

وزارة الأوقاف الكويتية ندوة مستجدات الفكر الإسلامي الحادية عشرة

الاجتهاد بتحقيق المناط

(فقه الواقع والتوقع)

الكويت 18-20/2/2013

ورقة بعنوان

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون

د. وليد مصطفى شاويش

رئيس قسم الاقتصاد والمصارف الإسلامية

جامعة العلوم الإسلامية العالمية

المملكة الأردنية الهاشمية

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمية والصلاة والسلام على سيد الأولين والآخرين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد فإن موضوع صكوك التمويل الإسلامي يعد موضوع الساعة في مجال الاقتصاد الإسلامي، وقد تباينت الآراء فيها بين مجيز لها شرعا ومانع، وبالرغم من الحجم الكبير للتمويلات في مجال الصكوك الإسلامية، فإن المسيرة الفقهية العلمية ما زالت توظف لمبادئ الصكوك، وهي أفضل حالا من التقنيات المحلية التي ما زال كثير منها في طور المسودات، وبعضها صدر حديثا، مما يدعو إلى التساؤل كيف يمكن أن تحدد الحقوق والالتزامات في صكوك التمويل الذائعة التطبيق شرقا وغربا دون نضوج التأطير الفقهي والقانوني؟ وكيف يمكن للقانون والفقه أن يحل الإشكالات في التطبيق والممارسة، لاسيما مع ظهور بعض الإخفاقات للصكوك؟.

وبناء على أن الحكم على شيء فرع عن تصوره، فلا بد عندئذ من تحقيق المناط الذي يتعلق به الحكم الشرعي، بمعنى توصيف الواقعة محل البحث توصيفا دقيقا، ثم بعد ذلك تنزيل الحكم الشرعي عليها، فمحل البحث يمثل مدرج الطائرة، والحكم الشرعي هو الطائرة، والفقيه هو قائد الطائرة الذي ينزل بالحكم في محله الصحيح، وإلا فإن محاذير كثيرة ستحدث إذا كان ثمة خطأ في تشخيص الطيار للمدرج، والتبس عليه المدرج المعد لهبوط طائرته، بالطرق السريعة المعدة للسيارات، لأن التشابه بين المدرج والطريق السريع كبير جدا والفرق بسيط جدا من حيث ظاهرهما، ولكن عدم التمييز بينهما في حقيقتهما يؤدي إلى كارثة.

إذ يمثل تحقيق المناط الرابطة التي تربط بين النص المطلق الثابت العابر للزمان والمكان، وبين الواقع المتغير بصفة دائمة، فتحقيق المناط يمثل تنزيلا للحكم الثابت بعد اكتشاف الواقع وتوصيفه وصفا دقيقا في نفسه، ثم الملاءمة بينه وبين الحكم الشرعي في فقه المناسبة بين الحكم والواقع.

وبما أن الحكم قد ثبت شرعا في حلية البيع وحرمة الربا، بقي جل العمل في هذا الحقل في توصيف الواقع، وبيان مدى ارتباطه وعلاقته بالحكم الثابت، فعلى سبيل المثال

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شلاويش

قضت النصوص الشرعية بأن الزكاة للفقير والمصارف الأخرى التي حددتها الآية الكريمة في مصارف الزكاة، ولكن وصف الفقير متغير، حيث تغيرت الحاجات الأصلية للإنسان في عصرنا هذا عن العصور السابقة، فالكهرياء مثلا لم تشكل عنصرا من عناصر الحاجات الأساسية سابقا، لكننا في هذه الأيام لا نجد بدا من اعتبارها حاجة أصلية، تضاف إلى قائمة الحاجات الأصلية التي يقر العرف بأنها حاجة أصلية.

كما أن الدراسات الاقتصادية في هذا المجال أصبحت معنية بالواقع الاقتصادي للمجتمع في ضبط خط الفقر في المجتمع وتحديد بهذين حد الكفاية وحد الكفاف، ونجد أن فقهاءنا يضبطون الفقر بمعطيات حد الكفاية وليس حد الكفاف، وهناك دوائر إحصائية عامة يمكنها أن تعطي مؤشرات للفقير، يمكن أن يفاد منها في تحقيق المناط المتعلق بوصف الفقير المستحق للزكاة، ولا يكتفي هذا المؤشر بوصف خط الفقر في بلد واحد، بل يأخذ بالحسبان واقع المدن المختلفة في ذلك البلد بظروفها الاقتصادية المختلفة، فيحدد خط الفقر بحسب المدينة على ضوء تكاليف المعيشة فيها.

إن الحديث عن فقه واقع الصكوك وتحقيق المناط فيها، يعني الحديث عن شأن متشعب في نفسه له أنواعه الكثيرة؛ سواء كانت صكوك استصناع أو مضاربة أو إجارة أو مشاركة وغير ذلك، وفي هذه الحالة فإن الأمر يحتاج إلى تعريف الصك في نفسه ثم بيان أنواعه بحسب الأسماء التي أطلقت عليها، ولكن ذلك لا يعني التسليم بهذه الأسماء لهذه المسميات إلا بعد توصيفها توصيفا دقيقا في إطار فقه الواقع، ثم الكشف عن مدى ملاءمة ذلك الاسم لذلك المحتوى، خشية من الخطأ في تسمية الأشياء بغير أسمائها، بحيث تسمى بأسماء شرعية، ويبنى الحكم الشرعي على العناوين لا على المضامين، ومن ثم يصبح مناط الحكم هو الاسم لا المسمى، وهو خطأ كبير يعتبر تنزيل الحكم الشرعي على وصفه الصحيح.

لذلك تأتي هذه الورقة لبيان حكم الصكوك الممثلة للنقود والديون، والكشف عن وصف الصكوك الأخرى التي سميت بأسماء مختلفة وبيان حقيقتها في الواقع، حيث تعد الصكوك الممثلة للنقود والديون بشكل صريح أهنها تحقيقا، ثم الصكوك التي تبتديء نقودا على شكل رأس مال ثم تؤول إلى المديونية، أما الإشكال الكبير فهو تلك الصكوك التي

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

تتجاذبها العينية والدينية، حيث يطرح السؤال: هي هل تمثل الأعيان فعلا؟ أم تمثل الأعيان في صورة تشوُّها شائبة الدَّينية؟ أم هي تمثل الديون ولكن تشوُّها شائبة العينية؟ وفي ظن الباحث أن هذا النوع الأخير هو أجدر الأنواع بتحقيق مناط الحكم الشرعي فيه، لشدة ترده بين العينية والدينية في ظل التطبيق الاقتصادي والقانوني لصكوك التمويل الإسلامية.

المطلب الأول

الاجتهاد بتحقيق المناط (فقه الواقع)

أتحدث في هذا المطلب عن التعريف بالتصكيك وأنواعه وآلياته ووصف تطبيقه في الواقع، وفيما يأتي بيان ذلك.

أولاً: التعريف بالتصكيك:

1- مفهوم تصكيك الأصول:

تمثل الأصول الجانب الدائن المقابل للخصوم في الشركات والمؤسسات المالية، ولكن هذه الأصول قد تمثل أعيانا كالمباني والأثاث والسيارات وغيرها، وقد تمثل حقوقا للشركة على الغير كالديون على الغير سواء كانت رأس مال الدين، أو فوائد الدين، أو أثمان سلع مبيعة للغير.

ومعنى تصكيك الديون جعل الدين المؤجل في ذمة الغير من تاريخ ثبوته في ذمة المدين إلى حين حلوله صكوكا قابلة للتداول في سوق ثانوية¹، ومن ثم فإنه يصبح بعد طرحه في السوق الأولية إلى نقود، هي في الحقيقة ثمن لذلك الدين على المدين، ومن ثم يصبح الصك ورقة مالية قابلة للتداول في السوق المالي، أما تصكيك الأعيان فهو تقسيم هذه الأعيان تقسيما اعتباريا إلى وحدات متساوية، تمثلها صكوك تطرح للتداول.

2- آلية التصكيك:

تبدأ عملية التصكيك من رغبة شركة لها أصولها، سواء كانت تلك الأصول ديونا أم أعيانا، بطرح تلك الأصول للبيع للجمهور بواسطة شركة تنشأ لهذا الغرض الخاص، حيث تقوم الشركة المنشئة وأحيانا تسمى الشركة الأم، بنقل ملكية تلك الأصول إلى الشركة ذات الغرض الخاص التي تقوم بدورها ببيع تلك الأصول للجمهور على شكل وحدات

¹ السوق الأولية هي سوق الإصدار أما السوق الثانوية فهي سوق التداول.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شلاويش

متساوية القيمة، وتمكن الشركة المنشئة من توفير سيولة لها عن طريق نقل تلك الأصول للشركة ذات الغرض الخاص، من خلال رأس المال الناجم من حصيلة بيع تلك الصكوك، وتقوم الشركة المنشئة بتسجيل الأصول المحوَّلة إلى الشركة ذات الغرض الخاص في ميزانيتها تحت عنوان بند خارج الميزانية، ويكون ريع أصحاب الصكوك من فوائد الديون أو التدفقات النقدية، أو أجرة المبنى - على فرض ثبوت الملكية للعين المصككة من الناحية الشرعية-، التي تحصلها الشركة ذات الغرض الخاص، وتقوم بتحويلها إلى حملة الصكوك.

ثانيا: أنواع التصكيك للأصول:

1- تصكيك الديون: وهو على أنواع:

أ- تصكيك رأس مال الدين: وهو تصكيك ما تمنحه المؤسسات الممولة من قروض للعملاء لشراء العقارات والسيارات وغيرها من الأعيان، وفي الغالب لشراء العقارات فيما أصبح يعرف بالرهن العقاري، وكذلك ما تمنحه من ديون بواسطة بطاقات الائتمان.

ب- تصكيك تدفقات الفوائد المستقبلية:

وهي عبارة عن تصكيك الفوائد التي ستُستحق للمصكِّك، دون أصل القرض أو الدين، ويكون باستعمال الفوائد المقررة على القروض، ويكون حق حملة الأوراق المالية هو قبض هذه الفوائد تباعا عند استحقاقها حتى نهاية أجل استحقاق القرض.

ج- تصكيك مستحقات متوقعة:

كمثل تاجر مرتبط بعقود تصدير بمبالغ كبيرة، وسوف يستمر تنفيذ العقد سنوات على أن يتسلم مستحقاته مقسطة خلال هذه السنوات، فيتفق مع شركة تصكيك على نقل هذه المستحقات المتوقعة وإصدار أوراق مالية بها، هي الصكوك.

د- توريق أدوات التمويل:

من مشاركات ومضاربات، ممثلة في حصة المؤسسة البادئة للتوريق في رأس مال هذه الأدوات عن طريق الاتفاق مع شركة التوريق التي تقوم بطرح قيمة التمويل في صورة أوراق مالية (صكوك مشاركة أو مضاربة) ليشتريها المستثمرون والذي يكون من حقهم الحصول على حصة من العائد المحقق، إضافة إلى أصل رأس المال، ويمكنهم تداولها بالبيع في السوق الثانوية.

