

تحت رعاية *Under the Auspices*



Central Bank of Bahrain

تنظيم *Organised by*



هيئة المحاسبة والمراجعة
للمؤسسات المالية الإسلامية
ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION
FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS

بحوث مؤتمر أيوفي السنوي السادس عشر للهيئات الشرعية

الأحد والاثنين ٢٢-٢٣ رجب ١٤٣٩ هـ يوافق ٨ - ٩ أبريل ٢٠١٨ م
فندق الدبومات، مملكة البحرين

الراعي البلاتيني



الراعي الرئيس



الراعي الذهبي



الراعي الفضي



الشريك المعرفي



الشريك الإعلامي



شريك البث الرسمي



"التقرير الأولي في تحليل الأموال الربوية"

وفيه المسائل الآتية:

- ❖ أهمية تحرير العلة في الأموال الربوية.
- ❖ الفرق بين العلة والحكمة، وأثرهما في تعديده الحكم الشرعي.
- ❖ هل المقاييس المعتد بها في تحديد العلة، تعبدية أم عرفية؟
- ❖ أثر المقاييس الحديثة في تحديد علة الربا في الأموال الربوية.
- ❖ مدى الاعتداد بالنقود الرقمية المشفرة في الأموال الربوية.

يقدم لمؤتمر أيوفي للهيئات الشرعية السنوي السادس عشر وذلك يوما الأحد والإثنين - 22

23 رجب 1439 هـ الموافق 8 - 9 أبريل 2018 م مملكة البحرين.

إعداد: د محمد قراط

الحمد لله والصلاة والسلام على مولانا رسول الله وعلى آله وصحبه ومن والاه.

وبعد:

فإن اللجنة المنظمة لمؤتمر أيوفي للهيئات الشرعية السادس عشر والذي سينعقد يوم الأحد والأثنين 23 - 22 رجب ١٤٣٩ هـ يوافق ٨ - ٩ أبريل ٢٠١٨ م في مملكة البحرين، طلبت من الفقير إلى ربه أن يكتب في مسائل خمس، وأحسب أن اللجنة حددتها لنيل أغراض يرومون تحقيقها وغايات يقصدونها. وإن لم نتبينها على النحو الأكمل، الأمر الذي قد ينعكس على منهج تصورهما وتحرير جزئياتهما، وبدت لي تلك المسائل مغاصة عظيمة، والخوض فيها يجرنا إلى ما هو غير مقصود، لكنني حاولت أن نلبي الطلب على الوجه الذي يرضي، ولكن الوقت لم يسعنا الوسع الذي نطمئن إليه فعمدنا إلى تحرير هذه التقارير الأولية والمختصرة على الله عز وجل يبسر النظر في المسائل على نحو أوسع وأضبط، وهو ما عقدت العزم عليه بأذن الله. وقد سلكنا منهجا اعتمد على إبعاد كثير من المسائل التي بحثت على نحو شامل، وذلك مثل أضرار الربا الاقتصادية والاجتماعية، وتحرير أقوال الفقهاء في العلل الربوية ومناقشتها ومعارضتها وترجيحها، إضافة إلى نظرية التعليل والحكمة وغيرها مما هو مبسوط في المصنفات والأبحاث درءا للوقوع في الحشو والتطويل الممل. والله الموفق.

المسألة الأولى: أهمية تحرير العلة في الأموال الربوية:

أهمية تحرير العلة متجلية في الموجبات الآتية:

الموجب الأول: مقتضى بناء أنموذج أعمال مطابق للشريعة.

إذا ما رغبتنا في استكداد الفهم وبناء أنموذج أعمال حقيقي يقينا من الوقوع في المحظورات الشرعية، فإن تحرير العلة يستثمر العقل بتحديد بصيرته إلى صواب الغوامض، ويسهم ولا شك في تحقيق ذلك، ناهيك عما فيه من توفير للجهد والمال، وتعتبر العلة حينئذ مما يتعين لتخطيط سليم ونافع وموافق لمراد الله عز وجل. ويحقق في الوقت نفسه عبوديته ومقتضيات الاستخلاف، ويسهم في عمارة الكون والأرض، وبذلك يتحقق قدر من أهداف الاقتصاد الإسلامي المتمثلة في تحريك النقود والحث على إنتاج المال وكسبه وفق مقتضيات العدل، وتطبيق مبادئ الإحسان والألفة والمعاملة الحسنة.

الموجب الثاني: مقتضى التشخيص الاقتصادي وفق الشريعة.

بما أن تحرير علة الربا يوصلنا إلى إدراك المقاصد والحكم، فإن ذلك يساعدنا في تبين مواطن الخلل والزلل في الاقتصاد، مما يعيننا في وضع الأسس التي نركز عليها في بناء اقتصاد حقيقي سليم يراعي تماسك المجتمع وأمن عيشه، ويطرد كل المنتجات الضارة المبنية على الاستغلال وكذا المعاملات الصورية. نظرا لارتباط المالية الإسلامية بمقصد العدل وبالقيم الأخلاقية، مما يسهم في تحقيق التنمية الاجتماعية المطلوبة والمقصودة شرعا.

الموجب الثالث: محدودية النص مقابل امتدادية فعل المكلف.

الشريعة الإسلامية تختص بكونها خاتمة الشرائع بشموليتها وخلودها وصلاحتها لكل زمان ومكان، لأن الله قد نسخ بها ما قبلها من الشرائع، وأوجب الحكم بها والتحاكم إليها، قال تعالى: "ثُمَّ جَعَلْنَاكَ عَلَىٰ شَرِيحَةٍ مِّنَ الْأَمْرِ فَاتَّبِعْهَا وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَ الَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ"^١، وتتسم الشريعة بقدرتها على تغطية كل مناحي الحياة، وتحقيق مصالح الناس في العاجل والآجل معا.

^١ - الجاثية من آية: ١٨.

فبتحرير العلة يحصل القبول للشريعة وتتحقق تلك الخصائص، وتضمن انسجام الحكم مع النازلة، وفق مقاصد الشريعة المرسومة إذا ما طرفنا باب الإبداع وصياغة منتجات جديدة لتلبية ما يحتاجه الناس، ومواكبة متطلبات الحياة التي تتطور سريعاً.

الموجب الرابع: عملية تنزيل الأحكام.

الأحكام الشرعية تنزل على أفعال المكلفين في الواقع وليس في الذهن، والنظر في الواقع المعين ينبي غالباً على تحقيق العلل بعد تحريرها، قال الشاطبي في تحقيق المناط: "ولو فرض ارتفاع هذا الاجتهاد لم تنزل الأحكام الشرعية على أفعال المكلفين إلا في الذهن، لأنها مطلقات وعمومات وما يرجع إلى ذلك منزلات على أفعال مطلقات كذلك والأفعال لا تقع في الوجود مطلقة، وإنما تقع معينة مشخصة، فلا يكون الحكم واقعا عليها إلا بعد المعرفة بأن هذا المعين يشمله ذلك المطلق أو ذلك العام، وقد يكون ذلك سهلاً، وقد لا يكون وكله اجتهاد"^٢.

فإن حصل سجال في أي معاملة مالية فينبغي استحضار موانع الشريعة وأسباب التحريم، ثم نعمد إلى تنزيلها لتتأكد من انطباقها وشمولها، وفعل ذلك متفاوت سهولة وصعوبة، وبيان العلل ووضوحها يفيد في حسن التنزيل ويخفف من الصعوبة في استفراغ الوسع. لأن تحرير العلة ينبي عليه تحقيق المناط باعتباره وسيلة تفضي إلى تحقيق تنزيل الحكم وتطبيقه، وذلك واجب اصطبت العلة بالحكم ذاته، لأنه لا يقتصر على تصور معايير الربا، بل يجب الاجتهاد في تنزيلها وفي تحقيقها في النوازل المختلفة.

الموجب الخامس: تحرير العلة وسيلة واجبة للوصول إلى مقصد واجب.

إن عدم إدراك العلل وتحريرها يفتح الباب للنظر غير المنضبط والتأول المجانب للحق، لأن استفراغ الوسع في تحرير العلة واجب للوصول إلى حكم شرعي معتبر لأن "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب"^٣. وذلك يدرأ الوقوع في تعطيل الشريعة واعتماد أهواء الناس.

الموجب السادس: تحرير العلة والتكليف بالمحال.

إن عدم تحرير العلة قد يؤدي إلى وقوع التكليف بالمحال، وإظهار تناقض في تنفيذ الأحكام، ولهذا إن وجد في الشريعة مجمل أو مبهم المعنى أو ما لا يفهم فلا يصح أن يكلف

^٢ - الموافقات ٤ / ٩٣.

^٣ - الفروق للقرافي، ١/٣٠٢.

بمقتضاه لأنه تكليف بالمحال وطلب ما لا ينال^٤. وبتحرير العلة يفصل الجمل ويظهر المعنى ويتضح.

الموجب السابع: تحقيق مصالح الناس يقتضي تحرير العلة.

المصلحة هي جلب المنفعة ودفع المضرة. أو هي: "المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، وما لهم. فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"^٥. والمصلحة المقصودة والمعتبرة هي التي توزن بموازين الشرع، وفي الموافقات: "المصالح اعتبرت من حيث وضعها الشارع"^٦، وتحقيق المصالح يقتضي مراعاة المآل والحال والعرف والزمان والمكان، لأن المصلحة هي مناط الشريعة، ويأتي تحرير العلة للوصول إلى المصالح الشرعية المقصودة.

الموجب الثامن: تنقيح المناط يستلزم تحرير العلة.

تنقيح المناط هو نظر واجتهاد في الحذف والتعيين فيما دل النص على كونه علة من غير تعيين بحذف ما لا مدخل له في الاعتبار مما اقترن به من الأوصاف كل واحد بطريقته. وهو نظر واجتهاد في إلغاء الفارق بين الأصل والفرع حيث ينظر لكليهما، ثم تبدأ عملية نفي الفوارق حتى تنتفي فيلحق الفرع بالأصل. ومن المعلوم أن تنقيح المناط يرد على العلة المستنبطة خاصة ويبحث في الفرع. إضافة إلى ذلك فهو مسلك معتبر لاكتشاف العلة^٧.

الموجب التاسع: تخريج المناط يستلزم تحرير العلة.

يخرج المناط بالاستنباط واعتماد النظر وهو مقتضى شرعي يحقق خصوصيات الشريعة باعتباره مسلكا لعلية الوصف، ولا يبحث إلا في قضية العلة المستنبطة. ومفهومه أن: ينص الشارع على حكم في محل ولا يتعرض لمناطه أصلا كتحريره شرب الخمر والربا في البر فيستنبط المناط بالرأي والنظر، وهو مُشْتَقٌّ من الإخْرَاجِ فَكَأَنَّهُ رَاجِعٌ إِلَى أَنَّ اللَّفْظَ لَمْ يَتَعَرَّضْ لِلْمَنَاطِ

^٤ - الموافقات، ٣ / ٣٤٢.

^٥ - المستصفى / ١٧٤.

^٦ - المصدر نفسه ٤١/١.

^٧ - انظر: مباحث العلة في القياس عند الأصوليين، ص: ٥١١. الإجماع في شرح المنهاج، ٣/٨٧.

بِحَالٍ، فَكَأَنَّهُ مَسْتَوْزٌ أُخْرِجَ بِالْبَحْثِ وَالنَّظَرِ فَكَأَنَّ الْمُجْتَهِدَ أَخْرَجَ الْعِلَّةَ.^٨ ، ومن أمثلة ذلك ما عقدنا فيه هذا البحث قوله صلى الله عليه وسلم: "لا تبيعوا البر بالبر إلا مثلاً بمثل." فإنه ليس فيه ما يدل على أن علة تحريم الربا الطعم، لكن المجتهد نظر واستنبط العلة بالطرق العقلية من المناسبة وغيرها، وهذا مبني على معقولية الأحكام كما سيأتي لاحقاً، وفي هذا نسوق حديث عُبَادَةَ قَالَ: "نَهَانَا رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ بَيْعِ الذَّهَبِ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ بِالْوَرِقِ وَالْبُرِّ بِالْبُرِّ وَالشَّعِيرِ بِالشَّعِيرِ وَالثَّمَرِ بِالثَّمَرِ قَالَ أَحَدُهُمَا وَالْمِلْحَ بِالْمِلْحِ وَلَمْ يَقُلْهُ الْآخَرُ إِلَّا مَثَلًا بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَأَمَرْنَا أَنْ نَبِيعَ الذَّهَبَ بِالْوَرِقِ وَالْوَرِقَ بِالذَّهَبِ وَالْبُرَّ بِالشَّعِيرِ وَالشَّعِيرَ بِالْبُرِّ يَدًا بِيَدٍ كَيْفَ شِئْنَا قَالَ أَحَدُهُمَا فَمَنْ زَادَ أَوْ زَادَادَ فَقَدْ أَزْبَى"^٩، فالحديث لم يتضمن - لا صراحة ولا إيماء- ما يدل على علة تحريم الربا، لكن المجتهد أظهر أنه الطعم أو كونه مكيلاً، أو غير ذلك مما قرره الفقهاء.

وعليه تتجلى قيمة تحرير الربا في السعي إلى تحديد ما يدخل في ربا الفضل وما لا يدخل، وتحديد ما يكون جنساً واحداً أو جنسين مختلفين باستصحاب الانتفاع ونوعه.

الموجب العاشر: بتحرير العلة يتنزل الحكم على الحالة.

إن تحرير علل الربا يؤدي إلى تنزيل الحكم على المعاملة بغض النظر عن مقاصد المتعاملين، وبغض النظر أيضاً عن إدراك مآلاتها؛ فبمجرد تحقق الربا في أي معاملة يجب منعها؛ سواء أكان ذلك في ربا القرض أم ربا الفضل.

الموجب الحادي عشر: قيمة تحرير العلة من قيمة اعتبار القياس.

القياس يعتمد على العلة اعتباراً لتحقيق المناسبة وهي ركنه وعليها مداره، وهي الركن الأعظم من مقصود القياس^{١٠}، وقال الخطيب البغدادي في حق القياس: هو حجة في الشرعيات، وطريق لمعرفة الأحكام، ودليل من أدلتها من جهة الشرع^{١١}. حيث مراعاته هو مراعاة لأحكام الله، يقول الجويني في بيان منزلة القياس وضرورته: "القياس مناط الاجتهاد

^٨ - البحر المحيط في أصول الفقه، بدر الدين محمد بن بشار بن عبد الله الزركشي، ٤ / ٢٢٨.

^٩ - السنن الكبرى، أحمد بن شعيب النسائي، كتاب البيع، باب بيع البر بالبر، ٤ / ٢٦.

^{١٠} - شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي ص: ٢٠.

^{١١} - الفقيه والمتفقه ج ١ / ١٧٨.

واصل الرأي ، ومنه يتشعب الفقه ، وأساليب الشريعة ، وهو المفضي إلى الاستقلال بتفاصيل أحكام الوقائع ، مع انتقاء الغاية والنهاية ، فان نصوص الكتاب والسنة محصورة ، ومواقع الإجماع مأثورة فيما ينقل منها تواترا ، فهو المستند إلى القطع ، ونحن نعلم قطعا أن الوقائع التي يتوقع وقوعها لا نهاية لها والرأي المبتوت المقطوع به عندنا انه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى متلقى من قاعدة الشرع ، والأصل الذي يسترسل على جميع الوقائع القياس ، وما يتعلق به من وجوه النظر والاستدلال ، فهو إذا أحق الأصول باعتناء الطالب ، ومن عرف مأخذه وتقاسمه ، وعرف مجاريها ومواقعها فقد احتوى على مجامع الفقه ، وان نحن خصصنا هذا الكتاب بفصل بسط ، فسببه ما نبهنا عليه من عظم خطره ، واشتداد مسيس الحاجة إليه ، وابتناؤه على إفضائه إلى ما لا نهاية له مع انضباط مأخذه^{١٢}

^{١٢} البرهان ٣/٢ بتصرف قليل .

المسألة الثانية: الفرق بين العلة والحكمة، وأثره في تعدية الحكم الشرعي.

في المسألة خمس قضايا:

القضية الأولى: تعريف العلة.

العله تسمى بالمناط وتسمى أيضا بالمقتضي، وهي الوصف المناسب الظاهر المنضبط المعرف لحكم الشارع مشتملة على حكمة تبعث المكلف على الامتثال^{١٣}. والوصف هو المعنى القائم بالغير: ويختص بكونه:

(١) مناسبة: المناسبة هي ربط الحكم بالوصف مظنة تحقق حكمة الحكم، فهي معنى يقوم بالوصف ومسلك ودليل على عليية الوصف، والمناسبة لا يناط بها حكم بل يناط بالوصف بقيد المناسبة، فمثلا تقول: حكم البيع هو الإباحة، وتساءل لماذا شرع الحكم؟ فتجيب قائلا: حاجة الناس إلى ذلك لرفع الحرج عنهم، فالجامع بين حكم البيع والحاجة الرابط بينهما يسمى بالمناسبة. إذن: المناسبة ملائمة بين الوصف والحكم في نظر رعاية المصالح، فبمجرد إبداء المناسبة تتعين العلة وهو المسمى بتخريج المناط، والمناسبة لا تعتبر إلا إذا كانت متضمنة لجلب مصلحة أو درء مفسدة، فما أدركته من الحكم ووصفته فذلك مناسبة، وجميع أنواع المناسبات ترجع إلى رعاية المقاصد.

(٢) ظاهرا: لأن الحكم في نفسه غيب فنستدل على وجوده بوصف ليس غيبا فالغيب لا يعلم منه الغيب، حيث العلة معرفة.

(٣) منضبطا: أي محدد بحد معين ثابت مستقر^{١٤}. فالاضطراب يعني ان الأشياء تتفاوت في نفسها قوة وضعفا كما هو حاصل في الحكمة.

(٤) مطردا: اختلف الاصوليون في هذا الشرط بعضهم يشترطه في المستنبطة فقط وبعضهم لا يشترط ذلك. ومعناه: كلما وجدت العلة في صورة من الصور وجد الحكم فإذا لم يوجد فعلى رأي من اشترطه يجعل النقض مفسدا للعله أي دليلا على فسادها، ومعنى النقض ان يوجد وصف في صورة من الصور ولا يوجد معه الحكم.

(٥) مشتملا على حكمة: والحكمة هي باعث للعمل.

^{١٣} شرح مفتاح الوصول إلى علم الأصول أبي عبد الله محمد التلمساني، أبو الطيب مولود السريري. ٤٨٥.

^{١٤} شرح مفتاح الوصول نفسه. ٥١٠.

٦) معرّفًا للحكم: التعريف يكون بوضع الشارع فهو الذي جعل الوصف مؤثرا ومعتبرا وحينئذ تسمى بالعلة الشرعية المظهرة للحكمة.

هذا، وإن العلة المقصودة من هذا التحرير مرجعها مراد الشارع، فهي ترجع إلى المعنى وليس إلى المنطوق أو المفهوم، وهو المعول عليه عند المحققين، وإن كان الغالب في الأحكام اتخاذها من النصوص الجزئية.

فمفهوم العلة يظهر من خلال ذكر حكم لأصل دال على الجواز أو عدم الجواز، فمبادلة الذهب بالذهب نسيئة حكمها التحريم لأن المعاملة ربا، وهذا الحكم بالتحريم منوط بعلامة أي وصف مؤهل للتعليل به وهو المسمى بالعلة، والوصف قد يكون حكما شرعيا أو حكما عقليا يثبت أمرا أو ينفيه أو هما معا.

والربط - بين الحكم وعلته هو ربط شرعي، ولكنه يدرك عن طريق العقل. والوصف قد يكون ظاهرا وقد يكون خفيا وقد يكون طرديا فالمعتبر هو الأول لأنه مناسب؛ وإن الوصف الخفي لا يعلل به، وكذا الوصف الطردوي الذي لا تتعلق به الأحكام الشرعية، فهو وإن كان وصفا فإنه استبعد لأنه غير مناسب. فحينئذ لا يظهر الربط بين الحكم وذلك الوصف فتندم المناسبة؛ والعقل لا يقضي بوجود مصلحة أو دفع مفسدة في شرع الحكم عنده، ولم يعرف عن الشارع الالتفات إليه في بعض الأحكام وبذلك نستبعده باستقراء الشرع ومعهوده وإن كان لذكره فائدة في مقام الجدل، وفي مقام العمل والفتوى.

القضية الثانية: تعريف الحكمة.

الحكمة: تُرد ويراد بها الآتي:

- ✓ الوسيلة الجالبة للمصالح والدافعة للمفاسد، وبهذا تتلازم مع المقاصد فتصبح الحكمة وسيلة مؤدية لتحقيق المقصد، فتكون العلاقة تلازمية بين الوسيلة والمقصد، فمثلا شرع القصاص للزجر وتلك حكمة، من أجل الحفاظ على النفس وذلك مقصد شرعي.
- ✓ المصلحة التي قصد الشارع من تشريع الحكم تحقيقها أو تكميلها، أو المفسدة التي قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو تقلييلها، نقول مثلا في قطع يد السارق: إن علته السرقة، والحكمة من تشريع هذا الحد: حفظ أموال الناس وحمايتهم وصيانتهم، وبهذا تكون مرادفة للمقصد.

- ✓ ما یترتب علی ربط الحكم بعلته أو بسببه من جلب مصلحة أو دفع مضرة، أو تقلیلها، كتحصیل مصلحة حفظ الأنساب بتحريم الزنی، وإیجاب الحد علی الزانی، فتكون العلاقة جلیة بینها و بین المقاصد الشرعیة وهی مكملة لما سبق.
- ✓ الحكمة التی لأجلها صار الوصف علة^{١٥} كذهاب العقل الموجب لجعل الاسكار علة فهی بهذا المعنی غیر العلة.

القضية الثالثة: العلاقة بین العلة والحكمة.

١- العلة موصلة للحكمة.

الحِكْمَةُ هِيَ الْعِلَّةُ عَلَى كَمَالِهَا؛^{١٦} إذا وجدت العلة وجد الحكم فهو يدور معها وجودا وعدما، وحينئذ قد تظهر لنا المصلحة على سبيل الظن وهي المسماة بالحكمة.

٢- وصف العلة مشتمل على الحكمة.

الْعِلَّةُ باعتبارها وصفا ظاهرا منضبطا مناسبا معرفا لحكم الشارع. وهذا الوصف يشتمل على حكمة تبعث المكلف على الامتثال^{١٧}. فتكون الحكمة هي المعنى الذي لأجله جعل الوصف الظاهر علة، أو قطف ثمرة إن طبق الحكم الشرعي المعلن، وهذه الثمرة إما تجلب نفعا أو تدفع ضرا، وقد تكون الثمرة كلية وتسمى حينئذ مقصدا كلياً، وقد تكون جزئية فتوسم بكونها مقصدا جزئياً، يقول الآمدي: "...علمنا من حال الشارع أنه لا يَرِدُ بالحكم خلياً عن الحكمة إذ الأحكام إنما شرعت لمصالح العبيد، وليس ذلك بطريق الوجوب، بل بالنظر إلى جري العادة المألوفة من شرع الأحكام"^{١٨}.

٣- المناسبة هي ربط مشترك بين العلة والحكمة .

العلاقة بين العلة والحكم مبنية على المناسبة، وكذلك الحكمة.

٤- تعليق الحكم على العلة أصالة وعلى الحكمة عرضاً.

العلة يعلق عليها الحكم، بينما الحكمة لا يعلق عليها الحكم إلا بشروط على رأي بعض العلماء.

^{١٥} شرح تنقيح الفصول ٤٠٦

^{١٦} الموافقات ٥١٥/١

^{١٧} شرح مفتاح الوصول إلى علم الأصول أبي عبد الله محمد التلمساني ، أبو الطيب مولود السريري. ٤٨٥

^{١٨} - الإحكام، ٢٦٠/٣.

٥- علاقة ابتناء الحكمة على العلة .

سبق القول إن العلة قد تكون وسيلة لتبيان الحكمة. ويترتب على ذلك أن العلة ما دام يتعلق الحكم بها، فيمكن أن تتعدى إلى الفرع ويعلل بها، وعليه، فإن القائلين بالقياس اتفقوا على أن ثبوت الربا فيها بعلة، وأنه يثبت في كل ما وجدت فيه علتها؛ لأن القياس دليل شرعي، فيجب استخراج علة هذا الحكم، وإثباته في كل موضع وجدت علة فيه.^{١٩}

القضية الرابعة: التعليل بالحكمة عموماً وفي الربا خصوصاً.

في هاته الفقرة نسوق نظر أهل العلم في المسألة قبل أن أذكر خصوصية الربا، فالقضية فيها أمران:

الأمر الأول: التعليل بالحكمة

الكلام في التعليل بالحكمة عموماً ينتظم في حالتين:

الحالة الأولى: على سبيل الأصل:

الأصل هو عدم التعليل بالحكمة، وذلك لما يلي:

- استناد الحكم إلى الوصف مع إمكان استناده إلى الحكمة تكثير لإمكان الغلط من غير حاجة إليه .
- لما جاز التعليل بالوصف علمنا أنه إنما جاز لتعذر التعليل بالحكمة.
- لو جاز التعليل بالحكمة لوجب طلب الحكمة والطلب لها غير واجب فالتعليل بها غير جائز بيان الملازمة
- المجتهد مأمور بالقياس عند فقدان النص ولا يمكنه القياس إلا عند وجدان العلة ولا يمكنه وجدانها إلا بعد الطلب وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب فإذا طلب العلة واجب وإذا كانت الحكمة علة كان طلبها واجباً .
- الحكمة لا تعرف إلا بواسطة معرفة الحاجات والحاجات أمور باطنة .^{٢٠}
- أنها إذا كانت خفية مضطربة مختلفة باختلاف الصور والأشخاص والأزمان والأحوال فلا يمكن معرفتها ما هو مناط الحكم منها والوقوف عليه إلا بعسر وحرَج، ودأب الشارع فيما هذا شأنه

^{١٩} المغني لابن قدامة ٣/٤

^{٢٠} ساق الأمام الرازي هاته الأسباب في كتاب الموصول: ٢٨٩/٥

عَلَى مَا أَلْفَنَاهُ مِنْهُ إِنَّمَا هُوَ رَدُّ النَّاسِ فِيهِ إِلَى الْمَطَّانِ الظَّاهِرَةِ الْجَلِيَّةِ دَفْعًا لِلْعُسْرِ عَنِ النَّاسِ
وَالْتَّخَبُطِ فِي الْأَحْكَامِ،^{٢١}

الحالة الثانية: على سبيل الاستثناء:

يمكن التعليل بالحكمة إذا كانت ظاهرة منضبطة^{٢٢} حيث يكون لِذَلِكَ الْحُكْمِ قَدْرٌ يُعْتَدُّ بِهِ.^{٢٣} وَمَحَلُّ الْجَوَازِ إِذَا انضَبَطَتِ الْعِلَّةُ بِقَرِينَةٍ، وذلك للموجبات الآتية:

(أ) لأن ظن كون الحكم معللاً بحكمة، وظن حصولها في آخر يوجب ظن ثبوت الحكم فيه، والظن واجب العمل، وهو غير آت فيما لا ينضبط.

(ب) أنها علة لعلية العلة، فأولى أن تكون علة الحكم ترك العمل به في الحفية وفيما لا ينضبط، فيبقى فيما عداه على الأصل.

(ج) التعليل بها جائز عرفاً، إذ يقال: أعطى الأمير لدفع الحاجة وفعل لمصلحة كذا، أو لدفع مفسدة كذا، فوجب أن يجوز شرعاً، للحديث^{٢٤}.

الأمر الثاني: خصوصية التعليل بالحكمة في الربا.

الحكم راجعة إلى المصالح وهي ظاهرة في الربا فوجب الالتفات إليها واعتبارها يقول الشاطبي: "فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِلْتِفَاتِ إِلَى الْمَعَانِي الَّتِي شُرِعَتْ لَهَا الْأَحْكَامُ وَالْمَعَانِي هِيَ مُسَبِّبَاتُ الْأَحْكَامِ"^{٢٥}، فمعيار الزيادة التي يفرضها المقرض أو البائع صريحة، إضافة إلى تطور التحليل المعرفي الاقتصادي المبين لآثاره ومفاسده، لأن النظر سيقضي تحقق الزيادة من عدمها في أي معاملة، فهي المعيار الموجب للعلل المسوقة من لدن الفقهاء يقول السمرقندي: "وأما الحرام فزيادة خالية عن العوض في عقد المعاوضة"^{٢٦}. ولا بأس من ذكر حكم التحريم ومقاصده، واجتماع ذلك مع العلة يفيد في التأكيد، وبذلك يتبين أن التعليل بالحكمة ضرورة عند تحقيق المناط أملاً في الوصول إلى المقصد، وهو بغية المجتهد، لأن اجتماع العلة والحكمة والمصلحة والمقصد كلها تشهد بتنزيل سليم للحكم الشرعي، ومن الأمثلة الدالة على التعليل بالمصلحة،

^{٢١} الإحكام في أصول الأحكام للآمدني ٣/ ٢٠٣.

^{٢٢} الإحكام في أصول الأحكام نفسه ٣/ ٢٠٣.

^{٢٣} البحر المحيط ٧/ ١٧١.

^{٢٤} الفائق في أصول الفقه ٢/ ٣٠٣.

^{٢٥} الموافقات ٣١٩/١

^{٢٦} بحر العلوم ٣/ ١٤

قول الفندلاوي: "... لأن الله عز وجل إنما منع من الربا وحرمه حفظاً للأموال وتصويماً لها وهي الأموال التي بالناس إليها حاجة وعظيم ضرورة في قيام أبدانهم وقوة ظهورهم وصلاح أنفسهم"^{٢٧}.

فإذا ثبت ذلك فإن مراعاة المقاصد من منع الربا هي تحقيق لمصالح العباد وتلك هي حكم الشارع، لأن المكلف قد يختار عملاً وهو يتغيا تحقيق مقاصده هو، فخشية وقوعه في مجانبة الحق وخضوعه لهواه، تكفلت الشريعة بالحد من ذلك حفاظاً على المصالح المعتبرة للناس أجمعين، وهذا ما قد يشق على بعض من سيطر الهوى على قلبه، فكان التعليل بالحكمة نافعاً لتخفيف المشقة ولكبح جمع الهوى، يقول الشاطبي: "إن اتَّبَعَ الْهُوَى طَرِيقٌ إِلَى الْمَذْمُومِ وَإِنْ جَاءَ فِي ضِمْنِ الْمَحْمُودِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ مُضَادٌّ لِوَضْعِهِ الشَّرِيعَةِ، فَحَيْثُمَا زَاخَمَ مُقْتَضَاهَا فِي الْعَمَلِ كَانَ مَخُوفًا."^{٢٨}، كما أن طرد التعليل بالحكمة مظنة اعتبار الحيل، فيحصل تجاوز لمقاصد الشريعة المتضمنة في الحكم، لأن الاستلزام بين الأسباب والمسببات إذا كان هو الغالب كالبيع فهو سبب لإباحة الانتفاع فإنه قد يتعلق به الربا ولا يظهر فتأني الحكمة لنستين بها التعلق فنحكم على المعاملة بالتحريم.

القضية الخامسة: العلة في الربا بين التعدي والقصر.

علل الربا ما دامت معلومة وجب اتباعها قطعاً ومعلوميتها حاصل بمسالكها المعروفة وكتب في هذا غير واحد من أهل العلم، وحينئذ ستكون هي مقاصد الشريعة فيكون الأصل هو التعدي لانتفاء الجهل بالعلل، فما دام النهي عن الزيادة المخصوصة لعلة معقولة المعنى فلا شك أنها مقصودة الشارع، وساعتئذ سيدور معها الحكم وجوداً وعدمًا، فمتى كانت العلة كان النهي ومتى انتفت انتفى النهي.

ولنا ان ثبت ذلك أيضا بمبدئين:

الأول: مبدأ القياس، فالخطاب "الخاص ببعض الناس والحكم الخاص كان واقعا في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم كثيرا، ولم يؤت فيها بدليل عام يعم أمثالها من الوقائع، فلا يصح مع العلم بأن الشريعة موضوعة على العموم والإطلاق - إلا أن يكون الخُصُوصُ الواقِعَ غَيْرَ مُرَادٍ، وَلَيْسَ فِي الْقَضِيَّةِ لَفْظٌ يُسْتَنَدُ إِلَيْهِ فِي إِحْطَاقِ غَيْرِ الْمَذْكُورِ بِالْمَذْكُورِ، فَأَرْشَدَنَا

^{٢٧} - تهذيب المسالك في نصرة مذهب مالك ص: ٥٦٤.

^{٢٨} - الموافقات ٢/٢٨٩.

ذَلِكَ إِلَى أَنَّهُ لَا بُدَّ فِي كُلِّ وَقَعَةٍ وَقَعَتْ إِذْ ذَلِكَ أَنْ يُلْحَقَ بِهَا مَا فِي مَعْنَاهَا، وَهُوَ مَعْنَى الْقِيَاسِ،
وَتَأَيَّدَ بِعَمَلِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، فَأَنْشَرَ الصَّدْرُ لِقَبُولِهِ^{٢٩}

الثاني: غلبة الظن: أي إذا أثبتت غلبة الظن " بأن ما ظهر مستقل بالعلية ، أو صالح
لِكَوْنِهِ عِلَّةً، كَافٍ فِي تَعَدِّي الْحُكْمِ بِهِ." ^{٣٠} ، وقد توصل العلماء إلى ذلك بمسالك علمية
كالمناسبة وغيرها مع نصوص عضدت من الاجتهاد الموصل لتلك العلة.

ثم من المعلوم أن تعدية العلة محل اتفاق العلماء يقول الأمدى: اتَّفَقَ الْكُلُّ عَلَى أَنَّ
تَعْدِيَةَ الْعِلَّةِ شَرْطٌ فِي صِحَّةِ الْقِيَاسِ، وَعَلَى صِحَّةِ الْعِلَّةِ الْقَاصِرَةِ كَانَتْ مَنْصُوصَةً أَوْ مُجْمَعًا
عَلَيْهَا. وَإِنَّمَا اخْتَلَفُوا فِي صِحَّةِ الْعِلَّةِ الْقَاصِرَةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ مَنْصُوصَةً وَلَا مُجْمَعًا عَلَيْهَا. وَذَلِكَ
كَتَغْلِيلِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ حُرْمَةَ الرِّبَا فِي النَّقْدَيْنِ بِجَوْهَرِيَّةِ الثَّمِينَةِ. فَذَهَبَ الشَّافِعِيُّ وَأَصْحَابُهُ
وَأَحْمَدُ بْنُ حَنْبَلٍ وَالْقَاضِي أَبُو بَكْرٍ وَالْقَاضِي عَبْدُ الْجُبَّارِ وَأَبُو الْحُسَيْنِ الْبَصْرِيُّ وَأَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ
وَالْمُتَكَلِّمِينَ إِلَى صِحَّتِهَا. وَذَهَبَ أَبُو حَنِيفَةَ وَأَصْحَابُهُ وَأَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْبَصْرِيُّ وَالْكَرْخِيُّ إِلَى
إِبْطَالِهَا.^{٣١} بحيث تكون موجودة في الأصل وتكون في الفرع أيضا.

ويرى الغزالي أن الخلاف لفظي يقول: وهذه المسألة -عندي -لفظية: تنبني على بيان
حد العلة، وما هو المراد بإطلاقها. وقد بينا أن الفقهاء يطلقون اسم العلة: على العلامة
الضابطة لمحل الحكم. وقد تطلق على الباعث الداعي إلى الحكم، وهو: وجه المصلحة. وقد
تطلق على السبب الموجب للحكم الذي يتنزل: في الإيجاب وإضافة الموجب إليه، منزلة العلة
العقلية، بنصب الشرع. وإذا خرجت المسألة على هذه المآخذ ارتفع الخلاف^{٣٢}

والأصوليون يستخدمون التعدي بمعنيين:

- التعدية الموقوفة على صحة العلة ثبوت الحكم بها في الفرع. فهذا مسلم، ويدرأ
الوقوع في الدور.

- التعدية الموقوفة على صحة العلة ثبوت الحكم بها في الفرع لا عَيْرُ، فهذا غير
مسلم. وهو ما عليه الأحناف

^{٢٩}الموافقات ٤١٢/٢

^{٣٠}الموافقات ٥٣٠ ٢

^{٣١}الإحكام ٢١٦/٣ .

^{٣٢}شفاء الغليل الغزالي ٥٣٨

بينما العلة القاصرة هي التي تكون موجودة في الأصل ولا تتعداه إلى الفرع؛ والقصور يرجع إلى أمرين:

- ١- العلة تكون هي نفس محل الحكم، كقولنا يحرم الربا في البر لكونه برا .
- ٢- قد يكون بسبب كون العلة هي جزء محل الحكم .

المسألة الثالثة: هل المقاييس المعتمد بها في تحديد العلة، تعبدية أو عرفية؟

والحديث عن المقاييس وتحديد صفتها التعبدية أو العرفية يستدعي منا سوق المقتضيات

الآتية:

المقتضى الأول: حصول التعبدية باستلزام صفة التعبدية بالقياس.

يجوز أن نلصق صفة التعبدية بالعلة اعتبارا للعلاقة بين الجزء والكل، فالأصوليون تحدثوا عن جواز التعبد بالقياس في الشرعيات، وهو رأي عامة العلماء^{٣٣}. منهم الأئمة الأربعة وأكثر الفقهاء والمتكلمين. وبه قال السلف الصالح من الصحابة والتابعين^{٣٤}، ولنا أن نستأنس أيضا بأن العلة تقيّد بقاء " الشرعية " فنقول العلة الشرعية ومبتناها القياس نفسه، فبوجود مقتضى يوجب العمل بالقياس فيعني وجوب العمل بالعلة باعتبارها ركنا، فلا قياس البتة إلا بذلك وحينئذ يتوجب علينا اعتبارها .

ثم إن اعتماد المناسبة مسلكا لتقرير العلة وإن اعتمد على الظن فإن الشرع يوجب العمل به فتصير العلة بذلك تعبدية بالتلازم مع القياس، فلا انفصال بين الحكم وعقلته، وكل ما ثبت بالدليل فالعمل به واجب ويكون ذلك على جهة التعبد بالمعنى المرسوم، لأن العلة دلالة على الحكم في الفرع، وما استخدام عبارة الأمارات الشرعية إلا من أجل هذا الفهم، حيث إنما تصير أمانة إذا ورد الشرع بذلك، وتجري العلة الشرعية في هذا الباب مجرى الأسماء، فلهذا لم تكن أمانة للحكم قبل ورود الشرع .

كما يمكن القول إنه إن كنا نتعبد بالأحكام الشرعية فإن الجالب لها يأخذ الحكم نفسه، سواء قلنا العلة هي المعنى الجالب للحكم. أم المعنى الذي تعلق به الحكم. أو الصفة المقتضية للحكم المظهرة للحكمة، وحينئذ سنتعبد بها لأنها صارت علما على الحكم الشرعي المتعبد به أصالة. ومعلوم أن التعبد وُضِعَ لجلب المنافع، ودفع المضار، وهما جلبُ منافع الآخرة، ودفعُ مضارّها،^{٣٥}

^{٣٣} التبصرة في أصول الفقه: ٤١٩ / ٤٢٠

^{٣٤} مقاصد الشريعة الإسلامية ٥٧/ ٢

^{٣٥} الاعتصام ٢٤٢/ ٢

ومضار الربا بادية لكل ذي لب، ومنع الربا من حق الله وما كان كذلك فهو تعبدي، ولذا يفسخ كل عقد دخله الربا بالإجماع، على الرغم من اشتماله على حقوق الآدمي.

المقتضي الثاني: التلازم بين التعبدي والعادي.

الحكم التعبدي سواء أكان أمراً أم نهياً وفق الاستعمال المألوف هو ما يقابل الحكم المعقول المعنى. وكل حكم عادي معقول المعنى استطاع العقل أن يدرك المصلحة أو المفسدة إلا وفيه معنى التعبد، "والبيع والشراء والنكاح والطلاق والإجازات والجنايات كلها عادي؛ لأن أحكامها معقولة المعنى. ومع أنها معقولة المعنى لا بُدَّ فيها من التعبد، إذ هي مُقَيِّدة بأمور شرعية لا خيرة للمُكَلَّفِ فيها، كانت اقتضاءً أو تحييراً، فإن التَّخْيِيرَ في التَّعْبُدَاتِ إلزام؛ كما أن الاقتضاء إلزام حسبما تقرر برهانه في كتاب "الموافقات" وإذا كان كذلك؛ فقد ظهر اشتراك المُسَمِّين في معنى التَّعْبُدِ.^{٣٦}، ويقول ابن دقيق العيد مبيناً مسلك التعامل مع الأحكام الدائرة بين التعبدي والعادي أنه متى دار الحكم بين كونه تعبداً، أو معقول المعنى، كان حمله على كونه معقول المعنى أولى لندرة التعبد بالنسبة إلى الأحكام المعقولة المعنى.^{٣٧}

وتطبيقاً على ما قصدناه في هذا نسرد نصاً مفيداً في المسألة وهو يتعلق بعقد السلم يقول ابن الأثير "ولابد من ذكر المكيل والوزن فيما يكال ويوزن، ويجوز ضبط الكيل بالوزن وضبط الوزن بالكيل؛ لأن الغرض يحصل بكل منهما؛ بخلاف الرويات فإن الاعتبار فيها بالعادات، ومبناه على التعبد بالشرع"^{٣٨}

غير أن تغليب الجانب العادي على التعبدي هو حاصل من وجه قدرة العقل على اكتشاف العلل، حيث أمكن لنا الوصول إلى المعاني المقصودة من الشارع، ووصلنا إلى ذلك من خلال السبر والتقسيم والمناسبة وغيرهما، وعليه جازت التعدية وهو المحصل للعرفية المتسمة بالانضباط ظناً؛ فالعرفية لا تعني عدم الانضباط بل العكس؛ فمراعاة العائد مقتضى للاستقرار لأن قصد الشارع ضبط معاملات الناس بالقواعد العامة. ويكتفي في ذلك مقتضى اعتبار المظنة.

^{٣٦} الاعتصام ٢/٤٢٩

^{٣٧} أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ١/٧٥

^{٣٨} الشافعي في شرح مُسْنَدِ الشَّافِعِيِّ لابن الأثير ٤/١٤٩

وغلبة العادي لا يعني التخلي عن التعبدية، فالمكلف حين يدرك المصلحة بحيث يقصد بها ما فهم من مقصد الشارع فإنه "يَنْبَغِي أَنْ لَا يُخَلِّيَهُ مِنْ قَصْدِ التَّعْبُدِ؛ لِأَنَّ مَصَالِحَ الْعِبَادِ إِنَّمَا جَاءَتْ مِنْ طَرِيقِ التَّعْبُدِ؛ إِذْ لَيْسَتْ بِعَقْلِيَّةٍ، وَإِنَّمَا هِيَ تَابِعَةٌ لِمَقْصُودِ التَّعْبُدِ، فَإِذَا اعْتَبِرَ صَارَ أَمَكَّنَ فِي التَّحْقِيقِ بِالْعُبُودِيَّةِ، وَأَبْعَدَ عَنِ أَخْذِ الْعَادِيَّاتِ لِلْمُكَلَّفِ؛ فَكَمْ مِمَّنْ فَهِمَ الْمَصْلَحَةَ فَلَمْ يَلَوْ عَلَى غَيْرِهَا؛ فَعَابَ عَنْ أَمْرِ الْأَمْرِ بِهَا؟ وَهِيَ عَقْلَةٌ تُفَوِّتُ خَيْرَاتٍ كَثِيرَةً، بِخِلَافِ مَا إِذَا لَمْ يُهْمَلِ التَّعْبُدُ."^{٣٩}، وهذا ما يقوي من تحقيق عبودية الإنسان لربه لأن المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف عن داعية هواه، حتى يكون عبداً لله اختياراً، كما هو عبد لله اضطراراً"^{٤٠}

المقتضي الثالث: التعليل بالمظنة (عرفية العلل)

بما أن العلل عقلت فهي عرفية وهذا متناسق مع نظر الشريعة، فالعلل المسوقة هي متداولة في واقع تنزل فيه الشرع الحنيف، وهو الذي يراعي غلبة الظن في مقياس الأحكام الشرعية، فالتلازم بين العرف في ضبط المقاييس وجريان الحكم هو تلازم متعين شرعاً، ومعلوم أن الظن لا يؤخذ به في التعبديات المحضة ويؤخذ به في العاديات يقول الشاطبي "لا بد من إجراء العمومات الشرعية على مقتضى الأحكام العادية، من حيث هي منضبطة بالمظنات، إلا إذا ظهر معارض؛ فيعمل على ما يقتضيه الحكم فيه،^{٤١} وقد ساق مثالا في الربا فقال: "كَمَا لَوْ عَلَّلَ الرَّبَا فِي الطَّعَامِ بِالْكَيْلِ فَلَا يَنْتَقِضُ بِمَا لَا يَتَأْتَى كَيْلُهُ لِقَلَّةٍ أَوْ غَيْرِهَا؛ كَالْتَأْفِهِ مِنَ الْبُرِّ، وَكَذَلِكَ إِذَا عَلَّلْنَا فِي النَّقْدَيْنِ بِالسَّمْنِيَّةِ لَا يَنْتَقِضُ بِمَا لَا يَكُونُ تَمَنَّا لِقَلَّتِهِ، أَوْ عَلَّلْنَا فِي الطَّعَامِ بِالْإِقْتِيَّاتِ؛ فَلَا يَنْتَقِضُ بِمَا لَيْسَ فِيهِ اقْتِيَّاتٌ؛ كَالْحَبَّةِ الْوَاحِدَةِ، وَكَذَلِكَ إِذَا اعْتَرَضَتْ عِلَّةُ الْقُوتِ بِمَا يُفْتَاتُ فِي النَّادِرِ؛ كَاللُّوزِ، وَالْجُوزِ، وَالْقَثَاءِ، وَالْبُقُولِ، وَشِبْهَهَا، بَلِ الْإِقْتِيَّاتُ إِنَّمَا اعْتَبَرَ الشَّارِعُ مِنْهُ مَا كَانَ مُعْتَادًا مُقِيمًا لِلصُّلْبِ عَلَى الدَّوَامِ وَعَلَى الْعُمُومِ، وَلَا يَلَزِمُ اعْتِبَارُهُ فِي جَمِيعِ الْأَقْطَارِ"^{٤٢}

^{٣٩} الموافقات ٩٨/٣

^{٤٠} الموافقات ٢٨٩/٢

^{٤١} الموافقات ١٤/٤

^{٤٢} الموافقات ١٤/٤

فالنصوص ذكرت الكيل أو الوزن الذي يستخدم وفق غالب العوائد بغض النظر عن مقدار الزيادة وحصول قصد المتعاقدين، وعليه فيجري الحرام في القليل مجرى الكثير اعتباراً للعادة الغالبة قال صلى الله عليه وسلم - : " التَّمْرُ بِالتَّمْرِ مِثْلًا بِمِثْلٍ، وَالبُرُّ بِالبُرِّ مِثْلًا بِمِثْلٍ، مَنْ زَادَ أَوْ أَزْدَادَ فَقَدْ أَرَبَى ». . وَلَأنَّ مَا جَرَى الرِّبَا فِي كَثِيرِهِ جَرَى فِي قَلِيلِهِ، كَالْمَوْزُونِ. وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ تَمْرَةٍ بِتَمْرَةٍ، وَلَا حَفْنَةٍ بِحَفْنَةٍ.^{٤٣}، فالعادة أن من يتناول القليل يتناول الكثير؛ وحديث ابن عمر مؤيد، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: **الْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ، وَالْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ**^{٤٤} (الوزن وزن أهل مكة) أي الوزن المُعْتَبَرُ فِي أداءِ الحَقِّ الشَّرْعِيِّ انما يكون بميزان أهل مكة لانهم أهل تجارة فحبرتهم للاوزان أكثر (والمكيال مكيال أهل المدينة) أي المِكْيَالُ المُعْتَبَرُ فِيمَا ذكر مكيالهم لانهم أهل زراعة فهم أعرف بأحوال المكايل^{٤٥} وقال إمام الحرمين في معنى هذا الحديث: لعل اتخاذ المكايل كان يعم في المدينة واتخاذ الموازين كان يعم بمكة فخرج الكلام على العادة وإلا فلا خلاف أن أعيان مكايل المدينة وموازين مكة لا ترعى ويجوز أن يقال ما تعلق بالوزن من النصب وأقدار الديات وغيرها فالاعتبار فيه بوزن مكة وما تعلق بالكيل في نحو زكاة وكفارة يعتبر ما كان يغلب بالمدينة اه قال العلائي: والثاني أقوى والأول جوابه أنه ليس القصد عين الموازين بل الصنحة التي يوزن بها فهو من التعبير بأحد المتلازمين عن الآخر^{٤٦}

وقد عنون ابن قدامة عنوان: [فصل المَرَجُعِ إِلَى العُرْفِ فِي مَعْرِفَةِ المَكْيَالِ وَالمَوْزُونِ] وذكر بأن المَرَجُعِ فِي ذَلِكَ إِلَى العُرْفِ بِالحِجَازِ فِي عَهْدِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ. وَحُكِيَ عَن أَبِي حَنِيفَةَ: أَنَّ الإِعْتِبَارَ فِي كُلِّ بَلَدٍ بِعَادَتِهِ. وَلَنَا، مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُمَرَ، عَن النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - أَنَّهُ قَالَ: **المِكْيَالُ مِكْيَالُ الْمَدِينَةِ، وَالمِيزَانُ مِيزَانُ مَكَّةَ**. . وَالنَّبِيُّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - إِنَّمَا يُحْمَلُ كَلَامُهُ عَلَى بَيَانِ الأَحْكَامِ؛ لِأَنَّ مَا كَانَ مَكْيَالًا بِالحِجَازِ فِي زَمَنِ النَّبِيِّ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - انصَرَفَ التَّحْرِيمُ فِي تَفَاضُلِ الكَيْلِ إِلَيْهِ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَعَيَّرَ بَعْدَ ذَلِكَ، وَهَكَذَا المَوْزُونُ، وَمَا لَا عُرْفَ لَهُ بِالحِجَازِ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ؛

^{٤٣} المغني ٧/٤

^{٤٤} سنن أبي داود باب في قول النبي صلى الله عليه وسلم المكيال مكيال المدينة رقم: ٣٣٤٠ -

^{٤٥} الكتاب: التيسير بشرح الجامع الصغير، زين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي بن زين العابدين الحدادي ٨٥/٢

^{٤٦} فيض القدير ٦/٣٧٤

أَحَدُهُمَا، يُرَدُّ إِلَى أَقْرَبِ الْأَشْيَاءِ شَبَّهًا بِهِ بِالْحِجَازِ، كَمَا أَنَّ الْحَوَادِثَ تُرَدُّ إِلَى أَشْبَهِ الْمَنْصُوصِ عَلَيْهِ بِهَا، وَهُوَ الْقِيَاسُ.^{٤٧}

المقتضي الرابع: عرفية علل الربا مبتناها الأدلة.

العوائد أنواع منها ما هو مثبت ومنها ما هو نافي، لكن النظر في علل الربا عند الفقهاء من الكيل والوزن والطعم والتمنية وغيرها هي عادات صلحت لتكون عللا شرعية بمعنى السبب لأنها مستندة إلى أدلة شرعية، وليس من العوائد الجارية بين الخلق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي .

والنظر الفقهي في هذا متعدد، والرأي الغالب من الحنفية والمالكية هو أن " ما ثبت كياله بالنص فهو مكيل أبدأ، وما ثبت وزنه بالنص فهو موزون أبدأ، وما لا نص فيه ولكن عرف كونه مكيلاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرف أصل زمانه فهو مكيل أبدأ، وإن تعارف الناس بيعه وزناً في زماننا، وما عرف كونه موزوناً في تلك الوقت فهو موزون أبدأ، وما لم يعرف حاله على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يعتبر فيه عرف الناس في زماننا، إن تعارفوا كياله فهو مكيل، وإن تعارفوا وزنه فهو موزون، وإن تعارفوا كياله ووزنه فهو مكيل وموزون، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله. وقال أبو يوسف: المعتبر في جميع الأشياء عرف الناس في زماننا، عرف ذلك بالنص مكيلاً على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أو موزوناً أو لم يعرف." ^{٤٨}

يقول القرابي: " فالضابط في المماتلة في الحبوب الجافة ما اعتبره صاحب الشرح من كيل أو وزن كما جاء في الحديث البر بصيغة الكيل في البيع وفي الزكاة بالأوسق وصرح في النقدين بالوزن لقوله: - عليه السلام - ليس فيما دون خمس أواق من الفضة صدقة» وما ليس فيه معيار شرعي أعتبرت فيه العادة العامة هل يكال أو يوزن فإن اختلفت العوائد فعادة البلد فإن جرت العادة بالوجهين خير فيهما ووافقنا أبو حنيفة - رضي الله عنه وقال الشافعي ما كان يكال أو يوزن بالحجاز أعتبر بتلك الحالة لقوله - عليه السلام - المكيال مكيال أهل المدينة والوزن وزن أهل مكة» فذكر أحد البلدين تنبيهاً على الآخر ليُرَدَّ البلاد إليهما وما تعدر كياله أعتبر فيه الوزن وإن أمكن الوجهان ألق بمشايه في الحجاز كجزء الصيد فإن شابه

^{٤٧} المغني لابن قدامة ١٦/٤

^{٤٨} المحيط البرهاني في الفقه النعماني ٧٥/ ٧

أَمْرَيْنِ نُظِرَ إِلَى الْأَغْلَبِ فَإِنْ اسْتَوِيَ قِيلَ يُعَلَّبُ الْوَزْنُ؛ لِأَنَّهُ أَحْصَرَ، وَقِيلَ يَجُوزُ الْوَجْهَانِ نَظْرًا لِلتَّسَاوِي، وَقِيلَ يَمْتَنِعُ بَيْعُهُ لِتَعَدُّرِ التَّرْجِيحِ هَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ - رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ - لَنَا أَنَّ لَفْظَ الشَّرْعِ يُحْمَلُ عَلَى عُرْفِهِ فَإِنْ تَعَدَّرَ حَكَمَتْ فِيهِ الْعَوَائِدُ كَالْأَيْمَانِ وَالْوَصَايَا وَغَيْرَهَا فَهَذَا تَلْخِيصُ الْفَرْقِ وَبِاعْتِبَارِهِ يَظْهَرُ بُطْلَانُ قَوْلِ مَنْ جَوَّزَ بَيْعَ الْقَمْحِ بِالذَّقِيقِ وَزَنًّا فَإِنَّ عَادَةَ الْقَمْحِ الْكَيْلُ فَاعْتِبَارُ التَّمَاثُلِ فِيهِ بِالْوَزْنِ غَيْرٌ مُعْتَبَرٌ، بَلْ ذَلِكَ سَبَبُ الرَّبَا فَإِنَّ الْقَمْحَ الرَّزِينَ يَقْلُ كَيْلُهُ وَيَكْثُرُ وَزْنُهُ وَالْحَقِيفُ بِالْعَكْسِ، وَقَسَّ عَلَى هَذِهِ الْقَاعِدَةِ بَقِيَّةَ فُرُوعِهَا وَلَا تَخْرُجُ عَنْهَا.^{٤٩}

المقتضي الرابع: أثر النية في تحويل العادي إلى التعبدي .

إذا كان العلل عرفية بالمعنى المقصود وليس باعتبارها حكماً شرعياً متعبداً به فإن ترك مقتضى النهي إن استصحب النية صار العمل تعبدياً من ها الوجه فحديثنا هو حديث عن الحكم الجرد وليس باعتبار عمل المكلف له فإن كان تجنب المكلف للامتثال فقد صار العمل تعبدياً ، يقول الشاطبي: " وأما العاديات، فَلَا تَكُونُ تَعَبُدِيَّاتٍ إِلَّا بِالنِّيَّاتِ " .^{٥٠} و القطعي من القول إن " قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع "^{٥١}

^{٤٩} الفروق ٢٦٥/٣

^{٥٠} الموافقات ١٩/٣

^{٥١} الموافقات نفسه ٢٣/٣

المسألة الرابعة: أثر المقاييس الحديثة في تحديد علة الربا في الأموال الربوية.

في المسألة ثلاث من القضايا. واستبعدنا علة المالية في القروض لوضوحها، حيث كلما أقرض شخص مالا يصلح للقرض بمنفعة متفق عليها أو تحصل عند عدم التسديد للقرض أو هما معا فتكون المعاملة حراما.

ولا أخفي أنني أشعر أن الطريق الموصلة إلى مرامي تحرير متضمنات المسألة بقضاياها المختلفة وعرة الممشى؛ وأحسب أنها غزيرة الجدوى، لذا سألت التوفيق من معطيه الباري أن أظل ماشيا في الطريق.

القضية الأولى: تذكير بالنظر الفقهي في علة الأصناف الأربعة.

نحن اضطررنا أن ننزل هذا المنزل وأن نورد منهل الفقهاء تذكرة وتمهيدا ولن نطيل المكث فيه فغيرنا قام والحمد لله بما يشفي قدرا من الغليل.

فأقول: إن الفقهاء اختلفوا في تحديد علة الأصناف الأربعة من المطعومات وما في حكمها؛ فذهب الحنفية إلى أن العلة المعتبرة في الأعيان الأربعة هي: الكيل أو الوزن (القدر) مع اتحاد الجنس، جاء في الاختيار لتعليل المختار: "العلة هي الكيل والوزن"

١، ويترتب على هذه العلة الكليات الآتية:

[كل ما يدخله الكيل أو الوزن من جنس واحد يحرم بيعه متفاضلا أو نسيئا.]

[كل ما لا يكال أو يوزن يجوز بيعه متفاضلا أو نسيئا]

[كل ما لم يصل لنصف صاع في المكيلات فلا ربا فيه]

[كل ما لم يصل حبة في الموزونات فلا ربا فيه]

ومن ثمرات هذه الكلية: الخروج من الأجناس الربوية إلى غيرها. وأن الربا محرم في الكثير المحدد بالمقادير الشرعية وغير محرم في القليل. ولذا يفرع ما يلي:

- يمنع بيع التراب بعضه ببعض متفاضلا.
- لا يمنع بيع الخبز قرصا بقرصين .
- لا يمنع بيع بطيخ واحد باثنين لعدم دخول المعدود في الربا.
- يجوز بيع حفنة بحفنتين من قمح أو بأكثر ما لم يبلغ أحد البدلين نصف صاع
- يجوز بيع نصف حبة من الذهب بأكثر منها^٢

واستدل الحنفية على ذلك بأدلة متعددة نوقشت من محققي المذهب وهي محل نظر منهم، يقول ابن نجيم المصري "الصَّحِيحُ ثُبُوتُ الرَّبَا، وَلَا يَسْكُنُ الْخَاطِرُ إِلَى هَذَا بَلْ يَجِبُ بَعْدَ التَّعْلِيلِ بِالْقَصْدِ إِلَى صِيَانَةِ أَمْوَالِ النَّاسِ تَحْرِيمُ التَّفَاحَةِ بِالتَّفَاحَتَيْنِ، وَالْحَفْنَةَ بِالْحَفْنَتَيْنِ أَمَا إِنْ كَانَتْ مَكَايِيلَ أَصْعَرَ مِنْهَا كَمَا فِي دِيَارِنَا مِنْ وَضْعِ رُبْعِ الْقَدَحِ وَثَمَنِ الْقَدَحِ الْمِصْرِيِّ فَلَا شَكَّ، وَكَوْنُ الشَّرْعِ لَمْ يُقَدَّرْ بَعْضَ الْمُقَدَّرَاتِ الشَّرْعِيَّةِ فِي الْوَاجِبَاتِ الْمَالِيَّةِ كَالْكَفَّارَاتِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ بِأَقَلِّ مِنْهُ لَا يَسْتَلْزِمُ إِهْدَارَ التَّفَاوُتِ الْمُتَيِّقِينَ بَلْ لَا يَجِلُّ بَعْدَ تَيَقُّنِ التَّفَاضُلِ مَعَ تَيَقُّنِ تَحْرِيمِ إِهْدَارِهِ. وَلَقَدْ أَعْجَبَ عَايَةَ الْعَجَبِ مِنْ كَلَامِهِمْ هَذَا، وَرَوَى الْمُعَلَّى عَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ كَرِهَ التَّمْرَةَ بِالتَّمْرَتَيْنِ، وَقَالَ كُلُّ شَيْءٍ حَرَمٌ فِي الْكَثِيرِ فَالْقَلِيلُ مِنْهُ حَرَامٌ."^٣

أما النظر المذهب المالكي فتعدد إلى خمسة أقوال:

^{١١} - الاختيار لتعليل المختار عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي البلدحي، مجد الدين أبو الفضل ٣٠/٢.

^٢ ينظر فقه الربا عبد العظيم أبو زيد ١٢٨

^٣ الكتاب: البحر الرائق شرح كنز الدقائقين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري وفي آخره: تكملة البحر الرائق لمحمد بن حسين بن

علي الطوري الحنفي القادري ١٤٢/٦

(الأول) تَعْلِيلُهُ بِالْمَالِيَّةِ (وَالثَّانِي) تَعْلِيلُهُ بِالِاقْتِيَاتِ وَالِادِّخَارِ مَعَ الْعَلَبَةِ. (وَالثَّالِثُ) تَعْلِيلُهُ بِالْأَكْلِ وَالِادِّخَارِ مَعَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ فِي الْمَوْطِطِ عَنْ مَالِكٍ أَنَّ الْعِلَّةَ الْأَكْلُ وَالِادِّخَارُ مَعَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ فَيَجْرِي الرَّبَا فِي الْفَوَاكِهِ الْيَابِسَةِ وَيَخْتَلِفُ فِيمَا يَقُولُ ادِّخَارُهُ كَالْحَوْخِ وَالرُّمَانَ فَأَجْرَى ابْنُ نَافِعٍ فِيهِ الرَّبَا نَظْرًا لِحِنْسِهِ وَإِجَارُهُ مَالِكٍ فِي الْكِتَابِ نَظْرًا لِلْعَالِبِ (وَالرَّابِعُ) تَعْلِيلُهُ بِالِاقْتِيَاتِ (وَالْحَامِسُ) تَعْلِيلُهُ بِكَوْنِهِ مُقْتَنَاتًا مُدَّخَرًا. وَالْمَعْوَلُ عَلَيْهِ فِي الْمَذْهَبِ بِمَجْمُوعِ الْاقْتِيَاتِ وَالِادِّخَارِ عِلْتَهُ : الْادِّخَارُ وَالِاقْتِيَاتُ مَعَ وَحْدَةِ الْجِنْسِ أَيْ مَجْمُوعِ الْأَمْرَيْنِ . وَفِي نَفَائِسِ الْأَصُولِ : " مَتَى وَجَدْنَا صَاحِبَ الشَّرْعِ أَنَاطَ الْحُكْمِ بِوَصْفَيْنِ مَنَاسِبَيْنِ قَلْنَا الْمَجْمُوعُ عِلَّةٌ^١ فَالطَّعَامُ الرَّبَوِي مَا يَقْتَاتُ - أَيْ مَا تَقُومُ بِهِ الْبَنِيَّةُ عِنْدَ الْاِقْتِصَارِ عَلَيْهِ وَفِي مَعْنَى الْاِقْتِيَاتِ إِصْلَاحُ الْقُوْتِ كَمَلْحٍ وَتَابِلٍ^٢ . - وَيَدْخُرُ أَيْ يَدْخُرُ إِلَى الْأَمْدِ الْمُبْتَغَى مِنْهُ عَادَةً وَلَا يَفْسُدُ بِالتَّأخِيرِ سِوَاءَ كَانَ مَتَّخِذًا لِلْعَيْشِ غَالِبًا أَمْ لَا " وَالَّذِي يَقْصِدُهُ الْمَالِكِيَّةُ مِنْ شَرَطِ الْاِقْتِيَاتِ وَالِادِّخَارِ هُوَ قَابِلِيَّةُ ذَلِكَ الطَّعَامِ لِأَنَّهُ يَكُونُ مُقْتَنَاتًا وَمَدْخَرًا^٣ لِأَنَّهُ لَا يَخْلُو إِذَا مَا أَنَّ تَكُونُ الْعِلَّةُ الْادِّخَارِ مَعَ الطَّعْمِ، أَوْ الطَّعْمِ الْمَوْصُوفِ بِالِاقْتِيَاتِ وَالِادِّخَارِ، وَتَمَسُّكُ الْمَالِكِيَّةِ فِي اسْتِنْبَاطِ هَذِهِ الْعِلَّةِ بِأَنَّهُ لَوْ كَانَ الْمَقْصُودُ الطَّعْمَ وَحْدَهُ لَاقْتَنَى الرَّسُولُ - صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ - بِالتَّنْبِيهِ عَلَى ذَلِكَ بِالنَّصِّ عَلَى وَاحِدٍ مِنْ تِلْكَ الْأَرْبَعَةِ أَصْنَافِ الْمَذْكُورَةِ، فَلَمَّا ذَكَرَ مِنْهَا عَدَدًا عَلِمَ أَنَّهُ قَصِدٌ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهَا التَّنْبِيهِ عَلَى مَا فِي مَعْنَاهُ، وَهِيَ كَلِّهَا يَجْمَعُهَا الْاِقْتِيَاتُ وَالِادِّخَارُ. أَمَّا الْبَرُّ وَالشَّعِيرُ فَفِيهِ بِهَمَّا عَلَى أَصْنَافِ الْحَبُوبِ الْمَدْخَرَةِ، وَنَبِيهِ بِالتَّمْرِ عَلَى جَمِيعِ الْحَلُويَاتِ الْمَدْخَرَةِ كَالسُّكَّرِ وَالْعَسَلِ وَالزَّيْبِ. وَنَبِيهِ بِالْمَلْحِ عَلَى جَمِيعِ التَّوَابِلِ الْمَدْخَرَةِ؛ لِإِصْلَاحِ الطَّعَامِ.

وهذا يبين طريقة المالكية ودليلهم في الاستنباط، حيث قالوا: " لما كان حكم التحريم في الأحاديث التي دلت على الربا معقول المعنى وهو أن لا يغبن الناس بعضهم بعضا وأن تحفظ أموالهم، فيجب أن يكون هذا فيما تشدد إليه الحاجة ويعظم خطره وهو أصول المعاش أي أقوات الناس التي يدخرونها لعيشتهم وهو ما دل على عليه حديث عبادة في الأصناف الستة فقد ذكر هذا الحديث

^١ نفائس الأصول للقرافي، ٢٩٩/٤.

^٢ - الشرح الكبير للدردير، ٤٧/٣.

^٣ - فقه الربا عبد العظيم جلال، ص: ١٥٦.

أصنافاً أربعة كلها مقتات ومدخر فدل ذلك على اعتبار صفة الادخار والاقتيات في العلة".^١ جاء في التاج والإكليل: "فَنَصَّ عَلَى الْبُرِّ لِيُفِيدَ كُلَّ مُقْتَاتٍ تَعْمُ الْحَاجَةُ إِلَيْهِ وَتَقُومُ الْأَبْدَانُ بِهِ ، وَنَصَّ عَلَى الشَّعِيرِ لِيُبَيِّنَ مُشَارَكَتَهُ لِلْبُرِّ فِي ذَلِكَ أَنَّهُ يَكُونُ قُوْتًا فِي حَالِ الْإِضْطِرَّارِ فَنَبَّهَ بِهِ عَلَى الدُّخْنِ وَغَيْرِهَا، وَنَصَّ عَلَى التَّمْرِ لِيُنَبِّهَ بِهِ عَلَى كُلِّ حَلَاوَةٍ وَمُدَّخَرَةٍ غَالِبًا كَالسُّكَّرِ وَالْعَسَلِ وَالزَّبِيبِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا ، وَنَصَّ عَلَى الْمِلْحِ لِيُنَبِّهَ بِهِ عَلَى مَا أَصْلَحَ الْمُقْتَاتَاتِ مِنَ الْمَأْكُولَاتِ كَالْأَبَازِيرِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا".^٢

ويترتب على رأي المالكية الكليتان المعكوستان الآتيتان:

[كل طعام مقتات ومدخر قليل أو كثير لا يجوز فيه التفاضل والنسيئة]

[كل طعام مقتات وغير مدخر - كاللحم والفواكه والخضر - يجوز فيه التفاضل دون النسيئة]

وقد ذكر النبي صلى الله عليه وسلم في حديث عبادة عددًا من الأصناف، دل ذلك على أنه قصد التنبيه بكل واحد منها على ما في معناها، ولو كان الطعم وحده هو العلة، لاكتفى الرسول صلى الله عليه وسلم بالتنبيه على صنف واحد من الأربعة، فلما ذكر عددًا، علم أنه قصد بذلك التنبيه على المعنى الزائد على الطعم، وهو الادخار والاقتيات، وكل واحد من الأربعة، نوع خاص من أنواع المدخرات، فلا تكرار في ذكرها؛ وبهذا أصبح ذكر الأصناف الأربعة من قبيل التأسيس لا التأكيد، فنبه بالبر والشعير على أصناف الحبوب المدخرة، ونبه بالتمر على جميع الحلوات المدخرة كالسُّكَّرِ والعسل والزبيب، ونبه بالملح على جميع أنواع التوابل المدخرة لإصلاح الطعام.

بينما نظر الشافعية فقد روي بثلاث روايات

الرواية الأولى: في الجديد: قَالَ الشَّافِعِيُّ: الْعِلَّةُ كَوْنُهُ مَطْعُومًا جِنْسًا. أَي الطَّعَامِ الْمَأْكُولِ. وَصَفَانِ

الطعام المأكول

ويترتب على ذلك:

- كل مطعوم مأكول سواء كان يدخر أو يكال أو يوزن فيه الربا.
- لا يجوز بيع الرمان أو السفرجل ... تفاضلا ونسيئة.
- يجوز بيع بقرة ببقرتين متفاضلا ونسيئة.

^١ - فقه الربا عبد العظيم جلال، ص: ١٥٧.

^٢ -، التاج والإكليل، ٤/٣٤٥.

- لَا يَجُوزُ بَيْعُ الدَّقِيقِ بِالْحُبْزِ وَلَا بَيْعُ الْحُبْزِ بِالْحُبْزِ مُتَفَاضِلًا وَلَا نَسِيئًا، وَسَوَاءٌ أَكَانَ الْحُبْزُ حَمِيرًا أَوْ فَطِيرًا.

- لَا يَجُوزُ بَيْعُ بَيْضَةِ بَيْضَتَيْنِ، وَلَا زُمَانَةَ بِرُمَانَتَيْنِ، وَلَا بَطِيخَةَ بِبَطِيخَتَيْنِ لَا يَدًا بِيَدٍ وَلَا نَسِيئَةً، لِأَنَّ ذَلِكَ كُلُّهُ طَعَامٌ مَأْكُولٌ.

ويترتب على ذلك أن الربا يثبت في جميع المطاعم ومنها الأدوية مكيلة كانت أو موزونة، لما رُوِيَ عَنْ مَعْمَرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: كُنْتُ أَسْمَعُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: "الطَّعَامُ بِالطَّعَامِ مِثْلًا بِمِثْلِ" فَجُمَلُهُ مَالِ الرَّبَا عِنْدَ الشَّافِعِيِّ مَا كَانَ ثَمًّا أَوْ مَطْعُومًا.

الرواية الثانية: فِي الْقَدِيمِ: كَوْنُهُ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا. (وصف الكيل أو الوزن).
ويترتب على ذلك:

[كل ما لا يؤكل ولا يشرب لا ربا فيه]

[كل ما يؤكل ولا يكال ولا يوزن لا ربا فيه]

الرواية الثالثة: وهي أصح الروايات فالعلة في الأربعة الطَّعْمُ. (وصف واحد وهو الطعم).
ويترتب على ذلك الكلية الآتية :

[كُلُّ مَطْعُومٍ يُحْرَمُ فِيهِ عِنْدَهُ الرَّبَا كَالْأَقْوَاتِ، وَالْإِدَامِ، وَالْحَلَاوَاتِ، وَالْفَوَاكِهِ، وَالْأَدْوِيَةِ.]

إضافة إلى هاته المذاهب المشتهرة فقد ذهب أهل الظاهر وَيُزَوَى هَذَا الْقَوْلُ عَنْ طَاوُسٍ، وَمَسْرُوقٍ، وَالشَّعْبِيِّ، وَقَتَادَةَ، وَعُثْمَانَ النَّبِيِّ أَنَّهُ لَا رَبَا أَصْلًا فِي غَيْرِ السِّتَّةِ. ويترتب على ذلك :

[كل صنف من الأموال الستة في الحديث فيه ربا الفضل ورا النسيئة]

[كل صنف ليس من الأموال الستة في الحديث ليس فيه ربا الفضل ورا النسيئة]

فضلا عن مذهب أبي بكر عبد الرحمن بن كيسان الأصم الذي يرى أَنَّ الْعِلَّةَ فِيهَا كَوْنُهَا مُنْتَفِعًا بِهَا، حَكَاهُ عَنْهُ الْقَاضِي حُسَيْنٌ وَهُوَ قَرِيبٌ مِمَّا ذَهَبَ إِلَيْهِ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ الَّذِي اعْتَبَرَ الْعِلَّةَ هِيَ: تَقَارُبُ الْمَنْفَعَةِ فِي الْجِنْسِ.

ويترتب على ذلك الكلية الآتية:

[كل جنس تتقارب منفعته يحرم فيه التفاضل والنسيئة]

ومن ذلك : تحريم الحنطة بالشعير تفاضلا والدخن بالذرة.

القضية الثانية: طبيعة الألفاظ الشرعية والصفة الاعتبارية.

من المعلوم أن الألفاظ الشرعية لا تتغير بتغير أحوال المكلفين، ولكن تنزيل ذلك على الكيل والوزن يتعين أن يكون على القدر، وليس على ما جرت به العادة في المكيال والميزان، فإن ذلك ليس لفظاً شرعياً مقصوداً معناه وإن كان وارداً بمفهومه، وهذا حاصل في الألفاظ الشرعية وألفاظ المتصرفين وهو الجاري في تفاهم ذوي العادات متفق عليه في وضع اللغات، وهو من باب غالب التصرف فيه الوضع لحصول التخصيص العربي، فالألفاظ المقاييس والأفعال المصاحبة لها هي منبهة على العلة فحسب، لأننا بحثنا عن معناها الشرعي وربطناها بالمعلول وهو تحريم الربا بزيادة محرمة، فلو غيرت طريقة المقاييس فلن يتغير الحكم، لأن القدر هو غير قابل للتغير وهو الذي يتعلق به العلة، فالوصف المؤثر هو حقيقة القدر وليس طريقته التي تختلف ولا يضر حصول تغير في الطريقة المظهرة للقدر.

إن الحكم وإن كان معللاً بالمقاييس، فإن التعليل حاصل لا لعينها، بل لمعنى تتضمنه، فأصل التعليل قائم، ولكن جعل المقاييس كناية عن المعنى وهو الزيادة المحرمة لملازمة ذلك غالباً. فالكيل بهذا المعنى صفة اعتبارية ولم يضطر لإلغائها، فالمقاييس مطلوب العلم بها لترتب آثار شرعية على ذلك يقول ابن الأخوة: "لَمَّا كَانَتْ هَذِهِ أَصُولُ الْمُعَامَلَاتِ، وَبِهَا اعْتِبَارُ الْمَبِيعَاتِ لَرِمِ الْمُحْتَسِبِ مَعْرِفَتُهَا، وَتَحْقِيقُهَا لِتَقَعِ الْمُعَامَلَةُ بِهَا عَلَى الْوَجْهِ الشَّرْعِيِّ،^١ وقد عرفت هذه المقاييس تطورا نتج عن تعدد في العادات في بلاد المسلمين وفي بلاد غيرهم، ومراعاة ذلك مطلوب شرعاً، لأن الحكم الشرعي لازم لعلته وسببه وجارٍ معه.

القضية الثالثة: المقاييس الحديثة والربا.

مدار الحديث عن الفرق الحقيقي بين البيع والربا، والقاعدة الكلية هو أن: "كل بيع كان عن تراضٍ من المتبايعين جائز من الزيادة"^٢. إلا ما استثناه الشرع ومن ذلك ربا الفضل ورا النسب، يقول الرازي: "وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ كُلُّ بَيْعٍ حَالًا، وَقَوْلُهُ وَحَرَّمَ الرَّبَا يَفْتَضِي أَنْ يَكُونَ كُلُّ رَبًّا

^١ - معالم القرية في طلب الحسبة. محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة، القرشي، ضياء الدين ٨٠

^٢ - تفسير الإمام الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلي القرشي المكي جمع وتحقيق ودراسة: د. أحمد بن مصطفى الفزان (رسالة دكتوراه) ٤٢٩/١.

حَرَامًا^١، فَكُلُّ مَا فِيهِ مُعَاوَضَةٌ صَحِيحَةٌ خَالِيَةٌ مِنْ أَكْلِ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْبَاطِلِ الَّذِي لَا يُقَابَلُهُ عِوَضٌ فَهِيَ بَيْعٌ حَلَالٌ، وَإِنَّمَا تَحْرُمُ الزِّيَادَةُ الَّتِي يَأْخُذُهَا صَاحِبُ الْمَالِ لِأَجْلِ التَّأخِيرِ فِي الْأَجْلِ، وَهِيَ لَا مُعَاوَضَةَ فِيهَا وَلَا مُقَابِلَ لَهَا فَهِيَ ظَلَمٌ^٢

وقد ذكر ابن عاشور معيارا مفيدا ومقنعا للتفرقة مبني على اعتبار المقاصد والمآلات، يقول:
"التَّعْلِيلُ بِالْمَظَنَّةِ مُرَاعَاةٌ لِلْفَرْقِ بَيْنَ حَالِي الْمُقْتَرِضِ وَالْمُشْتَرِي، فَقَدْ كَانَ الْإِفْتِرَاضُ لِدْفَعِ حَاجَةِ الْمُقْتَرِضِ لِلْإِنْفَاقِ عَلَى نَفْسِهِ وَأَهْلِهِ لِأَنَّهُمْ كَانُوا يَعُدُّونَ التَّدَايِنَ هَمًّا وَكَرْبًا، وَقَدْ اسْتَعَاذَ مِنْهُ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وَحَالَ التَّاجِرِ حَالَ التَّفْضِيلِ. وَكَذَلِكَ اخْتِلَافُ حَالِي الْمُسْلِفِ وَالْبَائِعِ، فَحَالَ بَاذِلِ مَالِهِ لِلْمُحْتَاجِينَ لِيَتَنَفَّعَ بِمَا يَدْفَعُونَهُ مِنَ الرِّبَا فَيَزِيدُهُمْ ضَيْقًا لِأَنَّ الْمُسْلِفَ مَظَنَّةُ الْحَاجَةِ، أَلَا تَرَاهُ لَيْسَ بِيَدِهِ مَالٌ، وَحَالَ بَائِعِ السُّلْعَةِ بِتِجَارَةٍ حَالٌ مَنْ بَحَثْتُمْ مَشَقَّةَ لِحْلِبِ مَا يَحْتَاجُهُ الْمُتَفَضِّلُونَ وَإِعْدَادِهِ لَهُمْ عِنْدَ دُعَاءِ حَاجَتِهِمْ إِلَيْهِ مَعَ بَذْلِهِمْ لَهُ مَا بِيَدِهِمْ مِنَ الْمَالِ."

فَالْتِجَارَةُ مُعَامَلَةٌ بَيْنَ غَنِيِّينَ: أَلَا تَرَى أَنَّ كِلَيْهِمَا بَاذِلٌ لِمَا لَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ وَآخِذٌ مَا يَحْتَاجُ إِلَيْهِ، فَالْمُسْلِفُ مَظَنَّةُ الْفَقْرِ، وَالْمُشْتَرِي مَظَنَّةُ الْغِنَى، فَلِذَلِكَ حَرَّمَ الرِّبَا لِأَنَّهُ اسْتِعْلَالٌ لِحَاجَةِ الْفَقِيرِ وَأَحْلَى الْبَيْعِ لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ لِطَالِبِ الْحَاجَاتِ. فَتَبَيَّنَ أَنَّ الْإِقْرَاضَ مِنْ نَوْعِ الْمُوَاسَاةِ وَالْمَعْرُوفِ، وَأَنَّهَا مُؤَكَّدَةٌ التَّعِينِ عَلَى الْمُوَاسِيَةِ وَجُوبًا أَوْ نَدْبًا، وَأَيًّا مَا كَانَ فَلَا يَحِلُّ لِلْمُقْتَرِضِ أَنْ يَأْخُذَ أَجْرًا عَلَى عَمَلِ الْمَعْرُوفِ. فَأَمَّا الَّذِي يَسْتَقْرِضُ مَالًا لِيَتَجَرَّ بِهِ أَوْ لِيُوسِّعَ تِجَارَتَهُ فَلَيْسَ مَظَنَّةُ الْحَاجَةِ، فَلَمْ يَكُنْ مِنْ أَهْلِ اسْتِحْقَاقِ مُوَاسَاةِ الْمُسْلِمِينَ، فَلِذَلِكَ لَا يَجِبُ عَلَى الْغَنِيِّ إِقْرَاضُهُ بِحَالٍ فَإِذَا قَرَضَهُ فَقَدْ تَطَوَّعَ بِمَعْرُوفٍ. وَكَفَى بِهَذَا تَفْرُقَةً بَيْنَ الْحَالَيْنِ^٣.

فخلاصة القول: إن البيع يحقق المقاصد التي قصده الشارع الحكيم وتحقيقه للمقاصد مبني على مراعاة شروطه شكلا وحقيقة والخروج على ذلك يعني الوقوع في الربا إن توفرت مقتضياته. يقول ابن حجر: "فما كان يبيعا فهو حلال، وما لم يكن يبيعا فهو ربا حرام: أي: هو زيادة على البيع الذي أحله الله. فدخل في تحريم الربا جميع أكل المال بالمعاوضات الباطلة المحرمة، مثل ربا الفضل فيما حرم فيه

^١ مفاتيح الغيب ٧٧/٧

^٢ تفسير المنار ٨١/٣

^٣ التحرير والتنوير ٨٤/٣

التفاضل، وربما النساء فيما حرم فيه النساء^١، ويقول ابن العربي: "كلُّ بيعٍ سَلِمَ مِنَ الرِّبَا والجَهَالَةِ، فإنَّ البَيْعَ إمَّا هو مُقَابَلَةٌ المَالِ بِالمَالِ، ولا بُدَّ أَنْ يَكُونَ المَالانِ مِنَ الجِهَتَيْنِ مُقَدَّرَيْنِ، والتَّقْدِيرُ على قسمين:

١ - تقديرٌ تولّاهُ الشَّرْعُ في الأموالِ الرِّبَوِيَّةِ.

٢ - تقديرٌ يَتَوَلَّى المتعاقِدانِ ذلكَ باختيارِهِمَا، وذلكَ في سائرِ الأموالِ.^٢

وحدة قياس الجرام.

