

## الوديعة الاستثمارية بين التأصيل الفقهي والتنظيم القانوني



**عبدالحكيم النوايتي**

باحث بسلك الدكتوراه بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية جامعة سيدي محمد بن عبد الله بفاس.

### ملخص المقال:

تعد الودائع الاستثمارية من أهم الأنشطة الرئيسية للبنوك التشاركية في تعبئة وجذب المدخرات من الأفراد بطريقة تستمد مشروعيتها من التراث الفقهي الإسلامي، إذ تدخل في إطار العقود الشرعية التي أكدت الشريعة الإسلامية على جوازها والتي جرى تعامل الناس بها منذ القدم بدون معارض، والتي نجد إطارها وضوابطها في المادتين 55 و56 من القانون رقم 103.12 وكذا منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/17.

وباستقراء مواد المنشور الموماً إليه أعلاه، وباطلاع على نموذج عقد الوديعة الاستثمارية لبنك الصفاء يمكن ملاحظة جملة من الثغرات القانونية والأخطاء العملية التي قد تنعكس سلباً على الوضعية القانونية لأصحاب الودائع الاستثمارية سواء قبل إبرام العقد أو أثناء سريانه أو عند إنهائه.

ووعياً بما تقدم ينضج أن موضوع الوديعة الاستثمارية بين التأصيل الفقهي والتنظيم القانوني يطرح أهمية بالغة سيتم بيانها في محتوى المقال. وسيقتصر هنا بتقديم بعض المشاكل القانونية للموضوع وهي: كيف نظم منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/17 الودائع الاستثمارية؟ وهل هناك حماية قانونية كافية لأصحاب الودائع الاستثمارية؟ كيفية تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية؟ وهل يشمل صندوق ضمان ودائع البنوك الوديعة الاستثمارية؟ وغيرها من المشاكل التي أدت إلى بروز إشكالية جوهرية يمكن صياغتها على النحو التالي: مدى توافق المشرع المغربي في تنظيم الوديعة الاستثمارية وفق أحكام الشريعة الإسلامية؟ وإلى أي حد تمكن من التوفيق بين تشجيع العملاء على إيداع أموالهم كودائع استثمارية والعمل على حماية الوديعة الاستثمارية والارباح الناتجة عنها؟

وبناء عليه سيتم التعرض للموضوع من خلال الشقين التاليين:

أولاً: التأصيل الفقهي للوديعة الاستثمارية.

ثانياً: الودائع الاستثمارية في القانون المغربي.

### الكلمات المفتاحية:

الوديعة الاستثمارية، تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية، ضمان الودائع الاستثمارية.

يحتل النشاط البنكي مكانة هامة في جل الأنظمة القانونية والاقتصادية، باعتباره يلعب دور الوسيط ما بين جمهور المستثمرين الذين يبحثون عن الأموال الضرورية من أجل تمويل مشاريعهم، وبين جمهور المدخرين الذين يبحثون عن الاستفادة من مختلف العمليات والخدمات التي تقدمها مؤسسات الائتمان<sup>1</sup>. وهو ما دفع جل التشريعات إلى تنظيمه تنظيمًا دقيقًا، ليتمكن القطاع البنكي من القيام بدوره في تعبئة المدخرات وتوزيع الائتمان في أحسن الظروف<sup>2</sup>. مع ما يترتب على ذلك من خلق افاق للنمو وتقوية ميدان الاستثمار، الذي سينعكس لا محالة على المجال الاقتصادي والسياسي والاجتماعي<sup>3</sup>.

والملاحظ أن المؤسسات البنكية لا تستطيع أداء وظيفتها في منح الائتمان لعملائها بمجرد الاعتماد على مواردها الذاتية والتسهيلات الائتمانية الممكن الحصول عليها من بنك المغرب، بل تستعين كذلك بالأموال التي يضعها العملاء لديها في شكل ودائع نقدية مدرجة في حسابات بنكية<sup>4</sup>.

ورغبة من المشرع المغربي في مواكبة التطورات التي شهدتها العالم في السنوات الأخيرة، وأمام نجاعة البنوك التشاركية في ضمان الاستقرار الاقتصادي والحفاظ على الأمن والسلم الاجتماعي<sup>5</sup>، حاول إعادة النظر في القانون المنظم لمؤسسات الائتمان وهو ما تجلّى من خلال صدور القانون رقم 103.12<sup>6</sup> الذي تولى تنظيم البنوك الإسلامية تحت اسم البنوك التشاركية<sup>7</sup>.

- ولعل من أهم الأنشطة الرئيسية للبنوك التشاركية تعبئة وجذب المدخرات من الأفراد من خلال أنظمة الودائع الاستثمارية التي تستمد مشروعيتها من التراث الفقهي الإسلامي، إذ تدخل في إطار العقود الشرعية التي أكدت الشريعة الإسلامية<sup>8</sup> على جوازها والتي جرى تعامل الناس بها منذ القدم بدون معارض<sup>9</sup>، وهو ما جاء به المادة 55 من القانون رقم 103.12 "تؤهل البنوك التشاركية لتلقي الودائع الاستثمارية من الجمهور والتي يرتبط عائدها بنتائج الاستثمارات المتفق عليها مع العملاء.
- 1- اسماعيل صاحب الدين، الودائع النقدية وإشكالية حماية المودعين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة 2006-2007، ص1.
  - 2 - عائشة المالقي، الوجيز في القانون البنكي المغربي، الطبعة الثانية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2007، ص5
  - 3 - المهدي بوعبادي، مستجدات القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكادال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2015-2016
  - 4 - إبراهيم اليوسفي، التزامات البنك في الودائع البنكية النقدية بين النص القانوني والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة 2013-2014، ص3.
  - 5 - عائشة المالقي، الوجيز في القانون البنكي المغربي، الطبعة الثانية، دار أبي رقرق للطباعة والنشر، الرباط، 2007، ص5
  - 6 - ظهير شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 الموافق ل 24 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015، ص642.
  - 7 - عبد الحكيم النوايتي، الوضعية القانونية للتعديل في عقد المراجعة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس 2018/2019، ص1
  - 8- رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 2 صادر في 10 ربيع النبوي 1438 (10 دجنبر 2016) بشأن مشروع المنشور الصادر عن والي بنك المغرب المتعلق بتحديد شروط وكيفية تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 02/03/2017، ص636.
  - 9 - محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح مقتضيات القانون المتعلق بالبنوك التشاركية، د.ط، مطبعة أنفو برنت، فاس، 2018، ص65.

وتطبيقا للمادة 156<sup>1</sup> من قانون من نفس القانون المشار إليه اعلاه، تحدد شروط وكيفيات تلقي ودائع الاستثمار وتوظيفها من قبل البنوك التشاركية وغيرها من المؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها<sup>2</sup>، وفق مقتضيات منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2<sup>3</sup> صادر في 27 يناير 2017 والمتعلق بشروط وكيفيات تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان المعتمدة في حكمها.

وبناء على ما سبق يتبين أن الموضوع يكتسي أهمية بالغة سواء على المستوى النظري أو العملي، فالأولى تتجلى في بيان الضوابط الشرعية التي تحكم توظيف الودائع الاستثمارية لتحقيق الكسب الحلال والربح المشروع، والثانية تتمحور في الأهداف والآثار الاقتصادية التي تحققها الوديعة الاستثمارية عن طريق محاربة الادخار والاستثمار في مشاريع تتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية.

