

أوراق عمل

مؤتمر أيوفي السنوي التاسع عشر للهيئات الشرعية

٦ - ٧ ربيع الأول ١٤٤٣ هـ - يوافق ١٢ - ١٣ أكتوبر ٢٠٢١ م

الراعي الرئيس



البنك الأهلي السعودي

الراعي الذهبي

بنك البحرين الإسلامي



بنك نزوى
Bank Nizwa



الشريك الإعلامي



الشريك التقني



شريك متعدد الأطراف



الفهرس

اليوم	المحور	الموضوع	رقم الصفحة
الأول	الثاني	مسائل في صكوك إجارة الخدمات	
		١. أ.د. محمد علي القرني	٢
		٢. دراسة فنية شرعية لصكوك منفعة السفر	٢٢
		د. يوسف عظيم الصديقي	
الثاني	الثالث	خلط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال الوعاء العام في البنوك التقليدية ذات النوافذ الإسلامية	
		١. أ.د. سعد بن تركي الخثلان	٣١
		٢. أ.د. عصام خلف العنزي	٧٢
		٣. الأستاذ خالد إبراهيم	٧٩
الثاني	الرابع	الفتوى على الفتوى في عمل الهيئات الشرعية	
		١. أ.د. السيد محمد بن السيد عبدالرزاق الطبطبائي	١١٨
		٢. د. عبد الباري مشعل	١٣٢
		٣. د. وليد حجازي	١٤٣
		٤. الشيخ عبد الستار القطان	١٥٧

مسائل في صكوك إجارة الخدمات
بحث مقدم إلى
مؤتمر أيوفي السنوي التاسع عشر للهيئات الشرعية
مملكة البحرين

إعداد

د. محمد بن علي الفكري

جامعة الملك عبدالعزيز (سابقاً)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبي بعده محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه واستن بسنته،
وبعد:-

(١) المسألة محل النظر:

أصبح للصكوك حضور مالي قوي جداً في أكثر البلاد الإسلامية لأنها تقدم أداة للتمويل تتوافق مع تفضيلات شريحة كبيرة من المستثمرين ومن المصدرين، الحريصين على ابتغاء الحلال واجتناب الكبائر من الذنوب كما توفر التمويل لأنواع من الاستثمارات التي لم يكن من سبيل في الماضي لتمويلها إلا عن طريق السندات الربوية مثل مشاريع البنية التحتية. ومع تعدد هياكل إصدار الصكوك لا زال هيكـل صكوك الاجارة يعد من أهم صيغ الإصدار ويمثل نسبة كبيرة من إصدارات الصكوك على مستوى العالم.

والمشهور من صكوك الإجارة تلك التي تقوم على تملك حملة الصكوك لأصل المنافع يؤجرونه على مصدر الصكوك مثل مبنى يؤجر على الشركة المصدرة للصكوك. محل الصكوك اذن هو تلك المنافع التي يولدها الأصل العقاري لكن المنافع التي يمكن ان تكون محلاً للصكوك لا تقتصر على منافع الأعيان فقط بل ربما كانت منافع أشخاص مثال ذلك صكوك اجارة يشتري حملتها الخدمات من مصدرها وهو موضوع هذه الورقة.

عقد الاجارة عقد محله المنافع عرفها الفقهاء بأنها: "عقد على منفعة مقصودة مباحة معلومة لمدة معلومة بعوض معلوم".

١ - وقسموها إلى:

أ. القسم الأول: اجارة معينة أي واردة على عين كاستئجار الدور والحوانيت والسيارات والطائرات ... إلخ، ويكون الحق في المنفعة المعقود عليها في هذه الحال متعلقاً بنفس العين كما إذا استأجر سيارة معينة أو استأجر شخصاً بعينه.

ب. والقسم الثاني: إجارة واردة على الذمة، فيكون الحق في المنفعة المتعاقد عليها متعلقاً بذمة المؤجر كما إذا استأجر دابة موصوفة غير معينة للركوب أو الحمل.

٢ - كما قسموها إلى:

(أ) القسم الأول: إجارة أعيان وهي ما يكون على عين كمنفعة سكنى المنزل أو ركوب السيارة.
(ب) والقسم الثاني: هو إجارة الأشخاص وتكون واردة على الأعمال أو الخدمات المقدمة من قبل شخص طبيعي أو اعتباري ويكون عملاً معلوم القدر كما سيأتي تفصيله.

٣ - ثم قسموا الأشخاص إلى قسمين:

أجير خاص وهو من يعمل بعقد واحد لصالح فرد أو مجموعة تشترك في هذا العقد ويستحق الأجرة بتسليم نفسه مدة العقد وان لم يعمل.

وأجير مشترك وهو الذي يعمل لعامة الناس ويقع العقد معه على عمل معين وربما حدد بزمان كالخياط والطبيب... إلخ.

٤ - وقسموا الخدمات المقدمة من الأشخاص إلى قسمين:

أ - تلك التي يقدمها الأجير بنفسه فيكون هو المنتج لها وتكون معينة المصدر، وتعتبر اجارة معينة وتأخذ حكمها.

ب - وتلك التي يتعهد الأجير بتوفيرها بحسب الوصف والشروط المتفق عليها دون إلزام منه ان يقوم بها بنفسه بل يشترها من السوق. ثم يملكها المشتري، فهي اجارة موصوفة في الذمة بمعنى ان مقدمها موصوف في الذمة وتأخذ حكم الاجارة الموصوفة في الذمة.

٣) صكوك الاجارة:

صكوك الإجارة هي شهادات (أوراق مالية) قابلة للتداول ومتساوية القيمة يمثل كل صك فيها حصة مشاعة في ملكية أصل حقيقي مدر للمنافع مؤجراً اجارة أعيان إلى مصدر الصكوك، ويصمم هيكلها بحيث يحصل حاملوها على عائدات دورية مصدرها الأجرة الدورية المدفوعة من قبل المستأجر. وما جرى عليه العمل في صكوك الإجارة ان يسترد حملة الصكوك رأس المال في نهاية المدة عن طريق بيع ذلك الأصل إلى المستأجر الذي يكون قد تعهد بشرائه منهم.

٤) صكوك اجارة الخدمات:

أ - معنى الخدمات:

الخدمات جمع خدمة، عرفها البعض بأنها: "القيام بالحاجات الخاصة لشخص أو أشخاص في مكان"، (معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي ص ١٩٢)، وعرفها آخرون بأنها: "تقديم منفعة عمل في ذمة الأجير للمستأجر بأجر مباشرة أو من خلال وسيط"^(١)، والخدمات غير مادية وغير ملموسة.

على خلاف صكوك الاجارة فإن عقد الاجارة في صكوك اجارة الخدمات واقع على اجارة الأشخاص وليس الأعيان، سواء كانت تلك الأشخاص طبيعية أو اعتبارية، مثل الجامعة التي تقدم برامج دراسية أو المستشفى الذي يقدم الرعاية الصحية أو شركة الطيران التي تقدم خدمات النقل الجوي وما إلى ذلك.

١ - للاستزادة مع تعريف وأحكام الاجارة الموصوفة في الذمة، أنظر: عبدالرحمن السعدي، الاجارة الموصوفة في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة.

والخدمات محل صكوك اجارة الخدمات يمكن ان تكون:

(١) معينة ينتجها مصدر الصكوك بنفسه مثل الجامعة التي تصدر صكوك اجارة الخدمات محلها البرامج الدراسية التي تقدمها تلك الجامعة. عرفها معيار صكوك الاستثمار في فقرته رقم ٣/٢/٣، بأنها: "وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها بغرض تقديم الخدمة من طرف معين (كمنفعة التعليم من جامعة مسماة) واستيفاء الأجرة من حسيبة الاكتتاب فيها، وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك".

(٢) كما يمكن ان تكون الخدمات موصوفة في الذمة من مقدم خدمات موصوف في الذمة أيضاً مثل جهة معينة تصدر هذه الصكوك ومحله برامج دراسية سبق لها تملكها تقدم من قبل مجموعة من الجامعات والمعاهد الدراسية فهي معاهد موصوفة في الذمة، ويلتزم بها المصدر في ذمته. عرفها معيار صكوك الاستثمار في فقرته رقم ٤/٢/٣ بأنها: "صكوك ملكية الخدمات من طرف موصوف في الذمة: هي وثائق متساوية القيمة يتم إصدارها بغرض تقديم الخدمة من مصدر موصوف في الذمة (كمنفعة التعليم من جامعة يتم تحديد مواصفاتها دون تسميتها) واستيفاء الأجرة من حسيبة الاكتتاب فيها، وتصبح تلك الخدمات مملوكة لحملة الصكوك".

ب- هيكل إصدار صكوك اجارة الخدمات:

قد يختلف هيكل إصدار صكوك اجارة الخدمات من إصدار إلى آخر إلا ان هناك عناصر أساسية لا يخلو منها أي هيكل لإصدار صكوك اجارة الخدمات.

١- يقوم مصدر الصكوك الذي ينتج خدمات مرغوبة في الأسواق، مثل مؤسسة أكاديمية، شركة طيران، شركة الهاتف، مركز صحي ... إلخ، بتأسيس منشأة ذات غرض خاص (SPV) ثم يلتزم لها بحجم معين من الخدمة التي يتخصص فيها المصدر.

٢- ثم تقوم المنشأة ذات الغرض الخاص بإصدار صكوك يمثل كل صك منها حجماً معيناً وحصة مشاعة من هذه الخدمة وتعرضها على المستثمرين الذي يقومون بدفع متحصلات الإصدار إلى المنشأة ذات الغرض الخاص والتي بدورها تقوم بالدفع للشركة المصدرة.

٣- ويتضمن الهيكل توكيل حملة الصكوك للمصدر ليقوم نيابة عنهم بتسويق وبيع هذه الخدمات ضمن قنوات البيع المعتمدة لديه بضمن متفق عليه والذي هو ثمنها المعتاد، والفرق بين ثمن شراء حملة الصكوك للخدمة وضمن البيع إلى المستخدم الأخير هو ربح حملة الصكوك.

٤- وللصكوك مدة محددة حيث تمثل هذه المدة جزءاً من طريقة قياس حجم الخدمات، وغالب الصكوك مدتها خمس سنوات.

٥- ولما كان من المحتمل ان لا يتمكن الوكيل (مصدر الصكوك) من تسويق كامل كمية الخدمات المملوكة لحملة الصكوك خلال هذه الفترة، فإن هيكل إصدار صكوك إجارة الخدمات يتضمن التزاماً من المصدر بشراء الكمية الباقية من الخدمة التي لم يتمكن من تسويقها ويكون ذلك في الغالب بنفس سعر بيعها إلى المستفيد الأخير.

٦- والمعتاد ان يحصل حملة صكوك الإجارة (إجارة الأعيان) على توزيعات دورية تمثل الربح ثم في نهاية المدة يسترد حملة الصكوك رأس ماله بعد بيع الأصل المولد للمنافع، أما هيكل إصدار صكوك إجارة الخدمات فالغالب ان ما يتلقونه من التوزيعات الدورية تتضمن الربح واسترداداً جزئياً لرأس المال حتى إذا اكتملت المدة يفترض ان يكون حملة الصكوك قد استردوا رأس مالهم والأرباح المترتبة على الاستثمار^(١). والسبب في الاختلاف عن صكوك الإجارة ان الخدمات تستهلك فلا يبقى فيها ما يمكن ان يعتمد عليه في نهاية المدة لاسترداد رأس المال.

٥) أمثلة على صكوك إجارة الخدمات:

١) صكوك شركة موبايلي:

كانت شركة موبايلي السعودية للهاتف المحمول أول شركة تستخدم "دقائق الإتصال" محلاً لعملية تمويل مجمع على سبيل المراجعة وذلك في سنة ٢٠٠٧م، اشتركت البنوك في شراء دقائق الاتصال بثمن معجل ووكلت الشركة في بيعها لعملائها خلال فترة عدة سنوات، فكانت أول من لفت الانتباه إلى إمكانية استخدام دقائق الاتصال لهذا الغرض. وفي عام ٢٠٠٨م، قامت الشركة المذكورة بإصدار صكوك إجارة الخدمات محلها دقائق اتصال.

٢) صكوك أوريدو:

أوريدو هي شركة الهاتف المحمول في دولة قطر قامت باستئجار الهيكل الذي تبنته شركة موبايلي للهاتف المحمول في السعودية في عملية التمويل المجمع سنة ٢٠٠٧م، والمشار إليه أعلاه، وذلك بإصدار صكوك إجارة

١- ويسمى Amortized Sukuk .

خدمات تقوم على نفس الهيكل مدتها خمس سنوات وكانت الأصول التي تمثلها تلك الصكوك هي "دقائق اتصال" ملكتها الشركة لحملة الصكوك بثمن منجز قدره ١,٥ مليار دولار ثم قامت بالوكالة عنهم في بيعها إلى عملائها.

٣) صكوك الهيئة العامة للطيران المدني السعودية:

الطيران المدني في المملكة العربية السعودية هيئة حكومية ذات شخصية اعتبارية مستقلة عن الحكومة تمتلك ستة وأربعين مطاراً في السعودية ومن المعلوم ان الطائرات في المطارات الدولية تدفع رسوماً لسلطة المطار في كل مرة تحبط فيها الطائرة أو تقلع من ذلك المطار وللمدة التي توقفت فيها الطائرة فيه، ولحاجتها إلى التمويل قامت مصلحة الطيران المدني في السعودية بإصدار صكوك محلها منافع الهبوط والاقلاع والوقوف للطائرات في ثلاث مطارات، هي مطار جدة والرياض والدمام، حيث تمثل هذه المنافع ٥١٪ من أصول الصكوك، وحصلت على تمويل بالمراجحة يمثل ٤٩٪ من مجمل قيمة الصكوك عند الإصدار.

٤) صكوك طيران الإمارات:

أصدرت شركة طيران الإمارات صكوكاً مدتها عشر سنوات بمبلغ بليون دولار أمريكي والأصول التي اعتمد عليها إصدار الصكوك هو وحدات من المقياس المعتمد للنقل الجوي^(١)، ويتضمن على أي خط جوي تخدمه شركة خطوط الامارات بالإضافة إلى جميع الخدمات التي تقدمها الشركة للركاب.

٥) صكوك شركة تبريد:

تقدم شركة تبريد خدمة تكييف الهواء في دولة الامارات العربية المتحدة من خلال محطات كبيرة يتم انشائها لهذا الغرض، وعندما احتاجت إلى التمويل في سنة ٢٠١٦م، قامت بإصدار صكوك محلها كمية من وحدات التبريد، باعت هذه الوحدات على حملة الصكوك لمدة خمس سنوات وقاموا بتوكيلها ببيعها إلى عملائها، بسعر محدد للمستخدم النهائي مع تعهدا بشراء الوحدات التي تعجز عن تصريفها في نهاية المدة.

١- والمسمى ATKM وسيأتي الحديث عنه لاحقاً.

مسائل في صكوك اجارة الخدمات

المسألة الأولى: تخريج صكوك إجارة الخدمات:

١- تخريجها على الاجارة في الذمة:

اتجهت أكثر الهيئات الشرعية إلى تخريج صكوك اجارة الخدمات على الاجارة في الذمة سواء كانت المؤسسة المصدرة للصكوك منتجة لهذه الخدمة بنفسها أو كانت تشتريها من السوق ثم تملكها لحملة الصكوك^(١)، ومن أخذ هذا الاتجاه الهيئة الشرعية لمصرف أبوظبي الإسلامي^(٢). وهذا يعني ان العقد الذي ينظم العلاقة بين حملة الصكوك ومقدم الخدمة هي الاجارة في الذمة.

ولا تكون معينة إلا إذا تعين المباشر لها فإن كانت خدمة تدريس في الجامعة وجب حتى تتعين ذكر اسم مدرس المادة وهذا أمر يتعذر في هيكل إصدار صكوك إجارة الخدمات.

أما معايير أيوفي فقد خرجتها على الاجارة المعينة حيث يكون مصدر الصكوك هو منتج الخدمة أما في الحالات التي لا يكون مصدر صكوك اجارة الخدمات منتجاً للخدمة وإنما يشتريها من السوق ثم يملكها لحملة الصكوك، فهي اجارة في الذمة (أنظر المعيار رقم ٣٤ والمعيار رقم ١٧).

١- انظر: اجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاً المعاصرة، د. عبدالرحمن السعدي.

٢- تمويل الخدمات، عبدالعزيز الدميحي ص ٥٣.

٢- تخرجها على الاجارة المضافة:

جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة^(١)، على جواز إضافة الإجارة إلى زمن في المستقبل وصفة ذلك ان يقول له وهو في شهر المحرم أجرتك داري اجارة مضافة إلى شهر شوال، فلا يبدأ انتفاعه بالدار إلا في شهر شوال وانفرد الشافعية بالقول بعدم الجواز^(٢).

وقد اتجهت بعض الهيئات الشرعية إلى تخرج صكوك اجارة الخدمات، على الإجارة المضافة إلى المستقبل، مثال ذلك: إذا قام الفرد باستخدام الهاتف النقال فإنه يستأجر من شركة الاتصالات معداتها التي تمكنه من ذلك لمدة الدقائق التي تستغرقها المكالمات. فإذا كان ذلك بناء على عقد اشتراك فإن شراء الدقائق والذي يمثل عقد اجارة منجز ولكنه بأجرة مؤجلة الدفع أما إذا اشترى الانسان بطاقة مسبقة الدفع فكأنه أبرم عقد اجارة لاستخدام تلك الآلات ولكنها اجارة مضافة إلى المستقبل (أي حين استخدامه لها)، ولذلك فإن شركة الاتصالات التي تصدر صكوكاً محلها "دقائق الاتصال" تكون أيضاً قد دخلت في عقد اجارة مضاف إلى المستقبل بحسب مدة الصكوك.

وقد يرد على هذا التخرج ان تاريخ بدء الإجارة غير محدد في غالب الأحوال ومعلوم ان الإضافة في عقد الإجارة تقتضي النص على تاريخ بدء الإجارة.

٣- تخرجها على عقد السلم:

السلم عقد بيع يعجل فيه قبض الثمن ويؤجل فيه قبض المبيع والمحل المتعاقد عليه يكون موصوفاً في الذمة وصفاً نافياً للجهالة، ويمكن ان تكون بضاعة السلم سلعاً كما يمكن ان تكون منافع وخدمات. ولما كانت اجارة

١- قال في مجمع الأنهر: "(وتصح الاجارة) حال كونها (مضافة) إلى زمان في المستقبل بأن قال مثلاً إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا إلى سنة" (مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر دار احياء التراث، ج ٢، ص ٤٠٤).

تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيعلی: "واما الثاني وهو ما يجوز إضافته إلى ما يستقبل من الزمان فأربعة ... الاجارة وفسخها ... لأن الإجارة تتضمن تمليك المنافع وهي لا يتصور وجودها في الحال فتكون مضافة ضرورة ...".

"الإجارة المضافة إلى وقت في المستقبل تصح" (ج ٢٠، ص ١٦)، حاشية ابن عابدين).

"الإجارة تقبل الإضافة" (ج ٤، ص ٢٢٤).

مجلة الأحكام العدلية مادة م/٤٤٠ "الاجارة المضافة صحيحة وتلزم قبل حلول وقتها"، قال ابن قدامة في المغني: "فصل ولا يشترط في مدة الاجارة ان تلي العقد بل لو أجره سنة خمس وهما في سنة ثلاث أو شهر رجب في المحرم صح" (ج ٨، ص ٩).

وفي بداية المجتهد لابن رشد الحفيد، قال في الإجازات: "وكذلك لم يجز الشافعي إذا كان أول العقد متراخياً عن العقد واجازه مالك" (ج ٢، ص ٢٢٦).

٢- وفي مغني المحتاج "لا تصح اجارة العين اجارة مضافة للمستقبل" (ج ٢، ص ٣٣٨).

الخدمات هي بالتعريف اجارة في الذمة فإن تخريجها على عقد السلم جارٍ على ما اتجه إليه جمهور الفقهاء قديماً، في تخريج الاجارة في الذمة على أنها "سلم في المنافع" ولذلك فأنتهم يشترطون لصحتها تسليم الأجرة في مجلس العقد. قال في الاقناع:

"ويشترط في صحة اجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس وان تكون حالة كرأس مال السلم لأنها سلم في المنافع فلا يجوز فيها تأخير الأجرة ولا تأجيلها ولا الاستبدال عنها ولا الحوالة بها ولا عليها ولا الإبراء منها"^(١). ولا إشكال في هذا فيما يتعلق بدفع الأجرة في مجلس العقد لأن هذا ما يقع فعلاً في صكوك اجارة الخدمات.

فإذا قيل ان تخريجها على عقد السلم يترتب عليه عدم جواز تداول صكوك اجارة الخدمات لأن ذلك يكون بيع للدين إلى غير من هو عليه بغير شرطه، فالجواب عن ذلك ان القول بعدم الجواز هو رأي الجمهور وهو أولى بالاتباع، إلا ان المذهب عند المالكية الجواز.

قال في التاج والاكيل، لمختصر خليل^(٢):

"ومن الموطأ: من أسلف في غير طعام فله بيع ذلك قبل الأجل أو بعده من غير صاحبه بما شاء لا تراعى رأس المال إذ لا يراعى في البيع من زيد ما ابتاع من عمرو...".

وقال في التاج والاكيل أيضاً^(٣):

"من المدونة قال مالك: كل ما ابتعته أو أسلمت فيه عدا الطعام والشراب من سائر العروض على عد أو كيل أو وزن فجائز بيع ذلك كله قبل قبضه وقبل أجله من غير بائعك بمثل رأس مالك أو أقل أو أكثر نقداً أو بما شئت من الأثمان إلا ان تبيعه بمثل صنفه فلا خير فيه...".

وليس هناك ما يمنع من العمل بما اتجه إليه المالكية إذا كان ذلك أنفع للناس وهو المنهج الذي سار عليه المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في ترجيح مفردات بعض المذاهب على رأي الجمهور مثال ذلك القول بجواز بيع العربون وهو من مفردات مذهب أحمد والقول بالالتزام بالوعد وهو من مفردات مذهب مالك.

١- الإقناع، ج ٢، ص ١٦.

٢- ج ٦، ص ٤٢٢.

٣- ج ٦، ص ٤٢٢.

٤- تخريجها على بيع الحقوق والالتزامات:

يمكن تصور ان ما يملكه حملة الصكوك ليس ذات الخدمة وهي معدومة عند العقد وإنما هو حق الحصول على الخدمة وان ما صدر عن مقدم الخدمة ليس إلا "التزام" منه بتقديمها إلى المستخدم النهائي. فتكون عملية إصدار الصكوك تمليك لهذه الحقوق لحملة الصكوك مقابل عوض هو متحصلات الإصدار. وقد توصل فضيلة الباحث الفذ د. نزيه حماد إلى صياغة مقعدة لمسألة المعاوضة على الالتزام بعد استقراء آراء الفقهاء السابقين المبثوثة بين أبواب الفقه المختلفة لخصها بما يلي:

أن كل التزام - سواء كان بفعل أو بامتناع عن فعل، وسواء كان مصدره الإرادة المنفردة أو العقد - تجوز المعاوضة عنه بالمال إذا توافرت فيه الشروط الآتية:

أ- أن يكون فيه منفعة مقصودة، يتعلق بها غرض صحيح، محصل لمصلحة أو دارئ لمفسدة، بالمعنى الأعم لمصطلح المنفعة، الذي يشمل كل ما ينتفع به من الحقوق.

ب- ان تكون المنفعة مشروعة، (أي: في حالة السعة والاختيار).

ج- ان تكون المنفعة متقومة، (أي: لها قيمة مالية في عرف الناس).

د- ان يكو الالتزام مقدور الوفاء به من جهة الملتزم، لأن من شروط صحة سائر البيوع قدرة البائع على تسليم محل العقد.

هـ- سلامة المعاوضة عن الالتزام من المحظورات الشرعية المانعة من صحة عقود المعاوضة المالية، كالقمار، والغرر، والجهالة والحيل الربوية.

وقد ورد في معايير سوق دبي المالي (معياري ٢) تعريف لصكوك إجارة الخدمات وصفها بأنها حقوق، فقال: "تعطي صكوك إجارة الخدمات الحق لحاملها في امتلاك خدمة يقدمها منشئ الصكوك (مقدم الخدمة) مقابل حصيلة إصدار الصكوك وفي استيفاء ثمن هذه الخدمة من مشتريها أو المستفيد الأخير ويمكن ان تتيح هذه الصكوك ملكية خدمات تستوف من طرف معين أو موصوف في الذمة"^(١).

ومسألة المعاوضة على الحقوق من المسائل التي وقع عليها اختلاف بين الفقهاء المعاصرين.

١- معيار سوق دبي المالي، معيار رقم (٢) صكوك إجارة الخدمات.

المسألة الثانية: قياس الخدمات:

معرفة المنفعة شرط في صحة عقد الاجارة قال في نيل المآرب^(١)، وشروط صحة الإجارة "الأول: (معرفة المنفعة) لأنها هي المعقود عليها فاشتراط العلم بها".

وبدون وجود طريقة قياس يمكن بها تحديد حجم الخدمة فإن عملية الإصدار تفتقد ركناً من أركان العقد وهي معلومية المحل وتصبح الجهالة فيها بحيث تبطل العقد، فيلزم وصف الخدمة وصفاً نافياً للجهالة المفضية للنزاع وكما ان السلع تقاس بالوزن (كيلوغرام) أو الحجم (لتر، جالون) أو الطول (متر قدم) ... إلخ. فيجب معرفة الجنس والنوع والقدر، ومعلوم ان للخدمات قياسات معيارية، وان كان الاختلاف بينها كثيراً وليست مثل معايير قياس السلع. وبدون مقياس معتمد ومتفق عليه لا يمكن بيع أو تسويق هذه الخدمات، وسنعرض ادناه لأمثلة لأهم الخدمات التي صدرت بناء عليها صكوك اتخذتها محلاً للاستثمار:

خدمة الاتصالات:

تقاس خدمة الاتصالات بدقائق الاتصال بالنسبة للمكالمات الهاتفية كما تقاس خدمة الانترنت بالميجابايت.

١ - دقائق الاتصال:

دقائق الاتصال والتي تسمى Airtime هي المقياس المعتمد لخدمة الاتصال الهاتفي فالفاتورة التي تصدر من شركة الهاتف لتحدد المبلغ المطلوب دفعه شهرياً إنما تعتمد على عدد الدقائق التي استغرقتها مكالماته الهاتفية.

وتصدر شركات الاتصالات في كل مكان خدمة الهاتف مسبقة الدفع ذات فئات متعددة والفرق بينها هو عدد دقائق الاتصال ومع ان شركات الاتصال هي منتج ومقدم الخدمة إلا ان ذلك لا يمنع من قيام شركات أخرى بشراء هذه الدقائق بالجملة ثم بيعها على المستخدم النهائي بفئات أصغر.

٢ - قياس خدمة الانترنت:

وتقدم شركات الاتصالات أيضاً خدمة الانترنت وتقاس هذه الخدمة بـ ميغابايت في الثانية Megabite (MBPS) per second.

١- ج ١، ص ٤٢٤.

٣- قياس خدمة النقل الجوي:

كما ورد في قاموس صناعة الطيران الصادر عن منظمة CAPA فإن أهم مقياس لخدمة الطيران هي:

١ - Available tonne kilometers ATKM وقد تسمى (ATK). وهي حاصل ضرب الطاقة الاستيعابية بالطن المتوفر للركاب والبريد والشحن بالمسافة بالكيلومتر والتي خدمتها الشركة.

٢ - ما يسمى Available Seat kilometers (ASKM). وهي حاصل ضرب عدد مقاعد الركاب بالمسافة المقطوعة، وقد ورد في التقرير السنوي لسنة ١٨-٢٠١٩ لشركة طيران الامارات ان الطاقة النقلية لديها هي ٣٦ بليون وحدة (ATKM) مما يدل على انه المقياس المعتمد دولياً لخدمة النقل الجوي.

٤- قياس خدمة التعليم:

المقياس المعتمد لخدمة التعليم هو ما يسمى (Credit-hour)، أو "ساعات مكتسبة"، وهي تعبر عن عدد الساعات للمحاضرة في الاسبوع خلال فصل دراسي، فإذا اكتسب الطالب ثلاث ساعات دراسية بهذا يعني انه تلقى ثلاث محاضرات في موضوع الدراسة خلال كل اسبوع لفترة فصل دراسي واحد، وهذا القياس يصدق على المحاضرات وعلى التطبيقات العلمية في المعامل ونحو ذلك. فما يشتريه حملة الصكوك من المصدر هو ساعات مكتسبة ثم تباع على المستخدم النهائي وهم طلبة العلم.

المسألة الثالثة: قبض الخدمات:

القبض في اصطلاح الفقهاء حيازة الشيء والتمكن منه، والقبض يكون حقيقياً ويكون حكماً والحقيقي هو وضع اليد حسيّاً على ذلك الشيء، والحكمي ما أخذ حكم الحقيقي وترتب عليه نفس الآثار دون ان يكون حسيّاً. والأصل ان يكون القبض حقيقياً ولكن قد تحول دون ذلك بعض الصعوبات فيقوم القبض الحكمي مكانه، ويكون القبض الحكمي قائماً مقام الحقيقي إذا تحقق معه التمكن من التصرف بالمبيع الذي هو مقصود القبض، ولذلك يقيم الفقهاء القبض الحكمي مقام الحقيقي حيث لا يتحقق ذلك^(١).

جاء في قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره السادس بجدة مارس ١٩٩٠م، بخصوص القبض: صوره وبخاصة المستجدة:

"أولاً قبض الأموال كما يكون حسيّاً في حالة الأخذ باليد أو الكيل أو الوزن في الطعام أو النقل والتحويل إلى حوزة القابض يتحقق اعتباراً وحكماً بالتخلية مع التمكن من التصرف ولو لم يوجد القبض حساً وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضاً لها".

وجاء في شرح المجلة للأتاسي: "ان التخلية بين المشتري والمبيع تقوم مقام القبض الحقيقي إذا كانت على وجه يمكن فيه المشتري من القبض بعد ان أذن له البائع بقبضه"^(٢).

ومعلوم ان هيكّل إصدار صكوك اجارة الخدمات يتضمن تأسيس منشأة ذات غرض خاص تنتقل الخدمات التي اشتراها حملة الصكوك إليها، فتكون هذه المنشأة هي التي تقبض تلك الخدمات قبضاً حكماً نيابة عن حملة الصكوك.

وهذه الخدمات لما كانت تستهلك في مدة الصكوك فإن قبضها الحكمي هو ثبوتها في ذمة المنتج لها، ويمكن توثيق ذلك بالطرق القانونية.

بناء على جميع ما ذكر فإن حملة الصكوك يتحقق لهم القبض الحكمي المتمثل بالتمكن من التصرف بالمبيع وهو الخدمات ولذلك فإن متطلب القبض يتحقق في هيكّل إصدار صكوك اجارة الخدمات.

١- مثل الوكيل بالقبض الذي اكتفى بالقبض الحكمي وذلك بالحصول على الرهن فقالوا يضمن.

٢- ج ٢، ص ١٩٢.

المسألة الرابعة: تداول صكوك اجارة الخدمات:

معنى التداول:

التداول يعني التبادل والتناقل والانتقال من يد إلى يد وهو مصطلح مشهور في أسواق المال وقد نص قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي في دورة مؤتمره في مسقط سنة ١٤٢٥ هـ نوفمبر ٢٠١٣ م، على "جواز التداول بالطرق المعتادة".

القابلية للتداول في سوق منظمة تعد من أهم ميزات الصكوك لأنها توفر السيولة لحملة الصكوك وهي ميزة لا يمكن الاستغناء عنها، والتداول في حقيقته بيع الصك من مستثمر إلى آخر واعتماداً على ما صدر عن مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره السابع بجدة، مايو ١٩٩٢ م، بشأن الأسهم والذي نص علي: "ان المحل المتعاقد عليه في بيع السهم هو الحصة الشائعة من أصول الشركة وشهادة السهم عبارة عن وثيقة للحق في تلك الحصة" أ.هـ. يمكن القول أن حقيقة بيع الصك هي بيع ما يمثله هذا الصك من أصول، فإن كانت مما يجوز بيعه كان تداول الصكوك مستساغاً ومقبولاً من الناحية الشرعية وإلا فلا.

هذا يعني ان حكم تداول صكوك اجارة الخدمات مستند إلى الترخيص المعتمد لهذه الصكوك، فهل يترتب على القول بأن الخدمات دين متعلق في ذمة مصدر الصكوك، إن التداول بيع، القول بعدم جواز تداولها؟

حكم تداول صكوك إجارة الخدمات:

للفقهاء المعاصرين عدة أقوال في مسألة حكم تداول صكوك اجارة الخدمات:

١- القول الأول: الجواز مطلقاً، فيجوز تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة مطلقاً، قال بذلك فضيلة د. نزيه حماد وفضيلة د. حسين حامد حسان ومجموعة من الهيئات الشرعية. ومستندهم في ذلك ما تقرر في المذهب المالكي من جواز بيع كل دين قبل قبضه بغير جنسه عدا الطعام^(١). والخدمات التي في الذمة هي في حقيقتها دين متعلق بذمة مقدم الخدمة ومملوكة لحملة الصكوك وتداول الصكوك بيع لها قبل القبض، فصح.

١- صكوك الاجارة، بحث مقدم إلى دورة المجمع الفقهي الإسلامي، د. نزيه كمال حماد، ص ٢١، مجلة الفقه عدد ١٥ ج ٢.

- صكوك الاستثمار ورقة مقدمة إلى دورة المجمع الفقهي الإسلامي، د. حسن حامد حسان، ص ٣٥.

٢- القول الثاني: لا يجوز التداول إلا إذا تعين مقدم الخدمات وهذا ما ذهب إليه المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، قرار رقم ١٩٦ (٢/٢١)، دورة المجمع في مسقط نوفمبر ٢٠١٣م: حيث نص على: "(٢) لا يجوز تداول صكوك منافع الأعيان الموصوفة في الذمة قبل تعين العين التي تستوفي منها المنفعة"، وكذلك ما انتهت إليه ندوة الصكوك التي نظمها المجمع الفقهي الإسلامي الدولي مع جامعة الملك عبدالعزيز فقالت في مسألة تداول صكوك ملكية منافع الأعيان الموصوفة في الذمة: "لا خلاف في ان المنافع في هذه الحالة دين في ذمة المؤجر ... فلا يجوز تداولها إلا بمراعاة الضوابط الشرعية للتصرف في الديون"، وهذا ما ذهب إليه أيضاً المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية، (أيوفي)، في معيار صكوك الاستثمار، وحجتهم في ذلك ان ما يمثله الصك قبل تعين مقدم الخدمة هو نقود فلزم ان يجري عليه احكام الصرف.

واختلف القائلون بهذا القول في مسألة التعيين على قولين. الأول: ان تعين المؤسسة المقدمة للخدمة كاف لهذا الغرض، كأن يقال البرنامج الدراسي في جامعة الملك عبدالعزيز فيجوز التداول عندئذٍ، والقول الثاني: ان التعين لا يتحقق إلا بتعين الأشخاص أي تعين المدرسين لكل مادة في مجموع خدمة التعليم.

٣- القول الثالث: لا يجوز التداول مطلقاً، والواقع اننا لا نعلم ان أحداً من الباحثين المعاصرين أو الهيئات الشرعية قد صدر عنه مثل هذا القول لكنه محتمل لمن تبني رأي الحنفية في ان المنافع ليست أموالاً فلا تجوز المعاوضة عليها، ولما كانت الصكوك عبارة عن شهادات تمثل منافع كان الحكم في بيعها عدم الجواز.

المسألة الخامسة: إعادة الشراء:

یتضمن هیکل إصدار صکوک اجارة الخدمات قیام وکیل حملة الصکوک بتوکیل مصدرها للقیام بتسویق الخدمات التي أصبحت ملكاً لحاملي الصکوک، أن یبیعها إلى عملائه من خلال قنوات التسویق الخاصة به، إذ لا سبیل ان یقوم حملة الصکوک أو وکیلهم بذلك مباشرة، ومع ذلك یبقى احتمال ان لا یتستطیع الوکیل تصریف جمیع هذه الخدمات لعملائه خلال المدة المتفق علیها، لذلك تضمنت هیاكل صکوک الخدمات وعداً ملزماً من المصدر بأن یقوم بشراء ما یقی من هذه الخدمات فی نهاية المدة أو فی تواریخ التوزیعات الدوریة. إذا قسمت الكمیه علی فترات، ومعلوم ان الوعد یختلف عن العقد فالوعد حتی لو كان ملزماً فإن مؤداه التعویض عن الضرر فی حال النکول ان كان ثم ضرر، ولا یمکن اعتبارها عقد بیع، وهذا رد علی دعوی وجود شبهة العینة.

وقد ورد فی معايير سوق دبي المالي (معیار (٢)) المادة: "٧,٦,٢,٤: یموز لبائع الخدمات ان یتعهد بمستند مستقل بشراء ما لم یتتوف من هذه الخدمات أو للمدة الباقیه من الخدمة وذلك بالثمن العادل أو بثمان السوق أو بما یتراضی علیه الطرفان أو بالقیمة الاسمیة، كما یموز لحملة الصکوک التعهد بمستند مستقل ببیع ما لم یتتوف من هذه الخدمات للبائع ...".

المسألة السادسة: توكيل المصدر بالبيع:

لا سبيل ان يباشر حملة الصكوك بيع وتسويق الخدمات التي أصبحت ملكاً لهم في ذمة مصدر الصكوك، ولذلك جاءت هياكل إصدار صكوك إجارة الخدمات متضمنة توكيل حملة الصكوك للمصدر ليقوم نيابة عنهم بتسويق وبيع هذه الخدمات عبر قنوات التسويق الخاصة به لأنه أقدر على ذلك من أي جهة أخرى.

وذلك لأن توكيل المشتري البائع في قبض المبيع فيه إشكال، جاء في مجلة الأحكام العدلية المادة ٥٤: "فلو وكل المشتري البائع في قبض المبيع لا يجوز أما لو اعطي جولقاً للبائع ليكيل ويضع فيه الطعام المبيع ففعل كان ذلك قبضاً من المشتري"^(١)، فكان المنشأة ذات الغرض الخاص هو الجولق الذي يودع فيه البائع هذه الخدمات.

وتكون هذه الوكالة في مستند مستقل عن عقد شراء المنافع وتنص على شروط وأحكام خاصة بها من ذلك أجرة الوكالة والغرض من وجود الأجرة حتى تكون عقداً لازماً لأن الوكالة كما هو معلوم عقل جائز وسبب الحرص ان تكون مستنداً مستقلاً هو تفادي الوقوع في اشكالات عقد في عقد أو ان يؤدي انفساخ أحد العقدين إلى انفساخ الآخر.

وقد يشترط وكيل حملة الصكوك (كما في بعض الاصدارات) التزام الوكيل بأن يقدم الخدمات المملوكة لحملة الصكوك في التسويق على الخدمات المقدمة من المصدر.

١- درر الحكماء في شرح مجلة الأحكام، على حيدر، ج ١، ص ٥٦.

المسألة السابعة: استقرار ملك مصدر الصكوك على متحصلات الإصدار:

ان العلاقات التعاقدية التي تربط بين أطراف صكوك اجارة الخدمات تقوم جميعاً على "عقد الاجارة"، ومعلوم ان عقد الاجارة محله المنافع وهو يشبه عقد البيع وان ما يدفع عن اجره هو ثمن لهذه المنافع. لكنه يختلف عنه في مسألة ان المنافع تتولد شيئاً فشيئاً عبر مدة العقد بخلاف البيع الذي يقع قبضه دفعة واحدة. ولم تخلق كلمة الفقهاء في ان الأجرة تجب بالعقد وتستحق بتسليم العين ولكن لا تملك ملكاً عاماً مستقراً إلا باستيفاء المنفعة، يترتب على هذا ان مصدر الصكوك لا يملك الأجرة ملكاً تاماً مستقراً إلا بعد استيفاء المنفعة، وهذا في غاية الاشكال بالنسبة لمصدر الصكوك ذلك ان الباعث على الإصدار هو الحاجة إلى المال ولذلك لا سبيل لرد الأجرة تحت أي اعتبار، ان التعامل مع متحصلات الصكوك على انها مبلغ تحت الحساب لا يتولد عنه صعوبات عملية فحسب بل صعوبات فيما يتعلق بالمعالجة المحاسبية والتقويم الائتماني لمصدر الصكوك.

الأخذ بالقول المرجوح:

لقد أخذت اصدارات صكوك الخدمات بالقول المرجوح في هذه المسألة وهي ان المؤجر يملك الأجرة ملكاً تاماً مستقراً بمجرد قبضها عند إصدار الصكوك، هذا لا يعني ضياع حقوق حملة الصكوك في حال وقع ما يوجب رد الأجرة إليهم في حال أخفق مصدر الصكوك في توفير الخدمة لهم بالوصف المتفق عليه في وثائق الإصدار، إذ يبقى التقاضي رفع الضرر وهو أمر يبت فيه القضاء ولكن ليس لهم الادعاء بحق استرداد الأجرة ومن قال بأن المؤجر يملك الأجرة ملكاً تاماً مستقراً بمجرد القبض الأجرة .

وصلى الله وسلم على سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وصحبه ومن اهتدى بهديه.

قائمة المراجع

- أ- اجارة الموصوف في الذمة وتطبيقاتها المعاصرة- دراسة تأصيلية تطبيقية، د. عبدالرحمن بن عبدالله السعدي، دار الميمان، ١٤٣٧هـ.
- ب- تمويل الخدمات، دراسة فقهية تأصيلية تطبيقية، عبدالعزيز صالح الدميحي.
- ج- حكم تداول صكوك اجارة الموصوف في الذمة قبل تعين محل العقد، د. العياشي فداد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

مسائل في صكوك الخدمات

دراسة فنية شرعية لصكوك منفعة السفر

ورقة عمل الباحث

د. يوسف عظيم الصديقي

تمهيد

على مدار العقود الأخيرة، ظهرت الصكوك كأداة بارزة وذات أهمية كبرى في سوق رأس المال، واستطاعت أن تُقدّم بديلاً شرعياً للسندات الربوية. وفي مستهل الأمر كانت الصكوك أحادية الأصول، فقد تكون إمّا ديناً مثل صكوك المراجحة التي صدرت من شركة شل في ماليزيا، أو تمثل أعياناً مثل صكوك المقارضة التي صدرت من وزارة الأوقاف الأردنية. وبمرور الوقت شعرت صناعة المصرفية الإسلامية بضرورة خلط أنواع الأصول المعنية، فظهرت الصكوك الهجينة والصكوك المختلطة القائمة على مبدأ الخلطة حيث يتم دمج الأعيان مع الديون بنسب معينة لينشئ منه أصلاً جديداً يمكن تصكيكه وتداوله عبر سوق رأس المال من دون الحاجة للالتزام بأحكام بيع الدين كما هو الحال في صكوك المراجحة والاستصناع.

ومع هذا التطور والهندسة المالية، فإنّ الصناعة المصرفية شعرت بمحدودية استخدامات صكوك الخلطة عندما لا يمتلك الطرف المتمول أعياناً مؤهلة تكفي لإصدار الصكوك أو لابقائها خلال عمر الصكوك. وقد يكون الأمر أكثر وضوحاً في حال كانت الجهة المتمولة من إصدار الصكوك هي شركات قطاع الخدمات، مثل الطيران، أو الاتصالات، أو الفنادق، أو التعليم. ففي مثل هذه الحالات، لا يمكن القول أن الجهة المتمولة لا تحقق إيرادات وإن كانت لا تملك أصولاً عينية كافية، ففي كثير من الأحيان تقوم هذه الجهات بإدارة أعمال من خلال استئجار الأصول العينية (مثل الطائرات أو أعمدة الاتصال أو الفنادق)، وفي المقابل تُدرّ أرباحاً عبر بيع الخدمات المتنوعة. وفي هذه الحالات، قامت صناعة



المصدر: الدكتور أسيد الكيلاني، الصكوك: آليات وتحديات وترشيد، ٢٠١٣م

المصرفية الإسلامية بابتكار صيغة صكوك الوكالة بالإدارة (الخدمات)، التي أستخدمت في معظم الأحوال في قطاع الطيران حيث كانت خدمة السفر هي موجودات الصكوك. وتستعرض الورقة الحالية ما ذكر في نشرة الإصدار لصكوك الشندغة الصادرة من فلاي دبي.

المبحث الأول: أطراف المعاملة

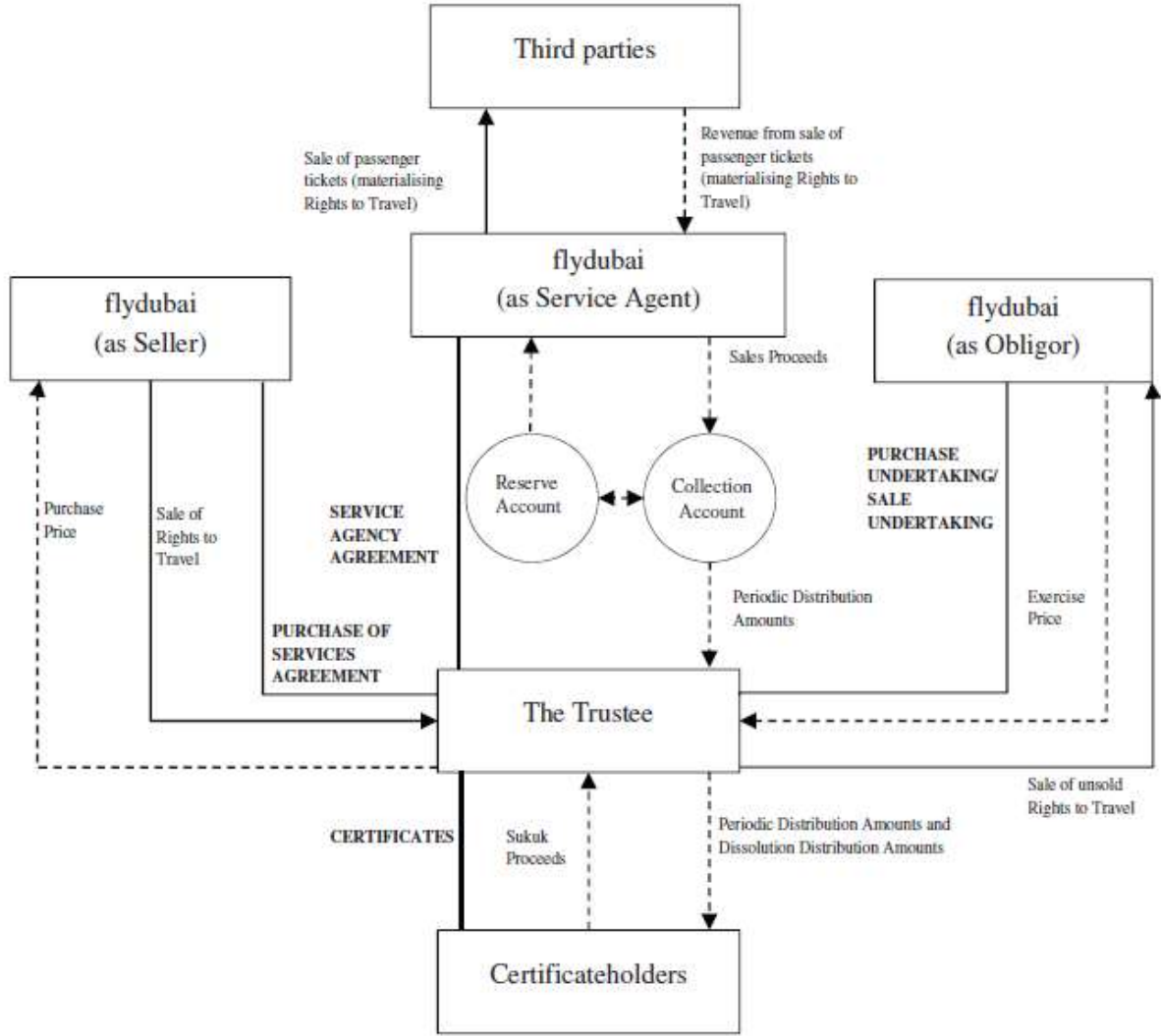
صدرت صكوك الشندغة في ٢٦ نوفمبر ٢٠١٤م، وتاريخ التصفية المقرر كان ٢٦ نوفمبر ٢٠١٩م. وأشارت نشرة الإصدار (الصادرة باللغة الانجليزية) الصادرة في ٢٤ نوفمبر ٢٠١٤م إلى أطراف المعاملة. فالجهة

التمولة هي شركة فلاي دبي والتي عُرفت بالبائع، ووكيل الخدمات، والملتزم. وتعتبر شركة فلاي دبي من الشركات الواعدة في مجال الطيران الاقتصادي حيث تأسست في يونيو ٢٠٠٩م، وتمكنت من نقل مليون مسافر خلال سنة من بدء أعمالها، ونقلت أكثر من ١٠ مليون مسافر خلال ٤٢ شهراً. وبلغ حجم اسطولها ٣٦ طائرة عند إصدار الصكوك، وقد خدمت أكثر من ٧٢ موقعاً عالمياً. وقد حققت معدل نمو سنوي يبلغ ٧٢ %، وبسبب أدائها القوي تمكنت الشركة من الحصول على تمويلات مختلفة لدعم التكاليف الرأسمالية التي بلغت ٧ مليارات درهم إماراتي.

وشاركت أطراف متعددة في عملية الإصدار الافتتاحي لصكوك فلاي دبي، حيث قامت البنوك المحلية والدولية، مثل بنك ايتش ايس بي سي، وبنك الإمارات دبي الوطني، وبنك دبي الإسلامي، ومصرف أبوظبي الوطني، وبنك ستاندر تشارد، وبنك نور، وكريدي أجريكول بدور مديري الإصدار الرئيسيين المشتركين. وطُرح الإصدار في ناسداك دبي، وقد تجاوز الاكتتاب ٦ مرات الحد المعروض، حيث بلغت القيمة الاسمية للشهادات المعروضة ٥٠٠ مليون دولار أمريكي. وقد بلغ ٦٤ % من المكتتبين في الإصدار من منطقة الشرق الأوسط.

