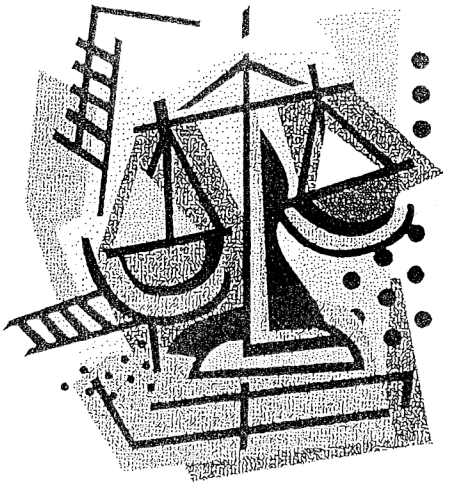
بسم الله الرحمن الرحيم

سبل الملاءمة بين نشر الفتاوى والسرية المصرفية وخصوصية آليات المنتجات المالية.

بحث مقدم لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات الإسلامية
المؤتمر الخامس للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية 17– 18 شوال 1426 هـ
الموافق 19– 20 نوفمبر 2005 م مملكة البحرين



بقلم : أ . د. علي محيي الدين القره داغي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين.

وبعد .

فإن تطور المؤسسات المالية الإسلامية بهذا الشكل الملحوظ يتطلب فعلا تطور الآليات والوسائل والمؤسسات المكملة لها ، وإن من هذه المسائل مسألة الهيئات الشرعية التي تقوم بدورين أساسيين هما : الرقابة الشرعية الداخلية من خلال تدقيق شرعي مهني دقيق ، والفتاوى الخاصة بالعمليات والعقود والآليات .

ومن باب قول الحق أن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية تقوم بجهد وعمل مشكور ، وتأصيلات طيبة في عدة مجالات ، منها مجال الهيئات الشرعية ، حيث عقد ت لأجل ذلك إلى الآن خمسة مؤتمرات ، وهذا هو مؤتمرها السادس . وقد كلفتني بكتابة بحث عن سبل الملاءمة بين نشر الفتاوى والسرية المصرفية ، وخصوصية آليات المنتجات المالية . وعلى الرغم من ضيق الوقت فقد حاولت أن أوضح هذه المسألة بالقدر المستطاع وكيفية هذه الموازنة والملاءمة داعيا الله أن يجعل عملنا خالصا لوجهه الكريم .

كتبه الفقير إلى ربه : علي محيي الدين القره داغي

التعريف بالعنوان :

العنوان يتكون من عدة كلمات واضحة من حيث هي ولكن بمجموعها تحتاج إلى بيان المراد منها ، حيث إن المقصود بالعنوان هو أن الفتاوى التي تصدر من الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (المصارف والتأمين وغيرها) تختلف عن الفتاوى التي تصدر لعامة الناس الذين يسألون عن أشياء عامة ، فيجيب عنها المفتي ، وذلك أن الفتاوى التي تصدر من الهيئات الشرعية للمؤسسات الإسلامية تتضمن في معظم الأحوال آليات معينة ، وخطوات عملية محدودة ، وتلك جهود قد تصرف فيها مبالغ طائلة ، فهل هذه الفتاوى يجوز لصاحبها نشرها حينما يشاء ؟ وإذا جاز نشرها فكيف يمكن تحقيق الملاءمة بين ذلك وبين السرية المطلوبة للمنتجات المصرفية ؟

هذا ما يحاول البحث الإجابة عنه ممهدا لذلك ببيان المراد بالسرية ؟ ومدى حماية الشريعة لها ؟ والمراد بالفتوى ومسألة كتمان العلم ؟

السرية : لغة من السر – بكسر السين – بمعنى الكتمان والإخفاء وورد بمعنى الأصل ، والخالص والمحض ، والأفضل ، والعلم ، وغيرها ، ويقال : أسره : أي كتمه ، وعليه حديثا : أوصله ، وأعلمه [1] وفي التنزيل : (وَإِذْ أَسَرَّ النَّبِيُّ إِلَى بَعْضِ أَزْوَاجِهِ حَدِيثًا) [2] أي أفضى إليها الحديث في خفية [3] قال الراغب : (الإسرار خلاف الإعلان ، قال تعالى (سرا وعلانية)[4] .. وقال تعالى (وَأَسِرُّوا قَوْلَكُمْ أَوِ اجْهَرُوا بِهِ إِنَّهُ عَلِيمٌ بِذَاتِ الصُّدُورِ)[5] . ويستعمل في الأعيان والمعاني ، والسر هو الحديث المكتم في النفس قال تعالى : (يَعْلَمُ السِّرَّ وَأَخْفَى)[6] ....) [7]

