

المؤتمر العالمي الحادي عشر لعلماء الشريعة في المالكة الإسلامية



سوف رأس المال الإسلامي والمصرفية الإسلامية: تقوية القضايا العالقة

ISLAMIC CAPITAL MARKET & ISLAMIC BANKING: AN APPRAISAL OF UNRESOLVED ISSUES

ضمان الطرف الثالث في الصكوك

الدكتور حامد بن حسن ميرة



الراعي الرسمي



BANK NEGARA MALAYSIA
CENTRAL BANK OF MALAYSIA

الجهة المنظمة

ISRA الأاديمية العالمية للبحوث الشرعية
International Shariah Research Academy for Islamic Finance



سأهم في التمويل الجهة المدعوة

MALAYSIA
WORLD'S ISLAMIC FINANCE
MARKETPLACE



ورقة عمل بعنوان:

ضمان الطرف الثالث في الصكوك

د/ حامد بن حسن ميرة

مقدمة إلى

المؤتمر العالمي الحادي عشر لعلماء الشريعة في المالية الإسلامية

"سوق رأس المال الإسلامي، والمصرفية الإسلامية: تقويم القضايا العالقة"

بتنظيم من الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية (إسرا)

المنعقد بماليزيا خلال الفترة: ١-٢ صفر ١٤٣٨هـ يوافق ١-٢ نوفمبر ٢٠١٦م

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونستهديه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم تسليماً كثيراً. أما بعد:

فقد شرفني الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية (إسرا) المنظمة للمؤتمر العالمي الحادي عشر لعلماء الشريعة في المالية الإسلامية، والمعنون بـ: "سوق رأس المال الإسلامي، والمصرفية الإسلامية: تقويم القضايا العالقة" بطلب تقديم ورقة عمل حول موضوع: (ضمان الطرف الثالث في الصكوك)، فأثرت عدم حشوها بأيّ من المقدمات والتمهيدات، سواء المتعلقة منها بتعريف الصكوك وأحكامها، أو الضمان وتعريفه وأحكامه، إنما حاولت التركيز على المحور الدقيق محل الاستكتاب، ليكون بمثابة ورقة لاستشارة الأذهان للنقاش في المسألة.

كما تجدر الإشارة إلى أن ما تضمنته الورقة إنما يمثل الرأي الشخصي لمعدّها، ولا يتعلق أيّ مما فيها بالجهة التي يعمل فيها أو غيرها.

والحمد لله في الأولى والآخرة، والصلاة والسلام على الحبيب محمد صلى الله عليه وسلم.

د/ حامد بن حسن ميرة

HamedMerah@gmail.com

ضمانات الصكوك

لا يخفى عن كل مهتم بالصكوك ومطلع على أدبياتها والتنظير لها، بأن من أهم ما يميزها عن السندات كونها تمثل حصة شائعة في أعيان أو منافع أو خدمات أو مزيج منها؛ وعليه فإن تحقق هذه الملكية بكل مقتضياتها من الغنم والغرم، وانتفاء ما يتعارض مع تحققها من مظاهر الصورية وسماتها من الأهمية بمكان.

كما إن من أهم أهداف استحداث الصكوك كورقة مالية هو توفير بديل مشروع للسندات الربوية المحرمة؛ يؤدي المباح من وظائفها وخصائصها المالية والاقتصادية. هذا وإن من أهم يميز السندات - في أعمها الأغلب - كونها ورقة مالية منخفضة المخاطر، يتم تقييمها بناء على الملاءة الائتمانية لمصدرها (المقترض)، وتُسعر بناء على هذا التصنيف الائتماني. وعليه فإنه ربما قيل: بأن ضمان المصدر إعادة دفع رأس مال السند مع فوائده يُعدُّ العمود الفقري للطبيعة الفنية للسند.

وهو ما جعل السندات قسيماً للأسهم، التي تتميز بكونها تمثل حصة مشاعة في شركة معرضة للربح والخسارة لا يمكن ضمان سلامة رأس المال فيها، فضلاً عن التعهد بدفع مقدار محدد من الأرباح عليها، بله ضمان وجود ربح. وهو الأمر الذي جعل طبيعة الأسهم أنها استثمار مرتفع المخاطر مقارنة بالاستثمار في السندات التي تصنف بأنها استثمار منخفض المخاطر في الأعم الأغلب؛ مما جعل كلاً منهما غرضاً استثمارياً مختلفاً عن الآخر.