إن منظومة الأوزان والمقاييس الحديثة مرتبطة بالمتريّة التي تتعلق بالسنتيمتر والغمم والثانية وما يهمننا أكثر الكتلة من خلال واحدتها الكيلو غرام فهي وزن أسطوانة معيارية من البلاتين (٩٠٪) والإيريديون (١٠٪) قطرها ٣,٩ سم (١,٥ إنش) وهاته المقاييس والأوزان الحديثة فصل فيها غير واحد من المصنّفين، وقارنهما بالمقاييس الواردة في نصوص الوحي وكتب الفقه^٣، والتي تعدد النظر في مقاديرها. وفي المحصلة، فإن الأوزان والمقاييس أو المكايل تعتبر وسائل تعتمد لتبيان قدر معين، ومتعلق الحكم ليس الوسيلة، بل النتيجة التي هي حصول الزيادة الممنوعة، فالعلة الحقيقية هي الربا لحصول الزيادة المحرمة، وصفة الربا لا يعقل قيامه إلا بذلك، لأن أقوى درجات التأثير: أن يوجد الحكم بوجود وصف، ويعدم بعدمه وهو الحاصل في الزيادة، فبوجودها يحرم البيع وبعدمها يحل من هذا الوجه؛ ثم إن قبول المقاييس المعاصرة مبني على اعتبار الدقة التي تتميز بها وهذا مقصود ومطلوب شرعا، حيث الشارع متشوف إلى أقصى درجات الضبط عموما وفي معاملات الناس، ولا يقولن أحد إن الفرق في المقدار لا يضر، بل واقع اليوم وما يتسم به من تطور كبير لا يسمح لنا بهذا النظر، حيث ما يمكن أن يرى قليل هو كثير باعتبارات أخرى .

وغر خاف أن في هذا القبول منفعة تؤدي إلى رفع الخلاف الفقهي في بعض المقادير، لوجود وحدات التعامل الإسلامية الموسومة بالوحدات العرفية يصيبها تغير في مقاديرها تبعا لاختلاف الزمان

^١ فتح الباري ٣/٣٥٦.

^٢ المسالك ٦/٢٣

^٣ الإيضاح والتبيان في معرفة المكيال والميزان لابن الرقعة الأنصاري، و موسوعة وحدات القياس العربية و الإسلامية : و ما يعادلها بالمقادير. وكتاب الإيضاحات العصرية للمقاييس والمكايل والأوزان؛ المؤلف: محمد صبحي بن حسن حلاق أبو مصعب؛ النقود والمكايل والموازين؛ المؤلف: محمد عبد الرؤوف بن تاج العارفين بن علي المناوي؛ المحقق: رجاء محمود السامرائي.

والمكان، يقول ابن الأخوة: " وَمَ أَسْمَعُ أَنَّ بَلَدَةً وَافَقَ رِطْلَهَا لِبَلَدَةٍ أُخْرَى إِلَّا نَادِرًا، أَوْ قَرْيَةً لِقَرْيَةٍ لَا يُؤْبَهُ بِهَمَّا. ^١

وعليه، فإذا اتخذ مكيالاً لم يُعهد مثله في عصر الشارع، وكان يجري التماثل به، فهو معتبر لجواز رعاية التماثل به؛ فالنبي صلى الله عليه وسلم لم يتعبّدنا في الحديث إلا بالكيل المطلق فيما يكال، ولم يعيّن مكيالاً، فكان الكيل بذلك سبب مقام مقام العلة لأنه أقرب مظان حصول الزيادة.

فخلاصة القول: إن العبرة هي المقدار نفسه، وهذا ما تؤكد مفهومات النصوص، لأن العبرة هو التماثل فالعلة موصلة اليه، فلا يضر اعتماد أي مقياس آخر الذي يتغير في درجة القدر، ولكن لا يتغير في المعنى نفسه .

فالأوزان والمكيلات مكملة لحصول العلة التي تظهر الحكمة والمقاصد، فالعبرة هنا بالمشروط وليس طبيعة الشرط بخصوصه، بل بالشرط نفسه الذي يتوقف عليه المشروط، فقصد الشارع تعلق بالمشروط وهو قصد الترك وهذا ليس من الشروط التي تدخل في باب خطاب الوضع. ولا ريب أنه إذا امتنع الشرط وهو هاهنا القدر المؤدي للزيادة امتنع المشروط ، وهو الزيادة الممنوعة التي تحرم الحكم.

وحدة الزمن المعاصرة.

إن وحدة القياس المعاصرة هي الزمن فواحدته الثانية التي حددت على أساس الاهتزاز الذري، وقد اتفق العالم على تعريفها على النحو التالي: الثانية هي الوحدة الأساسية للزمن وتساوي ٩١٩٢٦٣١٧٧٠ دورة من الإشعاع المناظر للانتقال بين سويتين مفرطتين في الدقة في الحالة الحضيضية لذرة السيزيوم ١٣٣.

والزمن يعتمد المرابون من أجل تبرير الزيادة، فهو في ذلك متكأهم الذي لا ينبغي أن يكون، لأنه وسيلة غير شرعية ترتب عنها مقصد غير شرعي. وقد ذكر العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام في مصالح الأنام أن " الوسيلة إلى أرذل المقاصد هي أرذل الوسائل ثم تترتب الوسائل بترتب المصالح

^١الكتاب: معالم القرية في طلب الحسبة، محمد بن محمد بن أحمد بن أبي زيد بن الأخوة، القرشي، ضياء الدين ٨١

والمفاسد^١، ويقول الشاطبي: "وقد تقرر أن الوسائل من حيث هي وسائل غير مقصودة لأنفسها، وإنما هي تبع للمقاصد بحيث لو سقطت المقاصد سقطت الوسائل"^٢ ويعتبر تحقيق المناط وسيلة تفضي إلى تحقيق تنزيل الحكم وتطبيقه، وذلك واجب اصطبعته بالحكم ذاته". وكلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة فإنها تبع له في الحكم"^٣.

وقد ساق أحد العلماء تبريرا لاعتبار الزمن مع جواب مائع، حيث قال: " رأس المال لو بقي في يد مالكة، لتمكّن من التجارة به، والربح، فلمّا تركه في يد المديون، وانتفع المديون به، لم يبعد أن يدفع إلى ربّ المال ذلك الدرهم الزائد؛ عوضاً عن انتفاعه بماله. فالجواب أنّ هذا الانتفاع المذكور أمرٌ موهومٌ قد يحصل له منه كسبٌ، وقد لا يحصل، وأخذ الدرهم الزائد أمرٌ متيقنٌ فتفويت المتيقن لأجل أمر موهوم، لا ينفكُّ عن نوع ضرر.^٤

الزمن سبب غير مشروع لمسبب غير مشروع، فإذا بطل السبب يؤدي إلى بطلان المسبب المعين. لأن كل " سَبَبٍ مَنْصُوبٍ لِحُكْمٍ إِذَا أَفَادَ حُكْمَهُ الْمَقْصُودَ مِنْهُ يُقَالُ إِنَّهُ صَحَّ، وَإِنْ خَلَّفَ عَنْهُ مَقْصُودُهُ يُقَالُ إِنَّهُ بَطَلَ. فَالْبَاطِلُ هُوَ الَّذِي لَا يُثْمَرُ؛ لِأَنَّ السَّبَبَ مَطْلُوبٌ لِثَمَرَتِهِ، وَالصَّحِيحُ هُوَ الَّذِي أَثْمَرَ"^٥ لكن السؤال الذي يورد هنا: هل نعتبر هاته الوحدة الزمنية باعتبارها الحد الأدنى مقياسا لضبط فيه ما هو فوري وما هو نسيئة؟

والذي يبدو لي في مبتدا النظر أن المعتبر هو حصول تأثير الزمن في تبرير الزيادة التي لا يقابلها شيء.^٥

إضافة إلى ذلك فإن الوحدة الزمنية تستدعي منا الوقوف مليا عند تطوير منتجات ستتطور وفق أنظمة معلوماتية قد لا يظهر فيها الزمن كبيرا كما كان في السابق، حيث المعاملات مختلفة، ومرونة الزمن

^١ - قواعد الأحكام في مصالح الأنام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، الملقب بسُلطان العلماء،

٤٦ / ١

^٢ - الموافقات، ٢/٢١٢.

^٣ - الفروق أو أنوار البروق في أنواع الفروق، ٢ / ٦٣.

^٤ اللباب في علوم الكتاب، أبو حفص سراج الدين عمر بن علي بن عادل الحنبلي الدمشقي النعماني ٤/٤٨٠.

^٥ المستصفي للغزالي ١/٧٦.

حاضرة، مع استصحاب قاعدة الخراج بالضمان وقاعدة الغنم بالغرم، ومراعاة في الوقت نفسه مقصد الشريعة المتمثل في السعي إلى تقليل المخاطر الشرعية للحفاظ على المال.

وحدة العدد القياسية والربا.

بالنسبة لوحدة العدد فيمكن الاستفادة منها في تبادل النقود التي تبنى على الأعداد، لكن الفقه لا يعتبر العدد في حد ذاته وإنما ما يمثله، وعليه لا ننظر إلى الحجم أو العدد بل القيمة، لأن المنفعة واحدة ف ٥٠ درهم ورقية هي نفسها ٥٠ درهم حديدية.

فتكون العبرة مرة أخرى هي أخذ مال زائد سواء في ربا القرض أو ربا الفضل الذي ينتج عنه ربا النسبية غالباً.

وهذا الأمر يقتضي قدراً من النظر والضبط وفق أحكام الشريعة ومقاصدها.

وحدة القياس للطعمية.

إن علة الطعمية أو بوصف الاقتيات والادخار تقتضي تحديد وصف الطعمية وللاعراف في ذلك مدخل غير أن القياس المعاصر أثبت وأضبط في تحديد ما يصلح للجسم وما لا يصلح، وعموم معناه كل غذاء يمد الجسم بما يحتاجه من العناصر الغذائية للنمو وللوقاية. وأثر ذلك أيضاً كائن في تحديد الضروريات من الحاجيات والتحسينيات في تعاملات الناس، فحفظ النفس يكون من جانب الوجود من تناول الضروري من الطعام في حالة العزيمة وفي حالة الرخصة، ومن ثم يكون اعتبار المقاييس الحديثة لضبط وتصنيف ما يأكله الإنسان بوصف الطعام من عدمه يتعين اعتباره شرعاً، وحينئذ سيقبل الخلاف، لأن جميع الملل اتفقت على حفظ النفس، وهي تقبل وسمها بكليات نافعة للدين والدنيا والآخرة، حيث تعنى بتكريم الإنسان وإتمام النعم عليه، واعتبارها مصلحة محققة، وعدم اعتبارها مفسدة محققة.

إضافة إلى ذلك، فإن تحديد أوصاف الطعام يقينا من التحايل في حالة عمد الناس إلى جعل الطعام ثمناً، وهو ما يستدعي صفة الثمنية فتحرم المعاملة، لأن الانتقال من المواد الغذائية إلى الأثمان قابل للحصول، وحصول ذلك قد يكون بسبب تطورات العوائد والظروف والأحوال تلقائياً، وقد يكون على سبيل العمد وحينئذ تكون الشبهة قوية في استغلال الناس فيتصادم المتحايلون بعلم النقدين وما في حكمهما. وهذا يستدعي ما يصطلح عليه بأشباه النقود التي تعادل النقود، ويسهل تحويلها إلى المعهود

من النقود. وهو أمر انبنت عليه الأنظمة المعاصرة، فوضع معايير معيارية في ضبط الربا مبتغى شرعا لأن أشباه النقود منطقة كبيرة يمكن الإسناد عليها في اتخاذها مطية للربا.

المسألة الخامسة: مدى الاعتداد بالنقود الرقمية المشفرة في الأموال الربوية.

استهل المسألة بما بسطه الفقهاء في الفلوس وهو ذكر للاستئناس فحسب، حيث القياس مع الفارق ليس بين الأصل والفرع فحسب، بل بين الفرع وآخر، ثم أردفه بكشف الغطاء عن رأي العبد الفقير بإيجاز.

إن الخلاف الذي حصل بين أهل الفقه مرده ظروف زمانية وواقعية، حيث لم تكن الفلوس متداولة على نحو واسع، فكان استعمالها قليلا، فكأنها لم تكتسب صفة الثمنية ولم تتوفر جزئياتها، ولهذا لا يصلح القياس عليها. وهذا ضروري في فهم مجاري كلام الفقهاء ومراقبي نظرهم في تفريعاتهم، أولا: النظر الفقهي في مسألة الفلوس.

فلنبداً بمذهب الحنفية ثم نتبعه بمذاهب أخرى لتبين أنظارتهم المختلفة بعد سوق اتفاق أنظار المذاهب فيما يلي:

- ١- لا يجوز بيع الذهب بالذهب تفاضلا أو نسيئة.
 - ٢- لا يجوز بيع الفضة بالفضة تفاضلا أو نسيئة.
 - ٣- لا يجوز بيع الفضة بالذهب نسيئة ويجوز تفاضلا.
 - ٤- لا يجوز بيع القمح بالقمح تفاضلا ونسيئة
 - ٥- لا يجوز بيع القمح بالشعير أو التمر أو الملح نسيئة ويجوز تفاضلا.
 - ٦- يجوز بيع الذهب أو الفضة بالقمح أو الشعير أو التمر أو الملح تفاضلا ونسيئة.
- واتفقوا على الكليات الآتية:

- ١- كل مكيل مطعوم من جنس واحد فيه ربا الفضل والنسيئة.
- ٢- كل موزون مطعوم من جنس واحد فيه ربا الفضل والنسيئة.
- ٣- كل غير مكيل موزون مطعوم لا ربا فيه تفاضلا أو نسيئة.

١- المذهب الحنفي:

ذهب الحنفية إلى أن علة الربا في الذهب والفضة هي: الوزن مع الجنس، " فلا تتحقق علة ربا الفضل إلا باجتماع الوصفين معا " ^١ ويترتب على ذلك الكلية الآتية:

كل ما يباع بالوزن كالرصاص والنحاس و الحديد يدخله الربا.

فالعلة: متعدية إلى كل موزون. وعليه تتفرع الأحكام الآتية:

- لا يجوز التفاضل ولا النساء في مُتَّحِدِ الصنف، كالحديد بالحديد
- لا يجوز النساء في مختلف الصنف؛ كالحديد بالرصاص وإن جاز التفاضل، إلا في الذهب والفضة مع غيرهما، فإنه يجوز فيهما النساء والتفاضل، لانعقاد الإجماع على جواز إسلامهما في غيرهما من الموزونات، فالمعنى عنده متعدّد، لكنه مخصوص.

ومبنى نظرهم: أن المقصود بتحريم الربا إنما هو مقارنة التساوي، ولذلك لَمَّا عسر إدراك التساوي في الأشياء المختلفة الذوات، جعل الدينار والدرهم لتقويمها: أعني تقديرها... إلخ ^٢

وعليه فإنه وفق المذهب الحنفي يمكن القول مبدئياً إن العملات الافتراضية أو الرقمية لا يدخلها الربا لأنها لا توزن حيث علة الربا عند الحنفية هي الوزن، لكن الحنفية أنفسهم لم يجيزوا التفاضل في الفلوس، لأنه لما كانت من الأثمان فإنها لا تتعين فإن بيعت بغير التعيين فإنها أمثال متساوية قطعاً فالزيادة في أحد الجانبين زيادة من غير عوض وهو ربا ^٣ وهذا الوصف المراعى ينطبق على النقود الورقية فتأخذ حكمها. وكلام الحنفية في هذا دويل فصل فيه الشيخ محمد تقي العثماني في كتابه فقه البيوع، ومما قال: " فالحاصل أنه إذا بيعت الفلوس بجنسها يشترط التقابض لا لكونه صرفاً بل لوجود أحد علتي الربا وهو الجنس أما إذا بيعت بخلاف جنسها جاز بقبض أحد البدلين في المجلس ولم يجز بدون ذلك، ^٤ .

٢- المذهب المالكي:

المالكية ذهبوا إلى اعتمادا علة الثمنية أو غلبة الثمنية: ولا عبرة بجودة المال أو بردائه ، فيدخل فيهما كل ما يعتبر ثمناً؛ فعلة تحريم الربا في النقدين كونهما أصولاً المتمولات وقيم المُتَلَفَاتِ، قال القاضي

^١ الفقه الإسلامي و أدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٦٧٦/٤

^٢ أو علق ابن رشد الحفيد في بداية المجتهد (١٣٢/٢) على علة الحنفية و هي الوزن يقوله: و لكن إذا تُؤْمَلُ الأمر من طريق المعنى ظهر - و الله أعلم - أن علتهم أولى العلل، و ذلك أنه يظهر من الشرع.

^٣ فقه البيوع محمد تقي العثماني ٧١٨/٢

^٤ فقه البيوع نفسه، ٧١٨/٢

عبد الوهاب البغدادي: "علة الربا في الذهب و الفضة كونهما أثمانا و قيما للمتلفات، فهي مقصورة عليهما غير متعدية." ^١ و قال الباجي: " و علة الربا في الذهب و الفضة أنهما أصول الأثمان و قيم المتلفات" ^٢.

ومبنى نظرهم: أن الثمن يجب أن يكون محدودًا مضبوطًا لا يرتفع، ولا ينخفض؛ إذ لو كان الثمن يرتفع، وينخفض كالسلع؛ لفسدت معاملات الناس، ووقع الخلف بينهم، واشتد الضرر بهم، وعليه فإنه وفق المذهب المالكي النقود الرقمية تتعدى إليها العلة من وجهين:

الوجه الأول: اعتبار علة مطلق الثمنية.

فعلى هذا الوجه فالفلوس داخله وكذا نقيس الأمر نفسه بالنسبة للنقود الرقمية، قال خليل في التوضيح: المراد بالنقود الذهب و الفضة، على أي صفة كانا، مسكوكين أو مصوغين أولاً، و اختلف في العلة فقيل: الثمنية، أي مطلق الثمنية من غير تقييد بالعلبة أي مطلق التعامل من غير اعتبار الغلبة، وعليه فيدخل الربا في الفلوس. ^٣

ومن المعلوم أن مذهب مالك يرادف بين الفلوس كأثمان اعتمدت على العرف والنقود المسكوكة من الذهب والفضة، جاء في المدونة: "قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ اشْتَرَيْتَ فُلُوسًا بِدَرَاهِمَ فَأَفْتَرَقْنَا قَبْلَ أَنْ نَتَقَابِضَ قَالَ: لَا يَصْلُحُ هَذَا فِي قَوْلِ مَالِكٍ وَهَذَا فَاسِدٌ، قَالَ لِي مَالِكٌ فِي الْفُلُوسِ: لَا خَيْرَ فِيهَا نَظَرَةً بِالذَّهَبِ وَلَا بِالْوَرِقِ، وَلَوْ أَنَّ النَّاسَ أَجَازُوا بَيْنَهُمُ الْجُلُودَ حَتَّى تَكُونَ لَهَا سَكَّةٌ وَعَيْنٌ لَكَرِهْتُمَا أَنْ تُبَاعَ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ نَظَرَةً قُلْتُ: أَرَأَيْتَ إِنْ اشْتَرَيْتَ خَاتَمَ فِضَّةٍ أَوْ خَاتَمَ ذَهَبٍ أَوْ تَبْرَ ذَهَبٍ بِفُلُوسٍ فَأَفْتَرَقْنَا قَبْلَ أَنْ نَتَقَابِضَ أَيْجُوزُ هَذَا فِي قَوْلِ مَالِكٍ؟ قَالَ: لَا يَجُوزُ هَذَا فِي قَوْلِ مَالِكٍ لِأَنَّ مَالِكًا قَالَ: لَا يَجُوزُ فَلَسٌ بِفُلُوسٍ، وَلَا يَجُوزُ الْفُلُوسُ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ وَلَا بِالدَّنَانِيرِ نَظَرَةً. ابْنُ وَهْبٍ، عَنِ يُونُسَ بْنِ يَرِيدَ عَنِ رَبِيعَةَ بِنِ أَبِي عَبْدِ الرَّحْمَنِ أَنَّهُ قَالَ: الْفُلُوسُ بِالْفُلُوسِ بَيْنَهُمَا فَضْلٌ فَهُوَ لَا يَصْلُحُ فِي عَاجِلٍ بِأَجَلٍ وَإِلَّا عَاجِلٌ بِعَاجِلٍ وَلَا يَصْلُحُ بَعْضُ ذَلِكَ بِبَعْضٍ إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ قَالَ: اللَّيْثُ بْنُ سَعْدٍ، عَنِ يَحْيَى بْنِ سَعِيدٍ وَرَبِيعَةَ أَنَّهَا كَرِهَتْ الْفُلُوسَ بِالْفُلُوسِ وَبَيْنَهُمَا فَضْلٌ أَوْ نَظَرَةً وَقَالَا: إِنَّهَا صَارَتْ سَكَّةً مِثْلَ سَكَّةِ الدَّنَانِيرِ

^١ الإشراف ٢/٥٣٠

^٢ المنتقى ٤/٢٥٨.

^٣ شرحه التوضيح ٤/٢٤٢

وَالدَّرَاهِمِ اللَّيْثُ، عَنْ يَزِيدَ بْنِ أَبِي حَبِيبٍ وَعُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ أَبِي جَعْفَرٍ قَالَا: وَشُيُوعُنَا كُلُّهُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا يَكْرَهُونَ صَرْفَ الْفُلُوسِ بِالْدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ إِلَّا يَدًا بِيَدٍ وَقَالَ يَحْيَى بْنُ أُتُوبٍ: قَالَ يَحْيَى بْنُ سَعِيدٍ: إِذَا صَرَفْتَ دِرْهَمًا فُلُوسًا فَلَا تُفَارِقُهُ حَتَّى تَأْخُذَهُ كُلُّهُ.^١ وهو ما صرح به ابن تيمية حيث قال: "إذا صارت الفلوس أثمانًا صار فيها المعنى، فلا يباع ثمن بثلثين إلى أجل^٢

الوجه الثاني: اعتبار مقاصد المكلف.

يقول ابن العربي وهو بصدد الحديث فيه وهو: "... أن مالكا قال زائداً على الشافعي إذا أجرى الناس الفلوس من النحاس والرصاص بينهم أثماناً بدلاً من النقدين جرى الربا في ذلك عنده على أحد القولين وهذا يبنى على قاعدة المقاصد فإن الناس لما اتخذوها أثماناً بدلاً من النقدين لزمهم حكم ما التزموا و (الحكم) معروف انفرد به مالك^٣، والمعهود أن قاعدة الأمور بمقاصدها مما اتفق عليه أهل العلم، يقول الشاطبي: "المقاصد معتبرة في التصرفات"^٤، يقول ابن العربي: "ولا تتعلق بالألفاظ إلا أن ترد على موضوعاتها الأصلية في مقاصدها المطلوبة، فإن ظهرت في غير مقصدها لم تعلق عليها مقاصدها^٥. وليس مقاصد المكلفين له علاقة بالربا من جهة التأثير، حيث الربا يتحقق حسب الصورة كما سبق بغض النظر عن مقاصد المتعاملين.

٣- مذهب الشافعية:

إن هذه الأعيان عند الشافعية معللة، فالعلة في الذهب والفضة: أنهما جنس الأثمان غالباً، وهذه العلة واقفة لا تتعدى إلى غيرهما، وقد أوماً في "الفروع" إلى وجه آخر: أنه يحرم الربا في الفلوس التي هي ثمن الأشياء وقيم المتلفات في بعض البلاد. وليس بشيء؛ لأن ذلك نادر.^٦، ورأي الشافعية يكاد يترادف مع رأي المالكية ورواية عن أحمد بن حنبل.

^١ المدونة ٥/٣

^٢ مجموع الفتاوى ٢٩ / ٤٧٢

^٣ القبس ١/ ٨٢٣

^٤ - الموافقات ٣/ ٣٢٤

^٥ - أحكام القرآن، ابن العربي ٣/ ٥٠.

^٦ البيان في مذهب الإمام الشافعي، أبو الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليمني الشافعي ٥/ ١٦٣

ومبنى نظرهم : أن ربا الفضل في النقدين لا يتعداهما ولا ضرورة تحوج إلى ادعاء علة قاصرة وعلل الشافعي رحمه الله بكونهما جوهرى النقدين وهذا مقتصر على محل النص. جاء في تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب " و هو [أي الربا] (إنما يجري في نقد) أي ذهب و فضة، و لو غير مضر و بين"، و قال محشيه الشرقاوي : " (قوله في نقد) خرج به العروض كالفلوس، فلا ربا فيها، و إن راجت رواج النقود، و إنما اختص النقد بذلك لوقوعه ثمنا للأشياء غالبا، و ذلك منتف عن العروض، و احترز بالغلبة عن الفلوس إذا راجت رواج النقود"^١

٤ - نظر الحنابلة:

رأي الحنابلة وإمامهم في علة الربا في الذهب والفضة قولان:

أحدهما: مثل مذهب الحنفية، وهو أن العلة هي الوزن مع اتحاد الجنس، وهذا القول هو الذي يمثل أشهر الروايات عن الإمام أحمد^٢

ثانيهما : مثل مذهب المالكية، والشافعية وهو أن العلة هي الثمنية^٣

ثانيا: رأي الباحث :

الباحث يرجح القول بأن علة الربا في الذهب والفضة هي الثمنية، وهو قول مالك ومن معه، قال الدهلوي: " والأفق بقوانين الشرع، أن تكون [أي العلة] في النقدين الثمنية، و تختص بهما " .^٤ إِذِ التَّمَنِّيَةُ وَصَفُ شَرَفٍ، إِذْ بِهَا قِوَامُ الْأَمْوَالِ، فَيَقْتَضِي التَّعْلِيلَ بِهَمَّا، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ الْعِلَّةُ فِي الْأَثْمَانِ الْوَزْنَ لَمْ يَجْزِ إِسْلَامُهُمَا فِي الْمَوْزُونَاتِ؛ لِأَنَّ أَحَدَ وَصْفَيْ عِلَّةِ رَبَا الْفَضْلِ يَكْفِي فِي تَحْرِيمِ النَّسَاءِ، وَهَذَا مَا رَجَّحَهُ ابْنُ الْقَيْمِ بِصِيغَةِ الْوَثَاقِ وَالْجُزْمِ، حَيْثُ قَالَ: "وَأَمَّا الدَّرَاهِمُ وَالْدِنَانِيرُ فَقَالَتْ طَائِفَةٌ: الْعِلَّةُ فِيهِمَا

^١ - حاشية الشيخ عبد الله بن حجازي بن ابراهيم الشافعي الأزهرى الشهير بالشرقاوي على تحفة الطلاب بشرح تحرير تنقيح اللباب لشيخ الإسلام أبي يحيى زكرياء الأنصاري ٣١/٢

^٢ - المغني لابن قدامة المقدسي ٣٨٨/٥، ومجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٤٧٠/١٩، و الفقه الإسلامي وأدلته ٦٨٩/٤ .

^٣ المغني ٣٨٩/٥، و مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٦٩٠/١٩، و الفقه الإسلامي وأدلته ٦٧٦/٤ .

^٤ - حجة الله البالغة ص ٢٨٦ .

^٥ - المغني ٦/٤

كونهما موزونين، وهذا مذهب أحمد في إحدى الروايتين عنه ومذهب أبي حنيفة، وطائفة قالت: العلة فيهما الثمنية، وهذا قول الشافعي ومالك وأحمد في الرواية الأخرى، وهذا هو الصحيح، بل الصواب "١". هذا، وإن تنزيل علل الربا على النقود الرقمية المشفرة يستدعي تكييفها الشرعي النهائي، وهو ما لم يتسن بعد على الرغم من مجهودات علمية متعددة^٢، وإن كان غالب النظر متجهاً للثمنية، مما يترجح تطرق الربا إلى النقود الرقمية وذلك للموجبات الآتية:

الموجب الأول: صفة الثمنية.

ما دامت علة تحريم الربا في النقدين كونهما رؤوس الأموال وقيم المتلفات، وتقرر مبدئياً أن النقود الرقمية هي أثمان إن حصل العرف الغالب الموجب للاستقرار، أو تم اعتمادها بقرار من السلطة، وصلوحيتها عادة وشرعاً للانتفاع بها، واتصافها بقدر ضروري من الثبات والاستقرار في حالة الاختيار والسعة، مع قابليتها للضمان وتحديد القيمة فإن الربا تتطرق إليها بجامع علة الثمنية، فتكون علة تحريم النقدين في الحديث متعدية إلى هاهنا، وللإمام مالك نقل شهير ويعتبر نصاً في الباب يقول: "وَلَوْ أَنَّ النَّاسَ أَجَازُوا بَيْنَهُمُ الْجُلُودَ حَتَّى تَكُونَ هَا سِكَّةً وَعَيْنٌ لَكَرِهْتَهَا أَنْ تُبَاعَ بِالذَّهَبِ وَالْوَرِقِ نَظْرَةً"^٣، فعبارة الإمام مالك يفهم منها أن العبرة في تحديد العملة هو قبول الناس، وهم مصدر تقرير وتأسيس وسائل للتبادل، وهذا يفترض قيام العرف وتحقيقه، وذلك لا يحصل إلا بتوافق عموماً الناس على صلاحيتها لاتخاذها ثمناً، يقول ابن تيمية مؤكداً المسير نفسه: "وأما الدرهم والدينار فما يعرف له حد طَبْعِيٌّ وَلَا شَرْعِيٌّ بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به؛ بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به والدرهم والدينار لا تُقصد لنفسها بل هي وسيلة إلى التعامل بها؛ ولهذا كانت أثماناً؛ بخلاف سائر الأموال، فإن المقصود الانتفاع بها نفسها؛ فلهذا كانت مقدرة بالأموال الطَّبْعِيَّةِ أو الشرعية، والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض لا بمادتها ولا بصورتها يحصل بها المقصود كيفما كانت."^٤

١- أعلام الموقعين ١٥٦/٢.

٢- بيان منتدى الاقتصاد الإسلامي بشأن مشروعية البتكوين Bitcoin وبحث: النقود الرقمية الرؤية الشرعية والآثار الاقتصادية" للدكتور: عبد الستار أبو غدة..

٣ المدونة ٥/٣ .

٤مجموع الفتاوى ١٩ / ٢٥١ ، ٢٥٢.

الموجب الثاني: استحضار مقاصد تحريم الربا.

يضاف إلى ما سبق أنه وإن اعتمدنا العلة القاصرة فالربا قائم أيضا من جهة كون تلك العلة تفيدنا في التعرف على أن ذلك الحكم مطابق للحكمة ومقاصد الشريعة من منع الربا فأى عمل بني ولا يحقق تلك المقاصد فلا يكون مشروعاً بمقتضى الأصل الجالب لها. وقد ساق العلماء أسباباً كثيرة لمنع الربا تجلب المصالح وتدرأ المفاسد، ومنها:

● الربا يؤدي إلى الحرص على طلب الدنيا أضعافاً مضاعفة إلى ما لا يتناهى والحرص درك من دركات النيران¹

● الربا يوقنا في استغلال الناس، لأن الربا يقتضي أخذ مال الإنسان من غير عوض، لأن من يبيع الدرهم بالدرهمين نقداً أو نسيئةً فيحصل له زيادة درهم من غير عوض، ومال الإنسان متعلق حاجته وله حرمة عظيمة.²

● يقول الدكتور شاخنت الألماني ([Hjalmar Schacht](#)) الجنسيّة والمدير السابق لبنك الرايخ الألماني ([Reichsbank](#)): "إنه بعملية غير متناهية يتضح أن جميع مال الأرض صائر إلى عدد قليل جداً من المرابين، ذلك لأن المرابي يربح دائماً في كل عملية، بينما المدين معروض للربح والخسارة، ومن ثم فإن المال كله في النهاية لابد بالحساب الرياضي أن يصير إلى الذي يربح دائماً"³

● مراعاة مقتضيات العدل ودرء السرف، يقول ابن رشد: "وأما الأشياء المكيّلة والمؤزونة: فلما كانت ليست تختلف كل الاختلاف، وكانت منافعها متقاربة لم تكن حاجة ضرورية لمن كان عنده منها صنفاً أن يستبدله بذلك الصنف بعينه إلا على جهة السرف؛ كان العدل في هذا إنما هو بوجود التساوي في الكيل، أو الوزن إذ كانت لا تتفاوت في المنافع، وأيضاً فإن منع التفاضل في هذه الأشياء يوجب أن لا يقع فيها تعامل لكون منافعها غير مختلفة، والتعامل إنما يضطر إليه في المنافع المختلفة، فإذا منع التفاضل في هذه الأشياء (أعني المكيّلة، والمؤزونة) علتان:

¹ روح البيان لإسماعيل حقي بن مصطفى الإستانبولي الحنفي الحلوتي ٩٣/٢

² الكتاب: مفاتيح الغيب = التفسير الكبير بو عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي الرازي الملقب بفخر الدين الرازي ٧٣/٧٠

³ النظرية الاقتصادية، جامع أحمد، الجزء الأول (التحليل الاقتصادي الجزئي) منقول من مقال: الربا وآثاره الاقتصادية د. عبد المجيد عبد الله دية على

إِحْدَاهُمَا: وَجُودُ الْعَدْلِ فِيهَا.

وَالثَّانِيَةُ: مَنَعُ الْمُعَامَلَةِ إِذَا كَانَتِ الْمُعَامَلَةُ بِهَا مِنْ بَابِ السَّرْفِ.

وَأَمَّا الدِّينَارُ وَالدرَّهْمُ فَعِلَّةُ الْمَنَعِ فِيهَا أَظْهَرُ إِذْ كَانَتْ هَذِهِ لَيْسَ الْمَقْصُودُ مِنْهَا الرِّبْحُ، وَإِنَّمَا الْمَقْصُودُ بِهَا تَقْدِيرُ الْأَشْيَاءِ الَّتِي لَهَا مَنَافِعُ ضَرُورِيَّةٌ.^١

● ينتج عدم توجيه الأموال إلى أنشطة ومشاريع ذات جدوى ومنفعة حقيقية لحياة الناس. فيتم توجيه الاقتصاد وجهةً منحرفة من مشروعات صناعية وتجارية إلى نوادٍ للقمار والعهر والفساد بما يعود بالضّرر على المجتمع، وكذلك تشجيع الناس على المغامرة والإسراف، بتسهيل وضع المال في أيدي المغامرين والجهلة والمُسرفين. فيؤدي هذا إلى هدر الموارد الاقتصادية.^٢

● الرِّبَا يَمْنَعُ النَّاسَ عَنِ الْإِشْتِغَالِ بِالْمَكَاسِبِ؛ لِأَنَّهُ إِذَا حَصَلَ الدَّرْهَمُ بِالرِّبَا، فَلَا يَكَادُ يَحْتَمِلُ مَشَقَّةَ التَّكْسُّبِ بِالتَّجَارَةِ، وَالصَّنَاعَةِ، فَيَفْضِي إِلَى انْقِطَاعِ مَنَافِعِ الْخَلْقِ، وَمَنْ الْمَعْلُومُ أَنَّ [مَصَالِحَ الْعَالَمِ] لَا تَنْتَظِمُ إِلَّا بِالتَّجَارَاتِ، وَالْعِمَارَاتِ، وَالْحِرَفِ، وَالصَّنَاعَاتِ.

● الرِّبَا يَفْضِي إِلَى انْقِطَاعِ الْمَعْرُوفِ بَيْنَ النَّاسِ مِنَ الْقَرْضِ؛ لِأَنَّ الرِّبَا إِذَا حَرَّمَ، طَابَتِ النُّفُوسُ بِقَرْضِ الدَّرْهَمِ، وَاسْتِرْجَاعِ مِثْلِهِ، وَلَوْ حُلَّ الرِّبَا، لَكَانَتْ حَاجَةٌ الْمَحْتَاجِ تَحْمِلُهُ حَاجَتُهُ عَلَى أَخْذِ الدَّرْهَمِ بِالدَّرْهَمِينَ، فَيَفْضِي ذَلِكَ إِلَى قَطْعِ الْمَوَاسَاةِ، وَالْمَعْرُوفِ، وَالْإِحْسَانِ.

● أَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْمَقْرُضَ يَكُونُ غَنِيًّا، وَالْمَسْتَقْرَضُ يَكُونُ فَقِيرًا، فَالْقَوْلُ بِتَجْوِيزِ الرِّبَا تَمْكِينٌ لِلْغَنِيِّ مَنْ أَنْ يَأْخُذَ مِنَ الْفَقِيرِ الضَّعِيفِ مَا لَمْ يَزِدْهُ، وَهُوَ غَيْرُ جَائِزٍ بِرَحْمَةِ الرَّحِيمِ.^٣

فمقاصد البيوع تدرك لتحفيز المكلفين من تجنب النهي، والنهي وسيلة لتحقيق مقاصد الشارع، والتحايل عن ذلك هدم لأحكام الشريعة وهذا ما يؤكد أن الشارع ينظر إلى حقيقة المعاملة ويطرد الصورية لتناقض القصدية ولن يكون حكم الشارع على عمل المكلف حينئذ تأييدا ولا يمكن أن نقول

^١ بداية المجتهد ونهاية المقتصد ١٥٢/٣

^٢ النظري الاقتصادية، منقول من مقال: الربا وآثاره الاقتصادية د. عبد المجيد عبد الله دية على quran-m.com/quran.

^٣ اللباب في علوم الكتاب ٤٤٨/٤

إن العمل صحيح بسبب اعتبار قصور العلة، وحقيقته غير موافقة لمقاصد الشارع. فجلب المصالح أو دفع المفاسد تحتم عدم الإضرار بالغير.

الموجب الثالث: مراعاة سد الذرائع.

اعتبارنا لسد الذرائع حملا على المال، حيث إن مراعاة مبدأ سد الذرائع يأتي لاحقا عن التوصل للحكم الأول، وينبني على التسليم الجدلي أن الربا غير حاصل، ولكن قد ينقلب الحكم من عدم المنع إلى المنع بعد الموازنة بين مصلحة الحكم المتوصل إليه، وبين ما قد يفضي إليه تطبيق الحكم من المفاسد العامة والخاصة وذلك بدون اعتبار لمقاصد المكلف ما إذا كان يروم المفسدة من فعله أم لا، لأن سد الذرائع يبحث في الحكم وما يؤول إليه مجردا.

واعتماد الشريعة لسد الذرائع هو منهج وقائي لعدم الوقوع في المفاسد ولعدم الوقوع في الحيل أيضا، قال الشاطبي: "ومنها قاعدة الحيل فإن حقيقتها المشهورة تقدم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر. فمآل العمل فيها حرم لقواعد الشريعة في الواقع...".^١ وعليه، فإنه إذا لم نعتمد الموجبات السابقة فسيلجأ الناس إلى القرض بزيادة تحايلا، ويعتبرون ذلك بيعا يجوز فيه التفاضل، والمعلوم وقوع الإجماع في تحريم القرض بزيادة، والتحيل مناقض للمقاصد الكلية كما ه مناقض للمقاصد الجزئية.

هذا وإن كان الحنفية لا يعتبرون الثمنية في مبدئيتهم في الربا فإن نقولهم في ربا القروض حاسمة، مما يفهم منها أن أي منفعة مباشرة أو غير مباشرة تفسد القرض، جاء في بدائع: "وأما الذي يرجع إلى نفس القرض، فهو ألا يكون فيه جر منفعة، فإن كان لم يجز، نحو ما إذا أقرضه دراهم غلة على أن يرد عليه صحاحا، أو أقرضه وشرط شرطاً له منفعة ولأن الزيادة المشروطة تشبه الربا، لأنها فضل لا يقابله عوض، والتحرز عن حقيقة الربا وعن شبهة الربا واجب. هذا إذا كانت الزيادة مشروطة في القرض".^٢

^١ - الموافقات ٣/٥٤.

^٢ - ينظر: بدائع الصنائع، علاء الدين الكاساني، ٧/٣٩٥.

إن مراعاة حقيقة الزيادة تمنع المتحايدين على الوجهين. وتدرأ إخفاء مقاصد المكلفين الفاسدة، وفي الوقت نفسه وسيلة لاتقاء الضرر قبل وقوعه، وعليه سيكون التحيل وسيلة غير مشروعة فتحرم حرمة ذريعة، وهذا يستدعي الأخذ بالأحوط الذي تعتبره الشريعة خاصة في مجال الربا، وقد كان الصحابة رضي الله عنهم وهم أئمة العلم والاجتهاد يأخذون بالأحوط عموماً، قال الشاطبي: "إن الصحابة عملوا على هذا الاحتياط في الدين لما فهموا هذا الأصل من الشريعة، وكانوا أئمة يُقتدى بهم، فتركوا أشياء وأظهروا ذلك ليبينوا أن تركها غير قادح وإن كانت مطلوبة"^{٧٩}.

وعمدنا إلى الأخذ بالأحوط في مسألتنا هاته استلزمه أيضاً المشي للخروج من الحل - الذي سلمنا به جدلاً - إلى الحرمة، يقول القرافي: "يحتاج الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الإباحة إلى الحرمة، لأن التحريم يعتمد المفسد؛ فيتعين الاحتياط له؛ فلا يقدم على محل فيه مفسدة بأيسر الأسباب، دفعاً للمفسدة بحسب الإمكان"^{٧٩}.

^١ الموافقات، ١٠٢/٤.

علة الثمنية وحكمتها وتطبيقها

د. منصور بن عبدالرحمن الغامدي

بحث مقدم إلى مؤتمر الهيئات الشرعية الذي نظّمته
هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين
رجب ١٤٣٩هـ - أبريل ٢٠١٨

فهرس الموضوعات

٤٥	فهرس الموضوعات
٤٦	تمهيد
٤٧	المبحث الأول: تعريف العلة والحكمة والفرق بينهما
٤٧	أولاً: تعريف العلة اصطلاحاً
٤٧	ثانياً: تعريف الحكمة اصطلاحاً
٤٧	ثالثاً: الفرق بين العلة والحكمة في ماهيتهما وحقيقتهما
٤٨	المبحث الثاني: التعليل بالثمنية في ربا البيوع
٥٠	المبحث الثالث: خصائص النقود
٥٠	أولاً: الخصائص المميزة للنقود عن غيرها
٥١	ثانياً: هل النقود خلقية أم اصطلاحية؟
٥٣	المبحث الرابع: المناسبة في التعليل بالثمنية
٥٣	الاتجاه الأول: الحكمة الإحسانية الأخلاقية
٥٦	الاتجاه الثاني: تحقيق الوظيفة المعيارية للنقود
٥٧	المبحث الخامس: هل العملات الالكترونية مثل البيتكوين تعدّ نقداً؟
٥٧	أولاً: النقود الائتمانية
٥٩	ثانياً: المتاجرة بالمؤشرات والأرقام
٦٠	ثالثاً: الفرق بين النقود الائتمانية والمتاجرة بالمؤشرات
٦١	رابعاً: البيتكوين.. هل هو بيعٌ لعملة أم مقامرةٌ بمؤشرٍ؟
٦٣	خامساً: هل هذا يعني إغلاق الباب أمام أي تعامل في البيتكوين؟
٦٥	سادساً: هل يمكن للبيتكوين أن ترتقي لتكون عملة في المستقبل؟
٦٦	سابعاً: خلاصة حكم التعامل بالبيتكوين باعتبار وضعها الحالي في عام ٢٠١٨م

تمهيد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، فإن علم الربا وأحكامه وحكمته من أهم ما ينبغي ضبطه والحذر منه، ومعرفة مداخله وحل مشكلاته، لعظيم خطره أولاً، ولدقة إشكاله ثانياً، ولو لم يكن فيه من الوعيد إلا الإيذان بالحرب من الله ورسوله لكفى.

وقد سئل الإمام مالك عن "قال: امرأتي طالق إن كان يدخل بطون العباد شيءٌ أخبث من الشراب المسكر.. فتفكر فيها طويلاً.. فقال: قال الله عز وجل في الربا: (فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله) [البقرة: ٢٧٩] وليس هذا في الخمر، يأخذ ديناراً بدينارين يأكله، إذا أخذه الذي يشرب الخمر جلد وخُلِّي، وإذا أخذه الذي يأكل الميتة عُذِّب عذاباً أليماً، فأرى أن يفارق امرأته، قال: أترى أن يفارقها؟ قال: نعم" (١).

وهذا البحث يهدف لدراسة علة الثمنية وحكمتها وتطبيقها، أسأل الله أن يدلنا فيه على الحق والصواب، ويلهمنا الحكمة وفصل الخطاب.

(١) البيان والتحصيل لابن رشد ٦/٦٧، بتحقيق مجموعة من الباحثين، ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط الثانية، ١٤٠٨ هـ.

المبحث الأول: تعريف العلة والحكمة والفرق بينهما

أولاً: تعريف العلة اصطلاحاً

تعددت تعريفات العلة اصطلاحاً عند أهل العلم، وهي تدور حول كونها موجبةً للحكم ومؤثرة في إيجادها وعدمه، ولذلك اشتهر عند أهل العلم أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدمًا، واختاره جمهور الأصوليين: كالصيرفي، وأبي زيد الدبوسي، ورجحه البيضاوي، والرازي، وابن السبكي، والزركشي واختاره الغزالي والرازي على اختلاف فيما بينهم هل هي موجبة بنفسها أم يجعل الله لها أم بالعادة أم بالاقتران والأمانة.

وعرفها بعضهم بأنها الباعث على تشريع الحكم، بمعنى أنه لا بد أن يكون الوصف مشتملاً على حكمة صالحة أن تكون مقصودة للشارع من شرع الحكم. وهو اختيار عدد من علماء الأصول: كالآمدي، وابن الحاجب.^(١)

ثانياً: تعريف الحكمة اصطلاحاً

تعددت تعريفات الحكمة اصطلاحاً عند أهل العلم وهي تدور حول معنى المعنى المناسب لشرع الحكم أو الباعث من شرع الحكم أو المقصود من تشريع الحكم، أو المصلحة المرادة من تشريع الحكم.^(٢)

ثالثاً: الفرق بين العلة والحكمة في ماهيتهما وحقيقتهما

وبهذا يظهر الفرق بينهما:

فالعلة: هي الوصف الذي جعله الشارع منطاً لثبوت الحكم، حيث ربط الشارع به الحكم وجوداً وعدمًا، بناء على أنه مظنة لتحقيق المصلحة المقصودة للشارع من شرع الحكم.

والحكمة: هي المصلحة نفسها؛ ولذلك فإنه قد تتفاوت درجاتها في الوضوح والانضباط، وقد تخفى فلا تكون معلومة للعباد أصلاً.^(٣)

(١) انظر: مباحث العلة في القياس؛ د. عبدالحكيم السعدي؛ ص ٦٨. وانظر: البحر المحيط؛ للزركشي؛ ١٠١/٤، وإرشاد الفحول؛ للشوكاني؛ ٢٠٧، وتقوم

الأدلة؛ للدبوسي؛ ٢٩٢، والإمهاج؛ للسبكي؛ ٤٣/٣، والإحكام في أصول الأحكام؛ للآمدي؛ ٢٠٢/٣، والموافقات؛ للشاطبي؛ ٦/٢، والمستصفي؛ للغزالي؛ ٢٣٠/٢.

(٢) انظر: الإحكام في أصول الأحكام؛ للآمدي؛ ٢٠٢/٣.

(٣) انظر: مباحث العلة في القياس؛ د. عبدالحكيم السعدي؛ ١٠٦.

المبحث الثاني: التعليل بالثمنية في ربا البيوع

من المهم التنبيه إلى أن ربا الجاهلية في الديون يجري في كل الديون، دون تفریق بين شكل الدّين، هل هو سلعة أم نقد، وبهذا يجري ربا الديون في جميع أنواع الأموال.

قال الله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدّقوا خير لكم إن كنتم تعلمون).

قال ابن جرير رحمه الله: كان إذا حل مال أحدهم على غريمه، يقول الغريم لغريم الحق: زدني في الأجل وأزيدك في مالك"، وروى هذا التفسير عن مجاهد وقتادة وغيرهم من التابعين.^(١)

وأما ربا البيوع فيجري في بعض الأموال دون بعض، وهو يجري في الأصناف الستة وما قيس عليها، وهو محل الخلاف والنظر، والتفريق بين السلعة والنقد، أو المطعم وغير المطعم، أو المكيل والموزون.

وقد اشتهر تعليل ربا البيوع بالثمنية عن الإمام مالك ثم تبعه الشافعي، ونصره شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم وسبكا أصوله واستدلا له رحمة الله على الجميع.

قال الإمام مالك: "ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى يكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة"^(٢).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وأما الدرهم والدينار، فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به. والدرهم والدينار لا تقصد لنفسها بل هي وسيلة إلى التعامل بها، ولهذا كانت أثماناً بخلاف سائر الأموال، فإن المقصود الانتفاع بها نفسها، ولهذا كانت مقدرّة بالأموال الطبيعية أو الشرعية، والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض، ولا بمادتها ولا بصورتها؛ بل يحصل بها المقصود كيفما كانت"^(٣).

(١) انظر: تفسير الطبري؛ ٣/١٠٣-١٠٤ عند تفسيره آيات الربا من سورة البقرة.

(٢) المدونة؛ كتاب الصرف؛ ٣/٩٠-٩١.

(٣) مجموع الفتاوى؛ لابن تيمية؛ ١٩-٢٥١.

وقال ابن القيم: "الأثمان لا تقصد لأعيانها، بل يقصد بها التوصل إلى السلع، فإذا صارت من نفسها سلعة تقصد لأعيانها فسد أمر الناس، وهذا معنى معقول يختص بالنقود لا يتعدى إلى سائر الموزونات"^(١).

قال ابن تيمية: "ولكن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثلث هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال..."^(٢)، ومثله تلميذه ابن القيم رحمهم الله جميعاً^(٣).

ومن الأدلة على التعليل بالثمنية: المناسبة والمصلحة الظاهرة في التعليل بالثمنية، والمعنى المختص المناسب للنقود والذي تتميز به عن غيرها من السلع والمنافع.

إلا أننا عندما نتأمل حديث عثمان رضي الله عنه في صحيح مسلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تبيعوا الدينار بالدينارين، ولا الدرهم بالدرهمين"^(٤)، نجد أن هذا الحديث الشريف يشتمل على إشارة وإيماء -ربما ترتقي إلى رتبة الظاهر أو النص- إلى علة الثمنية؛ فقد ورد فيها النهي عن التفاضل في الدينار والدرهم، وهما الذهب والفضة الدائرتان عملة ونقدا بين الناس؛ فاستخدام لفظ الدرهم والدينار دون استخدام لفظ الحلي مثلاً مما يشير أو يومئ أو يُظهر أن العلة في تحريم الربا فيهما هو كونهما ثمنًا. وأما المناسبة في الأثمان فهو ما سنتعرض له في مبحث حكمة التعليل بالثمنية إن شاء الله تعالى.

(١) إعلام الموقعين؛ لابن القيم؛ ١٥٧/٢.

(٢) تفسير آيات أشكلت؛ لابن تيمية؛ ٦١٤-٦١٦.

(٣) إعلام الموقعين؛ لابن القيم؛ ١٣٢/٢.

(٤) انظر: صحيح مسلم بشرح النووي؛ ١١/١١.

المبحث الثالث: خصائص النقود

أولاً: الخصائص المميزة للنقود عن غيرها

النقود تتميز عن غيرها من السلع والخدمات بعدد من الخصائص والمميزات

١- أنه يكثر استخدامها وتداولها ودورانها بين الناس؛ وكتصوير لذلك: انظر إلى مرات استخدامك للنقود في يومك وقارنه باستعمالك لغيرها من السلع والمنافع.

٢- أن منفعتها لا تحصل إلا بغيرها فهي وسيط؛ فمنفعة النقود لا تحصل لك إلا إذا بادلت غيرك بها وحصلت على ما يقابلها من المنافع والسلع؛ فالنقود وسيط محض يهدف لتدوير السلع بين الناس. قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وأما الدرهم والدينار... وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به. والدرهم والدينار لا تقصد لنفسها بل هي وسيلة إلى التعامل بها، ولهذا كانت أثماناً؛ بخلاف سائر الأموال فإن المقصود الانتفاع بها نفسها فلهذا كانت مقدره بالأموال الطبيعية أو الشرعية، والوسيلة المحضة التي لا يتعلق بها غرض، ولا بمادتها ولا بصورتها؛ بل يحصل بها المقصود كيفما كانت"^(١). وقال ابن القيم: "الأثمان لا تقصد لأعيانها، بل يقصد بها التوصل إلى السلع، فإذا صارت من نفسها سلعة تقصد لأعيانها فسد أمر الناس، وهذا معنى معقول يختص بالنقود لا يتعدى إلى سائر الموزونات"^(٢).

٣- أنها تقييم لكل ما سواها؛ فكل شيء يتوصل إلى قيمته من خلال مقارنته بها، وبها تقاس رغبات الناس في الأشياء ورغباتهم عن الأشياء؛ فما رغبوه علت قيمته، وما رغبوا عنه نزلت قيمته. قال ابن تيمية: "ولكن الدراهم والدينار أثمان المبيعات، والثلث هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال..."^(٣)، ومثله تلميذه ابن القيم رحمهم الله جميعاً^(٤).

(١) مجموع الفتاوى؛ لابن تيمية؛ ١٩-٢٥١.

(٢) إعلام الموقعين؛ لابن القيم؛ ١٥٧/٢.

(٣) تفسير آيات أشكلت؛ لابن تيمية؛ ٦١٤-٦١٦.

(٤) إعلام الموقعين؛ لابن القيم؛ ١٣٢/٢.

ثانياً: هل النقود خلقية أم اصطلاحية؟

كانت هذه المسألة تدور بين عدد من علماء القرن الرابع وما بعده، لأنهم كانوا ينظرون إلى تعارف الناس على ثمنية الذهب والفضة واعتبارهما معياراً للقيم ووسيطاً للتبادل؛ فنشأ القول عند بعض العلماء بأن الذهب والفضة قد (خلقت) نقوداً. وممن قرره: الجويني والغزالي ونصره المقرئزي وألف لأجله عدداً من الكتب.

قال الغزالي: "فإذاً خلقهما الله تعالى لتداولهما الأيدي، ويكونا حاكمين بين الأموال بالعدل، ولحكمة أخرى وهي التوسل بهما إلى سائر الأشياء؛ لأنهما عزيزان في أنفسهما، ولا غرض في أعيانهما، ونسبتهما إلى سائر الأموال نسبة واحدة؛ فمن ملكهما فكأنه ملك كل شيء... وكل من عامل معاملة الربا على الدراهم والدنانير فقد كفر النعمة وظلم؛ لأنهما خلقا لغيرهما لا لأنفسهما، إذ لا غرض في عينهما، فإذا اتجر في عينهما فقد اتخذهما مقصوداً على خلاف وضع الحكمة؛ إذ طلب النقد لغير ما وضع له ظلم"^(١).

ومن هنا نشأ عند عدد من العلماء قديماً عدد من الاصطلاحات والمقولات التي تسربت إلى كتب العملاء؛ مثل مصطلح (النقود الخلقية)، و(جواهر الثمنية)، و(خلقة الثمنية)، و(النقود الشرعية)، وغير ذلك مما شابهها من الاصطلاحات والمقولات التي تضيي على نقدية الذهب والفضة مزياً وخصيصاً دون غيرها من النقود؛

قال الجويني: "فإن المذهب أن الربا لا يجري في الفلوس وإن استعملت نقوداً، فإن النقدية الشرعية مختصة بالمصنوعات من التبرين، والفلوس في حكم العروض وإن غلب استعمالها"^(٢). وقال المقرئزي: "الفلوس التي لم يجعلها الله تعالى قط نقداً في قديم الدهر"^(٣) وحديثه... فإن الفضة هي نقد شرعي لم تزل في العالم"^(١).

(١) إحياء علوم الدين؛ للغزالي؛ ٩١/٤ - ٩٢.

(٢) شرح البرهان؛ للأبياري؛ ٧٩/٤.

(٣) علق المحقق انستاس الكرمللي وهو عضو مجمع اللغة العربية بالقاهرة بقوله: "يظهر من كلام المقرئزي أنه لم يكن تام الاطلاع على تاريخ النقود؛ لأننا نعلم أن الأقدمين من الرومان واليونان كانوا يستعملون نقود النحاس، وربما سبقت نقود الذهب والفضة. وهذا الأمر لا يحتاج إلى إثبات لشهرته وتداوله في أسفار المؤرخين، فكان عند اليونان الخلقس، وهو بثمان الفلوس، وذو الخلقسين". رسائل في النقود العربية والإسلامية وعلم النميات؛ جمعها انستاس الكرمللي؛ ص ٧٢.

كما إن المقريري كرر هذا المعنى في كتابه إغاثة الأمة بكشف الغمة؛ ورأى أن انتشار استعمال الفلوس هو أحد أسباب الغلاء العظيم الذي حل بمصر بدءاً من ٨٠١هـ حتى بلغ غايته سنة ٨٠٨هـ^(٢)، ومن أقواله فيه: "وأما الفلوس [أي المتخذة من النحاس] فإنه لما كان في المبيعات محقرات تقل عن أن تباع بدرهم أو جزء منه، احتاج الناس من أجل ذلك في القديم والحديث من الزمان إلى شيء سوى نقدي الذهب والفضة يكون بإزاء تلك المحقرات، لم يُسَمَّ أبداً على وجه الدهر ساعة من نهار، فيما عرف من أخبار الخليفة نقداً، لا، ولا أقيم قط بمنزلة أحد النقدين"^(٣).

نقد طريقة الغزالي والجويني والمقريري:

والصحيح -والله أعلم- طريقة الإمام مالك والتي نصرها شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه رحمة الله على الجميع، والتي قرروا فيها أن الدرهم والدينار ليس له حد طبيعي ولا شرعي؛ بل مرده إلى العرف والاصطلاح.

قال الإمام مالك: "ولو أن الناس أجازوا بينهم الجلود حتى يكون لها سكة وعين لكرهتها أن تباع بالذهب والورق نظرة"^(٤).

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: "وأما الدرهم والدينار، فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة والاصطلاح..."^(٥).

وهذه المناقشة مناقشة لمسألة تاريخية؛ وإلا فإن واقعنا اليوم قد أثبت صحة نظرية الإمام مالك وابن تيمية رحمهما الله فإنك لا تكاد اليوم تجد أحداً يستعمل الذهب والفضة لأداء الوظيفة النقدية (وسيط للتبادل ومعيار للقيم). وإن كان للذهب والفضة رونقهما وجبهما الفطري الذي يلجأ إليه الناس عند وقوع الأزمات، ويلوذون به للحفاظ على الثروات.

(١) رسالة بعنوان النقود الإسلامية القديمة؛ للمقريري؛ طبعت ضمن: رسائل في النقود العربية والإسلامية وعلم النميات؛ جمعها انتاس الكرمل؛ ص ٧٢.

(٢) انظر: إغاثة الأمة بكشف الغمة؛ للمقريري؛ ص ٤١-٧٢.

(٣) إغاثة الأمة بكشف الغمة؛ للمقريري؛ ص ٦٦.

(٤) المدونة؛ كتاب الصرف؛ ٩٠/٣-٩١.

(٥) مجموع الفتاوى؛ لابن تيمية؛ ١٩-٢٥١.

المبحث الرابع: المناسبة في التعليل بالثمنية

سبق بيان الخصائص المميزة للنقود عن غيرها؛ وتحريم ربا البيوع في النقود كان منطلقه هذه الخصائص التي تميزت بها النقود؛ ولهذا كانت العلة هي الثمنية.

والمناسبات التي ذكرها العلماء تسيير في عدد من الاتجاهات

الاتجاه الأول: الحكمة الإحسانية الأخلاقية

وهذا الاتجاه يركز على أن خصيصة النقود هو كثرة دورانها بين الناس على جهة القرض؛ (كثرة السُّلف النقدية بين الناس)، ويقرر أن حكمة تحريم الربا في النقود هو تعزيز الإحسان بين الناس وتقريبه لهم؛ بمنع الزيادة مقابل الأجل في السُّلف النقدية التي يكثُر تداولها بينهم إقراضا واقتراضا.

وبيان ذلك أن يقال إن الطريق السهل المنتشر للمداينات بين الناس هو طريق إقراض النقود؛ فألزمت الشريعة في هذا الطريق سلوك مسلك الإحسان (القرض مجانا)؛ دعما للإحسان وتعزيزا له، ومن لا يرد الإحسان فإن الطريق في حقه أطول وأبعد. ويُفهم منه أنه ليس مقصود الشريعة بتحريم ربا القرض سد جميع الطرق (غير الإحسانية) للوصول إلى ربح للأجل، وإنما قصدت الإلزام بطريق الإحسان في الطريق السهل الميسر المعبّد المعتاد، فصار الإحسان (المحاني) هو الأقرب لمتناول يدي المتعاملين تلقائيا... ولعل هذا معنى ما روي عن جعفر الصادق لما سئل لم حرم الله الربا؟ فقال لئلا يتمنع الناس المعروف^(١). وهذا مشاهد؛ فإن البلاد التي استباححت الزيادة في القرض النقدي يقل فيها الإحسان ويندر، ويتمنع الناس فيها المعروف؛ بخلاف البلاد التي يستمسك أهلها بتحريم الزيادة في القرض النقدي فإن المعروف فيها يبقى متداولاً بين الناس، والقروض لا تزال منتشرة بين أفراد المجتمع.^(٢)

قال ابن تيمية: "وهو [أي الربا] يسد طريق المعروف والإحسان إلى الناس. فإنه متى جوز لصاحب المال الربا لم يكن أحد يفعل معروفاً من قرض ونحوه إذا أمكنه أن يبذل له كما يبذل القروض مع أخذ فضل له ولهذا قال سبحانه: (يحق الله الربا ويربي الصدقات) [البقرة: ٢٧٦]، فجعل الربا نقيض

(١) نسبة إلى جعفر الصادق عدد من أهل الأدب وأهل التراجم؛ ومنهم المبرد اللغوي المعروف (٢١٠هـ-٢٨٠هـ) في كتاب الفاضل ص٣٦، والحافظ أبو

نعيم الأصبهاني (ت ٤٢٠هـ) في ترجمة جعفر الصادق في حلية الأولياء ٣/١٩٤، ثم انتشرت نسبته إلى جعفر الصادق بعد ذلك في كتب التراجم

كصفة الصفوة لابن الجوزي (ت ٥٩٧هـ)؛ ١/٣٩٢، وتهديب الكمال للمزني (ت ٧٤٢هـ)؛ ٥/٨٨، وسير أعلام النبلاء للذهبي (ت ٧٤٨هـ)؛

٦/٢٦٢، وفي كتب التاريخ كذيل تاريخ بغداد لابن النجار (ت ٦٤٣هـ)؛ ١٨/٢١٤ ط التي طبعت مع تاريخ بغداد.

(٢) انظر: الحكم الربوية؛ لمنصور الغامدي؛ ٢٠٥-٢٠٦.

الصدقة؛ لأن المرابي يأخذ فضلا في ظاهر الأمر يزيد به ماله والمتصدق ينقص ماله في الظاهر لكن يحق الله الربا ويربي الصدقات، وقال سبحانه في الآية الأخرى: (وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) [الروم: ٣٩]. فكما أن الشارع أوجب الصدقة التي فيها الإعطاء للمحتاجين حرم الربا الذي فيه أخذ المال من المحتاجين؛ لأنه سبحانه علم أن صلاح الخلق في أن الغني يؤخذ منه ما يعطى للفقير وأن الفقير لا يؤخذ منه ما يعطى للغني. ثم رأيت هذا المعنى مأثورا على علي بن موسى الرضا رضي الله عنه وعن آبائه أنه سئل لم حرم الله الربا؟ فقال: (لئلا يتمنع الناس المعروف)، فهذا في الجملة ينبه على بعض علل الربا^(١).

وقال ابن تيمية: "ومعلوم أن هذا من أصول الشرائع التي بما قيام مصلحة العالم فإن الله لما قسم خلقه إلى غني وفقير ولا تتم مصلحتهم إلا بسد خلة الفقراء وحرم الربا الذي يضر الفقراء؛ فكان الأمر بالصدقة من جنس النهي عن الربا؛ ولهذا جمع الله بين هذا وهذا في مثل قوله تعالى: (يحقق الله الربا ويربي الصدقات) [البقرة: ٢٧٦]، وفي مثل قوله تعالى: (وما آتيتم من ربا ليربو في أموال الناس فلا يربو عند الله وما آتيتم من زكاة تريدون وجه الله فأولئك هم المضعفون) [الروم: ٣٩]. وقد ذكر الله في آخر البقرة أحكام الأموال وهي ثلاثة أصناف: عدل؛ وفضل؛ وظلم؛ فالعدل: البيع؛ والظلم: الربا؛ والفضل: الصدقة. فمدح المتصدقين وذكر ثوابهم وذم المرابين وبين عقابهم وأباح البيع والتداين إلى أجل مسمى"^(٢). وقال ابن تيمية: "ألا ترى أنه لما حرم الربا لما فيه من الظلم وأكل المال بالباطل قرن بذلك ذكر البيع الذي هو عدل وقدم عليه ذكر الصدقة التي هي إحسان. فذكر في آخر سورة البقرة حكم الأموال: المحسن والعاقل والظالم: ذكر الصدقة والبيع والربا"^(٣).

وقال ابن القيم: "فإن الله سبحانه وتعالى حرم الربا لما فيه من ضرر المحتاج، وتعريضه للفقر الدائم، والدين اللازم الذي لا ينفك عنه، وتولد ذلك وزيادته إلى غاية تجتاحه وتسلبه متاعه وأثائه كما هو

(١) بيان الدليل؛ لابن تيمية؛ ص ٢٧٨-٢٧٩.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية؛ ٥٥٤/٢٠.

(٣) مجموع فتاوى ابن تيمية؛ ٢٣٥/٣٢-٢٣٦، وبنصها كذلك في الفتاوى الكبرى؛ لابن تيمية؛ ٤٧١/٤-٤٧٢.

الواقع في الواقع، فالربا أخو القمار الذي يجعل المقمور سلبيا حزينا محسوراً، فمن تمام حكمة الشريعة الكاملة المنتظمة لمصالح العباد تحريمه، وتحريم الذريعة الموصلة إليه^(١).

(١) إغائة اللهفان؛ لابن القيم؛ ٣٥٣/١.

الاتجاه الثاني: تحقيق الوظيفة المعيارية للنقود

هذا الاتجاه يجعل المقصد من تحريم ربا البيوع في الأثمان تحقيق الاستقرار في الأثمان، وترجع أهمية استقرار الأثمان لكونها معيار القيم وعضو المتلفات ومستودع الثروات.

وخلاصة هذا الاتجاه: أن إباحة ربا الفضل والنسيئة في النقدين يؤدي إلى الاتجار فيهما، والاتجار فيهما يخرجهما عن كونهما ثمنًا، ويصيرهما سلعة من السلع، وكونهما سلعة يؤدي إلى عدم استقرار ثمنهما، وفي عدم استقرار قيمة الأثمان مفسدة عامة على الناس؛ إذ لن يكون لهم مرجع في تقييم الأشياء إذا كان الثمن مضطربًا.

قال ابن تيمية رحمه الله: "ولكن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والتمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال؛ فيجب أن يكون محدوداً مضبوطاً، لا ترتفع قيمته ولا تنخفض، إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلع لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلع، والحاجة إلى أن يكون للناس ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة عامة... ولو أبيحت التجارة في الأثمان مثل أن يبيع دراهم بدراهم إلى أجل لصارت الدراهم سلعة من السلع وخرجت عن أن تكون أثماناً... وهذا معنى معقول في الأثمان مختص بها"^(١).

وقال ابن القيم رحمه الله مبينا المفسدة في ارتفاع قيمة الثمن وانخفاضه: "إذ يصير سلعة يرتفع وينخفض؛ فتفسد معاملات الناس، ويقع الخلف ويشتد الضرر كما رأيت من فساد معاملاتهم والضرر اللاحق بهم حين اتخذت الفلوس سلعة تعد للربح فعمّ الضرر وحصل الظلم، ولو جعلت ثمننا واحدا لا يزداد ولا ينقص بل تقوم به الأشياء ولا تقوم هي بغيرها لصلح أمر الناس... فالأثمان لا تقصد لأعيانها بل يقصد التوسل بها إلى السلع؛ فإذا صارت في أنفسها سلعا تقصد لأعيانها فسد أمر الناس"^(٢).

(١) تفسير آيات أشكلت؛ لابن تيمية؛ ٦١٤-٦١٦.

(٢) إعلام الموقعين؛ لابن القيم؛ ١٣٢/٢.

المبحث الخامس: هل العملات الالكترونية مثل البيتكوين تعدّ نقداً؟

أولاً: النقود الائتمانية

مرت النقود بعدد من التطورات التاريخية ومنها النقود الائتمانية، وهي النقود التي ليس لها قيمة حقيقية في ذاتها، وإنما تعتمد على اعتبار الناس لها نقداً بقيمة محددة سواء كان هذا الاعتبار بسبب إلزام الدولة أو بسبب الثقة في الدولة أو لغير ذلك من الأسباب. وتفتقر عن الدينار الذهبي والدرهم الفضي؛ بأن الذهب والفضة لهما قيمة في ذاتها تطلب -ولو لم يكونا مسكوكين عملة-.

والنقد الائتماني هو شيء اعتباري مقدر في الذهن؛ وهو كذلك معيار تقاس به قيم الأشياء. ويتمثل النقد الائتماني في الورق النقدي الذي تطبعه البنوك المركزية، وفي العملات المعدنية ذات الفئة الصغيرة.

ومن أهم شروط النقد الائتماني أن يتم تمثيله بشكل آمن يمنع التزوير بشكل كلي أو بشكل غالب، وإلا يكن النقد كذلك فإنه ينهار؛ لأنه يفقد أهم خصيصه له ألا وهي الندرة. فالدولار الأمريكي يتمثل في عملة معدنية أو ورقية، ومن الصعوبة أن يتم تزوير العملة المعدنية أو الورقية لما فيها من العلامات المميزة لها.

وهل الدولار الأمريكي المودع في حساب الكتروني لدى بنك من البنوك الأمريكية مثلاً يعد نقداً ائتمانياً؟ فيه تردد إذ يمكن اعتباره شكلاً من أشكال النقد، ويمكن عدم اعتباره نقداً مستقلاً وإنما وثيقةً بالنقد الورقي أو المعدني؛ لأنه صادر من بنك مرخص، وليس من البنك المركزي. والظاهر -والله أعلم- أنه نوع من النقد المتوسط باعتبار أن خلق النقود ما هو إلا خلقٌ للنقود من خلال عجلة الائتمان؛ وهو داخل في العرض النقدي ن ١ = العملة المصدرة + الحسابات الجارية. وهو أقل رتبة من النقد الورقي أو المعدني الصادر من البنك المركزي؛ لأنه صادر من بنك تجاري مرخص وفق نسبٍ يحددها البنك المركزي.

ولو أمكن استحداث مصطلح مراتب الثمنية؛ لقلنا إنه في مرتبة أدنى من مرتبة الورق النقدي؛ لعدد من الأمور:

الحساب الجاري الالكتروني	الورق النقدي/المعدني الصادر من البنك المركزي	
البنك التجاري برخصة من البنك المركزي	البنك المركزي	مصدره
البنك المركزي لا يضمه عادة - أو يضم حدا من ودائع الحسابات الجارية	يضمه البنك المركزي	ضمانه
إفلاس البنك المركزي أو البنك التجاري الذي لديه هذا الحساب	إفلاس البنك المركزي	ينتهي بـ

ومن المستجدات الحديثة بعد ثورة البتكوين إعلان عدد من البنوك المركزية في العالم (بريطانيا وفنزويلا والإمارات وروسيا واليابان) عزمها التفكير في إصدار نقد الكتروني من البنك المركزي. وإلى الآن لم يتم إطلاقه أو العمل به في أي بلد من بلدان العالم.

ثانياً: المتاجرة بالمؤشرات والأرقام

جاء في القرار ٧/١/٦٥ لمجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السابع بجدة في المملكة العربية السعودية ١٤١٢ هـ - ١٩٩٢ م ما يلي: "التعامل بالمؤشر: المؤشر هو رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة. وتجري عليه مبيعات في بعض الأسواق العالمية. ولا يجوز بيع وشراء المؤشر لأنه مقامرة بحتة وهو بيع شيء خيالي لا يمكن وجوده". وهناك آلاف المؤشرات في العالم التي تتم المضاربة عليها؛ دون تملك حقيقي لشيء ما إلا ارتفاع أرقام المؤشر وانخفاضها فقط.

ومن هذه المؤشرات التي تتم المقامرة عليها بصورة البيع والشراء: مؤشرات بورصة ناسداك بأنواعها المختلفة ومؤشرات بورصة نيويورك ومؤشرات حل الأسواق العالمية تقريبا بأنواعها المختلفة وقطاعاتها المختلفة، ومؤشرات الأسواق المجمع كالأسواق الناشئة والأسواق المتقدمة، ومؤشرات القطاعات المحددة، ومؤشرات السندات الصادرة من مختلف دول العالم، ومؤشرات السندات الصادرة من دولة ما، ومؤشرات المتاجرة بين العملات، ومؤشرات السلع الدولية، وغيرها من المؤشرات. وأصل المتاجرة بالمؤشرات مقامرة اتخذت صورة البيع والشراء؛ فإن المقامر على الارتفاع (يشترى) وحدات من المؤشر، والمقامر على الانخفاض (يبيع) وحدات من المؤشر.

والمؤشر المبيع ليس مالا، وإنما هو معادلة حسابية تقيس شيئا ما. وقد بلغت المقامرة في بعض البلدان إلى المتاجرة بمؤشر درجة الحرارة! فلنفترض أن مؤشر درجة الحرارة ٤٠ درجة مئوية اليوم؛ فمن كان يتوقع ارتفاع مؤشر الحرارة غدا فإنه يشتري ألف وحدة المؤشر قيمتها أربعون، ومن يتوقع انخفاض درجة الحرارة غدا فإنه يبيع ألف وحدة من المؤشر قيمتها أربعون. فإن كانت درجة الحرارة غدا ٤١ ربح المشتري، وإن كانت درجة الحرارة غدا ٣٩ ربح البائع!

وهذا ليس خيالا بل حقيقة واقعة! وتسمى مشتقات الطقس (Weather Derivatives). ولها أسواقها الخاصة والمتعددة.

ثالثاً: الفرق بين النقود الائتمانية والمتاجرة بالمؤشرات

نلاحظ عند المقارنة الأولى بينها بين النقود الائتمانية والمتاجرة بالمؤشرات في (الماهية). وبيان ذلك أن النقود الائتمانية وحدةً اعتباريةً مقدّرة في الذهن، والمؤشرات وحدةً اعتبارية مقدّرة في الذهن. ولكن النقود الائتمانية اعتبرها الفقهاء والمجامع المعاصرة (مالاً)، بينما اعتبر الفقهاء والمجامع المعاصرة المؤشرات (ليست مالاً).

وبالتالي فعندما تبادل سيارتك بأربعين دولاراً مثلاً = فهذه مبادلة صحيحةً بين مالين. وعندما تبادل سيارتك بأربعين وحدة من مؤشر درجة الحرارة = فهذه قمارٌ وأكل للمال بالباطل؛ لأن مؤشر درجة الحرارة أو مؤشر السهم الفلاني أو مؤشر السند الفلاني لا يعتبر مالا.

وحدة مؤشرات السلع والأسهم والأشياء	وحدة العملات الورقية والمعدنية المعهودة	
وحدة اعتبارية مقدرة في الذهن	وحدة اعتبارية مقدرة في الذهن	الماهية
البورصات العالمية والمنصات الالكترونية	البنوك المركزية	المصدر
مقبولة عند أطراف البورصة أو المنصة التي أتاحت التعامل بالمؤشر	مقبولة عند مواطني الدولة وربما تكون مقبولة كذلك في دول أخرى بحسب العملة	قبول قيمتها عند الناس
المضاربة على ارتفاع الأسعار وانخفاضها في صورة بيع وشراء وحدات من المؤشر	١ / وسيط للتبادل بين الناس ٢ / معيار للقيم بين الناس	وظيفتها
غير مستقرة؛ بل تتبع سعر المؤشر الذي تقيسه غالباً	مستقرة نسبياً في الغالب لتؤدي الوظيفة المعيارية	استقرار السعر

رابعاً: البتكوين.. هل هو بيعٌ لعملة أم مقامرةٌ بمؤشرٍ؟

البتكوين إحدى الوحدات الالكترونية المشفرة التي ظهرت في السنوات الأخيرة، وانتشر وذاع صيتها في السنة الأخيرة ٢٠١٧-٢٠١٨م.

وبعض الناظرين في شأنها يصفها بـ"العملة" ويقرر أنها تؤدي وظائف النقود، وبالتالي يجوز بيعها وشراءها، وبعض الناظرين في شأنها يصفها بأنها "مؤشر للمقامرة"، الهدف منه استرباح المتعاملين فيها بعضهم من بعض، دون أن تؤدي وظائف النقود، وبالتالي لا يجوز بيعها ولا شراءها. وعند تأمل حال عملة البتكوين في هذا العام عام ٢٠١٨م فإننا نخرج بالمقارنة الآتية:

وحدة مؤشرات السلع والأسهم والأشياء	البتكوين	وحدة العملات الورقية والمعدنية المعهودة	
وحدة اعتبارية مقدرة في الذهن	وحدة اعتبارية مقدرة في الذهن	وحدة اعتبارية مقدرة في الذهن	الماهية
البورصات العالمية والمنصات الالكترونية	برمجة الكترونية	البنوك المركزية	المصدر
مقبولة عند أطراف البورصة أو المنصة التي أتاحت التعامل بالمؤشر	مقبولة عند عدد من المحلات وخصوصا المتاجر الالكترونية وعند الأطراف المتعاملة بها	مقبولة عند مواطني الدولة وربما تكون مقبولة كذلك في دول أخرى بحسب العملة	قبول قيمتها عند الناس
المضاربة على ارتفاع الأسعار وانخفاضها في صورة بيع وشراء وحدات من المؤشر	١/ وسيط للتبادل بنسبة ضئيلة ٢/ ليست معيارا للقيمة بسبب عدم الاستقرار سعري لها ٣/ المضاربة على ارتفاع سعرها وانخفاض سعرها	١/ وسيط للتبادل بين الناس ٢/ معيار للقيم بين الناس	وظيفتها

	بنسبة عالية ^(١)		
غير مستقرة؛ بل تتبع سعر المؤشر الذي تقيسه غالبا	ذات تذبذب عالي جدا	مستقرة نسبيا في الغالب لتؤدي الوظيفة المعيارية	استقرار السعر

وبهذا يتبين لنا أن البتكوين التي سميت سلعة استثمارية ليست عملة! والقول بأنها سلعة استثمارية ليس إلا طريقة أخرى للقول بأنها مؤشر للمقامرة.

(١) يظهر هذا من خلال تسويق عملة البتكوين في فضاء الانترنت الواسع؛ فإنها تسوّق باسم تحقيق الربح والثراء السريع، وتعتبر سلعة استثمارية في عدد من الدول، وتم إدراج عقود مستقبلات البتكوين في بعض البورصات الأمريكية.

خامسا: هل هذا يعني إغلاق الباب أمام أي تعامل في البيتكوين؟

الظاهر أنه ليس كذلك؛ بل يمكن استعمال البيتكوين وسيلة دفع! وبيان ذلك أن النقود تحقق وظيفتين أساسيتين: وسيط التبادل، ومعيار القيم. والبيتكوين ليست معيارا للقيم؛ بسبب عدم استقرار سعرها، وبسبب عدم قبولها قبولاً عاماً للناس؛ ولكن لا مانع أن تكون وسيطاً للتبادل؛ وبالتالي تكون وسيلة للدفع عند المحلات التي تقبلها. فيدفع المشتري من خلالها ويستلم البائع الثمن من خلالها؛ فتستعمل كوسيلة للدفع؛ مثل الشراء بنقاط (قطاف) الصادرة من الاتصالات السعودية، أو بنقاط (أميال الفرسان) الصادرة من الخطوط السعودية مثلاً، أو بنقاط (شكرا) أو نقاط (نهديك) أو غيرها من برامج الولاءات. ومما يؤيد استعمال بيتكوين كوسيلة للدفع؛ عدد من الأمور:

- ١- أن الوظيفة التبادلية يمكن تحقيقها بعيداً عن وظيفة المقامرة، وذلك بشرائها بغرض تحويلها للبائع ثم تحويلها إلى البائع فعلاً؛ الذي يقوم بدوره باستلامها وتسليم السلع والمنافع المقابلة لها، ثم بيعها للحصول على سعر السلعة.
- ٢- أن الدفع والتحويل من خلال محافظ بيتكوين رخيص التكلفة جداً، وهو أرخص بكثير من تكلفة التحويل بخدمة (PayPal)، أو خدمة (Visa)، أو خدمة (MasterCard) أو خدمات البنوك ومؤسسات الحوالات بشتى أنواعها.
- ٣- أن استخدامها كوسيلة للدفع وقبولها من عدد كبير من المحلات والمتاجر هو السلم الذي يمكن لعملة البيتكوين أن ترتقي من خلاله لتصبح عملة مقبولة وظيفتها تقييم السلع والخدمات بقيمة مستقرة، وتحقيق الوساطة والتبادل. وهذه الطريقة وهي التدرج من الوظيفة (السندية) إلى الوظيفة (النقدية) هي الطريقة التي تدرجت بها العملات الورقية من كونها (سندا) بذهب في بادئ الأمر إلى كونها (نقدا) قائماً بذاتها في آخر الأمر.
- ٤- أن الاتجار في البيتكوين بذاتها هو مما يُضعف وظيفتها النقدية ولا يمكنها من أدائها، بسبب المضاربات والمقامرات القائمة على ارتفاع سعرها وانخفاضه. قال ابن تيمية رحمه الله: "ولكن الدراهم والدنانير أثمان المبيعات، والثمن هو المعيار الذي به يعرف تقويم الأموال؛ فيجب أن

يكون محدوداً مضبوطاً، لا ترتفع قيمته ولا تنخفض، إذ لو كان الثمن يرتفع وينخفض كالسلف لم يكن لنا ثمن نعتبر به المبيعات، بل الجميع سلف، والحاجة إلى أن يكون للناس ثمن يعتبرون به المبيعات حاجة عامة... ولو أبيحت التجارة في الأثمان مثل أن يبيع دراهم بدراهم إلى أجل لصارت الدراهم سلعة من السلع وخرجت عن أن تكون أثماناً... وهذا معنى معقول في الأثمان مختص بها^(١).

(١) تفسير آيات أشكلت؛ لابن تيمية؛ ٦١٤/٢-٦١٦.

سادسا: هل يمكن للبيتكوين أن ترتقي لتكون عملة في المستقبل؟

ليس هدف هذا البحث هو التحليل الاقتصادي وبيان التوقعات الاقتصادية المستقبلية للبيتكوين.

ولكن يمكن أن نقرر كقاعدة عامة أنه:

كلما زاد المتعاملون فيها والقابلون لها بهدف الاتجار (بها) وتسهيل تبادل السلع والخدمات،

وتقييم السلع والخدمات بها فإنها ترتقي إلى الثمنية.

وكلما زاد المتعاملون فيها والقابلون لها بهدف الاتجار (فيها) فإنها تنحدر في درك المقامرة

والتجارة بالأرقام والمؤشرات والمعادلات الحسابية.

سابعاً: خلاصة حكم التعامل بالبيتكوين باعتبار وضعها الحالي في عام ٢٠١٨م

يحرم التعامل فيها بغرض الاسترباح من تذبذب أسعارها؛ لما تشتمل عليه من المقامرة المحرمة شرعاً وأكل الممل بالباطل؛ والمتاجرة في شيء لم يتحقق فيه صفة (المالية). وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بتحريم المتاجرة بالمؤشرات وهو ما ينطبق على المتاجرة في البيتكوين. ويجوز استخدامها كوسيلة دفع عند من يقبلها من تجار السلع والخدمات، ويجوز ما يستتبعه ذلك من شرائها من قبل الطرف الأول بغرض تحويل ثمن السلع والخدمات، ثم بيعها لاحقاً من قبل الطرف الثاني بغرض استلام ثمن السلع والخدمات.