والمراد بالسرية هي الأشياء (من القول أو الفعل) التي يخص بها صاحبها آخر ، ولا يريد أن يظهرها الآخر . وقد تظهر إرادة عدم الإظهار من خلال التصريح به بأن يقول : هذا سر بيني وبينكم ، أو أرجو أن لا تكشف هذا السر لأحد ، أو نحو ذلك ، وقد تظهر من

---

[1] القاموس المحيط ، لسان العرب ، المعجم الوسيط مادة (سرر)
[2] سورة التحريم الآية 3
[3] المفردات للراغب الأصفهاني ، تحقيق محمد سيد الكيلاني . دار المعرفة بيروت ص 228 - 229
[4] سورة البقرة 274
[5] سورة الملك 13
[6] سورة طه الآية 7
[7] المفردات ص 228

خلال القرائن التي تحيط بالمسألة ، أو أن المسألة نفسها سرية ، وذلك مثل ما يقول الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ : ((من حدّث في مجلس بحديث فالتفت فهي أمانة)) [8] فقد جعل الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ التفات الشخص يمنة ويسرة دليلا على أن الشخص المتحدث يريد أن لا يسمعه أحد ، وبالتالي فيجب على المتحدث إليه أن لايبوح بما دار بينهما ، ولا يفشي هذا السر لأحد .

وقد تكون طبيعة العلاقة نفسها دليلا على ضرورة الحفاظ على ما دار بين الشخصين ، مثل العلاقة الزوجية حيث يقول فيها الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ : ((إن من أشر الناس يوم القيامة : الرجل يفضي إلى امرأته ، أو تفضي إليه ، ثم ينشر سرها)) [9] وفي رواية أخرى صحيحة أيضا بلفظ : إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته ، أو تفضي إليه ، ثم ينشر سرها .) [10] ولذلك أجمع الفقهاء على حرمة إفشاء أسرار الزوجين من أمور الاستمتاع ، وما يظهر لكل واحد منهما من عيوب ، وما يجري بينهما من قول أو فعل ،[11] بل إن بعض الفقهاء ذهب إلى عد ذلك كبيرة من الكبائر ،[12] بل إن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ جعل الأصل في كل المجالس الحفاظ على ما دار فيها ، وعدم إفشاء ما يضر الآخر أو ما يمكن أن لا يرضى أحد الجالسين البوح به ، فقال ــ صلى الله عليه وسلم ــ : (المجالس بالأمانة إلا ثلاثة : مجلس ما سفك فيه دم حرام ، أو فرج حرام ، أو اقتطع فيه مال بغير حق) [13] .

وقد عقد البخاري بابا أسماه : باب حفظ السر ، ثم روى فيه حديث أنس ، حيث أسر إلى النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ سرا ، وقال (فما أخبرت به أحدا بعده ، ولقد سألتني أم سليم ، فما خبرتها به) [14] وفي رواية ثابت : قالت : لأنس : [ما حاجته ؟ قلت إنها سر

---

[8] رواه أحمد في مسنده (324/3) وأبوداوود ، كتاب الأدب - مع عون المعبود - 217/13) والترمذي الحديث رقم : 1959 وقال الحافظ في الفتح - (82/1) أخرجه بن أبي شيبة ...)

[9] رواه مسلم في صحيحه الحديث رقم : (1437) وأحمد (106112)

[10] صحيح مسلم (106112) وأحمد (6913)

[11] شرح صحيح مسلم للنووي (8/10)

[12] الكبائر لابن حجر (27/2)

[13] رواه أبو داوود من حديث جابر ، عون المعبود 13/ 217 وقال المناوي . إسناده حسن ، وقال الحافظ ابن حجر - 11/ 82 وحديث : [إنما يتجالس المتجالسان بالأمانة ،فلا يحل لاحد أن ينشر على صاحبه ما يكرهُ] أخرجه عبد الرزاق من مرسل أبي بكر بن حزم ، وأخرج القضاء في مسند الشهاب من حديث علي مرفوعا : [المجالس بالأمانة] وسنده ضعيف

[14] صحيح البخاري - مع الفتح - 11 / 82 .