المبحث الثاني: هيكل المعاملة

بالنظر إلى نشرة الإصدار، يتضح أن صكوك الشندغة تعمل وفق الهيكل الوارد أدناه:



ويمكن تلخيص الهيكل حسب الآتي:

- تم إنشاء الأمين (الترست) باسم صكوك الشندغة المحدودة في جزر كايمان في ١٤ أكتوبر ٢٠١٤م، وبلغ رأس مال الأمين ٥٠,٠٠٠ دولار أمريكي على أن يقوم دويتشة بنك الاحتفاظ بأسهم الأمين وإدارة أعماله؛
- يقوم المستثمرون بالاكتمال في الصكوك، من خلال تقديم متحصلات الإصدار؛
- يقوم الأمين (بصفته مشترياً) بإبرام اتفاقية بيع الخدمات مع شركة فلاي دبي (بصفتها بائعاً) وذلك لتوزيع وبيع الخدمات التي ستقدم من قبل شركة فلاي دبي على مدار عمر الصكوك؛
- يقوم الأمين وشركة فلاي دبي (بصفتهما وكيل الخدمات) بإبرام اتفاقية وكالة الخدمات من أجل تقديم خدمات محددة متعلقة ببيع الخدمات المشتراة من قبل الأمين لصالح حملة الصكوك؛
- وبموجب اتفاقية وكالة الخدمات، تقوم شركة فلاي دبي ببيع الخدمات إلى طرف ثالث؛

- تتعهد شركة فلاي دبي (بصفتها الملتزم) بإعادة شراء الخدمات المباعة بموجب اتفاقية بيع الخدمات من الأمين؛
- كذلك يتعهد الأمين بإعادة بيع الخدمات المشتراة إلى شركة فلاي دبي وذلك في حال الانقضاء المبكر.

المبحث الثاني: استعراض الهيكل والآلية المتبعة

الأصل المعني في الصكوك

كما ذكر سابقاً، فإنه بموجب اتفاقية شراء الخدمات يتم توظيف متحصلات إصدار الصكوك في شراء حقوق السفر التي تتضمن حق السفر إلى أية وجهة يتم تقديم خدمات السفر إليها من قبل شركة فلاي دبي، وكذلك الخدمات المقدمة عادةً للركاب على هذه الوجهات ما عدا تلك التي تتضمن بيع المشروبات الكحولية ولحم الخنزير، ومنتجات التبغ. وسيُمكن الأمين (نيابة عن حملة الصكوك) من بيع هذه الحقوق في الفترة المحددة. ويتم قياس هذه الحقوق بكيلومترات المقاعد المتاحة، على أن يكون ثمن الوحدة ٠,٠٥١٨ دولار أمريكي، وتُباع ٨,٣٩٣,٤٨٦,٦٥٤ وحدة بكيلومترات المقاعد المتاحة على أساس حقوق السفر المخصصة، وإضافة إلى ذلك تباع ١,٢٥٩,٠٢٢,٩٩٨ وحدة بكيلومترات المقاعد المتاحة على أساس حقوق السفر الإضافية، وبالتالي يصبح الثمن الإجمالي المستحق للأمين هو ٤٩٩,٩٩٩,٩٩٩,٩٧ دولار أمريكي، وهذا يعني فارق طفيف يبلغ ٠,٠٣ دولار أمريكي بين متحصلات الإصدار (٥٠٠ مليون دولار أمريكي) والتمن الذي تم توظيف المتحصلات فيه. وبناءً على البيانات الواردة في نشرة الإصدار، فإن السعة الإجمالية لشركة فلاي دبي لعام ٢٠١٣ م هي ١٦ مليار كيلومتر المقاعد المتاحة، وهذا يعني أن ما سيتم بيعه من قبل شركة (فلاي دبي) على مدار عمر الصكوك يمثل نصف السعة السنوية للشركة عند وقت الإصدار.

اتفاقية وكالة الخدمات

يقوم الأمين (نيابة عن حملة الصكوك) بموجب اتفاقية وكالة الخدمات بتعيين شركة فلاي دبي كوكيل الخدمات، وذلك لإدارة حقوق السفر المخصصة والتي لم يتم بيعها حتى الآن لطرف ثالث وتعرف بحقوق السفر القائمة.

وبموجب الاتفاقية، يتعين على وكيل الخدمات أن يبيع حقوق السفر المخصصة بالحد الأدنى لثمن البيع الذي يبلغ ٠,٠٧٠٨٢ دولار أمريكي لكل كيلومتر المقاعد المتاحة، وبالتالي فإن حقوق السفر المخصصة تُدر إيراداً يبلغ ٥٩٤,٤٢٦,٧٢٤,٨٤ دولار أمريكي.

تلتزم شركة فلاي دبي بإشعار الأمين في حال لم يتم بيع كامل حقوق السفر المخصصة أو البيع بتمن أقل من الحد الأدنى للبيع. وفي حال تم بيع حقوق السفر المخصصة بتمن أقل من الحد الأدنى للثمن البيع، فإن شركة

فلاي دبي تلتزم بتعويض الأمين بالفارق بين (أ) حصيلة مبيعات حقوق السفر المخصصة (الفعلية) و(ب) إجمالي الحد الأدنى لثمن بيع حقوق السفر المخصصة. فمن المقرر أن تباع حقوق السفر المخصصة بـ (٠,٠٧٠,٨٢) دولار أمريكي لكل كيلومتر المقاعد المتاحة، فإذا بيعت مثلاً ٤٠ مليون كيلومتر المقاعد المتاحة بـ (٠,٠٧) دولار أمريكي، فعلى شركة فلاي دبي أن تدفع إلى الأمين (٣٢,٨٠٠) دولار أمريكي على سبيل التعويض.

يبلغ معدل التوزيعات الدورية ٣,٧٧٦٪ سنوياً على أن يكون التوزيع الدوري في اليوم السادس والعشرين من شهر مايو وشهر نوفمبر من كل عام إلى أن يتم تصفية الشهادات.

يترتب على شركة فلاي دبي أن يدير حسابين بموجب اتفاقية وكالة الخدمات: (أ) حساب التجميع الذي تحوّل إليه المبالغ الناتجة من توزيع وبيع حقوق السفر المخصصة، و(ب) حساب الاحتياطي الذي يتم تحويل ما زاد عن مبالغ التوزيع الدورية. يحق لشركة فلاي دبي أن يخصم المبالغ المتوافرة من حساب الاحتياطي شريطة أن يتم إعادة إيداع المبالغ المسحوبة في حال تطلب الأمر من أجل سداد مبلغ العجز أو أية مبالغ المطلوب سدادها لحملة الشهادات. وكذلك تستحق فلاي دبي المبالغ الموجودة في حساب الاحتياطي بعد سداد ما ترتب في تاريخ التصفية، ويكون الرصيد المتوافر على سبيل رسم الحافز لوكيل الخدمات.

التعهد بالشراء

في تاريخ الإصدار، تقدم شركة فلاي دبي تعهداً بشراء جميع أو بعض حقوق السفر القائمة وحقوق السفر الإضافية من الأمين. فعلى سبيل المثال، لم تتمكن شركة (فلاي دبي) من بيع مليون كيلومتر المقاعد المتاحة، فعندئذ تلتزم الشركة بشراء حقوق السفر القائمة (أي المملوكة للأمين وغير المباعة لطرف ثالث).

وفي حال كان استخدام التعهد بالشراء بسبب حدث التصفية، فإنّ سعر التنفيذ يكون مساوياً لـ(إجمالي حقوق السفر القائمة وحقوق السفر الإضافية) مضروباً بالحد الأدنى لثمن البيع. فمثلاً، إذا تمت تصفية الشهادات عند بداية عمر الصكوك فإنّ ٩,٦٥٢,٥٠٩,٦٥٢,٠٠ كيلومترات المقاعد المتاحة سيتم بيعها بثمن إجمالي يعادل ٦٨٣,٥٩٠,٧٣٣,٥٥ دولار أمريكي وهو ١٣٧٪ من القيمة الاسمية للشهادة.

وفي حال كان استخدام التعهد بالشراء بسبب عدم تمكن شركة فلاي دبي (بصفقتها وكيل الخدمات) من بيع بعض حقوق السفر المخصصة خلال فترة التوزيع ذات الصلة، فإنّ الحقوق غير المباعة يتم بيعها وفق سعر تنفيذ يعادل فائض الحقوق المخصصة مضروباً بالحد الأدنى لثمن البيع.

وفي حال كان استخدام التعهد بالشراء من قبل الأمين بسبب تغيير في إدارة شركة فلاي دبي، إن سعر التنفيذ لبيع حقوق السفر القائمة يعادل مبلغ القيمة الاسمية للشهادات التي تم استردادها مضافاً إليه مبالغ التوزيع الدوري المستحقة غير المدفوعة.

التعهد بالبيع

في تاريخ الإصدار، يقدم الأمين تعهداً ببيع جميع أو بعض شهادات الصكوك إلى الأمين وقد يكون ذلك بسبب حدث ضريبي أو بسبب إطفاء الشهادات.

في حال تم استخدام التعهد بالبيع من قبل شركة (فلاي دبي) بسبب حدث ضريبي فإنَّ سعر التنفيذ سيكون مساوياً لإجمالي القيمة الاسمية للشهادات مضافاً إليه مبالغ التوزيع الدوري المستحقة غير المدفوعة.

في حال تم استخدام التعهد بالبيع من قبل شركة (فلاي دبي) بسبب إطفاء شهادات الصكوك، فإنَّ عدد الشهادات المطفئة سيكون إجمالي القيمة الاسمية للشهادات المراد إطفائها مقسوماً بالحد الأدنى لثمن البيع.

المبحث الثالث: المسائل الشرعية ومعالجتها في الإصدارات بشكل عام

أولاً: من المهم النظر في التكيف الفقهي لشراء حقوق السفر التي يتم احتسابها بكيلومترات المقاعد المتاحة، فهل يمكن اعتبارها منفعة موصوفة في الذمة لأنَّ الخدمة (وهي محل العقد) لم تتعين (مثلاً: السفر من لندن إلى نيويورك على متن درجة الأعمال)؟ وفي هذا الحال لا يمكن تداول الصكوك التي تمثل ملكية مشاعة في منفعة موصوفة في الذمة لأنها دين.

وكذلك فإنَّ المنفعة غير موصوفة بالتحديد، فلا يعلم مقدم الخدمة وجهات السفر مسبقاً، ففي فترة خمس سنوات المقبلة، أي عُمر الصكوك، لعله يتم إضافة وجهات سفر جديدة، أو تُلغى البعض، وكذلك غير معروف ما هي درجات السفر للركاب ومستخدمي خدمات الطائرة، وفي بعض الأحيان تقوم شركات الطيران بالاشتراك مع شركات الطيران الأخرى سواء كأصيل أو وكيل.

ومن جهة أخرى إذا اعتبرنا أنَّ محل البيع هي كيلومترات المقاعد المتاحة وليست منفعة سفر الركاب، فإنَّ كيلومترات المقاعد المتاحة التي تمثل منفعة النقل لا يتم قبضها من قبل الأمين عند الإصدار، فلا يتصور تحقق التمكين من البائع (أي مقدم الخدمة) والتخلية للمشتري (الأمين نيابة عن حملة الصكوك)، لأنَّ هذا الكم الضخم من كيلومترات المقاعد المتاحة سيتم بيعها لصالح الأمين (نيابة عن حملة الصكوك) عبر السنوات الخمس التي تمثل عمر الصكوك.

فإذا كانت كيلومترات المقاعد المتاحة موصوفة وغير معينة (مثلاً ١٠,٠٠٠ كيلومتر من دبي إلى الرياض)، ففي هذه الحالة قد يُكَيَّف البيع بأنه سَلماً على منفعة النقل، وقد استوفى شرط السداد عند إبرام البيع، ولكن يبقى إشكال تداول مثل هذه الصكوك لأنها تمثل محل سلم قبل تسليمها وهو دين.

وإذا اعتبرنا أن مجرد تحديد منفعة السفر من مقدم الخدمة يجعلها معينة، فيصح تداول الصكوك التي تمثل هذه المنفعة، ويعتبر الأمين (نيابة عن حملة الصكوك) قابضاً لكيلومترات المقاعد المتاحة عند الإصدار، ويصح لمقدم الخدمة بيعها إلى عملائه.

ثانياً: تتضمن صكوك الخدمات على وكالة الخدمات حيث يلتزم مقدم الخدمة بتقديم بعض الخدمات إلى الأمين (نيابة عن حملة الصكوك)، ويصح في وكالة الخدمات ما لا يصح في وكالة الاستثمار، فيمكن لوكيل الخدمات ضمان القيمة الاسمية عند الاطفاء أو التصفية المقررة، وكذلك يحق له تضمين العوائد والأرباح. ويشترط لوكيل الخدمات بالألّا يقوم بأي عمل أو نشاط ذي طابع استثماري لصالح الطرف الأصيل، بل يكفي القيام بأعمال تشغيلية أو روتينية التي لا تؤثر على العائد الناتج من محل وكالة الخدمات. وإذا تم اعتبار أعمال توزيع وبيع الخدمة من مقدم الخدمة بأنها خدمة روتينية وليست استثمارية فتستوفي متطلبات وكالة الخدمات.

ثالثاً: عند شراء كيلومترات المقاعد المتاحة فإنّ ضمانها ينتقل إلى الأمين (نيابة عن حملة الصكوك) عند تسليمها له، ويتم بيع الخدمة المشتراة عبر مُقدِّم الخدمة (بصفته وكيل الخدمات) إلى عملائه. ولا يتحمل وكيل الخدمات شرعاً أي ضمان أو مخاطرة في حال تعرضت الخدمة إلى عطل أو عطب ما لم يكن نتيجة تعدٍ أو تقصير من مقدم الخدمة نفسه. ففي هذه الحالة يتحمل الأمين (بصفته مشتري الخدمة من مُقدم الخدمة) المخاطر الناجمة من تسليم الخدمة وتوفيرها. ولعل الحل العملي يكون بتفويض مقدم الخدمة في حال النزاعات القانونية أو التجارية مع عملاء مقدم الخدمة.

رابعاً: يُذكر في اتفاقية بيع الخدمات عن عدد كيلومترات المقاعد المتاحة التي يتم بيعها من قبل مقدم الخدمة إلى الأمين (نيابة عن حملة الصكوك)، ولكن في حال عدم فصل الخدمة المُسلَّمة سواء عند إبرام العقد أو خلال فترات التوزيع الدوري، فينتج عنه خلط الضمانين: ضمان مقدم الخدمة بصفته مالك كيلومترات المقاعد المتاحة وضمانه بصفته وكيل الخدمات نيابة عن الأمين. وعدم معرفة كمية كيلومترات المقاعد المتاحة التي تم بيعها لصالح الأمين (نيابة عن الأمين) قد يفضي إلى النزاع بين الطرفين بسبب الجهالة في تعيين الحل.

خامساً: الأصل أن وكيل الخدمات لا يقوم بتضمين العوائد والإيرادات خلال فترة وكالته، فلا يتعهد بشراء كيلومترات المقاعد المتاحة غير المباعة خلال فترة التوزيع بالحد الأدنى لثمن البيع، وكذلك لا يقوم وكيل الخدمات بتعويض مبلغ العجز إذا نقص المبلغ القابل للتوزيع عن مبلغ التوزيع الدوري. ويمكن معالجته عبر إضافة المبلغ المراد تحصيله في سعر التنفيذ عند التصفية أو الاطفاء.

سادساً: تستعرض نشرة الإصدار في قسم عوامل المخاطر أنواعاً مختلفة من المخاطر التي قد يتعرض لها مقدم الخدمة والشهادات بصفة عامة. وتتضمن هذه المخاطر: انخفاض الطلب، وتقلب في أسعار الوقود، والأنماط الموسمية غير المتوقعة، ومخاطر النمو، ومخاطر الإصابات الشخصية، ومخاطر التعطيل الفني، وأسعار العملات الأجنبية، ومخاطر التوظيف. وينبغي أن تذكر مخاطر الأصل المعني للصكوك (أي الخدمة المقدمة)، فإذا لم يتمكن مقدم الخدمة من تحقيق الطائرات لأسباب خارجة عن إرادته كما يحدث في الجوائح (مثل أزمة كورونا العالمية) وعوامل القوة القاهرة، فلا يلتزم بشراء كيلومترات المقاعد المتاحة من الأمين (نيابة عن حملة الصكوك) بالقيمة الاسمية، لأن الخدمة غير متاحة خلال هذه الفترات الاستثنائية. ويمكن معالجة هذا الأمر عبر إضافة مبلغ العجز في سعر التنفيذ عند التصفية أو الإطفاء.

ختاماً

تمثل صكوك الخدمات حلاً مجدياً لتلك الجهات التي تقدم الخدمات المختلفة مع عدم تملكها أصولاً عينية أو انخراطها في نشاط قابل للمشاركة. ومع ذلك يمكن النظر في المعالجات الشرعية المقترحة، سواء فيما يتعلق بتعيين محل البيع، ومشروعية تداول الصكوك في حال اعتبار المبيع موصوف بالذمة، وضمان القيمة الاسمية من قبل وكيل الخدمات الذي يقوم بدور نشط يحاكي دور وكيل الاستثمار، وتضمن العوائد في حال كان أداء الخدمة ذات الصلة خارجاً عن سيطرة مقدم الخدمة. ويمكن معالجة هذه القضايا عبر مراقبة وحدات الخدمة المباعة إلى حملة الصكوك (عبر الأمين)، وإفرازها عن بقية وحدات الخدمة التي ما زالت في ملكية مقدم الخدمة، وبهذا الأمر يتحقق فصل الضمان درءاً للجهالة المفضية للنزاع، وكذلك ينحصر دور مقدم الخدمة على تشغيل الخدمة، وإذا حدث عجز فيضاف في سعر التنفيذ، وكذلك ينبغي تفويض مقدم الخدمة لتمثيل حملة الصكوك في حال حدوث نزاع على الخدمة المقدمة إلى عملاء مقدم الخدمة.

حكم خلط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال الوعاء العام في البنوك التقليدية ذات النوافذ الإسلامية

بحث مقدم هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي)

إعداد : أ.د. سعد بن تركي الخثلان

أستاذ الدراسات العليا بكلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض

رئيس مجلس إدارة الجمعية الفقهية السعودية

٢٠٢١/هـ ١٤٤٣ م



حكم خلط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال الوعاء العام في البنوك التقليدية

ذات النوافذ الإسلامية

الحمد لله رب العالمين، أكمل لنا الدين، وأتم علينا النعمة، ورضي الإسلام لنا ديناً، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن نبينا محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه والتابعين ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد:

فبناء على طلب الإخوة في هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) قمت بإعداد هذا البحث بعنوان "خلط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال الوعاء العام في البنوك التقليدية ذات النوافذ الإسلامية"، ولا يخفى أهمية هذا الموضوع؛ فهو يحكي واقعاً عملياً مشاهداً؛ حيث لا تكاد تجد بنكاً تقليدياً في عصرنا الحاضر إلا وله نوافذ إسلامية، مما يستدعي البحث فيما يتعلق بمسائل هذه النوافذ، وبيان مواطن الإشكالات والمخالفات فيها، والعمل على إيجاد الحلول والبدائل الشرعية التي يستطيع من خلالها المتعاملون مع هذه النوافذ أن يأمنوا على أموالهم واستثماراتهم، في أنها تسير وفق تعاليم ديننا الإسلامي الحنيف، بعيداً عن التعاملات الربوية وغيرها من المعاملات المحرمة في البنوك التقليدية.

ولا شك أن استثمار الأموال أضحى في هذا العصر من الحاجات التي لا تنفك عنها الحكومات والمؤسسات، بل وحتى الأفراد، وللاستثمار قنواته الكثيرة وأنشطته المتعددة، والتي منها الاستثمار في النوافذ الإسلامية التابعة للبنوك التقليدية، ولاختلاف أهداف التابع (النوافذ) عن المتبوع (البنوك التقليدية)، واختلاف ضوابط الاستثمار لكل منهما، جاء هذا البحث ليبين مواطن الاتفاق والاختلاف، ويوضح الأحكام الشرعية المتعلقة بخلط الأموال المستثمرة بين الأصل والفرع، وكانت خطة هذا البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: تعريف الفروع والنوافذ التابعة للبنوك الربوية، وأغراضها وأنواعها وضوابطها الشرعية:

المطلب الأول: تعريف الفروع والنوافذ والغرض من إنشائها وأنواعها:

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية لإنشاء الفروع والنوافذ:

المبحث الثاني: تعريف الحسابات الاستثمارية وأحكامها:

المطلب الأول: تعريف الحسابات الاستثمارية، وأنواعها:

المطلب الثاني: أحكام إنشاء حسابات استثمارية في البنوك الربوية:

المطلب الثالث: حكم خلط أموال الحسابات الاستثمارية بأموال البنك الربوي:

المطلب الرابع: حساب الأرباح والخسائر وتوزيع النفقات والمصروفات:

المبحث الثالث: تعريف صكوك الشق الأول من رأس المال بصيغة المضاربة، وحكم إصدارها:

المطلب الأول: تعريف صكوك الشق الأول من رأس المال:

المطلب الثاني: حكم إصدار صكوك الشق الأول في البنوك الربوية:

وأسأل الله تعالى الإعانة والتوفيق ،،

أ.د سعد بن تركي الخثلان

أستاذ الدراسات العليا بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية

رئيس الجمعية الفقهية السعودية

المبحث الأول: تعريف الفروع والنوافذ التابعة للبنوك التقليدية وأغراضها، وضوابطها الشرعية المطلب الأول: تعريف الفروع والنوافذ والغرض من إنشائها وأنواعها

الفروع لغة جمع فرع، وفرع كل شيء أعلاه^(١)، والنوافذ في اللغة جمع نافذة، وهي مؤنث من نافذ، اسم فاعل من نفذ، والنفذ جواز الشيء والخلوص منه ورجل نافذ في أمره ماض في جميع أمره^(٢). ولعل أجمع ما قيل في تعريفها اصطلاحاً أنها: "كيان مالي مملوك لبنك تقليدي، مستقلة في نشاطها عن نشاطات البنك الأم، تقوم بجذب المدخرات واستثمارها وتقديم الخدمات المصرفية طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية تحت رقابة هيئات شرعية مختصة، وفي ظل القوانين النافذة"^(٣).

أما الغرض الرئيس من إنشاء هذه الفروع والنوافذ، فهو رغبة هذه البنوك للتحويل من التعامل بالربا إلى التعامل بالمنتجات الإسلامية. فإذا أراد أحد البنوك التقليدية التحويل إلى المصرفية الإسلامية، فإن أولى خطوات ذلك هو تحويل الفروع التقليدية إلى إسلامية، أو إنشاء فروع إسلامية، ويتلو ذلك ويسبقه عدد من الخطوات، حتى يتحول البنك بشكل كامل إلى بنك إسلامي، وهذا هو الهدف الوحيد الذي سيكون السبب في الحث على التعامل مع مثل هذه البنوك؛ تشجيعاً لها على تحولها^(٤). وبناءً على ما سبق فيمكن القول بأنها على نوعين^(٥):

١. فروع إسلامية: وهي أن يخصص البنك التقليدي أحد فروعه للتعامل بمنتجات إسلامية بشكل كامل.

٢. نوافذ إسلامية: وهي أن يخص جزء من الفرع التقليدي للتعامل بمنتجات إسلامية.

(١) لسان العرب (٣٣٩٣/٥).

(٢) لسان العرب (٤٤٩٦/٦).

(٣) ينظر: دراسة واقع فتح نوافذ إسلامية في البنوك التجارية، لسندس ريجان باهي، ص(٤٤).

(٤) ينظر: دراسة واقع فتح نوافذ إسلامية في البنوك التجارية، لسندس ريجان باهي، ص(٥١).

(٥) الضوابط الشرعية لنوافذ المعاملات الإسلامية في البنوك التقليدية، لصالح مفتاح، لمعاري فريدة، ص(٤)، الفروع الإسلامية التابعة للمصارف الربوية دراسة في ضوء الاقتصاد الإسلامي لفهد الشريف ص(١٢).

المطلب الثاني: الضوابط الشرعية لإنشاء الفروع والنوافذ

يمكن إجمال أهم الضوابط الشرعية للنوافذ أو الفروع الإسلامية فيما يأتي^١:

١. أن يكون لها هيئة شرعية مستقلة، تفتي في جميع منتجات الفرع أو النافذة، وتراقب جميع أعمالها.
٢. أن تكون مستقلة من الناحية الإدارية.
٣. أن تكون مستقلة من الناحية المالية، ألا تخلط أموال حسابات عملائها مع أموال حسابات بقية عملاء البنك التقليدي.
٤. أن تكون ملتزمة في جميع أنشطتها وبرامجها وسياساتها وعقودها بأحكام الشريعة الإسلامية.

^١ ينظر: تقويم المؤسسات التطبيقية للاقتصاد الإسلامي - النوافذ الإسلامية للمصارف التقليدية، لسعيد المرطان، ص(١٦)، الضوابط الشرعية لإنشاء البنوك التقليدية نوافذ ووحدات إسلامية، للغريب ناصر، ص(٤)، الضوابط الشرعية لإنشاء البنوك التقليدية فروع ونوافذ إسلامية، لأحمد محيي الدين أحمد، ص(٨-١٥)، إنشاء النوافذ الإسلامية في البنوك التقليدية في فلسطين «الفرص والتحديات»، لسهى مفيد أبو حفيظة، وأحمد سفيان تشي عبد الله، ص(٤٣)، الضوابط الشرعية لنوافذ المعاملات الإسلامية في البنوك التقليدية، لصالح مفتاح، ومعارفي فريدة، ص(٦)، قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي (من الندوة الأولى وحتى الثلاثين) الفتوى رقم (٥/٢٠) ص(١٥٩).

المبحث الثاني: تعريف الحسابات الاستثمارية وأحكامها المطلب الأول: تعريف الحسابات الاستثمارية، وأنواعها

الحسابات الاستثمارية، هي: أوعية تودع فيها المبالغ التي تتلقاها المؤسسة من المستثمرين على أساس المضاربة المشتركة أو الوكالة بالاستثمار، ويفوض أصحابها المؤسسة باستثمارها في أنشطة مباحة شرعاً^(١). ويمكن تصنيف الحسابات الاستثمارية وفقاً لعدة اعتبارات، من أبرزها:

أولاً: أنواع الحسابات الاستثمارية من حيث العلاقة التعاقدية بين البنك وعمالته، وتصنف بهذا الاعتبار إلى نوعين^(٢):

١. **حسابات المضاربة:** وهي أوعية تقوم على تفويض العميل للمصرف باستثمار أمواله على أساس عقد المضاربة، والتي يكون فيها العميل (رباً للمال) والمصرف (مضارباً)، ويستحق المصرف فيها -مقابل إدارته للأموال- نسبة مشاعة من الأرباح.

٢. **حسابات الوكالة بالاستثمار:** وهي أوعية تقوم على تفويض العميل للمصرف باستثمار أمواله على أساس عقد الوكالة، والتي يكون فيها العميل (موكلاً) والمصرف (وكيلاً)، ويستحق المصرف فيها -مقابل إدارته للأموال- مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من رأس المال.

ثانياً: أنواع الحسابات الاستثمارية من حيث تصرفات المصرف (العامل)، وتصنف بهذا الاعتبار إلى نوعين^(٣):

١. **حسابات الاستثمار المطلقة:** وهي الأوعية التي يودع فيها العميل المبلغ مع تفويض المصرف باستثماره في عموم أنشطة البنك وأعماله، ويترتب على ذلك استحقاق العميل لنسبة معينة من الأرباح الناتجة عن جميع أعمال المصرف وأنشطته.

(١) المعيار الشرعي رقم (٤٠) بشأن: (توزيع الربح في الحسابات الاستثمارية على أساس المضاربة)، البند (١/٢)، بتصرف.

(٢) ينظر: الحسابات الاستثمارية وتوزيع الربح، لعبدالستار أبو غدة، ضمن بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، الجزء العاشر (ص ١٠)، العوامل التي تحدد توزيع الأرباح على المودعين في البنوك الإسلامية ونموذج بنك الإنماء في احتساب الربح في حال خلط أموال المضاربة بأموال المضارب، لعبدالباري مشعل ص (٦-٧).

(٣) ينظر: الخدمات الاستثمارية في المصارف الإسلامية، ليوسف الشبيلي (١/١٢٦-١٢٧)، الحسابات الاستثمارية لدى المصارف الإسلامية، لبدر الزامل ص (٥٥-٥٦)

٢. حسابات الاستثمار المقيدة: وهي الأوعية التي يودع فيها العميل المبلغ مع التزام المصرف باستثماره في نشاط أو أنشطة محددة يختارها العميل، ويترتب على ذلك استحقاق العميل لنسبة معينة من الأرباح الناتجة عن تلك الأنشطة المحددة دون بقية أعمال المصرف وأنشطته.

المطلب الثاني: أحكام إنشاء حسابات استثمارية في البنوك التقليدية

نظراً لأن الصيغة التعاقدية التي تبني عليها حسابات الاستثمار تتمثل في عقود المشاركة - كالمضاربة - وما أشبهها - كالوكالة بالاستثمار - فإن حكم إنشائها يبنى على أحكام العاقدَيْن في باب المشاركة، فمن جازت مشاركته جاز إنشاء الحسابات الاستثمارية عنده، ومن لم تجز مشاركته لم يجز إنشاء الحسابات الاستثمارية عنده، ومن أقرب المسائل التي يستشهد بها في هذا الصدد هي مسألة مشاركة الكافر. والكلام عن مشاركة الكافر وحكمها وشرطها ينطبق من باب أولى على مشاركة المسلم الذي لا يتورع عن الحرام، كما هو الحال في المؤسسات المالية التقليدية؛ لأن العلة واحدة^(١)، وقد أشار إلى ذلك الخطيب الشربيني في قوله: "ويكره مشاركة الكافر ومن لا يحتز عن الربا ونحوه وإن كان المتصرف مشاركهما ..."^(٢).

وقد اختلف الفقهاء في حكم مشاركة الكافر وقبل عرض الخلاف يحسن أولاً تحرير محل الخلاف :

- اتفق الفقهاء على تحريم المشاركة في المعاملات المحرمة كالربا ونحوه، وأن العقد فيها فاسد، قال الموفق ابن قدامة رحمه الله: "ما يشتريه أو يبيعه من الخمر بمال الشركة أو المضاربة فإنه يقع فاسداً وعليه الضمان؛ لأن عقد الوكيل يقع للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر والخنزير، فأشبه ما لو اشترى به ميتة، أو عامل بالربا"^(٣)، وقال ابن القيم: "وما باعوه واشتروا بمال الشركة فالعقد فيه فاسد؛ فإن الشريك وكيل، والعقد يقع للموكل، والمسلم لا يثبت ملكه على الخمر"^(٤).

- واختلف الفقهاء في حكم مشاركة الكافر في المعاملات المباحة على قولين:

(١) أثر المخالفات الشرعية والنظامية في عقود الشركات، لتركبي الحيحي ص(١١٩-١٢٢) بتصرف، ينظر: التبادل المالي بين المصارف الإسلامية والمصارف الأخرى، لفهد الحمود ص(٦٦)، الفروع الإسلامية التابعة للمصارف الربوية دراسة في ضوء الاقتصاد الإسلامي، لفهد الشريف ص(٢٩).

(٢) مغني المحتاج (٢/٢١٣).

(٣) المغني (٤/٥).

(٤) أحكام أهل الذمة (١/٥٦٠).

القول الأول: ذهب الجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة والظاهرية^(١) إلى أن المشاركة جائزة في الأصل، على اختلاف بينهم في شروط الجواز.

فشرط الجواز عند أبي حنيفة، ومحمد بن الحسن، أن تكون الشركة في غير شركة المفاوضة^(٢)؛ لأن شركة المفاوضة من شرطها التساوي في التصرف، وهذا غير موجود بين المسلم والكافر؛ خلافاً لأبي يوسف حيث أجازها مع الكراهة، واشترط المالكية ألا يغيب الكافر في شيء من العمل عن المسلم، فإن غاب منعت الشركة ابتداءً، وصحت بعد الوقوع، واشترط الحنابلة أن يكون المسلم هو الذي يلي العمل، وهو في معنى شرط المالكية. جاء في شرح تنوير الأبصار: "فلا تصح مفاوضة - وإن صحت عناناً - بين مسلم وكافر.. وأجازها أبو يوسف مع اختلاف الملة مع الكراهة" ثم علّل ذلك ابن عابدين في الحاشية: "لأن الكافر لا يهتدي إلى الجائز من العقود"^(٣).

وجاء في المدونة: "في شركة المسلم النصراني والرجل المرأة قلت: أتصلح شركة النصراني المسلم، واليهودي المسلم في قول مالك؟ قال: لا، إلا أن يكون لا يغيب النصراني واليهودي على شيء، في شراء ولا بيع ولا قبض ولا صرف ولا تقاضي دين إلا بحضرة المسلم معه، فإن كان يفعل هذا الذي وصفت لك وإلا فلا"^(٤). وقال الموفق ابن قدامة رحمه الله: "قال أحمد: يشارك اليهودي والنصراني ولكن لا يخلو اليهودي والنصراني بالمال دونه، ويكون هو الذي يليه"^(٥).

وقال ابن حزم رحمه الله: "ومشاركة المسلم للذمي جائزة، ولا يحل للذمي من البيع والتصرف إلا ما يحل للمسلم"^(٦).

القول الثاني: ذهب الشافعية إلى الكراهة مطلقاً، حتى ولو كان التصرف بيد المسلم، وعللوا ذلك بكون الكافر قد يتعامل بالحرام كالربا والخمر، ولكون ما لهم غير طيب، لتعاملهم بالحرمات. قال النووي رحمه الله: "وتكره مشاركة الذمي ومن لا يحتز من الربا ونحوه"^(٧).

(١) ينظر: رد المختار على الدر المختار (٤٧٠/٦)، شرح فتح القدير (١٥٠/٦)، المدونة (٧٠/٥)، شرح الزرقاني على خليل (٧٤/٦)، المغني (١٠٩/٧) - (١١٠)، كشف القناع (٤٧٧/٨)، المحلى (٢٦٢/٧)، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، لديان الديان (٦١/١٤).

(٢) وهي عند الحنفية: "الشركة التي تقوم على أساس المساواة بين الشريكين في التصرف والمال والدين، وتكون في جميع التجارات، كما يفوض كل واحد منهما أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق". الشركات في الفقه الإسلامي، لرشاد خليل ص(١١٨)، ينظر: المبسوط للسرخسي (١٥٢/١١)، بدائع الصنائع للكاظمي (٥٨/٦).

(٣) رد المختار على الدر المختار (٤٧٠/٦).

(٤) المدونة (٧٠/٥).

(٥) المغني (١١٠-١٠٩/٧).

(٦) المحلى (٢٦٢/٧).

(٧) روضة الطالبين (٥١٠/٣)، وينظر: المهذب للشيرازي (٣٤٥/١).

وجاء في حاشية الغرر البهية: "لكن تكره الشركة مع الكافر ومن لا يحتز عن الحرام وإن قلّ فيما يظهر؛ لأنه هنا يسري إلى جميع ماله، بخلاف معاملته بغير شركة فاخصت كراهتها بمن أكثر ماله حرام"^(١).

• الترجيح:

الراجح والله أعلم هو ما ذهب إليه الجمهور من إباحة مشاركة الكافر؛ لما جاء في الصحيحين من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن "رسول الله (ص) عامل أهل خير بشر ما يخرج منها من ثمر أو زرع"، وفي رواية مسلم "أن رسول الله (ص) دفع إلى يهود خير نخل خير وأرضها على أن يعتملوها من أموالهم ولهم شطر ثمرها"^(٢)، فهذه مشاركة بين النبي (ص) واليهود على العمل في الأرض، فالعمل من اليهود، والأرض من النبي (ص)، والزرع والثمر الناتج يقتسم مناصفة بينهما.

قال ابن حزم رحمه الله: "واتفقوا أن مبايعة أهل الذمة فيما بينهم وفيما بينهم وبيننا - ما لم يكن رقيقهم أو عقارهم أو ما جرت عليه سهام المسلمين من السي - إذا وقع على حكم ما يحل ويحرم في دين الإسلام علينا فإنه جائز"^(٣).

ولا يشكل على الجواز قول الله تعالى: {وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ}^(٤)، لأن الآية جاءت بالأمر باجتنب التعاون على الإثم والعدوان، لا بشأن التعامل بما لا يترتب عليه إثم أو عدوان، ويدل على ذلك تعامل النبي (ص) مع اليهود كما سبق في حديث ابن عمر^(٥).

واشترط بعض الفقهاء ألا يلي الكافر أمر الشركة خوفاً من الوقوع في الكسب المحرم، وأما عند التحرز - بأن يؤمن منه ذلك - فالأصل الجواز، ولا يلزم وجود الشرط^(٦).

وبناء عليه فإن وجود هيئة شرعية تشرف على نشاط حسابات الاستثمار الإسلامية إفتاء ورقابة يحقق المقصود من هذا الشرط، وهو التحرز عن الوقوع في الحرام، وذلك بأن تحدد تلك الهيئة المعاملات والعقود والأدوات المالية التي يجب على مدير حسابات الاستثمار في المؤسسة المالية التقليدية الاقتصار عليها، والضوابط الشرعية التي يجب عليه تحقيقها، وأن تتأكد من التزامه وتطبيقه لذلك بشكل دوري.

(١) الغرر البهية مع الحاشية للشريبي (٤٦٩/٥).

(٢) أخرجه البخاري في كتاب الحرث والمزاعة ح(٢٣٢٨)، ومسلم في كتاب البيوع ح(١٥٥١).

(٣) مراتب الإجماع ص(٩٠).

(٤) [المائدة: ٢].

(٥) ينظر: عقد الوكالة بالاستثمار، لطلال الدوسري ص(٤٣٠-٤٣١) التبادل المالي بين المصارف الإسلامية والمصارف الأخرى، لفهد الحمود ص(٦٨).

(٦) ينظر: المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، لديان الديان (٦٤/١٤)، أثر المخالفات الشرعية والنظامية في عقود الشركات، لتركبي يحيى ص(١١٩-١٢٢).

المطلب الثالث: حكم خلط أموال الحسابات الاستثمارية بأموال البنك التقليدي

إذا تقرر جواز إنشاء حسابات الاستثمار الإسلامية في البنك التقليدي بالضوابط المذكورة فإن ذلك يقتضي دفع المبالغ إليه من قبل أصحاب تلك الحسابات، فما حكم قيام البنك التقليدي بخلط تلك الأموال بأموال البنك عموماً، أو بأموال الودائع الربوية على وجه الخصوص، سواء كان ذلك الخلط ناشئاً عن^(١): أ- تملك البنك التقليدي لنافذة إسلامية، أو: ب- رغبة البنك التقليدي بالتحويل إلى بنك إسلامي، أو: ج- اندماج البنك الإسلامي مع بنك تقليدي.

اختلف الباحثون في ذلك على اتجاهين:

الاتجاه الأول: جواز خلط أموال حسابات الاستثمار الإسلامية بأموال البنك التقليدي بشرط التأكد من أن الأصول الإسلامية مساوية أو أكثر من مجموع ما تلقاه البنك من أموال^(٢)، وذهب إلى هذا الاتجاه عدد من المعاصرين^(٣).

مستندات الاتجاه:

المستند الأول: أن الفقهاء اختلفوا في النقود، هل تتعين بالتعيين أم لا؟ فذهب الجمهور إلى أنها تتعين بالتعيين^(٤)، وذهب الحنفية إلى أنها لا تتعين بالتعيين^(٥)، ومعنى عدم تعيينها بالتعيين أنها في الذمة^(٦)، وهذا هو القول الراجح، وقد اختاره جمع من المحققين من أهل العلم، وبناء عليه فإن البنك التقليدي إذا تسلم مبالغ حسابات الاستثمار الإسلامية فإنه لا يلزمه الاستثمار بأعيان تلك المبالغ، وإنما يلزمه الاستثمار بمقدارها ولو كان من أموال أخرى،

(١) ينظر: حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي، عصام العنزي، ضمن أبحاث ندوة المستقبل العمل المصرفي الثانية عشرة، ص(٥٤).

(٢) وعملية التأكد هذه متاحة لكافة البنوك عن طريق نظامها الآلي الذي يبين في كل لحظة الأصول والخصوم ويصنفها بحسب أنواعها، فإذا ظهر في جانب الخصوم (المطلوبات) أن حصيلة حسابات المضاربة هي مثلاً 100 مليون وظهر في قائمة الأصول أن الأصول الإسلامية هي 150 مليون فهذا يعني ما يلي:

أ. أن كامل حصيلة حسابات المضاربة قد جرى استخدامها لتوليد أصول إسلامية (100 مليون).

ب. أن جزءاً من موارد البنك الأخرى قد جرى استخدامه في توليد أصول إسلامية (50 مليون).

ينظر: حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي، لمحمد القري، ضمن أبحاث ندوة المستقبل العمل المصرفي الثانية عشرة، ص(٢٧).

(٣) ينظر: حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي ص(٢٧، ٣٦).

(٤) ينظر: الذخيرة للقرافي (٤٧٩/٥)، المجموع (٢٦٩/٩)، تحفة المحتاج (٢٠٣/١٤)، المغني (١٠٣/٦)، الإنصاف مع الشرح الكبير (١٢٧/١٢)، الموسوعة الفقهية الكويتية (٤٣/١٣).

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (٥٤٧/٧)، رد المحتار (١٥٣/٥)، الموسوعة الكويتية (٣٠/١٥).

(٦) حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي ص(٣٦).

ويترتب على ذلك جواز خلط تلك المبالغ بعموم أموال البنك ، لأنه لا معنى لفصلها، فالاستثمار ثبت في ذمته لا في أعيان تلك المبالغ.

المستند الثاني: أن الفصل غير ممكن من الناحية العملية، لأن عزل أرصدة حسابات المضاربة عن بقية أموال البنك أمر غاية في الصعوبة ولا يتوافق مع المعايير المحاسبية والمالية^(١).

المناقشة: أنه لا يسلم بذلك، بل يمكن عزل أوعية حسابات الاستثمار محاسبياً، وهذا هو الفصل المطلوب، وهو ما ألزمت به بعض الجهات التنظيمية، كما في "إطار الحوكمة الشرعية للمصارف والبنوك المحلية العاملة في المملكة الصادرة عن البنك المركزي السعودي"^(٢)، و"تعليمات المصارف الإسلامية الصادرة عن الحكومة العراقية"^(٣)، وهو أيضاً ما طبقته عدد من البنوك في دول مجلس التعاون الخليجي، كما في حالة بنك مسقط مع الفروع الإسلامية التابعة له (ميثاق)^(٤)، وكما في حالة بنك المشرق مع الفروع الإسلامية التابعة له (المشرق الإسلامي)^(٥).

وقد ذكر سعيد المرطان في حديثه عن تجربة البنك الأهلي في تقديم الخدمات المصرفية الإسلامية أنه: "تحقيقاً لمبدأ الفصل المالي والمحاسبي فقد تم تعريف الإدارة الإسلامية في النظام المحاسبي للبنك كمركز مستقل له رقم كودي خاص به يتم بموجبه تصنيف كافة العمليات المصرفية الإسلامية من ودائع وخدمات بنكية واستثمار وتمويل إسلامي تحت حسابات أستاذ العام وأستاذ مساعد منفصلة، وهي الحسابات التي يتم عن طريقها إعداد بيانات مالية مستقلة

(١) حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي، لمحمد القري ص(٣٧).

(٢) جاء في المادة (١٧) بشأن: "عمليات النواذ الإسلامية" من إطار الحوكمة الشرعية للمصارف والبنوك المحلية العاملة في المملكة الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي في عام ٢٠٢٠ ما نصه: "بتعين على المصرف عند ممارسة نشاط المصرفية الإسلامية من خلال عمليات النواذ الإسلامية، ضمان وجود أنظمة وأدوات داخلية كافية للفصل بشكل سليم بين الموجودات ومصادر التمويل المتوافقة مع أحكام ومبادئ الشريعة من جهة، والموجودات ومصادر التمويل غير المتوافقة مع أحكام الشريعة ومبادئها من جهة أخرى، بالإضافة إلى المتطلبات الأخرى من هذا الإطار، وعند ممارسة نشاط المصرفية الإسلامية من خلال عمليات النواذ الإسلامية؛ يجب على المصرف الالتزام بالمتطلبات الآتية: ١) الاحتفاظ بسجل حسابات مستقل للعمليات المصرفية الإسلامية، وكذلك ضمان وجود سجلات محاسبية مستقلة للعمليات المصرفية الإسلامية بشكل ملائم".

(٣) جاء في المادة (١٣) بشأن: "التنظيم المالي والمحاسبي واعداد البيانات المالية وعرضها" من تعليمات المصارف الإسلامية الصادرة عن الحكومة العراقية في عام ٢٠١١ ما نصه: "الفصل المحاسبي بين الفرع والمصرف بإيجاد قسم محاسبة وسجلات ونظام محاسبي مستقل، ومستندات قيد وأوراق ثبوتية مستقلة يستخرج منها مركز مالي وحساب مصروفات وإيرادات مستقلة من غير خلط مع حسابات المصرف الأم الأخرى"، ينظر: النواذ الإسلامية في المصارف الحكومية العراقية، أحمد الدخيل، ضمن بحوث مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، العدد التاسع عشر، المجلد الثاني ص(٩٥).

(٤) جاء في قائمة المركز المالي من القوائم المالية السنوية لبنك مسقط للعام الميلادي ٢٠١٨ م.

الالتزامات وحقوق المساهمين			
٢٠١٣،٩٦٦	٢،٤٧٢،٤١١	١٤	٩٠١،٨٧٨
١٦،٧٧٧،٦٨٨	١٩،٤٩١،٤٧٧	١٥	٧،٥٠٤،٢١٩
٢،٤٩٣،٧٥٣	٢،٤٨٩،٥٢٣	١٥	٩٥٨،٤٦٦

(٥) جاء في قائمة المركز المالي من القوائم المالية السنوية لبنك المشرق للعام الميلادي ٢٠١٨ م.

المطلوبات وحقوق الملكية			
٢،٥٣٥،٦٤٧	١،٣١٣،٤٣٠	١٤	٢،٤٦٦،٦٣٨
١٥١،٦٩٧	٥٥٧،١٨٣	١٥	٥٧٦،٢٨٠
١٨،٨٨٩،٢٤٨	٦٩،٣٨٠،٢٠٨	١٦	١٩،٧٤٤،٥٨٤
١،٨١٨،٩١٥	٦،٦٨٠،٨٧٤	١٧	٢،٩١٢،٢٥٤

لإدارة الخدمات المصرفية الإسلامية، تشمل المركز المالي والإيرادات والمصروفات وصافي الدخل، كما أن للإدارة إستراتيجية وموازنة تقديرية و خطة عمل خاصة بها، وإن كان ذلك يتم داخلياً فقط. أما بالنسبة للجهات من خارج البنك وخاصة الجهات الرقابية (مؤسسة النقد العربي السعودي) فلم يكن ممكناً إظهار هذه النتائج منفصلة عن البنك حيث تتعامل المؤسسة مع البنك الأهلي كوحدة واحدة وكذلك حال السوق المصرفية في المملكة بصفة عامة^(١).

الاتجاه الثاني: عدم جواز خلط أموال حسابات الاستثمار الإسلامية بأموال البنك التقليدي، بل يجب فصل الأموال ذات النشاط المتوافق مع أحكام الشريعة عن الأموال ذات النشاط المحرم في وعاء مستقل له أصوله وخصومه الخاصة به، ولا يكفي التأكد من أن الأصول الإسلامية مساوية أو أكثر من مجموع ما تلقاه البنك من أموال حسابات الاستثمار الإسلامية، وذهب إلى هذا الاتجاه مجموعة من المعاصرين^(٢)، وهو ما انتهت إليه ندوة البركة العشرون.

جاء في توصيات الندوة: "ج/ لا بد لقبول التعامل مع الفروع والنوافذ والوحدات الإسلامية التي تنشئها البنوك التجارية من توافر الضوابط الآتية: ...

- إعداد مراكز مالية (قوائم مالية) مستقلة.
- يتم قبول الأموال سواء الحسابات الجارية أو الاستثمارية وتوظيفها في إطار الصيغ الإسلامية للاستثمار والتمويل، وعدم خلطها بأموال الخزينة للبنك"^(٣).

مستندات هذا الاتجاه:

المستند الأول: أن المضاربة تقتضي تحديد أصولها؛ ليتمكن تنضيضها (تنضيضاً حكماً) لمعرفة حال رأس المال من: خسارة أو سلامة لرأس المال أو تحقيق لربح، ومعرفة مقدار الربح حال تحققه، فإذا كانت الأصول شائعة مع غيرها مما تم تمويله من مصادر الأموال التقليدية، فإنه لا يمكن معرفة ما يخص أموال المضاربة من أصول وما يخص سواها، لا سيما أن أموال المضاربة (أرصدة الحسابات الاستثمارية) في تغير مستمر؛ فهي تزيد وتنقص، تودع وتسحب^(٤).

