

القضايا القانونية في المؤسسات المالية الإسلامية

د. عبد الستار الخويلدي
الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي
للمصالحة والتحكيم - دبي

البحرين 7-8 مايو 2012

مقدمة

تقتضي دراسة الموضوع كما هو معنون حصر التحديات القانونية واهابسأ أولاً ثم البحث عن المنهج الشرعي والقانوني المناسبين لمواجهة تلك التحديات.

وقبل حصر التحديات لا بد من الإشارة إلى أن المؤسسات المالية الإسلامية وإن كانت مرجعيتها الأساسية هي أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنها تخضع في نفس الوقت لضوابط أخرى فهي بذلك تنشط تحت "تعدد الأنظمة" وإلا ما كان يطرح الموضوع في شقه القانوني ، ونقصد بذلك:

- القوانين والنظم السارية في البلدان التي تنشط فيها (نظم المصارف، وشركات التأمين، وشركات التأجير، وشركات التمويل، والصناديق وغيرها).

- رقابة الهيئات الشرعية التي تتبعها.

- المعايير والمبادئ الإرشادية التي تصدرها مؤسسات البنية التحتية (المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة، ومجلس الخدمات المالية الإسلامية).

- المعايير الدولية التي تنظم كفاية رأس المال ومخاطر الإدارة، والتدقيق وغيرها.

أما عن القضايا القانونية في الصناعة المالية عموماً وفي المؤسسات المالية الإسلامية خصوصاً، فقد تم ضبطها كالتالي:

● **الصف الأول من القضايا وهي القضايا القائمة:** وتكمن في مخاطر في استبعاد تطبيق أحكام الشريعة في العقود الدولية: وهذا الاستبعاد قد أخذ صورتين: **(أ) الصورة الأولى:** وتتمثل في استبعاد تطبيق أحكام الشريعة و **(ب) الصورة الثانية:** وتتمثل في تطبيق تطبيق غير موفق لأحكام الشريعة والذي افضى إلى إعادة التكييف.

● **الصف الثاني من القضايا وهي القضايا المرشحة للإحتكاك مع القانون:** ومضمونها كذلك استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ولكنه استبعاد متوقع. وتكمن هذه المخاطر في بعض المسائل المرشحة لتشكل مخاطر محتملة الوقوع عند عرضها على القضاء للنظر أو عند طلب الحصول على رخصة لممارسة النشاط المصرفي.

وسوف يختم البحث بمجموعة من الإستنتاجات في شكل توصيات وحلول.

(1)

المخاطر القانونية القائمة:

استبعاد تطبيق أحكام الشريعة في عقود المؤسسات المالية الإسلامية

لا يخفى على الجميع أن المؤسسات المالية الإسلامية تعمل في محيط تسيطر فيه القوانين الوضعية، وهي عادة قوانين مصاغة في شكل مواد ومبوبة ومرتببة في مجالات وهو ما يعرف بالتقنين (التدوين). وإلى جانب التقنين هناك فقه قضاء ثري وجرىء بفضل تراكم الخبرات. وبالتالي نحن أمام تنافس بين نظامين مختلفين.

ويسعى القانون أن يغطي جميع المجالات بحيث لا يترك فراغا لغيره من الأنظمة إلا اليسير مثل الإشارة إلى العرف في المجال التجاري. وفي مجال بحثنا هذا، نجد أن سعي القانون الوضعي لإستبعاد أحكام الشريعة الإسلامية ينقسم إلى صنفين: استبعاد مطلق بحيث لا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، واستبعاد يقبل بأحكام الشريعة لكن يطبقها على شاكلته بحيث يسىء تطبيقها.

1/1 الإستبعاد المطلق باختيار القانون الوضعي بديلا عن أحكام الشريعة
أصبح النص على تحكيم مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية **دون سواها** من القوانين أمرا نظريا في العقود الدولية. وهذه حقيقة. فقد حل محل الشرط الموحد (وهو الكفيل بتطبيق أحكام الشريعة مطلقا) الشرط المزدوج وهو الشرط الذي يجمع بين الإحتكام للقانون الوضعي والشريعة الإسلامية. ومن أمثلة هذه الصيغ نجد: "تخضع هذه الإتفاقية للقانون البريطاني بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية"، أو "تخضع هذه الإتفاقية للقانون البريطاني إلا إذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية، عندها ترجح أحكام الشريعة الإسلامية". وهذه الصيغة هي الأكثر انتشارا في عقود المؤسسات المالية الإسلامية والأكثر صعوبة عند التطبيق. إن سوابق تطبيق هذه الصيغة على الأقل كما جرت أمام المحاكم البريطانية، لم تكن منصفة للشريعة الإسلامية حيث استبعدتها المحاكم البريطانية.

وبرصدنا للأحكام الصادرة عن المحاكم البريطانية لاحظنا أن استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية قد أخذ عدة أوجه منها الإستناد على سبب عدم التقنين، وكذلك التفسير السلبي للشرط المزدوج الذي تم بيانه أعلاه.

● **الإستبعاد بسبب عدم تقنين أحكام الشريعة:** في القضية المعروفة بقضية بنك الشامل/البحرين أشار القاضي البريطاني إلى أن التفسير الحرفي لعبارة: "الشريعة الغراء" الواردة في النص المتعلق بالقانون واجب التطبيق تعني ذلك القانون السماوي المنصوص عليه في القرآن والسنة، وأضاف: "بيد أن معظم القانون الإسلامي للمعاملات التجارية والمالية لم يقنن في قانون أو أحكام محددة المعالم وإنما أسس القانون الإسلامي على الآراء المتباينة للمدارس الفقهية المختلفة ...". وتعليقا على هذا التعليل يمكن أن نسلم إلى حد ما بأن عدم تقنين أحكام الفقه الإسلامي وخاصة في مجال فقه المعاملات¹ لا يساعد على سهولة البحث عن الحلول والإهتداء لها كما لو كانت تلك الأحكام مقننة مع الترويج لحل يحظى بالإجماع ويعتمده الجميع، لكن الغرابة تكمن في أن الحجة تأتي من مدرسة قانونية لا يعتمد نظامها القانوني على التقنين، بل يعتمد على السوابق والأعراف، ونعني بذلك المدرسة القانونية البريطانية. كما أن الحرص على إيجاد الحلول المناسبة والتقيد بشروط العقد يدفع بالقاضي إلى البحث على بعض المراجع العامة في فقه المعاملات وهي متاحة. ومن هذه المراجع القرارات الصادرة عن المجامع الفقهية. وقد شملت تلك القرارات مبادئ أساسية في فقه المعاملات، وهي قرارات عادة مترجمة إلى اللغة الإنجليزية.