2- الصكوك الممثلة لرأس المال الآيلة للمديونية:

في هذا النوع من الصكوك تبدأ العلاقة بين أطراف التصكيك لجميع رأس مال يكون مملوكا لهم، وهو حصيلة الاكتتاب، لكن لا يلبث أن يتم تحول رأس المال هذا إلى دين على جهات أخرى، وفيما يأتي مزيد من توضيح هذه الأنواع:

أ- صكوك المرابحة: حيث تجمع أموال لشراء سلع ثم يبيعها مرابحة، حيث يستلم المشتري السلعة، ويبقى الثمن دينا مُنحَمًا إلى آجال محددة متفق عليها، مما يعني أن هذه الصكوك في نهاية الأمر أصبحت تمثل ديونا على مشتري السلع، بعد أن مثلت رأس مال اشترت به السلع، ولكن الإشكال في أن تسمية هذه الصكوك بالمرابحة يوهم بأنها جائزة من حيث التسمية، ولكن الاجتهاد بتحقيق المناط في واقع الأمر أن الصكوك آيلة إلى ديون، وينبغي أن يتعامل بها كدين على المشتريين، وتخضع في تبادلها شرعا لأحكام الدين، من حيث المبادلة والتربح منها.

ب- صكوك السلم: وتكون لتمويل رأس مال السلم، ثم تصبح السلع المسلم فيها ديونا لحملة الصكوك على المسلم إليهم، بمعنى أن الصك يمثل دينا هو المسلم فيه في ذمة المسلم إليهم، وهي هنا تخضع لأحكام المسلم فيه من حيث هو دين على المسلم إليه، ويبيعه قبل قبضه.

ج- صكوك الاستصناع: وهي تشكل رأس مالٍ لاستصناع سلع، ثم تكون السلع المتصنعة دينا في ذمة البائع لصالح المستصنع وهو حملة الصكوك.

ثالثا: الحوار والمناقشة:

1- فقه الواقع والتوقع في صكوك المرابحة:

فقه الواقع:

إن صكوك السلم والاستصناع لا تمثلان نقدا على النحو الموجود في المرابحة التي آلت فيها الموجودات إلى نقود ثابتة في ذمة الأمر بالشراء لصالح حملة الصكوك، ومن ثم ستكون الصكوك في المرابحة ممثلة للنقد فقط، ويبيعها بالنقد لا يصح إلا بشرط عقد الصرف لأنها نقد بنقد، ولكن هذا يتصور في النقود المتحصلة فعلا من المدينين، أما النقود في الذمة ولم

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

تحل آجالها فإن مبادلتها متعذرة من الناحية الشرعية أصلا لعدم إمكان قبضها، ولكن يمكن فسخ الدين بعد حلول أجله بثمن مخالف لما في الذمة بشرط الحلول مع اشتراط التقابض في المجلس، وهو أمر لا ينسجم في تطبيقه مع واقع التعامل بالصكوك التي تقوم على أساس التداول.

وقد قرر المجمع الفقهي العشرين لسنة 2012، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، نصا على تطبيق أحكام الصرف والدين على الأوراق الممثلة للدين، في نص القرار 188(20/3)، حيث نص على الآتي: “إذا تمحضت موجودات الورقة المالية للنقود والديون فيخضع تداولها لأحكام الصرف ويبيع الدين”.

فقه التوقع:

ويترتبت على تبادل صكوك المراجعة جميع الآثار السلبية المترتبة على السندات لاجتماعهما في التعبير عن المديونية، وإن اختلف سبب المديونية في السندات الربوية وهو القرض، وسبب المديونية في المراجعة هو البيع، لكنهما في النتيجة دين ولا تجيز الشرعية الاسترباح من الديون.

2- فقه الواقع والتوقع في صكوك السلم والاستصناع:

فقه الواقع في صكوك السلم والاستصناع:

أما الصكوك الممثلة للسلع كالسلم والاستصناع، فإنه يتصور تداولها على جواز بيع المسلم فيه قبل قبضه من حيث الابتداء، على مذهب المالكية في إجازة بيع المبيع قبل قبضه في غير الطعام، ولكن مذهب المالكية في هذه المسألة على فرض جواز بيع غير الطعام قبل قبضه ليس على إطلاقه، بل ثمة شروط لا بد من مراعاتها، وقد نص عليها الدردير بقوله: “وجاز قضاؤه [يعني المسلم فيه] ولو قبل الأجل (بغير جنسه) أي المسلم فيه بشروط أربعة ذكر المصنف منها ثلاثة، أولها قوله (إن جاز بيعه) أي المسلم فيه (قبل قبضه) كسلم ثوب في حيوان فأخذ عنه دراهم إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه، وثانيها قوله (و) جاز (بيعه) أي المأخوذ عن المسلم فيه (بالمسلم فيه مناجزة) كدراهم في ثوب أخذ عنه طشت نحاس إذ يجوز بيع الطشت بالثوب يدا بيد ولو قال بالمأخوذ ليكون ضمير بيعه عائدا على المسلم فيه لسلم من تشتيت الضمير، والثالث قوله (وأن يسلم فيه) أي في المأخوذ (رأس المال) كالمثال

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شلاويش

المتقدم إذ يجوز سلم الدراهم في طشت نحاس ، والرابع أن يعجل المأخوذ ليسلم من فسخ دين في دين² ، وجاء في حاشية العدوي: “قوله : مضمونا في الذمة [كشروط في المسلم فيه] قال في الذخيرة : احترازا من بيع الدين الذي يتأخر قبضه فإنه لا يجوز؛ لأنه يهلك قبل قبضه فيدور بين السلفية، والتمنية³ .

وقد أباح بيع المسلم فيه قبل قبضه بشروط السادة الحنابلة وابن المسيب في قول، في غير المكييل والموزون، وفي المكييل والموزون إن بيع جزافا⁴، وفي الكافي: “ولا يجوز بيع السلم قبل قبضه ؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، وعن بيع ما لم يضمن، ولا تجوز التولية فيه، ولا الشركة، ولا الحوالة، لأنه إنما تجوز بدين مستقر⁵، وشروط الحنابلة في هذا الأمر لا تسعف تبادل صكوك السلم والاسترباح لا اشتراطهم الشروط الآنف ذكرها بالنص.

جاء في الإنصاف: “ (ولا يجوز بيع المسلم فيه قبل قبضه) . هذا المذهب . وعليه الأصحاب . وقطع به أكثرهم . وفي المبهج وغيره رواية : بأن بيعه يصح . واختاره الشيخ تقي الدين رحمه الله . وقال : هو قول ابن عباس رضي الله عنهما . لكن يكون بقدر القيمة فقط . لئلا يربح فيما لم يضمن⁶ ، وهذا يعني أنه وإن أجزى بيع المسلم فيه قبل قبضه لا يجوز الاسترباح منه مما يعني أن صك السلم هو وثيقة بدين وليس أداة استرباح واستثمار قابلة للتداول في السوق الثانوية. وفي إطار الخلافات السابقة فإن تصكيك ديون السلم أمر لا يسلم من النقد الفقهي نظرا لأنه استرباح بالدين على فرض جعله أداة للاستثمار. وواضح أيضا أنه من الصعوبة بمكان تصفية المسلم فيه، وغالبا أن يكون رأس مال السلم نقودا، ثم تتم تصفية المسلم فيه بالنقود التي هي أصلا رأس مال السلم، وتصبح

2 الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، القاهرة: دار إحياء الكتب العربية، (220/3).

3 حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر، (178/2)

4 البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع بشرح زاد المستقنع، تحقيق : محمد عبد الرحمن عوض، دون مكان النشر، دار الكتاب العربي، ط1، 1417 هـ / 1996م، (266) ، هاشم جميل عبد الله، فقه الإمام سعيد بن المسيب، بغداد، رئاسة ديوان الأوقاف بالجمهورية العراقية، ط1، 1395هـ/1975م. (3/14) فما بعدها) ؛ وأيضا العراقي، زين الدين أبي الفضل عبد الرحيم بن الحسين وولده أبو زرعة، طرح التثريب في شرح التقریب، دار الفكر العربي، بدون رقم الطبعة ومكانها وتاريخ نشرها، (113/5) .

5 ابن قدامة، أبو محمد موفق الدين عبد الله، الكافي في فقه الإمام المجلد أحمد بن حنبل، بيروت، المكتب الإسلامي، ط2، 1399هـ/1979م، (120/2)

6 علاء الدين أبو الحسن بن سليمان المرادوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث العربي ، (108/5).

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شلاويش

الحصيلة أن رأس مال السلم نقود، وآل إلى أن يكون نقودا عند تصفية المسلم فيه لأن الصكوك تتبادل بالنقود، وعلى هذا يصعب جدا الاستفادة من التصكيك بناء على مذهب المالكية في جواز بيع المبيع قبل قبضه ما لم يكن طعاما، إضافة إلى أن المالكية يعاملون المسلم فيه معاملة الدين، ولهم شروطهم في تصفية الدين مما يجعل دين السلم غير صالح للتصكيك بناء على الاجتهاد المالكي نفسه، ومنها أن ما كان فيه حق توفية لا يجوز بيعه قبل استيفائه على الشرط المنصوص في عقد السلم، وبما أن السلم موصوف في الذمة لا يجوز لصاحب رأس مال السلم أن يبيعه قبل أن يستوفيه، ويبقى ضمان المسلم فيه على عاتق المسلم إليه وليس لرب السلم أن يستريح ببيع المسلم فيه لأنه ربح ما لم يضمن.

فقه التوقع في سندات السلم والاستصناع:

بالإضافة إلى بعض الآراء التي تجيز ذلك بشرط أن لا يكون بيعه من المسلم إليه أو الصانع، إلا أنه لا بد من النظر في مآل بيع المسلم فيه قبل قبضه، كصكوك النفط مثلا في حال اكتمال شروط المسلم فيه، على فرض اعتبار تداول صكوك السلم وسيلة لإدراج الربح، وما يمكن أن يؤدي ذلك إلى المضاربات على هذه السلعة الحيوية، التي لا تقل حيوية عن طعام الناس اليوم، حيث أصبحت سلعة استراتيجية، وربما يؤدي فتح باب المضاربة عليها ببيع صكوكها قبل القبض إلى زيادة سعرها والإضرار بجمهور المجتمعات ذات الاقتصادات المتواضعة.

فعلى سبيل المثال بعد طفرة ارتفاع أسعار النفط في شهر يوليو، 2008، سعى مجلس الشيوخ الأميركي إلى العمل على الحد من المضاربات التي رفعت الأسعار، وأن هذه المضاربات كانت مسؤولة عن زيادة في سعر النفط من 40-60%⁷، بمعنى أن هذه الكلفة تقترب من 50% من ثمن السلعة، وربما يؤدي هذا الارتفاع إلى فتح الباب للتعامل بصكوك السلم قبل القبض، فلا تعني سلامة البناء الفقهي -على فرض صحته وهو بعيد- لتصرف ما أن يبقى جائزا على أصله، ولو أدى ذلك إلى إدخال الحرج على الناس عامة، بحيث

(7) فاينانشال تايمز، July 25 2008. يجب الحد من المضاربات على السلع.

