتطرق المحدد لمعيار الإجارة التابع للأيوفي، إلا أنها لم تتطرق للقوانين المحلية في أي من الدول.

- بحث للدكتور جمال عطية منشور في مجلة جامعة الملك عبد العزيز بعنوان **الجوانب القانونية لتطبيق عقد المرابحة**، حيث تطرق البحث للمشاكل القانونية التي تواجه تطبيقات المرابحة في البنوك الإسلامية، ويهدف البحث لعلاج التناقض الرئيسي بين النظام المصرفي الإسلامي وبين القوانين المحلية التي تمنع على البنوك ممارسة الأعمال التجارية، وقد بين البحث أن عدم تحديد القانون واجب التطبيق للبنوك الإسلامية، وتوضيح الاستناد إلى الشريعة الإسلامية كمصدر لا يحل مشكلة التناقض بين الشريعة والقانون لكون الشريعة أو الفقه يحتوي على مذاهب واختلافات، وامتداد الصعوبات إلى تنظيم العقود والشركات والعمليات التجارية. وختم البحث بتوصيات للجهات القانونية وأخرى للبنوك الإسلامية.

وبالرغم من قدم الدراسة إلا أنها كانت من أوائل البحوث التي تطرقت للتناقض بين الجوانب التطبيقية للأعمال المصرفية الإسلامية والقوانين المحلية.

- بحث لعوجان وليد هويمل منشور في المجلية الأردنية في القانون والعلوم والسياسة بعنوان **عقد التأجير التمويلي وعقد الإجارة المنتهية بالتمليك: دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون** ،وقد تطرقت الدراسة إلى تعريف الإيجار التمويلي والفرق بينه وبين الإجارة المنتهية بالتمليك وأهمية الإجارة في إقامة المشاريع وأحكامها الشرعية وآراء العلماء في التأجير التمويلي، ثم صيغ الإجارة المنتهية بالتمليك والمسائل الفقهية فيه، ثم المقارنة بين الإجارتين في الشريعة والقانون.

والبحث متميز في طرحه وأسلوبه المقارن، إلا أنه لم يتطرق للمعايير الشرعية للأيوفي.

- رسالة ماجستير لمحمد عبد الله بريكان الرشيدي بعنوان **عقد الإجارة المنتهية بالتمليك– دراسة مقارنة مع الشريعة (2010)**، حيث استهلت الرسالة ببيان الإيجار التمويلي وأهميته وخصائصه، والملامح القانونية له، ثم خصوصية العقد في مرحلة الانعقاد والآثار، وتطرق الباحث بعد ذلك إلى مفهوم التأجير التمويلي في الشريعة الإسلامية وموقف الفقه منه وضوابطه الشرعية وصوره وطبيعته، حيث هدفت الرسالة للمقارنة بين نظرة الشريعة والقانون لمفهوم الإيجار التمويلي والإشكالات الفقهية والقانونية الواردة فيه.

وبالرغم من أن الرسالة وافية في مجالها المقارن وتطرقها للجوانب الشرعية والقانونية بشكل مفصل وواضح، إلا أنها لم تتطرق للمقارنة بين المعيار الشرعي والقوانين المحلية.

- بحث للدكتور عبد الستار الخويلدي بعنوان **دراسة مقارنة في القوانين المصرفية المنظمة للمؤسسات المالية الإسلامية (2007)**، حيث تطرق البحث إلى القواسم المشتركة بين القوانين المصرفية في عدد من الدول، وأنظمة المصارف الإسلامية وهيئاتها الشرعية، ثم مواطن الاختلاف بين القوانين والمصارف الإسلامية وأسبابها، ثم بين بعض المواضيع التي لم تحظ بالاهتمام اللازم، وختم البحث ببيان أهم النتائج والمقترحات التي دعت لدراسة القوانين دراسة متأنية وحصر مواطن النقص، وإجراء دراسة مقارنة بين المعايير الشرعية والنصوص القانونية.

والبحث تميز بالتطرق لمشكلة الاختلافات القانونية مع المصارف الإسلامية، إلا أنه يعد بحثا سطحيا من حيث المقارنة بين القوانين والمعايير الشرعية.

- بحث للدكتور آدم نوح القضاة بعنوان **العمل المصرفي الإسلامي بين قرارات المجامع الفقهية والقوانين السارية – الإجارة المنتهية بالتمليك في ظل قانون التأجير الأردني (2009)**، حيث تناول الباحث نموذج الإجارة المنتهية بالتمليك التي تمارسها المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية الأردنية في ظل القانون بهدف الخروج بصيغة متوافقة مع الأحكام الشرعية والقانون، كما تناولت الدراسة بالمقارنة والتحليل تعريف الإجارة المنتهية بالتمليك وبيان التزامات الأطراف، وصور عقد الإجارة وتكييفه الفقهي والقانوني، وانتهت إلى استخلاص الضوابط الشرعية لممارسة الإجارة المنتهية بالتمليك في ظل قانون التأجير التمويلي.

  والبحث تميز بعقد مقارنة شاملة بين النواحي الشرعية المتمثلة بقرارات المجامع الفقهية والقانونية المتمثلة بالقانون الأردني فيما يتعلق بالإجارة المنتهية بالتمليك، إلا أنه لم يتطرق للمعيار الشرعي للأيوفي .

- بحث للدكتور عبد القادر جعفر جعفر بعنوان **العمل المصرفي الإسلامي في ظل القوانين السارية** (2009)، حيث تطرق البحث بداية للتعريف بالعمل المصرفي الإسلامي وأدواته، ثم انتقل إلى طبيعة القوانين المصرفية التقليدية الصادرة عن البنوك المركزية في ظل القوانين، ثم يجيب على الأسئلة التالية: ما هو وضع العمل المصرفي الإسلامي في ظل القوانين الوضعية، وما هي المسالك لحل التعارض بين طبيعة كل منهما؟ ويستعرض بعض القوانين التي استثنت المصارف الإسامية من الخضوع الجزئي لقوانين البنوك المركزية وخصتها بقوانين تنظم عملها، مع عدم إعفائها من الرقابة والتفتيش ونسب الاحتياط ونحو ذلك، ووجوه التوافق والتعارض بين العملين المصرفيين الإسلامي والتقليدي. ويقترح البحث جملة من التدابير القانونية التي من شأنها تزيل ذلك التعارض أو تخفف من حدته لتخف الآثار تبعا لذلك. ويخلص البحث إلى أن أوجه التوافق والتعارض كثيرة، وأن أهمها يرجع إلى طبيعة العمل المصرفي الإسلامي والعقود الحاكمة له، وطبيعة العقود التي يقوم عليها العمل المصرفي الإسلامي والتقليدي، وأنه ما لم تعدل البنوك المركزية من قوانينها للتوافق مع أحكام الإسلامية وتستقل عن البنوك العالمية المهيمنة، فإن التعارض يبقى قائما مما قد يفقد المصارف الإس مصداقيتها ويعوقها عن تحقيق أهدافها، ويفقدها خصوصيتها.

  والبحث تميز بالتحليل العميق للمشكلات القانونية التي تواجه عمل المصارف الإسلامية في ظل تواجدها في الأنظمة التقليدية، إلا أنه لم يتطرق للمعايير الشرعية التابعة للأيوفي.

- بحث للدكتور إبراهيم الدسوقي أبو الليل بعنوان **الإيجار المنتهي بالتمليك في القانون الوضعي والفقه الإسلامي (2008)**، حيث تطرق البحث إلى التعريف بالإيجار المنتهية بالتمليك ونشأتها وعقد المقارنة بين أحكامها في الشريعة الإسلامية والقوانين المحلية، والفروق بين الإيجار المنتهية بالتمليك وبعض العقود المشابهة لها.

  ويتميز البحث بالمقارنة الرصينة والمفصلة بين الشريعة والقانون فيما يتعلق بالإجارة المنتهية بالتمليك، إلا أنه لم يتطرق لمعايير الأيوفي.

- بحث لهيثم بو غمار بعنوان **الإجارة المنتهية بالتمليك في القانون المدني البحريني (2018)**، والذي أوضح فيه بعض نقاط الاختلاف بين الشريعة والقانون البحريني فيما يتعلق بالإجارة المنتهية بالتمليك.

  إلا أن البحث لم يتطرق بشكل واضح للمعيار الشرعي.

- كتاب للدكتور خالد جمال أحمد بعنوان **المدخل في مبادئ القانون البحريني**، وهو كتاب –كما كتب على غلافه الداخلي–علمي محكم تنطبق عليه معايير البحث المنشور المقيم، حيث يبين الكتاب أهم النقاط القانونية ومصادر القانون والقاعدة القانونية في مملكة البحرين بالمقارنة مع القانون المصري.

ويعتبر الكتاب من أهم الكتب التي تطرقت لمبادئ وأحكام القانون البحريني من مصادر القانون والتشريعات، وبالرغم من كونه كتاب قانوني فقط إلا أنه بين أهم القواعد القانونية للقانون البحريني.

9.منهج البحث

أ) منهج البحث

سينهج الباحث المنهج النوعي المقارن المتمثل في الحصول على البيانات من خلال الاستعانة بالمراجع الرئيسية والتواصل المفتوح والملاحظة بغرض تحليل ومقارنة الفروق بين المعيار الشرعي للأيوفي والقانون المدني البحريني في العقد وأحكامه.