● **الإستبعاد بسبب تفسير الشرط المزدوج على أنه اختياري:** كثيرا ما تلجأ المؤسسات المالية الإسلامية إلى الشرط المزدوج كأن يصاغ الشرط كالتالي: "يتم تطبيق القانون البريطاني بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية". إن مثل هذه الصياغة كانت سببا في استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بتأويل الشرط على أنه شرط اختياري بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون البريطاني!. وبما أن القاضي يفترض أن يكون ملما بقانونه الوطني قبل أي قانون آخر وهو ما فعله القاضي البريطاني حيث قام بتطبيق القانون البريطاني

¹ نظرا لثراء الفقه الإسلامي حيث نجد أكثر من رأي في المسألة الواحدة

واستبعد غيره. ولا يلام القاضي البريطاني على ذلك بالرغم من أن صياغة الشرط تقتضي من القاضي البريطاني أن يضع النص القانوني (وهو القانون البريطاني) المطبق على الوقائع في ميزان أحكام الشريعة الإسلامية كإجراء تمهيدي ولا يجوز له تطبيق القانون البريطاني مباشرة دون التأكد من مطابقته لأحكام الشريعة الإسلامية أولاً. والفهم الأمين للشرط يؤدي إلى تطبيق مشروط للقانوني البريطاني. وفي حقيقة الأمر ليس من الحكمة أن يطلب من القاضي البريطاني مثل هذه الطلبات. فالغاية من وراء هذا الشرط لا يمكن أن تغيب على قاض أو محكم وهي صدور حكم لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. والأطراف التي نصت على هذا الشرط لا ترى في القانون الوضعي مخالفة مبدئية لأحكام الشريعة الإسلامية اعتقاداً منها بأن المجال هو مجال فقه المعاملات، وهو مجال أوسع وأرحب من فقه العبادات، وهذا صحيح إلى حد ما إذا ما اقترن بإرادة وحرص وأمانة وفهم دقيق للنصوص وتفسيرها. ولكن الواقع غير ذلك.

ملاحظة: هناك تراجع من المحاكم البريطانية في أسباب تفسير استبعاد الشريعة

هناك عاملان رئيسيان برزا في السنوات الأخيرة كان لهما الأثر الكبير في تراجع استيعاب الشريعة كمنظومة قانونية: عامل قانوني وعامل واقعي موضوعي

- العامل القانوني: في السنوات الأخيرة وامام انتقاد بعض الأحكام الصادرة عن المحاكم البريطانية، اتخذت هذه الأخيرة تفسيراً للقانون واجب التطبيق بحيث يمكن أن يكون قانوناً لا ينتمي لنظام دولة معينة. وبذلك تخلت عن تفسير سابق مفاده أن القانون الواجب التطبيق يجب أن ينتمي لنظام قانوني لدولة معينة.
- العامل الموضوعي: تأسيس المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم

كان لتأسيس مركز تحكيم متخصص في فض النزاعات في الصناعة المالية الإسلامية بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية الأثر الكبير في التخفيف من حدة المواقف السلبية التي اتخذت تجاه أحكام الشريعة الإسلامية ومدى تطبيقها. وشكل هذا التأسيس عنصراً إضافياً لتفعيل الشريعة بحيث لم يعد فض النزاعات في هذه الصناعة

حكرا على المحاكم الغربية. كما لم يعد لها احتكار تفسير جزء كبير من فقه المعاملات المالية الإسلامية المعاصر. وبذلك زال سبب الضرورة الذي احتمت وراءه المؤسسات المالية الإسلامية لفترة تجاوزت 3 عقود.

2/1 الإستبعاد بالتطبيق غير الموفق من قبل القضاء: إعادة التكييف
تم رصد الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم² في مجال المنتجة المالية الإسلامية المعاصرة للنظر في كيفية معالجة المحاكم لهذه المنتجة المستجدة. وقد تمت دراسة هذه الأحكام والتعليق عليها للنظر في مدى وجاهة التكييف الذي اتخذته القاضي ومدى استيعاب الضوابط الشرعية لهذه المنتجات من قبل القضاء.

- تم الحصول على الأحكام موضوع التعليق من خلال الأحكام المنشورة وعددها قليل جدا. والبقية تم تزويدنا بها من قبل بعض المؤسسات المالية الإسلامية مشكورة. فالأحكام ليست أحكام مختارة، بل هذا ما أتيج لنا.
- الأحكام المجمععة لدينا وعلى قلتها تعكس إلى حد كبير موقف المحاكم عبر العالم، وذلك بسبب توحيد آليات صياغة وضبط الأحكام من تكييف، وتعليل، وصياغة فضلا عن اكتساب المحاكم تجربة واسعة في مجال آليات الصيرفة التقليدية بحكم تدريس موادها بالمعاهد والكليات وكذلك بفضل تقنين منتجات الصيرفة التقليدية وتوفير المراجع والشروح بشأنها. فهناك الكثير من الأحكام غير المنشورة ربما تتضمن اجتهادات كبيرة لكن حرمانا من الإستفادة منها والتعليق عليها.
- عند تحليل الأحكام انطلقنا من أن عدم إدراك حقيقة المعاملة من قبل القضاء لا ينم بالضرورة عن عدم معرفة المنتجة معرفة جيدة، وإنما قد يعود ذلك:
 - إلى احتمال قراءة المعاملة من وجهتي نظر أو أكثر،
 - أو ان صياغة المنتج وكيفية تقديمه للمحكمة لم يتم بالوضوح الراجع للإلتباس،
 - أو أن طلبات ودفع أطراف النزاع هي التي وجهت القاضي إلى اعتماد تكييف معين للمعاملة.

² يقصد بالأحكام في هذا البحث الأحكام الصادرة عن المحاكم النظامية، وتستثنى الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم

تنطلق المحاكم في تكييف العلاقات التعاقدية من نفس المنطلق الفقهي وهو أنه لا يعول على تكييف المتعاقدين، بل لا بد من البحث عن الإرادة الحقيقية للطرفين.

وفيما يلي بعض عينات من إعادة التكييف

الحالة الأولى: إعادة تكييف الإجارة المنتهية بالتملك إلى بيع بالتقسيط:
حكم المحكمة الابتدائية بدبي بتاريخ 2010/3/24

1/ الوقائع: بتاريخ 2007/12/11 وافقت الشركة المدعية (يشار إليها فيما يلي بـ "المؤجر") على تأجير عقار لفائدة المدعى عليه (يشار إليه فيما يلي بـ "المستأجر") تأجير عقار لفائدة المستأجر وذلك بصيغة عقد الإجارة المنتهية بالتملك. وتم بلورة هذه الموافقة بتاريخ 2007/12/11 وتم التوقيع على الوثائق التالية:

(أ) **من جانب الطرفين:** أبرم عقد إيجار موقع من قبل المؤجر والمستأجر.
(ب) **من جانب المستأجر:** أمضى المستأجر تعهدا بالشراء. وقد تضمن هذا التعهد التزام المستأجر وبشكل غير قابل للإلغاء وغير مشروط شراء العقار موضوع عقد الإيجار المنتهي بالتملك بنهاية مدة الإيجار المقدرة بـ 25 سنة، في حالة الإخلال بأحكام وشروط العقد، أو أحكام التعهد بالشراء
(ج) **من جانب المؤجر:** أمضى المؤجر تعهدا بالبيع. وقد تضمن هذا التعهد التزام المؤجر وبشكل غير قابل للإلغاء وغير مشروط بيع العقار في نهاية مدة الإيجار المنتهي بالتملك وتام سداد بدل الإيجار، أو خلال سريان العقد إذا رغب المستأجر في ذلك.

وبعد عجز المستأجر عن سداد 3 أقساط، طلب المؤجر من المستأجر شراء العقار وسداد المبلغ المتفق عليه بعقد الإيجار. وأمام عدم استجابة المستأجر لطلب المؤجر، رفع هذا الأخير دعوى قضائية أمام المحكمة الابتدائية بدبي.