وفي ختام هذا البحث أمل أن أكون قد وفقت فيه للحق والصواب، اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وألهمنا رشدنا، ولا تكلنا إلى أنفسنا طرفة عين ولا أقل من ذلك. وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

حوافز الأداء في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية

د/ خالد السيارى

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فأكتب هذا البحث بناء على دعوة كريمة من الأمانة العامة لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، لعرضه في المؤتمر السنوي السادس عشر للهيئات الشرعية، في البحرين بتاريخ ٢٢ و ٢٣ رجب عام ١٤٣٩هـ، ضمن الجلسة الثالثة بعنوان (حوافز الأداء؛ مفهومها، تأصيلها، ضوابطها). ولطالما كنت متأملاً ومتحيراً من هذا الموضوع؛ فرغم شيوعه في العديد من التطبيقات المتعددة للمؤسسات المالية الإسلامية، ووجود جملة من الاجتهادات الشرعية المختلفة فيه منعا وجوازا، وتخريجا ومناطا، إلا أنه يخلو من رسالة أو بحث أو اجتهاد جماعي ينظم صورته، ويجمع شتاته، ويؤصل مأخذه، ويحدد ضوابطه.

وقد اقترحت على عدد من الفضلاء والزملاء لتسجيله في رسالة علمية، أو تقديمه في بحث محكم. ولعل جدة المصطلح، وعدم استقراره، وغموض بعض صورته؛ كانت مانعا من الاستمرار في ذلك. وأظنه بحاجة إلى قرار مجمعي أو معيار شرعي، وفي عرضه في هذا المحفل العلمي، فرصة مناسبة لفحصه من العلماء والخبراء والباحثين، بما يكشف وجه الموضوع، ويمهد للوصول إلى توصية ملائمة فيه، إما بالمضي في ذلك، أو بإلحاقه بأحد المعايير الشرعية عند تطويرها، أو الاكتفاء بما صدر من اجتهادات شرعية.

مشكلة البحث:

إضافة لما سبق من عدم وجود اجتهاد جماعي فيه، مع تنوع صورته، وتعدد العلاقات التعاقدية المصاحبة للحافز، واختلاف مقتضياتها العقدية، التي يتوافق الحافز مع بعضها، ويتنافى مع بعضها الآخر. فإن هناك عدد من الاجتهادات الشرعية المتحفظة على فكرة حوافز الأداء؛ لأسباب مختلفة، وتأتي قيمتها من حجم قائلها:

١. فيقول الشيخ تقي عثمانى عن بعض الصور الشهيرة لحوافز الأداء: (لا تخلو من الكراهة على الأقل

إن لم نقل بجرمتها^١.

٢. كما يقول الشيخ عبدالله بن منيع: (بأي حق يكون للمدير ما زاد عن نسبة معينة من العائد، والحال أنه أجير أخذ أجرته)^٢.

وذهب للمنع أيضا آخرون^٣، كما سيأتي توضيحه، وبيان الموقف منه إن شاء الله.

الدراسات السابقة:

لم أقف فيه على دراسة علمية أو أكاديمية، أو بحث محكم أو ورقة عمل، وإنما اجتهادات شرعية متفرقة لم تقصد استيعاب الموضوع أو الحكم على جميع صورته.

نطاق البحث:

يختص البحث بالحوافز التي تمثل عوضا إضافيا زائدا على العوض الأصلي في المعاملات التي تجريها المؤسسات المالية الإسلامية.

فلا يشمل البحث:

- ١- الحوافز الوظيفية: وهي المزايا المرتبطة بعقود الإجارة على عمل، أو ما يسمى بمكملات الأجرة لموظفي القطاع العام أو الخاص^٤، ومن ذلك الحوافز الممنوحة من المؤسسات المالية الإسلامية لموظفيها مقابل استقطاب عملاء الحسابات الجارية أو عملاء التمويل^٥.
 - ٢- الحوافز التسويقية: وهي الأساليب التي تستخدمها المؤسسات لنفاق سلعهم وترويج خدماتهم؛ مثل الهدايا، والمسابقات، والتخفيضات، والإعلانات، والدعايات، واسترجاع السلع واستبدالها، وضمائها وصيانتها^٦.
- وقد صدر المعيار الشرعي رقم (٥٥) بشأن: المسابقات والجوائز، ليغطي هذا الجانب في

^١ دراسات المعايير الشرعية ٩٧٨/٢.

^٢ بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي ٤/٤٥.

^٣ أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي ٤/٣١١ و ٣٣٢.

^٤ بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ١٢/٢٠٨.

^٥ مثلا قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم ٥٦ عام ٢٠٠٥، ورقم ٥٦/ب عام ٢٠٠٧.

^٦ الحوافز التجارية التسويقية وأحكامها في الفقه الإسلامي، د. خالد المصلح.

- المؤسسات المالية الإسلامية، وجاء في نطاق المعيار ما يستثني حوافز الأداء.
- ٣- الحوافز الحكومية: لا سيما ما يتعلق بالاستثمار والتنمية؛ مثل الإعفاءات الضريبية، والاستثناءات القانونية.
- ٤- الحوافز الذي لا تمثل عوضاً إضافياً وإنما عوضاً أصلياً في معاملات المؤسسات المالية الإسلامية^١.

تقسيمات البحث:

جاء البحث مع المقدمة والخاتمة في المباحث التالية:

المبحث الأول: حقيقة حوافز الأداء.

المبحث الثاني: أحكام حوافز الأداء.

المبحث الثالث: تطبيقات حوافز الأداء.

خاتمة في ضوابط حوافز الأداء.

وقد أعددت هذا البحث في حدود القدرة والطاقة، مستعينا في سبيل ذلك بعد الله سبحانه وتعالى، بالتخصص الأكاديمي الفقهي، والممارسة العملية في المؤسسات المالية الإسلامية. ويسعد الباحث اطلاع المهتمين والباحثين وتقويمهم بما يساعد على إنضاج الموضوع. والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل.

خالد بن محمد السيارى

٩ رجب ١٤٣٩

Khalid@sayari.sa

^١ مثلاً قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم ٦٤٩ عام ١٤٢٥هـ، ورقم ٦٧٥ عام ١٤٢٦هـ.

المبحث الأول: حقيقة حوافز الأداء

أولاً: تعريف حوافز الأداء:

الحوافز في اللغة جمع حافز، وهي اسم فاعل من حفز، وتعد مكافأة مادية أو معنوية؛ لزيادة الإنتاج^١. والحفز من الحث^٢، وقال ابن فارس في مقاييس اللغة: (الحاء والفاء والزاء، كلمة واحدة، تدل على الحث وما قرب منه، فالحفز: حثك الشيء من خلفه)^٣.

وأما في الاصطلاح والمراجع المتخصصة وتطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية؛ فالذي يظهر لي أن هذا المصطلح غير مستقر الاستعمال؛ فيسمى (رسوم أداء)، أو (أجور أداء)، أو (مكافأة أداء)، أو (مكافأة نجاح)، أو (رسوم نجاح) أو (رسوم إنجاز)، أو (أجور تشجيعية)، أو (أتعاب تشجيعية). ولها مصطلحات باللغة الإنجليزية مثل (Performance Fee)، أو (Incentive Fee).

وجرى استعمال أغلب الاجتهادات الشرعية الفردية والجماعية، على استعمال مصطلح (حوافز الأداء)، باعتباره مصطلحا محايدا، لا يمنح حكما للحافز، ولا يأخذ موقفا منه؛ فقد يكون هبة أو اجرا أو جعلا أو ربحا أو ثمنا أو تنازلا.

ومن أبرز التعريفات التي وقفت عليها:

- ١- أتعاب إضافية تدفع لمدير المحفظة الاستثمارية لمكافأته على تحقيق معدل أداء يفوق متوسطا معيناً^٤.
- ٢- رسوم تحفيزية يتقاضاه مدير الصندوق بناء على أداء الصندوق في مدة معينة، وعادة ما يتم مقارنته بمعيار، فقد يستحق المدير رسما تحفيزيا إذا كان الأداء يتفوق على مؤشر السوق في السنة، ويرتفع الرسم مع ارتفاع مستوى الأداء^٥.
- ٣- أجور إضافية يشترطها المدير على المستثمر في حال زيادة مستوى الأرباح عن حد معين، يجري

^١ معجم اللغة العربية المعاصرة ٥٢٢/١ مادة حفز.

^٢ لسان العرب ٣٣٧/٥ مادة حفز.

^٣ مقاييس اللغة ٨٥/٢ مادة حفز. الحوافز التجارية التسويقية ص٧.

^٤ قاموس أركابيتا للعلوم المصرفية والمالية ص٤٣٨ و٦٢٦ مصطلح مكافأة أداء، ومصطلح أتعاب تشجيعية.

^٥ موقع موسوعة الاستثمار، مصطلح (Incentive Fee).

الاتفاق عليه^١.

- ٤- رسوم إضافية يشترطها البنك على المستثمر في حال زيادة مستوى الأرباح عن حد معين متفق عليه، وغالبا ما تربط رسوم الأداء بزيادة مؤشر الصندوق عن مؤشر السوق، أو أحد المؤشرات القياسية^٢.
- ٥- هو ما يستحقه المضارب في حال زيادة ربح رب المال عن حد معين، وهذا الحد يعادل نسبة مئوية سنوية تنسب إلى الرصيد المستحق للربح^٣.
- ٦- ما يعطى للمدير علاوة على ما يستحقه بأصل العقد عند توافر شرطه^٤.
- ٧- ما يشترط دفعه لمدير العملية، زائدا عن مستحقته، إذا زادت الأرباح عن النسبة المقررة؛ دافعا للإنجاز وتحقيق الأرباح^٥.

التعريف المختار:

حوافز الأداء هي العوض الإضافي الذي يستحقه مدير الوعاء، مع العوض الأساس المستحق بأصل العقد مع المستثمر، وذلك مقابل حسن أدائه في إدارة الوعاء، الذي يقاس في ضوء معيار متفق عليه. فمن أبرز أركان تعريف حوافز الأداء:

١. أنها عوض إضافي بجانب عوض أصيل في العقد، ولذا فليس من الحوافز ما يكون عوضا وحيدا في العقد، والذي غالبا ما يكون من قبيل السمسرة، ويخرج فقها على عقد الجعالة.
٢. أن العوض الإضافي لا يستحق دائما، وإنما بناء على حسن أداء المدير، وجودة عمله.

ثانيا: الغرض من حوافز الأداء:

إن الغرض الأساس من هذه الحوافز هي تشجيع مدير الصندوق الاستثماري على تحقيق أداء جيد مقارنة بمؤشر السوق الذي يختاره العميل، وهي ممارسة معروفة في الصناديق الاستثمارية التقليدية

^١ الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ١/٦٩٦.

^٢ قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم ٤٤ عام ٢٠٠٥.

^٣ قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم ٨٨/ج عام ٢٠٠٨.

^٤ أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي ٤/٢٧٢.

^٥ العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار بالصكوك الإسلامية ص ٨٦.

والإسلامية؛ لتحفيز المديرين.

ثم سرى استخدام حوافز الأداء في الهندسة المالية الإسلامية، عند تطوير عدد من المنتجات لغرض انسجامها مع الطبيعة الفنية للأدوات التقليدية، حتى باتت حوافز الأداء من الأركان الأساسية عند تطوير تلك المنتجات؛ لتحقيقها التوازن مع الأدوات الشرعية الأخرى؛ لا سيما الوعود. ومن أبرز تلك المنتجات التي تحضر فيها حوافز الأداء: المنتج البديل لوديعة التوفير ويسمى حسابات المضاربة أو حسابات الاستثمار، وكذا الصكوك الاستثمارية، وإدارة شركات التأمين لمحافظة التأمين، ويجتمع في هذه المنتجات استخدام حوافز الأداء لتثبيت العوائد وتهذيب الفروق بين المنتج البديل والأداة التقليدية، والوصول إلى النتيجة نفسها، وسيأتي في البحث بيان الموقف الشرعي من ذلك.

ثالثاً: صور حوافز الأداء:

هناك العديد من صور حوافز الأداء، أغلبها يكون تابعا لعقد الإدارة في الاستثمار، وعقد الإدارة قد يكون عقد إجارة أو عقد مضاربة أو عقد جعالة أو عقد وكالة بدون عوض؛ ولكل منها أحكامه. وهي تأتي في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية التالية على النحو التالي:

١. الوديعة الاستثمارية.
٢. الصناديق الاستثمارية.
٣. المحافظ الاستثمارية الخاصة.
٤. الصكوك الاستثمارية.
٥. إدارة الاكتتاب في أسهم الشركات.
٦. عقود المشورة المالية.
٧. العلاقة مع البنوك المراسلة.
٨. شركة التأمين الإسلامي.

وسيأتي تفصيل الكلام عن هذه الصور في المبحث الثاني عن أحكام حوافز الأداء، والمبحث الثالث عن تطبيقات حوافز الأداء، ثم نختتم البحث بضوابط حوافز الأداء؛ بناء على نتيجة المباحث السابقة.

المبحث الثاني: أحكام حوافز الأداء

بالتأمل في صور حوافز الأداء في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية، يتبين تأثير حكم حافز الأداء بالتخريج الفقهي لعقد الاستثمار محل الأداء الذي استحق المدير حافزا مقابله. وبدراسة هذه الصور والتطبيقات ومقارنتها، للوصول إلى تخريجها وبيان أحكامها وضوابطها؛ ظهرت الحاجة إلى بحث المسائل التالية:

١. حكم ترديد الثمن.
٢. حكم ترديد الأجر.
٣. حكم ترديد الربح.
٤. حكم اجتماع مبلغ محدد مع ربح المضاربة.
٥. حكم ربط العوض بما ينتج من العمل.
٦. أثر الجهالة في العوض التابع.
٧. حكم الوعد بالهبة.
٨. حكم ربط العوض بالمؤشر.

المسألة الأولى: حكم ترديد الثمن:

وصورته أن يقول: أبيعك بعشرة نقدا وبعشرين مؤجلة، فيقبل المشتري ويفترقا من غير الجزم بأحدهما. والذي يظهر أن ترديد الثمن في عقد البيع له أحوال:

١. في عقد البيع المطلق.
٢. في عقد السلم.
٣. في عقد الاستصناع.

وأما ترديد الثمن في عقد البيع المطلق، فهو ممنوع عند عامة أهل العلم^١، حتى عند من يخالف في تفسير حديث النهي عن بيعتين في بيعة، بترديد الثمن، فهو يتفق في منع هذه الصورة. وعلة المنع: الغرر بجهالة الثمن.

^١ المغني ٦/٣٣٣.

وأما ترديد الثمن في عقد السلم، فلا يظهر وروده؛ لأن من شروط السلم المجمع عليها: قبض رأس مال السلم (الثمن) في مجلس العقد^١.

وأما التردد في ثمن الاستصناع، وصورته أن يقول: إن صنعته اليوم فلك درهم وإن صنعته غدا فلك نصف درهم. فالذي يظهر الجواز؛ لانتفاء المحذور؛ إذ هو مرتبط بأداء المستصنع، فهو من قبيل الحافز على الإنجاز، ونظير ذلك:

١. جواز التردد في الأجر، وجاء جوازه في المعايير الشرعية، وسيأتي في المسألة التالية.

٢. جواز الشرط الجزائي في عقد الاستصناع، فهو من هذا الباب^٢، وعمامة الاجتهادات الجماعية على جواز ذلك^٣.

جاء في فتوى ندوة البركة (٧/١٣): (يجوز ترديد الثمن في عقد الاستصناع بحسب موعد إنجاز المصنوع... وهذا التردد يوجد حافزا لسرعة الإنجاز، ولا يترتب عليه محذور؛ لأن المستحق للصانع معلوم، وهو الثمن الأدنى، والفرق يستحق بتحقيق ما ربط به)^٤.

المسألة الثانية: حكم ترديد الأجر:

وأما التردد في عقد الإجارة، وصورته أن يحضر المستأجر القماش للخياط ويقول له إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم؛ فأكثر الفقهاء على منعه، قياسا على منع التردد في ثمن البيع^٥.

وجاء عن بعض الفقهاء جوازه، إن كان غرضه التحفيز والتعجيل؛ جاء في مواهب الجليل ٤/٥: (إذا استأجره على خياطة ثوب بدرهم، ثم قال له: **عجله** لي اليوم وأزيدك نصف درهم، فإن كان على يقين من أنه يمكنه تعجيله؛ فذلك جائز).

وهو قول الصاحبين من الحنفية^٦، ورواية عن الإمام أحمد^١.

^١ المعيار الشرعي رقم (١٠) بشأن السلم والسلم الموازي.

^٢ فقه البيوع على المذاهب الأربعة مع تطبيقاته المعاصرة مقارنا بالقوانين الوضعية ١/٥٩٣.

^٣ قرار هيئة كبار العلماء، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمعايير الشرعية.

^٤ قارن مع المعيار الشرعي للاستصناع بند ٣/٤، والمستندات الشرعية لمعيار الاستصناع ص ٣١٤.

^٥ المغني ٨/٨٦.

^٦ بدائع الصنائع ٤/١٨٦.

وجاء جوازه في المعيار الشرعي لإجارة الأشخاص، بند ٩/٢/٥ : (يجوز ترديد الأجرة وجعلها مبلغا محددًا في حالة تعجيل الأجير بإنجاز عمله في زمن محدد، وجعلها مبلغًا أقل في حالة إنجازها في زمن آخر أطول من الزمن الأول، وكذلك الحال إذا ربطها بمكانين، أو بنوعين مختلفين، أو بتخصصين مختلفين). وملحظ الجواز: انتفاء المحذور الشرعي؛ فهو مرتبط بمجهود الأجير، وهو من قبيل الحافز على الإنجاز.

المسألة الثالثة: حكم ترديد الربح:

وصورته أن يقول إن ربح ١٠٠ فلك ١٠ في المئة، وإن ربح ٢٠٠ فلك ٢٠ في المئة، وبعض الفقهاء على منعه للإبهام في الربح^٢.

والأظهر الجواز فليس فيها محذور شرعي، ولا يخالف مقصود عقد الشركة، فهو لا يقطع الشركة في الربح، وفيه تحفيز للعامل، فكلما بذل جهده زاد ربحه، ويؤيده:

١. أثر عمر رضي الله عنه: أنه عامل الناس على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاءوا بالبذر فلهم كذا^٣.

٢. أثر ابن عباس رضي الله عنه: لا بأس أن يقول: بع هذا الثوب، فما زاد على كذا وكذا، فهو لك^٤. وهذا الذي عليه عمل الهيئات الشرعية والاجتهادات الجماعية.

جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن المضاربة المشتركة عام ١٤٢٢هـ: (لا مانع شرعا من وضع معدل متوقع للربح، والنص على أنه إذا زاد الربح المتحقق عن تلك النسبة، يستحق المضارب جزءا من تلك الزيادة، وهذا بعد أن يتم تحديد نسبة ربح كل من الطرفين مهما كان مقدار الربح). جاء في المعيار الشرعي رقم (١٢) بشأن الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة، بند ٥/٥/١/٣: (يجوز الاتفاق على أي طريقة لتوزيع الربح ثابتة أو متغيرة لفترات زمنية: بنسبة كذا للأولى وكذا للثانية تبعا لاختلاف الفترة، أو بحسب كمية الأرباح المحققة، شريطة ألا تؤدي إلى احتمال قطع اشتراك أحد الأطراف في الربح).

^١ المعني ٨/٨٦.

^٢ جاء في حواشي الشرواني ٨٩/٦: لو قال إن ربح ألفا فلك نصفه أو ألفين فلك ربه؛ فلا يصح.

^٣ علقه البخاري في صحيحه قبل ٢٣٢٨.

^٤ علقه البخاري في صحيحه قبل ٢٢٧٤.

وجاء في فتوى ندوة البركة (١١/٨): (يجوز الاتفاق في المضاربة على تحديد حصة رب المال بنسبة معينة من الأرباح في بداية المضاربة، وإن هذه النسبة تتغير إذا وصلت أرباحه إلى نسبة معينة من رأس ماله). وجاء في الضوابط المستخلصة (٥٧٨): (يجوز أن يشترط المضارب حافزا على أدائه زيادة على نسبته المتفق عليها في عقد المضاربة، وذلك بأن يكون الحافز مبلغا محددًا، أو نسبة معلومة من الربح، أو إعادة لتقسيم الأرباح بنسب جديدة، أو تحديدا لسقف ربح رب المال منسوبا إلى رأس المال وللمضارب ما زاد على ذلك).

وجاء في قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي: (لا ترى الهيئة مانعا شرعيا من جواز كون نصيب المضارب بجهده تصاعديا ومرتبطا بالربح المتحقق من عملية المضاربة)^١.

المسألة الرابعة: حكم اجتماع مبلغ محدد مع ربح المضاربة:

هذه المسألة لها صور بعضها جائز وبعضها ممنوع:

١. فإذا شرط أحد طرفي المضاربة أن تكون حصته مبلغا محددًا من الربح؛ فلا يجوز ذلك بالإجماع^٢.
٢. وإن كان المبلغ المحدد نظير النفقات التي جرت العادة أن يتولاه المضارب بنفسه فلا يجوز ذلك أيضا؛ لما يؤول إلى محذور قطع الشركة في الربح^٣.
٣. وإن أخذ المضارب مبلغا محددًا لتغطية النفقات المباشرة لوعاء المضاربة مما لا يليه العامل في العادة، فلا إشكال^٤.
٤. ومحل البحث: أن يكون للمضارب مبلغ محدد إن زادت نسبة الربح على قدر معين، والباقي على حسب شرطهما في الربح.

والذي يظهر في هذه الصورة الجواز؛ لانتفاء المحذور الشرعي؛ قال الشيخ الصديق الضير: (قلنا إنه لا يصح اشتراط مبلغ محدد من الربح لرب المال أو للعامل، لأنه قد يؤدي إلى عدم الاشتراك في الربح، وهو شرط لتحقيق المضاربة؛ ولذا إذا كان اشتراط المبلغ المحدد لا يترتب عليه عدم الاشتراك في

^١ قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ١/١٣٩، القرار رقم ٧٧ عام ١٤١١هـ.

^٢ المغني ٧/١٤٦.

^٣ المغني ٧/١٦٣.

^٤ المغني ٧/١٦٣، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن المضاربة المشتركة (حساب الاستثمار).

الربح، فإنه يجوز، وذلك كما لو اشترط رب المال أو العامل أن يكون له مئة جنيه، إن زاد الربح عليها، ويكون الباقي بينهما مناصفة مثلا^١.

وهذا متفق مع أصل الإباحة في الشروط^٢، وبمثله صدر المعيار الشرعي رقم (١٣) بشأن المضاربة بند ٥/٨، والمعيار الشرعي رقم (٤٠) بشأن توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة بند ٤/٤.

كما جاء في فتوى ندوة البركة (٤/١): (يجوز أن يتفق رب المال مع المضارب على أنه إذا زاد الربح عن نسبة ١٥ في المئة مثلا في السنة عن رأس المال فإن الزيادة تكون من نصيب المضارب. وهذا الشرط جائز شرعا، طالما أن الربح مقتسم نتيجة المحاسبة طبقا للنسبة الشائعة المتفق عليها، وأن رب المال يتحمل الخسارة إذا تبين وقوعها). وغيرها من الاجتهادات الشرعية^٣.

المسألة الخامسة: حكم ربط العوض بما ينتج من العمل:

والمقصود هنا ربط عوض مدير الوعاء الاستثماري بصافي أصول الوعاء، وهذا لا ينسجم مع عقد المضاربة التي يربط نصيب العامل فيها بالربح، كما لا ينسجم مع عقد الإجارة لجهالة الأجرة، كما لا ينسجم مع عقد الجعالة لأن الجعل لا يستحق إلا بتحقيق النتيجة، وهنا يستحق بمضي المدة^٤. والأقرب أن العقد جائز، وهو من قبيل المشاركات، وأهم ضابط في هذه المعاقدة: أن يكون الناتج متأثرا بجهد العامل ونشاطه، فإذا بذل وعمل زاد عوضه، وإذا خمل وكسل قل عوضه. قال ابن تيمية: (لو لم يكن للعمل عليه تأثير أصلا لم يجز)^٥.

وقال ابن قدامة: (وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها، وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثا أو كيفما شرطاً؛ صح.. لأنها عين تنمى بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها، كالدراهم والدنانير، وكالشجر في المساقاة، والأرض في المزارعة... وقد أشار أحمد إلى ما يدل على تشبيهه لمثل هذا

^١ الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي ص ٥١٩.

^٢ المعايير الشرعية، مستند معيار توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة ص ١٠٢٧.

^٣ قرار البلاد رقم ٨٨/ج عام ٢٠٠٨، وقرار الإنماء رقم ١٣٣ عام ٢٠٠٩، وقرار الإنماء ٣٣٤ عام ٢٠١١.

^٤ الخدمات الاستثمارية في المضاربات وأحكامها في الفقه الإسلامي ٦٨٣/١.

^٥ القواعد الفقهية (القواعد النورانية) ص ٢١٥.

بالمزارعة، وهذا يدل على أنه قد صار في هذا ومثله إلى الجواز، لشبهه بالمساقاة والمزارعة، لا إلى المضاربة، ولا إلى الإجارة^١.

وجاء في المعيار الشرعي رقم (٣٤) بشأن إجارة الأشخاص، بند ٥/٢/٦: (يجوز أن تكون الأجرة بجزء شائع مثل ١٠ في المئة من الإنتاج، أو من الشيء المكلف بصنعه).

المسألة السادسة: أثر الجهالة في العوض التابع:

أولاً: المقصود بالعوض التابع:

المقصود بذلك، أن يكون العوض الأصلي في العقد معلوماً، وأما العوض الإضافي (التابع) فيكون مجهولاً، فهل يؤثر ذلك على شرط العلم بالعوض؟ وفرض المسألة في عقد الإدارة الذي يخرج على عقد الإجارة. ومن الصور في ذلك: أن يحدد أجر الأجير بمبلغ محدد، مع مكافأة إضافية منسوبة إلى عوائد العمل؛ لغرض تحفيزه.

ثانياً: التخريج الفقهي للعوض التابع:

اختلفت الاجتهادات المعاصرة^٢ في التخريج الفقهي للعوض التابع؛ حسب الاحتمالات التالية:

١. وعد بالتبرع.
٢. وعد بالهبة.
٣. هبة معلقة.
٤. جعل.
٥. أجر تابع. وهذا الاحتمال هو الأرجح عندي.

ثالثاً: حكم جهالة العوض التابع:

رغم الاختلاف في التخريج الفقهي للعوض التابع، إلا أنها كلها تجتمع على الجواز، باعتبار أن هذا التعاقد لا يخل بشرط معلومية الأجرة:

١. إما لأن الجهالة ارتفعت بالعوض الأصلي المحدد.

^١ المغني ١١٦/٧-١١٧.

^٢ المعايير الشرعية، مستند معيار الوكالة وتصرف الفضولي ص ٦٣٤، ومستند معيار الوكالة بالاستثمار ص ١١٥٤، بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ١٢٥/٣ و ١٨٠/١١، أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي ٢٧٧/٤ و ٣١١، الضوابط المستخلصة رقم ٥٥٣.

٢. أو لأن العوض الإضافي مآله للعلم.

٣. أو لأن التبرع والهبة والجمالة مما تحتمل الجهالة^١.

وقد قال بالجواز عدد من الفقهاء المعاصرين.

قال الشيخ تقي عثماني: (إذا سميت أجرته بمبلغ مقطوع، ثم قيل له إن بعته بأكثر من كذا؛ فالزائد كله لك، علاوة على أجره المقطوع؛ فالظاهر أنه لا يمنعه الجمهور أيضاً؛ لأن جهالة الأجرة ارتفعت بتحديد أجر مقطوع، وإن باعه بأكثر من حد معين، فالزائد له على كونه حافراً على حن عمله)^٢.

وقال د. نزيه حماد: (جماع القول في هذه المعاقدة المستحدثة أنها صحيحة جائزة شرعاً، وذلك لتحقيق المعلوماتية في العوض (الأجر) المعقود عليه أصالة، وانحصار الغرر والجهالة في القدر المقصود تبعاً فيه، وكلاهما مغتفر في التوابع شرعاً)^٣.

وجاء في المعيار الشرعي رقم (٢٣) بشأن الوكالة وتصرف الفضولي، بند ٤/٢/٦: (يجوز أن يضاف إلى الأجرة المعلومة؛ نسبة من الناتج المحدد للعملية الموكلة بها؛ وذلك على سبيل التحفيز).

وجاء في قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد: (يجوز للبنك اقتطاع هذا النوع من الرسوم؛ لأنها جزء من الأجرة، مآله إلى العلم ولا تؤدي إلى المنازعة، شريطة أن تكون النسبة محددة ومعلومة للمستثمر)^٤.

وجاء في قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي: (لا ترى الهيئة مانعاً شرعياً من أن تكون أجرة الأجير تزداد بصورة تصاعدية مع زيادة مردود عمله، على أن تكون زيادة المقادير أو النسب في الأجرة وتصاعد الربح الذي يستوجبها محددتين بصورة لا جهالة فيها؛ لأن هذا شرط لا يخالف قاعدة شرعية فهو صحيح ملزم، لحديث: المسلمون على شروطهم)^٥.

رابعاً: ضوابط العوض التابع:

مع التسليم بالتسامح في جهالة العوض التابع، إلا أن للعوض التابع ضوابط لا بد من تحققها للتسليم

^١ إن كان عقد التبرع مشروطاً، فيسكون حينئذ جزءاً من العوض، وسيأتي مزيد بيان في مبحث التطبيقات.

^٢ دراسات المعايير الشرعية ٩٧٦/٢.

^٣ كيفية تحديد الأجور ص ١٢٦.

^٤ قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم ٤٤ عام ٢٠٠٥.

^٥ قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ١/١٤٠، القرار رقم ٧٨ عام ١٤١١هـ.

بتحقيق التبعية في العوض التابع التي لا يؤثر فيها الغرر. ومن أبرز تلك الضوابط^١:

١. وجود عوض أصلي في المعاملة.

٢. أن يكون العوض الأصلي حقيقيا لا رمزيا، حتى يتحقق كونه أساسا للتعاقد^٢.

٣. أن يتأثر العوض التابع بجهد العامل ونشاطه وأدائه فعلا.

المسألة السابعة: حكم الوعد بالهبة:

جاء جواز الوعد بالهبة وتعليقها في عدد من الاجتهادات المعاصرة، ومنها المعيار الشرعي رقم (٩) بشأن الإجارة والإجارة المنتهية بالتمليك، فأجاز من صيغ التمليك الوعد بالهبة وتعليقها، رغم أن الخلاف في الوعد بها أسهل من تعليقها.

فبعض الفقهاء يمنع تعليق الهبة؛ قال ابن قدامة: (لا يصح تعليق الهبة بشرط؛ لأنها تمليك لمعين في الحياة، فلم يجوز تعليقها على شرط، كالبيع. فإن علقها على شرط.. كان وعدا)^٣.

والأظهر جواز الوعد بالهبة وتعليقها، كما اختاره بعض المحققين^٤، ويؤيده:

١. قول النبي صلى الله عليه وسلم لما تزوج أم سلمة: (إني قد أهديت إلى النجاشي حلة وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات، ولا أرى إلا هديتي مردودة علي، فإن ردت علي فهي لك)^٥.

٢. قول النبي صلى الله عليه وسلم لجابر رضي الله عنه: (لو قد جاء مال البحرين قد أعطيتك هكذا)^٦.

٣. انتفاء على منع تعليق العقود وهي الغرر، لأن الهبة من عقود التبرعات والغرر مغتفر فيها^٧.

^١ بحث التأمين التكافلي من خلال الوقف، د. يوسف الشيبلي ص ١٩-٢٠، بحث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية ١١/١٠٢، فتاوى أعيان ١٨٠/١ و ٢١٧-٢١٨.

^٢ ولا يشترط أن يكون العوض الأصلي هو الأكثر؛ فتتحقق التبعية بهذه القيود المذكورة. نعم؛ إن كان العوض الأصلي هو الأكثر فهذا يدل على أنه متبوع، لكن هذا ليس بلازم.

^٣ المغني ٨/٢٥٠.

^٤ ابن تيمية وابن القيم: الإنصاف ١٧/٤٤، إغائة اللفهان ٢/١٦.

^٥ مسند أحمد ٤٥/٢٤٦.

^٦ صحيح البخاري (٢٢٩٧) ومسلم (٢٣١٤).

^٧ الغرر وأثره في العقود ص ٥٢١ و ٥٦٥ و ٥٨٥، والمعيار الشرعي رقم (٣١) بشأن ضابط الغرر المفسد للمعاملات المالية.

المسألة الثامنة: حكم ربط العوض بالمؤشر:

أولاً: تعريف المؤشر:

جاء تعريف المؤشر في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الأسواق المالية عام ١٤١٢ هـ: (المؤشر هو رقم حسابي يحسب بطريقة إحصائية خاصة يقصد منه معرفة حجم التغير في سوق معينة، وتجري عليه مبيعات في بعض الأسواق المالية).

وجاء في المعيار الشرعي رقم (٢٧) بشأن المؤشرات: (المؤشر رقم يحسب بطريقة إحصائية بالاستناد إلى أسعار حزمة مختارة من الأوراق المالية أو السلع التي يتم تداولها في الأسواق المالية المنظمة، أو غير المنظمة، أو كليهما، وإعطاء كل منها وزناً (ثقلاً) من خلال قيمتها في السوق، وتقسيم المجموع على رقم ثابت).

ثانياً: حكم استخدام المؤشر:

الذي عليه عمل المؤسسات المالية الإسلامية هو الاعتماد على ربط عوائدها وأرباحها بمؤشر سوق التمويل، وتقويم أداء المديرين في ضوء ذلك؛ باعتبار ذلك من القرائن المعتمدة. وهذا حاضر في جميع صيغ التمويل والاستثمار، مثل المراجعة والإجارة والمضاربة.

وقد جاء في المعيار الشرعي رقم (٢٧) بشأن المؤشرات، من الطرق المشروعة لاستخدام المؤشرات^١:

١. يجوز استخدام المؤشرات للحكم على أداء المديرين المحترفين بمقارنة العائد المحقق منهم بالمؤشرات، باعتبارها قرائن معتبرة، وهذا الاستخدام للمؤشرات للاستئناس بها في عمليات مباشرة على صفقات حقيقية.

٢. يجوز اتخاذ المؤشرات معياراً للمقارنة في الصناديق والصكوك الاستثمارية، وربط مكافأة المدير أو حوافز الوكيل بالاستثمار، أو حوافز المضارب بنتيجة المضاربة.

٣. يجوز اتخاذ مؤشر أساساً لتحديد الربح في الوعد بالمراجعة شريطة إبرام عقد المراجعة على ربح معلوم لا يتغير بتغير ذلك المؤشر.

٤. يجوز اتخاذ المؤشر أساساً لتحديد الجزء الذي يمثل العائد في الأجرة المتغيرة.

^١ وينظر أيضاً معيار سوق دبي المالي رقم (٣) بشأن التحوط من مخاطر الاستثمار والتمويل.

٥. يجوز ربط تنفيذ الوعد الملزم بمعدل زيادة أو نقص مؤشر معين على ثمن السلعة في تاريخ محدد فتعتبر الزيادة على الثمن عنها على ثمن السلعة.

٦. يجوز ربط مقدار الالتزام بالتبرع لجهة خيرية في حال التأخر عن السداد بمؤشر معين من طرف واحد.

ثالثا: وجه ربط حافز الأداء بالمؤشر لا بالأداء الفعلي للسوق:

سبقت الإشارة إلى أن من أبرز أغراض حوافز الأداء هو تثبيت العوائد في البديل الشرعي، لتحقيق النتيجة نفسها في المنتج التقليدي المقابل.

والمعمول به في بعض المنتجات البديلة، لا سيما في الصكوك الاستثمارية، أنه في حال زادت العوائد أو نقصت عن قدر المؤشر المتفق عليه؛ على النحو التالي:

١. أما في حال النقص؛ فيلتزم المصدر بتغطية النقص بالقرض أو التبرع. وليس هذا محلا للبحث.

٢. وأما في حال الزيادة؛ فيستحق المصدر تلك الزيادة على سبيل حسن الأداء على إدارته، واعتبار هذه الزيادة على المؤشر حسنا في الإدارة مطلقا، حتى ولو لم يحقق المدير ربحا ينسجم مع الربح الفعلي للنشاط أو المشروع الاستثماري.

وقد كانت هذه المسألة، من المسائل التي ثار فيه الجدل والنقاش، ووصف المنتج بالصورية، وممن نقد هذا التصرف، الشيخ تقي عثمانى فقال: (إن هذا الحافز إنما يعقل كونه حافزا إن كان مرتبطا بما زاد على أدنى الربح المتوقع من خلال العمليات التجارية أو الصناعية التي أصدرت من أجلها الصكوك، ولكن هذه النسبة ليست مرتبطة بالربحية المتوقعة من العمليات، وإنما هي مرتبطة بتكاليف التمويل أو سعر الفائدة، ولا علاقة له بربحية المشروع التجاري أو الصناعي، فكثيرا ما تنقص نسبته من نسبة الربحية المتوقعة من المشروع، فكيف يمكن أن يقال إن ما زاد يعطى للمدير لحسن إدارته، بالرغم من أنه أساء في الإدارة، فظهر بهذا أن ما يسمر حافزا في هذه الصكوك، ليس حافزا في الحقيقة، وإنما هو طريق لتمشية هذه الصكوك على أساس سعر الفائدة، وإن هذه الجهة لا تخلو من الكراهة على الأقل إن لم نقل بحرمتها... فإما أن تخلو الصكوك من الحوافز بتاتا أو تؤسس الحوافز على أساس الربح المتوقع من المشروع وليس على أساس الفائدة)^١.

^١ دراسات المعايير الشرعية ٩٧٨/٢.

وبنحوه قال الشيخ عبدالله بن منيع: (الذي يظهر لي أن هذا الإجراء من رواسب التأثير بنظام الفائدة الربوية التي هي موازية للعائد الثابت لكل صك في حال تجاوز الربح المؤشر المصطلح على التقيد به في العائد... فبأي حق يكون للمدير ما زاد عن نسبة معينة من العائد، والحال أنه أجبر أخذ أجرته)^١.

ومع تقدير هذا التحفظ وتأييده؛ يلاحظ أن الطبيعة الفنية للصكوك لا تشمل ذلك، لا سيما الخاضع منها للتصنيف الائتماني، بسبب ارتباط العوائد بالمخاطر، وعادة ما يرضى حملة الصكوك بهذا القدر من العوائد في مقابل انخفاض المخاطر في هذا النوع من الأوراق المالية.

والذي يظهر أن الداعي لهذا المنع هو استصحاب بقية الإشكالات في الصكوك، ولذلك يقول الشيخ حسين حامد حسان، معلقاً على منع حافز الأداء في الصكوك: (اعترض على هذا بعض الفقهاء المعاصرين، وإن كنت أقدر الدافع لهذا النوع من الاعتراض، وذلك أنهم قد أخذوا هذه الجزئية مع غيرها من الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية، والتزام مدير الصكوك بالإقراض، فكانت هذه في نظرهم مجتمعة تسلب عن الصكوك حقيقتها)^٢.

ولذا قال بعض الباحثين: (يمكن تجويز المسألة بالنظر الجزئي وتخليص المسألة مما يشوبها من تعارض، لكن تبقى مسألة الصورية ومشابهة المعاملة الربوية؛ بالنظر المقاصدي والنظرة العامة للمعاملة)^٣.

^١ بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي ٤/٤٥.

^٢ دراسات المعايير الشرعية ٢/١٠٢٠.

^٣ أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي ٤/٣٣٢.

المبحث الثالث: تطبيقات حوافز الأداء

أحاول في هذا المبحث إن شاء الله، توظيف ما سبق عرضه في المباحث السابقة من بيان حقيقة حوافز الأداء وأحكامها، على تطبيقات حوافز الأداء في المؤسسات المالية الإسلامية، ثم أختتم البحث بضوابط حوافز الأداء. وذلك في المسائل التالية:

١. حوافز الأداء في منتج الوديعة الاستثمارية.
٢. حوافز الأداء في منتج الصناديق الاستثمارية.
٣. حوافز الأداء في منتج المحافظ الاستثمارية الخاصة.
٤. حوافز الأداء في منتج الصكوك الاستثمارية.
٥. حوافز الأداء في خدمة إدارة الاكتتاب.
٦. حوافز الأداء في خدمة المشورة المالية.
٧. حوافز الأداء في العلاقة مع البنوك المراسلة.
٨. حوافز الأداء في شركة التأمين الإسلامي.
٩. مقلوب حوافز الأداء.

المسألة الأولى: حوافز الأداء في الوديعة الاستثمارية:

أولاً: المقصود بالوديعة الاستثمارية:

الودائع في الحساب البنكي ثلاثة أنواع^١:

١. الوديعة الجارية: وهي الوديعة تحت الطلب في أي وقت.
٢. وديعة التوفير: وهي الوديعة التي يأخذ عليها صاحبها فوائد ربوية، وله استردادها في أي وقت.
٣. الوديعة لأجل: وهي الوديعة التي يأخذ عليها صاحبها فوائد ربوية، وليس له استردادها إلا في الوقت المحدد ولذا سميت (لأجل) وعادة ما تكون مدة ربط الوديعة ٣ أو ٦ أو ٩ أو ١٢ شهر. وعادة ما تكون فوائدها أعلى من وديعة التوفير بسبب قيود التصرف.

والبديل الشرعي لهذه الودائع:

١. الوديعة الجارية: يقابلها عقد القرض الحسن.
 ٢. وديعة التوفير: والبديل الشرعي لها هو الحساب المبني على عقد المضاربة^٢.
 ٣. الوديعة لأجل: والبديل الشرعي لها هو وديعة المرابحة^٣.
- ومحل البحث هو النوع الثاني.

ثانياً: صورة المسألة:

كان التنظير للوديعة الاستثمارية أن تحدد الأرباح بين الطرفين بعد التنضيق الحكمي^٤، بحسب ما اتفق عليه الطرفان من أرباح، وهذا ما كان في قرارات المحامع الفقهية والمعايير الشرعية، لا سيما عند بداية ظهور فكرة الوديعة الاستثمارية.

وكانت فكرة التنضيق أن تكون دورية مع تواريخ توزيع الأرباح، لكن لما كان يترتب على ذلك جهود

^١ العقود التجارية وعمليات البنوك، د. محمد الجبر ص ٢٨٤-٢٨٦.

^٢ وقد يستخدم عقد الوكالة بالاستثمار. ويطلق عليه في عدد من المصادر الشرعية (الحساب الاستثماري)، كما في المعيار الشرعي رقم (٤٠)، وقرارات مجمع الفقه الإسلامي. بينما يقصد بالحساب الاستثماري في أنظمة المملكة: حساب الأوراق المالية كالأسهم المربوط بالمحفظة الاستثمارية، وذلك في الشركات الاستثمارية (شركات الوساطة المالية) بإشراف هيئة السوق المالية، ولذا اخترت التعبير بالوديعة الاستثمارية.

^٣ وهو منتج التورق العكسي، أو مقلوب التورق، ويسمى أحياناً (الاستثمار المباشر).

^٤ التنضيق الحقيقي هو تسهيل أصول المضاربة، أي: بيع الأصول وتحويلها إلى نقد، وتحصيل الديون. والتنضيق الحكمي: تقويم تلك الأصول بسعرها في السوق. المعيار الشرعي رقم (٤٠).

وحسابات خاصة مستمرة، جاءت فكرة حافز الأداء؛ بأن يحدد للعميل في عقد المضاربة (اتفاقية حساب الوديعة الاستثمارية): الربح المتوقع المنسوب إلى رأس المال، وأن ما زاد عليه فيستحقه البنك كاملاً باعتباره حافز أداء.

جاء في بعض اتفاقيات حساب الوديعة الاستثمارية: (إذا كان العائد المستثمر أكثر من مبلغ الربح المتوقع فإن المبلغ الزائد يكون للمدير، ويحصل المستثمر على الربح المتوقع فقط. وإذا كان العائد المستثمر أقل من الربح المتوقع، فلا يستحق المستثمر أكثر من العائد المستحق، وللمدير تغطية الفرق بين العائد المستحق ومبلغ الربح المتوقع).

وعند توزيع الأرباح يعمد البنك مباشرة إلى توزيع الربح المتوقع، دون اللجوء إلى حساب التنضيق الحكمي؛ رغم أن ذلك مخالف للمعيار الشرعي رقم (٤٠) بشأن توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة، بند ٢/٥: (لا يجوز توزيع الأرباح بشكل نهائي على أساس الربح المتوقع، بل يجب أن يوزع على أساس الربح المتحقق حسب التنضيق الحقيقي أو الحكمي).

والدافع لذلك أن احتساب التنضيق الحكمي يتطلب جهداً وتكلفة لا طائل وراءها؛ طالما كانت أي زيادة على الربح المتوقع هي للبنك؛ باعتبارها من حوافز الأداء، وطالما أن البنك في حالة ربح عام في الظروف العادية، وقد يلجأ البنك إلى التنضيق فعلاً عند احتمال خسائر أو مخاطر إفلاس.

وفي كثير من التطبيقات يوضع احتياطي مخاطر الاستثمار، واحتياطي معدل الأرباح، وذلك للالتزام بسياسة في التوزيع بأن يمنح العميل قدر الربح المتوقع بعد التنضيق الحكمي، وما بقي فيستحقه المدير حافزاً على الأداء، ولذا جاءت الإشارة إلى أحكام حافز الأداء في المعيار الشرعي للحسابات الاستثمارية في أكثر من تسعة مواضع، مما يدل على أن وجود الحافز في نموذج المنتج ركن أساس للتعامل به.

ثالثاً: حكم المسألة:

فيه احتمالان:

الاحتمال الأول: الجواز.

وهذا عليه عامة الهيئات الشرعية التي أجازت هذا المنتج. ومستنده ما تقدم في التأصيل الفقهي لحوافز الأداء، من أن هذا يتفق مع أصل الإباحة في الشروط، وهو لا يقطع الشركة في الربح.

الاحتمال الثاني: المنع.

وهذا يمكن أن يكون تخريجا على قول من يمنع حوافز الأداء في الصكوك الاستثمارية، كما سيأتي في المسألة الرابعة، وتبعاً لمستندات المنع المذكورة في تلك المسألة؛ لتشابه صورتين.

المسألة الثانية: حوافز الأداء في الصناديق الاستثمارية:

أولاً: صور المسألة:

هناك عدة صور يعمل بها في هذه الحالة:

١. أن يستحق مدير الصندوق نسبة من صافي أصول الصندوق، وتتصاعد النسبة بزيادة العائد المتحقق للصندوق^١.

٢. أن يستحق مدير الصندوق نسبة من صافي أصول الصندوق، إضافة إلى جزء من الزيادة على حد معين^٢.

٣. مثل السابقة، إلا أن مدير الصندوق يستحق كامل الزيادة.

٤. أن يستحق مدير الصندوق الاستثماري العقاري (تطوير عقارات) علاوة على أجرته؛ جزءاً مما يزيد على ثمن بيع العقارات المتفق عليه^٣.

٥. أن يستحق مدير الصندوق الاستثماري العقاري (عقارات مؤجرة) علاوة على أجرته المحددة بنسبة من عوائد الإيجار؛ جزءاً من الزيادة في قيمة العقارات (الأرباح الرأسمالية) عند انتهاء مدة الصندوق^٤.

ثانياً: حكم المسألة:

الذي يظهر جواز هذه الصورة السابقة، مع اختلاف المستند الشرعي فيها:

ففي بعض الصور هي من قبيل ربط عوض مدير الوعاء الاستثماري بصافي أصول الوعاء، وسبق بيان جوازه، والترديد فيه من قبيل الترديد في الإجارة، وهو جائز أيضاً لما تقدم.

وفي بعضها الآخر عوض تابع للعوض الأصلي، وهو جائز أيضاً، ومستنده ما تقدم في التخرج الفقهي

^١ أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ١٤٧.

^٢ أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال ص ١٤٧.

^٣ قرارات الأهلي ٢٠٢/٢ عام ٢٠٠٣، و٢١٩/٢ عام ٢٠٠٤، و٢٣٢/٢ عام ٢٠٠٥.

^٤ قرارات الأهلي ٢١٠/٢ عام ٢٠٠٣.

للعوض التابع؛ إما أنه التزام بالتبرع أو وعد بالهبة أو جعل أو إنه أجر تابع، وكلها تتفق في نتيجة الجواز؛ لاحتمالها الغرر والجهالة.

أما التخريج على تعليق الهبة فهو محل الإشكال هنا؛ لأن اجتماع عقد التبرع مع عقد المعاوضة بالشرط، لا يكون تبرعا، فيؤثر فيه الغرر حينئذ؛ قال ابن تيمية: (إن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعا مطلقا، فيصير جزءا من العوض)^١.

والأقرب عندي: تخريج العوض التابع على أنه جزء من الأجرة، ويؤيد هذا ما جاء في لائحة صناديق الاستثمار في المملكة في المادة (٣٤) بشأن الأتعاب والمصاريف المسموح بها، البند أ فقرة ٣: (أتعاب إدارة الاستثمار، بما في ذلك: أي مبلغ يدفع كحافز أو مقابل الأداء).

ثالثا: ضوابط إضافية للمسألة:

إضافة للأحكام والضوابط السابقة في التأصيل الفقهي لحوافز الأداء، يضاف هنا:

١. من النادر احتياج هذا المنتج إلى إقراض من مدير الصندوق للوعاء؛ فإن وجد، فإن استحقاق الحافز وتقديره مشروط بالأ يراعى فيه القرض، وإلا كان من المنفعة الممنوعة في القرض^٢.
٢. عند رغبة مدير الصندوق بتغيير مبلغ الحافز، فيجب إبلاغ المستثمرين بذلك قبل نفاذ التغيير، وللمستثمر الفسخ حال عدم رضاه^٣.

المسألة الثالثة: حوافز الأداء في المحافظ الاستثمارية الخاصة:

أولا: صور المسألة:

١. يستحق المدير أجرة بنسبة من أصول المحفظة، إضافة إلى مبلغ (حافز أداء) بنسبة من الفرق بين مؤشر قياس أداء المحفظة ومؤشر السوق، وذلك بسبب تحسن أداء المحفظة بالمقارنة مع مؤشر السوق، ولو مع وجود خسارة في المحفظة، وهذا يعني أن المدير لا يستحق الحافز إذا كان أداء عمله أقل من مؤشر المحفظة.
٢. يستحق المدير أجرة بنسبة من أصول المحفظة، إضافة إلى مبلغ (حافز أداء) بنسبة من الفرق بين

^١ القواعد الفقهية (القواعد النورانية) ص ٢٠٣.

^٢ قرارات الأهلي ١٩٨/٢-١٩٩ عام ٢٠٠٢.

^٣ الضوابط المستخلصة رقم ٤٧٩.

مؤشر قياس أداء المحفظة ومؤشر السوق؛ إذا كان أداء المحفظة زائداً على أداء مؤشر السوق، وهذا يعني أن المدير لن يستحق الحافز إلا في حال ربح المحفظة.

ثانياً: حكم المسألة:

الكلام هنا مثل المسألة السابقة، وقد أجازته بعض الاجتهادات الشرعية^١.

المسألة الرابعة: حوافز الأداء في الصكوك الاستثمارية:

أولاً: صورة المسألة:

تتطلب بعض نماذج الصكوك تكوين حساب احتياطي، لأغراض من أهمها تثبيت العوائد الموزعة، ووضع حد أعلى لحملة الصكوك، ليستحق المصدر الفائض منه. وبعض نماذج الصكوك لا تتطلب تكوين حساب احتياطي، ولذا يرتب حد أعلى للتوزيعات الدورية المستحقة لحملة الصكوك، ليستحق المصدر الباقي منها^٢.

ثانياً: حكم المسألة:

ويتوجه فيها احتمالان:

الاحتمال الأول: الجواز.

ومستنده: ما سبق من التأصيل الفقهي لحوافز الأداء، على اختلاف في مأخذ الجواز بناء على العلاقة التعاقدية بين المصدر وحملة الصكوك، هل هي وكالة أم إجارة أم مضاربة.

الاحتمال الثاني: المنع.

ومستند المنع^٣:

١. الصورية، بربط الحافز بمؤشر سعر الفائدة، وليس بالنشاط والمشروع الحقيقي للصكوك، فالغرض من الحافز في الصكوك هو تثبيت العوائد، لتكون على غرار السندات الربوية.

٢. أكل المال بالباطل، لأن نشرات الصكوك من قبيل عقود الإذعان^٤، فمصدر الصكوك هو من يحدد

^١ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم ١٤٤ عام ٢٠٠٩.

^٢ نشرات عدد من الصكوك، وينظر قرارات الأهلي ١٧٨/٢.

^٣ دراسات المعايير الشرعية ٩٧٨/٢، بحوث وفتاوى في الاقتصاد الإسلامي ٤/٤٥، أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي ٣١١/٤.

^٤ في تحديد المقصود بعقود الإذعان في القانون اتجهان: الاتجاه الأول: أنه خاص بالسلع والخدمات الضرورية المحتكرة. ومال لهذا قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن عقود الإذعان عام ١٤٢٣هـ، والمعيار الشرعي رقم (٣٨) بشأن التعاملات المالية بالإنترنت، بند ١/٣/٨. والاتجاه الثاني: أنه يشمل العقود

الحافز، وهو من ينفرد بوضع شروطه. كما أنه محل تهمة فهو من يضع الحافز وهو من يستفيد منه، وفي هذا تناهي الأغراض (تعارض للمصالح).

الموازنة بين الاحتمالات:

الذي يظهر من جهة الصناعة الفقهية وجاهة الاحتمال الأول. أما من جهة السياسة الشرعية والنظر للمال واعتبار الصكوك منظومة تعاقدية واحدة؛ فيظهر أن الأقوى هو الاحتمال الثاني. ورغم ذلك فيمكن الأخذ بذلك في هذه المرحلة؛ لاقتضاء حال سوق الصكوك ذلك، حتى يتيسر ما يمكن به إيجاد البديل المناسب الذي يحقق المقصود الشرعي من حقيقة التعاملات.

المسألة الخامسة: حوافز الأداء في إدارة الاكتتاب:

أولاً: المقصود بإدارة الاكتتاب:

تعد خدمة إدارة الاكتتاب إحدى أنواع (خدمة التعامل) التي ترخصها هيئة السوق المالية في المملكة، والمقصود بها: تنفيذ الإجراءات اللازمة للطرح الأول للورقة المالية في السوق. فالإكتتاب هو (السوق الأولية)، والتداول (هو السوق الثانوية) إذا دخلت الأوراق في البورصة¹.

ثانياً: أنواع الإكتتابات:

١. قد يكون الإكتتاب (الطرح) عاماً وقد يكون خاصاً. والعام أي للجمهور وقد يسمى المفتوح، وخاصاً أي لفئة محددة، وقد يسمى المغلق.
٢. وقد يكون الإكتتاب في صكوك أو سندات.
٣. وقد يكون الإكتتاب في أسهم إما في:
 - أ- شركة تحت التأسيس (جديدة).
 - ب- شركة قائمة لغرض تحويلها لشركة مساهمة عامة (بدون زيادة رأس مالها).
 - ت- شركة قائمة لغرض زيادة رأس مالها.
 - ث- حقوق أولوية، وهي أوراق مالية تمنح حاملها إحقية الإكتتاب في الأسهم الجديدة المطروحة

التي تكون شروطها غير خاضعة للتفاوض، ومحددة سلفاً من أحد الأطراف. وأخذ بهذا قانون العقود الفرنسي الجديد الصادر عام ٢٠١٦م في المادة (١١١٠). وهذا يعني شموله لأي عقود نموذجية موحدة (العقود التجارية للجبر ص١٦)، فيدخل في ذلك نشرات الصكوك، ونشرات الصناديق.

^١ لائحة أعمال الأوراق المالية، هيئة السوق المالية.

عند اعتماد الزيادة في رأس المال^١.

ثالثاً: صورة المسألة:

جاء في بعض عقود إدارة الاكتتابات: (يستحق مدير الاكتتاب:

١. رسوم اكتتاب بنسبة ٣ في المئة من قيمة الاكتتاب، في حال نجاح عملية الاكتتاب.
 ٢. رسوم إنجاز بنسبة ٢ في المئة من قيمة الاكتتاب، عند تأسيس الشركة وصدور سجلها التجاري.
- وفي حال عدم نجاح الاكتتاب فتعاد جميع المبالغ المودعة في حساب الحفظ دون أي حسم، ودون حصول مدير الاكتتاب على أي رسم أو عمولة. وفي حال نجاح الاكتتاب دون القدرة على استكمال الإجراءات النظامية للشركة؛ فيستحق مدير الاكتتاب رسوم الاكتتاب فقط^٢.

رابعاً: حكم المسألة:

هذه الصورة محل إشكال، من أوجه:

١. اشتغالها على عوضين، وكلاهما لا يستحقان إلا بتحقيق النتيجة، فهل هما جعالتان؟ الذي يشكل عليه: أن عقد إدارة الاكتتاب عقد لازم، والجعالة من العقود الجائزة.
٢. هل يخرج العوض الأول على العوض بما ينتج من العمل؟ والذي يشكل عليه: أن النتيجة لا تتأثر بعمل العامل وحده، فقد لا يستحق المدير شيئاً رغم بذله وجهده ونشاطه وتسويقه؛ لتأثر ذلك بعوامل سوقية واستثمارية أخرى.

المسألة السادسة: حوافز الأداء في المشورة المالية:

أولاً: المقصود بالمشورة المالية:

هي إحدى الخدمات المالية التي تقدمها الشركات الاستثمارية أو شركات الوساطة المالية الخاضعة لإشراف هيئة السوق المالية في المملكة^٣.

والمقصود بها: تقديم الرأي المالي المناسب حول مزايا ومخاطر التعامل بالأوراق المالية، مثل تقديم التوصيات. وهي خدمة تقدم مقابل رسوم ثابتة على المشورة، أو بالساعة الاستشارية، وأحياناً يضاف لها

^١ مذكرة المادة التحضيرية لشهادة التعامل بالأوراق المالية؛ تشريعات الأوراق المالية، وعمليات الأوراق المالية، هيئة السوق المالية.

^٢ لم ينجح الاكتتاب، وكانت الشركة مساهمة مغلقة، وترغب التحول إلى عامة، ولديها إشكالات نظامية، فلم تتمكن من استكمال إجراءاتها النظامية.

^٣ لائحة أعمال الأوراق المالية، هيئة السوق المالية.

حافز أداء عند نجاح نتيجة المشورة.

ثانيا: صورة المسألة:

جاء في بعض عقود تقديم المشورة المالية: (تحتسب الرسوم بناء على إجراءات العمل، برسم ثابت يدفع على مراحل، وفي حال نجاح العمل المقترح، فيحتسب رسم نجاح بنسبة من المبلغ الإجمالي للأداة المالية المكتتب بها من قبل المستثمرين، على أن تستحق هذه الرسوم بمجرد توقيع المستثمرين اتفاقية الاكتتاب، ويحتسب الصافي منها في ضوء الأرصدة المحولة من حساب الحفظ إلى حساب العميل).

ثالثا: حكم المسألة:

الذي يظهر الجواز في ضوء التأصيل الفقهي السابق لحوافز الأداء، والحافز هنا عوض تابع للعوض الأصلي، والجهالة فيه مغتفرة؛ لما تقدم.

المسألة السابعة: حوافز الأداء في العلاقة مع البنوك المراسلة:

أولا: صورة المسألة:

عادة ما يحتاج البنك لتيسير تعاملاته وإنجازها في البلدان الأخرى إلى بنك يتعامل معه، ويكون وكيلا عنه في تنفيذ عمليات عملائه، ويسمى البنك المراسل^١، وعادة ما تكون العلاقة بينهما: إجارة أو وكالة بأجر أو سمسة.

وتحفيزا للطرفين في ذلك لتكثير التعاملات بينهما يمنح أحدهما الآخر حوافز من الرسوم والعمولات التي يستحقها من العمليات المنفذة من قبله، ويعرض عليه المشاركة فيها، وتسمى حوافز، وعادة ما تكون في عمولات إصدار وتعزيز الاعتمادات المستندية، وتأتي أيضا في بعض الصور في الشيكات السياحية^٢، وإن قل استخدامها، كما تأتي في رسوم الحوالات الدولية^٣.

ثانيا: حكم المسألة:

الذي يظهر الجواز هنا أيضا في ضوء التأصيل الفقهي السابق لحوافز الأداء، والحافز هنا عوض تابع

^١ ينظر تعريف البنك المراسل في: كتاب المعايير الشرعية، ملحق معيار الاعتمادات المستندية ص ٤١٨.

^٢ ينظر تعريف الشيكات السياحية في: كتاب المعايير الشرعية، ملحق معيار الأوراق التجارية ص ٤٦٠.

^٣ قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم ٤٨ عام ٢٠٠٩ وفيه بيان أن العلاقة التعاقدية بين البنك المحلي والمراسل هي علاقة وكالة، والقرار رقم ٥٩ عام ٢٠٠٩ وفيه جواز المشاركة مع البنك المراسل في رسوم الحوالات، وفيها بيان العلاقة بأنها سمسة، والقرار رقم ٨٧ عام ٢٠٠٩ وفيه جواز المشاركة مع البنك المراسل في رسوم الاعتمادات.

للعوض الأصلي، والجهالة فيه مغتفرة؛ لما تقدم.

جاء في الضوابط المستخلصة (٣٦٠): (يجوز للبنك أخذ الرسوم المعادة من البنوك المراسلة، وذلك كحافز أداء عند بلوغ البنك حدا معيناً من الاعتمادات المستندية المنفذة).

وجاء في الضوابط المستخلصة (٤٣٨): (يجوز أخذ الحوافز عن الوساطة في بيع الشيكات السياحية من الشركات المصدرة لها).

المسألة الثامنة: حوافز الأداء في شركة التأمين الإسلامي:

أولاً: صورة المسألة:

من أبرز الفروق بين التأمين التجاري وغيره، أن العجز كله على شركة التأمين التجاري، والفائض كله لها، بينما في شركات التأمين الإسلامي، علاقتها بالوعاء التأميني علاقة إدارة، التي تخرج على عقد الإجارة، مع استثمار مبالغ الاشتراكات بالمضاربة أو الوكالة بالاستثمار.

فهي لا تتحمل العجز، كما لا تستحق الفائض، ودائماً ما يثور الإشكال في حكم أخذ شركة التأمين الإسلامي من الفائض، لا سيما أنها هي التي تتحمل في الواقع العملي تغطية العجز بتوفير السيولة الكافية إما بترتيب قرض حسن أو تمويل مشروع.

والذي عليه قرار مجمع الفقه الإسلامي، والمعياري الشرعي في التأمين الإسلامي، هو عدم استحقاق الشركة شيئاً من الفائض. وقد ظهرت جملة من الإشكالات العملية في التطبيقات المتعددة في شركات التأمين الإسلامية، والعقبات القانونية النظامية والرقابية التي واجهتها بسبب هذا الأمر. ولذا أصدر مجمع الفقه الإسلامي في الرياض عام ١٤٣٥ هـ بشأن التأمين التعاوني؛ توصية يبحث مسألة:

١. (دراسة جعل العوض الذي يعطى للجهة المديرة على إدارتها لعمليات التأمين جزءاً أو نسبة من

الفائض التأميني، ويكون ذلك مقابل جميع أعمالها دون اقتطاع أي مصروفات لها من الاشتراكات.

٢. دراسة الجمع بين نسبة من مبلغ الاشتراكات، ونسبة من الفائض، في الأجر الذي تحصل عليه الجهة

المديرة للتأمين مقابل إدارتها لعمليات التأمين، والذي يكون حافزاً لها على تحسين الأداء).

ثانيا: حكم المسألة:

١. إن استحقاق شركة التأمين الإسلامي حافز أداء على عمليات الاستثمار لا يظهر فيه إشكال، وهو منسجم مع التأصيل الفقهي لحوافز الأداء.

٢. أما استحقاق شركة التأمين الإسلامي حافز أداء على عمليات التأمين، من الفائض؛ ففيه احتمالان:
الاحتمال الأول: المنع.

ومستنده: أن الفائض حق للمشاركين، وإن أخذ شركة التأمين الإسلامي شيئا منه بلا موجب شرعي، دليل على أنها شركة تأمين تقليدي، وعلى هذا قرارات مجمع الفقه الإسلامي، والمعايير الشرعية.

الاحتمال الثاني: الجواز^١.

ومستنده: إمكان تطبيق ضوابط حوافز الأداء في التأصيل الفقهي المتقدم في المباحث السابقة، وذلك على النحو الآتي:

١. أن يكون هناك عوض أصلي حقيقي واضح ومحدد ومعلوم مقابل الإدارة.
٢. أن يكون الحافز مرتبطا بحسن أداء الشركة في كل من عمليات الاستثمار وعمليات التأمين.
٣. أن يكون الفائض متأثرا بحسن أداء الشركة وإدارتها في التسويق الذي ينتج عنه زيادة المشتركين، فيعمل قانون الأعداد الكبيرة، وبكفاءة إدارة التعويضات، وحسن اختيار شركات إعادة التأمين من حيث السعر ونسبة الإعادة، وترشيد المصروفات التي يتحملها الوعاء، وجودة الفرص الاستثمارية وارتفاع عوائدها.
٤. أن تكون نسبة الحافز معقولة لا تزيد على الثلث، حتى يتحقق كونه تابعا.

المسألة التاسعة: مقلوب حوافز الأداء:

يمكن إطلاق عدة مصطلحات على صورة المسألة، مثل: مقلوب حوافز الأداء، أو معكوس حوافز الأداء، أو حوافز الأداء المعكوسة، أو حوافز الأداء العكسية. وذلك على غرار ما شاع استخدامه في

^١ التأمين التكافلي من خلال الوقف، د. يوسف الشبيلي ص ١٩-٢٠، توزيع الفائض التأميني من الاشتراكات، د. عبدالستار أبو غدة ٢٤٠/١٢، تحفيز شركة الإدارة من الفائض، د. صالح الجربوع ص ٤.

بعض تعاملات المؤسسات المالية الإسلامية، مثل مقلوب التورق، والمراجعة العكسية، والريبو العكسي، والتي يقصد منه اختلاف المراكز التعاقدية، ففي حالة التورق: يحتاج العميل إلى سيولة، بينما في مقلوب التورق لدى العميل فائض سيولة، ولذا يستخدم الأول في التمويل، والثاني في الاستثمار. وحافز الأداء تستحقه المؤسسة من العميل، وهذا هو الأصل في المسائل السابقة، بينما في مقلوب حافز الأداء يكون المبلغ مستحقا للعميل من المؤسسة. والذي وقفت عليه هنا بعض الصور، التي يجمعها استحقاق العميل للحافز مقابل أدائه؛ المتمثل إما بالتزامه بسداد دين التمويل في الوقت المتفق عليه، أو بالسداد في وقت مبكر، أو بكثرة تعاملاته¹. وهذه المسائل هي:

١. حافز الاسترداد النقدي في التمويل.

٢. حافز السداد المبكر في التمويل.

٣. حافز استرداد رسوم الخدمات البنكية.

٤. حافز الاسترداد النقدي في البطاقات الائتمانية.

أولاً: حافز الاسترداد النقدي (Cash-back) في التمويل:

جاء في بعض عقود التمويل: (عند حلول تاريخ السداد، وكان العميل قد سدد جميع دفعات الثمن البيع دون تأخير طول مدة العقد، ولم يخالف أياً من شروطه؛ فللممول حسب تقديره رد حافز الاسترداد النقدي للعميل؛ مكافأة له مقابل التزامه بشروط العقد). والذي يظهر أنه يحتمل التخريجات التالية:

١. أنه من ترديد الثمن، فدين التمويل هو ثمن البيع المؤجل.

٢. أنه جعل.

٣. أنه وعد بالهبة.

أما التخريج الأول، فلا تظهر قوته؛ لأن منح هذا الحافز غير ملزم للبائع (الممول). والتخريج الثاني والثالث متقاربة، والباحث يميل لأنها وعد بالهبة، لعدم انطباق تعريف الجعالة من كل وجه على هذه

¹ لا يدخل في ذلك حافز الخصم في المراجعة (المنتج البديل للربح المتغير)؛ لعدم ارتباطه بأداء العميل، وإنما بأداء المؤشر.

الصورة.

ثانيا: حافز السداد المبكر:

جاء في الضوابط المستخلصة (٣٠٨): (يجوز تحفيزا للمدين على السداد، أن يلتزم الدائن بأن يحسم من الدين مبلغا، أو نسبة محددة من كل قسط يؤديه المدين في وقته).
والذي يظهر أن هذا الحافز من قبيل الالتزام بالتنازل أو الحط من الدين مقابل تعجيله، وهو على صورتين:

الصورة الأولى: الاتفاق على ذلك عند الوضع (الحسم)، وجمهور الفقهاء على المنع، والقول الثاني بالجواز، وهو رواية في المذهب واختيار ابن عباس وابن تيمية وابن القيم، وعليه فتوى اللجنة الدائمة، وقرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، والمعايير الشرعية^١.

الصورة الثانية: الاتفاق عليها ابتداء في العقد (كما هنا)، ومن يمنع الصورة الأولى يمنع هذه الصورة أيضا، بينما بعض من أجاز الصورة الأولى يمنع هذه الصورة؛ لعلتين:
١. لما في ذلك من شبهة الربا؛ باحتمال استخدامها في غرامات التأخير.
٢. لما في ذلك من شبهة الغرر؛ لاشتمالها على التردد في الثمن.

وقد صرح بالمنع: قرار مجمع الفقه الدولي، والمعايير الشرعية، وعدد من الاجتهادات الشرعية الأخرى مع إجازتها للصورة الأولى^٢.

والقول الثاني في المسألة: الجواز^٣، عند انتفاء المحذور الشرعي.

وتبعا لهذا القول صدرت أنظمة التمويل الجديدة في المملكة عام ٢٠١٢؛ لغرض الإفصاح وحماية حقوق العملاء من إجحاف البنوك وشركات التمويل بإسقاط الأرباح المؤجلة عن العملاء بضوابط مقابل تبكير السداد.

والذي يظهر الجواز بالضابط المذكور بانتفاء المحذور، لا سيما عند وجود تعليمات من الجهة الإشرافية،

^١ المغني ١٠٩/٦ و٢١/٧، الأخبار العلمية ص ١٩٨، إعلام الموقعين ٣/٢٧٨، فتاوى اللجنة الدائمة ١٣/١٦٨، قرار مجمع الفقه الإسلامي بشأن البيع بالتقسيط عام ١٤١٢هـ، ومعيار المراجعة بند ٩/٥.

^٢ المواضع السابقة. وقرار هيئة الرأحي رقم ٢٩٠ عام ١٤١٨، وتحفظ بعض أعضاء هيئة البلاد على القرار رقم ١٠١ عام ١٤٢٩.

^٣ قرار الهيئة الشرعية لبنك البلاد رقم ١٠١ عام ١٤٢٩.

وهذا ما قد يفهم من إشارة المعايير الشرعية، فقد جاء في المعيار الشرعي رقم (٤٧) بشأن ضوابط حساب ربح المعاملات، بند ١٠: (يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد؛ مع مراعاة تعليمات الجهات الإشرافية).

ثالثاً: حافز استرداد رسوم الخدمات البنكية:

وهذا من تطبيقات بعض البنوك الإسلامية، جاء في الضوابط المستخلصة (٣٨٦): (يجوز للبنك تحفيزاً للعميل المستفيد من خدمة البنك، أن يعيد له جزءاً من الرسوم التي تقاضها البنك منه، وذلك عند تجاوز عدد عملياته أو مبالغها حداً معيناً).

والذي يظهر أنه يحتمل التخريجات التالية:

١. أنه منفعة على القرض (الحساب الجاري).

٢. أنه من ترديد الأجرة على تقديم الخدمة.

٣. أنه جعل.

٤. أنه وعد بالهبة.

أما التخريج الأول، فلا تظهر قوته، ولا يرد هنا منع جوائز القرض، أو المنفعة على الحسابات الجارية، المبنية على علاقة عقد القرض؛ لأن العلاقة هنا ملحوظ فيها كثرة تعاملات العميل المبنية على علاقة الإجارة في تقديم هذه الخدمات، كالتحويلات البنكية^١.

وأما التخريجات الثلاثة الأخرى، فهي تتفق على صحة المعاملة، فالخلف فيها سهل، والباحث يميل للتخريج الأخير.

رابعاً: حافز الاسترداد النقدي في البطاقات الائتمانية:

وهذه الحوافز النقدية تمنح من الشركات العالمية للبطاقات الائتمانية بضوابط محددة لعملاء البطاقات بحسب كثرة المشتريات من سلع أو خدمات، وبحسب نوع العملة المستخدمة.

والغرض منها التسويق؛ للمحافظة على قاعدة العملاء، وجذب عملاء جدد، والمنافسة مع شركات البطاقات الأخرى، وتحفيز العملاء على كثرة المشتريات بما يحقق عوائد للشركة الراعية للبطاقات المتمثلة

^١ المعيار الشرعي رقم (١٩) بشأن القرض، بند ٢/١٠ جوائز القرض.

في عمليات التعامل مع البنوك وعمليات الصرف وعمليات التسوية وخلافه.

وهي تحتمل التخريجات التالية:

١. أنه من رد القرض بأنقص منه.

٢. أنه جعل.

٣. أنه وعد بالهبة.

أما التخريج الأول، فلا تظهر قوته؛ من وجهين:

أ. أن هذا الحافز ليس خاصا بالبطاقات الائتمانية القائمة على القرض، فهي تشمل أيضا البطاقات

الائتمانية مسبقة الدفع.

ب. أن باذل الحافز هو طرف ثالث، وهو الشركة الراعية للبطاقة وليس البنك المقرض.

وكلا التخريجين الأخيرين ممكن ومحمّل؛ ونتيجتهما بالجواز.

خاتمة في نتائج البحث

بعد التأمل في حقيقة حوافز الأداء وأحكامها، والاجتهادات الجماعية الصادرة بهذا الشأن، واجتهادات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية لعدد من تطبيقات وصور حوافز الأداء، يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أولاً: حقيقة حوافز الأداء:

هي العوض الإضافي الذي يستحقه العامل، مع العوض الأساس المستحق بأصل العقد، وذلك مقابل حسن أدائه وعمله، الذي يقاس في ضوء معيار متفق عليه.

ثانياً: حكم حوافز الأداء:

الأصل في حوافز الأداء الصحة والجواز مع مراعاة ضوابط حوافز الأداء.

ثالثاً: ضوابط حوافز الأداء:

١. ألا تؤدي إلى قطع الشركة في ربح المضاربة.
 ٢. ألا تؤدي إلى جهالة العوض، بأن يوجد عوض أصلي معلوم ومحدد وحقوقي في المعاملة.
 ٣. أن تتأثر الحوافز بجهد العامل ونشاطه وأدائه فعلاً.
 ٤. ألا يراعى فيها قرض العامل إن وجد.
 ٥. ألا تحدد أو تعدل إلا برضى الباذل.
- هذا آخر ما تيسر جمعه وتحريره في هذا الموضوع بحسب الوسع والطاقة، وهو محاولة في هذا السبيل، يمكن البناء عليها وتطويرها. وبالله تعالى التوفيق، والله من وراء القصد، وعليه قصد السبيل.

حوافز الأداء في المؤسسات المالية الإسلامية

د/ عبدالله بن عيسى العايضي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين:

أما بعد:

يكثُر في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية الاتفاق على استحقاق المؤسسة المالية عوضاً زائداً على العوض الأصلي اصطلاح على تسميته بحافز الأداء، يهدف هذا الحافز إلى تحفيز المؤسسة المالية إذا كانت مديرة للاستثمار على بذل مزيد عناية لتحقيق أكبر عائد ممكن، لكن ليس هذا هو الهدف الرئيس في غالب المنتجات حتى التقليدية منها، بل في المنتجات الشرعية البديلة يكون الهدف إضافة لما سبق: توزيع عوائد محددة على أرباب المال في منتجات المضاربة أو الوكالة بالاستثمار، وما زاد عن العوائد المحددة يذهب لمدير الاستثمار تحت اسم حافز أداء، ومهما يكن سبب استحقاق مدير الاستثمار هذا الحافز فإن الحكم عليه بالجواز من عدمه يستدعي النظر في الصور المختلفة التي يُتفق فيها على حوافز الأداء، ولهذا جاءت هذه الورقة التي أعدت بناء على استكتاب كريم من هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية؛ لعرضها في المؤتمر السادس عشر للهيئات الشرعية، وقد جاءت الورقة في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: المقصود بحوافز الأداء في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية.

المبحث الثاني: صور حوافز الأداء في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية

المبحث الثالث: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية.

وتحت ثلاثة مطالب، فيها التأصيل الفقهي مع ضوابط كل نوع من أنواع حوافز الأداء:

المطلب الأول: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في المنتجات القائمة الوكالة بأجر.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في المنتجات القائمة على المضاربة.

المطلب الثالث: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في عقود التأمين.

أسأل الله عز وجل التيسير والإعانة.

المبحث الأول: المقصود بحوافز الأداء في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية.

الحوافز جمع حافز، والحافز في اللغة "كلمة واحدة تدل على الحث وما قرب منه. فالحفز: حثك الشيء من خلف"^(١).

وفي الاصطلاح المصرفي المعاصر جاء تعريفه في قاموس أركايتا بأنه "مكافأة تشجيعية مادية أو معنوية للحث على الأداء"^(٢).

وظاهر هذا التعريف أن كل عوض هدفه الحث على أداء عمل معين فهو داخل في مفهوم حافز الأداء سواء اقترن به عوض أصلي وكان الحافز زيادة على ذلك العوض، أو كان العوض كله هو الحافز، وبناء على هذا فيدخل في مفهوم الحافز على هذا التعريف ما يأتي:

(١) العوض الذي يعطى لمدير الاستثمار علاوة على ما يستحقه بأصل العقد عند توافر شرطه،^(٣) مثل: أن يتفق مدير الاستثمار مع الموكل على أجرة معلومة، فإذا زادت الأرباح عن حد معين فالزائد يكون لمدير الاستثمار مقابل حسن إدارته.

(٢) العوض الذي تكون طريقة تحديده فيها تخفيض لمدير الاستثمار على بذل مزيد عناية، ولو لم يكن هناك عوض غيره يستحق بأصل العقد، مثل: أن يكون عوض مدير الاستثمار نسبة مما زاد عن ربح محدد ولا عوض له غيره، فإن حقق النسبة استحق العوض، وإن كان الربح أقل من النسبة المحددة لم يستحق شيئاً، كأن يقال للوكيل: إن كانت الأرباح المتحققة في نهاية مدة الاستثمار أكثر من ١٠% من رأس المال، فكل الأرباح الزائدة لك، وإذا لم تحقق هذه النسبة فلا شيء لك، وهذه الصورة نص بعض المعاصرين على أنها من حوافز الأداء.^(٤)

لكن دخول هذه الصورة في مفهوم الحافز محل نظر؛ لأمرين:

(١) مقاييس اللغة (٥٨/٢).

(٢) قاموس أركايتا للعلوم المصرفية والمالية.

(٣) إدارة الحساب الاحتياطي، يوسف الشبيلي، أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الرابعة (٢٧٢).

(٤) تعهدات مديري العمليات الاستثمارية، موسى آدم عيسى، بحوث ندوة البركة الحادية والثلاثين (١٨٦).

الأول: أن الشائع في اتفاقيات المؤسسات المالية وعقودها أن الحافز هو العوض الزائد على العوض الأصلي المستحق بأصل العقد.

الثاني: أن توسيع مفهوم الحافز حتى يشمل كل ما كان في طريقة تحديده على تحفيز مدير الاستثمار يجعل الحافز شاملاً لأنواع من العوض لم تجر العادة أن يطلق عليها مصطلح الحافز، مثل ربح المضاربة، فتفضيل رب المال المضاربة على الوكالة بالاستثمار في بعض الحالات هدفه تحفيز المضارب على حسن الإدارة بمشاركته في الربح، ولا يعرف صحة إطلاق الحافز على الربح.

ولهذا فالأقرب أن يقال في تعريف الحافز هو: عوض زائد على العوض المستحق بأصل العقد.

وبناء على هذا فلا يدخل في مفهوم الحافز المقصود بالبحث ما يأتي:

- (١) إذا لم يكن في العقد الذي فيه الحافز عوض أصلي - غير الحافز - يستحق بأصل العقد.
- (٢) الحوافز التي تمنحها المؤسسات المالية لعملائها أو تمنحها لمسوقي سلع المؤسسة وخدماتها.
- (٣) الحوافز التشجيعية التي تحصل عليها المؤسسة المالية من الموردين إذا زادت نسبة مشترياتها للسلع محل التمويل عن حد معين، فبعض المؤسسات المالية تتفق مع الموردين على أنه إذا زادت نسبة مشتريات المؤسسة من السيارات مثلاً محل التمويل عن حد معين فتحصل المؤسسة على حافز تشجيعي إما بتخفيض ثمن سلع في المستقبل أو بمنحها سلع مجانية، وإنما لم يعد هذا الحافز من حوافز الأداء المقصودة بالبحث؛ الحافز هنا ليس عوضاً زائداً على عوض أصلي في عقد واحد، هو مكافأة على كثرة التعامل وإبرام مجموعة عقود، ولا يكون متفقاً عليه عادة، بل يكون هبة دون اتفاق في الغالب.

- (٤) حافز الخصم الذي يمنح للمدين إذا انتظم في السداد، فإذا انتظم في السداد خصم جزء من الدين الثابت في ذمته حافزاً على انتظامه، هذا ليس من حافز الأداء المقصود بالبحث؛ لأنه لا يوجد عوض أصلي هنا ليكون المبلغ المحصوم عوضاً إضافي، فالثابت بمقتضى عقد التمويل هو دين في ذمة العميل، هذا الدين يخصم منه جزء إذا انتظم العميل في السداد.

المبحث الثاني: صور حوافز الأداء في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية.

من أهم تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية التي تظهر فيها حوافز الأداء المنتجات القائمة على عقد الوكالة بأجر أو عقد المضاربة أو عقود التأمين، وبيان ذلك على النحو الآتي:

أولاً: حوافز الأداء في عقود الوكالة بأجر:

هناك تطبيقات كثيرة لحوافز الأداء عقود الوكالة بأجر في المؤسسات المالية الإسلامية، من أمثلتها:

❖ حافز الأداء في صكوك محافظ الأعيان المؤجرة إجارة تمويلية، وصورتها كالاتي:

- تقوم شركة تمويل بإبرام عقود تأجير عقارات -مثلا- على عملائها تأجيراً مقترناً بوعده بالتملك، هذه العقود ترتب دفعات إيجارية في ذمم العملاء مؤجلة لآجال قد تمتد إلى خمسة وعشرين سنة.

- لما كانت الشركة ترغب في الحصول على سيولة نقدية للدخول في مشاريع استثمارية ولا تفضل الانتظار حتى قبض الدفعات الإيجارية المؤجلة في ذمم العملاء؛ فإنها تقوم بجمع هذه العقود في محفظة لتبيعها وتقضى ثمنها نقداً.

- تعرض الشركة هذه المحفظة على مصرف فيصدر صكوكاً تمثل ملكية هذه الأعيان المؤجرة في المحفظة، ويعرضها على المستثمرين، فيصبح المشترون لهذه الصكوك هم المالكون للأعيان المؤجرة، وهم المستحقون للدفعات الإيجارية، ثم يوكل حملة الصكوك الشركة في تحصيل الدفعات الإيجارية مقابل أجرة محدد.

- عادة تقوم الشركة عند قبض الدفعات الإيجارية باقتطاع جزء منها ووضعها في احتياطي خاص تستعمله في الحفاظ على مستوى ثابت من التوزيعات النقدية على حملة الصكوك، وتتفق مع حملة الصكوك على أنه إذا حافظت الشركة على نسبة التوزيعات النقدية المتفق عليها وبقي

فائض في الحساب الاحتياطي فإن الشركة تستحقه حافزاً على حسن الإدارة.

