

حدود حماية عميل الخدمات البنكية التشاركية - عقد المراجعة أنموذجا -

Limites de la protection du client des services bancaires participatifs -Contrat Murabaha comme modèle-



الهدي كنوش طالب باحث بسلك الدكتوراه
بكلية العلوم القانونية والسياسية
جامعة ابن طفيل -القنيطرة-

ملخص المقال باللغة العربية:

مما لا شك فيه أن العالم شهد مجموعة من التطورات في السنوات الأخيرة، وذلك على عدة مستويات حيث أخذ مجال المال والاعمال الحصة الكبرى من هذه المتغيرات وذلك راجع للدور الذي يلعبه هذا الأخير على المستوى الاقتصادي للدول، دون نسيان الأهمية الكبرى التي تلعبها المؤسسات البنكية التي بدورها تلعب دور الوسيط بين الافراد (المدخرين) والمستثمرين او المستهلكين. وأمام النجاح الذي حققته الصيرفة الإسلامية في تنويع العرض الاقتصادي واستهداف جل شرائح المجتمع، حاول المشرع إعادة النظر في الترسنة القانونية المنظمة لمؤسسات الائتمان، وهو ما يظهر من خلال قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات الاعتبارية في حكمها، هذا الأخير الذي نظم من خلاله البنوك التشاركية (الإسلامية)، التي جاءت بمجموعة من المتوجات والعمليات الجديدة على القانون المغربي والواقع الاقتصادي، وعلى رأسها عملية المراجعة. وأمام هذه التطورات الحاصلة على المستوى الاقتصادي والاجتماعي، وحاجة العميل (المستهلك) للقيام بمجموعة من التعاملات مع المؤسسات التشاركية، على رأسها عملية المراجعة، هذه الأخيرة التي أظهرت ان هناك مجموعة من المشاكل القانونية والمؤسسية، مما نتج عنه ظهور طرف ضعيف خاضع للمؤسسة البنكية التشاركية باعتبارها طرفا قويا التي تفرض عليه مجموعة من الشروط المحففة، خصوصا أن العميل يفتقد الخبرة والتجربة في ميدان التمويلات التشاركية. لذلك يطرح هذا الموضوع مجموعة من التساؤلات التي أدت الى بروز إشكالية محورية مفادها : الى أي حد استطاع المشرع المغربي توفير الحماية اللازمة للعميل في عقد المراجعة ؟

الكلمات المفتاحية للمقال باللغة العربية :

المؤسسات البنكية التشاركية، عقد المراجعة، الرقابة الشرعية، التأمين التكافلي، حماية العميل.

Résumé de l'article en langue française:

Il ne fait aucun doute que le monde a connu ces dernières années de nombreux développements, à plusieurs niveaux, où le domaine de la monnaie et des affaires a pris le dessus. La plus grande part de ces variables est due au rôle que ces dernières jouent sur le plan économique des pays, sans oublier la grande importance jouée par les institutions bancaires, qui à leur tour jouent le rôle de médiateur entre les individus (épargnants, investisseurs ou consommateurs), et face au succès remporté par la banque islamique pour diversifier l'offre économique et cibler la plupart des segments de la société, le législateur a tenté de reconsidérer l'arsenal juridique réglementant les établissements de crédit, ce qui est évident à travers la loi 103.12 relative aux établissements et organismes de crédit considérés dans leur jugement, cette dernière, à travers laquelle il a organisé les banques participatives (islamiques), qui sont venues avec un ensemble de nouveaux produits et procédés sur le droit marocain et la réalité économique, notamment le procédé Mourabaha, et face à ces évolutions sur le plan économique. Et la nécessité pour le client (le consommateur) d'effectuer un ensemble de transactions avec les institutions participatives, auquel s'ajoute le processus de la Murabaha. Un ensemble de conditions injustes, surtout si l'on sait que le client manque d'expérience et d'expertise dans le domaine de la finance participative. La question de la protection du client dans le contrat Mourabaha pose une série de questions : qui ont conduit à l'émergence d'une problématique comme suit : dans quelle mesure le législateur marocain a-t-il été en mesure de fournir la protection nécessaire au client dans le contrat Murabaha ?

Mots clés :

Participation institutions bancaires, contrat Mourabaha, encadrement charia, assurance Takaful, protection des clients.

مقدمة:

كما هو معلوم فإن المغرب وفي سياق اندماجه في اقتصاديات الدول النامية ورغبته في تشجيع الاستثمار الأجنبي، ركز بالأساس على تطوير منظومته القانونية وتقويته للبنيات المؤسسية، ومؤسسات الإئتمان باعتبارها تدرج ضمن البنية الإقتصادية، حيث لعبت منذ زمن ولا زالت تلعب دورا هاما في تنمية الإقتصاد الوطني، ورغم هذا الدور الفعال لهذا النوع من التمويل فإنه أصبح لا يليق بالوعي المنتشر بخصوص تعارضه مع أحكام الشريعة الإسلامية، التي تقوم على عدة مبادئ تتنافى وتتعارض مع المعاملات البنكية التقليدية، على رأسها الفائدة البنكية، الأمر الذي أثار انتباه المشرع المغربي وحثه إلى إحداث ما يسمى بالبنوك التشاركية.

لقد أتى هذا التحول بالمغرب على مستوى المؤسسات البنكية، بعد فشل تسويق المنتجات البنكية لدى البنوك التقليدية، حيث صادق المشرع المغربي على قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، والذي من أهم مستجداته التنصيص على إحداث البنوك الإسلامية تحت مسمى البنوك التشاركية، عوض المنتجات البديلة، فخصص لها المشرع الباب الثالث بأكمله¹ وذلك في المواد من 54 إلى 70 ثم التي تقدم خدماتها لزبائنها بصيغ متعددة وهي الإجارة، المشاركة، المضاربة، الإستصناع والسلم، والمراجعة، هذه الأخيرة التي ستكون محط اهتمام في هذا المقال.

إن كلمة مراجعة تعود في مصدرها اللغوي إلى ربح. فيقال تجارة راجحة بمعنى يربح فيها² وراجحة على سلعته أعطيته ربحا³ ويقال أيضا بيع مراجعة، هو البيع برأس المال مع زيادة معلومة، ويقال أعطاه مالا مراجعة على الربح بينهما⁴. إذن فالمراجعة تقيد الزيادة " وهي تأتي على صيغة مفاعلة وتنصرف إلى النماء في التجارة⁵. أما اصطلاحا فهو : كل "بيع يمثل الثمن الأول مع زيادة ربح معلوم"⁶، وتعرف المراجعة كذلك بأنها السلعة بسعر التكلفة مع زيادة ربح معلوم⁷.

1- ينظر الظهير الشريف رقم 1.14.193 صادر في فاتح ربيع الأول 1436 (24 ديسمبر 2014) بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الإئتمان والهيئات المعتمدة في حكمها. منشور في الجريدة الرسمية عدد 6328 بتاريخ فاتح ربيع الآخر 1436 (22 يناير 2015)، ص 462. وقد تضمن الظهير 5 عقود باستثناء عقد الاستصناع الذي تم تأجيل صدوره إلى غاية 17 رمضان 1440 الموافق 23 ماي 2019 حيث نشر هذا التاريخ في الجريدة الرسمية عدد 6780 في ص 3051 وما يليها، وبذلك تمت المصادقة على منشور والى بنك المغرب رقم 2019/2/2 الصادر في 26 مارس 2019 بتنظيم منشور والى بنك المغرب رقم 17/1 الصادر في 27 يناير 2017 المتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كيفية تقديمها إلى العملاء. وذلك بعد أن صدر رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية التابعة للمجلس العلمي الأعلى (رقم 39)، الصادر بتاريخ 02 رجب 1440 هـ (09 مارس 2019) بشأن مشروع المنشور الصادر عن والى بنك المغرب، المتمم للمنشور رقم 1/1 و/2017، الصادر في 27 يناير 2017، المتعلق بالمواصفات التقنية الخاصة بمنتجات التمويل التشاركي وكيفية تقديمها إلى العملاء [عقد الاستصناع]. تم نشر الرأي رقم 39 أعلاه بالجريدة الرسمية عدد 6780 بتاريخ 17 رمضان 1440 (23 ماي 2019). الصفحة 3097.

2- ينظر معجم الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ليبيا وتونس دون سنة، ص 235.