2/ حكم المحكمة: حكمت المحكمة أن التكييف الصحيح للعلاقة التعاقدية بين الطرفين هو أنها عقد بيع اكتملت له أركانه وشروط صحته، متفق فيه على سداد الثمن على أقساط، معلق فيه نقل الملكية على توافر أحد أمرين، أحدهما وفاء المدين بالتزامه وعلى رأسها سداد كامل الأقساط المستحقة، والآخر حدوث حالة إخلال منه. وأضافت المحكمة في سياق تعليل حكمها "ومن ثم لا تعول المحكمة على تكييف المتعاقدين للعقد باعتباره عقد إيجار مصحوب بوعده بالبيع وبالشراء بحسبان أن إرادتهما قد اتجهت وقت التعاقد

إلى إبرام بيع تام إلا أنهما لم يعتبرا هذا البيع هو البيع النهائي والذي يتحقق عند سداد كامل أقساط الثمن أو التزم المدعي في أي وقت بسداد مبلغ الإنهاء المتفق عليه عند ارتكابهما حالة إخلال من الحالات الواردة بالملحق المار ذكره". ولم تستند المحكمة على الوقائع فقط، بل رتبت على الوعدين بالبيع وبالشراء آثارا قانونية، وذلك باستبعادها تطبيق المادة 146 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي المتعلق بالوعد القائم على عدم اتجاه إرادة الطرفين لإبرام عقد. أما في الحالة المعروضة على المحكمة فقد "اتجهت إرادة المتعاقدين صراحة بمقتضى الإيجاب والقبول المتبادل بينهما في العقد على أن يكون البيع منجزا فإنه لا يعد وعدا بالبيع ولو تراخى فيه إلتزام المشتري... ومن المقرر فقها وقضاء أن الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين يتحقق عندما يلتزم صاحب الشيء ببيعه للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بالشراء منه، ويكون العقد في هذه الحالة عقد واحد ملزم للجانبين ويكون البيع قد تم فعلا".

3/ كيف توصلت المحكمة إلى هذه النتيجة؟ وما هي مبررات إعادة تكييف عقد الإجارة المنتهية بالتمليك على أنه عقد بيع؟

للوصل للنتيجة التي اهتدت إليها، استندت المحكمة على وقائع رجحت موقفها للميل لتكييف العقد المعروض عليها على أنه بيع وليس إجارة منتهية بالتمليك على المسائل التالية:

(أ) اقتران عقد الإجارة بوعد البيع من جانب المؤجر ووعد بالشراء من جانب المستأجر

(ب) أن العين الموعود ببيعها ليس لها ثمن مغاير عن أقساط الأجرة يتناسب مع قيمة العين بل الثابت أن الأقساط التي يدفعها المستأجر كأجرة هي أقساط الثمن.

(ت) صدور الموافقة على طلب التمويل، وتوقيع عقد الإيجار، وتعهدى البيع والشراء في تاريخ واحد.

وقد اكدت المحكمة قناعتها بوجود عقد وليس مجرد وعد من إرادة المتعاقدين حيث ذكرت المحكمة ما يلي: "اتجهت إرادة المتعاقدين صراحة بمقتضى الإيجاب والقبول المتبادل بينهما في العقد على أن يكون البيع منجزا فإنه لا يعد وعدا بالبيع ولو تراخى فيه إلتزام المشتري... ومن المقرر فقها وقضاء أن الوعد بالبيع وبالشراء الملزم للجانبين يتحقق عندما يلتزم صاحب الشيء ببيعه للطرف الآخر، وفي الوقت ذاته يلتزم الطرف الآخر بالشراء منه، ويكون العقد في هذه الحالة عقد واحد ملزم للجانبين ويكون البيع قد تم فعلا".

**الحالة الثانية: إعادة تكييف التورق إلى قرض حسن: قرار المحكمة
الإتحادية العليا- جلسة يوم الثلاثاء 22 محرم 1432هـ الموافق
2010/12/28**

تم تعريف التورق في المعيار الشرعي رقم (30) على أنه "شراء سلعة بثمن أجل مساومة أو مرابحة ثم بيعها إلى غير من اشترت منه للحصول على النقد بثمن حال". وبعبارة أخرى فالتورق هو شراء السلعة نسيئة ثم بيعها نقدا (لغير البائع) بأقل مما اشترتها به، ليحصل بذلك على النقد أي الورق ومن هنا جاء اسم التورق.

ترمز هذه المعاملة في الواقع إلى تصرف المحتاج للنقد تصرفا يسعى من وراءه سد حاجته مع الإبتعاد عن الصيغ الربوية، ولو كلفه ذلك بيع السلعة المشتراة بأقل من ثمنها.

ومما يدل على الإبتعاد على الصيغ الربوية، كان بإمكان المحتاج أن يقترض من البنك قرضا بفائدة، لكن وجود بيع وشراء في العملية جعل المحتاج يميل إليها.

من ناحية المبدأ التورق جائز بضوابطها ومنها عدم بيع السلعة لبائعها الأول بأقل من ثمنها لأن في ذلك بيع العينة.

لكن لما أصبح التورق مؤسسيا (وليس عملية معزولة) أفتى مجمع الفقه الإسلامي الدولي في آخر دورة له (الشارقة 2009) بعدم جواز التورق المنظم. مما يعني أن البعد المؤسسي قد يؤدي في الصناعة المالية الإسلامية إلى عدم جواز ما أجاز بصفة غير مؤسسية

والقضية المعروضة للتحليل تعود وقائعها إلى ما قبل صدور فتوى مجمع الفقه الإسلامي الدولي مما يعني أنها أجريت في فترة كان التورق جائزا ودون تشكيك فيه بدليل أن البنك استند في دفعه على فتوى صادرة عن مجمع فقهي وأكدته بعض اللجان الشرعية في بعض المؤسسات المالية الإسلامية

الوقائع: نظرا لطبيعة المعاملة التي احتد الخلاف بشأنها منذ البداية، لم يتسنى ضبط رواية مشتركة للوقائع. فالعميل يرى أنه تحصل على قرض، والبنك يقول أنه أجرى عملية مرابحة.

ولهذا رأينا من المناسب عرض الوقائع كما يراها العميل وكما يراها البنك.

من جانب العميل: طلب العميل من المحكمة القضاء ببطلان العقود والإتفاقيات التي أبرمت مع البنك وإلغائها لأنها وهمية وشابها التدليس وإجراء المحاسبة بينهما مدعيا أنه تحصل على قرض من البنك بمبلغ 1,500,000 (مليون وخمسمائة ألف) درهم مقابل ضمان يتمثل في ريع على عقار يملكه العميل ومستأجر لطرف ثالث. وأضاف العميل بأن البنك نظم عقد مرابحة تحت ستار بيع لسلع عالمية باللغة الإنجليزية ورتب على ذلك ربحا قدره 410,964 (أربعمائة وعشرة آلاف وستمائة وأربعة وتسعون) درهما ممت يعني أن حجم الدين الإجمالي قد بلغ 1,910,964

من جانب البنك: طلب البنك من المحكمة الحكم على العميل بسداد مبلغ ما تخلد بذمته من ديون نتيجة عقد المرابحة الموقع من قبله بتاريخ 2001/6/14 والمتضمن التعهد بسدادها على أربعة أقساط سنوية تنتهي في 2005/6/14. وبعد تخلف العميل عن سداد القسط الأول ومنع البنك من إدارة العقار، تقدم بالبنك بدوى قضائية

عينت محكمة الدرجة الأولى خبيرا وقضت بصورية عقد المرابحة والزمّت العميل بدفع مبلغ أصل الدين (أي دون أرباح البنك). وتأييد الحكم في الإستئناف

طعن البنك في الحكم الإستئنافي للأسباب التالية:

- مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية والقانون بالقضاء بصورية عقد المرابحة (التورق) بينما التعامل الذي جرى هو في حقيقته عقد بيع المرابحة وهو تعامل حقيقي وصحيح لا مخالفة فيه لأحكام الشريعة
- إجازة العميل لهذا النوع من البيع بعدم الإعتراض عليه بدليل توكيل البنك عنه لبيع السلعة بعد أن تملكها واستلم ثمنها من البنك.
- **كان على الحكم المطعون فيه بعد أن انتهى إلى صورية العقد واعتبره قرضا أعمال شروط القرض باحتساب أرباح على قيمة القرض.**

ما الذي دفع بالمحكمة للحكم بالصورية: بعد أن ذكرت المحكمة كيفية تحقق الصورية "وذلك بقيام مظهر قانوني إرادي مخالف للواقع للإيهام بصحته وستر حقيقة ما قصده الطرفان سواء كانت صورية مطلقة تنفي قيام أي تصرف أو صورية نسبية بقصد ستر تصرف آخر أو شرط اوبيان في العقد أو كانت بطريق التسخير"، شرعت المحكمة في سرد التواريخ

- أبرم عقد مرابحة بتاريخ 2001/6/14
- أبرم عقد رهن عقار بتاريخ 2001/6/10 لتأمين مبلغ 1,910,964 درهماً أي بتاريخ سابق للمرابحة
- عدم حاجة العميل لشراء البضاعة "ولم يتبين من المستندات أن المطعون ضده (العميل) في حاجة لشراء هذه البضاعة بدليل أن الطاعن (البنك) هو الذي اشتراها باسمه ثم باعها للعميل هو ذاته الذي قام ببيعها للغير بوكالة من العميل".
- وكالة العميل للمصرف ببيع بضاعة المرابحة تمت يوم 2001/6/14 والمصرف قام ببيعها بتاريخ 2001/6/13
- ليس هناك نقل فعلي أو تسليم للبضاعة
- قيمة البضاعة أي 1,500,000 درهم هي بعبارة عن مجرد تحول من كشوف حسابات فقط بتاريخ 2001/6/10 قام بإعدادها البنك مما يبين منه أن عملية المرابحة تمثلت فقط في نقل شكلي لمبلغ 1,500,000 دون أن يكون هناك نقل فعلي أو تسليم للبضاعة مما يستخلص منه أن عقد المرابحة المؤرخ في 2001/6/14 هو عقد صوري يستر عقد آخر هو عقد قرض.

التعليق:

- العقد موضوع النزاع هو عقد تورق بنص الفتوى الذي قدمه البنك. هنا لم تشر المحكمة إلى موقف القانون و/أو الشريعة من التورق. فالقول بأن لم يثبت أن للعميل حاجة لشراء البضاعة هذا من خصائص عقد التورق وهو البحث عن النقد أي الورق.
- الحكم بالقرض الحسن وهو ليس الأصل في المعاملات المصرفية: لماذا اعتبرت المحكمة أن القرض هو قرض حسن (أي قرض بدون فائدة) بينما سياق المعاملة هو تعامل مصرفي مبني أصلاً على الفوائد؟
والقول بأن "عقد القرض لم يشترط فيه الطاعن (المصرف) فائدة اتفاقية أو فائدة تأخيرية عند عدم السداد فإن مبلغ القرض كما أثبتته الخبرة هو 1,500,000" فيه نظر لأن العقد كان قد تضمن ذكر الربح في المرابحة. فلما تم تكييف المعاملة على أنها قرضاً كان على المحكمة أن تدخل في منطق القرض والإقتراض.
وكان بإمكان المحكمة تعزيز استبعادها للفوائد الإستناد على نظم ولوائح المصارف الإسلامية التي لا تعمل بالفوائد أخذاً وعتاءاً.

3/3 عدم دقة حجة البنك: احتج البنك على الحكم "بعدم إعمال شروط عقد القرض باحتساب أرباح على قيمة القرض". القرض لا ينتج ارباحا. ولكن كان على البنك طلب صرف الفائدة لا لتكون ربحا يوزع على المساهمين، ولكن كأموال مجانية تصرف في أوجه البر كما تنص على ذلك النظم الأساسية للبنوك الإسلامية والمعايير الشرعية.

4/3 غياب النقل الفعلي للبضاعة الذي اشارت إليه المحكمة: الحديث عن النقل الفعلي يحتاج على تفصيل. فبالرجوع للمعيار الشرعي رقم (18) المتعلق بالقبض نجد في الفقرة الخاصة بما يتحقق به القبض أن "الأصل في تحديد كيفية قبض الأشياء العرف" مما يعني أن المجال محكوم في العموم بالعرف"، والسلع الدولية خصوصا تباع أكثر من مرة. ومن هنا جاء الحديث عن القبض الحكمي. فقد نص المعيار في الفقرة 4/3 على أنه "يعد من القبض الحكمي تسجيل رهن العقار والمنقول المتحرك، مثل السيارات والقطارات والبواخر والطائرات في السجل المعتبر قانونا، ويقوم التسجيل مقام القبض الحقيقي في أحكامه وآثاره".

قد تكون نتيجة الحكم مطابقة للقانون وقد تكون مطابقة للعدل والإنصاف وقد تكون مطابقة لأحكام الشريعة الإسلامية، ولكن لم نلمس ما يفيد أن القاضي قد طاف بكل مفردات خصوصية هذه المعاملات المستحدثة وإن كان لبعض منها قريبا من المعاملات التقليدية، لكن للفروق وإن بدت بسيطة دور في بلورة تطابق ظاهري يخفي اختلاف حقيقي.

الحالة الثالثة: شراء العقار وإعادة تأجيره لنفس البائع إجارة منتهية بالتمليك

الوقائع: اشترت شركة تأجير من عميلها عقارا حرر عقد بيع بشأنه وقبض المشتري ثمنه، ثم أجزت الشركة ذات العقار لذات البائع. وتم تسجيل العقار لدى الجهة المختصة باسم الشركة. ولنقض البيع ادعى عميل الشركة أنه اقترض من الشركة مبلغا ماليا قدره سبعون ألف بفائدة قدرها 13% وذلك لمدة سنة بضمن العقار المملوك له، وقد أخفت الشركة تصرفها في شكل عقد بيع وإيجار فأبرمت معه عقد شراء عقار بمبلغ 70 ألف وهو قيمة مبلغ القرض وبذات التاريخ تم إبرام اتفاقية تأجير للعقار تضمنت أن الشركة التي تمتلك العقار أجزته إلى العميل لقاء أجره قدرها تسعة آلاف ومائة. وهذا المبلغ حسب العميل هو عبارة عن الفائدة السنوية

المقررة بينهما. وطلب العميل من المحكمة إبطال عقد البيع لأنه في حقيقته عقد قرض مضمون برهن حيازي وليس عقد بيع.

أما الشركة المشتري والمؤجرة فلها نظرتها في المعاملة فهي وإن لم تذكر الشركة إسم المعاملة بالعين والصفة التي قامت بها إلا أنه يفهم من الوقائع ومراحل تنفيذ المعاملة أنها المعاملة المعروفة في الصناعة المالية الإسلامية بـ "شراء عين ثم إعادة تأجيرها لذات البائع إجارة منتهية بالتملك". وقد صدرت فتاوى كثيرة بجواز هذه المعاملة بشرط إبرام عقد البيع أولاً، ثم إجراء عقد التأجير بعد ذلك³. وهذا ما فعلته شركة التأجير ولم تنكره المحكمة.