(١) ضوابط تقديم الخدمات المصرفية الإسلامية في البنوك التقليدية (تجربة البنك الأهلي التجاري السعودي)، لسعيد المرطان ص(٣٥-٣٦).
 (٢) ينظر: الفروع الإسلامية في البنوك التقليدية ضوابط التأسيس وعوامل النجاح، للطيف السرحي ص(٧)، حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي، لعصام العنزي ص(٥٤)، الضوابط الشرعية لإنشاء البنوك التقليدية فروع ونوافذ إسلامية، لأحمد محيي الدين أحمد ص(١٠)، الضوابط الشرعية لإنشاء البنوك التقليدية نوافذ ووحدات إسلامية، للغريب ناصر ص(٤).
 (٣) قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي (من الندوة الأولى وحتى الثلاثين) الفتوى رقم (٥/٢٠) ص(١٥٩).
 (٤) تعقيب على أبحاث موضوع: مسائل في عقد المضاربة المصرفية وأحكامها الشرعية في ندوة مستقبل العمل المصرفي الثانية عشرة، أسيد الكيلاني ص(٢٣).

المستند الثاني: أن عدم الفصل من تجهيل الأمانة، وقد عرف ابن نجيم التجهيل بـ: "أن لا يبين حال الأمانة التي عنده، وهو يعلم أن وارثه لا يعلم حالها"^(١)، والتجهيل موجب للضمان على المضارب "بأن تكون ديناً في تركته"^(٢)، وهذا ما نص عليه الفقهاء من مختلف المذاهب من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٣).

المنافشة: أن الفقهاء اشترطوا في التجهيل المفضي للضمان عدم بيان الأمين حال الأمانة قبل موته، والبيان إما أن يكون لورثته على قول الحنفية والمالكية؛ أو للقاضي على قول الشافعية والحنابلة^(٤).

وقد أشار بعض الفقهاء إلى أن موجب التضمين بتجهيل المضارب هو تفريطه أو تعديه على مال المضاربة بخلطه بأمواله دون تمييز، فكان بمثابة الغاصب، قال البهوتي: " (وإن مات عامل) مضاربة (أو) مات (مودع) بفتح الدال (أو) مات (وصي) على صغير أو مجنون أو سفیه (وجُهل بقاء ما بيدهم) من مضاربة وودیعة ومال محجوره (ف) هو (دين في التركة)؛ لأن الأصل بقاء المال بيد الميت واختلاطه بجملة التركة ولا سبيل إلى معرفة عينه فكان ديناً؛ ولأنه لا سبيل إلى إسقاط حق المالك ولا إلى إعطائه عيناً من التركة لاحتمال أن تكون غير عين ماله فلم يبق إلا تعلقه بالذمة، ولأنه لما أخفاه ولم يعينه، فكأنه غاصب فتعلق بذمته"^(٥).

ومسألة خلط أموال الحسابات الاستثمارية تفارق مسألة تجهيل مال المضاربة بهذه الاشتراطات والتعليقات؛ لأن القيود المصرفية لحسابات الاستثمار بينة على أن المضارب قام بفصل أمواله عن أموال أصحاب الحسابات، وهذا كاف لتمييز أموال أرباب المال عن مال المضارب فيما يظهر والله أعلم.

المستند الثالث: أنه سترتب على عدم الفصل مجموعة من المحاذير، منها^(٦):

أ. أن ذلك يؤدي إلى تساوي أصحاب حسابات الاستثمار الإسلامية مع الدائعين التقليديين في حساب الأرباح والخسائر؛ وتحمل النفقات؛ واقتطاع المخصصات؛ مما يعني شراكة أصحاب حسابات الاستثمار لغيرهم في معاملاتهم المحرمة.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص(٢٧٣).

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص(٢٧٤).

(٣) على اختلاف بينهم في تسمية المسألة، حيث عبر عنها الحنفية بـ "التجهيل"، بينما عبر عنها الشافعية والحنابلة "ترك الإيصاء" بالإضافة إلى اختلافهم في بعض تفاصيلها كالقيود والأحكام الخاصة بها، ينظر: بدائع الصنائع (٢١٣/٦)، رد المحتار (٦٦٦/٥)، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي (٤٢٥/٣-٤٢٦)، مواهب الجليل (٢٥٩/٥)، روضة الطالبين (٣٢٩/٦)، تحفة المحتاج مع حواشي الشرواني (١٠٩/٧)، الفروع (١٠٤/٧)، كشف القناع (٥٢٢/٨).

(٤) المصادر السابقة، وينظر: الموسوعة الكويتية (٢٦٠/٢٨) (٧٤/٤٣).

(٥) شرح منتهى الإرادات (٤٨٥/٣)، وينظر: الفروع (١٠٤/٧).

(٦) ينظر: حلول الإشكالات الشرعية في مستجدات عقد المضاربة المصرفي، لعصام العنزي ص(٥٤)، تعقيب على أبحاث موضوع: مسائل في عقد المضاربة المصرفية وأحكامها الشرعية في ندوة مستقبل العمل المصرفي الثانية عشرة، لأسيد الكيلاني ص(٢٣).

ب. أن البنك التقليدي إذا أفلس فإن أصول حسابات الاستثمار الإسلامية قد تستخدم مصدراً لسداد ديون البنك الربوية.

ت. أنه يلزم من ذلك استخدام الأموال المودعة من أصحاب الحسابات الاستثمارية في التمويل الربوي تلقائياً، فلو فرض أن الأصول المقبولة شرعاً لدى البنك تفوق رصيد أموال المضاربة لديه، ثم جاءه مبلغ إضافي أودع على أساس المضاربة، فلن يحتاج البنك إلى توظيفه في أصول مقبولة شرعاً؛ لأن عنده منها ما يكفي، فإن جدّ لديه تمويل ربوي يحتاج إلى سيولة تستخدم في منحه فإن ذلك المبلغ وإن لم يكن معيناً سيوجه إلى هذا التمويل، مع أنه جزء من أموال المضاربة^(١).

الترجيح:

الراجح - والله أعلم - جواز إنشاء حسابات الاستثمار الإسلامية في البنوك التقليدية، بشرط أن يكون ذلك وفقاً للضوابط الآتية:

الضابط الأول: أن تكون الأصول المباحة شرعاً (الإسلامية) المملوكة للبنك مساوية أو أكثر من مجموع ما تلقاه البنك من أموال الاستثمارات المباحة شرعاً (كالصكوك وحسابات الاستثمار الإسلامية ونحوها)، والغاية من هذا الضابط التحقق من أن أموال الاستثمارات المباحة لم يتم استخدام جزء منها من قبل البنك التقليدي في معاملات محرمة.

الضابط الثاني: ألا تخلط موجودات حسابات الاستثمار في حال كونها أصولاً (وهذا يكون بعد تحويل النقود إلى أعيان وإدخالها ضمن وعاء الحسابات الاستثمارية) بغيرها من أصول البنك المحرمة، ويجوز خلطها بأصول البنك المباحة؛ لأن الأعيان تتعين بالتعيين، أما إذا كانت موجودات حسابات الاستثمار نقوداً (وهذا يكون عند اشتراك العملاء في الحسابات وقبل تحويلها إلى أصول، أو عند استرداد العملاء لأموالهم بعد التنضيق) فيجوز خلطها بغيرها من أموال البنك مطلقاً؛ لأن النقود لا تتعين بالتعيين، مع ضرورة فصل حسابات الاستثمار الإسلامية فصلاً محاسبياً.

ويجب في هذه الحالة أن تؤخذ موافقة أصحاب الحسابات الاستثمارية على الخلط، كالنص على ذلك في عقد إنشاء الحساب الاستثماري^(٢).

(١) تعقيب على أبحاث موضوع: مسائل في عقد المضاربة المصرفية وأحكامها الشرعية في ندوة مستقبل العمل المصرفي الثانية عشرة، لأسيد الكيلاني ص(٢٣).

(٢) ينظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (١٢٣) في دورته الثالثة عشرة بشأن: "القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حسابات الاستثمار)".

الضابط الثالث: أن تُفصل حسابات الاستثمار عن غيرها في القوائم المالية المعتمدة والصادرة عن البنك، وأن تصنف حسابات الاستثمار الإسلامية في الميزانية العمومية كقائمة المركز المالي للبنك بين المطلوبات وحقوق الملكية^(١)، فإن تعذر ذلك فيمكن الاكتفاء بالحسابات الداخلية والقيود الدفترية، على أن يتم تبين ذلك في إيضاحات القوائم المالية^(٢)، وأن ينص في التقرير السنوي الصادر عن الهيئة الشرعية للفرع أو النافذة على ذلك^(٣).

الضابط الرابع: أن يُستثمر بطريقة مشروعة ما يقتطع من حسابات الاستثمار الإسلامية بموجب النظام كالوديعة النظامية^(٤) لدى البنك المركزي؛ لأن الهدف الرئيس من الوديعة النظامية ونحوها هو توفير الأمان والضمان للمتعاملين مع البنك في حال تأثر مركزه المالي بأزمة مالية أو حتى إفلاسه، وذلك بقدرته البنك على الوفاء بودائعهم^(٥).

الضابط الخامس: ألا يضمن حساب الأرباح والخسائر لحسابات الاستثمار الإيرادات والنفقات الخاصة بالخدمات المصرفية للبنك^(٦)؛ لأن أجرة تلك الخدمات ناتجة عن عمل لم يقدم فيه أصحاب الحسابات الاستثمارية مائلاً ولا عملاً؛ كما أن عدم الفصل يقتضي دفع إيرادات خدمات البنك التقليدي لأصحاب الحسابات، أو تحميل مصروفاتها عليهم، وهذا غير جائز؛ لأن من الخدمات المصرفية ما هو محرم شرعاً، كبطاقات الائتمان المتجدد؛ وصرف العملات دون تقابض؛ وغيرها من الخدمات المحرمة.

(١) جاء في معيار المحاسبة المالية رقم (٢٧) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن: "حسابات الاستثمار"، البند (١/١/٥) ما نصه: "ينبغي عرض أسهم أصحاب حسابات الاستثمار المضمنة في الميزانية العمومية كقائمة المركز المالي للمؤسسة المالية الإسلامية بين المطلوبات وحقوق الملكية".

(٢) جاء في معيار المحاسبة المالية رقم (١٨) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن: "الخدمات المالية الإسلامية التي تقدمها المؤسسات المالية التقليدية"، البند (٢/٥) (٣/٥) ما نصه: "تعد المؤسسة بياناً منفصلاً إضافياً ينشر في الإيضاحات حول القوائم المالية للمؤسسة يبين بالتفصيل كلاً من الأموال التي تم تلقيها وفقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، والموجودات التي استخدمت هذه الأموال في تمويلها".

تعد المؤسسة بياناً منفصلاً إضافياً ينشر في الإيضاحات حول القوائم المالية للمؤسسة يبين بالتفصيل كلاً من الدخول والمصروفات (بما في ذلك المخصصات) المتعلقة بالخدمات المالية الإسلامية التي تقدمها المؤسسة".

(٣) جاء في معيار الحوكمة رقم (١) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن: "تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها"، البند (٢٠) ما نصه: "فقرة الرأي: يجب على هيئة الرقابة الشرعية أن تبين في تقريرها ما إذا كانت عقود المؤسسة والوثائق المتعلقة بها تتفق مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، ويكون إيضاح هذه الأمور في فقرة الرأي على النحو التالي: ... ب. أن توزيع الأرباح وتحميل الخسارة على حسابات الاستثمار يتفق مع الأساس الذي تم اعتماده من قبلنا وفقاً لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية".

(٤) الوديعة النظامية هي: نسبة النقود السائلة التي يجب على البنوك التجارية أن تحتفظ بها لدى البنك المركزي، وهذه النسبة تحددها البنوك المركزية، وتحتفظ بها بحسب نسبة الودائع، ولا يمكن للمصرف أن يتصرف بها أو يقرضها للغير، ينظر: موسوعة المصطلحات الاقتصادية، لحسين عمر ص (١٦)، السياسة النقدية بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي، لوليد الشاويش ص (٢٧٣).

(٥) ينظر: النقود والبنوك، لسامي خليل ص (٦١٥)، السياسات النقدية والبعد الدولي لليورو، لأحمد فريد ص (٩٥)، الوديعة النظامية في البنوك المركزية مفهومها وأهميتها وتكييفها الفقهي، لأحمد الشثري، ضمن بحوث مجلة بيت المشورة، العدد الأول، المجلد الأول، ص (٧٠).

(٦) ينظر: الحسابات الاستثمارية لدى المصارف الإسلامية، ليدر الزامل ص (٢٤٤)، قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، لكوثر الأبيجي ص (٤٨).

الضابط السادس: أن يُفصل احتساب النفقات والمصروفات المتعلقة بحسابات الاستثمار عن النفقات والمصروفات المتعلقة ببقية الاستثمارات الخاصة بالبنك ومنها العقود المحرمة شرعاً؛ لكي لا تحقّض تكاليف تلك العقود المحرمة بضمّها إلى تكاليف العقود المباحة شرعاً.

الضابط السابع: أن يُفصل احتساب احتياطات حسابات الاستثمار (كاحتياطي مخاطر الاستثمار)^(١) عن بقية احتياطات البنك؛ لأنه لا يجوز حماية الاستثمارات المحرمة للبنك التقليدي بتجنّب جزء من أموال الحسابات الاستثمارية، كما لا يجوز استخدام أموال الحسابات الاستثمارية المملوكة للعملاء -دون إذنهم- في حماية الأموال الخاصة بالبنك عمومًا.

المبحث الثالث: حكم إصدار صكوك الشق الأول من رأس المال بصيغة المضاربة في البنوك التقليدية:
المطلب الأول: تعريف صكوك الشق الأول من رأس المال، والغرض منها:
- تعريف الصكوك:

الصكوك جمع مفردة صك وتجمع على صكاك وأصكّ، والصكّ في اللغة: يطلق على معانٍ أنسبها: الكتاب الذي يُكتب في المعاملات والأقارير^(٢).

وفي الاصطلاح هي: أوراق مالية تمويلية أو استثمارية، متساوية القيمة، تمثل حصصاً شائعة في ملكية موجودات (أعيان أو منافع أو حقوق أو ديون أو خليط منها) قائمة فعلاً أو سيتم إنشاؤها، تُرتب لملكها حقوقاً وتحمل له التزامات بقدر نصيبه في موجوداتها.

- أنواع الصكوك:

يمكن تقسيم الصكوك إلى اعتبارات متعددة، وبهمنّا منها ما يأتي:
أولاً: تنقسم الصكوك باعتبار موجوداتها إلى:

(١) احتياطي مخاطر الاستثمار هو: المبلغ الذي يجنيه البنك من أرباح حسابات الاستثمار بعد اقتطاع نصيب البنك منها، بغرض حمايتهم من الخسارة المستقبلية. ينظر: قرارات وتوصيات المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية بتنظيم شركة شورى للاستشارات الشرعية بالتعاون مع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ص(٩)، معيار المحاسبة المالية رقم (١١) الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بشأن: "المخصصات والاحتياطات"، البند (١/٣/ب)، الأسس الشرعية لتوزيع الأرباح والخسائر في البنوك الإسلامية، لعلّي القرّة داغي ص(٤٦)، العوامل التي تحدّد توزيع الأرباح على المودعين في البنوك الإسلامية ونموذج بنك الإنماء في احتساب الربح في حال خلط أموال المضاربة بأموال المضارب، لعبدالباري مشعل ص(١٢)، احتساب الربح في المضاربة والمشاركة في حال خلط أموال المضاربة والمشاركة، لسمير الشاعر ص(١٢).

(٢) ينظر: تهذيب اللغة للأزهري (٣١٨/٩)، لسان العرب (٤٥٧/١٠)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (ص٢٨٣).

أ. صكوك الموجودات المعينة، وهي: أوراق مالية تمثل أعياناً معينة تدار من قبل الجهة المنشئة أو غيرها، مثل: صكوك إجارة الأعيان، وصكوك الوكالة، وصكوك الشركة.

ب. صكوك الموجودات في الذمة، وهي: أوراق مالية تمثل ديوناً (نقدية أو سلعية) في ذمة الجهة المنشئة أو غيرها، مثل: صكوك البيع الآجل (المراجحة)، صكوك السلم، صكوك الإجارة الموصوفة في الذمة ونحوها.

ت. صكوك مكونة من أعيان معينة وديون في الذمة، وهي: أوراق مالية تمثل خليطاً من أعيان معينة وديون في ذمة الجهة المنشئة أو غيرها، مثل: صكوك إجارة الأعيان والمراجحة، وصكوك المضاربة والاستصناع وغيرها.

ثالثاً: تنقسم الصكوك من حيث غرض الجهة المنشئة من إصدارها إلى:

أ. إصدار الصكوك لأغراض استثمارية، وهي: أوراق مالية تصدرها الحكومات أو الشركات ونحوها، بغرض مشاركة حامل الصك للجهة المنشئة في أرباح وخسائر مشروع أو أكثر من خلال أحد عقود الاستثمار: كالمضاربة أو شركة العنان أو المساقاة أو المزارعة أو المغارسة، ويمكن أن تسمى: "صكوك الاستثمار".

ب. إصدار الصكوك لأغراض تمويلية، وهي: أوراق مالية تصدرها الحكومات أو الشركات ونحوها بغرض سداد ديونها أو التوسع في إنشاء مشاريع جديدة خاصة بها ونحوه، من خلال أحد عقود التمويل: كالبيع الآجل أو السلم أو الاستصناع أو الإجارة الموصوفة في الذمة، وهذا الغرض هو الأكثر في إصدار الصكوك من الناحية العملية، بل أستخدمت عقود الاستثمار في صكوك التمويل فُسِّمَت: التمويل بالمضاربة، والتمويل بالمشاركة، والمشاركة المتناقصة، وغيرها، ويمكن أن يسمى هذا النوع: "صكوك التمويل".

ت. إصدار الصكوك لأغراض رقابية، وهي: أوراق مالية تصدرها الحكومات أو الشركات ونحوها لأغراض قانونية أو محاسبية أو ضريبية ونحوها، ومنها صكوك إدارة المخاطر، وهي: أوراق مالية تصدرها المؤسسات المالية للتقيد بمتطلبات محاسبية ونظامية تلزم بها جهات الرقابة (البنوك المركزية) بغرض تحقيق استقلالية المؤسسة وحمايتها من الأزمات المالية المحلية أو العالمية، على وجه لا تضطر معه الحكومات إلى التدخل لمساعدتها في مواجهة تلك الأزمات، ويسمى هذا النوع: "صكوك

دعم رأس المال أو صكوك تعزيز رأس المال أو صكوك رأس المال المساند^(١). وهذا النوع خاص بالمؤسسات المالية كالبنوك، وينقسم إلى قسمين كما سيأتي.

رابعاً: تنقسم الصكوك باعتبار دعم رأس المال أو تعزيز رأس المال، إلى:

١. صكوك الشق الأول من رأس المال^(٢)، وهي: أوراق مالية غير مؤقتة (دائمة)، تصدرها المؤسسة المالية، تمثل حصة شائعة في أنشطة معينة، ترفع بها المؤسسة رأس مالها الرقابي، لتكون قادرة على مواجهة الخسائر المستقبلية، وحملتها مؤخرون عن المودعين والدائنين (الديون العادية والديون الثانوية)، ويمكن إلغاؤها أو تحويلها لأسهم في المؤسسة باختيارها^(٣).

٢. صكوك الشق الثاني من رأس المال^(٤)، وهي: أوراق مالية مؤقتة، تصدرها المؤسسة المالية، تمثل حصة شائعة في أنشطة معينة، ترفع بها المؤسسة رأس مالها الرقابي، لتكون قادرة على مواجهة الخسائر المستقبلية، وحملتها مؤخرون عن المودعين والدائنين في الديون العادية، ومقدمون على الدائنين من الديون الثانوية كحزمة صكوك الشق الأول، يمكن شطبها أو تحويلها لأسهم في المؤسسة باختيارها^(٥).

وما يعيننا في هذه الورقة بناء على خطاب الاستكتاب هو النوع الأول: صكوك الشق الأول من رأس المال.

(١) ولها مسميات أخرى، منها: صكوك رأس المال، صكوك كفاية رأس المال، صكوك بازل، الصكوك المختلطة، الصكوك الهجينة، ينظر: صكوك دعم رأس المال، لعبدالله الغامدي ص(٤٥)،

(٢) ولها مسميات أخرى: صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، وصكوك التابعة لرأس المال التكميلي أو الإضافي، وصكوك ثانوية لتعزيز القاعدة الرأس مالية للبنك، صكوك بازل من الدرجة الأولى، والصكوك الدائمة، والصكوك شبه الأسهم ويرمز لها: (كوكو) (COCO) وهي اختصار للعبارة الانجليزية: (Contingent Convertible Capital). ينظر: صكوك دعم رأس المال، لعبدالله الغامدي ص(٤٥)، صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، وفق معايير بازل، لمحمد القري، ضمن بحوث مؤتمر الهيئات الشرعية السادس عشر ص(١٣٢-١٣٣).

(٣) ينظر: صكوك الشريحة الأولى، لخالد السياري ضمن بحوث ندوة البركة التاسعة والثلاثين ص(١٠٨)، صكوك دعم رأس المال، لعبدالله الغامدي ص(٤٣-٤٤)، توصيات مؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية ص(٥).

(٤) ولها مسميات أخرى: صكوك ثانوية لتعزيز القاعدة الرأسمالية للبنك، صكوك رأس المال المساند للشريحة الثانية، صكوك بازل من الدرجة الثانية أو من الشريحة الثانية. ينظر: صكوك دعم رأس المال، لعبدالله الغامدي ص(٤٥)، محور صكوك رأس المال الإضافي (الشق الأول) الإطار القانوني، لعبدالله الخويلدي ضمن بحوث ندوة البركة التاسعة والثلاثين ص(١٤)،

(٥) ينظر: صكوك دعم رأس المال، لعبدالله الغامدي ص(٦٥)، توصيات مؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية ص(٥)، البيان الختامي للندوة الخامسة والعشرين لقضايا الزكاة المعاصرة.

المطلب الثاني: حكم إصدار صكوك الشق الأول في البنوك التقليدية:

تقدم تعريف هذا النوع من الصكوك وأنه خاص بالمؤسسات المالية سواء أكانت ملتزمة بأحكام الشريعة الإسلامية أو غيرها من البنوك التقليدية، وقبل الحديث عن حكم إصدارها في البنوك التقليدية، من اللازم بيان المصطلحات المتعلقة بها، ثم بيان حكمها عموماً ثم نعرض على حكم إصدارها في البنوك التقليدية التي لها فروع ونوافذ إسلامية.

المسألة الأولى: التعريف بصكوك الشق الأول من رأس المال:

- نشأة صكوك دعم رأس المال أو تعزيز رأس المال:

نشأت صكوك تعزيز رأس المال كبديل عن السندات الربوية لتعزيز رأس المال، التي أقرتها لجنة بازل في اتفاقيتها الثالثة عام ٢٠١٠م، فبعد أن أثرت الأزمة المالية والاقتصادية العالمية التي بدأت عام ٢٠٠٧م، على الاقتصاد العالمي وتسببت في انهيار نظم اقتصادية ومؤسسات مالية في عدد من الدول، تداعت الهيئات الرقابية المالية العالمية إلى إعادة النظر في مقرراتها واتفاقياتها ومعاييرها الدولية بغية إصلاحها من أجل تقوية المؤسسات المالية لتكون مستقلة وقادرة على مواجهة مثل تلك الأزمات مستقبلاً دون حاجة إلى تدخل الحكومات لانقاذها ومساعدتها على تجاوز الخسائر المترتبة عليها، ومن الاتفاقيات التي خضعت للمراجعة اتفاقيات لجنة بازل.

حيث راجع ممثلو الدول الصناعية العشر الكبرى في العالم اتفاقية بازل الثانية، وانتهت إلى إصدار اتفاقية جديدة: تتضمن إصلاحات تنظيمية عالمية اصطلاح على تسميتها بـ (اتفاقية بازل ٣)^(١): تهدف "إلى تعزيز قدرة رأس المال العالمي وقواعد السيولة، من أجل التوصل إلى قطاع مصرفي أكثر مرونة، وذلك بزيادة قدرته على امتصاص الصدمات الناشئة عن التوترات المالية والاقتصادية، والحد من مخاطر انتقالها من القطاع المالي إلى الاقتصاد الحقيقي"^(٢). وقد قامت اللجنة بإجراء جملة من التعديلات على الاتفاقية السابقة، تقتصر على ما له صلة بموضوع البحث، وهو: "كفاية رأس المال" وذلك بمراجعة عناصر رأس مال المؤسسات المالية (رأس المال الرقابي) وتقسيمه إلى شقين، وإضافة أدوات مالية لها خصائص جديدة، كالآتي^(٣):

(١) ينظر: كفاية رأس المال في المصارف الإسلامية لحسين سعيد وعلي أبو الغز ص (٢٩)، البنوك الإسلامية ومأزق بازل لمحمد المكاوي ص (١٨٥)، الإصلاح المصرفي ومقررات بازل ٣، لعبد المطلب عبد الحميد ص (٣٠٩)، المعيار المعدل لكفاية رأس المال الصادر من مجلس الخدمات المالية الإسلامية ص (٣).

(٢) المعيار المعدل لكفاية رأس المال الصادر من مجلس الخدمات المالية الإسلامية ص (٣).

(٣) ينظر: المعيار المعدل لكفاية رأس المال الصادر من مجلس الخدمات المالية الإسلامية (المعيار رقم ١٥) ديسمبر ٢٠١٣، تعليمات بنك الكويت المركزي بتاريخ: ٢٤/٠٦/٢٠١٤م، المتعلقة ببازل ٣ للبنوك الإسلامية، صكوك التمويل الإسلامية، لمحمد القرني (٩٧-٩٨)، بعض المفاهيم حول رأس المال الإضافي، لعصام العنزي ضمن أوراق عمل الورش التحضيرية لندوة البركة التاسعة والثلاثون ص (٢٥٣).

أقسام رأس المال الرقابي					
العنوان	أقسامه	مكوناته	مثاله	وظيفته	
رأس المال الرقابي (١)	الشق الأول Tier (One) (٢)	رأس المال الأصلي (٣)	الأدوات المالية: المرتبطة برأس المال المدفوع	الأسهم العادية المملوكة للمساهمين	حماية البنك من الدائنين بغرض الاستمرار في العمل
			علاوة إصدار: للأدوات المالية المرتبطة برأس المال المدفوع	حقوق الأولوية	
			الأرباح المبقاة (٤)		
			الاحتياطيات المعلنة		
	رأس المال الإضافي (٥)	الأدوات المالية: الصادرة من البنك في مرتبة رأس المال الإضافي.	صكوك الشق الأول	سندات الشق الأول	
			علاوة إصدار: للأدوات المالية الصادرة من البنك في مرتبة رأس المال الإضافي.		
			الأدوات مالية: صادرة من شركات تابعة في مرتبة رأس المال الإضافي.		
			التعديلات التنظيمية على رأس المال الإضافي		
حماية الدائنين من الخسائر في حال تصفية البنك	الشق الثاني Tier (Two) (٦)	الأدوات المالية: الصادرة من البنك في مرتبة الشق الثاني	صكوك الشق الثاني	سندات الشق الثاني	
			الودائع: الودائع أو الحسابات الجارية (قروض)، والودائع الثابتة أو حسابات التوفير (قروض ربوية)، والحسابات الاستثمارية الإسلامية (المضاربة أو الوكالة)		

(١) ولها مسميات أخرى: رأس المال التنظيمي.

(٢) ولها مسميات أخرى: الشريحة الأولى من رأس المال، ويطلق عليها باللغة الإنجليزية: "Core Capital".

(٣) ويقصد به: حقوق الملكية وهو ما يملكه المساهمون بعد خصم المطلوبات من الموجودات، وله مسميات أخرى: رأس المال الأساسي، ورأس المال الأولي، ويطلق عليها باللغة الإنجليزية: "Common Equity".

(٤) الأرباح المبقاة أو المحتجزة، هي: الأرباح التي تحققها المؤسسة المالية في سنوات مالية سابقة، ويتم تحويلها إلى سنوات لاحقة لإعادة استثمارها في الأعمال الأساسية للمؤسسة.

(٥) ويقصد به: وهي أدوات مالية لها مواصفات خاصة، سنذكرها لاحقاً إن شاء الله، وله مسميات أخرى: رأس المال التكميلي، ويطلق عليها باللغة الإنجليزية: "Additional Capital".

(٦) ولها مسميات أخرى: الشريحة الثانية من رأس المال، ورأس المال الثانوي، ورأس المال المساند، ويطلق عليها باللغة الإنجليزية: "Secondary Capital" أو "Supplementary Capital".

	احتياطي مخاطر الاستثمار، واحتياطي معدل الأرباح	احتياطيات/أرباح غير محققة			
		الأسهم الممتازة			

والغرض من هذا التقسيم أمور منها^(١):

الأول: بيان طريقة وترتيب الأصول (المملوكة لها كرأس المال المدفوع أو المملوكة لغيرها كصكوك الشق الأول والثاني) من حيث اعتبارها مصدر لسداد الديون التي على المؤسسة المالية إذا تعرضت لأزمة مالية قد تؤدي إلى تعثرها وإفلاسها بسبب مطالبة الدائنين.

الثاني: بيان السقف الأعلى الذي يسمح للمؤسسة المالية بتمويله لعملائها، ولا يسمح لها بتجاوزه.

- الخصائص النظامية لصكوك الشق الأول من رأس المال^(٢):

تتميز هذه الصكوك عن غيرها بما يأتي:

١. أنها صكوك غير مؤقتة، أي: غير محددة بمدة تنتهي فيها، وليس لحملتها المطالبة بانتهاءها في أي وقت فتستمر إلى أن يتم إنهاؤها من قبل الجهة المنشئة، ويحق للجهة المنشئة وحدها إنهاء الصكوك بعد مضي خمس سنوات من إصدارها، أو قبل ذلك في حالات محددة ووفق شروط معينة تحددها جهة الرقابة.
٢. أنها صكوك قادرة على مواجهة خسائر الجهة المنشئة التي تؤدي إلى إفلاسها: فيؤخر حملتها في استيفاء أموالهم عند تصفية الجهة المنشئة بسبب الإفلاس ونحوه عن الديون العادية، (وهي الالتزامات التي تكون للمودعين والدائنين العاقين)، وعن الديون الأعلى منها رتبة (هي الالتزامات التي تكون لحملة صكوك الشق الثاني من رأس المال وحملة الأسهم الممتازة)، وتتقدم على حقوق الملكية (وهي المملوكة لحملة الأسهم العادية).
٣. أنها صكوك تمنح الجهة المنشئة حق إلغاء توزيع أرباح لحملتها في التواريخ المحددة لذلك، على ألا توزيع أرباح أيضا على حملة الأسهم العادية أصحاب حقوق الملكية.

(١) ينظر: بعض المفاهيم حول رأس المال الإضافي، لعصام العنزي ص(٢٥٣).

(٢) ينظر: المعيار المعدل لكفاية رأس المال، مجلس الخدمات ص(١٤-١٥)، تعليمات معيار كفاية رأس المال للبنوك الإسلامية إصدار بنك الكويت المركزي ص(٢٤-٢٧)، صكوك دعم رأس المال، لعبدالله الغامدي ص(٧٥)، صكوك الشق الأول من رأس المال ومتطلبات بازل ٣ لمحمد برهان ضمن بحوث ندوة البركة التاسعة والثلاثين ص(٥٧)، صكوك الشريحة الأولى، لخالد السيار ص(١٠٩).

٤. أن أرباح الصكوك التي لم تدفع لا تستحق لاحقاً (غير تراكمية): فإذا قررت الجهة المنشئة عدم توزيع أرباح عن فترة من الفترات فلا يحق لحملة الصكوك المطالبة بدفعها لهم، وللجهة المنشئة استخدام تلك الأرباح في سداد الديون المستحقة عليها.

٥. أنها صكوك غير مغطاة بضمان أو رهن من الجهة المنشئة، أو من أي جهة تابعة لها.

٦. أنها صكوك يمكن شطبها (كلياً أو جزئياً)، أو تحويلها إلى أسهم عادية: على أن يكون ذلك بقرار من جهة رقابة (البنك المركزي) وذلك عند وصول الجهة المنشئة إلى حالة "عدم القدرة على الاستمرار"، أو حمايتها من الوصول إلى هذه الحالة.

المسألة الثانية: حكم إصدار صكوك الشق الأول من رأس المال:

- الصيغ الشرعية لصكوك الشق الأول من رأس المال:

العقود المباحة شرعاً من حيث الجملة على قسمين:

أولاً: عقود المداينات: أن تكون الصكوك قائمة على أحد عقود المداينات كالمراجحة أو الإجارة في الذمة أو الاستصناع أو السلم، فيكون فيها حملة الصكوك دائناً والجهة المنشئة مدينًا، وهذه الصكوك لا يجوز تداولها في الأسواق الثانوية، ويرى بعض المعاصرين عدم جواز استخدامها في هذا النوع من الصكوك سواء كانت مفردة أو مركبة مع إحدى صيغ المشاركة؛ لأن عقود المداينات لا يصح أن تكون مستمرة دون تحديد أجل لسداد أقساط مديونيتها، كما لا يجوز للدائن كالمؤسسة المنشئة للصكوك أن تقرر بإرادتها المفردة عدم دفع التوزيعات الدورية الناشئة عن أقساط المديونية في الأجل المحدد ويفقد حامل الصك حق المطالبة به^(١).

ثانياً: عقود المشاركات: أن تكون الصكوك قائمة على أحد عقود المشاركة كالمضاربة أو الشركة، فيكون فيها حملة الصكوك رب المال والجهة المنشئة شريكاً أو مضارباً، ويرى أكثر الباحثين أن هذه العقود هي أمثل العقود الشرعية التي يمكن اعتبارها بديلاً شرعياً لسندات الشق الأول من رأس المال، ذلك أن من الخصائص المهمة

(١) ينظر: صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، لأسيد الكيلاني ضمن أبحاث مؤتمر أبوفي السادس عشر للهيئات الشرعية ص(١٤٦)، ورقة معلومات أساسية حول مكونات الأصول العينية، للعايشي فداد ضمن أوراق عمل الورش التحضيرية لندوة البركة التاسعة والثلاثين ص(٢٣٤)، إلا أن الذي يظهر -والله أعلم بالصواب- إمكان إنشاء صكوك الشق الأول وفق أحكام وكالة الخدمات: ودور الوكيل فيها إبرام عقود بيع أجل قصيرة الأجل في كل ستة أشهر مثلاً (مراجعة متجددة) مع الجهة المنشئة، ويشترط أن تكون ديون هذه المراجحات في مرتبة رأس المال الإضائي، وتُنظَّم قدر التوزيعات الدورية في كل عقد بناء على ربح كل عقد منها. إلا أن مثل هذه الصكوك لا يجوز تداولها في الأسواق بصفة مطلقة.

لهذه الصكوك كما سبق أن تكون غير مؤقتة وكذلك عقود المشاركات فهي غير مؤقتة^(١)، وحيث إن خطاب الاستكتاب اقتصر على عقد المضاربة فسيكون حديثنا عن هذا العقد فقط.

- صكوك الشق الأول من رأس المال بصيغة المضاربة:

صكوك المضاربة، هي: "أداة مالية تصدرها الجهة المنشئة لتمويل نشاط مدّر للدخل، تكون فيه الجهة المنشئة مضارباً وحملة الصكوك ربا للمال، ويملك كل حامل صك حصة مشاعة من موجودات النشاط بغنمه وغرمه، ويشترك حملة الصكوك مع الجهة المنشئة في الأرباح المحققة حسب الاتفاق، وتكون الخسارة المالية على حملة الصكوك، وخسارة العمل على الجهة المنشئة".

تطبيق عقد المضاربة على صكوك الشق الأول من رأس المال، على اتجاهين:

الاتجاه الأول: أن تكون العلاقة بين حملة الصكوك والجهة المنشئة: مضاربة ابتداءً ويأذن أرباب المال في خلط أموالهم مع أموال المضارب في الوعاء العام للمؤسسة المالية (أي في جانب حقوق الملكية). وهذا ما أخذ به مؤتمر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية السادس عشر، فقد جاء في التوصيات: "الصيغة المناسبة لهذه الصكوك هي المضاربة في الوعاء العام للبنك، مع الإذن للبنك (المضارب) بخلط رأس مالها (رأس مال الصكوك) بحقوق الملكية المستثمرة في الوعاء العام. وبهذا الخلط تنشأ مشاركة بينهما وبين حقوق الملكية المستثمرة في الوعاء العام. ويصير لحملة الصكوك حصة شائعة في موجودات هذه الحقوق، بما لها من حقوق وما عليها من التزامات، بنسبة حصتهم فيها، وتكتسب المشاركة صفة حقوق الملكية في علاقتها بالمكونات الأخرى في الوعاء العام للبنك وبالأطراف التي يكون البنك مدينًا فيها"^(٢). ويترتب على ذلك:

أ. أن يكون حملة صكوك الشق الأول مع حملة الأسهم (المساهمون) في حكم المضارب أو الوكيل تجاه أصحاب الحسابات الاستثمارية القائمة على عقد المضاربة أو الوكالة.

ب. أن يكون حملة صكوك الشق الأول وحملة الأسهم العادية من خلال وعاء العام المشاركة المشترك بينهم، مقتربين لأرصدة الحسابات الجارية، تصير هذه القروض ديونا على الوعاء.

(١) ينظر: صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، لأسيد الكيلاني ص(١٤٦)، صكوك الشريحة الأولى، لخالد السباري ص(١٢٣).
(٢) توصيات مؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية ص(٥)، وينظر: معيار مجلس الخدمات المالية، معيار بنك الكويت المركزي للبنوك الإسلامية، معيار بنك نيجارا ماليزيا عام ٢٠١٨م، صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، لأسيد الكيلاني ضمن أبحاث مؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية ص(١٤٩)، البيان الختامي للدورة الخامسة والعشرين لقضايا الزكاة المعاصرة.

ت. أن يكون حملة صكوك الشق الأول وحملة الأسهم من خلال الوعاء العام المشترك بينهم، شركاء جميعاً في الحقوق وتحمل ديون، فإذا كان الوعاء العام لبنك تقليدي وله نوافذ إسلامية، فإن حملة الصكوك شركاء لحملة الأسهم في تحمل الديون الواجبة ومنها القروض الربوية كالودائع الثابتة وحسابات التوفير، أي أن يكون حامل الصك دائناً لقرض ربوي.

ث. أن تُحمل نفقات ومصروفات الوعاء العام في البنك التقليدي على وعاء المشاركة بين حملة الصكوك وحملة الأسهم، ويترتب على ذلك تحميل مصروفات العقود الربوية على الجميع.

ج. أن تُخصم المخصصات واحتياطيات الاستثمار من الوعاء العام في البنك التقليدي دون تمييز، ويترتب على ذلك حماية أموال البنك الخاصة به وكذلك القروض الربوية الواجبة عليه باستخدام موجودات الصكوك في وعاء المشاركة بين حملة الصكوك وحملة الأسهم.

ح. أن زكاة حملة الصكوك إذا كان غرضهم الاقتناء مثل زكاة المساهمين، وهو: أن يحتسب البنك الموجودات الزكوية ويبين مقدار زكاتها إجمالاً، ثم يبين نصيب الصكوك منها فقط، ويتولى حامل الصك إخراجها نصيب منها ويعرف نصيبه بقسمة زكاة الصكوك على عددها والناتج مضروبة بعدد صكوكه التي يملكها.

الاتجاه الثاني: أن تكون العلاقة بين حملة الصكوك والجهة المنشئة مضاربة ابتداءً ويأذن أرباب المال في خلط أموالهم مع أموال المستثمرين في حسابات الاستثمار القائمة على عقد المضاربة أو الوكالة فقط دون بقية الوعاء في البنك^(١)، **ويترتب على ذلك:**

أ. أن يكون حملة صكوك الشق الأول وكذلك المستثمرون في حسابات الاستثمار (المضاربة أو الوكالة) شركاء في الوعاء، ولا علاقة لهم بما على البنك التقليدي من ديون واجبة عليه كالودائع الجارية أو الودائع الثابتة القائمة على القروض الربوية.

ب. أن حملة صكوك الشق الأول مع المستثمرين في حسابات الاستثمار أرباب للمال، بينما يعد حملة الأسهم في البنك التقليدي مضارباً أو وكيلًا.

ت. يترتب على تحميل نفقات ومصروفات البنك التقليدي على الوعاء، تحميل رب المال (حملة الصكوك والمستثمرون) نفقات واجبة على المضارب إذا كانت العلاقة بينهما قائمة على المضاربة ولا يجوز ذلك؛

(١) ينظر: البيان الختامي للدعوة الخامسة والعشرين لقضايا الزكاة المعاصرة، صكوك الشريحة الأولى، لخالد السيارى ص(١٣١).

لأنه يؤدي إلى ذلك انفراد أحدهما بالربح وذلك عن طريق المصروفات التي تغطي أعمالاً كان على المضارب أن يقوم بها على حسابه، أو أن يتحمل المضارب جميع المصروفات فيتعرض للحرمان من الربح إذا زادت على ما خصص له^(١).

أما إذا كانت العلاقة بينهما قائمة على الوكالة بأجر فلا مانع من تحميلها على أموال الموكّل (حملة الصكوك) بالشرط على أن تضبط ضبطاً يرفع الجهالة والغرر؛ لأن الحامل على المنع في المضاربة هو خشية انفراد أحدهما بالربح وهو غير موجود في الوكالة بأجر، فكان الصواب استصحاب أصل الجواز على ما هو متقرر^(٢).

ث. أن زكاة حملة الصكوك إذا كان غرضهم الاقتناء مثل زكاة المستثمرين في حسابات الاستثمار، وهو: أن يركب رأس مال الحساب مع ربحه.

ومما سبق يتضح أن كلا الاتجاهين محل إشكال شرعي، ولعل الاتجاه الثاني أقل إشكالات من الاتجاه الأول.

- إشكالات صكوك الشق الأول من رأس المال:

تشارك الإشكالات الشرعية المتعلقة بصكوك الشق الأول الصادرة عن المؤسسات المالية الإسلامية، مع الإشكالات المتعلقة بصكوك الشق الأول الصادرة عن الفروع والنوافذ في البنوك التقليدية، وسأقتصر على تعداد الإشكالات العامة فقد سبق بحث من قبل عدد من الباحثين وعقد لأجلها عدد من الندوات العلمية^(٣)، أما الإشكالات الخاصة بالصكوك الصادرة عن البنوك التقليدية فستكون محل الدراسة بعون الله تعالى.

أولاً: الإشكالات العامة:

١. أن تكون الصكوك غير مؤقّنة فلا يحق لحملة الصكوك المطالبة بتصفيتها، إلا بعد موافقة الجهة المنشئة وبعد خمس سنوات من إصدارها.

٢. أن يكون للجهة المنشئة حق مطلق في التوقف عن دفع التوزيعات الدورية دون الرجوع إلى حملة الصكوك.

(١) ينظر: المغني (٥٤٢/٧)، العملات والمصروفات، لعبد الستار أبوغدة ضمن بحوث ندوة البركة الثلاثة والثلاثون ص(٢١١-٢١٢)،

الوكالة بالاستثمار، لطلال الدوسري ص(٥٩٤).

(٢) الوكالة بالاستثمار، لطلال الدوسري ص(٥٩٤)، بتصرف.

(٣) ينظر: المراجع السابقة.

٣. ألا يكون حملة الصكوك حق في مطالبة الجهة المنشئة بالأرباح التي قرر عدم توزيعها خلال الفترة الماضية.
٤. أن يؤخر حملة الصكوك في استيفاء حقوقهم من موجودات الصكوك بعد سداد الديون العادية الواجبة (المودعين والدائنين العامين) على الجهة المنشئة إذا تعرضت للإعسار أو الإفلاس.
٥. أن يقدم حملة الصكوك في استيفاء حقوقهم من الموجودات على حملة الأسهم (حقوق الملكية)، إذا وقعت الخسارة.
٦. أن يقدم المستثمرون في حسابات الاستثمار على حملة الأسهم وحملة الصكوك، إذا وقعت الخسارة.
٧. أن يكون لجهة الرقابة (البنك المركزي) الحق في إلغاء الصكوك وشطبها (كلياً أو جزئياً) وضم موجوداتها إلى حقوق ملكية حملة الأسهم، أو تحويلها إلى أسهم عادية فيصبح حامل الصك حاملاً للأسهم، وذلك إذا وصلت الجهة المنشئة إلى مرحلة "عدم القدرة على الاستمرار" أو لحماية الجهة المنشئة من الوصول لها^(١).

ثانياً: الإشكالات الخاصة:

- تزيد الصكوك الصادرة عن النوافذ في البنوك التقليدية بإشكالين هما:
١. أن يؤخر حملة الصكوك في استيفاء حقوقهم من موجودات الصكوك بعد سداد الديون العادية الواجبة على الجهة المنشئة إذا تعرضت للإعسار أو الإفلاس ومنها القروض الربوية كحسابات التوفير والودائع الثابتة ونحوها أو غير الربوية كالحسابات الجارية، أي أن تكون موجودات الصكوك أحد مصادر سداد الديون الربوية في حال الإعسار أو الإفلاس.
 ٢. إلغاء الصكوك وشطبها أو تحويلها إلى أسهم في البنك التقليدي إذا وصل مرحلة "عدم القدرة على الاستمرار".

(١) يقصد بمرحلة عدم القدرة على الاستمرار "Point of Non-Viability": وهي - إجمالاً - الحال التي تُقدّر فيها جهة الرقابية أن البنك قد وصل إلى نقطة عدم القدرة على الاستمرار أو أنه سيصل إلى هذه النقطة، وأنه لا سبيل له للاستمرار إلا: بشطب الشق الأول شطباً تاماً وضم موجوداتها إلى رأس المال الأصلي أو بشطب هذه الصكوك جزئياً بالقدر اللازم للاستمرار أو بتحويل الصكوك إلى رأس مال أصلي (أسهم عادية). ويدخل فيها أيضاً: الإعسار أو الإفلاس أو عدم القدرة على دفع جزء مؤثر من الالتزامات أو عدم القدرة على الاستمرار في العمل في ضوء نسب رأس المال المفروضة من الجهة الرقابية أو غير ذلك مما تحدده الجهات الرقابية. صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، لأسيد الكيلاني ص(١٦٠)، وينظر: صكوك التمويل الإسلامية لمحمد القري ص(٩٩).

المسألة الثالثة: حكم إصدار صكوك الشق الأول في البنوك التقليدية:

تقدم الإشارة إلى أبرز الإشكالات الشرعية المتعلقة بصكوك الشق الأول من رأس المال، وحيث إن خطاب الاستكتاب اقتصر على الصكوك الصادرة عن البنوك التقليدية التي لها فروع ونوافذ تعمل وفق الضوابط الشرعية، فسنتصر على ثلاث إشكالات وهما كالآتي:

الإشكال الأول: استخدام موجودات المضاربة في الصكوك مصدرا لسداد القروض الربوية:

صورته: إذا أصدر البنك التقليدي صكوكا من الشق الأول ثم تقرر تصفية البنك لسبب يرجع إلى عدم القدرة على الاستمرار أو غيره كالإفلاس أو الإعسار ونحوه، وعليه ديون للعملاء: كودائع جارية (الحسابات الجارية) وودائع ثابتة تقليدية (حسابات الادخار والتوفير)، أو أعيان للعملاء: كحسابات استثمارية (المضاربة أو الوكالة)، فإن موجودات صكوك الشق الأول - المملوكة لحملتها - تستخدم مصدرا لسداد الالتزامات الواجبة على البنك رغم أنها مملوكة لحملة الصكوك^(١): وحيث إن من بين تلك الالتزامات ديون ربوية كالودائع الثابتة، فإن حملة الصكوك باشتراكهم في هذه الصكوك وقبولهم لما فيها من شروط ومن ضمنها هذا الشرط، قد أذنوا للجهة المنشئة في استخدام موجوداتهم مصدرا لسداد تلك الديون على سبيل الرهن^(٢) أو الضمان^(٣) أو تنقلب موجودات الصكوك ديونا في ذمة المضارب بمجرد وقوع حالة عدم القدرة على الاستمرار^(٤).

وبناء على ذلك فإن صكوك المضاربة من الشق الأول بناء على الاتجاه الثاني، تعتبر مصدرا متفقا عليه بين حملة الصكوك والجهة المنشئة لسداد ما على الجهة المنشئة من ديون ربوية وغيرها.

(١) ينظر: صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، لأسيد الكيلاني ص(١٥٠)، بعض المفاهيم حول رأس المال الإضافي، لعصام العنزي ضمن أوراق عمل الورش التحضيرية لندوة البركة التاسعة والثلاثون ص(٢٣٤)

(٢) ينظر: قرار الهيئة الشرعية لبنك الجزيرة رقم (١٧٢) وفيه: "وافق حملة الصكوك وأذنوا لبنك الجزيرة أن يجعل أصول الصكوك رهنا لتوثيق الديون القائمة على بنك الجزيرة للأطراف الأخرى (مطلوبات البنك) وذلك في حالة عدم كفاية أصول بنك الجزيرة للوفاء بتلك المطلوبات قبل انتهاء مدة الصكوك...". إلا أن تكييفها بالرهن يعكّر عليها: أن استيفاء الدين من الرهن لا يسقط حق الراهن (حملة الصكوك)، فله الرجوع على المدين بعد ذلك، بينما في هذه الصكوك لا يحق للراهن الرجوع على البنك وهو المدين.

(٣) ينظر: صكوك دعم رأس المال، لعبدالله الغامدي ص(١٢٣). إلا أن تكييفها بالضمان يعكّر عليه: أن الضمان يتعلق بذمة الضامن (حملة الصكوك) لا بعين معينة من ماله، بينما في هذه الصكوك فإن دائن البنك يحق له بموجودات الصكوك فقط دون بقية أموال حملة الصكوك.