By Joe Lieberman, Susan Collins and Maria Cantwell, Commodity speculation must be curbed. <http://www.ft.com/cms/s/0/1a083616-5a3a-11dd-bf96-000077b07658.html>

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

تتحول مدخراتهم البسيطة أرباحاً رأسمالية متراكمة في جيوب المضاربين من ملاك الصكوك
المليئين.

وبناء على هذا المآل وهذا المقصد فإن عدم جواز بيع صكوك السلم قبل قبضه هو
الأليق بهذا المقصد، لاسيما وأن الفقهاء عندما كانوا يتحدثون عن حالة فردية في بيع المبيع
قبل قبضه، أما في أمر صكوك السلم فإن بيع صكوك السلم قبل قبضها ستصبح حالة
نمطية على نطاق الجمهور، لها أثرها السلبي الواسع في الاقتصاد الكلي، وبعد حين يمكن
أن تتطور إلى محاذير شرعية أخرى، كعقود خيارات يتم فيها فسخ السلم والصلح عن المسلم
فيه بضمن حال، مما يؤدي إلى حالة من الصورية في التعاقد والممارسة، مما يخرج السوق عن
نمطها الإسلامي حيث تتقابل الحاجات فعلاً مع الطلب الفعلي، إلى حالة من التماهي
والصورية مع أسواق الغرب التي أضحت برأسين مالي رمزي وإنتاجي حقيقي، مما أودى
بالاقتصادات الغربية نفسها، بسبب قوى الشد العكسي بين الرأسين، وبعد أن بُذلت أربع
سنين وتريليوناً الدعم التي ضُخت في جسم الاقتصاد في الولايات المتحدة، وإذا برئيس
الولايات المتحدة ينتقل من الحديث عن الأزمة وحلها إلى الحديث عن مخاوف من الانهيار!

3-تصكيك الأعيان والمنافع:

في هذا النوع من التصكيك تكون الصكوك من وجهة نظر بعض الباحثين
ممثلة للأصل الذي تم تصكيكه، بمعنى أن حملة الصكوك يملكون الأصل، ولكن لا ينبغي
للهيئات الشرعية المصادقة بنعم بمجرد أن صرحت الشركة ذات الغرض الخاص بأن حملة
الصكوك هم مالكون فعليون للعين التي نقلت إليها من المصدر أو المنشيء، بل لا بد من
التحقق من ذلك على ضوء التشريعات القانونية والممارسات الاقتصادية الفعلية للتأكد من
أن حملة الصكوك هم مالكون حقيقيون، وليسوا عابري سبيل في ملكيتهم لأعيان الشركة
محل التصكيك، وبعد الاطلاع على الأطر النظرية والتطبيقية المتعددة لصكوك الأعيان فإن
تحقيق المناط في هاته الصكوك أشد ضرورة منه في الصكوك الممثلة للديون صراحة أو ضمناً
نظراً للتشابه بين الدينية والملكية فيها.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شلاويش

فقه الواقع في صكوك التمويل الإسلامي الممثلة للأعيان

حقيقة الصكوك الممثلة للأعيان بين الملكية والمديونية وواقع تطبيقها

تصوير العلاقة بين الشركة المنشئة والشركة ذات الغرض الخاص وحملة الصكوك:

تقوم الشركة المنشئة التي ترغب بتصكيك أصل من أصولها بإخراج ذلك الأصل العيني وليكن واحدا من المباني المملوكة للشركة من جانب الأصول، ثم تقوم بتدوينه تحت بند خارج الميزانية (Off-balance sheet financing)، وتقوم بنقله إلى الشركة ذات الغرض الخاص التي قد تنشئها الشركة الأصل نفسها أو شركة أخرى، وربما تكون هذه الشركة ذات الغرض الخاص مملوكة للشركة المنشئة، وتقوم الشركة ذات الغرض الخاص ببيع هذه الأصل -وهو المبني في المثال- للجمهور، والقيام بدور الوكالة عنهم في إدارة العين وصيانتها، وقبض غلتها وتوزيعها على حملة الصكوك.

بعد أن يتم تمليك هذا الأصل للجمهور الذين يحملون الصكوك الممثلة لهذا الأصل يتم تأجير هذا الأصل إلى الشركة المنشئة -وهو الأكثر- أو إلى غيرها لمدة ما، وتكون حصيلة الاكتتاب لصالح الشركة المنشئة التي باعت الأصل للجمهور عن طريق الشركة ذات الغرض الخاص، بمعنى أن المبني بقي للشركة ذات الغرض الخاص إلى حين انتهاء أجل الشركة ذات الغرض الخاص التي يصبح من حق الشركة المنشئة أن تسترد المبني عن طريق إطفاء السند أو الصك خلال فترة الشركة المؤقتة بعشر سنين مثلا أو أكثر، وعند انتهاء الأجل تقوم الشركة المنشئة بإطفاء الصكوك بمعنى شرائها من الجمهور لانتهاء شركتهم، ولا يحق لهم بعد الأجل الاحتفاظ بالصك لانتهاء الشركة التي يملكونها وهي الشركة ذات الغرض الخاص التي أقيمت لهذه الغاية، ومن حق الشركة المنشئة أن تسترد الصك بسعر السوق في ذلك الحين.

توقيت الملكية:

فقد أشارت المادة (9) فرع (ب) من قانون صكوك التمويل الإسلامية الأردني 2012، إلى توقيت ملكية الشركة ذات الغرض الخاص إلى حين انتهاء المشروع، أو إطفاء الصكوك على مبدأ "أقرب الأجلين"، ونص القانون: "تستمر ملكية صكوك التمويل الإسلامي باستمرار المشروع، أو إلى حين إطفائها أيهما أسبق"، وقد نص في المادة

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شلاويش

الخامسة عشرة أيضا على الآتي: “يجوز أن يكون لصكوك التمويل الإسلامي متعهد إعادة الشراء، أو متعهد استرداد بما لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها”.

وهو أمر يفتح نقاشا أساسيا وضروريا تركز إليه مشروعية الصكوك نفسها، وهو أن الشريعة لا تعرف الملكية المؤقتة شرطا في عقد البيع، وأن من حق الشركة المنشئة وهي المالك الذي باع الأصل محل التصكيك، أن تتعهد باسترداد الأصل، وقد يشير ذلك إلى وجود لبس بين توقيت الشركة، وتوقيت الملكية، فلا يعني انقضاء الشركة-على فرض ثبوتها هنا- التي يُعد عقدها غير لازم أصلا، انتهاء ملكية أصحابها للأعيان التي بحوزة الشركة، فتنتهي الشركة مع بقاء الملكية للأعيان، ويتقاسم الشركاء هذه الأعيان لأنها باقية على ملكهم، وفي هذا الصدد يصرح قانون الصكوك الأردني في المادة التاسعة أن التوقيت هو ملكية الشركة.

إن إشكالية كبرى في هذا المجال، وهي طبيعة الشركة ذات الغرض الخاص، وما علاقتها بالشركة الأم التي أنشأتها، وتحت أي نوع تصنف هذه الشركة من أنواع الشركات المصنفة في قوانين الشركات، مما يعني احتمالية إقحامها على نوع من تلك الأنواع الأقرب لها في الشبه، أو تضاف كشكل جديد من أنواع الشركات، ومع ذلك كيف يمكن أن يفهم أن الشركة ذات الغرض الخاص شركة مستقلة عن الأم، وقد ملكت الشركة الأم الأصول واشترطت أن لنفسها أن تسترد تلك الأصول، ومن هم المالكون للأصول قبل أن يشتري حملة الصكوك صكوكهم؟ هل هي الشركة الأم؟ أم الشركة ذات الغرض الخاص التي لم يتحدد مالكيها بعد؟ وما هو رأس مال الشركة ذات الغرض الخاص ومن دفعه؟!.

إن الشركة الأم تضع الموجودات التي نقلت للشركة ذات الغرض الخاص تحت بند خارج الميزانية، وبعضها يضعها في جانب المدين على اعتبار أنها ستستردها لاحقا، مما يعني أن المبيع لا زال عالقا في الشركة الأم، وهي بانتظار عودة تلك الأصول عند الإطفاء أو انتهاء المشروع مما يؤكد على صورية العلاقة، بين الشركة الأم والشركة ذات الغرض الخاص، ويزيد هذا الأمر تأكيدا قانون صكوك التمويل الأردني 2012 نفسه، حيث أعفى في المادة عشرين الشركتين من الرسوم والضرائب بينهما، وإن وصف الشركة ذات الغرض الخاص بأنها مستقلة لا ينهض ولا يقف على قدمين أمام هذه المؤكدات على هذه الصورية.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

وفي هذا الصدد أذكر بعض النصوص من قانون العهدة المالية (Trust Law) رقم
23 لسنة 2006، في مملكة البحرين المحروسة:

المادة 3: مدة العهدة: لا يجوز أن تزيد مدة العهدة على مائة عام ميلادي من تاريخ إنشائها
فإذا عينت مدة أطول اعتبرت العهدة معقودة لمائة عام.
المادة 4 فقرة ب: سند العهدة، يجب أن يتضمن سند العهدة تحديد مدة العهدة، وتبطل
العهدة إذا لم تتضمن ذلك.

المادة 6: التزامات منشيء العهدة، فقرة أ بند رقم 2: يلتزم منشيء العهدة بكل ما هو
ضروري من جانبه لانتقال ملكية أموال العهدة وتسليمها إلى أمين العهدة خلال الأجل
المنصوص عليه في البند السابق وهو أن لا تتجاوز ستة شهور من تاريخ من تاريخ إنشاء
العهدة ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، وأن يمتنع عن أي عمل من شأنه أن يجعل هذا
الانتقال عسيرا أو مستحيلا.

المادة 7: احتفاظ منشيء العهدة ببعض الصلاحيات: يجوز لمنشيء العهدة أن يحتفظ لنفسه
بالحق في ممارسة صلاحيات محددة بموجب سند العهدة بشرط أن لا يخل ذلك باستقلال
أمين العهدة طبقا لأحكام المادة 11 من هذا القانون.

مادة 11، بعنوان استقلال أمين العهدة: حيث نصت الفقرة (ب) على: لا يعد تدخلا
محظورا مجرد ممارسة منشيء العهدة لحقه في مساءلة أمين العهدة وعزله إذا جاوز الحدود
المنصوص عليها في سند العهدة أو إذا خالف أحكام هذا القانون.

المادة 14: استقلال أموال العهدة:

أ- يجب على أمين العهدة الاحتفاظ بأموال العهدة مميزة على نحو يسهل معه تحديدها من
بين أمواله أو أية أموال أخرى.

ب- لا يجوز الرجوع على أموال العهدة لاقتضاء حق على شخص أمين العهدة حتى وإن
خالف أمين العهدة الالتزام المنصوص عليه في الفقرة السابقة.

ج- لا تدخل أموال العهد ضمن تركة أمين العهدة أو تفليسته أو تصفية نشاطه.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

المادة 15: إظهار صفة أمين العهدة: أ: يجب على أمين العهدة أن يظهر صفته كأمين عهدة لدى مباشرته لأي تصرف يتعلق بالعهدة وعلى أطراف التصرف الآخرين تسجيل ذلك في سجلاتهم التي يجب إمسакها طبقاً لأحكام القانون

المادة 25: صاحب الحق في مساءلة أمين العهدة: يكون لكل من منشيء العهدة وحامي العهدة والمستفيد والمؤسسة الحق في مساءلة أمين العهدة وعليه أن يمكن هؤلاء من الاطلاع على حسابات ومستندات وسجلات العهدة وأن يقدم لهم حساباً سنوياً مدققاً بشأن أموال العهدة خلال ثلاثة أشهر من بداية العام التالي ما لم يقض سند العهدة أو الاتفاق اللاحق أو طبيعة التعامل في أموال العهدة.