❖ حافز الأداء في إدارة المحافظ الاستثمارية الخاصة، حيث تتفق شركة الاستثمار مع عميلها على أن

تدير له محفظة استثمارية مثلاً مقابل أجرة معلومة على أنه إذا زادت أرباح المحفظة عن حد معين فستحق الشركة حافز أداء، وعادة ما يربط هذا الحد بمؤشر إرشادي لقياس أداء المحفظة، بحيث

ينظر في مؤشر أداء المحفظة، فإذا كان أعلى من المؤشر الإرشادي المعتمد فتستحق الشركة حافز أداء يحدد بنسبة من الفرق بين مؤشر أداء المحفظة والمؤشر الإرشادي المعتمد، وفي هذه الحال يستحق مدير الاستثمار الحافز حتى في حال الخسارة ما دام أن مؤشر أداء المحفظة أعلى من المؤشر الإرشادي. (١)

❖ حافز الأداء في إدارة الصناديق الاستثمارية، حيث تقوم شركة الاستثمار بإنشاء صندوق استثماري لإدارة أموال المستثمرين، ويستحق مدير الصندوق نسبة معلومة من إجمالي موجودات الصندوق كأجر له على إدارته للصندوق، كما يستحق نسبة محددة من الربح كحافز له على أدائه إذا بلغت الأرباح نسبة محددة.

❖ ويمكن أن يلحق بذلك حافز في الاعتمادات المستندية، حيث يشارك البنك المحلي البنك المراسل في رسوم الاعتمادات، ويتفق الطرفان على أنه إذا زادت الاعتمادات التي يصدرها البنك المحلي ويتعامل بها مع نفس البنك المراسل فإن البنك المحلي يستحق رسوماً إضافية كحافز على زيادة إصداره للاعتمادات. (٢)

وحافز الأداء في المنتجات القائمة على عقود الوكالة بأجر له صور منها:
الصورة الأولى: أن تكون الأجرة في عقد الوكالة مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من صافي الأصول المستثمرة، ويتفق الوكيل بالاستثمار مع العملاء على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة محددة فالربح الزائد كله لمدير الاستثمار، مثاله: أن يتفق العميل مع مدير الاستثمار على أن الأجرة هي ١٠٠٠٠٠ ريال أو نسبة ٢% من رأس المال (فيكون معلوماً قدره عند العقد)، وإذا زادت الأرباح التي يحققها مدير الاستثمار في آخر المدة عن ١٥% من رأس المال فكل الربح الزائد يكون لمدير الاستثمار مقابل حسن إدارته.

(١) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (١٤٤).

(٢) البنك المراسل يستحق رسوماً من عميله على التبليغ بوصول المستندات وفحصها وتدقيقها، وهناك حالتان: الأولى أن تكون هذه الرسوم للبنك المراسل خاصة، لا يشاركه فيها البنك المحلي، وفي هذه الحال لا تكون الرسوم التي يستحقها البنك المحلي إذا زاد عدد الاعتمادات عن حد معين من حافز الأداء؛ بناء على الضابط الذي ذكر في مفهوم الحافز، لأن الحافز هو عوض إضافي، والبنك المحلي هنا ليس له عوض أصلي وعوض إضافي. الحال الثانية: أن يتفق البنك المحلي والبنك المراسل على الاشتراك في الرسوم التي يستحقها البنك المراسل على الفحص والتبليغ، فتكون حصة البنك المحلي من الرسوم عمولة مسمرة للبنك المحلي، فإذا اتفقا على رسوم إضافية إذا بلغت الاعتمادات حداً معيناً كانت هذه الرسوم الإضافية حافز أداء.

الصورة الثانية: أن تكون الأجرة في عقد الوكالة مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من صافي الأصول المستثمرة، ويتفق الوكيل بالاستثمار مع العملاء على أنه إذا زادت الأرباح عن نسبة محددة، فجزء من هذا الزائد يكون للوكيل، كأن يقال: إذا زادت الربح عن ١٥% فنصفه لمدير الاستثمار والنصف الآخر لرب المال.

الصورة الثالثة: ألا يفصل الحافز عن الأجر، فيقع الاتفاق على زيادة الأجرة إذا بلغت الأرباح حداً معيناً، مثل ما لو وقع الاتفاق على أن تكون أجرة مدير الاستثمار مقابل إدارته ٢% من القيمة السوقية للأصول المستثمرة، فإذا زادت قيمة الأصول عن ١٠% فتزداد الأجرة إلى ٢,٥% من قيمة الأصول المستثمرة، فحقيقة الأمر أن حافز الأداء هنا ٠,٥% من قيمة الأصول المستثمرة.^(١)

والنسبة التي إذا زادت استحق الوكيل الحافز تنسب غالباً إلى رأس المال، ولها حالتان:

أ) أن تكون النسبة التي إذا زادت عنها الأرباح استحق المدير الحافز هي نسبة مبنية على دراسات الجدوى والربح الفعلي المتوقع، فإذا أحسن المدير في إدارته وزاد عن هذه النسبة استحق الحافز.

ب) أن تكون النسبة محددة بناء على مؤشر سعر الفائدة، وهذا غالباً ما يكون في صكوك الاستثمار، فتربط مكافأة المدير بمؤشر محدد، إذا زادت العوائد عن هذا المؤشر فالزائد يكون حافزاً لمدير الاستثمار، فتكون المحصلة أن عوائد حملة الصكوك مساوية للعائد على الإقراض.^(٢)

ثانياً: حوافز الأداء في عقود المضاربة.

من التطبيقات التي تدخل فيها حوافز الأداء في المنتجات القائمة على المضاربة ما يأتي

❖ حافز الأداء في الحسابات الاستثمارية، ففي منتج حساب استثماري يودع العميل أمواله في المصرف ليستثمرها له في أعماله المختلفة، ويتفق المصرف مع العميل على توزيع عائد محدد بنسبة من رأس المال (هذه النسبة في الغالب هي مؤشر سعر الفائدة)، فإذا تحقق ربح من المضاربة فتم مقارنة الربح الفعلي المتحقق بالعائد المحدد في ابتداء التعاقد، فإن كان الربح الفعلي أكثر من العائد المحدد؛ فإن المبلغ الزائد يكون للمصرف بصفته حافزاً على الأداء، ويحصل المستثمر على العائد المحدد فقط، أما

(١) "الخدمات الاستثمارية في المصارف"، يوسف الشيبلي (١/٦٩٧).

(٢) الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة، تقي العثماني، (ص٤)، دورة مجمع الفقه الدولي التاسعة عشرة.

إذا كان الربح الفعلي أقل من العائد المحدد؛ فلا يستحق المستثمر أكثر من الربح المحقق، بحيث لا يكون العائد المتفق عليه مضموناً على المضارب. (١)

❖ حافظ الأداء في صكوك المضاربة، حيث يتفق المصدر مع حملة الصكوك على نسبة معلومة من التوزيعات الدورية من أرباح المضاربة، (نسبة من رأس المال) هذه النسبة مرتبطة غالباً بمؤشر سعر الإقراض، والزائد من الأرباح الفعلية عن هذه التوزيعات يحتفظ به المصدر في احتياطي خاص للحفاظ على مستوى ثابت من التوزيعات على أن يكون ملكاً لحملة الصكوك، ثم آخر المدة تنازلون عنه إلى المضارب كحافز أداء. (٢)

وتحديد حافظ الأداء في المنتجات القائمة على المضاربة له طريقتان:

الطريقة الأولى: أن يكون حافظ الأداء بزيادة نسبة ربح المضارب زيادة تصاعديّة كلما زادت الأرباح، كأن يتفق الطرفان على الآتي: (٣)

- إذا كان ربح وعاء المضاربة ١٠% من رأس المال، فربح المضارب ٣٠%

- وإذا كان ربح وعاء المضاربة ١٥% من رأس المال، فربح المضارب ٣٥% وهكذا

الطريقة الثانية: أن يكون الحافز مضافاً لحصة المضارب إذا زاد ربح المضاربة عن نسبة معينة، فإذا زادت الأرباح عن نسبة محددة كان للمضارب حصة من هذا الزائد أو مبلغاً مقطوعاً حافزاً على حسن أدائه. وله حالتان:

الحال الأولى: أن يكون الحافز مستحقاً للمضارب بمجرد تحقيق النسبة المتفق عليها.

الحال الثانية: أن يكون الحافز حقاً لأرباح المال، ولهم التنازل عنه للمضارب، وتظهر هذه الصورة عادة في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية في صكوك المضاربة عندما يقتطع من الأرباح جزء لتكوين احتياطي، هذا الاحتياطي يستثمر لصالح حملة الصكوك، وإذا فضل شيء في آخر المدة تنازل عنه حملة الصكوك بمحض إرادتهم للمضارب. (٤)

(١) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء رقم (٣٣٤).

(٢) الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد، الضابط (٣٦٠).

(٣) قرارات الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي (٣٨١/١)، قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي التجاري (٣٨٥/١)، مدى ارتباط مخاطر الصكوك بأصولها، حسين حامد حسان، دراسات المعايير الشرعية (١٠١٩/٢).

(٤) قرارات الهيئة الشرعية للبنك الأهلي (١٣٦/١)، (١٤٤/١).

ثالثاً: حوافز الأداء في عقود التأمين التعاوني: شركة التأمين تدير صندوق التأمين فستقبل الاشتراكات وتقوم بصرف التعويضات عند وقع الأضرار، كما تقوم باستثمار جزء من مبالغ الصندوق في الأنشطة الاستثمارية المختلفة لتحقيق الربح، ويكون عادة لشركة التأمين أجرة معلومة، والأصل أن الشركة لا تستحق إلا هذه الأجرة، لكن قد يكون هناك اتفاق على استحقاق الشركة -بالإضافة إلى أجرة إدارة صندوق التأمين واستثماره- حافز أداء، وهذا الحافز لا يخلو من ثلاث حالات: (١)

الحال الأولى: أن يكون مرتبطاً بحسن إدارة الشركة للاستثمار، كأن يتفق على أن أجرة الشركة على إدارة الصندوق هي ٣٠% من ربح الاستثمار، فإذا زادت أرباح الاستثمار عن ٢٠% من رأس المال فتكون حصة الشركة ٥٠% من كامل الربح أو من تلك الزيادة بدلاً من ٣٠% أو يقال: إذا زادت الأرباح عن حد معين فالزيادة كلها لشركة التأمين.

الحال الثانية: أن يكون مرتبطاً بمقدار الفائض التأميني بعد صرف تعويضات التأمين، فيقال: إذا حصل فائض في صندوق التأمين بعد صرف التعويضات فنصف الفائض لشركة التأمين حافزاً لها على حسن الإدارة.

الحال الثالثة: أن يكون مرتبطاً بالأمرين معاً، بالفائض المتبقي بعد التعويضات، بنتائج عمليات الاستثمار.

المبحث الثالث: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية.

بناء على التصوير المذكور في المبحث الثاني، سيكون تناول هذا المبحث في ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في عقود الوكالة بأجر.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في عقود المضاربة.

المطلب الثالث: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في عقود التأمين.

(١) "الرقابة الشرعية على شركات التأمين التعاوني"، يوسف الشبيلي (ص ١٤-١٥)، مؤتمر التأمين التعاوني أبعاده وآفاقه، وموقف الشريعة الإسلامية منه.

المطلب الأول: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في عقود الوكالة بأجر.

تقدم ذكر ثلاث صور لحوافز الأداء في عقود الوكالة بأجر، فالحافز قد يكون باستحقاق مدير الاستثمار جميع الأرباح الزائدة عن نسبة محددة، أو يكون باستحقاقه حصة من الأرباح الزائدة عن نسبة محددة، أو يتفق الطرفان على الحافز ضمن الأجرة بحيث لا يفصل بينهما فإذا زادت الأرباح عن النسبة المحددة زادت الأجرة.

أما الصورة الثالثة مثل ما لو وقع الاتفاق على أن تكون أجرة مدير الاستثمار مقابل إدارته ٢%، فإذا زادت قيمة الأصول عن ١٠% فتزداد الأجرة إلى ٢,٥%، فحافز الأداء هنا ٠,٥% من قيمة الأصول المستثمرة، فهو في هذه الصورة جزء من الأجرة، ويمكن تخريجها على مسألة ترديد الأجرة، مثل أن يقول المستأجر للأجير إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غداً فلك نصف درهم، وقد اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: لا يصح ترديد الأجرة، بل يجب أن يقع العقد على أجرة معلومة محددة، وهذا مذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة.^(١)
والدليل على ذلك:

١- روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيعتين في بيعة^(٢).

ووجه الدلالة: أن الحديث معناه أن يشتري الرجل سلعة من آخر بدينار نقداً، أو بدينارين إلى

أجل، من غير بتٍ في أحدهما، ومثل ذلك ما إذا قال له: إن خطته اليوم فلك درهم، وإن خطته غداً فلك نصف درهم، لأن الإجارة بيع منافع^(٣)

(١) المبسوط، السرخسي (١٥٠ / ١٥)، المدونة، سحنون (٣ / ٤١٩)، البيان، العمراني (٧ / ٣٩٠)، المغني، ابن قدامة (٦ / ٣٣٤)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢ / ٣٥٥)

(٢) أخرجه أحمد (١١ / ٢٠٣) برقم (٦٦٢٨)، وأبو داود (٣ / ٢٧٤) برقم (٣٤٦١) والترمذي (٣ / ٥٢٥)، برقم (١٢٣١)، والنسائي (٧ / ٢٩٥)، برقم (٤٦٣٢) من حديث أبي هريرة، والحديث صححه الترمذي.

(٣) الموطأ، مالك (٤ / ٩٥٨)، المغني، ابن قدامة (٦ / ٣٣٤)، شرح منتهى الإرادات، البهوتي (٢ / ٣٥٥)

ونوقش بأن الحديث لا دلالة فيه على المسألة، لأنه لا يتنزل إلا على العينة، لأنه نص على بيعتين، والمسألة محل البحث إنما هي بيعة واحد، ثم إنه قال في بعض ألفاظ الحديث (فله أوكسهما أو الربا) فأوكسهما الثمن الحال في بيع العينة إن أخذ به سلم، وإن أخذ بالأكثر المؤجل أخذ بالربا. (١)
٢- أن المنفعة المعقود عليها غير معلومة، والأجرة المعقود عليها غير معلومة كذلك فهي جهالة فاحشة تفسد العقد. (٢)

ونوقش من وجهين :

الأول : بأنه تخيير بين نوعين من العمل كل واحد منهما معلوم في نفسه، وبدل كل منهما مسمى معلوم ، فيصح العقد ، كما لو اشترى ثوبين على أن له الخيار يأخذ أيهما شاء، ويرد الآخر ، وسمى لكل واحد منهما ثمنًا. (٣)

الثاني : أن الأجرة لا تجب بنفس العقد وإنما تجب بالعمل، وعند العمل يكون ما يلزمه من البدل معلومًا (٤)

القول الثاني: جواز ترديد الأجرة بين عمليين للأجير فعل أي منهما ويستحق ما يقابله، وهو قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية، ورواية عن أحمد اختارها ابن القيم. (٥)
وعند أبي حنيفة يجوز الترديد بين عمليين مختلفين، أما الترديد بين زمنين مختلفين، فالشرط الأول صحيح (أي: قوله: إن خطته اليوم)، والشرط الثاني فاسد (وهو قوله: وإن خطته غداً) وعلى ها لو خا طه اليوم فله درهم وإن خا طه غدا فله أجر مثله. (٦)
والدليل على ذلك:

١- أن هذا ثابت عن الصحابة رضوان الله عليهم، فقد ذكر البخاري في صحيحه عن عمر رضي الله عنه أنه دفع أرضه إلى من يزرعها وقال: إن جاء عمر بالبذر من عنده فله كذا، وإن جاءوا

(١) تهذيب السنن، ابن القيم (٢٠٤/٩).

(٢) المدونة، سحنون (٤١٩/٣)، البيان، العمراني (٣٩٠/٧).

(٣) إعلام الموقعين، ابن القيم (٣١١/٣)، الخدمات الاستثمارية في المصارف، الشيبلي (٧٠٢/١).

(٤) المبسوط، السرخسي (١٠٠/١٥).

(٥) المبسوط، السرخسي (١٠٠/١٥)، الإنصاف، المرادوي (١٧٥/١٤)، إعلام الموقعين، ابن القيم (٣١١/٣).

(٦) المبسوط، السرخسي (١٠٠/١٥)، بدائع الصنائع، الكاساني (١٨٦/٤).

بالبذر فلهم كذا، ولم يخالفه صحابي واحد.^(١)

٢- القياس على ما لو أجره كل يوم بدرهم، بجامع أنه سمي لكل عمل عوضا معلوما، مع أن العمل متفاوت، فعمل يوم وأجرته يختلف عن عمل يومين وأجرتهما، وكذلك المسألة فلا إشكال في التزديد.^(٢)

وقد دلت السنة على جواز المؤاجرة كل دلو بتمرة، وذلك فيما رواه أحمد عن علي رضي الله عنه أنه استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة، وجاء به إلى النبي صلى الله عليه وسلم فأكل منه^(٣). ولعل الأقرب هو جواز تزديد الأجرة؛ لأن أساس اشتراط العلم الأجرة هو أن العقود مبناها على التراضي، ولا يتحقق التراضي إلا بالعلم بالأجرة، قال الكاساني: "الرضا شرط في البيع، والرضا لا يتحقق إلا بالمعلوم"^(٤) ولا يظهر أن في تزديد الأجرة جهالة تؤول إلى النزاع أو يختل معها شرط الرضا، بل هي مما يتحقق بها العلم، والجهالة التي تؤثر في صحة العقد هي الجهالة المفضية إلى النزاع، قال الكاساني: "الجهالة لا توجب فساد العقد لذاتها بل لإفضائها إلى المنازعة"^{هـ}. وقال في شروط الإجارة: "أن يكون المعقود عليه معلوما علما يمنع من المنازعة، فإن كان مجهولا ينظر إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة؛ فتمنع صحة العقد، وإلا فلا؛ لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة، تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة. وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود"^{هـ}.

وأما الصورة الأولى والثانية، وهي ما لو كان الحافز باستحقاق مدير الاستثمار جميع الأرباح الزائدة عن نسبة محددة، أو باستحقاقه حصة من الأرباح الزائدة عن نسبة محددة، فالتخريج الفقهي لهما واحد، ويتوجه فيهما ثلاثة تخريجات:

(١) إعلام الموقعين، ابن القيم (٣/٣١١).

(٢) الشرح الكبير، ابن أبي عمر (١٤/٢٩٧).

(٣) أخرجه أحمد (٢/١٠٢) برقم (٦٨٧)، وابن ماجه (٢/٨١٨)، برقم (٢٤٤٦)، الترمذي (٤/٦٤٥) برقم (٢٤٧٣)، والحديث في سننه ضعف،

ينظر: التلخيص الحبير، ابن حجر (٣/١٤٧).

(٤) بدائع الصنائع، الكاساني (٥/١٥٦).

(٥) بدائع الصنائع، الكاساني (٤/١٨٠).

التخريج الأول: أن يكون الحافز هبة معلقة على شرط تحقيق نسبة من الأرباح. جاء في مستندات الأحكام لمعيار الوكالة بالاستثمار: "مستند مشروعية تخصيص ما زاد عن الربح المتوقع للوكيل بالاستثمار هو أن ذلك من قبيل الهبة المعلقة، وهو حافز" هـ^(١) ويترب على هذا التخريج جواز الحافز؛ لأن الهبة يجوز تعليقها على الصحيح من أقوال أهل العلم كما هو مذهب الحنفية ورواية في مذهب الحنابلة اختارها ابن تيمية وابن القيم^(٢). وهذا التخريج محل نظر؛ لأن مجرد جعلها مشروطة في عقد المعاوضة يصيرها جزءاً من العوض^(٣)، قال ابن تيمية في سياق كلامه في النهي عن الجمع بين السلف والبيع: "لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض" هـ. وإذا كانت جزءاً من العوض لم تصح توصيف الحافز بأنه هبة.

التخريج الثاني: أن يكون الحافز جزءاً من الأجرة، تابعاً لها فيترب عليه جواز الحافز؛ لأنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها^(٤).

لكن هذا الاحتمال محل نظر؛ لأمرين:

الأول: أن التابع هو ما لا يكون مقصوداً ابتداءً بحسب العرف والعادة، فيكون تابعاً بالنظر إلى القصد الأصلي في العقد^(٥) والذي يظهر أن الحافز في المنتجات القائمة على عقد الوكالة بأجر يقصد ابتداءً في العقد، فلا يكون على هذا تابعاً للأجرة، بل هو جزء من الأجرة مقصود لذاته.

الثاني: على فرض التسليم بأن الحافز ليس مقصوداً بالعقد إنما المقصود هو الأجر الأصلي، فيقال: مجرد عدم القصد لا يجعل الشيء تابعاً للتبوع حتى توجد أحد ثلاثة أمور^(٦):

(١) "المعايير الشرعية" (١١٥٤).

(٢) "حاشية ابن عابدين" (٧١٠/٥)، الإنصاف، المرداوي (٤٤٤/١٧)، إغاثة اللهفان (٦٨٨/٢).

(٣) "الوكالة بالاستثمار"، طلال الدوسري (٦٣٥).

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم (١٣٠).

(٥) الموافقات (٤٥٧/٣ - ٤٥٨)، مغني المحتاج، الخطيب الشربيني (٣٦٧/٢).

(٦) انظر تفصيل هذه الأمور الثلاثة في بحث قواعد التبعية والغلبة، للدكتور سامي السويلم (٩-١٤).

(١) علاقة السببية، كعلاقة الجنين بأمه، والثمر بالشجر، والزرع بالأرض، فالأم سبب في الجنين ولهذا جاز بيع الجنين مع أمه ولو كان مما يحرم بيعه لوحده، والشجر سبب للثمر، ولهذا جاز بيع الثمر مع الشجر لو كان يحرم بيعه لوحده.

(٢) الاختصاص، كاختصاص العبد بماله فيكون المال تابعاً له فيجوز شراؤه بذهب وفضة ولو كان ما معه من الذهب والفضة أكثر من قيمته، ولو قصد المشتري ما بيد العبد.

(٣) علاقة الصفة بالموصوف؛ لأن الصفة لا تستقل بنفسها فهي عرض لا يقوم بذاته، كالأجل في الثمن المؤجل، والخطر في الأصل المعرض للخطر.

قال الزرقا في شرح القواعد الفقهية: " (التابع تابع) أي: التابع لشيء في الوجود، بأن كان جزءاً مما يضره التبعض، كالجلد من الحيوان، أو كالجزء وذلك كالجنين وكالفص للخاتم، فلو أقر بخاتم دخل فسه، أو كان وصفاً فيه، كالشجر والبناء القائمين في الأرض، أو كان من ضروراته، كالطريق للدار وكالعجول للبقرة الحلوب والمفتاح للقفل وكالجفن والحمايل للسيف. فلو أقر بسيف دخل جفنه وحمايله، "تابع" له في الحكم" (١)هـ.

ولا يوجد شيء من ذلك في العلاقة بين الأجرة الأصلية والحافز فلا يكون الحافز تابعاً للأجرة.

التخريج الثالث: أن يكون الحافز عوضاً في عقد جعالة، فيكون العوض الأصلي هو الأجرة، وما زاد على النسبة المتفق عليها هو الجعل في عقد الجعالة.

جاء في الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد: "كما يمكن أن يكون العوض بإحدى الصور السابقة بالإضافة إلى حافز أداء يستحق به الوكيل ما زاد عن حد معين، سواء أكان

ذلك بنسبة معلومة أم بمبلغ معلوم، ويكون ذلك من قبيل الجعالة" (٢)هـ.

ووجه التخريج على الجعالة ما يأتي: (٣)

(١) أن الحافز هنا لا يستحق إلا بتمام العمل الذي يستحق الحافز لأجله، وهو زيادة الأرباح عن حد

معين، وهذا هو شأن الجعالة، فالجعالة لا يستحق الجعل فيها إلا بتمام العمل. (١)

(١) "شرح القواعد الفقهية"، أحمد الزرقا (٢٥٣).

(٢) "الضوابط المستخلصة من قرارات الهيئة الشرعية لبنك البلاد"، الضابط (٥٥٣).

(٣) "العقود المبتكرة للتمويل والاستثمار في الصكوك الإسلامية"، خالد الرشود (٨٧)، "الوكالة بالاستثمار" (٦٣٧).

(٢) أن العمل الذي يستحق الحافز في مقابله هو تحقيق الأرباح، وهو مجهول، وهكذا الجعالة، يصح أن يكون العمل مجهولاً.

وقد نوقش هذا التخريج بأن الجهالة المغتفرة في الجعالة هي جهالة العمل لا جهالة العوض؛ لأن العوض في الجعالة كالأجر في الإجارة يشترط العلم به. (٢)

لكن يجاب: بأن فقهاء المالكية نصوا على أنه يشترط العلم بالجعل في الجعالة لكن استثنوا من ذلك أن يجاعله على تحصيل الدين بجزء منه كالثلث والربع، فالجعل هنا مجهول لا يعلم مقدار ما سيحصل من الدين ليعلم مقدار الجعل. (٣)

والجهالة في الحافز هنا تشبه الجهالة في الجعل الذي نص فقهاء المالكية على جوازه.

كما أن بعض فقهاء الحنابلة نصوا على أن وجه اشتراط العلم بالجعل في الجعالة هو عدم الحاجة إلى الجهالة بخلاف العمل فالحاجة داعية إلى جهالته في الجعالة، ولهذا ذكر ابن قدامة احتمالاً في المذهب أنه متى وجدت الحاجة إلى جهالة العوض في الجعالة حيث لا يمتنع فيها التسلم فيجوز، جاء في المغني: "ولا بد أن يكون العوض [في الجعالة] معلوماً. والفرق بينه وبين العمل من وجهين أحدهما أن الحاجة تدعو إلى كون العمل مجهولاً، بأن لا يعلم موضع الضالة والآبق، ولا حاجة تدعو إلى جهالة العوض. والثاني: أن العمل لا يصير لازماً، فلم يجب كونه معلوماً، والعوض يصير لازماً بإتمام العمل، فوجب كونه معلوماً. ويحتمل أن تجوز الجعالة مع جهالة العوض إذا كانت الجهالة لا تمنع التسليم، نحو أن يقول: من رد عبدي الآبق فله نصفه، ومن رد ضالتي فله ثلثها. فإن أحمد قال: إذا قال الأمير في الغزو: من جاء بعشرة رءوس فله رأس. جاز" هـ.

ومثل هذا يقال في حافز الأداء في عقود الوكالة بأجر، فالحاجة داعية إليها ولا يوجد فيه جهالة تمنع التسليم؛ لأنه يمكن العلم بها.

ويترتب على هذا التخريج جواز الحافز؛ لأن الجعالة يتسامح في شروطها ما لا يتسامح في الإجارة، وهذا التخريج جاء في مستند الأحكام الشرعية في معيار الوكالة وتصرف الفضولي: "مستند جواز أن يضاف

(١) "المقدمات الممهدة"، ابن رشد (١٧٥/٢).

(٢) "الوكالة بالاستثمار" (٦٣٧).

(٣) "النوادر والزيادات"، ابن أبي زيد (٢٤/٧)، البيان والتحصيل، ابن رشد (٤١٤/٨).

مع الجرة جزء من الربح أن ذلك لا يخل بمعلومية الأجرة، والربح الملتزم به هو على سبيل الالتزام بالتبرع وعلى أنه هدية معلقة أو أنه جعالة" هـ^(١)

وقد يقال: إن القول بجواز الحافز تخريباً له على الجعالة (كما جاء في مستند أحكام المعيار الشرعي للوكالة وتصرف الفضولي) يتناقض مع ما جاء في بعض المعايير الشرعية من وجهين:
الأول: إن قيل هذا اشتراط عقد الجعالة في عقد الإجارة، فهو يتعارض مع منع اشتراط عقد في عقد، جاء في معيار الجمع بين العقود: "يجوز اجتماع أكثر من عقد في منظومة واحدة بدون اشتراط عقد في عقد، إذا كان كل واحد منها جائزاً بمفرده" هـ^(٢)

فمفهومه أنه مع الاشتراط لا يصح مطلقاً، وهذا يؤكد اشتراط المعايير الشرعية في أكثر من موضع عدم الربط بين عقدين، مثل ما جاء في البند (٦) من معيار تحول البنك التقليدي إلى بنك إسلامي: " إجراء عمليات بيع لبعض موجودات البنك ثم استئجارها، مع مراعاة ما جاء في المتطلبات الشرعية للإجارة والإجارة المنتهية بالتملك بحيث يتم الفصل بين إبرام عقد البيع وعقد الإجارة وعدم الربط بينهما" هـ
وجاء في الفقرة (٦/٣) من معيار السلم والسلم الموازي: " لا يجوز ربط عقد السلم بعقد سلم آخر، بل يجب أن يكون كل واحد منهما مستقلاً عن الآخر في جميع حقوقه والتزاماته" هـ
والذي عليه جمهور أهل العلم أنه لا يجوز اشتراط الجعالة في الإجارة.^(٣)

الثاني: إن قيل هذا جمع بين عقد الإجارة والجعالة على غير سبيل الشرط، فجواز الحافز يتعارض مع ما اعتمده المعيار من عدم جواز الجمع بين العقود التي تتناقض في الأحكام والموجبات، فقد جاء في معيار الجمع بين العقود، أنه يشترط لصحة الجمع بين العقود "ألا يكون بين عقود متناقضة أو متضادة أو متنافرة في الأحكام والموجبات".^(٤)

وهذا موافق لمذهب المالكي في المنع من الجمع بين الإجارة والجعالة، قال الخرشي في شرحه على مختصر خليل: "الإجارة إذا وقعت مع الجعل في صفقة واحدة فإنها تكون فاسدة؛ لتنافر الأحكام بينهما؛ لأن

(١) "المعايير الشرعية" (٦٣٤).

(٢) "المعايير الشرعية" (٦٦١)، معيار الجمع بين العقود البند (٣).

(٣) "فتح القدير" للكمال ابن الهمام (٤٤٧/٦)، مواهب الجليل (٣١٣/٤)، الأم (٧٧/٣)، المغني (١٧٦/٤).

(٤) "المعايير الشرعية" (٦٦١)، معيار الجمع بين العقود الفقرة (٤/٤).

الإجارة لا يجوز فيها الغرر، وتلزم بالعقد، ويجوز فيها الأجل، ولا يجوز شيء من ذلك في الجعل؛ إذ لا يلزم بالعقد، ولا يجوز فيه ضرب الأجل "أ.هـ"^(١)

لكن يجاب: إن الممنوع من الجمع بين العقود هو ما لو تواردت الإجارة والجعالة على محل واحد، فهو الذي يؤدي إلى التنافر في الأحكام، أما الحافز والأجرة فمحلها مختلف؛ لأن الأجرة مرتبطة بأداء العمل حصل ربح أو لم يحصل، والحافز لا يستحق إلا بعد تحقق الربح الذي يكون تالياً لأداء العمل واستقرار الأجرة، فلا يكون الجمع بين الأجرة والجعل هنا من الجمع الممنوع.

ضوابط حوافز الأداء في عقود الوكالة بأجر:

إذا تقرر جواز حوافز الأداء المنتجات القائمة على عقود الوكالة بأجر فيمكن ضبط الجواز بضوابط منها:

(١) ألا يكون الأجر المعلوم الثابت بأصل العقد مبلغاً رمزياً ويكون العوض أكثره هو الحافز، لأنه إن قيل إن الحافز عوض تابع فجعله كثيراً بالنسبة إلى العوض الأصلي لا يتحقق فيه كونه تابعاً، وإن قيل جواز الحافز مبني على جواز ترديد الأجرة، فالأجرة في الحقيقة لا تخلو من جهالة، لكن تغتفر فيها الجهالة اليسيرة، فإذا كان العوض كله أو أكثره هو الحافز تعاضمت الجهالة فيمنع العقد، ومثل ذلك يقال لو سُرح الحافز على الجعالة، فمدير الاستثمار لم يرض بالأجرة الأصلية الرمزية إلا لأن العوض الأصلي كله هو الحافز، وجهالته كبيرة فيمنع منه؛ لأن الغرر هنا ليس يسيراً يمكن اغتفاره.

(٢) ألا يجمع بين الحافز والتزام مدير الاستثمار بالإقراض، فإذا كان الوكيل بالاستثمار ملتزماً بإقراض رب المال إذا نقصت الأرباح عن العائد المتوقع توزيعه في فترة مالية، ليستحق الوكيل جميع ما زاد عن الربح المتوقع في فترة لاحقة فلا يجوز؛ لأن هذا من الجمع بين السلف والمعاوضة.

وهل يشترط أن يكون الحافز محدداً على أساس وليس على أساس مؤشر سعر الفائدة؟ هذا الضابط محل تأمل وبيانه في المسألة الآتية.

(١) "الخرشي على مختصر خليل" (٤/٧).

ربط حوافز الأداء بالمؤشر

إذا ربط الحافز بالربح الفعلي المتوقع لعمليات الاستثمار فيتوجه القول بالجواز، لكن لو كان الحافز مرتبطاً بمؤشر سعر الفائدة، مثل جعل التوزيعات التي يستحقها رب المال مرتبطة بمؤشر سعر الفائدة منسوباً إلى رأس المال، وما زاد عن تلك التوزيعات فتخصص في احتياطي خاص لتعويض أي انخفاض مستقبلي في الأرباح، وفي آخر المدة يستحق مدير الاستثمار هذه الاحتياطي حافزاً. هذا الإجراء يطبق في منتجات الوكالة بالاستثمار القائمة على عقود الوكالة بأجر ويطبق في المنتجات القائمة على المضاربة سواء كانت صكوكاً أو غيرها.

فالحافز الذي استحقه مدير الاستثمار لم يكن مرتبطاً بربح فعلي متوقع مبني على دراسات جدوى لواقع السوق، ويحتل في حكم هذا المسألة قولان:

القول الأول: المنع.^(١)

ومستند هذا القول: أن الحافز إنما يُعقل كونه حافزاً إذا كان مرتبطاً بما زاد على أدنى ربح متوقع من عمليات الاستثمار، لكن إذا ربطت النسبة بمؤشر سعر الفائدة الذي يتغير كل يوم، بل كل ساعة، ولا علاقة له بربح عمليات الاستثمار، فلا يعقل وجه كونه حافزاً، بل قد يؤدي إلى استحقاق مدير الاستثمار حافزاً حتى في حال سوء الإدارة، مثلاً: إذا كان الربح المتوقع ١٥%، فإنه من الممكن جداً أن يكون سعر الفائدة ٥%، والربح الفعلي نزل إلى ١٠% لسوء الإدارة من المدير، فكيف يمكن أن يقال إن ما زاد على ٥% يعطى للمدير لحسن إدارته، بالرغم من أنه أساء في الإدارة، فظهر بهذا أن ما يسمى حافزاً هنا ليس حافزاً في الحقيقة، وإنما هو طريق لمحاكاة المنتجات التقليدية.

القول الثاني: الجواز.^(٢)

(١) الصكوك وتطبيقاتها المعاصرة، تقي العثماني (٥)، وقوله متردد بين التحريم والكراهة، ولذلك قال: "وإن هذه الجهة لا تخلو من الكراهة على الأقل إن لم نقل بحرماتها" هـ.

(٢) هو رأي المجلس الشرعي هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعيار الشرعي للمؤشرات، ورأي الهيئة الشرعية لمصرف الإنماء في القرار رقم (١٣٣)، واختاره بعض المعاصرين مثل حسين حامد حسان في حثه "مدى ارتباط مخاطر الصكوك بأصولها"، دراسات المعايير الشرعية (١٠١٨/٢)

جاء في الفقرة (٢/٥) من المعيار الشرعي للمؤشرات، حيث جاء فيه: "يجوز شرعاً اتخاذ المؤشرات معياراً للمقارنة في الصناديق والصكوك الاستثمارية، وربط مكافأة المدير أو حوافز الوكيل بالاستثمار، أو حوافز المضارب بنتيجة المضاربة" (١) هـ. ويستدل لهذا القول بما يأتي:

(١) أن الشرط في الحافز أن لا تكون فيه جهالة فاحشة تمنع التسليم، فسواء ربط بالربح الفعلي المتحقق أو ربط بمؤشر سعر الفائدة فالحكم في الصورتين واحد؛ لأن العلم فيهما يتحقق في المال.
(٢) أن العوائد المحققة من عمليات الاستثمار حق لأرباب المال، فإذا حصل التراضي على أن يكون القدر الموزع عليهم مرتبطاً بالمؤشر وما زاد عن ذلك فهو حق لمدير الاستثمار فلا محذور فيه؛ لأن الحق لا يعدوهم. ومجرد محاكاة المنتجات التقليدية لا يقتضي التحريم ما دام أنه وقع على الوجه الشرعي وانتفى فيه مقتضى التحريم. ولعل الأظهر هو القول بالجواز.

المطلب الثاني: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في عقود المضاربة.

حوافز الأداء في عقود المضاربة يمكن أن يكون الاتفاق عليها تصاعدياً بزيادة حصة المضارب من الربح كلما زادت الأرباح، أو يكون الاتفاق عليها بتحديد مبلغ مقطوع إذا زادت الأرباح عن حد معين أو حصة من هذه الأرباح، وقد اختلف المعاصرون في حوافز الأداء في عقد المضاربة على قولين:
القول الأول: التحريم. (٢)
واستدل لهذا القول بأدلة منها:

(١) أن عقد المضاربة مبني على العدل، وهذا لا يتحقق إلا باتفاق الطرفين على الشركة في الربح بحيث يكون لكل واحد حصة منه على الشيوع، فإذا ربطت حصة المضارب بتحقيقه قدرأ من الربح فهذا يتعارض مع العدل الذي هو أساس عقد الشركة، لأنه قد تكون زيادة الأرباح عن القدر المحدد هي زيادة يسيرة تافهة فيستحق لأجلها المضارب الحافز مع أن رب المال كان يأمل في زيادة أكبر، فيؤدي هذا إلى النزاع.

(١) "المعايير الشرعية" (٧١٨).

(٢) "بجوت في فقه المعاملات المالية"، رفيق المصري (١٧٦).

(٢) أن هذا الشرط ذريعة إلى قطع الشركة في الربح، وقد أجمع العلماء على منع كل شرط فيه قطع للشركة في الربح.^(١)

جاء في المبسوط: "المقصود بعقد المضاربة الشركة في الربح، وكل شرط يؤدي إلى قطع الشركة في الربح بينهما مع حصوله فهو مبطل للعقد؛ لأنه مفوت لموجب العقد".^(٢)

(٣) أن الفقهاء عندما منعوا اختصاص أحد الطرفين بمبلغ معين لم يلتفتوا إلى الربح هل زاد أم نقص، بل كان منعهم تخصيص أحد الطرفين بمبلغ محدد منعاً عاماً، فيشمل تخصيص مبلغ مقطوع حافظاً للمضارب في حال زيادة الأرباح.

القول الثاني: الجواز.^(٣)

واستدل لهذا القول بأدلة منها:

(١) أن هذا الشرط لا يؤدي إلى قطع الشركة في الربح؛ لأن المضارب يتقاسم مع أرباب المال جميع الأرباح إلى الحد المتوقع، ثم يأخذ بعد ذلك الزائد أو بعضه حافظاً على حسن أدائه، فالمشاركة في الربح حاصلة ولا شك، وليس في ذلك ما ينافي مقتضى العقد.

(٢) أن الأصل في العقود والشروط الصحة، وليس في كتاب الله ولا في سنة نبيه ما يحرم هذا الشرط، والعقود مبناهما على الرضا، قال تعالى ((يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلى أن تكون تجارة عن تراض منكم))^(٤)

والذي يترجح هو القول بجواز حافز الأداء في عقود المضاربة، للأسباب الآتية:

أولاً: أنه لا يترتب على ذلك قطع الشركة في الربح، كما أنه ليس فيه إخلال بمبدأ العدالة بين الطرفين، فالعدل الذي تقتضيه المضاربة هو ألا يحرم أحد الطرفين من الربح، ولا ينافي مقتضى المضاربة أن يكون لأحد الطرفين ربحاً أقل أو يزداد في ربح المضارب على حساب رب المال إذا حصل التراضي بين المتعاقدين.

(١) "الإجماع" لابن المنذر (٩٢).

(٢) "المبسوط" للكاساني (١٩/٢٢).

(٣) "الغرر وأثره في العقود"، الصديق الضير (٥٢٣)، "إدارة الحساب الاحتياطي"، يوسف الشيبلي، أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الرابعة (٢٧٧).

(٤) سورة النساء، الآية (٢٩).

ثانياً: القول بأن الحافز قد يستحق لمجرد زيادة يسيرة تافهة عن الربح المتوقع، يجاب عنه أنه لا يوجد ما يمنع منه إذا رضي رب بذلك؛ لأنه قد يكون غرضه هو الحصول على الربح المتوقع فقط، ولا يضره أن يستأثر المضارب بما زاد عليه.

ثالثاً: الاستدلال بأن الفقهاء لما منعوا اختصاص أحد الطرفين بمبلغ معين لم يلتفتوا إلى الربح هل زاد أم نقص، بل كان منعهم تخصيص أحد الطرفين بمبلغ محدد منعاً عاماً، محل نظر؛ لأنهم عللوا صراحة بأن تخصيص أحد الطرفين بمبلغ معين فيه احتمال قطع الشركة في الربح؛ لأنه ربما لا تريح المضاربة إلا قدر المبلغ المقطوع فينابي مقتضى المضاربة وهو الاشتراك في الربح، جاء في المبسوط: "ولو قال: على أن ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فللمضارب من ذلك مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة؛ لأن هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما في الربح مع حصوله فرمما لا يربح إلا مقدار المائة فيأخذه من شرط له ... وربما يربح أقل من مائة درهم فلا يسلم جميع المائة لمن شرط له مع حصول الربح؛ فلهذا فسد العقد" اهـ^(١)

وهذا المحذور لا يظهر فيما لو كان المبلغ المقطوع هو حافز زائد على الربح المشاع المتفق عليه في العقد. رابعاً: أن عدم تحديد الربح غير مؤثر؛ لأن العلم به متحقق إذا تحقق ما علق عليه، والجهالة المؤثرة هي الجهالة التي تمنع التسليم أو تؤدي إلى النزاع. وبناء على هذا:

- فيجوز أن يكون حافز الأداء بزيادة نسبة ربح المضارب زيادة تصاعديّة كلما زادت الأرباح، كأن يتفق الطرفان على أنه إذا كان ربح وعاء المضاربة ١٠% من رأس المال، فربح المضارب ٣٠% وإذا كان ربح وعاء المضاربة ١٥% من رأس المال، فربح المضارب ٣٥% وقد صدر بهذا قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي^(٢)، وتوصية ندوة البركة الحادية عشر^(٣).

(١) "المبسوط"، السرخسي (٢٢/٢٢).

(٢) قرار الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي رقم (٧٧).

(٣) "قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي" (٨٧)، وينظر: "مدى ارتباط مخاطر الصكوك بأصولها" حسين حامد حسان، دراسات المعايير الشرعية (١٠١٩/٢).

- كما يجوز أن يكون الحافز مبلغاً مقطوعاً زائداً على الربح المستحق للمضارب إذا زاد ربح المضاربة عن نسبة معينة، سواء كان الحافز مستحقاً للمضارب بمجرد تحقيق النسبة المتفق عليها، أو كان الحافز حقاً لأرباب المال، ولهم التنازل عنه للمضارب، وتظهر هذه الصورة عادة في تطبيقات المؤسسات المالية الإسلامية في صكوك المضاربة عندما يقتطع من الأرباح جزء لتكوين احتياطي، هذا الاحتياطي يستثمر لصالح حملة الصكوك، وإذا فضل شيء في آخر المدة تنازل عنه حملة الصكوك بمحض إرادتهم للمضارب.

ومن المناسب الإشارة هنا إلى أن الاحتياطي الذي يصرف فائضه إلى المضارب حافزاً له حسن أدائه لا يجوز أن يستثمر لصالح المضارب؛ لا يجوز انتفاع المضارب به (مصدر الصكوك مثلاً) أو استثماره لمصلحة نفسه مع ضمانه؛ لأنه يكون في حكم القرض فيؤدي إلى اجتماع القرض والمضاربة،^(١) وكما يحرم الجمع بين السلف والبيع يحرم الجمع بين السلف والمعاوضة، قال ابن تيمية: "(نهى صلى الله عليه وسلم عن أن يجمع بين سلف وبيع)"^(٢) فإذا جمع بين سلف وإجارة فهو جمع بين سلف وبيع أو مثله. وكل تبرع يجمع إلى البيع والإجارة، مثل: الهبة والعارية والعربة والمحابة في المساقاة والمزارعة وغير ذلك: فهي مثل القرض. فجمع معنى الحديث: أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع؛ لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة؛ لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض فإذا اتفقا على أنه ليس بعوض جمعا بين أمرين متنافيين" ١هـ.^(٣)

والحاصل أن حوافز الأداء في المنتجات القائمة على عقود المضاربة جائزة، ويمكن أن يقيد الجواز بضوابط من أهمها:

(١) ألا يترتب على حافز الأداء قطع الشركة في الربح أو ضمان الربح لرب المال، فإذا كانت العلاقة في حساب استثماري قائمة على عقد المضاربة، فلا يجوز أن يربط استحقاق مدير الاستثمار

(١) "إدارة الحساب الاحتياطي"، يوسف الشبيلي، أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الرابعة (٢٧٨).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ (٩٥٠/٤) برقم (٢٤٢٤)، وأحمد في مسنده (٢٥٣/١١) برقم (٦٦٧١)، وأبو داود في سننه (٢٨٣/٣) برقم (٣٥٠٤)، والترمذي في سننه (٥٢٧/٣)، وقال: هذا حديث حسن صحيح.

(٣) "مجموع فتاوى ابن تيمية" (٦٢/٢٩).

للمحافظ بزيادة مؤشر أداء الحساب الاستثماري عن المؤشر الاسترشادي المعتمد؛ لأن مقتضى هذا أن مدير الاستثمار سيستحق الحافز ولو ظهرت خسارة في وعاء المضاربة إذا كان مؤشر أدائه أفضل من المؤشر الاسترشادي، بخلاف المنتجات القائمة على عقود الوكالة بأجر فلا يضر الاتفاق على هذا النحو.

(٢) ألا يجمع بين الحافز والتزام مدير الاستثمار بإقراض وعاء المضاربة في حال نقص الأرباح؛ لأنه من الجمع بين السلف والمعاوضة.

(٣) إذا كان الحافز يستحق عن طريق أخذ مدير الاستثمار الفائض في الاحتياطي المخصص لمواجهة المخاطر، فلا يجوز أن يستثمر هذا الفائض لمصلحة مدير الاستثمار، بل يبقى حقاً لأرباب المال، ثم لهم أن يتنازلوا عنه في آخر مدة الاستثمار.

المطلب الثالث: التأصيل الفقهي لحوافز الأداء في عقود التأمين.

تقدم أن شركات التأمين تدير صندوق التأمين بنوعين من الأعمال، النوع الأول: إدارة التأمين فتستقبل الاشتراكات وتصرف التعويضات ويتحقق من هذا فائض، والنوع الثاني: استثمار أموال الصندوق لتحقيق الربح، وتقدم ذكر ثلاث حالات لاستحقاق الحافز:

الحال الأولى: أن يكون الحافز مرتبطاً بحسن إدارة الشركة للاستثمار، وليس بمقدار الفائض، وحكم الحافز هنا كالحكم في حوافز الأداء في عقود الوكالة بأجر، وتقدم بحثها، والأظهر في هذا الحافز هو الجواز.

الحال الثانية: أن يكون مرتبطاً بمقدار الفائض التأميني المحقق بعد صرف تعويضات التأمين، فقد يقال بالتحريم؛^(١) وهذا الذي يفهم من المعيار الشرعي للتأمين الإسلامي، فقد جاء في الفقرة (٥/٥): "يجوز أن تشمل اللوائح المعتمدة على التصرف في الفائض بما فيه المصلحة حسب اللوائح، مثل: تكوين الاحتياطيات، أو تخفيض الاشتراكات، أو التبرع به لجهات خيرية، أو توزيعه أو جزء منه على المشتركين على ألا تستحق الشركة المديرة شيئاً من ذلك الفائض".^(٢)

(١) "الرقابة الشرعية على شركات التأمين التعاوني"، يوسف الشبيلي (١٤)، مؤتمر التأمين التعاوني أبعاده وآفاقه، وموقف الشريعة الإسلامية منه.

(٢) "المعايير الشرعية" (٦٨٨).

ومستند هذا القول: أن تحقيق الفائض لا يرتبط بحسن أداء الشركة وإدارتها، بل قد يكون تحقيق الفائض بسبب قلة التعويضات التي لا دخل للشركة فيها، أو بسبب مماطلة الشركة في دفع التعويضات.^(١) ويحتمل أن يقال بالجواز، لأن مجرد قيام احتمالٍ بأن الفائض قد يتحقق بأمر لا علاقة لها بحسن أداء الشركة وإدارتها لا يلزم منه التحريم؛ لأن الأصل هو الجواز، والتحريم لا يثبت إلا إذا ثبت فيه الغرر، أما مجرد احتمال الغرر فلا يثبت التحريم؛ لأنه ليس هو الأصل. ثم إن الفائض قد يتحقق بأمر مرتبطة بحسن أداء الشركة لوعاء التأمين منها:^(٢)

(١) مهارة الشركة وقدرتها على قياس المخاطر بشكل دقيق وحسن اختيار المشتركين.

(٢) نجاح الشركة في تقليل المصروفات.

(٣) قدرة الشركة التسويقية لزيادة أعداد المشتركين، وزيادة المشتركين يزداد معه الفائض.

وعلى أي حال فإن الجواز لو صح القول به ينبغي أن يقيد بأمر:^(٣)

الأول: أن يكون الحافز مرتبطاً بحسن أداء الشركة وقدرتها على تحقيق أعلى قدر ممكن من الفائض لا بمجرد وجود الفائض.

الثاني: أن يسمى للشركة أجرة معلومة ابتداءً، ثم إذا حققت فائضاً مقابل حسن إدارتها لأعمال التأمين استحققت نسبة من الفائض، ولا يصح أن تكون كل أجرة الشركة هي حصة من الفائض دون تسمية أجرة معلومة؛ لأنه تكون المعاملة حينئذ معاوضة الفائض وهو مجهول.

الثالث: أن تكون نسبة الحافز من الفائض يسيرة، بحيث لا يزيد ما تستحقه الشركة من الفائض عن الثلث، لأنها لو زادت لصارت العلاقة بين الشركة والمشاركين معاوضة على الفائض، فيقرب التأمين التكافلي من التأمين التجاري.

الحال الثالثة: أن يكون الحافز مرتبطاً بالأمرين معاً، بالفائض المتبقي بعد التعويضات، وبناتج عمليات الاستثمار. وهذه الصورة يتوجه فيها احتمالان:

(١) "الرقابة الشرعية على شركات التأمين التعاوني"، يوسف الشيبلي (١٤).

(٢) "الفائض التأميني، معايير احتسابه، وأحكامه، وطريقة توزيعه"، محمد القرني (٨).

(٣) "الرقابة الشرعية على شركات التأمين التعاوني"، يوسف الشيبلي (١٥).

الأول: المنع، وهو ظاهر نص الفقرة (٥/٥) من معيار التأمين الإسلامي حيث جاء فيه: "على ألا تستحق الشركة المديرية شيئاً من ذلك الفائض"^(١) هـ.
الثاني: الجواز، وهو الأظهر، كالحال الثانية على أن يقيد بالضوابط السابقة.

والله أعلم

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين

(١) "المعايير الشرعية" (٦٨٨).

صكوك الشق الأول

من رأس المال، وفق معايير بازل

ورقة مقدمة إلى
مؤتمر الأيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية
٨-٩/أبريل/٢٠١٨م
مملكة البحرين

اعداد

د. محمد علي الفبري



الحمدُ لله رب العالمين حمداً كثيراً مبارك فيه كما تحب ربنا
وترضى، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبينا وسيدنا
محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ... وبعد:-

١- تمهيد:

تأسست لجنة بازل للإشراف المصرفي المنبثقة عن بنك التسويات الدولية سنة ١٩٧٤م من قبل محافظي البنوك المركزية لمجموعة العشرة^(١)، وغرضها هو التعاون بين البنوك المركزية في تطوير عمليات الإشراف المصرفي من خلال إصدار معايير تلتزم بها البنوك. ليس لهذه اللجنة أي سلطة قانونية على البنوك وإنما الإلزام بمعاييرها يأتي عن طريق جهات الإشراف المحلية، وحيثما لا يوجد إلزام من جهات الإشراف المحلية، فإن البنك الذي لا يلتزم بتلك المعايير سيجد صعوبة في التعامل مع البنوك خارج نطاق ترخيصه.

وفيما يتعلق برأس مال البنوك فقد صدر عن لجنة بازل ثلاثة معايير أساسية هي:
معيار بازل رقم (١) الذي تبلور بعد مناقشات بين محافظي البنوك المركزية ونشر في سنة ١٩٨٨م^(٢)، بعنوان:
الحد الأدنى من المتطلبات الرأسمالية للبنوك^(٣).

١ - G-10

٢ - ولذلك يسمى 1988 Basil Accord

٣ - وقد ألزمت منظمة G-10 بنوكها بهذا المعيار سنة ١٩٩٢م.

قسّم هذا المعيار رأس مال البنك لأغراض الإشراف إلى شقين:

- ١ - الشق الأول^(١)، وهو المسمى رأس المال الأساس ويتكون من حقوق المساهمين (أي الأسهم العادية) والأرباح المستبقة، وهذا الشق هو معيار قوة البنك من منظور الإشراف المصرفي وهو أداة امتصاص الخسائر التي تلحق بالبنك والتي تكون قابلة للتغطية دون الحاجة إلى تصفية البنك^(٢).
- ٢ - والشق الثاني^(٣). ويسمى رأس المال الإضافي أو التكميلي^(٤)، ويتكون من مخصصات خسائر القروض واحتياطيات إعادة التقييم^(٥)، والديون غير الموثقة برهون^(٦)، والاحتياطيات الأخرى. والشق الثاني وظيفته امتصاص الخسائر في حال تصفية البنك، بمعنى ان الخسائر البنكية إذا تجاوزت حجم الشق الأول وجب تصفية البنك^(٧). ويستخدم رأس مال الشق الثاني في درء النقص في التعويضات للدائنين عند التصفية.

من المعلوم ان البنوك تواجه نوعين من الخسائر:-

- النوع الأول: هي الخسائر المتوقعة أي التي ظهرت مؤشرات على احتمال وقوعها مثل تعرض أحد كبار المدينين للبنك إلى انخفاض كبير في إيراداته يغلب على الظن معه انه لن يكون قادراً على التسديد في الوقت المحدد، وهذه يجعل البنك لها مخصصات تدخل ضمن الشق الثاني من رأس المال.
- والنوع الثاني: الخسائر غير المتوقعة مثل تلك التي جلبتها الأزمة المالية التي عصفت بالعام سنة ٢٠٠٨م، وهذه يغطيها الشق الأول من رأس المال. ومن هنا جاءت الرغبة في تقوية الشق الأول من رأس المال بعدما تبين ان المستوى الموجود في ٢٠٠٨م لم يكن كافياً. فصدر معيار بازل ٣ لهذا الغرض.

١ - ويسمى tier I وقد يسمى الشريحة الأولى كما ورد في خطاب الاستكتاب.

٢ - وهي ما يسمى going concern loss

٣ - ويسمى tier II

٤ - supplementary capital

٥ - والمقصود بإعادة التقييم الحالة التي تكون فيها القيمة السوقية لبعض أصول البنك أعلى مما هو مسجل في الدفاتر أي القيمة الدفترية.

٦ - sup ordinated

٧ - ولذلك يقال gone concern loss

٢ - معيار بازل (٣)

جاء معيار بازل ٣ كرد فعل للأزمة المالية التي عصفت بالعالم سنة ٢٠٠٨م، والتي أدت إلى تعرض البنوك إلى صدمات لم يستطع بعضها النجاة منها واحتاج أكثرها إلى دعم حكومي ذا حجم كبير جداً للوقوف على قدميه، وقد كان الدرس المستفاد هو أن لا طاقة للحكومات على مثل هذا الدعم في المستقبل وأنه بدون دعم خارجي لا تستطيع أكثر البنوك تحمل الصدمات بالمستوى الذي وقع في الأزمة المالية، ومن جهة أخرى فإن مجرد امتناع الحكومة عن التدخل ليس حلاً إذ ربما يترتب عليه انهيار النظام المصرفي مما سيؤدي إلى أضرار جسيمة على الاقتصاد برمته، ومن ثم كان اتجاه لجنة بازل للإشراف على البنوك إلى إصدار معيار بازل ٣ الذي اكتملت الموافقات عليه في سنتي ٢٠١٠ و ٢٠١١ وكان يفترض ان يجري تطبيقه في سنة ٢٠١٣م، إلا ان المهلة مددت إلى ٢٠١٩م.

غرض هذا المعيار هو إلزام البنوك بتحمل قدر أكبر من مسؤولية مقاومة الصدمات وذلك بتبني الإجراءات التي تزيد من قدرة البنوك من الناحية الرأسمالية كما يسعى المعيار إلى تحميل دائي البنك من غير أصحاب الحسابات الجارية وليس ملاكه فقط جزءاً من آثار الصدمة التي قد يتعرض لها البنك بحجم أزيد من مسؤوليتهم المعتادة.

ويتكون المعيار المذكور من ثلاثة أجزاء. يتعلق الجزء الأول بكفاية رأس المال، والجزء الثاني باختبارات التحمل^(١)، والجزء الثالث مختص بمخاطر السيولة ويفترض ان يكون لدى البنوك بعد الالتزام بالمعيار في أجزائه الثلاثة القدرة على تحمل الصدمات والخروج من الأزمات إذا وقعت دون الحاجة إلى الدعم الخارجي، ومسألتنا متعلقة بالجزء الأول الخاص بكفاية رأس المال. إن من أهم متطلبات هذا المعيار في الجزء الخاص بكفاية رأس المال هي تقوية رأس مال البنوك بحيث لا يقل عن ١٠,٥% من أصوله المعرضة للمخاطر^(٢).

١ - stress testing

٢ - بينما يمثل الشق الثاني ٢,٥%، والمقصود بالأصول المعرضة للمخاطر هو كل أصل يمتلكه البنك ويتعرض لاحتمال تغير قيمته، والواقع ان ما يستثنى من أصول البنك (في الولايات المتحدة الأمريكية على سبيل المثال) من وصف الأصول المعرضة للمخاطر هو سندات الخزانة الأمريكية، وفي البلدان الأخرى السندات الحكومية بشكل عام.

وبناء عليه وجدت أكثر البنوك نفسها في حاجة إلى زيادة رأس المال لكي تتوافق مع متطلبات معيار بازل (٣).

ان أقصر الطرق لزيادة رأس المال لأي شركة مساهمة عامة كما هو معروف هو إصدار أسهم جديدة إلا ان هذه الطريقة غير مرغوبة من البنوك كما انها غير متيسرة في الفترة الحالية للأسباب التالية:

١- إن إصدار أسهم جديدة يترتب عليه اضمحلال سيطرة الشركاء الحاليين على المؤسسة المالية وذلك بدخول شركاء جدد^(١). ولذلك فهذا اختيار غير محبذ لهم.

٢- ان التمويل بإصدار الأسهم أكثر كلفة من البدائل الأخرى (مقارنة بالسندات مثلاً). من جهة ان الربح دائماً أعلى من الفائدة ومن جهة ان السندات تحسم من وعاء الضريبة فتقلل من العبء الضريبي للمؤسسة.

٣- لم يكن يتوفر في أسواق المال عشية الأزمة المالية المذكورة القدر الكافي من "الشهية" في سوق المال لمزيد من الأسهم البنكية. كما ساد التخوف من تأثير الزيادة الكبيرة والسريعة في عرض الأسهم البنكية على استقرار الأسواق.

٣- سندات الشق الأول من رأس المال:

فكان البديل عن إصدار الأسهم هو إصدار السندات.

ليس استخدام الأسهم التفضيلية (كما في الولايات المتحدة) أو السندات المهيكلة كما في أوروبا جديداً في تحقيق الدعم لرأس المال إلا أن التجارب السابقة لم تنجح في حماية البنوك عندما وقعت الأزمة المالية، ولذلك اتجهت البنوك الأوروبية بصفة خاصة إلى ابتكار نوع جديد من الأوراق المالية يحقق مطلب زيادة رأس المال دون التأثير بالعوامل السابق ذكرها واشتهرت هذه الأوراق باسم COCO وهي اختصار لعبارة Contingent Convertible Capital وهي في موقع وسط من حيث الوصف بين السندات والأسهم، وتتميز انها يمكن ان تحسب ضمن الشق الأول من رأس المال لما تتمتع

به من صفات تجعلها أقرب إلى الأسهم منها إلى سندات الدين. ولذلك تسمى هذه السندات أيضاً "شبه الأسهم" Quasi Equity^(١).

والوصف المهم الذي جعل هذه السندات مقبولة كجزء من الشق الأول من رأس المال هو ما يلي:
١- أنه يشترط في مستنداتها عند الإصدار انه إذا انخفضت نسبة الشق الأول إلى مجمل الأصول ذات المخاطر في البنك (أي إلى أقل من ٥٥,٥%) بحيث يوصف البنك بأنه "غير قادر على الاستمرار"^(٢)، أو قرر المصرف المركزي لأسباب أخرى ان هذا البنك غير قادر على الاستمرار فإن هذه السندات تكون قد شطبت بصورة تلقائية إما كلياً أو جزئياً أو تحولت إلى أسهم عادية بنفس الطريقة أي بدون الحاجة إلى قرار مجلس إدارة أو جمعية عمومية أو حتى إخطار حاملتها بذلك.

٢- كما يشترط فيها أن للبنك بإرادة منفردة ان يتوقف عن دفع التوزيعات الدورية (الكوبون) ودون ان يكون لحملة السندات حق الرجوع عليه. ولا يترتب على هذا التوقف تراكم المستحقات لتوزع في المستقبل وإنما تبرأ منها ذمة البنك^(٣)، هذا يعني ان البنك ليس ملزماً تعاقدياً بدفع التوزيعات الدورية وإنما يكون ذلك بإرادة البنك.

٣- الوصف الثالث ان هذه السندات مؤبدة أي ليس لها تاريخ تصفية، وان كان يسمح في بعض التطبيقات للمصدر استدعاء هذه السندات بعد خمس سنوات. بشرط ان لا يتصرف بطريقة توحى لحملة السندات ان البنك سيقوم بالتصفية في أي تاريخ.

١ - وهي أشبه ما تكون بأسهم الامتياز إذ الفرق الأساس بينهما هو ان حملة هذه السندات ليس لهم تصويت في الجمعية العمومية وتفرق عن السندات ان دفع الكوبون ليس إلزامياً.

٢ - Non-viable

٣ - ولا يلزم ان يكون البنك عاجزاً عن توليد الأرباح لكي يفعل ذلك.

٤ - صكوك الشق الأول من رأس المال:

ليست المصارف الإسلامية بمنأى عن الحاجة إلى الالتزام بمعيار بازل (٣)^(١)، ولذلك احتاجت إلى دعم رأسها فالتجته لإصدار ما سميَّ صكوك الشق الأول من رأس المال ولعل أول مصرف بادر إلى ذلك كان مصرف أبوظبي الإسلامي في سنة ٢٠١٢م فأصدر صكوكاً مؤبدة وإن كان لا يصح عليها وصف أنها وفق معيار بازل (٣)، لأنها لم تتضمن معالجة وضع عدم القدرة على الاستمرار^(٢).

الهيكل الشرعية المناسبة لصكوك الشق الأول من رأس المال:

سواء كان الصكوك مختصة بالشق الأول من رأس المال تحت معيار بازل ٣ أو بدونه فإن الهيكل المناسب لإصدار صكوك الشق الأول هو عقد المضاربة أو المشاركة ذلك ان متحصلات الصكوك والتي تمثل رأس مال المضاربة أو حصة أصحاب الصكوك من رأس مال المشاركة لا بد ان تخلط مع بقية أموال البنك وان تتحمل مثلها مثل أموال حملة الصكوك مخاطر العمليات البنكية وتشارك معهم في الربح ولذلك نجد ان جميع إصدارات رأس مال الشق الأول التي وقعت في السنوات الماضية كانت معتمدة على عقد المضاربة وذلك للإمكانيات التي يتيحها عقد المضاربة في التوافق مع متطلبات الشق الأول من رأس المال.

٥ - صكوك الشق الأول من رأس المال المعتمدة على عقد المضاربة:

يقوم هيكل إصدار الصكوك المستوفية لمتطلبات بازل ٣ للشق الأول من رأس مال المعتمد على عقد المضاربة على الوصف التالي:

١- يصدر المصرف الإسلامي صكوك مضاربة يكون فيها مضارباً وحملة الصكوك أرباب المال في عقد مضاربة ليس له أجل محدد.

^١ - ليس لبنك التسويات الدولية ولجنة الإشراف فيها أي سلطة لإلزام البنوك بمعاييرها ولكن الإلزام يأتي من قبل البنوك المركزية المحلية أو التهديد بعدم تعامل البنوك الأجنبية مع البنك المحلي الذي لا يلتزم بهذه المعايير.

^٢ - Non-viability.

٢- ينص في مستندات الإصدار على ان المصرف سيخلط متحصلات إصدار الصكوك بأمواله الخاصة ليحقق الربح الذي يجري اقتسامه مع حملة الصكوك بالنسبة المتفق عليها. بناء على عقد المضاربة.

٣- ويجري النص على إنشاء حساب احتياطي تورد فيه أرباح المضاربة بعد ان يجري تنضيف المضاربة تنضيفاً حكماً بشكل دوري، ثم تحصل القسمة^(١).

٤- وكسائر الصكوك المؤهلة لكي تكون صكوك الشق الأول يلزم ان ينص في شروطها وأحكامها على ما يلي:

أ- إذا قرر البنك المركزي ان البنك مصدر الصكوك لم يعد قادراً على الاستمرار إلا بدعم خارجي فإن الصكوك تكون قد:

- جرى شطبها كلياً أو جزئياً بصورة ذاتية وبدون حق الرجوع.
- جرى تحويلها وبصورة ذاتية إلى أسهم عادية.

ب- يجوز للبنك وإرادة منفردة ان يمتنع عن صرف التوزيعات الدورية لمرة واحدة أو أكثر بدون حق الرجوع لحملة الصكوك كما انها لا تتراكم لتدفع في المستقبل وإنما تبرأ منها ذمة البنك.

ج- هذه الصكوك مؤبدة ولكن للمصدر استدعاء الصكوك بعد خمس سنوات من الإصدار بشرط ان يكون ذلك معلناً مسبقاً أو مخططاً له بحيث يعرف حملة الصكوك بعزم البنك على الاستدعاء قبل أوانه.

^١ - ويجري الاتفاق على ان يقوم المضارب بدفع جزء من استحقاق حملة الصكوك يساوي نسبة محددة من الربح منسوبة إلى القيمة الاسمية للصك، (وفي بعض الأحيان مربوطة بمؤشر متفق عليه) وإذا جاء نصيب حملة الصكوك من ربح المضاربة أكبر من هذا المبلغ، فإن الفائض يجري إيداعه في الحساب الاحتياطي، وكذا إذا كان المبلغ الذي تقتضيه النسبة المتفق عليها أكبر فيؤخذ من الحساب الاحتياطي لتعزيزها بحيث تساوي النسبة المتفق عليها.

٦- الجوانب الشرعية في صكوك المضاربة للشق الأول من رأس المال:

أ- المسألة الأولى: إصدار صكوك معتمدة على عقد المضاربة:

المضاربة عقد شركة في الربح بين شريك بالمال وآخر بالعمل وصكوك المضاربة عقد بين حملة الصكوك وهم أرباب المال تمثلهم المنشأة ذات الغرض الخاص والمضارب وهو الشخصية الاعتبارية للمصرف مصدر الصكوك، ولا شك ان صكوك المضاربة هي من أكثر أنواع الصكوك تجسيدا لمعنى التمويل الإسلامي، ويجري خلط رأس مال المضاربة مع أموال البنك لينشأ من ذلك عقد مشاركة، وليست صكوك المضاربة شيئا جديداً في عالم الصكوك فقد صدرت من قبل لكن ما يحتاج إلى نظر وتأمل هو الشروط والأحكام التي تضمنها مستندات إصدار الصكوك.

ب- المسألة الثانية: جعل الصكوك مؤبدة:

المقصود بالمؤبدة ان لا يكون لها مدة تنتهي بانتهائها فهي مستمرة بإرادة الطرفين، ويقتضي ذلك ان يكون عقد المضاربة الذي اعتمد عليه الاصدار لا مدة له.

مشروعية هذا الشرط:

مثل هذا لا اعتراض عليه من الناحية الشرعية لأن هذا هو الأصل في المضاربة فقد ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في احدى الروايتين إلى انه لا يصح توقيت المضاربة مطلقاً^١، أي لا يكون لها مدة محددة مسبقاً. هذ هو الأصل بيد ان هناك حالات كثيرة للفقهاء فيها أقوال بجواز التوقيت. فإذا قيل قد أجمع الفقهاء أن عقد المضاربة عقد جائز لكل من طرفيه فسخه بإرادة منفردة ولذلك لم يجعلوا له مدة محددة وفي الصكوك المؤبدة مخالفة لذلك فالجواب أن حق المضارب (أي مصدر الصكوك) في انتهاء المضاربة باقٍ إذ ان له بحسب الشروط والأحكام إطفاء الصكوك بعد خمس سنوات كما ان إنهاء عقد المضاربة حق محفوظ لحملة الصكوك من خلال سوق البورصة، إذ يمكنه بيع الصكوك وهي قابلة للتداول في السوق. فإذا باع المستثمر الصك كان إنهاء لعقد المضاربة مع المصدر.

^١ - وقال الحنفية وراية في المذهب الحنبلي إلى انه يجوز توقيعها كالوكالة، الموسوعة الفقهية الكويتية مادة توقيت المضاربة.

ج- موقع حملة صكوك المضاربة في الاستحقاق عند تصفية المصرف:

إذا أصدر المصرف صكوك الشق الأول من رأس المال بناء على معايير بازل ٣ فإن امام حملة الصكوك احتمالين، وقوع مصاعب مالية على المصدر، عندئذٍ سيجري شطب الصكوك أو تحويلها إلى أسهم عادية، ولذلك لن يكون بنا حاجة للإجابة عن السؤال أعلاه، والاحتمال الآخر ان لا يواجه المصرف أي مصاعب مالية، عندئذٍ فإن الصكوك تكون مؤكدة ولذلك أيضاً لا حاجة للإجابة عن السؤال. ولكن من الناحية النظرية فإن موقع حملة صكوك المضاربة سابق لحملة الأسهم العادية باعتبار انه مرتبطون مع المصرف في عقد مضاربة لا يشاركون من خلاله في إدارة المصرف أو حضور الجمعية العمومية ويقتسمون الربح عند مستوى الربح القائم Gross Profit وليس الربح الصافي.

د- المسألة الثالثة: حق المصدر في التوقف عن دفع التوزيعات الدورية:

من المتطلبات الأساسية في الصكوك التي يقبلها الإشراف المصري جزءاً من الشق الأول من رأس المال ان تتضمن احتفاظ المصدر بحق الامتناع عن التوزيعات الدورية بإرادة منفردة دون ان يكون لحملة الصكوك حق الاعتراض. والمصدر عندما يفعل ذلك لا يلتزم بدفع هذه التوزيعات في المستقبل ولا تتراكم لهم حقوق تدفع في تاريخ مستقبلي وإنما يسقط الالتزام عن الدفع.

مشروعية هذا الشرط:

لقد رأت أكثر الهيئات الشرعية ان في هذا الشرط قدراً من الاجحاف في حق حملة الصكوك ولذلك اتجهت إلى القول بعدم جوازه. والهيئات الشرعية التي قبلته فإنما قبلته باعتبار انه أمر ولي الأمر ظهر له فيه مصلحة فألزم الناس به ولا يسعهم عصيانه.

ولكن التأمل في هذا الشرط يظهر لنا عدة أمور:

أ- ان هذا النوع من الشروط ليس جديداً فهو موجود في الأسهم إذ من المتعارف عليه ان الشركة المساهمة العامة غير ملزمة بدفع الربح لحملة الأسهم في كل تاريخ للتوزيع وإنما ذلك قرار راجع إلى مجلس الإدارة بحسب ما يراه مناسباً سواء حققت الشركة الأرباح أو كانت خاسرة. وهذا منصوص قوانين الشركات في كل مكان وهو من الصلاحيات المقررة لمجلس إدارة الشركة المساهمة. ولا يخفى ان نموذج الشركة المساهمة العامة يزيد عمره في بلاد المسلمين عن مائة سنة ولم نسمع من فقهاء الشريعة من اعترض على هذا العمل، فإذا كان من الأغراض المقصودة تقريب الصكوك المضاربة من وصف الأسهم فلا يستغرب ان تتضمن هذا الشرط كالصكوك ولا وجه للاعتراض عليه.

هـ - المسألة الرابعة: إجراءات عدم القدرة على الاستمرار:

ان الغرض الأساس الذي من أجله جاء معيار بازل (٣) هو جعل البنوك تعتمد على نفسها إذا تعرضت للصدمات وان تستغني عن الدعم الحكومي وان لا تعول على الدعم الخارجي من جهات أخرى هذا الدعم الذي ربما لا يكون موجوداً وقت الحاجة إليه. ولذلك كانت صكوك الشق الأول من رأس المال مصممة لامتناع الخسارة غير المتوقعة في رأس مال البنك. ولذلك قرر المعيار انه إذا انخفض الشطر الأول من رأس مال البنك من النسبة المعتمدة وهي ١٠,٥% من قيمة الأصول ذات المخاطر فأصبح ٥% من ذلك أو أقل فإن البنك يكون قد أصبح غير قابل للاستمرار^(١) بسبب تلك الخسائر إلا بالدعم لرأسماله فيجب عليه بناء على مقتضيات معيار بازل ٣ ان يتبنى واحداً من الإجراءات التالية:

- أ- شطب هذه الصكوك ولا يكفي ذلك بل يجب اعتماد الإجراءات التي تؤدي إلى جعل هذا الشطب ذاتياً أي معلقاً على شرط وصول الشق الأول إلى هذه النسبة أو إذا قرر البنك المركزي ان هذا البنك لم يعد لديه القدرة على الاستمرار تصبح الصكوك غير ذات قيمة ويكون هذا الشطب كلياً أو جزئياً بحسب الحالة.
- ب- أما الخيار الآخر فهو تحول هذه الصكوك إلى أسهم عادية بصورة ذاتية أيضاً بناء على ما جرى اعتماده مسبقاً في قانون الشركات ونظام البنك وشروط وأحكام الصكوك، إذ لا وقت لعقد اجتماعات مجالس الإدارة أو جمعيات عمومية وبهذا يكون حملة الصكوك مثل حملة الأسهم إذ تستخدم حصتهم جميعاً في درء الخسائر. فإذا صار البنك في وضع عدم القدرة على الاستمرار انقلبت الصكوك إلى أسهم عادية.
- وقد اقتصرتم البنوك المركزية في هذه المنطقة من العالم على خيار الشطب فقط دون خيار التحويل إلى أسهم عادية^(٢).

^١ - non-viable

^٢ - ولعل مرد ذلك إلى ان قوانين الشركات في دول المنطقة لا تدعم التحويل التلقائي (مسبق الموافقة) للصكوك إلى أسهم ولذلك يحتاج إلى قرارات تتخذ من مجالس الإدارة والجمعيات العمومية في اجتماعات غير عادية، ووضع عدم القدرة على الاستمرار لا يحتتمل مثل هذا التأخير إذ يترتب عليه اتميار البنك.

أولاً: مشروعية شرط الشطب:

يمكن ان نلاحظ للهيئات الشرعية ثلاثة أقوال بشأن شرط الشطب:

أ) القول الأول للهيئات الشرعية بشأن شرط الشطب هو ان الأصل في هذا الشرط عدم الجواز ولكن لا مانع من إصدار الصكوك مع وجود هذا الشرط باعتبار أنه مفروض من جهة رقابية سيادية قراراتها ملزمة للبنوك وهي البنك المركزي والذي تعتبر تعليماته من أوامر ولي الأمر التي لا يسع الناس عصيانها لما يترتب على ذلك من مفساد وليس هذا اجازة للشرط بل يبقى على أصل المنع لأنه شرط غير جائز في نظر تلك الهيئات.

ب) بعض هذه الهيئات الشرعية قبل هذا الشرط لعموم معنى الحديث "المسلمون على شروطهم" وان المعول على الرضا. فإذا قبل حملة الصكوك هذا الشرط وهم بالأوصاف المعتبرة شرعاً من جهة الأهلية فهو تبرع منهم. ولهم حق التبرع بأموالهم ولذلك جرى التأكيد على ضرورة إقرار حملة الصكوك بعلمهم وإقرارهم بذلك⁽¹⁾.

ج) على ان هيئات أخرى منعتة منعاً باتاً واعتبرته من أكل أموال الناس بالباطل وأن اشتراطه على حملة الصكوك لا يجوز لأن فيه ضمان الشريك وهو ممنوع ذلك ان خلط رأس مال المضاربة (متحصلات الصكوك مع أموال البنك) يجعل حملة الصكوك وحملة الأسهم طرفين في عقد مشاركة، فلا يجوز ان يختص حملة الصكوك بالخسران دون حملة الأسهم.

¹ - وقد نص في احد اصدارات الصكوك البنكية على ما يلي "وافق حملة الصكوك وأذنوا للبنك X ان يجعل أصول الصكوك رهناً لتوثيق الديون القائمة على بنك OX في حالة عدم كفاية أصول بنك X للوفاء بتلك المطلوبات قبل انتهاء مدة الصكوك ولا يدخل في ذلك حقوق المساهمين".

رأينا في المسألة:

الذي نراه ان هذا شرط مقبول من الناحية الشرعية إذا أقر حملة الصكوك بفهمهم له وإقرارهم به عند الاشتراك ومستندنا في ذلك ما يلي:

أ- القاعدة التي عليها جمهور الفقهاء في مسألة الشروط هي ان الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة ولا يجرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً. فهل هناك دليل على تحريم هذا الشرط نصاً أو قياساً؟.

- حقيقة هذا الشرط انه تبرع من حملة الصكوك في التنازل عن مستحقاتهم لصالح غرض اخراج المضارب من حرج الافلاس برضا وقبول منهم، علمين ان وجود هذا الشرط قد لوحظ عند تحديد نصيبهم من الربح، والمعول في ذلك على الرضا ألا ترى ان الكتاب الحكيم بعد أن أمرهم ان يعطوا النساء مهورهن عطيه واجبة وفريضة لازمة قال عز من قائل: (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً)^(١)، فجعل المعول على الرضا. وفي الحديث الصحيح: "لا يحل مال امرء مسلم إلا عن طيب نفس منه"^(٢)، والمقصود ان تطيب به نفسه على وجه شرعي والهبة أمر مشروع.

ب- غاية ما يقال في منع هذا الشرط ان فيه ضمان الشريك ذلك لأن خلط المضارب مال أرباب المال مع أمواله الخاصة يترتب عليه نشوء مشاركة فيضحى حملة الأسهم وحملة الصكوك شركاء في الوعاء فقالوا ان هذا الشرط يترتب عليه درء الخسران من قبل حملة الصكوك عن حملة الأسهم لأنهم قالوا ان الخسارة تغطي بحصة حملة الصكوك وتبقى حصة حملة الأسهم سالمة والجواب عن ذلك من عدة جهات:

أولاً: هذا الأمر لا يقع إلا إذا كان نصيب حملة الصكوك من الشق الأول من رأس المال هو ٥٥،٥% من الأصول البنكية المعرضة للخسارة، وهذا ليس واقع الحال في كل حالة. فإذا كانت الصكوك تمثل ١% فإن حملة الأسهم سيساهمون قطعاً في تحمل الخسران.

ثانياً: منذ تطبيق بازل (٣) لا نعرف انه قد حدثت أي حالة تطبيقية جرى فيها شطب الصكوك (أو السندات) حتى يعرف بالفعل ما إذا كان حملة الأسهم قد سلموا من الخسارة.

١ - سورة النساء آية ٤ .

٢ - رواه الحاكم من حديث عكرمة.

ثالثاً: الأهم من ذلك ان القول بعدم جواز ضمان الشريك ليس عليه إجماع فالإمام أحمد رحمه الله يجيزه، فقد جاء في مسائل الإمام أحمد رواية الكوسج^(١): "قلت قال الثوري ليس على الشريك ضمان إذا كفل لشريكه عن غريم لهما لأنه لا ينبغي لأحدهما ان يستوفي دون صاحبه، قال أحمد: إذا ضمن له نصيبه فهو ضامن قال اسحاق كما قال أحمد"، وله أيضاً "قال اسحاق بن منصور قلت قال سفيان في رجلين لهما على رجل ألف درهم فذهبا يتقاضيانه فقال أحدهما أنا أحبسه أو يعطيني قال شريكه لا تحبسه ونصيبك علي: ليس بشيء لأنه شريكه فيما عليه لا كفاله له قال أحمد: إذا قال علي فقد تحول عليه قال اسحاق كما قال أحمد"^(٢).

من كل هذا نقول ان شرط الشطب وان لم يكن الحل المفضل لكن القول بحرمته فيه مجازفة ولقبوله وجه والله أعلم، أما الحل الأفضل فهو تحول الصكوك إلى أسهم عادية.

ثانياً: مشروعية تحويل الصكوك إلى أسهم عادية:

لقد وجدت أكثر الهيئات الشرعية ان شرط تحول الصكوك إلى أسهم عادية لا ينافي مقتضى عقد المضاربة وفيه نفع للطرفين ولذلك لا أعرف أن هيئة شرعية منعتة.

وتخريج ذلك ان مصدر الصكوك دخل مع حملة الصكوك في عقد بيع معلق على شرط فيه ثمن (وهي الصكوك) ومثمن (وهي الأسهم) وعاقدان وإيجاب وقبول وقد تحدد الثمن (ثلاثة صكوك مثلاً) والمثمن (خمسة أسهم مثلاً) وجاء البيع معلقاً على شرط انخفاض الشق الأول من رأس المال إلى ٥٠،٥% من أصول البنك ذات المخاطر، فإذا انخفضت، وقع البيع فلا حاجة لإجراءات مستجدة، وتعليق البيع بالشرط مما اختلف عليه الفقهاء وقد نص الإمام أحمد على جوازه^(٣)، وهو المذهب عند الحنابلة^(٤).

١ - ج ٢، ص ٦٢.

٢ - مسائل الإمام أحمد للكوسج مسألة رقم ٢٢٨٩.

٣ - اعلام الموقعين، ج ٣، ص ٣٨٨.

٤ - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج ٤، ص ٥٦٨.

