

المواءمة بين الضوابط الشرعية ومبادئ الرقابة والتنظيم

إعداد

د. يوسف بن عبد الله الشبيلي

أستاذ الفقه المشارك بالمعهد العالي للقضاء

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة البحث

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وبعد:
فإن من أبرز المجالات التي جاءت الشريعة المحكمة ببيان أحكامها وضوابطها: التعاملات المالية. فجاء النظام المالي الإسلامي بديعاً في تكوينه، قوياً في إحكامه، راسخاً في مبادئه، يحقق العدالة، ويمنع الظلم، ويستند إلى قواعد محكمة يتحقق بها الخير والصلاح للمجتمعات الإسلامية، بل للبشرية جمعاء إن هي أخذت به. يقول سبحانه وتعالى: " اليوم أكملت لكم دينكم وأتممت عليكم نعمتي ورضيت لكم الإسلام ديناً"¹.

ولقد عاشت المجتمعات الإسلامية ردهاً من الزمن أسيرة الأفكار والنظم المالية المستوردة من الغرب الرأسمالي، فانتشرت المؤسسات المالية التقليدية في الأقطار الإسلامية، ووضعت لها الأنظمة المستمدة من النظم الرأسمالية الغربية، وبقيت عقوداً من الزمن، حتى أصبح الناس حياها طرفين: منهم من يحمل لواءها ويدافع عنها ويرى أن لا سبيل للتقدم الاقتصادي إلا بها، ومنهم من رد فكرة البنوك جملة وتفصيلاً ويرى أنها محاضن للربا لا يمكن إصلاحها، إلى أن قيض الله لهذه الأمة مصلحين من علمائها ومفكرها وتجارها تنادوا لإصلاح هذه المؤسسات، وإعادة بنائها وفق أسسنا الشرعية، فظهرت المؤسسات المالية الإسلامية التي تقدم الخدمات المالية المختلفة من تمويل واستثمار ووساطة وتأمين وغير ذلك ملتزمة بتجنب الربا وغيره من التعاملات المالية المحرمة، إلا أن التحدي الأهم الذي تواجهه تلك المؤسسات هو كونها تعمل تحت مظلة قوانين لا تتناسب مع طبيعتها مما أوجد الكثير من العقبات أمامها، ووصل في بعض الحالات إلى التعارض. وسوف أورد فيما يلي عدداً من المواضع التي يظهر فيها شيء من التعارض وذلك بغية تحقيق المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية والتنظيمية.

وينتظم البحث في ستة مباحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في التحاكم

المبحث الثاني: المواءمة بينهما في قيود الملكية

¹ سورة المائدة، الآية (3).

المبحث الثالث: المواءمة بينهما في نوع الملكية.
المبحث الرابع: المواءمة بينهما في آثار العقد والشروط فيه.
المبحث الخامس: المواءمة بينهما في أنواع المخاطر.
المبحث السادس: المواءمة بينهما في المعايير المحاسبية.
أسأل الله أن يوفقنا لما يرضيه من القول والعمل، ويجنبنا الخطأ والزلل.

المبحث الأول

المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في شرط التحاكم

من الإشكالات التي تواجه المؤسسات المالية الإسلامية أن تلزم بأن ينص في عقودها واتفاقياتها مع الأطراف الأخرى - لاسيما في عقود التمويل المجمع - بأن يكون التحاكم عند وقوع النزاع إلى قوانين وضعية، ومن المعلوم أن تلك القوانين قد تحكم بالربا أو بما لا يتوافق مع أحكام الشريعة، فتقع المؤسسة المالية الإسلامية في حرج، فإما أن تمتنع عن الدخول في تلك الاتفاقية، ولا يخفى ما فيه من الضرر لاسيما في البلدان التي تلزم بهذا الشرط في كل عقود المؤسسات المالية الإسلامية، أو أن تقبل بهذا الشرط، ولا يخفى ما فيه من محذور شرعي.

وللمواءمة بين هذين الأمرين لا بد من تقرير عدد من النقاط:

أولاً- من المسلم به وجوب التحاكم إلى ما أنزل الله، وتحريم الرضى بحكم غيره، والأدلة على ذلك كثيرة؛ فمن ذلك قول الله تعالى: " ألم تر إلى الذين يزعمون أنهم آمنوا بما أنزل إليك وما أنزل من قبلك يريدون أن يتحاكموا إلى الطاغوت وقد أمروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالاً بعيد. وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول رأيت المنافقين يصدون عنك صدوداً" إلى قوله سبحانه: " فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في أنفسهم حرجاً مما قضيت ويسلموا تسليماً". (سورة النساء: الآيات 60-65).

ثانياً- وأكثر أهل العلم على أنه إذا وقع النزاع ولم يمكن للمؤسسة المالية استخلاص الحق أو دفع المظلمة إلا بالتراجع إلى تلك المحاكم الوضعية، أو كان رفع الدعوى أمام تلك المحاكم بغير

اختيارها، فيجوز لها حينئذٍ الترافع؛ للضرورة؛ ولأن هذا من قبيل الظفر بالحق حال المطالبة ومن قبيل دفع الصائل حال الدفاع. وإلى مثل هذا أشار قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٥٥ (٤/١٧) بشأن التوفيق بين التقييد بالثوابت وبين مقتضيات المواطنة للمسلمين خارج الدول الإسلامية، ونصه: (ثالثاً: لا مانع من تحاكم المسلمين في الغرب أمام القضاء الوضعي عندما يتعين سبيلاً لاستخلاص حق أو دفع مظلمة) وجاء في الفقرة سادسا من قرار المجمع رقم 91 (8/9) بشأن مبدأ التحكيم في الفقه الإسلامي ما نصه: (إذا لم تكن هناك محاكم دولية إسلامية، فيجوز احتكام الدول أو المؤسسات الإسلامية إلى محاكم دولية غير إسلامية؛ توصلًا لما هو جائر شرعاً) وبه أفتت اللجنة الدائمة للإفتاء في المملكة العربية السعودية¹.

ثالثاً- فمحل الإشكال إذن في حال الاتفاق الاختياري في العقد على أنه إذا وقع نزاع فيكون التحاكم إلى قوانين وضعية.

وفي هذه الحال أرى أنه يتعين على المؤسسة المالية الإسلامية لتحقيق المواءمة بين التزامها الشرعي والمتطلبات النظامية اتخاذ الخطوات الآتية على سبيل الترتيب:

1- أن تسعى أولاً في أن تضمن اتفاقاتها نصوصاً تؤكد أن المرجعية حال النزاع إلى الشريعة الإسلامية، ومن الممكن أن تكون المرجعية في ذلك للمعايير الشرعية الصادرة من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، أو لقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي دعماً للاختلاف في فهم الشريعة، وقد وجدنا عدداً من البنوك الغربية توافق على هذا الشرط.

2- فإذا تعذر ذلك فمن الممكن الاكتفاء بالتحكيم وإغفال التحاكم في الاتفاقية، فيكون للمؤسسة المالية الإسلامية عند وقوع النزاع أن تختار المحكم الذي يدرك الضوابط الشرعية التي تلتزم بها المؤسسة، ويعد المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم أفضل جهة تحكيمية حتى الآن للمؤسسات المالية الإسلامية، ومع أن المركز قد مر على تأسيسه ما يربو على سبع سنوات إلا أن كثيراً من المؤسسات المالية الإسلامية لا تستفيد من خدماته في هذا المجال.

¹ فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء. الفتوى رقم (١٩٥٠٤).