وبالنظر لتلك الأهمية النظرية والعملية، فقد طرح الموضوع عدة مشاكل قانونية يكفي الإشارة إلى بعضها: كيف نظم منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 الودائع الاستثمارية؟ وهل هناك حماية قانونية كافية لأصحاب الودائع الاستثمارية؟ كيفية تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية؟ وهل يشمل صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية المحدث بموجب المادة 467<sup>4</sup> من القانون 103.12 الوديعة الاستثمارية؟ وغيرها من المشاكل التي ستظهر في تحليل المقال، والتي أدت إلى بروز إشكالية جوهرية يمكن صياغتها على النحو التالي:

مدى توافق المشرع المغربي في تنظيم الوديعة الاستثمارية وفق أحكام الشريعة الإسلامية؟ وإلى أي حد تمكن من التوفيق بين تشجيع العملاء على إيداع أموالهم كودائع استثمارية والعمل على حماية الوديعة الاستثمارية والأرباح الناتجة عنها؟

هاته الإشكالية تقتضي فرضية، إذ يمكن القول أنه ومن خلال المقتضيات القانونية والممارسة العملية، يظهر أن وضعية أصحاب الودائع غير محمية بما تقتضيه العلاقة التعاقدية من توازن عقدي، ولهذا يتعين على والي بنك المغرب التدخل من أجل إعادة النظر في وضعية أصحاب الودائع الاستثمارية من

1- المادة 56 من القانون رقم 103.12: يقصد بالودائع الاستثمارية، الأموال التي تتلقاها البنوك التشاركية من لدن عملائها من أجل توظيفها في مشاريع استثمارية ووفقا للكيفيات المتفق عليها بين الأطراف.  
تحدد شروط وكيفيات تلقي وتوظيف هذه الودائع بمنشور يصدره والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المادة 62 أذناه.  
2 - المادة الأولى من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017 والمتعلق بشروط وكيفيات تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان المعتمدة في حكمها.  
3- منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017 يتعلق بشروط وكيفيات تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 03-02-2017، ص 607.

4 - المادة 67 من القانون رقم 103.12: يحدد صندوق يسمى "صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية" لتعويض المودعين لدى البنوك التشاركية وذلك في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع علاوة على ذلك يجوز لهذا الصندوق، على وجه الاحتياط والاستثناء، أن يقدم لبنك تشاركي في وضعية صعبة وفي حدود موارده، مساعدات قابلة للإرجاع أو يأخذ مساهمة في رأس ماله.

مرحلة ما قبل ابرام العقد الى مرحلة انتهاءه. وفي إطار مناقشة الإشكالية أعلاه وتوضيح هذا الفرض المقترح والبرهنة عليه، سيتم اعتماد المنهج التحليلي في أطوار هذا البحث وفق ما يظهر من خلال التقسيم التالي لموضوع: أولاً: التأصيل الفقهي للوديعة الاستثمارية. ثانياً: الوديعة الاستثمارية في القانون المغربي.

### أولاً: التأصيل الفقهي للوديعة الاستثمارية

تعد الودائع الاستثمارية من أهم الأموال التي تتلقاها البنوك التشاركية من عملائها من أجل توظيفها في مشاريع طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وعلى هذا الأساس سيتم التطرق لماهية هذه الودائع الاستثمارية (أ) ثم التطرق لحكمها الشرعي (ب).

#### أ: ماهية الوديعة الاستثمارية

تطرح الوديعة الاستثمارية نقاشات عدة غير أن التحليل سيقصر بيان مفهومها سواء تعلق من حيث دلالتها اللغوية أو القانونية أو غيرها، أو تعلق الأمر بتحديد أنواعها وهو ما سيكون محل التوضيح بعده

#### 1: مفهوم الوديعة الاستثمارية

الوديعة لغة من ودَعَ، إذا سكن. وتعني وضع الشيء عند غير من يملكه لحفظه،<sup>1</sup> فهي إيداع شيء لذي شخص آخر لمدة معينة على أن يتعهد هذا الشخص برد الشيء نفسه عند الطلب.<sup>2</sup> أما الوديعة في الاصطلاح فقد عرفها البعض بأنها: ما يُترك عند الأمين<sup>3</sup> وعرفها بعضهم الآخر<sup>4</sup> بأنها: توكيل بحفظ مال، ونرى من خلال تعريف الفقهاء للوديعة بأنها: المال المدفوع إلى من يحفظه بمقابل أو بدون مقابل -بلا عوض-، مع ملاحظة أن المال هنا لا يعني النقود فقط. ويعرف قانون الالتزامات والعقود المغربي<sup>5</sup> الوديعة في فصله 781 بأنها: "عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئاً منقول إلى شخص آخر يلتزم بحفظه وبرده بعينه"<sup>6</sup>. وبالرجوع إلى المادة 509 من مدونة التجارة<sup>7</sup> نجد أنها عرفت عقد إيداع النقود أنه: "عقد إيداع النقود هو العقد الذي يودع بموجبه شخص نقوداً،

1- محمد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الأولى، مطبعة دار الحديث القاهرة مصر، 2008، ص1740.  
2- سمحان حسين، العمليات المصرفية الإسلامية: المفهوم والمحاسبة، الطبعة الأولى، مطبعة مطابع الشمس، عمان 2000، ص:14  
3- الزيلعي، تبين الحقائق عند كثر الدقائق، الطبعة الأولى، ج5، مطبعة الأميرية، القاهرة ص:93  
4- محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الخطاب أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر الشيخ خليل، الطبعة الأولى، ج5، مطبعة السعادة، القاهرة 1355هـ، ص:250  
5- ظهير شريف المعتبر. بمثابة قانون رقم 1.93.345 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 الموافق لـ (10 سبتمبر 1993) بمثابة قانون الالتزامات والعقود المنشور بالجريدة الرسمية 2422 بتاريخ 12 ربيع الآخر (29 سبتمبر 1993)  
6 - ويستفاد من التعريف الذي جاء في متن المادة 781 من ق.ل.ع، أن المشرع يعتبر عقد الوديعة عقداً عينياً -لا عقداً رضائياً. يقوم على ركن التسليم كميدياً أساسياً فيه (، على خلاف ما ذهب إليه المشرع المدني المصري الذي اعتبرها عقداً رضائياً حينما نص في مادته 818 على أن "الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يردده عيناً".  
7 - القانون رقم 17.95 الصادر بتنفيذ الظهير الشريف رقم 1.96.83 الصادر في 15 ربيع الأول 1417 الموافق لفتح غشت 1996 كما تم تعديل بعض مقتضياته خاصة في ما يتعلق بالكتاب الخامس بمقتضى قانون رقم 73.17.

كيفما كانت وسيلة الإيداع، لدى مؤسسة بنكية يخول لها حق التصرف فيها لحسابها الخاص، مع التزامها بردها حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

أما قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها فقد عرف الوديعة في المادة الثانية<sup>1</sup> بكونها الأموال المتلقاة من الجمهور التي يتسلمها شخص من الغير على سبيل الوديعة أو غير ذلك ويحق له أن يتصرف فيها لحسابه الخاص على أساس الالتزام بإرجاعها لأصحابها.

أما الوديعة الاستثمارية فقد عرفها المشرع في الفقرة الأولى من المادة 56 من نفس القانون المشار إليه أعلاه: "يقصد بالودائع الاستثمارية، الأموال التي تتلقاها البنوك التشاركية<sup>2</sup> من لدن عملائها من أجل توظيفها في مشاريع استثمارية ووفقا للكيفيات المتفق عليها بين الأطراف".

ويشمل مفهوم الوديعة شرعا المال الذي يوضع عند الغير بمعنى "العين المودعة" وأيضا "الإيداع" بمعنى العقد المقتضي للحفظ، لذلك نجد فقهاء الشريعة الإسلامية عند تعريفهم لها قد اختلفوا من حيث صورها بالنظر الزاوية التي انطلقوا منها في تحديد مفهومها سواء بمعنى الشيء المودع أو بمعنى الإيداع تبعا لاختلافهم في بعض الأحكام المتفرعة عن الأخذ بهذا الرأي أو ذاك.