الاقتصار على شرط الشطب دون خيار التحويل إلى أسهم في بعض البلدان:

ان المراقب لإصدارات صكوك الشق الأول في دول الخليج يلاحظ إقتصارها على خيار الشطب الكلي أو الجزئي للصكوك دون العمل بخيار تحويل الصكوك إلى أسهم ولا يرجع السبب في ذلك إلى المصارف المصدرة لهذه الصكوك أو البنوك المركزية وإنما يرجع إلى عدم وجود النصوص اللازمة في قوانين الشركات التي تسمح بالتحويل الذاتي للصكوك إلى أسهم، ليس هناك ما يمنع من الناحية القانونية من تحويل الصكوك إلى أسهم إلا ان ذلك - حسب الإجراءات المنصوصة في قانون الشركات - يحتاج إلى اجتماع لمجلس إدارة البنك ثم إلى جمعية العمومية في اجتماع غير عادي للموافقة على ذلك، والاشكال ان الوضع الذي يجد البنك نفسه محتاجاً للدعم العاجل لتعرضه لصدمة لا يسمح بالوقت الكافي لمثل هذه الإجراءات التي قد تستغرق أسابيع على أقل تقدير لا سيما ان محاضر هذه الاجتماعات حتى تصبح قانونية لا بد ان توافق عليها الجهة المشرفة على الشركات المساهمة، أضف إلى ذلك ان نجاح عملية التحويل مرتبط بعنصر المفاجأة. ويبدو ان قانون الشركات الجديد في المملكة العربية السعودية الصادر في سنة ٢٠١٥م قد أخذ ذلك بالاعتبار إذ نص في المادة الثانية والعشرين بعد المائة على ما يلي:

"لا يجوز للشركة إصدار أدوات دين أو صكوك تمويلية قابلة للتحويل إلى أسهم إلا بعد صدور قرار من الجمعية العامة غير العادية يحدد فيه الحد الأقصى لعدد الأسهم التي يجوز ان يتم إصدارها مقابل تلك الأدوات أو الصكوك سواء أصدرت تلك الصكوك في الوقت نفسه أو من خلال سلسلة من الإصدارات أو من خلال برنامج أو أكثر لإصدار أدوات دين أو صكوك تمويلية ويصدر مجلس الإدارة دون حاجة لموافقة جديدة من هذه الجمعية أسهماً جديدة مقابل تلك الأدوات أو الصكوك التي يطلب حاملوها تحويلها فور انتهاء فترة طلب التحويل المحددة لحملة تلك الأدوات أو الصكوك ويتخذ المجلس ما يلزم لتعديل نظام الشركة الأساس فيما يتعلق بعدد الأسهم المصدرة ورأس المال".

والعبارة المهمة هنا هي قوله: "دون حاجة إلى موافقة جديدة"، وهذا يعطي الصلاحية للبنك فيما يبدو (وان لم يجرب بعد) على النص في وثائق إصدار الصكوك على تحويلها ذاتياً إلى أسهم عادية، بعد ان تكون الجمعية العمومية قد اتخذت قراراً مسبقاً بذلك.

والحمد لله أولاً وآخراً، وفق الله الجميع لما يحب ويرضا.

بسم الله الرحمن الرحيم

صكوك الشق الأول (الشريحة الأولى) من رأس المال، وفق معايير بازل

مؤتمر أيوفي السنوي السادس عشر للهيئات الشرعية

الأحد والاثنين

23-22 رجب 1439هـ / 8-9 إبريل 2018م

فندق الدبومات – مملكة البحرين



الدكتور أسيد الكيلاني

مكونات رأس مال البنك وفق "بازل 3"



رأس المال النظامي (الرقابي)	المشق الأول	رأس المال الأصلي (حقوق الملكية - الأسهم)
	المشق الثاني	رأس المال الإضافي (صكوك الشق الأول)
		رأس المال الثانوي (صكوك الشق الثاني)

يتكوّن رأس المال النظامي (الرقابي) للبنك من
سقين:

- شق أول (Tier 1)، ويدخل فيه:

(1) رأس المال الأصلي، الذي تمثله حقوق

الملكية (Common Equity) - الأسهم

(2) رأس المال الإضافي (Additional

Capital) - صكوك الشق الأول

- شق ثانٍ (Tier 2)، ويدخل فيه رأس المال

الثانوي (Tier 2 Capital) - صكوك الشق الثاني



أهمیه صكوك الشق الأول للبنوك الإسلامیه

« تعزيز الملاءة المائتة للبنك بوجه عام، بزيادة قاعدته الرأسمالية، بما يُعزِّز "كفاية رأس المال"، ويقوي قدرة البنك على الوفاء بالتزاماته، دون حاجة لزيادة رأس المال الأصلي أو زيادته زيادة كبيرة بإصدار أسهم جديد لتلبية معايير رأس المال ونسب كفاية رأس المال الجديدة وفق متطلبات "بازل3". وقد جاء في مقدمة "مخيار كفاية رأس المال - بازل (3) للبنوك الإسلاميه"، لبنك الكويت المركزي، أن التعديلات في المعيار - وفق بازل3 - تهدف إلى "تحسين جودة رأس المال وزياد نسبة رأس المال الرقابي بما يساعد على امتصاص الخسائر، بالإضافة إلى بناء مصدات رأس مال إضافية في إطار سياسة التحوط الكلي التي تطبقها السلطات الرقابية للحد من المخاطر النظامية وتعزيز الاستقرار المالي".

« مع إلزام الجهات الرقابية ببازل3، فإن عدداً من البنوك الإسلاميه التي لا تزيد رأس مالها الأصلي زيادة كبيرة أو لا تُصدر صكوكاً من الشق الأول أو الشق الثاني أو منهما معاً، لن تتمكن من تلبية متطلبات "بازل3"، ولن تستطيع الاستمرار. فهذه الصكوك "نازلة" تطبق 3 بمعايير أو شروط لا خيار فيها، للتكيف مع واقع مفروض على البنوك الإسلاميه.



معايير صكوك الشق الأول وفق "بازل3"

من أهم ما تشترطه "بازل3" لعدّ الصكوك من "الشق الأول من رأس المال"، يحصل بها البنك على "رأس مال إضافي":

(1) أن تكون مستمرّة غير محدّدة المدة (Perpetual)، وأن لا يكون لحملتها المطالبة باستردادها (تصفيتها)، فتستمر - في الأصل - إلى أن تتم تصفية البنك المصدر لها، شأنها في ذلك شأن أسهمه، وإن كان للبنك تسبيلها بعد مضي خمسة سنوات من إصدارها، أو قبل ذلك في حالات محدّدة، بشروط معيَّنة تحددها الجهات الرقابية.

(2) أن تكون لها القدرة على امتصاص خسائر البنك، فتتأخّر في الاستيفاء عند تصفية البنك للإعسار أو الإفلاس - أي عند وجود خسارة - عن الالتزامات العادية للبنك، وهي الالتزامات التي تكون للمودعين والدائنين العامين، وعن الالتزامات الأعلى منها رتبة (وهي الالتزامات التي تكون لحملة صكوك الشق الثاني من رأس المال)، وتتقدّم على أسهم البنك نفسه.

(3) أن يكون للبنك المصير لها الحق في إلغاء دفع أرباح لحملتها في التواريخ المحدّدة لتوزيع الأرباح، بشرط عدم توزيع أرباح على حملة أسهم البنك.

معايير صكوك الشق الأول وفق "بازل3"



4) أن الأرباح التي لا تُدفع لا تتجمع مع الأرباح الجديدة، فهي غير تراكمية (Non-cumulative)، فإذا لم توزع فإنه لا يكون لحملة الصكوك المطالبة بتوزيعها في فترة لاحقة. ويكون للبنك استخدامها في سداد ما عليه من التزامات.

5) أن تكون غير مضمونة وغير مغطاة بكفالة من البنك المصدر لها أو من أي جهة ذات علاقة به.

6) أن تتضمن شروطها إمكانية سطبها كلياً أو جزئياً، أو تحويلها إلى أسهم عادية، بقرار من الجهة الرقابية عند وصول البنك المصدر لها إلى حال عدم القدرة على الاستمرار (Point of Non-Viability) أو لحمايته من الوصول إلى هذه الحال.

وبذلك تشارك هذه الصكوك أسهم المؤسسة في بعض خصائصها، وتكون أداة هجيناً (Hybrid)، فيها من خصائص الأسهم وخصائص الصكوك العادية.

وهذه المعايير (أو الشروط) ملزمة، يجب أن تهيكل الصكوك وفق مقتضياتها، وبذلك تختلف هذه الصكوك عن الصكوك العادية التي لا يلزم مصدرها بشيء من ذلك في شروطها وأحكامها.

5

الصيغ المناسبة لصكوك الشق الأول من رأس المال



- من معايير صكوك الشق الأول من رأس المال وفق "بازل3"، يتبين أن صيغ المعاوضات (المداينات) لا تصلح لهذه الصكوك. فهي لا يمكن أن تكون غير محددة المدّة، كما أن الدين الناشئ عنها، تمناً أو أجرّة، يجب أن يكون معلوم المقدار وأجل السداد.

- ولذا، فقد:

= ذهب "المعيار المعدّل لكفاية رأس المال للمؤسسات التي تقدّم خدمات مالية إسلامية"، لمجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB)، الصادر في ديسمبر 2013، إلى اختيار صيغة المشاركة "في إجمالي أصول المؤسسة"، صيغةً لهذه الصكوك.

= وذهب "معيار كفاية رأس المال - بازل (3) للبنوك الإسلامية"، لبنك الكويت المركزي، الصادر في يونيو 2014، إلى اختيار صيغة "المشاركة في إجمالي أصول البنك"، صيغةً لهذا الصكوك، مسترشداً في ذلك بمعيار مجلس الخدمات أعلاه.

6

الصيغ المناسبة لصكوك الشق الأول من رأس المال



= وذهب الإطار العام لكفاية رأس المال للبنوك الإسلامية "Capital Adequacy Framework for Islamic Banks"، لبنك نيجارا ماليزيا، الصادر في فبراير 2018، إلى أن صيغة هذه الصكوك يجب أن تكون مطلقة (Unrestricted) ولا تقوم على عقد معاوضة (Non-exchange based contracts)، كأن تكون: مشاركة أو مضاربة أو وكالة. والمقصود بالوكالة الوكالة بالاستثمار.

= وإصدارات البنوك الإسلامية من هذه الصكوك، لم يرق شيء منها على عقد معاوضة (مفرداً أو مركباً)، وقد استخدم معظمها صيغة المضاربة المطلقة في الوعاء العام للبنك.

- والذي يظهر من المعيير الموضوعية من "بازل3" لصكوك الشق الأول من رأس المال، أن الصيغة المناسبة لهذه الصكوك هي المضاربة المطلقة في الوعاء العام للبنك، التي تؤول إلى مشاركة بخلط رأس مالها بحقوق الملكية. وهذه معدودة في المشاركة التي ذهب إليها معيار مجلس الخدمات ومعيار بنك الكويت المركزي وإطار بنك نيجارا ماليزيا.

7



المسألة الأولى:

عدم تأقيت المشاركة أو المضاربة، مع لزومها إلى تصفية البنك:

8



عدم تأقيت المشاركة أو المضاربة، مع لزومها إلى تصفية البنك

- الأصل فقهاً عدم تأقيت المشاركة أو المضاربة، فتجري صكوك الشُّق الأول من رأس المال على ذلك، حيث تستمر المشاركة أو المضاربة فيها - في الأصل - مع تليب موجوداتها إلى تصفية البنك، والتصفية تنضيض (تأم) حقيقي، وهو التضيض المعنى بكلام الفقهاء السابقين.

- لكن هل تكون المشاركة أو المضاربة مع عدم التأقيت لازمة؟

= المالكية في المشهور، خلافاً للجمهور، على أن عقد الشركة عقد لازم، فتستمر إلى أن ينض المال بعد العمل.
 = ذهب المالكية، خلافاً للجمهور، إلى لزوم عقد المضاربة - لطرفيه - بشروع المضارب بالعمل، وتستمر إلى التوض. ويتحقق الشروع بالعمل في الصكوك بإيداع رأس مالها في الوعاء العام للبنك.
 = تم إن الاتفاق على لزوم المشاركة أو المضاربة إلى تصفية البنك يلحق بما اقتضاه التعامل المالي المعاصر، من الآتي:

* ما ذهب إليه قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 123 (13/5)، من عدم ثبوت حق فسخ المضاربة "إذا تعهد رب المال أو المضارب بعدم الفسخ خلال مدة معينة..."، فتكون لازمة للمدة المضروبة في حق المتعهد أو في حقهما إذا كان التعهد منهما، وما نص عليه البند (1/6/1/3) من المعيار الشرعي رقم (12) بشأن الشركة (المشاركة والشركات الحديثة)، من أنه: "... يجوز أن يتعهد الشركاء تعهداً ملزماً لهم ببقاء الشركة مدة معينة". ومثل المدة أن يستمر الشهد إلى التصفية.

9



عدم تأقيت المشاركة أو المضاربة، مع لزومها إلى تصفية البنك

* أن من أجاز من الفقهاء تأقيت المضاربة (وهم الحنفية والحنابلة في المذهب) لم يجعلوها لازمة قبل انتهاء وقتها، وفسروا أثر التأقيت على منع المضارب من العمل في مال المضاربة بعد انتهاء مكنها ومع ذلك، فقد نص البند (2/3/4) من المعيار الشرعي رقم (13) بشأن المضاربة على أنه: "إذا اتفق الطرفان على تأقيت المضاربة، فلا يحق إنهاؤها قبل ذلك الوقت إلا باتفاق الطرفين". كما أن قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي، السابق، أجاز تأقيت المضاربة ولم يجعل اللزوم أثراً له، ونص - كما تقدم - على أن اللزوم يكون يتعهد بعدم الفسخ مدة معينة فيكون اللزوم أمراً زائداً على التأقيت الذي أجازته الفقهاء، ثبت بالاتفاق مقيداً بمدة المضاربة، فيجوز أن يقيد بما يقع التراضي عليه، ومن ذلك أن يكون إلى تصفية البنك.

= تم إن الفقهاء لم يتفقوا على مخالفة مطلق اللزوم لمقتضى عقد المشاركة أو عقد المضاربة، فالمشهور عند المالكية أن عقد الشركة لازم إلى التوض، وهم يرون لزوم المضاربة بشروع المضارب بالعمل. والظاهر أن الاتفاق على اللزوم إلى تصفية البنك لا ينافي مقصد أي من هذين الحقلين، وفيه مصلحة لطرفي العقد، وقد حرر ابن تيمية قبول الشرط الذي لا ينافي مقصود الشراع أو مقصود العقد.

- فكيف يكون للبنك (الشريك أو المضارب) طلب تصفية الصكوك بعد مضي خمس سنوات (أو قبلها في حالات معينة) من إصدارها؟

التصفية الحاصلة ليست فسخاً، وإنما هي شراء من البنك لحصة شريكه (حملة الصكوك) في موجودات المشاركة أو لحصة رب المال (حملة الصكوك) في موجودات المضاربة. وإعطاؤه هذا الحق بمثابة وعد ملزم من حملة الصكوك بالبيع له، والصحيح التصريح بهذا الوعد وتوثيقه بمستند خاص.

10



المسألة الثانية:

تأخر حملة صكوك الشق الأول من رأس المال عن "المودعين والذائنين العلمين" وتقدمهم على "المساهمين" عند التصفية للخسارة (بالتطبيق على الصكوك القائمة على المضاربة):

11



مقدمات أولية لسلامة التطبيق

أولاً: يجب أن تكون شروط وأحكام الحسابات الاستثمارية (حسابات المضاربة) لدى البنك مقبولةً شرعاً، فلا يضمن البنك أرصدها إلا إذا تحدى أو قصر أو خالف شروط التعاقد.

ثانياً: يجب أن تكون شروط وأحكام عقد المضاربة الخاص بالصكوك مقبولةً شرعاً، فلا يضمن البنك رأس مالها إلا إذا تحدى أو قصر أو خالف شروط التعاقد.

ثالثاً: يجب النص في عقد المضاربة الخاص بالصكوك على أن رأس مالها يُستثمر في الوعاء العام للبنك، مع الإذن أو التفويض بإضافته إلى (أو بخلطه مع) حقوق الملكية (التي للمساهمين) في هذا الوعاء، بحيث يشاركها على السبوع في جميع مالها من حقوقٍ وما عليها من التزاماتٍ.

12

مقدمات أولية لسلامة التطبيق

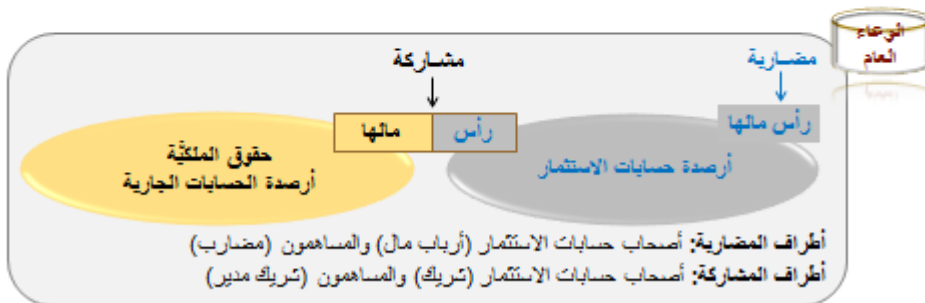
رابعاً: أن اشتراط "بازل3" تقدّم "المودعين" على أصحاب صكوك التّق الأوّل من رأس المال، يكون في حوقهم التّابتة لهم بعقد الإيداع، كما هو المقترضى. فإن كان هذا العقد قرضاً، كما هو الشأن في البنوك الربوية أو في الحسابات الجارية لدى البنوك الإسلامية، ثبتت حقهم وفقاً لشروط وأحكامه، وإن كان مضارباً، كما هو الغالب في الحسابات الاستثمارية لدى البنوك الإسلامية، ثبتت حقهم وفق شروطه وأحكامه أيضاً. ويبدو أن تكون "بازل3" قد أخذت هذا في اعتبارها. والواجب - احتياطاً - النّص في شروط وأحكام الصّكوك على أن المودعين يتقدّمون في "المستحقّ" لهم على البنك، وهو نصّ ممكن في التطبيق.

خامساً: لا يجوز تقديم مودع على مودع أو طرفٍ شريكٍ في الوعاء العام في الاستيفاء عند الخسارة بنحو يؤدّي إلى عدم تحمّل المودع المقدم حصّته من الخسارة الواجب عليه تحمّلها شرعاً، وذلك منعا لضمان الشّريك حصّة شريكه في المشاركة (قطع المشاركة في الخسارة) أو ضمان المضارب رأس مال المضاربة أو هما معاً. وهو أساس منع الأسهم الممتازة التي "لها خصائص ماليّة تؤدّي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الرّبح أو تقديمها عند التّصفية أو عند توزيع الأرباح". وهو أصل الإشكل في التأخّر والأولوية في الاستيفاء في صكوك التّق الأوّل من رأس المال.

13

مكوّنات الوعاء العام للبنك الإسلامي (من مصادر الأموال) - صورة مبسّطة

- « رأس المال الأصلي (أو حقوق الملكية)
- « أرصدة الحسابات الجارية (على أساس الإقراض)
- « أرصدة حسابات الاستثمار (على أساس المضاربة)



14

مكوّنات الوعاء العام للبنك الإسلامي (من مصادر الأموال) – صورة مبسّطة



« قرض: المساهمون "مقرضون"، وأصحاب الحسابات الجارية "مقرضون". (المساهمون يضمّنون الأرصدة في أموالهم).

« مضارية (حسابات الاستثمار): المساهمون "مضارب" وأصحاب حسابات الاستثمار "أرباب مال"، ورأس مليها "أرصدة هذه الحسابات". (المساهمون يضمّنون أرصدها إن كانت الخسارة بسبب التّحدي أو التّقصير أو مخالفة التّروط، والضّمان في حقوق الملكيّة).

« مشاركة (الوعاء العام): بين حقوق الملكيّة وأرصدة الحسابات الجارية (المساهمين) وبين أرصدة حسابات المضارية (أصحاب هذه الحسابات). والمشاركة تتشأن بخلط رأس مال المضارية (المأذون به من أرباب المال) بمال المضارب. ورأس مالها مجموع "حقوق الملكيّة وأرصدة الحسابات الجارية، وأرصدة حسابات الاستثمار".

15

الصّيغة المقترّضة في صكوك الشّق الأول من رأس المال



« المضارية بين حملة الصّكوك (أرباب المال) والبنك (المضارب)، وفيها:

- رأس مال المضارية يُستثمر في الوعاء العام للبنك.

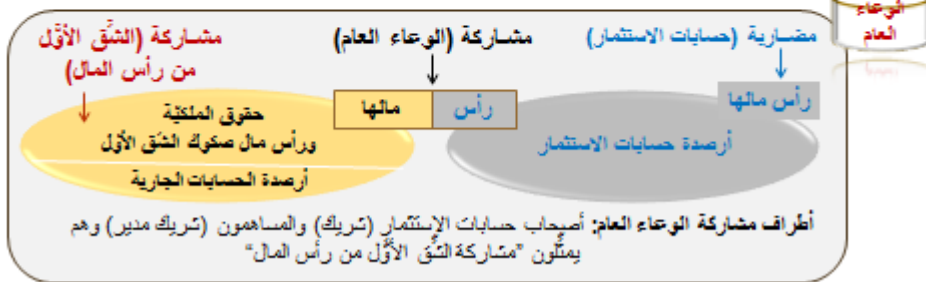
- المضارب مأذون له بخلط رأس مال المضارية بأمواله.

- يدخل رأس مال المضارية في الوعاء العام مع حقوق الملكيّة، ويكتسب صفتها في علاقتها بالمكوّنات الأخرى للوعاء، كما لو أنه زيادة لرأس المال الأصلي، بإصدار أسهم جديدة.

16

مكونات الوعاء العام (من مصادر الأموال) بعد إصدار صكوك الشق الأول

- « رأس المال الأصلي (أو حقوق الملكية) »
- « رأس مال صكوك الشق الأول من رأس المال »
- « أرصدة الحسابات الجارية (على أساس الإقراض) »
- « أرصدة حسابات الاستثمار (على أساس المضاربة) »



17

موقع رأس مال الصكوك في الوعاء العام، وحال العلاقات فيه

- يوظف رأس مال الصكوك في الوعاء العام في جانب حقوق الملكية (بمتابفة زيادة في رأس المال الأصلي، لأنه رأس مال إضافي)، فتصبح العلاقات في الوعاء وفق الآتي:
- « مضاربة (الشق الأول من رأس المال): المساهمون "مضارب" وحفلة الصكوك "أرباب مال". (المساهمون يضمنون أرصدها إن كانت الخسارة بسبب التحدى أو التصيير أو مخالفة الشروط، والضمان يقتصر على حقوق الملكية). ورأس مالها هو "رأس مال الصكوك". »
 - « مشاركة (الشق الأول من رأس المال): بين المساهمين (بحقوق الملكية) ورأس مال مضاربة الشق الأول من رأس المال. والمشاركة تتشأن بالخلط. ورأس مالها "حقوق الملكية ورأس مال مضاربة الشق الأول من رأس المال". »
 - « قرض: المساهمون بصفتهم ممثلين لمشاركة الشق الأول من رأس المال "مقرضون"، وأصحاب الحسابات الجارية "مقرضون". (المساهمون وحفلة صكوك الشق الأول يضمنون الأرصدة في أموال مشاركة الشق الأول من رأس المال، لأنها المقرضة). »
 - « مضاربة (حسابات الاستثمار): المساهمون بصفتهم ممثلين لمشاركة الشق الأول من رأس المال "مضارب" وأصحاب حسابات الاستثمار "أرباب مال". (المساهمون وحفلة صكوك الشق الأول يضمنون أرصدها إن كانت الخسارة للتحدى أو التصيير أو مخالفة الشروط، والضمان يكون في أموال مشاركة الشق الأول من رأس المال). »
 - « مشاركة (الوعاء العام): بين المساهمين بصفتهم ممثلين لمشاركة الشق الأول من رأس المال (بأموال هذه المشاركة: رأس مالها وأرصدة الحسابات الجارية) وأرصدة حسابات المضاربة. والمشاركة تتشأن بالخلط. »

تطبيق التأخر وأولوية الاستيفاء عند التصفية للخسارة



أولوية الاستيفاء وفق
"بازل 3":

1 أصحاب الحسابات
(المودعون)

2 حملة صكوك
الشق الأول

3 حملة الأسهم

19

تطبيق التأخر وأولوية الاستيفاء عند التصفية للخسارة



أولاً: إن لم ترجع الخسارة إلى تعدي البنك أو تقصيره أو مخالفته الشروط:

✓ أصحاب الحسابات الجارية:

حَقُّهم: كل الأرصدة (لأنهم مقرضون)

مصدر الاستيفاء: أموال مشاركة الشق الأول من رأس المال، لأن المساهمين اقترضوا لها (لا شأن
لأموال مضاربة حسابات الاستثمار بهذه الحسابات)

✓ أصحاب حسابات الاستثمار (مضاربة حسابات الاستثمار):

حَقُّهم: الباقي بعد تحمُّل حصَّتهم من الخسارة (وهو شرط في المضاربة)

مصدر الاستيفاء: الوعاء العام (دون أن يتحمَّلوا شيئاً من حقِّ أرصدة الحسابات الجارية)

20

تطبيق التأخر وأولوية الاستيفاء عند التصفية للخسارة



- ✓ **حملة صكوك الشئ الأول (مشاركة ومضاربة الشئ الأول من رأس المال):**
حقهم: الباقي بعد حسم حصتهم في أرصدة الحسابات الجارية (وفق مشاركة الشئ الأول من رأس المال)، وتحمل حصتهم من الخسارة (وهو شرط في مضاربة الشئ الأول من رأس المال).
مصدر الاستيفاء: الوعاء العام (بالنسبة والتناسب)، بعد حسم حصتهم في أرصدة الحسابات الجارية.
- ✓ **حملة الأسهم (المساهمون):**
حقهم: الباقي بعد حسم حصتهم في أرصدة الحسابات الجارية (وفق مشاركة الشئ الأول من رأس المال)، وتحمل حصتهم من الخسارة (في مشاركة الوعاء العام ومن تم مشاركة الشئ الأول من رأس المال).
مصدر الاستيفاء: الوعاء العام (بالنسبة والتناسب)، بعد حسم حصتهم في أرصدة الحسابات الجارية.

21

تطبيق التأخر وأولوية الاستيفاء عند التصفية للخسارة



ثانياً: إن رجعت الخسارة إلى تعدي البنك أو تقصيره أو مخالفته للشروط:

- ✓ **أصحاب الحسابات الجارية:**
حقهم: كل الأرصدة (لأنهم مقرضون).
مصدر الاستيفاء: أموال مشاركة الشئ الأول من رأس المال، لأن المساهمين اقرضوا لها (لا شأن لأموال مضاربة حسابات الاستثمار بهذه الحسابات).
- ✓ **أصحاب حسابات الاستثمار (مضاربة حسابات الاستثمار):**
حقهم: كل الأرصدة بسبب الضمان (والضمان في هذه الحال شرط في المضاربة).
مصدر الاستيفاء: الوعاء العام، من الباقي من رأس ملهم بعد حسم الخسارة، ومن أموال مشاركة الشئ الأول من رأس المال التي يمثلها المساهمون (المضارب/التشريك المدير) لجبر الخسارة.

22

تطبيق التأخر وأولوية الاستيفاء عند التصفية للخسارة



✓ حملة صكوك التمتع الأول من رأس المال:

حقهم: كل رأس مال الصكوك.

مصدر الاستيفاء: الوعاء العام، من الباقي من رأس مالهم، ومن أموال المساهمين الأصلية (المضارب/الشريك المدير) لجبر الخسارة.

✓ حملة الأسهم:

حقهم: الباقي في الوعاء العام (إن وجد شيء).

مصدر الاستيفاء: الوعاء العام.

23

المسألة الثالثة:

حقّ البنك المصدر في تسهيل الصكوك بعد خمس سنوات من إصدارها، أو قبل ذلك في حالات خاصة، على أن يردّ رأس المال:

24

حقّ البنك في تسهيل الصكوك بعد خمس سنوات من إصدارها، أو قبل ذلك في حالات خاصة، على أن يردّ رأس المال



- إذا لم تعد الصكوك مجدية للبنك، فله - بمحض اختياره - تسهيلها، ورد ما يساوي رأس المال، بعد مضيّ خمس سنواتٍ على إصدارها، أو قبل ذلك في حالات خاصة، بشروطٍ معيّنة.
- ويمكن تطبيق ذلك بأحد طريقتين:

الأول: التّص على أن على البنك أن يعوّم موجودات المضاربة (بالتّضيض الحُكمي)، فإن وجد أن رأس مال الصكوك سالمٌ، فله التسهيل، وإلا فهو بين خيارين: (1) الاستمرار بالمضاربة وإبقاء الصكوك دون تسهيل. (2) تسهيل الصكوك - إن رأى ذلك - ودفع ما يساوي رأس مالها. وليس هذا من ضمان رأس المال، لأن البنك مخيّر بين التسهيل وعدمه، وليس لحملة الصكوك إجباره على التسهيل وجبر الخسارة. فما يدفعه البنك هو تبرّع محض منه في حينه.

الثاني: أن يعد حملة الصكوك البنك وعداً ملزماً ببيعه حصّتهم في موجودات المضاربة (أو في موجودات مشاركة التّصّ الأول من رأس المال) بما يساوي رأس مال المضاربة، بعد مضيّ خمس سنوات من إصدار الصكوك، أو في الحالات المحددة للتسهيل قبل ذلك. ولا يأخذ هذا الوعد حكم الضمان، لأنه من ربّ المال، والمضارب مخيّر في تنفيذه.

25

حقّ البنك في تسهيل الصكوك بعد خمس سنوات من إصدارها، أو قبل ذلك في حالات خاصة، على أن يردّ رأس المال



- ولعلّ بالإمكان القول: إن الطّريق الأوّل هو في حكم الطّريق الثاني، وإن لم يُصرّح فيه بالوعد الملزم من حملة الصكوك، لأن التّسهيل يتمّ بشراء البنك حصّة حملة الصكوك بمبلغ يساوي رأس مال المضاربة.

26



المسألة الرابعة:

حقّ البنك المصدر في إلغاء دفع الربح الدوري لحملة الصكوك بشرط
عدم دفع أرباح للمساهمين:

27



حقّ البنك في إلغاء دفع الربح الدوري لحملة الصكوك بشرط عدم دفع أرباح للمساهمين

- إذا لم يكن قد تحقّق ربح، فالأمر ظاهر. وإذا كان قد تحقّق ربح، فلا إشكال فقهاً في إعطاء البنك (المضارب والشريك المدير أو الشريك المدير) هنا الحق، ما دام أن ما تحقّق من ربح يبقى لحملة الصكوك، فيودع في "احتياطي"، ويُستثمر بشروط مُتّفي عليها. وهو حاصل في التطبيق.
- ومما هو من هذا القبيل: ما نصّه عليه البند (3/2/1/3) من المعيار الشرعي رقم (40) بشأن "توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة"، من جواز اقتطاع المؤسسة (المضارب) "احتياطي معتل الأرباح" من ربح المضاربة الإجمالي، الذي فيه نصيب أصحاب الحسابات (أرباب المال) ونصيب المؤسسة (المضارب)، واقتطاعها أيضاً "احتياطي مخاطر الاستثمار" من ربح أصحاب الحسابات فقط. وما جاء في البند (13/5/1/3) من المعيار الشرعي رقم (12) بشأن "الشركة (المشاركة) والشركات الحديثة"، من أنه: "يجوز النص بالاستناد إلى نظام الشركة أو إلى قرار من الشركاء على الاحتفاظ بأرباح الشركة دون توزيع، أو حسم نسبة معيّنة من الأرباح بشكل دوري تقوية لملاءة الشركة، أو لتكوين احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال، أو للمحافظة على معدّل توزيع الأرباح".

28



المسألة الخامسة:

منع تراكم الأرباح غير الموزعة، وفقد حملة الصكوك حق المطالبة بما لم يدفع منها:

29



منع تراكم الأرباح غير الموزعة، وفقد حملة الصكوك حق المطالبة بما لم يدفع منها

- الذي أمكن في التطبيق، النص على أن ما تم إلغاء دفعه من الربح فإنه:
= يودع في "احتياطي الربح"، ويبقى ملكاً لحملة الصكوك، ويستثمر بشروط متفق عليها. والصحيح أن يستثمر بشروط المشاركة أو المضاربة نفسها، وأن يُضاف رصيده إلى رأس مال حملة الصكوك، ليتمكن للبنك استخدامه في سداد الالتزامات (في حكم رأس المال الإضافي).
= وإنا لم يتحقق ربح لحملة الصكوك أو تحقق ربح أقل من النسبة المتوقعة، فإنه يُدفع من "الاحتياطي".
= وإن بقي شيء من "الاحتياطي" عند تصفية البنك، فإنه يكون للبنك (للمساهمين) حافزاً.
وبهذا، لا يُفقد حملة الصكوك الربح الذي ألغى دفعه، وإنما يقيد طريق الوصول إليه.
- فإن تعدد مثل ذلك، وصار الربح غير المدفوع للبنك، مستأثراً بجميع ربح المشاركة أو المضاربة، فإن هذا في المشاركة لا يجوز باتفاق الفقهاء، لأنه قطع للمشاركة في الربح، أما في المضاربة، فقد ذهب المالكية إلى أن جعل كل الربح للمضارب لا ينتهي عنه صفة المضارب ولا تنتقل به المضاربة قرضياً، إن نفي الضمان عن المضارب (إلا في حال التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط) وسميت العلاقة "قرضاً". (وهذا وجه مناسبة صيغة المضاربة دون صيغة المشاركة المبدأة، لهذا الصكوك).

30

منع تراكم الأرباح غير الموزعة، وفقد حملة الصكوك حق المطالبة بما لم يُدفع منها



- لكن إن اختار البنك تسهيل الصكوك في الأحوال المسموح له فيها بذلك، ورد رأس المال لحملةائها، ولم يكن قد دفع لهم شيئاً من الربح، مع تحقق ربح، وأودعه في "احتياطي الربح"، فإن المؤدى أن يكون حملة الصكوك قد خرجوا من المشاركة أو المضاربة دون الحصول على شيء من الربح الذي تحقق لهم. فهل تكون هذه الصورة من استئثار البنك بجميع ربح المشاركة أو ربح المضاربة، فيقال فيها ما قيل في الصورة السابقة؟

الجواب:

أن هذه تختلف عن الصورة السابقة، لأن التسهيل - كما تقدم - يتم بشراء البنك حصّة حملة الصكوك في موجودات المشاركة أو المضاربة، وحقهم في "الاحتياطي" جزءاً من هذه الموجودات، وهذا نظير ما نص عليه البند (9/4) من المعيار الشرعي رقم (40) بشأن "الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة"، من أنه: "يجوز تخارج أحد أصحاب الحسابات بجميع مبلغه أو بعضه وذلك يمثل مصالحته على حصته في موجودات المضاربة، وليس استرداداً للمبلغ النقدي (المودع في الحساب) كلياً أو جزئياً، وإذا قام المصرف بتحديد المبلغ المتخارج به، بحيث لا يربح شيئاً أو يروح أقل مما يستحقه لو بقي، فإن هذا جائز، وليس حرماً من الربح، بل هو تخارج بحسب العرض والطلب".

31

المسألة السادسة:

خيارات حل عدم القدرة على الاستمرار (Point of Non-Viability):
الشطب التام لموجودات الصكوك أو الشطب الجزئي لها أو تحويل
الصكوك إلى أسهم عادية:

32

خيارات حال عدم القدرة على الاستمرار (Point of Non-Viability)



- حال (أو نقطة) عدم القدرة على الاستمرار (Point of Non-Viability)، هي - إجمالاً - الحال التي تُقدَّر فيها الجهة الرقابية أن البنك قد وصل إلى نقطة عدم القدرة على الاستمرار أو أنه سيصل إلى هذه النقطة، وأنه لا سبيل له للاستمرار إلا: بسطب صكوك الشَّقِّ الأوَّل شطباً تاماً وضماً موجوداتها إلى رأس المال الأصلي أو بسطب هذه الصكوك جزئياً بالقدر اللازم للاستمرار أو بتحويل الصكوك إلى رأس مال أصلي (أسهم عاديّة).
- يدخل في "عدم القدرة على الاستمرار" (Non-Viable)، الإعسار أو الإفلاس أو عدم القدرة على دفع جزئى مؤثّر من الالتزامات أو عدم القدر على الاستمرار في العمل في ضوء نسب رأس المال المفروضة من الجهة الرقابية أو غير ذلك مما تحدّده الجهات الرقابية.
- الغرض من وجود هذا الشرط في أدوات "رأس المال الإضافي"، ومنها صكوك الشَّقِّ الأوَّل من رأس المال، منع تكرار ما حصل في الأزمة الماليّة العالميّة (2008) من احتياج البنوك للدّعم الحكومي لمنع انهيارها، فيمثل هذا الشرط ترتفع قدرة القاعدة الرأسماليّة للبنوك على امتصاص الخسائر، ويكون البنك قادراً بنفسه على الاستمرار.

33

خيارات حال عدم القدرة على الاستمرار (Point of Non-Viability)



الموقف الفقهيّ من هذه الخيارات:

أولاً: الشطب التام أو الشطب الجزئي لموجودات الصكوك:

اشترط هذا الشطب لا يجوز شرعاً، لأنه يجعل أحد الشريكين (حملة الصكوك) ضامناً وحده لالتزامات (أو خسائر) المشاركة (مشاركة الشَّقِّ الأوَّل من رأس المال)، سواء قامت الصكوك على مشاركة مبتدأة أو قامت على مضاربة تم مشاركة بالخلط. وفيه - من وجه آخر - جمع بين المشاركة أو المضاربة والهيئة (لحملة حملة الصكوك في رأس مال المشاركة أو لرأس مال المضاربة)، وهو لا يجوز شرعاً لمنافاته مقتضى ومقصد هذين العقدين.

= ولا يصحّ بناء هذا الشرط على قاعدة: الأصل في الشروط الحل، لما في اشتراطه من محرّم.

= كما لا يصحّ عدّه من "الإبراء المعقّق" أو "الوعد الملزم بالإبراء"، لما أن حقيقته تحميل الشريك بالضمان، والجمع بين المشاركة أو المضاربة وجهة الحملة في رأس المال أو رأس المال.

= وهو ليس من "تبرّع طرف ثالث بالضمان"، لأن حملة صكوك الشَّقِّ الأوَّل من رأس المال شركاء مع البنك (المساهمين) في "مشاركة الشَّقِّ الأوَّل من رأس المال"، سواء كانت صيغة الصكوك هي المشاركة المبتدأة أو المضاربة تم المشاركة بالخلط. كما أن التبرّع غير مسلم، فوجود مثل هذا الشرط يقابله رفع حملة حملة الصكوك فيما يتحقّق من ربح.

34

خيارات حال عدم القدرة على الاستمرار (Point of Non-Viability)



ثانياً: تحويل الصكوك إلى أسهم عادية:

لعل هذا الخيار مما يمكن قبوله فقهاً، إن توافرت ضوابط في تحديد "مقابل" التحويل تنفي ضمان البنك لرأس مال الصكوك، لأن البنك مجبر على التحويل. ومن ذلك أن يكون التحويل بالقيمة الفعلية أو العادلة لموجودات الصكوك، ويمكن أن يكون بالقيمة الاسمية للصكوك (بما يساوي رأس مالها) إن وجدت خسارة ترجع إلى تعدد البنك أو تقصيره أو مخالفته للشرط.

= والتطبيق الصحيح له، أن يكون هناك وعد ملزم من حملة الصكوك بتحويلها إلى أسهم، أي بيع موجودات الصكوك بحصص في حقوق الملكية، عند صدور قرار الجهة الرقابية بوصول البنك إلى حال عدم القدرة على الاستمرار.

= وإذا كان التعاقد على التحويل (عقد البيع) بين البنك والجهة الممثلة لحملة الصكوك (الجهة المدبرة للشركة ذات الغرض الخاص)، متجسراً عملاً، فلا أقل - مع ما فيه من ضعف - من أن يوكل حملة الصكوك البنك بالتعاقد متولياً طرفي العقد، أخذاً بقول المجيزين لذلك - بمجرد - من الفقهاء إن نفي الثمن، لانتفاء التهمة، والاتفاق على طريقة تحديد الثمن بمثابة التسمية في نفي التهمة، وقول من أجاز ذلك من الفقهاء إن انتفت المحاباة، وهي منتقبة.

= وقد سمح "معيار كفاية رأس المال - بازل (3) للبنوك الإسلامية" لبنك الكويت المركزي، و"الإطار العام لكفاية رأس المال للبنوك الإسلامية" لبنك نيجارا ماليزيا، بخيار تحويل صكوك السق الأول من رأس المال إلى أسهم عادية.

35

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين



36

صكوك الجمع بين المضاربة والمرابح

بحث مقدم الى

مؤتمر أيوفي السنوي السادس عشر للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية

٢٢-٢٣ رجب ١٤٣٩ الموافق ٨-٩ أبريل ٢٠١٨

اعداد

الدكتور موسى آدم عيسى

٢٠١٨

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على اشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .
أما بعد،

فمما لا شك فيه ان نمو الصناعة المصرفية الاسلامي خلال العقود القليلة الماضية قد مثل علامة فارقة في النشاط المصرفي والمالي في الدول الاسلامية، الامر الذي اسهم في اعادة توظيف الارصدة المالية للمستثمرين المسلمين وفق آليات وهياكل متوافقة مع الضوابط الشرعية وجذب اليها في الوقت نفسه عددا من المستثمرين الاجانب الهادفين الى الاستفادة من الفرص الاستثمارية الجديدة .

وتعد الصكوك احد الادوات الاستثمارية المتميزة حيث اسهمت في تطوير اسواق المال الاسلامية كما اسهمت في توفير التمويل اللازم للدول وللشركات الكبرى التي يصعب عليها ايجاد مبالغ التمويل الكافية لمشروعاتها الكبرى الا من خلال تمويل مجمع من عدد من الافراد والشركات.

ومن نماذج الصكوك التي انتشرت وبشكل واسع في السنوات الاخيرة " صكوك الجمع بين المضاربة والمربحة" والتي جرى تطبيقها من قبل عدد كبير من الشركات لما تتميز به من مرونة وترتيبات لادارة مخاطر الاستثمار.

وستناول في هذه الورقة "صكوك الجمع بين المضاربة والمربحة" وذلك من خلال المحاور المرسله من قبل اللجنة المنظمة للمؤتمر وهي على النحو التالي:

- حكم الجمع بين المضاربة والمدائنة بوجه عام.
- حكم الجمع بين المضاربة والمربحة بغرض تضمين المضارب رأسمال المضاربة وربحها بجعل ربح المربحة مساويا لرأسمال المضاربة وربح الصكوك.
- هل يختلف الحكم ان اقتصر ربح المربحة على ان يكون مساويا لراس مال المضاربة دون الربح .أو ان اقتصر على أكثر رأسمال المضاربة.؟

- ضوابط نفي الخيلة على تضمين المضارب عند الجمع بين المضاربة والمراجعة في الصكوك .
 - هل يجوز استخدام هذه الصيغة اذا كان من المتعذر تقويم موجودات المضاربة؟
- في الختام اتوجه بالشكر للجنة المنظمة لمؤتمر الايوبي السادس عشر للهيئات الشرعية على كريم دعوتهم واستكتابهم حول هذا الموضوع الحيوي سائلا المولى عز وجل لنا ولهم التوفيق والسداد

الباحث

جدة ٢٠١٨/٣/٣٠

١. حكم الجمع بين المضاربة والمدائنة بوجه عام

جاءت الشريعة الإسلامية والناس يتعاملون بالبيع والمشاركات والاجارات فأجازت كل ذلك بعد أن نقحته من كل ما يتعارض مع مقاصدها الكلية الهادفة الى تحقيق العدل بين الناس في التعامل ونفي الظلم والتناحر . فاضافت الشريعة للمعاملات شروط صحة وشروط نفاذ كما بينت اسباب البطلان والفساد . فحرمت الشريعة الربا وشددت في امره وحرمت اكل اموال الناس بالباطل سواء من عن طريق السرقة او الميسر او الغرر فجميع ذلك مآله الى التظالم والى التناحر .

وتنظيم الشريعة الإسلامية لمعاملات الناس فسح المجال لصياغة وتطوير اساليب التعامل بشرط الالتزام بالضوابط الشرعية المحددة في كل صيغة او عقد .

ومع تطور الحياة في العصر الحاضر ظهرت الحاجة _ بدرجة اكبر _ الى الجمع بين أكثر من صيغة من الصيغ الجائزة شرعا . ومن ذلك الجمع بين صيغة المضاربة مع صيغ المدائينات .

١/١ تحديد المصطلحات :

درج الفقهاء، على تقسيم العقود الى اقسام متعددة سواء من حيث أنواعها، او آثارها أو مآلاتها . أو من جهة المال النهائي لصيغة التمويل المتعاقد وفقاً لها، بين الطرفين ، أو بموجب الخصائص النقدية والمالية لصيغة التمويل، بحيث يعرفون صيغ التمويل التي تؤول إلى ديون تحت مسمى عقود المدائينات، ويعرفون الصيغ التي تغلب عليها صفات وخصائص المشاركة بمسمى عقود المشاركات ...وهكذا

١/١/١ المضاربة

المضاربة هي شركة في الربح يقدم فيها رب المال ، رأس المال بينما يتولى المضارب الادارة والعمل ويكون الربح بين الطرفين على ما شرطا والخسارة على رب المال في ماعدا حالات التعدي والتقصير . وكما يقول صاحب تبين الحقائق هي عبارة عن دَفْعِ الْمَالِ إِلَى غَيْرِهِ لِيَتَصَرَّفَ فِيهِ وَيَكُونَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا

عَلَى مَا شَرَطًا فَيَكُونُ الرَّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ بِسَبَبِ مَالِهِ؛ لِأَنَّهُ نَمَاءٌ مَلَكَهِ وَلِلْمُضَارِبِ بِإِعْتِبَارِ أَنَّهُ تَسَبُّبٌ لَوْجُودِ
الرَّيْحِ" ١
٢/١ المداينة :

الدين هو ما يثبت في الذمة من مال بسبب يقتضي ثبوته فيشمل بذلك القرض والبيوع التي يكون الثمن فيها ديناً في ذمة المشتري . وهذا الدين قد يكون ديناً عاجلاً يجب تسديده في مجلس العقد او يكون الدين مؤجلاً _ وهو الاصل _ يلتزم المشتري بسداده في الاجل المتفق عليه بين الطرفين .
ومن أمثلة المداينات سائر البيوع مؤجلة الثمن مثل البيع مع الآجل الثمن وبيع المراجحة والاستصناع والاجارة . إذ الغالب في جميع هذه الحالات ان يكون ثمن البيع او الاجرة ديناً في ذمة المشتري او المستأجر .

٣/١ المراجحة

المراجحة من بيوع الامانة وهي البيع بتكلفة المبيع _ او بما قام به المبيع _ مع زيادة ربح معلوم .

٢/ تركيب العقود:

عرف الدكتور نزيه حماد العقود المركبة " أن يتفق الطرفان على إبرام معاملة (صفقة) تشتمل على عقدين فأكثر... بحيث تعد موجبات تلك العقود المجتمعة، وجميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها جملة واحدة، لا تقبل التفريق والتجزئة والانفصال، بمثابة آثار العقد الواحد"^٢
كما عرفها دكتور العمراني بانها: " عقد يتركب من عقدين أو أكثر على سبيل الجمع أو التقابل وتعامل جميع الحقوق والآثار المترتبة على العقود كأنها عقد واحد"^٣

١ تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، عثمان بن علي بن محسن البارعي، فخر الدين الزيلعي الحنفي (المتوفى: ٧٤٣ هـ) الحاشية: شهاب الدين أحمد بن محمد بن أحمد بن يونس بن إسماعيل بن يونس الشلبي (المتوفى: ١٠٢١ هـ) الناشر: المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة الطبعة: الأولى، ١٣١٣ هـ ط ٢/٦ ٥٢

٢ العقود المركبة في الفقه الإسلامي، الدكتور نزيه كمال حماد، ص ٧.

٣ العقود المالية المركبة، الدكتور عبدالله بن محمد بن عبدالله العمراني، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الثانية ١٤٣١ - ٢٠١٠ ص

١/٢ الصكوك في الاصطلاح:

جاء تعريف صكوك الاستثمار اصطلاحاً في معايير الايوفي بأنها: (وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله"^١ وعرف مجلس الخدمات المالية الإسلامية الصكوك بأنها: (شهادات يمثل كل صك منها حق ملكية لنسبة مئوية شائعة في موجودات عينية، أو مجموعة مختلفة من الموجودات العينية وغيرها، وقد تكون الموجودات في مشروع محدد أو نشاط استثماري معين، ويشترط أن يكون المشروع أو النشاط متفقاً مع أحكام الشريعة الإسلامية).^٢

٢/٢ المقصود باجتماع العقود :

يقصد باجتماع العقود " مجموع العقود المالية المتعددة التي يشتمل عليها العقد على سبيل الجمع او التقابل بحيث تعتبر جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها بمثابة عقد واحد"^٣ و حيث إن معاملات الناس مبنية على العلل والمصالح، لذ فان الشرع أباح كل ما يحقق للناس مصالحهم، ونهى عن المعاملات التي تؤدي إلى الظلم أو المنازعة بين الناس قال الشاطبي: (وأما أن الأصل في العادات الإلتفات إلى المعاني فأمور: أولها الإستقراء، فإنا وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد، والأحكام العادية تدور معه حيثما دار، فترى الشيء الواحد يمتنع في حال لا تكون فيه مصلحة فإذا كان فيه مصلحة جاز)^٤ وعليه فإن اجتماع أكثر من عقد في عقد واحد قد يحقق مصالح العباد دون أن تترتب عليه مفسد منهي عنها وقد يترتب عليه مفسد عظيمه لذا وجب دراسة حالات اجتماع العقود والنظر فيما تشتمله من منافع أو مفسد والحكم عليها في ضوء ذلك.

المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ، معيار الصكوك ، ص ٤٦٧ ١

<http://www.ifsb.org/published.php> ٢

٣ العقود المالية المركبة، دراسة فقهية تاصيلية وتطبيقية، دكتور عبدالله بن محمد بن عبد الله العمراني ، كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، الرياض ، ١٤٢٧،

ص ٤٦

٤ الموافقات للامام الشاطبي ٥/٢٠٥

٣/ آراء الفقهاء في الجمع بين المضاربة والمدائيات

بالاستقراء نجد ان هناك نصوصا كثيرة تنهى عن الجمع بين أكثر من عقد الامر الذي اشكل على الفقهاء وولد لديهم اختلافات متعددة بناء على ما يتراءى لكل منهم من علة التحريم . فالعقود المجتمعة قد ينشأ عنها تضاد او تناقض في الاحكام يقول صاحب الفروق " الشيء الواحد بالاعتبار لا يناسب المتضادين فكل عقدين بينهما تضاد لا يجمعهما عقد واحد " ١ وجاء في القبس لابن العربي " كل عقدين يتضادان وصفا ويتناقضان حكما فانه لا يجوز اجتماعهما " ٢ واجمالا فان للفقهاء ثلاثة أقوال بخصوص الجمع بين عقد المضاربة وعقود المدائيات.

القول الاول :عدم جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة والى هذا ذهب الحنفية^٣ والشافعية^٤

القول الثاني : عدم جواز اشتراط عقد البيع مع ستة عقود منها المضاربة :
وهذا هو القول المشهور عند المالكية^٥

القول الثالث : جواز اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة

وهو قول للمالكية وقول عند الحنابلة^٦ واختيار شيخ الاسلام ابن تيمية وابن القيم^٧ وبالنظر في ادلة المانعين والمقيدين لاجتماع عقد البيع مع عقود المدائيات نجد ان مستندهم الاساس هو تفسير الاحاديث النبوية الواردة في هذا الصدد وذلك على النحو التالي :

١/٣ ان الجمع بين القراض والمدائيات هو من قبيل الجمع بين البيع والسلف:
ويستدلون على المنع من الجمع بين عقد البيع مع عقد القرض ما ورد في الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (لا يجلُّ سلفٌ وبيعٌ، ولا شرطان في بيعٍ، ولا ربح ما لم يُضمن، ولا بيع ما ليس عندك " ٨

^١ الفروق وانوار البروق ، شهاب الدين القرافي ١٤٢/٣

^٢ القبس ١٧٧/٣

^٣ فتح القدير للكمال الهمام ٤١٠/٦

^٤ المهذب للشيرازي ٢٦٧/١

^٥ الفروق للقرافي ١٤٢/٣ مواهب الجليل ١٤٥/٦ والعقود التي منع المالية من اشتراطها مع عقد البيع هي : الجعالة والصراف والمساقاة والشركة والقراض

^٦ تهذيب سنن ابي داوود لابن القيم ١٤٨/٥

^٧ العقود ، لشيخ الاسلام ابن تيمية ١٨٩

^٨ رواه الترمذي وقال :حديث حسن صحيح.ورواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وأحمد وغيرهم،وقال العلامة الألباني:حسن،إرواء الغليل ١٤٦/٥ .

وقال ابن قدامة: "وإن شرط في القرض أن يؤجره داره، أو يبيعه شيئاً، أو أن يقرضه المقترض مرة أخرى، لم يجز، لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وسلف؛ ولأنه شرط عقداً في عقد، فلم يجز كما لو باعه داره بشرط أن يبيعه الآخر داره".^١

ويقول البهوتي: "إن شرط المقترض الوفاء أنقص مما اقترض، لم يجز لإفضائه إلى فوات المماثلة؛ أو شرط أحدهما على الآخر أن يبيعه أو يؤجره أو يقرضه، لم يجز ذلك لأنه كالبيعتين في بيعة المنهي عنه".^٢

ولعل العلة التي يشير إليها الفقهاء في هذه الصورة هي أن الجمع بين عقد البيع-الذي هو عقد معاوضة- مع عقد القرض- الذي هو عقد تبرع وإرفاق- قد يفضي إلى الربا نحو أن يقرضه الفأ إلى سنة ثم يبيعه سعة تساوي مائتين بثلاثمائة. ففي هذه الحالة يكون البيع ذريعة إلى الزيادة في القرض الذي موجه رد المثل فلولا القرض لما رضي أن يشتري السلعة بذلك الثمن في الوقت الذي ضمن فيه المقرض فائدة القرض في ثمن السلعة.

وذكر القرافي الإجماع على جواز البيع والسلف مفترقين وتحريمهما مجتمعين لذريعة الربا^٣ قال الشيخ ملا علي القاري: لا يحلُّ سلفٌ وبيعٌ، أي معه، يعني مع السلف، بأن يكون أحدهما مشروطاً في الآخر. قال القاضي رحمه الله: السلفُ يطلق على السلم والقرض، والمراد هنا شرط القرض... أي لا يحل بيع مع شرط سلف بأن يقول مثلاً: بعثك هذا الثوب بعشرة على أن تقرضني عشرة، نفى الحلَّ اللازم للصحة ليدل على الفساد من طريق الملازمة^٤.

ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية: معنى الحديث أن لا يُجمع بين معاوضةٍ وتبرعٍ، لأن ذلك التبرع إنما كان لأجل المعاوضة، لا تبرعاً مطلقاً، فيصير جزءاً من العوض^٥.

ويقول ابن القيم: وأما السلف والبيع، فلأنه إذا أقرضه مئةً إلى سنة، ثم باعه ما يساوي خمسين بمئة، فقد جعل هذا البيع ذريعةً إلى الزيادة في القرض الذي موجه ردُّ المثل، ولولا هذا البيع لما أقرضه، ولولا عقد

١- المغني لابن قدامة، (دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ/١ ط)، ٤/٢١١.

٢- كشاف القناع للبهوتي، (دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ)، ٣/٣١٧.

٣ الفروق وناوار البروق، شهاب الدين القرافي ٣/٢٢٦.

٤ مرقاة المفاتيح ٦/٨٩.

٥ مجموع الفتاوى ٢٩/٦٢-٦٣.

القرض لما اشترى ذلك " ١ ويقول في اغائة اللهفان " وحُرِّمَ الجمعُ بين السلف والبيع، لما فيه من الذريعة إلى الربح في السلف بأخذ أكثر مما أعطى " ٢

٢/٣ التوجيه والمناقشة :

العلة في النهي عن البيع والسلف واضحة وهي الربا الناشئ عن الزيادة في البيع ، وهذه العلة تجري ايضاً اذا اعطى انسان آخر مالا نصف مضاربة ثم اقرضه ذلك المال.والعلة في هذا المنع سداً لذريعة الربا لان اقراض راسمال المضاربة للمضارب يؤدي الى تضمين المضارب لراسمال المضاربة وراسمال المضاربة في الاصل غير مضمون على المضارب بينما القرض مضمون ، فبين العقدين تضاد في الاحكام يقول القرافي "الشيء الواحد بالاعتبار لا يناسب المتضادين فكل عقدين بينهما تضاد في الاحكام لا يجمعهما عقد واحد " ٣

قال ابن قدامة: " متى شرط على المضارب (وهو العامل) ضمان المال ، أو سهماً من الوضعية ، فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً ، والعقد صحيح .نص عليه أحمد. وهو قول أبي حنيفة ، ومالك. وروي عن أحمد أن العقد يفسد به .وحكي ذلك عن الشافعي ، لأنه شرط فاسد، فأفسد المضاربة ، والمذهب : الأول (يعني : أن العقد صحيح ، والشرط فاسد) " ٤ .

وقال الباجي المالكي :ووجه ذلك من جهة المعنى أن القرض ليس من عقود المعاوضة، وإنما هو من عقود البرِّ والمكارمة ، فلا يصح أن يكون له عوضٌ، فإن قارن القرضَ عقدَ معاوضةٍ، وكان له حصّةٌ من العوض، فخرج من مقتضاه، فبطلَ وبطلَ ما قارنه من عقود المعاوضة. ووجهٌ آخر: وهو أنه إن كان القرض غير مؤقتٍ، فهو غير لازمٍ للمقرض، والبيع وما أشبهه من العقود اللازمة - كالإجارة والنكاح - لا يجوز أن يقارنها عقدٌ غير لازمٍ لتنافي حكميهما " ٥

١ تهذيب سنن أبي داود ٢٩٥/٩-٢٩٦.

٢ إغائة اللهفان ٣٦٣/١.

٣ الفروق ١٤٢/٣

٤ المغني لابن قدامة ٤٠/٥

٥ المنتقى شرح الموطأ ٢٩/٥

أما الجمع بين المضاربة والبيع نحو ان يعطيه الفا مضاربة وبيعه عليه سلعة بالف مراوحة بحيث يكون ثمن السلعة مضمون عليه والمضاربة غير مضمونة فمختلف عن الصورة المنهي عنها ذلك ان دين المراوحة لا ينطبق عليه وصف السلف بمعناه الحرفي وان جمع بينهما معنى الدين .
ونخلص من هذا الى ان الجمع بين المضاربة والسلف بغرض تضمين المضارب رأسمال المضاربة ممنوع لانه ذريعة الى القرض الذي يجر نفعاً للمقرض كما انه يؤدي الى تضمين المضارب رأسمال المضاربة وهو يخالف شروط المضاربة المتفق عليها .

٢/٣ / ١ الجمع بين المضاربة والمدائيات هومن قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه :

قد ينظر البعض الى الجمع بين المضاربة والمدائيات على انه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه بالاحاديث النبوية الشريفة.

ذلك ان النهي عن بيعتين في بيعة قد ورد في اكثر من حديث من ذلك : ما أخرجه أحمد الترمذي^٢ ومالك^٣ عن أبي هريرة رضي الله عنه- أنه قال: "نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة"، وفي رواية عن طريق ابي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: " من باع بيعتين في بيعة، فله أوكسهما أو الربا"^٤

وان كان الفقهاء متفقون على صحة حديث النهي عن بيعتين في بيعة الا أنهم مختلفون في مدلول هذا الحديث لذا تعددت اراؤهم في علة النهي على النحو التالي :

٢/٣ / ١ التعليل بالغرر والجهالة:

اعتبر كثير من الفقهاء ان الجهالة هي علة النهي عن بيعتين في بيعة نحو ابرام بيعتين وتعليق احدهما على الاخرى في عقد واحد بحيث يكون تمام البع الاول متوقف على تمام البيع الثاني. وصورة ذلك ان يبيعه

١ المسند ، للإمام أحمد بن حنبل ، مسند أبي هريرة، ٢ / ٤٣٢ .

٢ سنن الترمذي، محمد بن عيسى الترمذي، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيع، رقم (١٢٣١)، قال الترمذي: "حسن صحيح

٣ الموطأ، للإمام مالك ابن انس، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة (بلاغاً)، رقم ١٣٢٩

٤ سنن أبي داود، أبو داود، سليمان بن الأشعث كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، حديث رقم (٣٤٦١) صحيح ابن حبان،، علي بن بلزاز الفارسي، حققه شعيب الأرنؤوط في الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان، مؤسسة الرسالة، سوريا، ط١، ١٤١٢هـ، كتاب البيوع، باب البيع المنهي عنه،

رقم (٤٩٧٤)، ١١/٤٨ السنن الكبرى، البيهقي، كتاب البيوع، باب النهي عن بيعتين في بيعة، ٥/٣٤٣

سلعة بعشرة نقدا او بعشرين لاجل ويفترقان دون تحديد اي الثمنين وقع عليه البيع. وفي هذه الحالة تكون هناك جهالة في تحديد الثمن والجهالة في تحديد الثمن تفسد العقد.^١

وقد تكون الجهالة في تعيين المعقود عليه : كأن يقول احدهما للآخر بعتك احدي هاتين السيارتين بمائة الف ريال ويفترقان دون ان يحدد المشتري اي السيارتين وقع اختياره عليه. وفي هذا الصدد ذهب المالكية الى عدم جواز البيع مع ستة عقود هي :

السلف والجمالة والصرف والمساقاة والشركة والقراض . وحثهم في ذلك هي الجهالة وتضاد احكام العقود يقول الشاطبي : " القراض والمساقاة مبنيان على التوسعة، إذ هما مستثنيان من أصل ممنوع، وهو الإجارة المجهولة، فصارا كالرخصة، بخلاف البيع فإنه مبني على رفع الجهالة في الثمن والمثمن والأجل، وغير ذلك، فأحكامه تنافي أحكامهما"^٢

ويقول ابن العربي في القبس " كل عقدين يتضادان وصفاً ويتناقضان حكماً، فإنه لا يجوز اجتماعهما، أصله البيع والسلف، فركبه على جميع مسائل الفقه، ومنه البيع والنكاح ... ومن هذا الباب الجمع بين العقد الواجب والجائز، ومثله بيع وجعالة ... وأمثال ذلك لا تحصى "^٣

٢/١/٢/٣ النهي عن الجمع بين المضاربة والمدائبات بعة الربا

ذهب جمع من الفقهاء منهم الحنفية والمالكية والحنابلة الى تفسير معنى بيعتين في بيعة بصورة بيع العينة وهي ان يبيعه سلعة بثمن معلوم مؤجل ثم يشتريها منه بثمن نقدي حال.

وقد دل على تحريم بيع العينة ما رواه ابن عمر رضي الله عنهما قال : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ " إِذَا تَبَايَعْتُمْ بِالْعَيْنَةِ ، وَأَخَذْتُمْ أَذْنَابَ الْبَقْرِ ، وَرَضَيْتُمْ بِالزَّرْعِ ، وَتَرَكْتُمْ الْجِهَادَ ، سَلَّطَ اللَّهُ

١ حاشية الشلبي على تبيين الحقائق، أحمد بن يونس الشلبي تحقيق أحمد عناية، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢٠هـ، ٣٨٣/٤، (بهامش تبيين الحقائق). أوجز المسالك إلى موطأ مالك، محمد زكريا الكاندهلوي، تحقيق أمين صالح، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٩م، ٣٦٥/١١. مغني المحتاج إلى ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، دار الفكر، بيروت، ٢ / ٣١ ، ، كشاف الفتن عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ، ٢٠١/٣. ، عبد الله ابن أحمد ابن قدامة المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩٤م، ٢٩٥/٤.

٢ الموافقات للشاطبي ٢٠٢/٣

٣ القبس في شرح موطأ مالك القاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربي المعافري الاشبيلي المالكي تحقيق دكتور محمد عبد الله ولد كرم، الغرب الإسلامية للطباعة: الأولى، ١٩٩٢ م ٨٤٣/١

عَلَيْكُمْ ذُلًّا لَا يَنْزِعُهُ حَتَّى تَرْجِعُوا إِلَى دِينِكُمْ ^١.

جاء في الموسوعة الفقهية ^٢ وللعينة المنهية عنها تفسيرات ، أشهرها : أن يبيع سلعةً بثمن إلى أجل معلوم ، ثم يشتريها نفسها نقداً بثمن أقل ، وفي نهاية الأجل يدفع المشتري الثمن الأول ، والفرق بين الثمنين هو رباً ، للبائع الأول . وتؤول العمليّة إلى قرض عشرة ، لردّ خمسة عشر ، والبيع وسيلة صوريّة إلى الربا ^٢ وهذه تسمى عينة ؛ لأن الرجل أعطى عيناً وأخذ عيناً ، والعين : النقد ؛ الذهب والفضة . وهذا البيع يعتبر من الحيل الربوية المحرمة ، قال ابن تيمية . رحمه الله . في القواعد النورانية : ومن ذرائع ذلك . أي : الربا . مسألة العينة ، وهو أن يبيعه سلعة إلى أجل ، ثم يبتاعها منه بأقل من ذلك ، فهذا مع التواطؤ يبطل البيعين ؛ لأنها حيلة ^٣.

وعلى هذا فيمكن القول إن الشرع يعتبر في الأعمال أمرين : الوسيلة المتخذة في العمل ، والغاية المقصودة من العمل ، ولا يكون الفعل مشروعاً إلا بمشروعية كل منهما ، فالوسيلة والغاية في العمل الواحد مقصودان شرعاً.

أما المجيزون لاجتماع عقد المضاربة مع عقد البيع فيستندون الى قاعدة إن الاصل في المعاملات الاباحة قال شيخ الاسلام ابن تيمية: (الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يجرم منها إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصاً أو قياساً ^٤)

ولما كان الأصل جواز اجتماع العقود في صفقة واحدة، وجب النظر فيما يؤول إليه هذا الاجتماع من آثار فإن كانت الآثار المترتبة على الاجتماع مشروعة بقي الاجتماع على أصل الإباحة، ولكن إن آل اجتماع العقود إلى مآل ممنوع كالربا، والغرر، وغير ذلك كان هذا الاجتماع محظوراً سداً لذريعة الفساد، وهو ما نهي عنه الرسول صلى الله عليه وسلم في بيعتين في بيعة ^٥.

١ رواه أبو داود (٣٤٦٢) وصححه الطبري في "مسند ابن عمر" (١٠٨/١) ، وابن تيمية في "مجموع الفتاوى" (٣٠/٢٩) والألباني في "السلسلة الصحيحة" (رقم/١١).

٢ الموسوعة الفقهية الكويتية ٩٦/٩

٣ القواعد النورانية لشيخ الاسلام ابن تيمية ص ٢٠٦

٤ ابن القيم، إعلام الموقعين، ج ١، ص ٣٨٤

٥ حكم اجتماع العقود في صفقة واحدة "دراسة تأصيلية تطبيقية معاصرة ، حمد فخري عزام

والذي يبدو من استقراء آراء الفقهاء في هذا الصدد ان علة النهي في الجمع بين عقدين أو أكثر ليست هي الجمع في حد ذاته ولكن اذا افضى ذلك الجمع الى احد اسباب فساد العقود وهي الربا والغرر والجهالة.

وعليه يمكن القول بان القاعدة هي منع الجمع بين كل عقدين يترتب على الجمع بينهما الوقوع في محذور شرعي، وإن كان كل واحد منهما جائزًا بمفرده. فالجمع بين العقود ان افضى الى الربا او الغرر او الجهالة يكون محرما لذلك وليس مجرد الجمع فالاحكام الشرعية تدور مع العلل ولا تدور مع الشكل. يقول العمراني "المحظور إنما هو الجمع بين عقدين مختلفين في الشروط والأحكام إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار، وهذا يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد في وقت واحد، وأحكامهما مختلفة متضادة، كما في الجمع بين هبة عين وبيعها"^١ أو الجمع بين المضاربة وإقراض رأس المال للمضارب، ونحو ذلك :

على ذلك فيمكن تلخيص الشروط اللازمة لجواز الجمع بين العقود فيما يلي :

- a. لا يكون الجمع بين العقدين محل نهي شرعي ، مثل النهي عن بيع وسلف.
- b. الا يكون الجمع وسيلة إلى محرم كالاتفاق على بيع العينة، أو الجمع بين القرض والمعوضة.
- c. الا يكون الجمع ذريعة إلى محرم كأن يؤول الجمع إلى ربا أو غرر أو ظلم
- d. الا يكون الجمع بين عقود متضادة في الموجبات والآثار نحو الجمع بين المضاربة وإقراض رأس المال للمضارب^٢

٤/ هياكل الصكوك الجمع بين المضاربة والمراوحة

الصكوك المركبة من المراوحة والمضاربة هي شهادة استثمارية متساوية القيمة وغير قابلة للتجزئة وتتم هيكلتها بالجمع بين عقدي المضاربة والمراوحة وتقوم هذه الصكوك على تجزئة رأس مال الصكوك إلى جزئين، بحيث يستثمر 51% منه في عقد مضاربة مع المصدر، ويستثمر 49% منه في عمليات مراوحة مع المصدر، بحيث تتكون أصول الصكوك من مجموع موجودات العقدين (المراوحة والمضاربة).

^١ المعيار الشرعي رقم ٢٥ انظر المعايير الشرعية للايوفي ص ص ٦٦٠-٦٦١ العقود المالية المركبة مرجع سابق ١٨٣

^٢ العقود المالية المركبة ، مرجع سابق ص ص ١٧٩-١٨٨

١/٤ الاهداف الرئيسية لهذه الهيكله تتمثل في :

a. ان تكون الصكوك قابلة للتداول باعتبار الغلبة حيث ان (٥١%) من اصول الصكوك بموجب عقد المضاربة تكون مستثمرة في استثمارات حقيقية وليست ديونا.

b. تمثل نسبة (٤٩%) من اصول الصكوك المستثمرة في المراجعة حماية لرأس مال الصكوك وقد تكون لرأس مال الصكوك وارباح المراجعة

c. هيكله الصكوك على هذا النحو يكون جاذبا للمستثمرين الذين يعتبرونه ممثالا للسندات التقليدية من حيث هيكله المخاطر.

٥. برامج صكوك الجمع بين المضاربة والمراجعة :

بالاطلاع على نماذج صكوك الجمع بين المضاربة والمراجعة نجد ان اصدار هذه الصكوك يتم وفق برنامجين :

١/٥ برنامج صكوك الجمع بين المضاربة والمراجعة الذي تقوم على حماية راسمال الصكوك والربح :

وتتم هيكله هذا البرنامج على النحو التالي :

١/١/٥ تعيين وكيل مستقل من الناحية القانونية لحملة الصكوك

٢/١/٥ يقوم المصدر بإصدار شهادات صكوك (الشهادات)، وجمع الأموال (حصيلة مبالغ الصكوك) من المستثمرين

(حملة الصكوك). كل إصدار تطرح فيه شهادات الصكوك مرة واحدة أو من خلال طروحات متعددة

(يسمى الواحد منها طرحا).

وفي كل إصدار؛ يعلن المصدر -بصفته حائزاً- بأن حيازته لحصيلة مبالغ الصكوك وأصولها إنما هو لمصلحة

حملة الصكوك، وفقاً لاتفاقية عامة إيطارية يلحق بها إعلان مستقل في كل إصدار

٣/١/٥ تقسيم راسمال الصكوك الى قسمين ٥١% مضاربة و ٤٩% مراجعة

٤/١/٥ توقيع اتفاقية المضاربة بين وكيل حملة الصكوك والمصدر باعتباره مضاربا

- بمقتضى اتفاقية المضاربة يتم تجزئة متحصلات المضاربة الى جزئين:

- يقوم المضارب باستخدام الجزء الاول الذي لا يقل عن نسبة (٥١%) من متحصلات الصكوك في انشطته الانتاجية

- يقوم المضارب بانشاء وعاء خاص للمضاربة يتم في تحديد مكونات ذلك الوعاء وآليات التنضيض الحكمي لذلك الوعاء واسس حساب التكاليف والارباح والخسائر.

- الارباح المتحققة من استثمارات المضاربة يجري توزيعها كل فترة معينة على سبيل التنضيض الحكمي بنسب تتراوح بين ١% - ٢٠% لحملة الصكوك، و الباقي للمضارب.

٥/١/٥ توقيع اتفاقية المراجعة :

a. جزء من أموال الصكوك ويسمى هذا الجزء "مبلغ استثمار المراجعة" ولن يزيد هذا الجزء عن ٤٩% من أموال الصكوك في كل طرح للشهادات يشتري به الحائز سلعا مجازة شرعا؛ من خلال وسيط سلع ثم يقوم ببيع هذه السلع إلى المصدر بصفته مشتريا بثمان مؤجل؛ وفق مراجحتين تسمى الاولى مراجعة ابتدائية وعمليات مراجعة لاحقة تسمى كل منها عملية مراجعة لاحقة،

b. يتم تصميم البرنامج لتكون التوزيعات فيه توزيعات دورية ثابتة (حسب ما تقرره وثيقة الشروط النهائية) وفي بعض الطروحات متغيرة، وسيكون ربح المراجعة في كل عملية مراجعة لاحقة مبلغا مساويا لمبالغ التوزيع الدوري الواجب الدفع في هذا الطرح خلال فترة عملية المراجعة اللاحقة

c. جزء من مبلغ استثمار المراجعة سيتم استخدامه للدخول في عملية المراجعة الابتدائية في يوم الإصدار لذلك الطرح؛ بحيث يكون الثمن المؤجل فيها مساويا لمجموع مبلغ رأس المال في ذلك الطرح مخصوماً منه سعر شراء سلع أول عملية مراجعة لاحقة، ويكون الأجل في عملية المراجعة الابتدائية مستحقا بالتاريخ الجدول لتصفية ذلك الطرح؛ أو بأي تاريخ تصفية سابق.

٦/١/٥ المناقشة والتحليل الشرعية لصكوك الجمع بين المضاربة والمراجعة التي تقوم على حماية راسمال الصكوك والربح :

كما سبق القول فإن الغاية من هذا البرنامج هو تحقيق أهداف المستثمرين التي تتمثل في حماية راسمال الصكوك من المخاطر وضمان ارباح محددة من استثمارهم فيها.

والسؤال المحوري هو هل هيكله الصكوك على هذا النحو على هذا النحو جائز من حيث الاصل أم يترتب

عليه محذور شرعي نحو ضمان المضارب لرأس المال الصكوك ورباحها؟

المجيزون لهذا البرنامج استندوا الى القاعدة العامة التي تقضي ان الجمع بين المراجعة والمضاربة في هذه الهيكلة انما هو جمع بين عقدين كلاهما جائز . كما أن الغرض من الجمع انما هو غرض مشروع وهو تقليل المخاطرة ومن ثم حماية المال وهو غرض حثت الشريعة عليه.

ويمكن الرد على هذا الادعاء بأن من شروط الجمع بين العقود ألا يفضي ذلك الجمع الى محذور شرعي ، فقد يكون كلا العقدين

مباحا في اصله الا أنه بالتركيب يكون الحاصل المركب محرما . يقول الامام الشاطبي " الاستقراء من الشرع عرف ان للاجتماع تأثيرا في احكام لا تكون حالة الانفراد"¹

وفي نظري هناك ثلاثة اعتبارات ينبغي النظر فيها للتأكد من خلو هذا الهيكل من المخالفات الشرعية وأهما تضمين المضارب رأسمال المضاربة وارباحها من خلال عقد المراجعة :

أولها : مدى مناسبة هامش ارباح المراجعة لهوامش الربح العادلة في السوق

ثانيها : هل تقوم المضاربة بدور حقيقي في توليد الارباح؟

ثالثها : مدى استحقاق المصدر للجزء المخصص للمضاربة وارباحه عند الاسترداد

الاعتبار الاول : مدى مناسبة هامش ارباح المراجعة لهوامش الربح العادلة في السوق

في هذا البرنامج من هياكل الصكوك يجري الاتفاق عادة على تعليية هامش المراجعة بحيث يكون كافيا لتغطية كامل رأسمال الصكوك وارباحها. وبالرغم من جواز التراضي على الارباح في المراجعة بين البائع والمشتري دون ربطها بحد معين ، وجواز التراضي على نسبة قسمة الارباح في المضاربة بين المضارب ورب المال. بالرغم من التسليم بذلك فان الربط بين تعليية هامش المراجعة من جهة وتخفيض حصة رب المال في ربح المضاربة من جهة اخرى يترتب عليه في نظري ضمان المضارب لرأس المال المضاربة.

وتفسير ما تقدم أن مصدر الصكوك يعرض على حملة الصكوك هامش ربح اعلى بكثير من هامش الربح في السوق بحيث تغطي المراجعة مع ارباحها رأسمال الصكوك مع ارباحها. وحيث ان هذا المبلغ يكون دينا في ذمة المصدر واجب السداد في جميع الاحوال فهذا يحقق لحملة الصكوك الضمان المنشود .

¹ الموافقات ٣/١٤٤-١٤٦

ولكن ما هو المقابل الذي يرضى بموجبه مصدر الصكوك بدفع هذا الهامش المرتفع؟؟؟
في الواقع لكي يلتزم مصدر الصكوك بتوفير الضمان أعلاه فإنه يضيف الى الهيكلة شرطين :
الاول : تخفيض حصة حملة الصكوك في ربح المراجعة الى الحد الأدنى اذ تكون حصة حملة الصكوك ١٠٠%
من راسمال المضاربة ولا يستحقون سوى ١% من الارباح ، والثاني استحقاق المضارب نظير عمله ٩٩% من
ارباح المضاربة.

فهذه الهيكلة تشبه من حيث الشكل كثيرا هيكلة العينة من حيث فحص غرض المتعاملين ومن حيث المآل.
فالمصدر لا يرضى بان يدفع هامش الربح المرتفع جداً ويضمن راسمال الصكوك وارباحها لولا أنه يضمن
تنازل حملة الصكوك عن ربح المضاربة (وفي بعض الاحيان يتنازلون عن راسمال المضاربة) فحملة الصكوك
بهذه الهيكلة حققوا مقصد ضمان الصكوك مقابل تنازلهم عن ارباح المضاربة وفي نفس الوقت رضي المصدر
بتقديم الضمان لحملة الصكوك من خلال رفع هامش ربح المراجعة مقابل حصوله على ارباح المضاربة. وهذه
ذات الصورة في العينة يقول ابن القيم " واما السلف والبيع فلأنه إذا اقرضه مائة الى سنة ثم باعه ما يساوي
خمس مائة فقد جعل البيع ذريعة الى الزيادة في القرض الذي بموجبه رد المثل ، ولولا هذا البيع لما اقرضه ولولا
عقد القرض لما اشترى ذلك " ^١

فالحيلة في هذه الهيكلة ظاهرة وفضح هذه الحيلة يتم من خلال الفصل بين العقدين:

فهل يرضى حملة الصكوك التنازل عن ٩٩% من ارباح المضاربة لولا الضمان الذي يحصلون عليه في المراجعة ؟
وهل يرضى المصدر بدفع هامش ربح عالي جدا لولا انه سيحصل على ارباح المضاربة؟

ثانيها : هل تقوم المضاربة بدور حقيقي في توليد الارباح :

في هذا الهيكل لا يكون للمضاربة اثر ملموس في التوزيعات الدورية فوجود المضاربة كعدمها ^٢ فأصول الصك
وارباحه تكون جميعها دينا في ذمة مصدر الصكوك . صحيح يتم النص في لائحة الشروط والاحكام على
انشاء حساب تحصيل تودع فيه ارباح المضاربة ، كما ينص على ان اي نقص في مبالغ التوزيعات الدورية يتم
سده من المبالغ المودعة في حساب التحصيل. غير هذا النص يعد لغوا في نظري لأن هذا الشرط يعارضه

^١ تهذيب سنن ابي داوود لابن القيم ١٤٩/٥

^٢ الصكوك المركبة من المضاربة والمراجعة، دراسة فقهية تاصيلية تطبيقية ، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن من المعهد العالي للقضاء ، معاذ
بن عبد العزيز بن عبد الكريم السديس، ١٤٣٥-١٤٣٦ ، ص ٥١

شرطه آخر في عقد المراجحة ينص على انه يشترط ان تكون ارباح صفقات المراجحة المتعددة كافية لتغطية التوزيعات الدورية. وهذا الشرط يمثل التزاما على مصدر الصكوك فمصدر الصكوك ملزم بتعليق هامش المراجحة ليغطي مبالغ التوزيعات الدورية. وبذلك لا يكون للمضاربة أثر سوى اضافة مشروعية على الهيكلة تجيز تداول الصكوك حيث ستمثل الاعيان ٥١% بينما الديون ٤٩% .

ثالثها: مدى استحقاق المصدر للجزء المخصص للمضاربة وارياحه عند الاسترداد ؟

غالبا لا تجد ذكرا عند الاسترداد للجزء المخصص للمضاربة إذ يجري النص في بعض الاحيان على أن المبالغ المجمعة في حساب المضاربة يتنازل عنها حملة الصكوك للمصدر ، او يجري تحسين النص ليكون : " يتنازل حملة الصكوك للمصدر عن مبلغ الحساب حافزا على حسن ادائه . " علما أن حساب التحصيل يشمل مبلغ المضاربة زائدا ارباحها. ^١

ومن المعلوم ان استحقاق المضارب في عقد المضاربة يكون دائما من الربح وليس له ادنى حق في راسمال المضاربة. ومن المعلوم انه لا مانع من الاتفاق على اعطاء المضارب حافزا على حسن ادائه في حال تحقيقه نسبة من الارباح تزيد عن نسبة متوقعة . الا ان هذا الحافز لا يكون من رأسمال المضاربة وانما من الارباح. وعلى ذلك فان النص على استحقاق المضارب لجميع المبالغ في حساب المضاربة يشير الى ان الصك مصمم على اساس المراجحة وما يتولد عنها من ارباح اولية وارياح دورية .

من خلال هذه الاعتبارات الثلاثة يتضح لنا :

- ان رفع هامش المراجحة فوق المعتاد وتخفيض حصة حملة الصكوك في ارباح المضاربة تحت المعقول يولد شبهة الحيلة ، ومعيار ذلك ان كلا الطرفين لا يرضى بذلك منفصلا كما هو الحال في العينة .
- أن عقد المضاربة في صكوك الجمع بين المضاربة والمراجحة التي تقوم على حماية راسمال الصكوك والربح شبه مستقل من حيث الاثر عن عقد المراجحة ووجوده في الهيكلة الغرض منه اضافة مشروعية تداول الصكوك بينما الصكوك في حقيقتها مضمونة بالكامل بموجب عقد المراجحة.

^١ يجري النص في فتاوى الصكوك على تنازل حملة الصكوك عن مبلغ حساب التحصيل لصالح المضارب حافزا على ادائه . جاء في

فتوى مركز الاوائل لصكوك فواز الحكير: " يجوز ان يتفق بان يكون للمضارب حافز أداء ما زاد عن حد معين من الارباح (بما في ذلك ما تبقى من اصول المضاربة بعد تصفيتها) بعد تصفية المضاربة على ان يكون الحافز بعد مقاسمة الطرفين الربح الى ذلك

الحد"

c. استحقاق المضارب لحساب التحصيل والذي يشمل راسمال المضاربة وارباحتها يتنافى مع ابسط شروط عقد المضاربة فالاصل ان يتنازل رب المال عن جزء من الربح حافظا للمضارب لا أن يتنازل عن نسبة ٥١% من راسمال المضاربة وارباحتها حافظا لاداء المضارب.

d. من جملة هذه المعطيات نصل الى ان صكوك الجمع بين المضاربة والمراوحة التي تقوم على حماية راسمال الصكوك والربح لاينطبق عليها تعريف او ضوابط العقد المجموع مع غيره التي تقضي بان تكون جميع الحقوق والالتزامات المترتبة عليها بمثابة عقد واحد اذ هي صكوك تؤول الى ضمان المضارب لرأسمال الصكوك وارباحتها. إذ الغرض من وجود عقد المراوحة هو لضمان مخاطر عقد المضاربة . وحيث إن العقدين منفصلان فذاك يشي بان وجود عقد المراوحة هو لضمان راسمال الصكوك وارباحتها .