3- فإذا ألزمت المؤسسة على بند التحاكم إلى قوانين وضعية، فيجب أن تضمن العقد أو الاتفاقية ما يحميها من أن يحكم عليها بما لا يتوافق مع التزامها الشرعي، ولا يكفي تقييد ذلك بعبارة (بما لا يتعارض مع الشريعة)؛ لاختلاف الأفهام في ذلك، بل يجب أن تصاغ الاتفاقية صياغة متقنة، مع التفصيل الجيد في العقود إلى الحد الذي يغطي جميع أحكام وشروط العقد، وأن تتضمن هذه العقود الإشارة الصريحة إلى التزام أحكام الشريعة الإسلامية، مع الحرص على خلو العقد من أي مخالفات شرعية، والنص الصريح في العقد على إسقاط الفوائد الربوية وعدم اعتبارها.

والجدير بالذكر أن البنوك الإسلامية في المملكة عقدت ملتقى حول هذا الموضوع في 1430/4/12هـ نظمه مصرف الراجحي، وكان من توصيات ذلك الملتقى:

1- على البنوك الإسلامية أن تحرص على ضبط عقودها وصياغتها صياغة متقنة ، مع التفصيل الجيد في العقود إلى الحد الذي يغطي جميع أحكام وشروط العقد، وأن تتضمن هذه العقود الإشارة الصريحة إلى التزام أحكام الشريعة الإسلامية، مع الحرص على خلو العقد من أي مخالفات شرعية ، وخاصة ما يتعلق بالفوائد الربوية، فيجب النص الصريح في العقد على إسقاطها وعدم اعتبارها.

2- يجب أن تسعى البنوك الإسلامية مع الأطراف المتعاقدة إلى أن يكون لها دور رئيس في فرض القانون والاختصاص القضائي الذي يتلاءم مع الشريعة دون تحفظ، خاصة حين تكون البنوك الإسلامية هي الأقوى.

4- في التمويل المجمع يجب أن يكون هناك تنسيق بين البنوك الإسلامية حتى لا ينفرد أحدها برأي أو يحصل ضعف للبنوك الإسلامية تجاه مسألة اشتراط تحكيم الشريعة.

5- يجب أن تسعى البنوك الإسلامية إلى فرض التحكيم عند عدم القدرة على فرض القانون الملائم للشريعة، وعليها من أجل ذلك أن تسعى مع جميع المؤسسات ذات الصلة لإيجاد جهة شرعية موحدة للتحكيم.

6- في حال عدم إمكان النص على وجوب التحاكم إلى الشريعة الإسلامية فإنه يجب على البنوك الإسلامية حذف فقرة القانون من الاتفاقية الموقعة مع الطرف الأجنبي .

7- في الحالات التي يتم فيها فرض التحاكم إلى القانون الوضعي والمحاكم غير الشرعية فإن الهيئة الشرعية لكل بنك إسلامي تجتهد في نص يحمي البنك الإسلامي ويتلافى فيه أكبر قدر من المخالفات الشرعية، ومما يقترح في هذا الشأن أن تراعى مسألة التدرج في التفاوض مع الأطراف الأخرى وفق الآتي :

أ- النص على أن التحاكم هو إلى الشريعة الإسلامية ولو في محاكم أجنبية غير إسلامية تحت نظر قاض مسلم، وينص على التحاكم للشريعة حسب تفسير المعايير، فإن لم يوجد نص فقرارات مجمع الفقه الإسلامي، فإن لم يوجد نص فكتاب كذا. ويقترح صياغة مبادئ وضوابط شرعية للمنتجات صياغة قانونية وترفق بالعقود ويذكر جزء منها.

ب- النص على أن التحاكم هو إلى الشريعة الإسلامية ولو في محاكم أجنبية غير إسلامية تحت نظر قاض مسلم دون تحديد مصادر تفسير الشريعة الإسلامية .

ت- النص على أن التحاكم هو إلى الشريعة الإسلامية ولو في محاكم أجنبية غير إسلامية دون تحديد دين القاضي.

ث- النص على أن لكل طرف الحق في اللجوء إلى المحكمة التي يرضاها وأن نصوص الاتفاقية حاکمة على الاتفاقية .

ج- النص على التحاكم إلى محاكم أجنبية، بما لا يخالف أيّاً من أحكام أو شروط أوبنود الاتفاقية .

ح- النص على التحاكم إلى قانون أجنبي بما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية أو بما لا يخالف الشريعة الإسلامية.

٨. يجب على البنوك الإسلامية عرض نتائج ما قد يقع من نزاعات يتم التقاضي فيها أمام المحاكم الأجنبية على الهيئة الشرعية لاستبعاد آثار أي مخالفة شرعية قد توجد من جراء ذلك .

٩. ينبغي على البنوك الإسلامية عقد الندوات وإعداد الدراسات بالتعاون مع الجهات ذات الصلة بما يخدم الموضوع، وتقديم حلول عملية بشأن المرجعية وفصل التراعات في التعاملات الدولية، ومن ذلك: أن توضع لجنة من البنوك الإسلامية للدخول مع مكاتب محاماة قانونية في البلاد الأجنبية، وطرح طلبات البنوك الإسلامية للوصول إلى أقصى ما يمكن منها.

المبحث الثاني

المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في قيود الملكية

من المعلوم أن الملك شرط لصحة كثير من العقود في الشريعة، إلا أنه وفقاً لمتطلبات قانونية أو رقابية أو للحماية من مخاطر معينة، قد تفرض على المؤسسة المالية الإسلامية قيود على تلك الملكية مما يجعل البعض يعتبرها ملكية صورية لا حقيقية. ومن هنا كان لا بد من التمييز بين أنواع تلك القيود وما يتعارض منها مع أصل الملك وما لا يتعارض. وبيان ذلك فيما يلي:

الفرع الأول: قيود لا تمنع من تحقق أصل الملك:

من الناحية القانونية تقسم ملكية الأعيان -ولاسيما في العقارات- إلى ملكية تامة وملكية ناقصة أو مجزأة، فالملكية التامة هي التي يستجمع فيها المالك السلطات الثلاث، وهي حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، فإذا تنازل المالك عن بعض هذه الحقوق لصالح الغير، فتحزراً ملكيته، كأن يتنازل عن حقه في استعمال الشيء أو استغلاله لطرف آخر، فيبقى له عندئذ ملكية الرقبة¹.

وكذلك من الناحية الشرعية قد تكون الملكية تامة، بأن يكون للمالك حق الانتفاع والاستغلال والتصرف، وقد تكون الملكية ناقصة ومع ذلك يعد الشخص محتفظاً بأصل الملكية، ولا ينافي ذلك تملكه للأصل. ومن ذلك:

1- أن يتنازل عن منفعة الأصل للغير، وقد يكون ذلك على سبيل التأقيت إما بعوض كالإجارة، أو بتبرع كالعارية، أو بالإباحة كأن يسبق للانتفاع بمرفق عام، أو يكون ذلك على

¹ ماهية الملكية العقارية <http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t273-topic>

سبيل التأيد، وهو يتخرج على رأي جمهور الفقهاء -خلافاً للحنفية- القائلين بجواز بيع بعض الحقوق المرتبطة بالأصل على سبيل التأيد مثل حق المرور وحق التعلي وحق المسيل. جاء في المدونة : « قلت ⁽¹⁾ : أرأيت إن بعت شرب يوم، أيجوز ذلك أم لا ؟ قال ⁽²⁾ : قال مالك: ذلك جائز، قلت: فإن بعت حظي، بعث أصله من الشرب، وإنما لي فيه يوم من اثني عشر يوماً، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال : نعم، قلت: فإن لم أبع أصله ولكن جعلت أبيع منه السقي، إذا جاء يومي بعت ما صار لي من الماء ممن يسقي به، أيجوز ذلك في قول مالك؟ قال: نعم » ⁽³⁾.