(٤) لم تقيد بحالات التعدي أو التفريط، ينظر: قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي رقم (٣/١٩٨) وفيه: "... فإنه في حال دخل المضارب في طور التصفية أو الإفلاس، فسوف يجري تصفية المضاربة، ويصبح رأس مال المضاربة (أو ما بقي منه) ديناً على المضارب، ويقبل حملة الصكوك أن المبالغ المستحقة لهم لن تدفع إلا بعد سداد المضارب لمستحقات الدائنين الآخرين، على أن يكون ذلك معلوما لحملة الصكوك عند إنشاء عقد المضاربة". وقد يكون المراد هنا أن موجودات حملة الصكوك تنقلب إلى دين على المضارب مطلقاً بسبب تجهيل المضارب لمال المضاربة، وقد تقدم الجواب عن ذلك في المبحث السابق.

ولا يجوز ذلك؛ لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان. فقد اتفق العلماء على تحريم توثيق الربا بالكتابة والشهادة؛ لما ورد عن جابر بن عبد الله ر، قال: (لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه، وقال: هم سواء)^(١)، قال النووي: "هذا تصريح بتحريم كتابة المبايعة بين المترايين والشهادة عليهما، وفيه تحريم الإعانة على الباطل والله أعلم"^(٢)، وتحريم توثيق القرض الربوي برهن أولى.

ومما يستأنس به ما قرره مجمع الفقه الإسلامي الدولي من تحريم الرهن لقرض ربوي مستدلاً بالحديث السابق حيث جاء فيه: "لا يجوز شراء السهم بقرض ربوي يقدمه السمسار أو غيره للمشتري لقاء رهن السهم، لما في ذلك من المزاباة وتوثيقها بالرهن وهما من الأعمال المحرمة بالنص على لعن آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه"^(٣).

وجاء في المعيار الشرعي: الرهن وتطبيقاته المعاصر: "يجوز أن يستعير الراهن مالا ليرهنه (الرهن المستعار)، ويجوز أن يستأجر مالا ليرهنه (الرهن المستأجر) بإذن مالكة فيهما. فإن حل الدين وبيع المرهون رجع المعير أو المؤجر على الراهن بمثله إن كان مثلياً أو بقيمته..."، وفيه أيضاً: "يشترط أن يكون المرهون به ديناً مشروعاً كتمن بيع أو ضمان إتلاف أو مُسلم فيه أو مستصنع أو منفعة مباحة، ولا يشترط لصحة الرهن أن يكون الدين ثابتاً في الذمة، بل يصح الرهن قبل العقد الذي يثبت به الدين أو معه. ولا يصح أن يكون المرهون به ديناً غير مشروع كقرض ربوي، أو غير دين، كالتمن المعين ومنفعة عين معينة، والمبيع المعين الحال الثمن في يد البائع"^(٤).

أما إذا قلنا بالاتجاه الأول القائل بأن: وعاء المضاربة يشمل ما للجهة المنشئة من حقوق وما عليها من ديون، فإن حملة الصكوك شركاء مع الجهة المنشئة في إقراض الربا من خلال القروض الربوية المقدمة للعملاء، واقتراض الربا من خلال استقبال الودائع الثابتة الربوية^(٥).

الإشكال الثاني: تقديم المستثمرين في حسابات الاستثمار والودائع الربوية إذا خسرت على حملة الصكوك وحملة أسهم البنك التقليدي:

صورته: إذا وقعت خسارة في الوعاء العام للبنك التقليدي من غير تعد منه أو تفريط، فإن المقدم في استيفاء أمواله -حسب تعليمات اتفاقية بازل الثالثة-:

أولاً: المودعون في الحسابات الجارية: وهي قروض دون فائدة ربوية.

(١) صحيح مسلم برقم (٤١٧٧).

(٢) شرح مسلم (٢٦/١١).

(٣) قرار رقم (٦٥/١/٧) بشأن: الأسواق المالية.

(٤) المعيار الشرعي رقم (٣٩)، البند (٥/٢/٣)، والبند (١/٣/٣).

(٥) وترى بعض الهيئات الشرعية أن الصكوك بذاتها لا تستخدم كأداة رهن ووفاء للأصول والودائع مباشرة، فإذا قرر البنك المركزي أن البنك التجاري قد وصل إلى مرحلة "عدم القدرة على الاستمرار" في نشاطه المصرفي، فإن الصكوك تشطب (كلياً أو جزئياً)، ويتم تحويل موجوداتها إلى أولاً: حملة الأسهم، ثم ثانياً: يمكن سداد الودائع التقليدية من موجودات البنك التجاري بما فيها من موجودات الصكوك التي انتقلت ملكيتها إلى حملة الأسهم وأصبحت مملوكة لهم، فحامل الصك لم يجعل من أمواله مصدراً للسداد مباشرة.

ثانيًا: ثم المدعون في الحسابات الاستثمارية (وهي قائمة على عقد المضاربة أو الوكالة) والودائع التقليدية (وهي قروض ربوية).

ثالثًا: ثم حملة صكوك الشق الأول من رأس المال.

رابعًا: حملة الأسهم في البنك التقليدي^(١).

ومقتضى هذا أن وعاء المضاربة بناء على الاتجاه الثاني مكوّن من: ١/ موجودات حسابات الاستثمار (المضاربة أو الوكالة)، ٢/ موجودات مضاربة صكوك الشق الأول، ٣/ أموال حملة الأسهم (إن وجد). أما الحسابات الجارية والودائع التقليدية فهي قروض في ذمة الجهة المنشئة ولا تعد ضمن وعاء المضاربة.

وعليه فإن حملة صكوك الشق الأول لا يحق لهم المطالبة بنصيبهم من وعاء المضاربة إلا بعد استيفاء المستثمرين في حسابات الاستثمار لرأس مالهم وأرباحهم، كما لا يحق لحملة الأسهم المطالبة بنصيبهم من وعاء المضاربة إلا بعد استيفاء حملة الصكوك لرأس مالهم.

ومن المعلوم اتفاق العلماء على أن الخسارة في الشركة على قدر رأس المال، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك، قال ابن رشد رحمه الله: "قد يريد رب المال أن يجعل نصف المال في ضمان العامل وهذا لا يجوز وفاقاً؛ لأن الخراج بالضمان"^(٢). وقال ابن قدامة رحمه الله: "الخسران في الشركة على كل واحدٍ منهما بقدر ماله، فإن كان مالهما متساويا في القدر؛ فالخسران بينهما نصفين، وإن كان أثلاثاً، فالوضيعة أثلاثاً، لا نعلم في هذا خلافاً بين أهل العلم"^(٣)، وقال البهوتي رحمه الله: "وإن شرط الشريك أو رب المال عليه؛ أي على شريكه أو المضارب، ضمان المال إن تلف أو شرط عليه الوضيعة أكثر من قدر ماله، فسد الشرط وحده، لمنافاته مقتضى العقد"^(٤)؛ لأن "المشاركة مبناها على العدالة من الجانبين؛ ولهذا لا يجوز أن يشترط اختصاص أحدهما بربح سلعة معين، ولا بمقدار من الربح، ولا تخصيص أحدهما بالضمان"^(٥)، كما "أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض نفسه"^(٦).

ويرى بعض الفضلاء من المعاصرين أن ثمة فرقا بين تقديم المستثمرين في حسابات الاستثمار على حملة الصكوك وحملة الأسهم في استيفاء ديونهم، وبين ضمان حسابات الاستثمار القائمة على المضاربة أو الوكالة، والذي يظهر -والله أعلم بالصواب- أن ذلك من ضمان الشريك لشريكه وهو محرم بالاتفاق، فإذا كانت النتيجة النهائية أن بعض الشركاء كالمستثمرين في حسابات المضاربة قد يحصل على رأس ماله أو أكثره، وبعضهم الآخر كحملة الصكوك وحملة الأسهم قد لا يحصل على رأس مالهم أو أكثره، فالوضيعة إذن ليست على قدر رأس المال.

(١) ينظر: بعض المفاهيم حول رأس المال الإضافي، لعصام العنزي ص(٢٦١-٢٦٢).

(٢) بداية المجتهد (٤٢١/٢).

(٣) المغني (١٤٧/٥).

(٤) كشف القناع (٥٠٤/٣).

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية (٨٥-٨٤/٣٠).

(٦) بداية المجتهد (٤٢١/٢).

وهذه الصفة في هذا النوع من الصكوك تشابه بعض الصور الممنوعة في الأسهم الممتازة، جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي: الأسهم الممتازة: "لا يجوز إصدار أسهم ممتازة، لها خصائص مالية تؤدي إلى ضمان رأس المال أو ضمان قدر من الربح أو تقديمها عند التصفية، أو عند توزيع الأرباح"^(١). و"مستند عدم جواز إصدار الأسهم الممتازة مالياً أي بأمور غير إجرائية أن ذلك يؤدي إلى قطع الاشتراك في الربح، ووقوع الظلم على الشركاء الآخرين"^(٢). وجاء في قرارات وتوصيات ندوة البركة السادسة: "الأسهم التفضيلية (أسهم الامتياز): وهي أن تُعطى بعض الأسهم امتياز الأولوية في الحصول على الأرباح، وإذا لم يتحقق ربح في تلك السنة ينقل الحق إلى السنة التالية: غير جائز شرعاً؛ لأن الامتياز يقطع المشاركة في بعض الحالات"^(٣).

كما يرى بعض الفضلاء من المعاصرين أن أمام حملة الصكوك احتمالين فقط: أحدهما: وقوع مصاعب مالية على البنك عندئذٍ سيجري شطب الصكوك أو تحويلها إلى أسهم عادية، والثاني: أن لا يواجه البنك أي مصاعب مالية، عندئذٍ فإن الصكوك تكون غير مؤقتة (مؤبدة)، وعلى ذلك فإن اعتبار موجودات الصكوك مصدراً لسداد القروض الربوية أو أن حملة الصكوك مقدمون على حملة الأسهم العادية أو أن المستثمرين في حسابات المضاربة مقدمون على حملة الصكوك وحملة الأسهم، نظري ولا يتعلق بالجانب التطبيقي^(٤). ويرد سؤال هنا: هل هناك حالات يمكن تصفية البنك فيها دون بلوغه مرحلة عدم القدرة على الاستمرار، كحالات التصفية الاختيارية بطلب من حملة الأسهم؟

الإشكال الثالث: إلغاء الصكوك وشطبها أو تحويلها إلى أسهم في البنك التقليدي إذا وصل مرحلة "عدم القدرة على الاستمرار".

تقدم أن من بين الإشكالات العامة لصكوك الشق الأول أن الجهة الرقابة (البنك المركزي) الحق في إلغاء الصكوك وشطبها (كلياً أو جزئياً) وضم موجوداتها إلى حقوق ملكية حملة الأسهم، أو تحويلها إلى أسهم عادية فيصبح حامل الصك حاملاً للأسهم، وذلك إذا وصلت الجهة المنشئة إلى مرحلة "عدم القدرة على الاستمرار" أو لحماية الجهة المنشئة من الوصول لها.

ويرى الأكثرية في مؤتمر الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية: أنه لا يجوز إلزام البنوك المصدرة لهذه الصكوك باشتراط شطبها كلياً أو جزئياً إن قرّرت الجهة الرقابية وصول البنك إلى نقطة عدم القدرة على الاستمرار^(٥)؛ وذلك

(١) قرار رقم (٦٣-١٧) بشأن: الأسواق المالية.

(٢) كتاب المعايير الشرعية، المستندت الشرعية: ص(٥٨٠).

(٣) قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي (من الندوة الأولى وحتى الثلاثين) الفتوى رقم (٢٨/٦) ص(٥٣).

(٤) ينظر: صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، وفق معايير بازل، لمحمد القري ص(١٣٧).

(٥) توصيات مؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية ص(٥).

لأن اشتراط إلغاء الصكوك وشطبها يجعلها في حكم ضمان أحد الشريكين (حملة الصكوك) وحده للالتزامات (أو الخسارة) التي قد تحصل لوعاء المشاركة^(١).

ويرى الأكثرية أيضاً أن ما يجوز الإلزام به من قبل الجهات الرقابية هو: تحويل الصكوك إلى أسهم عادية في البنك، وذلك وفق أحكام البيع وضوابطه الشرعية، بشرط: أن لا يكون مقابل التحويل (ثمن البيع) مقدراً بمبلغ محدد مقدماً، إذ الوعد الملزم بتحويل الصكوك إلى أسهم عادية في البنك بثمن محدد كالقيمة الاسمية، يأخذ حكم ضمان البنك (المضارب) رأس مال الصكوك (رأس مال المضاربة) ولو جزئياً^(٢).

إلا أن تحويل صكوك الشق الأول أو الثاني إلى أسهم في البنك التقليدي محل إشكال شرعي، إذ لا يجوز تملك أسهم تلك البنوك؛ لأن حامل السهم يملك على الصحيح حصة شائعة من موجودات البنك أي أنه شريك في التمويل الربوي، إقراضاً من خلال ما يقدم للعملاء أو اقتراضاً من خلال استقبال الودائع الربوية، وهذا التخريج بناء على الاتجاه الثاني بأن: وعاء الصكوك لا يشمل جميع معاملات البنك التقليدي وإنما يقتصر على وعاء خاص بالمضاربة يشمل حملة الصكوك والمستثمرين في الحسابات الاستثمارية ونحوهم^(٣).

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه.

(١) ينظر: صكوك دعم رأس المال، لعبد الله الغامدي ص(٢٢٣)، صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، وفق معايير بازل، لأسيد الكيلاني ص(١٦٠)، وترى بعض الهيئات الشرعية جواز هذا الشرط بناء على اعتبارات أهمها: أن إلغاء الصكوك إنما كان بقرار من البنك المركزي وهذا أمر من ولي الأمر وتجب طاعته، كما أنها تدخل ضمن قوله p: (المسلمون على شروطهم). ينظر: صكوك التمويل الإسلامية للقرني (١٠٢).

(٢) توصيات مؤتمر أبيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية ص(٥). بتصرف يسير

(٣) وترى بعض الهيئات الشرعية أن خيار التحويل إلى أسهم في البنك غير متاح في بعض الدول، وعليه فإن هذا الإشكال غير وارد في الصكوك الصادرة عن البنوك التقليدية فيها.

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، يسر سبحانه وتعالى على التمام وأعان، فنحمد جل جلاله، ونثني على الخير وكله، والصلاة والسلام على نبينا ورسولنا محمد، وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان، أما بعد:

ففي ختام هذا البحث يمكن أن نلخص ما جاء فيه من نتائج وترجيحات، تلم شتات البحث، وتلخص لقارئه ما انتهى الباحث إليه، وهي كما يأتي:

١. الغرض من إنشاء هذه الفروع والنوافذ هو: رغبة هذه البنوك للتحويل من التعامل بالربا إلى التعامل بالمنتجات الإسلامية، وهذا هو الغرض الأساسي الذي بسببه يحث المتعاملون على دعم مثل هذه النوافذ والفروع والتعامل بها.

٢. أهم الضوابط الشرعية للنوافذ أو الفروع الإسلامية:

- (١) أن يكون لها هيئة شرعية مستقلة، تفتي في جميع منتجات النافذة أو الفرع، وتراقب جميع أعمالها.
 - (٢) أن تكون مستقلة من الناحية الإدارية.
 - (٣) أن تكون مستقلة من الناحية المالية، ألا تخلط أموال حسابات عملائها مع أموال حسابات بقية عملاء البنك التقليدي.
 - (٤) أن تكون ملتزمة في جميع أنشطتها وبرامجها وسياساتها وعقودها بأحكام الشريعة الإسلامية.
٣. الحسابات الاستثمارية: هي أوعية تودع فيها المبالغ التي تتلقاها المؤسسة من المستثمرين على أساس المضاربة المشتركة أو الوكالة بالاستثمار، ويفوض أصحابها المؤسسة باستثمارها في أنشطة مباحة شرعاً.
٤. الحسابات الاستثمارية، منها ما يكون بعقد المضاربة بين العملاء والبنك، ومنها ما يكون بعقد الوكالة بالاستثمار، ومنها ما يكون الاستثمار فيها مطلقاً، ومنها ما يكون مقيداً.
٥. الراجح والله أعلم في "مشاركة الكافر"، والتي هي من أقرب المسائل التي يستشهد بها في مسألة حكم إنشاء حسابات استثمارية في البنوك الربوية، هو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم من أن المشاركة جائزة في الأصل (على اختلاف بينهم في شروط الجواز).

٦. يترجح والله أعلم جواز إنشاء حسابات الاستثمار الإسلامية في البنوك التقليدية بضوابط معينة
٧. صكوك الشق الأول من رأس المال هي: أوراق مالية غير مؤقتة (دائمة)، تصدرها المؤسسة المالية، تمثل حصة شائعة في أنشطة معينة، ترفع بها المؤسسة رأس مالها الرقابي، لتكون قادرة على مواجهة الخسائر

المستقبلية، وحملتها مؤخرون عن المودعين والدائنين (الديون العادية والديون الثانوية)، يمكن شطبها أو تحويلها لأسهم في المؤسسة باختيارها.

٨. تطبيق عقد المضاربة على صكوك الشق الأول من رأس المال، على اتجاهين:

أ. الاتجاه الأول: أن تكون العلاقة بين حملة الصكوك والجهة المنشئة: مضاربة ابتداء ويأذن أرباب المال في خلط أموالهم مع أموال المضارب في الوعاء العام للمؤسسة المالية (أي في جانب حقوق الملكية)، وبهذا الخلط تنشأ مشاركة بينهما وبين حقوق الملكية المستثمرة في الوعاء العام. ويصير لحملة الصكوك حصة شائعة في موجودات هذه الحقوق، بما لها من حقوق وما عليها من التزامات، بنسبة حصتهم فيها، وتكتسب المشاركة صفة حقوق الملكية في علاقتها بالمكونات الأخرى في الوعاء العام للبنك وبالأطراف التي يكون البنك مدينًا فيها، ويترتب على ذلك إشكالات شرعية، نلخصها في أن حملة الصكوك سيشترون مع ملاك الأسهم في المشاركة بجميع العقود المالية والاستثمارية التي يديرها الوعاء العام، والتي منها عقود ربوية، فلن ينفك حامل الصك في أن يكون دائنًا أو مدينًا أو رب مال أو مضاربًا في قرض أو نشاط ربوي.

ب. الاتجاه الثاني: أن تكون العلاقة بين حملة الصكوك والجهة المنشئة مضاربة ابتداء ويأذن أرباب المال في خلط أموالهم مع أموال المستثمرين في حسابات الاستثمار القائمة على عقد المضاربة أو الوكالة فقط دون بقية الوعاء في البنك، ويترتب على ذلك عدد من الإشكالات الشرعية، أهمها:

(١) استخدام موجودات المضاربة في الصكوك مصدرا لسداد القروض الربوية: حيث إن موجودات صكوك الشق الأول -المملوكة لحملتها- تستخدم مصدرا لسداد الالتزامات الواجبة على البنك رغم أنها مملوكة لحملة الصكوك، وهذا متقرر نظاماً، وبناءً على هذا فإن صكوك المضاربة من الشق الأول بناء على الاتجاه الثاني، تعتبر مصدرا متفق عليه بين حملة الصكوك والجهة المنشئة لسداد ما على الجهة المنشئة من ديون ربوية وغيرها، ولا يجوز ذلك؛ لما فيه من الإعانة على الإثم والعدوان.

(٢) تقديم المستثمرين في حسابات الاستثمار والودائع الربوية إذا خسرت على حملة الصكوك وحملة أسهم البنك التقليدي: إذا وقعت خسارة في الوعاء العام للبنك التقليدي من غير تعد منه أو تفريط، فإن المقدم في استيفاء أمواله -حسب تعليمات اتفاقية بازل الثالثة: أولاً: المودعون في

الحسابات الجارية: وهي قروض دون فائدة ربوية، ثانيًا: ثم المدعون في الحسابات الاستثمارية ثالثًا: ثم حملة صكوك الشق الأول من رأس المال، رابعًا: حملة الأسهم في البنك التقليدي، والمتقرر أن وعاء المضاربة بناء على الاتجاه الثاني مكوّن من: ١/ موجودات حسابات الاستثمار (المضاربة أو الوكالة)، ٢/ موجودات مضاربة صكوك الشق الأول، ٣/ أموال حملة الأسهم (إن وجد)، وعليه فإن حملة صكوك الشق الأول لا يحق لهم المطالبة بنصيبهم من وعاء المضاربة إلا بعد استيفاء المستثمرين في حسابات الاستثمار لرأس مالهم وأرباحهم، كما لا يحق لحملة الأسهم المطالبة بنصيبهم من وعاء المضاربة إلا بعد استيفاء حملة الصكوك لرأس مالهم، ومن المعلوم اتفاق العلماء على أن الخسارة في الشركة على قدر رأس المال، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك.

(٣) إلغاء الصكوك وشطبها أو تحويلها إلى أسهم في البنك التقليدي إذا وصل مرحلة "عدم القدرة على الاستمرار": فلا يجوز تملك أسهم تلك البنوك؛ لأن حامل السهم سيملك على الصحيح حصة شائعة من موجودات البنك أي أنه شريك في التمويل الربوي، إقراضا من خلال ما يقدم للعملاء أو اقتراضا من خلال استقبال الودائع الربوية، وهذا التخريج بناء على الاتجاه الثاني بأن: وعاء الصكوك لا يشمل جميع معاملات البنك التقليدي وإنما يقتصر على وعاء خاص بالمضاربة يشمل حملة الصكوك والمستثمرين في الحسابات الاستثمارية ونحوهم.

المصادر والمراجع

١. أبحاث ندوة المستقبل العمل المصرفي الثانية عشرة، تنظيم: البنك الأهلي التجاري - جدة بتاريخ ٢١-٢٢/٤/١٤٤١هـ، الموافق ١٨-١٩/١٢/٢٠١٩م.
٢. أثر المخالفات الشرعية والنظامية في عقود الشركات، تركي يحيى، رسالة دكتوراه مقدمة للمعهد العالي للقضاء، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.
٣. احتساب الربح في المضاربة والمشاركة في حال خلط أموال المضاربة والمشاركة، سمير الشاعر، بحث مقدم للمؤتمر التاسع للمؤسسات المالية الإسلامية، بتنظيم هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
٤. أحكام أهل الذمة، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، تحقيق: يوسف بن أحمد البكري - شاكر بن توفيق العاروري، دار رمادي للنشر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
٥. الأسس الشرعية لتوزيع الأرباح والخسائر في البنوك الإسلامية، علي محيي الدين القرة داغي، بحث مقدم للمؤتمر العاشر للمؤسسات المالية الإسلامية، بتنظيم هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
٦. الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
٧. الإصلاح المصرفي ومقررات بازل ٣، عبدالمطلب عبدالحמיד، الدار الجامعية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
٨. إنشاء النوافذ الإسلامية في البنوك التقليدية في فلسطين «الفرص والتحديات»، سهى مفيد أبو حفيظة، وأحمد سفيان تشي عبد الله، بحث منشور في مجلة بيت المشورة، العدد: ١١، أكتوبر ٢٠١٩م.
٩. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
١٠. بعض المفاهيم حول رأس المال الإضافي، عصام العنزي، ضمن أوراق عمل الورش التحضيرية لندوة البركة التاسعة والثلاثون للاقتصاد الإسلامي.
١١. البنوك الإسلامية ومأزق بازل، محمد محمود المكاوي، دار الفكر والقانون، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
١٢. التبادل المالي بين المصارف الإسلامية والمصارف الأخرى، فهد الحمود، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى، ١٤٣٢هـ.

١٣. تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، المكتبة التجارية الكبرى بمصر، ١٣٤٧هـ.
١٤. تعقيب على أبحاث موضوع: مسائل في عقد المضاربة المصرفية وأحكامها الشرعية في ندوة مستقبل العمل المصرفي الثانية عشرة، أسيد الكيلاني.
١٥. تقويم المؤسسات التطبيقية للاقتصاد الإسلامي - النوافذ الإسلامية للمصارف التقليدية، سعيد المرطان، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى بالمملكة العربية السعودية، ١٤٢٦هـ-٢٠٠٥م.
١٦. توصيات مؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
١٧. الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله (ص) وسننه وأيامه = صحيح البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، بعناية: زهير الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
١٨. الحسابات الاستثمارية لدى المصارف الإسلامية، بدر علي الزامل، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى، ١٤٣١هـ.
١٩. الحسابات الاستثمارية وتوزيع الربح، عبدالستار أبو غدة، ضمن بحوث في المعاملات والأساليب المصرفية الإسلامية، الجزء العاشر، مجموعة دلة البركة.
٢٠. الخدمات الاستثمارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي، يوسف بن عبد الله الشبيلي، دار ابن الجوزي، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
٢١. دراسة واقع فتح نوافذ إسلامية في البنوك التجارية-دراسة تجارب دولية رائدة (الإمارات، ماليزيا، بريطانيا، نيجيريا، الجزائر)، مذكرة مكملية ضمن متطلبات نيل درجة ماستر أكاديمي في علوم التيسير، للطلبة: سندس ريجان باهي، بإشراف د. أسماء سفاري، كلية الاقتصاد والعلوم التجارية وعلوم التيسير، جامعة أم البواقي، الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
٢٢. درر الحكم في شرح مجلة الأحكام، علي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب: فهمي الحسيني، دار الجيل، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
٢٣. دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

٢٤. الذخيرة، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقراقي، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٩٩٤ م.
٢٥. رد المختار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي الحنفي، دار الفكر-بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢ هـ.
٢٦. روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، الطبعة الثالثة، ١٤١٢ هـ.
٢٧. السياسات النقدية والبعد الدولي لليورو، أحمد فريد وسهير السيد، مجموعة النيل العربية، الطبعة الأولى، ٢٠٠٠ م.
٢٨. السياسة النقدية بين الفقه الإسلامي والاقتصاد الوضعي، وليد مصطفى شاويش، الطبعة الأولى، ٢٠١١ م.
٢٩. شرح الزرقاني على مختصر خليل، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني المصري، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٢ هـ.
٣٠. الشرح الكبير للشيخ أحمد الدردير على مختصر خليل مع حاشية الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، دار الفكر، بدون تاريخ نشر.
٣١. الشركات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، رشاد حسن خليل، دار الرشيد للنشر والتوزيع، الطبعة الثالثة، ١٤٠١ هـ.
٣٢. صكوك التمويل الإسلامية، محمد علي القري، دار الميمان للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ١٤٤٠ هـ-٢٠١٩ م.
٣٣. صكوك الشريحة الأولى من رأس المال وفق معايير بازل، محمد علي القري، ضمن بحوث مؤتمر الهيئات الشرعية السادس عشر، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
٣٤. صكوك الشريحة الأولى من رأس المال، أسيد الكيلاني، ضمن أبحاث مؤتمر أيوفي السادس عشر للهيئات الشرعية، هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
٣٥. صكوك الشريحة الأولى، خالد محمد السيار، ضمن بحوث ندوة البركة التاسعة والثلاثين للاقتصاد الإسلامي.

٣٦. صكوك الشق الأول من رأس المال ومتطلبات بازل ٣، محمد برهان، ضمن بحوث ندوة البركة التاسعة والثلاثين للاقتصاد الإسلامي.
٣٧. صكوك دعم رأس المال دراسة فقهية تطبيقية، عبدالله بن أحمد الغامدي، بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير من قسم الفقه في كلية الشريعة بالرياض، بحث غير منشور.
٣٨. الضوابط الشرعية لإنشاء البنوك التقليدية فروع ونوافذ إسلامية، أحمد محيي الدين أحمد، بحث مقدم لندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، كوالالمبور، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
٣٩. الضوابط الشرعية لإنشاء البنوك التقليدية نوافذ ووحدات إسلامية، الغريب ناصر، بحث مقدم لندوة البركة العشرين للاقتصاد الإسلامي، كوالالمبور، ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م.
٤٠. الضوابط الشرعية لنوافذ المعاملات الإسلامية في البنوك التقليدية - دور اللجنة الاستشارية الشرعية في بنك بومبيترا التجاري، لصالح مفتاح، معارفي فريدة، بحث منشور في مجلة العلوم الإنسانية الصادرة عن جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد: ٣٤/٣٥، مارس ٢٠١٤م.
٤١. ضوابط تقديم الخدمات المصرفية الإسلامية في البنوك التقليدية (تجربة البنك الأهلي التجاري السعودي)، سعيد بن سعد المرطان، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى.
٤٢. عقد الوكالة بالاستثمار، طلال بن سليمان الدوسري، دار كنوز إشبيلية، الطبعة الأولى، ١٤٣٧هـ.
٤٣. العملات والمصرفيات، عبد الستار أبوغدة، ضمن بحوث ندوة البركة الثالثة والثلاثون للاقتصاد الإسلامي.
٤٤. العناية شرح الهداية، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرقي، دار الفكر، بدون تاريخ طبع.
٤٥. العوامل التي تحدد توزيع الأرباح على المودعين في البنوك الإسلامية ونموذج بنك الإنماء في احتساب الربح في حال خلط أموال المضاربة بأموال المضارب، عبدالباري مشعل، للمؤتمر التاسع للمؤسسات المالية الإسلامية، بتنظيم هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
٤٦. الغرر البهية في شرح البهجة الوردية مع حاشية العبادي والشربيني، زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي المطبعة الميمنية، بدون تاريخ طبع.

٤٧. غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد مكي، أبو العباس، شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ.
٤٨. فتح القدير، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، دار الفكر، بدون تاريخ طبع.
٤٩. الفروع الإسلامية التابعة للمصارف الربوية دراسة في ضوء الاقتصاد الإسلامي، فهد الشريف، بحث مقدم للمؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي بجامعة أم القرى.
٥٠. الفروع الإسلامية في البنوك التقليدية ضوابط التأسيس وعوامل النجاح، لطف محمد السرحي.
٥١. الفروع، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، أبو عبد الله، شمس الدين المقدسي الراميني ثم الصالحي الحنبلي، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤ هـ.
٥٢. قرار الهيئة الشرعية للبنك الأهلي، مكتبة روائع المملكة، الطبعة الأولى، ١٤٣٧ هـ-٢٠١٥ م.
٥٣. قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي.
٥٤. قرارات وتوصيات المؤتمر الفقهي الرابع للمؤسسات المالية الإسلامية بتنظيم شركة شورى للاستشارات الشرعية بالتعاون مع هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية.
٥٥. قرارات وتوصيات ندوة البركة للاقتصاد الإسلامي (من الندوة الأولى وحتى الثلاثين)، الطبعة الأولى، ١٤٣١ هـ-٢٠١٠ م.
٥٦. قياس وتوزيع الربح في البنك الإسلامي، كوثر عبدالفتاح الأبيجي، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤١٧ هـ.
٥٧. كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، تحقيق: لجنة مختصة في وزارة العدل، الطبعة الأولى، ١٤٢١ هـ.
٥٨. كفاية رأس المال في المصارف الإسلامية في الواقع وسلامة التطبيق، حسين سعيد وعلي أبو العز، بحث منشور في موقع الجمعية الأردنية للمالية الإسلامية.
٥٩. لسان العرب، لابن منظور، طبعة دار المعارف، القاهرة.
٦٠. المبسوط، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، دار المعرفة، ١٤١٤ هـ.

٦١. المجموع شرح المذهب، أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، دار الفكر.
٦٢. المحلى بالآثار، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الفكر، بدون تاريخ طبع.
٦٣. محور صكوك رأس المال الإضافي (الشق الأول) الإطار القانوني، عبد الستار الخويلدي، ضمن بحوث ندوة البركة التاسعة والثلاثين للاقتصاد الإسلامي.
٦٤. المدونة، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
٦٥. مراتب الإجماع، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسي القرطبي الظاهري، دار الكتب العلمية، بيروت.
٦٦. المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله ﷺ ، مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، بعناية: محمد فؤاد عبد الباقي.
٦٧. المعاملات المالية أصالة ومعاصرة، ديان محمد الديان، الطبعة الثانية، ١٤٣٢هـ.
٦٨. معايير المحاسبة والمراجعة والحوكمة والأخلاقيات الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ١٤٣٧هـ.
٦٩. المعيار المعدل لكفاية رأس المال للمؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية، مجلس الخدمات المالية الإسلامية، ٢٠١٣م.
٧٠. المغني شرح مختصر الخرقي، أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ.
٧١. المقنع والشرح الكبير والإنصاف، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
٧٢. المذهب في فقه الإمام الشافعي، أبو اسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، دار الكتب العلمية، بيروت.
٧٣. مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي المغربي، المعروف بالحطاب الرُّعيني المالكي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

٧٤. الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الكويت.
٧٥. موسوعة المصطلحات الاقتصادية، حسين عمر، دار الشروق، الطبعة الثالثة، ١٣٩٩ هـ.
٧٦. النقود والبنوك، سامي خليل، شركة كاظمة للنشر، الطبعة الأولى، ١٩٨١ م.
٧٧. النوافذ الإسلامية في المصارف الحكومية العراقية، أحمد خلف الدخيل، ضمن بحوث مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد ١٩، العدد ٢، ٢٠١٣ م.
٧٨. الوديعة النظامية في البنوك المركزية مفهومها وأهميتها وتكييفها الفقهي، أحمد الشثري، ضمن بحوث مجلة بيت المشورة، العدد الأول، المجلد الأول، ١٤٣٥ هـ.
٧٩. ورقة معلومات أساسية حول مكونات الأصول العينية، العياشي فداد، ضمن أوراق عمل الورش التحضيرية لندوة البركة التاسعة والثلاثين للاقتصاد الإسلامي.

خط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال الوعاء العام في البنوك التقليدية ذات النوافذ الإسلامية

أ. د. عصام خلف العنزي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

فبطلب من مؤتمر أيوفي السنوي التاسع عشر للهيئات الشرعية للكتابة في مسألة خلط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال الوعاء العام في البنوك التقليدية ذات النوافذ الإسلامية"، أقدم هذا الجهد اليسير سائلاً المولى عز وجل أن يبارك فيه وأن ينفع به، حيث إنها تعتبر من صلب معاملات البنوك وهو استقبال الأموال من أصحابها وتوظيفها للحصول على الأرباح.

وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،

كتبه

أ. د. عصام خف العنزي

طبيعة الوعاء الاستثماري:

تم تعريف الشخصية الاعتبارية بما يلي:

"الشخص الاعتباري: مجموعة من الأشخاص والأموال يتوفر لها كيان ذاتي مستقل تستهدف تحقيق غرض معين وتتمتع بالشخصية القانونية في حدود هذا الغرض".

وللشخص الاعتباري العناصر الآتية:

١. مجموعة من الأشخاص أو الأموال لها كيان ذاتي مستقل.
٢. غرض أو هدف معين يسعى الشخص الاعتباري إلى تحقيقه، وهذا الغرض قد يكون تحقيق الربح، وقد يكون خدمة عامة، فيشترط في هذا الغرض أن يكون مشروعاً وأن لا يخالف النظام العام أو الآداب.
٣. اعتراف القانون: والاعتراف قد يكون عاماً أو خاصاً، فالعام: أن يضع القانون شروطاً عامة مقدماً، فإذا توافرت هذه الشروط في أي شيء أو هيئة فإنها تكتسب الشخصية القانونية بمجرد تكوينها، أما الخاص: فيقصد به كل شركة أو هيئة تتقدم بصفة مستقلة للجهات المختصة لكي تطلب اكتساب الشخصية الاعتبارية إذا توفرت الشروط المقررة قانوناً⁽¹⁾.

ويتضح من هذا أن وعاء المضاربة في المصارف الإسلامية لا يعتبر كياناً مستقلاً، وليس له صفة اعتبارية. وإنما هو عبارة عن حساب يتم فيه تجميع المبالغ التي سيتم استثمارها تحت إدارة الخزينة في البنك، وفي هذا الحساب يتم خلط أموال المودعين مع أموال المساهمين، وهو ما يكون الوعاء العام للبنك، فهو في حقيقته نوع من أنواع الحسابات، وقد جاء في معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية ما يلي: يقصد بحسابات الاستثمار المطلقة: الحسابات النقدية التي يتسلمها المصرف على أساس القبول العام منه وموافقة أصحاب الأموال باستعمالها واستثمارها بدون قيد أو شرط، بما في ذلك خلطها باستثمارات المصرف، واشتراك الطرفين بحصص شائعة فيما يتحقق من أرباح على أن يأخذ المصرف نصيبه من ربح حسابات الاستثمار بصفته مضارباً، وتوزيع الخسائر بقدر المساهمة في التمويل⁽²⁾.

⁽¹⁾ www.ar.wi;ipedia.org .

⁽²⁾ معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية ٤٨ .

فالأموال التي تم خلطها من المساهمين والمودعين تسمى حساباً، ولذلك تظهر هذه الحسابات من ضمن عناصر قائمة المركز المالي. ويمكن التمييز في الحكم بين الوعاء وإن شئت قلت الحساب ما إذا كان هذا الوعاء لبنك إسلامي أو تقليدي أو مختلط:

أ- الوعاء الاستثماري لبنك إسلامي:

لا إشكال في الوعاء الاستثماري لبنك إسلامي، حيث إن الوعاء يتم استثماره وفق أحكام الشريعة الإسلامية، والعوائد الناتجة من هذا الاستثمار يتم توزيعها وفق ما هو متفق عليه بين المضارب (المصرف) ورب المال (المودعون).

ب- الوعاء الاستثماري لبنك تقليدي:

كما لا يوجد إشكال أيضاً في عدم جواز الوعاء الاستثماري لبنك تقليدي حيث يتم إقراض هذه الأموال وفق سعر فائدة محدد بموجب عقد القرض المتفق عليه بين الأطراف.

ت- الوعاء الاستثماري المختلط

نقصد بالوعاء الاستثماري المختلط: هي الأموال المختلطة من أموال يتم استثمارها وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وأموال أخرى يتم استثمارها بطرق تقليدية مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذا الخلط قد يكون ناشئاً عنه:

١. تملك البنك التقليدي لنافذة إسلامية.

٢. رغبة البنك التقليدي بالتحول إلى بنك إسلامي.

٣. اندماج البنك الإسلامي مع بنك تقليدي.

وفي هذه الصورة قد ينشأ وعاء مختلط يضم استثمارات مشروعة وأخرى غير مشروعة، فكيف يتم في هذه الحالة التأكد من أن ودائع حسابات الاستثمار (الودائع) المشروعة لا تستخدم في التمويل التقليدي، وإنما يقتصر استخدامها في التمويلات المشروعة؟

ذهب بعض الأفاضل من العلماء⁽¹⁾ إلى أن السبيل إلى ذلك هو التأكد دائماً من أن مبلغ عمليات التمويل الإسلامية في دفاتر البنك هو دائماً أكبر من مجموع أرصدة حسابات الاستثمار بالمضاربة، وهذا كاف للتأكد من أن جميع أرصدة حسابات الاستثمار بالمضاربة استخدمت في التمويلات المشروعة، فإذا ظهر في جانب المطلوبات من الميزانية أن الودائع المشروعة كانت ١٠٠ مليون وظهر في جانب الموجودات في الميزانية أن الأصول المشروعة كانت ١٥٠ مليوناً فهذا يعني أن جميع الودائع المشروعة تم استخدامها في استثمارات مشروعة، بل إن بعض الودائع غير المشروعة تم استثمارها في استثمارات مشروعة ويرى هؤلاء الأفاضل أن هذا يكفي للتأكد من أن جميع ودائع حسابات المضاربة تستخدم في معاملات مشروعة، ولا حاجة لإنشاء وعائين في خزانة البنك يكون لكل واحد منهما أصوله وخصومه الخاصة به.

واستند أصحاب هذا القول إلى عدة أمور منها:

أولاً: إن عملية التأكد من أن الحسابات الاستثمارية المشروعة تم استثمارها في أصول مشروعة أمر متاح ومتيسر من خلال الأنظمة الآلية التي تظهر في كل لحظة جانب الأصول والخصوم وتصنيفاتها.

ثانياً: إن القول بأن النقود لا تتعين بالتعيين هو القول الراجح، وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ورواية عن أحمد، فالثمن يثبت في الذمة فلزم أن النقود لا تتعين بالتعيين. وما ذهب إليه الشافعية من أن النقود لا تتعين بالتعيين قد يكون له وجاهته في النقود السابقة إذ يكون منها الصحيح والمكسر والمقطع، ولا يتصور في النقود المعاصرة إذ لا سبيل لاختلاف أحدها عن الآخر، فكل ورقة نقدية رقم مسجل عليها.

وعليه فإن خلط أموال الودائع التقليدية مع الودائع المشروعة ليس له أثر، حيث إن النقود لا تتعين بالتعيين، فيكفي التأكد من استخدام الودائع المشروعة في استثمارات مشروعة.

ويمكن الرد على ذلك بأن النقود لا تتعين بالتعيين عند جمع النقود في الوعاء ابتداءً، أي قبل استخدام تلك الأموال، ومن المعلوم أن البنوك عند تلقيها للودائع تقوم باستثمارها إما عن طريق العقود الشرعية في البنوك الإسلامية أو عن طريق العقود المحرمة في البنوك التقليدية، وبعد الاستثمار هي أعيان مفروزة ومعينة بالتعيين.

(1) فضيلة العلامة الأستاذ الدكتور نزيه حماد، وفضيلة الأستاذ الدكتور محمد القرى حفظهما الله من ضمن أبحاث ندوة مستقبل العمل المصرفي الإسلامي الثانية عشر.

وفي ظني أن تكون التمويلات والاستثمارات المشروعة أكثر من الاستثمارات والتمويلات غير المشروعة في دفاتر البنك غير كاف لجواز خلط هذه الاستثمارات بعضها مع بعض للاطمئنان بأن الودائع أو الحسابات الاستثمارية المشروعة تم استثمارها في قنوات مشروعة وذلك لعدة أسباب:

أولاً: إن اختلاط الوعاء للاستثمارات المشروعة وغير المشروعة يؤدي إلى أن حساب الأرباح والخسائر يكون واحداً، وهذا يعني عدة أمور:

أ- الأرباح والخسائر: فلو كان الوعاء الاستثماري المختلط مقداره ١٠٠ مليون مثلاً، منها ٥٠ مليوناً استثمارات مشروعة، و ٥٠ مليوناً استثمارات وتمويلات غير مشروعة، وحققت الاستثمارات والتمويلات غير المشروعة خسارة، فإنه سيتم اقتطاع جزء من أرباح المضاربة لسداد القروض الربوية، والعكس صحيح لو حققت المضاربة خسارة فسيتم جبر هذه الخسارة من الفوائد والقروض الربوية. وهذا أمر غير جائز.

ب- في حال انخفاض قيمة التمويلات والاستثمارات غير المشروعة فسيتم تكوين مخصص لها، وهو ما يعني اقتطاع جزء من أرباح المضاربة وتوجيهه كمخصص للقروض الربوية، وبالتالي خفض ربح المضاربة لمصلحة التمويلات والاستثمارات غير المشروعة.

ت- في حالة زيادة أرباح التمويلات والاستثمارات غير المشروعة، فمثلاً لو حققت ٧٪، والتمويلات والاستثمارات المشروعة حققت ٤٪ مثلاً وقام البنك بتوزيع ربح الوعاء مقداره ٥٪ مثلاً، فإن أصحاب حسابات المضاربة سوف يحصلون على ربح من التمويلات والاستثمارات المحرمة.

ثانياً: إذا تم خلط الأموال في وعاء واحد فإن مصاريف القروض الربوية من عقود ومحامين وموظفين وفروع تقليدية سوف يتحمل جزءاً منها أصحاب حسابات الاستثمار المشروعة، وهو أمر غير جائز.

ولذلك أرى من الضروري فصل التمويلات والاستثمارات المشروعة عن التمويلات والاستثمارات غير المشروعة وعدم خلطها بعضها مع بعض، سواء كان هذا الفصل حقيقياً بإيجاد وعائين أم كان هذا الفصل حكماً من خلال الفصل المحاسبي وإنشاء قيود محاسبية مختلفة لكل منهما، بحيث يكون كل منهما حساب للأرباح والخسائر.

ومما يترتب على هذه المسألة أن الوعاء إذا لم يتم فصله فإنه لا يجوز إصدار صكوك الشق الأول من رأس المال (على أساس المضاربة) للأسباب والمبررات السابقة.

والله أعلى وأعلم

وصللي الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

والحمد لله رب العالمين

كتبه

أ. د. عصام خلف العنزي

خلط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال الوعاء العام في البنوك التقليدية ذات النوافذ الإسلامية

إعداد

خالد محمد إبراهيم

الرئيس التنفيذي لشركة إنقان للاستشارات المالية
رئيس الرقابة الشرعية بالبنك الأهلي التجاري (سابقاً)

بحث مقدم لمؤتمر "أيوفي" للهيئات الشرعية السنوي التاسع عشر

بتاريخ: ٦ - ٧ ربيع الأول ١٤٤٣ هـ

١٢ - ١٣ أكتوبر ٢٠٢١ م

المنامة، مملكة البحرين

بسم الله الرحمن الرحيم

تمهيد

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين،
أما بعد،

فإنني أتوجه بالشكر لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) وللقائمين على هذا المؤتمر لدعوتكم
الكريمة لي لتقديم ورقة علمية عن خلط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال الوعاء العام في البنوك التقليدية ذات
النوافذ الإسلامية على أن تعالج الورقة المحاور الآتية:

- حكم خلط أرصدة حسابات الاستثمار بأموال البنك التقليدي
- هل يكفي أن تكون التمويلات والاستثمارات المشروعة لدى البنك عن أرصدة حسابات الاستثمار دون
فصل لأصولها
- أثر عدم الفصل على ضبط حساب أرباح حسابات الاستثمار، وتحميل الخسائر، وتكوين المخصصات،
وتوزيع النفقات والمصروفات.
- هل يعد عدم الفصل من "تجهيل" أموال المضاربة الموجب للضمان على المضارب (البنك).
- الفصل المطلوب شرعاً لأصول حسابات الاستثمار. هل هو فصل فعلي أو فصل محاسبي (دفترى)
- هل يمكن للبنك التقليدي إصدار صكوك الشق الأول من رأس المال (على أساس المضاربة) مع وجود
الفصل أو انتفائه

وتتناول هذه الورقة الجوانب الفنية ذات العلاقة بالمحاور المذكورة أعلاه لبيان طبيعة تطبيقات هذه الحسابات في
البنوك دون التعليق على الفتاوى والآراء الشرعية الخاصة بها من حيث الإجازة أو التحريم. وأود الإشارة هنا إلى
أن تطبيقات المضاربة المصرفية السائدة في البنوك سواء في حسابات الاستثمار أو في الصكوك قد تأثرت بالعديد
من التحديات النظامية و الهيكيلية للبنوك التي أدت لإدخال بعض التعديلات عليها حتى تتكيف مع نموذج عمل
البنك ومتطلبات الجهات الإشرافية والنظام المالي السائد. وقد أدى ذلك لوجود بعض الاختلافات بين التطبيقات
المعاصرة للمضاربة في البنوك و بين أحكام و تطبيقات المضاربة لدى الفقهاء.

وعليه فقد تضمنت هذه الورقة شرح مبسط لبعض آليات عمل البنوك المتعلقة بمحاور هذا البحث لفهم التحديات
التي أثرت على تطبيقات المضاربة المصرفية وجعلتها تختلف في بعض جوانبها و تطبيقاتها عن أحكام وضوابط
المضاربة المجازة شرعاً.

و ختاماً آمل أن يساهم هذا البحث في تطوير العمل المصرفي الإسلامي و أسأل المولى عز و جل أن يوفقني و إياكم لما يحبه و يرضاه.

خالد محمد إبراهيم

القاهرة في ٢٧/٢/٢٠٢٠

قائمة المحتويات

٨٣	مقدمة.....
٨٤	المبحث الأول.....
٨٤	خلط أموال حسابات الاستثمار بأموال البنك التقليدي.....
٩٣	المبحث الثاني.....
٩٣	زيادة التمويلات والاستثمارات المشروعة عن أرصدة حسابات الاستثمار دون فصل لأصولها.....
٩٣	المبحث الثالث.....
٩٣	أثر عدم الفصل على ضبط حساب أرباح وخسائر حسابات الاستثمار.....
٩٥	المبحث الرابع.....
٩٥	هل يعدُّ عدم الفصل من "تجهيل" أموال المضاربة الموجب للضمان على المضارب (البنك).....
١٠٠	المبحث الخامس.....
١٠٠	هل الفصل المطلوب شرعاً لأصول حسابات الاستثمار فعلي أو محاسبي (دفترى)؟.....
١٠٢	المبحث السادس.....
١٠٢	إصدار صكوك الشق الأول من رأس المال (على أساس المضاربة).....
١١١	خلاصة البحث:
١١٠	الملاحق.....
١١٣	ملحق (١).....
١١٠	معايير إدراج الأدوات المالية في الشق الأول الإضافي لرأس المال.....
١١٤	ملحق (٢).....
١١٤	قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٣٠ (٤/٥) بشأن سندات المقارضة و سندات الاستثمار.....
١١٧	المراجع:

مقدمة

اتجهت البنوك الإسلامية منذ نشأتها في سبعينات القرن الماضي إلى تبني نموذج عمل البنك التقليدي مع محاولة إيجاد بدائل شرعية تلبي احتياجات العملاء وتحل محل المنتجات التقليدية و القرض الربوي والتعامل بالفائدة. ولعل أبرز هذه البدائل الشرعية كان عقد المضاربة لما له من خصائص في تعبئة الأموال اللازمة للبنوك من أرباب المال واستثمارها في الأنشطة الاستثمارية المقبولة شرعاً مع المشاركة في نتائج هذه الأنشطة من ربح أو خسارة. وأصبح التصور السائد أن نموذج عمل البنك الإسلامي يقوم على أساس "مضارب يضارب" بدلاً من نموذج عمل البنك التقليدي القائم على أساس "مقترض يقرض".