ولا خلاف أن اشتراط الضمان على المضارب أو تحققه ضمناً ينافي مقتضى العقد، أي حكم الشرع الذي رتبته على هذا العقد الذي صدرت الصكوك على أساسه، فمصدر الصكوك بموجب هذا الترتيب ضامن لراسمال الصكوك وارباحتها بموجب عقد المراوحة حتى وان هلك راسمال المضاربة وارباحتها مما يعنى ان هذه الصكوك في جوهرها مماثلة تماما للسندات الربوية وان تدرت بثوبي المضاربة والمراوحة.^١ وقد نص معيار الشرعي رقم ٢٥ على الا يكون من الجمع بين العقود هو "تضمن مدير الاستثمار في غير حال تعديده ، أو تقصيره ، أو مخالفته الشروط"^٢

٢/٥ برنامج صكوك الجمع بين المضاربة والمراوحة الذي تقوم على حماية راسمال الصكوك فقط :
تمت هيكلة برنامج صكوك الجمع بين المضاربة والمراوحة الذي تقوم على حماية راسمال الصكوك بنفس الطريقة المذكورة في النموذج الاول وذلك :

- يقوم المصدر بإصدار شهادات صكوك (الشهادات)، وجمع الأموال (حصيلة مبالغ الصكوك) من المستثمرين (حملة الصكوك).

- تقسيم راسمال الصكوك الى قسمين ٥١% للمضاربة و ٤٩% للمراوحة

^١ توصل الى نتيجة مماثلة لما ذكرنا الدكتور فيصل الشمري في بحثه : مسائل فقهية في الصكوك، فيصل بن صالح الشمري، دعم برنامج المنح البحثية في كرس ي سابك لدراسات الأسواق المالية، الإسلامية إعداد هذا البحث (المشروع رقم 11 - 05 - ١٤٣٧-٢٠١٦) ينظر ص ٥١ من البحث المذكور

^٢ المعايير الشرعية للايوبي ص ١١٢٥

ويجري هيكل برنامج الصكوك باحد الاساليب التالية :

١/٢/٥ صكوك يتم فيها إجراء عقد مراجعة واحدة بموجب عقد طويل الأجل، ويجري في عقد المراجعة رفع هامش ربح المراجعة الى الحد الذي يكون كافيا لتغطية إجمالي قيمة الاكتتاب ويكون توزيع الأرباح في التوزيعات الدورية من الأرباح المتولدة من عقد المضاربة.

٢/٢/٥ صكوك يتم فيها إجراء عدد من المراجعات مع المصدر - اثنان أو أكثر - يتم عن طريقها تغطية إجمالي قيمة الاكتتاب، ويكون توزيع الأرباح في التوزيعات الدورية من الأرباح المتولدة من عقد المضاربة^١.

٣/٢/٥ المناقشة والتحليل الشرعي لصكوك الجمع بين المضاربة والمراجعة التي تقوم على حماية

راسمال الصكوك:

يتميز هذان البرنامجان بميزات اساسية :

a. تكون الحماية فيهما لرأسمال الصكوك دون الربح

b. تتم التوزيعات الدورية لحملة الصكوك من ارباح المضاربة

وبذلك فإن هذين البرنامجين يتجنبان الاعتراضات الشرعية الموجودة في النموذج القائم على حماية رأسمال الصكوك وارباحتها والذي يؤول الى ضمان المضارب لرأسمال الصكوك وارباحتها.

وبالرغم من أن هذا الهيكل يتخذ ترتيبات لحماية راس مال الصكوك من خلال رفع هامش المراجعة الى المستوى الذي يحقق تلك الحماية، الا ان هذا الترتيب لا بأس به طالما انه يحقق الحماية للمستثمرين دون ان

^١ مسائل فقهية في الصكوك، فيصل بن صالح الشمري، دعم برنامج المنح البحثية في كرس ي سابك لدراسات الأسواق المالية، الإسلامية إعداد هذا البحث (المشروع رقم 11 - 05 - 1437-2016) ص 35

ومن أمثلة الإصدارات البنكية القائمة على هذه الهيكل:

١. صكوك البنك الأهلي التجاري استحقاق 2019 م . 2. صكوك البنك الأهلي التجاري، إصدار ديسمبر 2015 م . 3. صكوك البنك السعودي الهولندي استحقاق 2019 م . 4. صكوك البنك السعودي البريطاني (ساب) الإصدار الأول . 5. صكوك البنك السعودي للاستثمار استحقاق 2024 م .

٦. صكوك البنك السعودي الفرنسي استحقاق 2020

ومن صكوك الشركات :

١. صكوك شركة المراعي استحقاق 2018 م . 2. صكوك شركة بتروكيم استحقاق 2019 م . 3. صكوك شركة المتقدمة للبتروكيماويات استحقاق 2019 م .

٤. صكوك شركة الاتصالات السعودية استحقاق 2019 م . 5. صكوك شركة اسمنت نجران استحقاق 2020 م . 6. صكوك شركة النقل البحري استحقاق 2020 . انظر المرجع السابق ص 36-37

يقع في محذور ضمان المضارب لرسمال المضاربة . وقد اجاز المجلس الشرعي للايوفي اتخاذ الترتيبات اللازمة لحماية راس مال الاستثمار من خلال الجمع بين عقدي المضاربة والمراوحة بشرط الا يؤدي ذلك الى ضمان المضارب لرسمال المضاربة والربح المتوقع.¹ والحماية خلاف الضمان فحماية المال بالطرق المشروعة مطلب شرعي وهي تندرج ضمن مقصد حفظ المال في الشريعة الاسلامية.² كما اجاز عدد من الهيئات الشرعية هذا النموذج لاستيفائه متطلبات الجمع بين العقود وتجنبه محاذيرها. من ذلك الهيئة الشرعية للبنك الاهلي التجاري والهيئة الشرعية لمركز الاوائل والهيئة الشرعية.

3/5 معايير نفي الحيلة عن صكوك الجمع بين المضاربة والمراوحة:

بالنظر في هياكل صكوك الجمع بين المضاربة والمراوحة التي تمت مناقشتها فيما تقدم يمكن استنبط معايير نفي الحيلة في هذا النمط من برامج الصكوك على النحو التالي :

بالاضافة للالتزام بالشروط الخاصة بعقد المضاربة المتعلقة برأس المال وتوزيع الربح والعمل ، والشروط الخاصة ببيع المراوحة من حيث التملك وتحديد الثمن والربح وتجنب العينة... الخ ينبغي الالتزام بالمعايير التالية لنفي حيلة الضمان عن صكوك لصكوك الجمع بين المضاربة والمراوحة التي تقوم على حماية رسمال الصكوك والربح:

a. عدم المبالغة في رفع هامش المراوحة الى الحد الذي يغطي رسمال الصكوك وارباحها³ وتخفيض حصة حملة الصكوك في المضاربة الى الحد دون المعقول لان ذلك يؤول لان يكون حيلة لتضمين المضارب رسمال الصكوك والربح المتوقع من المضاربة. فالمقاصد معتبرة في التصرفات يقول ابن تيمية " واذا ثبت بما ذكرنا من شواهد ان المقاصد معتبرة في التصرفات من العقود وغيرها فان هذا يجتث قاعدة الحيل لان المحتال لا يقصد بالتصرف مقصوده الذي جعل لاجله بل يقصد به استحلال محرم او اسقاط واجب أو نحو ذلك"⁴

¹ المعايير الشرعية للايوفي ص 1126

² المعايير الشرعية للايوفي ص 1123

³ هذا ما نصت عليه فتوىمركز الاوائل لصكوك فواز الحكير

⁴ الفتاوى الكبرى لشيخ الاسلام ابن تيمية 7/6

- b. أن يكون كلا عقدي المضاربة والمراجحة مقصودين للمستثمر ولا ينبغي ان يكون وجود عقد المضاربة في الهيكله صورياً^١ وذلك من خلال مساهمة المضاربة في التوزيعات الدورية للصكوك فقيام المراجحة وحدها بالتوزيعات الدورية يجعل وجود المضاربة في التركيب كعدمه.
- c. عدم الاشتراط باستحقاق المضارب لكامل ااسمال المضاربة وربحها حافظاً على ادائه ولا مانع من تنازل حملة الصكوك للمضارب عن جزء من الربح قل او اكثر^٢.
- d. يجب ان تكون محفظة المضاربة محددة ومعروفة وذلك من خلال :
- I. تعيين النشاط الذي تستثمر فيه راسمال المضاربة
- II. ان تكون لها حساباتها المستقلة التي يتحدد من خلالها اجمالي التكاليف وحساب الارباح والخسائر
- III. ان تكون حصة المضارب وحصة ارباب المال في الربح محددة في شكل حصة مشاعة ويتحمل ارباب المال الخسائر ان وجدت
- IV. ان تكون اصول المضاربة قابلة للتنضيض الحقيقي والحكمي في كل مرحلة من حياة الصكوك استناداً الى القوائم المالية . فعدم امكانية تنضيض محفظة المضاربة يولد جهالة في حساب الربح وهي مفسدة لعقد المضاربة. فالمضارب قد يوزع ارباحاً على حملة الصكوك بينما تكون المضاربة في واقع الحال محققة خسائر فيكون التوزيع في هذه الحالة مماثلاً للفوائد الربوية فضلاً عن أن تولد شبهة الضمان على إذ تكون الصورة كأن المضارب قد ضمن لحملة الصكوك نسبة ربح وهو ممنوع في المضاربة.
- وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم

^١ الصكوك المركبة من المضاربة والمراجحة للسديس ص ١٠٩

صكوك الجمع بين المضاربة والمرابحة (التورق)

مقدم لمؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية

إعداد

ناصر بن عبدالرحمن الداود

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على رسوله وآله وصحبه، وبعد:

فهذه ورقة مختصرة في صكوك الجمع بين المضاربة والمراجعة (التورق) أعددتها بناء على طلب كريم من الأمانة العامة لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وقد جعلتها في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: التعريف بصكوك المضاربة والتورق.

المبحث الثاني: أحكام صكوك المضاربة والتورق.

المبحث الثالث: نماذج تطبيقية صكوك المضاربة والتورق.

وقد حاولت هذه الورقة مناقشة المسائل الرئيسية التي يستند إليها هيكل هذا النموذج وفقاً لما ورد في خطاب الاستكتاب دون تناول المسائل التفصيلية التي قد يتضمنها هذا النموذج مثل بعض المسائل المتعلقة بالمضاربة وبعض مسائل الصكوك التي لا ينفرد بها هذا النموذج؛ لأن هذا يخرج الأمر عن مقصوده، كما أشير إلى أن الغرض من هذه الورقة ليس الترجيح في هذه المسائل فإن هذا شأن الاجتهادات الجماعية لا سيما في مثل هذا الموضوع الدقيق، وإنما القصد محاولة توضيح هذا النموذج واستقراء مواقف واتجاهات اللجان الشرعية والمختصين بشأنه ودراسته وعرضه بين يدي المختصين والباحثين وإثارة بعض القضايا حوله، لا سيما مع حداثة النموذج وجدته.

وبالله التوفيق،،

[١]

التعريف بصكوك المضاربة والتورق

١,١ توطئة في أهمية التصنيف الائتماني:

تعد السندات والصكوك من أدوات التبادل المالي المباشر في النظام المالي المعاصر والتي يلتقي فيها المستثمر بالتمول مباشرة دون الحاجة إلى مؤسسات وسيطة كالبنوك التجارية، وهي من الأدوات الاستثمارية المهمة في الأسواق المالية العالمية، وأحد أهم مصادر توفير السيولة للحكومات والشركات، ومن أبرز التحديات التي تواجه الصكوك وتطبيقها هو ما يتعلق بالتصنيف الائتماني (Credit rating) ومعظم المؤسسات الاستثمارية لا يستثمرون في أدوات دين غير مصنفة، كما يعد مهما للمصدرين أيضاً فهو يُمكنهم من الحصول على أسعار أفضل، وزيادة مدة الاستثمار، وجذب المزيد من المستثمرين، كما يعد التصنيف الائتماني للإصدارات مهماً بالنسبة للمؤسسات المالية منذ تم تبنيه من معيار بازل (٢) لكفاية رأس المال.

ومن حيث الإصدارات فغالبا ما يتم تصنيف الإصدارات الدولية، وهو ما لم يكن كذلك مع الإصدارات المحلية بالريال السعودي مثلاً. وغالبا ما يتم تصنيف الإصدارات الدولية؛ لأن التصنيف بالنسبة للمستثمرين الدوليين يعد شرطاً سابقاً للإصدار، وبعض الأسواق المالية تجعله شرطاً للإدراج فيها، وفي حالة الصكوك المحلية فإن الحاجة للتصنيف الائتماني لم تكن قائمة؛ لما تجده الإصدارات من استجابة جيدة من المستثمرين بسبب ظروف السيولة الكافية، والثقة بالمصدرين المعروفين، بالإضافة إلى ارتفاع الطلب على الاستثمار وقلة العرض من الإصدارات، ومع دخول أنواع مختلفة من الجهات المصدرة إلى السوق وبسبب ظروف السيولة يرى كثير من المستثمرين أن الحاجة إلى التصنيف الائتماني قائمة وملحة للتأكد من جودة الإصدار^(١).

وتصنيف السند (Bond Rating) درجة تعطي للسندات تحدد جودته الائتمانية (Credit Quality) التي تعد أحد المعايير الرئيسية للحكم على جودة الاستثمار في السند ويعلم المستثمرون بها مدى الجدارة الائتمانية للسند أو كونه معرضاً لمخاطر التخلف عن السداد. ويتم تصنيف السندات عن

(١) ينظر: Sukuk Market in Saudi Arabia, Alawwal Invest, P:11

طريق جهات تصنيف خاصة ومستقلة مثل ستاندرد آند بور، ومودي وفيتش إلخ تقدم تقييمات للكفاءة المالية لمصدر السند وقدرته الائتمانية على سداد رأس المال للسند (أصل الدين) والفوائد في الوقت المناسب^(١).

والصنيف الائتماني للأوراق المالية لا يكون إلا فيما يمثل ديناً على المصدر (أداة دين) وعليه فلا يتم تصنيف الأسهم مثلاً لأنها تمثل ملكية أصول، فهو يقيس المخاطر الائتمانية للسند أي قدرة المصدر (المقترض) على سداد رأس المال والفوائد في أوقاتها المحددة، ويستند التصنيف الائتماني بشكل أساسي على تصنيف مصدره فإن كان مصدره في وضع ائتماني مرتفع كانت الأداة في الغالب مصنفة تصنيفاً يتوافق مع هذا الوضع الائتماني والعكس صحيح^(٢).

٢،١ المقصود بصكوك الجمع بين المضاربة والتورق:

وكما احتاجت السندات إلى تصنيف احتاجت الصكوك إلى تصنيف لأنها صممت أصلاً باعتبارها أداة بديلة عن السندات التقليدية.

وبالنظر في أنواع الصكوك المعمول بها في السوق يتبين أن صكوك الإجارة المنتهية بالتملك مثلاً يمكن تصنيفها ائتمانياً لأن الدفعات الإيجارية ثابتة في ذمة المستأجر بتمكينه من الانتفاع بالعين المؤجرة، وكذا لو تضمنت وعداً بالشراء فإن المصدر ملتزم بشراء الأصل بما يعادل رأس المال، وبالتالي يمكن تصنيفها ائتمانياً، أما في صكوك المضاربة مثلاً فالتصنيف الائتماني غير ممكن؛ لأن عقد المضاربة يقتضي عدم جواز ضمان رأس المال من المضارب، وبالتالي لا يوجد عنصر ائتماني يمكن تصنيفه فتجد أن أغلب المستثمرين يعزفون عن هذا النوع من الصكوك لهذا السبب^(٣).

ونتيجة لذلك اقترحت هيكله لصكوك المضاربة تتضمن بالإضافة إلى عقد المضاربة عقد مراجعة يترتب عليه ثبات جزء من مبلغ الإصدار ديناً في ذمة المصدر مع مراعاة ألا يكون في الابتداء حصة غالبية تمنع

(١) ينظر:

www.investopedia.com/terms/b/bondrating.asp www.investopedia.com/terms/c/creditquality.asp

(٢) ينظر: الصكوك الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها، د. محمد القرني ص ٨.

(٣) ينظر: الصكوك الإسلامية، البديل المشروع للسندات التقليدية، د. محمد القرني ص ١١.

التداول كما سيأتي بحثه، وفي الوقت نفسه يكون مقدار الربح في عقد المراجحة مساوياً في نهاية مدة الصك لرأس مال المضاربة.

وتم هيكلة هذه الصكوك على تقسيم مبلغ الإصدار (رأس مال الصك) إلى قسمين، بحيث يستثمر ٥١% منه في عقد مضاربة مع المصدر، و ٤٩% منه في عمليات مارجحة مع المصدر، بحيث تكون أصول الصكوك من مجموع موجودات العقدين (المضاربة والمراجحة).

وكانت أول صكوك صدرت بناء على هذه الفكرة فيما وقفت عليه هي صكوك بنك الجزيرة في المملكة العربية السعودية عام ٢٠١١م^(١).

٣،١ صور صكوك الجمع بين المضاربة والمراجحة:

عند دفع المستثمرين لرأس مال الصكوك فإن هذا المال يتم تجزئته إلى قسمين:

القسم الأول: يستثمر في عقد مضاربة وذلك بأن يدفع وكيل حملة الصكوك لمصدر الصكوك ٥١% من المال المكتتب به لاستثمارها في أنشطة متفق عليها مع المصدر، وتحدد نسبة الربح والتي تكون عادة ١٠% للمصدر، و ٩٠% لحملة الصكوك، ويتنازل حملة الصكوك عن نسبة منها باعتبارها حافزاً للأداء، ويتم تحديد أوقات توزيع دورية يتم فيها توزيع الأرباح حسب النسب المتفق عليها، ويكون ذلك تنضيضاً حكماً للمضاربة.

القسم الثاني: وفيه يشتري وكيل حملة الصكوك بالمتبقي من المال المكتتب به (٤٩%) سلعاً ثم يبيعها على المصدر بالأجل بربح معلوم، وفي هذه الحال تختلف الصور:

أ. فقد يتم تنفيذ عملية مارجحة واحدة بهذه النسبة كاملة بثمن يعادل رأس مال الصكوك (القيمة الاسمية للإصدار) ويكون أجلها هو نهاية مدة الصك، وفي هذه الحال يكون سداد التوزيعات الدورية من عوائد المضاربة فقط.

ب. وقد يتم تقسيم مبلغ المارجحة إلى جزئين، أحدهما يستخدم لتغطية القيمة الاسمية للإصدار وذلك بأن تغطي برحبها القيمة الاسمية للإصدار، والثاني يستخدم عند حلول أجل التوزيعات الدورية فيتم استخدام المتبقي من هذه النسبة في تنفيذ عمليات مارجحة أخرى لسداد التوزيعات الدورية،

(١) ينظر: الصكوك الإسلامية للقرى ص ١٢.

وفي هذه الحال تكون عملية المراجعة قد غطت القيمة الاسمية للإصدار والتوزيعات الدورية.

أحكام صكوك المضاربة والتورق

١,٢ اجتماع المضاربة والمرابحة:

يمكن مناقشة اجتماع عقدي المضاربة بالمرابحة ومدى صلته بصكوك المضاربة والمرابحة في مسألتين:

المسألة الأولى: حكم اشتراط عقد المرابحة في المضاربة.

المسألة الثانية: هل تعد صكوك المضاربة والمرابحة من الجمع المشروط بين عقدي معاوضة؟

أما المسألة الأولى وهي أن يُشترط أحد العقدين في الآخر فلا يدفع مالا ليضارب فيه إلا بشرط أن يشتري منه سلعة بثمن محدد، وهذه المسألة - أعني الجمع المشروط بين عقدي معاوضة - إما أن ينظر إليها بانضمام المحاباة كما إذا دفع مالا له ليضارب فيه بشرط أن يشتري منه سلعة بأكثر من قيمتها، وإما أن يكون شرطاً بين العاقدين دون محاباة كما إذا دفع مالا له ليضارب فيه بشرط أن يشتري منه سلعة بمثل ثمنها، وسيأتي الكلام عن المحاباة، أما ما يتعلق بمسألة الجمع المشروط بين عقدي معاوضة فقد بحث الفقهاء هذه المسألة وأشبعت بحثاً من قبل المعاصرين، وأشير بشكل موجز إلى مذاهب الفقهاء في هذه المسألة على النحو الآتي:

فقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى المنع من أن يشترط في عقد البيع عقد آخر^(١)، ونص الحنابلة على المنع من اشتراط عقد البيع في عقد الشركة كما لو قال بعثك هذه الدار على أن تشاركني^(٢)، وذهب المالكية إلى منعه في عقود الجعالة، والصرف، والمساقاة، والشركة، والقراض، وأجازوا اشتراط عقد البيع مع عقد البيع وكذا مع عقد الإجارة^(٣)، ووجه ابن رشد المنع من اشتراط عقد البيع في عقد القراض بقوله: "وأما القراض والبيع فإنما لم يجوز أن يجتمعا في صفقة واحدة من أجل أن القراض مخالف للبيع في وجهين: أحدهما أن القراض من العقود الجائزة، والثاني أنه إجارة مجهولة، تجوز بالإجماع والاتباع والقياس على المساقاة، فإذا انضاف أحدهما إلى الآخر أفسد كل واحد منهما صاحبه؛ لأن البيع يعود مجهولاً

(١) ينظر: حاشية الشلبي ٤/٤٤، وتحفة المحتاج ٤/٢٩٤، والإنصاف ١١/٢٣٠.

(٢) ينظر: كشاف القناع ٧/٣٩٨.

(٣) ينظر: مواهب الجليل ٤/٣١٣.

بإضافته إلى المجهول، ولأن القراض يخرج عن أصله باشتراط إضافة البيع إليه فيعود إجارة مجهولة، فوجب لذلك أن يفسخ البيع على ما قال ويرد في القراض إلى إجارة مثله^(١).

وذهب ابن تيمية إلى جواز اشتراط عقد المعاوضة في عقد معاوضة آخر ما لم يترتب عليه ربا كالعينة أو يتخذ حيلة لضمان رأس المال. وهذا الرأي يفهم من مجموع نصوصه خلافاً لما قد يُفهم من أنه يقول بالجواز مطلقاً.

قال ابن تيمية "وقول القائل: بعتك ثوبي على أن تبيني ثوبك بمئة: إن أراد به أن يبيع كل واحد منهما انعقد بهذا الكلام، فهذا نظير نكاح الشغار، ولكن ما الدليل على فساد هذا؟ وهو كما قال: أجرتك داري بمئة على أن داري تصير مؤجرة لي بمئة، فعوض كل من الإجاريتين مئة واستتجار الأخرى، كما أنه في البيع عوض كل منهما وبيع الأخرى. وتحريم هذا يحتاج إلى نص أو إجماع ليصح القياس عليه"^(٢)، وجاء في مجموع الفتاوى: "هذه المعاملة فاسدة من وجوه: منها الجمع بين البيع والشركة؛ فإن ذلك لا يجوز. وقد اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز أن يشترط مع البيع عقداً مثل هذا فلا يجوز أن يبيعه على أن يقرضه وكذلك لا يجوز أن يؤجره على أن يساقيه أو يشاركه على أن يقترض منه ولا أن يبيعه على أن يبتاع منه ونحو ذلك"^(٣). وبهذه النصوص يظهر أن ابن تيمية يجيز اشتراط العقد في عقد آخر لكن بشرط ألا يترتب عليه ربا كالعينة أو أن يجمع جمعاً القصد منه هو التحايل على ضابط شرعي.

واختلف المعاصرون تبعاً لذلك في حكم اشتراط عقد معاوضة في عقد معاوضة آخر فذهب كثير منهم إلى الجواز؛ أخذاً بقول ابن تيمية.

وذهب آخرون إلى المنع منه مطلقاً، وهو ما ذهب إليه الشيخ د. الصديق الضيرير رحمه الله، والشيخ محمد تقي العثماني أخذاً برأي جمهور الفقهاء^(٤).

قال د. الصديق الضيرير: "وعلة المنع على هذا هي الغرر في العقد فإن الذي يبيع داره على أن يبيعه فلان سيارته لا يدري هل يتم البيع أو لا؛ لأن تمام البيع الأول متوقف على تمام البيع الثاني".

(١) البيان والتحصيل ٤/٤١٧.

(٢) نظرية العقد ص ١٨٩.

(٣) مجموع الفتاوى ٣٠/٨٣.

(٤) ينظر: الغرر ص ١١٠، وبحوث في قضايا فقهية معاصرة ١/٢٤٥.

المسألة الثانية: هل تعد صكوك المضاربة والمرابحة من الجمع المشروط بين عقدي معاوضة؟

بالنظر في واقع الصكوك فإنه لا يتم النص في العقود على اشتراط أحد العقدين في الآخر، وإنما هي اتفاقات مسبقة على الدخول في العقود المجتمعة، حيث يتم النص في نشرة الإصدار على الهيكلة المتبعة ويتم توقيع العقود منفصلة، فما الضابط في اعتبار الصكوك من قبيل اشتراط عقد في عقد؟ يمكن تفصيل ذلك في اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن المفاهمة والاتفاق السابق على العقود المجتمعة هي في حكم الشرط، وهو ما يذهب إليه كثير من المعاصرين، على اعتبار أن العبرة في العقود، وهو ما ذهب إليه د. نزيه حماد^(١)، وهو ما يفهم من معيار الجمع بين العقود^(٢).

الاتجاه الثاني: أن الضابط هو أن يكون العقد مشروطاً بالعقد الآخر في صلب العقد بحيث يترتب على عدم انعقاد أحدهما بطلان الآخر، وهو ما لا يتحقق في المفاهمة والمواعدة السابقة على العقد؛ وذلك أن العقد إذا اشترط فيه عقد آخر يبقى متردداً بين التمام الفسخ بخلاف العقد المطلق المسبوق بوعد أو مفاهمة سابقة فإنه لا تردد في تمام العقد، وذهب إلى هذا الاتجاه الشيخ محمد تقي العثماني^(٣)، وهو ما يفهم من معيار حماية رأس المال حيث جاء في المستند الشرعي للجمع بين المشاركة والبيع "مستند جواز تنويع الأصول الاستثمارية أن هذا التنويع يحقق المصلحة للمستثمرين، وليس من قبيل الجمع بين العقود في عقد واحد؛ إذ إن كل عقد يبرم مستقلاً عن الآخر"^(٤).

وهذا الرأي هو الذي أخذت به اللجان الشرعية لهذه الصكوك فقد جاء في فتوى الهيئة الشرعية لمركز الأوائل للدراسات الاقتصادية بشأن صكوك شركة الاتصالات السعودية ما نصه: "لا مانع شرعاً من الجمع بين المرابحة والمضاربة شريطة الفصل بين وثائق العقدين؛ لئلا يؤدي إلى تداخل الحقوق والالتزامات المترتبة على كلٍ منهما".

(١) ينظر: المعايير الشرعية ص ٦٦٢.

(٢) ينظر: قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد ص ٢٧٠.

(٣) ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة ٢٤٢/١، وتعقيب الشيخ تقي على بحث د. نزيه حماد، المتلقيات الفقهية للهيئة الشرعية لمصرف الراجحي ص

٦٢٤.

(٤) ينظر: المعايير الشرعية ص ١١٣٤.

وقد يقال باتجاه قريب من الاتجاه الثاني وهو أن يترتب على عدم انعقاد العقد أو بطلانه بطلان الآخر ولو لم يكن ذلك مشروطاً في العقود كما لو تم إلزام المتعاقدين في الاتفاقية السابقة على العقود على الربط بين العقود وأن من حالات الإخلال بأحدهما عدم تنفيذ العقد الآخر.

وقد جاء من ضمن عناصر الاستكتاب السؤال عن حكم الجمع بين المداينة والمضاربة، فإن كان القصد هو مدى إمكان إلحاق عقد المراجعة الذي نتج عنه دين في الذمة بالقرض في المنع من اجتماعه بالمعاوضة فالذي يظهر عدم صحة إلحاق علة الانتفاع بالقرض والمنع من سلف وبيع بالدين الناشئ عن عقد المراجعة، وقد فرق الفقهاء بينهما في كثير من الأحكام، جاء في المدونة: "أرأيت المرهّن هل يجوز له أن يشترط شيئاً من منفعة الرهن؟ قال: إن كان من بيع فذلك جائز، وإن كان الدين من قرض فلا يجوز ذلك؛ لأنه يصير سلفاً جر منفعة"^(١). قال الإمام أحمد: "إذا رهنه من قرض فلا ينتفع بشيء وإن أذن له، وإن كان من بيع فلا بأس أن ينتفع به إذا كان أذن له"^(٢)، وإنما قد يمنع لمأخذ آخر كالاشرط بين عقدين أو مع المحاباة في أحدهما مما يترتب عليه التحايل للوصول إلى محذور شرعي.

(١) المدونة (١٤٩/٤).

(٢) مسائل الإمام أحمد برواية الكوسج (٥١/٢)، وينظر: المغني لابن قدامة (٥٠٩/٦)، والمبدع لابن مفلح (٢٢٦/٤).

٢,٢ تداول صكوك المضاربة والمرايحة:

من المسائل المتصلة بهذا النوع من الصكوك ما يتعلق بحكم تداولها لا سيما وأن أحد الأغراض الرئيسية لهذا التركيب هو إتاحة تداولها وتجاوز المحذور الشرعي في تداول الديون استناداً على مبدأ الغلبة في الأوراق المالية التي تتكون موجوداتها مما يجوز تداوله كالأعيان والمنافع ومما لا يجوز تداوله كالديون والنقود، وهذه المسألة من المسائل الكبيرة التي عقدت لأجلها ندوات مستقلة، وناقشها مجمع الفقهي الدولي بجدة في أكثر من دورة لكنها تؤجل لمزيد من البحث والدراسة.

وأعرض بشكل موجز أقوال المعاصرين في حكم تداول الأوراق المالية التي تتكون موجوداتها مما يجوز تداوله كالأعيان والمنافع ومما لا يجوز تداوله كالديون والنقود، سواء أكانت تلك الأوراق أسهماً أو صكوكاً أو وحدات استثمارية، حيث اختلف فيها على اتجاهات متعددة أبرزها ما يأتي^(١):

الاتجاه الأول: الأخذ بمبدأ الغلبة، وذلك بأن يجعل حكم الكل للغالب من الأمرين، فإن كانت الأعيان هي الغالبة فله حكم الأعيان، وإن كانت الديون هي الغالبة فتأخذ حكم الديون.

وهذا ظاهر قرار مبكر من مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة بشأن سندات القراض، ونصه: "إذا صار مال القراض موجودات متداولة مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع، أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية التي ستبينها لائحة تفسيرية توضع وتعرض على المجمع في الدورة القادمة".

الاتجاه الثاني: الأخذ بمبدأ التبعية إذا كانت النقود والديون تابعة لما يصح أن يكون متبوعاً، وتكون الورقة المالية متضمنة لملكية المتبوع، والأخذ بمبدأ الغلبة عند انتفاء تبعية النقود والديون أو عدم تضمن الورقة المالية لملكية المتبوع، وهذا ما ذهب إليه مجمع الفقه الإسلامي مؤخراً في دورته العشرين بالجزائر في قراره ١٨٨ بشأن استكمال موضوع الصكوك الإسلامية.

(١) ينظر: معيار الغلبة، د. يوسف الشيبلي ص ١٨.

الاتجاه الثالث: الاعتبار بغرض الشركة ونشاطها، وعلى هذا "فإذا كان غرضها ونشاطها التعامل في الأعيان والمنافع والحقوق فإن تداول أسهمها جائز دون مراعاة أحكام الصرف أو التصرف في الديون شريطة ألا تقل القيمة السوقية للأعيان والمنافع والحقوق عن نسبة ٣٠% من إجمالي موجودات الشركة الشاملة للأعيان والمنافع والحقوق والسيولة النقدية وما في حكمها (أي ديون الشركة على الغير وحساباتها الجارية لدى الغير والسندات التي تملكها وتمثل ديوناً). بصرف النظر عن مقدار السيولة النقدية والديون لكونها حينئذ تابعة.

أما إذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الذهب أو الفضة أو العملات (الصرافة) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الصرف وإذا كان غرض الشركة ونشاطها المعمول به هو التعامل في الديون (التسهيلات) فإنه يجب لتداول أسهمها مراعاة أحكام الديون"^(١). وهذا الاتجاه أخذ به المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الأوراق المالية.

الاتجاه الرابع: وهو قريب من رأي المجمع الأخير كما في الاتجاه الثاني وهو:

١. الأخذ بمبدأ التبعية إذا كانت الأوراق المالية تمثل حصصاً مشاعة في مشروع ذي نشاط متجدد أي يتم تقليب موجوداته من نقد إلى أعيان أو منافع ثم نقد أو دين وهكذا، ويشمل ذلك الأسهم والوحدات الاستثمارية في الصناديق وصكوك المشاركة والمضاربة وودائع المضاربة الاستثمارية.

٢. والأخذ بمبدأ الغلبة إذا كانت الأوراق المالية تمثل حصة مشاعة في أصل من الأصول وليس في منشأة ذات نشاط متجدد أي لا يتم تقليب الموجودات، ويشمل هذا النوع الصكوك غير المشاركة والمضاربة، ومحافظ التمويل ونحوها، وقال بهذا الاتجاه د. يوسف الشيبلي^(٢)، كما أخذ بهذا الاتجاه البيان الختامي والتوصيات لندوة "الغلبة والتبعية في المعاملات المالية، حالاتهما،

(١) معيار الأوراق المالية (الأسهم والسندات) ص ٥٧٣، وقد بلغني أن هذا الرأي في طور المراجعة من المجلس، ويحتاج إلى مقارنة مع ما صدر مؤخراً من المجلس الشرعي في معيار الذهب ومعيار بيع الدين.

(٢) الغلبة في تداول الأوراق المالية ص ٢٢.

وضوابطهما، وشروط تحققهما" المنظمة من أمانة مجمع الفقه الإسلامي تنفيذاً لتوصيات قرار المجمع ١٩٦ المعقودة في جدة عام ١٤٣٦هـ^(١).

وتطبيقاً لهذه الاتجاهات على تداول موجودات صكوك المضاربة والمراجحة، يمكن القول بالجواز بناء على الاتجاه الرابع.

أما الاتجاه الأول والثاني فهو إن كان ظاهرهما يستفاد منه القول بجواز تداول موجودات صكوك المضاربة والمراجحة، إلا أنه فيما يتعلق بالاتجاه الأول فقد جاء في قرار المجمع ١٧٨ بشأن: الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة تداولها في دورتها التاسعة عشرة بالشارقة النص على المنع من أن يتخذ هذا القول حيلة على تداول الديون، حيث جاء في القرار: "لا يجوز أن يتخذ القول بالجواز ذريعة أو حيلة لتصكيك الديون وتداولها كأن يتحول نشاط الصندوق إلى المتاجرة بالديون التي نشأت عن السلع، ويجعل شيء من السلع في الصندوق حيلة للتداول"، فقد يقال بأن هذا النموذج قد صمم بما يكون حيلة على تداول الديون.

وكذا الاتجاه الثالث فهو رأي جديد للمجمع إلا أنه تم تفسيره أو تخصيصه بما يخرج الصورة محل الدراسة وذلك في قرار مجمع الفقه الإسلامي في دورته الحادية والعشرين بالرياض، حيث جاء في القرار ١٩٦ بشأن استكمال موضوع الصكوك الإسلامية ما نصه: "إذا كانت الصكوك تمثل موجودات مشروع أو نشاط استثماري معين، تختلط فيها النقود والديون والأعيان والمنافع، تطبق عليها الفقرة ٣ أ من البند خامساً من القرار ١٨٨. وفقاً لما يلي: أ. لا يجوز إصدار صكوك أو وحدات محفظة أو صندوق استثماري تشتمل على أعيان ومنافع وديون نقود بحيث تكون الديون والنقود مستقلة عن الأعيان والمنافع والجهاز الإداري والنشاط الاقتصادي المتبوع.."، وهو كذلك ما ذهبت إليه بعض الهيئات الشرعية، حيث جاء في اجتهاد سابق للهيئة الشرعية لمصرف الإنماء في قرارها بشأن صكوك الهيئة العامة للطيران المدني ما نصه: "أن تداول الصك بهذه الهيكلية يشتمل على ما لا يصح تداوله شرعاً وهو الدين؛ لأن دين المراجحة أحد المكونين الرئيسيين لموجودات الصك، ودين المراجحة هنا لا يصح أن يعد تابعاً؛ لأنه

(١) بحث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، د. عبدالستار أبو غدة، ج ١٤ ص ٤٤.

مقصود أصالة، وقد أنشئ ابتداءً لمرة واحدة، ولم يكن متولداً من أنشطة متجددة تتقلب فيها الموجودات بين ديون وأصول".

أما الاتجاه الثالث وهو الاعتبار بنشاط الشركة فهو أخذ بمبدأ التبعية، لكن قد يقال بأن هذا الاتجاه محله في الأوراق المالية التي تمثل حصصاً مشاعة في منشآت، أما إذا كانت تمثل حصصاً مشاعة في أصل محدد من الأصول كما في الصورة محل الدراسة فلا ينطبق عليها هذا المعيار.

ومن المسائل التي قد تستوجب النظر والتأمل في هذه المسألة وأطرحها بين يدي المختصين هو ما يتعلق بتطبيق قاعدة الغلبة وأن الحكم للأكثر هل ينظر فيه إلى الديون بقيمتها الحالية أم الديون الثابتة في الذمة مطلقاً (والتي تشمل الأرباح المؤجلة)؟ ذلك أنه عند النظر في تداول الأوراق المالية بشكل عام فهي إنما ينظر فيها في الجانب المحاسبي والمالي إلى قيمتها الحالية أي القيمة الاسمية للورقة أو المتبقي منها وأي أرباح مستحقة لم تسدد أما الأرباح المؤجلة فلا تدخل، ولا يعني أنها تباع بهذه القيمة بل يمكن أن تباع بأكثر أو أقل بحسب العرض والطلب، وهو ما يجري تطبيقه في المؤسسات المالية الإسلامية تطبيقاً لمبدأ الغلبة، فلو أن هناك محفظة تتكون موجوداتها من ديون بمبلغ ٤٩ مليون (القيمة الاسمية) وإذا ضمنا الأرباح المؤجلة أصبحت ٦٠، ولديها أعيان قيمتها ٥١ مليون فإن القيمة الاسمية للمحفظة ستكون ١٠٠ وإذا أضفنا إلى الأرباح المؤجلة فستكون ١٦٠، فإذا اعتبرنا الديون بقيمتها الحالية جاز التداول، وإذا اعتبرنا الديون كاملة بما فيها الأرباح المؤجلة لم يجز التداول بناء على قاعدة الغلبة، والأول هو ما يفهم من التطبيق المعاصر لهذه القاعدة في الصناديق والصكوك ومحافظ التمويل، مع أن المتبادر للذهن قد يكون الاتجاه الثاني؛ لأن الدين عند الفقهاء يشمل رأس المال وربحه فهو ثابت في ذمة المدين بصفته الكاملة وإن لم يحل موعد سداده، لا سيما وأنه في الصورة محل الدراسة فإن دين المراجعة الذي قد يغطي القيمة الاسمية للإصدار وربما أكثر ينشأ في تاريخ إصدار الصك، ولو استحق في أي وقت من الأوقات قبل انتهاء الصك فهو سيحل بقيمته المؤجلة لا الحالية، فهل يصدق على الصكوك والحالة هذه أن الديون فيها ليست غالبية؟

وقد يكون من المؤثر عند النظر في هذه المسألة تعلق كثير من الأحكام بالدين بقيمته الحالية وليس المؤجلة كالقول بركة الدين بقيمته الحالية والاعتبار به في حال الوفاة والتفليس وتعجيل السداد.

٣,٢ تغطية ثمن المربحة للقيمة الاسمية للإصدار والتوزيعات الدورية (رأس مال المضاربة والأرباح).

ويمكن حكاية الخلاف في هذه المسألة في اتجاهين:

الاتجاه الأول: الجواز، وهو ما ذهب إليه أكثر اللجان الشرعية التي أجازت إصدار هذه الصكوك. ومن أبرز أدلة هذا الاتجاه أن الأصل المقرر عند الفقهاء ألا حد للربح إذا وجد الرضا بين المتعاقدين، فيجوز للبائع أن يبيع سلعته بربح يزيد عن ربح المثل ما دام المشتري راضٍ بذلك، والأصل في المعاملات الإباحة ما لم يرد محذور شرعي يمنع من ذلك، ولم يرد ما يمنع من ذلك.

الاتجاه الثاني: المنع، باعتبار أنه حيلة على ضمان رأس مال المضاربة؛ وذلك برفع عائد المراجعة (هامش الربح) بما يزيد عن تكلفة التمويل في تلك الفترة؛ لغرض تغطية القيمة الاسمية للإصدار، وهذا الزيادة غير المعهودة تعد تحايلاً على أمر ممنوع شرعاً، وهو ضمان رأس مال المضاربة، وهي بذلك تنتهي إلى المداينة فلا فرق بينها وبين السند التقليدي.

ويناقش: بأن هذا يعد بديلاً يحقق نفس النتيجة الاقتصادية لحماية رأس المال ولكن بطريقة مشروعة حيث تحققت فيها الضوابط الشرعية لعقد المراجعة واجتماع العقود، كما أن المضاربة عقد حقيقي تحكمه أحكام المضاربة الشرعية فلا يضمن المضارب رأس المال ولا الربح، ولا يضر اتفاق هذا المنتج من حيث النتيجة مع نتيجة المنتج التقليدي، فهو من حماية رأس المال، وليس من ضمانه^(١)، فهو من الوسائل المشروعة لحماية رأس المال، وقد جاء في معيار حماية رأس المال والاستثمارات: "استخدام عقود المراجعة والمشاركة؛ بحيث يقسم رأس المال إلى جزئين: الأول في عقود مراجعة مع جهات ذات ملاءة ائتمانية بهامش ربح يتحقق به وبأصل المال الحماية لرأس المال، والباقي يُستثمر في عقود مشاركة"^٢.

قال الشيخ محمد تقي العثماني في موضع مختلف: (بمجرد كون النتيجة النهائية مثل ما ينتج من عقد الربا؛ لا يجرم العملية، ما دامت النتيجة حصلت بعقود حقيقية مشروعة)^٣.

(١) ينظر: بحوث حماية رأس المال، د. محمد القري، د. عبدالستار أبو غدة.

٢ ينظر: المعايير الشرعية ص ١١٢٦.

٣ ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة ٥٩/٢.

ويمكن أن يخرج الاتجاه بالمنع على قواعد ابن تيمية في الحيل، حيث منع ما يسمى بمسألة ضمان البساتين، وجعلها من الحيل الممنوعة شرعاً، وهي حيلة على بيع الثمر قبل بدو صلاحه وذلك أن صاحب البستان يريد عائداً مضموناً من البستان، وهو لا يستطيع بيع الثمر قبل بدو صلاحه؛ للمانع الشرعي في ذلك، ولا يرغب في المساقاة عليها بحصة من الثمرة؛ لأنها غير مضمونة، وكذلك لا يستطيع إجارة الشجر للمنع من ذلك كما هو عليه جمهور الفقهاء وهم الحنفية والشافعية والحنابلة، فيقوم صاحب البستان بإجارة أرض البستان بأجرة تزيد كثيراً عن أجرة المثل ثم يساقى المستأجر على شجر البستان بحصة يسيرة من الثمر، ويكون صاحب البستان بهذه الحيلة قد ضمن العائد من خلال عقد الإجارة ولن تضربه خسارة الثمر، فجاء عن بعض الفقهاء بإجازة هذا التعامل، ومنعه ابن تيمية وشدد فيه وأطال في جوابه عن هذه المسألة وأخصه فيما يأتي:

١. اختلف الفقهاء في حكمها على قولين. فالمنصوص عن أحمد أنه لا يجوز. وقال بجوازها الشافعية وأبو يعلى من الحنابلة.

٢. أن هذه المعاملة ممنوعة من أوجه، أبرزها أن مقصود المنع من بيع الثمر قبل بدو صلاحه وهو الغرر والإفشاء للخصومات موجود في هذه المسألة أكثر مما يوجد في مسألة بيع الثمر قبل بدو صلاحه؛ حيث إن المستأجر حينما قبل بأن يستأجر الأرض بأكثر من أجرتها إنما قبل ذلك طمعا فيما يحصل له من الثمر، فإذا لم تتحقق منفعة الشجر، وطولب المستأجر بسداد جميع الأجرة كان ذلك من أكل المال بالباطل، وسبباً لإفشاء الخصومات والعدوات، فهو في معنى مشتري الثمرة قبل بدو صلاحها^(١).

واختلف القائلون بجواز هذه المسألة في مقدار الثمن الآجل في عمليات المراجعة هل يجوز أن يغطي القيمة الاسمية للإصدار والتوزيعات الدورية (رأس مال المضاربة وربحه) على ثلاث اتجاهات:

(١) ينظر: مجموع الفتاوى ٢٢٠/٣٠.

الاتجاه الأول: لا مانع من أن يغطي الثمن المؤجل في عملية المراجعة القيمة الاسمية للمضاربة (رأس المال) والتوزيعات الدورية (الأرباح)، وهو لازم ما أخذ به أكثر المجيزين لهذه النوع من الصكوك^(١). ويستدل لهذا الاتجاه بأن هذه الصكوك المركبة جمعت بين عقدين تحققت فيها الضوابط الشرعية، وهي تعد بديلاً مناسباً للسندات التقليدية مضمونة العوائد، وكونهما يتفقان في النتيجة فإن هذا لا يضر.

الاتجاه الثاني: ألا يتجاوز الثمن المؤجل في عملية المراجعة القيمة الاسمية للإصدار، وعليه يجب ألا يغطي الأرباح (التوزيعات الدورية)، وهو قول بعض أعضاء اللجان الشرعية لبعض إصدارات هذا النوع من الصكوك^(٢).

ويستدل لهذا الاتجاه بأن الفرق بين حماية رأس المال وضمانه في الصكوك هو النظر فيما إذا كانت الصكوك تتضمن مخاطر ائتمانية فقط كما في السندات، أم تتضمن بالإضافة إلى ذلك مخاطر تشغيلية فلو حصل نقص في عوائد النشاط محل الصكوك أو خسارة مثلاً وتضرر بذلك حملة الصكوك فهذا يدل على أن إدخال المراجعة على الصك إنما هو بقصد تقليل المخاطر، أما إذا لم يكن هناك أي مخاطر تشغيلية أو كانت المراجعة تغطي جميع المخاطر التشغيلية فهذا يدل على أن الصكوك إنما هي صكوك ديون، وأن المضاربة فرغت من مضمونها وما جيء بها إلا للتحليل، وعلى هذا يتبين الفرق بين حماية رأس المال وضمانه، ف"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^(٣).

ويمكن مناقشة هذا الاتجاه بأن هذا الاستدلال مسلم لو أن ثمن المراجعة لا يغطي رأس المال أما إذا في حال تغطية ثمن المراجعة لرأس المال فهذا سينتج عنه عدم وجود احتمال لخسارة رأس مال المضارب لأنه

(١) كان من ضمن من أجاز هذا النموذج من الصكوك المشتملة على هذه الصورة: د. حسين حامد حسان، ود. محمد القري، ود. عبدالستار أبو غدة،

ود. نزيه حماد، والشيخ عبدالله بن منيع، والشيخ عبدالله المطلق، والشيخ نظام يعقوبي، ود. محمد داود بكر.

(٢) منهم: د. يوسف الشيبلي.

(٣) ينظر: حماية رأس المال، د. يوسف الشيبلي ص ٦.

مغطى من ثمن المراجعة بالكامل، وبهذا تكون المراجعة قد غطت المخاطر التشغيلية للصكوك ولم يبق إلا المخاطر الائتمانية فلا فرق بينها حينئذٍ وبين أن تغطي مع رأس المال التوزيعات الدورية. ويجاب عن ذلك بأنه لا يسلم أن رأس المال مضمون بدين المراجعة، فلو حصلت ظروف طارئة أدت إلى إخلال المصدر بالتزاماته لسبب خارج عن إرادته وترتب عليها انفساخ المراجعة فإن الثمن المؤجل للمراجعة لا يستحق بكامله، وإنما يستحق تكلفة سلعة المراجعة (رأس مال المراجعة) وأي أرباح مستحقة دون الأرباح المؤجلة، وبهذا يدل على أن العقود المكونة لهذه الصكوك لها أثر فعلي وليست شكلية.

الاتجاه الثالث: ألا يغطي الثمن المؤجل في عملية المراجعة القيمة الاسمية للإصدار، وهو قول بعض اللجان الشرعية المحيزة لبعض إصدارات هذا النوع من الصكوك^(١). ومأخذ هذا الاتجاه فيما يظهر هو أن تغطية ثمن المراجعة للقيمة الاسمية للإصدار يؤول إلى ضمان رأس المال في حال انتهاء مدة الصك أي في الأحوال الطبيعية وليس في الحالات الطارئة على الصك.

٢، ٤ استحقاق حملة الصكوك لثمن المراجعة كاملاً عند الإنهاء خلال مدة الصكوك:

وصورة هذه المسألة أن دين المراجعة يتكون من تكلفة السلعة (أصل الدين) وربحها المؤجل، وتكلفة السلعة لا يتجاوز ٤٩% من القيمة الاسمية للصكوك، والربح المؤجل في هذه الحال قد يكون بالإضافة إلى أصل الدين مساوياً لرأس مال المضاربة (٥١% المتبقية)، والمتبع في الديون المؤجلة عند السداد المبكر لها قبل حلول أجلها ألا يطالب بالأرباح التي تقابل المدة المتبقية من العقد، أما في الصكوك فهي تحل بالكامل، وهناك حالات للإنهاء فهو إما أن يكون برغبة المصدر وفي هذه الحال لا إشكال بالمطالبة بالدين المؤجل كاملاً، وكذا لو كان الإنهاء بسبب منه، أما إذا كان الإنهاء بسبب خارج عن إرادة المصدر كحالات القوة القاهرة أو كان برغبة حملة الصكوك المطلقة بأن يكون لهم الحق في الإنهاء في أي وقت فهل يحل الدين المؤجل كاملاً؟

وقد جرت العادة في الصكوك إثبات حق حملة الصكوك في الاسترداد في حالات التصفية (Dissolution Events) أو حالة الإخلال (Event of Default) والتي قد يكون منها

(١) منهم د. عبدالرحمن الأطرم.

إخلال المصدر بسبب عجزه عن وفائه بالتزاماته كتعثره عن السداد، وقد يكون بسبب خارج عن إرادته، وفي الحالين فإنه يترتب عليه استحقاق حملة الصكوك لمبلغ الاسترداد المبكر (Early Redemption Amount) أو مبلغ التصفية المبكر (Early Dissolution Amount) وهو ما يساوي ١٠٠% من مبلغ رأس المال ونسبة محددة متفق عليها بالإضافة إلى أي توزيعات دورية مستحقة.

واختلف المميزون لهذه الصكوك في حكم استحقاق ثمن المراجعة كاملاً في هذه الحال على اتجاهين:
الأول: الجواز؛ بناء على ما سبق ذكره.

الثاني: المنع^(١) إذا كان الإنهاء بسبب خارج عن إرادة المصدر كصدور تعليمات من جهة منظمة ونحو ذلك ومن باب أولى في حال كان لحملة الصكوك الإنهاء في أي وقت لأي سبب من الأسباب؛ وهذا الاتجاه مبني فيما يظهر على القول بجواز أن يغطي ثمن المراجعة رأس المال فقط دون الأرباح، أما من يقول بالمنع من أن يغطي ثمن المراجعة القيمة الاسمية للإصدار، فلا يظهر موجب للأخذ به؛ لأن المأخذ في ذلك هو عدم ضمان رأس المال فما دام متحققاً على قولهم بعدم تغطية القيمة الاسمية الكاملة فلا حاجة لاشتراط التنازل عن الربح المؤجل للمراجعة لاسيما مع قولهم بجواز حلول المديونية كاملة عند حلول الأجل.

خلاصة ما سبق:

وباستعراض هذه المسائل والنظر في اتجاهات المميزين لإصدار هذه الصكوك والاستثمار فيها وتداولها يمكن استخلاص الضوابط الآتية:

أولاً: الضوابط المتفق عليها:

١. الالتزام بتطبيق أحكام المضاربة والمراجعة الشرعية في وثائق الصكوك.
٢. ألا تتجاوز القيمة الاسمية للمراجعة عن ٤٩% من رأس مال الصكوك.
٣. أن تكون أصول المضاربة أصول حقيقية تحقق عوائد في العادة.

(١) ينظر: القرار رقم ١٣٠ للهيئة الشرعية لبنك البلاد بشأن صكوك بنك البلاد ص ٣.

٤. أن يتم الفصل بين وثائق العقدين؛ لئلا يؤدي إلى تداخل الحقوق والالتزامات المترتبة على كلٍ منهما.

ثانياً: الضوابط المختلف فيها:

١. ألا يغطي ثمن المراجعة ما زاد عن القيمة الاسمية للصكوك.
٢. ألا يستحق ثمن المراجعة كاملاً في حال إنهاء الصكوك لسبب خارج عن إرادة المصدر.

[٣]

نماذج تطبيقية لصكوك المضاربة والتورق

١,٣ صكوك شركة أرامكو السعودية^(١) :

١,١,٣ البيانات الرئيسة للصك^(٢) :

أ. أطراف هيكل الصكوك:

- المصدر: شركة أرامكو السعودية للصكوك (شركة مساهمة محدودة تابعة للشركة).
- وكيل حملة الصكوك: شركة الرياض المالية.
- حملة الصكوك: المستثمرون بصفتهم حملة الصكوك.
- أصول الصكوك: حصة المصدر (لصالح حملة الصكوك) في أصول المضاربة، وحقوق وكيل حملة الصكوك بصفته بائعاً (لصالح حملة الصكوك) في عملية المراجعة بما في ذلك ثمن البيع المؤجل، وأي رصيد قائم في حساب الصكوك وحساب التجميع، والدفعات المستحقة على المضارب بموجب اتفاقية المضاربة، والمشتري بموجب اتفاقية المراجعة الرئيسية.
- رأس مال الصكوك: مبلغ يعادل القيمة الاسمية للإصدار.

ب. أطراف اتفاقية المضاربة:

- رب المال: شركة أرامكو السعودية للصكوك نيابة عن حملة الصكوك.
- المضارب: شركة أرامكو السعودية.
- أصول المضاربة: سيستثمر المضارب رأس مال المضاربة على النحو الآتي: مبلغ يعادل التوزيعات الدورية وسيتم استثماره في استثمارات قصيرة الأجل، وسيتم استثمار الباقي في الأنشطة التجارية لأرامكو المتوافقة مع الشريعة الإسلامية.

(١) وهو برنامج مكون من عدة إصدارات ستصدر من وقت لآخر بحجم لا يتجاوز ٣٧,٥٠٠ مليار ريال، وجميع الإصدارات ستكون وفقاً لاتفاقية إعلان

الوكالة المؤرخة في ٢١ مارس ٢٠١٧.

(٢) ينظر: نشرة الإصدار ص ١.

ج. أطراف اتفاقية المرابحة الرئيسية:

- البائع: شركة أرامكو السعودية للصكوك نيابة عن حملة الصكوك.
- المشتري: شركة أرامكو السعودية.

د. وثائق الصكوك:

١. نشرة الإصدار. (Base Prospectus)
 ٢. اتفاقية المضاربة. (Mudaraba Agreement)
 ٣. اتفاقية المرابحة الأساس. (Master Murabaha Agreement)
 ٤. اتفاقية الشراء بالوكالة. (Purchase Agency Agreement)
 ٥. اتفاقية البيع بالوكالة. (On-sale Agency Agreement)
 ٦. اتفاقية إعلان الوكالة. (Declaration of Agency)
 ٧. اتفاقية إدارة الدفعات. (Payment Administration Agreement)
 ٨. اتفاقية البرنامج. (Programme Agreement)
- هـ. القانون الحاكم والاختصاص:

ستكون وثائق الصكوك خاضعة للقوانين والأنظمة السعودية، وسيكون الاختصاص للجنة منازعات الأوراق المالية.

٣, ١, ٢ هيكل الصك وخطوات التنفيذ:

في تاريخ إصدار الصكوك، سيستخدم وكيل حملة الصكوك مبلغ الرصيد القائم من حساب حصيلة الصكوك ووفقاً لتعليمات المصدر:

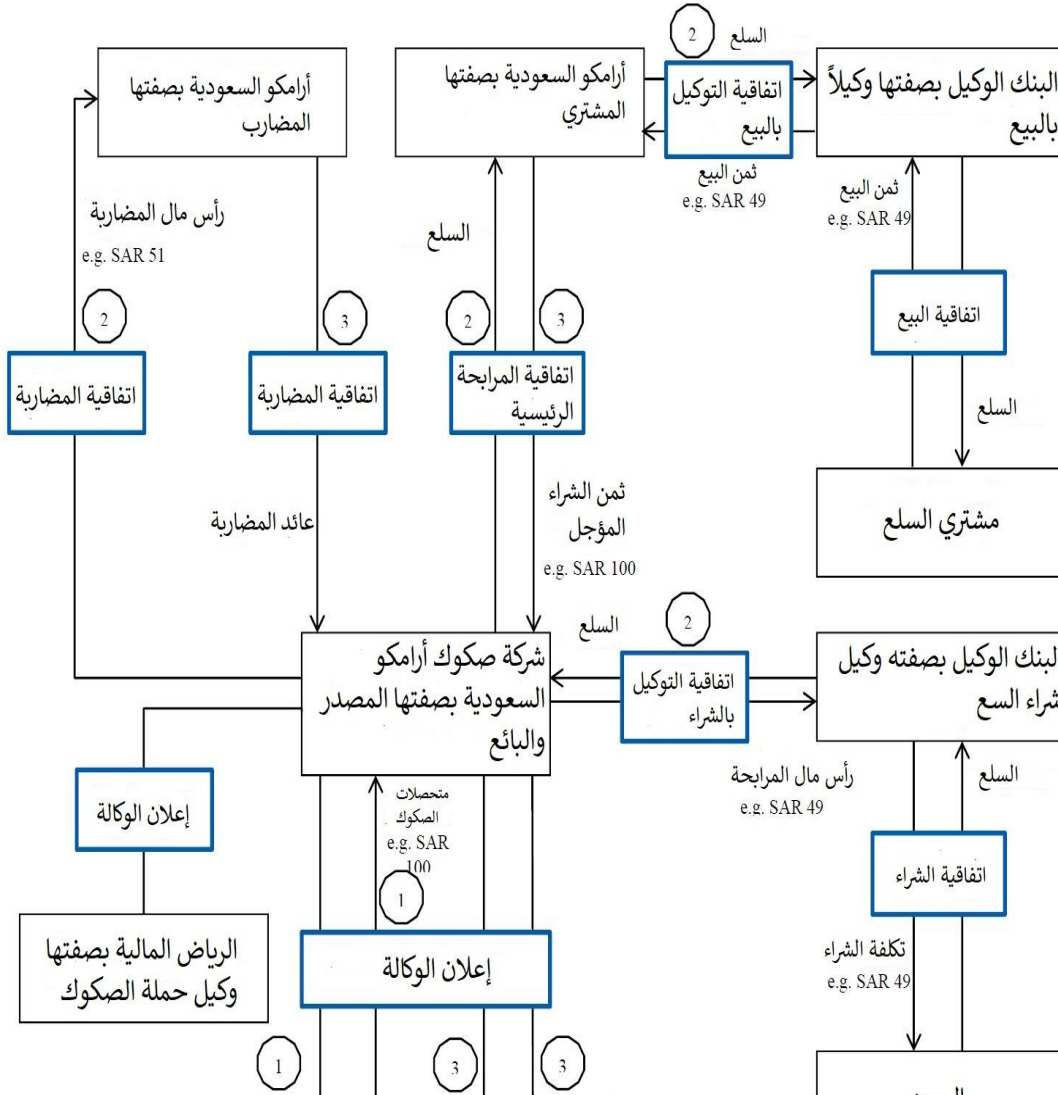
أ. دفع رأس مال المضاربة بما يعادل نسبته ٥١% على الأقل من إجمالي القيمة الاسمية للإصدار إلى المضارب لاستثمارها في أصول المضاربة.

ب. استخدام المتبقي من الرصيد القائم من حساب حصيلة حملة الصكوك والذي لن يتجاوز ٤٩% من القيمة الاسمية للإصدار في اتفاقية المرابحة للدخول فيها عن طريق المصدر بصفته البائع نيابة عن حملة الصكوك مع شركة أرامكو بصفتها المشتري، والذي سيتم بموجبها بيع سلع إلى أرامكو

بشمن مؤجل يعادل إجمالي القيمة الاسمية للإصدار في تاريخ الإصدار.

ت. مبالغ التوزيعات الدورية ذات التواريخ المحددة بموجب الصكوك:

تسدد مبالغ التوزيعات الدورية للصكوك من إيرادات المضاربة والمراجحة، كما أنّ رأس المال يتكون من المضاربة والمراجحة أيضاً. ويتم دفع أرباح المضاربة بقسمة دخل المضاربة بين المضارب ورب المال حسب نسبة متفق عليها. وتستخدم حصة رب المال من دخل المضاربة لسداد مبالغ التوزيع الدوري لحملة الصكوك، وما زاد عن مبالغ التوزيعات الدورية فيعيد استثماره في المضاربة. وبعد استرداد قيمة الصكوك كاملة، تدفع المبالغ الزائدة إلى المضارب بصفتها حافزاً يضاف إلى حصته من أرباح المضاربة.



٣,١,٣ أبرز المسائل الخاصة بموضوع البحث:

المسألة الأولى: أن ثمن المرابحة يغطي جميع رأس المال.

جاء في نشرة الإصدار النص على أن ثمن البيع الآجل يعادل سعر التكلفة بالإضافة إلى أرباح المرابحة على ألا تتجاوز ١٠٠% من إجمالي القيمة الاسمية للإصدار^(١).

المسألة الثانية: استحقاق ثمن المرابحة كاملاً في حال الإنهاء:

حيث جاء في نشرة الإصدار النص على أنه عند حدوث حالة إخلال والتي منها حالات خارجة عن إرادة المصدر فإن لحملة الصكوك استرداد رأس مال الصكوك القائم كاملاً، وعرف رأس مال الصكوك القائم في النشرة بأنه المبلغ الذي يعادل القيمة الاسمية لإصدار الصكوك^(٢).

وذهبت الهيئات الشرعية المجيزة لإصدار هذا النوع من الصكوك (على اختلاف اتجاهاتها المذكورة في القسم النظري) إلى جواز الاستثمار في هذه الصكوك وتداولها، ويلاحظ هنا ما يأتي:

١. أن هذا البرنامج جرى على رأي من يجيز أن يغطي ثمن المرابحة المؤجل القيمة الاسمية للإصدار فقط دون الأرباح، أما منع من ذلك فقد أجاز هذا الإصدار بناء على تعهد من المصدر بألا يتجاوز في إصدارين على الأقل من إصدارات هذا البرنامج عن ٩٠% من القيمة الاسمية للصكوك، وهو ما يفهم مما ذكر في نشرة الإصدار ضمن المخاطر المحتملة أنه قد لا تتم تغطية إجمالي القيمة الاسمية للإصدار بالثمن المؤجل لعملية المرابحة، وسيتم سداده من عوائد المضاربة إلى الحد الذي تقل قيمة رأس مال المضاربة عن مبلغ العجز، وفي هذه الحال لن يتمكن حملة الصكوك من استرداد إجمالي القيمة الاسمية للإصدار^(٣).

٢. أن هذا البرنامج جرى على رأي من يجيز استحقاق ثمن المرابحة كاملاً في حال الاسترداد، أما منع ذلك فتمسك بإثبات حق المصدر في تحديد مقدار المرابحة بما تحدده المحاكم المختصة، على اعتبار أن المحاكم المختصة لن تثبت في ذمة المصدر الأرباح المؤجلة، والذي يظهر أن نصوص الوثائق لا

(١) ص ٧٣.

(٢) ص ٦٧، ٨٣.

(٣) ينظر: نشرة الإصدار ص ٢٧.

تحقق هذا الغرض، كما في النص الآتي: عند حصول حالة إخلال فيما يتعلق بأي إصدار من الصكوك وفي أي وقت تستمر حالة الإخلال فيما يتعلق بأي إصدار من الصكوك فإن البائع قد يطلب من المشتري على الفور دفع إجمالي ثمن المراجعة المؤجل القائم كاملاً فيما يتعلق بذلك الإصدار من الصكوك، وسيدفع المشتري على الفور أي مبالغ أخرى مستحقة للبائع على المشتري بموجب الوثائق ذات الصلة بذلك الإصدار من الصكوك. ولتفادي الشك فإنه في حالة وقوع حدث الإخلال فيكون للمحكمة المختصة الاختصاص فيما يتعلق بأي دعوى تتم بموجب هذه الفقرة وفقاً للفقرة ٢٠ (القانون الحاكم والاختصاص القضائي) والشرط ١٩ (القانون الحاكم والاختصاص القضائي).

وقد تم تعريف إجمالي ثمن المراجعة المؤجل القائم في الاتفاقية بأنه مبلغ ثمن البيع المؤجل والذي لم يدفعه المشتري بعد إلى البائع.

٢,٣ برنامج صكوك المملكة العربية السعودية المحلية:

١,٢,٣ البيانات الأساسية للصكوك:

أ. أطراف هيكل الصكوك:

- المصدر: حكومة المملكة العربية السعودية ممثلة بوزارة المالية.
- وكيل حملة الصكوك: شخص معين من حملة الصكوك.
- حملة الصكوك: المستثمرون بصفتهم حملة الصكوك.
- أصول الصكوك: حصة وكيل حملة الصكوك (لصالح حملة الصكوك) في أصول المضاربة، وحقوق وكيل حملة الصكوك بصفته بائعاً (لصالح حملة الصكوك) في عملية المراجعة بما في ذلك ثمن البيع المؤجل، وأي رصيد قائم في حساب الصكوك وحساب التجميع، والدفعات المستحقة على المضارب بموجب اتفاقية المضاربة، والمشتري بموجب اتفاقية المراجعة الرئيسية.
- رأس مال الصكوك: إجمالي القيمة الاسمية للإصدار.

ب. أطراف اتفاقية المضاربة:

- رب المال: وكيل حملة الصكوك نيابة عنهم.
- المضارب: المصدر بصفته مضارباً.
- أصول المضاربة: أصول مدرة للدخل للحكومة السعودية.

ج. أطراف اتفاقية المراجعة الرئيسية:

- البائع: وكيل حملة الصكوك نيابة عن حملة الصكوك.
- المشتري: المملكة العربية السعودية ممثلة بوزارة المالية.

د. وثائق الصكوك:

١. نشرة الإصدار. (Base Prospectus)
٢. اتفاقية المضاربة. (Mudaraba Agreement)
٣. اتفاقية إعلان الوكالة الرئيسية. (Declaration of Agency)
٤. اتفاقية إدارة الدفعات. (Payment Administration Agreement)

٥. اتفاقية التسجيل. (Registry Agreement)

هـ. القانون الحاكم والاختصاص:

ستكون وثائق الصكوك خاضعة للأنظمة السعودية.

٢, ٢, ٣ هيكل الصك وخطوات التنفيذ:

في تاريخ إصدار صكوك كل إصدار من الإصدارات، سيستخدم وكيل حملة الصكوك بالاستحواذ على أصول الصكوك باستخدام مبلغ الرصيد القائم في حساب متحصلات الصكوك على النحو الآتي:

أ. دفع رأس مال المضاربة بما لا يقل عن ٦٩% من إجمالي القيمة الاسمية للإصدار إلى المضارب لاستثمارها في أصول المضاربة.

ب. استخدام المتبقي من الرصيد القائم في حساب متحصلات الصكوك والذي لن يتجاوز ٣٣% من القيمة الاسمية للإصدار لشراء سلع محددة ثم بيعها على حكومة المملكة العربية السعودية بصفتها المشتري بثمن مؤجل لن يتجاوز بأرباحه ٨٥% من القيمة الاسمية للإصدار. وسيتم تنفيذ عمليات المراجعة على النحو الآتي:

١. يتم تنفيذ عملية مراجعة أولى يتم سدادها في نهاية الصك.

٢. يتم تنفيذ عملة مراجعة لاحقة يكون موعد سدادها في آخر يوم من فترة التوزيع الدوري لعوائد الصكوك على أن يتم سداد ما يعادل التوزيع الدوري من الثمن المؤجل لحملة الصكوك والمتبقي الذي يعادل تكلفة الشراء يتم استخدامه في عملية مراجعة جديدة يجل أجلها في آخر يوم من فترة التوزيع الدوري القادمة، وهكذا.

وفي كل الأحوال فلن تتجاوز هذه العمليات بأرباحها ٨٥% من القيمة الاسمية للإصدار.

ت. مبالغ التوزيعات الدورية ذات التواريخ المحددة بموجب الصكوك:

تسدد مبالغ التوزيعات الدورية للصكوك من إيرادات المضاربة في أوقاتها المتفق عليها وإذا لم تكف عوائد المضاربة لسداد مبلغ التوزيع الدوري فيقوم المصدر بصفته مشترياً بدفع جزء مساوٍ لذلك النقص من رصيد ثمن بيع المراجعة المؤجل المستحق بالتزامن مع استحقاق التوزيع الدوري، وفي حال عدم كفاية المبالغ الموجودة في حساب الصكوك لسداد المبلغ المطلوب فيقوم المصدر بصفته مضارباً

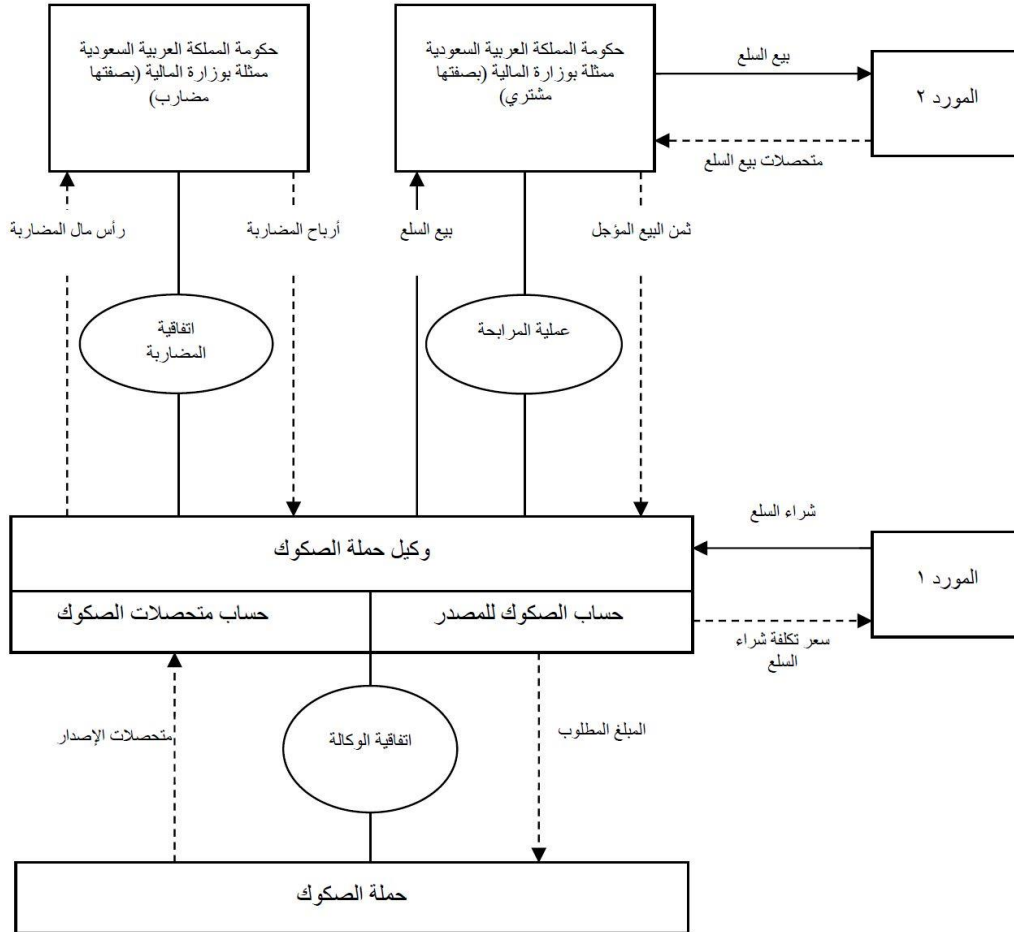
بدفع جزء مساوٍ لذلك النقص من حصة وكيل حملة الصكوك في أصول المضاربة إلى حساب الصكوك^(١).

ث. الدفع لحملة الصكوك عند التصفية النهائية:

بعد حصول المضارب على حصته من عائد المضاربة، ستستخدم المبالغ المتحصلة من المراجعة والمضاربة لدفع حقوق حملة الصكوك، وذلك بدفع رأس مال كل صك، وفي حال وجود أي مبالغ فائضة فإنها مملوكة لحملة الصكوك، ولهم الحق في التنازل عنها أو عن بعضها للمضارب كحافز.

(١) ينظر: نشرة الإصدار ٢٧.

هيكلية الصكوك



٣, ٢, ٣ أبرز المسائل الخاصة بموضوع البحث:

١. أن ثمن المراجعة لا يتجاوز ٨٥% من القيمة الاسمية للصكوك:

جاء في نشرة الإصدار النص الآتي^(١) :

"لتفادي الشك، فإن ثمن البيع المؤجل واجب الدفع من قبل المصدر وفقاً لشروط اتفاقية المراجعة الرئيسية لن يتجاوز في أي وقت ٨٥% من إجمالي مبلغ القيمة الاسمية لإصدار الصكوك ذي الصلة والساري في حينه".

وهذا الاتجاه متوافق مع ما ذهبت إليه بعض الهيئات الشرعية من اشتراط أن يكون ثمن المراجعة أقل من القيمة الاسمية للإصدار، كما سبق ذكره في الدراسة النظرية.

٢. استحقاق ثمن المراجعة كاملاً في حالة الإخلال:

من خلال قراءة نشرة الإصدار واتفاقية المراجعة فإن الذي يفهم أن ثمن المراجعة يستحق بالكامل، حيث جاء في نشرة الإصدار النص على أنه في حال الإخلال والتي منها ما يكون لسبب خارج عن إرادة المصدر فلحملة الصكوك استرداد الصكوك والذي يساوي القيمة الاسمية للصكوك^(١).

كما جاء في اتفاقية المراجعة النص الآتي^(٢): عند حصول حالة إخلال فيما يتعلق بأي إصدار من الصكوك وفي أي وقت تستمر حالة الإخلال فيما يتعلق بأي إصدار من الصكوك فإن البائع قد يطلب من المشتري على الفور دفع إجمالي ثمن المراجعة المؤجل القائم كاملاً فيما يتعلق بذلك الإصدار من الصكوك، وسيدفع المشتري على الفور أي مبالغ أخرى مستحقة للبائع على المشتري بموجب الوثائق ذات الصلة بذلك الإصدار من الصكوك. و لتفادي الشك فإنه في حالة وقوع حدث الإخلال فيكون للمحكمة المختصة الاختصاص فيما يتعلق بأي دعوى تتم بموجب هذه الفقرة وفقاً للفقرة ٢٠ (القانون الحاكم والاختصاص القضائي) والشرط ١٨ (القانون الحاكم والاختصاص القضائي)

وقد تم تعريف إجمالي ثمن المراجعة المؤجل القائم في الاتفاقية بأنه مبلغ ثمن البيع المؤجل والذي لم يدفعه المشتري بعد إلى البائع.

(١) ينظر: ص ٣٢.

(٢) ص ١٢ فقرة ١/٧.

٣,٣ برنامج صكوك المملكة العربية السعودية الدولية:

١,٣,٣ البيانات الأساسية للصكوك:

أ. أطراف هيكل الصكوك:

- المصدر: شركة صكوك المملكة العربية السعودية المحدودة.
- وكيل حملة الصكوك: شركة صكوك المملكة العربية السعودية المحدودة وشركة الاستثمار المحلية وكلهما مملوكتان للحكومة السعودية.
- حملة الصكوك: المستثمرون بصفتهم حملة الصكوك.
- أصول الصكوك: مشروعات تنمية مدرة للدخل.
- رأس مال الصكوك: إجمالي القيمة الاسمية للإصدار.

ب. أطراف اتفاقية المضاربة:

- المضاربة الأساسية:
 - رب المال الأساسي: شركة صكوك المملكة العربية السعودية المحدودة
 - المضارب الأساسي: شركة الاستثمار المحلية.
 - أصول المضاربة: أصول مدرة للدخل للحكومة السعودية.
- مضاربة البنية التحتية:
 - رب المال للبنية التحتية: شركة الاستثمار المحلية.
 - مضارب البنية التحتية: حكومة المملكة العربية السعودية ممثلة بوزارة المالية
 - أصول المضاربة: أصول مدرة للدخل للحكومة السعودية.

ج. أطراف اتفاقية المرابحة الرئيسية:

- البائع: شركة صكوك المملكة العربية السعودية المحدودة نيابة عن حملة الصكوك.
- المشتري: حكومة المملكة العربية السعودية ممثلة بوزارة المالية.

د. وثائق الصكوك:

١. اتفاقية إعلان العهدة الرئيسية (Master Declaration of Trust)
٢. اتفاقية المضاربة الأساسية. (Primary Mudaraba Agreement)
٣. اتفاقية مضاربة البنية التحتية. (Infrastructure Mudaraba Agreement)
٤. اتفاقية المراجعة الأساسية. (Master Murabaha Agreement)
٥. اتفاقية الوكالة. (the Agency Agreement)

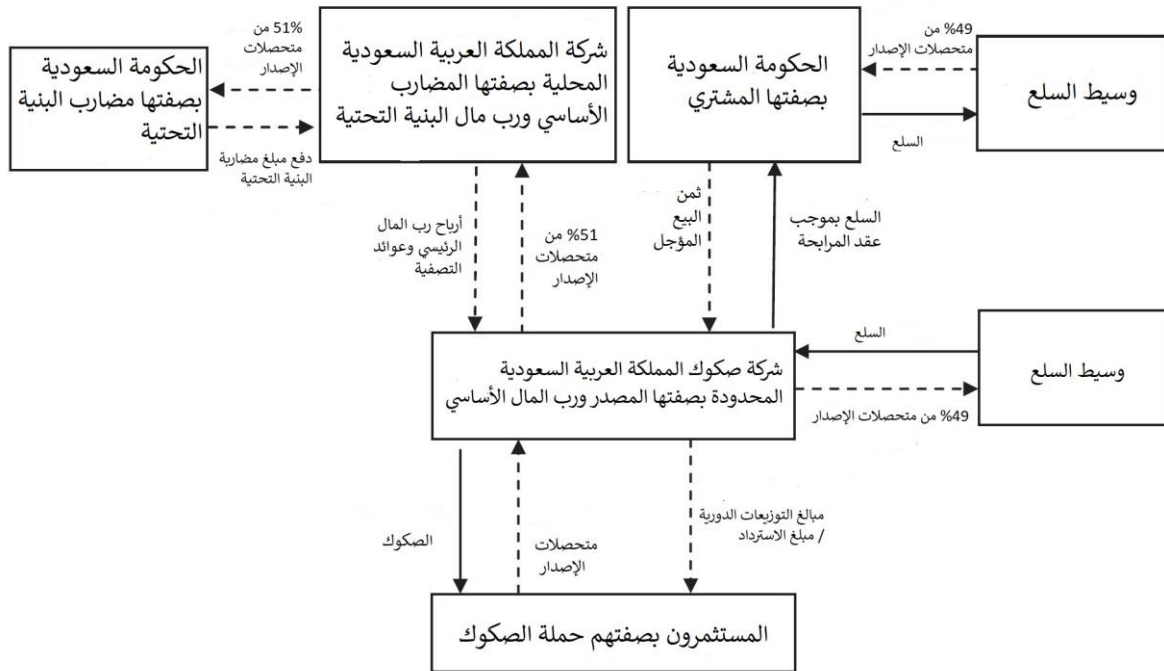
هـ. القانون الحاكم والاختصاص:

ستكون وثائق الصكوك خاضعة للأنظمة السعودية.

٢,٣,٣ هيكل الصك وخطوات التنفيذ:

- في تاريخ إصدار كل طرح، سيتم استخدام متحصلات إصدار كل طرح من الصكوك من قبل الحائز (شركة صكوك السعودية المحدودة) نيابة عن حملة الصكوك على النحو الآتي:
- أ. سيتم استخدام ٤٩% من إجمالي المتحصلات في شراء سلع ثم بيعها على الحكومة السعودية مراجعة، وسيتم استخدام جزء من هذا المبلغ في تنفيذ عملية مراجعة أولى بثمن مؤجل يعادل القيمة الاسمية للإصدار، كما سيتم تنفيذ عمليات مراجعة لاحقة لتغطية التوزيعات الدورية.
 - ب. دفع رأس مال المضاربة بما لا يقل عن ٥١% من إجمالي القيمة الاسمية للإصدار إلى شركة الاستثمار المحلية (المضارب) ويتم توقيع اتفاقية المضاربة الأساسية، ثم يقوم المضارب بتوقيع عقد مضاربة البنية التحتية بصفته رب المال مع الحكومة السعودية بصفته المضارب لاستثمار هذه المبالغ في مشاريع وأصول مدرة للدخل.
 - ت. الدفع لحملة الصكوك عند التصفية النهائية:

بعد حصول المضارب على حصته من عائد المضاربة، ستستخدم المبالغ المتحصلة من المراجعة والمضاربة لدفع حقوق حملة الصكوك، وذلك بدفع رأس مال كل صك، وفي حال وجود أي مبالغ



فائضة فإنها مملوكة لحملة الصكوك، ولهم الحق في التنازل عنها أو عن بعضها للمضارب كحافز.

٣,٣,٣ أبرز المسائل الخاصة بالموضوع:

تتضمن هذه الصكوك تغطية ثمن المراجعة للقيمة الاسمية للصكوك والتوزيعات الدورية: جاء في نشرة الإصدار النص على أن يكون ثمن المراجعة المؤجل مساوياً لإجمالي مبلغ رأس المال للطرح ذي الصلة من الصكوك والتوزيعات الدورية^(١).

وقد اختلف في حكم الاستثمار في هذه الصكوك وتداولها، فذهبت أكثر الهيئات الشرعية إلى جواز الاستثمار والتداول؛ لما سبق ذكره من أدلة، وذهبت بعض الهيئات الشرعية إلى جواز الاستثمار فقط على أن يعامل معاملة الديون فلا يجوز شراؤه أو بيعه في السوق الثانوية أو غيرها؛ وذلك لأن تغطية ثمن

المراجعة للقيمة الاسمية للإصدار والتوزيعات الدورية فرغ المضاربة من مضمونها على نحو ما سبق ذكره، فنتيجة هذه الصكوك أن القيمة الاسمية للإصدار وجميع التوزيعات المستحقة لحملة الصكوك هي دين في ذمة المصدر، وسيتم سدادها لحملة الصكوك باعتبارها كذلك.

وذهبت بعض الهيئات الشرعية إلى المنع من الاستثمار فيها ولو مع الالتزام بعدم التداول؛ لأن الصك مؤسس بطبيعته وصادر بخاصية التداول الممنوعة شرعاً، لاسيما وأن نشرة الإصدار قد نصت على ذلك. كما أن التزام حامل الصك بعدم التداول لا يعالج الإشكال المتعلق بضمان المضارب للقيمة الاسمية وعوائد الصك بصفته مديناً.