وسيسلك البحث أيضا المنهج المختلط بين الاستقرائي والاستنتاجي، حيث سيتم استخدام المنهج الاستقرائي من خلال استنباط نقاط الاختلاف والاتفاق من الوقائع المتمثلة في المعايير الشرعية والقوانين الوضعية، ثم العودة للتجارب العملية طوال فترة البحث لاستكشاف ما هو جديد، وسيتم استخدام المنهج الاستنتاجي من خلال استنتاج الأفكار والمبادئ وصولا للنتائج من خلال المقارنة بين المعايير الشرعية والقوانين الوضعية.

واستخدم الباحث طريقة التحليل الوصفي للبيانات، وذلك في ضوء الواقع والمنطق للتأثير الخاص بالمتغيرات المتنوعة التي تتعلق بظاهرة الدراسة المقارنة التي أجراها على أحكام التعاقد.

10.حدود البحث

- **الحدود الموضوعية:** سيلتزم الباحث بموضوع انعقاج العقد والتطرق لبعض صورها وأحكام انعقاد العقد، وذلك لكونه انطلاقا للمقارنات الأخرى في الصيغ والمنتجات والمعايير الأخرى، كما سيلتزم الباحث بعقد المقارنة بين المعيار الشرعي للأيوفي من جهة كممثل للشريعة الإسلامية دون الدخول في تفاصيل أو مراجع فقهية أخرى أو اختلافات المذاهب، وفي القوانين المحلية البحرينية ذات العلاقة بالإجارة كالقانون المدني وبعض أحكام القانون التجاري.

- **الحدود الجغرافية:** سيتناول البحث تجربة مملكة البحرين والقوانين الواردة فيها باعتبار رائدة في مجال الصيرفة الإسلامية على مستوى العالم، ولكون هيئة المحاسبة والمراجعة (الأيوفي) نشأت على أرضها.

أحكام انعقاد العقد

أولا: أركان انعقاد العقد

الإيجاب والقبول: لم يتطرق المعيار الشرعي بشكل واضح للأحكام العامة لانعقاد العقد وأركانه، أو أحكام الإيجاب والقبول، وإنما ذكرها تعريضا في أثناء بعض المعايير الشرعية كمعيار المرابحة والإجارة والمعاملات الالكترونية كما سيأتي، إلا أنه من المسلم به أن من أهم أحكام انعقاد العقد في الشريعة الإسلامية هو اكتمال أركانه، وهي عند الأحناف الإيجاب والقبول فقط من خلال ما يعبر به عن اتفاق الإرادتين أو ما يقوم مقامهما من فعل أو إشارة أو كتابة، أما عند جمهور الفقهاء فللعقد ثلاثة أركان: عاقدان (البائع والمشتري)، والمعقود عليه (المحل والثمن)، والصيغة (الإيجاب والقبول).

ويعرف الأحناف الإيجاب بأنه إثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا من كلام أحد المتعاقدين، والقبول ما ذكر ثانيا من كلام أحد المتعاقدين، بينما يرى جمهور الفقهاء بأن الإيجاب هو ماصدر ممن يكون له التمليك (البائع) والقبول يكون من الطرف الآخر[3].

وجاء في المعيار المحاسبي للأيوفي في الإجارة أن أركانها عند جمهور الفقهاء ثلاثة إجمالا وستة تفصيلا، صيغة وتحتها أمران: الإيجاب والقبول، وعاقد وتحته المؤجر والمستأجر، ومعقود عليه، وتحته الأجرة والمنفعة.. والحنفية يرون أن الركن هو الصيغة فقط على قولهم بأن العاقدين والمعقود عليه من مقومات العقد[4]، وجاء في البند 1/3/1 من معيار الإجارة المحاسبي حول الصيغة "وصيغة عقد الإجارة ما يتم به إظهار إرادة المتعاقدين من لفظ أو ما يقوم مقامه، وذلك بإيجاب يصدره المملك، وقبول يصدره المتملك على ما يرى الجمهور[5]. وينص المستند الشرعي لمعيار المرابحة على أن "منع إجراء المرابحة في حالة قبول العميل للإيجاب الصادر من البائع هو أن البيع قد انعقد بين البائع والعميل وصارت السلعة مملوكة للعميل..[6]"، وجاء أيضا في نفس المعيار في البند رقم 4/1/2 "..ويفضل أن تكون تلك العروض باسم المؤسسة وتتضمن إيجابا من البائع يظل قائما إلى انتهاء المدة المحددة فيه، فإذا صدر جواب بالقبول من المؤسسة انعقد البيع تلقائيا بينها وبين البائع"[7]، و"إذا صدر من العميل جواب بالقبول على إيجاب البائع الموجه إليه خاصة أو الخالي من أي توجيه فإن البيع يكون قد تم مع العميل..."[8]، وجاء في معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك ما نصه: "الأصل أن تتم عملية التأجير من دون أن يسبقها تنظيم إطار عام، ويجوز تنظيم إطار عام للاتفاقية...وفي هذه الحالة يجب أن يوجد عقد إيجار خاص لكل عملية في مستند مستقل، أو بتبادل إشعارين للإيجاب والقبول.."[9].

---

[3] وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، (دمشق، دار الفكر، ط3، 1989)، ج4، ص2930- 2931.

[4] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي)، **المعايير المحاسبية**، (السعودية، دار الميمان، ط3، 2016)، ص393-394.

[5] المصدر السابق، ص394.

[6] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي)، **المعايير الشرعية**، (السعودية، دار الميمان، ط3، 2016)، ص225.

[7] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الأيوفي)، **المعايير الشرعية**، ص204.

[8] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص204.

[9] المصدر السابق، ص241.

ويتبين من نصوص المعيار الشرعي التأكيد على توفر الإيجاب والقبول وصدور ما يفهم منه تحققهما من أطراف التعاقد، وأن تواجدهما أمر لا مناص منه.

أما القانون المدني فقد أخذ برأي الأحناف في بيان الإيجاب من القبول وزاد في التوضيح في أن يستلزم اكتمال هذا الركن بيان طبيعة العقد وشروطه الأساسية، حيث نصت المادة (37) على أن "الإيجاب هو العرض الذي يقدمه شخص لآخر بعزمه على إبرام عقد معين بمجرد أن يقبله الموجب له. ويلزم أن يتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية"[10]، و"أن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانونا"[11].

ومما يدخل في عملية الإيجاب والقبول وجود الرضا من أطراف التعاقد على الدخول في العقد دون وجود ما يعكر هذا التراضي، إذ أن العقد يقوم على الإرادة وتراضي العاقدين[12]، وقد تطرق القانون المدني لأهمية توفر الرضا عند التعاقد، وذلك في نص المادة رقم (31):" يلزم لوجود الرضاء توافر الإرادة عند إجراء التصرف وأن يحصل التعبير عنها، وتعتبر الإرادة متوفرة عند إجراء التصرف ما لم يثبت العكس أو يقضي القانون بخلاف ذلك"[13]، فهو نص واضح وقاعدة آمرة تستوجب توفر الإدارة التي اعتبرها ما يفيد الرضا.

بينما لم يتطرق المعيار الشرعي لبيان الرضا كمبدأ أو ركن من أركان العقد سوى ما جاء في معيار التعاملات المالية بالانترنت في البند 1/5: "التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود المبرمة بالانترنت يتم بكل ما يدل على رضا المتعاقدين بإبرام العقد"[14]، كما اشترط المعيار المحاسبي للإجارة (البند 2/3/1) في العاقدين أن يقع بينهما عن تراض[15]، وهو ما يعني وجود اتفاق بين المعيار الشرعي والقانون المدني على مبدأ الرضا في العقود.

وبناء عليه يتبين وجود توافق بين المعيار الشرعي للأيوفي والقانون المدني البحريني حول ضرورة توفر الإيجاب والقبول ومعهما الرضا كركن رئيسي لانعقاد العقد، وإن كان القانون قد فصل بصورة أفضل وأوضح حول ضرورة توفر الإيجاب والقبول عند التعاقد بشكل عام بينما تفتقر المعايير الشرعية للأيوفي لمعايير توضح أحكام انعقاد العقد وأركانه وشروطه من حيث العموم، ويرى الباحث ضرورة أن يتم إعداد معيار خاص حول نظرية العقد لبيان هذه الأمور خصوصا بعد اعتماد المعايير الشرعية كمرجع للقضاء.

التعبير عن الإيجاب والقبول: مما ينبغي بيانه في أحكام انعقاد العقد الكيفية التي يجب من خلالها التعبير عن الإيجاب والقبول لإظهار الإرادة والرضا، والإرادة هي انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد[16]، وقد ورد في المادة رقم (32) من القانون المدني ما نصه:"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة الشائعة الاستعمال أو بالمبادلة الفعلية الدالة على

---

[10] المصدر السابق، ص12.

[11] المصدر السابق، ص10.

[12] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، (نسخة الكترونية، 2007)، ج1، ص142.

[13] المصدر السابق، ص10.

[14] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص963.

[15] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير المحاسبية**، المصدر السابق، ص395.