بخصوص مذهب المالكية فقد اختلفوا في تعريفهم للوديعة بمعنى الشيء المودع رأيان، رأي الأول<sup>3</sup> ذهب إلى كونها: "شيء مملوك ينقل مجرد حفظه إلى الوديع"<sup>4</sup> وعلى العكس من ذلك ذهب الرأي الثاني<sup>5</sup> إلى كون الوديعة هي: "المال المودع الذي يوكل حفظه للغير"<sup>6</sup>. أما فقهاء مذهب الحنفية فقد اعتبروا الوديعة بمعنى الشيء المودع<sup>7</sup> هو: "المال الذي يترك عند الأمين لحفظه للمالكه"<sup>8</sup>.

- 1 - الفقرة الأولى من المادة 2 من القانون رقم 103.12: تعتبر أموالا متلقاة من الجمهور الأموال التي يتسلمها شخص من الغير على سبيل الوديعة أو غير ذلك ويحق له أن يتصرف فيها لحسابه الخاص على أساس الالتزام بإرجاعها لأصحابها.
- 2 - تجدر الإشارة إلى أن التعبير (البنوك التشاركية) الذي استعمله المشرع المغربي في مجموعة من مواد القسم الثالث من قانون 103.12 بخصوص تسمية المؤسسات التي يمكن لها مزاولة الأنشطة المشار إليها في نفس القسم الثالث لم يكن دقيقا، لاعتبار أن المادة 61 من نفس القانون المشار إليه أعلاه تعطي إمكانية للبنوك المشار إليهم في المادة 10 من نفس القانون مزاولة العمليات المشار إليهم في القسم الثالث من قانون 103.12، وبالتالي فإنه ليس البنوك التشاركية وحدها المعنية بالأمر لدى كان على المشرع إما استعمال فقط مصطلح "البنوك" أو "البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسة الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها".
- 3 - محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الخطاط أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر الشيخ خليل، الطبعة الثانية، مطبعة السعادة، 1978، ص: 250.
- 4 - إذ الأصل في حفظ الشيء المودع منوط بصاحبه فإذا نقل ذلك الحفظ إلى شخص آخر يكون النقل إيداعا لديه ولا يشكل توكيلا أو إستانة في الحفظ.
- 5 - محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل مع تعليقات من تسهيل منح الجليل، الطبعة الأولى مطبعة النجاح، ليبيا، ص: 451 وما يليها.
- 6 - أما مصدر الوديعة "الإيداع" فهو عندهما عبارة عن "توكيل على مجرد حفظ المال" فقد جاء في مختصر الخليل بأن "الإيداع توكيل بحفظ المال فخرج منها ما ليس مقصورا على مجرد الحفظ كالإيداع والوكالة لأكما على الحفظ والتصرف معا، أما الإيداع فهو نوع من أنواع التوكيل إلا أن مناط العقد والالتزام فيه هو حفظ الوديعة دون سواه". أنظر: عبد السميع الآبي صالح، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، دط، مطبعة دار الفكر، بيروت لبنان 1997، ص: 140.
- 7 - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي 1404هـ، ص: 700.
- 8 - الوديعة عند الحنفية لا تطلق على غير المال، وبمعنى الإيداع "تسليم المالك غيره على حفظ ماله صراحة أو دلالة".

وعرف فقهاء الشافعية للوديعة فهي إجمالاً<sup>1</sup>: "العقد المقتضي للاستحقاق أو العين المستحقة به حقيقة فيهما وتصح إرادتهما أو إرادة كل منهما في الترجمة"<sup>2</sup>.  
وبالنسبة لفقهاء الحنابلة، فإنهم وإن عرفوا الوديعة بمعنى العين المودعة بأنها<sup>3</sup>: "اسم للمال أو المختص المدفوع إلى من يحفظه"، فإنهم اشترطوا أن يتم ذلك بلا عوض، فالأجير على حفظ المال لا يسمى عندهم وديعاً ولا تسمى الإجارة على حفظ المال وديعة<sup>4</sup>.  
ومن تم نظر فقهاء الشريعة الإسلامية المعاصرين للوديعة البنكية على أنها ودائع مسماة بغير حقيقتها، على اعتبار أن البنك لا يأخذها كأمانة يحتفظ بعينها لترد إلى أصحابها، وإنما يستهلكها في أعماله وانشطته ويلتزم برد المثل<sup>5</sup>.

## 2: أنواع الوديعة الاستثمارية

**الودائع المقيدة:** وهي المبالغ التي يفوض الزبون المؤسسة باستثمارها على أساس المضاربة المقيدة بمشروع محدد أو برنامج استثماري معين أو ألا يخلطها البنك بماله أو عدم بيعها بالأجل، بحيث تكون المؤسسة وفق ما صدر عن بنك المغرب ملزمة حسبما تم الاتفاق عليه بمراعاة شروط خاصة تتعلق بتوظيف الأموال المودعة لديها سواء همت هذه الشروط تحديد طبيعة النشاط المراد الاستثمار فيه أو قطاع الأنشطة الذي يندرج النشاط ضمنه أو النطاق الجغرافي الذي سيتم انجاز المشروع أو المشاريع الاستثمارية في حدوده<sup>6</sup> وهي لا تظهر في قائمة المركز المالي لأن حق التصرف فيها ليس مطلقاً<sup>7</sup>. وقد تكون طويلة ومتوسطة وصغيرة، وقد تكون لفئات مختلفة وبعمولات مختلفة...

**الودائع المطلقة:** وهي الحسابات التي يفوض أصحابها البنك باستثمارها على واحد من العقدين الآتين؛ إما على أساس عقد المضاربة الشرعية دون ربطها بمشروع أو برنامج استثماري معين. وتعتبر مطلقة "إذا لم تكن المؤسسة ملزمة بالتقيد بأية شروط خاصة فيما يخص توظيف الأموال المودعة لديها"<sup>8</sup>

- 1 - الأنصاري الشيخ زكرياء، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت 1997، ص: 145 وما يليها.
- 2 - فالمراد بالعقد عند الشافعية الصيغة المقتضية لطلب الحفظ، ويطلق على العين المودعة وعلى الإيداع معا أو على الانفصال. لذلك فهي بالمعنى الأول عند أصحاب هذا المذهب "اسم للمال أو المختص المحترم الذي يوضع عند الغير لحفظه لصاحبه". أما بالمعنى الثاني فهي: "إنابة المالك أو وكيله لآخر على حفظ مال أو مختص".
- 3 - أحمد بن قاسم العنسي، التاج المذهب لأحكام المذهب، د.ط، مطبعة دار الحكمة، اليمن، 1414هـ، ص: 304 وما يليها.
- 4 - ونفس الشرط ألحقوه بالوديعة بمعنى الإيداع التي اعتبروها "إنابة من المالك أو وكيله لآخر على حفظ مال أو مختص تبرعاً"، وتبعهم في ذلك، فقهاء المذهب الزيدي الذين أوجزوا تعريفهم في "ترك مال مع حافظ لمجرد الحفظ لا بأجرة".
- 5 - فنيش لطفي، عقد الوديعة البنكية بين قواعد القانون الوضعي وأحكام الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى اسماعيل، مكناس 2009-2010، ص: 8.
- 6 - المادة 5 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/2 المتعلق بشروط وكيفية تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.
- 7 - محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح مقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، م.س.، ص: 67.
- 8 - محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح مقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، د.ط، مطبعة أنفو - برانت، فاس، 2016، ص: 66.