تكييف المحكمة واستنتاجاتها: من أهم دوافع تكييف العملية على أنها بيع وفاء هو شراء مؤسسة التأجير العقاري من المستأجر نفسه. فلو اشترت المؤسسة العقاري من طرف ثالث وأجرته للمستأجر، أو كان العقاري من ضمن أصولها، ما كان القاضي ليوجه بحثه في اتجاه بيع الوفاء. ولكن هل مجرد التقاء صفة البائع مع صفة المستأجر إجارة منتهية بالتملك يكفي لتكييف المعاملة على أنها "بيع وفاء"؟! كما أن القاضي اعتمد على القاعدة المعروفة "أن العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني". وهي قاعدة قانونية وشرعية لها مكانتها، وتساعد على إدراك الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

مدى توفر شروط بيع الوفاء في الحالة المذكورة: بيع الوفاء في اصطلاح الفقهاء هو "البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه، وإنما سمي بيع الوفاء لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط"⁴. وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم 66(7/4) على أنه "بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع". وقرر المجمع أن حقيقة هذا البيع (قرض جر نفعاً)، فهو من قبيل تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء. واستنتج المجمع أن "هذا العقد غير جائز شرعاً". وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والمتقدمون من الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء بيع فاسد لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري فيه مخالفة لمقتضى عقد البيع، الذي يؤدي إلى تملك المشتري للمبيع على سبيل الإستقرار والدوام. أما منفعة المشتري في هذا العقد على افتراض أن العملية هي في حقيقتها

³ جواباً على سؤال حول مدى جواز الاتفاق على شراء معدات من شركة أو عقار ثم إعادة التأجير لذات البائع. فكان جواب اللجنة الشرعية كالتالي: "إذا تم عقد البيع أولاً ثم جرى عقد التأجير بعد ذلك فلا مانع منه شرعاً (الفتوى رقم 14/1 قرارات وتوصيات ندوات البركة للإقتصاد الإسلامي)

⁴ أنظر الموسوعة الفقهية. الجزء التاسع. كلمة "بيع"

قرضا جر نفعاً وهي من الربا فهي الانتفاع بالمبيع إلى حين رد البائع الثمن للمشتري.

ومن شروط بيع الوفاء أن ينص في العقد على أنه متى رد البائع الثمن رد المشتري المبيع: وفي العقد المبرم بين شركة التأجير لم يتم النص في عقد البيع على أي شرط مفاده أنه متى رد البائع الثمن يرد إليه المشتري المبيع. ولكن يمكن للطرفين النص على شرط رد المبيع في كتب منفصل عن عقد البيع، بحيث تتحقق كل أغراض البيع، وبعدها يتم الإتفاق على عقد آخر لا يناقض العقد الأول، وإن كانت المقابلة عقد ينقض الأول. ومن الناحية الشرعية فإن فصل العقود عن بعضها يتفادى به الطرفان عدم مشروعية المعاملة بناء على بيعتين في بيعة أو صفقتين في صفقة، لكن بالنسبة للقانون الوضعي هل فصل العقود عن بعضها يجعلها مستقلة بمجرد الفصل؟

ما هي الآثار المترتبة عن عقد بيع الوفاء؟ يترتب على بيع الوفاء عند من يجيزه "عدم نقل الملكية". وفي الحالة التي عرضت على القضاء فقد انتقلت الملكية بجميع آثارها حتى أنه تم تسجيلها لدى الجهات المختصة.

في نهاية التعليق على هذه الحالة، يبدو أن المحكمة لم تتوسع في حصر نقاط الاختلاف بين المعاملة المعروضة وبيع الوفاء حيث كان بإمكان المحكمة أن تنظر في مدة الإجارة هل هي تمتد إلى سنوات حيث تتأكد طبيعة الملكية، أم أنها لفترة قصيرة، الشيء الذي يمكن أن يستنتج منه الصورية.

تعليق عام على مسائل إعادة التكييف: هناك ملاحظتان: ملاحظة من جانب القضاء، وملاحظة من جانب الصناعة المالية نفسها:

• ملاحظة من جانب القضاء: 1

الركون للقوالب القانونية الجاهزة وضرورة حسن الصياغة

والتوضيح:

من الصعوبات العملية لتي تعيشها المؤسسات المالية الإسلامية في المجال القانوني في مجال الصكوك على سبيل المثال ركون الجهات القضائية (قضاة وخبراء ومحامين) إلى القوالب القانونية الجاهزة وهي السندات.

وقد يعزز هذا التوجه بعض الغموض مما يستوجب توضيح الفروق للعاملين في الصناعة المالية الإسلامية أولاً (لأنهم هم الذين يقدمون التصور الأولى للمحامي والقضاء. وقد تكون المبالغة في التحوط في الصكوك هي التي تدفع الجهات القضائية لإعادة تكييفها على أنها سندات لأن بعض صيغ التحوط تجهل الفرق يتقلص بين المصطلحين بالرغم من الاختلاف البين بينهما.

• **ملاحظة من جانب الصناعة المالية الإسلامية:** ليس من الصدفة أن مجالات إعادة التكييف (التورق، وإجارة العين لبائعها إجارة منتهية بالتمليك، وبعض حالات التحوط) هي محل خلاف بين الجهات الشرعية. مما يعني أن الاختلاف في الجوانب الشرعية قد يمتد للمحيط القضائي.

(2)

المخاطر القانونية المتوقعة:

المسائل المرشحة لتشكل تحديات مستقبلية

بعد رصد المخاطر الثابتة، نعرض فيما يلي قراءة استشرافية لما يبدو أنها تحديات قادمة وجب النظر فيها قبل حدوثها.

1/2 المسائل المرشحة لتشكل مخاطر عند العرض على القضاء

عند عرض عقود التمويل الإسلامي التي تطبق فيها أحكام الشريعة الإسلامية على القضاء الغربي بمناسبة خلاف معروض للبت فيه أو إثر طلب التصديق على الأحكام الصادرة في الخارج، يمكن رصد بعض التعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الأساسية للنظام العام في تلك البلدان. ويعتبر مصطلح النظام العام الذي له تعريف واسع، من أشد العقبات في تطبيق القوانين الأجنبية فوق أرض دولة معينة. ومهما اختلفت التعريفات فالنظام العام لا يخرج عن كونه مجموعة القواعد الأمرة التي يعتبر احترامها مسألة أساسية لحماية المصالح العليا في الدولة كحماية نظامها السياسي والاجتماعي والاقتصادي إلى درجة إلزامية تطبيقها في

كل الحالات، وذلك مهما كان القانون الواجب التطبيق. ولعبارة النظام العام في القانون الوضعي تعاريف كثيرة من أهمها أنه مجموعة من المبادئ القانونية التي يقصد بها تحقيق المصلحة العامة، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية والتي يلزم الجميع احترامها والانصياع إليها ويكون جزاء التصرف المخالف لهذه المبادئ البطلان.

لكن ما الحل إذا حصل تعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد الآمرة في قوانين تلك الدول حيث أن مثل هذا التعارض محتمل الوقوع؟
الجواب المبدئي أن التعارض سوف يؤدي إلى استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية وذلك نظراً لسطوة القوانين الوضعية على غيرها من القواعد بما فيها مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية.

ورأينا في المسائل التالية (والمستمدة من الفتاوى الشرعية) احتمال التعارض مع الأنظمة القانونية الوضعية.