[16] مصطفى الجمال، **النظرية العامة للالتزامات**، (الدار الجامعية، القاهرة، 1987م)، 48.

التراضي، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه، .. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا، ما لم يستلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أن يكون صريحا"[17]، وهو نص متوافق مع نصوص الفقه الإسلامي التي تشترط في الصيغة أن تصدر من المتعاقدين بشكل دال على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه، سواء باللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه كالفعل أو الإشارة أو الكتابة.[18]

مجلس العقد: تتوافق نصوص القانون المدني مع الأحكام الشرعية الواردة في المعيار الشرعي للتعاملات المالية بالانترنت حول مجلس العقد كالتالي:

- **خيار الرجوع في الإيجاب:** حدد القانون في المادة (38) أن للموجب خيار الرجوع في إيجابه طالما لم يقترن به القبول[19]، والمادة (40): إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك جعل المعيار الشرعي أن مجلس العقد ينتهي بصدور القبول أو رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر للإيجاب[20].
- **مطابقة الإيجاب للقبول:** جاء في نص المادة (41) من القانون المدني أنه "يلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب، وإذا جاء الرد على الإيجاب بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا"[21]، وجاء في المعيار الشرعي للتعاملات المالية بالانترنت أنه "تسري جميع أحكام التعاقد بين حاضرين على التعاملات بالانترنت كاشتراط اتحاد المجلس، وعدم صدور ما يدل إعراض أحد العاقدين عن التعاقد، والموالاة بين الإيجاب والقبول بحسب العرف"[22].
- **ارتباط الإيجاب بالقبول:** ويتوافق نص المادة رقم (44) من القانون المدني مع المعيار الشرعي في اشتراط ارتباط الإيجاب بالقبول، إلا أن القانون لم يجز التحلل من العقد حتى قبل أن يفترقا بالبدن مالم يتفق على غير ذلك أو يقضي القانون أو العرف بخلافه[23] ، بينما اعتبر المعيار الرجوع للعرف فقط وما إلى ذلك من أحكام.[24]
- **السكوت:** نصت المادة رقم (42) من القانون المدني على أنه "لا ينسب إلى ساكت قول. ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه"[25]. بينما لم يتطرق المعيار الشرعي لحالة السكوت، ويتبين من

---

[17] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص11.

[18] وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ج4، ص2932-2933.

[19] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص12.

[20] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص963.

[21] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص13.

[22] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص962.

[23] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص13.

[24] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص962.

[25] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص13.

استقراء نصوص المعيار في التعاملات المالية على الانترنت على أن يتم التعبير بكل ما يدل على رضا المتعاقدين بإبرام العقد[26]، ويرى الباحث بأن هذه ثغرة كان ينبغي على واضعي المعيار الالتفات إليها.

التعاقد بالوسائل الحديثة: يتميز المعيار الشرعي بأنه نظم التعاقد بالوسائل الحديثة من خلال تخصيص معيار خاص بالتعاملات المالية عبر الانترنت وهو المعيار رقم (38)، وقد حدد المعيار آلية وشروط والإيجاب والقبول ومجلس العقد وآلية التعبير عن الإيجاب والقبول ووقت انعقاد العقد وجعل للعرف العام والوسائل الحديثة مساحة واسعة في تحديد هذه الأمور[27]، بينما نظم القانون المدني آلية التعاقد بالمراسلة من خلال بندين فقط، وهما (45 و46)، واعتبر أن التعاقد بالمراسلة قد تم في الزمان والمكان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد عرف أو اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، وأنه يسري على التعاقد بطريق الهاتف أو بأي طريق مشابه حكم التعاقد في مجلس العقد بالنسبة إلى تمامه وزمان إبرامه، ويسري عليه حكم التعاقد بالمراسلة بالنسبة إلى مكان حصوله[28]، وهما نصوص متوافقة بشكل عام في بيان الاعتراف بالوسائل الحديثة للتعاقد طالما توفرت فيها ما يدل على الإيجاب والقبول.

فقدان الأهلية: اشترط المعيار المحاسبي للإجارة في البند (2/3/1) توفر أهلية العاقدين من العقل والتمييز، وجاء في المادة (35) من القانون المدني بأنه "إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل" [29]، بينما لم يتطرق المعيار الشرعي لهذه الحالة.

ثانيا: شكل العقد

قد يشترط القانون أحيانا شكلا معينا للعقد حتى يكتمل ويكون نافذا، ويقسم القانونيون العقود باعتبار الشكل إلى عقود شكلية وهي التي لا تتم بمجرد التراضي، بل يجب أن يتوفر فيها شكل مخصوص يعينه القانون، وعقود رضائية والتي يكفي فيها الرضا[30]. وجاء في المادة (69 و70) من القانون المدني ما نصه :لا يلزم في العقد شكل معين ، ومع ذلك إذا فرض القانون شكلا معينا لانعقاد العقد ، ولم يراع هذا الشكل في إبرامه وقع باطلا، وإذا اتفق المتعاقدان على شكل معين لقيام العقد، فإنه لا يجوز لأحدهما بدون رضاء الآخر أن يتمسك بقيامه ما لم يأت في الشكل المتفق عليه[31].

---

[26] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص962.

[27] المصدر السابق، ص961-964.

[28] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص14.

[29] المصدر السابق، ص11.

[30] عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج1، ص127.

[31] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص19

وقد تطرق المعيار الشرعي إلى شكل العقد وأحالها للعرف، وذلك في معيار الضمانات البند 4/2، حيث اعتبر المعيار بأن التوثيق بالكتابة مندوب شرعا، سواء أكان بمستند عادي أم رسمي، ويعتبر العرف في شكل الكتابة وفيما يصلح للاحتجاج به من المستندات.[32]

ثالثا: مدى اعتبار النية في العقود

نصت المادة (36) من القانون المدني على أنه إذا اختلف التعبير عن الإرادة مع حقيقة قصد صاحبه، كانت العبرة بالقصد، ومع ذلك يجوز لمن وجه إليه التعبير عن الإرادة أن يعتد به برغم مخالفته لحقيقة قصد صاحبه إذا أثبت أنه عوّل عليه معتقداً مطابقته لحقيقة الإرادة، من غير أن يكون من شأن ظروف الحال أن تثير الشك في تلك المطابقة.

وقد تناول المعيار الشرعي مسائل متشابهة في معيار الجمع بين العقود رقم (25) وذلك في البند رقم (6) وعنوها بالمواطأة على الجمع بين العقود، حيث يطلق لفظ المواطأة أو التواطؤ في الاصطلاح الفقهي على عدة أمور، أهمها: توافق إرادة طرفين صراحة أو دلالة على إضمار قصدهما التعامل بحيلة أو ذريعة ربوية في صورة عقود مشروعة، والاتفاق المستتر المتقدم بين طرفين على إتيان تصرف أو معاملة مشروعة للتوسل إلى مخرج شرعي (حيلة محمودة)، أو اتفاق على المداورة التمهيدية التي تسبق إبرام العقود المجتمعة، واعتبر المعيار أن أي مواطأة على فعل محرم أو التوصل إليه أمر غير جائز، بينما أجاز المعيار في البند 3/3/6 المواطأة على المخارج الشرعية وهي الحيل المحمودة التي لا تخالف رسائلها دليلا شرعيا، ولا تناقض أغراضها مقاصد الشريعة ولا تؤول إلى مفسدة خالصة أو راجحة وحكمها الجواز، ومنع المعيار في البند رقم 4/3/6 المواطأة على الجمع بين عقود متضادة واعتبرها فاسدة، وأجاز كذلك المواطأة على الجمع بين العقود تطبيقا للعرف التجاري والمصرفي المعاصر.[33]

بعض صور التعاقد

وسيتطرق هذا المبحث لبعض صور التعاقد التي تطرق إليها القانون والمعيار الشرعي، ومنها أشكال الاتفاقيات وأنواعها، والوعد والمواعدة والكفالة والعربون.

أولا: أنواع وصور الاتفاقيات

أنتجت التطبيقات بعض صور التعاقد ومسميات العقود الحديثة، وكثير منها يتشابه مع الآخر مع وجود فروق ضئيلة، ومنها على سبيل المثال الاتفاقية والعقد، وكذلك رسالة العرض واتفاق الإطار العام وخطاب النوايا ومذكرة التفاهم، وأيضاً العقد الابتدائي والعقد النهائي.

أما العقد والاتفاقية فهما مصطلحان متشابهان، إذ يعبران عن محتوى واحد، فالاتفاقية هي التئام الإرادتين أو اتفاق بين طرفين يتمتعان بالأهلية القانونية على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله[34]، والعقد أخص من الاتفاق، فهو توافق إرادتين على إنشاء التزام

---

[32] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص131.

[33] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص662 – 665.

[34] نبيل شيبان، ودينا كنغ شيبان، **قاموس أركابيتا**، (بيروت، مطبعة كركي، ط1، 2008)، ص49.

أو على نقله، وتكون الاتفاقية عقداً إذا اتفق العاقدان عليها وفيها التزاماتهما، كما تكون ملزمة إن كانت فيها التزامات على الأطراف وتوفرت فيها العرض والقبول وفيه إنشاء العلاقة القانونية والمقابل[35].