المادة 37: إنهاء وانتهاء العهدة: أ- تنتهي العهدة في أي من الحالتين الآتيتين: 1- انتهاء المدة المحددة لسريانها 2- إذا أصبح محل الالتزام في العهدة غير ممكن أو غير مشروع، 2- يجوز إنهاء العهدة في أي من الحالتين الآتيتين: 1- إذا اتفق كل من منشيء العهدة وأمين العهدة والمستفيد على إنهاء العهدة بموجب سند كتابي موثق، 2- إذا نص سند العهدة صراحة على جواز إنهاء العهدة قبل انتهاء مدتها.

المادة 38: ملكية أموال العهدة بعد انتهاء العهدة: تنتقل ملكية أموال العهدة بعد انتهاء العهدة إلى منشيء العهدة، ما لم ينص سند العهدة على خلاف ذلك .

يلاحظ على هذه المواد من قانون العهدة أن القانون احتفظ بالترجمة لكلمة Trust من القوانين الغربية، ولم ينص في أي مادة على أي حوكمة شرعية سواء كانت المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المراجعة والمحاسبة في البحرين، أو قرارات المجامع الفقهية أو حتى أحكام الشريعة الإسلامية نفسها، ومع ذلك فإن منشيء العهدة حاضر في المحاسبة والتعيين لأمين العهدة وأجل العهدة التي ستؤول إليه، وأن أموال العهدة محمية من التفليس، على نحو أحكام المنشيء جميع المكاسب له، وحمى عهدته التي هي تدر الربح لحملة صكوك العهدة إلى أجل مسمى ثم يتم إطفاء الصكوك من قبل المنشيء، واستفاد من حصيلة الاكتتاب الذي باع فيه الأصل بيعا صورياً، ثم رجع إليه.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

تسجيل الأصل تحت بند خارج الميزانية:

إن بيع الشركة للأصل على أن تسترده بعد فترة من الزمان يعني أن البيع صوري ولا يحمل مقتضيات الملكية التي نص عليها الفقهاء من أنها على التأيد، ويطل البيع بالتوقيت، وإن محاولة إصاق التوقيت بالشركة للبيع لا تثبت إذا نص القانون ونصت الفتاوى على أن حملة الصكوك هم مالكون فعلا، ومع ذلك ملكيتهم الرقبة ملكية مؤقتة، وعندما تسجل الشركة شيئا تحت بند خارج الميزانية يعني أنه ليس من أصولها ولا من خصومها، والأصل المراد تصكيكه يخرج من بند الأصول ولكن بما أنه سيسترد وهو ليس خصما على الشركة ك رأس المال يوضع تحت بند خارج الميزانية لأنه متردد أن يكون دينا وثمان.

وقد نبه الفقهاء بوعيههم الفقهي العميق على عدم جواز تردد الثمن في البيع بين السلفية والتمنية، جاء في حاشية العدوي: "قوله : مضمونا في الذمة [قال في الذخيرة : احترازا من بيع الدين الذي يتأخر قبضه فإنه لا يجوز ; لأنه يهلك قبل قبضه فيدور بين السلفية ، والتمنية"⁸ .

قال في حاشية الدسوقي: " (و) فسد بيع الخيار (بشرط نقد) للثمن ، وإن لم ينقد بالفعل لتردده بين السلفية والتمنية، ولما كان الغالب حصول النقد بالفعل عند شرطه أناطوا الحكم به ، وإن لم يحصل نقد بالفعل إذ النادر لا حكم له ولما شارك هذا الفرع في الفساد بشرط النقد فروع سبعة شبهها به فقال (كغائب) من غير العقار بيع بالصفة على البت وبعدت غيبته بدليل قول المصنف سابقا ومع الشرط في العقار وفي غيره إن قرب كاليومين (وعهدة ثلاث) فإن شرط النقد يفسده"⁹ .

إن حالة التردد في تسجيل العين التي تم تصكيكها وبيعها لشركاء الأزمة المؤقتين، ستؤول إلى الشركة الأصل وما هي بأيديهم إلا عارية مستردة، ولا بد يوما أن ترد الودائع ولكن الغريب في هذه الوديعة أن المودع يدفع ثمنها، وهو منتج رأسمالي بشع، ويمثل نزوة رأس المال بأبشع صورها، أن يدفع المودع ثمن الوديعة ثم يستردها المودع بما كان يدفعه من ثمن نظير السلفة التي هي حصيلة بيع الأصل المصكك، والنصان الفقهيان الآن فان يحذران

8 حاشية العدوي 178/2

9 حاشية الدسوقي 96/3.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شلاويش

من حالة خيار بالشرط ونقد الثمن لمدة ثلاثة أيام حتى لا يتردد الثمن بين الثمنية والسلفية، ولكن في حالة الصك يمتد معنى الخيار إلى سنين طويلة.

عندما كنا في أحد المجالس العلمية نتساءل ما وجه تشدد الفقهاء في تحريم نقد الثمن بالشرط في البيع مع خيار الشرط، لم نكن ندرك سر تشديد الفقهاء في منع اشتراط النقد مع البيع على الخيار لثلاثة أيام في بيع صحيح فيه ملكية صحيحة تامة لا غبار عليها، بالرغم من طرح التساؤل كثيرا، وكان ذلك في عقد بيع مكتمل شروط الصحة الأخرى من الناحية الشرعية، ولكن بعد هذه الحالة التي يعرضها الباحث من ملكية مؤقتة ثم يرد فيه المبيع إلى البائع مع حصة من الأرباح أو الفوائد الربوية على الثمن الذي آل دينا سمها ما شئت، اتضح لدى الباحث عمق نظر فقهاء المسلمين، وأنهم كانوا في أشد الحذر من السقوط في حمة الربا، وليت شعري لو أن الفقهاء الذين أوردت طرفا من نصوصهم الكثيرة والطافحة في هذا الموضوع لو أنهما رأوا الصكوك التي نحن بصدد النظر فيها ماذا عساهم أن يقولوا، في السلفية والثمنية، والحيلة، والعينة، وأكد إن إدراج الأصل المصكك تحت بند خارد الميزانية والعمليات اللاحقة له لن تخفى عليهم.

ما خرج من اليد ثم عاد إليها فهو لغو:

إن التطبيقات المختلفة للصكوك الممثلة للأعيان أن الشركة تباع الأصل ثم تستأجره، وتشتترط أن من حقها إعادة شراء الأصل، مما يعني أنه قد عاد إلى اليد ما خرج منها وهو لغو، إذ إن اشتراط أن يسترد البائع المبيع لغو، وقد أشار إلى جواز استرداد المنشيء العين قانون الصكوك الأردني¹⁰ 2012 في المادة (10) فرع (أ) إلى أن للشركة الراغبة في إصدار صكوك أن تنشئ الشركة ذات الغرض الخاص، وتقوم هذه الأخيرة بتملك الموجودات المراد تصكيكها، ولم يشر إلى الصيغة التي تنتقل بموجبها هذه الموجودات إلى الشركة ذات الغرض الخاص.

وعلى الأرجح أن العقد هو عقد البيع، ولكن يُشكّل على ذلك التعهد من قبل الشركة الأم بإعادة شراء ما باعتته وذلك عن طريق إطفاء الصكوك أو انتهاء المشروع، مما يعني توقيت البيع، وأن يعود إلى اليد ما خرج منها، والقاعدة تقول: ما خرج من اليد ثم

10 وانظر ما سبق عرضه في قانون العهدة البحريني.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شاويش

عاد إليها فهو لغو، وقرار المجمع الفقهي العشرين لسنة 2012، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، نص على ضرورة التزام ما تقتضيه الملكية، وحذر من الصورية في الملكية، في نص القرار 188(20/3)، حيث نص على: "يجب أن تحقق العقود الخاصة بالصكوك مقتضاها من حيث ثبوت الملكية شرعا وقانونا، وما يترتب عليها من القدرة على التصرف وتحمل الضمان، كما يجب خلو العقود من الحيل والصورية وما تؤول إليه من الحيل والصورية". ومن الواضح أن توقيت البيع ونقل الملكية مؤقتا يتنافى مع ما هو معروف بدهاءة في الفقه الإسلامي من أن الملكية في عقد البيع مؤبدة ولا يجوز تأقيتها بشرط في العقد، وتؤكد الصورية في البيع بعودة الموجودات إلى الشركة الأم، عبر التعهد بالشراء، يمكن بناؤه على الوعد الملزم في المذهب المالكي¹¹.

وفي هذا النطاق تتأكد الحالة الصورية بين الشركة المنشئة والشركة ذات الغرض الخاص التي ربما تنوب عنها، أو الشركة ذات الغرض الخاص نفسها وإن لم تكن نائبة عن الشركة الأم، بقول أحد الباحثين الآتي:

باختصار إن الشركة ذات الغرض الخاص شركة موجهة عن بعد، لا يوجد فيها موظفين، لا قرارات موضوعية، لا يوجد لها موقع محدد ومحسوس، وليست قابلة للإفلاس، ويمكن لترتيبات التمويل خارج الميزانية أن تضطلع بشكل من شراكات البحث والتطوير المحدودة، وعقود التأجير التمويلي، وتصكيك الأصول، في أفضل أحوالها، وهي أقل وضوحا في نطاق الضرائب على صفقاتها، في هذه الورقة نحن نجيب لماذا وجدت الشركة ذات الغرض الخاص¹².

11 تجدر الملاحظة هنا بأن الوعد الملزم عند الملكية هو ما أدخل فيه الواعد الموعود في كلفة وهو صحيح، ولكن هناك تخصيص لهذا الكلي وهو أنه ما لا يجوز التزامه حالا لا يجوز الوعد به، فلا يجوز أن يعد بالبيع وعدا ملزما وهو لا يملك المبيع لأن الإلزام فيه معنى البيع، وماذا يبقى من معنى البيع من الشركة المنشئة إلى أجل مسمى وأن تتعهد بشراء ما باعت؟

أصل النص باللغة الانجليزية 12

"In short, SPVs are essentially robot firms that have no employees, make no substantive economic decisions, have no physical location, and cannot go bankrupt. Off-balance sheet financing arrangements can take the form of research and development limited partnerships, leasing transactions, or asset securitizations, to name the most prominent. And less visible are tax arbitrage-related transactions. In this paper we address the question of why SPVs exist". SPECIAL PURPOSE VEHICLES AND SECURITIZATION, Gary Gorton, Nicholas S.Souleles, Working Paper 11190

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شاويش

وبناء على هذه الحالة الصورية، فإن الشركة ذات الغرض الخاص هي عبارة عن عبد اقتصادي عند الشركة الأم، أو الشركة الأخرى التي تمثل الأم المستأجرة، وهي الطرف الأساسي في الأمر، وليست الشركة ذات الغرض الخاص سوى شبح لبسته الشركة الأم، هي التي تحركه وتحكمه، وإنما جيء به لاستباحة معاملات تخلصها من بعض المخاطر وتحقق لها ميزات، وليت الأمر يتوقف عند تأكيد الصورية الحيادية في العلاقة فحسب، بل هي صورية سلبية تهدف إلى نقل المخاطر للأغرار من حملة الصكوك .