وعرف الشريبي -من فقهاء الشافعية- البيع بأنه: « مقابلة مال بمال على وجه مخصوص ثم قال: وحدّه بعضهم بأنه: عقد معاوضة مالية، يفيد ملك عين أو منفعة على التأيد، فدخل بيع حق الممرّ ونحوه» ⁽⁴⁾.

وفي الروض المربع -من كتب الحنابلة-: "وهو -أي البيع- مبادلة مال ولو في الذمة أو منفعة مباحة كمر في دار يمثل أحدهما على التأيد" ⁽⁵⁾.

2- أن يمنع من التصرف في الأصل لتعلق حق الغير به، مثل أن يكون الأصل مرهوناً.
3- أن يمنع من التصرف في الأصل بالشرط، كأن يشتري عقاراً بشرط ألا يبيعه ولا يهبه أو متى باعه فالبائع أحق به بالثمن، ونحو ذلك من الشروط التقييدية التي تنافي بعض مقتضيات العقد، ولا تنافي العقد من أصله. وقد اختلف أهل العلم في هذا النوع من التقييدات على قولين:

القول الأول:

أن الشرط فاسد.

(1) القائل: سحنون راوي المدونة عن ابن القاسم .

(2) القائل: عبد الرحمن بن القاسم راوي المدونة عن مالك .

(3) المدونة 289/3.

(4) مغني المحتاج 3/2.

⁵ الروض المربع ص 233.

وهذا مذهب الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والمذهب عند الحنابلة⁽⁴⁾.

واستدلوا بعدة أدلة، منها:

1- ما روت عائشة رضي الله عنها في قصة بريدة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: ((من) اشتراط شرطاً ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط))⁽⁵⁾. فالنبي صلى الله عليه وسلم نص على بطلان اشتراط الولاء لغير المعتق فيقاس عليه سائر الشروط، لأنها في معناه⁽⁶⁾.

ويناقش:

بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يبطل هذا الشرط لأنه ينافي مقتضى العقد بل لأنه يخالف حكم الشرع بدليل قوله: ((ليس في كتاب الله)) أي في حكمه.

2- ما روى عبد الله بن عمرو - رضي الله عنهما - أن النبي صلى الله عليه وسلم ((نهى عن بيع وشرط))⁽⁷⁾. ووجه الدلالة: أن الحديث نص على بطلان كل بيع وشرط، فيدخل في ذلك الشرط المنافي لمقتضى البيع⁽⁸⁾.

نوقش:

بأنه حديث ضعيف لا تقوم به حجة، وبأنه مخالف للإجماع، فقد قال شيخ الإسلام ابن تيمية مبيناً ضعف الحديث: ((وقد أجمع الفقهاء المعروفون من غير خلاف أعلمه أن اشتراط

⁽¹⁾ بدائع الصنائع 14/7 ، فتح القدير 77/6 ، تبين الحقائق 57/4 ، رد المختار 282/7 .

⁽²⁾ شرح الخرشبي 80/5 ، مواهب الجليل 373/4 ، الفواكه الدواني 89/2 ، بلغة السالك 35/2 .

⁽³⁾ الحاوي الكبير 381/6 ، المجموع شرح المهذب 363/9 ، نهاية المحتاج 450/3 ، مغني المحتاج 381/2 .

⁽⁴⁾ الشرح الكبير على المقنع 232/11 ، الكافي 61/3 ، كشاف القناع 1423/4 ، التنقيح المشبع ص 174 .

⁽⁵⁾ أخرجه البخاري (كتاب البيوع / باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل - برقم 2168) ومسلم (كتاب العتق / باب إنما الولاء لمن اعتق - برقم 1504) .

⁽⁶⁾ الشرح الكبير على المقنع 232/11 .

⁽⁷⁾ أخرجه الطبراني في الأوسط رقم (4358) والحاكم في معرفة علوم الحديث ص 128 . وقال عنه شيخ الإسلام

ابن تيمية: ((ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء وذكروا أنه لا يعرف وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه)) مجموع الفتاوى 132/29 وقال ابن حجر (بلوغ

المرام ص 169) : ((وهو غريب)) .

⁽⁸⁾ فتح القدير 77/6 .

صفة في المبيع ونحوه كاشتراط العبد كاتباً، أو صانعاً، أو اشتراط طول الثوب، أو قدر الأرض، ونحو ذلك شرط صحيح ((¹).

3- أن عقد البيع يقتضي تصرف المشتري في مشتراه على أي وجه شاء، فالتحجير عليه بالألأ يبيع ولا يهب شرط مناف لمقتضى عقد البيع، فيكون فاسداً⁽²⁾.

وناقش شيخ الإسلام ابن تيمية هذا الاستدلال بقوله: ((من قال: هذا الشرط ينافي مقتضى العقد، قيل له: أينافي مقتضى العقد المطلق، أو مقتضى العقد مطلقاً؟ فإن أراد الأول: فكل شرط كذلك، وإن أراد الثاني: لم يسلم له، وإنما المحذور أن ينافي مقصود العقد، كاشتراط الطلاق في النكاح، أو اشتراط الفسخ في العقد، فأما إذا شرط ما يقصد بالعقد لم يناف مقصوده))⁽³⁾.

والقول الثاني :

أن الشرط صحيح.

وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية⁽⁴⁾، وابن القيم⁽⁵⁾، وذكر ابن تيمية أن هذا قول الإمام أحمد، وأن أكثر نصوصه تجري على هذا القول⁽⁶⁾.

واستدلوا بما يلي:

1- قوله عليه الصلاة والسلام: ((المسلمون على شروطهم))⁽⁷⁾.

ووجه الدلالة: أن الحديث عام فيدخل فيه هذا الشرط.

⁽¹⁾ مجموع فتاوى ابن تيمية 132/29.

⁽²⁾ البهجة في شرح التحفة 10/2.

⁽³⁾ مجموع فتاوى ابن تيمية 138/29 .

⁽⁴⁾ مجموع فتاوى ابن تيمية 136/29 .

⁽⁵⁾ أعلام الموقعين 400/3 .

⁽⁶⁾ مجموع فتاوى ابن تيمية 136/29 .

⁽⁷⁾ أخرجه الترمذي من حديث عمرو بن عوف -رضي الله عنه- في كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في الصلح برقم (1272) وأبو داود من حديث أبي هريرة-رضي الله عنه- في كتاب الأقضية، باب في الصلح برقم (3120)، والدارقطني من حديث عائشة -رضي الله عنها- بزيادة ((ما وافق الحق)) 2/3. وهو حديث صحيح بمجموع طرقه. تعليق التعليق 280/3، فتح الباري 4/451، غوث المكودود 2/205.

2- قوله عليه الصلاة والسلام : ((من ابتاع نخلاً بعد أن تؤبر فثمرتها للذي باعها إلا أن يشترطها المبتاع))⁽¹⁾.

ووجه الدلالة منه: أن هذا الشرط خلاف مقتضى العقد المطلق، وقد جوزه الشارع⁽²⁾.

3- ما روي عن ابن مسعود -رضي الله عنه- أنه ابتاع جارية من امرأته زينب الثقفية واشترطت عليه: إن بعثها فهي لي بالثمن الذي تبيعها به، فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب، فقال عمر: لا تقرها ولأحد فيها شرط⁽³⁾.

ودلالته من وجهين:

الأول: أنه قال: ((لا تقرها))، ولو كان الشرط فاسداً لم يمنع من قربانها.

والثاني: أنه علل ذلك بالشرط، فدل على أن المانع من القربان هو الشرط، وأن وطأها يتضمن إبطال ذلك الشرط، لأنها قد تحمل، فيمتنع عودها إليه⁽⁴⁾.