و على مدار العقود الأربعة الماضية أصبح هناك اهتمام متزايد من علماء وفقهاء العصر بالتأصيل الشرعي للمنتجات والخدمات المالية التي تقدمها البنوك التقليدية لإجازة مع يتوافق منها مع الضوابط والأحكام الشرعية وإيجاد البدائل الشرعية لم يتعارض معها. إلا أن المقومات الأساسية لعمل هذه البنوك من آليات وإجراءات ونظم وتشريعات وتطبيقات فنية وموارد بشرية مؤهلة لم تحظ بالاهتمام اللازم. وفي ظل هذا القصور جاءت تطبيقات المصرفية الإسلامية لتحاكي تطبيقات المصرفية التقليدية. وفي سعي البنوك الإسلامية للتأقلم مع النظام المالي السائد أصبح هناك حاجة لتطويع الأحكام الشرعية لتتلاءم مع بيئة العمل المصرفية، فازدادت الحيل الشرعية وازداد الطلب على الهياكل المركبة وعقود المعاوضات التي تحاكي في أثرها التجاري منتجات البنوك التقليدية لتحل تدريجياً محل الاستثمارات القائمة على المشاركة في الربح والخسارة.

المبحث الأول

خلط أموال حسابات الاستثمار بأموال البنك التقليدي

ترتبط محاور هذا البحث ببعضها البعض من الناحية الفنية، لذلك كان لا بد من التعرض بالشرح والتوضيح أولاً لآليات تعبئة الودائع واستثمارها لدى البنوك حتى يتسنى للقارئ تكوين تصور كامل لآليات عمل البنوك، ومبررات هذه الآليات، ومدى إمكانية تطبيق أحكام المضاربة الشرعية في ضوء هذه الآليات، وذلك قبل التعرض للحكم الشرعي لكل محور من محاور هذا البحث على حدة، عملاً بالقاعدة الشرعية: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره".^١ واستشهد في هذا السياق بقول الشيخ العلامة محمد بن صالح العثيمين رحمه الله و نصه: "فكثيراً ما يعرض عليك السائل المسألة، و يتبادر لك صورة لها معينة، ثم مع تداول الكلام معه، يتبين لك أن الصورة التي تصورتها أو التي يقتضيها كلامه أولاً بعيدة كل البعد عن الواقع، لأن بعض الناس لا يحسن أن يعبر، و بعض الناس لا يعطي الأمر على حقيقته، يخشى أن يكون هناك حكم على خلاف هواه، فتجده لا يصور الأمر على حقيقته، و من القواعد المعروفة المقررة عند أهل العلم: "الحكم على الشيء فرع عن تصوره"، فلا تحكم على شيء إلا بعد أن تتصوره تصوراً تاماً؛ حتى يكون الحكم مطابقاً للواقع".^١

وعليه سيتناول هذا المبحث بالشرح ما يلي:

- الأعراف المصرفية الحاكمة لعمل البنوك
- آلية تسعير تحويل الأموال

أولاً: الأعراف المصرفية الحاكمة لعمل البنوك:

تعتبر الأموال التي تتلقاها البنوك التجارية (مصادر الأموال) بأنواعها المختلفة التزامات على البنك (مطلوبات) سواء كانت تلك الأموال من حسابات جارية وودائع لأجل وسندات دين مصدرة أو من حسابات استثمار وصكوك إسلامية مصدرة، وتظهر هذه الالتزامات في جانب الخصوم من ميزانية البنك. أما استخدامات هذه الأموال في أنشطة البنك التمويلية والاستثمارية فتعتبر حقوق للبنك على الغير (موجودات) ولا تتضمن أي موجودات تخص أرباب المال أو طرف ثالث (إلا في حالة وجود شركات تابعة في ميزانية البنك المجمعة). وتظهر هذه الموجودات في جانب الأصول من ميزانية البنك.

وتبعاً للأعراف المصرفية وتعليمات الجهات الإشرافية والمعايير المحاسبية للبنوك فإن المركز المالي للبنك (ميزانية البنك) لا يتضمن أموالاً تدار لصالح الغير سواء بالمضاربة أو بالوكالة كما لا يتضمن أصولاً ملك الغير.

^١ شرح الأصول من علم الأصول، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الرابعة ١٤٣٥هـ، (ص ٦٤٤)

وعليه فإن حسابات الاستثمار الإسلامية في البنوك تعامل معاملة حسابات الادخار التي تمثل ودائع مودعة من العملاء بهدف الادخار ولكن يحق لهم سحبها متى شاءوا^١، كما تعامل الصكوك المصدرة معاملة سندات الدين (صكوك الشق الثاني من رأس المال) أو معاملة الأسهم الممتازة (صكوك الشق الأول من رأس المال). إلا أنه يتعين على البنك - تبعاً لتعليمات الجهات الإشرافية في بعض الدول - الإفصاح في إيضاحات قوائمه المالية عن تلك الودائع التي تختلف شروطها عن الشروط العامة لقبول الودائع في البنك^٢، وعن القيود الإشرافية الاستثنائية التي فرضتها السلطات النظامية على البنك وأثرت على قراراته في إدارة أمواله وأنواع القرارات المتأثرة بتلك القيود^٣. كذلك يتعين على البنك الإفصاح في إيضاحات قوائمه المالية عن أي مطلوبات تكون مضمونة بأحد موجوداته^٤.

و قد أشار مجمع الفقه الإسلامي في قراره رقم ١٣٣ بشأن وظائف البنوك التقليدية و علاقتها بالمودين إلى أن القوانين المنظمة لعمل البنوك التقليدية تمنعها من العمل في مجال الاستثمار القائم على الربح والخسارة ، فهي تتلقى الودائع من الجمهور بصفقتها قروضا، وتحصر وظائفها - كما يقول القانونيون والاقتصاديون - في الإقراض والاقتراض بفائدة ، وخلق الائتمان بإقراض تلك الودائع بفائدة، و أن التكييف الشرعي والقانوني للعلاقة بين المودعين والبنوك التقليدية هو علاقة اقتراض^٥ لا وكالة، وهذا هو ما تقرره القوانين وأنظمة البنوك، لأن الوكالة في الاستثمار عقد يفوض بمقتضاه شخص آخر في استثمار مبلغ من المال مملوك لصالح الموكل، مقابل أجر محدد بمبلغ مقطوع أو نسبة من المال المستثمر، وقد انعقد الإجماع على أن الموكل يملك المال المستثمر، وله غنمه (ربحه) وعليه غرمه (خسارته)، وللوكيل الأجرة المحددة في عقد الوكالة إذا كانت الوكالة بأجر، وعلى ذلك فلا تكون البنوك وكيلة عن المودعين في استثمار ودائعهم، لأن هذه الودائع بتقديمها إلى البنك التقليدي وضمانه لها تكون قروضا يملك التصرف فيها، مع التزامه بردها، والقرض يرد بمثله دون أي زيادة مشترطة^٦.

وقد جرى العمل في البنوك على الفصل بين أنشطة استقطاب الأموال وأنشطة استثمار الأموال واعتبارها مراكز ربحية مستقلة؛ فيتم خلط أموال الودائع سواء ودائع تقليدية أو حسابات استثمار إسلامية في وعاء واحد وتوجيهها إلى أنشطة التمويل والاستثمار المختلفة دون وجود رابط مباشر يربط بين مصادر الأموال واستخداماتها، فلا يتم تمويل أنشطة استثمارية محددة من مصادر أموال معينة ولا يتم نسبة ما ينتج من الأنشطة الاستثمارية من ربح أو خسارة لحصته من فئة الأموال المستثمرة. ويتم انتقال الأموال المختلطة من مصادرها المختلفة إلى أوجه استثمارها المختلفة من خلال إدارة الخزينة التي تقوم، طبقاً لمعايير محددة، بتخصيص أسعار لهذه الأموال سواء لاقتراضها من

^١ معايير المحاسبة للبنوك التجارية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي (فقرة ٣٠٣)

^٢ معايير المحاسبة للبنوك التجارية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي (فقرة ٣١٦)

^٣ معايير المحاسبة للبنوك التجارية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي (فقرة ٨٥٧)

^٤ معايير المحاسبة للبنوك التجارية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي (فقرة ٨٣٩)

^٥ القانون المدني المصري (المادة ٧٢٦)

^٦ قرار رقم ١٣٣ (٧/١٤) لمجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة المؤتمر الإسلامي في دورته الرابعة عشرة

وحدات استقطاب الأموال أو لإقراضها لوحدات التمويل واستثمار الأموال. وتعرف هذه الآلية بآلية تسعير الأموال المحولة (Fund Transfer Pricing). وتعد هذه الآلية ذات أهمية بالغة بالنسبة للبنوك نظراً لاعتماد البنوك عليها كأداة لتحديد صافي الدخل من الفوائد والذي يعتبر مقياس شائع لقياس أداء البنك.

ثانياً: آلية تسعير الأموال المحولة:

يعتمد نموذج عمل البنك التقليدي على استقطاب الأموال من المودعين واستخدامها في أوجه التمويل والاستثمار المختلفة وتعتمد ربحية البنك بشكل أساسي على الفرق بين الفائدة المدفوعة على الودائع (مصرفات) والفائدة المحصلة من الإقراض (إيرادات). وعليه كان لابد للبنوك من إيجاد آلية تساعد في تحديد تكلفة الأموال التي تحصل عليها وتسعير تحويلها إلى مراكز الربحية المختلفة في البنك لإقراضها أو استثمارها¹.

ويوفر نظام تسعير الأموال المحولة أداة هامة للبنوك لوضع الإستراتيجية المناسبة لإدارة أصولها والتزاماتها، وإدارة السيولة وتسعير منتجاتها، والسيطرة على صافي الدخل من الفوائد. وتتولى إدارة الخزينة في البنوك مسؤولية إدارة السيولة والتسعير الداخلي للأموال سواء لوحدات الأعمال المنوطة باستقطاب الأموال (مثل فروع البنك) أو لوحدات الأعمال المختلفة في البنك المنوطة بتوظيف الأموال (مثل وحدات التمويل والاستثمار). ويتطلب إدارة هذه الأموال بفاعلية القدرة على إدارة ومعالجة المخاطر المختلفة التي يفرضها هذا النموذج مثل مخاطر السيولة و مخاطر سعر الفائدة. ويساعد هذا النظام في تمركز إدارة مخاطر السيولة وسعر الفائدة مع إدارة الخزينة بعيداً عن الوحدات التجارية. وقد أصبح تسعير الأموال المحولة أحد مطالب الجهات الإشرافية بعد الأزمة المالية العالمية في عام ٢٠٠٨م لضمان تماشي أطر تسعير الأموال المحولة للبنوك مع مبادئ أفضل الممارسات لإدارة السيولة.

ويعتمد نظام تسعير الأموال المحولة على تفاعل عناصره الثلاثة الرئيسية وهي: مساهمة الخصوم (المتمثلة في الغالب من الودائع)، ومساهمة الأصول (والتي تتمثل في الغالب من القروض)، ومساهمة إدارة الخزينة (وتتمثل في إدارة السيولة داخل البنك وتوفير مصادر للسيولة الطارئة من خارج البنك). ولكل عنصر من هذه العناصر الثلاثة أهميته في تحقيق ربحية البنك.

ويعتمد هذا النظام على تحديد منحني العائد الأساسي الذي يتكون من سعر الفائدة السائد لفترات زمنية مختلفة والذي تعتمد عليه إدارة الخزينة في تحديد سعر تحويل الأموال داخل البنك بعد إضافة هامش ربح مناسب له مما يساعد في تحديد صافي الدخل من الفوائد لكل من فروع البنك ووحدات الأعمال وإدارة الخزينة.

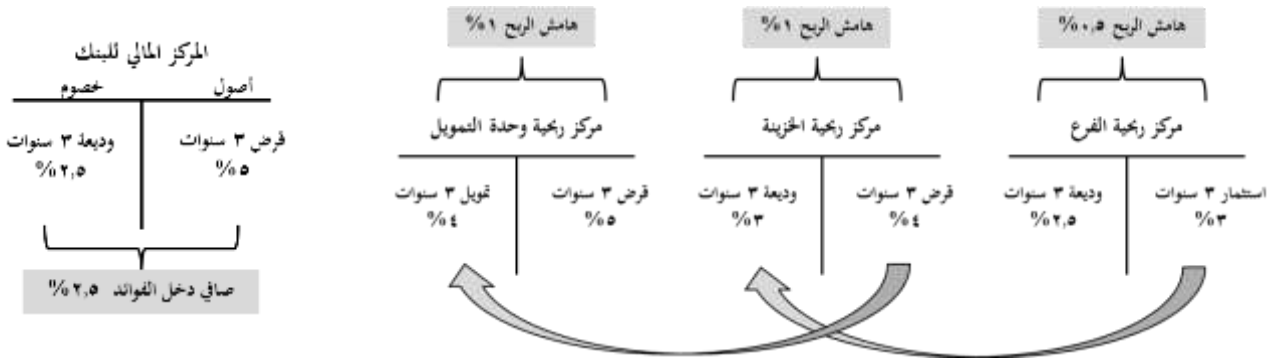
¹ Pushkina, Nataliya, "A Simple Funds Transfer Pricing Model For A Commercial Bank", Thesis for Master Degree in Finance and Investment, February 2013, University of The Witwatersrand, Johannesburg, South Africa.

مثال يوضح كيفية عمل آلية تسعير الأموال المحولة:

نسوق هذا المثال المبسط لشرح آلية تسعير الأموال دون الدخول في التفاصيل الفنية لكيفية تحديد التسعير الداخلي للأموال و الهوامش المضافة له و لا كيفية تمويل العجز في الأموال من مصادر خارجية.

نفترض أن بنك يريد أن يمول قرض بمبلغ ١,٠٠٠,٠٠٠ ريال لمدة ٣ سنوات بفائدة ٥٪ ولديه ودائع بمبلغ ١,٠٠٠,٠٠٠ ريال مدتها ٣ سنوات وبفائدة ٢,٥٪. فتقوم إدارة الخزينة بشراء مال الوديعة ذات الثلاث سنوات من وحدة استقطاب الودائع مقابل سعر تحويل قدره ٣٪ و تباع هذه الأموال لوحدة تمويل العملاء بسعر تحويل قدره ٤٪ التي تقوم بدورها بإقراض العميل بفائدة ٥٪.

في هذا المثال يحقق البنك صافي دخل من الفوائد من فرق إيرادات الفوائد على القرض ومصرفات الفوائد على الودائع يعادل ٢,٥٪ (٥٪ - ٢,٥٪) والذي يتكون من هامش ربح وحدة الودائع قدره ٠,٥٪ (٣٪ - ٢,٥٪) وهامش ربح إدارة الخزينة قدره ١٪ (٤٪ - ٣٪) وهامش ربح وحدة التمويل قدره ١٪ (٥٪ - ٤٪).



ونظراً لعدم وجود فصل لحسابات الاستثمار عن باقي أموال البنك فإنه يتم إدراجها ضمن وعاء أموال البنك وتخضع لآلية تسعير الأموال المحولة للبنك المذكورة أعلاه.

و في ظل ندرة المصادر العلمية التي تعكس التطبيقات الداخلية للبنوك فيما يتعلق بتسعير حسابات الاستثمار و طريقة احتساب العائد على أموال هذه الحسابات، و عدم وجود افصاحات في القوائم المالية للبنوك تظهر نتائج أعمال محافظ التمويل الخاصة بالمضاربة من ربح أو خسارة أو تظهر إجراء البنوك للتنضيض الحكمي لأصول هذه المحافظ بصفة دورية قبل عمل توزيعات الأرباح، و ما تم توزيعه لكل من البنك كمضارب و أصحاب حسابات الاستثمار من الربح المحقق، و نسبة هذا الربح إلى الأموال المستثمرة للوصول إلى نسبة الزيادة في الربح التي تزيد عن نسبة العائد المتوقع و التي تؤول إلى البنك (كمضارب) كحافز على حسن الأداء، و مع الالتزام بالأعراف المصرفية المعمول بها، فإن المثال السابق لآلية تسعير الأموال ينطبق على حسابات الاستثمار بالمضاربة التي يتم تسعير ربحها

طبقاً لأسعار الفوائد على حسابات الادخار أو الودائع لأجل و أن الفرق بين هذا السعر و سعر العائد على محفظة التمويل يمثل صافي الدخل من الفوائد و يؤول للبنك كحافز على حسن الأداء.

و للتوضيح فإنه بتطبيق المثال السابق لتسعير الأموال على حسابات الاستثمار نجد أن العائد المتوقع توزيعه على أصحاب هذه الحسابات هو ٢,٥٪ سنوياً على رأسمال حسابات الاستثمار و ليس ٥٪ الناتجة عن الأصول المستثمرة لرأسمال حسابات الاستثمار. كما أن احتساب مبلغ الربح القابل للتوزيع على أصحاب حسابات الاستثمار يتم على أساس احتساب نسبة ٢,٥٪ على رأسمال حسابات الاستثمار و ليس عن طريق الوقوف على مبلغ الربح الفعلي الناتج عن استثمار أموال حسابات الاستثمار و اقتسامه بين البنك كمضارب و أصحاب حسابات الاستثمار تبعاً لنسب اقتسام الربح المحددة في عقد المضاربة. كذلك لا يتم عمل التنضيق الحكمي لأصول حسابات الاستثمار التي تمثل في الغالب مديونيات على الغير لم تستحق بعد للوقوف على مبلغ الربح الزائد عن مبلغ رأس المال المستثمر حيث أن هذه الأصول لا يتم تعيينها لصالح أصحاب حسابات الاستثمار و لا يتم الإفصاح عنها ضمن الإيضاحات المذكورة في القوائم المالية للبنك بل تكون ضمن مجموع الأصول المملوكة للبنك. أما بالنسبة لحكم خلط مال المضاربة بمال المضارب فقد أجاز المعيار الشرعي رقم ١٣ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) للمضارب خلط مال المضاربة بماله و يترتب على ذلك أن يصير المضارب شريكاً بماله ومضارباً بمال رب المال ويقسم الربح الحاصل على المالكين فيأخذ المضارب ربح ماله، ويقسم ربح مال المضاربة بينه وبين رب المال على الوجه الذي شرطه^١.

كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ١٢٣ (١٣/٥) بشأن موضوع القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حساب الاستثمار) أن المضاربة المشتركة هي المضاربة التي يعهد فيها مستثمرون عديدون - معا أو بالتعاقب - إلى شخص طبيعي أو معنوي باستثمار أموالهم، ويطلق له غالباً الاستثمار بما يراه محققاً للمصلحة، وقد يقيد بنوع خاص من الاستثمار، مع الإذن له صراحة أو ضمناً بخلط أموالهم بعضها ببعض، أو بماله، أو موافقته أحياناً على سحب أموالهم كلياً أو جزئياً عند الحاجة بشروط معينة. والمستثمرون بمجموعهم هم أرباب المال، والعلاقة بينهم بما فيهم المضارب إذا خلط ماله بمالهم هي المشاركة، والمتعهد باستثمار أموالهم هو المضارب، سواء أكان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، مثل المصارف والمؤسسات المالية، والعلاقة بينه وبينهم هي المضاربة (القراض) لأنه هو المنوط به اتخاذ قرارات الاستثمار والإدارة والتنظيم، وإذا عهد المضارب إلى طرف ثالث بالاستثمار فإنها مضاربة ثانية بين المضارب الأول وبين من عهد إليه بالاستثمار، وليست وساطة بينه وبين أرباب الأموال (أصحاب الحسابات الاستثمارية). وهذه المضاربة المشتركة مبنية على ما قرره الفقهاء من جواز تعدد أرباب الأموال، وجواز اشتراك المضارب معهم في رأس المال، وإنها لا تخرج عن صور المضاربة المشروعة في حال الالتزام فيها بالضوابط الشرعية المقررة للمضاربة، مع مراعاة ما تتطلبه طبيعة الاشتراك فيها بما لا يخرجها عن مقتضى الشرعي. كما قرر

^١ بند رقم ٩/٨ من المعيار الشرعي رقم ١٣ لهيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

المجمع أنه لا مانع من خلط أموال أرباب المال بعضها ببعض أو بمال المضارب لأن ذلك يتم برضاهم صراحة أو ضمنا، كما أنه في حالة قيام الشخص المعنوي بالمضاربة وتنظيم الاستثمار لا يخشى الإضرار ببعضهم، لتعين نسبة كل واحد في رأس المال، وهذا الخلط يزيد الطاقة المالية للتوسع في النشاط وزيادة الأرباح."

المبحث الثاني

عدم الحاجة لفصل أصول حسابات الاستثمار عن أصول البنك في حالة زيادة التمويلات والاستثمارات المشروعة لدى البنك

إن زيادة التمويلات والاستثمارات المشروعة عن أرصدة حسابات الاستثمار دون فصل لأصولها لا يعد كافياً للوقوف على نتيجة استثمار أموال هذه الحسابات إذ أنه يجب التمييز بين الحالات التالية:

١. وضع أرصدة تمويلات و استثمارات البنك المشروعة قبل و بعد استثمار أموال حسابات المضاربة
٢. وجود مصادر أخرى للأموال لدى البنك قائمة على صيغة المضاربة بخلاف حسابات الاستثمار

(١) ففي الحالة الأولى يتعين معرفة الأرصدة القائمة لاستثمارات البنك المشروعة قبل استثمار أموال حسابات المضاربة في محافظ التمويل للبنك:

- فإذا زادت أرصدة التمويلات و الاستثمارات المشروعة بعد استثمار أموال حسابات المضاربة كان ذلك مؤشراً على استخدام أموال حسابات المضاربة في محافظ هذه التمويلات
- وأما إذا لم تزد أرصدة التمويلات و الاستثمارات المشروعة بعد استثمار أموال حسابات المضاربة فالأمر يحتاج إلى تأمل. فمن المعروف أن أغلب أرصدة التمويلات و الاستثمارات في البنك هي مديونيات على عملاء، فإذا لم تزد أرصدها بأموال المضاربة (بعد الأخذ في الاعتبار أثر التدفقات النقدية المستلمة الخاصة بسداد العملاء لالتزاماتهم على تخفيض محفظة التمويل) فهذا يعني أن أموال هذه الحسابات قد استثمرت - و لو جزئياً - في شراء جزء من المديونات القائمة في محفظة تمويلات البنك أو تم استخدامها استخداماً آخر (مثل سداد مديونيات قائمة على البنك). و في حال تم استثمار أموال الحسابات في شراء جزء من المديونات القائمة فإن ذلك يتم:

أ) إما بشراء إجمالي قيمة تلك المديونيات (أي شراء الدين من البنك) وبالتالي لن ينتج عنها ربح لأصحاب حسابات المضاربة،

ب) أو بشراء أصل مبلغ تلك المديونيات دون الأرباح (أي بالقيمة الحالية لهذه المديونيات) وبالتالي ينتج عنها ربح لأصحاب حسابات الاستثمار مبني على مبدأ الاستحقاق (أي استحقاق ما يخص كل فترة زمنية من أرباح).

إلا أن هذا الإجراء في كلتا الحالتين هو شراء لدين البنك على الغير وليس استثماراً لأموال هذه الحسابات في أعيان ومنافع جديدة مما يحتاج إلى الاسترشاد بالرأي الشرعي في هذا الخصوص.

وكما أشرنا أعلاه فإن الاعتماد على الأرصدة دون فصل وتحديد لأصول حسابات المضاربة لا يكفي للوقوف على نتيجة استثمار أموال هذه الحسابات، فالمحافظ التمويلية تشمل تمويل الأفراد و تمويل الشركات و التي لا ينحصر دخلها في ربح التمويل فقط بل يشمل أرباح من مصادر أخرى مثل العملات ذات الصلة بالتمويلات (مثل ربح بيع العملات الأجنبية لعملاء الإعتمادات، و ما زاد عن مصاريف البنك الفعلية من رسوم إدارية محصلة، إلخ...). كما يتم تحميل الدخل من هذه التمويلات بتكاليف مختلفة مثل تكلفة الأموال ومرتبات الموظفين ومصاريف الإهلاك و المخصصات المالية و غيرها للوصول إلى صافي الربح القابل للتوزيع. و قد قرر مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم ١٢٣ (١٣/٥) على أن المضارب يتحمل نفقات موظفيه وعماله كما يتحمل جميع النفقات غير المباشرة لأنها تُغطى بجزء من حصته من الربح، و أن المضاربة لا تتحمل إلا النفقات المباشرة التي تخصها، وكذلك نفقات ما لا يجب على المضارب عمله. وعليه فإن عدم الفصل بين أصول حسابات المضاربة والأصول الأخرى لمحافظ التمويل يؤدي إلى تحميل الدخل الناتج من أصول حسابات المضاربة بتكاليف ومصروفات تخص المضارب ولا تخص المضاربة.

٢) أما في الحالة الثانية التي لا تقتصر فيها مصادر أموال البنك بصيغة المضاربة على حسابات الاستثمار فقط بل تشمل مصادر أخرى مثل: شهادات الاستثمار بالمضاربة، وصكوك الشق الأول الإضافي لرأس المال (بالمضاربة)، وصكوك الشق الثاني لرأس المال (بالمضاربة و المراجعة)، إلخ... فتظهر أهمية الفصل بين أصول البنك و أصول كل من هذه المصادر المختلفة على حدة للوقوف على الأرباح أو الخسائر الناتجة عن استثمار رأسمال كل منها. ولا يمكن في هذه الحالة الاكتفاء بزيادة أرصدة التمويلات والاستثمارات المشروعة عن أرصدة تلك الحسابات نظراً لما يلي:

أ) أن لكل من هذه الأدوات المالية هيكلته وشروطه وأحكامه التي تؤثر في حقوق والتزامات كل من أرباب الأموال والمضارب:

١. فمثلاً تتضمن شروط صكوك الشق الأول الإضافي لرأس المال حق البنك (المضارب في هذه الحالة) في عدم توزيع أرباح على حملة هذه الصكوك تبعاً لتقديره الشخصي وإمكانية استخدام البنك مبالغ هذه التوزيعات لسداد التزاماته تجاه دائنيه، كما أن أصول هذه الصكوك تخضع لتحمل الخسائر الناتجة عن نشاط المضارب ككل (وليس خسائر استثمار أموال هذه الصكوك فقط)^١ بالإضافة لشروط أخرى لا تتضمنها اتفاقيات حسابات الاستثمار

^١ انظر ملحق (١) معايير إدراج الأدوات المالية في الشق الأول الإضافي لرأس المال

ii. كما أن هيكله صكوك الشق الثاني لرأس المال تتضمن أرباح ناتجة عن استثمار أموال الشق الخاص بالمضاربة مع البنك (كمضارب) وأرباح بيع سلع بالمراجحة للبنك (كمدین لأرباب المال) مما يتطلب الفصل بين أداء أصول المضاربة في تلك الصكوك و أصول أدوات المضاربة الأخرى ب) أن خلط أصول هذه الاستثمارات معاً دون فصل لا يوفر للأجهزة الرقابية القدرة على التحقق من إلتزام البنك بشروط وأحكام كل أداة من هذه الأدوات على حدة أو عمل التنضيق الحكمي اللازم للتأكد من سلامة رأس المال وتحديد الربح المستحق لكل طرف من أطراف هذه المضاربات دون غبن أو تعدي أو تقصير

المبحث الثالث

أثر عدم الفصل على ضبط حساب أرباح وخسائر حسابات الاستثمار

كما أوضحنا سابقاً في المبحث الأول فإنه قد جرى العمل في البنوك على الفصل بين أنشطة استقطاب الأموال وأنشطة استثمار الأموال؛ فلا يوجد رابط مباشر يربط بين مصادر الأموال واستخداماتها، إذ يتم خلط جميع الأموال سواء من ودائع تقليدية أو من حسابات استثمار إسلامية في وعاء واحد تديره إدارة الخزينة ثم يتم توجيهها إلى أنشطة التمويل والاستثمار المختلفة التي تعتبر كلها موجودات البنك (دون وجود تمييز لأصول حسابات المضاربة). وبالتالي لا يمكن نسبة ما ينتج عن كل نشاط من هذه الأنشطة الاستثمارية من ربح أو خسارة لحصته من فئة الأموال المستثمرة فيه.

ولفهم أثر عدم الفصل بين استثمارات أموال حسابات الاستثمار (أصول حسابات المضاربة) وبين استثمارات البنك الأخرى (أصول البنك) على ضبط حساب أرباح وخسائر حسابات الاستثمار نوضح ما يلي:

أن حساب الأرباح والخسائر للبنك (قائمة الدخل) يتضمن الدخل من الفوائد الدائنة أو من العمليات الخاصة نتيجة أنشطة التمويل وودائع البنك لدى الغير والذي يخصم منه الفوائد المدينة أو مصاريف العمليات الخاصة وهي التي تدفع لأصحاب الودائع على اختلاف أشكالها سواء تقليدية أو إسلامية والديون التي على البنك للغير و التي تعتبر تكلفة على البنك. وينتج عن ذلك صافي الدخل من الفوائد أو صافي دخل العمليات الخاصة والذي يعد أهم بند من بنود الدخل للبنك. ثم يضاف لهذا الصافي أي دخل آخر من عمليات البنك مثل العمليات (مثال: عمليات فتح الاعتمادات وإصدار خطابات الضمان)، وأرباح تحويل عملات أجنبية، وأرباح مشتقات مالية، وتوزيعات أرباح المتاجرة في أدوات مالية، وينتج عن ذلك إجمالي دخل العمليات. ثم يخصم منه مصاريف العمليات مثل الرواتب وما في حكمها، وإيجار ومصاريف الأصول الثابتة، واستهلاك الأصول، والمصاريف العمومية والإدارية، والمخصصات مثل مخصص خسائر الائتمان ومخصص الانخفاض في قيمة الموجودات، لنصل إلى صافي الربح القابل للتوزيع على المساهمين.

والغرض من هذا السرد ليس التعريف ببنود قائمة الدخل للبنك ولكن لبيان أثر عدم الفصل على إمكانية الوقوف على أرباح أو خسائر حسابات الاستثمار بشكل صحيح. فإيرادات البنك قد تشتمل على إيرادات غير شرعية لا تمت بصلة لإستثمار أموال المضاربة مثل: الفوائد من القروض، و فوائد ودائع البنك لدى الغير، و فوائد الاستثمار في السندات التقليدية، كما أن مصروفات البنك قد تشتمل على مصروفات لا تتعلق بالمضاربة مثل: الفوائد على الودائع لأجل، وودائع البنوك الأخرى لدى البنك، و قروض البنك من الغير، و مخصصات خسائر الائتمان الخاصة بالقروض التقليدية، و الرواتب و الإيجارات و الاستهلاكات التي ليس لها علاقة مباشرة بالمضاربة، إلخ... وقد نص قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٢٣ (١٣/٥) على أن المضارب يتحمل نفقات موظفيه وعماله كما يتحمل

جميع النفقات غير المباشرة لأنها تُغطى بجزء من حصته من الربح، و أن المضاربة لا تتحمل إلا النفقات المباشرة التي تخصها، وكذلك نفقات ما لا يجب على المضارب عمله. كما نص قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم ٣٠ (٤/٣) الخاص بسندات المقارضة، على أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلناً وتحت تصرف حملة الصكوك. وعليه فلا يمكن ضبط أرباح أو خسائر استثمار أموال المضاربة على الوجه الصحيح دون الفصل بشكل كامل بين أموال المضاربة والودائع الأخرى للبنك، و بين أصول المضاربة و باقي موجودات البنك، و بين إيرادات و مصروفات المضاربة و باقي إيرادات و مصروفات البنك.

وقد يبدو هذا الفصل في الحسابات مطلب صعب التنفيذ للوهلة الأولى نظراً لعدم إمكانية تطبيقه في ظل نموذج عمل البنوك الحالي و لعدم وجود ما يدعمه من تعليمات من قبل السلطات الإشرافية. إلا إنه ليس مستحيلاً؛ فعلى سبيل المثال تقوم مؤسسات التأمين التعاوني الإسلامي بتطبيق هذا الفصل في قوائمها المالية بين حقوق و التزامات كل من أصحاب الاشتراكات و الجهة المديرة للتأمين.

و قد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٢٠٠ (٢١/٦) بشأن التأمين التعاوني ما يلي:

- أن الإدارة في التأمين التعاوني لا تملك أقساط التأمين (الاشتراكات)؛ لأن الأقساط مملوكة لصندوق المشتركين (حملة الوثائق).
- أن العلاقة بين صندوق التأمين والجهة المديرة: تكون علاقة وكالة في حال إدارة أعمال التأمين، وتكون علاقة وكالة أو مضاربة في حال الاستثمار. وتكون الوكالة بأجر أو بدون أجر أما في حالة المضاربة فتستحق الجهة المديرة نسبة من الربح حسب الاتفاق، وأما الخسارة فتكون على رب المال، ما لم يكن هناك تعد أو تقصير أو مخالفة للشروط أو الأنظمة.
- يكون صندوق التأمين التعاوني مستقلاً مكوناً من تبرعات المشتركين أو غيرهم، من خلال منحه شخصية اعتبارية يقررها القانون، أو من خلال فصل حسابه عن حسابات الجهة المديرة تماماً

و في رأي أن هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) يمكنها من خلال التنسيق بين كل من مجلس معايير المحاسبة و المراجعة و الأعضاء المشاركين فيها من هيئات رقابية وإشرافية و الأعضاء المراقبين فيها من هيئات وجمعيات مسؤولة عن تنظيم مهنة المحاسبة والمراجعة أن تساهم في دراسة هذا المقترح لتطبيقه في البنوك - خاصة و هو مطبق في شركات التأمين التعاوني الإسلامي - لما فيه من تفعيل للضوابط الشرعية للمضاربة و الحفاظ على حقوق أرباب المال و تحسين نسبة كفاءة رأس المال للبنوك.

المبحث الرابع

هل يعدُّ عدم الفصل من "تجهيل" أموال المضاربة الموجب للضمان على المضارب (البنك).

فسر ابن نجيم التجهيل بقوله: "معنى الموت مجهلاً ألا يبين حال الأمانة وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها"، "والمودع - أي من لديه الوديعة - إنما يضمن بالتجهيل إذا لم يعرف الوارث الوديعة"، "ومعنى ضمانها صيرورتها ديناً في تركته"^١. وجاء في مجلة الأحكام العدلية أن "المُضَارِبُ أَمِينٌ وَرَأْسُ الْمَالِ فِي يَدِهِ فِي حُكْمِ الْوَدِيعَةِ، وَمِنْ جِهَةِ تَصَرُّفِهِ فِي رَأْسِ الْمَالِ وَكَيْلِ لِرَبِّ الْمَالِ، وَإِذَا رَجَحَ يَكُونُ شَرِيكاً فِيهِ"^٢. كما جاء فيها "إِذَا مَاتَ الْمُضَارِبُ مُجْهَلاً فَيَجِبُ الضَّمَانُ فِي تَرْكِهِ"^٣.

ومن المعروف أن حسابات ودائع العملاء وحسابات الاستثمار بالبنوك منضبطة بموجب الأعراف المصرفية والقواعد الإشرافية ونظم الرقابة الداخلية، وأي عمليات إيداع في هذه الحسابات أو سحب منها يتم تسجيلها في دفاتر البنك ومعرفة أرصدها بشكل يومي. وعليه لا يمكن القول بأن عدم الفصل بين الحسابات يؤدي إلى تجهيل أموال المضاربة على الإطلاق، بل يجب التفرقة بين حالتين:

- إذا كان المقصود بأموال المضاربة رأس المال في حسابات المضاربة فإنه من الصعب القول بتجهيل أموال المضاربة في هذه الحالة، إذ أنها تكون معلومة ومسجلة في دفاتر البنك (المضارب) ومعترف بها من قبله سواء في ظل استمرارية النشاط أو عند الإفلاس.
- أما إذا كان المقصود بأموال المضاربة ما تمثله هذه الأموال بعد استثمارها فهنا يكون الإشكال إذ لا يمكن تمييزها عن باقي أصول البنك بسبب عدم وجود فصل في الموجودات. وفي هذه الحالة يمكن القول بتجهيل نتائج استثمار المضاربة وليس أموال المضاربة، إذ لا ينطبق على هذه الحالة ما ذكر أعلاه من تجهيل إذ أن رأس مال المضاربة معلوم ومعترف به من قبل البنك (في صورة التزام في دفاتره) حتى في حالة إفلاسه، أما المجهول فهو حصة أموال المضاربة في الموجودات التي تدر الربح، وبالتالي تجهيل ربح المضاربة الحقيقي (أو خسائرها).

وقد جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٣٠ (٤/٣) بشأن سندات المقارضة، تعريف لربح المضاربة القابل للقسمة كما يلي: "أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد على رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد على رأس المال عند التنضيض أو التقويم

^١ الأشباه و النظائر لابن نجيم، ص ٢٣٤

^٢ مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٤١٣)

^٣ مجلة الأحكام العدلية، المادة (١٤٣٠)

فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقاً لشروط العقد. " ولما كانت حصة المضاربة في موجودات البنك مجهولة فلا يمكن عمل التنضيض الحقيقي أو الحكمي لهذه الموجودات للوقوف على وضع رأس مال المضاربة من زيادة أو نقصان وبالتالي عدم إمكانية تحديد الربح المتحقق القابل للتوزيع. كما أنه إذا أفلس البنك — كما حدث لبعض البنوك في أعقاب الأزمة المالية العالمية في ٢٠٠٧-٢٠٠٨، فستدخل كل أصول البنك بما فيها أصول المضاربة في أحكام التصفية وتكون عرضة لقسمة الغرماء (بما فيهم أصحاب حسابات المضاربة) دون مراعاة لحقوقهم الشرعية في موجودات البنك.

وفي رأي أن هذا الإجراء من قبل البنك يعد تعدياً أكثر منه تجهيلاً وذلك للأسباب التالية:

- جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٢١٢ (٢٢/٨) تعريف لحالات تعدي المضارب نذكر منها: "عدم التزام البنك بالضوابط الشرعية التي تنص عليها العقود أو الاتفاقيات الخاصة بفتح حسابات الاستثمار بأنواعها المختلفة"
- كما جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٨٦ (٩/٣) بشأن الودائع المصرفية و منها الودائع التي تسلم للبنوك بعقد استثمار على حصة من الربح: "الأصل في مشروعية التعامل الأمانة والصدق بالإفصاح عن البيانات بصورة تدفع اللبس أو الإيهام وتطابق الواقع وتنسجم مع المنظور الشرعي، ويتأكد ذلك بالنسبة للبنوك تجاه ما لديها من حسابات لاتصال عملها بالأمانة المفترضة ودفعاً للتغيير بذوي العلاقة."
- كذلك جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٢٣ (١٣/٥) بشأن القراض و المضاربة المشتركة أن: "المضارب أمين ولا يضمن ما يقع من خسارة أو تلف إلا بالتعدي أو التقصير بما يشمل مخالفة الشروط الشرعية أو قيود الاستثمار المحددة التي تم الدخول على أساسها. ويستوي في هذا الحكم المضاربة الفردية والمشاركة".

المبحث الخامس

الفصل المطلوب شرعاً لأصول حسابات الاستثمار

يرى البعض أن القيود المحاسبية سجلات داخلية خاصة بالبنك يديرها كيفما يشاء ولا يعتد بها كحجة أمام القضاء، إذ العبرة بنصوص العقد. وهذا الرأي يقلل من شأن المحاسبة إذ يعتمد عليها كل من البنك والعميل في معرفة وضع حقوقهم والتزاماتهم التعاقدية الناشئة عن العقد كما تعتمد عليها الجهات الاشرافية و الرقابية في معرفة نتائج الشركات من ربح أو خسارة وفي معرفة مبلغ الزكاة أو الضرائب المستحقة على المنشأة. لذلك سنستعرض بإختصار تعريف و أهداف المحاسبة و أهميتها في إظهار جوهر المعاملات المصرفية دون الاعتماد على ظاهر النص في العقود. تعرف المحاسبة بأنها عملية تحديد وقياس وتسجيل وتوصيل المعلومات المالية المتعلقة بالوحدات الاقتصادية إلى المستخدمين المهتمين بتلك المعلومات لمساعدتهم في اتخاذ القرارات الاقتصادية السليمة^١.

ومن أهم أهداف المحاسبة تحديد نتيجة أعمال المنشأة من ربح أو خسارة عن فترة زمنية معينة، وتحديد المركز المالي للمنشأة من أصول و خصوم و حقوق ملكية في هذه الفترة، والاحتفاظ بسجلات كاملة ومنظمة ودائمة للتصرفات المالية التي تقوم بها المنشأة حتى يمكن الرجوع إليها عند الحاجة، وتوفير البيانات والمعلومات اللازمة لإحكام الرقابة على أعمال المنشأة والمحافظة على ممتلكاتها من الضياع والتلاعب والاختلاس. ولتحقيق هذه الأهداف تقوم المحاسبة بتحديد الأحداث الاقتصادية (العمليات المالية) القابلة للقياس بوحدة النقد وتقوم بتسجيلها في الدفاتر المحاسبية للمنشأة باتباع الطرق العلمية السليمة. ثم تقوم بتوصيل نتائجها إلى المستفيدين عن طريق إعداد التقارير المالية التي من أهمها القوائم المالية^٢.

ومن خصائص المعلومات المحاسبية أنها تتمتع بالموثوقية أي يمكن الاعتماد عليها لاتصافها بالموضوعية، والحياد، والصدق في تمثيل جوهر الظاهرة موضوع البحث. فشرط العقد تنشئ حقوقاً والتزامات لأطراف العقد. وفي بعض الحالات يكون جوهر الحقوق والالتزامات واضح من الشكل القانوني للعقد، ولكن في حالات أخرى يتم تصميم سلسلة من العقود لتحقيق غرض تجاري معين مما يتطلب تحليل الحقوق والالتزامات الناشئة عن تلك المجموعة من العقود والتعامل معها كوحدة واحدة للوقوف على مضمون هذه العقود وتحديد جوهر الحقوق والالتزامات التي سيتم إظهارها في القوائم المالية، اتباعاً لمبدأ تغليب الجوهر على الشكل (Substance over form)^٣. وعليه فإن التقارير المحاسبية تعكس حقيقة المعاملات التي يجريها البنك وليس مجرد ظاهرها. فإذا أظهر جوهر العقود المبرمة بين

^١ تعريف جمعية المحاسبة الأمريكية

^٢ جريدة المحاسبين - الإطار النظري للمحاسبة المالية - <https://almohasbeen.com>

^٣ Conceptual Framework for Financial Reporting 2018, Hong Kong Institute of Certified Public Accountants

البنك وأصحاب حسابات الاستثمار و أي مستندات أخرى تحكم العلاقة بينهم، أن الأصول الناتجة عن استثمار رأسمال المضاربة هي ملك لأصحاب هذه الحسابات و ليست ملك للبنك و أن البنك يقوم بتوزيع الأرباح الناتجة عن استثمار هذه الأموال تبعاً للحصص المتفق عليها في عقد المضاربة و ليس كنسبة عائد على رأسمال المضاربة أسوة بحسابات الادخار أو الودائع لأجل، فلن تعكس القوائم المالية أصول المضاربة ضمن أصول البنك و لا الأرباح الناتجة عنها ضمن قائمة الدخل للبنك بل سيتم معاملتها بشكل منفصل عن حسابات البنك. وفي حالة وجود قيود من الجهات الإشرافية تفرض إظهار تلك المعاملات ضمن القوائم المالية للبنك فيجب الإفصاح في إيضاحات القوائم المالية عن تلك القيود وطبيعة هذه المعاملات و شروطها و ما يخصها من أصول في موجودات البنك و ما يخصها من أرباح في أرباح البنك. وعليه فإن الفصل المحاسبي لهذه الحسابات يحقق المتطلب الشرعي لعمليات المضاربة ويعد فصلاً فعلياً تترتب عليه آثاره وليس فصلاً شكلياً.

المبحث السادس

إصدار صكوك الشق الأول من رأس المال (على أساس المضاربة)

قامت لجنة بازل للإشراف المصرفي، في أعقاب الأزمة المالية العالمية في ٢٠٠٨، بإصدار حزمة من الإصلاحات لمعالجة الدروس المستفادة من الأزمة، تهدف إلى تعزيز مرونة القطاع المصرفي وتحسين قدرته على امتصاص الصدمات الناجمة عن الضغوط المالية والاقتصادية للحد من مخاطر انتقالها من القطاع المالي إلى الاقتصاد الحقيقي^١. و تضمنت تلك الإصلاحات عدد من التدابير لتعزيز قاعدة الشق الأول من رأس المال (الذي يساهم في استيعاب الخسائر في ظل استمرارية النشاط) منها السماح بإدراج أدوات مالية ذات معايير محددة ضمن قاعدة الشق الأول من رأس المال مثل: أن تكون هذه الأدوات تابعة (ذات مرتبة أدنى في السداد) لالتزامات و دائني البنك، و أن تكون توزيعات أرباحها أو مدفوعات فوائدها غير تراكمية و تخضع بالكامل لحرية تصرف البنك، و ألا يكون لها تاريخ استحقاق ولا حافز لاستردادها، و أن يستوعب أصل مبلغها الخسارة سواء عن طريق تحويلها إلى أسهم عادية أو شطبها. وقد ارتأت الصناعة المالية أن الصكوك الإسلامية القائمة على أساس المضاربة تتوافر فيها تلك المعايير التي تمكن البنوك - سواء إسلامية أو تقليدية - من إدراجها ضمن قاعدة الشق الأول من رأس المال. وقبل التعرض للرأي الشرعي في إصدار صكوك الشق الأول لرأس المال على أساس المضاربة في البنك التقليدي مع وجود الفصل أو انتفاءه بين أموال المضاربة وأموال البنك، سنقوم أولاً بتوضيح مكونات رأس المال النظامي من شق أول وشق ثاني، ثم نوضح معايير إدراج الأدوات المالية ضمن الشق الأول الإضافي لرأس المال، ثم نتناول تعريف صكوك المضاربة والضوابط الشرعية الحاكمة لها، ثم نقارن بين معايير لجنة بازل وضوابط صكوك المضاربة، لتوضيح أوجه التشابه والاختلاف بينها، ثم نلخص رأينا للرد على ما جاء في هذا المحور.

أولاً: مكونات رأس المال النظامي:

يتكون رأس المال النظامي من ثلاث فئات هي:

١. الشق الأول لحقوق الملكية (ويتكون من: الأسهم العادية للبنك، وعمولة إصدار الأسهم العادية، والأرباح المحتجزة، والدخل الشامل الآخر، والاحتياطيات المعلنة الأخرى، وحقوق الأقلية، والتعديلات النظامية لهذه الفئة)

¹ Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems - December 2010 (rev June 2011)

٢. الشق الأول الإضافي لرأس المال (ويتكون من: الأدوات التي ينطبق عليها معايير هذه الفئة، وعمولة إصدار الأسهم المدرجة في هذه الفئة، أدوات الشركات التابعة التي ينطبق عليها معايير هذه الفئة، والتعديلات النظامية لهذه الفئة)

٣. رأس مال الشق الثاني (ويتكون من: الأدوات التي ينطبق عليها معايير هذه الفئة، وعمولة إصدار الأسهم المدرجة في هذه الفئة، أدوات الشركات التابعة التي ينطبق عليها معايير هذه الفئة، بعض مخصصات القروض، والتعديلات النظامية لهذه الفئة).

ويمثل مجموع هذه الفئات الثلاثة مخصصاً منه التعديلات النظامية الخاصة بها رأس المال النظامي للبنك. وتحكم كل فئة من هذه الفئات مجموعة من المعايير التي يتعين أن تنطبق على كل أداة مالية قبل إدراجها في الفئة الخاصة بها؛ وستتناول في هذا المبحث فقط المعايير الخاصة بالشق الأول الإضافي لرأس المال.

ثانياً: معايير إدراج الأدوات المالية ضمن الشق الأول الإضافي لرأس المال:

أصدرت لجنة بازل للإشراف المصرفي ستة عشر معياراً لإدراج الأداة المالية (مثل الصكوك) في الشق الأول الإضافي لرأس المال البنك. ونظراً لكثرة تفاصيلها فقد تم التركيز في هذا المبحث على أهم ما جاء فيها مع سردها بالكامل في الملحق رقم (١) بنهاية البحث. ولعل أهم بنود هذه المعايير ما يلي:

١. يجب أن تكون الأداة المالية في مرتبة أدنى في السداد من مرتبة المودعين ودائني البنك بشكل عام.
٢. ألا يكون لها تاريخ استحقاق ولا عائد متزايد أو حوافز أخرى لاستردادها.
٣. أن تكون الأداة المالية قابلة للاستدعاء من قبل المصدر (البنك) بعد مرور خمس سنوات على الأقل.
٤. أن يكون أي سداد لأصل مبلغ الأداة المالية بعد الحصول على الموافقة المسبقة للجهة الإشرافية.
٥. حرية البنك في التصرف في توزيعات الأرباح / دفع الكوبون عن طريق إلغائها، وأن يكون للبنك سلطة كاملة لاستخدام المدفوعات الملغاة في الوفاء بالتزاماتها عند استحقاقها.
٦. يجب أن يكون للأدوات المالية المصنفة كالتزامات آلية لإطفاء الخسائر من أصل مبلغها إما عن طريق تحويلها إلى أسهم عادية عند بلوغ وضع معين أو عن طريق تخفيض مبلغها بتحميلها الخسائر عند بلوغ وضع معين. وينتج عن هذا التخفيض إما تخفيض مبلغها عند التصفية؛ أو عند تنفيذ خيار الاستدعاء من قبل البنك؛ أو بالتخفيض الجزئي أو الكلي لمدفوعات توزيعات الأرباح أو الكوبون.
٧. يجب أن يكون المبلغ الإجمالي المطلوب تخفيضه أو تحويله لأسهم عادية لجميع الأدوات المالية المصنفة كالتزامات عند تعدي مستوى معين هو المبلغ اللازم على الأقل لإعادة نسبة الشق الأول لحقوق ملكية البنك إلى هذا المستوى المعين، و إذا لم يكن ذلك ممكناً، فيكون الشطب لمبلغ تلك الأدوات المالية بالكامل.