3- لاحظ معجم مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، مصر 2008، ص 607.

4- مزيدا من التوضيح ينظر مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية مصر، 2004، ص 322.

5- عائشة الشوقاوي المالح، البنوك الإسلامية بين التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، سنة 2000 ص 420، 421.

6- سعد خليفة العبار، المراجعة المصرفية وصلاحياتها كبديل شرعي للفائدة الربوية، الطبعة الأولى، الوكالة الليبية للترقيم الدولي الموحد دار الكتب الوطنية، 2018 ص 14.

7- عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، منشورات مجلة الحقوق بسلسلة المعارف القانونية والقضائية العدد 38 سنة 2016 ص 11.

والمشرع المغربي عرف عقد المراجعة في البند - أ- من المادة 58 من قانون 103.12 أنها " كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي منقولاً أو عقاراً محدداً وفي ملكيته، لعميله بتكلفة إقتنائه مضاف إليه هامش ربح متفق عليه مسبقاً". وما تعريف عقد المراجعة وتنظيمها ولو في مناشير، إلا لكون ملاحظة المشرع المغربي أن الصيغة الربحية كانت محط انتظار عدد كبير من فئات المجتمع التي ترغب في التعامل بها عوض التعامل بالصيغ التقليدية. ولهذا فالموضوع يكتسي أهمية بالغة على مستويين اثنين :

◀ على المستوى النظري: فتتجلى من خلال النقاشات العلمية الأكاديمية الدارسة له، بالإضافة الى تجويد و تحسين عقد المراجعة، ومدى توفيق المشرع في توفير الحماية للتعامل من خلال صيغة عقد المراجعة.

◀ وعلى المستوى العملي: فيظهر في الدور الذي يلعبه عقد المراجعة في العمليات التشاركية، والنسبة المثوية التي يشغلها هذا العقد في المؤسسات المالية التشاركية حيث يحظى حالياً بنصيب الأسد كما تؤكد الإحصائيات الرقمية لدى هذه المؤسسات¹.

وانطلاقاً مما سبق يمكن طرح إشكالية مفادها : الى أي حد استطاع المشرع المغربي توفير الحماية اللازمة للتعامل في عقد المراجعة ؟ وكفرضية لهذه الإشكالية يمكن القول أن المشرع المغربي لم يعمل على بسط حماية قانونية كافية مؤسساتية للمتعاقد في عقد المراجعة. ولهذا تم تقديم كفرضية متمثلة في إيجاد حماية ملائمة عبر قوانين خاصة وعامة في جل عملية التعاقد سواء القبلية او البعدية، وهذا ما سيتم الوقوف عنده من خلال تمحيص بعض العقود ومدى مطابقتها للنصوص القانونية. وفي إطار مناقشة الإشكالية أعلاه وتوضيح للفرضية المقترحة، سيتم اعتماد المنهج التحليلي في أطوار هذا البحث وفق ما يظهر من التقسيم التالي للموضوع:

أولاً: قصور الحماية القانونية للتعامل في عقد المراجعة

ثانياً : قصور الحماية المؤسساتية للتعامل في عقد المراجعة

أولاً: قصور الحماية القانونية للتعامل في عقد المراجعة

بعد محاولة إعطاء تعريف بسيط لعملية المراجعة هذه الأخيرة العملية الوحيدة التي تتعامل بها الأبنك التشاركية، وأمام ضرورة التعامل مع هذه الأبنك التشاركية حيث أصبح الواقع يفرض على الأشخاص من أجل تملك سيارة أو عقار، وفي ظل نقص السيولة المالية، التوجه إلى المؤسسات البنكية، التي بدورها تعلم الحاجة التي تنقص الزبون، وعلى أنها حل لا بد منه مما يدفعها للتعامل مع الزبون بشروط قاسية، من أجل تحقيق الربح وهذا مما يدفع بها إلى اشتراط عدة شروط تثقل كاهل المتعاقد معها، حيث بالرجوع إلى بعض نماذج العقود التي تعقدها هذه المؤسسات البنكية مع زبائنها، وبعد تحليلها نجد ان هناك مجموعة من القصور التي تعترى هذه العلاقة التعاقدية، وذلك نتيجة تعسف البنك عن طريق إدراج شروط تعسفية،

1 - تشير معظم الدراسات إلى أن نسبة التعامل بهذا العقد بالمقارنة بالعقود الأخرى تصل إلى 90% لاحظ مثلاً عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، منشورات مجلة الحقوق، مطبعة المعارف الجديدة 2016، ص21.

تارة في إضافة بنود صعبة لا قانونية على الزبون، وثارة حذف بعض الحقوق التي تعتبر أساسية في أي علاقة تعاقدية، مما يجعل المجال خصبا لتحليل وإبداء الرأي خصوصا ومع العلم ان هذه التجربة لازالت في طور النمو وعليه ولندرة المراجع المتخصصة في المجال خصوصا ما يتعلق بالقانون المغربي، يتم الاستعانة بتمحيص بعض بنود العقود إلى مدى احترامها للقانون المتعلق للبنوك التشاركية والرجوع إلى تدابير حماية المستهلك وقانون الإلتزامات والعقود حيث سيتم التطرق في (أ) إلى قصور هذه الحماية قبل إبرام العقد أي أثناء التفاوض ومرحلة المشاححة، ثم في (ب) قصور هذه الحماية بعد التعاقد، حيث تطرأ وتنشأ مجموعة من الإلتزامات على عاتق كل من الزبون والبنك.

أ: قصور حماية العميل قبل التعاقد

من حق العميل الذي إختار التعامل المالي وفق أحكام الشريعة الإسلامية ومقاصدها ألا يتعامل بما هو محظور شرعا فنجد في التمويل التشاركي المتعلق بعقد المراجعة مجموعة من الإجراءات القانونية السابقة على إبرام هذا العقد، الهدف منها توفير حماية قانونية وضمانات فعالة لحماية الطرف المتعاقد الذي غالبا ما يكون في مركز ضعيف مما يجعل الطرف الأخر (المؤسسة البنكية) تستغل هذه الوضعية بإدراج ما يحقق مصالحها، مما يترتب عليه قصور توفير الحماية المقررة لذلك الطرف المتعاقد معها قانونا وهذا يطرح إشكال عن مظاهر هذا القصور، وهو ما يتم معالجته في الشق الموالي (1)، خضوع الزبون للشروط التعسفية وفي (2) الإخلال بالإلتزام بالإعلام.

1: خضوع الزبون للشروط التعسفية

لقد عرف موضوع الشرط التعسفي إهتماما ملحوظا من قبل الفقه والتشريع على حد سواء، نظرا لمكانته التي تجعله هاما خاصة في الإخلال بالإلتزامات بين الأطراف، وسنحاول في هذا الشق التطرق (1.1) لمفهوم الشروط التعسفية وتحليلها في عقد المراجعة التشاركية (2.1).

1.1! عناصر الشرط التعسفي

نظرا لتعدد المجالات التي تكون محاطة بالمعاملات الأساسية أصبح المجال الذي تشمله الشروط التعسفية مجالا واسعا مما استعصى وضع تعريف شامل له، تاركا المجال أمام مجموعة من التعاريف الفقهية، التي حاولت تدارك الفراغ الذي تركه المشرع في قانون الإلتزامات والعقود لوضع تعريف الشروط التعسفية.

حيث عرفها السيد محمد عمران: "هي البنود التي يضعها المهني في العقد الموقع بينه وبين غير المهني، المستهلك، اعتمادا من المهني على سلطته الإقتصادية بكيفية الحصول على منفعة من العقد أكثر مما يستحق وينبغي"¹. وكما تم تعريفها أنها الشرط المحور مسبقا من الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير

1- السيد محمد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ذ ط، مطبعة منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1999 ص 453.

مميزة كبيرة على حساب الطرف الأءر¹. وفي تعريف آءر بأنه البءء المءء أو المهيأ سلفا من طرف المتعاقد القوي، بمقتضاه يستطيع جني منفعة فاحشة، ويدخل في حكمه شروط الإعفاء من المسؤولية أو المءءدة لها، الشروط الجزائية وشروط الاختصاص².