قالت: لا تخبر بسر رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ أحدا] وفي رواية حميد عن أنس : [فقالت احفظ سر رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ] 15

وإضافة إلى هذه الأحاديث الخاصة بالنهي عن إفشاء أسرار الناس في مجالسهم الخاصة وأحاديثهم وأفعالهم ، فهناك أحاديث كثيرة أخرى صحيحة تدل على حرمة خيانة الأمانة ، وذلك لأن الرسول ــ صلى الله عليه وسلم ــ كما رأينا ــ سمى ما يدور في المجالس الخاصة الأمانة وبالتالي فيكون إفشاؤها خيانة ، فقد ورد في الحديث الصحيح المتفق عليه [آية المنافق ثلاث : إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا وعد أخلف ،وإذا أؤتمن خان] 16

ولذلك فحرمة إفشاء أسرار الناس ثابتة ، ولكن يبقى السؤال حول ما يعتبر سرا أم لا ؟ . والظاهر هو أن السر هو كل ما يخص الشخص في ذاته وعرضه وماله ، ونحوه فما لا يرضى بإفشائه ، أو فيه مضرة به ، قال ابن بطال : [الذي عليه أهل العلم : أن السر لا يباح إذا كان على صاحبه منه مضرة ، وأكثرهم يقول : إذا مات لا يلزم من كتمانه ما كان يلزم في حياته إلا أن يكون عليه فيه غضاضة] 17 ولكن الحافظ ابن حجر ذكر أنه تنزيل الأحكام التكليفية الخمسة عليه حيث قد يكون بعد الموت بالإضافة إلى التحريم الذي ذكره ابن بطال واجبا أو مباحا ، ، أو مستحبا ، أو مكروها . 18

<u>جزاء إفشاء الأسرار.</u>

1. إن الأحاديث السابقة دلت بوضوح على حرمة إفشاء الأسرار ، وبالتالي فيكون جزاؤه الإثم والعذاب في الآخرة إلا إذا تاب منه ، وبما أن هذا من حقوق العباد فإن التوبة لا تتوافر شروط قبولها إلا إذا قام مفشي السر بإرضاء صاحبه وتبرئة ذمته بأي وسيلة ممكنة .

---

15 فتح الباري 11/ 82
16 صحيح البخاري 3/ 283 و مسلم [19]
17 فتح الباري 11/ 82
18 فتح الباري 11/ 82

2. أما جزاؤه الدنيوي فهو يخضع لأحكام التعزير وقواعده وضوابطه وشروطه في الفقه الإسلامي ، حيث هو مقدر لكل معصية لم يوضع لها حد ولا كفارة إذا أدت إلى الإضرار بالآخر 19

ومن جانب آخر هل يجوز لصاحب السر في حالة إفشاء الآخر سره أن يطالبه بالتعويض المادي ؟ .

للجواب عن ذلك نقول إذا ترتب على ذلك إضرار مادي فعلا فيحق له في نظري المطالبة بالتعويض المكافئ العادل دون شطط ولا مبالغة 20 وذلك لأن ما قام به هو فعل ضار ، وهو الأساس للمسؤولية والتعويض .21

<u>تنزيله على الفتاوى الشرعية .</u>

التحقيق أن الفتاوى الشرعية تتضمن أمرين أساسيين هما:

1. مضمون السؤال الذي عادة يتكرر في الجواب صراحة أو ضمنا ، وأن الفتوى مبنية عليه، وجواب عنه ، وبيان له .
2. الحكم الشرعي التكليفي أو الوضعي22 حيث يذكر فيها حكم المسؤول عنه من حيث هو حلال ، أم حرام ، أو صحيح ، أو باطل ، أو غير ذلك فالأمر الثاني لا إشكال في بيانه والإفصاح عنه من حيث هو ، ولكن الإشكالية أن الحكم الشرعي نفسه يبنى على واقع ، يبين القضية ويوضحها ، وهذا لا يمكن دون التطرق إلى حقيقة السؤال وتفاصيله وآلياته ، وهنا تأتي مسألة السرية .

ولذلك فإذا كان السؤال يتضمن أشياء خاصة بالسائل (المستفتي) لا يريد أن يطلع عليها أحد سوى المفتي ، أو أن إفشاءها سيضر به فلا يجوز للمفتي أن يعلن عن هذه الفتوى التي

---

19 الأستاذ عبد القادر عودة : التشريع الجنائي في الإسلام ، ط. دار التراث بالقاهرة (1/126- 155)

20 د. علي القره داغي : التعويض عن الضرر المعنوي ، بحث مقدم إلى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث في دورته14

21 أستاذنا مصطفى الزرقا : الفعل الضار ، والضمان فيه ط. دار القلم بدمشق، ودار العلم بيروت 1409 هـ ص 130

22 الحكم الشرعي التكليفي عند الجمهور خمسة ، وهي الوجوب ، والندب ، والتحريم ، والكراهة ، والإباحة ، وعند الحنفية يضاف عليها : الفرض ، وكراهة التحريم .