أما مذكرة التفاهم فهي عبارة عن وعود بين الأطراف وليست ملزمة في القانون، بينما اتفاق الإطار العام هو اتفاق جزئي على نقاط معينة أثناء المفاوضات وتكون بشأن عقد مركب، حيث يمكن للأطراف التعبير عن رغبتهم في تجزئة إبرام العقد الأصلي إلى اتفاقات جزئية ويربط لاحقا بعقد التمويل المركب[36]، وأما خطاب النوايا فيكون خطابا من طرف واحد يظهر فيه نواياه وما يريد الاتفاق عليه ولا يكون ملزما، وهو تصور كامل عن مشروع العقد المستقبلي[37]، ورسالة العرض هي إبداء الاستعداد لإبرام صفقة أو عقد بسعر معين أو شروط معينة[38]، وتكون عادة مقدمة من أحد الأطراف وتحتوي عرضا للطرف الآخر إلا أنها قد تحتوي التزامات من الأطراف. ويمكن في جميع ما سبق اعتبار هذه النماذج جزءا من العقد باتفاق الطرفين وتكون لها حجية ملزمة عند ذلك.

وبالنسبة للعقد الابتدائي والنهائي، فالأول فهو عقد عرفي بين الأطراف وهو عقد صحيح، والعقد النهائي هو العقد المسجل أمام الجهة المناط بها التسجيل بحسب القانون[39].

وقد تطرق القانون المدني لبعض الصور الخاصة في التعاقد، ومنها العقد الابتدائي، حيث نصت المواد (47 و 48 و49) على اعتبار العقد ابتدائيا كلما كان من شأنه أن يبرم في صورة أخرى جديدة أو يبرم مرة ثانية، واعتبر القانون أنه عند تحرير عقد ابتدائي يجب على كل من طرفيه إبرام العقد النهائي في الميعاد الذي يحدده العقد الابتدائي، ويبرم العقد النهائي بنفس شروط العقد الابتدائي ما لم يتفق الطرفان على إجراء تعديل فيه، وإنه يقوم الحكم بصحة ونفاذ العقد الابتدائي متى حاز قوة الأمر المقضي به مقام العقد النهائي [40].

أما المعيار الشرعي فلم يتطرق لمسمى العقد الابتدائي أو لتعريف الاتفاقيات وأنواعها، إلا أنه اعتبر أن أي اتفاق ينشأ قبيل عملية التمويل أو الاستثمار هي اتفاق إطار عام، كما جاء في البند 2/2 من معيار الإجارة الذي جعل أن الأصل في الإجارة أن تتم عملية التأجير دون تنظيم اتفاق إطار عام، على أنه يجوز وضع إطار عام للاتفاقية..[41] وجاء في معيار السلم والسلم الموازي البند 1/1/2: "..كما يجوز أن يعد إطار عام أو اتفاقية أساسية تشتمل على التفاهم بإبرام عقود سلم متتالية كل في حينه، وفي حالة مذكرة التفاهم فيحدد الطرفان الإطار العام للتعاقد.."[42]، وجاء في معيار المضاربة البند 1/3: يجوز الاتفاق

---

[35] عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج1، ص27.

[36] الهيئة العربية للتحكيم والقانون، **صياغة العقود القانونية**، (الهيئة العربية للتحكيم والقانون، 2016)، ص75.

[37] المصدر السابق، ص 86.

[38] نبيل شيبان، ودينا كنغ شيبان، المصدر السابق، ص 593.

[39] موقع نقابة المحامين المصرية، الفرق بين العقد الابتدائي والعقد النهائي، في lawyeregypt.net، شوهد في سبتمبر، 12، 2021.

[40] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص14 و 15.

[41] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص241.

[42] المصدر السابق، ص277.

بموجب إطار عام أو مذكرة تفاهم على إنشاء عقود تمويل بالمضاربة..[43]. ويلاحظ أن المعيار قد سمى هذا النوع من الاتفاقات المبدئية بمسميات متعددة دون بيان أثرها الشرعي أو القانوني سوى ما جاء في معيار الاتفاقية الائتمانية الذي اعتبر"أن قرار منح التسهيلات الائتمانية واتفاقية التسهيلات من قبيل المفاهمة والمواعدة غير الملزمة للدخول في التعاملات..[44]، إلا أنه بالتمعن في اتفاقية التسهيلات نجد أنها اتفاقية تنظم المديونيات والائتمان النقدي الممنوح من البنك للزبون من خلال وضع سقف معين لتمويله عبر عدة صيغ وخدمات، بينما اتفاق الإطار العام يكون بتنظيم صيغة معينة من التمويلات، لذا يرى الباحث بأنه كان ينبغي أن يوحد المعيار الشرعي المصطلحات ثم يبين أثر وتكييف الاتفاقيات المبدئية بمسمياتها.

ومع هذا يمكن القول بأن هناك شكلين من التعاقدات، وهما: الاتفاق المبدئي، ويدخل فيه مذكرة التفاهم ورسالة العرض وخطاب النوايا والإطار العام، والشكل الثاني هو العقد النهائي أو الاتفاقية النهائية، ويأخذ الشكل الأول شكل التفاهم الأولي أو المبدئي وليس له قوة الإلزام كما العقد إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك أو اعتبراه جزءاً لا يتجزء من العقد.

ثانيا: الوعد والمواعدة

اهتم المعيار الشرعي بالوعد اهتماما ملحوظا، حيث لا يكاد يخلو معيار متعلق بالتمويل من بند ينظم الوعد، وقد صدر مؤخرا معيارا خاصا بالوعد والمواعدة برقم 49، وتتسم المعاملات المالية المصرفية بوجود الوعد بالشراء أو الوعد بالاستئجار في عقود التمويل أحيانا أو في الاتفاقات الإطارية أو في استمارات الطلب أو في مستندات منفصلة، بينما لم يفصل القانون المدني كثيرا في بيان أحكام الوعد كما سيأتي.

1. **تعريف الوعد والمواعدة:** وقد عرف المعيار الشرعي الوعد في معيار الوعد والمواعدة بأنه "إخبار الإنسان غيره بإرادته الجازمة لفعل أمر في المستقبل لصالح ذلك الغير ويكون الغير مخيرا في الاستفادة من الوعد، وفرّق بينه وبين المواعدة التي عرفها بأنها وعدان متقابلان من طرفين بإيقاع فعل من كل واحد منهما في المستقبل في محل وزمن واحد"[45].

وأجاز المعيار تقديم الوعد من العميل بتملك السلعة التي سيشتريها له البنك في المستقبل، كما أجازها في الإجارة المنتهية بالتمليك بتقديم البنك وعدا للزبون ببيع العين، وكذلك أجاز وعد الزبون بشراء العين، إلا أنه منع في نفس الوقت تقابل الوعدين من طرفي العقد بما يسمى بالمواعدة على ذات الغرض إذا كانت تلك المواعدة ملزمة للطرفين لكونها تتحول إلى عقد، وذلك ممنوع شرعا لوجود شبهة العقدين في العقد ولأنها تكون عقدا قبل التملك[46]، حيث جاء في البند 9/2 من معيار المتاجرة في العملات "تحرم المواعدة في المتاجرة في العملات إذا كانت ملزمة للطرفين ولو كان لمعالجة مخاطر هبوط العملة، أما الوعد من طرف واحد فيجوز ولو كان ملزماً"[47]، وجاء في البند 1/3/2 من معيار المرابحة "لا يجوز أن تشتمل وثيقة الوعد على مواعدة ملزمة للطرفين

---

[43] المصدر السابق، ص369.

[44] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص943.

[45] المصدر السابق، ص1189.

[46] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص226-227.

[47] المصدر السابق، ص59.

(البنك والعميل)[48]. أما صدور المواعدة من الطرفين مع كون الخيار لأحدهما أو كليهما فهو جائز[49] بمعنى أن يكون أحد الوعدين ملزما لصاحبه، والآخر غير ملزم، حيث جاء في معيار الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك البند 2/8 " يجب أن يقتصر الوعد الملزم على طرف واحد، أما الطرف الآخر فيكون مخيراً؛ تجنباً للمواعدة الملزمة للطرفين الممنوعة؛ لأنها حينئذ في حكم العقد.."[50].

أما القانون المدني فقد عرّف في المادة (50) الوعد بأنه الاتفاق الذي يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل، واعتبره أنه لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها[51]. فقصر الوعد على إبرام عقد في المستقبل بينما اعتبر المعيار أن الوعد أي فعل لأمر في المستقبل، وقد أعطى القانون الوعد قيمته القانونية إن جاء مبينا لجميع التفاصيل الجوهرية للعقد.