ومن هنا نشأ الإشكال في هيكلية الصكوك؛ إذ إن الصكوك نُظِر لها بأنها: "وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في ملكية موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص..."^(١) وفي المقابل فإن طبيعة هذا النوع من أنواع الأوراق المالية (السندات وبديلها) يستلزم ضمان رأس المال، وتحديد مقدار العائد سلفاً؛ فكان مقتضى ذلك أن تكون الصكوك سهماً وسنداً في آن واحد، وهو ما لا يمكن تحقيقه،

(١) الفقرة: (٢)، من المعيار: (١٧) - معيار صكوك الاستثمار - من المعايير الشرعية الصادرة عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.

ومن هنا بدأت المصارف الاستثمارية الإسلامية في محاولة تقليص المخاطر التي في الصكوك لتقرّبها من مستوى مخاطر السندات، حتى تصنّف وتسعّر بنفس آليات تصنيف السندات وتسعيرها، واستخدمت الهندسة المالية الإسلامية أدوات عدة لمحاولة تقليص حجم المخاطر في الصكوك، وتقريبها إلى السندات - من هذه الزاوية - قدر المستطاع.

وقد كان من أهم هذه الآليات التي يُتغيا بها الوصول إلى الضمان أو ما يشبهه، والتي كانت محل تطبيق كذلك ضمان طرف ثالث رأس مال حملة الصكوك، فما حكم ذلك؟ وما شروط صحته، وإمكانية تطبيقه؟

المُنطَلَق ومنشأ استحداث هذه الآلية ما صدرت به جملة من القرارات والفتاوى الجمعية من تحريم ضمان (المصدر) لأصول الصكوك سواء أكان شريكاً أم مضارباً أم وكيلاً بالاستثمار، مثل: قرار ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم: ١٧٨ (١٩/٤)، والذي نص على ما يأتي: "مدير الصكوك أمين لا يضمن قيمة الصك إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار"، وفيه: "لا يجوز إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو بالقيمة التي يُتفق عليها عند الإطفاء".^(١)

كذلك فقد نصت الفقرة ٧/٨/١/٥ من معيار صكوك الاستثمار - المعيار السابع عشر - الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على الآتي: "أن لا تشمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدرأً معيناً من الربح"، وهو ما أكده بيان المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة الصادر في البحرين عام ١٤٢٩هـ، والذي جاء فيه: "لا يجوز للمضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصكوك أو ممن يمثلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها..". وغير ذلك الكثير.

(١) الصادر عن مؤتمر المجمع في دورته التاسعة عشرة المنعقد في إمارة الشارقة بدولة الإمارات العربية المتحدة، من ١ إلى

٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

ولعل أساس ذلك ما حُكي من انعقاد الإجماع على أن يد المضارب يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط،^(١) بل وذهب جماهير أهل العلم من الحنفية،^(٢) والمالكية،^(٣) والشافعية،^(٤) والحنابلة^(٥) إلى عدم جواز اشتراط تضمين المضارب في حال عدم تعديه أو تفريطه، وحكموا بفساد هذا الشرط؛ لأن اشتراط ضمان رأس المال على المضارب يقلب العقد من مضاربة إلى قرض، ويحوّل المضارب من كونه وكيلًا أمينًا إلى كونه مقترضًا ضامنًا، فتؤول المضاربة بذلك إلى قرض جرّ نفعًا، ومن المتقرر أن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. بل إن بعض أهل العلم نفى وجود خلافٍ في بطلان اشتراط ضمان المضارب، ومن ذلك قول الإمام ابن قدامة -رحمه الله-: "متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضيعة فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً".^(٦)

بناء عليه فقد تفتقت أذهان مهيكلي الصكوك على التفكير في وضع حل لذلك من خلال جعل الضمان من طرف ثالث غير المصدر (الشريك أو المضارب أو الوكيل).

حكم هذه الصيغة:

الذي يظهر للباحث -والله أعلم بالصواب- جواز ذلك شريطة استجماع الضوابط الآتية:

١- أن يكون ضمان الطرف الثالث دون مقابل.