والحكم الشرعي الوضعي هو : السبب والمانع ، والشرط والصحة والبطلان ، وعند الحنفية يضاف إليها الفساد الذي هو عند الجمهور بمعنى البطلان . يراجع للتفصيل : الإحكام للآمدي (1/ 95) وتيسير التحرير (2 / 131) وإرشاد الفحول ص 6 ، وشرح الكوكب المنير ، تحقيق د. محمد الزحيلي ، ود. نزيه حماد / ط. دار الفكر بدمشق 1400 هـ (1/ 333 - 482) .

تتضمن خصوصيات السائل المستفتي للأدلة الدالة على وجوب احترام خصوصيات الإنسان – كما سبق –

وهذا لا يترتب عليه كتمان العلم ، إذ بإمكان المفتي أن يبين الحكم الشرعي لأي قضية مهما كانت جزئية أو خاصة ولكن باستبعاد ما يخص السائل من خصوصياته ، أو ما يؤدي إلى الإضرار به .

<u>التكييف الفقهي للعلاقة بين المؤسسة والهيئة الشرعية</u>

العلاقة بين المؤسسة المالية والهيئة الشرعية هل هي علاقة قائمة على عقد العمل (إجارة الأشخاص) أو علاقة قائمة على عقد الوكالة أو غير ذلك :

ذهب بعض المعاصرين إلى أن العلاقة بينهما هي علاقة عقد الوكالة ، حيث يقول د. حسين حامد حسان موضحا هذه العلاقة قياسا على التكييف القانوني للمدقق الخارجي .

1. تنص قوانين الشركات على وجوب تعيين مراجع خارجي للشركة ، وقد جعلت ذلك من سلطة الجمعية العمومية للمساهمين ، وبالتالي فهو وكيل يعمل لصالح المساهمين ، ومسئول أمامهم عن تنفيذ الوكالة على الوجه الذي تحدده القوانين ....
2. ولما كان من حق المساهمين أن يراقبوا أعمال مجلس الإدارة وتصرفاته للتأكد من مطابقتها للقوانين والنظم المالية والقواعد والمعايير المحاسبية المعتمدة، ونظام الشركة و لوائحها ، وكانت ممارسة هذا الحق لكل مساهم على حدة غير ممكنة عمليا ، وغير مرغوب فيها نظريا ، فقد أنابوا عنهم المراجع الخارجي ، ليقوم بالرقابة المالية ، على تصرفات وأعمال مجلس الإدارة والجهاز التنفيذي للمصرف.
3. فمجلس إدارة المصرف وكيل عن جماعة المساهمين ، يدير لصالحهم وعلى مسئوليتهم ، نيابة عنهم ، ويسأل عن خطئه أو تقصيره في أداء عمله ، وعن تعديه حدود الوكالة ، وفقا لشروط عقد الوكالة التي تحددها القوانين المنظمة لعمل مجلس إدارة المصرف .
4. والمراقب الخارجي وكيل عن جماعة المساهمين كذلك ، يراقب تصرفات مجلس إدارة المصرف وجهازه التنفيذي ويفحص الميزانية وحساب الأرباح والخسائر

ويقدم تقريرا عن نتائج فحصه للجمعية العمومية ، وذلك لصالح المساهمين ونيابة عنهم ، وعلى مسؤوليتهم و وهو في عمله ، أو تعديه لحدود الوكالة ، أو مخالفة لشروطها التي حددتها القوانين والنظم التي صارت جزءا لا يتجزأ من عقد الوكالة كما قلنا .

5. ولما كان مجلس الإدارة مفوضا في إدارة المصرف ، وفق قواعد الشريعة الإسلامية ، وممنوعا بمقتضى نظام المصرف من إجراء أية معاملة تخالفها ، ولما كان من المتعذر عمليا ، وغير المرغوب فيه نظريا ، أن يتولى الرقابة الشرعية ،وما تتطلبه من المراجعة والفحص والتدقيق الشرعي ، كل مساهم على انفراد ، فقد فوضت جماعة المساهمين هيئة شرعية لتنوب عنهم في الإشراف على جميع معاملات المصرف ، للتأكد من مطابقتها لأحكام الشريعة الإسلامية ومنحتها حق الاعتراض على المخالف منها ، وطلب تصحيحه ،وعرض الموضوع على الموكل ، أي الجمعية العمومية وإذا امتنع مجلس الإدارة من هذا التصحيح ، أو حال بين الهيئة وبين ممارسة مهامها في الإطلاع على الوثائق والحصول على البيانات التي تراها لازمة للفحص والتدقيق ....