2. **أثر الوعد والمواعدة ومدى إلزاميتهما:** فصل المعيار الشرعي في إلزامية الوعد من عدمه، إذ اعتبر في البند رقم 3/2 و 4/3 أن الوعد بفعل أو تصرف مالي محرم كالإقراض بالربا أو يؤدي إلى أمر ممنوع شرعا يعد محرما، وكل وعد بفعل أو تصرف مالي مباح شرعا يجب الوفاء ديانة (أي يأثم تاركه)، ولكنه غير ملزم في القضاء، وإن ترتب عليه إحداث ضرر فيلزم التعويض قضاءً[52]. أما بالنسبة إلى المواعدة فتأخذ نفس الأحكام الشرعية للوعد، إذ اعتبر المعيار الشرعي أن المواعدة حتى لو كانت ملزمة للطرفين فهي ليست عقدا مضافا للمستقبل بحيث لا تنعقد تلقائيا، وإنما يجب أن تنجز بتبادل الإيجاب والقبول بحيث إذا صدر الإيجاب من طرف وجب على الآخر القبول ديانة وقضاء وإلا تحمل الضرر الفعلي[53]. أما بالنسبة للتعاملات المالية فاعتبر المعيار أن الوعود الصادرة من العملاء في المعاملات المالية الإسلامية التي تجريها البنوك الإسلامية للمرابحة وعود ملزمة، والوعد المقدم من البنوك المؤجرة في الإجارة المنتهية بالتمليك بهبة العين بعد سداد الأقساط وعد ملزم كذلك.[54]

أما بالنسبة للقانون المدني فقد رتب في المادة (51) على الوعد بالعقد قيام هذا العقد متى ارتضاه من صدر لصالحه الوعد، وعلم الواعد بهذا الرضاء خلال المدة المحددة لبقاء الوعد[55]. ولم يتطرق لتفاصيل الوعد والتفرقة بينه وبين المواعدة ومدى إلزاميته، إلا أن النظرية العامة للقانون تعتبر أن الوعد في القانون لا ينشئ التزاما إلا إذا كان له أثر قانوني فيكون حينها وعدا ملزما قانونا وقضاءً، ويستحق المتضرر للتعويض القانوني عند وقوع الضرر. ويقسم السنهوري الوعد بالبيع لثلاثة صور:

1. الوعد بالبيع من طرف واحد: وهو ملزم لمن وعد به، أما الطرف الثاني فلا يعد ملتزما به وله عدم المضي، لكنه ينعقد صحيحا في العقود الرضائية إذا اتفق على تفاصيل العملية كالمبيع والثمن والمدة..الخ، أما العقود الشكلية فينعقد الوعد بشكل صحيح إذا طابق الشكل القانوني المطلوب.

---

[48] المصدر السابق، ص205.

[49] المصدر السابق، ص206.

[50] المصدر السابق، ص253-254.

[51] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص15.

[52] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص1190.

[53] المصدر السابق، ص1192.

[54] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص1193.

[55] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص15.

2. الوعد بالشراء من جانب واحد: ويأخذ نفس حكم الصورة السابقة.
3. الوعد بالبيع والشراء: ولها حالتان:

- الوعد بالبيع والشراء من جانب واحد: ويجتمع الوعد بالبيع فيها ملزما لجانب صاحب الشيء دون المتعاقد الآخر، والوعد بالشراء ملزما للمتعاقد الآخر دون صاحب الشيء، فيكون صاحب الشيء ملزما ببيعه إذا أظهر الآخر رغبته بالتعاقد.
- الوعد بالبيع من طرف والشراء من الطرف الآخر: وهو وعد ملزم للجانبين وهو بيع كامل[56].

ومن آثار الوعد أن يلزم البائع بنقل ملكية المبيع للمشتري الموعود له، إذا أبدى الأخير رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها، فهو وعد يلزم البائع فقط ولا يلقى بأي التزام على عاتق المشتري، إلا أن الواعد لا يزال هو المالك للمبيع[57]، وله من الناحية القانونية التصرف فيه واستغلاله، وعليه تكاليفه، ويتحمل تبعة الهلاك، إلا أن له مسؤولية عقدية في تعويض الموعود له عما أصابه من أضرار نتيجة فوات الصفقة عليه.

وعليه فإن المعيار الشرعي يتفق مع القانون في إلزامية الوعد في حالة ترتب الضرر خصوصاً، وإن لم يرتب ضررا فلا يعد ملزما في المعيار الشرعي على عكس القانون، أما المواعدة فيعتبرها القانون بمثابة العقد الملزم للطرفين، بينما لم يجزها المعيار إلا إذا كان أحد الأطراف أو كليهما مخيراً في تنفيذ الوعد، كما يرى المعيار الشرعي بأنه لا يعتبر الوعد أو المواعدة عقدا، ويجب على الأطراف بيان إيجاب وقبول جديدين في المستقبل عند رغبتهما في تنفيذ الوعد، أما القانون فيرى أن الوعد يمكن أن يكون عقدا لو طابق الشكل القانوني المطلوب، أو إن احتوى على تفاصيل التعاقد.

ثالثا: بعض صور التعاقد

أ) **التعاقد بالعربون:** نظم القانون المدني البحريني التعاقد بالعربون من خلال ثلاثة مواد (من 52 إلى 54)، واعتبر أن دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين خيار العدول عنه ما لم يظهر أنهما قصدا غير ذلك، أو كان العرف يقضي بخلافه. واعتبر المشرع البحريني أنه "إذا عَدَلَ من دَفَعَ العربون فَقَدَهُ، وإذا عَدَلَ من قَبَضَه التزم بِرَدِّه ودَفْع مثله، وذلك كله دون اعتبار لما يترتب على العدول من ضرر. ويعتبر في حكم العدول عن العقد استحالة التنفيذ بسبب يُعزى إلى المتعاقد. أما إذا كانت استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد راجعة إلى سبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه، وجب رد العربون إلى من دفعه"[58]. وبناء عليه يعتبر العربون ثمناً للعدول أو تعويضاً يستحقه، وذلك مقابل التملص من عقد كان قد ارتبط به[59].

أما المعيار الشرعي فقد فصل في العربون من خلال تخصيص معيار كامل (معيار رقم 53)، وقد بدأ المعيار بتعريف العربون واعتبر أن لدافعه خيار الفسخ خلال مدة معينة، وإذا أمضى العقد كان ما دفع جزءاً من الثمن، وإن لم يمض أو لم

---

[56] عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ج4، ص49-53.

[57] علي النجيدة، **الوجيز في عقد البيع**، (دار النهضة العربية، القاهرة)، 31-32.

[58] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص16.

[59] علي النجيدة، **الوجيز في عقد البيع**، المصدر السابق، 37.

يدفع باقي الثمن خلال المدة فللبائع ألا يعيده للمشتري، وأجاز المعيار اتفاق الطرفين على رد العربون في حالات معينة يتفقان عليها مثل إخفاق المشتري في الحصول على الترخيص من الجهات الرسمية على سبيل المثال[60].

ويتضح مما سبق توافق المعيار والقانون على تعريف العربون وتوفر خيار العدول في المدة المحددة له، لكنها يختلفان في رده، فالقانون والمعيار حرمَا دافع العربون من أحقية استرداده إذا عدل عن العملية، إلا أن القانون جعل جزاء من استلمه وعدل عن العملية رد العربون ومثله، بينما اكتفى المعيار الشرعي برد مقدار العربون فقط.

ب) **عقود الإذعان**: وهي العقود التي تتميز بكونها تتعلق بسلع أو مرافق أو خدمات أساسية للمستهلكين، مع وجود احتكار في تقديمها، وتوجيه عروض الانتفاع للجمهور[61]. وقد تطرق القانون لعقود الإذعان في المواد (57 إلى 59)، واعتبر أنه لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه، وذكر بأنه إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي بناء على طلب الطرف المذعن أن يعدل من هذه الشروط برفع ما فيها من إجحاف ، أو يعفيه كلية منها ولو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقا لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك[62].

وقد تطرق المعيار الشرعي للإذعان في معيار التعاملات المالية بالانترنت رقم (38)، حيث اعتبر أن هناك قسما كبيرا من عقود الانترنت عقود إذعان بحيث يكون الإيجاب موجها للجمهور وموحدا في تفاصيله ولا يملك سوى الطرف المصدر تعديله دون الطرف الآخر، ويرى المعيار بأن عقود الإذعان صحيحة إذا لم تتضمن شروطا فيها ظلم للطرف المذعن، وأنه إذا الثمن يتضمن غبنا فاحشا أو ظلما في الشروط فللطرف المذعن اللجوء للقضاء لطلب الفسخ أو التعديل[63].

ويمكن الاستنتاج بوضوح توافق المعيار مع القانون في النظر لعقود الإذعان، حيث منحا الطرف المذعن سلطة اللجوء للقضاء عند الظلم أو الإجحاف أو الغبن.

أحكام انتهاء العقد

يزول العقد بالانقضاء والانحلال والإبطال، والانحلال يكون قبل أن ينفذ العقد وينقضي، والانقضاء يكون عند تمام التنفيذ، والإبطال يرد على عقد نشأ بشكل غير صحيح ثم يبطل بأثر رجعي ولا يزول فحسب بل يعتبر غير موجود[64]، وسيتم التطرق لما ورد في القانون المدني البحريني من إنهاء وهي أحكام الإبطال والإقالة والفسخ بالمقارنة مع المعيار الشرعي.

أولا: الإبطال

---

[60] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص1257 – 1260.

[61] مصطفى الجمال، المصدر السابق، ص223.

[62] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص17-18.

[63] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص967.

[64] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، (نسخة الكترونية، 2007)، ج1، ص565.