وبهذا المعنى العام يصعب تحديد الشرط التعسفي، مما قد يتم إدراج مجموعة من الشروط التعسفية التي تؤدي إلى التهديد بالمعاملات واستقرارها. لذلك عرف المشرع المغربي في قانون رقم 31.08 المتعلق بتدابير حماية المستهلك الشروط التعسفية في المادة 15 قائلا: "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورء والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك..."³. وهذا المقتضى يوضح بما لا يدع مجالا للشك الاختلال الصارء بين المتعاقدين وتحديد حالاته وردت في مقتضى المادة 18 من نفس القانون.

وبعد استقراء المادة 18 من قانون 31.08 يتضح على أن أهم عنصرين يمكن الارتكاز عليهما لتحديد الشروط التعسفية هما: القوة الاقتصادية والميزة المفرطة. وما يهم بهذا الخصوص هو التعسف في إستعمال القوة الاقتصادية، بحكم حاجة المستهلك الحصول على الخدمة من الطرف الأءر(المورء). وأمام جهل وضعف مركزه يكون مكرها أمام قبول مجموعة من الشروط أو الإملاءات التي تفرضها عليه المؤسسة المتعامل معها. بيد أن التركيز على القوة الاقتصادية كان محل انتقاد من قبل رأي في الفقه — وعن صواب — حيث يراها غير ذي فعالية، على اعتبار أن التفوق التقني والقانوني هو الذي يتعين أخذه بعين الاعتبار أكثر من القوة الاقتصادية؛ لأن الشرط التعسفي الذي يدرجه المهني في العقد المزمع إبرامه يأتي نتيجة الحنكة التي يتوفر عليها بسبب تعوده على إبرام الصفقات ومعرفته الجيدة للالتزامات الناشئة عنها، وأيضا درايته بخبايا مهنته، مما يسمح له بفرض الشروط التي يرغب فيها⁴. وهذا ما سيتضح في عقد المراجعة.

2.1: تجليات الشروط التعسفية في عقد المراجعة

إن أهم ما يثير الانتباه من خلال استقراء شروط عقد المراجعة في بعض (النماء) المقدمة للعميل، هي اللغة التي يحررها العقد، فبالرجوع إلى إحدى هذه العقود، مثلا نجد أن هذه الأخيرة، تحرر العقود باللغة الفرنسية، دون إتاحة فرصة للزبون في حق اختيار اللغة التي سيحرر بها العقد، فبالرجوع إلى المادة

1- عمرو قويرء، الحماية القانونية للمستهلك ، القرض الإستهلاكي نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه، وحدة التكوين والبحث، القانون والأعمال، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الإءتماعية، جامعة محمد الأول -وعدة، السنة الجامعية: 2006-2007، ص 89.

2- تعريف (Jean Calais-Auloy) أشار إليه عبد الرحمان الشرقاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقءي، الطبعة الأولى، دار القلم 2008، ص 89.

3 - وأصاقت الفقرة الثانية من المادة 15 من قانون تدابير حماية المستهلك: "دون المساس بمقتضيات الفصول 39 إلى 56 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد، وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذن الضمان والقوائم أو أذن التسليم والأوراق أو التذاكر والتي تتضمن شروطا متفاوضا في شأنها بخرية أو غير متفاوض في شأنها أو إحالات إلى شروط عامة مءءة مسبقا".

4 - عبد الرحمان الشرقاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن، م س، ص 91.

5 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 في الفقرة الأولى نجدها تنص "نظل العربية اللغة الرسمية للدولة". بالإضافة إلى المادة 206 من قانون تدابير حماية المستهلك التي تنص: "إن كل عقد حرر بلغة أجنبية يصطحب وجوبا بترجمة إلى العربية. أيضا قانون 32.09 المنظم لمهنة التوثيق في مادته 42 "تحرر العقود والمحركات باللغة العربية وجوبا، إلا إذا اختار الأطراف تحريرها بلغة أخرى" وهذا ما سايرته أيضا المادة 30 في فقرتها الأخيرة من قانون 16.03 المتعلق بخطة العدالة، "تكتب الشهادة وجوبا باللغة العربية".

141

والملاحظ أنه في عقد المراجعة لا تظهر أي إرادة لاختيار العميل للغة تحرير العقد، مما يشكل شرطا تعسفيا يعيب رضا الزبون، سيما وأن المجال البنكي ينفرد بخصوصيات في اتخاذ مصطلحات تعصب حتى على القارئ فهمها، فما بالك إذا كان المتعاقد يجهل بشكل عام اللغة الفرنسية؟

بالإضافة إلى مشكلة لغة تحرير العقد، هناك مسألة أخرى حول مدى إمكانية الزبون لمناقشة بعض بنود العقد. فبالرجوع إلى الواقع العملي يتبين أن البنك التشاركي يكون قد أعد العقد مسبقا دون إتاحة إمكانية التفاوض مع الزبون، مما يسهل إدراج بعض الشروط التي تثقل كاهل المتعاقدين معها (العميل)، لكن هذا الأخير ليس من صلاحياته مناقشة بعض البنود، خصوصا أمام رغبته في الإمتلاك أو الحصول على تلك الخدمة التي تقدمها المؤسسات البنكية، وهذا ما يعرف بالعقود النموذجية.

وفي مظهر آخر من مظاهر القصور ما يتعلق بعدم إمكانية التفاوض حول هامش الربح من طرف الزبون، وبالرجوع للمادة 13¹ من المنشور "يقصد بعقد المراجعة كل عقد تبيع بموجبه مؤسسة منقولا أو عقارا محددًا في ملكيتها لعميلها بتكلفة إقتناءه مضافا إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقا من طرفي العقد" لكن في الواقع العملي نلاحظ أن أغلبية البنوك التشاركية، ترفض إمكانية الإتفاق على هامش الربح، وتقرحه مسبقا وما للعميل سوى القبول وهذا ما يتنافى مع مضمون المادة أعلاه، حيث تنتفي إمكانية الإتفاق بين العميل والبنك ويكون هذا الأخير أمام خيار واحد لا إثنين وهو قبول نسبة هامش الربح المفروض عليه من طرف المؤسسة البنكية، هذا الأخير (هامش الربح) الذي يكون مرتفعا في بعض الأحيان إن لم تقل أغلبها بالمقارنة مع الأبنك التقليدية، مما يفقد الثقة للزبناء الراغبين بالتعامل مع هذه الأبنك التشاركية.

وبعد تحليل بعض مظاهر القصور التي تعترى الزبون عند تعامله مع المؤسسة البنكية من خلال الشروط التعسفية فإننا سنحاول التطرق إلى الإلتزام بالإعلام في (2) ومحاولة تبيان بعض مظاهر القصور.

1- منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/1 صادر في 27 يناير 2017 يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإحارة والمشاركة والمضاربة والسلم، وكذا كفاءات تقديمها إلى العملاء.

2: قصور الالتزام بالإعلام في عقد المراجعة

قبل الحديث عن مظاهر القصور بالنسبة لاللتزام بالإعلام يستوجب الوقوف حول تعريف هذا الأخير وإبراز بعض عناصره (2.1) تم التطرق في (2.2) لبعض مظاهر القصور التي تعتري الربون في تعاملاته مع المؤسسة البنكية.

1.2: مفهوم وأهمية الللتزام بالإعلام

إن العميل دائما ما يكون في حاجة إلى إعلام شامل وموضوعي في حدود المعقول، بغية إيضاح الصورة بكل أبعادها قبل التعاقد لكي يتمكن من التعبير عن إرادته بوعي تام، تم إن الإلمام بجميع التفاصيل والبيانات، المتعلقة بموضوع العقد قبل إبرام هذا الأخير يبعث في نفس المستهلك الثقة، حيث يجعله يناقش مع المهني المحترف بجدية وبرغبة صادقة، حول ظروف العقد¹، وبما أن القواعد العامة لم تكن جديرة بتوفير الحماية الكافية لحماية المستهلك خصوصا المستهلك في ظل التطور الملاحظ الذي عرفه مجال العقود عامة والمعاملات البنكية بصفة خاصة مما نتج إلى بروز طرف ملم في تلك العقود من الناحية التقنية أو الفنية وطرف آخر ضعيف لا يفقه شيئا عن ذلك، رغم أنه في أمس الحاجة إلى تلك المعاملات لإشباع حاجاته التي أصبحت أساسية².