والراجح هو القول الثاني لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة.

وعلى هذا فمجرد كون المصرف أو حامل الصك مثلاً ممنوعاً من بيع الأصل أو من التصرف فيه إلا بقيود لا يعني ذلك أنه لا يملكه، بل هي ملكية ناقصة، وهذه الملكية يترتب عليها ما للمالك من حقوق وما عليه من التزامات، وهي ملكية تكفي شرعاً لصحة التصرف.

الفرع الثاني: الأوصاف المعتبرة لأصل الملك:

تقدم في الفرع السابق بعض القيود التي لا تمنع من تحقق أصل الملك، وهنا أبين الأوصاف التي تعد معياراً لتحقيق أصل الملك من عدمه. وهما -في نظري- وصفان:

الأول: الضمان:

(1) أخرجه البخاري (كتاب المساقاة / باب الرجل يكون له ممر أو شرب في حائط أو نخل) ومسلم (كتاب البيوع / باب من باع نخلاً عليها ثمر برقم 1543) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما.

(2) أعلام الموقعين 400/3.

(3) أخرجه مالك في الموطأ (كتاب البيوع / باب ما يفعل بالوليدة والشرط فيها 128/6) والبيهقي (كتاب البيوع / باب الشرط الذي يفسد العقد 336/5).

(4) تهذيب السنن 145/5، مجموع فتاوى ابن تيمية 136/29.

والمقصود بذلك تحمل تبعة تلف الأصل أو نقصان قيمته، فهذا الوصف ملازم حتماً للملكية لا ينفك عنها، وهو الحد الأدنى من الملكية، وبدونه تكون الملكية صورية لا حقيقية.

والثاني: الأحقية بالثمن عند بيع الأصل:

فالمستحق للثمن عند بيع الأصل هو المالك له حقيقة، بصرف النظر عن من يسجل الأصل باسمه، فلو كان الأصل مسجلاً باسم شخص، إلا أن العرف أو الشرط أو القانون يقتضي أنه عند البيع يكون ثمنه لآخر، فملك الأصل حقيقة للثاني وليس لمن يحتفظ بالسجل القانوني.

والأصل في هذين الوصفين قوله عليه الصلاة والسلام: " لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه"¹، فدل الحديث على أن استحقاق الغنم وتحمل الغرم دليل الملكية، وأن الملكية تقتضي استحقاق الغنم وتحمل الغرم. وكذا قوله عليه الصلاة والسلام: "الخراج بالضمان"² فمالك العين يتحمل ضمانها وفي مقابل ذلك يستحق خراجها.

المبحث الثالث

المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في نوع الملكية

تفرق كثير من القوانين وخاصة الأنجلوسكسونية بين الملكية النفعية للأصول والملكية القانونية لها، وفي بعض التعاملات الإسلامية كالصكوك وعقد التمويل المجمع قد ينص في نشرة الإصدار بأن ملكية الممول (حامل الصك مثلاً أو البنك الممول) للأصول محل التمويل هي ملكية نفعية (*Beneficial ownership*) ولا تسجل الأصول باسمهم وإنما تبقى باسم المصدر، أو تكون مسجلة باسم جهة حفظ أو أمين لتلك الوثائق، وقد يكون ثم عقبات قانونية ومحاسبية كثيرة لتسجيل الأصول باسمهم.

¹ أخرجه الدارقطني والحاكم وابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة -رضي الله عنه- .

² أخرجه أبو داود في (كتاب البيوع)، باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً برقم: 3508، والترمذي في (كتاب البيوع / باب فيمن يشتري العبد فيشغله ثم يجد به عيباً) برقم 1285، والنسائي في (كتاب البيوع/ باب الخراج بالضمان) 223/7، وابن ماجه في (كتاب التجارات/ باب الخراج بالضمان) برقم 2243 من حديث عائشة -رضي الله عنها- وهو حديث صحيح. ينظر: إرواء الغليل 158/5.

ومن هنا يثور تساؤل هل يعني ذلك أن حملة الصكوك لا يملكون تلك الأصول حقيقة، وأن ملكيتهم لها إنما هي ملكية صورية، وأن ما يثبت لهم على المصدر إنما هو دين في ذمته؟ أم أن هذه الملكية كافية لتحقيق ضابط الملك شرعاً؟

من الضروري قبل بيان الحكم الشرعي أن نميز بين نوعين من الملكية النفعية في القانون: الأول: أن يراد بها تملك حق الانتفاع بالأصل دون الرقبة إما على سبيل التأقيت أو على سبيل التأييد، وهو ما يعبر عنه في عدد من القوانين العربية ب(حق الانتفاع)¹. فالقانون بهذا الاعتبار ينظر إلى حق الانتفاع على أنه حق عيني² في الانتفاع بشيء مملوك للغير بشرط الاحتفاظ بذلك الشيء لردّه إلى صاحبه عند انتهاء مدته أو بموت المنتفع، وهذا الحق غير قابل للاستهلاك، وهو يكتسب بالتعاقد أو بالتقادم أو بمقتضى القانون³. والثاني: أن يراد بها ملكية جميع الحقوق المتعلقة بالأصل مع احتفاظ طرف آخر بالصك (التسجيل القانوني) له، وهذا ما يعرف في القوانين الإنجلوسكسونية بالملكية النفعية (*Beneficial ownership*).

وهنا أورد ما ذكره موقع انفستويديا (investopedia) المتخصص في المصطلحات المالية في تعريف الملكية النفعية:

What Does *Beneficial Owner* Mean?

1. A person who enjoys the benefits of ownership even though title is in another name...

1. For example, when shares of a mutual fund are held by a custodian bank or when securities are held by a broker in street name, the true owner is the beneficial owner, even

¹ ينظر على سبيل المثال: ماهية الملكية العقارية:

<http://sciencesjuridiques.ahlamontada.net/t273-topic> ، المجلة العقارية

، <http://www.alakaria.net/forum.php?action=view&id=85>

² يقصد بالحقوق العينية في القانون: الحقوق الذي لا تستند في وجودها إلى حقوق أخرى.

³ ماهية الملكية العقارية، الوسيط في شرح القانون المدني 4/1.

though, for safety and convenience, the bank or broker holds title.¹

ومعنى ذلك أن الملكية النفعية تكون عندما يكون لشخص حق الانتفاع الكامل بالأصل بينما الصك أو التسجيل الرسمي لذلك الأصل باسم شخص أو جهة أخرى، كأن يكون الأصل أوراقاً مالية محتفظاً بها لدى بنك أو وسيط ومسجلة باسمه بينما المالك الحقيقي هو من له الملكية النفعية.

وفي العادة تكون الملكية النفعية عندما يكون الأصل مسجلاً باسم وكيل أو أمين (trustee)، فيظهر أمام الآخرين باعتباره المالك الاسمي (nominee) بينما المالك الحقيقي هو مالك الانتفاع (Beneficial owner)

وبه يتبين أن هذا المفهوم للملكية النفعية في القانون أوسع من مفهومها الفقهي، فهو يعني ملكية الشخص لكل الحقوق المتعلقة بالأصل وتحمله لكل تبعات ما يلحق الأصل من أضرار، إلا أن الأصل غير مسجل باسمه.

وتفرق هذه القوانين بين الملكية النفعية (Beneficial ownership) والملكية القانونية (Legal ownership)، فالأولى تعني ملكية الحقوق المتعلقة بالأصل، والثانية تعني التسجيل الرسمي للأصل، فلو أن شخصاً اشترى عقاراً عن طريق البنك، فإن البنك يحتفظ بالملكية القانونية (Legal ownership) للعقار بينما الملكية النفعية (Beneficial ownership) للمشتري، حتى يتم سداد جميع الأقساط فيصبح العميل حينئذٍ قد حاز كلا النوعين.