يعبر بعض الباحثين عن ذلك فيقول: إن الشركة ذات الغرض الخاص تساعد في تقليص مخاطر الإفلاس عن طريق نقل الأصول إلى الشركة ذات الغرض الخاص، مما يقلل حجم الأصول المعرضة لخطر الإفلاس، لأن الشركة ذات الغرض الخاص مصممة لتجنب خطر الإفلاس، ومن أهم ميزات البند خارج الميزانية أنه يمول المشروعات الخطرة، التي قد تتطلب تكاليف عالية إذا واجهت خطر الإفلاس¹³ .

ويقولون أيضا: إن الشركة ذات الغرض الخاص أصبحت لعبة مستدامة لأن المشروعات بالتأكد ستلتزم بالدعم المالي للشركة ذات الغرض الخاص التابعة لها في حال عدم التزام الشركة ذات الغرض الخاص بديونها بالرغم من القيود القانونية والمحاسبية بخلاف ذلك¹⁴ .

<http://www.nber.org/papers/w11190>, Cambridge, MA 02138, March 2005.P. 2. Date: 20/1/2013.

13

أصل النص باللغة الانجليزية

“We argue that a key source of value to using SPVs is that they help reduce bankruptcy costs. Off-balance sheet financing involves transferring assets to SPVs, which reduces the amount of assets that are subject to bankruptcy costs, since SPVs are carefully designed to avoid bankruptcy. Off-balance sheet financing is most advantageous for sponsoring firms that are risky or face large bankruptcy costs”. Gary Gorton, The Wharton School, University of Pennsylvania, and NBER, Nicholas S. Souleles, The Wharton School

University of Pennsylvania, and NBER, Special Purpose Vehicles and Securitization May 24, 2003, This Version: September 2005, The **Abstract**.

14

أصل النص باللغة الانجليزية

حالات إخفاق الصكوك الممثلة للأعيان تؤكد صورية العلاقة:

إن مفهوم إخفاق الصكوك يعني عدم قدرة المصدر على سداد أي من الدفعات الواجبة على الصكوك عندما يحين أجل استحقاقها¹⁵، وقد حدثت العديد من الإخفاقات سابقا يعجز فيها المنشيء أو المصدر من الوفاء بالتزاماته تجاه حملة الصكوك، وفي كون الصكوك تمثل ملكية الأصل على ما هو منصوص عليه في صكوك التمويل الإسلامية فإن من حق حامل الصك في حال تعذر وفاء المنشيء بقسط الإجارة أن يسترد أصوله، ولكن هذا لم يحدث في حالات الإخفاق السابقة.

قال فريق من الباحثين: “فإن حالات الإخفاق التي منيت بها بعض الصكوك في الآونة الأخيرة شهدت شروع مصدر الصكوك في اتفاقيات تجميد الوضع مع بحث المصدرين عن وسائل أخرى للوفاء بالدفعات المطلوبة دون أن يمارس حملة الصكوك كما هو مفترض حقوق ملكيتهم في الأصول الداعمة لصكوكهم وهذا في الحقيقة يجعلنا نتساءل مرة أخرى عن الحقيقة الجوهرية للصكوك وهياكلها”¹⁶

وقالوا أيضا: “ينظر الفقهاء إلى الصكوك بوصفها أدوات مالية تحقق دخلا ناتجا من أصول حقيقية تدعم إصداراتها، في حين ينظر السوق فعليا إلى الصكوك على أنها أدوات

SPVs become sustainable in a repeated SPV game, because firms can implicitly “commit” to subsidize or “bail out” their SPVs when the SPV would otherwise not honor its debt commitments, despite legal and accounting restrictions to the contrary Gary Gorton, The Wharton School, University of Pennsylvania, and NBER, Nicholas S. Souleles, The Wharton School

University of Pennsylvania, and NBER, Special Purpose Vehicles and Securitization May 24, 2003, This Version: September 2005, The **Abstract**.

15 إدارة الخزينة في البنك الإسلامي للتنمية، إخفاق وإعسار بعض إصدارات الصكوك الأسباب والآثار، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقييم، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، 10-11/جمادى الآخرة 1431هـ/ الموافق 24-25 مايو 1910، ص 10، ويعد هذا التعريف من الناحية الفنية الاقتصادية، أما من الناحية الفقهية فإن اللائق هنا هو الإعسار بمعناه الشرعي.

16 إدارة الخزينة في البنك الإسلامي للتنمية، إخفاق وإعسار بعض إصدارات الصكوك الأسباب والآثار، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقييم، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، 10-11/جمادى الآخرة 1431هـ/ الموافق 24-25 مايو 1910، ص 15.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شلاويش

ديون تحقق دخلا ثابتا يعتمد بشكل أساسي على التصنيف الائتماني الممنوح لمصدر
الصكوك¹⁷

بعض التنظيمات القانونية الصادرة تدل على الصورية ضمنا:

ويزيد هذا الأمر تأكيداً قانون صكوك التمويل الأردني 2012، حيث أعفى في
المادة عشرين منه الشركتين المنشئة والأوم من الرسوم والضرائب بينهما، وإن وصف الشركة
ذات الغرض الخاص بأنها مستقلة لا ينهض ولا يقف على قدمين أمام هذه المؤكدات على
هذه الصورية.

إن جوهر الأمر في نفسه لا يرقى إلى ملكية واضحة من قبل حملة الصكوك، وإن
نصوص الترضية التي تتناثر في بعض البحوث أو بعض التقنيات التي تؤكد أن حملة الصكوك
هم مالكون مع كل مقتضيات الملكية لا ترقى في نفسها إلى مستوى الحقيقة الماثلة في صورية
العلاقة، ولكن هذه الكلمات هي من أجل إضفاء لقب على حملة الصكوك يخالفه الواقع،
مما يعني انفصاما شخصيا تعانيه الملكية، فحامل الصك يملك اقتصاديا إلى أجل مسمى هو
أجل الشركة ذات الغرض الخاص، مما يعني أن ما يضاف من الألفاظ والكلمات هي من
المحسنات البديعية التي تخلو من مضمونها في واقع التطبيق.

إن فكرة الشركة ذات الغرض الخاص هي استجابة للشركات التي لا تريد أن
تتخلى عن أصولها عبر إدخال شركاء واضحي الشراكة والملكية غير المؤقتة بشرط في العقد،
في شكل من أشكال الاستئثار مع الرغبة في التوسع، واحتاجت إلى شريك مؤقت يبدأ
شريكا وينتهي دائما عند الأجل في صورة ملفقة بين الشراكة والملكية والدَّينية، لخدمة شهوة
الاستئثار لدى الشركات الكبرى.

وما الضير لو أن هذه الشركات فتحت باب الشراكة والملكية ناصعة البياض، لأفراد
المجتمع؟ أليس فتح باب الملكية النقية لأفراد المجتمع سيحول دون الانزلاقات الاقتصادية
الحاصلة في مجتمعاتنا العربية؟ أليس في فتح باب الملكية المراقبة والشفافية ضمانات حامية
ودائمة بدلا من تلك الصورة المشوهة بين الشراكة والملكية المؤقتة والدَّينية، لخدمة الاستئثار
بالأصول التي ستؤول إلى فئة مستأثرة برأس المال؟ إن هذه الصورة الجديدة من الصكوك

17 إدارة الخزينة في البنك الإسلامي للتنمية، إخفاق وإعسار بعض إصدارات الصكوك الأسباب والآثار، ندوة الصكوك الإسلامية عرض
وتقوم، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، 10-11/جمادى الآخرة 1431هـ/ الموافق 24-25 مايو 1910، ص16.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شلاويش

ستكرس استئثار النخبة الاقتصادية بأصولها وأن تأتي بأفراد المجتمع وأمواله كشرية عابر
سبيل، لخدمة رأس مال النخبة الاقتصادية، وبما لا يتوافق مع مقاصد الشريعة من حيث
إغناء المجتمع وإثرائه وتحقيق كفايته.

العينة في الإجارة:

يضاف إلى ذلك أن الأمثلة المطروحة والممارسات الاقتصادية أن الشركة الأم تقوم
خلال فترة المشروع باستئجار الأعيان التي باعتهما، بحيث تصبح الأجرة مع الثمن أكثر من
ثمن الأصل والفرق بطبيعة الحال هو عائد صكوك الإجارة، وقد نص القرار الجمعي السابق
في ثالثا على منع هذه الصورة، فقال: لا يجوز بيع أصل بثمن نقدي بشرط أن يستأجر
البائع هذا الأصل إجارة مقرونة بالتمليك بما مجموعه أجرة [و] ثمن يتجاوز الثمن
النقدي سواء كان هذا الشرط صريحا أو ضمنا لأن هذا من العينة المحرمة شرعا،
ولذا لا يجوز إصدار صكوك مبنية على هذه الصيغة، فلو افترضنا أن مؤسسة كجامعة
مثلا، أرادت أن تصكك بعضا من أصولها، فهل يمكن أن تُخليه لمستأجر جديد،
وتتخلى عن ملكيته للغير دون شرط التأقيت، وهل هذا معقول في التطبيق؟ وكذلك الحال
لدى جميع المؤسسات الراغبة في التصكيك، مع العلم بأنني في جل متابعتي المتواضعة في
ممارسات الشركات أن الشركة الأم تستأجر ما باعته للشركة ذات الغرض الخاص، وهو
منصوص المنع في قرار مجمع الفقه الإسلامي المشار إليه سابقا، وعلى هذا الحال يصبح
لدينا الممنوعات الآتية: توقيت الملكية بشرط في عقد البيع، اشتراط أن يعود لليد ما خرج
منها، العينة المحرمة.

الأصول السيادية:

هناك بعض الأصول السيادية التي لا تصلح للملكية الخاصة وإخراجها من الملكية
العامة كما هو الحال في أول تجربة لصكوك التمويل حيث تم تمويل مطار البحرين عن طريق
الصكوك، فهل يقبل شرعا وقانونا أن يتحول مطار البحرين إلى ممتلكات خاصة وهو أمر
يخل بالسيادة في حالة الإخفاق في تسديد التزامات المصدر بحقوق حملة الصكوك، لأنه في
الصكوك يعد حامل الصك مالكا، وفي حدود اطلاع الباحث لم تسن أي تشريعات أو
قوانين تحمي مؤسسات الأمة السيادية من التصكيك وإخضاعها لسيطرة القطاع الخاص،

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شلاويش

واحتمال السيطرة الأجنبية عليها، وقد أحسن مجمع البحوث الإسلامية في الأزهر برفض مشروع صكوك التمويل الإسلامي لخطورته على أصول الدولة¹⁸، وهو موقف جدير بالتقدير لأنه لا يقف عند سلامة بناء العقود من الناحية الفقهية فحسب، بل يتجاوز ذلك إلى المآلات والمقاصد.