البطلان أو الإلغاء هو جزاء مدنيّ يَطال العقد بسبب تخلف ركن من أركانه (التراضي والمحل والسبب والشكل والتسليم) أو اختلال شرط من شروطه[65]، وقد وضع القانون المدني البحريني الإبطال كفرع مستقل عن انحلال العقد دون بيان تعريفه، وقد بينت المادة (118) العقد الباطل بأنه "لا ينتج أي أثر، ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها، ولا يزول البطلان بالإجازة، ولا تسمع دعوى البطلان بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ إبرام العقد"[66]. وبينت المواد اللاحقة (من 119 إلى 124) أثر البطلان على العقد، حيث إنه "إذا بطل العقد أو أبطل، يُعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، فإذا استحال ذلك على أحد المتعاقدين فإنه يجوز الحكم عليه بأداء معادل، وإذا كان العقد في شق منه باطلا أو قابلا للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن أحد المتعاقدين ما كان يبرم العقد بغير الشق الباطل أو القابل للإبطال فيبطل العقد كله، وإذا كان العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر، فإن العقد يكون صحيحا باعتباره العقد الذي توافرت أركانه، إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد" [67].

أما المعيار الشرعي فلم يبين تعريف العقد الباطل أو البطلان، إلا أنه اعتبر في معيار الشركات "أن الشرط يكون باطلا إذا نص في شروط الشركة على قطع الاشتراك في الربح"[68]، وفي الاعتمادات المستندية إذا كانت المعاملة نشأت على بضاعة محرمة شرعا أو عقدا باطلا أو فاسدا بموجب ما تضمنه من شروط، أو تتضمن تعاملا بالفوائد[69]، وإن العملية تكون باطلة في المرابحة إذا كان العميل هو ذاته مالك البضاعة لترتب بيع العينة[70].

ويتبين من نصوص المعيار الشرعي بأنه أخذ منحى القانون المدني في أنه لم يبطل العقود إذا توفرت فيها شروط باطلة أو فاسدة إن أمكن تعديله أو حذفه، ويعتبر الشرط أو البند باطلاً وليس العقد، لكنه اعتبر العملية باطلة إن كان ركن من أركانها الرئيسية أو غرضها الرئيسي باطلا كترتب الفوائد الربوية أو بيع العينة أو البضائع غير الشرعية.

ثانيا: الإقالة

التقايل هو الاتفاق على إلغاء العقد ويكون بإيجاب وقبول صريحين[71]، وعرف المعيار الشرعي الإقالة في معيار السلم بأنها "رفع العقد وإزالته باتفاق الطرفين"[72].

---

[65] موقع محامي مصر، الفرق بين البطلان والفسخ، في lawyeregypt.net، شوهد في سبتمبر، 10، 2021.

[66] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص31.

[67] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص31.، ص31-32.

[68] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص332.

[69] المصدر السابق، ص400.

[70] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق ، ص205.

[71] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، (نسخة الكترونية، 2007)، ج1، ص566.

[72] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص291.

وقد نظم المشرع البحريني الإقالة في القانون المدني، وذلك في البندين رقم (148-149)، حيث أجاز للمتعاقدين أن يتقايلا من العقد برضائهما بعد انعقاده ما بقي المعقود عليه قائما وموجودا في يد أحدهما، فإذا هلك أو تلف أو حصل التصرف للغير في بعض المعقود عليه جازت الإقالة في الباقي منه بقدر حصته من العوض، كما اعتبر أن الإقالة من حيث الأثر بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير.

أما المعيار الشرعي فقد أجاز الإقالة في عدد من المنتجات والصيغ الإسلامية، ومنها الإقالة في السلم باتفاق الطرفين كله أو جزء منه[73]، وفي الإجارة قبل سريانها[74]، وأوجب على المتعاقدين إلغاء أي ارتباط تعاقدي سابق بين العميل للآمر بالشراء والبائع الأصلي إن وجد مع اشتراط أن تكون الإقالة من الطرفين حقيقية وليست صورية[75]. إلا أنه لم يتطرق لأثر الإقالة الشرعي أو القانوني.

ثالثا: الفسخ والانفساخ

يعرف الفسخ في القانون بأنه جزاء يطال عقد صحيح من الناحية القانونية، إذ ينشأ العقد صحيحا منتجا لأثره، لكن تخلف فيه أحد الأطراف عن تنفيذ التزاماته، وهو بمثابة انحلال العقد بأثر رجعي، وقد يصدر الفسخ من القضاء أو بالاتفاق، بخلاف الإلغاء أو الإبطال الذي يكون من القضاء فقط[76].

أما في الفقه الإسلامي فهو حل ارتباط العقد المنعقد لعدم التنفيذ أو الإخلال بالالتزام أو لعدم توفر الرضا التام، ويكون بالتراضي أو القضاء، وينشأ الفسخ برفعه من أصله، ويطبق في العقود غير اللازمة، أما العقود اللازمة فتفسخ إما بسبب فساد العقد كبيع المجهول، أو بسبب الخيار كخيار الشرط أو العيب، أو الإقالة برضا الطرفين، أو لعدم التنفيذ في خيار النقد، أو انتهاء مدة العقد.[77] ولم يتطرق المعيار الشرعي لتعريف الفسخ العام، واكتفى بتعريف فسخ العقد بالشرط بأنه إنهاء العقد الصحيح اللازم بمقتضى شرط في العقد يعطي أحد الطرفين حق الفسخ.[78]

واعتبر القانون في البنود (140-144) أن الفسخ يكون في العقود الملزمة للجانبين بحيث إنه إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله وبعد إعذاره، جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب من القاضي تنفيذ العقد أو فسخه مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصرا بدوره في الوفاء بالتزاماته...، أما عن الفسخ بالشرط فاعتبر القانون أنه لا يعمل بشرط اعتبار العقد مفسوخا من تلقاء نفسه دون حكم المحكمة، أو بالشرط القاضي بتقييد سلطة المحكمة إزاء فسخ العقد ما لم يتضح أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة، وعلى بينة من حقيقة أثره، وإن الشرط

---

[73] المصدر السابق، ص279.

[74] المصدر السابق، ص252.

[75] المصدر السابق، ص204.

[76] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، (نسخة الكترونية، 2007)، ج1، ص568.

[77] وهبة الزحيلي، المصدر السابق، ص3132-3136.

[78] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص1271.

القاضي بفسخ العقد من تلقاء نفسه عند عدم الوفاء بالالتزام لا يعفي في غير المواد التجارية من الإعذار ولو اتفق على الإعفاء منه. واعتبر القانون أن من آثار الفسخ أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد[79].

أما المعيار الشرعي فتطرق لبعض حالات الفسخ في الشركة، واعتبر أن من حق أي من الشركاء الفسخ (الانسحاب من الشركة) بشرط إعلام بقية الشركاء وعدم الإضرار بهم أو بالمتعاملين مع الشركة[80]، واعتبر أن الفسخ في الجعالة يكون من حق الجاعل أو العامل بإرادة منفردة، لكن تلزم الجاعل إذا شرع العامل في العمل، أو إذا تعهد العامل بعدم الفسخ خلال فترة معينة[81]، أما الإجارة فاعتبرها المعيار عقد لازم لا يمتلك أحد الطرفين الانفراد بفسخه أو تعديله دون موافقة الآخر، ولكن يمكن فسخ الإجارة بالعذر الطارئ مع وجود تفصيل سيأتي لاحقا، أو باتفاق الطرفين، وأجاز المعيار اشتراط المؤجر الفسخ عند عدم سداد المستأجر أو تأخيرها[82]، واعتبر أن من حق المتضرر فسخ الإجارة، ويحق الفسخ لصاحب العذر إن كان العذر ظاهرا وبالاتفاق إن كان محل اشتباه، وعند الاختلاف يرجع للقاضي[83]. كما تطرق المعيار الشرعي لفسخ العقد بالشرط وأجازه الاتفاق عليه في الحالات التي لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية، ويكون الفسخ صحيحا إذا استوفى سببة وشروطه وانتفت الموانع، واعتبر المعيار أن الفسخ يرفع حكم العقد من حين الفسخ إلا أن النماء المتصل يتبع الأصل، وأما النماء المنفصل فهو للبائع قبل قبض المشتري، وللمشتري بعد قبضه[84].

وعلى هذا يتبين توافق المعيار والقانون في إجازة الفسخ بالاتفاق أو الحكم القضائي، ويكون عند وجود سبب يتمثل في التقصير مع انتفاء موانعه، والإعذار. أما الفسخ بالشرط فاشترط القانون أن يكون بحكم المحكمة بينما لم يشترط المعيار هذا الشرط واشترط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فقط، وقد اتفق القانون والمعيار على أن من آثار الفسخ أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد إلا أن المعيار اعتبر أن نماء الأصل يتبعه إن كان متصلا ويكون للبائع قبل قبض المشتري ويكون للمشتري بعد قبضه.

أما الانفساخ فيطبق في حالة استحالة تنفيذ العقد بسبب أجنبي لا دخل لأحد الأطراف فيه[85]، وقد اعتبر القانون في المواد (145-147) أنه في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلا بسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه. أما في العقود في العقود الملزمة لجانب واحد إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انفسخ العقد من تلقاء نفسه. أما عن أثر الانفساخ فاعتبر القانون أن يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، وذلك في نفس الحدود المقررة بالقانون.