تتولى الرقابة والتوجيه ، مع تحديد سلطاتها واختصاصاتها ، وواجباتها وحقوقها ، والتقارير التي تقدمها ، ثم فوض المجلس في تعيينها .

6. والهيئة الشرعية في جميع الأحوال ، بعد تعيينها ، لا تتلقى التعليمات أو التوجيهات المتعلقة بأداء مهمتها من إدارة المصرف ، بل من النظام الأساسي فهو الذي يحدد موضوع ومحل الوكالة ومضمونها ، بالإضافة أحكام الشريعة الإسلامية التي توجب عليها الوفاء بما التزمت به بعد أن صار فرض عين عليها بقبولها للتعيين ، وذلك حماية للمساهمين والمودعين والمتعاملين مع المصرف [23] .

---

[23] أ. د. حسين حامد حسان : الهيئات الشرعية .. ، بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في الفترة 5 ـــــ 7 /10/ 2003 البحرين .

وبناء على هذا التكييف فإن الهيئة الشرعية وكيلة عن الجمعية العمومية، وبالتالي فهي مؤتمنة على أسرار المؤسسة المالية ، فلا يجوز لها أن تعمل إلا في حدود المصالح المعتبرة شرعا بما لا يتعارض مع مهمتها في المراقبة الشرعية .

وذهب فريق آخر إلى أن التكييف الصحيح من وجهة نظره لعمل الهيئة الشرعية وهو عمل ولائي تنظيمي ، أي أنه من قبل الولاية الشرعية التي تنص عليها أو يجب أن تنص عليها الوثائق الأساسية للمؤسسة يقول : أ. د. عبد الحميد البعلي : (ومما يؤكد هذا الفهم السائغ ويوضحه أن أعضاء الهيئة الشرعية لا يرتبطون في الغالب بعقود عمل مع المؤسسة ، ومن ثم فإنهم ليسوا من الذين تطبق عليهم نظم الخدمة المدنية ، والعمل في القطاع الخاص أو العام ، وما تتضمنه من أحكام تفصيلية في التعيين) [24] . إضافة إلى أن الهيئة الشرعية ليس لها تبعية قانونية لإدارة المؤسسة المالية بأي صورة من صور التبعية الوظيفية .

ولكن الذي ذكره الباحث لا يدخل ضمن العقود المعروفة في الفقه الإسلامي إضافة إلى أن هذه الولاية لم تأت من الشرع في هذا الموضوع ، وبعبارة أخرى فلا يدخل ضمن أمور الحسبة ، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، لأنه يتعلق بخصوصيات الشركة وأسرارها و ومن هنا لا يسمح لأي شخص ليست له صفة قانونية أن يطلب من إدارة الشركة إطلاعه على شرعية أو قانونية سجلاتها وسرياتها وآلياتها . بل إن الذي ينظم هذا العمل هو إدارة المساهمين، وبالتالي فلابد أن يصاغ هذا العمل من خلال أحد العقود المشروعة (مسماة أو غير مسماة) لذلك فالعقد المناسب هو عقد الوكالة ــ كما سبق ــ.

وذهب رأي ثالث إلى أن العلاقة بينهما هو عقد العمل ، وبالتحديد عقد الإجارة على الأشخاص (الإجارة المشتركة) أي اعتبار كل عضو للهيئة أجيرا مشتركا ، لا خاصا ، لأنه يحدد له زمن محدد للعمل في المؤسسة كما أنه يتقبل العمل لأكثر من مؤسسة .[25]

ولكن هذا التكييف تثور حوله عدة إشكاليات منها :

---

[24] أ. د. عبد الحميد البعلي : تقنين أعمال الهيئات الشرعية ،بحث مقدم إلى المؤتمر الثالث للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية في 5 – 6 /10 / 2003 م بالبحرين . ص 45

[25] يراجع في تفصيل ذلك : بدائع الصنائع (180/4) والفتاوى الهندية (411/4) وحاشية الدسوقي (4 / 23) والمهذب (398/1) والمقنع مع الشرح الكبير ، والإنصاف ط . هجر ، تحقيق د. عبد الله التركي (264/14)

أولا: أن عقد الإجارة يحتاج إلى أن يكون محل العقد معلوما ــ كما نص على ذلك الفقهاء ــ وهنا فليس هناك عقود بين الطرفين في بعض الأحيان، وهي في حالة وجود العقد فلا يحدد العمل ، ولا الأجر بالصورة المطلوبة ، وكلاهما يجب أن يعينا ويحددا تحديدا ينتفي معه الجهالة[26] 27 . جاء في الموسوعة الفقهية : (ولا خلاف في أن الأجير المشترك عقده يقع على العمل،ولا تصح إجارته إلا ببيان نوع العمل أولا ... ويجب أن تكون المنفعة التي يستأجر عليها محددة معلومة القدر ...)28 فالكل يعلم أن أعمال الهيئة الشرعية لا تحدد بالشكل المطلوب كما أن مسألة الفتاوى وبيان الحكم الشرعي غير محددة .