٨. يجب أن تحتوي الشروط والأحكام على بند ينص على أنه بناءً على خيار السلطة ذات الصلة، يتم شطب الأداة المالية أو تحويلها إلى أسهم عادية عند وقوع حدث معين مثل: (أ) قرار بأن الشطب ضروري، والذي بدونهِ ستصبح الشركة غير قادرة على الاستمرار (Non-Viable)، على النحو الذي تحدده السلطة المختصة؛ أو (ب) القرار بضخ رأس مال من القطاع العام، أو ما يعادله من دعم، والذي بدونهِ ستصبح الشركة غير قادرة على الاستمرار (Non-Viable)، على النحو الذي تحدده السلطة المختصة.

وتعد متطلبات تلك المعايير أقرب إلى السندات والأسهم الممتازة منها إلى صكوك المضاربة.

ثالثاً: صكوك المضاربة وضوابطها الشرعية:

عرف المعيار الشرعي رقم ١٧ لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) صكوك الاستثمار 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. كما جاء في الأحكام والضوابط الشرعية لنفس المعيار فيما يخص صكوك المضاربة أن المصدر لتلك الصكوك هو المضارب، والمكتتبون فيها هم أرباب المال، وحصيلة الاكتتاب هي رأس مال المضاربة، ويملك حملة الصكوك موجودات المضاربة والحصة المتفق عليها من الربح لأرباب المال، ويتحملون الخسارة إن وقعت. من ناحية أخرى وضع قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدّة رقم ٣٠ (٤/٥) شروط و أحكام لصيغة صكوك المضاربة المقبولة شرعاً و قد تم ذكرها بالكامل في الملحق رقم (٢) بنهاية البحث. ولعل أبرز ما جاء فيه ما يلي:

١. عناصر صكوك المضاربة المقبولة شرعاً:

(أ) أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.

(ب) يقوم العقد في صكوك المضاربة على أساس أن شروط التعاقد تحددها نشرة الإصدار وأن الإيجاب يعبر عنه الاكتتاب في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة. ولا بد أن تشمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد المضاربة مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية.

(ج) أن تكون صكوك المضاربة قابلة للتداول بعد انتهاء فترة الاكتتاب مع مراعاة الضوابط التالية:

- إذا كان مال المضاربة ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المضاربة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.

- إذا أصبح مال المضاربة ديوناً تطبق على تداول صكوك المضاربة أحكام التعامل بالديون.
- إذا صار مال المضاربة موجودات مختلطة فإنه يجوز تداول صكوك المضاربة على أن يكون الغالب في هذه الحالة أعياناً ومنافع. أما إذا كان الغالب نقوداً أو ديوناً فتراعى في التداول الأحكام الشرعية لها.

(د) أن من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك هو المضارب، و هو شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وأن يد المضارب على موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية.

٢. لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.

٣. لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلاً. ويترتب على ذلك:

(أ) عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها

(ب) أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتنقيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند التنقيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقاً لشروط العقد.

(ج) أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلناً وتحت تصرف حملة الصكوك.

رابعاً: مقارنة بين معايير لجنة بازل للشق الأول الإضافي لرأس المال وضوابط صكوك المضاربة:

نتناول في الجدول التالي أهم بنود معايير لجنة بازل لإدراج الأدوات المالية ضمن الشق الأول الإضافي لرأس المال وما يقابلها من شروط وأحكام المضاربة وصكوك المضاربة المقبولة شرعاً و التي وردت في قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي لتوضيح أوجه التشابه و الاختلاف بينها و معرفة مدى إمكانية إصدار صكوك للشق الأول الإضافي لرأس المال تكون منضبطة شرعاً و ملتزمة بمعايير لجنة بازل:

أوجه المقارنة	معايير الشق الأول الإضافي لرأس المال تبعاً لتعليمات بازل ٣	قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي فيما يخص المضاربة
من حيث طبيعة الأداة المالية	تكون في مرتبة أدنى في السداد من مرتبة المودعين ودائي البنك بشكل عام ومن مرتبة الديون ذات المرتبة الأدنى للبنك	سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه. (قرار ٣٠ (٤/٣))
من حيث الضمان	لا تكون مضمونة ولا مغطاة بضمان المصدر أو بأي ترتيبات أخرى من شأنها أن تعزز مرتبتها في المطالبة من الناحية القانونية أو الاقتصادية مقابل دائي البنك	أنَّ يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية. (قرار ٣٠ (٤/٣))
من حيث تاريخ الاستحقاق	لا يكون لها تاريخ استحقاق ولا عائد متزايد أو حوافز أخرى لاستردادها	الأصل أن المضاربة عقد غير لازم ويحق لأي من الطرفين فسخه. و لا مانع شرعاً من توقيت المضاربة باتفاق الطرفين، بحيث تنتهي بانتهاء مدتها دون اللجوء إلى طلب الفسخ من أحدهما، ويقتصر أثر التوقيت على المنع من الدخول في عمليات جديدة بعد الوقت المحدد ولا يحول ذلك

		دون تصفية العمليات القائمة. (قرار ١٢٣/٥))
من حيث الإلتزام بالبيع	تكون قابلة للاستدعاء من قبل المصدر (البنك) بعد مرور خمس سنوات على الأقل. و يجب على البنك الحصول على الموافقة المسبقة للجهة الإشرافية قبل تنفيذ خيار الاستدعاء (call option)،	لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء ويرضى الطرفين. (قرار ٣٠ (٤/٣))
من حيث حرية البنك في التصرف في الأرباح	حرية البنك في التصرف في توزيعات الأرباح / دفع الكوبون عن طريق إلغائها، وأن يكون للبنوك سلطة كاملة لاستخدام المدفوعات الملغاة في الوفاء بالتزاماتها عند استحقاقها	يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيق أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. (قرار ٣٠ (٤/٣)) لا يشترك في ضمان الحسابات الجارية المودعون في حسابات الاستثمار، لأنهم لم يشاركوا في اقتراضها ولا استحقاق أرباحها. (قرار ٨٦ (٩/٣))
من حيث تحملها لخسائر البنك	يكون للأدوات المالية المصنفة كالالتزامات آلية لإطفاء الخسائر من أصل مبلغها إما عن طريق تحويلها إلى أسهم عادية عند بلوغ وضع معين أو عن طريق تخفيض مبلغها بتحميلها الخسائر عند بلوغ وضع معين. وينتج عن هذا التخفيض إما تخفيض مبلغها عند التصفية؛ أو عند تنفيذ خيار الاستدعاء من قبل البنك؛ أو بالتخفيض الجزئي أو الكلي لمدفوعات توزيعات الأرباح أو الكوبون	إن الضمان في الودائع تحت الطلب (الحسابات الجارية) هو على المقترضين لها (المساهمين في البنوك) ما داموا ينفردون بالأرباح المتولدة من استثمارها، ولا يشترك في ضمان تلك الحسابات الجارية المودعون في حسابات الاستثمار، لأنهم لم يشاركوا في اقتراضها ولا استحقاق أرباحها. (قرار ٨٦ (٩/٣))
من حيث إمكانية شراءها أو	لا يمكن للبنك، أو لطرف ذات علاقة يكون للبنك سيطرة عليه، أن يكون قد اشترى الأداة المالية، كما لا يمكن	لا يملك المضارب من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك، فهو رب مال بما أسهم به، بالإضافة إلى أن المضارب شريك في

الإشتراك فيها من قبل البنك	للبنك القيام بشكل مباشر أو غير مباشر بتمويل الأداة المالية أو شراءها	الربح بعد تحققه بنسبة الحصة المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس (قرار ٣٠ (٤/٣))
من حيث الشروط والأحكام	يجب أن تحتوي الشروط والأحكام على بند ينص على أنه بناءً على خيار السلطة الإشرافية ذات الصلة، يتم شطب الأداة المالية أو تحويلها إلى أسهم عادية عند وقوع حدث تنفيذ (trigger event)	لا بد أن تشمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية. و لا يجوز أن تشمل على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل. و لا يجوز أن تتضمن نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلاً (قرار ٣٠ (٤/٣))

من الجدول السابق يتضح وجود اختلاف بين معظم معايير لجنة بازل للشق الأول الإضافي لرأس المال و بين شروط و أحكام صكوك المضاربة التي تجعل من الصعب إصدار صكوك منضبطة شرعاً للشق الأول الإضافي لرأس المال.

ويؤيد ذلك الشروط الواردة في نشرات إصدار صكوك الشق الأول الإضافي لرأس المال و التي تمكنا من الحصول على بعضها من خلال ما تم نشره على الشبكة العنكبوتية لنشرات إصدار عدد من البنوك الخليجية الإسلامية و التقليدية. و بمراجعة هذه النشرات تبين لنا أنها تشتمل على توزيعات دورية للأرباح تعتمد على معدل عائد منسوب إلى رأس مال الصكوك و ليس على أساس الربح الناتج عن التنضيق الحكمي لأصول المضاربة. و تجدر الإشارة إلى أنه للوصول إلى هذه النتيجة و معرفة طريقة احتساب هذه التوزيعات تعين علينا المرور بعدد من البنود و الشروط التي يحيلنا كل بند منها إلى بند آخر و ذلك لتجميع عناصر التوزيعات الدورية في نشرة الإصدار. و فيما يلي نعطي أمثلة لبعض ما جاء في نشرات إصدار صكوك تلك البنوك:

- فقد جاء في نشرة إصدار صكوك أحد البنوك الإماراتية ما يلي:

- بلغ مبلغ إصدار الصكوك ١ مليون دولار أمريكي (المقابل لمبلغ ٣,٦٧٣,٠٠٠ درهم إماراتي) و تاريخ الإصدار ٢٠ مارس ٢٠١٣
- "تواريخ التوزيع الدوري : ٢٠ مارس و ٢٠ سبتمبر من كل عام ابتداء من ٢٠ سبتمبر ٢٠١٣"
- "أن مبالغ التوزيع الدوري تكون مستحقة الدفع وفقاً لبنود وشروط الشهادات ("الشروط") على المبلغ الاسمي المستحق للشهادات من (بما في ذلك) تاريخ الإصدار إلى (ولكن باستثناء) ٢٠ مارس ٢٠١٩ ("تاريخ أول استدعاء") بمعدل ٦,٢٥٠٪ سنوياً من ربح المضاربة الخاص برب المال و ربح المضاربة النهائي الخاص برب المال"
- "إذا لم يتم استرداد الشهادات أو إلغاؤها وفقاً للشروط في /أو قبل تاريخ الاستدعاء الأول ، فيجب دفع مبالغ التوزيع الدوري من (بما في ذلك) تاريخ الاستدعاء الأول وفقاً للشروط بسعر ثابت يتم إعادة تحديده في تاريخ الاستدعاء الأول وكل ست سنوات بعد ذلك ليساوي معدل العائد الخاص بالست سنوات (كما هو محدد في الشروط) بالإضافة إلى هامش قدره ٤,٩٥٤٪ سنوياً"
- "عدد الأيام" يعني عدد الأيام خلال الفترة مقسوماً على ٣٦٠ (عدد الأيام التي سيتم احتسابها على أساس أن العام مكون من ٣٦٠ يوماً و ١٢ شهراً مكون من ٣٠ يوماً لكل شهر، و في حالة عدم اكتمال الشهر يتمثل عدد الأيام في عدد الأيام المنقضية من فترة التوزيع الدوري التي سيتم فيها التوزيع (بما في ذلك اليوم الأول للفترة ولكن باستثناء اليوم الأخير)"
- "يتم منح البنك الحق صراحة في دمج أصوله في الوعاء العام لأصول المضاربة و نتيجة لذلك لن يكون من الممكن تحديد أصول المضاربة بشكل منفصل عن أصول البنك".
- كما جاء في نشرة إصدار صكوك أحد البنوك الكويتية ما يلي:
- بلغ مبلغ إصدار الصكوك ٢٠٠ مليون دولار أمريكي و تاريخ الإصدار ٢٥ أكتوبر ٢٠١٦
- "تواريخ التوزيع الدوري : ٢٥ أبريل و ٢٥ أكتوبر من كل عام ابتداء من ٢٥ أبريل ٢٠١٧"
- "أن مبالغ التوزيع الدوري (كما تم تعريفها هنا) تكون مستحقة الدفع وفقاً للشروط على المبلغ الاسمي القائم للشهادات من (بما في ذلك) تاريخ الإصدار إلى (ولكن باستثناء) ٢٥ أكتوبر ٢٠٢١ ("تاريخ أول استدعاء") بمعدل ٥,٥٠٠٪ سنوياً من ربح المضاربة الخاص برب المال و ربح المضاربة النهائي الخاص برب المال"
- "إذا لم يتم استرداد الشهادات أو إلغاؤها وفقاً للشروط في /أو قبل تاريخ الاستدعاء الأول، فيجب دفع مبالغ التوزيع الدوري من (بما في ذلك) تاريخ الاستدعاء الأول وفقاً للشروط بسعر ثابت يتم إعادة تحديده في تاريخ الاستدعاء الأول وكل خمس سنوات بعد ذلك ليساوي معدل العائد الخاص بالخمس سنوات (كما هو محدد في الشروط) بالإضافة إلى هامش قدره ٤,٢٢٦٪ سنوياً"

- "عدد الأيام" يعني عدد الأيام خلال الفترة مقسومًا على ٣٦٠ (عدد الأيام التي سيتم احتسابها على أساس أن العام مكون من ٣٦٠ يوما و ١٢ شهراً مكون من ٣٠ يوما لكل شهر، و في حالة عدم اكتمال الشهر يتمثل عدد الأيام في عدد الأيام المنقضية من فترة التوزيع الدوري التي سيتم فيها التوزيع (بما في ذلك اليوم الأول للفترة ولكن باستثناء اليوم الأخير)"
 - "يتم منح البنك الحق صراحة في دمج أصوله في الوعاء العام لأصول المضاربة و نتيجة لذلك لن يكون من الممكن تحديد أصول المضاربة بشكل منفصل عن أصول البنك".
- و بمراجعة القوائم المالية المدققة و المنشورة لكلا البنكين للوقوف على مبالغ التوزيعات الدورية و كيفية احتسابها تبين لنا مايلي:

- أن كلا البنكين قد قاما باحتساب مبالغ التوزيعات الدورية باستخدام المعادلة التالية:
معدل العائد السنوي المذكور في نشرة الإصدار، مضروباً في القيمة الاسمية للصك، مضروباً في عدد أيام فترة التوزيع ، و مقسوماً على ٣٦٠ يوماً. و عليه فإن مبلغ التوزيع الوري للبنك الإماراتي كان ١١٤,٧٨١ درهم إماراتي لفترة ستة أشهر، أما مبلغ التوزيع الدوري للبنك الكويتي فكان ١١ مليون دولار أمريكي لفترتي توزيع بلغ كل منها ستة أشهر
 - لم يتم عمل تنضيض حكومي للأصول للوصول للربح الشرعي للمضاربة نظراً لعدم إمكانية تحديد أصول المضاربة بشكل منفصل عن أصول البنك كما ذكر في نشرة الإصدار
 - بلغ العائد على حقوق الملكية للبنك الإماراتي في عام ٢٠١٣ نسبة ١٠,٥٪ في حين بلغ العائد الذي تم توزيعه على حملة الصكوك نسبة ٦,٢٥٠٪ مع الأخذ في الاعتبار عدم إمكانية الفصل بين أصول المضاربة و أصول البنك
 - بلغ العائد على حقوق الملكية للبنك الكويتي في عام ٢٠١٧ نسبة ١١,٤٪ في حين بلغ العائد الذي تم توزيعه على حملة الصكوك نسبة ٥,٥٪.
- و نخلص مما سبق أنه لا يمكن إصدار صكوك الشق الأول لرأس المال على أساس الضوابط الشرعية للمضاربة إذ أن هذا الأمر يخالف معايير بازل و التي على أساسها تم إصدار تلك الصكوك و قبولها من الجهات الإشرافية كأداة شق أول إضافي لرأس المال. و عليه فإن تطبيق الشروط والأحكام الشرعية للمضاربة على هذه الصكوك يجعلها لا تصلح كأداة مالية تدعم الشق الأول من رأس مال البنك و لعل الأفضل استبدال صيغة المضاربة في هذه الصكوك بصيغة أخرى تكون أكثر توافقاً مع معايير بازل دون الإخلال بالضوابط الشرعية حتى و إن كان ذلك على حساب قابليتها للتداول في السوق الثانوية.

خلاصة البحث:

١. أن خلط أموال حسابات الاستثمار بأموال البنك التقليدي لا يحقق الالتزام بأحكام وضوابط المضاربة الشرعية في ضوء نموذج عمل البنك السائد وتعليمات الجهات الإشرافية القائمة
٢. أنه لا يوجد رابط مباشر بين أصول التمويلات والاستثمارات المشروعة لدى البنك وبين حسابات الاستثمار بالمضاربة و بالتالي فلا يكفي زيادة أرصدة التمويلات والاستثمارات المشروعة على أرصدة حسابات الاستثمار كدليل على استثمار هذه الحسابات طبقاً لضوابط و أحكام المضاربة.
٣. أن عدم الفصل بين أموال حسابات الاستثمار و أموال البنك التقليدي لا يساعد في تحديد الأنشطة التي تم فيها استثمار أموال حسابات الاستثمار و بالتالي عدم إمكانية الوقوف على نتائج تلك الأنشطة من ربح أو خسارة أو تحديد ما يخصها من مخصصات و ما يتعلق بها من نفقات ومصروفات، أو حتى التحقق من قيام البنك بعمل التنضيف الحقيقي أو الحكمي لأصول المضاربة و صحة مبلغ الأرباح الذي تحقق بعد سلامة رأس المال و مبلغ الأرباح الموزعة على أرباب مال حسابات الاستثمار و ما أختص به البنك من أرباح سواء ربحه بصفته مضارباً أو مبلغ الزيادة كحافز على حسن الأداء. و نوصي أن تقوم هيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (أيوفي) بالتنسيق بين مجلسها لمعايير المحاسبة و المراجعة و الأعضاء المشاركين والأعضاء المراقبين لدراسة إمكانية تطبيق الفصل في الحسابات المطبق في شركات التأمين التعاوني الإسلامي على البنوك لما فيه من تفعيل للضوابط الشرعية للمضاربة و الحفاظ على حقوق أرباب المال و تحسين نسبة كفاءة رأس المال للبنوك.
٤. أنه في ظل عدم الفصل بين أموال حسابات الاستثمار و أموال البنك الأخرى يكون البنك ضامناً لأموال المضاربة أسوة بباقي الودائع لدى البنك.
٥. أن المعايير المحاسبية بما لها من قواعد وخصائص تساعد في كشف طبيعة المعاملات التي تقوم بها البنوك و أن التنسيق بين الجهاز الشرعي و الجهاز المحاسبي في البنك يساعد على معرفة أسباب اختلاف التسجيل المحاسبي عن طبيعة العقود الشرعية و ما اعتمد عليه الجهاز المحاسبي من تحليلات لبنود العقد أو للعلاقة بين مجموعة من العقود للوقوف على جوهر المعاملة و مقصد أطراف التعاقد لدعم الرقابة الشرعية على هذه المعاملات و التعرف على أسباب عدم انضباطها.
٦. أنه لا يمكن إصدار صكوك الشق الأول لرأس المال على أساس الضوابط الشرعية للمضاربة إذ أن هذا الأمر يخالف معايير بازل و التي على أساسها تم إصدار تلك الصكوك و قبولها من الجهات الإشرافية. وعليه فإن تطبيق الشروط والأحكام الشرعية للمضاربة على هذه الصكوك يجعلها لا تصلح كأداة مالية تدعم الشق الأول

من رأس مال البنك و من الأفضل استبدال صيغة المضاربة في هذه الصكوك بصيغة أخرى تكون أكثر توافقاً مع معايير بازل دون الإخلال بالضوابط الشرعية حتى و إن كان ذلك على حساب قابليتها للتداول في السوق

الثانوية

الملاحق

ملحق (١)

معايير إدراج الأدوات المالية في الشق الأول الإضافي لرأس المال^١

أصدرت لجنة بازل للإشراف المصرفي المعايير الآتية التي يجب أن تنطبق على الأداة المالية (مثال: الصكوك) حتى يمكن إدراجها في الشق الأول الإضافي لرأس المال للبنك:

١. أن تكون الأداة المالية مصدرة ومدفوعة
٢. أن تكون في مرتبة أدنى في السداد من مرتبة المودعين ودائني البنك بشكل عام ومن مرتبة الديون ذات المرتبة الأدنى للبنك.
٣. ألا تكون مضمونة ولا مغطاة بضمان المصدر أو بأي ترتيبات أخرى من شأنها أن تعزز مرتبتها في المطالبة من الناحية القانونية أو الاقتصادية مقابل دائني البنك
٤. ألا يكون لها تاريخ استحقاق ولا عائد متزايد أو حوافز أخرى لاستردادها
٥. أن تكون قابلة للاستدعاء من قبل المصدر (البنك) بعد مرور خمس سنوات على الأقل. وفي هذه الحالة:
(أ) يجب على البنك الحصول على الموافقة المسبقة للجهة الإشرافية قبل تنفيذ خيار الاستدعاء (call option)،

- (ب) يجب على البنك الامتناع عن فعل أي شيء يخلق انطبعا بأنه سيقوم بتنفيذ خيار الاستدعاء،
- (ج) يجب على البنك عدم تنفيذ خيار الاستدعاء إلا إذا قام باستبدال الأداة المالية التي تم استدعاءها برأسمال من نفس النوعية أو أفضل وبشروط تتناسب وقدرة البنك على توليد الدخل، أو إذا أثبت أن مركزه المالي ما زال أعلى بكثير من الحد الأدنى لمتطلبات رأس المال بعد ممارسة خيار الاستدعاء.
- (د) يُسمح للبنك بممارسة خيار الاستدعاء عند وجود حدث يتعلق بالضرائب أو بالجهات التنظيمية وذلك خلال الخمس سنوات الأولى لأداة رأس المال. ويكون تصريح الجهة الإشرافية للبنك بممارسة خيار الاستدعاء فقط إذا ارتأت أن البنك لم يكن في وضع يسمح له بتوقع الحدث عند الإصدار.
٦. أن يكون أي سداد لأصل المبلغ بعد الحصول على الموافقة المسبقة للجهة الإشرافية ويتعين على البنوك عدم خلق توقعات في السوق بأن موافقة الجهة الإشرافية سيتم منحها.
٧. حرية التصرف (Discretion) في توزيعات الأرباح / دفع الكوبون:

- (أ) يجب أن يكون للبنك حرية تصرف كاملة في جميع الأوقات لإلغاء التوزيعات / المدفوعات
- (ب) يجب ألا يعد تقدير البنك إلغاء المدفوعات من قبيل حدث إخلال بالسداد (Event of Default)

¹ The Basel Framework, CAP 10 "Definition of eligible capital", Additional Tier 1 Capital (10.11).

(ج) يجب أن يكون للبنوك سلطة كاملة على المدفوعات الملغاة لاستخدامها في الوفاء بالالتزامات عند استحقاقها.

(د) يجب ألا يفرض إلغاء التوزيعات / المدفوعات أي قيود على البنك إلا فيما يتعلق بالتوزيعات على المساهمين العاديين

٨. يجب أن تدفع توزيعات الأرباح / دفع الكوبونات من البنود القابلة للتوزيع.

٩. لا يمكن أن تكون للأداة المالية خاصية توزيعات تتأثر بالوضع الائتماني للبنك بمعنى ألا يتم تغيير معدل

توزيعات الأرباح / دفع الكوبون بشكل دوري بناء على التغير الجزئي أو الكلي في الوضع الائتماني للبنك.

١٠. لا يمكن للأداة المالية المساهمة في الالتزامات التي تتجاوز الأصول إذا كان اختبار ميزانية البنك يشكل جزءاً

من قانون الإعسار الوطني.

١١. يجب أن يكون للأدوات المالية المصنفة كالتزامات للأغراض المحاسبية آلية لإطفاء الخسائر من أصل مبلغها.

ويترتب على ذلك إنشاء شق أول لحقوق الملكية وفقاً لمعايير المحاسبة ذات الصلة وسيتم الاعتراف بالأداة

المالية في الشق الأول الإضافي لرأس المال في حدود الحد الأدنى للشق الأول لحقوق الملكية الذي نشأ بموجب

آلية إطفاء الخسائر. ويجب أن تعمل الآلية من خلال:

(أ) إما التحويل إلى أسهم عادية عند نقطة تنفيذ (trigger point) محددة مسبقاً عند معدل ٥,١٢٥٪

شق أول لحقوق الملكية على الأقل؛ أو

(ب) آلية شطب تحمل الخسائر للأداة المالية عند نقطة تنفيذ (trigger point) محددة مسبقاً عند معدل

٥,١٢٥٪ شق أول لحقوق الملكية على الأقل. وينتج عن هذا الشطب الآثار التالية:

i. تخفيض مبلغ المطالبة الخاص بالأداة المالية عند التصفية

ii. تخفيض المبلغ المسدد عند تنفيذ خيار الاستدعاء؛

iii. التخفيض الجزئي أو الكلي لمدفوعات توزيعات الأرباح / الكوبون على الأداة المالية.

١٢. يجب أن يكون المبلغ الإجمالي المطلوب شطبه / تحويله لأسهم عادية لجميع الأدوات المالية المصنفة كالتزامات

لأغراض المحاسبة عند تعدي مستوى التنفيذ (trigger level) هو المبلغ اللازم على الأقل لإعادة نسبة

الشق الأول لحقوق الملكية للبنك فوراً إلى مستوى التنفيذ، أو إذا لم يكن ذلك ممكناً، فيكون الشطب لمبلغ

الأصل بالكامل لتلك الأدوات المالية.

١٣. لا يمكن للبنك، أو لطرف ذات علاقة يكون للبنك سيطرة عليه، أن يكون قد اشترى الأداة المالية، كما لا

يمكن للبنك القيام بشكل مباشر أو غير مباشر بتمويل الأداة المالية أو شراء الأداة المالية.

١٤. لا يمكن أن تحتوي الأداة المالية على أي خصائص تعيق إعادة الرسملة، مثل الأحكام التي تتطلب من المصدر

تعويض المستثمرين عند إصدار أداة مالية جديدة بسعر أقل خلال فترة زمنية محددة.

١٥. إذا لم يتم إصدار الأداة المالية بواسطة كيان تشغيلي (operating entity) أو بواسطة الشركة القابضة في المجموعة الموحدة (مثال: شركة ذات غرض خاص "SPV") فيجب على الفور إتاحة المتحصلات دون قيد لكيان تشغيلي واحد أو للشركة القابضة في المجموعة الموحدة بشكل يلبي أو يتجاوز كل معايير الإدراج الأخرى في الشق الأول الإضافي لرأس المال.

١٦. يجب أن تحتوي الشروط و الأحكام على بند ينص على أنه بناءً على خيار السلطة الإشرافية ذات الصلة، يتم شطب الأداة المالية أو تحويلها إلى أسهم عادية عند وقوع حدث تنفيذ (trigger event)، ما لم يتم استيفاء المعايير الواردة في الفقرة CAP10.12 (و هذه المعايير هي: ١) أن يكون للسلطة ذات الاختصاص القضائي للبنك قوانين تتطلب شطب مثل هذه الأدوات المالية عند وقوع مثل هذا الحدث، أو تتطلب استيعاب مثل هذه الأدوات المالية الخسائر بالكامل قبل تعرض دافعي الضرائب للخسارة؛ و ٢) أن يتم الإفصاح من قبل كل من الجهة الرقابية ذات الصلة والبنك المصدر، في مستندات الإصدار الصادرة في أو بعد تاريخ ١ يناير ٢٠١٣، بأن هذه الأدوات المالية تخضع للخسارة بموجب الفقرة CAP10.12). وأن أي تعويض يتم دفعه لحاملي الأداة المالية نتيجة للشطب يجب أن يدفع في هيئة أسهم عادية سواء للبنك المصدر أو للشركة الأم للمجموعة الموحدة، كما يجب أن يدفع قبل ضخ أي رأس مال من القطاع العام (بحيث لا يضعف قيمة رأس المال المقدم من القطاع العام). ويجب أن يحتفظ البنك المصدر في جميع الأوقات بجميع الموافقات المسبقة اللازمة للإصدار الفوري لعدد الأسهم ذات الصلة والمحدد في الشروط والأحكام الخاصة بالأداة المالية عند وقوع حدث التنفيذ. وحدث التنفيذ (trigger event):

(أ) هو أسبقية الحدوث لأي من:

i. قرار بأن الشطب ضروري، والذي بدونه ستصبح الشركة غير قادرة على الاستمرار (Non-Viable)، على النحو الذي تحدده السلطة المختصة؛ و

ii. القرار بضخ رأس المال من القطاع العام، أو ما يعادله من دعم، والذي بدونه ستصبح الشركة غير قادرة على الاستمرار (Non-Viable)، على النحو الذي تحدده السلطة المختصة؛ و

(ب) هو ما حددته سلطة الاختصاص القضائي (Jurisdiction) التي تم فيها الاعتراف برأس المال للأغراض النظامية. وعليه، فإذا كان البنك المصدر يمثل جزءاً من مجموعة مصرفية أكبر و يرغب في إدراج الأداة المالية ضمن رأس مال المجموعة الموحدة بالإضافة إلى رأس ماله المنفرد، فيجب أن تحدد الشروط و الأحكام حدث تنفيذ إضافي. وحدث التنفيذ الإضافي هذا يتمثل في أسبقية حدوث أي من:

i. قرار بأن الشطب ضروري، والذي بدونه ستصبح الشركة غير قادرة على الاستمرار (Non-Viable)، على النحو الذي تحدده سلطة الاختصاص القضائي في بلد الموطن (home Jurisdiction)؛ و

ii. القرار بضخ رأس المال من القطاع العام، أو ما يعادله من دعم، في موطن سلطة الاختصاص القضائي للجهة الإشرافية على المجموعة الموحدة، والذي بدونه ستصبح الشركة المتلقية للدعم غير قادرة على الاستمرار (Non-Viable)، على النحو الذي تحدده السلطة المختصة في ذلك الاختصاص القضائي.

ملحق (٢)

قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٣٠ (٤/٥) بشأن سندات المقارضة و سندات الاستثمار

أولاً: من حيث الصيغة المقبولة شرعاً لصكوك المقارضة:

١. سندات المقارضة هي أداة استثمارية تقوم على تجزئة رأس مال القراض (المضاربة) بإصدار صكوك ملكية برأس مال المضاربة على أساس وحدات متساوية القيمة ومسجلة بأسماء أصحابها باعتبارهم يملكون حصصاً شائعة في رأس مال المضاربة وما يتحول إليه، بنسبة ملكية كل منهم فيه. ويفضل تسمية هذه الأداة الاستثمارية صكوك المقارضة.

٢. الصورة المقبولة شرعاً لسندات المقارضة بوجه عام لا بد أن تتوفر فيها العناصر التالية:

(أ) **العنصر الأول:** أن يمثل الصك ملكية حصة شائعة في المشروع الذي أصدرت الصكوك لإنشائه أو تمويله، وتستمر هذه الملكية طيلة المشروع من بدايته إلى نهايته. وترتب عليها جميع الحقوق والتصرفات المقررة شرعاً للمالك في ملكه من بيع وهبة ورهن وإرث وغيرها، مع ملاحظة أن الصكوك تمثل رأس مال المضاربة.

(ب) **العنصر الثاني:** يقوم العقد في صكوك المقارضة على أساس أن شروط التعاقد تحددها نشرة الإصدار وأن الإيجاب يعبر عنه الاكتتاب في هذه الصكوك، وأن القبول تعبر عنه موافقة الجهة المصدرة. ولا بد أن تشتمل نشرة الإصدار على جميع البيانات المطلوبة شرعاً في عقد القراض (المضاربة) من حيث بيان معلومية رأس المال وتوزيع الربح مع بيان الشروط الخاصة بذلك الإصدار على أن تتفق جميع الشروط مع الأحكام الشرعية.

(ج) **العنصر الثالث:** أن تكون صكوك المقارضة قابلة للتداول بعد انتهاء الفترة المحددة للاكتتاب باعتبار ذلك مأذوناً فيه من المضارب عند نشوء السندات مع مراعاة الضوابط التالية:

- إذا كان مال القراض المجتمع بعد الاكتتاب وقبل المباشرة في العمل بالمال ما يزال نقوداً فإن تداول صكوك المقارضة يعتبر مبادلة نقد بنقد وتطبق عليه أحكام الصرف.
- إذا أصبح مال القراض ديوناً تطبق على تداول صكوك المقارضة أحكام التعامل بالديون.
- إذا صار مال القراض موجودات 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 الجمع في الدورة القادمة. وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصولياً في سجلات الجهة المصدرة.

(د) **العنصر الرابع:** أنَّ من يتلقى حصيلة الاكتتاب في الصكوك لاستثمارها وإقامة المشروع بها هو المضارب، أي عامل المضاربة، ولا يملك من المشروع إلا بمقدار ما قد يسهم به بشراء بعض الصكوك، فهو رب مال بما أسهم به، بالإضافة إلى أنَّ المضارب شريك في الربح بعد تحققه بنسبة الحصص المحددة له في نشرة الإصدار، وتكون ملكيته في المشروع على هذا الأساس. وأنَّ يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية

٣. مع مراعاة الضوابط السابقة في التداول: يجوز تداول صكوك المقارضة في أسواق الأوراق المالية، إن وجدت، بالضوابط الشرعية، وذلك وفقاً لظروف العرض والطلب ويخضع لإرادة العاقدین. كما يجوز أن يتم التداول بقيام الجهة المصدرة في فترات دورية معينة بإعلان أو إيجاب يوجه إلى الجمهور تلتزم بمقتضاه خلال مدة محددة بشراء هذه الصكوك من ربح مال المضاربة بسعر معين، ويحسن أن تستعين في تحديد السعر بأهل الخبرة، وفقاً لظروف السوق والمركز المالي للمشروع. كما يجوز الإعلان عن الالتزام بالشراء من غير الجهة المصدرة من مالها الخاص، على النحو المشار إليه.

٤. لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل.

٥. لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار ولا صك المقارضة الصادر بناء عليها على نص يلزم بالبيع ولو كان معلقاً أو مضافاً للمستقبل. وإنما يجوز أن يتضمن صك المقارضة وعداً بالبيع وفي هذه الحالة لا يتم البيع إلا بعقد بالقيمة المقدرة من الخبراء وبرضا الطرفين.

٦. لا يجوز أن تتضمن نشرة الإصدار ولا الصكوك المصدرة على أساسها نصاً يؤدي إلى احتمال قطع الشركة في الربح فإن وقع كان العقد باطلاً. ويترتب على ذلك:

(أ) عدم جواز اشتراط مبلغ محدد لحملة الصكوك أو صاحب المشروع في نشرة الإصدار وصكوك المقارضة الصادرة بناء عليها

(ب) أن محل القسمة هو الربح بمعناه الشرعي، وهو الزائد عن رأس المال وليس الإيراد أو الغلة. ويعرف مقدار الربح، إما بالتنضيض أو بالتقويم للمشروع بالنقد، وما زاد عن رأس المال عند النقيض أو التقويم فهو الربح الذي يوزع بين حملة الصكوك وعامل المضاربة، وفقاً لشروط العقد.

(ج) أن يعد حساب أرباح وخسائر للمشروع وأن يكون معلناً وتحت تصرف حملة الصكوك. ٧. يستحق الربح بالظهور، ويملك بالتنضيض أو التقويم ولا يلزم إلا بالقسمة. وبالنسبة للمشروع الذي يدر إيراداً أو غلة فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على طرفي العقد قبل التنضيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب.

٨. ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة في نهاية كل دورة، إما من حصة حملة الصكوك في الأرباح في حالة وجود تنضيض دوري، وإما من حصصهم في الإيراد أو الغلة الموزعة تحت الحساب ووضعها في احتياطي خاص لمواجهة مخاطر خسارة رأس المال.

٩. ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد

المراجع:

١. شرح الأصول من علم الأصول، محمد بن صالح العثيمين، دار ابن الجوزي، الرياض، الطبعة الرابعة ١٤٣٥هـ، (ص ٦٤٤)
٢. معايير المحاسبة للبنوك التجارية الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي
٣. المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة و المراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية - ٢٠١٧
٤. الأشباه و النظائر للإمام ابن نجيم
٥. مجلة الأحكام العدلية
6. Pushkina, Nataliya, “A Simple Funds Transfer Pricing Model For A Commercial Bank”, Thesis for Master Degree in Finance and Investment, February 2013, University of The Witwatersrand, Johannesburg, South Africa
7. Conceptual Framework for Financial Reporting 2018, Hong Kong Institute of Certified Public Accountants
8. Basel III: A global regulatory framework for more resilient banks and banking systems - December 2010 (rev June 2011)
9. Islamic Finance Foundation website – Sukuk.com – “<https://www.sukuk.com/sukuk-new-profile/dib-tier-1-sukuk-ltd-979/#/?playlistId=0&videoId=0>”

الفتوى على الفتوى لدى الهيئات الشرعية

ورقة عمل مقدمة من:

معالي الأستاذ الدكتور

السيد محمد بن السيد عبدالرزاق السيد إبراهيم الطبطبائي

رئيس لجنة تطبيق الشريعة في الديوان الأميري الكويتي سابقا

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

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

فإن من المستجدات الفقهية المعاصرة في زمننا المعاصر ما تقوم به الهيئات الشرعية من مهام تجاه البنوك والمؤسسات المالية التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية، من حيث مهام هذه الهيئات الشرعية، وكيفية تعيينها، والتزامات أعضائها، وهي لا تزال في تطور مستمر، من جهة إصدار التنظيمات والسياسيات لها، وتكاد أن تكون المهام للهيئات الشرعية متطابقة رغم اختلاف الدول والقارات.

وفي هذا البحث سوف أتناول مسألة تعرض باستمرار على الهيئات الشرعية، وهي حكم بناء الهيئات لرأيها الشرعي وقرارتها للمؤسسة المالية على ما تتخذه جهات أخرى، سواء كانت منظمات كالمعايير الشرعية الصادرة عن الأيوفي والقرارات الجمعية التي هي اجتهاد فقهي، له اعتباره، وغالبا ما يكون مبنيا على أبحاث ومشاورات بين العلماء والمتخصصين في الفقه والمعاملات المالية، أو بناء على قرارات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية.

وفي هذا البحث سوف أتناول ما يلي:

المطلب الأول: مفهوم الفتوى والتكييف الشرعي للهيئات الشرعية.

المطلب الثاني: الفتوى على الفتوى في الهيئات الشرعية.

المطلب الثالث: حكم اعتماد الهيئات الشرعية على فتاوى المجامع والهيئات الأخرى.

والله الموفق إلى كل خير، والحمد لله رب العالمين.

المطلب الأول

مفهوم المفتي وتكييف الفتوى للهيئات الشرعية

أولاً: مفهوم الفتوى:

الْفَتْوَى لُغَةً : اسْمٌ مَصْدَرٌ بِمَعْنَى الْإِفْتَاءِ ، وَالْجَمْعُ : الْفَتَاوَى وَالْفَتَاوَى ، يُقَالُ : أَفْتَيْتُهُ فَتَوَى وَفُتِيَ إِذَا أَجَبْتُهُ عَنْ مَسْأَلَتِهِ

وَالْمُفْتِي لُغَةً : اسْمٌ فَاعِلٌ أَفْتَى ، فَمَنْ أَفْتَى مَرَّةً فَهُوَ مُفْتٍ ، وَلَكِنَّهُ يُحْمَلُ فِي الْعُرْفِ الشَّرْعِيِّ بِمَعْنَى أَحْصَ مِنْ ذَلِكَ ، قَالَ الصَّبْرِيُّ : هَذَا الْإِسْمُ مَوْضُوعٌ لِمَنْ قَامَ لِلنَّاسِ بِأَمْرِ دِينِهِمْ ، وَعَلِمَ جُمْلَ عُمُومِ الْقُرْآنِ وَخُصُوصِهِ ، وَنَاسِخَهُ وَمَنْسُوخَهُ ، وَكَذَلِكَ السُّنَنِ وَالْإِسْتِنْبَاطُ ، وَلَمْ يُوضَعْ لِمَنْ عَلِمَ مَسْأَلَةً وَأَدْرَكَ حَقِيقَتَهَا ، فَمَنْ بَلَغَ هَذِهِ الْمَرْتَبَةَ سَمَّوْهُ بِهَذَا الْإِسْمِ ، وَمَنْ اسْتَحَقَّهُ أَفْتَى فِيمَا اسْتَفْتِيَ فِيهِ. وهي ليست حاسبة محضة: وإن كان بينهما معنى جامع هو التبليغ عن الله ورسوله ، وَالْكَشْفُ عَنِ الْحَقِّ ، وَإِرْشَادُ الْمُسْتَعْلِمِ الْجَاهِلِ.^١

ثانياً: التكييف الشرعي لمهمة الهيئات الشرعية:

يختلف التكييف الشرعي لدور الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، هل هو قضاء أو افتاء أو تحكيم أو حاسبة.

ولو نظرنا إلى حقيقة عمل الهيئات الشرعية لوجدناها مزيجاً بين أربعة أمور (القضاء والافتاء والتحكيم، والحسبة)، وذلك من خلال بيان مميزاتها، وهي كما يلي:

١. صفة الإلزام:

إن قرارات الهيئات الشرعية لها صفة الإلزام، وهي تشابه القضاء من هذه الجهة، وهي ليست قضاء محضاً، لأن تعيين الهيئة ليس من ولي الأمر، ولا يشترط في المتولي للهيئة شروط القضاء من الذكورية، ولا يكون نتيجة خصومة، وإن كانت تشابه القضاء من جهة أنه ملزم، فالقضاء كما عَرَفَهُ الْحَنَفِيُّ أَنَّهُ : فَضْلُ الْخُصُومَاتِ وَقَطْعُ الْمُنَازَعَاتِ، وَزَادَ ابْنُ عَابِدِينَ : عَلَى وَجْهِ خَاصٍّ ، حَتَّى لَا يَدْخُلَ فِيهِ نَحْوُ الصُّلْحِ بَيْنَ الْخُصْمَيْنِ ، وَعَرَفَهُ الْمَالِكِيُّ بِأَنَّهُ : الْإِحْبَارُ عَنْ حُكْمٍ شَرْعِيٍّ عَلَى سَبِيلِ الْإِلْزَامِ ، وَعَرَفَهُ الشَّافِعِيُّ بِأَنَّهُ : الْإِلْزَامُ مَنْ لَهُ الْإِلْزَامُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ ، وَعَرَفَهُ الْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ : تَبْيِينُ الْحُكْمِ الشَّرْعِيِّ وَالْإِلْزَامُ بِهِ وَفَضْلُ الْخُصُومَاتِ وهي ليست حاسبة محضة: وإن كان بينهما معنى جامع هو التبليغ عن الله ورسوله ، وَالْكَشْفُ عَنِ الْحَقِّ ، وَإِرْشَادُ الْمُسْتَعْلِمِ الْجَاهِلِ.^٢

^١ الموسوعة الفقهية الكويتية جزء ٣٢ صفحة ٢٠.

^٢ الموسوعة الفقهية الكويتية جزء ١٧ صفحة ٢٢٥.

٢. الإفتاء:

كما أنها تشابه الإفتاء من جهة شروط التعيين، فلا يعينها ولي الأمر، وإنما مجموعة من المساهمين، ولا يشترط فيها الذكورة، ولكنها ليست إفتاء محضا، لأن الإفتاء غير ملزم، وقرارات الهيئة ملزمة للمؤسسة المالية.

٣. التحكيم:

إن قرارات الهيئة الشرعية تشابه التحكيم من جهة سلطة اختيارها من غالبية المساهمين من خلال الجمعية العمومية السنوية، ولكنها ليست تحكما محضا، لأن المحكم يكون عند التنازع ويمكن عزله بتراضي الخصوم بلا سبب، حيث قال ابن قدامة: إذا ثبت هذا فإن لكل واحد من الخصمين الرجوع عن تحكيمه قبل شروعه في الحكم لأنه لا يثبت إلا برضاه فأشبهه ما لو رجع عن التوكيل قبل التصرف وإن رجع بعد شروعه ففيه وجهان أحدهما له ذلك لأن الحكم لم يتم أشبهه قبل الشروع، والثاني ليس له ذلك لأنه يؤدي إلى أن كل واحد منهما إذا رأى من الحكم ما لا يوافقه رجع فبطل المقصود به.^١

قال القرافي: الحكم والفتوى كلاهما إخبار عن حكم الله تعالى، ويعتقدان المخبر، وكلاهما المكلف من حيث الجملة، لكن الفتوى إخبار عن حكم الله تعالى ويعتقد المخبر، وكلاهما من حيث الجملة، لكن الفتوى إخبار عن الله تعالى في إلزام أو إباحة، والحكم إخبار عن إلزام الله تعالى، وإلزام الحاكم فيما يمكن أن يقع فيه النزاع لمصالح الدنيا، وقولنا في الفتوى (أو إباحة): يريد به ما عدا الإيجاب والتحريم، فتندرج الأحكام الخمسة. وقولنا في الحكم: (الإلزام بالله): لم يكن حكما شرعيا ولا قضاء لرضا.

وقولنا: (والإلزام بالحاكم): هو القيد الذي حصل به الفرق مع ما بعده، فإن الله تعالى جعل للمفتي أن يجيز ولا يلزم، وإن كان الحكم مجمعا عليه، غير أنه ينكر المنكر، (ذلك سعي في إزالة) أن الله ضد ما ألزم الله تعالى، لا إلزام من قبل العبد المنكر أو الأمر بالمعروف، فيفرق بين قول السيد لعبده من رأيه خالفني فامنع، وبين قوله استتبتك عني في الإلزام الذي ترتب عليه الإنكار، فالأول ساع في وقوع المأمور، والثاني بشيء للأمر والالزام الذي يترتب عليه الإنكار لا حرم من نقض حكم حاكم أنكروا عليه، وقيل: الحكم في مسائل الاجتهاد لا ينكر.^٢

٤. الحسبة:

الحسبة: هي التَّبْلِيغُ عَنِ اللَّهِ وَرَسُولِهِ، وَالْكَشْفُ عَنِ الْحَقِّ، وَإِرْشَادُ الْمُسْتَعْلِمِ الْجَاهِلِ،^٣ وإن من مهام الهيئات الشرعية التأكد من توافق أعمال المؤسسات المالية لقرارات الهيئة الشرعية، فإن للهيئات الشرعية صلاحية النظر في سير أعمال المؤسسات المالية التي تشرف عليها، من حيث التزامها بالشرعية الإسلامية. وهي نوع من الحسبة، ولكنها ليست حسبة محضة.

^١ المغني جزء ١٠ صفحة ١٣٧

^٢ الذخيرة جزء ١٠ صفحة ١٢١

^٣ الموسوعة الفقهية الكويتية جزء ١٧ صفحة ٢٢٥.

المطلب الثاني

مفهوم الفتوى على الفتوى وأسبابها

مفهوم الفتوى على الفتوى:

المقصود به: اعتماد القرار الشرعي لهيئة شرعية على قرار صادر من هيئة أخرى.

ثانيا: أسباب الفتوى على الفتوى في عمل الهيئات:

تأتي الحاجة إلى الفتوى على الفتوى في الهيئات الشرعية، لأنه قد لا تتمكن الهيئات الشرعية في بعض الحالات من الاطلاع على التفاصيل للمنتجات لدى البنوك المنافسة، وأحيانا الاكتفاء بإرسال الهيكلية الشرعية للمنتجات والصفقات في ورقة واحدة، دون النظر إلى العقود التفصيلية. وهناك عدة أسباب لعدم الاطلاع على التفاصيل، وعدم توافر المعلومات (العقود والمستندات) لكافة الهيئات، وذلك كما يلي:

١. الطبيعة السرية لبعض العقود والأنشطة المالية.
٢. قصر المهلة المتاحة للاكتتاب في الاستثمار، حيث يفتح الاكتتاب في بعض الصكوك لمدة ساعات محدودة.
٣. الثقة المتبادلة بين الهيئات الشرعية.
٤. إخفاء المعلومات لطبيعة المنافسة بين البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية.
٥. توافق المنتجات المالية الشرعية مع قرارات معتمدة من البنوك المركزية في بعض الدول.

ثالثا: حكم تقليد هيئة شرعية لهيئة أخرى:

تحرير محل النزاع:

أن الهيئات الشرعية إذا انتهى اجتهادها في مسألة إلى رأي، فلا يجوز لها أن تعدل عنه إلى اجتهاد هيئة أخرى. قال الآمدي: المجتهد إذا اجتهد في مسألة، وأداه اجتهاده إلى حكم لا يجوز له تقليد غيره في مقابل ذلك الحكم بالاتفاق¹.

¹ شرح مختصر الروضة جزء ٣ صفحة ٦٣٠

حكم الفتوى على الهيئات الشرعية:

أقرب المسائل إلى محل بحثنا هي مسألة تقليد العالم لعالم آخر، وقد اختلف العلماء في هذه المسألة إلى ثمانية أقوال، وهي كما يلي:

القول الأول: لا يجوز له أن يقلد العالم للعالم مطلقاً. وبذلك قال الماوردي^١، والقاضي أبو بكر، وقال: أكثر الفقهاء إلى منع تقليد العالم للعالم مطلقاً.

وقال الغزالي: ما حكاه عن أحمد، من جواز تقليد العالم للعالم مطلقاً، غير معروف عندنا، وإنما المشهور عنه الأخذ بقول الصحابي، لا تقليداً له بل بنوع استدلال.

واختار القاضي منع تقليد العالم للصحابة، ولمن بعدهم وهو الأظهر عندنا، وقال: المسألة ظنية اجتهادية.^٢
دليل هذا القول:

الدليل على أنه لا يجوز للحاكم أن يقلد غيره وإن كان أعلم منه هو:
١. أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال لمعاذ: 'بم تحكم؟' قال: بكتاب الله. قال: 'فإن لم تجد؟' قال: بسنة رسول الله قال: 'فإن لم تجد؟' قال: أجتهد رأيي ولا آلو. فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: 'الحمد لله الذي وفق رسول الله لما يرضي رسول الله'، فدل على أنه ليس له بعد اجتهاد رأيه أن يقلد أحداً.