وعليه يمكن تعريف الللتزام بالإعلام على أنه ذلك الللتزام الذي يقع على عاتق المؤسسة البنكية بغية تزويد العميل بكل المعلومات المتعلقة بمحل العقد والكفيلة بتنويره من أجل تسهيل تنفيذ العقد، ويكتسي الللتزام بالإعلام أهمية في إمداد المستهلك بالبيانات والمعلومات الضرورية بغية حماية رضى هذا الأخير، الذي يمكن بسبب مركزه الضعيف من الوصول إليها ببساطة، وينظر إلى أن هذه الحماية ما هي إلا تطبيق من مقتضيات الحماية المقررة للطرف المذعن في العقود الإذعان.

وأكد المشرع المغربي في قانون تدابير حماية المستهلك 31.08 على الللتزام بالإعلام من خلال المادة 3 "يجب على كل مورد أن يمكن المستهلك بأي وسيلة ملائمة من معرفة المميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة ...، وأن يقدم إليه المعلومات التي من شأنها مساعدته على القيام باختيار معقول باعتبار حاجياته وإمكانياته".

لكن في الواقع العملي فإن المؤسسة البنكية غالبا ما تهمل وتتجاوز مضمون هذه النصوص مما يسقط بالربون في إشكالات غير متوقعة وهذا ما سيتم التطرق إليه في الشق التالي.

1- محمد العروصي، الللتزام بالإعلام خلال مرحلة تكوين العقد، الطبعة الثانية، مطبعة سجلماسة، مكناس، سنة 2012 ص 38.

2- نور الدين قريش، الللتزام بالإعلام -الفوائد البنكية نموذجا - مقال منشور في الموقع الإلكتروني www.maroc.droit.com تاريخ الإطلاع 2019-04-30 على الساعة 03.15.

بينخير: الإخلال بالالتزام بالإعلام في عقد المراجعة

بافتحاص البنود المشتركة في عقد المراجعة تظهر عدة اختلالات من جانب المؤسسة البنكية تجاه الزبون، حيث إن هناك مجموعة من الالتزامات الملقاة على البنك التشاركي، لكن البنك لا يقوم بواجبه من ناحية الالتزام بالإعلام، وتبيان حقوقه وواجبات البنك، وعلى رأس هذه الالتزامات هناك الالتزام بإعلام بحق الرجوع. أي أن الزبون من حقه أن يعدل عن استكمال إجراءات البيع، مما قد يصيب الزبون في دتمته المالية، خصوصا إذا تم قبول ثمن الجديدة المقترح من البنك وإيداعه في حسابه. وهنا يطرح الإشكال، أنه في حالة عدول الزبون كيف يمكن لهذا الأخير استرجاع ثمن هامش الجديدة؟

بالرجوع إلى المادة 12 في الفقرة الأخيرة من قانون 103.12 فالمرشع ينص على أنه في "حالة رجوع البنك عن إبرام عقد المراجعة، فله حق المطالبة بالتعويض". لكن الإشكال المطروح والذي يفرض النقاش فيه هو المادة 13 من 103.12 جاءت ب "في حالة عدم وفاء العميل بوعده بالشراء، يجوز أن تقتطع المؤسسة من هامش الجديدة مبلغا لا يتجاوز مقدار الضرر..." وهنا باستقراء المادة فإنه يجب طرح سؤال مفاده من يقوم بالاقتطاع؟ وعلى أي أساس يتم احتساب مقدار الضرر؟

وهذا ما يثير عدة نقاشات حيث سيصبح العميل تحت رحمة البنك فهو الذي سيحدد المقدار من تلقاء نفسه. لذا كان على المرشع إدخال طرف ثالث من أجل حماية الزبون في هذه الحالة يعنيه الحفاظ على أمواله المودعة لدى البنك. وحتى في هذه الحالة فإن البنك لا يعطي للعميل أي إعلام في حالة تراجعته من استكمال العملية.

ينضاف لما تقدم بأن هناك إشكال آخر يطرح نفسه هو إعلام العميل بضمان العيوب الخفية، حيث يلتزم البنك أنه في حالة وقع ضرر للعميل، كان خفيا؛ فإن البنك يتحمل ذلك، لكن بالرجوع لإحدى العقود المعتمدة يلاحظ بأن البنك ينص "يجوز المشتري للعقار المبيع، ويتسلمه على الحالة التي يوجد عليها وفق إبرام العقد دون إمكان الرجوع على البائع"، وفي نفس المادة أيضا "وله الحق في الاستفادة من الاتفاقات الإيجابية التي تخدمه دون الرجوع على البنك البائعة أو مطالبته بأي ضمان في أي حال من الأحوال" ومن هنا نستشف تحلل البنك من أي ضمان يخص الشيء المبيع فمن غير المعقول إدراج مثل هذه البنود في العقد.

ب: قصور حماية الزبون بعد إبرام عقد المراجعة

من المتفق عليه أن إلترام البائع تجاه المشتري لا ينحصر في نقل ملكية المبيع إلى هذا الأخير، وأن يحقق له حيازة هادئة، نافعة، حتى يكون في إستطاعة المشتري الحصول على الخدمات والمنافع التي كان ينتظرها، والتي من أجلها أقدم على إبرام عقد البيع¹. حيث يكون البنك ملتزما للعميل في ضمان العيوب الخفية التي قد تظهر بعد التعاقد (1) بالإضافة إلى حق الرجوع ومدى صلاحيات العميل في ممارسته أمام البنك (2).

1- محمد العروصي، المختصر في بعض العقود المسماة-عقد البيع والمقايضة والكراء، الطبعة الخامسة، مطبعة مرجان، سنة 2015 ص 196.

1: إخلال البنك بالتمزام بضمان العيوب الخفية

إن الحديث عن إلتزام البنك بضمان العيوب الخفية يكتسي أهمية بالغة بعد إبرام العقد، حيث يكون الزبون على بينة ويولد له احساسا إيجابيا، ويعلم أن البنك ضامنا في حالة ظهور شيء لم يكن متوقعا بالنسبة له، لهذا وجب أولا تحديد مفهوم الإلتزام بضمان العيوب الخفية في (1.1) أما في (2.1) سيتم التطرق من خلال بعض العقود إلى تحليل البنك من هذا المبدأ الذي اعتبره المشرع أساسيا في عملية التعاقد.

1.1: ضمان العيوب الخفية

المقصود بالعيب الخفي هو ذلك التلف الذي يصيب المنقول أو العقار والذي لو كان ظاهرا للعيان لما أقدموا على التعاقد¹.

على غرار العديد من التشريعات الأجنبية إكتفى المشرع بالتنصيص على ضمان العيوب الخفية في فصل 549 من القانون المتعلق بالالتزامات و العقود، وما بعدها دون تعريفها، ونفس الشيء يلاحظ على قانون الإستهلاك 31.08 في المادة 65 وكذلك 24.09² المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات الصادر في 2011 الذي إكتفى بالتعرض للإلتزام العام بالسلامة ضمن الباب الثاني³.

ويمكن تعريف العيب الخفي هو ذلك الخلل أو النقص الذي يكون في الشيء المبوع، والذي من شأنه بأن يؤثر على العميل في عدم الشراء إذا علم ذلك العيب، والمشرع جعل بعض الشروط لكي يمكن الحديث أن العيب يسبب ضررا، وعلى رأسها أن يكون العيب أثناء وقبل انتقال الملكية، وهذا ما جاء في الفصل 552 من ق. ل. ع: "لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع..." أي لا يمكن تصور أن يتسبب المشتري بالعيب ومن بعد يطالب بضمان العيوب الخفية، بالإضافة أن يكون العيب مؤثرا أي أن رغبة الزبون كانت لتغير لو علم بالعيب قبل التعاقد، مما يجعله يطالب البنك بضمان العيب الخفي، وفي الأخير يجب أن يكون هذا العيب خفيا أي غير ظاهر ومن الصعب تقديره بالنسبة للشخص العادي بالرجوع إلى المادة 569 من ق. ل. ع، "لا يضمن البائع العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري يعرفها أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها". فالإلتزام بضمان العيوب الخفية ضمان قانوني يجسد مجموعة من الآليات التشريعية المخولة للعميل باعتباره مستهلك، وهو ما يجب استحضاره في عقد المراجعة⁴.

1- عبد القادر العراري، ضمان العيوب الخفية وفقا لقانون الإلتزامات والعقود المغربي، منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية دار النشر والمعرفة، سنة 1996 ص 149.