● تبرع المدين المماطل بمبلغ مالي يصرف في أوجه البر:

قد يرفض العميل الشرط الذي يتم النص عليه عادة في عقود المؤسسات المالية الإسلامية بإلزام العميل المماطل بالتبرع بمبلغ مالي عند التأخير في السداد⁵ بدعوى مخالفته للقانون الذي لا يقضي بالإلزام بالتبرع، أو أن هذه عقوبة مالية لم يستفد منها الدائن ولم تذهب لخزينة الدولة فهي غير واجبة حتى ولو سبق أن قبلها ضمن شروط العقد. لم يصل الأمر إلى الجدل القانوني أمام القضاء، ولكن بدأ يصار في أوساط بعض الباحثين والمحامين.

● السداد المبكر والقضاء

ما هو مآل لجوء العميل للقضاء لإجبار البنك الإسلامي قبول السداد المبكر في عملية مرابحة للأمر بالشراء على افتراض رفض البنك الإستجابة لطلب العمل⁶؟ هل سيرجح القاضي الشرط التعااقدي أم سيعتبر أن السداد المبكر من النظام العام لأنه يخفف من عبء المديونية ويحمي فئة المستهلكين. هناك مجهود علمي كبير لإقناع القاضي بتشبيه السداد المبكر في المرابحة بالربا المحرم. فالأصل في الربا أنه يتضمن الزيادة في الأجل والدين وفي ذلك

⁵ نصت الفقرة (ح) من المادة 1/2 من المعيار الشرعي رقم (3) المتعلق بالمدين المماطل على أنه "يجوز أن ينص في عقود المدائنة مثل المرابحة على التزام المدين المماطل بالتصدق بمبلغ أو نسبة بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر بالتنسيق مع الهيئة الشرعية للمؤسسة".

⁶ من الناحية الفقهية تمت معالجة مسألة السداد المبكر في مجال المرابحة وفق المعيار الشرعي رقم (8) المتعلق بالمرابحة للأمر بالشراء. فقد نصت الفقرة 9/5 من المعيار المذكور على أنه "يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري بسداد التزاماته إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد".

إضرار بالمدين ونفع يختص به الدائن، أما في السداد المبكر فنتيجته براءة ذمة المدين من الدين وانتفاعه بما عجله، وكذلك ينتفع الدائن بالتعجيل. والنتيجة هي انتفاع الطرفين بدون ضرر. فعلاقة الأطراف في السداد المبكر تكاد تكون ظاهريا عكس علاقة الأطراف في المعاملة الربوية. ثم القول بجواز السداد المبكر إذا لم يكن مشروطا في العقد يعني أنه غير ملزم للبنك. فالمدين للبنك يطلب من هذا الأخير النظر في طلب السداد المبكر وللبنك أن يرفض ذلك كأن يرى بأن معاملته مع العميل قد تمت بنسبة ربح عالية واليوم فقد تدنت نسبة الربح فلا جدوى من قبول السداد المبكر، في حين أن السداد المبكر في القانون هو حق للمدين الذي يريد أن يرفع عنه كلفة مالية مرهقة له وهو قادر على وضع حد لها. وقد تم سن قوانين خاصة في هذا الشأن لمساعدة مستهلكي القروض من الذوات الطبيعية على السعي لتخفيف أعباء التمويل عليهم⁷.

● توكيل الدائن المرتهن لبيع العين المرهونة:

سعيًا من الدائن للحفاظ على حقوقه عند عجز المدين عن سداد دينه، كثيرا ما يتم النص في عقد الرهن على شرط يفوض بمقتضاه المدين الراهن للدائن المرتهن الحق في بيع العين المرهونة عند التخلف عن سداد الدين. ومثل هذا الشرط ينظر إليه القانون الوضعي بعين الريبة لأنه يعطي للدائن المرتهن حقوقا واسعة في وقت توترت فيه العلاقة بين الطرفين بسبب التأخر عن السداد. وقد تكون للمدين مطالب وماخذ على تصرف الدائن تصل إلى حد الاحتجاج حول حجم الدين الذي يطالب به الدائن. ولكن المعيار الشرعي رقم 5 المتعلق بالضمانات وفي مستهل الحديث عن التنفيذ على الرهن نصت الفقرة 4/4/4) على ما يلي: "للدائن أن يشترط على المدين تفويضه ببيع الرهن عند حلول أجل الدين للإستيفاء من ثمنه دون الرجوع إلى القضاء". ومثل هذا التفويض قد يعارض إجراءات بيع المرهون التي تخضع لرقابة قضائية صارمة. فمثل هذه الشروط قد ينظر إليها على أنها مخالفة للنظام العام الإجرائي.

⁷ تقتضي نسبية الحلول بالرغم من قوة الحجة هنا وهناك الإشارة إلى أن المحاكم الفرنسية وإلى وقت قريب (قبل صدور قوانين حماية المستهلك) كانت ترى في طلب السداد المبكر من قبل المدين مخالفة لشروط العقد وعلى المدين إن أصر على السداد المبكر أن يدفع غرامة مالية للدائن .

ملاحظة:

وأمام هذا التعارض المحتمل بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بسبب ما يعتبره القانون الوضعي المساس بالنظام العام (أو بالقواعد الآمرة) لا يطرح السؤال من هو المطالب بمراجعة موقفه لتفادي التعارض. فعلى القانون الوضعي النظر في مراجعة تشريعاته (مع العلم أن القوانين الوضعية لا تتزحزح فيما تعتبره من النظام العام)، لكن السؤال المطروح من الناحية الشرعية هل الفتاوى في المجالات المذكورة عامة وقطعية حتى يتم التمسك بها حتى لو أدى ذلك إلى إبطال القضاء للشروط المتضمنة تلك الفتاوى؟ وإذا كان الأمر خلافياً (كلاً أو جزءاً) فلا تلام القوانين الوضعية إذا اختارت ما يتناسب مع نظمها وقوانينها. مع العلم أن المسائل الخلافية هي التي سوف تستغل من قبل الدول الغربية التي أعلنت ترحيبها بالتمويل الإسلامي. ونذكر على سبيل المثال التورق. حيث تسعى فرنسا حالياً لإدماجه ضمن قوانين التمويل. ولما طرح موضوع مخالفته لقرار مجمع الفقه الإسلامي، أثير موضوع الخلاف في الموضوع واستشهدوا ببعض البنوك التي تمارسه بموافقة من لجانها الشرعية.

2/2 المسائل المرشحة لتشكل تحديات عند طلب الترخيص لممارسة النشاط المصرفي: غياب هيكل قانوني لحماية أصحاب حسابات الإستثمارات المشتركة

في إطار تفعيل مقترح نادى به الكثير من المهتمين بالصناعة المالية الإسلامية منذ أكثر من عشر سنوات (أنظر على سبيل المثال بحثنا بعنوان: "بعض المقترحات القانونية لتفعيل أداء البنوك الإسلامية" مجلة دراسات اقتصادية إسلامية. المجلد التاسع. العددان الأول والثاني. محرم 1423هـ (2002م)). وتأكدت الأهمية العملية للمقترح العملية في السنوات الأخيرة (أنظر على سبيل المثال المبادئ الإرشادية لإدارة المخاطر للمؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية التي أصدرها مجلس الخدمات المالية الإسلامية سنة 2007م والتي خصصت للموضوع حيزاً مهماً، وبعض أعمال الملتقى الفقهي الدولي الثالث المنعقد بدولة الكويت يومي 3 و4 نوفمبر 2009).