ثانيا: إن الأجير المشترك ضامن مطلقا حتى ولو لم يكن التلف ناتجا عن تعد ، أو تقصير منه وهذا رأي جمهور الفقهاء منهم الصاحبان من الحنفية ، والحنابلة ، وابن أبي ليلى مطلقا ، وأبو حنيفة إذا كان التلف بفعله أو فعل تلميذه سواء قصد أو لا ، وهذا رأي بعض علماء المالكية ، وقول للشافعية ،وهذا رأي بعض الصحابة ، والتابعين وعلى رأسهم سيدنا عمر وسيدنا علي وعبد الله بن عتبة ، وشريح والحسن والحكم ــ رضي الله عنهم جميعا ــ29

وعلى ضوء ذلك يترتب على هذا الرأي ما يأتي :

أن يكون أعضاء الهيئة ضامنين لكل ما يترتب على أعمالهم وفتاواهم ، وهذا أمر غير مقبول ، وغير مناسب لطبيعة أعمالهم .

إن الأجير المشترك يسلم إليه الشيء المراد صنعه أو عمله فيكون غائبا على المالك فلذلك قال العلماء بتغريمه وقالوا: لا يصلحه إلا ذاك.

أما المستشار الشرعي، أو عضو الهيئة فلا يسلم إليه شيء حتى يقوم بصنعه وكل ما يعمله هو القيام بإصدار فتوى بكون ذلك حلالا أو حراما، أو صحيحا أو باطلا، أو نحو ذلك ، أو يقوم بالتدقيق على أعمال داخلية فيحكم عليها بما يناسبها ، فليس هناك شيء قابل للتلف مع أن ما يسلم إلى الأجير المشترك هو شيء مادي قابل للتلف ، لذلك فقياس المستشار

---

[26] المرجع السابق .

[27] يراجع في تفصيل ذلك : بدائع الصنائع (180/4) والفتاوى الهندية (411/4) وحاشية الدسوقي (23/4) والمهذب (264/1)

[28] الموسوعة الفقهية الكويتية (297/1)

[29] يراجع لمزيد من التفصيل : حاشية ابن عابدين (40/5) والفتاوى الهندية (4/ 500) والمهذب (1/ 415) والمقنع ، والشرح الكبير ، والإنصاف (475/14)

الشرعي أو عضو الهيئة الشرعية على الأجير المشترك ليس قياسا مع الفارق فقط بل هو قياس فاسد ، بل لا قياس عند التحقيق والتأمل .

لذلك فالرأي الراجح هو الرأي الأول ، وذلك لما يأتي :

1. إن قياس المستشار الشرعي أو عضو الهيئة على المدقق والمراجع الخارجي قياس سليم تجمعهما العلة الجامعة، وهي الرقابة وبيان الحكم نيابة عن المساهمين أو الجمعية العمومية.
2. ويدعم هذا القياس الواقع القانوني الذي يجعل المراجع الخارجي وكيلا عن المساهمين ــ كما سبق ــ وقد اهتمت القوانين الوضعية الخاصة بالشركات والبنك المركزي، و مهنة المحاسبة بتنظيم عمل المراجع الخارجي فأوجبت تعيين مراجع أو أكثر ، وحددت شروطه وضوابطه واختصاصاته وحقوقه والتزاماته ، وكيفية تعيينه من قبل الجمعية العمومية ، وبينت صفته القانونية باعتباره وكيلا عن جماعة المساهمين إلخ ....

وأما بالنسبة للهيئة الشرعية فإن العقد التأسيسي ، والنظام الأساسي للمؤسسة المالية هما اللذان ينصان على ضرورة وجود هيئة شرعية تكون قراراتها ملزمة ، ويكون لها ما للمحاسب الخارجي ، وقد يذكران أن تعيينها من صلاحية الجمعية العمومية (وهو الأصل) أو من صلاحية مجلس الإدارة ، ولكن في كلا الحالين فإن الهيئة الشرعة لا تتلقى التعليمات والتوجيهات من مجلس الإدارة ، وبالتالي فإن ذلك ــ وإن كان مخالفا للأصل المشار إليه ــ فلا يقدح في أن الهيئة وكيل عن المساهمين في هذه الحالة أيضا ، وذلك لأن مجلس الإدارة مفوض من الجمعية العمومية في تعيين الهيئة وغيره [30]