ويشترك أصحاب الحسابات والمؤسسة في الأرباح إن وجدت حسب النسب التي تحدد لكل منهما إما في عقد المضاربة وإما في طلب فتح الحساب الموافق عليه من المؤسسة، ويتحمل أصحاب الحسابات جميع الخسارة بنسبة حصصهم في رأس المال إلا ما نتج عن التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط فتتحملها المؤسسة. وتكون نسبة أرباحها أعلى من المخصصة ولا يعتبر حجم معين في الوديعة الثابتة<sup>1</sup>.

وإما أن تستثمر أيضا وفق عقد الوكالة بالاستثمار. ومثل هذا ورد في المادة 9 من منشور بنك المغرب رقم 2/و/17 أنه "يجوز أن يكون عائد المؤسسة برسم كل محفظة استثمار إما بنسبة مئوية من الأرباح المحققة أو عمولة ثابتة تحدد مسبقا أو هما معا".

### ب: الحكم الشرعي للوديعة الاستثمارية.

الأصل في مشروعة الوديعة الاستثمارية من خلال الأدلة الواردة في الكتاب والسنة: لم يأت القرآن الكريم بنص واضح على مشروعية الوديعة الاستثمارية<sup>2</sup>، لكن احتج على مشروعيتها ببعض الآيات من القرآن الكريم التي تشير بصفة عامة إلى السعي في الأرض لطلب الرزق<sup>3</sup>، ومن بين هذه الآيات ما يلي:

قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ ۚ إِنَّ اللَّهَ نِعْمًا بِعَظْمِكُمْ بِهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾<sup>4</sup>. وقوله سبحانه: ﴿... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ ۚ وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ ۚ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾<sup>5</sup>.

أما السنة<sup>6</sup> فما روى أبو داود والترمذي وحسنه: أن النبي ﷺ قال: «أتى الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك»<sup>7</sup>، وقد اشتهر في كتب السيرة: أن النبي ﷺ أمر عليا في الهجرة «أن يتخلف بعده بمكة حتى يؤدي عنه ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس، وكان ﷺ ليس بمكة أحد عنده شيء يخشى عليه إلا وضعه عنده، لما يعلم من صدقه وأمانتها ﷺ»<sup>8</sup>.

1- دراسات المعايير الشرعية، الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، محمد أمين علي القاطن 1971. وهذا موافق لما في منشور والي بنك المغرب رقم 2/و/17 المادة: 10. أنظر بهذا الصدد: محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح مقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، م.س.، ص 66.

2 - أموليك حميد، الوديعة الاستثمارية في البنوك التشاركية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير 2018-2019، ص 16.

3 - محمد عبدالمعظم أبو زيد، المضاربة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، مطبعة المعهد، القاهرة 1996، ص 24 و 25.

4- سورة النساء، الآية: 58

5- سورة البقرة، الآية: 282

6 - أنظر: عبد الله ابن الطاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018، ص 71.

7- أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزوي السجستاني، سنن أبي داود، ت: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، الجزء الثالث، مطبعة دار ابن حزم، سنة 275هـ، الصفحة 290، رقم الحديث 3534

- عبد الملك بن هاشم، السيرة النبوية، الجزء الأول، د.ط. مطبعة دار المعرفة، بيروت، ص 485.



وفي إطار المذهب المالكي:<sup>1</sup> التصرف في الوديعة من أجل المنفعة بالإتجار أو غيره؛ إن كان بإذن صاحبها؛ فهو جائز، وإن كان بغير إذنه فهو حرام إذا كان المودع عنده معدما فقيرا، ومكروه إذا كان مليا غنيا.<sup>2</sup> وحتتهم الإجماع؛<sup>3</sup> قال ابن المنذر: "أجمعوا على أن المودع ممنوع من استعمال الوديعة ومن إتلافها، وأجمعوا على إباحة استعمالها بإذن مالكيها"<sup>4</sup> وقال ابن حجر: "ولا أعلم خلافا أن المؤمن إذا أقرض شيئا من مال الوديعة وغيرها لم يجز له ذلك".<sup>5</sup>

والريح في كلتا الحالتين -بالإذن أو بعده- هو من حق المودع وليس لرب المال؛ لأنه إن كان لرب المال فهو عين الربا، ولأن رب المال لم يدخل على طلب الريح ولم يقصده، وإنما أراد حفظ ماله فله رأس ماله دون الربح.<sup>6</sup>

قال الإمام مالك في الموطأ: "إذا استودع الرجل مالا فابتاع به لنفسه وريح فيه فإن ذلك الربح له، لأنه ضامن للمال حتى يؤديه إلى صاحبه"<sup>7</sup>، وجاء في المدونة<sup>8</sup>: "من تعدى على وديعة عنده فاشترى بها سلعة، فهو ضامن للوديعة والريح له"<sup>9</sup>، وفي الرسالة<sup>10</sup> في حكم الاتجار بالوديعة بغير إذن مالكيها: "ومن اتجر بوديعة فذلك مكروه والريح له".<sup>11</sup>

### ثانيا: الوديعة الاستثمارية في القانون المغربي

الوديعة الاستثمارية توكيل من أجل استثمار مال طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، على أن يكون الربح مشتركا بين البنك والعميل حسب نسبة مئوية يتم الاتفاق عليها وتخضع لتقلبات الربح والخسارة.<sup>12</sup> ونص المشرع المغربي على الوديعة الاستثمارية ضمن القسم الثالث من قانون رقم

- 1- أنضر عبد الله ابن الطاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته، م.س.، ص 76.
- 2 - أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د.ط.، الجزء الثاني، مطبعة ابن حزم، ت: عبد الوارث محمد علي، ص: 171.
- 3 - أنضر: عبد الله ابن الطاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018، ص 76.
- 4- أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد السادس، ت: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، الطبعة الأولى، مطبعة مكة الثقافية، رأس الخيمة- الإمارات العربية المتحدة، 2005، ص 336.
- أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري، الجزء الرابع، ت: محب الدين الخطيب، الطبعة الأولى، مطبعة المكتبة السلفية، القاهرة، ص 487.<sup>5</sup>
- 6 - محمد الخرشى أبو عبد الله علي العدوي، الخرشى على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، م 6، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق مصر، 1317هـ-1899م، ص 110.
- 7 - ملك ابن أنس بن الأصباحي الحميري، موطأ مالك، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الأفضية، الجزء الثاني، د.ط.، مطبعة دار إحياء التراث العربي، مصر، 1985، 735.
- 8 - أنضر: عبد الله ابن الطاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته، م.س.، ص 76.
- 9- ملك ابن أنس بن الأصباحي الحميري، المدونة الكبرى، الجزء الثالث، د.ط.، مطبعة السعادة، السعودية 1324هـ، ص: 663.
- 10- أنضر: عبد الله ابن الطاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته، م.س.، ص 76.
- 11- حمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ت: عبد الوارث محمد علي، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتاب العلمية، بيروت، 1997، ص 171.
- 12- عبد الله ابن الطاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته، م.س.، ص 75.



103.12، ولم يحدد شروط وكيفيات تلقي وتوظيف هذه الودائع، بحيث ترك صلاحية تنظيم تلك الشروط لمنشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2، الأمر الذي يفرض التطرق لتلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية (أ) ثم ضمان الودائع الاستثمارية (ب).

### أ: تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية

تتمتع البنوك التشاركية بأهلية تلقي الودائع الاستثمارية من الجمهور والتي يرتبط عائدها بناتج الاستثمارات المتفق عليها مع العملاء طبقا للمادة 55 من قانون مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها. وقد حدد المشرع مفهوم الودائع الاستثمارية في الأموال التي تتلقاها البنوك التشاركية من لدن عملائها من أجل توظيفها في مشاريع استثمارية ووفقا للكيفيات المتفق عليها بين الأطراف.