ويرمي هذا المقترح إلى التفكير في صيغة لحماية أصحاب حسابات الإستثمار المشتركة بصفتهم أرباب مال لدى المؤسسات المالية الإسلامية بصفتها مضارباً. وقد بدى لنا من المناسب التقدم بالموضوع من الفكرة إلى

التفعيل، وذلك بالإسهام من الناحية القانونية في المجال وذلك بتصور مشروع نموذجي لنظام أساسي لهيكل قانوني يحمي أصحاب حسابات الإستثمارات المشتركة يعرض على المؤسسات المالية الإسلامية للتفعيل سواء أسمى الهيكل لجنة أو جمعية أو غير ذلك.

ولا شك أن الحرص على مثل هذه الحماية ينبع من قرب نظام أصحاب حسابات الإستثمار من نظام المساهمين من حيث تحمل المخاطر، وذلك بالتقدم بالموضوع نحو إطار مؤسسي يكفل لهذه الحماية المنشودة الإستمرارية. ونرى في هذا التواصل المؤسسي بين فئة مهمة من المكون المالي للمؤسسات المالية الإسلامية⁸ والإدارة التي تمثل فئة المساهمين في رأس المال إسهاما في كسب ثقة المودعين والمستثمرين وجهدا في تأهيل صغار المستثمرين على تحمل الخسائر وآثار التعامل الشرعي الذي يقوم على الغنم بالغرم. وقد عمل القانون الوضعي بفضل سرعة تأقلمه مع التحولات المالية والإقتصادية إلى إحداث جمعية خاصة لحماية أصحاب السندات. علما وأن أصحاب حسابات الإستثمار المشتركة أجدر بالحماية من أصحاب السندات لأن أصحاب السندات يتقاضون فائدة محددة سلفا بقطع النظر عن نتائج المؤسسة المصدرة للسندات ولهم صفة الدائن. أما أصحاب حسابات الاستثمار وإن لم يطلق عليهم صفة المساهم في رأس المال فإنهم يتحملون الخسائر كما يتحملها المساهمون وليسوا دائني الشركة التي يستثمرون فيها أموالهم. فإذا أفلست المؤسسة لدائني المؤسسة الحق في سداد ديونهم من أصول المؤسسة قبل حسابات الإستثمار.

وإذا كان أصحاب حسابات الإستثمار ينقسمون إلى فئتين وهما أصحاب حسابات الإستثمار المشتركة وأصحاب الحسابات المخصصة، فإن الحماية المقترحة لا تخص إلا أصحاب حسابات الإستثمار المشتركة. والحساب الاستثماري المشترك (أو الحساب الاستثماري المطلق) هو الوديعة التي قبل أصحابها تفويض المصرف الإسلامي لاستثمار أموالهم المودعة لديه حسب خطته وبرامجه وربطها بعمليات المصرف ونتائجه. ومن هنا جاءت الحاجة للحماية. أما أصحاب الودائع الاستثمارية المقيدة (أو المخصصة) وهي الودائع النقدية التي يقيد أصحابها المصرف لاستثمارها حسب بعض الشروط، كأن يخصص الإستثمار في مشروع محدد، أو غرض معين. وبناء عليه، فإن اختيارهم للإستثمار في مشروعات بعينها يجعل المخاطرة مختلفة عن تلك التي يتعرض لها أصحاب حسابات الإستثمار المشتركة. وحتى وإن كان هناك مجالا للحماية، فهي ليست ملحة كما هو الحال بالنسبة لأصحاب حسابات الإستثمار المشتركة.

⁸ تشكل الودائع الإستثمارية في المؤسسات المالية الإسلامية أضعاف راسمال الشركة.

ولعله من المناسب ذكر المبدأين الذين وردا بالمبادئ الإرشادية لإدارة المؤسسات المالية الإسلامية التي تقدم خدمات مالية إسلامية التي أصدرها مجلس الخدمات المالية الإسلامية بما ليزيا.

المبدأ 1-2: يجب على مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية الإقرار بحقوق أصحاب حسابات الإستثمار في مراقبة أداء استثماراتهم والمخاطر ذات العلاقة، ووضع الوسائل الكافية لضمان المحافظة على هذه الحقوق وممارستها.

المبدأ 2-2: يجب على مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية اعتماد استراتيجية استثمار سليمة تتلاءم مع المخاطر والعوائد المتوقعة لأصحاب حسابات الإستثمار (أخذين في الحسبان التمييز بين أصحاب حسابات الإستثمار المقيدة والمطلقة)، بالإضافة إلى اعتماد الشفافية في دعم أي عوائد.

وقد فسح مضمون الفقرة 28 من المبادئ الإرشادية المذكورة مجالا ثريا ودقيقا في مجالات الحماية وعناصرها إنطلاقا من إجراء مقارنة بين وضع أصحاب حسابات الإستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية والمشاركين في برامج الإستثمار الجماعي. وقد رصدت الفقرة ثلاثة أوجه شبه بين أصحاب حسابات الإستثمار والمشاركين في برامج الإستثمار الجماعي:

• في كلتا الحالتين هناك وضع أموال في عهدة مدير صندوق لإستثمارها وإدارتها.

• في كلتا الحالتين هناك احتمال خسارة في رأس المال المستثمر.

• في كلتا الحالتين ليس للمستثمر في مراقبة مدير الصندوق إلا حقوق بسيطة. وفي الغالب لا يكون لدى المستثمر أي خيار في التصرف إلا بسحب استثماره إذا وجد أن أداء مدير الصندوق غير مقبول.

وفي المرحلة الراهنة نرى على الأقل ضرورة الشروع في إعداد مشروع نظام أساسي للجنة أو جمعية عامة خاصة (تترك التسمية للمؤسسة) لحماية أصحاب حسابات الإستثمار وذلك بتحديد عناصر الحماية بوضوح. ومن أمثلة ذلك:

• تحديد كيفية تكوين اللجنة أو الجمعية، المقر، والاجتماعات الصلاحيات مع تحديد الحالات التي يتعين فيها على مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين الرجوع إلى اللجنة (الجمعية الخاصة): كأن تكون الموضوعات المطروحة للنظر تتعلق (أ) بإدماج المؤسسة المالية الإسلامية (المضارب) مع شخص معنوي آخر،

وذلك مهما كانت صيغة الاندماج. (ب) أو بتخفيض رأسمال المؤسسة (المضارب) دون خسارة. (ج) أي تغيير في غرض المؤسسة المالية الإسلامية (المضارب) (د) أو بالإجراءات المتعلقة بسياسات توزيع الأرباح

- **كيفية اتخاذ القرارات ومدى إلزام قرارات وتوصية اللجنة أو الجمعية العامة الخاصة لإدارة المؤسسة المالية/المضارب**
- **حقوق أخرى يمكن النظر فيها.** ومن أمثلة ذلك الحق في الحصول على معرفة دقيقة لبعض التزامات المؤسسة المالية وهي الكفالات والضمانات والتأمينات، لأن لتلك الإلتزامات تأثير على مردود المؤسسة المالية الإسلامية عند التنفيذ على الضمانات والكفالات.