٢. ولأن كل من جاز له الحكم باجتهاده لم يجز له الحكم باجتهاد غيره، قياساً على ما إذا كان الحاكم أعلم.
٣. ولأن كل مشتركين في آلة الاجتهاد فليس لأحدهما تقليد صاحبه وإن كان أعلم منه قياساً على الاجتهاد في القبلة.
٤. ولأن كل مجتهد لم يجز له تقليد مثله لم يجز له تقليد من هو أعلم منه كالمفتي، ولأن ما حرم من التقليد على المفتي حرم على الحاكم، كالنقل مع النص^٣.

قال صاحب شرح مختصر الروضة: قوله: «لنا: مجتهد فلا يقلد»، أي: لنا على أن المجتهد لا يقلد غيره وجهان:

أحدهما: القياس على ما لو اجتهد، وظن الحكم، لأن الكلام في مجتهد لم يجتهد بالفعل، فنقول: هذا مجتهد، فلا يجوز له تقليد غيره، «كما لو اجتهد وظن الحكم»، فإنه لا يجوز له تقليد غيره اتفاقاً، كذلك ههنا، والجامع بينهما أهلية الاجتهاد، ولا أثر للفرق بينهما، بأن ذلك قد اجتهد بالفعل، وظن الحكم، بخلاف هذا، لأن ذلك تفاوت يسير، لأن تحصيل ظن الحكم على هذا يسير، بأن يجتهد كما اجتهد غيره.

١ الحاوي الكبير جزء ٢ صفحة ٧٨.

٢ المستصفى جزء ١ صفحة ٣٦٩.

٣ الحاوي الكبير جزء ١٦ صفحة ١٦٢.

الوجه الثاني : أنه ربما اجتهد ، فتبين له خطأ من قلده، وحينئذ كيف يجوز أن يعمل بما يعتقد خطأه ؟. ولقائل أن يقول : إنا إذا جوزنا له تقليد ذلك الغير ، فإنما ذلك بشرط أن لا يوجد منه اجتهاد في ذلك الحكم بنفسه، فإن وجد منه اجتهاد تعين ما صار إليه اجتهاده وسقط التقليد ، كواجد الماء بعد التيمم وسائر المبدلات بعد إبدالها.

قوله : «نعم» أي : لا يجوز للمجتهد أن يقلد غيره . نعم له أن ينقل مذهب غيره للمستفتي، إرشاداً له إليه ، ولا يفتي هو بتقليد أحد^١.

القول الثاني: يجوز له تقليد العالم ، وحكي ذلك عن سفيان الثوري.

حيث روي عن سفيان أنه قال : ما اختلف فيه الفقهاء، فلا أنهي أحداً من إخواني أن يأخذ به. وقال أحمد ، وإسحاق بن راهويه: يجوز تقليد العالم للعالم مطلقاً، وعن أبي حنيفة في ذلك روايتان . قال الغزالي: ذهب الأكثرون من أهل العراق إلى جواز تقليد العالم فيما يفتي، وفيما يخصه^٢.

القول الثالث: يجوز للعالم يقلد غيره إذا تعذر عليه الاجتهاد:

فقد ذهب أصحاب هذا القول إلى أنه إن كان الوقت واسعاً عليه يمكنه فيه الاجتهاد، لم يجز له التقليد، ولزمه طلب الحكم بالاجتهاد^٣، وبذلك قال الخطيب البغدادي. وهو قريب من قول ابن سريج : يجوز تقليد العالم لمن هو أعلم منه ، إذا تعذر عليه وجه الاجتهاد^٤. وقال صاحب المستصفى: وخصص قوم من جملة ما يخصه ما يفوت وقته لو اشتغل بالاجتهاد^٥.

القول الرابع: يقلد العالم للأعلم ولا يقلد من هو دونه أو مثله.

أن الحاكم مخير بين أن يحكم باجتهاد نفسه أو باجتهاد من هو أعلم منه من أهل عصره، أو ممن اعتزى إلى مذهبه.

ونسب هذا القول الغزالي في المستصفى إلى محمد بن الحسن^٦، حيث قال: قال محمد بن الحسن : يجوز تقليد العالم لمن هو أعلم منه ، وسواء كان من الصحابة وغيرهم^٧.

^١ شرح مختصر الروضة جزء ٣ صفحة ٦٣٠.

^٢ المستصفى جزء ١ صفحة ٣٦٩.

^٣ الفقيه والمتفقه (١٣٥/٢).

^٤ الأحكام الأمدي (٢١٠/٤) .

^٥ المستصفى جزء ١ صفحة ٣٦٩.

^٦ المستصفى (٣٦٩/١).

^٧ شرح مختصر الروضة (٦٣٠ / ٣).

أدله هذا القول:

أن عبد الرحمن بن عوف لما توسط أمر الشورى، وانتصب لاختيار الإمام منهم، قال لعلي بن أبي طالب: أبايعك على كتاب الله وسنة رسوله، وسيرة الشيخين أبي بكر وعمر، فقال علي: "بل على كتاب الله، وسنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم واجتهد رأيي، فعدل إلى عثمان، فقال له مثل ذلك، فقال: نعم، فبايعه.

ووجه الاستدلال من هذا الأثر من وجهين :

أحدهما : أن عليا رضي الله عنه امتنع من تقليدهما ؛ لأنه رأى أنه أعلم منهما، وأجاب عثمان إلى تقليدهما؛ لأنه رأى أنهما أنه أعلم منه .

والثاني : أن عبد الرحمن لما رأى أنهما أعلم من غيرهما، دعا إلى تقليدهما.^١

القول الخامس: يلقد الصحابي فقط:

ذهب أصحاب هذا القول إلى جواز تقليد الصحابي دون غيره، حيث قال الجبائي : الأولى له أن يجتهد ، مع جواز التقليد فيها لواحد من الصحابة ، إذا ترجح في نظره على غيره، وإلا فله تقليد من شاء منهم، ولا يقلد غير الصحابي، وبه قال الشافعي في رسالته القديمة^٢.

القول السادس: يجوز تقليد الصحابي والتابعي دون من بعده:

قال الطوفي: ومنهم من جوز تقليده للتابعي أيضا دون من بعده^٣.

القول السابع: يجوز تقليد العالم للعالم فيما يفتي به.

قال الطوفي: قال بعض العراقيين : يجوز تقليد العالم للعالم فيما يفتي به .

القول الثامن: يجوز فيما يخصه دون ما يفتي^٤.

حكم الإلزام بقرارات الأيوفي:

اعتمدت بعض الدول الإسلامية قرارات الأيوفي منهجا للمؤسسات التي تعمل وفق أحكام الشريعة الإسلامية،

وإن أقرب مسألة إلى هذا الاجراء هي مسألة: حكم من اعترى إلى مذهب أن يحكم بغيره:

قال الماوردي: قال بعض الفقهاء وساعده بعض أصحابنا: قد استقرت اليوم مذاهب الفقهاء، وتعين الأئمة المتبعون فيها، فلا يجوز لمن اعترى إلى مذهب أن يحكم بغيره، فمنع أصحاب أبي حنيفة أن يحكموا بمذهب الشافعي ،

^١ الحاوي الكبير جزء ١٦ صفحة ١٦٢.

^٢ شرح مختصر الروضة (٦٣٠/٣)

^٣ شرح مختصر الروضة (٦٣٠/٣).

^٤ المستصفي جزء ١ صفحة ٣٦٩.

ومنع أصحاب الشافعي أن يحكموا بمذهب أبي حنيفة، لأجل التهمة، وأن يجعل القضاة ذلك ذريعة إلى الممايلة، وأوجبوا على كل منتحل لمذهب أن يحكم بمذهب صاحبه، وهذا وإن كان الرأي يقتضيه فأصول الشرع تنافيه؛ لأن على الحاكم أن يحكم باجتهاد نفسه، وليس عليه أن يحكم باجتهاد غيره.^١

وقد قال قبل ذلك: إذا تقلد القضاة بوجود الشروط السبعة فيه، وجب عليه أن يحكم باجتهاد نفسه، وإن اعتزى إلى مذهب من مذاهب أئمة الوقت، كمن أخذ بمذهب الشافعي، أو بمذهب أبي حنيفة، لم يجوز أن يقلد صاحب مذهبه، وعمل على اجتهاد نفسه، وإن خالف مذهب من اعتزى **عليه**، فإن كان من أصحاب الشافعي، وأداه اجتهاده في حالة إلى العمل فيها بقول أبي حنيفة، أو كان من أصحاب أبي حنيفة وأداه اجتهاده فيها إلى العمل بقول الشافعي جاز.^٢

^١ الحاوي الكبير (١٦/١٦٢).

^٢ الحاوي الكبير (١٦/١٦٢).

المطلب الثالث

اعتماد الهيئات الشرعية لقرار هيئة أخرى

إن اعتماد الهيئات الشرعية أو المفتي لقرارات هيئات أخرى، أشبه ما تكون بمسألة (كذلك المفتي).
حكم الكذبة :

عبارة (الكذبة المكذك) قد تكون عبارات غريبة بعض الشيء، ولكنها من المصطلحات القديمة، وأول من اطلعت عليه أنه استخدمها هو ابن القيم (المتوفى: ٧٥١هـ) في كتابه إعلام الموقعين، ثم من بعده تبعه الحجاوي ثم البهوتي. فبناء القرار الشرعي من الهيئات الشرعية على قرار هيئة شرعية أخرى أشبه بمسألة الكذبة عند ابن القيم، والتي فصل فيها في كتابه ووضع لها قواعد.

قواعد كذلك المفتي كما قررها ابن القيم، هي كما يلي:

١. إن كانت الفتوى ظاهرة صواب فالأولى الكذبة، لأنه إعانة على البر والتقوى، وشهادة للمفتي بالصواب، وبراءة من الكبر والحمية.
٢. ترك الكذبة أولى مطلقاً إن صدرت من متسلق متعاطياً ما ليس له بأهل.
٣. الكذبة تقرير للفتوى وشهادة للمفتي بالأهلية للإفتاء.
٤. إن علم صواب جواب من تقدمه بالفتيا فله أن يكذبه.
٥. إن لم يعلم صوابه لم يحز له أن يكذبه تقليداً له، إذ لعله أن يكون قد غلط.
٦. المكذك غير معذور بخطئه في الفتوى لأنه مفت بغير علم.
٧. التقليد المحض دون معرفة صواب من أجاب، فتوى بلا علم، ولا يجوز بالاجماع، ولو ساء لصار الناس كلهم مفتين.
٨. إن أمكن المفتي إيضاح ما أشكله الأول، وزيادة بيان أو ذكر قيد أو تنبيه على أمر أغفله، فالجواب المستقل أولى. ونص ابن القيم: "القائدة السادسة والعشرون في حكم كذبة المفتي ولا يخلو من حالين: إما أن يعلم صواب جواب من تقدمه بالفتيا أولاً يعلم: فإن علم صواب جوابه فله أن يكذبه، وهل الأولى له الكذبة أو الجواب المستقل فيه تفصيل: فلا يخلو المبتدئ أما أن يكون أهلاً، أو متسلقاً متعاطياً ما ليس له بأهل: فإن كان الثاني: فتركه الكذبة أولى مطلقاً، إذ في كذبه تقرير له على الإفتاء، وهو كالشهادة له بالأهلية، وكان بعض أهل العلم يضرب على فتوى من كتب وأليس بأهل، فإن لم يتمكن من ذلك خوف الفتنة منه، فقد قيل لا يكتب معه في الورقة، ويرد السائل وهذا نوع تحامل.

والصَّواب: أنه يَكْتُبُ في الوَرَقَةِ الجَوَابَ، وَلَا يَأْتِفُ من الإِخْبَارِ بدينِ الله الذي يَحِبُّ عليه الإِخْبَارُ به لِكِتَابَةِ من ليس بأَهْلٍ، فإن هذا ليس عَذْرًا عِنْدَ الله وَرَسُولِهِ وَأَهْلِ الْعِلْمِ في كِتْمَانِ الْحَقِّ، بَلْ هذا نوع رِيَاسَةٍ وَكَبْرٍ، وَالْحَقُّ لله عز وجل، فَكَيْفَ يَجُوزُ ان يَعْطَلَ حَقَّ الله، وَيَكْتُمَ دِينَهُ لِأَجْلِ كِتَابَةِ من ليس بأَهْلٍ.

وقد نصَّ الإمامُ أَحْمَدُ على أن الرَّجُلَ اذا شَهِدَ الْجَنَازَةَ فَرَأَى فيها مَنْكَرًا لَا يَقْدُرُ على إِزَالَتِهِ، انه لَا يَرْجِعُ، وَنَصَّ على انه إذا دَعِيَ إلى وَلِيمَةٍ عَرَسٍ فَرَأَى فيها مَنْكَرًا لَا يَقْدِرُ على إِزَالَتِهِ انه يَرْجِعُ، فَسَأَلْتُ شَيْخَنَا عن الفَرْقِ فقال لَأَنَّ الْحَقَّ في الْجَنَازَةِ لِلْمَيِّتِ فَلَا يَثْرُكُ حَقَّهُ لما فَعَلَهُ الْحَيُّ من الْمَنْكَرِ، وَالْحَقُّ في الْوَلِيمَةِ لَصَاحِبِ الْبَيْتِ فإذا اتى فيها بِالْمَنْكَرِ فَقَدْ اسْقَطَ حَقَّهُ من الإِجَابَةِ.

. وَإِنْ كَانَ الْمُبْتَدِي بِالْجَوَابِ أَهْلًا لِلِإِفْتَاءِ فَلَا يَخْلُو إِمَّا ان يَعْلَمَ الْمَكَذْلِكَ صَوَابَ جَوَابِهِ أَوْ لَا يَعْلَمُ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ صَوَابَهُ لَمْ يَجِزْ لَهُ ان يَكْذِبَ تَقْلِيدًا لَهُ، إِذْ لَعَلَّهُ ان يَكُونَ قد غَلَطَ وَلَوْ نَبَّهَ لَرَجَعَ، وَهُوَ مَعْدُورٌ، وَلَيْسَ الْمَكَذْلِكَ مَعْدُورًا بَلْ مُفْتٍ بَعِيرٌ عِلْمٌ، وَمَنْ أَفْتَى بَعِيرٌ عِلْمٌ فَإِثْمُهُ على من أَفْتَاهُ، وَهُوَ أَحَدُ الْمُفْتِينَ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ ثُلُثَاهُمْ في النَّارِ.

وَأِنْ عِلْمُ انه قد أَصَابَ، فَلَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ تَكُونَ الْمَسْأَلَةُ ظَاهِرَةً لَا يَخْفَى وَجْهُ الصَّوَابِ فيها بَحِثٌ لَا يُظُنُّ بِالْمَكَذْلِكَ أَنَّهُ قَلَّدَهُ فِيمَا لَا يَعْلَمُ، أَوْ تَكُونَ خَفِيَّةً، فَإِنْ كَانَتْ ظَاهِرَةً فَالْأُولَى الْكَذْلِكَةُ، لِأَنَّهُ إِعَانَةٌ على الْبِرِّ وَالتَّقْوَى، وَشَهَادَةٌ لِلْمَفْتِي بِالصَّوَابِ، وَبِرَاءَةٌ من الْكِبْرِ وَالْحَمِيَّةِ، وَإِنْ كَانَتْ خَفِيَّةً بَحِثٌ يُظُنُّ بِالْمَكَذْلِكَ أَنَّهُ وَافَقَهُ تَقْلِيدًا مُخَضًّا، فَإِنْ امْكَنَهُ إِيضَاحُ مَا أَشْكَلَهُ الْأَوَّلُ، وَزِيَادَةُ بَيَانٍ أَوْ ذِكْرُ قَيْدٍ أَوْ تَنْبِيهِ على أَمْرٍ أَعْقَلَهُ، فَالْجَوَابُ الْمُسْتَقِلُّ أَوَّلَى وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ ذَلِكَ فَإِنْ شَاءَ كَذَلِكَ وَإِنْ شَاءَ أَجَابَ اسْتِغْلَالًا.

فَإِنْ قِيلَ: مَا الَّذِي يُنْعُهُ من الْكَذْلِكَةِ إِذَا لَمْ يَعْلَمْ صَوَابَهُ؟ تَقْلِيدًا لَهُ كَمَا قَلَّدَ الْمُبْتَدِي من فَوْقَهُ فَإِذَا أَفْتَى الْأَوَّلُ بِالتَّقْلِيدِ الْمَخْصُصِ فَمَا الَّذِي يَمْنَعُ الْمَكَذْلِكَ من تَقْلِيدِهِ.

قِيلَ: الْجَوَابُ من وَجْهٍ:

أَحَدُهَا: أَنَّ الْكَلَامَ في الْمَفْتِي الْأَوَّلِ أَيْضًا، فَقَدْ نَصَّ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ وَاحِدٌ وَغَيْرُهُمَا من الْأَئِمَّةِ على انه لَا يَحِلُّ لِلرَّجُلِ ان يَفْتِيَ بَعِيرٌ عِلْمٌ، حَكَى في ذَلِكَ الْإِجْمَاعُ، وَقَدْ تَقَدَّمَ ذِكْرُ ذَلِكَ مُسْتَوْفًى.

الثَّانِي: أَنَّ هَذَا الْأَوَّلَ وَإِنْ جَازَ لَهُ التَّقْلِيدُ لِلضَّرُورَةِ، فَهَذَا الْمَكَذْلِكُ الْمَتَكَلِّفُ لَا ضَرُورَةَ لَهُ إِلَى تَقْلِيدِهِ، بَلْ هَذَا مِنْ بِنَاءِ الضَّعِيفِ عَلَى الضَّعِيفِ، وَذَلِكَ لَا يَسُوعُ كَمَا لَا تَسُوعُ الشَّهَادَةُ عَلَى الشَّهَادَةِ، وَكَمَا لَا يَجُوزُ الْمَسْحُ عَلَى الْحَقِّينِ عَلَى طَهَارَةِ التَّيْمُمِ، وَنَظَائِرُ ذَلِكَ كَثِيرَةٌ.

الثَّالِثُ: أَنَّ هَذَا لو سَاعَ لَصَارَ النَّاسُ كُلُّهُمْ مُفْتِينَ، إِذْ لَيْسَ هَذَا بِجَوَازِ تَقْلِيدِ الْمَفْتِي أَوَّلَى مِنْ غَيْرِهِ، وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقُ.^١

وقال الحجاوي المتوفى ٩٦٨هـ: وله أن يكذلك مع جواب من تقدمه بالفتيا فيقول: جواي كذلك، والجواب صحيح وبه أقول، إذا علم صواب جوابه وكان أهلاً وإلا اشتغل بالجواب معه في الورقة وإن لم يكن أهلاً لم يفت معه، لأنه تقرير لمنكر وإن لم يعرف المفتي اسم من كتب، فله أن يمتنع من الفتيا معه.^١

وقال البهوتي عند الحديث عن المفتي: (وله أن يكذلك مع جواب من تقدمه بالفتيا فيقول جواي كذلك والجواب صحيح وبه أقول) طلباً للاختصار مع حصول المقصود (إذا علم صواب جوابه وكان أهلاً) للفتيا (وإلا) أي وإن لم يعلم صوابه (اشتغل بالجواب معه في الورقة وإن لم يكن) من تقدم المفتي (أهلاً) للفتيا (لم يفت معه لأنه تقرير لمنكر وإن لم يعرف المفتي اسم من كتب فله أن يمتنع من الفتيا معه خوفاً مما قلناه) أي من أن يكون غير أهل تقريراً للمنكر (والأولى أن يشير على صاحب الرقعة بإبدالها) إذا جهل المفتي قبله فيها (فإن ألبى ذلك) أي إبدالها (أجابه شفاهاً) بلا كتابة (وإذا كان هو المبتدئ بالإفتاء في الرقعة كتب في الناحية اليسرى لأنه أمكن، وإن كتب في الجانب الأيمن أو الأسفل جاز، ولا يكتب فوق البسملة) احتراماً لاسم الله تعالى.^٢

تنبيه من ابن القيم المكذليين المتعصبين:

بعض طلبة العلم يتعصب إلى قرارات أو فتاوى الجامع أو الهيئات دون النظر في مستند كل رأي، وهذا من قبيل ما حذر منه ابن القيم، حيث قال في أنواع المفتين: "طائفة تفقهت في مذاهب من انتسبت إليه، وحفظت فتاويه وفروعه، وأقرت على أنفسها بالتقليد المحض من جميع الوجوه، فإن ذكروا الكتاب والسنة يوماً ما في مسألة فعلى وجه التبرك والفضيلة، لا على وجه الاحتجاج والعمل، وإذا رأوا حديثاً صحيحاً مخالفاً لقول من انتسبوا إليه أخذوا بقوله وتركوا الحديث، وإذا رأوا أباً بكر وعمر وعثمان وعلياً وغيرهم من الصحابة رضى الله عنهم قد أفتوا بفتياً، ووجدوا لإمامهم فتياً تخالفها، أخذوا بفتياً إمامهم وتركوا فتاوى الصحابة، قائلين الإمام أعلم بذلك منا، ونحن قد قلدناه، فلا نتعداه ولا نتخطاه، بل هو أعلم بما ذهب إليه منا، ومن عدا هؤلاء فمتكلف متخلف قد دنا بنفسه عن رتبة المشتغلين، وقصر عن درجة المحصلين، فهو مكذلي مع المكذليين."^٣

١ الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل جزء ٤ صفحة ٣٧٣.

٢ كشف القناع جزء ٦ صفحة ٣٠٣.

٣ إعلام الموقعين جزء ٤ صفحة ٢١٤.

توصيات البحث:

من خلال البحث فإنه أكتفي بتوصية واحدة فحسب تلزم بها جميع الهيئات الشرعية، وهي:
"عدم إصدار القرارات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية إلا إذا كانت تصف المسألة بوصف محدد، ومعللة بالمستند الشرعي الذي بني عليه القرار من الناحية الشرعية".

والله الموفق إلى كل خير، والحمد لله رب العالمين.

المصادر والمراجع

- إعلام الموقعين عن رب العالمين، اسم المؤلف: أبو عبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعي الدمشقي، دار النشر: دار الجيل - بيروت - ١٩٧٣، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.
- الفقيه و المتفقه، اسم المؤلف: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، دار النشر: دار ابن الجوزي - السعودية - ١٤٢١ هـ، الطبعة: الثانية، تحقيق: أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي.
- كشف القناع عن متن الإقناع، اسم المؤلف: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٢، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال.
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، اسم المؤلف: شرف الدين موسى بن أحمد بن موسى أبو النجا الحجاوي، دار النشر: دار المعرفة - بيروت - ، الطبعة: ، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي.
- الفقيه و المتفقه، اسم المؤلف: أبو بكر أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، دار النشر: دار ابن الجوزي - السعودية - ١٤٢١ هـ ، الطبعة : الثانية ، تحقيق : أبو عبد الرحمن عادل بن يوسف الغرازي.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني ، اسم المؤلف: علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - لبنان - ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، الطبعة: الأولى، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود.
- المستصفى في علم الأصول، اسم المؤلف: محمد بن محمد الغزالي أبو حامد، دار النشر: دار الكتب العلمية - بيروت - ١٤١٣، الطبعة: الأولى، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي.
- الموسوعة الفقهية الكويتية، اسم المؤلف: وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية لدولة الكويت، دار النشر: الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، دارالسلاسل - الكويت الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، مطابع دار الصفوة - مصر لأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية، طبع الوزارة - الكويت، مصر - من ١٤٠٤ - ١٤٢٧ هـ، الطبعة: الأجزاء ١ - ٢٣: الطبعة الثانية، الأجزاء ٢٤ - ٣٨: الطبعة الأولى، الأجزاء ٣٩ - ٤٥: الطبعة الثانية.
- شرح مختصر الروضة، اسم المؤلف: سليمان بن عبد القوي بن الكريم الطوفي الصرصري، أبو الربيع، نجم الدين، دار النشر: مؤسسة الرسالة - - ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م، الطبعة: الأولى، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي.
- المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، اسم المؤلف: عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، دار النشر: دار الفكر - بيروت - ١٤٠٥، الطبعة: الأولى.
- الذخيرة، اسم المؤلف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دار النشر: دار الغرب - بيروت - ١٩٩٤ م، تحقيق: محمد حجي.

هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

مؤتمر أيوفي التاسع عشر للهيئات الشرعية

١٢ أكتوبر ٢٠٢١

الفتوى على الفتوى في عمل الهيئات الشرعية

إعداد

د.عبدالباري مشعل

الولايات المتحدة الأمريكية

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدًا صلى الله عليه وسلم عبده ورسوله. أما بعد:

فقد أعدت هذه الورقة المختصرة استجابة لدعوة كريمة من الأمين العام لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية الأستاذ عمر أنصاري، للمشاركة في أعمال مؤتمر أيوفي التاسع عشر للهيئات الشرعية في الثاني عشر من أكتوبر من عام ٢٠٢١. وقد حدد الاستكتاب موضوع "الفتوى على الفتوى في عمل الهيئات الشرعية" وتضمن الاستكتاب محاور عدة على النحو الآتي:

- المقصود بالفتوى على الفتوى وأسبابها بعمل الهيئات الشرعية.
 - إصدار الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتمادًا على مراجعة أحد أعضائها لهيكله العملية ومستنداتها: حكمه وضوابطه.
 - هل للهيئة الشرعية أن تصدر فتوى باسمها دون الإفصاح عن أنها اعتمدت على فتوى هيئة شرعية أخرى أو على رأي أحد أعضائها؟
 - هل تفتوّت الفتوى على الفتوى غرض الاجتهاد الجماعي في عمل الهيئات الشرعية؟
 - أثر "الفتوى على الفتوى" على الانضباط الشرعي لصناعة المالية الإسلامية (تعدد الفتاوى دون تعدد المفتين).
 - هل يعد اعتماد المعايير الشرعية أو القرارات الجمعية من الفتوى على الفتوى؟
 - الضوابط الحوكمية للفتوى على الفتوى؟
- وبعد التأمل في هذه المحاور لوحظ صلتها بمسائل الاجتهاد والتقليد من جهة، غير أنها ألصق بمسائل الحوكمة الشرعية في تطبيقات الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية المعاصرة. وعليه فإنه سيتم تقسيم هذه الورقة إلى مبحثين:
- المبحث الأول: المقصود بالفتوى على الفتوى وأسبابها وأبعادها الأصولية.
- المبحث الثاني: الحوكمة الشرعية للنازلة.
- والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل.

المبحث الأول: المقصود بالفتوى على الفتوى وأسبابها وأبعادها الأصولية

مفهوم الفتوى على الفتوى

١. لتوضيح صورة النازلة يُفَرَّق بين حالين: الأولى: الفتوى على الفتوى في الهيئة الشرعية الواحدة. والثانية: الفتوى على الفتوى بين هيئتين شرعيتين.
٢. ويقصد بالفتوى على الفتوى في الهيئة الشرعية الواحدة أن توكل الهيئة الشرعية إلى أحد أعضائها مراجعة هيكل معاملة ما وعقودها ومستنداتها التفصيلية، ويفيدها برأيه، وتفتي في المعاملة بناء على ما أفادها به، فإن أفاد بعدم وجود مخالفات شرعية أفتت الهيئة الشرعية للمؤسسة بإجازة هذه المعاملة. وإن أفاد بوجود مخالفات شرعية محددة أفتت الهيئة الشرعية للمؤسسة بعدم إجازة المعاملة.
٣. وقد لاحظ الباحث مثل هذا النص بإجازة إصدار الصكوك من أحد البنوك (البنك المصدر)، فقد جاء في مستند الفتوى ما نصه: "بناء على مراجعة الهيئة الشرعية لبرنامج الصكوك؛ فإن هيكلته وطريقته وإجراءاته، وتكليفها لأحد أعضائها بمراجعة وثائقه - كما هو مبين أعلاه، وإفادته بأنه لم يظهر له ملاحظة على الوثائق في مراجعته؛ فإنها تقرر بأن هذا البرنامج متوافق مع الشريعة الإسلامية فيما نراه".^١
٤. ومن الحالات التي يمكن حدوثها في تطبيقات الهيئات الشرعية أن تتم مراجعة مستندات الإصدار من موظف وليس عضواً في الهيئة الشرعية للمؤسسة المصدرة.^٢
٥. ويقصد بالفتوى على الفتوى بين هيئتين شرعيتين في مؤسستين مختلفتين. الهيئة الشرعية لبنك الإمارات الإسلامي تفتي بإجازة إصدار صكوك وكالة الخدمات مثلاً. والهيئة الشرعية لمصرف الشارقة تفتي للمصرف بإجازة الاستثمار في تلك الصكوك بناء على فتوى الهيئة الشرعية لبنك الإمارات الإسلامي. دون دراسة مستقلة لمستندات الإصدار.
٦. ثم تتابع الهيئات الشرعية في المؤسسات الأخرى بإجازة الاستثمار في الصكوك على هذا النحو دون دراسة مستقلة لمستندات الصكوك التي أصدرها بنك الإمارات. أو لتلك الصكوك التي أصدرها البنك الأهلي والتي تتضمن فتوى الهيئة على فتوى أحد أعضائها، فتكون جميع الهيئات التي أجازت لمؤسساتها الاستثمار في صكوك البنك الأهلي قد أفتت بناء على فتوى الهيئة الشرعية لبنك الإمارات الإسلامي أو فتوى أحد أعضاء الهيئة الشرعية للبنك الأهلي.

^١ قرار الهيئة الشرعية بشركة الأهلي المالية رقم (١٢/٢٢٦) بخصوص برنامج إصدار الصكوك المؤسس من شركة صكوك المملكة العربية السعودية المحدودة.

^٢ مثل هذه الأمثلة جمعها الباحث من خبرته وبالتواصل مع بعض الخبراء في الصناعة.

٧. ومن المظاهر التي قد تصاحب بعض التطبيقات ألا تفصح الهيئات التي أفتت على فتوى غيرها بأن قامت بذلك فيظن من تفتي لهم بأنها قامت بمراجعة المستندات بشكل مستقل وأصدرت فتواها بناء على ذلك. ومع عدم الإفصاح هذا تتكاثر الفتاوى التي تجيز المعاملة دون تعدد المفتين مما يوهم المقلدين بكثرة من قال بالجواز والأمر على خلاف ذلك.
٨. وعليه يمكن التمييز بين ثلاث ممارسات للفتوى على الفتوى بين هيئتين شرعيتين في مؤسستين مختلفتين. الأولى: أن تفصح الهيئة في فتواها بأنها تعتمد الفتوى الأخرى مستنداً شرعياً لجواز الدخول في الاستثمار. الثانية: ألا تفصح عن ذلك في فتواها، ولكن ضمناً هي تعتمد تلك الفتوى مستنداً شرعياً. الثالثة: ألا تصدر فتوى مطلقاً مكتفية بوجود الفتوى الأخرى، وتسمح للمؤسسة بالدخول شفوياً^١.

أسباب الفتوى على الفتوى:

١. الذي يظهر للباحث من خلال الاستقصاء والعصف الذهني مع بعض الخبراء أن الأسباب تعود إلى نوعين رئيسيين: الأول: أسباب شكلية عملية والثاني: أسباب موضوعية.
٢. من الأسباب الشكلية العملية ما يأتي:
- أن مستندات المعاملة باللغة الإنجليزية. والأسباب التالية عائدة إلى ذلك أيضاً.
 - أن الوقت المتاح للدخول في الاستثمار قصير جداً.
 - الكلفة المرتفعة لترجمة المستندات كاملة.
٣. ومن أهم الأسباب التي يمكن استنتاجها من الناحية الموضوعية ما يأتي:
- أن كل هيئة شرعية مكلفة بالإفتاء للمؤسسة أو البرامج والمنتجات التي تشرف عليها، وتقبل فتوى الهيئات في المؤسسات والبرامج والمنتجات التي تشرف عليها تلك الهيئات. وبالتالي تكون كل هيئة شرعية معرضة لممارسة الفتوى على الفتوى بوجه من الوجوه.
 - عدم القدرة على التغيير في هيكل المعاملة وإجراءات.
 - تعذر الوصول إلى جميع المستندات التي يجب النظر فيها.

الأبعاد الأصولية للنازلة:

١. ينظر إلى الهيئة الشرعية للمؤسسة المالية الإسلامية التي تشرف عليها كمفتٍ خاص للمؤسسة. وهي في مقام المجتهد في المسألة. ومن ثم فإن إفتاء الهيئة الشرعية بفتوى هيئة شرعية لمؤسسة أخرى في معاملة يستدعي النظر أصولياً في مسائل عدة منها:
- أو إحالة المستفتي إلى مفتٍ آخر.

^١ ينظر الهامش السابق.

- تقليد المجتهد لمجتهد آخر في فتواه في مسألة لم يتسنَّ له الاجتهاد فيها.
 - ما يتصل بمسائل التقليد من التلفيق وتتبع الرخص الفقهية وتخير الفتوى ومراعاة الخلاف.
 - ما يعتد به من الخلاف الفقهاء وما يسوغ من اختلاف المعاصرين والعمل بالفتاوى الشاذة.
٤. وهذه المسائل معروفة مشهورة، وهي تسمح في الجملة بإحالة المستفتي إلى مفتٍ آخر مشهود له بالعلم، غير أن مناقشة النازلة محل البحث له أبعاد حوكمية خاصة تقيد هذه الممارسة لخصوص النازلة في المؤسسات المالية الإسلامية. وهو ما سيتناوله المبحث الثاني.

المبحث الثاني

الحوكمة الشرعية للنازلة

١. فتوى الهيئات الشرعية من قبيل الاجتهاد الجماعي، حيث يشترط طبقاً لمتطلبات الحوكمة ألا يقل عدد أعضاء الهيئة الشرعية عن ثلاثة. وقد حث قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ١٥٢ (١٧/٢) بشأن الإفتاء: شروطه وآدابه على الفتوى الجماعية بشأن القضايا المعاصرة ونصه: "بما أنّ كثيراً من القضايا المعاصرة هي معقدة ومركبة فإنّ الوصول إلى معرفتها وإدراك حكمها يقتضي أن تكون الفتوى جماعية، ولا يتحقق ذلك إلا بالرجوع إلى هيئات الفتوى ومجالسها والجامع الفقهي".
٢. ومن أبرز خصائص الفتوى في المؤسسات المالية الإسلامية أنها ملزمة للمؤسسة، وهو ما أوضحه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره آنف الذكر ونصه: "الأصل في الفتوى أنها غير ملزمة قضاء، إلا أنها ملزمة ديانة فلا يسع المسلم مخالفتها إذا قامت الأدلة الواضحة على صحتها، ويجب على المؤسسات المالية الإسلامية التقيد بفتاوى هيئاتها الشرعية في إطار قرارات الجامع الفقهي".
٣. وجاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ١٧٧ (١٩/٣) بشأن دور الرقابة الشرعية في ضبط أعمال البنوك الإسلامية: أهميتها، شروطها، طريقة عملها. ونصه: هيئة الرقابة الشرعية: وهي مجموعة من العلماء المتخصصين في الفقه الإسلامي وبخاصة فقه المعاملات لا يقل عددهم عن ثلاثة، ممن تتحقق فيهم الأهلية العلمية والدراية بالواقع العملي، تقوم بإصدار الفتاوى والمراجعة للتأكد من أن جميع معاملات المؤسسة متوافقة مع أحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وتقديم تقرير بذلك للجمعية العامة، وتكون قراراتها ملزمة.
٤. وجاء فيه بشأن استقلالية الهيئات الشرعية ما نصه: "يجب أن تكون هيئة الرقابة الشرعية مستقلة، ولتحقيق ذلك يراعى ما يأتي:
(أ) يكون تعيين أعضاء الهيئات الشرعية وإعفاؤهم وتحديد مكافآتهم من قبل الجمعية العامة للمؤسسة، وتتم المصادقة على ذلك من الرقابة الشرعية المركزية، أو ما يقوم مقامها.
(ب) أن لا يكون العضو مديراً تنفيذياً في المؤسسة، أو موظفاً فيها، أو يقدم إليها أعمالاً خلافاً لعمله في الهيئة.
(ج) ألا يكون مساهماً في البنك أو المؤسسة المعنية.
٥. وجاء فيه بشأن ضوابط الاجتهاد والفتوى في الهيئات الشرعية ما نصه:
(أ) الالتزام بقرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي، مع مراعاة قرارات الجامع وهيئات الاجتهاد الجماعي الأخرى، بما لا يتعارض مع قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

(ب) تجنب الأقوال الشاذة، وتتبع الرخص أو التلفيق الممنوع، وفق ما صدر في قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم ٧٠ (١/٨).

(ج) مراعاة مقاصد الشريعة ومآلات الأفعال عند بيان الحكم الشرعي.

(د) مراعاة ما صدر عن مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن ضوابط الفتوى في قراره رقم ١٥٣ (٢/١٧).

٦. تشير قرارات مجمع الفقه الإسلامي إلى خصوصية الفتوى في المؤسسات المالية الإسلامية، والتوجيه إلى اعتماد قرارات المجامع الفقهية وهيئات الاجتهاد الجماعي بصفة عامة مع تقديم قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي عند التعارض. يضع ضوابط محددة لممارسة الفتوى على الفتوى.
٧. وفي المعيار الشرعي رقم ٢٩ بشأن ضوابط الفتوى وأخلاقياتها في إطار المؤسسات جاء ما يفيد تعيين الفتوى على الهيئة الشرعية للمؤسسة وكذلك وجوب الاستفتاء على المؤسسة وأن المؤسسة مقيدة باستفتاء هيئتها.
٨. ونصه كما في البند ٣:

- "تتعين الفتوى على الهيئة الشرعية للمؤسسة للارتباط بينها وبين تلك المؤسسة.
- حكم الاستفتاء الوجوب على المؤسسة لمعرفة حكم الشرع في حادثة وقعت، أو يتوقع حدوثها، كما يجب عليها الاستفتاء عن الحكم الشرعي لأي عملية يراد الدخول فيها.
- مع أن الأصل أن للمستفتي أن يختار - بحسب طاقته - الأعلم أو الأتقى من المفتين، ولو في كل مسألة على حدة، ولكن المؤسسات - بحسب نظمها ولوائحها - مقيدة باستفتاء هيئتها".

٩. وجاء في البند ٣/٦ من المعيار ما نصه: "ليس للمؤسسة العمل بما صدر عن غير هيئتها إلا بموافقة هيئتها".
١٠. المعايير تقيد المؤسسة بهيئتها غير أنها تفتح فسحة للفتوى على الفتوى وهو خلاف الأصل كما يظهر، ومع ذلك لم يحدد المعيار ضوابط إضافية للممارسة، غير أنه يفهم بأن الهيئة الشرعية للمؤسسة تتخذ من الفتوى الأخرى مستنداً شرعاً في نظرها لإجازة الدخول في المعاملة محل النظر.
١١. وجاء في المستندات الشرعية لما سبق ما يأتي: "مستند وجوب الاستفتاء على المؤسسات أنها ملتزمة بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ولا يتحقق ذلك إلا بسؤال هيئتها الشرعية. وهذا هو التوجيه لتعين استفتاء المؤسسات للهيئات، وتعين الإفتاء لها على الهيئات لوجود الارتباط الموثق بقرار أو اعتماد الجمعية العمومية".

١٢. وجاء في المستندات الشرعية أيضاً: "مستند منع المؤسسة من العمل بما صدر من غير هيئتها إلا بعد العرض عليها هو تجنب التلفيق والتتبع للرخص بدون مراعاة ضوابطهما، مع إهمال الملابس المختلفة وتنوع الأنظمة والظروف بما قد يجعل الفتوى غير مطابقة لمقتضى الحال".

١٣. توجه المعايير لتعين الاستفتاء على المؤسسة وتعين الفتوى على هيئتها يؤكد خصوصية عمل الفتوى في المؤسسات المالية الإسلامية وأنه ليس للمؤسسة أن تعمل بغير فتوى هيئتها الشرعية على كل حال، غير ان هناك فجوة ظاهرة في المعيار بشأن ضوابط الفتوى على الفتوى، وستتضمن هذه الورقة بعض الموجهات والمحددات.

المبحث الثالث

ضوابط مقترحة للفتوى على الفتوى

مخاطر العمل بالفتوى على الفتوى

١. تعميم العمل بالقول الضعيف أو المرجوح، وفي التطبيقات المعاصرة يمكن العمل بالأقوال المخالفة للمجتمع الفقهية والمعايير الشرعية. وخاصة من انتشر من عمليات تتسم بالصورية وتقوم على العينة والتورق المنظم واقتران العقود بالشرط على وجه يؤول على ما هو ممنوع كضمان رأس المال في المضاربة أو تداول الديون.
٢. الإيهام بأنه رأي الأكثرية بينما يكون قولاً لقلّة أو لواحد وهو أقرب إلى القول الشاذ.
٣. فتح الباب لغير أهل الاختصاص في ولوج الهيئات الشرعية؛ ما دام من الوارد الإفتاء على فتوى هيئات أخرى.
٤. انتشار دعوى التيسير في غير محله، وتتبع الرخص المذموم، وما يترتب عليه من التلفيق والاضطراب في الفتاوى التي تعمل بها المؤسسة، وهو ما يخل بمصداقية الفتوى من جهة ومصداقية المؤسسة من جهة أخرى، بل ويمكن أن يُحاجَّ الجمهور المؤسسة على مواقفها بالعمل بالجواز والمنع هناك في حين الوقائع من النظائر المتماثلة في الأحكام.
٥. تعميم العمل بالفتوى على الفتوى يعود على فكرة تعيين الهيئات الشرعية للمؤسسات بالإبطال، لأن يجرى المؤسسة على أن تطلب العمل بالرأي المجيز ما دام موجوداً وتحتاج هيئتها بذلك، فيضعف موقف الهيئة الشرعية للمؤسسة في أداء وظيفتها التي وجدت من أجلها وهو الإفتاء للمؤسسة وإلزام المؤسسة بالاستفتاء منها.
٦. وبناء على هذه المخاطر فإنه لا بد من إعداد ميثاق خاص بالفتوى على الفتوى يبين حالاته وضوابطه. وهذه فجوة في المعايير لم يغطها معيار الفتوى. ومعايير الحوكمة إنما تأتي تبعاً للتأصيل الشرعي ولا تسبقه.

المرجعية الشرعية للمؤسسة

٧. من المهم التمييز بين ثلاثة أشكال من المرجعيات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية:
 - الشكل الأول: إلزام المؤسسة برأي هيئتها الشرعية. وهو السائد سابقاً والقائم في المملكة العربية السعودية مثلاً.
 - الشكل الثاني: إلزام المؤسسة برأي المعايير الشرعية، ويكون رأي هيئتها الشرعية استشارياً. وهو الذي استحدث في الإمارات العربية المتحدة وغيرها من الدول التي جعلت المعايير الشرعية ملزمة، مثل تونس، والأردن.

- الشكل الثالث: إلزام المؤسسة برأي الهيئة الشرعية العليا أو المجلس الشرعي في البنك المركزي ويكون رأي هيئتها الشرعية استشاريًا. وعليه العمل في ماليزيا وسورية وغيرها.
- الشكل الرابع: إلزام المؤسسة برأي المجلس العلمي الأعلى، ولا توجد هيئات شرعية على المؤسسة.
- الشكل الخامس: أن تختار المؤسسة مرجعيتها بين معايير محددة أو هيئة شرعية تعينها، وعليه العمل في قطاع الاستثمار في دولة الكويت.

٨. في كل هذه الحالات عدا الأولى لا تبدو الفتوى على الفتوى معضلة حاضرة، لأن الهيئة الشرعية للمؤسسة لم تعط صفة الفصل الكلي في الفتوى وإنما تحقيق مناطها في الواقعة محل النظر، والمنع لا ينسب إليها، وإنما إلى المرجعية الأعلى. ومن ثم فإن معضلة الفتوى على الفتوى محصورة في الحالة التي يكون فيه للهيئة صفة الاستقلالية في الوضع التنظيمي بالتعيين من الجمعية العمومية، وإلزام المؤسسة بالعمل بفتوى يفترها، وإلزام المؤسسة باستفتائها دون غيرها.

التمييز بين أنواع الفتوى على الفتوى

٩. سبق أن ذكرنا أن الفتوى على الفتوى قد تكون على مستوى الهيئة الواحدة، وقد على مستوى هيئتين شرعيتين.

١٠. لا يرى الباحث السماح بالفتوى على الفتوى على مستوى الهيئة الواحدة، بتوكيل أحد أعضائها بالنظر في الهيكل والمستندات، أو بالاعتماد بالفتوى بناء على فتوى ليس من أعضائها في المؤسسة، وخاصة أن هذه الحال إنما تحضر والبنك هو المعني بإصدار الصكوك أو طرح المعاملة محل النظر في السوق، ومن ثم فإن هيئته الشرعية معنية بالنظر والإفتاء. ويمكن التغلب على معضلة المستندات باللغة الإنجليزية بوسائل عديدة ستم الإشارة إليها، لكن لا يكون منها التفويض لأحد بالنظر والتفرد بالرأي بشأنها ومن ثم الفتوى على فتواه سواء كان عضوًا أم لم يكن عضوًا.

١١. إن التغلب على عائق اللغة الإنجليزية متاح بوسائل عديدة منها إصدار المستندات باللغتين بلغة القرآن والشريعة الإسلامية وباللغة الإنجليزية أيضًا خاصة في البلاد العربية، ولا ترقى دعاوى التكلفة الزائدة للاعتبار كعائق مقبول بأي وجه من الوجوه فمثل هذه التكاليف تحمل على الإصدار.

١٢. وفي حال وجدت حاجة فإن فإنه يمكن عمل عرض تفصيلي للمستندات أمام الهيئة الشرعية وتشترك الهيئة مجتمعة في مناقشة العقود عقدًا وعقدًا ومستندًا ومستندًا بمعرفة محتوياته والتوقف عند النقاط ذات البعد الشرعي فيه وحسمها، وهذا ليس صعبًا بل هو متاح وسهل المنال في عالم المال والأعمال الذي يعمل بلغات عديدة ليس بلغة واحدة، فالالاتحاد الأوروبي يعمل بلغات عديدة، والمنظمات الدولية تعمل بلغات

ثلاث، والبنك الإسلامية للتنمية منها، ولا يحسن أن يترك لكل أحد أن يقدر الصعوبات ويعظمها دون أسس موضوعية مقارنة بالحالات المماثلة.

١٣. أما إذا كانت الفتوى على الفتوى بين هئتين شرعيتين، فإن هذا وارد للأسباب الموضوعية وليس للأسباب الشكلية. لا يرى الباحث أن الأسباب الشكلية كعائق اللغة الإنجليزية، أو الوقت، أو الكلفة؛ أسباباً معتبرة لتأسيس توجه مقبول من ناحية الحوكمة الشرعية باستساغة الفتوى على الفتوى. غير أن الموضوعية مثل التمييز بين البنك المصدر للمعاملة والبنك المستثمر في المعاملة بعد صدورهما وتداولها فهو سبب موضوعي وجيه ويمكن اعتباره في ضوء ما سيلبي بيانه.

١٤. إن كل هيئة شرعية إنما تفتي للمؤسسة التي تشرف عليها، أما العمليات المفتى من هيئات أخرى فإن الواجب في نظر الباحث قبولها، تجنباً للإزدواج وتجنب مزيد من الاضطراب في تضارب الفتاوى، وذلك على أساس الأخذ بما سبقت الفتوى بشأنه ولكن بشرط تحقيق الفتوى لشروط القبول.

١٥. في هذه الحال يجب يتوجه النظر إلى بنية الفتوى عندئذ ومدى قبولها في ضوء الاعتبارات العديدة التي نص عليها قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشأن الإفتاء، وكذلك المعيار الشرعي رقم ٢٩ بشأن ضوابط الفتوى من الجوانب الموضوعية والشكلية. ويدعو الباحث إلى إعداد ضوابط للفتوى على الفتوى ما تضمنه هذا البحث من عرض ومقترحات.

والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين والحمد لله رب العالمين.

د.عبدالباري مشعل

كيري- نورث كارولينا

الولايات المتحدة الأمريكية

صباح يوم ١٢ أكتوبر ٢٠٢١

Explicit and Implicit Fatwas on Fatwas in Islamic Financial Governance Structures

by Dr. Walid Hegazy

The dominance of secular governments and financial systems has diminished the regulatory impact of fatwas. In many Muslim-majority countries, the relegation of Islamic jurisprudence to the domain of family law implies the irrelevance of fatwas to commercial transactions. Even the basic prohibition on interest as stipulated in the Quran “And Allah has permitted trade and forbidden usury”¹⁷¹ is disregarded by conventional banks that openly trade in interest and national banking regulations permitting banks to generate interest on customers’ transactions. In this environment, Islamic finance fatwas occupy a narrow niche.

Shariah-compliant financial institutions depend on Shariah boards to authorize or prohibit transactions. Some fatwas are limited to a specific institution or transaction while others ripple throughout the entire Islamic finance industry. The developments and contradictions among different jurisdictions and schools of thought leads to a phenomenon known as “fatwas on fatwas”, in which a fatwa is pronounced permitting or invalidating an earlier fatwa. Fatwas on fatwas are essential in that they contribute to the refinement of the Islamic finance industry. However, without sufficient structural safeguards to protect the legitimacy of fatwas, there remains a growing risk that fatwas on fatwas could delegitimize the modern iteration of Shariah-compliant financial institutions among customers and scholars.