وتطبيقا للمادة 56 من قانون رقم 103.12، تحدد شروط وكيفيات تلقي ودائع الاستثمار وتوظيفها من قبل البنوك التشاركية وغيرها من المؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها<sup>1</sup>. وفق مقتضيات منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017 والمتعلق بشروط وكيفيات تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان الاعتبارية في حكمها. وبناء على ما سبق فإن شروط وكيفيات تلقي الودائع الاستثمارية، نظمها المنشور المشار إليه أعلاه، واشترط في المؤسسة التي ستتلقى ودائع من أجل توظيفها، أن تكون معتمدة أو مأذون لها مسبقا بذلك، حسب كل حالة<sup>2</sup>. كما اشترط منشور والي بنك المغرب قبل تلقي هذه الودائع أن تكون نماذج العقود قد تم التصريح بمطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها، من قبل اللجنة الشرعية للمالية التشاركية باسم المجلس العلمي الأعلى<sup>3</sup>، وأن يتضمن كل عقد من العقود العبارة التالية: "تم إعداد هذا العقد والوثائق المرفقة به طبقا للرأي الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية باسم المجلس العلمي الأعلى بتاريخ.... تحت رقم...."<sup>4</sup> ومن بين الثغرات القانونية، والأخطاء العملية التي لا تتقيد ولا تنضبط لإجراءات عقد الوديعة الاستثمارية وخصوصا في مرحلة تكوين العقد، عدم إدراج العبارة أعلاه في نموذج عقد الوديعة الاستثمارية لبنك الصفاء<sup>5</sup> التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة 3 من منشور والي بنك المغرب.

- 1- المادة الأولى من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017 والمتعلق بشروط وكيفيات تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان الاعتبارية في حكمها.
- 2- المادة الثانية من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.
- 3- الفقرة الأولى من المادة 3 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.
- 4- الفقرة الثانية من المادة 3 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.
- 5- لم يتم إدراج العبارة "تم إعداد هذا العقد والوثائق المرفقة به طبقا للرأي الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية باسم المجلس العلمي الأعلى بتاريخ.... تحت رقم...." بالطريقة التي نصت عليها المادة 3 من منشور والي بنك المغرب 17/و/2 في نموذج عقد الوديعة الاستثمارية لبنك الصفاء، بل تم الاكتفاء فقط بالإشارة إلى أن نموذج العقد ونماذج الوثائق المرفقة به موافقة لأحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية في المادة 30 من نفس النموذج.

واشترط كذلك منشور والي بنك المغرب لتقي الودائع الاستثمارية من قبل البنوك أن يتم التنصيص بكيفية صريحة في كل عقد من عقود الودائع الاستثمارية على مجموعة من البنود نذكر منها: ما هو مرتبط بعائد الودائع الاستثمارية،<sup>1</sup> وكذا ضمان الودائع<sup>2</sup> الاستثمارية،<sup>3</sup> بالإضافة الى كيفية تحديد الأرباح وتحمل الخسائر عند الاقتضاء ووتيرة توزيعها،<sup>4</sup> وكذا تحديد الطابع المقيد أو المطلق لوديعة الاستثمار، والشروط المتعلقة بذلك عند الاقتضاء،<sup>5</sup> وكذا ما يتعلق بأجل استحقاق الوديعة وشروط السحب المسبق وكيفية انهاء عقدتها...<sup>6</sup>

بناء على ما سبق، يتضح أن المادة 12 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 جاءت بصيغة الوجوب "يجب" بخصوص التنصيص بكيفية صريحة في كل عقد من عقود الودائع الاستثمارية على مجموعة من الشروط المبينة أعلاه، ومن الواضح أن مجرد فرض التنصيص على هذه الشروط لا يكفي لتوفير حماية قانونية كافية لأصحاب الودائع، من جهة لاعتبار أن والي بنك المغرب لم ينظم كل شرط على حدى؛ فمثلا لما أوجب أن ينص نموذج العقد على أجل استحقاق الوديعة، وإمكانية سحبها كليا أو جزئيا أو عدم سحبها قبل حلول أجلها، وكذا كيفية وشروط السحب المسبق<sup>7</sup> لم ينظم هذه الكيفيات والشروط وترك الامر لاتفاق الأطراف مع العلم أن كل العقود التي تقدمها البنوك لعملائها هي عقود إذعان ولا يمكن لأصحاب الودائع الاستثمارية (الطرف الضعيف) مناقشة شروطها بل قبول العقد كله أو رفضه كله كما سيتم التوضيح أسفله.

ومن جهة أخرى لاعتبار أن منشور والي بنك المغرب لم يتطرق لجزاء الاخلال بالمقتضيات التي جاء بها لصالح أصحاب الودائع الاستثمارية ومآل العقد في هذه الحالة، لتبقى هذه المقتضيات فارغة المحتوى، ومن بين الأخطاء العملية التي يكمن ملاحظتها في نموذج عقد الوديعة الاستثمارية لبنك الصفاء عدم احترام الفقرة الاخيرة من المادة 12 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 التي أوجبت كتابة البنود 1 و2 و3 من نفس المادة بطريقة واضحة وسهلة القراءة وبحجم حروف الكتابة أكبر من ذلك المستعمل في باقي بنود العقد.<sup>8</sup>

1- البند الأول والخامس من المادة 12 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.

2- وهو ما سيتم التطرق له بنوع من التفصيل في النقطة الموالية.

3- البند الثاني من المادة 12 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017

4- البنود 3 و5 و6 و7 من المادة 12 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017

5- البند 4 من المادة 12 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.

6- البند 11 و12 من المادة 12 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.

7- البند 11 من المادة 12 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2

8- باطلاع على نموذج عقد الوديعة الاستثمارية لبنك الصفاء نجده لا يحترم مقتضيات الفقرة الاخيرة من المادة 12 بخصوص كتابة البنود 1 و2 و3 من نفس المادة بطريقة واضحة وسهلة القراءة وبحجم حروف الكتابة أكبر من ذلك المستعمل في باقي بنود العقد، لاعتبار أن البند الثالث من المادة 12 المتعلق بتحمل اصحاب الودائع الخسائر الحاصلة على مستوى محفظة الاستثمار بشكل يتناسب مع حصصهم تمت كتابته بشكل عادي كباقي بنود العقد.

أما بخصوص شروط وكمففات الوءاع الاسءمارفة فءء نصء المءاءة الرابعة من منشور والى بنك المغرب 17/و/2 على أنه ءءء كمففات ءوظفف الوءاع الاسءمارفة الءف ءءلقاها المؤسسة من عمالءها فف مشارف اسءمارفة؁ باءافق بفنهما. مما لا ءءال ففه؁ أن الرضائف ءءبر من نءاف؁ مءأا سلطان الإرءاءة<sup>1</sup> هءة الأءفرة الءف ءءء مظهراف من مظاهر الءرة ءءافءفة<sup>2</sup>؁ والأصل فف ءءافء أنه فءسم فف إءرائه بءرة النقاش؁ والمساوة<sup>3</sup> بءء لكون لكل من طرففه الفرصة فف أن فءعل الآخر فرفضف أفصل الشروف بالنسبة له<sup>4</sup> وهذا ما أكءفه المءاءة أعلاه.