أما إن دفع المصدر للضامن (الطرف الثالث) مبلغاً مقابل الضمان (حتى ولو يكن مالياً، كأن يتم الاتفاق بينهما على أن تضميني مقابل أن أضمنك) فلا يظهر للباحث جواز ذلك، لا لكون ذلك من أخذ الأجر على الضمان (أو الكفالة) الذي حُكي الإجماع على تحريمه؛^(٧) لأن الضمان (أو الكفالة) المحكي الإجماع على تحريمه إنما هو: "ضم ذمة الضامن

(١) ومن حكي الإجماع من أهل العلم: الإمام ابن عبد البر في الاستذكار (٢١ / ١٢٤)، وشيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى (٣٠ / ٨٢).

(٢) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم (٧ / ٢٨٨)، .

(٣) ينظر: المنتقى شرح الموطأ، الباجي (٧ / ٧٢)، الشرح الصغير، الدردير (٣ / ٦٨٧ - ٦٨٨).

(٤) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي (٧ / ٣٧١).

(٥) ينظر: الإنصاف، المرادوي (٦ / ١١٣)، كشف القناع، البهوتي (٣ / ١٩٦).

(٦) المغني (٧ / ١٧٦).

(٧) ينظر: الإشراف، ابن المنذر (٦ / ٢٣٠).

إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق"،^(١) بينما الصورة التي نحن بصدددها ليس فيها شيء من ذلك، لأن المصدر ليس مديناً (في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة بالاستثمار)، وحتى في الصكوك التي يكون فيها مديناً بالأجرة المؤجلة فإن الطرف الثالث لا يضمن دفع الأجرة، وإنما يضمن دفع قيمة رأس مال حملة الصكوك في حال تلف أصول الصكوك وهلاكها؛ أي أنه ضمان الخسارة والتلف وليس ضمان دين، كما إن الضمان (الكفالة) الذي حُكي فيه الإجماع إنما يترتب عليه رجوع الضامن على المضمون عنه، بخلاف المسألة محل النظر هنا؛ وعليه فوجه التحريم -من وجهة نظر الباحث- في منع الضمان محل البحث نظير مقابل مادي: كونه صورة من صور التأمين التجاري المعروف الذي ذهبت المجامع الفقهية وجماهير فقهاء العصر إلى تحريمه؛ لأن ضمان الطرف الثالث هنا، إنما هو التزام بتعويض حملة الصكوك عن رأس مالهم في حال تلف أصول الصكوك (سواء أكانت صكوك مضاربة أم مشاركة أم وكالة بالاستثمار) نظير مبلغ نقدي محدد يستحقه مقابل الالتزام بالتعويض، وقد تسلم أصول الصكوك فيغتم، وقد تهلكت أصول الصكوك فيغتم؛ وعليه فباب المنع في الأجر على الضمان (الكفالة) شبهة الربا، بينما باب المنع في مسألتنا الغرر الفاحش.

٢- أن يكون الطرف الثالث الضامن مستقلاً استقلالاً حقيقياً عن المصدر؛

وذلك بأن يكون لكل منهما شخصية اعتبارية مستقلة، وأن لا يكون أيُّ منهما مالكاً للآخر أو مملوكاً له أو مستحوذاً عليه.

وهنا يرد سؤال: هل يُشترط عدم وجود أي نسبة من الملكية بينهما؛ أي هل هناك حد فاصل في نسبة ملكية بينهما لو تحققت لحُرْم الضمان؟ بمعنى أن الضامن قد يملك أسهماً في المضمون أو العكس لا تمثل ملكية جوهرية ولا حصة سيطرة؟

لاشك بأن ما سبق يحتمل الاجتهاد في تحقيق مناط الاستقلالية بينهما، ولكن ما لا ينبغي الخلاف فيه منع كل صورة يتم فيها تأسيس كيان (ولو كان مستقلاً بشخصية اعتبارية قانونية) لأجل التحيل على الضمان.

(١) المغني، ابن قدامة (٧/ ٧١)، وغيره.