الاستنتاجات والتوصيات

بناء على ما تم ذكره يبدو أن القانون الواجب التطبيق في المعاملات المالية الإسلامية عموماً والدولية منها خصوصاً يحتاج إلى موقف واضح. وقد تفتنت الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية إلى الموضوع حيث نظرت فيه الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية وندوة البركة الثلاثين، وهناك معياراً شرعياً قيد الدرس. والمرجو أن تصدر فتوى شرعية واضحة وقابلة للتطبيق. ونورد فيما يلي بعض المقترحات مقابل التحديات:

1/ عدم الإذعان للرخص والإستثناءات في مجال الإحتكام الشريعة إلا بعد استنفاد كل الطرق: على المؤسسات المالية الإسلامية أن تعتبر أن الأصل في معاملاتها الإحتكام لمبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية وعدم تفويض القانون الوضعي ليحكم المعاملات المالية الإسلامية لما يحتويه هذا القانون من مخالفات شرعية تمس عادة بأركان صحة المعاملات المالية الإسلامية، وعدم الإذعان للرخص والإستثناءات في مجال الإحتكام الشريعة إلا بعد استنفاد كل الطرق.

2/ الصياغة الجدية والدقيقة للعقود مصدر أمان عند النزاع: على المؤسسات المالية الإسلامية الإهتمام بصياغة عقودها لحمايتها من سوء التفسير ولفقادي النزاع، وذلك مهما كان القانون الواجب التطبيق وجهة

فض النزاع. وهنا يوصى بالإعتماد على التفصيل الوافي في صياغة الشروط ولا سيما تلك التي تختلف فيها أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي اختلافاً بينا.

ومن أمثلة ذلك غرامات التأخير، ومفهوم الشرط التغريمي، والسداد المبكر في عقود البيع، وتعريف هامش الجدية الخ...

3/ تأهيل أصحاب المهن القانونية: أمام تعدد المهن القانونية، من قضاة ومحامين، ومستشارين وخبراء، فإن تأهيل القضاة لوحدهم لا يكفي لأن الواقع العملي أثبت أنه للمهن المساندة للقضاء من محامين وخبراء دوراً أساسياً في نتيجة الحكم. فالمحامي هو الذي يحدد طلبات موكله وهو الذي يبادر بتكييف النزاع بناء على بحوث (وإن كان هذا التكيف لا يلزم القاضي)، ومثل هذا المجهود العلمي - وبقطع النظر عن مدى صحته من الناحية الشرعية - قد يؤثر في قرار القاضي. وبالنسبة للخبراء فقد تعين المحكمة خبيراً في مجال دقيق مثل المتاجرة في العملات لتوضيح كيفية تنفيذ العملية. فإذا كان الخبير غير مدرك لإحدى أركان المتاجرة في العملات وهي مسألة التسليم وبالتحديد التراخي فيه سواء أكان القبض حقيقياً أو حكيمياً، فإنه سوف يدلي بتقرير مختل من الناحية الشرعية ولو توفرت فيه كل العناصر الفنية والموضوعية والإجرائية. فتأهيل الخبير يدفعه إلى البحث في تفصيل كيفية إنجاز المعاملة، بينما السؤال الأساسي في مجال المتاجرة بالعملات من وجهة النظر الشرعية ليس كيف تمت المعاملة، ولكن متى تمت؟ ومتى دفع الثمن؟ ومتى تم التقابض؟. ومثل هذه التحريات لا يدركها إلا من كان على علم بالضوابط الشرعية للمتاجرة في العملات ومنها "أن لا يشتمل العقد على خيار شرط أو أجل لتسليم أحد البديلين أو كليهما"⁹.

4/ الاستعداد لمسايرة تكييف المؤسسات المالية الإسلامية
ب"المهني": تبنت المحاكم في السنوات الأخيرة موقفاً متشدداً نسبياً إزاء المؤسسات المالية بوصفها مؤسسات "مهنية" (مصطلح يعني افتراض دراية واسعة للبنك أو المؤسسات المشابهة كمؤسسات التأمين في تقدير المخاطر إلى درجة افتراض مسؤولية مدنية في بعض

⁹ أنظر الفقرة (ج) من المادة 1/2 من المعيار الشرعي رقم (1) المتعلق بالمتاجرة بالعملات.

الحالات، مقابل افتراض عكسي إزاء العميل والذي يعامل ببسر لأنه لا يدرك إدراكا تاما لنشاط تلك المؤسسات ويحتاج للحماية) يدفع المؤسسات المالية الإسلامية إلى مزيد الحذر. فقد صدرت عدة أحكام ضد البنوك تارة باسم التعسف، وتارة باسم التقصير في إسداء النصيحة، وتارة باسم عدم الإفصاح وغيرها من المآخذ. فعلى سبيل المثال يعد البنك متعسفا ويكون مسئولا مسئولية مدنية إذا أقرض عميلا مبلغا من المال ولم يأخذ بعين الاعتبار قدرة العميل المالية على السداد لأن البنك بصفته "مهنيا" يحسن تقدير المخاطر. وفي تقدير المحاكم الإستجابة لطلب العميل وتمويله -وفق طلبه- فيه إضرار له ويوجب التعويض للعميل المتضرر. فالبنك قد يجازف بمنح عميله قرضا قد يتأخر العميل في سداده، لكن يسدده بعد عناء، ولكن قد يتزامن ذلك مع طلب المقترض التعويض على تصرف البنك الذي منحه قرضا يفوق قدرته المالية الشيء الذي جعله يعجز عن سداد الدين، ويتضرر من ذلك في معاملاته مع الغير (عدم استطاعته الوفاء بديون أخرى مما أدى إلى إفلاسه أو تضرر سمعته في السوق).

وعلى المؤسسات المالية الإسلامية التي تسعى لدخول السوق المالية الفرنسية أن تعير كل الإهتمام لمثل المواقف، بل أن تكون أحرص من المؤسسات المالية التقليدية على الإفصاح وبذل النصح لأن معاملاتها حديثة وتتميز بتداخل العقود للمعاملة الواحدة. ومن أمثلة ذلك بيع المرابحة كبيع من بيوع الأمانة يختلف عن البيوع الأخرى. فالكلفة في صورة المرابحة يجب أن تكون معلومة للعميل، أما في صورة بيع المساومة فالبنك غير مطالب بكشف الكلفة. وقد يظن العميل أن المعاملتين تخضعان لنفس النظام. ولا يعفى البنك من واجب النصح والإعلام إلا بإثبات أن العميل يدرك مضمون العقود التي قبل الدخول فيها فالحجة على البنك.

5/ التحوط من إعادة التكييف: على المؤسسات المالية الإسلامية التحوط من إعادة تكييف المعاملة بما يسيء إليها ماديا ومعنويا. فإذا اختلفت شروط معاملة معينة فهي باطلة من الناحية الشرعية لعدم مراعاتها الشروط المنصوص عليها في المعاملة المذكورة، ولكن من الناحية القانونية وأمام اجتهاد القاضي فقد يؤدي اختلال كل أو بعض

الشروط إلى تكييف جديد للمعاملة كأن تصبح المرابحة المختلة شروطها (مراحل تنفيذها) قرضا بفائدة. وللقاضي أو المحكم تكييف المعاملة وفق إرادة الأطراف ووفق العناصر الموضوعية. ومن أمثلة ذلك إذا اشترى الأمر بالشراء البضاعة دون الحصول على موافقة المصرف (أي دون شراء مباشر من البنك أو تفويض العميل لشراء البضاعة نيابة عن البنك)، فإن بيع المرابحة لا يصح. وقد تأخذ المعاملة عدة أشكال أخرى كقيام الأمر بالشراء بالاتفاق مباشرة مع بائع العقار، ويدفع له عربونا. ثم بعد ذلك يطلب الأمر بالشراء من البنك إتمام العملية بصيغة المرابحة.