ولكن القوانين الخاصة بالشركات لم تقم إلى الآن بتنظيم عمل الهيئة الشرعية كما نظمت أمور المراجع الخارجي ، وهذا أيضا لا يقدح في ذلك ولا يغير الواقع الذي ارتضاه المؤسسون بان تكون شركتهم تسير وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية الغراء ومبادئها ،

---

[30] د. حسين حامد بحثه السابق ص 10

وبالتالي ضرورة تحقيق ذلك من خلال هيئة شرعية تشرف على تنفيذ هذا البند الجوهري الأساسي الذي يفوق في الأهمية موضوع الرقابة المالية .

كيفية الموازنة بين نشر الفتاوى والسرية المصرفية وخصوصية آليات المنتجات المالية

لمعرفة هذه الموازنة لا بد أن نفرق بين نوعين من الفتاوى التي تصدر من الهيئات الشرعية وهما :

النوع الأول :الفتاوى الصادرة من الهيئات الشرعية حول موضوعات اقتصادية ، ولكنها عامة ليس للمؤسسة السائلة جهد خاص مميز فيها ، ولا خصوصية لها فيها ، مثل الفتاوى الصادرة حول المرابحات والاستصناع والسلم وغيرها من العقود ، والموضوعات العامة فهذه الفتاوى عامة لا مانع من نشرها من قبل المستشار الشرعي ، أو الهيئة الشرعية بالتوافق فيما بينها .

النوع الثاني : الفتاوى التي تصدر من المستشار الشرعي أو الهيئات الشرعية حول موضوعات لها خصوصية بالمؤسسة ، وأنها بذلت في سبيل تحقيقها أموالا وجهودا حيث إنه لا يخفى أن البنوك والشركات الإسلامية لها آليات وأدوات استثمارية أو تمويلية أو تسويقية وقد تكون هذه الأشياء ، أو بعضها مبتكرة صرفت عليها المؤسسة المالية الإسلامية أموالا باهضة ، أو بذلت في سبيلها جهودا كبيرة ، وأوقاتا من أوقات موظفيها، كما أن لديها أسرارا مالية خاصة بالعملاء ، أو ما يخص مركزها المالي ، أو وجود بعض مشاكل تريد المؤسسة إخفاءها .

و المؤسسة في سبيل الحصول على رأي الهيئة الشرعية تعرض عليها هذه التفاصيل، ولذلك لا يجوز لها ولا لأحد أعضائها أن يبوح بهذه الأسرار، لأنهم مؤتمنون عليها ، ولأن في ذلك مخالفة لواجب الحفاظ على السرية ــ كما سبق ــ إضافة إلى أن ذلك يؤدي إلى الإضرار بالمؤسسة ، وهو غير جائز شرعا للأدلة الدالة على منع الضرر والإضرار مطلقا ، منها قول النبي (صلى الله عليه وسلم): ((لا ضرر ولا ضرار)) [31]

---

[31] رواه أحمد في مسنده 325/3 مسند الأنصار ، ومسند الدارمي الحديث1913 ، وسنن ابن ماجة كتاب الأحكام 784/2 ومالك في الموطا 745/2 وشرح الزرقاني على الموطا 32/4 ، ونيل الأوطار للشوكاني 261/5 .

جزاء الإخلال بالسرية المهنية :

ففي النوع الثاني الذي ذكرناه إذا قام المستشار ، أو الهيئة الشرعية بنشر هذه الفتاوى ، أو نتائج التدقيق الداخلي فهل يترتب على ذلك جزاء دنيوي إضافة إلى الإثم والجزاء الأخروي؟ .

للجواب عن ذلك نقول : إن الذي ينشر هذه الأسرار ولو في صيغة الفتوى فقد خالف مخالفة صريحة لمقتضى العقد ، ولمقتضى الشرع والقانون و وبالتالي فقد تحققت مسؤوليتان :

المسؤولية الأولى : المسؤولية المدنية .

بشقيها وهما : المسؤولية العقدية ، والمسؤولية التقصيرية ، حيث يترتب على المسؤولية المدنية تعويض وأن الذي يطالب بها هو المضرور دون النيابة ، وأنه يجوز الصلح فيها والتنازل ، كما أنها لا تحتاج إلى وجود نص خاص بها وأيضا لايحتاج إلى نية سيئة ، في حين أن المسؤولية الجنائية تترتب عليها عقوبة ، وأن الذي يطالب بها هو النيابة ، وأنه لا يجوز فيها الصلح ولا التنازل ، كما أنها تحتاج إلى نص خاص و إذ لا عقوبة دون نص.[32]

فالمسؤولية العقدية تتحقق إذا كان العقد الموقع بين المؤسسة والهيئة الشرعية ينص على الحفاظ على الأشياء التي حددتها المؤسسة .