وقد ذهب المجلس الشرعي لأيوبي في المعيار (١٢) "الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة" وكذلك في مسودة المعيار (٥٦) إلى تحديد ضابط ذلك بالنصف (٥٠٪)، إلا إنه أضاف في مسودة المعيار (٥٦) إضافة مهمة نصها: "ولا يجوز التحايل على ذلك بإنشاء شركة أو كيان قانوني لهذا الغرض خصوصاً؛ لأجل بيان أن النصف رقم غير مقصود لذاته وإنما لتجلية الملكية المؤثرة من عدمها في الغالب.

وعليه فيمكن التطبيق على القاعدة أعلاه بالقول أنه لا يصح ضمان الطرف الثالث في كلٍّ من الصور الآتية:

- ضمان الشركة القابضة إحدى الشركات التابعة لها، أو العكس.
- ضمان شركة ذات غرض خاص ينشؤها المصدر لغرض ضمان الإصدار، بغض النظر عن التسجيل القانوني لاسم مالك هذه الشركة ذات الغرض الخاص.
- ضمان دولة أو بنكها المركزي إصداراً أصدرته إحدى الوزارات، أو العكس؛ لأنه وإن كان المصدر وزارةً ما والضامن وزارة أخرى أو البنك المركزي ولكل منهما شخصية اعتبارية مستقلة؛ إلا أن النتيجة أنها كلها جهات ممثلة للدولة، وإن قيل بغير ذلك فيكون تفرغاً للقول بتحريم السندات الربوية السيادية وأذونات الخزنة الربوية من معناه؛ فإنه بهذا الاعتبار يمكن أن تُصدر السند وزارة المالية ويضمّنه البنك المركزي، أو تصدر السند وزارة النقل وتضمّنه وزارة المالية وهكذا.

٣- ألا يرجع الطرف الثالث (الضامن) على مصدر الصكوك (المضارب أو الشريك أو الوكيل بالاستثمار) مطلقاً.

حتى وإن كان الطرف الثالث (الضامن) مستقلاً حقيقة عن المضمون (المضارب أو الوكيل أو الشريك) فلا يصح بحال أن يرجع على المضمون عنه سواء أكان الضمان بمقابل أم بغير مقابل؛ لأن مآل ذلك هو ضمان الأصيل (المضارب والشريك ووكيل الاستثمار) نفسه. وقد صدر بمنع هذه الصورة المعيار الشرعي (٤٥)، ونص البند: "لا يجوز حماية رأس المال بوسائل غير مشروعة أو يترتب عليها محذور شرعي، ومنها: ٢/٥ تعهد طرف ثالث لمدير الاستثمار بتحمل الخسارة تعهداً مطلقاً - أي غير مقيد بالتعدي أو التقصير - مع حق الرجوع على

المدير"،^(١) وعليه فكون الشريك والمضارب والوكيل يضمن مباشرة أو بواسطة لا يغير من الحكم شيئاً.^(٢)

هذا وقد نصت بعض القرارات والفتاوى الجمعية على جواز الطرف الثالث بالشروط المفصلة أعلاه، ومنها: ما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي ذي الرقم: ٣٠ (٤/٥): "ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل، بمبلغ مخصصٍ لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة..". كما يحسن نقل ما توصل له المجلس الشرعي في أحدث المعايير المتعلقة بالموضوع، أعني مسودة المعيار الشرعي رقم: (٥٦) بشأن "ضمان المستثمر بالنيابة"، ونصه:

١/٤ يجوز التزام طرف ثالث بضمان رأس المال أو ربح محدد بالشروط الآتية:

١/١/٤ أن يكون الطرف الثالث مستقلاً عن مدير الاستثمار، وإن كان بينهما

ملكية فيشترط ألا تزيد ملكية أحدهما للآخر عن ٥٠٪، ولا يجوز

التحايل على ذلك بإنشاء شركة أو كيان قانوني لهذا الغرض خصوصاً.

٢/١/٤ أن لا يكون للملتزم حق الرجوع على مدير الاستثمار فيما ضمنه.

٣/١/٤ أن يكون الضمان تبرعاً.

٢/٤ لا يترتب على تخلف الطرف الثالث في التزامه أو بطلان هذا الالتزام فساد

عقد الاستثمار. ينظر: البند (٦/٦) من المعيار رقم (٥) بشأن

الضمانات، والبند (٣/٩/٢) من المعيار رقم (١) بشأن المتاجرة في

العملات، والبند (٣/٤/١/٣) من المعيار رقم (١٢) بشأن الشركة

(المشاركة) والشركات الحديثة، والبند (٧/٨/١/٥) من المعيار رقم

(١٧) بشأن صكوك الاستثمار، والبند (١/٤) من المعيار رقم (٤٥)

بشأن حماية رأس المال.