وبعد فهذا ما تيسر كتابته في هذه الورقة الموجزة، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الحوكمة الشرعية لإصدارات الصكوك

الأستاذ المشارك الدكتور سعيد بوهرارة

مدير قسم البحوث

الأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية . ماليزيا .

مؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية السنوي السادس عشر

٢٢ - ٢٣ رجب ١٤٣٩ هـ الموافق ل: ٨ - ٩ أبريل ٢٠١٨ م

مملكة البحرين

مقدمة

اتفقت كلمة علماء الشريعة والخبراء المهنيين على أهمية الحوكمة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، وعلى محورية الرقابة الشرعية التي تضطلع بها المؤسسات المالية الإسلامية ضمن هذه الحوكمة، لأن دور هذه الرقابة الشرعية كما يؤكد الخبراء: " لا يقل عن دور الرقابة المالية، بل يزيد عليه، وذلك أن الرقابة الشرعية لحفظ الدين والرقابة المالية لحفظ المال، وحفظ الدين مقدم على حفظ المال... وإن كانت الرقابتان هامتين ومطلوبتين شرعا^١. وعليه سعت الجهات الرقابية والإشرافية في بداية الأمر إلى العمل على تأسيس الهيئات الشرعية لضمان اضطلاعها بدورها الرقابي، ثم تطور الأمر إلى وضع نظام متكامل للحوكمة الشرعية تناول جميع مفاصل المؤسسات المالية الإسلامية، مع تركيز على إدارة الرقابة الشرعية وعلى رأسها هيئة الرقابة الشرعية لما لها من مسؤولية استثنائية ضمن هيكل المؤسسات المالية الإسلامية. وقد أثمرت هذه الجهود معيار الضبط والأخلاقيات الذي صدر عن أيوفي سنة ١٩٩٩م، وهو قيد المراجعة، ومعيار مجلس الخدمات المالية الإسلامية رقم ١٠ الصادر سنة ٢٠٠٩م، وإطار الحوكمة الشرعية الصادر عن البنك المركزي الماليزي سنة ٢٠١٠م والمراجع سنة 2018م وتمت مراجعته وسيصدر في غضون أشهر قليلة، وإطار الحوكمة الصادرة عن مصرف البحرين المركزي في شهر سبتمبر سنة ٢٠١٧م، ومعايير وتعليمات إرشادية أصدرتها جهات رقابية وإشرافية أخرى. وبالرغم من هذه الجهود النوعية المبذولة لضمان انضباط المؤسسات المالية الإسلامية بالضوابط الشرعية؛ يبقى إشكال ضبط عمل هيئة الرقابة الشرعية من خلال بيان حدود مسؤوليتها اتجاه ما تصدره من فتاوى وقرارات شرعية، لاسيما في إصدارات الصكوك التي يتعدى أثرها المتعامل المحلي؛ محل اشكال كبير في واقع الصناعة المالية لاسيما بعد تعثرات مجموعة من إصدارات الصكوك من مثل صكوك نخيل والصكوك الذهبية وصكوك دانة غاز واتهام عقودها بمخالفات شرعية، وإقرار بعض من شارك في إجازة بعض الصكوك من علماء الشريعة بعدم انضباط الصكوك بالضوابط الشرعية مما يخرجها من الاختلاف في الاجتهادات إلى المخالفة الشرعية، وظهور نداءات بوضع عقوبات رادعة لمخالفات الفتاوى الشرعية

^١ حسين حامد حسان: المسؤولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئة الشرعية، أبحاث المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية، والمسؤولية الشرعية والقانونية

لإصدارات الصكوك لأحكام الشريعة الإسلامية الواضحة. كل هذا دفع المؤسسات الداعمة للصناعة المالية الإسلامية إلى عقد لقاءات لمراجعة حدود مسؤولية الهيئة الشرعية المصدرة للصكوك عن إخفاقه في الالتزام بالشريعة الإسلامية، أهمها مؤتمر أيوبي الثاني للهيئة الشرعية الذي عقد سنة ٢٠٠٢م. فهذه الملاحظات والانتقادات هي موضوع هذه الورقة المختصرة. وعليه فسيتم بحث هذه القضية المحورية من خلال المحاور الآتية:

المحور الأول: الصفة القانونية والشرعية لهيئة الرقابة الشرعية

المحور الثاني: واجبات هيئة الرقابة الشرعية

المحور الثالث: طبيعة العلاقة التعاقدية لهيئة الرقابة الشرعية

المحور الرابع: أبرز الحالات المثارة في مسألة انضباط هيئات الرقابة الشرعية بالأحكام الشرعية

المحور الخامس: المسؤولية القانونية لهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية

خاتمة: نتائج البحث وتوصياته

المحور الأول: الصفة القانونية والشرعیة لهیئة الرقابة الشرعیة

تتفق قوانیه الجهات التشریعة والرقابیة علی إلزامیة اضطلاع الهیئة الشرعیة ببیان الحكم الشرعی للصكوك قبل إجازة إصدارها، ولكنها تختلف فی تحدید الجهات المخولة بتعیین هذه الهیئة، وكذا الشكل القانوني لها، وذلك بحسب تطور القوانين الرقابیة والإشرافیة فی هذه البلدان.

فبالنسبة للجهة المضطعة بتعیین هیئة الرقابة الشرعیة؛ نجد أنه فی مالیزیا مثلاً تقترح هیئة الرقابة الشرعیة التابعة للمصارف الإسلامیة من قبل مجلس إدارة المصرف الإسلامی، ویوافق علی تعینها البنك المركزي ویضع شروطاً ضابطة لها، وبناء علیه یتم تعینها. والهیئة الشرعیة العلیا التابعة للبنك المركزي، یقترحها البنك المركزي علی السلطان، وبعد موافقته یتم تعینها، وعلیه یكون تحمل الهیئة الصفة القانونیة، وتقرب من شكل موظفي المصرف الإسلامی مع خصوصیة الاستقلالیة. وبالنسبة للمملكة المغربیة فالهیئة تؤسس بمرسوم سلطانی، غیر أن صیغتها القانونیة غیر واضحة كون المنصب الذی تضطلع به یعد منصباً ثانویاً بالنسبة لوظیفتها الأصلیة. وفی بعض الدول یتم الأمر من قبل البنك المركزي، وثمة دول لا تخضع الهیئة الشرعیة فیها لسلطة البنك المركزي، بل لسلطة وزارة من الوزارات أو هیئة فتوی علیا؛ ففی الكویت مثلاً تعین من قبل وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامیة، وفی إندونسیا تعین من قبل المجلس الوطنی للفتوی. وفی الدول التی لیس لها هیئات شرعیة مركزیة أو لیدیها هیئات مركزیة لكن دورها استشاری بحت؛ تكون سلطة تعین الهیئة الشرعیة للمصرف الإسلامی. أما الصكوك فالأمر مختلف بحسب جهة الإصدار وبلد الإصدار وحدود تداول الصكوك؛ فبعض البلدان تشترط تأسيس هیئة شرعیة مركزیة لإبداء الرأی وتقديم الفتوی بشأن الصكوك والمصادقة النهائیة علی إصدارات الصكوك التی قد تمر علی قرار شرعی من الهیئة الشرعیة التابعة لجهة الإصدار، وهو ما نص علیه القانون التونسی المتعلق بالصكوك الصادر سنة 2013م حیث جاء فیه: "تأسس الهیئة الشرعیة من قبل جهة الإصدار، وتؤسس الوزارة المكلفة بالمالیة بالتوازی "هیئة رقابة شرعیة للنظر فی الجوانب الشرعیة والفتوی والتدقیق الشرعی لعملیات إصدار صكوك"، وكذلك الأمر بالنسبة لقانون الصكوك الیلبی لسنة 2016م. وجاء فی القانون الأردنی للصكوك: "تشكل بقرار من مجلس الوزراء بناء علی تنسیب مجلس الإفتاء هیئة تسمى (هیئة الرقابة الشرعیة المركزية) من خمسة أعضاء غیر متفرغین من علماء فقه المعاملات ذوی الخبرة فی التمويل

الإسلامي المتصفين بالعدالة والنزاهة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد". وفي ماليزيا تؤسس الهيئة الشرعية من قبل جهة الإصدار، ولكن الموافقة النهائية للصكوك تكون من قبل الهيئة الشرعية الاستشارية المركزية لسوق الأوراق المالية التي تضطلع بالموافقة الشرعية النهائية على الصكوك، ويعد البنك المركزي العماني الجهة العليا المخولة بالمصادقة على إصدار الصكوك في سلطنة عمان، وثمة جهات أخرى تكتفي بالهيئة الشرعية لجهة الإصدار، وبعض جهات الإصدار ليس لديها هيئة شرعية ناظمة، وإنما لديها مستشارون شرعيون يقدمون رأيهم في مشروعية الصكوك الشرعية ولا يعتمدون عادة الهيئات نفسها في كل إصدار، وبعضهم يحصل على القرار الشرعي من مؤسسات استشارية مسجلة مثل: دار الشريعة للاستشارات ومقرها الرئيس الإمارات العربية المتحدة، وشركة أماني للاستشارات ومقرها الرئيس ماليزيا وهذه المؤسسات يكون لديها في الغالب هيئة شرعية استشارية.

وقد اختلفت أنظار من تناولوا موضوع الصفة القانونية والشرعية لهيئة الرقابة الشرعية في تكييف هذه الصفة. فقد رأها الدكتور حسين حامد حسن أنها صفة وكالة، وقال: "أرجح أن يكون وضع الهيئة الشرعية القانوني وصفتها الشرعية كوضع الوكيل عن جماعة المساهمين، حتى في الحالات التي يقوم فيها مجلس الإدارة بتعيينها، لأن المجلس يقوم بذلك نيابة عن المساهمين"^١. ومحل عقد وكالة الهيئة الشرعية هو: "هو تقديم الفتاوى، ومراجعة صيغ العقود، واعتمادها ومراقبة وتدقيق أنشطة المؤسسة ومعاملاتها، للتأكد من التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية والتنبيه على المخالف منها وتقديم التقارير المختلفة، والوكيل مسؤول عن تنفيذ عقد الوكالة وفقا لتعليمات الموكل، فإذا لم تقم الهيئة بعملها وفقا لأحكام الشريعة كانت مخالفة لأحكام الشريعة، وواجباتها في الوكالة، مما يعرضها لضمان الأضرار التي تقع على الغير نتيجة هذه المخالفات"^٢. ويوضح الدكتور عبد الستار أبو غدة هذه الخصوصية بقوله: "فإن هذه الوكالة من نوع خاص، ومسئولية الوكيل هنا ليست ما يحدده

^١ المرجع نفسه، ص ٢٦

^٢ المرجع نفسه، ص ٢٧، و ٢٨.

الموكل، بل هي ما ينص عليه في النظام واللوائح من أنّها التوجيه لأنشطة المؤسسة الوجهة الشرعية"^١ وهو ما عبر عنه الدكتور حسين حامد حسان بقوله: "ومصدر سلطان الوكيل في هذه الوكالة هو الشريعة الإسلامية لا تعليمات الموكل"^٢، وجعل الوكالة الصفة القانونية لأعضاء الهيئة الشرعية، هو ما ذهب إليه كذلك الدكتور عبد الستار الخويلدي^٣ والدكتور العياشي فداد^٤ وغيرهما.

ورأى الدكتور محمد علي القري، أن الصفة القانونية والشرعية لأعضاء الهيئة الشرعية هي: عقد إجارة، فقد جاء في بحثه ما نصه: "إذا قلنا أن أساس علاقة الهيئة الشرعية بالمؤسسة المالية هو عقد اجارة الآدمي لزم أن نعرف المعقود عليه في هذا العقد. والمعقود عليه في الاجارة هو العمل أو الأثر والوصف الذي يحدثه العامل بعمله"^٥. ويضيف قائلاً: العقد الذي يرتبط من خلاله عضو الهيئة بالمؤسسة المالية "عقد عمل استشاري" ولذلك ينص فيه على الواجبات والمهام المنوطة بالعضو تجاه المؤسسة وكذا التزامات على المؤسسة تجاهه"^٦. والدكتور القري يرى بأن الإجارة على العمل بالنسبة لوضع الهيئة الشرعية فيه شيء من الدقة والتعقيد، لأنه: "المحل المتعاقد عليه ليس مجرد العمل أو إبداء الرأي على سبيل الاستشارة، وإنما يشوبه عناصر تنفيذية وإن لم تكن على صفة اتخاذ قرارات مالية أو إدارية"^٧

وتقديري أن العلاقة التعاقدية للهيئة الشرعية فيما يخص إصدار حكمها، تختلف بحسب العقد المنظم لهذه العلاقة. فالعلاقة التعاقدية للهيئة الشرعية إذا كانت لها صفة قانونية نظامية مع المصرف ويحكمها عقد منضبط، وتعين رسمي من قبل المصرف المركزي والمصارف الإسلامية، وتنظمها حوكمة شرعية؛ يصدق عليها اسم "عامل" لدى المصرف، وهي بالمفهوم الفقهي وكيلة عن المصرف في

^١ عبد الستار أبو غدة: الهيئات الشرعية والادلاء بالشهادات في المحاكم، ص ١٢، أبحاث المؤتمر الثالث للهيئات الشرعية في مراعاة العملاء ضد المصارف الإسلامية، والمسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئات الشرعية، ٢٠٠٣ م
^٢ حسين حامد حسان: العلاقة بين الهيئات الشرعية والمراجعين الخارجيين، ص ١٩ (أبحاث المؤتمر الأول للهيئات الشرعية، والمسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئات الشرعية ص ٩.

^٣ انظر، عبد الستار الخويلدي: الحاجة إلى تقنين الرقابة الشرعية، ورقة مقدمة للمؤتمر الثاني للمدققين الشرعيين، الكويت ٢٠١٠، ص ٤
^٤ العياشي فداد الرقابة الشرعية ودورها في ضبط أعمال المصارف الإسلامية: أهميتها وشروطها وطريقة عملها، الدورة التاسعة عشرة لجمع الفقه الإسلامي، إمارة الشارقة، سنة ٢٠١٩ م، ص ٢٢.

^٥ محمد علي القري: الاختصاص القانوني والحماية الجنائية للهيئات الشرعية، ص ٣

^٦ المرجع نفسه، ص ٤

^٧ المرجع نفسه، ص ٧.

ضمان مشروعية المعاملات المالية للمصرف. وقد يطلق عليه اسم الأجير لأن لديها أجرة ثابتة زيادة على علاوات ومصاريف. وقد يطلق عليها مصطلح "مستشار" بحسب العلاقة مع طالب الفتوى، وهذا عندما تضطلع بهذا العمل بناء على طلب آني من قبل جهات الإصدار، أو عند ترتيب العلاقة مع الشخصية الاعتبارية، وليس الأعضاء كما يجري مع المؤسسات الاستشارية. وضابط هذه العلاقة أن الهيئة في علاقاتها مع الجهات المنضوية تحتها سواء كان ضمن تكييف الوكالة أو الإجارة أو الاستشارة، فهي باسم القانون لا تخضع لسلطة أو تعليمات أو رغبة الجهات الموكلة أو المستأجرة، وإنما تخضع لسلطان الشريعة الإسلامية ومبادئها.

المحور الثاني: واجبات هيئة الرقابة الشرعية

تعددت مقاربات الجهات الرقابية والمؤسسات الإشرافية في بيان واجبات الهيئات الشرعية، ولكنها اتفقت في نهاية الأمر حول فحوى هذه الواجبات:

فمعايير الضبط والأخلاقيات الصادر عن أيوبي سنة 1999م لخص نطاق عمل الهيئة الشرعية في الآتي:

- التأكيد بأن هيئة الرقابة الشرعية قد قامت بتنفيذ الاختبارات والإجراءات المناسبة ومراقبة العمل بالكيفية المناسبة.
- فحص الأدلة، على أساس الاختبار لكل نوع من العمليات، التي تؤيد الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية في العمليات والمعاملات التي تتعاقد عليها المؤسسة ذات العلاقة.
- كتابة تقرير واضح يفيد أن القوائم المالية قد تم فحصها من حيث ملاءمة الأساس الشرعي الذي تم الاستناد عليه في توزيع الأرباح بين أصحاب حقوق الملكية وأصحاب حسابات الاستثمار.
- كتابة تقرير واضح يفيد أن جميع المكاسب التي تحققت للمؤسسة من مصدر أو بطرق تحرمها أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية تصرف لأغراض خيرية.
- كتابة تقرير واضح يبين ما إذا كان احتساب الزكاة تم وفقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.

- كتابة تقرير واضح يبين ما إذا كانت عقود المؤسسة والوثائق المتعلقة بها تتفق مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية.
- إذا تبين لهيئة الرقابة الشرعية أنه قد وقع من إدارة المؤسسة مخالفة لأحكام أو مبادئ الشريعة الإسلامية أو الفتاوى أو القرارات أو الإرشادات التي أصدرتها هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة فيجب عليها بيان ذلك في فقرة الرأي من تقريرها.¹

أما إطار الحوكمة الشرعية للبنك المركزي الماليزي الصادر سنة 2010م، فقد حدد

الواجبات والمسؤوليات الرئيسة للهيئات الشرعية في الآتي:

١. المساءلة والمحاسبة. يُتوقع من أعضاء الهيئة الشرعية أن يدركوا أنهم أثناء أدائهم لواجباتهم وتحملهم لمسؤولياتهم مساءلون ومحاسبون عن آرائهم وقراراتهم التي يصدرونها.
- تقديم المشورة لمجلس الإدارة وللمؤسسة، وتقديم المساعدة للمؤسسة في كل ما يتعلق بالقضايا الشرعية وذلك من أجل أن تلتزم المؤسسة بمبادئ الشريعة في كل الأوقات.
٢. المصادقة على السياسات والإجراءات الشرعية. التي تُعدها المؤسسة وضمان أن تلك السياسات والإجراءات لا تحتوي على ما يخالف الشريعة الإسلامية.
٣. المصادقة والتحقق من صحة الوثائق. من أجل ضمان أن منتجات المؤسسة المالية تتفق مع مبادئ الشريعة، وهذا يشمل المصادقة على الأحكام والشروط الواردة في النماذج أو العقود أو الاتفاقيات أو المستندات القانونية الأخرى المستخدمة في إجراء المعاملات، ودليل استخدام المنتج والإعلانات التسويقية والرسوم التوضيحية للمبيعات والكتيبات الترويجية المستخدمة في تعريف المنتج ووصفه.
٤. تقوم أعمال المراجعة الشرعية والتدقيق الشرعي.
٥. تقديم المساعدة للأطراف ذات العلاقة فيما يخص القضايا الشرعية.

¹ مجلس المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معيار الضبط والأخلاقيات ص

٦. تقديم الآراء الشرعية المكتوبة. وذلك في الحالات التي تحتاج فيها المؤسسة إلى استشارة الهيئة الشرعية التابعة للبنك المركزي لمزيد من التوضيحات أو المداولات أو في الحالات التي تتقدم فيها المؤسسة بطلبات إلى البنك المركزي للحصول على موافقته على منتجات جديدة.^١

وثمة جملة قوانين أخرى متعلقة بإصدار الصكوك واللوائح التنظيمية ضبطت واجبات الهيئة الشرعية خلاصتها اضطلاع الهيئة الشرعية بالفحص والمراجعة والتدقيق الشرعي لأعمال المصرف وفحص العقود والمنتجات المالية والاتفاقيات ومراقبة الميزانية حساب الأرباح والخسائر للتأكد من أنها متوافقة مع أحكام الشريعة.

المحور الرابع: أبرز الحالات المثارة في انضباط هيئات الرقابة الشرعية بالأحكام الشرعية

ثمة حالات كثيرة انتقدت فيها هيئات الرقابة الشرعية واتهمت بعدم انضباطها بأحكام الشريعة الإسلامية، أو عدم بذل العناية الكافية وغاية الوسع في الاجتهاد في المسائل المعروضة عليه، أو القبول بالإفتاء في مسائل هي تدري أن إحاطتها بإشكالاتها ضعيفة بسبب حاجز اللغة أو حاجز فهم التطبيق بتعقيدهاته. وسأتناول باختصار بعض ما تم تداوله من إشكالات تعلقت بوضع الهيئة الشرعية فيما يخص إصدارات الصكوك.

الإشكال الأول: اختلال الأحكام الشرعية للصكوك بسبب عدم اعتماد الهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك بالأوضاع القانونية الحاكمة لعقودها.

من الإشكالات التي أثرت حول وضع الهيئات الشرعية، وما اعتبر اختلالاً في الأحكام الشرعية أسهمت فيه الهيئات الشرعية إما عن علم أو عن تقصير، إجازة صكوك ضمن عقود يصرح في نشرة الإصدار بأن المحاكم محل النزاع لا تعتد بهذه العقود، ولا تنظر فيها عند التقاضي. ومن أمثلة النصوص المسطرة في نشرات إصدار الصكوك نشرة إصدار صكوك موانئ دبي العالمية DP

^١ يجب أن تكون المنتجات متوافقة مع دليل الإرشادات الصادر من البنك المركزي الماليزي المتعلق بتقديم منتجات جديدة للمؤسسات البنكية، ودليل الإرشادات الصادر أيضاً عن البنك المركزي والمتعلق بتقديم منتجات جديدة لشركات التأمين والتكافل.

World القائمة على عقد المضاربة، فقد جاء فيها بأن القانون الحاكم لهذه الصكوك وعقد المضاربة الذي تقوم عليه الصكوك عند التقاضي هو القانون البريطاني، ونص البند كالاتي:

<p>Governing Law and Jurisdiction</p> <p>The Mudaraba Agreement, the Purchase Undertaking, the Sale Undertaking, the Declaration of Trust, the Transaction Administration Deed, the Agency Agreement, the Costs Undertaking and the Certificates (including the Global Certificates) will be governed by English law and subject to the jurisdiction of the English Courts. ¹</p>	<p>القانون والولاية القضائية الحاكمة</p> <p>يخضع اتفاق المضاربة، تعهد الشراء، تعهد البيع، إعلان الثقة، عقد إدارة المعاملة، اتفاقية الوكالة، تعهد التكاليف والشهادات (بما في ذلك الشهادات العالمية) للقانون الإنجليزي وتخضع لولاية المحاكم الإنجليزية.</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

وبالنسبة للعقد الحاكم وضمن بند عامل المخاطر فيه نص على عدم الاعتماد بأصول المضاربة عن التقاضي والنصوص كالاتي:

<p>Mudaraba Assets</p> <p>All of the assets of the Mudaraba, including all assets acquired after, from or through the investment of the Capital shall be assets of the Mudaraba (the "Mudaraba Assets").</p>	<p>أصول المضاربة</p> <p>تعد جميع موجودات المضاربة، بما في ذلك جميع الموجودات المكتسبة بعد أو من خلال استثمار رأس المال، أصولاً للمضاربة ("أصول المضاربة").</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹ Governing Law and Jurisdiction, p.15 of the DP World Offering Circular, <http://web.dpworld.com/wp-content/uploads/2014/01/DP-World-Sukuk-Limited.pdf>

<p>Risk Relating to the Mudaraba Assets</p> <p>"Each of the Mudaraba Agreement, the Purchase Undertaking and the Sale Undertaking are governed by English law under which the interest under Shari'a in the Mudaraba Assets of either the Issuer and/or the Trustee may not be recognised. Neither the Issuer nor the Trustee has any interest in the Mudaraba Assets under English law.¹</p>	<p>كل من عقد المضاربة والوعد بالشراء والوعد بالبيع يحكمها القانون الإنجليزي، وقد لا تكون ثمة مصلحة للمصدر أو الوصي في أصول المضاربة. فليس للمصدر ولا الوصي أي مصلحة في أصول المضاربة في ظل القانون البريطاني</p>
<p>Certificateholders will have limited recourse against the Issuer upon the occurrence of a Dissolution Event or other proceedings in law.</p> <p>Recourse to the Issuer is limited to the Trust Assets and proceeds of the Trust Assets are the sole source of payments on the Certificates. Upon occurrence of a Dissolution Event, the only remedy available</p>	<p>سيكون لحاملة الصكوك محدودية الرجوع على الجهة المصدرة عند حدوث تصفية أو إجراءات قانونية أخرى. ويقتصر الرجوع إلى الجهة المصدرة على الأصول الائتمانية وعائدات الموجودات الموثوق بها هي المصدر الوحيد للدفعات على الشهادات. عند وقوع حدث التصفية، يكون العلاج الوحيد المتاح للمدير أو الأمين عن حاملي الشهادات هو ممارسة الحق بموجب التعهد الشراء، وذلك من أجل إلزام المصدر بشراء مصلحة الأمناء بموجب الشريعة</p>

¹Risk Factor Related to Mudarabah Asset, p.22 of the DP World Offering Circular.

<p>to the Transaction Administrator or the Trustee on behalf of the Certificateholders will be to exercise the right under the Purchase Undertaking to require the Obligor to purchase the Trustee's interest under Shari'a in the Mudaraba Assets at the relevant Exercise Price.¹</p>	<p>في أصول المضاربة على سعر التنفيذ ذو الصلة.</p>
<p>The Issuer has no operating history and no material assets and (as Trustee) will depend on receipt of payments from the Company to make payments to Certificateholders.</p> <p>The Issuer is a newly formed entity and has no operating history. The Issuer's only material assets, which will be held by it as Trustee on trust for Certificateholders, will be the Trust Assets, including the right to receive from the Company certain payments under the Transaction Documents to which it is a party.²</p>	<p>لا يوجد لدى المصدر أي سجل تشغيل ولا أصول مادية، ويعتمد (بصفته وصياً) على استلام المدفوعات من الشركة لتسديد الدفعات لحاملي الشهادات. والمصدر كيان تم إنشاؤه حديثاً وليس له سجل تشغيل. والأصول المادية الوحيدة للمصدر، والتي سيحتفظ بها كأمين على الثقة لحاملي الشهادات، هي الأصول المضمونة، بما في ذلك الحق في تلقي مدفوعات معينة من الشركة بموجب مستندات المعاملة التي تكون طرفاً فيها.</p>

¹ Risks Relating to the Issuer, p23 of the DP World Offering Circular
² Risk Factor Related to Mudarabah Asset, p.22 of the DP World Offering Circular

وتجدر الإشارة أن قضية صكوك دانه غاز يحكمها تقريبا عقد المضاربة نفسه، وهذه الصكوك وإن أضافت محكمة الشارقة بوصفها مرجعا للتقاضي، غير أنها صرحت ضمن فصل "لا يمنح ضمان فيما يخص أحكام الشريعة": "No assurance can be given as to Sharia rules بالآتي:

<p>No assurance can be given as to Sharia rules</p> <p>In addition, prospective investors are reminded that Dana Gas has agreed under the English Law Documents to submit to the jurisdiction of the courts of England. In such circumstances, the judge will first apply English law rather than Sharia principles in determining the obligations of the parties".¹</p>	<p>لا يمنح ضمان فيما يخص أحكام الشريعة "بالإضافة إلى ذلك، يذكّر المستثمرون المحتملون أن "دانه غاز" قد وافقت بموجب وثائق القانون الإنجليزي على الخضوع لسلطة محاكم إنجلترا. وفي مثل هذه الظروف، فإنه سيطبق القاضي أولاً القانون الإنجليزي بدلاً من مبادئ الشريعة في تحديد التزامات الأطراف".</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹ No assurance can be given as to Sharia rules, p55 Dana Gas Sukuk Limited offering Circular <https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/dana-gas-sukuk-limited-961/>

وتجدر الإشارة بأن هذه البنود تنطبق على جملة من إصدارات صكوك المضاربة، وكذا صكوك الوكالة بالاستثمار حيث ترتيب العقود والمرجعية في التقاضي.

فان اعتماد الهيئة الشرعية لهيكله الصكوك المبنية على عقد المضاربة ضمن الشروط المنصوص عليها في نشرة الإصدار الذي وقّعت الهيئة الشرعية على جوازها، فيه إشكال شرعي كبير. وتسويغه من قبل بضع من أجازوه بأن المطلوب من الهيئة الشرعية التثبت من شرعية العقد، والهيكله، واعتداد القانون الحاكم لهذه الصكوك، أمر يصعب تسويغه. وكذلك الأمر بالنسبة لعدم اعتداد الهيئة الشرعية بالاستعمال النهائي لإيرادات الصكوك، فمثل هذه المقاربة الشرعية مقارنة حرفية يغيب فيه اعتبار مقصود العقد، والاجتهاد التنزيلي، ومآلات الأفعال المؤكدة في بنود العقد.

الإشكال الثاني: اعتماد الهيئة الشرعية للصكوك وهي لا تتقن لغة عقودها

تمثل الإنجليزية لغة العقود المنظمة لإصدارات لصكوك، والنشرات المنظمة لإصدارات الصكوك بمئات الصفحات. فنشرة إصدار صكوك - وهي وثيقة موجهة لجمهور المشاركين - دانة غاز مثلا مكونة من ٤٨٠ صفحة ونشرة إصدار صكوك موانئ دبي العالمية تتكون من ٤٢٠ صفحة. ناهيك عن العقود والوثائق الأخرى التي تبرم بين المصدر وحملة الصكوك. وقد كتبت نشرات إصدارها من قبل مؤسسات استشارية قانونية وبلغة قانونية معقدة يصعب فهم بعض بنودها بلغتها الأصلية لمن يتقن اللغة الإنجليزية ناهيك عن من لا يتقنها. ومعظم هذه النشرات لم تتم ترجمتها إلى اللغة العربية، وإنما اكتفى بتلخيص أهم نقاطها إلى اللغة العربية لغرض عرضها على أعضاء الهيئات الشرعية ممن لا يحسنون اللغة الإنجليزية لإصدار حكم شرعي فيها. والسؤال الذي يثار هنا هو: هل يجوز أن تعتمد الهيئة الشرعية للصكوك وهي لا تتقن لغة عقودها؟ وهل يجوز لها أن تعتمد الصكوك من خلال خلاصة ترجمة الإصدار من قبل فهم عضو إدارة الرقابة الشرعية لا يمكن الجزم بأنه استوعب المعنى المقصود من النص القانوني أو لم يحفظه، أو من خلال عرض أحد أفراد الهيئة الشرعية لفهم لبنود نشرة الإصدار مما لا يمكن الجزم باستيعاب عرضه لجميع بنودها؟ ويتأكد هذا السؤال إذا علمنا بأن الإشكالات التي أثرت حول بعض إصدارات الصكوك لم تكن في الهيكله عموما، وإنما كانت في

تفاصيل الشروط، والمثل الإنجليزي يقول: "الشیطان أو الشر يكمن في التفاصيل" "the devil is in the details".

أرى أنه إذا استصحبنا اشتراط علمائنا معرفة اللغة العربية لبلوغ درجة الاجتهاد، ومبالغة الإمام الشاطبي في اشتراط بلوغ درجة الاجتهاد في اللغة العربية لبلوغ مرتبة الاجتهاد في استنباط الأحكام: "فالحاصل أنه لا غنى للمجتهد في الشريعة عن بلوغ درجة الاجتهاد في كلام العرب بحيث يصير فهم خطابها له غير متكلف ولا متوقف فيه في الغالب إلا بمقدار توقف الفطن لكلام اللبيب"^١، تبينت أهمية التمكن من الآلة التي يتمكن من خلالها فهم النص وهي العربية بالنسبة للشريعة، لأن الأدلة من الكتاب والسنة عربية الدلالة، فلا يمكن استنباط الأحكام منها إلا بفهم كلام العرب أفراداً وتركيباً أو معرفة معاني اللغة وخواص تركيبها"^٢، ولأنها كما نص الشاطبي شرط من شروط المجتهد، فقد قال: "وأما الثاني من المطالب وهو فرض علم تتوقف صحة الاجتهاد عليه، فإن كان ثم علم لا يحصل الاجتهاد في الشريعة إلا بالاجتهاد فيه، فهو لا بد مضطر إليه، لأنه إذا فرض كذلك لم يكن في العادة الوصول إلى درجة الاجتهاد دونه فلا بد من تحصيله على تمامه"^٣.

وعليه أرى والله أعلم أنه يجب على الهيئة الشرعية إذا أرادت أن تصدر حكماً شرعياً في الصكوك أن تكون عالمة بلغة الإصدار - وهي في الغالب اللغة الإنجليزية - على وجه يتيسر لها فهم بنودها. وإذا تعذر عليها فهم اللغة الإنجليزية توجب عليها إلزام جهة الإصدار بترجمة نشرة الإصدار كلها إلى اللغة العربية من قبل مترجم معتمد، ولا أرى لها الاعتماد على فهم بعض أعضاء الهيئة الشرعية لنشرة الإصدار ممن يتقن اللغة الإنجليزية إلا في الحالات الضيقة، وبشرط تقديم خلاصة مستوفية لجميع الشروط. ولا يجوز للهيئة في نظري الاكتفاء بترجمة هيكل الصكوك أو خلاصتها، لأن الإشكالات الشرعية كما أسلفت في تفاصيل الإصدار وليست في هيكلته العامة، والإشكالات التي أثرت على صكوك نخيل القائمة على الوكالة بالاستثمار، وصكوك موانئ دبي العالمية ودانة غاز

^١ أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشرعية، ج ٥، ص ٥٧.

^٢ منهاج الأصول للبيضاوي، ج ٤، ص ٥٥١-٥٥٢.

^٣ أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشرعية، ج ٥، ص ٥٢.

القائمتان على المضاربة، اعتمد في إثارتها على بنود في قلب نشرات الإصدار؛ لعل بعض من أفتى بجوازها لم يتمكن له حتى من الاطلاع على كثير منها.

الإشكال الثالث: الصكوك التي يتم التصريح فيها بمخالفة الشريعة

إن أهم ما أثير حول موضوع إصدارات الصكوك التي تمت المصادقة عليها، ورود بعض البنود التي يتم فيها التصريح بأن هذه الصكوك قد تنقلب سندات ربوية إذا تم تصويت نسبة من حملتها على تغيير شروطها بحيث تصير غير شرعية. ومن أمثلة ذلك ما ورد في نشرة إصدار صكوك أصدرتها:

Republic of Indonesia (Through Perusahaan Penerbit SBSN

Indonesia III) ضمن بند

The Certificates contain collective action clauses under which the terms of any one series of securities and/or multiple series of securities may be modified without the consent of all the holders of the securities of that series or all the holders of any other series of securities being aggregated, as the case may be.

تحتوي الشهادات على بنود إجراءات جماعية يمكن بموجبها تعديل شروط أي سلسلة من الأوراق المالية و/ أو سلسلة متعددة من الأوراق المالية دون موافقة جميع حاملي الأوراق المالية لتلك السلسلة أو جميع حاملي أي مجموعة أوراق مالية أخرى مجمعة، كما قد يكون الحال.

ونصه البند

There is a risk therefore that the Conditions of the Certificates may be modified in circumstances whereby the holders of securities voting in favour of modification may be holders of a different series of securities and, as such, less than 75% of the holders of the Certificates would have voted in favour of such modification. In addition, there is a risk that the provisions allowing for aggregation across multiple series of

securities may make the Certificates less attractive to purchasers in the secondary market on the occurrence of a Dissolution Event or in a distress situation. **This risk may be exacerbated should holders of interest-bearing securities pass resolutions pursuant to the multiple series single limb voting mechanism which have the effect of contractually binding holders of the Certificates to modifications that result in the Certificates no longer being Shariah compliant.** Further, any such modification in relation to any Certificates may adversely affect their trading price.¹

"ثمة خطر تعديل شروط الشهادات (الصكوك) في الحالات التي يكون فيها حاملو الأوراق المالية الذين يصوتون لصالح التعديل حاملين لسلسلة مختلفة من الأوراق المالية، ومن ثم، أقل من ٧٥٪ من حاملي الشهادات يصوتون لصالح هذا التعديل. بالإضافة إلى ذلك، ثمة خطر من أن الأحكام التي تسمح بالتجميع عبر سلسلة متعددة من الأوراق المالية قد تجعل الشهادات أقل جاذبية للمشتريين في السوق الثانوية عند وقوع حدث أو في حالة الإجهاد. ويمكن أن تتفاقم هذه المخاطر إذا قام أصحاب الأوراق المالية التي تحمل فوائد ربوية بتمرير القرارات وفقاً لآلية التصويت أحادية الطرف المتسلسلة والمتعددة والتي لها تأثير إلزام تعاقدية على أصحاب الشهادات لقبول التعديلات وهو ما يؤدي إلى عدم توافق الشهادات مع الشريعة. أضف إلى ذلك، فإن مثل هذا التعديل قد يؤثر سلباً على سعر تداول هذه الشهادات".

¹ Republic Of Indonesia (Through Perusahaan Penerbit Sbsn Indonesia Iii) U.S.\$25,000,000,000 Trust Certificate Issuance Program, 17, 18 offering circular, <http://infopub.sgx.com/FileOpen/Republic%20of%20Indonesia%20-%20Sukuk%20OM%202018.ashx?App=Prospectus&FileID=33558>

يظهر من نص البند أن أي الصكوك المتوافقة مع الشريعة ضمن سلسلة الإصدارات قد تنقل سندات ربوية إذا كانت غالبية حملة الصكوك ممن يشتركون في سلسلة إصدارات قائمة على الربا ضمن إمكانية التصويت الذي يتعدى السلسلة القائمة على الربا إلى سلسلة الصكوك إلى تعديل شروطها بأن تصير ربوية، وهو ما يعد إقراراً وقبولاً مبتدأً بالجواز الشرعي لانقلاب الصكوك الإسلامية إلى سندات ربوية إن رضيه حملة الصكوك، وما أظن أن عضواً من أعضاء الهيئة الشرعية يقبل بهذا، وبإمكانها رفض وضع هذا الشرط بالنسبة لهذه السلسلة من الصكوك.

المحور المسؤولة القانونية للهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية

لم یختلف العلماء فی تحميل الهيئة الشرعية المسؤولة الدينية والأخلاقية المتمثلة فی الإثم والعقوبة الأخریة، إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية الناجمة عن تقصیرها فی أداء مهامها المنوطة بها، لأن "مخالفة التکلیف دون توبة توجب العقاب ومصدر التکلیف هنا هو نص الشرع، وعقد الوكالة الممثل فی قرار تعیین عضو الهيئة الشرعية".^١ ولم یختلفوا كذلك من حیث المبدأ فی تحميل الهيئة الشرعية المسؤولة القانونية؛ جنائیه كانت أو مدنیة إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية. فقد قال الدكتور حسین حامد حسان: "وأساس مسؤولة أعضاء الهيئة الشرعية الجنائیه یتمثل فی أن إخلال الهيئة أو أحد أعضائها بما تفرضه علیها الشریعة وعقد الوكالة وقواعد المهنة یعد معصیه، لأنها مخالفة للتکلیف الشرعی، وكل معصیه لا حد فیها ولا كفارة یجوز لولی الأمر أن یضع لها عقوبة تعزیزیه كافية للردع والزجر، ملائمة لظروف المكان والزمان وسلوك الناس، ولا یلزم بالضرورة أن تكون هی الحبس، فقد تكون المنع من ممارسة المهنة، وقد تكون عقوبة مالية، وقد تكون أقل من ذلك أو أكثر من حیث النوع والقدر"^٢، وهو ما رآه الدكتور عبد الستار الخویلیدی، والدكتور القری والدكتور نزیه حماد والدكتور العیاشی والدكتور محی الدین أحمد و غیرهم.

وإنما اختلفوا فی تحديد المستند القانوني لها، وضبط مفهوم المخالفة للأحكام الشرعية، وحصر الأفعال التي یعد فعلها مخالفة للأحكام الشرعية، وكذا بیان شروط تنفيذ هذه العقوبات.

أولاً: تعريف المسؤولة القانونية

المسؤولة هی الضمان والتبعة والمؤاخذه، ویتطلب وجودها قانوناً وقوع ضرر لشخص نتیجة فعل غیر مشروع لشخص آخر^٣

^١ انظر حسین حامد حسان: المسؤولة القانونية للهيئة الشرعية، ص ٣١.

^٢ حسین حامد حسان: المسؤولة القانونية للهيئة الشرعية، ص ٣٦.

^٣ انظر حسین حامد حسان المسؤولة القانونية للهيئة الشرعية، ص ٣١.

تنقسم المسؤولية القانونية إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية؛ فالمسؤولية الجنائية على ما هو مسطر في كتب القانون تحكمها أركان ثلاثة:

أولاً: الركن الشرعي، ومعناه أن كل فعل أو امتناع عن فعل لا يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون إلا إذا نص القانون بنص صريح صادر قبل الفعل المجرم. وهذا الركن تحكمه قاعدة: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح سابق الوضع".

ثانياً: الركن المادي، ومعناه الفعل أو الامتناع عن الفعل الذي جرمه القانون.

ثالثاً: الركن المعنوي، ومعناه القصد والنية الإجرامية.^١

أما المسؤولية المدنية، فيشكل الركنان: الأول والثالث الاختلاف الجوهرى بينها وبين والمسؤولية الجنائية، وذلك لأن النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية نصوص عامة توجب التعويض على كل من تسبب في الإضرار بغيره سواء كان المتسبب عامداً أو مهملاً.^٢

ثانياً: المستند القانوني لمسؤولية هيئة الرقابة الشرعية

تبين من خلال ما بيانه في تعريف المسؤولية القانونية أن المسؤولية الجنائية يجب أن تتحدد العقوبة فيها بوضوح ويجب أن تكون العقوبة منصوصاً عليها نصاً صريحاً، بخلاف المسؤولية المدنية التي لا يلزم فيها التنصيص على العقوبة. وهل يجوز القياس على العقوبات المشابهة لعقوبات المسؤولية الجنائية؟ القانون الوضعي الجنائي والمبادئ الدستورية: "لا يقول بالقياس في مجال تسليط العقوبات اعتماداً على القاعدة القانونية "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص سابق الوضع". أما في مجال المسؤولية المدنية القائمة على التعويض فمجال القياس مفتوح"^٣، وذكر الدكتور حسين حامد حسان في واقع عمل الهيئات الشرعية إمكانية القياس على وظيفة المراجع الخارجي، وتسليط العقوبات الجنائية المنصوص عليها في المراجع الخارجي؛ فقد قال في معرض إجازة أعمال عقوبات المراجع الخارجي كحد أدنى على عضو الهيئة الشرعية: "ولم يعن المشرع الوضعي بتنظيم مسؤولية عضو هيئة الفتوى

^١ عبد الستار الخويلدي: الحاجة إلى تقنين الرقابة الشرعية، ورقة مقدمة للمؤتمر الثاني للمدققين الشرعيين، الكويت ٢٠١٠، ص ١٣.

^٢ المرجع نفسه، والصفحة نفسها.

^٣ المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

والرقابة الشرعية، نظرا لحدثة المؤسسات المالية التي تنظم نظم إنشائها على الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، والذي أراه هو أن ما قرره هذه القوانين والنظم من واجبات على عاتق المراجع الخارجي، وما فرضته من جزاءات على مخالفتها، يجب تطبيقه كحد أدنى على هيئة الفتوى والرقابة الشرعية، حيث إن مهمة الهيئة هي المحافظة على الدين بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ومهمة المراجع الخارجي هي المحافظة على المال.... والمحافظة على الدين تأتي في المرتبة الأولى في سلم أولويات المصالح الشرعية، في حين يأتي حفظ المال في المرتبة الخامسة والأخيرة منها....^١، ولكن إمكانية تسليط هذه العقوبة لا يمكن في تقديره بمجرد القياس، وإنما: " تحتاج لصدور قوانين تنظم مهنة الفتوى والرقابة الشرعية، وتضع لهذه المهنة القواعد والضوابط، وتحدد شروط ممارستها، والأفعال التي تعد جريمة تأديبية، وتلك التي تعد جريمة جنائية، وتلك التي توجب الضمان على المخالف، وتعويض الغير عن الضرر الذي يترتب على المخالفة، وقد ينص على هذه الجرائم وعقوباتها القانون الجنائي أو قانون الشركات أو قانون البنك المركزي، وغير ذلك من القوانين ذات العلاقة، ذلك لأن المبادئ الدستورية وإعلانات حقوق الإنسان تقطع بأنه لا جريمة ولا عقوبة دون نص، فيجب إصدار التشريعات حتى يكون أعضاء الهيئة مسؤولين قانوناً"^٢

والحاصل أنه لا بد من تحديد المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك من خلال اضطلاع الجهات التشريعية والرقابية بضبط هذه المسؤولية في قالب قانوني ناظم، يحمل الهيئة الشرعية تبعات مخالفتها للأحكام الشرعية من خلال بيان واضح ومحدد لهذه المخالفات. فالقانون لا يتمكن من مساءلة أعضاء الهيئات الشرعية ومعاقبتهم إلا بعد النص على التصرفات التي تمثل جريمة أو تقصيرا في القيام بمهامهم.

ومن خلال بحثي عن القوانين التي نصت صراحة على تحميل أعضاء الهيئة الشرعية المسؤولية والتبعات الجنائية والمدنية لإخلالهم بمسؤولياتهم، لم أجد سوى إطار الحوكمة الشرعية للبنك المركزي الماليزي الصادر سنة 2010م، أين أورد ضمن مسؤولية الهيئة الشرعية أنها "مسؤولة ومحاسبة"، وقانون الخدمات المالية الإسلامية الماليزي الذي صدر سنة 2013م، الذ صرح بأن أفراد الهيئة

^١ حسين حامد حسان: المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية، ص ٣١، ٣٢

^٢ حسين حامد حسان المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية: ص ٣٧.

الشرعية يمكن أن تسلط عليهم عقوبات جنائية "بالسجن لمدة لا تتجاوز ثماني سنين، أو بغرامة لا تزيد عن خمسة وعشرين مليون رنغت (6.4 مليون دولار أمريكي)، أو بالعقوبتين معاً".
ونظر لأهمية بنود إطار الحوكمة الشرعية وقانون الخدمات المالية الإسلامية في تسطير مقترحات حول المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية؛ فإني سأعرضها بلغتها الأصلية وترجمتها العربية ثم أعلق عليها تعليقا مختصرا.

SGF 2010 BNM	إطار الحوكمة الشرعية 2010م لبنك ماليزيا المركزي
<p>Shariah Committee</p> <p>2.7 <u>The Shariah Committee shall be responsible and accountable for all its decisions, views and opinions related to Shariah matters.</u></p> <p>While the board bears the ultimate responsibility and accountability on the overall governance of the IFI, the board is expected to rely on the Shariah Committee on all Shariah decisions, views and opinions relating to the business of the IFI. As the Shariah decisions, views and opinions bind the operations</p>	<p>الهيئة الشرعية</p> <p>٢,٧. يجب على الهيئة الشرعية أن تكون مسؤولة ومحاسبة عن جميع قراراتها وآرائها المتعلقة بالقضايا الشرعية، في حين يبقى مجلس الإدارة مسؤولا ومحاسبا عن حوكمة المؤسسة بشكل عام، ويعتمد المجلس على الهيئة الشرعية في القرارات والآراء الشرعية المتعلقة بأعمال المؤسسة. وبما أن هذه القرارات والآراء الشرعية تقيد عمليات المؤسسة فإن على الهيئة الشرعية أن تتناول القضايا المطروحة بصرامة (بعناية تامة) قبل التوصل إلى أي قرارات.</p>

<p>of the IFI, the Shariah Committee is expected to rigorously deliberate the issues at hand before arriving at any decisions.¹</p>	
<p>PART IV SHARIAH REQUIREMENTS Division 1 Shariah compliance Power of bank to specify standards on Shariah matters. 29.</p> <p>(1) The Bank may, in accordance with the advice or ruling of the Shariah Advisory Council, specify standards—</p> <p>(a) on Shariah matters in respect of the carrying on of business, affair or activity by an institution which requires the ascertainment of Islamic law by the Shariah Advisory Council; and</p> <p>(b) to give effect to the advice or rulings of the Shariah Advisory Council.</p> <p>(2) In addition, the Bank may also specify standards relating to any of the following matters which does not require the ascertainment of Islamic law:</p> <p>(a) Shariah governance including—</p> <p>(i) functions and duties of the board</p>	<p>قانون الخدمات المالية الإسلامية ٢٠١٣ الفصل الرابع متطلبات الشريعة الإسلامية القسم الأول: الامتثال للأحكام الشرعية</p> <p>٢٩. صلاحية البنك المركزي لتحديد المعايير في المسائل الشرعية:</p> <p>(١) يجوز للبنك المركزي وفق مشورة المجلس الاستشاري الشرعي أو حُكْمِهِ؛ تحديد معايير:</p> <p>(أ) في المسائل الشرعية فيما يتعلق بمزاولة مؤسّسةٍ عملاً أو شأنًا أو نشاطاً يتطلب من المجلس الاستشاري الشرعي التحقُّق من قوانين الشريعة الإسلامية؛</p> <p>(ب) لإكساب المشورة أو أحكام المجلس الاستشاري الشرعي؛ قوة التنفيذ.</p> <p>(٢) بالإضافة إلى ذلك، يجوز للبنك المركزي أيضاً تحديد معايير أيٍّ مما يأتي مما لا يتطلب التحقُّق من الشريعة الإسلامية:</p> <p>(أ) الحوكمة الشرعية بما في ذلك:</p> <p>المهام والواجبات لمجلس الإدارة وللموظفين المسؤولين</p>

¹ SGF of BNM Malaysia, p11,

https://www.bnm.gov.my/guidelines/05_shariah/02_Shariah_Governance_Framework_20101026.pdf

<p>of directors, senior officers and members of the Shariah committee of an institution in relation to compliance with Shariah;</p> <p>(ii) fit and proper requirements or disqualifications of a member of a Shariah committee; and</p> <p>(iii) internal Shariah compliance functions; and</p> <p>(b) any other matter in relation to the business, affair and activity of an institution for the purposes of compliance with Shariah.</p> <p>(3) Every institution, its director, chief executive officer, senior officer or member of a Shariah committee shall at all times comply with the standards specified by the Bank under subsections (1) and (2) which are applicable to such person.</p> <p>(4) Every institution shall at all times—</p> <p>(a) ensure that its internal policies and procedures on Shariah governance are consistent with the standards specified by the Bank under this section; and</p> <p>(b) whether or not standards have been specified by the Bank under this section, manage its business, affairs and activities in a manner which is not contrary to Shariah.</p> <p>(5) Every director, officer or a member of a Shariah committee of an institution shall at all times comply with the internal policies and</p>	<p>الأعلى رتبة، ولأعضاء الهيئة الشرعية للمؤسسة؛ فيما يتعلق بالامتثال للأحكام الشرعية؛</p> <p>i. متطلبات الكفاءة واللياقة، أو فقدان الأهلية لأحد أعضاء الهيئة الشرعية؛</p> <p>ii. وظائف الامتثال الداخلي مع الأحكام الشرعية؛</p> <p>(ب) أي مسائل أخرى تتعلق بعمل المؤسسة وشأنها ونشاطها لأغراض الامتثال للأحكام الشرعية.</p> <p>(3) يجب على كل مؤسسة، أو مديرها، أو المدير العام، أو الموظف المسؤول، أو عضو الهيئة الشرعية؛ الامتثال دومًا للمعايير التي يحددها البنك المركزي بموجب البندين (1) و (2)، مما ينطبق على هذه الجهة.</p> <p>(4) يجب على كل مؤسسة دومًا:</p> <p>(أ) التأكد من أن سياساتها وإجراءاتها الداخلية في الحوكمة الشرعية تتوافق مع المعايير التي حددها البنك المركزي بموجب هذه المادة؛</p> <p>(ب) إدارة أعمالها وشؤونها وأنشطتها على نحو لا يتعارض مع الأحكام الشرعية سواء أكانت المعايير <u>حددها البنك المركزي بموجب هذه المادة أم لم يحددها.</u></p> <p>(5) يجب على كل مدير، أو موظف مسؤول، أو عضو في الهيئة الشرعية للمؤسسة؛ الامتثال دومًا للسياسات والإجراءات الداخلية التي تتبعها هذه المؤسسات المعتمدة لتطبيق المعايير التي حددها البنك المركزي بموجب البندين (1) أو (2).</p> <p>(6) أي جهة تفشل في الامتثال لأي من المعايير المذكورة في البند (1)؛ تكون بذلك قد ارتكبت</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

<p>procedures adopted by such institution to implement the standards specified by the Bank under subsection (1) or (2).</p> <p>(6) Any person who fails to comply with any standards specified under subsection (1), commits an offence and shall, on conviction, be liable to imprisonment for a term not exceeding eight years or to a fine not exceeding twenty-five million ringgit or to both.</p> <p>Qualified privilege and duty of confidentiality 36.</p> <p>A member of a Shariah committee shall not be liable—</p> <p>(a) for a breach of a duty of confidentiality between such member and the institution in respect of—</p> <p>(i) any reporting to the Bank; or</p> <p>(ii) the discharge of his duties and performance of his functions, pursuant to any standards specified by the Bank under subparagraph 29(2)(a)(i) which was done or made in good faith; or</p> <p>(b) to be sued in any court for defamation in respect of any statement made by the member without malice in the discharge of his duties under this Act.¹</p>	<p>جُرْمًا، ويجب عند الإدانة أن تُعاقب بالسجن لمدة لا تتجاوز ثماني سنين، أو بغرامة لا تزيد عن خمسة وعشرين مليون رنغت، أو بالعقوبتين معًا.</p> <p>٣٦. الامتيازات لأعضاء الهيئة وواجب السرية:</p> <p>لا يكون العضو في الهيئة الشرعية:</p> <p>(أ) مسؤولاً عن مخالفة واجب السرية بينه وبين المؤسسة فيما يتعلق:</p> <p>i. بأيّ تقرير منه إلى البنك المركزي؛</p> <p>ii. بأداء واجباته وتنفيذ مهامه؛</p> <p>استناداً إلى أيّ معايير يُحددها البنك المركزي بموجب المادة ٢٩(٢)(أ)(i)، وتمتّ بحُسن نية؛</p> <p>(ب) عُرضةً للمقاضاة في أيّ محكمة بتهمة التشهير فيما يتعلق بأيّ بيان أدلى به من دون سوء نية خلال أداء واجباته بموجب هذا القانون.</p>
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹ http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=en_legislation&pg=en_legislation_act&ac=222&full=1&lang=en

بالرغم من تصريح قانون الخدمات المالية الإسلامية بأن أعضاء الهيئة الشرعية مسؤولون ومحاسبون عن جميع قراراتهم وآرائهم المتعلقة بالقضايا الشرعية، وبالرغم من تحديد عقوبات جنائية ومدنية واضحة؛ غير أن إمكانية إثبات المسؤولية تم ربطها بسوء النية في مخالفة الأحكام الواردة في المواد المعروضة أعلاه، والبند رقم 36 أعلاه يزيد من تعقيد أمر إثبات المخالفة حيث يثبت لأعضاء الهيئة الشرعية على مستوى الهيئات الشرعية للمصارف الإسلامية ونظرائهم على مستوى المجلس الاستشاري الشرعي التابع للبنك المركزي الماليزي ما يمكن أن يسمى "حصانة قانونية" مادامت أعمالهم وخدماتهم وحتى أخطأؤهم بقطع النظر عن جسامتها أو مخالفتها لصريح النصوص تصدر عن حسن نية.

وقد يسوغ لهذه النصوص بأن حسن النية بالمفهوم القانوني يختلف عنه في المفهوم الشرعي، لأنه قد يرتبط بمعايير الرعاية (standard of care) والعناية الواجبة والاجتهاد المطلوب منهم، (due care and diligence)، أو قانون الإهمال المنضوي ضمن قانون المسؤولية التقصيرية (law of negligence under tort law)، وقوانين أخرى حددت المسؤوليات مثل قانون الشركات أو قانون مزاوله المهنة، غير أن هذا يحتاج إلى النص عليه صراحة، وإلا فتح المجال لتأويلات يتعذر عندها تحديد المخالفة والعقوبة.

ثالثاً: شروط المسؤولية القانونية لهيئة الرقابة الشرعية

المسؤولية لا تتحقق في شأن الهيئة وأعضائها إلا بتوافر شروط أهمها:

- توفير إدارة المؤسسة جميع الإمكانيات التي تساعد أعضاء الهيئة الشرعية على أداء واجباتها.
- إنشاء أقسام داعمة لعمل الهيئة الشرعية أهمها قسم بحوث يسهل عملها من خلال إعداد البحوث والدراسات لعمل الهيئة ومراجعة العقود والتنبيه على أهم ما تراه إشكالات شرعية.

- أن تكون هيكلية المؤسسة ونظامها الإداري ومنهج أسلوب عملها مما يعين الهيئة الشرعية على أداء واجباتها، وتمكينها من الاطلاع على ما يجري عليه العمل داخل المؤسسة، ومنحها كامل الاستقلالية في أداء واجباتها.¹

رابعاً: ما يعد مخالفةً توجب المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية

يمكن تقسيم ما يعد مخالفةً توجب العقوبة القانونية للهيئة الشرعية إلى قسمين: قسم يتعلق بأهلية أعضاء الهيئات الشرعية وكفاءة الأداء والتقصير في الفتوى، وقسم ثان يتعلق بتصرفات تعد بحد ذاتها مخالفةً توجب المسؤولية القانونية بقطع النظر عن كفاءة أعضاء الهيئة الشرعية.

القسم الأول: بالنسبة لأهلية أعضاء الهيئة الشرعية لإصدار فتوى حول الصكوك، فإن الإشكال غير مثار في جل السلطات التشريعية والرقابية. ففي الدول التي يضطلع البنك المركزي بتعيين الهيئة الشرعية، فإنه يتحمل مسؤولية كفاءة أعضاء الهيئات الشرعية، وبذل العناية الكافية للتأكد من استيفاء المرشحين لهذه المنصب لأهلية الإفتاء في الصكوك، وكذلك الأمر بالنسبة للوزارات والجهات الإشرافية الأخرى. إما إذا تعلق بضعف الأداء والتقصير في الفتوى، فهذا في نظر كثير من العلماء المعاصرين، فهذا يتحمل في نظرهم المسؤولية القانونية وتبعاتها الجنائية والمدنية. يقول الدكتور حسين حامد حسان: "وليس لأعضاء الهيئة الشرعية حصانة تمنع مساءلتهم عن التقصير في أداء الواجب أو الإخلال بالالتزام الذي فرضه الشرع وأكدته الوكالة"²، ويقول في موضوع آخر: "وبما أن المراجع وكيل بأجر، فإنه طبقاً لأحكام الوكالة في الشريعة والقانون المدني عليه أن يبذل في أداء عمله عناية "الرجل العادي"... ومعيار "عناية الرجل المعتاد" الوارد في القانون المدني هو المعيار نفسه الذي تواترت عليه أحكام القضاء الإنجليزي بشأن مسؤولية المراجع، فالمراجع عليه أن يبذل في أداء عمله درجة معقولة من العناية والمهارة"³. ويرى الدكتور القرني بأن المفتي إن كان "أهلاً للفتوى ولكنه قصر في فتواه بأن خالف دليلاً قطعياً من كتاب أو سنة أو إجماع، فهذا يضمن. أما إن

¹ انظر، حسين حامد حسان: المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية، ص ٣٦، ومحمد علي القرني: الاختصاص القانوني والحماية الجنائية للهيئات

الشرعية، ص ٥.

² ص ٣٩

³ المرجع نفسه، ص ٤١

كانت المسألة اجتهادية تختلف فيها الأسرار، فلا يضمن، وقاسوا ذلك على غرم الشاهد إذا ظهر خطؤه في الشهادة بعد الحكم بها"^١

القسم الثاني: يتناول يتعلق بتصرفات تعد بحد ذاتها مخالفة توجب المسؤولية القانونية بقطع النظر

عن كفاءة أعضاء الهيئة الشرعية وقصدتهم، وقد أورد البنك المركزي في إطار الحوكمة في الآتي

١. يجب أن يكون أعضاء الهيئة الشرعية ممن يتمتعون بالنزاهة والأخلاق والسمعة الطيبة. ويحتفظ

البنك المركزي بالتنسيق مع هيئته الشرعية (المركزية) بحق استبعاد أي عضو لا يستوفي الشروط لا

سيما أولئك الأعضاء الذين يرتكبون إحدى المخالفات التالية:

- أ. تصرف العضو بطريقة تثير الشكوك في قدرته على مواولة مهامه كعضو هيئة شرعية.
- ب. فشله في حضور ٧٥% من اجتماعات الهيئة الشرعية خلال عام من دون عذر مقبول.
- أ. إفلاس العضو أو تقديم التماس إفلاس ضد العضو بموجب قوانين الإفلاس.
- د. أن يصدر ضده حكم قضائي في أي جريمة خطيرة أو جريمة يُعاقب عليها بالسجن لمدة عام أو أكثر.
- هـ. أن يكون خاضعا لأمر اعتقال أو مراقبة أو إقامة جبرية أو نفي.

وقد ورد في بعض نصوص قانون الخدمات المالية الإسلامية الماليزي بعض ما يعد تصرفا

يوجب العقوبة، وكذلك أورد بعض المعاصرين منهم الدكتور حسين حامد والدكتور عبد

الستار الخويلدي والدكتور علي القرني بعض التصرفات قاسوها على تعد المراقب الخارجي؛

أوجبوا على مرتكبيها المساءلة القانونية والعقوبة أهمها:

- إعطاء معلومات كاذبة عن وضعية المؤسسة أو تأييد هذه المعلومات.
- عدم الإبلاغ عن المخالفات الشرعية التي أقدم عليها البنك، وقد حدد البنك المركزي الماليزي مثلا مدة يجب على الهيئة الشرعية الإبلاغ عن المخالفات الشرعية، وإلا عدت مخالفة لتعليمات صريحة للبنك المركزي.

^١ محمد علي القرني: الاختصاص القانوني والحماية الجنائية للهيئات الشرعية، ص ١١

- إفشاء السر المهني، وهذا يتعلق بكل ما يعده المصرف خاص وسري، وقد استثنى البنك المركزي الماليزي: " بأيّ تقرير من أعضاء الهيئة الشرعية إلى البنك المركزي أو... استنادًا إلى أيّ معايير يُحددها البنك المادة ٢٩(٢)(أ)(١)".
- مخالفة ما نص عليه في عقد الاستشارة أو الوكالة من التزامات عضو الهيئة الشرعية اتجاه المؤسسة المالية، من ذلك مخالفة ضوابط الفتوى والتدقيق الشرعي والتشريعات الصادرة لتنظيم مهنة الفتوى والرقابة الشرعية.^١

خامسا: طبيعة العقوبة التي يجب أن تسلط على الهيئة الشرعية

لقد أسلفت الذكر أن القانون الوحيد الذي صرح بالعقوبة الجنائية والمدنية لأعضاء الهيئات الشرعية إن ظهرت منهم مخالفة لأحكام الشريعة عند إصدار الفتوى في الصكوك وغيرها، وهو قانون الخدمات المالية الإسلامية الماليزي لسنة ٢٠١٣م، وتبين أنه يحصر العقوبة في قصد المخالفة وسوء النية. ولكن إطار الحوكمة الشرعية للبنك المركزي نص على العقوبة بالتوقيف من الوظيفة إن ظهرت منه مخالفات أوردتها في القسم الثاني مما يعد مخالفة توجب العقوبة. ورأي الدكتور نزيه حماد إن عضو الهيئة الشرعية إن كانت مخالفته " لمعلوم من الدين بالضرورة، نصا قطعيا لا مجال للاجتهاد فيه، فإن الهيئة الشرعية تتحمل تبعات الضرر والخسارة المالية التي ترتبت على ذلك... ومن جهة أخرى يجب على المؤسسة المالية الاستغناء عن خدمات تلك الهيئة لانتفاء الأهلية المطلوبة"^٢، ورأي الدكتور القري كما أوردت من قبل المسؤولية المالية من خلال تضمين أعضاء الهيئة الشرعية إن خالفت دليلا قطعيا من كتاب أو سنة أو إجماع.^٣ أما الدكتور حسين حامد حسان فقد رأى الجمع بين العقوبة الجنائية والمدنية، فقد قال: " وأساس مسؤولية أعضاء الهيئة الشرعية الجنائية يتمثل في أن إخلال الهيئة أو أحد أعضائها بما تفرضه عليها الشريعة وعقد الوكالة وقواعد المهنة يعد معصية،

^١ انظر حسين حامد حسان: المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية، ص ٣١، ٣٢، وعبد الستار الخويلدي: الحاجة إلى تقنين الرقابة الشرعية، ص ١٤،

ومحمد علي القري: الاختصاص القانوني و الحماية الجنائية للهيئات الشرعية، ص ٨، ٩، وقانون الخدمات المالية الإسلامية الماليزي، بند ٣٦.

^٢ نزيه حماد: المسؤولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئة الشرعية، ص ١٣.

^٣ محمد علي القري: الاختصاص القانوني والحماية الجنائية للهيئات الشرعية، ص ١١

لأنها مخالفة للتكليف الشرعي، وكل معصية لا حد فيها ولا كفارة يجوز لولي الأمر أن يضع لها عقوبة تعزيبية كافية للردع والزجر، ملائمة لظروف المكان والزمان وسلوك الناس، ولا يلزم بالضرورة أن تكون هي الحبس، فقد تكون المنع من ممارسة المهنة، وقد تكون عقوبة مالية، وقد تكون أقل من ذلك أو أكثر من حيث النوع والقدر"^١.

ويسوغ الدكتور محي الدين أحمد لهذه التبعة القانونية بقوله: "إذن وبعد أن توافر لهيئة الرقابة الشرعية التخصص الشرعي والإمام بطبيعة عمل المصارف الإسلامية والإحاطة بالبيئة القانونية والاقتصادية وبعد أن تم منحهم الاستقلالية التامة بكل مظاهرها، وبعد أن مكّنوا من الاطلاع الكامل على كل الوثائق والمستندات المطلوبة من قبلهم ووفر لهم كل المعلومات بشكل شمولي، وبعد أن تم احترام قراراتهم وتوصياتهم وملاحظاتهم وأعطيت قوة الإلزام والتنفيذ الكامل، وبعد إقرار أعضاء الهيئة من خلال التقرير السنوي توفر جميع تلك المتطلبات وتقديم تقريرهم على هذا النحو، فإني أرى أنهم مسئولون مسئولية دينية وقانونية ومادية أمام الأمة والسلطات والمساهمين"^٢

^١ حسين حامد حسان: المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية، ص ٣٦.

^٢ أحمد محي الدين أحمد: حدود الهيئات الشرعية وإدارات المؤسسات المالية الإسلامية في التأكد من الالتزام بالأحكام الشرعية، ض المؤتمر الثالث للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية رهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ٢٠٠٣م).

نتائج وتوصيات البحث

في ختام هذه الورقة يمكن تلخيص نتائجها في الآتي:

- أهمية الحوكمة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ومحورية الرقابة الشرعية التي تضطلع بها المؤسسات المالية الإسلامية ضمن هذه الحوكمة.
- أهمية دور هذه الرقابة الشرعية، حيث إنه لا يقل عن دور الرقابة المالية، وذلك أن الرقابة الشرعية لحفظ الدين والرقابة المالية لحفظ المال، وحفظ الدين مقدم على حفظ المال.
- ثمة جهود كبيرة لتطوير موضوع الحوكمة الشرعية، تمثلت في "معيار الضبط والأخلاقيات" الذي صدر عن أيوفي سنة ١٩٩٩م، وهو قيد المراجعة، ومعيار مجلس الخدمات المالية الإسلامية رقم ١٠ الصادر سنة ٢٠٠٩م، وإطار الحوكمة الشرعية الصادر عن البنك المركزي الماليزي سنة ٢٠١٠م والمراجع سنة 2018م وتمت مراجعته وسيصدر في غضون أشهر قليلة، وإطار الحوكمة الصادرة عن مصرف البحرين المركزي في شهر سبتمبر سنة ٢٠١٧م، ومعايير وتعليمات إرشادية أصدرتها جهات رقابية وإشرافية أخرى.
- ظهور إشكالات تعلقت بالحوكمة الشرعية لهيئة الرقابة الشرعية، إثر تعثر بعض الصكوك وادعاء مصدرها أنها مخالفة للشريعة الإسلامية.
- إجماع قوائم الجهات التشريعية والرقابية على إلزامية إنشاء هيئات شرعية، واختلاف تكييفها القانوني والشرعي، وقد انحصرت التكييفات بين الوكالة والإجارة، وخدمة الاستشارة، واختلاف هذه التكييفات لم يؤثر على طبيعة عملها، واستقلاليتها.
- تعددت مقاربات الجهات الرقابية والمؤسسات الإشرافية في بيان واجبات الهيئات الشرعية، واتفاقها في نهاية الأمر حول فحوى هذه الواجبات، وقد تناولت هذه الواجبات معايير الضبط والأخلاقيات لأيوفي، وإطار الحوكمة الشرعية للبنك المركزي الماليزي وبعد الأدلة الإرشادية للوزارات والجهات الإشرافية.
- أبرز الحالات المثارة في مسألة انضباط هيئات الرقابة الشرعية بالأحكام الشرعية تناولت:
 - اختلال الأحكام الشرعية للصكوك بسبب عدم اعتماد الهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك بالأوضاع القانونية الحاكمة لعقودها.

- اعتماد الهيئة الشرعية الصكوك وهي لا تتقن لغة عقودها
- الصكوك التي يتم التصريح فيها بمخالفة الشريعة
- لم يختلف العلماء حول تحميل الهيئة الشرعية المسؤولية الدينية والأخلاقية المتمثلة في الإثم والعقوبة الأخروية، إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية الناجمة عن تقصيرها في أداء مهامها المنوطة بها.
- لم يختلف العلماء من حيث المبدأ حول تحميل الهيئة الشرعية المسؤولية القانونية؛ جنائية كانت أو مدنية إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية.، لكنهم اختلفوا في تحديد المستند القانوني لها، وضبط مفهوم المخالفة للأحكام الشرعية، وحصر الأفعال التي يعد فعلها مخالفة للأحكام الشرعية، وكذا بيان شروط تنفيذ هذه العقوبات، واشتراطوا في كل منها أن يصدر منها قانون واضح.
- المسؤولية هي الضمان والتبعة والمؤاخذة، ويتطلب وجودها قانونا وقوع ضرر لشخص نتيجة فعل غير مشروع لشخص آخر، وهي تنقسم إلى مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية
- يعد البنك المركزي الماليزي الجهة الوحيدة التي نصت على المسؤولية القانونية لهيئة الرقابة الشرعية، غير أن إيراد قيد "سوء النية" في تحميلها المسؤولية القانونية جعل ضبطها عسير.
- اتفقت النصوص القانونية وكلمة الباحثين والخبراء أن لا عقوبة جنائية إلا بتشريع ونص واضح بخلاف المسؤولية المدنية التي لا يلزم فيها التنصيص على العقوبة.
- من شروط إيقاع العقوبة على أعضاء هيئة الرقابة الشرعية صدور قوانين تنظم مهنة الفتوى والرقابة الشرعية، وتضع لهذه المهنة القواعد والضوابط، وتحدد شروط ممارستها، والأفعال التي تعد جريمة تأديبية، وتلك التي تعد جريمة جنائية، وتلك التي توجب الضمان على المخالف، وتعويض الغير عن الضرر الذي يترتب على المخالفة.
- اشترطت الجهات الإشرافية شروطا يجب أن تتوفر حتى تتحقق المسؤولية القانونية لهيئة الرقابة الشرعية أهمها:
- توفير إدارة المؤسسة جميع الإمكانيات التي تساعد أعضاء الهيئة الشرعية على أداء واجباتها.

- إنشاء أقسام داعمة لعمل الهيئة الشرعية أهمها قسم بحوث يسهل عملها من خلال إعداد البحوث والدراسات لعمل الهيئة ومراجعة العقود والتنبيه على أهم ما تراه إشكالات شرعية.
 - أن تكون هيكلية المؤسسة ونظامها الإداري ومنهج أسلوب عملها مما يعين الهيئة الشرعية على أداء واجباتها، وتمكينها من الاطلاع على ما يجري عليه العمل داخل المؤسسة، ومنحها كامل الاستقلالية في أداء واجباتها.
 - نصت بعض مواد قوانين المصارف الإسلامية وأراء خبراء المالية الإسلامية على ما يعد مخالفةً توجب المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية؛ بعضها تعلق بأهلية أعضاء الهيئات الشرعية وكفاءة الأداء والتقصير في الفتوى، وبعضها تعلق بتصرفات تعد بحد ذاتها مخالفة توجب المسؤولية القانونية بقطع النظر عن كفاءة أعضاء الهيئة الشرعية.
 - اتفقت كلمة العلماء على مشروعية وقانونية تسليط العقوبة على الهيئة الشرعية إن ظهر منها تقصير واضح ومخالفة صريحة للحكم الشرعي، وقد اقتراحاتهم للعقوبات، العقوبات التأديبية وعقوبة إنهاء الخدمة والعقوبات التعويضية والعقوبات الجنائية.
 - أما توصيات البحث فيمكن إجمالها فيما يأتي: . ضرورة تطوير التشريعات المنظمة لعمل الهيئات الشرعية، وإدراج بند منضبط ومفصل للعقوبات على اختلافها.
 - ضرورة تظافر جهود الجهات الرقابية والإشرافية والجهات الداعمة للصناعة المالية لتطوير إطار حوكمة شرعية ناظمة له صفة الإلزام العالمي يحدد بوضوح مسؤوليات هيئات الرقابة الشرعية، ويضع عقوبات واضحة، إن ظهر منها إخلال بالأحكام الشرعية في إصدار الصكوك وأوصي بأن يكون لأيوبي الريادة في جمع هذه الجهود.
- والحمد لله رب العالمين

المراجع

١. أبو إسحاق الشاطبي: الموافقات في أصول الشرعية، الخبر، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، ط١، ١٩٩٧م.
٢. أحمد محي الدين أحمد: حدود الهيئات الشرعية وإدارات المؤسسات المالية الإسلامية في التأكد من الالتزام بالأحكام الشرعية، ض المؤتمر الثالث للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية (هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ٢٠٠٣م).
٣. حسين حامد حسان: العلاقة بين الهيئات الشرعية والمراجعين الخارجيين، (أبحاث المؤتمر الأول للهيئات الشرعية، والمسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئات الشرعية.
٤. حسين حامد حسان: المسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئة الشرعية، أبحاث المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية، والمسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئات الشرعية، ٢٠٠٢م.
٥. عبد الستار أبو غدة: الهيئات الشرعية والادلاء بالشهادات في المحاكم في مرافعة العملاء ضد المصارف الإسلامية، ص١٢، أبحاث المؤتمر الثالث للهيئات الشرعية، والمسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئات الشرعية، ٢٠٠٣م.
٦. عبد الستار الخويلدي: الحاجة إلى تقنين الرقابة الشرعية، ورقة مقدمة للمؤتمر الثاني للمدققين الشرعيين، الكويت، ٢٠١٠م.
٧. العياشي فداد: الرقابة الشرعية ودورها في ضبط أعمال المصارف الإسلامية: أهميتها وشروطها وطريقة عملها، الدورة التاسعة عشرة لمجمع الفقه الإسلامي، إمارة الشارقة، سنة ٢٠١٩م، ص٢٢.
٨. مجلس المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية معيار الضبط والأخلاقيات.
٩. محمد علي القرني: الاختصاص القانوني والحماية الجنائية للهيئات الشرعية، أبحاث مؤتمر أيوفي الثاني للهيئات الشرعية، ٢٠٠٢م.
١٠. ناصر الدين البيضاوي: منهاج الأصول، بيروت، دار الكتب العلمية، ط١٩٨٤م.

١١. نزيه حماد: المسؤولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئة الشرعية، أبحاث المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية، والمسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئات الشرعية، ٢٠٠٢م.

المواقع الإلكترونية:

<http://infopub.sgx.com/FileOpen/Republic%20of%20Indonesia%20-%20Sukuk%20OM%202018.ashx?App=Prospectus&FileID=33558>
<http://infopub.sgx.com/FileOpen/Republic%20of%20Indonesia%20%20Sukuk%20OM%202018.ashx?App=Prospectus&FileID=33558>
<http://rr.mpc.gov.my/data/lic-legal-2014-01-28-18-24-11.pdf>
<http://web.dpworld.com/wp-content/uploads/2014/01/DP-World-Sukuk-Limited.pdf>
http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=en_legislation&pg=en_legislation_act&ac=222&full=1&lang=en
<https://masspointpllc.com/dana-gas-declares-sukuk-illegal-revisiting-investment-dar-case-shariah-risk/>
https://www.bnm.gov.my/guidelines/05_shariah/02_Shariah_Governance_Framework_20101026.pdf
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=61420c16-edf2-4e07-a007-0aea9c7f8992>
<https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/dana-gas-sukuk-limited-961/>
<https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/dana-gas-sukuk-limited-961/>

الحوكمة الشرعية لإصدارات الصكوك (دراسة تطبيقية على صكوك دانة غاز)

إعداد

الدكتور عبد الباري مشعل

رئيس رقابة للتدقيق الشرعي والاستشارات المالية الإسلامية

عامر حجل

مدير إقليمي - رقابة للتدقيق الشرعي والاستشارات المالية الإسلامية

مؤتمر أيوفي للهيئات الشرعية السنوي في نسخته السادسة عشر

يومي الأحد والأثنين ٢٢ - ٢٣ رجب ١٤٣٩ هـ يوافق ٨ - ٩ أبريل ٢٠١٨ م

مملكة البحرين

الحوکمة الشرعیة لإصدارات الصکوک: دراسة تطبیقیة علی صکوک دانه غاز

ملخص

تناول البحث مناقشة قضايا أساسية في الحوكمة الشرعية لإصدارات الصكوك مع التطبيق على قضية صكوك شركة دانه غاز الإماراتية وهي قضية ذات أبعاد قانونية وشرعية ولها صلة بجانب الحوكمة موضوع هذا البحث. وهذه القضايا هي: نطاق مسؤولية الهيئة الشرعية التي تعتمد الصكوك، والمسؤولية القانونية للهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية، واختلال الأحكام الشرعية للصكوك بسبب عدم اعتماد الهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك بالأوضاع القانونية الحاكمة لعقودها، واكتفاء الهيئة الشرعية باعتماد هيكله وعقود الصكوك مع أن المصدر للصكوك جهة حكومية أو خاصة ليس لديها هيئة شرعية، ومدى جواز أن تعتمد الهيئة الشرعية الصكوك وهي لا تتقن لغة عقودها، ومدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع تصريح شروطها بحق حملة الصكوك (أو أكثرتهم) في تعديل شروط وأحكام الصكوك دون التقييد بالضوابط الشرعية، ومدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع التصريح بأن المحكمة لن تعتمد بالمبادئ الشرعية عند الفصل في أي نزاع بشأنها، ومدى حاجة إصدارات الصكوك إلى تدقيق شرعي لعملياتها بعد تنفيذها.

الكلمات المفتاحية:

الحوكمة الشرعية، إصدارات الصكوك، الهيئة الشرعية للصكوك، التدقيق الشرعي الخارجي، التحكيم والمحاكم، حملة الصكوك، المسؤولية القانونية، التأهيل المهني، معيار بذل العناية المهنية الواجبة.

مقدمة

٠,١ برزت الصكوك خلال السنوات الأخيرة كأداة استثمارية رائدة في الأسواق المالية الإسلامية. وتعرف الصكوك بأنها وثائق متساوية القيمة تمثل حصصاً شائعة في ملكية أعيان أو منافع أو خدمات أو في موجودات مشروع معين أو نشاط استثماري خاص، وذلك بعد تحصيل قيمة الصكوك وقفل باب الاكتتاب وبدء استخدامها فيما أصدرت من أجله.^١ وقد أولت الهيئات المهنية أهمية خاصة للصكوك، فقد أصدرت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) المعيار الشرعي رقم (١٧) بشأن "صكوك الاستثمار"، والذي يهدف إلى بيان حكم إصدار صكوك الاستثمار وتداولها، وبيان أنواعها وخصائصها وضوابطها الشرعية وشروط إصدارها وتداولها. كما أصدرت أيوفي معيار المحاسبة المالية رقم (٢٥) بشأن "الاستثمار في الصكوك والأسهم والأدوات المشابهة"، والذي يهدف إلى بيان المبادئ المحاسبية المتعلقة بإثبات وقياس وعرض والإفصاح عن الاستثمارات في الصكوك. وأيضاً، أصدر مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB) المعيار رقم (١٩) بشأن "المبادئ الإرشادية لمتطلبات الإفصاح لمنتجات سوق رأس المال الإسلامي (الصكوك وبرامج الاستثمار الجماعي الإسلامي)"، ويهدف هذا المعيار بشكل رئيس إلى توفير أساس للسلطات الرقابية والإشرافية لوضع قواعد وإرشادات تتعلق بمتطلبات الإفصاح الخاصة بمنتجات سوق رأس المال الإسلامي وخصوصاً للصكوك وبرامج الاستثمار الجماعي الإسلامي. وعلى الرغم من أهمية المعايير السابقة في تغطية المتطلبات الشرعية والمالية والإفصاح، إلا أنها لم تتناول متطلبات الحوكمة الشرعية للصكوك.

٠,٢ تعرضت الصكوك في الفترة الأخيرة لمجموعة متنوعة من نقاط الضعف ذات الصلة بحكومتها، وأصبحت تحت الأضواء، ومن ذلك قضية صكوك شركة دانة غاز الشهيرة في عام ٢٠١٧. تعتمز أيوفي إصدار معيار بشأن حوكمة الصكوك ويكون ضمن مجموعة معايير الحوكمة، وقد صدرت مسودة الدراسة الأولية للمعيار.

^١ - المعيار الشرعي رقم (١٧) بشأن "صكوك الاستثمار"، فقرة رقم (٢).

٣,٠ يتناول البحث الحالي مناقشة قضايا أساسية في الحوكمة الشرعية لإصدارات الصكوك مع التطبيق على قضية صكوك شركة دانة غاز الإماراتية وهي قضية ذات أبعاد قانونية وشرعية ولها صلة بجانب الحوكمة موضوع هذا البحث. وهذه القضايا هي:

- نطاق مسؤولية الهيئة الشرعية التي تعتمد الصكوك.
- المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية.
- اختلال الأحكام الشرعية للصكوك بسبب عدم اعتداد الهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك بالأوضاع القانونية الحاكمة لعقودها.
- اكتفاء الهيئة الشرعية باعتماد هيكله وعقود الصكوك، مع أن المصدر للصكوك جهة حكومية أو خاصة ليس لديها هيئة شرعية.
- هل يجوز أن تعتمد الهيئة الشرعية الصكوك وهي لا تتقن لغة عقودها؟
- مدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع تصريح شروطها بحق حملة الصكوك (أو أكثرتهم) في تعديل شروط وأحكام الصكوك دون التقييد بالضوابط الشرعية.
- مدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع التصريح بأن المحكمة لن تعتد بالمبادئ الشرعية عند الفصل في أي نزاع بشأنها.
- حاجة إصدارات الصكوك إلى تدقيق شرعي لعملياتها بعد تنفيذها.