2 - ظهير شريف رقم 1.11.140 صادر في رمضان 1432 (17 أغسطس 2011) بتنفيذ قانون 24.09 المتعلق بسلامة المنتجات والخدمات وبتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913). بمثابة قانون الإلتزامات و العقود، الصادر في الجريدة الرسمية تحت عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011).

3 محمد العروصي، المختصر في بعض العقود المسماة-عقد البيع والمقايضة والكراء، مرجع سابق، ص: 200 و 201.

4 - رهان لطيفي، صياغة عقد المراجعة في تمويلات البنوك التشاركية - دراسة مقارنة- رسالة لنيل دبلوم الماستر قانون وعمليات البنوك التشاركية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة المولى إسماعيل مكناس، سنة 2018/2019، ص 32.

وبعد محاولة الإلمام بالالتزام بالعيوب الخفية من سنحاول التطرق في الشق الثاني إلى قصور الحماية في عقد المراجعة.

2.1: غياب ضمان العيوب الخفية في عقد المراجعة

بالرجوع إلى إحدى عقود المراجعة إن ما يلاحظه الباحث أن البنك التشاركي، لا يوجد أي إلتزام أو تعبير يفهم من خلاله الزبون أن البنك التشاركي، يقر بالتزامه إذا ما ظهر هناك عيب خفي، وهذا في حد ذاته يعتبر إخلال بإرادة المتعاقدين، حيث من الواجب على البنك إيراد في إحدى بنود العقد على أنه يتحمل ضمان العيوب الخفية، وذلك من أجل إعلام الزبون، خصوصا أنه يظهر للعيان أن غالبية الزبناء يجهلون حقوقهم، وليست لهم دراية بالقانون بصفة عامة مما قد يضر بمصالحهم أمام المؤسسة البنكية، وبالرجوع إلى البند 23 من عقد المراجعة "وينجز هذا البيع من غير ضمان فيما يتعلق بمساحة العقار ومحتواه وقيمتة، ولا يمكن لأي جانب القيام بأي طعن أو تعويض أو تحفيظ"، وبعد إستقراء البند نلاحظ أن هذا الشرط هو ضرب بحقوق المستهلك (العميل) باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ويبقى الشرط ليس من حق البنك خصوصا إذا رجعنا إلى المادة 573 من قانون الالتزامات و العقود "كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للضمان، أو عن خلو المبيع من الصفات الموعود بها يجب أن ترفع في الأجل التالية، وإلا سقطت:

بالنسبة إلى العقارات، خلال 365 بعد التسليم؛

بالنسبة إلى الأشياء المنقولة و الحيوانات خلال 30 يوما...."

ومن خلال ما سبق يستشف بأن من حق العميل أن يقيم الدعوى إذا أثبت فعلا أن العيب كان قبل التعاقد، وبالرجوع إلى المادة 66 من قانون 31.08 في الفقرة الأخيرة "يجب على المورد أن يحدد بكل دقة مدة ونطاق وشروط الضمان المذكور".

هذا ما يبين أن من الضروري على البنك إيراد كل شرط من حقه أن يضمن للزبون حقوقه ويبين إلتزامات البنك، لكن الواقع العملي يعكس مضمون النص، وهذا ما تبين من خلال نموذج لعقد المراجعة لإحدى البنوك التشاركية، وبعد محاولة إبراز أوجه القصور التي تعتري العميل من خلال الشروط التعسفية و ضمان العيوب الخفية على أن يتم التطرق لمدى أحقية العميل للرجوع.

2: مشكل حق الرجوع في عقد المراجعة

خص المشرع المغربي وسيرا على نهج مجموعة من التشريعات، المستهلك بعدد من المقتضيات الحماية سواء منها ما تضمنه القانون 31.08 باعتباره القانون الأساسي المنظم لتدابير حماية المستهلك، أو ما تضمنه ق. ل. ع أو قوانين أخرى، وهذا ما يستنتج من خلال ما ينص عليه قانون حماية المستهلك في ديباجته: "يعتبر هذا القانون إطارا مكملا للمنظومة القانونية في مجال حماية المستهلك". وإذا كان المشرع

قم سعى من خلال النص على مجموعة من الحقوق وعلى رأسها الحق في الرجوع عن العقد¹، وبالنظر إلى أهلية هذا الحق سيتم التطرق في (2.1) مفهوم الحق في الرجوع وفي (2.2) حق الرجوع في عقد المراجعة.

1.2: مفهوم حق الرجوع

يمنح حق التراجع للعميل إمكانية إعادة النظر في العقد الذي أبرمه والعدول عنه داخل مدة محددة سلفا، تختلف باختلاف محل العقد، ويستدل عليه في بعض الأحيان بمصطلحات أخرى من قبيل مهلة التروي أو التفكير، أو حق الندم أو حق العدول².

وقد ذهب الفقه إلى تعريف الحق في الرجوع بأنه: "سلطة أحد المتعاقدين في الإنفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة ومشية الآخر"³.

ويرى البعض الآخر⁴ " بأنه سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر "

ومن خلال التعاريف السابقة يمكن القول على أن الحق في التراجع هي سلطة في يد المستهلك مكنها له المشرع من أجل إعادة النظر في العملية التعاقدية، وكذلك باستقراء قانون 31.08 حيث يتبين أن العميل (المستهلك) يستطيع التراجع عن التعاقد بإرادته المنفردة خلال مدة محددة قانونا، دون إلزامه بتقديم تبريرا خاص أو دفع أي مقابل.

وحق الرجوع هو إباحة القانون للمستهلك أن يتراجع عن قبوله بعد تمام إقراره بالإيجاب خلال أجل معين، وهذا ما يستشف من الفقرة الثانية من المادة 120 "غير أن للمقترض أن يتراجع عن إقراره، داخل أجل سبعة أيام ابتداء من قبول العرض".

المشرع منح للمستهلك الحق في التراجع عن العقد وجعله من النظام العام واعتبر كل شرط من شروط العقد، يتخلى المستهلك بموجبه عن حقه في التراجع باطلا وعدم الأثر⁵، وإذا كان المشرع جعل

- 1- حسن أساكيتي صباح كوتو: حق المستهلك في التراجع عن العقد، مجلة قانون الأعمال، سنة 2016، عدد 11، ص8.
- 2- سليمان المقداد، "مركز الإرادة في العقود" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة محمد الأول -وحد، السنة الجامعية 2016-2017 ص 152.
- 3- يوسف صدقي، حق الرجوع عن العقد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض -مراكش، السنة الجامعية: 2013/2014، ص 13.
- 4 - إبراهيم أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام العقد و الإرادة المنفردة، جامعة الكويت، 1995 ص 274.
- 5- المادة 49 من 31.08، ف 2.

الحق في الرجوع من النظام العام وممكنه في جميع العقود فإن عقد المراجعة في البنوك التشاركية تعرف بعض التجاوزات وهذا ما سيتم التطرق إليه في (2.2).

2.2: غياب حق الرجوع في عقد المراجعة

ترك المشرع المغربي لأطراف العقد حرية كاملة في ظهير الإلتزامات والعقود لتدبير عملية التعاقد، تبعاً لطبيعة المكملة لقواعد القانون المدني، إلا في الحالات المحددة التي يجب أن يتم تقييد الإرادة الفردية في إبرام بعض التصرفات القانونية. وبالرجوع للمادة 49 من قانون 31.08 في فقرتها الثانية على أنه: "يعتبر كل شرط من شروط العقد يتخلى المستهلك بموجبه عن حقه في التراجع باطلاً وعدم الأثر". والملاحظ أن المشرع سن المادة بقواعد أمرة من النظام العام لا يجوز الإتيافاق على مخالفتها، وإذا تمت مخالفتها؛ فإن ذلك تحت طائلة جزاء وهذا ما تبين من خلال المادة 173 من 31.08. ولكن بالرجوع إلى مقتضيات المنظمة للمؤسسات الإلتئمان والهيئات المعتبرة في حكمها لا يوجد أي نص ينظم حق الرجوع بالنسبة للزبون المتعامل مع المؤسسات التشاركية، وكان على المشرع ادراج حق الرجوع في قانون 103.12 خصوصاً، إن التعديل كان جد قريب من يومنا هذا لكن المشرع غفل هذا، مما يسقط الزبون في متاهات دروب القوانين العامة بين الإلتزامات والعقود وقانون حماية المستهلك، وكذلك الأمر بالرجوع إلى منشور والي بنك المغرب¹، لم ينص المنشور على ضرورة إيراد هذا الشرط في العقد، وبالإطلاع على إحدى بنود نماذج بعض العقود وبالضبط البند 23 تحت عنوان الشروط والتحملات في البند الثالث: "يتحمل المشتري...دون الرجوع على البنك..في أي حال من الأحوال". ويلاحظ من خلال هذا البند أن البنك قد تحلل من حق الرجوع. وهو ما يمكن تصنيفه ضمن الشروط التعسفية. وبناء عليه؛ فإن الزبون ولعدم إلمامه بباقي القوانين الأخرى، مما يجعله يعتقد أنه فقد حقه في الرجوع على البنك، وعدم إستمراره في العلاقة التعاقدية. وبالعودة إلى مقتضيات القواعد المنظمة للبنوك التشاركية فيتبين أن هناك العديد من القصور التي تطال الزبون، حيث يصعب تحليلها على حدة مما دفع إلى التطرق إلى بعضها فقط على أن يخصص الحديث عن القصور المؤسسي لحماية الزبون المتعاقد مع البنك التشاركي.

1- منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/1 صادر في 27 يناير 2017 يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة والمضاربة و السلم، وكذا كيفية تقديمها الى العملاء.

ثانياً: قصور الحماية المؤسسية للعميل في عقد المراجعة

بعد الوقوف على مظاهر القصور القانونية التي تطل العلاقة التعاقدية بين الزبون والمؤسسة البنكية، وذلك عبر التطرق لبعض الإشكالات القانونية بين قانون 103.12 وقانون تدابير حماية المستهلك، وأمام الخصوصية التي تعرفها المؤسسات التشاركية، أوجد المشرع عدة مؤسسات من أجل إنجاح العملية التشاركية، مؤسسات تنقسم إلى مؤسسات رقابية (أ) وأخرى تتجلى في عملية التأمين المسمى بالتأمين التكافلي (ب).

أ: ضعف الرقابة الشرعية على البنوك التشاركية

يعتبر وجود الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية إحدى المقومات الهامة الأساسية لقيام البنوك الإسلامية، بالوظائف التي يسعى إلى تحقيقها، إذ هي الفارق الأساسي والحد الفاصل بين البنوك التشاركية وغيرها، والمشرع بدوره يسعى كغيره من البلدان التي اعتمدت هذه الأخيرة إلى تنظيم جهاز الرقابة الشرعية حيث سيتم التطرق إلى مفهوم الرقابة الشرعية وتنظيمها (1) ثم لبعض قصور الحماية من خلال جهاز الرقابة الشرعية في (2).

1: تنظيم اللجنة الشرعية

تشكل الرقابة ركناً أصيلاً من أسس المالية التشاركية الذي لا تقوم لها قائمة بدونها إذ بوجود هيئة رقابية شرعية مستقلة تحترم قراراتها من قبل مؤسسات الإئتمان، ويمكن تعريف الرقابة الشرعية على أنها "متابعة وفحص وتحليل كافة الأعمال، والتصرفات والسلوكيات التي يقوم بها الأفراد والجماعات والمؤسسات والوحدات وغيرها، للتأكد من أنها تتم وفقاً لأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية وذلك باستخدام الوسائل والأساليب الملائمة والمشروعة أو بيان المخالفات والأخطاء وتحيينها فوراً وتقديم التقارير إلى الجهات المعنية، متضمنة الملاحظات والنصائح والإرشادات وسبل التطور إلى الأفضل وعرفها أيضاً" التحقق من تنفيذ الفتاوى الصادرة عن جهة الاختصاص وإيجاد البدائل والصيغ المشروعة لأية أعمال تخالف الأحكام الشرعية².

ويمكن القول في الأخير بوجود التأكيد من مطابقة أعمال المؤسسة البنكية لأحكام الشريعة الإسلامية، وذلك من أجل الحفاظ على دورها الذي جاءت من أجله ألا وهو التعامل بما هو شرعي. واللجنة الشرعية جهاز يتمثل في المجلس العلمي الأعلى حيث جاء في القسم المنظم للبنوك التشاركية إصدار المجلس العلمي الأعلى للرأي بالمطابقة، حيث نظمت الرقابة من الفصل 62 إلى 65 من قانون

1- حسن شحاتة، اختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، سنة 1991، عدد 116، ص 42.

2- ياسين الكيوي الرقابة الشرعية على أعمال البنوك التشاركية في القانون المغربي، مجلة المنبر القانوني، 2016، العدد 11، ص 150.

103.12، وإلى جانب المجلس العلمي الأعلى هناك اللجنة الشرعية التي تتألف من منسق اللجنة وتسعة أعضاء من العلماء المشهود لهم بالمعرفة الواسعة والإلمام بأحكام الشريعة ومقاصدها وبالقدرة على الإفتاء وبيان حكم الشرع في القضايا المعروضة¹، بالإضافة إلى الخبراء المستشارين الدائمين وهم خمسة خبراء على الأقل يعينون بمقرر للأمين العام للمجلس العلمي²، والخبراء المستشارين المؤقتين ومجموعات عمل متخصصة من أجل ضمان حسن سير أشغالها يعهد إليها دراسة القضايا المعروضة وإعداد تقارير مفصلة بشأنها³. وذلك من أجل ضمان تبيان اللجنة الشرعية حول إعطاء تعريف مقتضب للأجهزة الساهرة على الرقابة بما سنحاول التطرق في الفقرة الثانية إلى قصور لجنة الرقابة في حماية الزبون.

2 : قصور حماية العميل من خلال مجلس الرقابة الشرعية

إن من بين أهم الضمانات التي يمكن أن تكون مؤشرا على نجاح البنوك التشاركية وضع إطار واضح للرقابة الشرعية على البنوك التشاركية، حيث خص لها المشرع الباب الثاني من القسم الثالث من قانون 103.12 لتوضيح مقتضيات المطابقة والجهة التي تسهر عليها، وذلك من أجل السهر على مطابقة المنتوجات للشريعة الإسلامية التي هي الأساس الوحيد والأوحد التي دفعت بالزبناء إلى التعامل مع هذه البنوك التشاركية الإسلامية- والحديث عن الرقابة الشرعية يستوجب التمييز بين الرقابة الداخلية والرقابة الخارجية، والتي حدد المشرع مهامها في الظهير الشريف⁴، وبالرجوع للفصل الخامس في المادة 10 المكررة وبالضبط في البند 1 "إبداء الرأي بشأن مطابقة المنتوجات المالية التشاركية...، ونماذج العقود المتعلقة بهذه المنتوجات.." ولكن بالرجوع إلى بعض العقود التشاركية نلاحظ أن هناك مجموعة من التجاوزات التي سبقت الإشارة إليها، مما يطرح عدة تساؤلات جوهرية، على رأسها هل فعلا تمت المطابقة لهذه العقود؟ أم العكس، ولماذا لم تفرض على المؤسسات التشاركية بعض البنود الكفيلة بحماية فعالة العميل (الطرف الضعيف)، ومن المسؤول عن صياغة هذه العقود التي تخدم فعلا المؤسسة البنكية على عكس العميل، والغريب في هذا الأمر أن المشرع في منشور والي بنك المغرب⁵، وبالضبط في المادة 4 "يجب أن يظم جهاز إدارة البنك المعني عضوا واحدا على الأقل من الأعضاء المتوفرين على المعارف

1- المهدي بو عبادي، مستجدات قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها، رسالة لنيل دبلوم الماستر قانون قانون الاعمال، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية أكسال، جامعة محمد الخامس -الرباط، السنة الجامعية: 2015-2016 ص79.

2- نور الدين الفقهي، المعين في القانون البنكي، طبعة 2016، مطبعة طوب بريس، الرباط، سنة: 2016 ص 189.

3- المادة 10 المكررة مرتين من الظهير رقم 1.15.02.

4- الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة المجالس المالية المعدل بظهير 1.15.02 الصادر في 28 من ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015) الصادر في الجريدة الرسمية تحت ع. 6333، 19 ربيع الآخر 1436 (9 فبراير 2015).

5- منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/3 صادر في 27 يناير 2017 بتحديد شروط وكيفيات مزاولات البنوك للأنشطة والعمليات التي تقوم بها البنوك التشاركية.