(١) المعايير الشرعية، طبعة صفر ١٤٣٧هـ، ص: (١١٢٨).

(٢) ينظر: بحث (ضمان المستثمر بالنيابة) د. طلال الدوسري ص: (٧٦ - ٧٧).

تساؤل:

هل تحقق ضمان الطرف الثالث بالشروط المبينة أعلاه ممكن في الواقع العملي؟
لاشك بأن ضمان طرف ثالث ليس له علاقة أو ارتباط بالمصدر دون مقابل، ودون رجوع على المضمون عنه صعب التحقق؛ في الواقع التجاري؛ لأن البنوك والمؤسسات المالية ليست جمعيات خيرية، وإنما مؤسسات ربحية تتغيا تعظيم المنفعة التجارية للمساهمين، بل ربما يكون تبرع الشركات والمؤسسات في مثل هذا الوضع تعديا وتفريطا ممنوع شرعاً وقانوناً في حق الإدارات التنفيذية للشركات.

إلا إن تحقق ذلك ليس مستحيلاً ولا متعذراً عقلاً ولا واقعاً، ولكنه يبقى متصوّراً في حالات محدودة وقليلة، كأن تقوم بذلك الحكومات والدول لغرض تشجيع الاستثمار في اقتصادها، مثل ضمان صناديق تشجيع الصادرات وغيرها؛ بحيث تشجع القطاع الخاص في الدولة على التصدير، وهو ما سينعكس إيجابياً على اقتصاد الدولة وميزانها التجاري، أو تضمن الدول أو إحدى صناديقها - بشروط - مشاريع رواد الأعمال ونحو ذلك.

وقفات:

١. التأكيد على ما سبق بيانه من كون أحد أهم القضايا منشأ الخلل الشرعي في الصكوك هو محاولة جعل مستوى المخاطر في الصكوك مساوية تماماً لمخاطر السندات، وهو أمر يتعذر تحقيقه بوجه شرعي؛ إذ إن الصكوك إنما تمثل حصة مشاعة في أعيان أو منافع أو خدمات أو ما اجتمع منها؛ مما يستلزم أن تكون المخاطر في الصكوك ليست مجرد المخاطر الائتمانية للمصدر كما في السندات، وإنما يضاف إلى ذلك مخاطر أصول الصكوك؛ وعليه فليس من العدل أن يكون العائد على الصكوك مماثلاً للعائد على السندات - وإن كان مستوى المخاطر الائتمانية فيهما متماثلاً-؛ وعليه فالمنافسة بين الصكوك والسندات وجعلهما على سنن واحد ليس صواباً، ويكون أحد نتائجه التأثير على الجوانب الشرعية للصك لمحاولة التسوية بينهما.
 ٢. ومع مراعاة ما جاء في الفقرة (١) أعلاه فإن ذلك لا يعني عدم محاولة تخفيض مخاطر الصكوك وفق الأدوات الشرعية المباحة، ودون اللجوء إلى ليّ أعناق النصوص وتكليف العقود الشرعية من الخصائص ما لم تُشرع لأجله.
 ٣. وعليه فإن الباحث يرى أن عقد المضاربة -على سبيل المثال- من أبعد العقود الشرعية عن الطبيعة الاصطلاحية للصكوك.
- وإن بناء هيكل الصكوك (التي من صميم طبيعتها انخفاض المخاطر، وتحديد مقدار العائد سلفاً..) على عقد المضاربة جنائية على عقد المضاربة؛ لأن نتيجة ذلك إما أن يكون عقد المضاربة على مقتضياته وضوابطه الشرعية وبذلك يخرج المنتج الاستثماري عن طبيعة الصك، ولا يكون مؤدياً لوظائف الصك الفنية وأدواره المالية والاقتصادية، وإما أن يكون صكاً بالمعنى الاصطلاحي ومؤدياً لوظائفه وأدواره الفنية ولكن لا بد أن يكون ذلك على حساب الضوابط الشرعية لعقد المضاربة وحقيقته الشرعية.