150

وآء ءأفر الوسائل الءف فسنفن بها البنك الطرف القوف لم فءء لصاحب الوءفة الطرف المءفن إرءاءة ءرة مطلقة لإبرام العءء<sup>5</sup> وهذا ما فءءء اءءلال ءوازف فف العلاءة ءءافءفة الءف ءربء البنوك وعمالءها<sup>6</sup> وذلك بفرض البنك مءموعة من الشروف على العمل؁ بءء لا فمكن لهذا الأءفر مناقشة شروف العءء أو ءءفلها<sup>7</sup>؁ إذ لا فبقى أمامه سوى قبول العءء كله أو الامءناع عن ءءافء<sup>8</sup>. فلا فبقى لأصحاب الوءاع الاسءمارفة سوى مناقشة مبلغ الاسءمار شرفة أن لا فقل عن الءء الأدنى<sup>9</sup> الءف فءءءه البنك مسبقاف؁ ءم مءة الفرة المالفة المءءمة.

وبالنسبة لءوزفء الأرباح وءءمل الءسائر؁ فءء نصء المءاءة 8 من منشور والى بنك المغرب 17/و/2 على أنه فءم ءوزفء الأرباح المءققة بالنسبة لكل مءفظة اسءمار؁ بعء خصم عاءء البنك؁ بفف أفصحاب الوءاع ءسب الكمففات المءفق عليها فف العءء؁ وءاء فف مءن المءاءة 10 من نفس المنشور أن أفصحاب الوءاع فءءملون الءسائر بشكل فءناسب مع ءصءهم؁ ففءءمل البنك الءسائر الناءمة من ءانبها؁ عن كل إءمال أو ءقصفر أو سوء ءءفر أو أف فعل من أفعال الغش أو ءءلفس أو أف ءصرف آخر صاءر عنها مءالف للقاءف أو اءكام العءء المبرم بفف البنك وصاحب الوءفة أو لشرء من شروفه.

1- أءمء زفطار الأمرف؁ أءكام رضائف العقوء بفف الفقه الإسلامف والقانون الوضف- ءءاسة مقارئة-؁ رسالة لنفل ءبلوم ءراساء العلفا فف القاءف المءف؁ كلفة العلوم القاءففة و الاقاءفة والاءءامفة؁ ءامعة الءسن ءالف ءالف البفاء السفة ءامعة 1989-1990؁ ص: 20  
2- عبءالءكم النواف؁ الوضفة القاءففة للعمل فف عءء المرافة؁ رسالة لنفل ءبلوم الماسءر؁ كلفة العلوم القاءففة والاقاءفة والاءءامفة؁ ءامعة المولى لإسماعفل؁ مكناس السفة ءامعة 2018-2019؁ ص: 36.  
3- اءرفس العلوف العبءلاف؁ النظرفة العامة للإءزاماء- نظرفة العءء- المطفة الأولى؁ مطفة النءا ءءفءة؁ ءالف البفاء؁ 1992؁ ص: 259

4 - عبءالله ءضفر؁ عءء الإءعان بفف الرضا و الإءراهااء الإقاءفة؁ رسالة لنفل ءبلوم الماسءر فف القاءف الءاص؁ كلفة العلوم القاءففة و الإقاءفة و الإءءامفة السوفس؁ ءامعة مءمء الءامس؁ الرباط؁ 2013/ 2014. ص: 6.

5 - منفر المءف؁ المظاهر القاءففة لءماء المسءهلك؁ أطروءة لنفل شءاءة ءءءزاه فف القاءف الءاص؁ كلفة العلوم القاءففة و الإقاءفة و الإءءامفة؁ ءامعة مءمء الأولى؁ وءءة؁ السفة ءامعة: 2004-2005؁ ص 76 و 77

6 - عبءالله ءضفر؁ م س؁ ص: 53

7 - المءزوف البكاف؁ بعض مظاهر اضطراب النظرفة العامة للءءء؁ مءلة القاءف المءف؁ 2016 العءء3؁ ص 10 و 11.

8- عبءالله ءضفر؁ م. س؁ ص: 7.

9 - الفقرة الأولى من المءاءة 3 من وءفة الشروف العامة لنموء عءء الوءفة الاسءمارفة لبنك الصفاء. ونصء المءاءة الأولى من وءفة الشروف الءاصة لنفس النموء: "فءبب ألا فقل مبلغ الاسءمار عن الرصفء المءءء فف 10000 ءرهم لكف فكةف مؤهلا للاسءمار ءلال مءة العءء".

ويلاحظ أن المادة 8 أعلاه أشارت الى أن توزيع الأرباح يتم بعد خصم عائد المؤسسة بين أصحاب الودائع الاستثمارية، وبالنسبة للمادة 10 أعلاه لم تنطرق لعائد البنك في حالة حصول خسائر وهو ما يعاب على منشور والي بنك المغرب، لهذا يجب إعادة صياغة المادة 10 أعلاه والتنقيص بكيفية صريحة على العبارة التالية: "لا يستحق البنك أي عائد مقابل توظيفه للوديعة الاستثمارية في حالة حصول خسائر".

وبخصوص تحديد شروط وكيفيات احتساب عائد الودائع الاستثمارية فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 7 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 على أنه يرتبط عائد الودائع الاستثمارية بنتائج الاستثمارات المتفق عليها بين المؤسسة وأصحاب الودائع، ولا يجوز أن يكون هذا العائد في شكل مبلغ محدد مسبقا. كما لا يحق للبنوك تحميل أصحاب الودائع تكاليف التسيير المرتبطة بالعمليات التي يجب أن تنجزها بصفتها مدبرا لهذه الودائع،<sup>1</sup> ويجوز أن يكون عائد البنك برسم كل محفظة استثمار إما نسبة مئوية من الأرباح المحققة أو عمولة ثابتة تحدد مسبقا أو هما معا،<sup>2</sup> غير أنه إذا تم الاتفاق على أن يكون عائد المؤسسة عمولة ثابتة، وجب أن تؤخذ هذه الأخيرة بعين الاعتبار في احتساب التكاليف المباشرة المشار إليها أعلاه في المادة 7 من نفس المنشور.<sup>3</sup>

وفي حالة ما إذا كانت المؤسسة مساهمة في محفظة استثمار من أموالها الخاصة، فإنه لا يحق لها تلقي أي عائد ثابت أو عمولة ثابتة، محدد أو محددة مسبقا.<sup>4</sup>

### ب: ضمان الودائع الاستثمارية

يعد استرجاع الودائع من قبل أصحابها الهدف الأساسي لعقد الوديعة عموما، وباعتبار أن البنوك التشاركية قد يعترضها مجموعة من الصعوبات تحول دون أدائها لمهامها النقدية<sup>5</sup>، فقد أوجب القانون ضمانا قانونية تكفل تحقيق هذا الهدف ويتعلق الأمر بصندوق "ضمان ودائع البنوك التشاركية" المحدث بموجب المادة 67<sup>6</sup> من القانون رقم 103.12 والذي يهدف الى تعويض المودعين لدى البنوك التشاركية وذلك في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع.

1- الفقرة الثالثة من المادة 7 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.

2- الفقرة الأولى من المادة 9 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.

3- الفقرة الثانية من المادة 9 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.

4- الفقرة الأخيرة من المادة 9 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 صادر في 27 يناير 2017.

5- غزلان الرباوي، الوديعة البنكية النقدية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2009-2010، ص 69.

6 - المادة 67 من القانون رقم 103.12: يحدد صندوق يسمى "صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية" لتعويض المودعين لدى البنوك التشاركية وذلك في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع علاوة على ذلك يجوز لهذا الصندوق، على وجه الاحتياط والاستثناء، أن يقدم لبنك تشاركي في وضعية صعبة وفي حدود موارده، مساعدات قابلة للإرجاع أو يأخذ مساهمة في رأس ماله.