والملكية النفعية للأصل (Beneficial ownership) في هذه القوانين تختلف عن ملكية منفعة الأصل من خلال عقد الإيجار، فالأولى على سبيل التأييد بخلاف الثانية،

1

<http://www.investopedia.com/terms/b/beneficialowner.asp#axzz1dVvD1>

و http://en.wikipedia.org/wiki/Beneficial_owner وينظر أيضاً: Ork

<http://moneyterms.co.uk/beneficial-ownership>

والأولى يترتب عليها ملك العين إلا أنها مسجلة باسم غيره فلا يملك بيعها أو التصرف فيها تصرفاً ناقلاً للملكية إلا بموافقة من يحتفظ بشهادة التسجيل (*Legal ownership*)، بينما في الثانية يملك المستأجر المنفعة فقط دون العين¹.

وبناء على ما سبق فوصف الملكية بأنها ملكية نفعية لا تعني بالضرورة انتفاء ملكية الرقبة عن حملة الصكوك وفقاً لهذه القوانين. ويجب النظر في هذه الحال إلى الأوصاف والشروط التي تفيد الملكية من عدمها من الناحية الشرعية، وقد سبق أنهما وصفان:

الأول: الضمان، أي تحمل تبعة تلف الأصل أو نقصان قيمته، فهذا الوصف ملازم حتماً للملكية لا ينفك عنها، وهو الحد الأدنى من الملكية، وبدونه تكون الملكية صورية لا حقيقية.

الثاني: الأحقية بالثمن عند بيع الأصل، فالمستحق للثمن عند بيع الأصل هو المالك حقيقة له، بصرف النظر عن تسجيل الأصل باسمه، فلو كان الأصل مسجلاً باسم غير من له الملكية النفعية، إلا أن العرف أو الشرط أو القانون يقتضي أنه عند البيع يكون ثمنه لمن له الملكية النفعية، فملك العين حقيقة لمن له الملكية النفعية وليس لمن يحتفظ بالسجل العقاري.

وعلى هذا فإذا كان حملة الصكوك يتحملون المسؤولية في حال هلاك الأصول محل التصكيك، ويستحقون الثمن في حال بيعها، فملكيتهم لتلك الأصول تعد ملكية حقيقية ولو لم تسجل الأصول باسمهم، أو بقيت باسم المصدر.

وما عدا هذين الوصفين من التقييدات لا يمنع من تحقق الملك، فلو كانت نشرة الصكوك تقيد حملة الصكوك أو وكيلهم في بيع تلك الأصول أو تأجيرها أو غير ذلك من التصرفات، فهذه التقييدات لا تنفي أصل الملك ما دام الوصفان الأولان متحققين؛ لما سبق ترجيحه من جواز الشروط التي قد تنافي بعض مقتضى العقد ولا تنافيه من أصله أو تنافي المقصود منه.

ولذا أرى لزاماً أن ينص في وثائق الصكوك على تحمل حملة الصكوك لضمان تلف الأصول، واستحقاقهم للثمن عند بيعها، سواء بيعت على المصدر أو غيره؛ وذلك لتأكيد تملكهم للأصول.

¹ ينظر: http://en.wikipedia.org/wiki/Beneficial_ownership

ولدفع التوهم من الضروري أن يبين في الوثائق معنى الملكية النفعية (*Beneficial ownership*)، وأن المراد منها تملك العين والمنفعة وأن احتفاظ المصدر أو الأمين بالسجل الرسمي (*Legal ownership*) لا يعني تملكه لها.

المبحث الرابع

المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في آثار العقد وشروطه

تواجه المؤسسات المالية الإسلامية في بعض الحالات إشكالات تتعلق بنظر القانون إلى العقد أو المعاملة، وما يترتب عليهما من آثار والتزامات على المؤسسة أو على العميل. فقد تصوغ المؤسسة عقداً مستوفياً لجوانبه الشرعية إلا أن الجهات الرقابية تلزم المؤسسة بقوتها الرقابية لا بمقتضى العقد بالتزامات وآثار على ذلك العقد هي لا تلزم المؤسسة بأصل العقد، والالتزام بها في العقد يترتب عليه محذور شرعي.

وأضرب لذلك بعض الأمثلة:

1- في الودائع الاستثمارية القائمة على أساس المضاربة تنص اتفاقية فتح الحساب بين البنك والعميل المودع على أن الودائع غير مضمونة، إلا أن بعض البنوك المركزية -إن لم يكن معظمها- تتعامل مع هذه الودائع كما لو كانت مضمونة، ولذا تلزم البنك الإسلامي بالنسب ذاتها من الوديعة النظامية التي تطالب بها البنوك التقليدية على الودائع الآجلة لديها، ولو وقعت خسارة لتلك الودائع فإن البنك المركزي يلزم البنك الإسلامي بضمائها، مع أن العقد ينص على خلاف ذلك.

2- في التأمين التعاوني قد تنص الاتفاقية بين الشركة وحامل الوثيقة على أن الشركة تقرض صندوق التأمين قرضاً حسناً في حال العجز على سبيل التطوع وليس التزاماً بذلك؛ لأن الالتزام به يؤدي إلى اجتماع القرض مع عقد المشاركة أو المضاربة أو الوكالة بأجر. والأصل تحريم ذلك؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: " لا يجل سلف وبيع"¹. يقول شيخ الإسلام

¹ أخرجه أحمد 174/2، وأبوداود (كتاب البيوع والإجازات/ باب في الرجل يبيع ما ليس عنده)، والترمذي (كتاب البيوع/ باب كراهية بيع ما ليس عندك)، والنسائي (كتاب البيوع/ باب بيع ما ليس عند البائع)، وابن ماجه (كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن)، من حديث عبد الله بن عمرو -رضي الله عنهما-. وهو حديث صحيح.

ابن تيمية - رحمه الله - مبيناً فقه هذا الحديث: " نهى صلى الله عليه وسلم عن أن يجمع بين سلفٍ ويبيع. فإذا جمع بين سلفٍ وإجارةٍ فهو جمعٌ بين سلفٍ ويبيعٍ أو مثله. وكل تبرعٍ يجمعه إلى البيع والإجارة مثل: الهبة والعارية والعريّة والمحاباة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك: هي مثل القرض. فجماع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضةٍ وتبرعٍ؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة؛ لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض"¹.

إلا أن بعض الجهات الرقابية تعتبر ذلك التزاماً على الشركة بغض النظر عما تضمنه العقد، وأن الشركة يجب عليها أن تقرض الصندوق في حال العجز بما يغطي جميع المطالبات.

3- في عقود التمويل ترى كثير من الهيئات الشرعية أنه لا يجوز الالتزام بالخضم للعميل عند السداد المبكر؛ لما في ذلك من شبهة الربا وشبهة البيعتين في بيعة، وقد ينص في العقد على عدم الالتزام، أو لا يذكر ذلك البند أصلاً، بينما تسن بعض البنوك المركزية تنظيمات تلزم بها البنوك بما فيها البنوك الإسلامية بوجوب قبول السداد المبكر عند طلب العميل وفق معادلة محددة لدى البنك المركزي، وفي حال رفض البنك فيحق للعميل شكايته وإلزامه بقوة التنظيم لا بقوة العقد.