الآثار المترتبة على صورية العلاقة على فرض ثبوتها:

إن الصكوك يجعلها مؤقتة إلى نهاية المشروع أو إلى الإطفاء، يجعل ثمنها ديناً من حيث المال، وإن كانت تمثل مشاركة في الابتداء، نظراً لإمكان الإطفاء سوءاً خلال قبل الأجل المضروب أو عند الأجل، وهذا لا ضير فيه بلا شرط، فإذا كان خاضعاً لسعر السوق، وبلغ الأجل تحول إلى دين من حامل الصك على الشركة الأم، نتيجة لتوقيت الشركة وملكية الصكوك، وهو أمر مُربك جداً، فيشبه السند من هذه الجهة، ولكن الفرق أن السند معلوم القيمة، ولا جهالة في رأس مال الدين فيه، أما الصك فأصبح في نهاية الأجل ديناً معوّماً تغتاله الجهالة، وليس سهماً كحصة في الملكية غير القابلة للتوقيت، لا أحد يجبر صاحبه على بيعه على النحو المعروف في الأسهم الطبيعية غير المشوهة، فهذه إشكالية من الضروري الانتباه لها، وهي ناجمة عن مخالفة واضحة لبيدات الشريعة أن ملكية الأصل على التأييد.

وعلى فرض أن صاحب الصك لا يريد أن يبيع على أمل أن يعوض خسارته في الصك في المستقبل، فهل يؤذن له بالتريث أم يجب أن يبيع ولو بالخسارة، أليس في هذا ظلم ناشيء عن توقيت الملكية؟! أما إذا أرادت الشركة ضمان القيمة الاسمية في الصك، فهو أمر نص على منعه القرار الجمعي السابق الإشارة إليه، حيث نص على ذلك في الفرع (أ) من الفقرة ثانياً.

إن الربا الظالم ضمن الله تعالى فيه للمرابي رأس ماله فقال تعالى: **چؤؤؤؤ و و و و و** ولما ذهبت بعض المعايير الشرعية إلى عدم جواز ضمان رأس

<http://www.tahrirnews.com/news/view.aspx?id=bc051b38-432b-4e24-940d-36d8d6f359f0>

تم نشر الخبر بتاريخ 2013/1/3، وهذا رغم ما تعانيه مصر من ضائقة مالية، إلا أن ذلك لم يكن سبباً في تخلي الدولة عن أصولها وتصبح تحت هيمنة القطاع الخاص. تاريخ الاقتباس 2013/1/20

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شلاويش

مال الصك بحجة أنها شركة، وقعت في ظلم آخر على فرض ثبوت علاقة الدينية، وهي أن حامل الصك رأسماله معوم، فقد يربح وعندئذ وقع في أكل أموال الناس بالباطل لأنه دائن في الحقيقة وما أخذه زيادة على رأسماله فهو ربا نظرا لعلاقة الدينية، وبالتعميم حسب سعر السوق يعني تعويم رأس مال الدين للخسارة أيضا، فقد ذهب ماله بالباطل لأنه دائن في الحقيقة، وهكذا نكون قد نجحنا-مع الأسف- في استنبات ربا أشد ظلما من الربا الذي حرمه القرآن الكريم، فبعد أن كان هناك مرابٍ ظالمٍ يأكل أموال الناس بالباطل ويستغلهم من طرف واحد هو المرابي، فإننا ببركة الرأسمالية المتوحشة، أنتجنا ربا بظلم مزدوج، يتبادل فيه الظلم بين الدائنين والمدينين حسب سعر السوق! لا يضمن فيه رأس مال المرابي وترد الفائدة إلى المدين، بل الظلم هنا حسب سعر السوق، فقد يفوز المرابي برأس ماله وقسط من الربا، وقد يخسر رأس ماله وهو ظلم لا تسمح به السندات المحرمة أصلا، وقد استبيح ضياع رأس مال الدين في صكوك التمويل الإسلامية، مما يعني أن رأس المال بسطوته قد جنى كل المكاسب، وحول كل المخاطر إلى حملة الصكوك، وأن المستفيد في جميع الأحوال هو الشركة المنشئة التي سيعود إليها الأصل سليما معافى حتى لا يحق لأحد أن يخضعه للتفليس، كما هو وارد في قانون العهدة البحريني السابق.

المطلب الثاني

الاجتهاد بتحقيق المناط (فقه التوقع):

مآلات الصكوك بصفة عامة

إن قرارات المجامع الفقهية تمثل ركيزة مهمة في شؤون المسلمين بصفة عامة وفي مثل هذه الموضوعات بصفة خاصة، وقد أكد المجمع الفقهي في دورته العشرين لسنة 2012، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، في نص القرار 188(20/3)، حيث نص على الآتي: “يجب أن تحقق الصكوك الإسلامية مقاصد التشريع من حيث تعزيز التنمية ودعم النشاط الحقيقي وإقامة العدل بين الناس”.

إن التصكيك (التسهيم) في صورته السليمة كان لغاية اقتصادية واضحة وهي صنع تراكم رأسمالي يمكن من خلاله نقل رأس المال من وحدات الفئات إلى وحدات العجز، حيث يكون حامل السهم مالكا مُلكا لا لبس فيه ولا غموض، وقد ترجح لدى الفقهاء

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شاويش

مشروعية السهم ما دام نشاط الشركة مشروعاً، حيث تتوفر رؤوس أموال ذات حجوم كبيرة قادرة على تأسيس شركة لها أنشطة اقتصادية ذات أثر واسع في تنمية الاقتصاد الوطني، حيث تتحقق المقاصد الشرعية المتعبرة من الشركة.

وفي ضوء المعايير الشرعية لم ينص المعيار الخاص بالصكوك على ضرورة أن تبقى حصيلة الصكوك في إطارها المقاصد الشرعي بل نص فقط أن تستخدم حصيلة الاكتتاب في الاستثمار في صيغ شرعية فقط¹⁹، وإن الاكتفاء بالعمل على الالتزام بمبادئ أحكام الشريعة غير كاف، بل لا بد من توفر ضمانات ولوائح تتناسب مع المقاصد الشرعية في الأموال من حيث عودها على الأمة بالنفع والمصلحة في إطار الاقتصاد الكلي.

أما في حالة التصكيك التي نتناولها بالنقاش فليست كالسهم الذي يتضح أنه يجمع رأس المال لتكوين أصول كبيرة، بل التصكيك أصبح آلية لتفتيت موجودات قائمة، وحالة من تشظي رأس المال الاجتماعي، في علاقة مشوهة بين الملكية والمديونية، يخشى معها في ظل الأسواق العالمية المفتوحة أن تنزح رؤوس أموال المسلمين إلى الأسواق الأوروبية المتطورة والأكثر كفاءة وقدرة على جذب رأس المال من أسواقنا العربية والإسلامية، في وقت يضاعف هذا النزيف من حالتنا الاقتصادية التي تعاني من اختلالات في الهيكل الاقتصادي والبطالة والفقر.

كما أنه من الممكن أن تدفع أرباح بناء على أن الصكوك شكل ملكية مشوهة أو فوائد على اعتبار أنها مديونية مشوهة، ثم تعود هذه الأموال النازحة إلينا بقروض ذات فوائد عالية إلى الأمة، وباشتراطات اجتماعية واقتصادية وسياسية تكرر تبعيتها وتمحو شخصيتها مع أن هذه الأموال هي أموالنا في الأصل.

لقد شكوا المسلمون كثيراً في كثير من بلدانهم ندرة رأس المال، وأنها السبب في ضعف التنمية، وانتشار طاعون الفقر الذي ضرب بأطنابه بين جنبات هذه الأمة، بينما نرى واقعياً أن صناديق الاستثمار الإسلامية التي استقطبت أرتالاً هائلة من رأس مال الأمة قد ضاربت به في أسواق أوروبا وأمريكا واليابان.

19 هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، 10هـ/2010م، انظر المعيار 17، 5/8/1/5.

خشية تصفية الاقتصاد العام وتصفية دور الدولة في رعاية المصالح العامة:

ملكية الأمة في الوقف والماء والكأ والطاقة هل يمكن أن يأذن الشرع بتصفية ملكية الأمة وتحويلها إلى أملاك خاصة وإخضاعها للمضاربات، هل يمكن أن يأذن الشرع بتصكيك مباني الجامعات والمدارس وهي مشروعات خدمية للأمة وأصولها عالية القيمة وتمليكها لحفنة من المضاربين؟ وهل يعني أن الملكية المؤقتة ستحل المشكلة من الناحية الاقتصادية؟ وهل المؤسسات العامة التي ملكت ناصية مقتنياها لعبثة رأس المال والمضاربين بعد أن كانت الأصول بيدها قادرة على استردادها بعد أن خرجت من يدها؟ وهل أحكمت القوانين التصرف في عوائد الصكوك لتكون في استثمارات مجدية قادرة على استرداد الصكوك؟ أم أنها ستدفع لتغطية العجزات في ميزانية تلك المؤسسات الحيوية التي ربما تجوهلت حيناً من الدهر لتجعلها الصكوك عرض للعبث بعد أن كانت ملكية عامة لها حمايتها، ثم عبثت بها المخصصة إلى أن جاءت عملية التصكيك وفيها رمق لتجهز على ذلك الرمق.

وإنها لمفارقة تستوقف المتأمل، أن يكون التسهيم في الغرب آلية لتعبئة الموارد المالية الضخمة التي يعجز عن توفيرها الأفراد، وأن يكون التسهيم عندنا آلية لتفكيك رأس المال الاجتماعي، وشرذمة القطاع العام وعرضه في الأسواق، ليشتريه المتربصون من المواطنين، ومن الأجانب الذين يستترون خلف مواطنين، حيثما تمنع التشريعات تملك الأجانب أسهم المشروعات أو المرافق المخصصة، أو تحد من ذلك، وإنها لمفارقة أيضاً أن يكون التسهيم عندهم وسيلة لتمويل الاستثمار الحقيقي وتوسيعه، ويكون عندنا مجرد وسيلة لتداول ما هو قائم، وربما لبخس قيمته من خلال التواطؤ والفساد الإداري، ومن خلال المضاربات الهدامة وتقلبات الأسعار العشوائية!! وإنها لمفارقة أيضاً أن يكون التسهيم عندهم سبباً لاستقطاب رأس المال ورفد النمو، وإن يكون التسهيم عندنا آلية لترحيل رأس المال، وحرمان الاقتصاديات المتخلفة منه²⁰.

20 عبد الجبار السبھاني، الأسهم والتسهيم الأهداف والمالات، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، وزارة التعليم العالي الأردنية، المجلد الخامس، العدد 3/أ، 2009/1430، ص103.

عواقب الفصل بين الملكية الاقتصادية والملكية القانونية:

إن القانون المدني يمثل دستور القوانين المنظمة للتبادلات التجارية والشركات على تنوعها واختلافها ولكن في حالات معينة لا يعود مهيمنا نظرا لوجود قوانين خاصة تكون مقدمة عليه بالرغم من أنه أقوى تنظيرا وأقعد تقنيا، فتأتي قوانين أخص منه لتحكم معاملة لها ميزتها كالتأجير التمويلي، حيث يحتوي على مواد تحالف أصول القانون المدني، كتبعية الهلاك في العين المؤجرة فتكون على المستأجر في التأجير التمويلي²¹ وهو خلاف ما تقضي به القواعد القانونية في القانون المدني حيث يعد ذلك الشرط فاسدا.