أما بخصوص الودعة الاستثمارية فقد جاءت المادة 68<sup>1</sup> من نفس القانون المومأ إليه أعلاه باستثناء صريح يعفي من خلاله "صندوق ضمان ودائع البنوك التشاركية" من تخطية وضمن الودائع الاستثمارية تماشياً مع خصائصها، لاعتبار أن الودعة الاستثمارية توكيل من أجل استثمار مال في الحلال، على أن يكون الربح مشتركاً بين البنك والعميل حسب نسبة مئوية يتم الاتفاق عليها وتخضع لتقلبات الربح والخسارة<sup>2</sup>.

ومما لاشك فيه، أن منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 سلك نهج المادة 68 أعلاه ونص بشكل صريح في متن المادة 11 منع على أنه "لا يجوز للمؤسسة أن تضمن إرجاع الودعة الاستثمارية بأكملها لأصحابها في حالة وقوع خسائر من جراء توظيفها..."، وبالتالي إذا نتج عن توظيف البنك للأموال المودعة لديها خسائر فإن أصحاب الودائع يتحملون هذه الخسائر بشكل يتناسب مع حصتهم وفي حدود مساهمتهم<sup>3</sup>.

ولكن من ناحية أخرى، نجد أن النظام البنكي التقليدي المسيطر<sup>4</sup> يقدم الضمان الكامل لعقود الحساب لأجل -الودائع الاستثمارية<sup>5</sup>. وهذا ما يفضله النسبة الغالبة من المودعين، لقلة المخاطر، وتفضيل العائد الثابت المحدد -مسبقاً- وضمان استرداد الودعة.

وعلى ضوء هذا التفاوت الكبير بين الإطار الفكري، والواقع العملي، بدأ الحديث عن قضية الضمان للودائع الاستثمارية في البنوك التشاركية، أو على أقل إيجاد حل يتمشى وطبيعة النشاط البنكي التشاركي؛ أي إيجاد حل يغطي أو يضمن على الأقل استرجاع الودائع بأكملها لأصحابها في حالة وقوع خسائر، وأن يتمشى هذا الحل وأحكام الشريعة الإسلامية لاعتبار أن هذه العقود تخضع لرقابة المجلس العلمي الأعلى.

أما بالنسبة لواقع المغرب فإن المنشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2 نص على أنه يحق للمؤسسة أن تشكل بالنسبة لكل محفظة استثمار احتياطات تسمى: احتياطات موازنة الأرباح: عن طريق اقتطاعات

1 - المادة 68 من القانون رقم 103.12: "يشمل ضمان الصندوق المشار إليه في المادة 67 أعلاه جميع الودائع والأموال الأخرى القابلة للإرجاع التي تجمعها البنوك التشاركية باستثناء ودائع الاستثمار المنصوص عليها في المادة 55 أعلاه والأموال المتلقاة من: مؤسسة الائتمان الأخرى؛

الشركات التابعة لها وأعضاء أجهزة إدارتها ورقابتها وتسييرها والمساهمين فيها الذين يملكون 5 في المئة على الأقل من حقوق التصويت؛ الهيئات التي تقدم الخدمات المشار إليها في المادتين 7 و16 أعلاه؛

الهيئات المشار إليها في البندين 2 و3 من المادة 19 أعلاه؛

الهيئات المشار إليها في البنود 1 و2 و3 و4 و6 و7 من المادة 23 أعلاه".

2- عبد الله ابن الطاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته، م.س.، ص75.

3- المادة 10 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/2

4- رفعت السيد الوضي، الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والأسواق المالية، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2012، ص85

5 - رفعت السيد الوضي، الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والأسواق المالية، م.س.، ص86.

من الأرباح التي حققتها المحفظة المعنية بعد خصم حصة المؤسسة من أجل إعادة توزيعها في تاريخ لاحق، بغية تعويض أو تخفيف التراجع المحتمل للأرباح المحققة لفائدة أصحاب الودائع الاستثمارية الذين ساهموا في المحفظة المعنية.<sup>1</sup> وترد إليهم عند تصفية المحفظة، أما المعايير الشرعية فذهبت إلى كون الاحتياطات من قبيل التبرع فتصرف لصالح وجوه الخير عند تصفية الوعاء الاستثماري ثم إن المعايير خلافا للمنشور الصادر من بنك المغرب تجيز خصم الاحتياطات قبل خصم حصة المؤسسة، وهذا يغير من الحكم الشرعي.<sup>2</sup>

153

**احتياطات مخاطر الاستثمار:** عن طريق اقتطاعات من الأرباح التي حققتها المحفظة المعنية، بعد خصم حصة المؤسسة، من أجل تغطية أو تخفيف الخسائر المستقبلية المحتملة في رأس المال لفائدة أصحاب الودائع الاستثمارية الذين ساهموا في المحفظة المعنية.<sup>3</sup> وقد اعتبر هذا المنشور خلافا لما هو سائد في الدول الأخرى أن ملكية هذه الاحتياطات تعود للأطراف التي مولتها حسب نسب مساهمتها فيها<sup>4</sup>، وفي حالة تصفية محفظة استثمار ما يجب إعادة أرصدة احتياطات موازنة الأرباح واحتياطات مخاطر الاستثمار المرتبطة بها لأصحاب الودائع الاستثمارية حسب نسب مساهمتهم فيها.<sup>5</sup>

وجاء في متن المادة 17 من نفس المنشور أنه لا يجوز للبنك أن تقتطع من نسبة مئوية من الأرباح المحققة على مستوى محفظة الاستثمار عند تشكيل احتياطات موازنة الأرباح واحتياطات مخاطر الاستثمار، ويتم وضع سقف لكل واحدة من هذه الاحتياطات في نسبة مئوية من قيمة محفظة الاستثمار. دون أن تحدد هذه المادة من جهة النسبة المئوية التي لا يجوز للبنك تجاوزها عند اقتطاع من الأرباح لتشكيل الاحتياطات، ومن جهة أخرى سقف هذه الاحتياطات من قيمة محفظة الاستثمار المرتبط بها، لتبقى مقتضيات هذه المادة فارغة المحتوى، وهو ما ينعكس سلبا على الوضعية القانونية لأصحاب الودائع.

وباستقراء نموذج عقد الوديعة الاستثمارية لبنك الصفاء، نجد المادة الثالثة من وثيقة الشروط الخاصة تنص على ما يلي: بخصوص تشكيل الاحتياطات، يجوز للبنك أن يقتطع مبلغا لا يفوق: 20% من نسبة الأرباح المحققة على مستوى محفظة الاستثمار كسقف للمساهمة في احتياطي موازنة الأرباح. و 20% من نسبة الأرباح المحققة على مستوى محفظة الاستثمار كسقف للمساهمة في احتياطي مخاطر الاستثمار.

1- الفقرة الأولى من المادة 16 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و.

2- محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح المقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، م.س.، ص 81.

3 - الفقرة الثانية من المادة 16 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و.

4- محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح المقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، م.س.، ص 82.

5- الفقرة الثالثة من المادة 16 من منشور والي بنك المغرب رقم 17/و.

خاتمة:

على امتداد صفحات هذا المقال ومن خلال ما تمت دراسته في هذا الموضوع تم الخروج بخلاصة مفادها أن المشرع المغربي جاء بالبنوك التشاركية في القانون 103.12 المتعلق بمؤسسة الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، لاسيما القسم الثالث منه، ثم أصدر بعد ذلك والي بنك المغرب منشور رقم 2/ و/ 17 المتعلق بشروط وكيفيات تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها. إلا أن تجربته عرفت التذبذب والقصور على مستوى تنظيم عقد الوديعة الاستثمارية وإيلاء اصحاب الودائع فيها بحماية فعالة تعزز مكانتهم أمام البنك القوي اقتصاديا، هذا لا يعني حتما عدم وجود حسنات وإيجابيات على مستوى الحماية المخولة للعميل في عقد المراجعة سواء قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه.