والمسألة هنا مبنية على النظر في التنظيم الصادر من الجهات الرقابية الذي لا يصح اشتراطه في العقد هل يعد الإلزام به بمثابة كونه جزءاً من العقد وبالتالي يكون له حكم الشرط الفاسد المقترن بالعقد؟ أم أنه إجراء تنظيمي لا يؤثر على العقد صحة أو فساداً ما دام العقد مستوفياً لشروطه الشرعية وخالياً من المحاذير؟

الأظهر هو الاحتمال الثاني؛ لأن المعتبر هو سلامة العقد بين العاقدين، وما تلزم به الجهات الرقابية البنك الإسلامي للبنك أن يمتنع عما يرى أنه لا يلزمه بمقتضى الشرع والعقد فإذا أُلزم به في حينه فتطبق قواعد الضرورة حينئذ.

المبحث الخامس

المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في التعرض للمخاطر

¹ مجموع الفتاوى 59/29.

من النقاط التي تكون غالباً محور اختلاف بين الشرعيين والقانونيين: مدى تعرض الاستثمار للمخاطر، ففي التمويلات البنكية تنحى النظرة المالية التقليدية إلى إقبال جميع ثغرات المخاطر باستثناء المخاطر الائتمانية المتعلقة بالتمول، ولذا تبني عقودها على الضمان، فالمقترض يضمن أصل القرض وفوائده، بصرف النظر عن نتائج استثماره لمبلغ القرض.

وفي المقابل فإن الربح في الشريعة مرتبط بالتعرض لمخاطر ملكية الأصل، وهذه المخاطر هي المقصودة في النصوص الشرعية التي تربط ما بين الربح والضمان. فتملك السلعة ينشأ عنه ضمانها، وهذا الضمان ينشأ عنه مخاطرة، وبه يُستحق الربح، فإذا تجرد الأمر عن هذا الضمان فلا ربح. ومن ذلك "نهيه - عليه الصلاة والسلام - عن ربح ما لم يضمن"¹، وقوله: " الخراج بالضمان"². ومن القواعد الشرعية المستنبطة من هذه النصوص قاعدة: " الخراج بالضمان". وفي هذا يقول شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-: " الخطر خطران: خطر التجارة، وهو أن يشتري السلعة يقصد أن يبيعها بربح ويتوكل على الله في ذلك، فهذا لا بد منه للتجار، وإن كان قد يخسر أحياناً، فالتجارة لا تكون إلا كذلك..³".

وفضلاً عن مخاطر الملكية فقد يتضمن التمويل الإسلامي مخاطر أخرى كمخاطر العائد في حال التمويل بالمضاربة أو المشاركة، ومخاطر الصرف في حال تضمن العقد مبادلة عملات، ونحو ذلك.

والتعرض للمخاطر لا يعني عدم اتخاذ الوسائل التي تقلل منه، ولا يخرج التمويل بذلك عن أن يكون تمويلاً مشروعاً، وما يتوهمه البعض من أن تقليل المخاطر يعد معارضاً لمقصود الشارع غير صحيح؛ ولتحقيق المواءمة في هذا المجال لا بد من التمييز بين (الضمان والتحوط) بمفهوميهما التقليديين، و(الحماية) بمفهومها الشرعي، فالأولان ممنوعان لأنهما يتعارضان مع أصل التعرض لمخاطر الملكية التي جعلها الشارع شرطاً لاستحقاق الربح بخلاف الثالث فهو لا يتعارض معها بل هو نوع حيطة وحزم.

وفيما يلي بيان الفروق بين هذه المصطلحات الثلاثة:

¹ الحديث سبق تخريجه

² الحديث سبق تخريجه

³ تفسير آيات أشكلت 700/2.

فالتحوط (**hedging**) يعني: تبادل مخاطر الاستثمار بين طرفين، ويتم ذلك من خلال جملة من العقود المسماة بعقود التحوط، وهي تعتمد في الأساس على المشتقات (derivatives)، كالخيارات (Options)، والمستقبليات (Futures)، والمبادلات (Swaps). وهذه المعاملات مبناهما على المقامرة على فروقات الأسعار ولا يقصد منها نقل ملكية الأصل محل الاشتقاق؛ إذ إن ما يربو على 90% من هذه العقود تتم تسويتها قبل حلول أجل التسليم.

وأما الضمان فيقصد به هنا: الالتزام بسلامة رأس المال أو سلامته مع حد معين من الربح، وذلك بتعويض المضمون له (رب المال) عن أي نقص في قيمة الاستثمار سواء أكان بسبب خسارة أم تلف أم غير ذلك.

والأصل الشرعي في عقد الاستثمار سواء أكان عقد مضاربة أم مشاركة أم وكالة أن خسارة النقص في رأس المال يتحملها رب المال وحده، وأما العامل فخسارته تقع في عمله بدون أجر. فرب المال يقدم المال وفي حال الخسارة يخسر المال، والعامل يقدم العمل وفي حال الخسارة يخسر قيمة هذا العمل.

ولا خلاف بين الفقهاء أن يد العامل على رأس المال يد أمانة، سواء أكان مضارباً أم وكيلاً بأجر، فلا يضمن خسارة المال أو نقصانه أو هلاكه إلا في حال تعديه أو تفريطه؛ ذلك أن العامل نائب عن رب المال في اليد والتصرف وذلك يستوجب أن يكون هلاك المال أو خسارته في يده كهلاكه أو خسارته في يد صاحبه؛ لأنه قبضه بإذنه، ولأن الأصل براءة ذمة العامل من الضمان، ومن كان كذلك فلا يسوغ تضمينه إلا بأمر من الشارع¹.

وأما الحماية فيراد بها هنا: وقاية المال من النقص. والغالب في تعبير الفقهاء استخدام لفظ "السلامة" أو "الوقاية" بدلاً من لفظ الحماية، ومنه قولهم في المضاربة: لا ربح إلا بعد سلامة رأس المال. وقالوا: الربح وقاية لرأس المال، ومعنى ذلك: أن الربح لا يتحقق في المضاربة ولا يحكم بظهوره حتى يستوفى رأس المال؛ لأنه الأصل الذي يبنى عليه الربح².

¹ البحر الرائق 313/6 البهجة شرح التحفة 217/2 ميارة على العاصمية 131/2 المغني 76/7.

² انظر: المبسوط 102/22، رد المحتار 447/8، شرح الخرشبي 216/6، القوانين الفقهية ص 211، روضة الطالبين 136/5، نهاية المحتاج 236/5، المغني 165/7، شرح المنتهى 333/2، المحلى 248/8.

وحماية المال بهذا المعنى مطلوبة شرعاً، سواء من قبل رب المال أو العامل. وهي تدخل ضمن مقصد (حفظ المال) وهو أحد المقاصد الضرورية التي جاءت الشريعة برعايتها وحفظها. ولهذا جاء الأمر من الشارع في العقود التي تكون عرضة لنوع من المخاطر باتخاذ الأسباب التي يتجنب فيها تلك المخاطر، ففي البيع الآجل مثلاً، حيث يكون الاستثمار عرضة للمخاطر الائتمانية أمر الله تعالى بكتابته، وتوثيقه، والإشهاد عليه، وأخذ الرهون، فقال سبحانه وتعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدينٍ إلى أجلٍ مسمى فاكذبوه"¹ وقال: "وأشهدوا إذا تبايعتم"² وقال: "وإن كنتم على سفرٍ ولم تجدوا كاتباً فرهانٌ مقبوضةً"³.

ومما جاء في هذا الباب ما روى ابن عباس -رضي الله عنهما- أن العباس كان إذا دفع مالاً مضاربة اشترط على صاحبه ألا يسلك به بجرأً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به ذات كبدٍ رطبة، فإن فعل ذلك ضمن، فبلغ شرطه النبي -صلى الله عليه وسلم- فأجازه⁴. فما شرطه العباس -رضي الله عنه- نوع من الحماية عن المخاطر الاقتصادية، ولذا نص الفقهاء على تحريم طلب رب المال من العامل رهناً أو كفيلاً يضمن له الخسارة لأن هذا نوع ضمان، وأجازوا ذلك إذا كان لضمان ما يضيع من ماله أو يتلف بسبب تعدي العامل أو تقصيره؛ لأن هذا نوع حماية⁵.

