

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 التقيد 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.

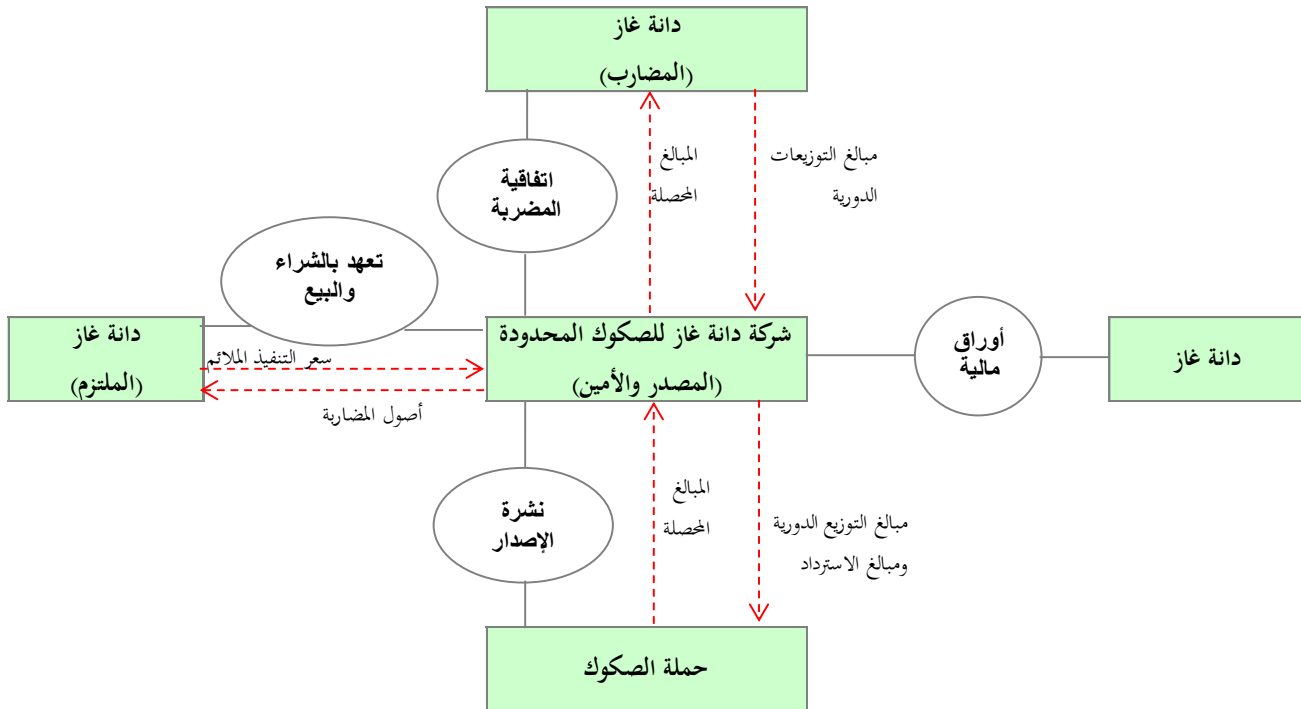
١. قضية صكوك شركة دانة غاز الإماراتية

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) وتقديمها 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 توافقها 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 بقیه 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 التعلیر؟ سیتم 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 یمز توافق هیکل الصكوك مع أحكام الشریعة 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 یمکن 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؟ سیتم 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؟ سیتم 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، سیتم 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 الإشكال المتعلق 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 مشابهاً 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 يناهض 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 تھلك ھلاكاً كلياً أو جزئياً، فلا يقع البيع حتى إذا طلبه حملة الصكوك، لأن بيع المعدوم لا يجوز ولأن موجودات الصكوك قد تھلك جزئياً، فلا يلزم الواعد شراء ھالك ويشترى الباقي بخصه من الثمن.

- أما إذا لم يقع ھلاك الكلي أو الجزئي لموجودات الصكوك، ووقعت خسارة، أي انخفاض في قيمة موجودات الصكوك فإن الواعد يلزمه شراء ھذه الموجودات بالقيمة الاسمیة ولا يعد ذلك ضماناً للخسارة، لأن الشأن في الواعد أنه يلزمه شراء ما وعد بشرائه ولو نقصت قيمته السوقیة كما في المراجعة ووعد المستأجر بشراء العین المؤجرة فإنه يلزمه الشراء وإن نقصت القيمة السوقیة. أما عن مصیر وعده بالشراء بالقيمة الاسمیة فيكون كالتالي:

أ - لا يلزمه تنفيذ وعده في حالة ھلاك الكلي، لأن شرط عقد البيع وجود المبيع عند التعاقد والمبيع هنا قد ھلك ويكون عليه الضمان في حالة شرط الضمان.

ب - ھلاك الجزئي، لا يلزمه شراء الجزء ھالك ويشترى الموجودات التي التي لم تھلك بخصتها من الثمن، ويضمن الجزء ھالك إذا كان خاطئاً.

ج - في حالة الخسارة وبقاء الموجودات كما هي لا يلزمه الضمان ويلزمه شراء الموجودات بالقيمة الاسمیة (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 الاسمیة للصكوك (رأس المال)، فإن لم يكن هناك فرق أو كان سعر البيع في السوق أكثر من القيمة الاسمیة 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 الاسمیة 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.¹هـ

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

^١ - 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 يفني 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 ١٤٣٠ هـ، الموافق ٢٦-٣٠ نيسان (إبريل) ٢٠٠٩ م.

^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؟^١

- 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

^١ - 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 مصدرى 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، 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.

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>