وكذلك قانون الشركات فهو وإن كان ينظم معاملات مدنية فإنه أخص من القانون التجاري، والقانون التجاري أخص من القانون المدني ومقدم عليه في حال التعارض، وكل يقدم على الأعم فيما يخصه، ومع ذلك تأتي القوانين النازمة لصكوك التمويل الإسلامي فتكون أخص من قانون الشركات إلى حد أن جدلا واسعا يجري في تكييف الشركة ذات الغرض الخاص التي هي إفراز الشركة المنشئة الذي يجب أن يموت قبل البلوغ والقدرة على التصرف.

إن ثنائية القطيعة في التفكير الغربي تكاد تفرض نفسها على واقع اقتصادنا في ملكية حملة الصكوك المشتبهة بين الملكية الاقتصادية والملكية القانونية، في حالة من الانشطارية التي ليست غريبة على الفكر الغربي حيث حالة الثنائية بين الحاكم والمحكوم، والمرأة والرجل، وصاحب العمل والعامل، والعلم والدين، والإنسان والإله، وها هي تتسرب إلى فكرنا الاقتصادي في ثنائية الملكية والدّينية وحالة التماهي بينهما.

لقد سمح الفكر الاقتصادي الغربي في قرون متطاولة في الفكر القانوني الإنجليزي أن يصطنع ملكية اقتصادية وملكية قانونية، ولها جذورها التاريخية في القانون الأنجلو سكسوني،

21نظر: انظر قانون التأجير التمويلي الأردني المؤقت وتعديلاته رقم 16 لسنة 2002، المنشور على الصفحة 1644 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4542 بتاريخ 1/5/2002.

المادة 11: يلتزم المستأجر باستعمال الماحور في الأغراض المتفق عليها في العقد ويكون مسؤولا عن صيانتها على نفقته وفق المتطلبات والاصول الفنية المتبعة . ب. يتحمل المستأجر تبعة هلاك الماحور ويبقى مسؤولا عن التزاماته التعاقدية تجاه المؤجر الا اذا كان سبب الهلاك يعزى للمؤجر.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شلاويش

وفي هذا المقام أترجم نصا قانونيا يتبنى هذا الفصل بين الملكية الاقتصادية والملكية القانونية، وهو الأمر الذي يفسر لنا من أين جاءت الازدواجية في الملكية وحالة اللبس بين الملكية الاقتصادية والقانونية في تطبيقات صكوك التمويل الإسلامية، وحاولنا نحن نخرجها تخریجا فقهيا متعسفا، ولا يمكن أن تستقيم مع الفقه الإسلامي العالي الانضباطية في تمييز الحقوق، ولا يقبل أن تسمى الأشياء بغير أسمائها، أو أن يسمى مالكا من لا يملك دون أن تكون هناك محتويات الملكية واضحة، ويرفض تماما الخلط بين الملكية والدَّيْنِيَّة عن طريق وسيط هو الشركة ذات الغرض الخاص، وفيما يأتي بعض مما استفدته من النص.

يعرف قاموس كيمبرج Cambridge Advanced Learner's dictionary الائتمان trust أنه "ترتيب قانوني يتحكم بموجبه شخص أو منظمة بعقار ما لمنفعة شخص آخر أو منظمة أخرى". وقاموس أوكسفورد Compact Oxford dictionary يعرفه على أنه: "ترتيب قانوني يجعل لشخص، المؤتمن (trustee)، ملكية اسمية على عقار ما يتم بموجبها حفظ أو استغلال العقار لمنفعة شخص أو أشخاص آخرين". يفهم من التعريفين الأساسيين الائتمان (trust) على أنه أداة قانونية أو ترتيب وجد لتوفير منفعة لشخص آخر، وأن المنفعة تتعلق بنوع من العقارات. يركز هذان التعريفان على مفهوم التحكم بالعقار وعلى الملكية الاسمية للعقار في سبيل توفير المنفعة لأشخاص آخرين مما يجعلهما بمثابة تمهيد هام لتوضيح كيفية تحقيق هذا الهدف بالائتمان (trust) من خلال إيجاد نوعين متلازمين من الملكية كما سبق. وهذا الأمر يمهّد للقول أن من خلال ترتيب الائتمان (trust) على عقار معين، تقسم الملكية إلى نوعين؛ الملكية بالقانون أو الملكية القانونية، والملكية بالانصاف (equity) أو الملكية المنصفة (equitable ownership). وكما يتبين مما سبق أن هذين النوعين المنفصلين من الملكية يردان على العقار في الوقت نفسه، أي لهما وجود متلازم²².

The *Cambridge Advanced Learner's Dictionary* explains a trust as 'a legal arrangement in which a person or organization controls property . . . for the benefit t of another person or organization'. The *Compact Oxford English Dictionary* explains that in law a trust is 'an arrangement whereby a person (a trustee) is made the nominal owner of property to be held or used for the benefit t of one or more others'. for the benefit t of one or more others'. These two basic dictionary definitions introduce the way in which

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شلاويش

إن توقيت الشركة ذات الغرض الخاص وأيلولة الأصل الذي تم تصكيكه إلى الشركة المنشئة يعني ذلك استجابة من التشريعات والقوانين لشهوة الاستئثار لدى الشركات أن لا تدخل معها شركاء جدد دائمين، بل هي تأتي بهم كشركاء أزمة إلى أجل مسمى، ثم بعد ذلك يحصد شركاء الربح ربحهم إن كان ثمة ربح، أو تخسر صكوكهم بينما تكون الشركة المنشئة قد نجت بحصيلة الصكوك، ثم يدخلون في حلقة مفرغة من الجدل حول حق الشركة المنشئة وتعهداتها في استرداد الأصل في ظل فراغات قانونية، إذ إن الصكوك الإسلامية بلغت أرقاما خيالية في كمّها الرغم من الفراغ القانوني الذي يكتنف تنظيم تلك الصكوك.

“تميل الاتفاقات القانونية الخاصة بالصكوك عموما إلى أن تكون معقدة نوعا ما أو كثيرة التشابك وذلك لأنها في كثير من الأحيان تحاول التوفيق بين المتطلبات الشرعية من جهة وبين المتطلبات القانونية من جهة أخرى والتي تعتبر الصكوك عموما نوعا من أدوات التمويل ذات العائد المحدد ولذلك فإن معظم إصدارات الصكوك تبدو متوافقة مع معايير هيئة المراجعة والمحاسبة للمؤسسات المالية الإسلامية من حيث الشكل لا من حيث المضمون Moody’s 2009”²³.

إن عدم وجود تنظيمات قانونية تستطيع أن تنفذ مقتضيات الملكية الحقيقية في حال الإخفاق من قبل المصدر بالتزاماته تجاه حملة الصكوك يعني أن ثمة ثغرة خطيرة تم فيها التعبير

a trust is a legal device or arrangement which is brought into being *to provide benefits* for another person, which relate to some kind of property. By emphasizing the importance of *control over* property and *nominal ownership* of property in the pursuit of providing benefits for another or others, these basic definitions are an important introduction to the way in which the trust achieves this purpose through the *simultaneous existence of two types of ownership* of property, as indicated above. This paves the way for explaining that in the trust arrangement ownership of property is *divided into two types of ownership* in or title to property. These two titles to property are title ‘at law’ or ‘legal title’, and title ‘in equity’ or ‘equitable title’. And, as suggested above, these distinctive titles will exist in the same property at the same time: this is their so-called simultaneous existence.

Law and equity and an introduction to the trust.p.1

23 إدارة الخزينة في البنك الإسلامي للتنمية، إخفاق وإعسار بعض إصدارات الصكوك الأسباب والآثار، ندوة الصكوك الإسلامية عرض وتقوم، جدة، جامعة الملك عبد العزيز، 10-11/جمادى الآخرة 1431هـ/ الموافق 24-25 مايو 1910، ص 14.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شلاويش

بجملته الصكوك، ولم تتوفر لهم الحماية القانونية مع التأكيد مرارا من قبل المؤيدين للصكوك أنهم يملكون ملكا حقيقيا حسبما ينص عليه المميزون للصكوك، بينما الإخفاقات تؤكد خلاف ذلك، بل تؤكد العائدات الثابتة أنها قسط الإجارة مع الحالات الصورية التي تأكيدها أنها ما هي إلا فائدة ربوية مستترة في حالة رجوع فيها فيروس الربا أشد وأنكى من حالته التي كان عليها في الأدبيات التي كانت تزعم أن الفائدة البنكية ليست هي الربا المحرم، ولكن وبعد أن اتضحت معالم الفكر الاقتصادي الإسلامي والشروط الكبير الذي قطعته وأثبت كفاءته فإنه يخشى أن يتدثر فيروس الربا في ثوب معاملات ظاهرها السلامة وباطنها الحرام.

إن القوانين المدنية المستمدة من الشريعة الإسلامية وقفت عاجزة عن البت في إخفاقات الصكوك، كما حدث مع صكوك نخيل في الإمارات العربية المتحدة، بل حكم فيها بـ ²⁴ English common law ، ويعيد الباحث ذلك إلى أن القوانين المدنية المستمدة من الشريعة الإسلامية لا تتحمل في قواعدها العامة العادلة، تدخل رأس المال على نحو شرس في

24

انظر النص الآتي بالإنجليزية

On the side of civil law, one sees a lack of predictability, transparency, and consistency. Full codification of law, which is needed for predictability, is not implemented in the countries under civil law regimes. The problems posed by civil law can be witnessed in the recent *Nakheel Sukuk* case, in which there was confusion over which law should be adopted when *Nakheel* declared itself in a state of default. Because the *Nakheel* offering circular was governed with English common law while the *sukuk* transactions took place in a civil law jurisdiction, there was a conflict when the investors sued *Nakheel* for capital repayment in Dubai's civil court. The investors could sue in English courts as well as in the United Arab Emirates, the seven-member federation that includes Dubai. Nevertheless, even if they win and the court orders seizure of the assets, the foreign law ownership as well as *sukuk* agreement cast doubts over whether the law is enforceable in the UAE (Kasolowsky & Abocar, December 2009). Consequently, the investors' rights are restricted from what was promised in the offering circular. Therefore, this indicates that civil law is not yet predictable and flexible enough to be enforced in governing jurisdiction

Jhordy Kashoogie Nazar Regulatory and Financial Implications of Sukuk's Legal Challenges for Sustainable Sukuk Development in Islamic Capital Market, 8th International Conference on Islamic Economics and Finance, p. 8.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

التقنين والتشريع، وأن يصنع التشريع له حقوقا تستجيب لنزوته الجامحة، وإن الشريعة الإسلامية العادلة هي الميزان الذي أنزله الله من السماء حكما بين وحدات الفئات ووحدات العجز على نحو لا يبغى فيها الخلطاء بعضهم على بعض، وجعل العدل بتوازن طرفي العقد على نحو مطلق لا يجوز للخلق أن يعبثوا به، ولكل عقد له رسمه ومضمونه، ولا يجوز العبث بتلك الرسوم والمضامين.