والخبرة اللازمة في مجال المالية التشاركية" بالإضافة إلى المادة 5 من نفس المنشور "علاوة على لجنة التدقيق المكلفة بضمان الرقابة وتقييم أنظمة المراقبة الداخلية...، يتعين على كل بنك أن يحدث كذلك، لجنة فرعية تقوم باللجنة الفرعية الأولى بمهمة لجنة التدقيق بالنسبة للأنشطة والعمليات المدرجة ضمن تلك التي تقوم بها البنوك التشاركية..." وهذا ما يجعل البعض يتساءل حول كيف يمكن للموظف أن يرفع تقارير ضد رئيسه باعتباره موظف تابع للمؤسسة البنكية، ومن خلال ما جاء أعلاه لا يمكن تصور أن المؤسسة البنكية تراقب نفسها بنفسها، خصوصا في مجال المال والأعمال، وهذا ما سيغيب الفعالية والغاية التي كانت ترجى من وراء الرقابة الشرعية للبنوك التشاركية زيادة على ذلك فإن الشروط العامة لعقود التشاركية تحددها اللجنة الشرعية كما جاء ذلك في رأي اللجنة الشرعية للمالية التشاركية رقم 12 الصادر بتاريخ 10 ربيع الثاني 1439هـ الموافق 29 دجنبر 2017 م، بشأن الشروط العامة والخاصة المتضمنة في نموذج عقد البيع بالمراجحة للأمر بالشراء لإقتناء مركبة لكن فاللجنة لا تراقب الشروط الخاصة رغم إدراج تحت جل العقود التشاركية "هذا العقد مطابق للرأي الصادر عن اللجنة الشرعية للمالية التشاركية تحت رقم 12 وبعد محاولة التطرق إلى اللجنة الشرعية يتم الحديث عن غياب مؤسسة التأمين التكافلي وانعكاسه على عقد المراجحة .

ب : قصور حماية الزبون في مؤسسة التأمين التكافلي

عرف المجال البنكي عدة تطورات أدت إلى ظهور البنوك التشاركية -الإسلامية- هذه الأخيرة وكما هو معلوم في البنوك التقليدية فإن أي عملية تقوم بها المؤسسة البنكية ومن أجل الحفاظ على حقوقها فإنها لا بد من إلزام الزبون على القيام بالتأمين، هذا الأخير الذي يحل محل العميل في حالة تعرضه إلى سبب ما يدفعه إلى عدم تنفيذ إلتزامه مع البنك، وكذلك هو الشأن في المؤسسات التشاركية هي بدورها وسيرا على مذهب الأولى-التقليدية- ومن أجل ضمان حقوقها فإنها تلزم الزبون بالدخول في التأمين إلا أن هذا الأخير يختلف عن سابقه التأمين التقليدي، حيث يسمى بالتأمين التكافلي، وللإحاطة به ومعرفة معنى التأمين التكافلي سيتم التطرق لماهية التأمين التكافلي (1) ثم مظاهر القصور التي تعترى الزبون في التأمين التكافلي (2).

1 : مفهوم التأمين التكافلي

إن التأمين مصطلح مشتق من كلمة أمان الدالة على طمأنينة النفس وخصوصا من الخوف والتكافل بمعنى التضامن¹، والتأمين التكافلي هو إتفاق جماعة من المشتركين متعاونين في درء كل الخسائر الناتجة من مخاطر معينة، وذلك في دعمهم لبعضهم بعضا، بدفع مبالغ من المال في صندوق مشترك باعتباره إلتزاما

1- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، دون ذكر الطبعة والمطبعة، السنة 2005 ص1053.

ببءرع معين من الءسائر أو الأضرار. ويمكن تعريفه أيضا أنه "إشءراك مجموعة أشخاص بءعرضون لءطر أو أءطار معينة على أن بءفع كل منهم مبلغا معينة على سبيل الءعاون لءندوق غير هاءف للربء، لءعويض الأضرار الءي قد ءصيب أيا منهم إذا ءءقق الءطر المعين، وفق العقوء المبرمة والءشريعات المنظمة¹.

والمشءرع عرف الءأمين الءكافلي في البءء 15². في الماءة الأولى من مءونة الءأميناء بأنه عملية ءأمين ءءم وفق الآراء بالمطابقة الصاءرة عن المجلس الأعلى المنصوص عليه في الءظهر الشريف رقم 1.03.300³، بمءف ءغطية الأءطار المنصوص عليها في عقد الءأمين الءكافلي، بواسطة حساب الءأمين الءكافلي من طرف مءاولة الءأمين وإعاءة الءامين معتمدة لمزولة عمليات الءأمين الءكافلي، ولا يمكن بأي ءال من الأحوال أن بءربب قبض أو أداء أي فاءءة، على عمليات الءأمين الءكافلي من لءن مءاولة الءأمين وإعاءة الءأمين.

وللءأمين الءكافلي عدة ءصائص ءميزه عن الءأمين الءقليءي من بين أهمها هي ءمع المشءرك لصفءي المؤمن والمؤمن له، يعني ذلك أن المشءرك قد يكون في نفس الوقت هو المشءرك وهو المسءفبء وزبباءة على ذلك قابلية الإءشارك للءءببءر أي أن القيمة أو الإءشارك الءي يؤءببها المؤمن له غير مءءءة قد ءزبء وقد ءنقص في الوقت ذاءه بالإضافة إلى مجموعة من الءصائص الأءرى. على أن ءم مناقشة أوجه قصور الءماية في ظل غياب مؤسسة الءأمين الءكافلي (2).

2 : غياب مؤسسة الءأمين الءكافلي

إن من بين الإشءكالات المعقءة الءي يصعب على الباءء اسءبعاها هي غياب مؤسسة الءأمين ءكافلي في البنوك الءشاركية، ءبء من الضرورة أن ءقرض البنوك الءشاركية على الءعاملين معها الانءراط في الءأمين على العقار أو المنقول، الءي يءطي الءلف والأضرار الءي قد ءلءق بالعقار أو المنقول، لكن بالءرجوع إلى الواقع العملي فإن العمل الءعامل مع البنك في عقد المراجعة بالنسبة للعقارات من أجل ءوفبء الءماية للزبون في ءالة وقوع ءطر غير مءءمل، ءبء نءء أن المؤسسة البنكية ءلزم الزبون على الءصربء بالإلءزام على أنه سببءرء في الءأمين الءكافلي، فور العمل به وبعءبر هذا الشرء ضروري وفي ءالة رفض الزبون فإن العملية لا ءءم، لكن الءساؤل والءي بنبغي طرءه ماذا لو أصاب العقار ءلف ما فكبف بءعامل البنك مع الزبون قبل إءشءغال هذه المؤسسات الءأمينبء؟

1- عبءالسلام بلاءي، البنوك الءشاركية الإسلامية في المغرب، الطبعة الأولى، مطبعة طوب بربس الرباط، سنة 2016 ص 41.

2- البءء 15 في المءة الأولى من مءونة الءأميناء القانون رقم 13.59.

3- الءظهر الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعاءة المجالس المالية المءل بظهر 1.15.02 الصادر في 28 من ربيع الأول 1436 (20 بباير 2015) الصادر في الجربءة الرسمية ءءء 6333، 19 ربيع الآخر 1436 (9 فبراير 2015).

فبالإضافة إلى المشكل الثاني هو بعد موافقة الزبون في الإنخراط في هذه المؤسسات، دون معرفة هذه الأقساط ولا كيفية تسديد هذه الاقساط، وفي حالة كانت مكلفة بالنسبة له ما هو الحل أمام العميل¹، كل هذه الإشكالات لازالت تحمل ضبابية أمام زبناء المؤسسات البنكية التشاركية، إذ يمكن القول أن مجموعة من الزبناء ترفض التعامل مع هذه المؤسسات فور ما تعلم غياب تأمين تكافلي يحمي مصالحها، وحقوقها بالإضافة إلى أن المشرع بدوره يتحمل الشق الأكبر في هذا القصور الذي يعتريه خصوصاً وأنه لم يصدر بعد القانون التنظيمي لكيفية ممارسة التأمين التكافلي، وشكل المؤسسات الممارسة له وشروط الإنخراط والاستفادة من هذه العملية عن طريق تبيان الحقوق والالتزامات لكل من العميل و المؤسسة البنكية، كل هذه العوامل والأسباب حالة دون إرساء حماية للعميل المتعامل مع البنك التشاركي مما يمكن القول على ضرورة تدخل من أجل إنجاح هذه التجربة الجديدة التي تبين أنها تعترىها مجموعة من المشاكل رغم أنها لازالت جديدة، حيث كان من الواجب على المشرع تجاوز كل النواقص والاستفادة من التجارب الرائدة التي لها السبق في هذا المجال البنكي التشاركي (الإسلامي).