---

[79] وزارة العدل والشؤون الإسلامية، **القانون المدني**، المصدر السابق، ص37-38.

[80] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص334.

[81] المصدر السابق، ص429.

[82] المصدر السابق، ص244، و250.

[83] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص925-926.

[84] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية** ، ص1271-1272.

[85] مصطفى الجمال، المصدر السابق، ص262.

أما المعيار الشرعي فلم يفرق صراحة بين الفسخ والانفساخ في التعريف أو الأحكام أو الأثر القانوني، إلا أنه من خلال استقراء نصوصه يتبين أنه راعى الفرق بينهما، فقد اعتبر أن عقد الإجارة ينفسخ عند الهلاك الكلي[86]، أي عند عدم القدرة على الاستمرار في العقد، وجاء في معيار العوارض الطارئة على الالتزامات أنه إذا استحال تنفيذ الالتزام أو فقد الغرض منه فينتهي بشروط[87].

ويتضح مما سبق أن القانون والمعيار اتفقا على وجود الانفساخ عند العوارض الطارئة أو عند وجود سبب أجنبي لا دخل للأطراف فيه، وقد اعتبر القانون أن الانفساخ يعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، بينما لم يشر المعيار الشرعي لأثر الانفساخ والذي يمكن استنتاجه أنه رتب ذات الأثر الموجود في الفسخ.

نتائج البحث

1. توافق المعيار الشرعي والقانون المدني البحريني حول ضرورة توفر الإيجاب والقبول ومعهما الرضا كركن رئيسي لانعقاد العقد، وإن كان القانون قد فصل بصورة أفضل وأوضح حول ضرورة توفر الإيجاب والقبول عند التعاقد بشكل عام بينما تفتقر المعايير الشرعية للأيوفي لمعايير توضح أحكام انعقاد العقد وأركانه وشروطه من حيث العموم، كما يتوافق القانون مع الفقه الإسلامي في التعبير عن الإرادة بأن تصدر من المتعاقدين بشكل دال على توجه إرادتهما الباطنة لإنشاء العقد وإبرامه، سواء باللفظ أو القول أو ما يقوم مقامه كالفعل أو الإشارة أو الكتابة.
2. تتوافق نصوص القانون المدني مع الأحكام الشرعية الواردة في المعيار الشرعي حول مجلس العقد في خيار الرجوع في الإيجاب بانتهاء مجلس العقد بصدور القبول أو رجوع الموجب عن إيجابه قبل قبول الطرف الآخر للإيجاب، وفي مطابقة الإيجاب للقبول، وفي ارتباط الإيجاب بالقبول، بينما تميز القانون بالتطرق للسكوت بينما لم يتطرق المعيار لهذه الحالة.
3. نظم المعيار الشرعي التعاقد بالوسائل الحديثة بشكل مفصل، بينما لم يفصل فيها القانون، إلا أنهما متوافقان بشكل عام في بيان الاعتراف بالوسائل الحديثة للتعاقد طالما توفرت فيها ما يدل على الإيجاب والقبول.
4. تطرق القانون المدني لحالة فقدان الأهلية بينما لم يتطرق المعيار الشرعي لهذه الحالة.
5. يشترط القانون أحيانا شكلا معينا للعقد حتى يكون نافذا، ويقسم القانونيون العقود باعتبار الشكل إلى عقود شكلية يجب أن يتوفر فيها شكل مخصوص، وعقود رضائية والتي يكفي فيها الرضا، وقد تطرق المعيار الشرعي إلى شكل العقد وأحالها للعرف.
6. اعتبر القانون أن العبرة في العقود بالمقاصد وليس بالشكل، بينما لم يوضح المعيار هذا الأمر على وجه صريح، وإنما تناول المواطأة على الجمع بين العقود، وأجاز المواطأة على المخارج الشرعية وهي الحيل المحمودة، ومنع المواطأة على الجمع بين عقود متضادة واعتبرها فاسدة، وأجاز المواطأة على الجمع بين العقود تطبيقا للعرف التجاري والمصرفي المعاصر.
7. العقد والاتفاقية مصطلحان متشابهان، وتكون الاتفاقية عقداً إذا اتفق العاقدان عليها وفيها التزاماتهما، أما مذكرة التفاهم فهي عبارة عن وعود بين الأطراف وليست ملزمة في القانون، بينما اتفاق الإطار العام هو اتفاق جزئي على نقاط معينة أثناء المفاوضات، أما خطاب النوايا فيكون خطابا من طرف واحد يظهر فيه نواياه وما يريد الاتفاق عليه ولا يكون ملزما، ورسالة

---

[86] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، **المعايير الشرعية**، المصدر السابق، ص251.

[87] المصدر السابق، ص925.

العرض هي إبداء الاستعداد لإبرام صفقة أو عقد بسعر معين أو شروط معينة، وتكون عادة مقدمة من أحد الأطراف وتحتوي عرضا للطرف الآخر إلا أنها قد تحتوي التزامات من الأطراف.

8. العقد الابتدائي عقد عرفي بين الأطراف وهو عقد صحيح، والعقد النهائي هو العقد المسجل أمام الجهة المناط بها التسجيل بحسب القانون. وهناك شكلين من التعاقدات، وهما: الاتفاق المبدئي، ويدخل فيه مذكرة التفاهم ورسالة العرض وخطاب النوايا والإطار العام، والشكل الثاني هو العقد النهائي أو الاتفاقية النهائية، ويأخذ الشكل الأول شكل التفاهم الأولي أو المبدئي وليس له قوة الإلزام كما العقد إلا إذا اتفق الطرفان على ذلك أو اعتباره جزءاً لا يتجزء من العقد.
9. تطرق القانون للعقد الابتدائي، أما المعيار فلم يتطرق لمسمى العقد الابتدائي أو لتعريف الاتفاقيات وأنواعها، إلا أنه اعتبر أن أي اتفاق ينشأ قبيل عملية التمويل أو الاستثمار هي اتفاق إطار عام.
10. فرق المعيار بين الوعد الذي يكون من طرف واحد، وبين المواعدة التي يقدم فيها وعدين متقابلين من طرفين، أما القانون فاعتبره اتفاق في المستقبل لا ينعقد إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التي يجب إبرامه فيها، فقصر الوعد على إبرام عقد في المستقبل بينما اعتبر المعيار أن الوعد أي فعل لأمر في المستقبل.
11. يتفق المعيار مع القانون في إلزامية الوعد في حالة ترتب الضرر خصوصاً، وإن لم يرتب ضررا فلا يعد ملزما في المعيار الشرعي على عكس القانون، أما المواعدة فيعتبرها القانون بمثابة العقد الملزم للطرفين، بينما لم يجزها المعيار إلا إذا كان أحد الأطراف أو كليهما مخيراً في تنفيذ الوعد، كما يرى المعيار الشرعي بأنه لا يعتبر الوعد أو المواعدة عقدا، ويجب على الأطراف بيان إيجاب وقبول جديدين في المستقبل عند رغبتهما في تنفيذ الوعد، أما القانون فيرى أن الوعد يمكن أن يكون عقدا لو طابق الشكل القانوني المطلوب، أو إن احتوى على تفاصيل التعاقد.
12. توافق المعيار والقانون على تعريف العربون وتوفر خيار العدول في المدة المحددة له، لكنها يختلفان في رده، فالقانون والمعيار حرمَا دافع العربون من أحقية استرداده إذا عدل عن العملية، إلا أن القانون جعل جزاء من استلمه وعدل عن العملية رد العربون ومثله، بينما اكتفى المعيار الشرعي برد مقدار العربون فقط.
13. توافق المعيار مع القانون في النظر لعقود الإذعان، حيث منحا الطرف المذعن سلطة اللجوء للقضاء عند الظلم أو الإجحاف أو الغبن.
14. نحى المعيار الشرعي منحى القانون المدني في أنه لم يبطل العقود إذا توفرت فيها شروط باطلة أو فاسدة إن أمكن تعديله أو حذفه، ويعتبر الشرط أو البند باطلاً وليس العقد، لكنه اعتبر العملية باطلة إن كان ركن من أركانها الرئيسية أو غرضها الرئيسي باطلا كترتب الفوائد الربوية أو بيع العينة أو البضائع غير الشرعية.
15. أجاز القانون والمعيار الشرعي للمتعاقدين أن يتقايلا من العقد برضائهما، إلا أن القانون تميز عن المعيار ببيان أثر الإقالة بكونها بمثابة الفسخ في حق المتعاقدين وبمثابة عقد جديد في حق الغير.
16. توافق المعيار والقانون في إجازة الفسخ بالاتفاق أو الحكم القضائي، ويكون عند وجود سبب يتمثل في التقصير مع انتفاء موانعه، والإعذار. أما الفسخ بالشرط فاشترط القانون أن يكون بحكم المحكمة بينما لم يشترط المعيار هذا الشرط واشترط عدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية فقط، وقد اتفق القانون والمعيار على أن من آثار الفسخ أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد إلا أن المعيار اعتبر أن نماء الأصل يتبعه إن كان متصلا ويكون للبائع قبل قبض المشتري ويكون للمشتري بعد قبضه.