إن هذه الصور الملتبسة في خليط من العقود حيث تجمع بين العقود المتنافرة في الحقوق والالتزامات، سيؤدي إلى تلاشي العقود الأصيلة في ظل هيمنة عقود ركبت تركيبا اقتصاديا يجمع المكاسب لطرف ويرحل المخاطر إلى طرف آخر، وهناك نماذج عديدة من العقود المركبة غير المتوازنة ليس هذا محل عرضها.

ملاحظة لا بد منها في مجال التشريع والتقنين:

إن التشريعات الغربية تأتي غالبا بعد الممارسة الاقتصادية التي ترسمها الطبقة الرأسمالية المتنفذة على وفق مصالحها الخاصة، ثم تأتي القوانين ترجمة وانعكاسا لذلك التنظيم الرأسمالي، فتكون الهيمنة لرأس المال، في الممارسة والتطبيق والتشريع أيضا، حيث تباح عقود لا تقرها العدالة والتوازن ولو عقلا بين طرفي العقد، ويعد مثال الصكوك الذي نحن بصدد نمودجا من نماذج استئثار رأس المال ليس فقط بالهيمنة في التطبيق بل بالاستئثار بطريقة قانونية يحمي فيه ماله من التفليس، ويجعل لنفسه الحق في المراقبة للمالك الذي اشترى منه الأصل، وإذا أفلس حامل الصك (المالك) فإن الأصل الذي يملكه لا يدخل في التفليس، ولرأس المال أن يسترد الأصل الذي باعه وقبض ثمنه مقابل إطفاء الصك بسعر السوق، الذي يحكمه رأس المال، لعبة يصنعها أصحاب رأس المال وقد أحكموا خيوطها!

أما الفقه الإسلامي فإنه يملك المنهج الموضوعي المتمثل في ضوابط الفهم في مصادر الشريعة الأصيلة، حيث يتم إحكام المصدر والفهم، بحيث تظهر الشريعة تماما على الذي أحسن بيانا وعدلا، حيث الثابت المطلق العادل في النظام العام الذي لا تجوز مخالفته، ويوفر الحماية للتشريع الإلهي أن تتجاذبه الأهواء، والحكم العدل بين رأس المال والعامل، والغني والفقير.

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شلاويش

وعلى فرض أن الحكم القطعي ثابت لا خلاف فيه إلا أن تنزيل هذا الحكم محل اجتهاد لتنزيله على المتغير عبر حلقة تحقيق المناط؛ لذا فإن الفقه الإسلامي بثوابته ضامن للعدل، وبتحقيق المناط قادر على أن يستوعب الجديد مع المحافظة على الثابت، وهو أسّ العدل بين الناس مع الوفاء بحاجاتهم، وهو القسطاس المستقيم الذي أمر الله به، بمعنى أن الشرع هو الذي يصنع المجتمع والواقع، ويصوغهما على وفق العدل الذي أمر الله تعالى به، لا أنه تابع للواقع والممارسة الاقتصادية، على النحو الذي يجري عليه التقنين الوضعي.

شبهة ودحوضها:

يرى بعض المهتمين بالصكوك أن الصكوك خير من الخصخصة بسبب الممارسات السيئة في الخصخصة، التي بيعت فيها بعض الأصول العامة للدولة في صفقات شاب الفساد بعضها، وأن الصكوك هي المنقذ، وإن ثبتت مشروعية الصكوك فعلى الرأس والعين، وسمعنا وأطعنا، أما على الحالة السابقة في الصكوك فإن العين المصكّكة ستعود بعد أجل إلى الدولة بمعنى أن المشكلة لم تنته بعد ورجعنا إلى المربع الأول، والتصكيك الذي اعتبرناه المخرج وإذا به يعيدنا داخلين إلى الباب الذي خرجنا منه، مما يعني أن التصكيك لا يحمي الأصول من شبه الفساد التي شابت الخصخصة، فما المخرج إذن؟

البديل الشرعي للصكوك:

إن البديل الشرعي يكمل في العقود الشرعية الواضحة والعقود الاستثمارية التي تحقق الربح كثيرة ومتنوعة من البيع، والمضاربة، والمشاركة وغيرها من العقود، وإن المساهمة التي هي ملكية واضحة، وهي خير وسيلة لوقاية أصول الأمة حيث يكون المساهم مالكا واضح الملكية، وللحماية من الفساد فلا بد من تفعيل الرقابة والجمعيات العامة في الشركات لتقوم بدورها على أكمل وجه، لتقليص الفجوة بين الإدارة والملكية التي فرضها نمط الشركات المعاصرة.

إن التصكيك عبر الشركة ذات الغرض الخاص، وتوابعه هو إضافة كلفة اقتصادية لا حاجة لها، من حيث التشريعات ودراسات الجدوى والإصدار، وأمين العهدة، وحامي العهدة وغيرها، ولا حاجة لهذه التكاليف كلها، ويمثل السهم الذي هو نصيب في الملكية دون هذه الترتيبات التي في النهاية تؤول إلى اللغو وعودة العين لصاحبها، مع تحقيق حملة الصكوك

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

لعائد عن عين لم يملكوها، كل هذا الحشد من الصفقات والترتيبات عادت الأمور فيه إلى ما كانت عليه قبل التصكيك، مما يعزز أن الأمر هو عبارة عن حيل للالتفاف على الملكية الشرعية التي تتمتع بكامل مقتضياتها ومضامينها من حيث الحيازة والانتفاع والتصرف.

وختاماً: قال الإمام الأعظم، أبو حنيفة رحمه الله: وقولنا هذا رأي وهو أحسن ما قدرنا عليه، فمن جاءنا بأحسن منه فهو أولى بالصواب منا.
سجلت في ورقتي المتواضعة هذه ما ظننت أنه الصواب، فإن أصبت فمن الله وإن أخطأت فحسبي أنني بذلت جهدي في الوصول إلى الحق، والله هو الهادي إلى سواء السبيل.

الخاتمة

النتائج والتوصيات

خلص الباحث إلى النتائج الآتية:

1. بعض الصكوك صريح في الدينية، وبعضها يؤول إلى الدينية.
2. إن تحقيق المناط في واقع صكوك التمويل التي يقال إنها ممثلة للأعيان، ما هي في الحقيقة سوى علاقة دينية ويتضح ذلك من خلال الواقع والتنظيمات القانونية وحالات الإخفاق التي مُنيت بها.
3. إن المصادقية الشرعية بمعنى توافق المعاملة مع الأحكام الشرعية والكفاءة الاقتصادية بمعنى تحقيق العقد المصلحة الاقتصادية المرجوة، قرينان لا ينفك أحدهما عن الآخر، فحيثما وافق التطبيق الشرع فقد انعقدت المصلحة المعتبرة شرعا، وكذلك المصلحة المعتبرة لا تتعارض مع الشرع، وحيثما حصل التعارض فهو متوهم.
4. واقع الصكوك وتنظيماتها القانونية لا تنسجم مع قرارات الجامع الفقهي والمعايير الشرعية.
5. الصكوك نتاج فكر رأسمالي غربي، يعمل على استئثار رأس المال بالمكاسب، ويستخدم أموال المجتمع عبر الصكوك لحماية نزوته في الاستئثار، وعبر سطوة رأس المال وقوته يشرع القوانين لحماية ثروته ولو على حساب الجمهور.
6. صكوك التمويل بأنواعها حرمان للجمهور من المشاركة الصحية والفاعلة في تنمية رأس مال الشركات ضمن شروط الملكية الصحيحة الدائمة، ومع الأسف يؤتى بالجمهور كشركاء مؤقتين لخدمة انتهازية رأس المال.
7. التطبيق الغربي الأساسي للصكوك جعل قوانين الغرب الرأسمالي هي الحاكمة في بعض تطبيقات الصكوك، على حال ربما يؤثر سلبا في تطبيقات القوانين المدنية المستمدة من الشريعة الإسلامية.

التوصيات:

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى شاويش

1. ضرورة حماية الصيرفة الإسلامية والاقتصاد الإسلامي من الهيمنة الفكرية الاقتصادية الغربية، ولا يكون ذلك إلا بالنظام الاقتصادي الإسلامي المرتكز إلى قاعدته الصلبة في التصورات ممثلة في العقيدة الإسلامي، وفي التطبيقات ممثلة في الفقه الإسلامي بضوابطه الاجتهادية المقرر في علم أصول الفقه الإسلامي.
2. إعداد المزيد من البحوث في حقيقة الصكوك في ضوء ضوابط الاجتهاد العامة في الفقه الإسلامي المتمثلة في: الإجماع، النص، القياس، القاعدة الفقهية.
3. عدم الانجرار وراء الهالة الإعلامية التي تدغدغ عواطف المسلمين بأنهم هم المبدعون للصكوك، وهي في الحقيقة نتاج غربي رأسمالي كان دورنا في دور فيه لفظي يقتصر الإخراج والتسميات، والتكلف في التلفيق الفقهي وحشر الأحكام في غير محلها.
4. التحذير من أن الصيغ الملفقة تعمل على إلغاء الصيغ الأصلية وتفريغها من محتواها، حتى أصبحنا أمام بيع كالدين، ودين كالشركة، وهبة أشبه بالبيع²⁵، في حالة من تماهي العقود وضياع محتوياته، حتى أصبح من العسير تمييزها بسبب حالة التشوية التي أصابتها.
5. إحياء صيغ الاستثمار الإسلامية بطبيعتها، الشرعية وفق نظرية مقتضى العقد في الشريعة الإسلامية، للحيلولة دون تشويهها.
6. إثراء طلاب الدراسات العليا خصوصا في القانون والاقتصاد بضوابط العقود العامة في فقه المعاملات الإسلامية.
7. الاستفادة من قرارات الجامع الفقهية والمعايير الشرعية والمحاسبية في مجال حوكمة المعاملات خصوصا، وغيرها عموما.
8. التحذير من تغير أشكال الدين الربوي بأسماء صيغ الاستثمار الإسلامية.
- 9.

ن الرأسمالية أسود سالخ (أقتل أنواع الحيات)، أحشى أن تجثم على رأسمالنا الإسلامي في عتمة الحيل والفتاوى الشاذة، ويوشك أن يكون لأنياها جرش

²⁵ في الإحارة المنتهية بالتملك يخرج انتقال الملكية من البنك إلى المستأجر على أنه هبة معلقة على شرط سداد الثمن، ومن الغريب أنهم ألحقوا ذلك بالبيع بشرط الهبة عند الملكية، ومنطوق النص عندهم مع شرط تنجيز العتق، ويمكن أن تقاس الهبة عليه بشرط أن تكون منجزة انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (66/3)، ومع ذلك فإن قولهم هذا لا يستقيم ومذهب المالكية، إضافة إلى أنها حلت من معنى الهبة وأصبحت الهبة معاوضة!

الربا في الصكوك والسندات الممثلة للنقود والديون د. وليد مصطفى
شاويش

في اقتصادات المسلمين التي هي في أمس الحاجة للتنمية وتحقيق العدالة الاجتماعية، وهي أمام خيارات صعبة للغاية بين أمنها واقتصاداتها، على نحو يجب أن ينتبه فيه إلى حركة رأس المال انتباها دقيقا.