علاقة الحماية بالتحوط:

تختلف الحماية بمفهومها الشرعي عن التحوط بمفهومه التقليدي، وذلك من أوجه:
الأول: أن الحماية تكون من خلال إبرام عقود على سلع حقيقية، بينما التحوط يكون بتبادل المخاطر دون وجود بيوع حقيقية.

¹ سورة البقرة الآية (282).

² سورة البقرة الآية (282).

³ سورة البقرة الآية (283).

⁴ أخرجه الطبراني في الأوسط ص 175، والدارقطني 87/3، والبيهقي 111/6، من طريق أبي الجارود عن حبيب بن يسار عن ابن عباس -رضي الله عنهما-. وأبو الجارود قال فيه الدارقطني وغيره: ضعيف. انظر: التلخيص الحبير 85/3، التعليق المغني على الدارقطني 87/3.

⁵ الكفاية 313/6 مواهب الجليل 360/5 الفروع 240/4.

والثاني: الغرض من الحماية الحفاظ على سلامة الاستثمار، بينما التحوط لغرض المقامرة على تقلبات الأسعار في المستقبل؛ ولذا فإن معظم هذه العقود تتم تسويتها قبل موعد التسليم. والثالث: لا تصح الحماية بعقود يكون فيها العوضان مؤجلين؛ لما في ذلك من الغرر الفاحش، بينما هذا هو الأكثر في عقود التحوط. والرابع: لا تصح الحماية بالبيع المعلقة على المستقبل، بينما عقود التحوط قد تكون كذلك.

علاقة الحماية بالضمان:

تختلف حماية رأس المال عن ضمانه من وجهين:

الأول: أن الحماية بذل عناية وأما الضمان فهو التزام بغاية، فالحماية يقصد منها بذل الأسباب لوقاية رأس المال من النقصان، ثم قد تتحقق تلك الغاية وهي سلامة رأس المال وقد لا تتحقق، وأما الضمان فالمقصود منه الالتزام بالنتيجة وهي تحمل أي نقص يكون في رأس المال، سواء أكان النقص بسبب قصور في الأخذ بالأسباب أم لم يكن لقصور فيها.

والثاني: أن الأصل في ضمان العامل رأس المال المنع؛ لأن المال مضمون على مالكه، وهو رب المال، ولا يضمن العامل إلا في حال تعديه أو تفريطه، وأما حماية المال فالأصل فيها الوجوب؛ إذ يجب على العامل أن يحمي رأس المال من التلف والخسارة؛ لأنه مؤتمن عليه. وبناء على ما سبق فيمكن للمؤسسة المالية الإسلامية بدلاً من الأخذ بأدوات الضمان أو التحوط أن تأخذ بأدوات الحماية مما يحقق قدراً كبيراً من المواءمة بين الضوابط الشرعية والتنظيمات الرقابية، مع الأخذ بالضوابط الآتية:

- 1- أن تكون الحماية لأغراض المحافظة على سلامة المال وليس لأجل المقامرة على فروقات الأسعار (speculation).
- 2- أن تكون الحماية من خلال إبرام عقود على سلع حقيقية بحيث يتحمل العاقد مخاطر ملكية السلعة وينتقل إليه ضمانها ولو لفترة قصيرة، فلا يصح أن يتم الاتفاق على تسوية الالتزامات الدائنة والمدينة بين الطرفين من دون عقود حقيقية.
- 3- لا تجوز أدوات الحماية التي تكون مبنية نعلى عقود مستقبلية، ويجوز إذا كانت بوعد من طرف واحد.

- 4- لا تجوز أدوات الحماية التي يكون الغرض منها تضمين مدير الاستثمار إن لم يتعد أو يقصر؛ لأن ذلك يفرغ عقد الاستثمار من مضمونه، ويجوله إلى عقد قرض.
- 5- ألا تكون الحماية بعقد محرم. وأصول المعاملات المحرمة ترجع -في الغالب- إلى أحد أمرين: إما الربا، وإما الغرر. والأول محرم لما فيه من الظلم، والثاني محرم لما فيه من الجهل، وكلاهما من أكل المال بالباطل.
- 6- في الحماية المشتركة بين أطرف يجب أن تكون الحماية بالتساوي على جميع المشتركين في الصندوق أو المحفظة الاستثمارية، كل بحسب رأس ماله، فلا يصح أن يتحمل بعض المستثمرين من المخاطر أكثر من البعض الآخر، أو أن يعفى بعضهم من تحمل المخاطر؛ لأنهم شركاء فيما بينهم. ومن القواعد المتفق عليها بين أهل العلم في باب الشركات: "أن الوضعية على قدر المال"¹.

المبحث السادس

المواءمة بين الضوابط الشرعية والمبادئ الرقابية في المعايير المحاسبية

تفصح المؤسسات المالية الإسلامية -كغيرها من الشركات- عن نشاطها المالي من خلال القوائم المالية التي تعتمد على معايير محاسبية محددة تظهر أصول المنشأة والمطلوبات التي عليها في لحظة ما في قائمة المركز المالي، كما تظهر الإيرادات والمصروفات والتدفقات النقدية والتغيرات في حقوق الملكية خلال فترة محددة.

ولكون هذه المعايير المحاسبية قد وضعت أساساً لقياس التعاملات التقليدية فتواجه المؤسسات المالية الإسلامية إشكالات متعددة من الجهات الرقابية في طريقة الإفصاح عن تعاملاتها الإسلامية؛ لكونها تختلف في الحقيقة والآثار عن المعاملات التقليدية فكان لزاماً أن ينعكس هذا الاختلاف في قوائمها المالية، وهذا ما لا تقبل به بعض الجهات الرقابية وتعاملها كما لو كانت المعاملة تقليدية.

وأضرب لذلك بعض الأمثلة:

¹ بدائع الصنائع 77/6 حاشية الدسوقي 354/3 تحفة المحتاج 291/5 المغني 22/5.

1- ودائع المضاربة لدى المصارف الإسلامية تصنفها بعض الجهات الرقابية محاسبياً ضمن المطلوبات في المركز المالي كالودائع الآجلة في البنوك التقليدية، وهما مختلفان حقيقةً وأثراً، فالودائع الآجلة التقليدية مضمونة على البنك فمن الطبيعي أن تصنف ضمن المطلوبات؛ لأنها تعد ديناً في ذمة البنك، بينما ودائع المضاربة غير مضمونة على المصرف ويده عليها يد أمانة، بل لا يجوز شرعاً أن يضمها فالواجب أن تظهر خارج مركزه المالي (Off Balance Sheet). وكون المصرف يتطوع بتعويض المودعين في حال الخسارة أو النقص لا يجعل ذلك التزاماً عليه؛ ولذا نص بعض فقهاء المالكية على جواز تطوع العامل بضمان رأس مال المضاربة بعد العقد مع اتفاقهم على تحريم اشتراط ذلك في العقد؛ لأن المحظور هو الالتزام بالتعويض وليس التعويض ذاته. قال في حاشية الدسوقي: ((وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف))⁽¹⁾. وقاسوا جواز ذلك على ما إذا تطوع الوديع والمكتر بضمان ما بيده إذا كان هذا التطوع بعد تمام العقد⁽²⁾، وجمهور المالكية على التحريم حتى ولو تطوع بالضمان بعد العقد لأنه يكون متهماً برغبته في استدراج رب المال وإبقاء رأس المال بيده⁽³⁾.