خاتمة

على امتداد صفحات هذا المقال ومن خلال ما تمت دراسته تم الخروج بخلاصة مفادها أن المشرع لم يتفوق في إرساء حماية كافية للعميل، المتعامل مع المؤسسات البنكية التشاركية في عقد المراجعة، وهذا النقص في الحماية لم يكن يبرز لولا الاختلال البين بين مراكز الطرفين، البنك و الزبون خلال مراحل تعاملهما، التي أقصى ما يمكن القول عنها أنها فترة تخدم مصالح المؤسسة البنكية بامتياز، ذلك أن اللوبي البنكي استطاع تكريس مجموعة من القواعد و الأعراف، بما يخدم مصالحها ويحمي أموالها في علاقتها بالزبناء، وهو ما ينعكس بالسلب حول رغبة الزبناء في الإنخراط بالمجال البنكي التشاركي أو القيام بعمليات معها.

ومن التوصيات التي خرج بها هذا البحث المتواضع ضرورة مراجعة مجموعة من الاختلالات من أجل إنجاح واستمرار المؤسسات البنكية التشاركية وتجاوز القصور، وذلك على النحو التالي:

- ❖ ضرورة مراجعة لغة عقد المراجعة مما يسمح للعميل من إمكانية فهم ومناقشة بنود العقد.
- ❖ إعطاء العميل الحق في مساومة العقد وحق المشاححة، إذ يلاحظ في الواقع العملي أن العميل لا يمكنه رفض أو إدراج بعض البنود التي تقوي حقه في العملية التعاقدية.
- ❖ ضرورة تفعيل الهيئة الرقابية قبل العقد وبعده، والحرص على عدم إدراج بعض البنود المححفة في حق العميل.
- ❖ التسريع من إخراج مؤسسة التأمين التكافلي للواقع لما له من أهمية بالغة في المؤسسات التشاركية، بالإضافة للإنطباع الذي سيوفره في نفوس المتعاقدين مع المؤسسات التشاركية.

1 - المهدي كنوش، مظاهر قصور حماية الزبون في العمليات البنكية، رسالة لنيل شهادة الماستر في قانون وعمليات البنوك التشاركية، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل- مكناس، 2018/2019، ص 51.

لائحة منابع المقال

1- المصادر

القوانين و المناشير :

- ✓ ظهير شريف رقم 1.11.140 صادر في رمضان 1432 (17 أغسطس 2011) بتنفيذ قانون 24.09 المتعلق بسلامة المنتوجات و الخدمات وبتتيم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات و العقود، الصادر في الجريدة الرسمية تحت عدد 5980 بتاريخ 23 شوال 1432 (22 سبتمبر 2011).
- ✓ الظهير الشريف رقم 1.03.300 الصادر في 2 ربيع الأول 1425 (22 أبريل 2004) بإعادة المحالس المالية المعدل بظهير 1.15.02 الصادر في 28 من ربيع الأول 1436 (20 يناير 2015) الصادر في الجريدة الرسمية تحت ع. 6333، 19 ربيع الآخر 1436 (9 فبراير 2015).
- ✓ منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/3 صادر في 27 يناير 2017 بتحديد شروط و كيفيات مزاولات البنوك للأنشطة و العمليات التي تقوم بها البنوك التشاركية.
- ✓ منشور والي بنك المغرب رقم 17/و/1 صادر في 27 يناير 2017 يتعلق بالمواصفات التقنية لمنتجات المراجعة والإجارة والمشاركة المضاربة والسلم، وكذا كيفيات تقديمها إلى العملاء.

المعاجم:

- الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ليبيا وتونس دون سنة، ص 235.
- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز أبادي، القاموس المحيط، دار الحديث القاهرة، مصر 2008.
- مجمع اللغة العربية، المعجم الوسيط، الطبعة الرابعة، مكتبة الشروق الدولية مصر، 2004.

2- المراجع

مراجع عامة:

- ✓ إبراهيم أبو الليل، المصادر الارادية للالتزام العقد و الإرادة المنفردة، جامعة الكويت، سنة 1995.
- ✓ السيد محمد عمراني، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، ذ د ط، مطبعة منشأة المعارف الإسكندرية، سنة 1999.
- ✓ محمد العروصي، المختصر في بعض العقود المسماة-عقد البيع والمقايضة والكراء، الطبعة الخامسة، مطبعة مرجان، سنة 2015.
- ✓ نور الدين الفقهي المعين في القانون البنكي، طبعة 2016، مطبعة طوب بريس، الرباط، سنة 2016

مراجع خاصة

كتب متخصصة:

- ✓ سعد خليفة العبار، المراجعة المصرفية وصلاحياتها كبديل شرعي للفائدة الربوية، الطبعة الأولى، الوكالة الليبية للتقييم الدولي الموحد دار الكتب الوطنية، سنة 2018.

- ✓ عائشة الشرقاوي الماقي، البنوك الإسلامية بين التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، الطبعة الأولى، المركز الثقافي العربي، سنة 2000
- ✓ عبد الرحمان الشرقاوي، دور القضاء في تحقيق التوازن العقدي، الطبعة الأولى، دار القلم 2008.
- ✓ عبد السلام بلاجي، البنوك التشاركية الإسلامية في المغرب، الطبعة الأولى ، مطبعة طوب بريس الرباط، سنة 2016.
- ✓ عبد القادر العرعاري، ضمان العيوب الخفية وفقا لقانون الإلتزامات والعقود المغربي، منشورات تنمية البحوث والدراسات القضائية دار النشر والمعرفة، سنة 1996.
- ✓ محمد العروصي، الإلتزام بالإعلام خلال مرحلة تكوين العقد، الطبعة الثانية، مطبعة سجلماصة، مكناس، سنة 2012.

أبحاث جامعية :

- ✓ المهدي بو عبادي، مستجدات قانون 103.12 المتعلق بمؤسسات الإلتزام والهيئات المعتمدة في حكمها، رسالة لنيل دبلوم الماستر قانون قانون الاعمال، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية أكادال، جامعة محمد الخامس الرباط، السنة الجامعية 2015-2016.
- ✓ المهدي كنوش، مظاهر قصور حماية الزبون في العمليات البنكية، رسالة لنيل شهادة الماستر في قانون وعمليات البنوك التشاركية، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة مولاي إسماعيل - مكناس، 2018/2019.
- ✓ رهان لطيفي، صياغة عقد المراجعة في تمويل البنوك التشاركية - دراسة مقارنة- رسالة لنيل دبلوم الماستر قانون وعمليات البنوك التشاركية، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة المولى إسماعيل مكناس، سنة 2018/2019.
- ✓ سليمان المقداد، "مركز الإرادة في العقود" أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية ، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2016-2017.
- ✓ عمرو قويرح، الحماية القانونية للمستهلك ، القرض الإستهلاكي نموذجا، أطروحة لنيل الدكتوراه، وحدة التكوين والبحث، القانون والأعمال، كلية العلوم القانونية و الاقتصادية و الاجتماعية، جامعة محمد الأول وجدة، السنة الجامعية 2006-2007.
- ✓ يوسف صدقي، حق الرجوع عن العقد، رسالة لنيل دبلوم الماستر في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، جامعة القاضي عياض مراكش، السنة الجامعية 2013/2014.

3- المقالات

- ✓ حسن أساكتي صباح كوتو، حق المستهلك في التراجع عن العقد، مجلة قانون الأعمال، عدد 11 ، سنة 2016.
- ✓ حسن شحاتة، اختصاصات هيئة الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية، مجلة الإقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، سنة 1991، عدد 116.
- ✓ عبد السلام أحمد فيغو، العقود التشاركية، منشورات مجلة الحقوق بسلسلة المعارف القانونية والقضائية العدد 38 سنة 2016.
- ✓ نور الدين قريش: الإلتزام بالإعلام -الفوائد البنكية نموذجا - مقال منشور في الموقع الإلكتروني