كما يتوافق القانون والمعيار على وجود الانفساخ عند العوارض الطارئة أو عند وجود سبب أجنبي لا دخل للأطراف فيه، وقد اعتبر القانون أن الانفساخ يعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد، بينما لم يشر المعيار الشرعي لأثر الانفساخ والذي يمكن استنتاجه أنه رتب ذات الأثر الموجود في الفسخ.

التوصيات والمقترحات

1. توافق المعيار الشرعي مع القانون المدني في الأحكام الجوهرية للتعاقدات، وهناك بعض الاختلافات غير الجوهرية بينهما مما يسهل مهمة إعداد مشروع متكامل يجمع بينهما ويقلل من الفجوات.
2. العمل على إعداد مشروع متكامل لبيان الفجوات بين جميع المعايير الشرعية والقانون المدني والتجاري وقانون الشركات.
3. إعداد معيار شرعي خاص حول نظرية العقد وأحكام وشروط التعاقد وأحكام البطلان والإنهاء فيها.
4. أهمية بيان أنواع التعاقدات والاتفاقيات وآثارها القانونية في المعيار الشرعي.
5. إعادة صياغة المعايير الشرعية على هيئة تقنين وبأسلوب قانوني لسد الفجوات القانونية التي قد تنشأ، أو إعداد مذكرة تفسيرية أو شرح لها من قبل لجنة تعين من مصرف البحرين المركزي لتوحيد تفسيرات ومفاهيم المعيار الشرعي.
6. إحالة المنازعات الواردة للقضاء إلى الهيئة الشرعية المركزية لتفسيرها وبيان رأيها، أو أن يتم إنشاء هيئة من الخبراء الشرعيين لا يشغلون عضوية أي هيئة شرعية للحكم في المنازعات لضمان الفهم السليم والتطبيق الصحيح للمعايير الشرعية من القضاء.
7. إعداد نظام تدريب متكامل للقضاة والمحكمين والقانونيين لفهم المعايير الشرعية ومبادئ فقه المعاملات الإسلامية.
8. ضرورة تبني مشروع قانون متكامل للبنوك الإسلامية في البحرين في المستقبل القريب.
9. تحديث مناهج الجامعات والمعاهد المتخصصة في الصيرفة الإسلامية وإضافة المفاهيم القانونية إليها.

سيستفيد من البحث المتخصصون في القطاع الشرعي من المراقبين الشرعيين وأعضاء هيئات الرقابة الشرعية، والمشتغلين في السلك القانوني من المحامين والمستشارين القانونيين، بالإضافة إلى القضاة والمحكمين.
كما سيستفيد منه المؤسسات المالية الإسلامية، ومصرف البحرين المركزي، والمجلس الأعلى للقضاء والمحاكم، وغرفة البحرين للمنازعات، ومكاتب المحاماة، وجمعية مصارف البحرين.

الاستنتاج

يتبين من خلال البحث أن نقاط الاتفاق كثيرة بين المعايير الشرعية والقوانين المدنية البحرينية، وأن الاختلافات بينهما غير جوهرية، إلا أنه بالرغم من قلة نقاط الاختلاف فإنها ساهمت في حدوث فجوة قضائية كبيرة، وتعد المرحلة السابقة أحد أهم وأعقد المراحل التي مرت بها البنوك الإسلامية، حيث كادت الأحكام القضائية أن تعصف بعمل البنوك الإسلامية، وقد أسهم إصدار القانون العاجل بإحالة المنازعات للمعايير الشرعية في تقوية واستقرار البنوك الإسلامية من خلال مرجعية متينة، ومع ذلك لا يزال أمام البنوك الإسلامية العديد من التحديات تتمثل في مراجعة تطبيقاتها مع المعايير الشرعية، وكذلك التحقق من عقودها ومنتجاتها، ويتمثل التحدي الآخر في الجانب القضائي الذي لا يزال يفتقر إلى المحاكم المتخصصة بالنظر في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، والذي سيحتاج بداية إلى التعرف على الفروقات بين القوانين المدنية والمعايير الشرعية التي ستكون انطلاقة لمشروع ضخم يتمثل في عقد مقارنة متكاملة بينهما. أضف إلى ذلك أن الفجوة بين

المعيار الشرعي والقانون لم تزل متواجدة عند صياغة العقود وتطبيقها. وعلى الجهات الرقابية المعنية العديد من المهام التي ينبغي أداءها للحد من التأثيرات السلبية للقانون الجديد. كما إن التشريع الجديد لم يحدد المصدر البديل عند عدم وجود النص في المعيار الشرعي.

References

The books

Abu Ghaddah, Abdul Sattar, (from 2002 to 2009 AD), Research in Islamic Banking Transactions and Methods, Al Baraka Banking Group, Kingdom of Saudi Arabia.

Ahmed, Khaled Jamal. (2010). Introduction to the Principles of Bahraini Law, University of Applied Sciences.

Ismail, Mohieldin, The Origins of Civil Law.

Ayoub, Muhammad, (2009), The Financial System in Islam, translated by Omar Saeed Al-Ayoubi, I, 1 United Arab Emirates, Mohammed bin Rashid Al Maktoum Foundation, Academia International, UAE.

Bu Ghammar, Haitham, the comprehensive legal interface for the operations of commercial and Islamic banks.

Bahrain Islamic Bank. (2015). Fatwas of the Shariah Supervisory Board.

Hammad, Nazih. (2008). The Dictionary of Financial and Economic Terms in the Language of Jurists, Damascus, Dar Al-Qalam,

Al-Sanhoury, Abdel Razzaq Ahmed. (2007). Mediator in Explaining Civil Law, Beirut, Arab Heritage Revival House.

Al-Sada, Abdel Moneim Faraj, the Origins of the Law, Beirut, Dar Al-Nahda Al-Arabiya.

Abdel-Wahhab, Ahmed, and Sayed Ahmed, Ibrahim. (2018). the lease contract in the light of the opinions of scholars, legislation and judicial rulings, Cairo, House of Justice, 2018

Al-Qathami, Eman, Financing through lease ending with ownership (Ijara Muntahyia Bittamleek), a critical reading of the Saudi financial leasing system.

Al-Qara Daghi, Ali. (2013). the Student's Economic portfolio, Research in Islamic Financial Transactions, Beirut, Dar Al-Bashaer, 2nd Edition.

Al-Najida, Ali. (2003). the Summary of the Sale Contract, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo.

El-Gamal, Mustafa, (1987 AD), The General Theory of Obligations, 1st Edition, University House, Cairo

Al-Zarqa, Mustafa, (2012), The General Jurisprudential Introduction, 3rd Edition, Dar Al-Qalam, Damascus

Hadi, Walid. (2015). the Origins of Contemporary Transactions Control, Qatar.

Hammad, Nazih, (2008), A Dictionary of Financial and Economic Terms in the Language of Jurists, 1st Edition, Dar Al-Qalam, Damascus.

Shaiban, Nabil and Dina King, (2008), Arcapita Dictionary of Banking and Financial Sciences, 2nd Edition, Arcapita Bank, Karaki Press, Beirut.

The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions. (2015). Shariah Standards, Manama, Bahrain.

The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions. (2015). Accounting Standards, Manama, Bahrain.

Yusriya, Abdul Jalil. (2011). Mediator in the Bahraini Commercial Companies Law, Fakhrawi Foundation, Bahrain.

Yakan, Zuhdi, Lease Contract, Beirut, Al-Asriya Library

Periodicals

The Official Gazette, Kingdom of Bahrain.

Real Estate Regulation Law, Kingdom of Bahrain.

Central Bank of Bahrain, Central Bank of Bahrain decisions and circulars for financial institutions in the Kingdom of Bahrain.

Department of Legal Affairs, Constitution of the Kingdom of Bahrain, and its explanatory note, 2002 AD.

Ministry of Justice, Islamic Affairs and Endowments, Bahraini Civil Law, 2002.

Conferences and Seminars

Bahrain Islamic Bank. (2018). Sessions of the Second Bahrain Islamic Bank Forum, Islamic Banks between Shariah Standards and Applicable Laws, Bahrain.
The researcher benefited from the following research presented in the forum:
● Al Mahmoud, Abdul Latif, The Role of Shariah Supervisory Boards in Addressing the Legislative Deficiency.
● Ahmed, Khadija, The Legal Value of Shariah Standards in the Kingdom of Bahrain.
● Bu Ghamar, Haitham, Leasing ending with ownership (Ijara Muntahyia Bittamleek) in the Bahraini Civil Law.
● Al-Khuwaildi, Abdul-Sattar, Experiments in the Linkage between the Shariah and Law in the Business of Islamic Banks.
● Al-Khuwaildi, Abdul-Sattar, The Most Important common Legal and Shariah Notes in Islamic Finance - Models.
● Al-Anazi, Essam, Islamic Finance between Shariah rulings and legal systems.
● Ghamid, Salem, the extent of the need for a specialized judicial system to settle the disputes of Islamic banks.
● Yassin, Salah, reviewing examples of some judgments and judicial disputes related to Islamic banks in the Kingdom of Bahrain.
* Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions. (2012). Shariah Board Conference:
● Abu Ghaddah, Abdul Sattar, Legal Issues in the Islamic Financial Institutions.
● Al-Khuwaildi, Abdul-Sattar, Legal Issues in the Islamic Financial Institutions.