والمقصود أن ودائع المضاربة تختلف في طبيعتها وآثارها عن الودائع الآجلة فكان لزاماً أن ينعكس هذا الاختلاف في القوائم المالية.

2- الأموال في صناديق التأمين التكافلي تعامل وفق بعض معايير المراجعة كأقساط التأمين التجاري، وتطالب شركة التأمين التكافلي بأن تصنفها ضمن المطلوبات في قائمة المركز المالي لشركة التأمين، والواقع أنها لا تعد التزاماً على الشركة؛ لأن شركة التأمين التكافلي وكيل بأجر عن حملة الوثائق، وهذا ما ينص عليه عقد التأمين، ويد الوكيل - وإن كان بأجر - يد أمانة لا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط باتفاق الفقهاء⁽⁴⁾. قال في الوجيز: ((ويده -

(1) حاشية الدسوقي 520/3 حاشية العدوي 206/6 .

(2) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني 323/6 .

(3) شرح الزرقاني مع حاشية الرهوني 323/6 .

(4) المبسوط 49/19، تبصرة الحكام 384/1، مغني المحتاج 54/3، الإنصاف 537/13 .

أي الوكيل - يد أمانة في حق الموكل حتى لا يضمن سواء كان وكيلاً يجعل أو بغير جعل))⁽¹⁾.

وفي شرح المنتهى: ((والوكيل أمين لا يضمن ما تلف بيده بلا تفريط، لأنه نائب المالك في اليد والتصرف، فاهلاك في يده كاهلاك في يد المالك، كالمودع والوصي، ونحوه، سواء كان متبرعاً أو بجعل))⁽²⁾. ولو شرط الضمان عليه في العقد، فالشرط فاسد؛ لأن الأمانة لا تصير مضمونة بالشرط. قال في البحر الرائق: ((اشتراط الضمان على الأمين باطل))⁽³⁾. فإذا كانت هذه الأموال غير مضمونة على الشركة فإن من المفترض ألا تصنف ضمن مطلوباتها وأن تظهر خارج مركزها المالي، كالصناديق الاستثمارية التي تديرها شركات الاستثمار.

3- الأصول المؤجرة إيجاراً منتهياً بالتملك لا تظهر محاسبياً ضمن أصول المؤجر، وإنما تصنف في المركز المالي للمؤجر ضمن بند المدينين، وتظهر بقيمة الدفعات المتبقية، أي أن المعايير المحاسبية تعاملها كالبيع بالتقسيط، مع أن بين العقدين فروقاً متعددة. من أبرزها:

- أن الأصول المؤجرة في الإيجار المنتهي بالتملك في ملك المؤجر فترة الإجارة باتفاق الفقهاء القائلين بجواز هذا العقد، وضمان هلاك هذه الأصول عليه، بينما البيع بالتقسيط تنتقل فيه ملكية المبيع فور إبرام العقد من البائع إلى المشتري مع بقاء الأقساط في ذمة المشتري.

- دفعات الإجارة تعد ديناً غير مستقر؛ إذ لو لم يتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة لقوة قاهرة ونحو ذلك فتسقط الدفعات التي تقابل المنفعة الفائتة، بخلاف أقساط بيع التقسيط فهي دين لازم في ذمة المشتري لا تسقط بهلاك المبيع في يده.

ولذا فإن معاملة عقود الإجارة المنتهية بالتملك محاسبياً كبيع التقسيط لا يخلو من الخلل.

(1) الوجيز 60/11، مع فتح العزيز .

(2) شرح المنتهى 315/2 .

(3) البحر الرائق 274/7، وانظر : المهذب 177/14، مع تكملة المجموع، مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص 387 .

ولتحقيق الموازنة في هذا الجانب وتحرير موضع التعارض فيه، أرى أن الإشكال ينحصر في الإفصاح المحاسبي عن المعاملة وليس في قياسها أو الاعتراف بها، وبيان ذلك أن المعايير المحاسبية على ثلاثة أنواع:

- معايير لقياس المعاملة
- ومعايير للاعتراف بها
- ومعايير للإفصاح عنها.

وليس ثمة تعارض يذكر بين معايير القياس والاعتراف مع الضوابط الشرعية؛ لأن هذه المعايير مبنية على أسس فنية صرفة، وهي نتاج خبرات متراكمة، والشريعة تحكم قول أهل الخبرة فيما هو من اختصاصهم، كما في جزاء الصيد، قال تعالى: "ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم يحكم به ذوا عدل منكم". (المائدة: الآية 95). وما يتوهمه البعض من أن الاعتماد على الأساس الاستحقاقى للاعتراف أو للقياس لا أصل له في الشريعة وأن المعتبر هو الأساس النقدي فقط، غير صحيح؛ فقد نص أهل العلم على أن الربح شرعاً ما زاد على رأس المال نقداً كان أم ديناً؛ وذكروا في باب الزكاة أن الدين الذي على مليء في حكم المقبوض وتجب فيه الزكاة، فعن عثمان -رضي الله عنه- أنه كان يقول: ((إن الصدقة تجب في الدين الذي لو شئت تقاضيته من صاحبه، والذي على مليء تدعه حياً، أو مصانعة ففيه صدقة))⁽¹⁾.

وعن جابر -رضي الله عنه- قال: ((أي دين ترجوه فإنه تؤدى زكاته))⁽²⁾.

وعن -ابن عمر - رضي الله عنهما- قال: ((وما كان من دين ثقة فزكه))⁽³⁾.

وهذه جميعها تتوافق مع الأساس الاستحقاقى.

وأما معايير الإفصاح فلا تخلو من بعض الإشكالات الشرعية إما للجهل بالعقد الإسلامي وآثاره والفروق بينه وبين العقد التقليدي، أو لأن المعايير المحاسبية تنظر إلى نتيجة العقد بغض النظر عن شكله التعاقدى، فيتم الخلط في الإفصاحات بين عقود التمويل الإسلامي والعقود التقليدية، فنجد مثلاً تسمية عقد المراجعة قرضاً، وعوائد الودائع الإسلامية فوائد، ومن هذا

(1) الأموال لأبي عبيد ص 435.

(2) المصنف لابن أبي شيبه 53/3، الأموال 436.

(3) المصنف 53/3، الأموال ص 436.

القبيل إدراج ودائع المضاربة وصناديق التكافل ضمن المطلوبات وإدراج الإيجار التمويلي ضمن المدينين، فالقضية إذن خلل في الإفصاح لا في المضمون؛ ولا يترتب عليها خلل عقدي، فالودائع وأموال التكافل تبقى غير مضمونة على المؤسسة وإن أدرجت محاسبياً ضمن مطلوباتها؛ لأن المعبر في ذلك هو ما في العقد، وإدراجها ضمن المطلوبات لكونها في عهدة المؤسسة، وكذلك الحال في الإيجار المنتهي بالتمليك لا يترتب على إدراجه ضمن بند المدينين تغيير في حقيقته الشرعية؛ فالأصول المؤجرة تبقى في ملك المؤجر اعتباراً بالعقد، والإفصاح عن الدفعات الإيجارية لأن هذه المعلومة - في نظر واضعي تلك المعايير - هي ما تعني المستثمر العادي، وهذا ما يؤكد إطار المفاهيم للمعايير المحاسبية.

ولتحقيق المواءمة في هذا الجانب ودفع اللبس أرى ضرورة أن يكون للعقود الإسلامية إفصاحات خاصة بها تبين حقيقتها وآثارها وأن تخاطب هيئة المعايير الدولية لإدراج هذه الإفصاحات ضمن معاييرها، وهذا ما تعمل عليه بعض الجمعيات المحاسبية حالياً. والله أعلم

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

د. يوسف بن عبد الله الشبيلي