فالمسؤولية العقدية تقوم على الإخلال بالتزام عقدي يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات .

وأما **المسؤولية التقصيرية فتقوم** على الإخلال بالتزام قانوني واحد لا يتغير وهو الالتزام بعدم الإضرار بالغير، فنطاق المسؤولية التقصيرية يخص ارتكاب عمل ترتب عليه ضرر ، أما نطاق المسؤولية العقدية فيتحقق بشرطين هما : وجود عقد صحيح بين الطرفين ثم ترتب على عدم تنفيذه ضرر بالآخر .

---

[32] د. السنهوري : الوسيط ط. دار النشر للجامعات المصرية 1/ 744 ويراجع لمزيد من التفصيل : د. وهبة الزحيلي : نظرية الضمان او أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ط. عام 1971

ومن المعلوم قانونيا أنه لايجوز الجمع بين هاتين المسؤوليتين في الرجوع على المدين ، إذ لا يعوض الضرر الواحد مرتين 33. فعلى ضوء ذلك إذا تحقق ضرر فعلا فإن للمؤسسة الحق في المطالبة بالتعويض إما على اساس المسؤولية العقدية إذا كان ذلك مذكورا في العقد ،أو على أساس المسؤولية التقصيرية التي تقتضي الإلتزام ببذل عناية الشخص المعتاد.

المسؤولية الثانية : المسؤولية الجنائية .

يترتب في القانون على جريمة إفشاء سر المهنة عقوبة جنائية إذا توافرت أركان المسؤولية الجنائية و وهي :

أن يكون المعلن عنه سرا حسب القانون أو العرف ، وذلك لأن بعض القوانين تنص صراحة على تعريف السر بأنه : هو ما يترتب على إفشائه ضرر ، كما هو الحال في المادة :163 من قانون العقوبات الإيطالي ، وهذا ما عليه بعض شراح القوانين في غير إيطاليا أيضا ، ولكن شراحا آخرين يرفضون هذا الاتجاه ، ويعتبرون أن إفشاء السر يوجب العقوبة ولو لم يترتب عليه ضرر لصاحب السر.34 وقد سبق أن الشريعة الإسلامية تعتبر إفشاء ما هو سر فعلا معصية وإثما .

أن يكون السر مهنيا ، أي فلا يعتبر إفشاء السر عقوبة إلا إذا كان الإفشاء من شخص مؤتمن عليه بحكم مهنته ، أو صناعته ، أو وظيفته ، مثل الأطباء والقوابل ، والمحامين ، ونحوهم ، حيث ذكرت المادة 310 من قانون العقوبات المصري ؛ الأطباء والجراحين والصيادلة ، والصيادلة ، والقوابل ثم قالت : ((أو غيرهم)) .

أن يتحقق الإفشاء فعلا حسب القانون إذا وجد نص بتحديده ، أو حسب العرف إذا لم يوجد.

والشريعة ، وكذلك القوانين استثنت مما سبق بعض استثناءات لا يسع المجال لذكرها ، وصدرت بها قوانين تنظم هذه الاستثناءات بشكل دقيق .35

---

33 المصدر السابق 1/ 757

34 د. حسين حامد . بحثه السابق ص - 15

35 المصادر السابقة .

هل يمكن إخضاع الهيئة الشرعية لهذه المسؤولية ؟

من الناحية القانونية لا يوجد إلى الآن قانون تطرق إلى أن مهنة أعضاء الهيئة الشرعية تخضع للقوانين الخاصة بسر المهنة ، وبالتالي فلا عقوبة إلا بنص ، إضافة إلى أنهم لم تنظم لهم مهنتهم بصورة قانونية .ولكن من الناحية الفقهية أرى ان الراجح هو أن القياس يقتضي المساواة بين أحكام المراجع الخارجي ، والمراقب الشرعي وبالتالي تطبق على أعضاء الهيئة أحكام سر المهنة وآثارها .

ولكن مع تحديد نطاق الإفشاء بما يؤدي إلى الإضرار الفعلي بالمؤسسة المالية ، ومراعاة حصر السر بما عدا الحكم الشرعي والعقود التي لا تعتبر من خصوصيات تلك المؤسسة — كما سبق — ولكن إذا وجد إذن من المؤسسة نفسها فانتفت الجريمة ، والإثم والعقوبة .

هذا والله أعلم .