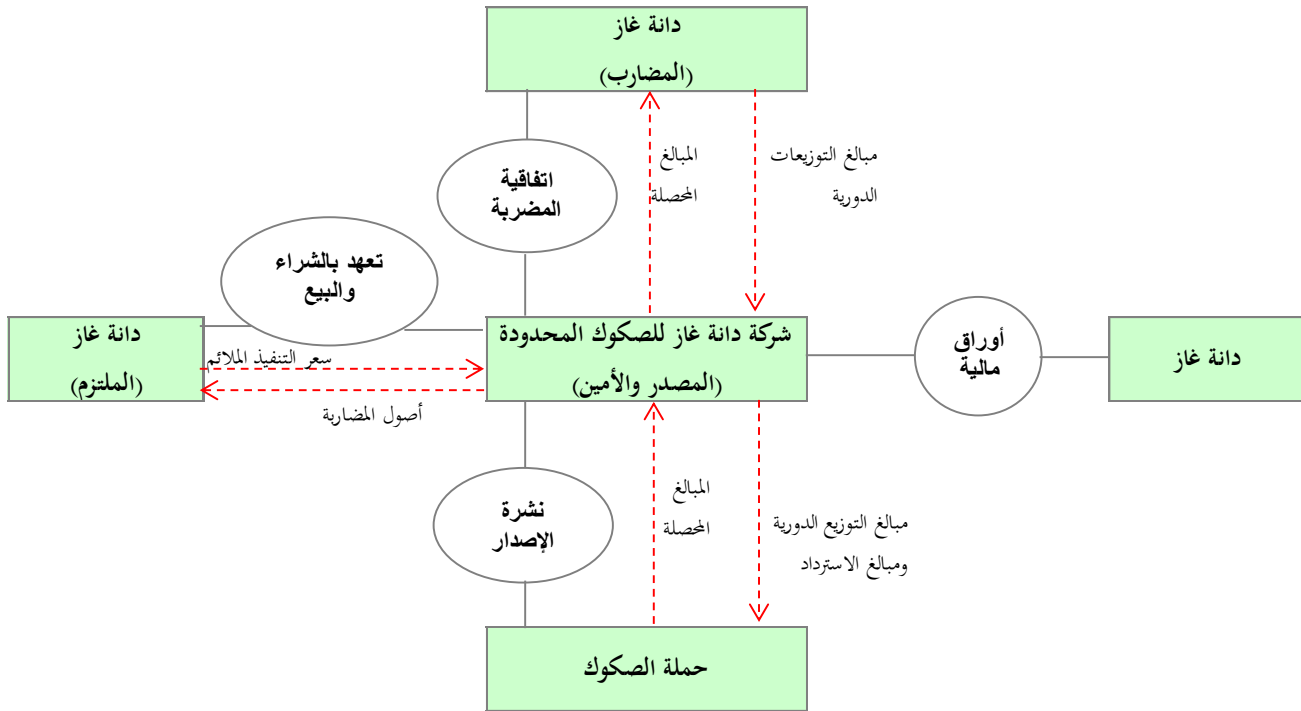
١. قضية صكوك شركة دانة غاز الإماراتية

١,١ هيكل صكوك دانة غاز

دانة غاز شركة إماراتية تعمل في مجال الغاز الطبيعي في منطقة الشرق الأوسط، وهي مدرجة في سوق أبوظبي للأوراق المالية. في ٣١ أكتوبر ٢٠٠٧ أصدرت شركة دانة غاز صكوكاً قائمة على المضاربة يتم إطفائها في ٣١ أكتوبر ٢٠١٢. ويعرض الشكل الرقم (١-١) هيكل الصكوك:^١

الشكل الرقم (١-١)

هيكل صكوك دانة غاز



^١ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ٧.

١,٢ أبرز النقاط في نشرة إصدار صكوك دانة غاز

فيما يلي توضيح أبرز النقاط في نشرة إصدار صكوك دانة غاز:

(أ) اتفاقية المضاربة:

تقوم شركة دانة غاز للصكوك المحدودة (رب المال) بجمع حصيلة الصكوك (رأس المال) وتقدمها لشركة دانة غاز (المضارب) ليتم استثمارها في عدد من الأنشطة المتوافقة مع الشريعة الإسلامية بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، استثمارات معينة في أنشطة دانة غاز. ويتم توزيع ربح المضاربة كما يأتي: (٩٩%) لرب المال و(١%) للمضارب. يحتفظ المضارب بمستشار شرعي لأداء التزاماته بموجب اتفاقية المضاربة.^١

(ب) أصول المضاربة: هي جميع موجودات المضاربة، بما في ذلك جميع الموجودات المكتسبة بعد أو من خلال استثمار رأس المال.^٢

(ج) التعهد بالشراء:

يلتزم الملتزم وهو دانة غاز (الذي يتصرف بصفته الشخصية وليس كمضارب) بتنفيذ تعهد الشراء لصالح الجهة المصدرة (بصفته الأمين). وبموجب التعهد بالشراء، يتعهد الملتزم بأنه عندما يمارس الأمين خياره بشأن إلزام الملتزم بشراء كل أو نسبة من حقوق ومزايا الأمين في أصول المضاربة، يجب على الملتزم أن يشتريها (دون أي ضمان صريح أو ضمني بشأن الملاءمة للغرض أو الملاءمة للاستخدام أو غير ذلك، وفي حالة وجود أي ضمان بموجب القانون، فإنه يتم استبعاده إلى أقصى حد يسمح به القانون) وذلك بسعر التنفيذ الملائم (Relevant Exercise Price) في تاريخ التنفيذ ذي الصلة بعد إصدار إشعار تنفيذ من قبل الأمين.^٣

^١ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ١٠.

^٢ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ١٠.

^٣ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ١٠-١١.

يجب أن يكون سعر التنفيذ الملائم مساوياً للمبلغ المطلوب لاسترداد الصكوك في تاريخ الاسترداد المعني. في حالة الاسترداد المبكر الاختياري من قبل حامل الصك، يجب أن يكون سعر التنفيذ الملائم واجب الدفع، مع مراعاة الحصول على الموافقات ذات العلاقة، من خلال التسوية المادية أو حسب خيار المصدر عن طريق التسوية النقدية.^١

(د) التعهد بالبيع:

يجب على الجهة المصدرة (بصفتها الأمين) تنفيذ تعهد البيع لصالح الملتزم. بموجب التعهد بالبيع، عند ممارسة الملتزم خياره لاسترداد الصكوك، يقوم الأمين ببيع الجزء المعني من حقوق ومزايا الأمين في أصول المضاربة وذلك بسعر التنفيذ الملائم.^٢

(هـ) الضمانات:

لضمان التزامات الملتزم بموجب تعهد الشراء، سترهن دانة غاز كضمان أسهم شركة (Sajaa Gas Dana Gas LNG Ventures Limited) وأسهم شركة (United Gas Private Limited Company) وأسهم شركة (Transmissions Company Limited). وهذه الأسهم مملوكة لدانة غاز. ويتم استخدام العائدات الصافية نتيجة لتنفيذ الضمانات في استيفاء كل أو جزء من التزامات الملتزم بموجب تعهد الشراء.^٣

(و) القانون الحاكم والاختصاص القضائي:

تخضع نشرة الإصدار، واتفاقية الوكالة، وتعهد الشراء، وتعهد البيع، واتفاقية الضمانات، واتفاقية وكالة الضمانات، والصكوك؛ للقانون الإنجليزي. بينما تخضع اتفاقية المضاربة والرهن لقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة.^٤

^١ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ٧.

^٢ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ١٢.

^٣ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ٧، ١٢.

^٤ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ٢٥.

(ز) قانون الإفلاس الإماراتي

في حالة إعسار شركة دانة غاز، قد يؤثر قانون الإفلاس الإماراتي سلبيًا على قدرة دانة غاز على الأداء بموجب تعهد الشراء وبالتالي قدرة الجهة المصدرة على سداد الدفعات لحاملي الصكوك.^١

(ح) إنفاذ الأحكام الأجنبية في دولة الإمارات العربية المتحدة:

يمكن تسوية أي نزاع قد ينشأ - فيما يتعلق بوثائق المعاملة- في النهاية بموجب قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي. وقعت كل من الإمارات والمملكة المتحدة على اتفاقية نيويورك لعام ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وتنفيذها. وعليه، فإن أي قرار تحكيم أجنبي يتم منحه في إحدى الدول الموقعة يكون قابلاً للإنفاذ في دولة الإمارات العربية المتحدة دون إعادة النظر في القضية، مع مراعاة شروط معينة منصوص عليها في الاتفاقية والقانون الذي يعتمد الاتفاقية في دولة الإمارات العربية المتحدة. ومع ذلك، فيما يتعلق بأحكام المحاكم الأجنبية، فإنه من غير المحتمل أن تقوم محاكم دولة الإمارات العربية المتحدة بتطبيق حكم إنجليزي دون إعادة النظر في ملاسبات الدعوى، وقد لا تلاحظ اختيار الأطراف في القانون الإنكليزي كقانون يحكم المعاملة.^٢

١,٣ عرض موجز للقضية

لم يتم إطفاء الصكوك في الموعد المقرر في ٣١ أكتوبر ٢٠١٢، وفي مايو ٢٠١٣ تم إصدار صكوك بديلة تستحق في أكتوبر ٢٠١٧. وفي ١٣ يونيو ٢٠١٧ قدمت الشركة مقترحاً لإعادة هيكلة الصكوك مرة أخرى وفق الآتي:^٣

- بناءً على التطور المستمر الذي طرأ على أدوات التمويل الإسلامية نتيجة المراجعات التي تمت خلال السنوات القليلة الماضية، تلقت الشركة مؤخراً نصيحة قانونية تفيد

^١ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ٣٨.

^٢ - نشرة إصدار صكوك دانة غاز، ص ٣٨-٣٩.

^٣ - <https://goo.gl/ENPPBR>

<https://goo.gl/ogVd5m>

بأن صكوك المضاربة بصيغتها الحالية لا تتوافق مع أحكام الشريعة، وتخالف أحكام قانون دولة الإمارات العربية المتحدة^١. ونتيجة لذلك، فإن إعادة هيكلة الصكوك الحالية أمر ضروري لضمان توافقتها مع القوانين المرعية ذات الصلة لما فيه مصلحة جميع الأطراف.

- وعليه، تقترح الشركة إصدار أداة جديدة بديلة قابلة للتنفيذ ومتوافقة مع أحكام الشريعة، وأن تكون مدة استحقاقها ٤ سنوات وتمنح حقوقاً بتوزيعات أرباح بنسبة تقل عن نصف نسبة الأرباح الحالية من دون خيار التحويل، على أن تشمل دفعات الأرباح الجديدة مدفوعات نقدية ومدفوعات عينية.
- ستكون الأداة الجديدة المتوافقة مع القوانين المرعية قابلة للتنفيذ قانوناً، وهذا سيحسن الوضع الحالي لحملة الصكوك بشكل جذري. حيث ستتيح لهم الأداة الجديدة إسترداد مستحقاتهم مع مرور الوقت.
- وبما أنه يتعذر التكهن بمواعيد تسلم مستحقات الشركة المتأخرة وتعويضات الأضرار المرتقبة، تقترح دانة غاز أن يكون لها بموجب الصكوك الجديدة حق السداد المبكر إما كلياً أو جزئياً بسعر الإصدار قبل موعد الاستحقاق من دون أي غرامة، الأمر الذي يتيح لحملة الصكوك الاسترداد بشكل مبكر.
- ونظراً لأن الصكوك الحالية لا تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية فإنه لا يمكن دفع توزيعات الأرباح في 31 يوليو 2017 و 31 أكتوبر 2017، إلا أنه سيتم احتساب هذه التوزيعات كجزء من الصكوك الجديدة المتوافقة مع القوانين المرعية. وبتاريخ ٢٧ يوليو ٢٠١٧ سحبت الشركة المقترح السابق، وأبلغت لجنة حملة الصكوك أنها ستعول على النتائج التي ستتمخض عنها إجراءات التقاضي^٢.

^١ - قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لعام ١٩٨٥ والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧، المادة رقم ٦٩٦، "لا يجوز اشتراط ضمان المضارب لرأس المال إذا ضاع أو تلف بغير تفريط منه".

^٢ - <https://goo.gl/ENPPBR>

وفي نوفمبر ٢٠١٧ أصدر قاضي محكمة لندن العليا (القاضي جورج ليجات) حكماً لصالح حملة الصكوك في الدعوى بشأن صحة سريان التعهد بالشراء من قبل شركة دانة غاز، وذكر أن طعون الشركة على صحة تعهد شراء الصكوك "لا أساس لها" وأن الاتفاق "ساري المفعول وقابل للإنفاذ".^١

وفي ٢٧ مارس ٢٠١٨، أعلنت شركة «دانة غاز» أن الدعوى التي رفعت ضدها من قبل أحد المساهمين في محكمة الشارقة الابتدائية الاتحادية، أسفرت عن إصدار المحكمة أمراً بمنع بلاك روك والوصي والوكيل المفوض «دويتشه بانك ترستي ليمتد» من اتخاذ أي إجراءات ضد الشركة أو أي من مساهميها في الإمارات وبريطانيا. وأوضحت الشركة في بيان، أن الأمر الصادر من محكمة الشارقة، يتعلق بأوامر وأحكام القضاء البريطاني الصادرة في الدعوى وما يرتبط بها من أوامر وقرارات، وذلك لحين عرض تلك الأحكام والقرارات على القضاء الإماراتي للبت في قابليتها للنفاذ في الدولة وفق نص المادة ٢٣٥ من قانون الإجراءات المدنية.^٢ وفيما يلي نص المادة رقم ٢٣٥ المتعلقة بتنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية:^٣

١- الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في دولة الإمارات العربية المتحدة بذات الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في الدولة.

٢- ويطلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة الابتدائية التي يراد التنفيذ في دائرتها بالأوضاع

المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:

أ- أن محاكم الدولة غير مختصة بالمنازعة التي صدر فيها الحكم أو الأمر وأن

المحاكم الأجنبية التي أصدرته مختصة بها طبقاً لقواعد الاختصاص

القضائي الدولي المقررة في قانونها.

^١ - <https://goo.gl/27cZs8>

^٢ - <http://www.alkhaleej.ae/economics/page/7b5dafd2-e820-4104-b3e6-f7217cda17ca>

^٣ - الإمارات العربية المتحدة، قانون الاجراءات المدنية رقم (١١) لعام ١٩٩٢ المعدل بالقانون الاتحادي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥، المادة ٢٣٥.

- ب- أن الحكم أو الأمر صادر من محكمة مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه.
- ج- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور، ومثلوا تمثيلاً صحيحاً.
- د- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقاً لقانون المحكمة التي أصدرته.
- هـ- أنه لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالدولة ولا يتضمن ما يخالف الآداب أو النظام العام فيها."

١,٤ التعليق

أثارت قضية دانة غاز عدد من القضايا الهامة التي تتعلق بالحوكمة الشرعية للصكوك، وسيتم تناولها في الفقرات التالية في هذا البحث.

٢. نطاق مسؤولية الهيئة الشرعية التي تعتمد الصكوك

٢,١ عرض الموضوع والمشكلة محل الدراسة

أثارت قضية دانة غاز الإشكال حول نطاق عمل الهيئة الشرعية للصكوك، وهل كان شاملاً لكل الجوانب المتصلة بالصكوك أم مقتصرًا على جوانب محددة فقط؟

ولتحديد نطاق عمل الهيئة الشرعية للصكوك ينبغي تحليل الموضوع من خلال الآتي:

(أ) هل تقتصر مسؤولية الهيئة الشرعية للصكوك على الفتوى فقط، أم يجب أن يشمل التدقيق الشرعي اللاحق أيضاً؟

(ب) هل نطاق عمل الهيئة الشرعية يتناول مرحلة الإصدار فقط، أم يجب أن يتناول أيضاً مرحلة الاستثمار ومرحلة الإطفاء؟

(ج) ما مدى مسؤولية الهيئة الشرعية عن توافق الجوانب الشرعية مع المتطلبات القانونية؟

(د) ما التأهيل المهني المطلوب لأعضاء الهيئة الشرعية لأداء مهامها؟

٢,٢ التحليل والمناقشة

فيما يلي تحليل ومناقشة الموضوع محل الدراسة:

مدى مسؤولية الهيئة الشرعية عن الفتوى والتدقيق الشرعي:

طالبت المعايير المهنية بوجود هيئة شرعية (خاصة) للصكوك تُعنى بمهمة الفتوى والتدقيق الشرعي.^١ وقد أكد على ذلك المعيار الشرعي رقم (١٧) بشأن "الصكوك" حيث ذكر أنه يجب "أن ينص في نشرة الإصدار على الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وعلى وجود هيئة شرعية تعتمد آلية الإصدار وتراقب تنفيذه طوال مدته".^٢ ومن الواضح أن مراقبة تنفيذ الصكوك طوال مدتها تقتضي التدقيق الشرعي على العمليات والمعاملات المنفذة.

١ - معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (١) : "تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها"، فقرة رقم (٣).

٢ - المبادئ الإرشادية لنظام الضوابط الشرعية، فقرة رقم (٥، ١٧).

٣ - المعيار الشرعي رقم (١٧) بشأن "صكوك الاستثمار"، فقرة رقم (٤/٨/١/٥).

وأكد على ذلك أيضاً مجلس الخدمات المالية الإسلامية "أن الالتزام بأحكام الشريعة ومبادئها يقتضي الاهتمام بذلك بصفة مستمرة".^١

وبالمثل، طالبت الجهات الإشرافية في عدد من الدول بضرورة وجود جهة تختص بالفتوى والتدقيق الشرعي اللاحق. ففي الكويت - على سبيل المثال - يجب تعيين مكتب تدقيق شرعي خارجي لمراجعة هيكل إصدار الصكوك والمستندات ذات العلاقة قبل الإصدار (التدقيق الشرعي على التصميم قبل التنفيذ) وتقديم تقرير شرعي سنوي عن عمليات الصكوك (التدقيق الشرعي بعد التنفيذ). حيث "لا يجوز للشركة أن تصدر صكوكاً - بشكل مباشر أو غير مباشر - إلا بعد استيفاء عدد من الشروط، منها مراجعة مكتب تدقيق شرعي خارجي مسجل لدى هيئة أسواق المال لهيكل إصدار الصكوك وإبداء الرأي الشرعي بشأنه بما يتضمن اعتماده، وفي حالة الاختلاف بين رأي مكتب التدقيق الشرعي الخارجي المسجل لدى الهيئة والمجلس الاستشاري للرقابة الشرعية، فيؤخذ برأي المجلس الاستشاري للرقابة الشرعية".^٢ و"يجب على المصدر والملتزم تزويد هيئة أسواق المال والممثل بتقريرهما السنوي وبياناتهما المالية المدققة من قبل مراقب حسابات مسجل لدى الهيئة وبياناتها المالية المرحلية المراجعة وكذلك تقرير مكتب التدقيق الشرعي الخارجي".^٣

وفي تونس "يتم تعيين هيئة رقابة شرعية من قبل جهة الإصدار وتتولى البت في كافة الجوانب الشرعية لعملية إصدار الصكوك والفتوى والتدقيق الشرعي".^٤ ويتضح أن نطاق عمل الهيئة الشرعية يشمل الفتوى والتدقيق الشرعي.

^١ - مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB) المعيار رقم (١٩) بشأن "المبادئ الإرشادية لمتطلبات الإفصاح لمنتجات سوق رأس المال الإسلامي

(الصكوك وبرامج الاستثمار الجماعي الإسلامي)"، الفقرة ٣١.

^٢ - دولة الكويت، اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٧) لسنة (٢٠١٠) بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته

والصادرة في ٩ نوفمبر ٢٠١٥، الكتاب ١١، المادة ١١-٣. وينظر أيضاً المادة رقم ١١-٦ والمادة رقم ١١-٧ والمادة رقم ١١-٤٣.

^٣ - اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٧) لسنة (٢٠١٠) بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته والصادرة في ٩ نوفمبر

٢٠١٥، الكتاب ١١، المادة ١١-٧١.

^٤ - الجمهورية التونسية، قانون يتعلق بالصكوك الإسلامية عدد ٣٠ لسنة ٢٠١٣، بتاريخ ٢٠١٣/٧/٣٠، الفصل ٢٧.

وفي الإمارات العربية المتحدة، يجب وجود عدد من الشروط فيما يتعلق بطلبات الإصدار والإدراج الأساسي للصكوك، منها "إجازة الصكوك من قبل اللجنة الشرعية لدى الملتزم. فإذا لم يكن لديه لجنة شرعية، وجب إجازة الصكوك من قبل لجنة شرعية يوافق عليها منظم الإصدار". كما "يجب على الملتزم ضمان عدم استخدام العائدات التي يتم الحصول عليها من إصدار الصكوك إلا لأغراض متوافقة مع الشريعة الإسلامية، ويتم إثبات ذلك بموافقة اللجنة الشرعية"^١. واللجنة الشرعية - حسب القرار- هي مستشار أو لجنة تختص بالتحقق من توافق الصكوك مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية. ويتضح أن نطاق عمل الهيئة الشرعية يشمل الفتوى والتدقيق الشرعي.

وعلى الرغم من أهمية وظيفة الفتوى ووظيفة التدقيق الشرعي الخارجي للصكوك، إلا أن الجمع بينهما في جهة واحدة - من وجهة نظر متطلبات الحوكمة الشرعية - هو مثار نقاش في الأوساط المهنية. إذ تعتبر وظيفة الفتوى من الخدمات الاستشارية، وإن تقديم هذه الخدمات بالتزامن مع تقديم خدمات التدقيق الشرعي الخارجي من نفس الجهة قد ينشأ عنه تعارض في المصالح وتهديد لاستقلالية التدقيق. ففي الكويت لا يجوز لمكتب التدقيق الشرعي الخارجي أو أحد أعضائه تقديم خدمات الاستشارات الشرعية إلى نفس العميل بالتزامن مع أداء مهام التدقيق الشرعي الخارجي^٢. بينما يرى البعض أنه ينتج غالباً عن تقديم الخدمات الاستشارية الشرعية إلى عملاء التدقيق حصول فريق التدقيق على معلومات عن أعمال وأنشطة العميل، وتساعد هذه المعلومات بشكل كبير في فهم عملية التدقيق الشرعي وبالتالي تحسين جودة أداء التدقيق الشرعي.

أمر آخر بخصوص تعدد جهات الفتوى، فقد يوجد هيئة شرعية للجهة المصدرة للصكوك (حكومية أو خاصة)، بالإضافة للهيئة الشرعية للصكوك. فما مدى نطاق عمل كل هيئة؟

^١ دولة الإمارات العربية المتحدة، قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن نظام الصكوك، المادة (٥) ومالمادة رقم (١١).

<https://www.sca.gov.ae/Arabic/Regulations/Pages/Default2.aspx>

^٢ دولة الكويت، اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٧) لسنة (٢٠١٠) بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته والصادرة في ٩ نوفمبر ٢٠١٥، الكتاب ٥، المادة (٣-٥-١٣).

وأيضاً، قد يوجد هيئة شرعية عليا (على مستوى القطاع أو الدولة)، بالإضافة للهيئة الشرعية للصكوك. فما مدى نطاق عمل كل هيئة؟ يجب أن توضح تعليمات الحوكمة الشرعية نطاق عمل كل جهة من جهات الفتوى. ففي الكويت - كما سبقت الإشارة-، وفي حالة الاختلاف بين رأى مكتب التدقيق الشرعي الخارجي المسجل لدى الهيئة والمجلس الاستشاري للرقابة الشرعية (كهيئة شرعية عليا)، فيؤخذ برأى المجلس الاستشاري للرقابة الشرعية.

وفي ظل التنامي الكبير لقطاع الصناعة المالية الإسلامية، وعدم تفرغ الكثير من أعضاء الهيئات الشرعية وتوزعهم على العديد من الهيئات (محلياً وخارجياً) وغيابهم عن يوميات الأعمال في البنوك والمؤسسات، بالإضافة إلى تركيز جهودهم في الفتوى أكثر من التدقيق الشرعي؛ ما مدى ضرورة أن يعهد التدقيق الشرعي لأشخاص متفرغين للقيام بمهام التدقيق الشرعي؟ سيتم مناقشة هذه النقطة في الفقرة رقم (٩) من هذا البحث.

مدى مسؤولية الهيئة الشرعية عن دورة عمليات الصكوك:

تتألف دورة عمليات الصكوك من ثلاث مراحل أساسية هي: مرحلة الإصدار، ومرحلة الاستثمار، ومرحلة الإطفاء.^١ وفيما يلي توضيح ذلك من خلال الشكل رقم (٢-١):

الشكل رقم (٢-١): دورة عمليات الصكوك



يشمل نطاق عمل الهيئة الشرعية للصكوك في مراحلها الثلاث، وقد سبق توضيح ذلك في الفقرة السابقة، فالتدقيق الشرعي يقتضي استمرارية الرقابة الشرعية على العمليات المنفذة.

^١ - لمزيد من التفاصيل، يرجى الاطلاع على: مشعل، عبدالباري، مقالة بعنوان "مقدمة في الصكوك"، موقع شركة رقابة على الانترنت <http://www.raqaba.co.uk>

ویثار سؤال هنا: هل یمکن اكتفاء الهیئة الشرعیة باعتماد هیكله وعقود الصكوك فقط دون مسؤولیه الهیئة الشرعیة عن بقیة مراحل الصكوك، مع أن المصدر للصكوك جهة حكومیة أو خاصة لیس لديها هیئة شرعیة؟ وهل یموز تغییر الهیئة الشرعیة بعد إصدار الصكوك، وما هی القواعد الحاکمة لذلك التعلیل؟ سیتتم مناقشه هذه النقاط فی الفقرة رقم (٥) من هذا البحث.

مدى مسؤولیه الهیئة الشرعیة عن توافق الجوانب الشرعیة مع المتطلبات القانونیه:

إن هیكله المنتجات المالیه الإسلامیه ومنها هیكله الصكوك، تتضمن تحقیق التوافق بین ثلاثة جوانب هامة، هی الجانب الشرعی والقانونی والمالی. حیث یموز توافق هیکل الصكوك مع أحكام الشرعیة الإسلامیه، والتوافق مع القوانين والتعلیمات ذات العلاقة، والتوافق مع الهدف المالی المنشود من توفير السیولة أو تحقیق الربحیه أو غیر ذلك.

من البدهی مسؤولیه الهیئة الشرعیة عن الجانب الشرعی، لكن ما مدى مسؤولیه الهیئة الشرعیة المعتمدة للصكوك إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعیة، وکیف یموز أن تنشئ مثل هذه المخالفة؟ وما مدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع تصریح شروطها بحق حملة الصكوك (أو أكثریتهم) فی تعدیل شروط وأحكام الصكوك دون التقلید بالضوابط الشرعیة؟ سیتتم مناقشه هذه النقاط فی الفقرة رقم (٣) والفقرة رقم (٧) من هذا البحث علی التوالي.

ومن البدهی أيضاً عدم مسؤولیه الهیئة الشرعیة عن الجانب المالی أو الجانب القانونی بشكل عام، لكن ما مدى مسؤولیه الهیئة الشرعیة المعتمدة للصكوك عند اختلال الأحكام الشرعیة للصكوك بسبب عدم اعتداد الهیئة الشرعیة بالأوضاع القانونیه الحاکمة للعقود؟ وما مدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع تصریح بأن المحکمة لن تعدد بالمبادئ الشرعیة عند الفصل فی أي نزاع بشأنها؟ سیتتم مناقشه هذه النقاط فی الفقرة رقم (٤) والفقرة رقم (٨) من هذا البحث علی التوالي.

التأهیل المهنی المطلوب لأعضاء الهیئة الشرعیة لأداء مهامها

فی الفقرة رقم (٦) من هذا البحث، سیتتم مناقشه التأهیل المهنی للهیئة الشرعیة وفقاً للمتطلبات المهنیة، ومدى مسؤولیه الهیئة الشرعیة عند الاستعانة بمساعدين أو خبیر، ومدى جواز أن تعتمد الهیئة الشرعیة الصكوك وهی لا تتقن لغة عقودها.

٢,٣ الرأي المقترح والتوصيات

- (أ) ضرورة أن تنص نشرة الإصدار على الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وعلى وجود هيئة شرعية تعتمد آلية الإصدار وتراقب تنفيذها طوال مدة الصكوك.
- (ب) من وجهة نظر متطلبات الحوكمة الشرعية، يوصى بعدم تقديم الخدمات الاستشارية الشرعية (الفتوى) بالتزامن مع تقديم خدمات التدقيق الشرعي الخارجي لنفس الجهة لما قد ينشأ عنه من تعارض في المصالح وتهديد لاستقلالية التدقيق الشرعي بالنظر إلى وجود المراجعة الذاتية.

٣. المسؤولية القانونية للهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك إن ظهرت مخالفتها للأحكام الشرعية

٣,١ عرض الموضوع والمشكلة محل الدراسة

تفيد النصيحة القانونية المقدمة لشركة دانة غاز بأن صكوك المضاربة بصيغتها الحالية لا تتوافق مع أحكام الشريعة وتخالف أحكام قانون دولة الإمارات العربية المتحدة، المادة رقم (٦٩٦) من قانون المعاملات المدنية التي تنص على أنه "لا يجوز اشتراط ضمان المضارب لرأس المال إذا ضاع أو تلف بغير تفريط منه"^١. وقد أثارَت هذه النصيحة الإشكالات المتعلقة باحتمال مخالفة الصكوك المصدرة لأحكام الشريعة الإسلامية بالنظر إلى القانون ذي العلاقة.

والسؤال محل الدراسة: كيف يمكن أن تنشأ المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية؟ وهل الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية ضمان لرأس مال الصكوك؟

٣,٢ التحليل والمناقشة

فيما يلي تحليل ومناقشة الموضوع محل الدراسة:

من المقرر فقهاً في صكوك المضاربة أن يد المصدر على أصول هذه الصكوك يد أمانة، فلا يضمنها، ولا يضمن أي ربح عليها. ويضمن قيمتها الاسمية في حال التعدي والتقصير. وقد ذكر الباحثون صيغاً مختلفة لتخفيف خطر عدم ضمان القيمة الاسمية والعائد، والتوسل إلى تحقيق الضمان بوسائل غير مباشرة، ومن ذلك: أن يتعهد المصدر بشراء أصول الصكوك بقيمتها الاسمية في نهاية مدة المضاربة، على نحو ملزم. وذلك على أساس أن شخصية العقد مستقلة عن شخصية المضارب، ومن ثم يجوز للمضارب مثلاً أن يبيع للمضاربة، أو يشتري منها بشرط أن يكون السعر محددًا بسعر المثل لنفي التهمة. ووفقاً لهذه التطبيقات؛ إن تعهد

^١ - قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لعام ١٩٨٥ والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١)

لسنة ١٩٨٧، المادة رقم ٦٩٦.

المضارب بشراء أصول المضاربة - كما لو أنه أجنبي - بقيمة محددة مسبقاً، هو صورة مشابحة للوعد الملزم بالمراجعة للوعد بالشراء.^١

وقد قال بهذا الرأي فضيلة الدكتور حسين حامد حسان، وميَّزه عن الضمان بأنه لو لم تبق العين فلا محل لتنفيذ التعهد، وفيما يلي التأصيل الشرعي للرأي بالوعد بالشراء بالقيمة الاسمية من كلام الدكتور حسين حامد حسان:^٢

" يرى كثير من فقهاء العصر أن وعد مدير الصكوك (المضارب) بشراء موجودات المضاربة بالقيمة الاسمية، أي برأس المال يعد ضماناً منهم لرأس المال، وحيث إن الشريعة تمنع ضمان المضارب لرأس المال أو لربح محدد، فإن هذا الوعد يكون باطلاً، لأنه في حكم شرط الضمان المنافي لمقتضى العقد. وأما الوعد بالشراء بقيمة أخرى فإنه يصح وينفذ. ونحن نتفق مع هؤلاء في أنه لا يجوز أن يتضمن عقد المضاربة شرط ضمان رأس المال أو ربح محدد على المضارب، لأن ذلك شرط ينافي مقتضى العقد باتفاق، أي الحكم الأساسي الذي رتبته الشرع على العقد، ولكننا نختلف معهم في قضية أخرى هامة، وهي قولهم أن الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية يعد شرطاً لضمان رأس المال على مدير الصكوك، إذ أن بين شرط الضمان على مدير الصكوك ووعدته بشراء موجودات الصكوك بالقيمة الاسمية فروق كثيرة نبين بعضها على الوجه التالي:

(أ) أن شرط ضمان رأس المال على مدير الصكوك يلزمه بضمان رأس المال (القيمة الاسمية) في جميع الحالات، بما في ذلك حالة الهلاك والتلف والخسارة التجارية، وليس كذلك الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية، لأن الواعد لا يلتزم بالشراء عند هلاك موجودات الصكوك كلياً أو جزئياً لعدم وجود المبيع كاملاً وقت البيع على الوجه

^١ - لمزيد من التفاصيل يرجى الاطلاع على: مشعل، عبد الباري، "حكم ضمان الطرف الثالث، وضمان القيمة الاسمية والعائد، والضمان بعوض، والتعهد بشراء الصكوك مع تغير العين"، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة العشرين الجزائر ١٣-١٨ سبتمبر ٢٠١٢، ص ١٧-١٨. وأيضاً، مشعل، عبد الباري، مقالة بعنوان: "إشكالات تطبيقية في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة"، موقع رقابة

^٢ - حسان، حسين حامد، إصدار الصكوك بمراجعة المقاصد والمآلات وملكية حملتها وضمائنها، ندوة البركة ٣٢، بتاريخ ١٠-١١ أغسطس ٢٠١١، ص ٧٢-٧٥.

الذي وقع عليه الوعد كأن هلكت جميع المباني أو هلك أحدها وكان الوعد بشرائها كلها، ذلك لأن الوعد ليس بشراء رأس المال أي النقود، بل بشراء الموجودات التي تشتري بهذه النقود، وفوق ذلك، فإن هذه الموجودات ليست موجودة ولا معلومة ولا مقدوراً على تسليمها وقت الوعد، ولم توصف في الوعد لذلك.

(ب) أنه في حالة الهلاك الجزئي أو الخسارة يلزم الضامن لرأس المال (بناءً على شرط الضمان) ضمان الهلاك الجزئي أو الخسارة في جميع الأحوال. أما الواعد بشراء موجودات الصكوك بالقيمة الاسمية (أي برأس المال) فإنه لا يلزمه شراء ما تلف أو هلك جزئياً بل يلزمه على حد قولهم شراء كل الموجودات ما هلك منها وما بقي بضمن يتمثل في رأس المال، ويمكن تفصيل ذلك:

- حالة الهلاك الكلي، يترتب الضمان بالشرط، ولا يطالب الواعد بالشراء بالقيمة الاسمية بشراء ما هلك لبطلان بيع المعدوم.
- حالة الهلاك الجزئي، يترتب الضمان بالشرط ومحله قيمة الهالك ويطالب الواعد بالشراء بالقيمة الاسمية بشراء الموجودات كلها، ما هلك منها وما بقي.
- حالة الخسارة مع بقاء الموجودات على حالها، يترتب الضمان بالشرط لنقص القيمة إن نص على ذلك شرط الضمان، ويلزم الواعد بالشراء بالقيمة الاسمية بالشراء بالقيمة الاسمية.

(ج) إن الضمان المترتب على الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية لا يتحقق إلا إذا كان وقوع البيع بالقيمة الاسمية حتمياً، وفي جميع الحالات ولكن هذا غير واقع ولا تقتضيه طبيعة الوعد بالشراء للأسباب التالية:

- الوعد يلزم الواعد (مدير الصكوك) وحده، وقد لا يرغب الموعود له أي الاستفادة (حملة الصكوك) في تنفيذ الوعد لارتفاع ثمن الموجودات في السوق عن الثمن الموعود به، فلا يحصل البيع.

- إن موجودات الصكوك قد تَهلك هلاكاً كلياً أو جزئياً، فلا يقع البيع حتى إذا طلبه حملة الصكوك، لأن بيع المعدوم لا يجوز ولأن موجودات الصكوك قد تَهلك جزئياً، فلا يلزم الواعد شراء الهالك ويشترى الباقي بحصة من الثمن.

- أما إذا لم يقع الهلاك الكلي أو الجزئي لموجودات الصكوك، ووقعت خسارة، أي انخفاض في قيمة موجودات الصكوك فإن الواعد يلزمه شراء هذه الموجودات بالقيمة الاسمية ولا يعد ذلك ضماناً للخسارة، لأن الشأن في الواعد أنه يلزمه شراء ما وعد بشرائه ولو نقصت قيمته السوقية كما في المراجعة ووعد المستأجر بشراء العين المؤجرة فإنه يلزمه الشراء وإن نقصت القيمة السوقية. أما عن مصير وعده بالشراء بالقيمة الاسمية فيكون كالتالي:

أ - لا يلزمه تنفيذ وعده في حالة الهلاك الكلي، لأن شرط عقد البيع وجود المبيع عند التعاقد والمبيع هنا قد هلك ويكون عليه الضمان في حالة شرط الضمان.

ب - الهلاك الجزئي، لا يلزمه شراء الجزء الهالك ويشترى الموجودات التي لم تَهلك بحصتها من الثمن، ويضمن الجزء الهالك إذا كان خاطئاً.

ج - في حالة الخسارة وبقاء الموجودات كما هي لا يلزمه الضمان ويلزمه شراء الموجودات بالقيمة الاسمية (قيمة رأس المال)

إن الواعد بالشراء (مدير الصكوك) غير ملتزم بالدخول في عقد شراء، بل له أن يرفض الدخول في عقد الشراء، ولا يكون أمام حملة الصكوك غير بيع أصول الصكوك في السوق والرجوع عليه بتعويض الفرق (إن وجد) بين سعر البيع والقيمة الاسمية للصكوك (رأس المال)، فإن لم يكن هناك فرق أو كان سعر البيع في السوق أكثر من القيمة الاسمية فلا حق لحملة الصكوك في إلزامه بالدخول في عقد الشراء وليس كذلك شرط الضمان على المضارب.

ويظهر من كل ما تقدم أن الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية ليس ضماناً ولا يمكن بحال قياسه على عقد الضمان أو شرط الضمان على مدير الصكوك (المضارب).

أما حكم التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية وأثر ذلك على شرعية الصكوك فموضوع آخر، وقد رأينا أن هذا الموضوع يثار في حالة الهلاك الكلي أو الجزئي أو الخسارة لموجودات الصكوك بسبب لا يد لمدير الصكوك فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي آثاره، أما في حالة تعدي مدير الصكوك على موجودات الصكوك أو تقصيره في حفظها أو خطئه في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها، فإنه يضمن القيمة الاسمية (رأس المال) أو ما نقص منها لحملة الصكوك، أما ضمان الربح ففيه خلاف تقدم عرضه.

من الأصول الشرعية المسلمة أن متلقي حصيلة إصدار الصكوك، أي مستخدميها وهو المضارب (مدير الصكوك) يلزمه شرعاً رد هذه الحصيلة، أي رأس مال المضاربة ما لم يدع هلاك موجودات الصكوك، فيلزمه أن يقيم الدليل على وقوع هذا الهلاك أو التلف أو الخسارة أولاً، وعلى أنه كان بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي آثاره ثانياً، أي يثبت أن الهلاك لم يكن بسبب تعديه على موجودات الصكوك، ولا تقصيره في حفظها ولا خطؤه في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها، فإن عجز عن هذا الإثبات لزمه ضمان الهلاك الكلي أو الجزئي أو الخسارة، أي لزمه رد رأس المال كاملاً لحملة الصكوك، والربح المتحقق اتفاقاً، والربح المتوقع الذي أظهرته دراسة الجدوى على رأينا الذي خالفني فيه جمهور فقهاء العصر.¹ هـ

ونوقش هذا الرأي الشرعي بأنه قد تبقى العين، ولكن تنخفض قيمتها السوقية عن قيمتها الاسمية فيكون ضماناً جزئياً بلا شك. حيث يكثر انخفاض قيمة الأصول في الصكوك بسبب طول المدة، أو الأزمات، "ثم إن ضمان ما لا يجوز ضمانه ممنوع شرعاً حتى لو لم يحصل ما يوجب الضمان فيما بعد"¹. وهذا ما أكدته ندوة البركة ٣١ في توصياتها التي جاء في مقدمتها: "أجمع المشاركون على أنه لا يجوز لمصدر الصكوك أن يضمن رأسمال الصك أو ربحاً محدداً سواء أكان ذلك بالتزام أم تعهد أم وعد ملزم، كما

¹ - أبوغدة، عبد الستار، تعهدات مديري العمليات الاستثمارية، ندوة البركة ٣١ بتاريخ ١٨-١٩ أغسطس ٢٠١٠ م، ص ١٤٣.

لا يجوز التعهد من مصدر الصكوك ومديرها بشراء أصل الصكوك أو استبدالها بالقيمة الاسمية عند إطفائها؛ لأن ذلك يؤول إلى الضمان في حالة هبوط القيمة، ولو لم تتعرض أصول الصكوك للتلف الكلي أو الجزئي. يختلف الحال عن تعهد الأمر بالشراء في المراجعة بشراء المبيع ولو هبطت قيمته؛ لأن البيع يختلف عن المشاركة من حيث الضمان".

وأشار المعيار الشرعي رقم (١٧) بشأن الصكوك "أن لا تشمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدرأ معيناً من الربح، لكن يجوز أن يتبرع بالضمان طرف ثالث مستقل".^١

٣,٣ الرأي المقترح والتوصيات

(أ) إذا كانت الهيئة الشرعية ملزمة في نطاق عملها أن تراعي في فتاواها قرارات المجامع الفقهية أو المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي أو القوانين والتعليمات ذات الصلة بالشرعية، فيجب عليها أن تراعي ذلك. لكن عدم مراعاة ذلك - إن وجد - لا يعني بالضرورة أن هيكل صكوك دانة غاز تتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية، إذ إن الرأي الشرعي بجواز الوعد بشراء أصول المضاربة بالقيمة الاسمية هو اجتهاد فقهي له مسوغاته وتأصيله الشرعي وفق ما ورد تفصيله أعلاه.

(ب) إن عدم ممارسة حملة الصكوك لحقهم في تنفيذ التعهد بالشراء، لا ينشأ عنه ضمان في جميع الأحوال بشكل مباشر أو غير مباشر، وعليه فلا يلزم مما ذكر مخالفة القانون الإماراتي بشأن الضمان.

(ج) صرحت شركة دانة غاز (المضارب) في نشرة الإصدار أنها تحتفظ بمستشار شرعي لأداء التزاماتها بموجب اتفاقية المضاربة،^٢ ومع ذلك تم الدفع بعدم شرعية هيكل الصكوك من خلال نصيحة قانونية تلقتها الشركة. وكان الأجدر أن تكون

^١ - المعيار الشرعي رقم (١٧) بشأن "صكوك الاستثمار"، فقرة رقم (٧/٨/١/٥).

^٢ - لمزيد من التفاصيل، يرجى الاطلاع على الفقرة رقم ١,٢ من هذا البحث.

الاستشارة الشرعية صادرة عن المستشار الشرعي للصكوك تنفيذاً لتعهداتها في نشرة الإصدار للتوافق مع متطلبات الحوكمة الشرعية.

٤. اختلال الأحكام الشرعية للصكوك بسبب عدم اعتداد الهيئة الشرعية المعتمدة للصكوك بالأوضاع القانونية الحاكمة لعقودها

٤,١ عرض الموضوع والمشكلة محل الدراسة

اقتصرت الهيئة الشرعية في قضية صكوك دانة غاز بأنها لم تراعى الأوضاع القانونية الحاكمة لعقودها، فهل راعت الهيئة الشرعية هذا الإطار القانوني؟ وهل تجوز العقود التي تستكمل أركانها وشروطها الشرعية وتترتب عليها آثارها الشرعية وإن خالفت القوانين النافذة؟

٤,٢ التحليل والمناقشة

هناك مخاطر كثيرة من الاختيار غير المناسب لقانون العقد، منها مسألة تنازع القوانين، ومسألة انتقال الملكية، ومسألة تطبيق القانون العام بالمقارنة بالعقود الموقعة بين الطرفين.

مسألة تنازع القوانين:

تبرز مسألة تنازع القوانين في حالة الأصول العقارية للصكوك. فهل الأصول العقارية للصكوك تخضع لقانون محل وجودها أم لقانون المحكمة التي تنظر في النزاع أياً كان مكانها؟ القاضي يطبق القانون الأجنبي عندما يوجد عنصر دولي يستلزم تطبيق ذلك القانون. لكن هذا التطبيق تحدده القواعد القانونية المنصوص عليها في أصول المحاكمات. عادة قانون محل وجود العقار هو الذي يطبق. مدى هذه القاعدة يختلف من دولة لأخرى. أحياناً يكون تطبيق القانون الأجنبي تلقائياً من القاضي وأحياناً يكون معلقاً على طلب أحد الخصوم. هذه هي النقطة التي تختلف بين الدول. فإذا كانت المسألة المطروحة التي تخضع لتنازع قوانين تتعلق بحقوق عينية عقارية، أو بحقوق شخصية متعلقة بعقار، فتخضع لقانون محل العقار.^١ وفي قضية صكوك دانة غاز، تضمنت نشرة الإصدار فقرة خاصة بشأن "إنفاذ الأحكام الأجنبية في دولة الإمارات العربية المتحدة".^٢ وبالتالي فإن مسألة تنازع القوانين لا تنطبق في قضية صكوك دانة غاز.

^١ - مداولة مع الأستاذ القانوني الدكتور محي الدين حجار بتاريخ ٢١/٣/٢٠١٨.

^٢ - لمزيد من التفاصيل، يرجى الاطلاع على الفقرة رقم ١,٢ من هذا البحث.

انتقال الملكية:

من وجهة نظر شرعية، أشار فضيلة الدكتور حسين حامد حسان إلى جواز صحة العقود التي تستكمل أركانها وشروطها الشرعية وتترتب عليها آثارها الشرعية وإن خالفت القوانين النافذة.^١

ومن وجهة النظر القانونية، كل الدول ذات القانون المدني (مثل الإمارات والأردن والعراق وسوريا ولبنان ومصر وتركيا وتونس والمغرب والجزائر وغيرها) تعتمد نظام السجل العقاري. عقد البيع ينقل الملكية منذ تسجيله في السجل العقاري. قبل التسجيل، عقد البيع يعطي للمشتري حقاً شخصياً بطلب نقل الملكية، أي قبل تسجيل العقار، حق المشتري ليس حقاً عينياً بل هو حق شخصي. أي أن الملكية لا تنتقل له. فالدول ذات القانون المدني تعتبر أن التسجيل في السجل العقاري هو ذو "مفعول إنشائي للحق" وليس إجراءً إدارياً أو "ذو مفعول إعلاني". المفعول الإنشائي والإعلاني للتسجيل العقاري نقاط جوهرية يركز عليها قانون الملكية العقارية.

٢

القانون العام بالمقارنة بالعقود الموقعة بين الطرفين:

بعض تعاقدات الصكوك - كما في حالة دانة غاز - قد تنشئ علاقة دائن بمدين، دون اعتداد بملكية حملة الصكوك لموجوداتها، لأن القانون الإنجليزي يعدُّ "التعهد بالشراء" ضماناً والتزاماً مطلقاً بالدفع وإن لم يتم تنفيذ الشراء. ولذا، فإن مستند التعهد من أهم المستندات التي يحرص المحامون على إخضاعها للقانون الإنجليزي.^٣ وفي الفقرة التالية سيتم توضيح بعض المقترحات للتوفيق بين القانون العام والعقود الموقعة بين الطرفين.

^١ - مداولة مع فضيلة الدكتور حسين حامد حسان بتاريخ ٢٠١٨/٣/٦.

^٢ - مداولة مع الأستاذ القانوني الدكتور محي الدين حجار بتاريخ ٢٠١٨/٣/٢١.

^٣ - مداولة مع الدكتور أسيد كيلاني بتاريخ ٢٠١٨/٣/١٩.

ما هو الحل لشرط التحكيم والمحاكم؟¹

(أ) الحل الأول: قبول بنود الخضوع للقانون والمحاكم الوضعية مع تقييدها بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، لكن متخصصين قانونيين في المؤسسات المالية الإسلامية رأوا بأن هذا التقييد يعترض عليه من وجهين:

- أن التقييد بهذا الشكل يتعارض مع نص البند وبلغيه، ولذا لا يقبل به الطرف الآخر. وقد أيدت هذا الوجه بعض السوابق القضائية.
- أن الشريعة الإسلامية لا يمكن التعرف عليها من خلال مرجع محدد يمكن اعتماده عند الفصل في النزاع.

(ب) الحل الثاني: الاكتفاء بالنص على الشريعة الإسلامية كمرجع للعقود ومفسر لها، بعد أن أصبحت للمعاملات المالية الإسلامية مرجعية ملائمة من خلال المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية. ولهذا الأمر مؤيدات منها:

- وجود حالات تطبيقية تم النص فيها على الشريعة كمرجع للعقد على أن تفسر وفقاً لما هي في المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي).
- تعزيز هذا التوجه بالنص على الاستعانة بخبراء من أيوفي لتفسير تلك المعايير عند الحاجة.

(ج) الحل الثالث: النص في العقود على التحكيم الإسلامي من خلال المركز الدولي للمصالحة والتحكيم التجاري بدبي.

(د) الحل الرابع: التفصيل الجيد في العقود إلى الحد الذي يغطي جميع أحكام وشروط العقد والحلول في حالات النزاع، إلى الحد الذي يفى بأن يكون إطار العقد كافياً للتحاكم. ويتم إضافة الفقرتين الآتيتين:

¹ - مشعل، عبد الباري، كيف نقيّم تطور الالتزام الشرعي في الصناعة المالية الإسلامية خلال أربعين عاماً، مؤتمر أيوفي العالمي في عامها الخامس والعشرين بعنوان "الصناعة المالية الإسلامية بعد أربعين عاماً، تقييم التجربة واستشراف المستقبل" بتاريخ ٤-٥ مايو ٢٠١٦، ص ١٥-٥٥.

- النص في العقد على إقرار الطرفين بأن العقد هو الوثيقة الوحيدة التي تحكم العلاقة بين الطرفين في حال الاختلاف مع أي قانون آخر عاماً كان أم خاصاً، وأنه المرجع في حالات النزاع بين الطرفين.
- في ضوء ما سبق، لا بأس بالنص في بند القانون والاختصاص القضائي على القانون الوضعي ونحوه والمحاكم المحلية ونحوها مع التقييد بالعبرة الآتية: [بما لا يخالف أياً من أحكام أو شروط أو بنود هذا العقد المضمنة فيه]. ولن يرد الاعتراض على التقييد بهذا المعنى لأنه تقييد بأصل العقد بين الطرفين.
- قد لا تحل هذه المقترحات إشكال التعارض مع القانون العام أو التحاكم إلى المحاكم الوضعية غير أنها تخفض من من حدة الآثار غير الشرعية.

٤,٣ الرأي المقترح والتوصيات

- (أ) ينبغي على القانون الواجب التطبيق للصكوك أن يكون قادراً على استيعاب ما يعد ضرورياً لتحقيق التوافق مع أحكام الشريعة ومبادئها. كما ينبغي توضيح الدور الذي تضطلع به أحكام الشريعة ومبادئها (إن وجد) في تفسير عقود الصكوك (سواء أكان التفسير يتم من قبل الأطراف التي تطبق العقود أم أنه يتم في إطار قانون يعتمد على القانون الواجب التطبيق الذي وقع عليه الاختيار) وخصوصاً عند التعثر أو التنفيذ القضائي أو التعديل أو إعادة الهيكلة.^١
- (ب) ذكرت التوصية الثانية من قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٧٨ (١٩/٤) الآتي: "حيث إن الإطار القانوني لعملية التصكيك هو أحد المقومات الأساسية التي تؤدي دوراً حيوياً في نجاح عمليات التصكيك فإن مما يحقق ذلك الدور قيام السلطات التشريعية في الدول الأعضاء بإيجاد الإطار القانوني المناسب والبيئة القانونية الملائمة والحاكمة لعملية التصكيك من خلال إصدار تشريعات قانونية ترعى عمليات التصكيك بمختلف جوانبها وتحقق الكفاءة الاقتصادية

^١ - مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB) المعيار رقم (١٩) بشأن "المبادئ الإرشادية لمتطلبات الإفصاح لمنتجات سوق رأس المال الإسلامي (الصكوك وبرامج الاستثمار الجماعي الإسلامي)"، الفقرة ٦٣، ٧٦.

والمصادقية الشرعية بشكل عملي".^١ تدل هذه التوصية على إدراك جهة الإفتاء أهمية الدور القانوني في تنفيذ وإنجاح عملية الصكوك. وهذا يعود لطبيعة الصكوك التي تختلف عن المنتجات المالية الإسلامية الأخرى من حيث إنها أكثر احتكاكاً بالقانون.^٢

^١ - مجمع الفقه الإسلامي الدولي، قرار رقم ١٧٨ (١٩/٤) قرار بشأن "الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها"، الدورة التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

^٢ - الخويلدي، عبد الستار، الجوانب القانونية المتعلقة بإصدار الصكوك، ندوة الصكوك الإسلامية بين الضوابط الشرعية والمقتضيات القانونية والمحاسبية، تونس في ٢٨-٢٩ مارس ٢٠١٥، ص ٢.

٥. اكتفاء الهيئة الشرعية باعتماد هيكله وعقود الصكوك، مع أن المصدر للصكوك جهة حكومية أو خاصة ليس لديها هيئة شرعية

٥,١ عرض الموضوع والمشكلة محل الدراسة

دانة غاز ليست شركة إسلامية، وبالتالي لا يوجد لديها هيئة شرعية. وبسبب ذلك أثير احتمال أن تكون الهيئة الشرعية للصكوك قد اعتمدت هيكل وعقود الصكوك واكتفت بذلك.

وبنفس السياق، نستحضر قضية شركة "دار الاستثمار" في الكويت، والتي تلخص في قيام الهيئة الشرعية للشركة بالإجازة الشرعية لمعاملة "وكالة بالاستثمار" مع بنك لبنان والمهجر، غير أن محامي الشركة أنكر شرعية هذه الصفقة، وحثه أن هذه الصفقة كانت مخالفة للأحكام الشرعية. وكان الهدف التملص من دفع الأرباح لمصلحة بنك لبنان والمهجر، بعد أن وافقت الهيئة الشرعية عليها من باب أنها أرباح وليست فوائد. وصلت القضية بين الطرفين إلى القضاء البريطاني الذي أصدر حكماً قضائياً يشير إلى أن اتفاقية "الوكالة"، التي تعد عملياً نوعاً من القروض بقيمة ١٠,٧ مليون دولار، المبرمة مع بنك لبنان والمهجر، كانت مخالفة للأحكام الشرعية. ونتيجة لذلك يتعين على "الدار" سداد رأس المال فقط، وليس الربح، الذي يدفع إلى البنك بدلاً من الفائدة بموجب الأحكام الشرعية. لكن سرعان ما أكدت الهيئة الشرعية لشركة دار الاستثمار في بيان لها صحة الوكالة بالاستثمار وأمرت الشركة بدفع المبلغ للبنك طالبة منها عدم اتخاذ أي إجراءات في ما يتعلق بتوافق العقود مع الشريعة من دون العودة إليها^١. وهذا ليس متوفراً في حالة دانة غاز.

٥,٢ التحليل والمناقشة

إن اعتماد الهيئة لهيكله وعقود الصكوك قبل التنفيذ خطوة مهمة لتوافق تصميم الصكوك مع أحكام الشريعة الإسلامية، لكنها ليست كافية للقول إن الصكوك بالمجمل

^١ - http://www.aleqt.com/2010/05/02/article_387355.html

<http://www.indexsignal.com/community/threads/242800/page-3>

متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية. إذ يجب أن يشمل نطاق عمل الهيئة الشرعية - كجهة فتوى - المراحل التالية للصكوك وهي الاستثمار والإطفاء، من أجل توفير مرجعية شرعية كاملة للصكوك. بالإضافة إلى التدقيق الشرعي الخارجي المستقل (كوظيفة للهيئة الشرعية أو منفصلة عنها) للتأكد من مدى تطابق التنفيذ مع المرجعية الشرعية المعتمدة.

ومع ذلك، قد يتم التعاقد مع الهيئة الشرعية لاعتماد هيكل وعقود الصكوك فقط، لكن يجب التصريح عن ذلك في نشرة الإصدار، وقد ينشأ لاحقاً لدينا احتمالات:

(أ) وجود (هيئة شرعية خاصة بمصدر الصكوك) تتولى مهمة إبداء الرأي الشرعي (الفتوى) للمراحل التالية للصكوك وهي الاستثمار والإطفاء في ضوء هيكله وعقود الصكوك المعتمدة من الهيئة الشرعية للصكوك.

(ب) التعاقد مع (هيئة شرعية أخرى) تتولى تلك المهمة. ويثار هنا سؤال: هل يجوز تغيير الهيئة الشرعية بعد إصدار الصكوك، وما هي القواعد التي الحاكمة لذلك التغيير؟¹

- نظرياً، يجب أن تبقى الهيئة الشرعية التي أفتت بجواز الصكوك، طيلة مدة الصكوك (من بداية إصدار الصكوك وحتى إطفائها) للتأكد أن هذه الصكوك متوافقة مع الشريعة طول هذه الفترة.

- على كل حال، إن كان التغيير لأحد أعضاء الهيئة الشرعية أصبح أمراً ملحاً نتيجة الأداء غير المرضي، أو سوء التصرف من قبل عضو الهيئة، عندها يجب إعداد تقرير للجهات التنظيمية بهذا الأمر مع وجود الدليل لهذا.

- في حال استقالة أو إلغاء عمل أي عضو من أعضاء الهيئة الشرعية، يجب التأكد أن سبب الاستقالة ليس له علاقة بأي خطأ وجد في هيكل

¹ - مسودة الدراسة الأولية لمعيار حوكمة الصكوك، الفقرة ١٢.

الصكوك لاحقاً. وإن وجد مثل هذا الخطأ، يجب على الإدارة تصحيحه فوراً.

- أي تعيين لأي أي عضو جديد في الهيئة الشرعية يجب أن يتم الموافقة عليه في اجتماع المستثمرين، وبالإضافة إلى الموافقة عليه من قبل المنظمين للصكوك.

- تمنع إدارة الشركة ذات الغرض الخاص من أخذ موافقة العضو الجديد في الهيئة الشرعية على عملية تمت سابقاً قبل أن يلتحق بالهيئة.

(ج) عدم التعاقد مع هيئة شرعية أخرى لإبداء الرأي الشرعي (الفتوى) للمراحل التالية للصكوك. إن عدم وجود هيئة شرعية للصكوك للمراحل التالية للإصدار يفتح الباب للقوم بأن الصكوك غير متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، مثل ما حدث في قضية دانة غاز.¹ علماً أن الشركة صرحت في نشرة الإصدار أنها تحتفظ بمستشار شرعي لأداء التزاماتها بموجب اتفاقية المضاربة، ومع ذلك تم الدفع بعدم شرعية هيكل الصكوك من خلال نصيحة قانونية تلقتها الشركة. وكان الأجدر أن تكون الاستشارة الشرعية صادرة عن المستشار الشرعي للصكوك - في حال وجوده - كما في حالة دار الاستثمار.

٥,٣ الرأي المقترح والتوصيات

لا يجوز الدفع بشرعية أو عدم شرعية الصكوك إلا من خلال الهيئة الشرعية، وكجانب مهم في حوكمة إصدارات الصكوك، يجب أن تُلزم الجهات الإشرافية والرقابية مصدري الصكوك بتعيين هيئة شرعية يشمل نطاق عملها جميع مراحل عمليات الصكوك. ولا بد من آلية بديلة عن الهيئة الشرعية في حال لم تكن حاضرة في كل المراحل.

¹ - لمزيد من التفاصيل، يرجى الاطلاع على الفقرة رقم ٣,١ من هذا البحث.

٦. هل يجوز أن تعتمد الهيئة الشرعية الصكوك وهي لا تتقن لغة عقودها؟

٦,١ عرض الموضوع والمشكلة محل الدراسة

استدعت قضية دانة غاز هذا الإشكال، ولكن على مستوى إصدارات الصكوك الأخرى، وهو أنه يوجد في أعضاء الهيئات الشرعية من لا يجيد اللغة الإنجليزية وهي لغة نشرات الإصدار، فكيف يمكن النظر لهذا الموضوع؟ هل تقبل الهيئة التعاقد لأداء هذه المهمة أم ترفض التعاقد؟ وهل يمكن للهيئة أن تستعين بخبير أو مساعدين لإنجاز الترجمة، وما مدى مسؤوليتها في ظل الاستعانة بخبير أو مساعدين؟

٦,٢ التحليل والمناقشة

فيما يلي تحليل ومناقشة الموضوع محل الدراسة:

وفقاً لأيوفي، إن التأهيل الأساسي المطلوب للهيئة الشرعية هو في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المؤسسات المالية الإسلامية وله إلمام بفقه المعاملات.^١ ولم تتطرق أيوفي لمتطلبات اللغة الإنجليزية. ووفقاً لمجلس الخدمات المالية الإسلامية، فإن "المؤهلات الأكاديمية المطلوبة من أعضاء الهيئة الشرعية: مهارات عالية في أصول الفقه، إذ يجب أن يعرف بدقة المناهج الفقهية لاستنباط الفتاوى الشرعية. ومعرفة جيدة باللغة العربية كتابة، إذ يحتاج أن يكون له إلمام كاف بالمصادر الشرعية الأساسية. ومن المستحسن جداً أن يكون عضو الهيئة الشرعية قادراً على التحدث باللغة الإنجليزية، إذ يمكن أن يساعد ذلك في تحسين التواصل بينه وبين أصحاب المصالح في مؤسسة الخدمات المالية الإسلامية".^٢ ومن الملاحظ أن اللغة الإنجليزية ليست من المتطلبات الأساسية. وبناءً عليه، يستحسن معرفة الهيئة الشرعية باللغة الإنجليزية، لكنها ليست من المتطلبات الأساسية.

١ - معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (١) : "تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها"، فقرة رقم (٢)

٢ - المعيار رقم (١٠) بشأن «المبادئ الإرشادية لنظم الضوابط الشرعية للمؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية»، الملحق ٤: الحد الأدنى من المهارات المطلوبة من أعضاء الهيئة الشرعية.

وبالنظر إلى الخيارات القائمة للشركة المصدرة للصكوك للتعاقد مع أعضاء الهيئات الشرعية، نجد الخيارين التاليين:

(أ) قيام الشركة بالتعاقد فقط مع علماء الشريعة الذين يتقنون اللغة الانجليزية وهي لغة المستندات. وفي هذه الحالة نكون أمام احتكار الصكوك من قبل علماء الشريعة الذين يتقنون اللغة الانجليزية فقط. مقابل عدم الاستفادة من خبرة وكفاءة عدد كبير من علماء الشريعة الذين لا يتقنون هذه اللغة.

(ب) قيام الشركة بالتعاقد مع علماء الشريعة ولغة المستندات مغايرة للغة التي يتقنها هؤلاء العلماء. في هذه الحالة يمكن تجاوز عائق اللغة من خلال أحد الخيارات الآتية:

- إصدار المستندات باللغتين العربية والانجليزية. وتكون كلا اللغتين أصل. وقد يستدرك على هذا الخيار التكلفة الإضافية التي قد تتكبدها الشركة. ويستدرك عليه أيضاً بأنه يجب الالتزام بلغة مرجع التحاكم. ولا يظهر أن الاستدراك بالالتزام بلغة مرجع التحاكم يعيق العمل بهذا الاقتراح.

- قيام الشركة بترجمة المستندات ترجمة معتمدة لمصلحة الهيئة الشرعية. وفي هذه الحالة تتحمل الشركة أيضاً مسؤولية دقة الترجمة. ويتم الإفصاح عن ذلك في فتوى الهيئة.

- إحالة الموضوع إلى مكتب استشاري (مكتب خبرة مثل الذي يتعامل معه القاضي) لشرح الموضوع للهيئة الشرعية. وفي هذه الحالة يتحمل المكتب مسؤولية دقة عمله. ويتم الإفصاح عن ذلك في فتوى الهيئة.

- توظيف الهيئة الشرعية مساعدين لها (أمانة الهيئة) لإنجاز الترجمة أو مساعدتها في فهم المستندات. وفي هذه الحالة تتحمل الهيئة مسؤولية فتواها. وفي حال حدوث خطأ في الفتوى نتيجة الترجمة، ليس للهيئة أن تتعذر بأنها اعتمدت على الترجمة أو أن تتخلى عن مسؤوليتها الكاملة لاستعانتها بمساعدين أو خبراء، ولها أن ترجع بعد ذلك إليهم ليتحملوا مسؤوليتهم عند الخطأ نتيجة عملهم.

٦,٣ الرأي المقترح والتوصيات

إصدار المستندات باللغتين العربية والانجليزية وكلتا اللغتين تكون أصلاً. وعلى الرغم أنه قد يستدرك على هذا الخيار التكلفة الإضافية التي قد تتكبدها الشركة، إلا أن هذا الخيار يفتح الباب لدخول عدد كبير من علماء الشريعة ذوي الكفاءات والخبرات ويمنع احتكار تقديم مثل هذه الخدمات من قبل علماء الشريعة الذين يتقنون اللغة الانجليزية فقط، وبالتالي تخفيض تكلفة الاستشارات الشرعية على الشركة بشكل عام.

٧. مدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع تصريح شروطها بحق حملة الصكوك (أو أكثرتهم) في تعديل شروط وأحكام الصكوك دون التقيد بالضوابط الشرعية

٧،١ عرض الموضوع والمشكلة محل الدراسة

استدعت قضية صكوك دانة غاز وقضايا أخرى النقطتين الآتيتين: مشروعية تعديل شروط الصكوك ومشروعية شروط الصكوك المعدلة. إذا كانت الصكوك تعطي الحق لحملة الصكوك بتعديل شروط وأحكام الصكوك، ولا تقيد التعديل بأن يكون مقبولاً شرعاً، أو تصرح بأن التعديل قد يجعل الصكوك غير مقبولة شرعاً. هل للهيئة الشرعية أن تعتمد الصكوك مع احتمال أن تعدل وتصبح غير مقبولة شرعاً مع استمرار تداولها في السوق باعتبارها صكوكاً شرعية؟

٧،٢ التحليل والمناقشة

فيما يلي تحليل ومناقشة الموضوع محل الدراسة:

إن مشروعية التعديل (كناحية إجرائية) تخضع للتصويت من قبل حملة الصكوك، أما مشروعية الشروط نفسها (محل التعديل) فلا تخضع للتصويت ويجب موافقة الهيئة الشرعية عليها. وفيما يلي الاحتمالات الممكنة:

(أ) الاحتمال الأول: الشرط بأنه "يجب لحملة الصكوك (أو أكثرتهم) تعديل شروط وأحكام الصكوك وفقاً للضوابط الشرعية":

إن تقييد هذا الشرط بأن التعديل سيكون وفقاً للضوابط الشرعية، يعني بالضرورة العودة إلى الهيئة الشرعية لاعتماد التعديلات. ولا يمكن التسليم بأن التعديلات التي تتم لاحقاً متوافقة مع الشريعة الإسلامية دون الرجوع إلى جهة فتوى مستقلة تعطي رأيها بشأن تلك التعديلات، ويفترض أن تكون الهيئة الشرعية للإصدار أو البديل الملائم كما نوقش في هذا البحث.

(ب) الاحتمال الثاني: الشرط بأنه "يجب لحملة الصكوك (أو أكثرتهم) تعديل شروط وأحكام الصكوك" دون تقييد هذا الشرط بعبارة "وفقاً للضوابط الشرعية".

لا يجوز تمرير هذا الشرط دون استدراك بالعودة إلى الهيئة للإجازة الشرعية في حال التعديل، بحيث يكون الشرط كما يأتي: "يحق لحملة الصكوك (أو أكثرتهم) تعديل شروط وأحكام الصكوك، على أن يتم العودة إلى الهيئة الشرعية لإجازة التعديلات".

(ج) الاحتمال الثالث: الشرط بأنه "يحق لحملة الصكوك (أو أكثرتهم) تعديل شروط وأحكام الصكوك حتى لو أصبحت غير شرعية".
لا يجوز للهيئة الشرعية الموافقة على مثل هذا الشرط.

(د) الاحتمال الرابع: بفرض أن جميع حملة الصكوك (١٠٠%) أقروا لاحقاً تعديلات غير متوافقة مع الشريعة الإسلامية، أي على عدم العمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية (التحول العكسي)، وتغيير اسم الصكوك لاسم آخر (كالسندات مثلاً) والتصريح بأنها لا تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية. في الممارسة العملية، قدمت إحدى الشركات طلباً للجهات الإشرافية من أجل الموافقة على التحول العكسي (التحول من النظام الإسلامي إلى النظام التقليدي) فرفضت الجهات الإشرافية ذلك لأنه نوع من المس بالشرعية.

٧,٣ الرأي المقترح والتوصيات

إن مشروعية التعديل (كناحية إجرائية) تخضع للتصويت من قبل حملة الصكوك، أما مشروعية الشروط نفسها (محل التعديل) فلا تخضع للتصويت ويجب موافقة الهيئة الشرعية عليها. ويجب على السلطات الإشرافية ممارسة دورها الفاعل بعدم السماح للشركات المصدرة للصكوك بالتحول العكسي (التحول من النظام الإسلامي إلى النظام التقليدي). وفي حال الرغبة بذلك من قبل المصدر يتم إطفاء الصكوك مباشرة. فهذه الصكوك التي بدأت وفق الضوابط الشرعية يجب أن تنتهي بصيغتها الشرعية.

٨. مدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع التصريح بأن المحكمة لن تعتمد بالمبادئ

الشرعية عند الفصل في أي نزاع بشأنها

٨,١ عرض الموضوع والمشكلة محل الدراسة

من المخاطر القانونية المحتملة عند النزاع أن المحكمة غير الشرعية لا تعتمد بالأحكام الشرعية وإنما تنظر للعقد. وقد أثارت قضية صكوك دانة غاز احتمالاً أكبر من ذلك، وهو أن المحكمة قد تكون أهملت عقد المضاربة ومقتضاه، واجتزأت منه "التعهد بالشراء" ونظرت فيه. ووفقاً للبعض الصكوك، عقود الصكوك قد تصرّح بأن المحكمة لن تعتمد بالمبادئ الشرعية عند النظر في النزاع. فما مدى جواز اعتماد الصكوك شرعاً مع التصريح بذلك؟

٨,٢ التحليل والمناقشة

بشكل عام، إن هذا الشرط يعني عدم العمل بمقتضى عقد الصكوك. ويبدو هذا الخطر جلياً في صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة، فيكون من المحتمل معاملتها كصكوك أو سندات مديونية. ويضعف هذا الخطر في الصكوك التي تؤول بطبيعتها إلى المديونية كصكوك المراجعة والاستصناع والسلم مثلاً.

٨,٣ الرأي المقترح والتوصيات

إن الشرط (بأن المحكمة لن تعتمد بالمبادئ الشرعية عند الفصل في أي نزاع بشأنها) من المخاطر التي يجب الإفصاح عنها ولكن في الوقت نفسه يجب اتخاذ ما يلزم في هيكلية الإصدار للمواءمة مع القانون محل التحاكم. ومن نافلة القول أن مسوغ وجود التعهد في صكوك دانة غاز ومثيلاتها هو التوافق مع القانون الانجليزي. ومن المهم هنا العمل بالقدر الكافي للنص على شرط التحكيم وفق أحكام الشريعة لتجنب هذه المخاطر^١.

^١ - لمزيد من التفاصيل يرجى الاطلاع على المعيار الشرعي رقم (٣٢) بشأن التحكيم، الفقرة ٢/٣.

٩. حاجة إصدارات الصكوك إلى تدقيق شرعي لعملياتها بعد تنفيذها

٩,١ عرض الموضوع والمشكلة محل الدراسة

أثارت قضية دانة غاز الإشكال حول نطاق عمل الهيئة الشرعية للصكوك، وهل كان شاملاً لكل الجوانب المتصلة بالصكوك مثل التدقيق الشرعي لعمليات الصكوك بعد التنفيذ، وإذا لم تقم الهيئة الشرعية بمثل هذا الدور، فهل كان هناك آليات بديلة لإنجاز مهام التدقيق الشرعي؟

٩,٢ التحليل والمناقشة

يشمل نطاق عمل الهيئة الشرعية - بشأن وظيفة الفتوى - الصكوك في مراحلها الثلاث وهي: مرحلة الإصدار، ومرحلة الاستثمار، ومرحلة الإطفاء. وهذه الفتوى تمثل المرجعية الشرعية للصكوك، ولا تكفي وحدها لتحقيق الالتزام الشرعي المطلوب؛ بل يجب وجود تدقيق شرعي خارجي مستقل على عمليات الصكوك بعد التنفيذ، يتم من خلال الهيئة الشرعية نفسها، أو من خلال آليات بديلة كمكاتب التدقيق الشرعي الخارجي.

٩,٣ الرأي المقترح والتوصيات

التدقيق الشرعي الخارجي ضرورة لتحقيق المصادقية الشرعية، وإن تعيين هيئات شرعية للقيام بمهمة الفتوى دون التدقيق الشرعي أو دون وجود آليات بديلة للتدقيق الشرعي؛ لا يعني بالضرورة أن الصكوك يتم تنفيذها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

الخاتمة والتوصيات

- ١٠,١ تناول البحث مناقشة قضايا أساسية في الحوكمة الشرعية لإصدارات الصكوك مع التطبيق على قضية صكوك شركة دانة غاز الإماراتية وهي قضية ذات أبعاد قانونية وشرعية ولها صلة بجانب الحوكمة موضوع هذا البحث.
- ١٠,٢ ضرورة أن تنص نشرة الإصدار على الالتزام بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وعلى وجود هيئة شرعية تعتمد آلية الإصدار وتراقب تنفيذها طوال مدة الصكوك.
- ١٠,٣ من وجهة نظر متطلبات الحوكمة الشرعية، يوصى بعدم تقديم الخدمات الاستشارية الشرعية (الفتوى) بالتزامن مع تقديم خدمات التدقيق الشرعي الخارجي لنفس الجهة لما قد ينشأ عنه من تعارض في المصالح وتهديد لاستقلالية التدقيق الشرعي بالنظر إلى وجود المراجعة الذاتية.
- ١٠,٤ إذا كانت الهيئة الشرعية ملزمة في نطاق عملها أن تراعي في فتاوها قرارات الجامع الفقهية أو المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي أو القوانين والتعليمات ذات الصلة بالشريعة، فيجب عليها أن تراعي ذلك. لكن عدم مراعاة ذلك - إن وجد - لا يعني بالضرورة أن هيكل صكوك دانة غاز تتناقض مع أحكام الشريعة الإسلامية، إذ إن الرأي الشرعي يجوز التعهد بشراء أصول المضاربة بالقيمة الاسمية هو اجتهاد فقهي له مسوغاته وتأصيله الشرعي وفق ما ورد تفصيله أعلاه.
- ١٠,٥ إن عدم ممارسة حملة الصكوك لحقهم في تنفيذ التعهد بالشراء، لا ينشأ عنه ضمان في جميع الأحوال بشكل مباشر أو غير مباشر، وعليه فلا يلزم مما ذكر مخالفة القانون الإماراتي بشأن الضمان.
- ١٠,٦ صرحت شركة دانة غاز (المضارب) في نشرة الإصدار أنها تحتفظ بمستشار شرعي لأداء التزاماتها بموجب اتفاقية المضاربة، ومع ذلك تم الدفع بعدم شرعية هيكل الصكوك من خلال نصيحة قانونية تلقتها الشركة. وكان الأجدر أن تكون الاستشارة الشرعية صادرة عن المستشار الشرعي للصكوك تنفيذاً لتعهداتها في نشرة الإصدار للتوافق مع متطلبات الحوكمة الشرعية.

١٠,٧ ينبغي على القانون الواجب التطبيق للصكوك أن يكون قادرًا على استيعاب ما يعد ضروريًا لتحقيق التوافق مع أحكام الشريعة ومبادئها. كما ينبغي توضيح الدور الذي تضطلع به أحكام الشريعة ومبادئها (إن وجد) في تفسير عقود الصكوك (سواء أكان التفسير يتم من قبل الأطراف التي تطبق العقود أم أنه يتم في إطار قانون يعتمد على القانون الواجب التطبيق الذي وقع عليه الاختيار) وخصوصاً عند التعثر أو التنفيذ القضائي أو التعديل أو إعادة الهيكلة.

١٠,٨ لا يجوز الدفع بشرعية أو عدم شرعية الصكوك إلا من خلال الهيئة الشرعية، وكجانب مهم في حوكمة إصدارات الصكوك، يجب أن تُلزم الجهات الإشرافية والرقابية مصدرية الصكوك بتعيين هيئة شرعية يشمل نطاق عملها جميع مراحل عمليات الصكوك. ولا بد من آلية بديلة عن الهيئة الشرعية في حال لم تكن حاضرة في كل المراحل.

١٠,٩ إصدار المستندات باللغتين العربية والانجليزية وكلتا اللغتين تكون أصلاً. وعلى الرغم أنه قد يستدرك على هذا الخيار التكلفة الإضافية التي قد تنكبدها الشركة، إلا أن هذا الخيار يفتح الباب لدخول عدد كبير من علماء الشريعة ذوي الكفاءات والخبرات ويمنع احتكار تقديم مثل هذه الخدمات من قبل علماء الشريعة الذين يتقنون اللغة الإنجليزية فقط، وبالتالي تخفيض تكلفة الاستشارات الشرعية على الشركة بشكل عام.

١٠,١٠ إن مشروعية التعديل (كناحية إجرائية) تخضع للتصويت من قبل حملة الصكوك، أما مشروعية الشروط نفسها (محل التعديل) فلا تخضع للتصويت ويجب موافقة الهيئة الشرعية عليها. ويجب على السلطات الإشرافية ممارسة دورها الفاعل بعدم السماح للشركات المصدرة للصكوك بالتحول العكسي (التحول من النظام الإسلامي إلى النظام التقليدي). وفي حال الرغبة بذلك من قبل المصدر يتم إطفاء الصكوك مباشرة. فهذه الصكوك التي بدأت وفق الضوابط الشرعية يجب أن تنتهي بصيغتها الشرعية.

١٠,١١ إن الشرط (بأن المحكمة لن تعتد بالمبادئ الشرعية عند الفصل في أي نزاع بشأنها) من المخاطر التي يجب الإفصاح عنها ولكن في الوقت نفسه يجب اتخاذ ما يلزم في هيكلة الإصدار للمواءمة مع القانون محل التحاكم. ومن نافلة القول أن مسوغ وجود التعهد

- في صكوك دانة غاز ومثيلاتها هو التوافق مع القانون الانجليزي. ومن المهم هنا العمل
بالقدر الكافي للنص على شرط التحكيم وفق أحكام الشريعة لتجنب هذه المخاطر.
- ١٠,١٢ التدقيق الشرعي الخارجي ضرورة لتحقيق المصادقية الشرعية، وإن تعيين هيئات شرعية
للقيام بمهمة الفتوى دون التدقيق الشرعي أو دون وجود آليات بديلة للتدقيق الشرعي؛
لا يعني بالضرورة أن الصكوك يتم تنفيذها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.
- ١٠,١٣ يمكن عرض أبرز توصيات البحث وهي:
إصدار إصدار معيار بشأن حوكمة الصكوك من قبل هيئة المحاسبة والمراجعة
للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) ويكون ضمن مجموعة معايير الحوكمة.

قائمة المراجع

المعايير المهنية

- ١- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، المعايير الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، ٢٠١٥.
- ٢- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)، معايير الحوكمة للمؤسسات المالية الإسلامية، البحرين، ٢٠١٥. ومسودة الدراسة الأولية لمعيار حوكمة الصكوك.
- ٣- مجلس الخدمات المالية الإسلامية، معيار رقم (١٠): "المبادئ الإرشادية لنظم الضوابط الشرعية للمؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية"، كوالالمبور، ماليزيا، ديسمبر ٢٠٠٩.
- ٤- مجلس الخدمات المالية الإسلامية (IFSB) المعيار رقم (١٩) بشأن "المبادئ الإرشادية لمتطلبات الإفصاح لمنتجات سوق رأس المال الإسلامي (الصكوك وبرامج الاستثمار الجماعي الإسلامي)"، أبريل ٢٠١٧.
- ٥- مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي، قرار رقم ١٧٨ (١٩/٤) قرار بشأن "الصكوك الإسلامية (التوريق) وتطبيقاتها المعاصرة وتداولها"، الدورة التاسعة عشرة في إمارة الشارقة (دولة الإمارات العربية المتحدة) من ١ إلى ٥ جمادى الأولى ١٤٣٠هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩م.

الأبحاث العلمية والمؤتمرات

- ٦- مشعل، عبد الباري، كيف نقيّم تطور الالتزام الشرعي في الصناعة المالية الإسلامية خلال أربعين عاماً، مؤتمر أيوفي العالمي في عامها الخامس والعشرين بعنوان "الصناعة المالية الإسلامية بعد أربعين عاماً، تقييم التجربة واستشراف المستقبل" بتاريخ ٤-٥ مايو ٢٠١٦.
- ٧- مشعل، عبد الباري، "حكم ضمان الطرف الثالث، وضمن القيمة الاسمية والعائد، والضمن بعوض، والتعهد بشراء الصكوك مع تغير العين"، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي الدولي الدورة العشرين الجزائر ١٣-١٨ سبتمبر ٢٠١٢.

٨- الخويلدي، عبد الستار، الجوانب القانونية المتعلقة بإصدار الصكوك، ندوة الصكوك الإسلامية بين الضوابط الشرعية والمقتضيات القانونية والمحاسبية، تونس في ٢٨-٢٩ مارس ٢٠١٥.

٩- حسان، حسين حامد، إصدار الصكوك بمراعاة المقاصد والمآلات وملكية حملتها وضمائنها، ندوة البركة ٣٢، بتاريخ ١٠-١١ أغسطس ٢٠١١.

١٠- أبوغدة، عبد الستار، تعهدات مديري العمليات الاستثمارية، ندوة البركة ٣١ بتاريخ ١٨-١٩ أغسطس ٢٠١٠ م.

القوانين والتشريعات:

١١- دولة الإمارات العربية المتحدة، قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لعام ١٩٨٥ والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧.

١٢- الإمارات العربية المتحدة، قانون الاجراءات المدنية رقم (١١) لعام ١٩٩٢ المعدل بالقانون الاتحادي رقم (٣٠) لسنة ٢٠٠٥.

١٣- الإمارات العربية المتحدة، قرار مجلس إدارة هيئة الأوراق المالية والسلع رقم (١٦) لسنة ٢٠١٤ بشأن نظام الصكوك، المادة (٥) ومالمادة رقم (١١).

<https://www.sca.gov.ae/Arabic/Regulations/Pages/Default2.asp>

X

١٤- دولة الكويت، اللائحة التنفيذية للقانون رقم (٧) لسنة (٢٠١٠) بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية وتعديلاته والصادرة في ٩ نوفمبر ٢٠١٥.

١٥- الجمهورية التونسية، قانون يتعلق بالصكوك الإسلامية عدد ٣٠ لسنة ٢٠١٣، بتاريخ ٢٠١٣/٧/٣٠.

مقالات وحوارات

١٦- مشعل، عبدالباري، مقالة بعنوان "مقدمة في الصكوك"، موقع شركة رقابة على الانترنت

[/http://www.raqaba.co.uk](http://www.raqaba.co.uk)

١٧- مشعل، عبد الباري، مقالة بعنوان: "إشكالات تطبيقية في صكوك المضاربة والمشاركة والوكالة"، موقع رقابة www.raqaba.com

١٨- مداولة مع الأستاذ القانوني الدكتور محي الدين حجار بتاريخ ٢١/٣/٢٠١٨.

١٩- مداولة مع فضيلة الدكتور حسين حامد حسان بتاريخ ٦/٣/٢٠١٨.

٢٠- مداولة مع الدكتور أسيد كيلاي بتاريخ ١٩/٣/٢٠١٨.

مواقع انترنت

٢١- <https://goo.gl/ENPPBR>

٢٢- <https://goo.gl/ogVd5m>

٢٣- <https://goo.gl/27cZs8>

٢٤- <http://www.alkhaleej.ae/economics/page/7b5dafd2-e820-4104-b3e6-f7217cda17ca>