وهذا النقص في الحماية لم يكن ليرز لولا الاختلال الكبير بين مراكز الطرفين في عقد الوديعة الاستثمارية سواء قبل إبرام العقد أو بعد إبرامه، وذلك أن القوة الاقتصادية للبنك استطاعت تكريس قواعد تحمي مصالحه.

ومن التوصيات التي يخرج بها هذا المقال ضرورة مراعاة وضعية العميل في الوديعة الاستثمارية وتعزيز وضعيته القانونية باعتباره الطرف الضعيف، وذلك بتدخل والي بنك المغرب لسد الثغرات الآتفة الذكر. لكي يحظى العميل في عقد الوديعة الاستثمارية بنفس الحماية التي يحظى بها مستهلك الخدمات البنكية التقليدية على الأقل.



## لائحة منابع المقال

### المصادر

#### ■ القوانين والمناشير:

✓ ظهر شريف المعتمر بمثابة قانون رقم 1.93.345 الصادر في 22 ربيع الأول 1414 الموافق لـ 10 سبتمبر 1993) بمثابة قانون الالتزامات العقود المنشور بالجريدة الرسمية 2422 بتاريخ 12 ربيع الآخر (29 سبتمبر 1993).

✓ ظهر شريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 الموافق لـ 24 دجنبر 2014 بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015، ص 642.

✓ منشور والي المغرب رقم 2/و/17 صادر في 27 يناير 2017 يتعلق بشروط وكيفيات تلقي وتوظيف الودائع الاستثمارية من قبل البنوك التشاركية وغيرها من مؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، الجريدة الرسمية عدد 6548 بتاريخ 02-03-2017، ص 607.

#### ■ المعاجم:

✓ أبي الفضل جمال الدين محمد بن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب باب الدال فصل الواو، الجزء الثالث.

✓ مجد الدين الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الأولى، مطبعة دار الحديث القاهرة مصر، 2008.

### المراجع

#### 📖 كتب ومجلدات:

✓ عائشة المالقي، الوجيز في القانون البنكي المغربي، الطبعة الثانية، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، الرباط، 2007.

✓ سمحان حسين، العمليات المصرفية الإسلامية: المفهوم والمحاسبة، الطبعة الأولى، مطبعة مطابع الشمس، عمان 2000.

✓ الزيلعي، تبين الحقائق عند كثر الدقائق، الطبعة الأولى، ج5، مطبعة الأميرية، القاهرة.

✓ محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الخطاب أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر الشيخ خليل، الطبعة الأولى، ج5، مطبعة السعادة، القاهرة 1355هـ.

✓ - محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي الخطاب أبو عبد الله، مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل ومعه مختصر الشيخ خليل، الطبعة الثانية، مطبعة السعادة، 1978.

✓ محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل مع تعليقات من تسهيل منح الجليل ، الطبعة الأولى مطبعة النجاح، ليبيا.

✓ عبد السميع الآبي صالح، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، د.ط، مطبعة دار الفكر، بيروت لبنان 1997.

✓ ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، الطبعة الثالثة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي 1404هـ.

- ✓ الأنصاري الشيخ زكرياء، الغرر البهية في شرح منظومة البهجة الوردية، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتب العلمية، بيروت 1997.
- ✓ أحمد بن قاسم العنسي، التاج المذهب لأحكام المذهب، د.ط، مطبعة دار الحكمة، اليمن، 1414هـ.
- ✓ محمد عبد المنعم أبو زيد، المضاربة وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، الطبعة الأولى، مطبعة المعهد، القاهرة 1996.
- ✓ أبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزوي السجستاني، سنن أبي داود، ت: عزت عبيد الدعاس وعادل السيد، الجزء الثالث، مطبعة دار ابن حزم، سنة 275هـ.
- ✓ عبد الملك بن هاشم، السيرة النبوية، الجزء الأول، د.ط. مطبعة دار المعرفة، بيروت، ص 485
- ✓ - أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، د.ط، ت: عبد الوارث محمد علي. الجزء الثاني، مطبعة ابن حزم.
- ✓ أبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، المجلد السادس، ت: أبو حماد صغير أحمد الأنصاري، الطبعة الأولى، مطبعة مكة الثقافية، رأس الخيمة- الإمارات العربية المتحدة، 2005
- ✓ أحمد بن علي بن حجر، فتح الباري، الجزء الرابع، ت: محب الدين الخطيب، الطبعة الأولى، مطبعة المكتبة السلفية، القاهرة.
- ✓ محمد الخرشي أبو عبدالله علي العدوي، الخرشي على مختصر سيدي خليل وبهامشه حاشية العدوي، م 6، الطبعة الثانية، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق مصر، 1317هـ-1899م.
- ✓ ملك ابن أنس بن الأصباحي الحميري، موطأ مالك، ت: محمد فؤاد عبد الباقي، كتاب الأفضية، الجزء الثاني، د.ط، مطبعة دار إحياء التراث العربي، مصر، 1985
- ✓ ملك ابن أنس بن الأصباحي الحميري، المدونة الكبرى، الجزء الثالث، د.ط، مطبعة السعادة، السعودية 1324هـ
- ✓ حمد بن غنيم بن سالم بن مهنا النفراوي الأزهري المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ت: عبد الوارث محمد علي، ج 2، الطبعة الأولى، مطبعة دار الكتاب العلمية، بيروت، 1997
- ✓ ادريس العلوي العبدلاوي، النظرية العامة للالتزامات -نظرية العقد-، المطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1992
- ✓ رفعت السيد الوضي، الاقتصاد الإسلامي في المصارف والنقود والاسواق المالية، المجلد الثاني، الطبعة الثانية، مطبعة دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع، القاهرة، 2012.
- ✓ عبد الله ابن الطاهر، البنوك التشاركية الإسلامية بالمغرب في إطار الفقه المالكي وأدلته، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2018.
- ✓ محمد العروصي، المختصر في بعض العقود المسماة، الطبعة الخامسة، مطبعة مرجان، مكناس 2015.
- ✓ محمد قراط، المطالب الضرورية في شرح مقتضيات القانونية المتعلقة بالبنوك التشاركية، د.ط، مطبعة أنفو برنت، فاس، 2018.

- المهدي بوعبادي، مستجدات القانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية أكدال، جامعة محمد الخامس، الرباط، السنة الجامعية 2015-2016.
- سماعيل صاحب الدين، الدائع النقدية وإشكالية حماية المودعين، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة 2006-2007.
- إبراهيم اليوسفي، التزامات البنك في الدائع البنكية النقدية بين النص القانوني والعمل القضائي، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة 2013-2014.
- عبد الحكيم النوايتي، الوضعية القانونية للعميل في عقد المراجعة، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس 2018/2019.
- فنيش لطفي، عقد الوديعة البنكية بين قواعد القانون الوضعي وأحكام الفقه الإسلامي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل، مكناس 2009-2010.
- غزلان الرباوي، الوديعة البنكية النقدية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، رسالة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة السنة الجامعية 2009-2010.
- أتموليك حميد، الوديعة الاستثمارية في البنوك التشاركية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة ابن زهر، أكادير 2018-2019.
- أحمد زنتار الأمrani، أحكام رضائية العقود بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي -دراسة مقارنة-، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون المدني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء السنة الجامعية 1989-1990.
- منير المهدي، المظاهر القانونية لحماية المستهلك، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الأول، وجدة، السنة الجامعية: 2004-2005.
- عبدالله خضير، عقد الإذعان بين الرضا والإكراهات الاقتصادية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية السويسي، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2013 - 2014.