Defining “fatwas on fatwas” and their guidelines

(المقصود بالفتوى على الفتوى والضوابط الحوكمية العامة للفتوى على الفتوى)

A fatwa has three essential components: the topic, the issuer (mufti), and the recipient. The esteemed Dr. Abdullah bin Muhammad bin Ahmed Al Tayyar defined the fatwa as “the clarification of the Islamic ruling from the evidence to the questioner, which includes the question in the context of its circumstances”¹⁷². From this definition, one can infer that a fatwa is initiated by the questioner rather than the mufti. This corresponds to the principle in Islamic jurisprudence that all is permissible unless it is forbidden¹⁷³. A fatwa on a fatwa arises when a questioner, whether an Islamic finance institution, a customer, or a member of a Shariah board, has raised a question to a “mufti” about the applicability of an existing fatwa or a transaction for which a fatwa has already been issued.

¹⁷¹ Quran, Surah Al Baqarah, Verse 275.

¹⁷² Al Tayyar, *The Fatwa and its Importance*. 2019.

¹⁷³ Ibn Taymiyya, *Compilation of Fatwas*, 21/535.

In the most basic sense, anyone who answers a request for an Islamic ruling for a particular scenario is acting as a “mufti”. The proliferation of self-proclaimed muftis has globally harmed the reputation of fatwas. Scholars have reached the consensus that a mufti, or one who issues a fatwa, must meet the following requirements: knowledge of the Quran, knowledge of the Sunnah, knowledge of the matters of consensus (*ijmaa*), fluency in Arabic, and knowledge of deductive analogy (*qiyas*) as it relates to Islamic rulings¹⁷⁴. Arabic fluency is a prerequisite for accessing the Quran as a primary source rather than through translation as a secondary source. There is debate as to whether the “mufti” must be Muslim. There are many non-Muslim scholars of the Quran and Sunnah who would meet the first two requirements. The deeper question is whether a non-Muslim would have the same personal interest in ensuring Shariah compliance as a Muslim for whom it is a matter of faith. Nonetheless, a “fatwa” issued by someone who doesn’t meet the conditions of a mufti is not valid. As such, a fatwa on an Islamic finance legal provision prohibiting or permitting a certain practice does not constitute a fatwa if the original provision was not drafted by a mufti.

The difficulty with fatwas on fatwas is how they challenge the concept of *ijmaa*. If multiple Islamic finance institutions engage in transactions because their respective Shariah boards have issued fatwas permitting such transactions, under which authority does another Shariah board forbid the same transaction? Academically, the justification would be because of dissimilar circumstances. However, the stability of the financial system depends on consistency. There is significant pressure on Shariah boards to extract any reason to permit transactions that the Islamic financial institution is already intending to engage in. What may appear to be “consensus” could just as easily be manufactured, inauthentic consensus, in which case a scholar may feel obligated to issue a fatwa on an existing fatwa.

Not all fatwas appear as explicit rulings. There are various types of fatwas. The first classification of fatwas is based on the extraction method: opinion, emulation (*taqlid*), or deduction based on the evidence¹⁷⁵. Given the definition of fatwas as outlined above, it can seem impossible to issue a fatwa without evidence. New concepts may not have the requisite evidence to support deductive reasoning on the basis thereof. Fatwas issued in the basis of a scholar’s opinion only tend to be weaker, unless the scholar already has a strong jurisprudential reputation. An opinion fatwa issued by Ahmed ibn Hanbal is weightier than any opinion fatwa issued today. Emulation fatwas are issued on the basis of another scholar’s previous fatwa. An emulation fatwa is the purest form of a fatwa on a

¹⁷⁴ Lotfy, 138-140.

¹⁷⁵ Al Tayyar.

fatwa, as the new fatwa permits and strengthens its predecessor and is a step towards scholarly consensus.

The second classification of fatwas is on the basis of the issuer: individual fatwas, collective fatwas, and institutional fatwas. Individual fatwas are the oldest type of fatwas and are issued by one specific scholar who uses his powers of deductive reasoning to assess the circumstances and evidence before issuing the fatwa¹⁷⁶. Viewers who call into satellite television programs or ask scholars questions over the Internet receive individual fatwas. The emphasis on Shariah board formation in the Islamic finance industry means that individual fatwas are rare.

Collective fatwas are fatwas issued by the majority of a group of scholars who convene for the specific purpose of responding to a question that affects the collective Muslim community on the regional or global levels¹⁷⁷. National governments have established institutions for collective fatwas, such as Egypt's *Dar ul Iftaa*. Collective fatwas are often in response to questions about national or international policies, such as the permissibility of taking the COVID vaccine. Collective fatwas have influenced community adherence to Islamic finance norms, especially when such fatwas tacitly permit Muslims to open interest generating accounts¹⁷⁸. Fatwas issued by the Shariah boards of Islamic finance institutions are collective in the sense that they are reached by the majority of the scholars on the board, yet individual in that they apply only to the particular institution with which the board is affiliated. Islamic finance institutions request fatwas on fatwas for novel transactions that have been permitted by another Shariah-compliant body but have not yet become sufficiently widespread to reach the level of scholarly consensus.

The rationale for fatwas on fatwas in Shariah-compliant governance structures

(أسباب الفتوى على الفتوى في عمل الهيئات الشرعية)

Shariah-compliant governance structures differentiate Islamic finance from interest-based finance. The concept of the Shariah board instead of the assignment of one particular scholar to an Islamic finance institution emerged from the comparative strength of collective fatwas as opposed to individual fatwas. As interest-based finance has become the standard of the global banking industry, customers and regulators need assurance that the transactions and practices of a denominated Islamic financial institution are truly Shariah-

¹⁷⁶ Abu Bakr, 514.

¹⁷⁷ Abu Bakr, 516-517.

¹⁷⁸ Dar ul Iftaa Fatwa to Question "Is banking interests for accounts is Halal or not...if so which type is halal?"

compliant, and that the institution's adoption of attractive Islamic terminology is not a veneer disguising the same interest-based transactions practiced by conventional banks. Shariah-compliant institutions exist on the premise that conventional institutions' transactions are not permissible. The result is a reversal of the typical Islamic jurisprudential assumption of permissibility. The Shariah board of a given institution must issue fatwas to prove that the permissibility of the relevant transactions. Without a Shariah board issuing fatwas, the institution has no legitimacy¹⁷⁹.

Fatwas on fatwas are often a conflict between the legalistic approach and the practical approach in Islamic financial systems. The legalistic approach prioritizes the existing rulings and jurisprudence and creates Shariah-compliant financial structures from the scholarly tradition. The practical approach starts with conventional financial structures as a blueprint then uses Shariah guidelines to legitimize such structures or make minor adjustments to create Shariah-compliant versions of such structures¹⁸⁰. Proponents of the legalistic approach may issue fatwas to limit the excesses of the practical approach when derived structures, such as sukuk benchmarking, exceed the boundaries of what has traditionally been deemed as permissible in Islamic finance. From the other perspective, ensuring the efficiency and profitability of Shariah-compliant finance motivates Shariah boards to issue emulation fatwas, as fatwas approving fatwas already issued by other IFIs.

Fatwas have never been binding in Islamic law unless such fatwas have reached a consensus on the obligatory or prohibited nature of the relevant practice. The intersection between conventional legal systems and Islamic finance through national legislation regulating Shariah compliance is a new phenomenon. Non-adherence to codified collective fatwas is a criminal offense punishable by fines or detention. In the absence of codification, fatwas are non-binding. The established commercial custom in the Islamic financial sector bestows a more binding nature on fatwas than they would otherwise have. Islamic finance institutions are free to select their Shariah board members. Shariah board members also receive compensation for their services. These factors encourage scholars who may already have been chosen for their willingness to approve certain transactions to continue doing so to further the Islamic finance institution's interests. On a less cynical note, fatwas on fatwas encourage accountability among scholars who are conscientious of the wider context and the possibility that a fatwa, even if non-binding, can be

¹⁷⁹ Faisal, 8.

¹⁸⁰ Faisal, 27.

The ruling and guidelines for using one board member's review of the transaction structure and documents as a basis for the Shariah board's fatwa issuance

(إصدار الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتماداً على مراجعة أحد أعضائها لهيكله ومستندات العملية- حكمه وضوابطه)

A reasonable question that arises is whether every Shariah board member must review the transaction structure and documents for each financial operation before the board issues its fatwa. Fatwas issued by Shariah boards are supposedly collective and institutional. They represent the findings of the majority of scholars on the board and apply to the specific transaction as entered into by the institution. If only one member has reviewed the documents, then he or she has issued an individual fatwa to the board members based on deductive reasoning. The subsequent fatwa issued from the Shariah board to the institution is then still a collective fatwa, but it is no longer one based on deductive reasoning. Instead, it is collective fatwa imitating the fatwa already issued by the scholar who reviewed the documentation. The answer to the preceding question depends on whether the abstention of the other board members from reviewing the transaction structure and documents is tantamount to misrepresentation and whether the internal Shariah governance regulations of the institution require that each member of the Shariah board analyze the relevant transaction documents.

In the case that the institution's internal Shariah governance regulations require that every scholar review the transaction documents, then the Shariah board cannot issue its fatwa on the basis of only one member's review and analysis. Without such stringent regulations, the Shariah board enjoys the independence to choose the method that facilitates its work¹⁸¹. Ensuring the independence of Shariah boards usually refers to eliminating conflicts of interest and limiting the number of institutions for which any one scholar can work at a particular time. Less attention is paid to the internal independence of Shariah boards. Governance standards refer to Shariah boards as a collective. The Shariah board is jointly liable before the institution's Board of Directors and shareholders for any breach of Shariah compliance standards. That governance standards may not necessarily reflect the issuance of a deductive fatwa by only one member of the board represents a gap in Shariah governance.

Practicality may preclude the ability of each Shariah board member to review the documentation for every transaction. The guidelines for the sufficiency of one member's review are the extent to which the Shariah board complies with its mandate and fulfills its purpose. The Shariah board's duties

¹⁸¹ Tanash, Eobadh, 624.

include examining transactions for Shariah compliance, setting Shariah standards for the institution's employees, evaluating the institution's compliance with Islamic principles, and presenting the requisite guidance, instructions, and fatwas to resolve matters of non-compliance and levy sanctions on violators¹⁸². Thus, issuing fatwas is not the only function of the Shariah board, and designating one or more members to review transaction documents on a rotating basis prior to issuing such fatwas contributes to the success of the Shariah board's overall mission. Ethically, the Shariah board should disclose the deductive process leading to the fatwa's issuance so as to benefit the institution's shareholders as well as Shariah board counterparts who may use the institution's fatwa as the starting point for their own fatwas.

The ruling and guidelines for a Shariah board's issuance of a fatwa based on another institution's fatwa

(إصدار الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتماداً على فتوى هيئة شرعية لمؤسسة أخرى – حكمه وضوابطه)

Shariah boards following the tradition of emulation in fatwa issuance occasionally issue fatwas permitting a transaction because another Shariah board or governing body has already issued a fatwa permitting the same transaction. The overarching principles for the fatwa on another institution's fatwa are *maslaha* and *tasheel*. The literal definition of *maslaha* is the public interest. The global banking system is a public good and the continuous functioning thereof benefits non-Muslims and Muslims alike.

The sustainability of the Islamic banking system is beneficial to the Muslim community, so Shariah boards have an interest in preventing the issuance of dissonant fatwas that lead to confusion among customers and financial institutions. AAOIFI Objective no. 4 is to “*Achieve conformity or similarity -to the extent possible- in concepts and applications among the Shari'ah supervisory boards of Islamic financial institutions to avoid contradiction and inconsistency between the fatwas and the applications by these institutions, with a view to activate the role of the Shari'ah supervisory boards of Islamic financial institutions and central banks through the preparation, issuance and interpretations of Shari'ah standards and Shari'ah rules for investment, financing and insurance.*”¹⁸³ According to this standard, Shariah boards have not only an obligation to their specific institution, but to the Islamic finance industry at large. It is preferable for a Shariah board to issue fatwas that do not contradict with earlier ones on the same subject. Non-disclosure agreements and confidentiality provisions prevent other Shariah scholars from accessing the transactional documents that formed the basis for the initial fatwa. Over time, a

¹⁸² Bin Emara, Attiya, 295.

¹⁸³ AAOIFI Objective no. 4.

fatwa that may have been intended as an institutional fatwa evolves into a collective fatwa.

Issuing a fatwa to achieve *maslaha* is oversimplified in public discourse. There are three types of *maslaha*: *maslaha mu'atabra*, *maslaha mulgha*, and *maslaha mursala*. *Maslaha mulgha* means nullified interest¹⁸⁴. In other words, the public benefit that would have been achieved by issuing the fatwa is voided by the spiritual harm incurred to the issuer, the recipient, and the Muslim community through the promotion of practices that clearly contradict the Quran and Sunnah. It is forbidden for Shariah boards to issue a fatwa approving another institution's fatwa when the originally fatwa was justified by *maslaha mulgha*. The opposite of *maslaha mulgha* is *maslaha mu'atabara*, which is the societal interest as confirmed by the Quran and Sunnah. Shariah boards have an obligation to uphold *maslaha mu'atabara* when issuing fatwas. As such the second guideline is that when *maslaha mu'atabara* exists, Shariah boards should issue a fatwa prohibiting what as been permitted by an antecedent fatwa that would undermine *maslaha mu'atabara*. Scholarly disagreement occurs in the field of *maslaha mursala*, which is a benefit that was never referred to in the Quran or Sunnah.

Shariah boards' fatwas, when justified by *maslaha mursala* are often a combination of a collective fatwa and an institutional fatwa. A fatwa permitting a bank's offering of *auto murabaha* represents a collective fatwa to the Muslim community that it is in the community's interest for customers to be granted a Shariah compliant vehicle that would allow them to purchase an item that they otherwise would not be able to afford. This collective fatwa has reached the level of consensus in the Muslim community, and an opposing fatwa stating that *auto murabaha* should not be issued because a Muslim shouldn't purchase what he cannot afford if he does not even have to repay a debt in times of hardship would never be seriously considered today. The second element of the fatwa is the institutional fatwa stating that the structure of the *auto murabaha* offered by the bank is Shariah-compliant. Shariah boards issuing fatwas on fatwas must clarify whether the later fatwa is emulating the preceding fatwa as a general rule, or subject to a certain set of conditions, why the board has chosen to emulate the previous fatwa, and which *maslaha* is prioritized by the fatwa's issuance.

¹⁸⁴ Syaputra et al. 67.

Can a Shariah board issue a fatwa in its name without disclosing whether the fatwa was made on the basis of another institution's fatwa or only one member's opinion?

(هل للهيئة الشرعية أن تصدر فتوى باسمها دون الإفصاح عن أنها اعتمدت على فتوى هيئة شرعية أخرى أو على رأي أحد أعضائها؟)

Shariah-compliant banks are not exempt from the transparency requirements imposed on conventional banks with regard to profit allocation, risk management, and maintenance of sufficient liquidity reserves. Conventional legislation often omits the application of transparency provisions to Shariah boards because the phenomenon does not exist in conventional banks. When legislation does govern the composition of Shariah boards, it's to avoid conflicts of interest through limiting the number of Shariah boards on which any one scholar can serve or requiring disclosure concerning the same. The questions to ask are whether transparency serves a legitimate purpose and to whom such a disclosure should be made. Academic discussion about Islamic banks' transparency is centered around the relationship between liquidity reserves and profit distribution, particularly financial transparency rather than transparency of *fiqh*¹⁸⁵. An answer may be found in codified civil law interpretation of contractual capacity. Under Egyptian law, a contract may be invalidated when one or more of the parties is coerced via fraud or misinformation to conclude a contract, and such coercion involves the provision or omission of information that fundamentally affects the parties' willingness to contract¹⁸⁶. If one applies such reasoning, then Shariah boards have no *legal* obligation to disclose the circumstances of a fatwa's issuance unless such disclosure is required by contract, or the circumstances violate that which has been stipulated by a particular contract and the institution is seeking a waiver from the opposing party.

The existence of an ethical disclosure obligation revolves around the true purpose for the Shariah board's existence and the position of customers and the institution's management as stakeholders. Laypeople are not scholars, and they are not qualified to issue fatwas. Still, underestimating the customer's interest in ensuring that the institution's products and transactions are Shariah compliant betrays the justification for the Shariah board's presence. The modern Islamic banking industry assumes that the customer and the institution want confirmation of Shariah compliance. As long as customers receive such confirmation, in the form of a Shariah board fatwa, then it is of no interest to the customer how the fatwa was reached or how many scholars truly contributed to the issuance of the fatwa. This mindset is dangerous as the *hilal* makes renewed appearances in the Shariah compliance industry. It is disingenuous to deny that Shariah compliant

¹⁸⁵ Lahrech, Lahrech, and Boulaksil, 78.

¹⁸⁶ Egyptian Civil Law, Articles 125-127.

institutions profit from the ability to issue “Islamic” alternatives. Despite AAOIFI objections and those of prominent scholars, *bay al ‘inah* and *tawarruq* proliferate in certain jurisdictions¹⁸⁷. To the extent that a Shariah board’s fatwa relates to any similar controversial financial practice or transaction, the institution and the customers must receive full disclosure as to how the fatwa was reached, without breaching the confidentiality provisions of the board’s mandate or those of the transaction documents.

Does the “fatwa on a fatwa” undermine the purpose of collective jurisprudential reasoning in Shariah boards?

(هل تفوت الفتوى على الفتوى غرض الاجتهاد الجماعي في عمل الهيئات الشرعية؟)

Shariah boards are composed of multiple scholars so that the institution can derive the full value of the scholars’ collective jurisprudential reasoning. The governance gap regulating the scholars’ experience and the procedures for fatwa issuance¹⁸⁸ unnecessarily complicates the issuance of emulation fatwas when they have been instrumental in expanding the boundaries of Shariah-compliant finance. *Fiqh al muamalat* is a narrow field, and knowledge about the conventional banking industry is also crucial to a scholar’s ability to issue well-reasoned fatwas in the context of Quran, Sunnah, and *ijma’a*. The purposes of collective jurisprudential reasoning are to resolve ambiguities, create new regulatory standards, differentiate lawful financial transactions from unlawful ones, and ensure the adherence of new financial products to Shariah principles¹⁸⁹. As long as these purposes are achieved, then a “fatwa on a fatwa” does not undermine them.

In fact, the “fatwa on a fatwa” serves to improve the efficacy of Shariah boards when there are varying levels of muftis who do not all reach the standard of “*mujtahid mutlaq*”, or a jurist who can issue fatwas in accordance with multiple schools of thought using his own analytical reasoning. A scholar’s educational or regional background may only qualify him to be a “*mujtahid fi al-madhab*”, which means that his competence in issuing fatwas is limited to the ideological boundaries of the school of the thought that formed the basis for his instruction¹⁹⁰. Lesser degrees of muftis, namely *muqalids* and ‘*ulama*, who do not have the juristic ability to devise independent rulings outside of emulation, do serve on Shariah boards. When internal regulations don’t differentiate between the ‘*alim* and the *mujtahid mutlaq*, the “fatwa on a fatwa” is a corrective measure to ensure that the accuracy and Shariah compliance of the board’s fatwa. The technique

¹⁸⁷ Roslan et al, 106-107.

¹⁸⁸ Alsayyed, 8-9.

¹⁸⁹ Khan and Atiq-uz-Zafar, 112.

¹⁹⁰ Khan and Atiq-uz-Zafar, 125.

makes Shariah compliance more accessible to financial institutions that don't have the wherewithal to attract the most prominent scholars in *fiqh al muamalat*.

Does the approval of Islamic accounting standards constitute a fatwa on a fatwa?

(هل يعد اعتماد المعايير الشرعية أو القرارات الجمعية من الفتوى على الفتوى؟)

AAOIFI Standard no. 29 notes that “in principle, fatwa can be issued by uttering, signaling or acting, but for the institutions it should be written to become an evidence or document that can be referred to”¹⁹¹. The approval of Islamic accounting standards by a scholar or Shariah board meeting the mufti qualifications constitutes a fatwa, even if such approval is tacit. The in-depth scholarly process followed by AAOIFI board members to reach a final draft of each Islamic accounting standard is compatible with the intellectual and Islamic exertion required to issue a fatwa. However, Islamic accounting standards themselves are not a fatwa because they are not drafted in response to a specific question but are written to address phenomena present in the Islamic banking industry. AAOIFI standard no. 29 uses the nomenclature “Shariah resolution” to describe fatwas and defines them as “a Shariah opinion presented to a person who seeks it with regards to an incident that has already occurred (the fatwa incidence) or is expected to occur. It does not refer to answering queries pertaining to hypothetical instances”¹⁹². A fatwa, by definition, includes the question as asked by the questioner (*mustafti*). Therefore, a fatwa approving Islamic accounting standards does not represent a fatwa on a fatwa, even when those standards are derived from fatwas. Islamic accounting standards are a collection of non-binding recommendations that institutions and governments may choose to imbue with a binding nature when incorporating them into national legislation or internal regulations, as the case may be.

The effect of “fatwas on fatwas” on the Shariah compliance of the Islamic finance industry (the proliferation of fatwas without the proliferation of muftis)

(أثر "الفتوى على الفتوى" على الانضباط الشرعي لصناعة المالية الإسلامية (تعدد الفتاوى دون تعدد المفتين)

In conclusion, it is difficult to quantify or even qualify the effect of “fatwas on fatwas” on the Shariah compliance of the Islamic finance industry. To imply that emulation fatwas are somehow invalid is a disservice to the rich tradition of emulation fatwas which are no less valid than opinion fatwas or fatwas based on deductive reasoning. An illustration of this point is the common law court system, particularly, the American tradition of judicial precedents and the transparency provided when the Supreme Court issues a majority and minority opinion to

¹⁹¹ AAOIFI Standard no. 29.

¹⁹² AAOIFI Standard no. 29

accompany each ruling. The Islamic finance industry benefits intellectually from fatwas invalidating other fatwas or setting additional conditions for the application thereof. The apparent dearth of muftis has multiple causes, chief of which is the sharp delineation between the economic and Islamic sciences. With the exception of a few specialized programs, *usul al fiqh* is not taught in modern business schools. More analysis is needed to discover why Shariah boards feel uncomfortable issuing independent fatwas and prefer to rely on others. Is it because some Shariah boards have more legitimacy than others? Is it because Islamic finance is simply more developed in Malaysia, for example, than it is in Egypt? The appropriate deduction to reach is that any harms caused by “fatwas on fatwas” are due to externalities that are not endemic to the practice itself.

Works Cited

- Al Quran, accessed via <http://quran.com> .
- “Is banking interests for accounts is Halal or not...if so which type is halal?”, Dar Al-Ifta Al Missriyah, <https://www.dar-alifta.org/Foreign/ViewFatwa.aspx?ID=5871>
- “Objectives”, AAOIFI, <http://aaoifi.com/objectives/?lang=en> .
- AAOIFI Standard no. 29.
- Abu Bakr, Dr. Omar Ali. “The Individual, Collective, and Institutional Fatwas”. *The Fatwa and its Future Outlook*, pp. 499-548.
- Al Tayyar, Professor Dr. Abdullah bin Muhammad bin Ahmed. *The Fatwa and its Importance*. Qassim University, Saudi Arabia, 16 February 2019.
- Bin Emara, Dr. Nawwal and Attiya, Dr. Araby. “Mechanisms and the requirements of governance of Shariah supervisory authorities in the Islamic financial institutions”, Ain Shams University. pp. 291-309. 2015.
- Caiero, Alexandre. “The making of the fatwa: production of Islamic legal expertise in Europe, 2011. Archives de sciences sociales des religions, 155 | 2011, 81-100.
- Ercanbrack, “The Standardization of Islamic Financial Law: Lawmaking in Modern Financial Markets”, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 67, Issue 4, pp. 825-860, December 2019.
- Egyptian Civil Law no. 131/1948, Articles 125-127, accessed October 2021.
- Faisal, Yudi Ahmad. *Fatwa Shopping as Modernity in Islamic Finance Law*, 2019.
- Fakhrunnas, Faaza. (2018). “Fatwa on the Islamic Law Transaction and Its Role in the Islamic Finance Ecosystem”. *Al Tijarah*. 4. 42-53.
- Ibn Taymiyya, Sheikh Islam Ahmed. *A Great Compilation of Fatwas*, Dar Al Wafaa Publishing House, 2005.
- Khan, Ghazala Ghalib, and Atiq-uz-Zafar. “Fatwa Institution and Product Development for Islamic Finance in Pakistan.” *Policy Perspectives*, vol. 16, no. 2, pp. 107–26, 2019.
- Lahrech, N., Lahrech, A. and Boulaksil, Y. "Transparency and performance in Islamic banking: Implications on profit distribution", *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management*, Vol. 7 No. 1, pp. 61-88. 2014.
- Lotfy, Dr. Ahmed Mohamed, “Conditions of the Mufti and Their Effect on Changing Fatwas in Islamic Jurisprudential Cases”, *The Fatwa and its Future Outlook*, pp. 131-182. 2017.

- Roslan, M. F.; Bamahriz, O. and Muneeza, A., Chu, J.; Mustapha, Z. and Ahmad, M. Z. (2020), "Application of Tawarruq in Islamic Banking in Malaysia: Towards Smart Tawarruq", International Journal of Management and Applied Research, Vol. 7, No. 2, pp. 104-119.
- Syaputra et al, "Maslaha as an Islamic Source and its Application in Financial Transactions". Journal of Research in Humanities and Social Science. Volume 2, Issue 5, pp. 66-71. 2014.
- Tanash, Kholood Ahmed and Eobadh, Ibraheem Abed Alhaleem. "The Independence of Shariah Supervisory Boards and Their Role in Promoting Islamic Banking According to AAOIFI Governance Standards". Sharjah University Journal for Shariah Sciences and Islamic Studies. Volume 16, Issue 2. pp. 615-650. December 2019.

الفتوى على الفتوى في عمل الهيئات الشرعية

عبد الستار علي القطان
شركة شوري للاستشارات الشرعية

ورقة مقدمة إلى مؤتمر أيوفي السنوي التاسع عشر للهيئات الشرعية
6-7 ربيع الأول ١٤٤٣ الموافق ١٢-١٣ أكتوبر ٢٠٢١

بسم الله، والحمد لله والصلاة والسلام على سيدنا محمد رسول الله،
وعلى آله وصحبه وجميع من اتبع هداه.

أحسننت أيوفي عندما أدرجت موضوع (الفتوى على الفتوى في عمل الهيئات الشرعية) ضمن قضايا مؤتمرها السنوي التاسع عشر للهيئات الشرعية. فهذا الموضوع من صميم عمل الهيئات الشرعية، ويكاد لا يخلو عمل هيئة من الهيئات الشرعية من التعرض له أو مما يشبهه.

و"الفتوى على الفتوى" - بحسب التوصيف الذي ورد في نشرة المؤتمر - مصطلح مركب حادث لفظاً ومعنى، لا تجده في كتب الفقه أو الكتب والأبحاث المتخصصة بموضوع الفتوى^(١). وما ذكر فيها من مسائل أو صور قريبة من معنى "الفتوى على الفتوى" لا يصح القياس عليها.

وفي هذه الوريقات سأبين المقصود "بالفتوى على الفتوى" وحصر صوره في واقع عمل الهيئات الشرعية، والأسباب التي تدعو إلى اتباع هذا "المسلك" عند الإفتاء، والآثار والنتائج التي تترتب على الأخذ به، والضوابط والأحكام التي تقلل من مخاطر اعتماده، منوهاً إلى أنني لن أفصل في تعريف الفتوى وحكمها وأهميتها وشروطها وأحكامها وآدابها وأحوال المفتي والمستفتي مما حفلت به كتب الفتوى المعروفة، كما لن أتعرض للمسائل التي تناولها المعيار الشرعي رقم (٢٩) بشأن "ضوابط الفتوى وأخلاقياتها في إطار المؤسسات" الذي بين "المراد بالفتوى وشروط الأهلية لها ووسائلها ومجالها مع بيان طرق عرضها وآدابها ومعالجة الخطأ فيها"^(٢).

راجياً من الله التوفيق فيما تيسر لي جمعه في هذه الوريقات، فما كان فيها من صواب فمن فضل الله وإنعامه، وما كان فيها من زلل فمن نفسي، والله المستعان.

(١) على سبيل المثال (أدب المفتي والمستفتي) لابن الصلاح، و (آداب الفتوى والمفتي والمستفتي) للنووي و (صفة الفتوى والمفتي والمستفتي) لأحمد بن حمدان النمري الحارثي، و (إعلام الموقعين عن رب العالمين) لابن القيم.

(٢) يلاحظ أن المعيار صدر عام ٢٠٠٦، وقد خلا من هذه المسألة الهامة والخطيرة، والمسلك المستجد في عمل الهيئات الشرعية.

• المقصود بالفتوى على الفتوى، وأسبابها في عمل الهيئات الشرعية.

الفتوى هي "بيان الحكم الشرعي عند السؤال عنه، وقد يكون بغير سؤال ببيان حكم النازلة لتصحيح أوضاع الناس وتصرفاتهم، والمفتي هو العالم بالأحكام الشرعية وبالقضايا والحوادث، والذي رزق من العلم والقدرة ما يستطيع به استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها وتنزيلها على الوقائع والقضايا الحادثة" (١).

والفتوى واجبة على الكفاية لمن له قدرة عليها، وقد تتعين على شخص إذا لم يوجد غيره مؤهل للفتوى، وقد أصبحت الفتوى متعينة على هيئات الرقابة الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية بموجب الارتباط التعاقدي بين الهيئات الشرعية والمؤسسات المالية الإسلامية. فيجب على المؤسسة سؤال هيئتها الشرعية عن الحكم الشرعي لأي عملية ترغب في الدخول فيها، والمؤسسة ملزمة بالتقيد بفتوى هيئتها الشرعية بموجب القوانين أو التعليمات الصادرة من الجهات الرقابية التي نصت على إلزام المؤسسة بفتاوى هيئتها الشرعية، كما يجب على هيئتها الشرعية أن تجيب على أسئلة المؤسسة وأن تفتيها فيما تسأل عنه بموجب الارتباط التعاقدي بينهما.

فإذا ما رغبت المؤسسة في طرح منتج أو الدخول في عملية استثمارية فيجب عليها أن تسأل هيئتها الشرعية لتصدر لها الفتوى بذلك، وفي المقابل تقوم الهيئة الشرعية بدراسة المنتج أو العملية دراسة شرعية وافية من حيث الفكرة والأهداف وهيكل العمل، وآلية وخطوات التنفيذ، والأطراف والعلاقات التعاقدية التي تنشأ عنه، والاتفاقيات والمستندات التي تنظم العلاقة بين تلك الأطراف في كل مرحلة من مراحل التنفيذ حتى تتمكن الهيئة الشرعية من فهم العملية أو المنتج فهما دقيقا صحيحا، يمكنها من بناء فتاوها على فهم عملي دقيق وتأسيس فقهي متين.

هذا هو الأصل في عمل الهيئات الشرعية، وهو ما يتوقع أن تقوم به جميع الهيئات الشرعية عندما تعرض عليها المسائل الشرعية والمنتجات المالية والعمليات الاستثمارية، غير أن واقع الحال يفرض أحيانا على الهيئة الشرعية أن تسلك طريقة مختلفة في عملها، وهو ما تم الاصطلاح عليه بعبارة "الفتوى على الفتوى" -بحسب ما أشارت إليه نشرة المؤتمر- ففي هذا "المسلك" تصدر الهيئة الشرعية فتاوها بإجازة (أو منع) عملية استثمارية أو منتج مالي بناء على أحد أمرين:

(١) ينظر قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم: ١٥٣ (٢/١٧) بشأن الإفتاء: شروطه وآدابه. ويرى البعض أن بيان الحكم الشرعي دون أن يسبقه سؤال يسمى "فتوى" تجوزا، والصواب أنه "قول فقهي"، إذ لا بد لاعتبار الفتوى من أن يسبقها سؤال.

الأول: تكليف أحد أعضاء الهيئة^(١) بالنظر في تفاصيل وهيكل العملية أو المنتج أو العقد، وآلية وخطوات التنفيذ، والأطراف والعلاقات التعاقدية التي تنشأ عنه، ومراجعة جميع الاتفاقيات والمستندات التي تنظم العلاقة بين تلك الأطراف في كل مرحلة من مراحل، ومن ثم تقديم ملخص - مكتوب أو شفهي - في اجتماع الهيئة^(٢)، يبين عضو الهيئة فيه رأيه في العملية ومدى توافقها مع مقررات الهيئة الشرعية وفناؤها، وما إذا احتوت العملية أو المنتج على أمر مستجد لم يسبق للهيئة أن أبدت فيه رأيا. فتكتفي الهيئة بما يعرضه عضو الهيئة، ويدور النقاش بين أعضاء الهيئة وفقا لذلك، لتنتهي الهيئة إلى إصدار الفتوى.

وهذا المسلك في (الفتوى على الفتوى) غالبا ما يتم اتباعه في المنتجات أو العمليات الجديدة التي تطرحها المؤسسة لعملائها، نحو الحسابات المصرفية، والبطاقات ومنتجات التمويل أو الاستثمار.

الثاني: الاعتماد على فتوى صادرة عن هيئة شرعية أخرى قامت بالنظر في تفاصيل وهيكل العملية أو المنتج، وآلية وخطوات التنفيذ، والأطراف والعلاقات التعاقدية التي تنشأ عنه، ومراجعة جميع الاتفاقيات والمستندات التي تنظم العلاقة بين تلك الأطراف في كل مرحلة من مراحل. ففي هذه الحالة تعرض إدارة المؤسسة على الهيئة الشرعية فتوى هيئة شرعية أخرى بشأن العملية أو المنتج، وتطلب من الهيئة الشرعية أن تصدر "فتواها بناء على تلك الفتوى".

وهذا المسلك في (الفتوى على الفتوى) يكاد ينحصر في العمليات التي يُعرض على المؤسسة الدخول فيها من قبل جهات أو مؤسسات أخرى، سواء في الدولة ذاتها أو من خارجها، وعادة ما تنحصر هذه العمليات أيضا في أنواع محددة كالاستثمار في الصكوك والتمويل المصرفي المجمع.

والسؤال المطروح للبحث: هل للهيئة الشرعية أن تكتفي بالمراجعة الشرعية التي قام بها أحد أعضائها أو بالفتوى التي أصدرتها هيئة شرعية أخرى^(٣) للعملية المعروضة عليها، اطمئنانا من الهيئة

(١) عادة ما تختار الهيئة الشرعية من بين أعضائها عضوا تنفيذا أو أكثر للقيام بمثل هذه المهام، ومهام أخرى مثل النظر في العقود وبيان مدى الحاجة لعرضها على الهيئة وإبداء الرأي الشرعي في العقود المستعجلة، ودراسة عقود الخدمات والعقود الإدارية ومذكرات التفاهم التي لا تتطلب نظر الهيئة وإصدار القرارات المناسبة بشأنها، والتوقيع نيابة عن الهيئة على المستندات التي تعتمدها، وتفسير قرارات الهيئة حينما يلزم في حالات الاستعجال.

(٢) وقد يتم تحرير الملخص أو عرضه على بقية الأعضاء من خلال المراسلات.

(٣) في الواقع العملي قد تكلف الهيئة الشرعية أحد أعضائها (العضو التنفيذي للهيئة) بدراسة ما يتوافر أو ما يعرض عليها من مستندات العملية بما فيها الفتوى الصادرة من هيئة أخرى بإجازة العملية، وتقديم تقرير / ملخص للهيئة على النحو الذي يحصل في الحالة الأولى من حالات (الفتوى على الفتوى).

الشرعية إلى النتيجة التي تم التوصل إليها من قبل من قام بمراجعة العملية، وثقة منها بأنه قد بذل الجهد الواجب في دراسة العملية أو المنتج من الناحية الشرعية؟

إن الهيئة الشرعية مسؤولة شرعا وقانونا عما يصدر عنها من فتاوى وقرارات، ويلزمها حتى تقوم بهذه المسؤولية الشرعية والقانونية أن تباشر بنفسها بدراسة المنتج أو العملية، وهو ما تضطلع به الهيئات الشرعية غالبا، ومع ذلك فإن هنالك جملة من الأسباب التي قد تدعو الهيئة الشرعية إلى مسلك "الفتوى على الفتوى"، منها:

١. "انفتاح الأسواق المالية والمصرفية"، وسهولة نقل وتداول الأموال، فتح الآفاق أمام المؤسسات المالية لاستثمار أموالها أو استقطاب أموال إليها دون التقيد بالحدود الجغرافية لموطنها الأصلي، وأوجد هذا الانفتاح فرصا استثمارية هائلة ومتنوعة أمام المؤسسات، فغدا المطلوب منها إحسان اختيار الفرص، وتنويع المحفظة الاستثمارية، بما يحقق لها أفضل العوائد، مع توزيع مخاطر الاستثمار على رقعة جغرافية واسعة، بما يخفف من وطأة أي إخفاق قد يقع في بعض هذه الاستثمارات. وبما أن المؤسسات المالية الإسلامية ملزمة بأن تحصل على موافقة هيئاتها الشرعية على جميع الاستثمارات التي تدخل فيها، فقد باتت هيئاتها الشرعية مطالبة بالنظر في هذا الكم الكبير والمتنوع من الاستثمارات، وأن تصدر بشأنها الفتاوى التي تسمح للمؤسسة بالدخول فيها.

٢. "سرعة اتخاذ القرار" التي باتت سمة المؤسسات الناجحة في هذا العصر يدفع المؤسسة إلى المسارعة لاقتناص الفرص الاستثمارية، فتسعى المؤسسة لأخذ الموافقات اللازمة للدخول في الاستثمار بأقصر مدة، ومن بين تلك الموافقات الحصول على فتوى من الهيئة الشرعية للمؤسسة بجواز الدخول في الفرصة الاستثمارية.

٣. "تعقيد المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة"، خاصة المنتجات والعمليات النوعية منها، كإصدارات الصكوك والتمويل المصرفي المجمع والعمليات المالية المهيكلية ونحوها، مما يتطلب

وقتاً طويلاً وجهداً كبيراً في الدراسة الشرعية لكل تفاصيل هذه العمليات ومراجعة وثائقها ومستنداتها^(١).

٤. "نمطية العمليات الاستثمارية" تعد من أكثر الأسباب التي تدعو إلى اتباع الهيئة الشرعية مسلك "الفتوى على الفتوى"، والمقصود بنمطية العمليات الاستثمارية اقتصار المؤسسات على طرح نموذج واحد أو نماذج قليلة من هياكل العمليات الاستثمارية، يتم استنساخها من عمليات سابقة مع تغير طفيف في بعض التفاصيل وبما لا يؤثر في جوهر العملية وهيكلها وآلية عملها وخطوات تنفيذها، ويظهر هذا جلياً في الكثير من إصدارات الصكوك الحديثة^(٢). فينظر حينها إلى أن القيام بدراسة تفصيلية لعملية نمطية على كونه نوعاً من إضاعة الجهود وتكرارها.

٥. "اقتصار الإفتاء في العمليات الاستثمارية الضخمة على عدد محدود من علماء الشريعة"، فمعظم الجهات المصدرة للصكوك حول العالم – إن لم يكن كلها – تحرص على أن يكون أعضاء الهيئة الشرعية التي تصدر الفتوى الخاصة بالصكوك من العلماء الذين يتمتعون بخبرات واسعة وراسخة في هياكل الصكوك وآليات عملها، ويحظون بالثقة والشهرة الدولية والانتشار الواسع بين المؤسسات، بالإضافة إلى ثقة الأوساط العلمية والهيئات الشرعية الأخرى. ومعلوم

(١) تعاني معظم الهيئات الشرعية من مراجعة مستندات العملية إذا كانت باللغة الإنجليزية، ووجود ترجمة للعقود أو مترجم للهيئة قد لا يكفي، يقول أستاذنا د. محمد أنس الزرقا حفظه الله عن المترجم للهيئة: "لا يكفي أن يكون "أي المترجم" متقناً للغتين، بل يجب أن يكون عارفاً بالفقه ليركز على المواطن التي تهم الفقهاء، إذ الوثائق التعاقدية المعاصرة هي عادة طويلة، كثيراً ما تتجاوز ٤٠ صفحة، فيها كثير من الحشو، ومواطن مشحونة بالاصطلاحات القانونية الدقيقة التي تتطلب معرفة جيدة بالقانون العربي البريطاني بالإضافة إلى الفقه. فالمترجم الذي يمكن قبول قوله مطلقاً وفقاً للقاعدة ٧٠ (يقصد قواعد مجلة الأحكام)، ينبغي أن يصلح أن يكون عضواً في هيئة شرعية، بالإضافة إلى معرفة المصطلحات الإنجليزية، وهذا نادر. لذلك فمن النادر أن ترى ترجمة عربية لوثيقة قانونية تعاقدية، يستطيع الفقيه بمجرد قراءتها دون سؤال أحد، أن يصل إلى تصور وافٍ عن العقد محل الفتوى. وما سبق يفترض بداهة أن الترجمان ليس له أية مصلحة في العقد، وهذا لا يتحقق مطلقاً في ترجمة يقدمها مكتب المحاماة الذي صاغ العقد بلغة أجنبية وقدم ترجمة مرافقة بالعربية، لأن له مصلحة كبيرة في إقرار العقد من الهيئة. وربما يقتضي ما سبق تخصيص فقرة مستقلة من الورقة لمسائل الفتوى المبنية على ترجمة (محاضرة خاصة مع د. محمد أنس الزرقا على الواتساب بتاريخ ١٠/١٠/٢٠٢١).

(٢) على سبيل المثال: جميع إصدارات صكوك الشريعة الإضافية الأولى (AT1) من رأس المال هي ذات هيكل موحد.

أن عدد العلماء الذين تتوافر فيهم هذه الصفات محدود، وهم في الغالب أعضاء في عدد كبير من الهيئات الشرعية، مما يجعل الفتوى الصادرة عنهم أكثر قبولاً وانتشاراً.

٦. "الاقتصار على عدد محدود من مكاتب المحاماة"، فما يقال عن "محدودية علماء الشريعة" المتخصصين في العمليات الاستثمارية الضخمة والدولية، يقال مثله عن مكاتب المحاماة التي تتولى دراسة هياكل الصكوك وصياغة وثائقها ومستنداتها، فلا تزال الصناعة المالية الإسلامية تراوح بين عدد محدود من مكاتب المحاماة الدولية الشهيرة، والتي تستنسخ الهياكل وتكرر الوثائق مع اختلاف طفيف غير مؤثر في الحكم الشرعي أو الفتوى التي تصدر بشأن تلك العمليات.

فهذه أسباب ستة - وقد يوجد غيرها - تدفع المؤسسات الى مطالبة هيئاتها الشرعية بإصدار فتوى باعتماد العملية الاستثمارية استناداً الى وجود فتوى صادرة من هيئة شرعية أخرى من خلال سلوك طريقة ما يسمى "الفتوى على الفتوى".

• هل يوجد نظير لمسألة " الفتوى على الفتوى"؟

تضمنت الكتب التي تناولت موضوع الفتوى بعض المباحث التي قد يظهر أنها قريبة من مسألة "الفتوى على الفتوى" أو أنها قد تصلح للاستئناس بها لتأسيس عمل الهيئات الشرعية بهذا المسلك المستجد، ومن ذلك:

١ - التقليد: وقد تعددت تعريفاته عند أهل العلم، وهي لا تخرج عن معنى "قبول القول من غير حجة" ^(١)، أو "العمل بقول الغير من غير حجة" ^(٢)، وتعريفات التقليد متقاربة، "ولكن يظهر من بعض التأمل في ظاهر ألفاظها أنَّ هناك فرقاً بين التعريفات التي تجعل مجرد قبول القول تقليداً، وبين التي تجعل العمل حداً للتقليد.. ولعلَّ التعريف الذي ذكره عدد من الأصوليين - هو الأنسب؛ لأنَّ

^(١) للتوسع ينظر (الحصول) لابن العربي، و(المستصفى) للغزالي، و(المنثور) للزركشي.

^(٢) للتوسع ينظر (إرشاد الفحول) للشوكاني.

الفتوى عبارة عن قول قد يتبعه عمل، وقد تكون مجرد اعتقاد قلبي، وفي كل الأحوال فإن قبول هذا القول بغير حجة يُعدُّ تقليداً^(١).

والمجتهد عند أهل العلم هو الذي يحق له الفتوى، وكل من عدا المجتهد فهو مقلد، وأما المفتي الذي لم تتوافر فيه شروط الاجتهاد فهو "مفتي جوازا"، يقول ابن عابدين رحمه الله: "وَقَدْ اسْتَقَرَّ رَأْيُ الْأُصُولِيِّينَ عَلَى أَنَّ الْمُفْتِيَ هُوَ الْمُجْتَهِدُ، فَأَمَّا غَيْرُ الْمُجْتَهِدِ مِمَّنْ يَحْفَظُ أَقْوَالَ الْمُجْتَهِدِ فَلَيْسَ بِمُفْتٍ، وَالْوَاجِبُ عَلَيْهِ إِذَا سُئِلَ أَنْ يَذْكُرَ قَوْلَ الْمُجْتَهِدِ عَلَى وَجْهِ الْحِكَايَةِ، فَعُرِفَ أَنَّ مَا يَكُونُ فِي زَمَانِنَا مِنْ فَتَوَى الْمُؤْجُودِينَ لَيْسَ بِفَتَوَى، بَلْ هُوَ نَقْلُ كَلَامِ الْمُفْتِيَ لِيَأْخُذَ بِهِ الْمُسْتَفْتَى. اهـ، وَعَلَيْهِ أَنْ يَذْكُرَهُ عَلَى وَجْهِ الْحِكَايَةِ وَلَا يَجْعَلُهُ كَأَنَّهُ مِنْ كَلَامِهِ هُوَ،^(٢) وَمَقْصُودُهُمْ أَنَّ فُتْيَا الْمُقَلِّدِ لَيْسَتْ بِفُتْيَا عَلَى الْحَقِيقَةِ،^(٣) وَتُسَمَّى فُتْيَا مَجَازًا لِلشَّبَه، وَيَجُوزُ الْأَخْذُ بِهَا فِي هَذِهِ الْأَزْمَانِ لِقَلَّةِ الْمُجْتَهِدِينَ أَوْ انْعِدَامِهِمْ". ومن الشروط الواجب توافرها في المفتي هي أن يكون مجتهدا مطلقا أو مستقلا، "وهو الذي يستطيع أن يستنبط الأحكام مباشرة من أدلتها دون الرجوع لفتاوى غيره، وأمّا ما دون ذلك ممن لم تتوافر فيه هذه الشروط فهو: إمّا مجتهد مقيد أو مجتهد مذهب أو مقلد"^(٤)، وأعضاء الهيئات الشرعية من فقهاء المصرفية الإسلامية في هذا العصر، لا يستقيم وصفهم بالمقلدين وإن انتسبوا للمذاهب الفقهية، يقول فضيلة الدكتور عجيل النشمي: "نقول بحق وواجب إن فقهاءنا اليوم قد خدموا دينهم وفقههم ومجتمعاتهم بما لا يقل عما قام به أولئك المجتهدون. لا ريب أن فقهاءنا ولو في دائرة الاجتهاد الجزئي في باب المعاملات وعلى الأخص في المعاملات المالية الاقتصادية وهو الميدان الأهم، ودونه الاجتهاد في بقية الميادين. وإن المراقب والمتابع المعاش لحركة الفقه الإسلامي المعاصر يدرك يقينا - وعلى الخصوص في الأربعين سنة الماضية - أن فقهاءنا قد سدوا فراغا، ولولا اجتهادهم لما أمكننا متابعة مستجدات المعاملات المالية في محيطنا الإقليمي والدولي."^(٥)

(١) (الفتوى ونقلها، شروط وضوابط) لمعاوية احمد، مجلة جامعة القرآن الكريم وعلومه، العدد ١٧، العام ١٤٢٩-٢٠٠٨

(٢) حاشية ابن عابدين (١ / ٤٧)، و (المجموع) للنووي (١ / ٤٥) .

(٣) (الفتوى) لابن الصلاح، و (المجموع) للنووي (١ / ٤٢) .

(٤) (الفتوى ونقلها، شروط وضوابط) لمعاوية احمد - مرجع سابق

(٥) المحاضرة التذكارية لفضيلة الدكتور عجيل النشمي في افتتاح مؤتمر شورى الفقهي الثامن (١٤٤١ - ٢٠١٩)

فلا يمكن بحال اعتبار ركون الهيئة الشرعية الى فتوى صادرة عن هيئة شرعية أخرى تقليدا بالمعنى الذي ذكره الأصوليون أو الفقهاء، فالمقلد هو مَنْ لم تتوافر فيه شروط الاجتهاد، وأعضاء الهيئات الشرعية يطلب منهم الاجتهاد^(١) لا التقليد.

وينبغي الإشارة هنا الى أن جميع الأنظمة والقوانين واللوائح التي تنظم عمل الهيئات الشرعية تنص على وجوب التزام المؤسسة بفتاوى هيئتها الشرعية، وتمنع المؤسسة من العمل بفتاوى الهيئات الشرعية الأخرى، وعليه فلا سبيل للمؤسسة ولا لهيئتها الشرعية إلى اعتماد عملية استثمارية لمجرد وجود فتوى من هيئة شرعية أخرى، بل لا بد أن تنظر الهيئة الشرعية للمؤسسة في العملية وتفاصيلها ثم تصدر فتواها الخاصة بالعملية.

٢ - نقل الفتوى: معلوم أن الفتوى من اختصاص المفتي الذي توافرت فيه شروط الإفتاء، ولكن ماذا لو قام من لم تتوافر فيه شروط الإفتاء "بنقل الفتوى" أي أن يقوم غير المفتي الذي تحققت به شروط الإفتاء بمن يدخل في دائرة التقليد أو العوام بحكاية الفتوى أو روايتها لغيره من العوام أو المستفتين؟!

لقد فصل الفقهاء هذه المسألة، وانتهوا الى منع نقل الفتوى في صور محددة وجوازها في صور أخرى^(٢). فمن الصور الممنوعة: نقل الفتوى من قبل الشخص العامي الذي لا حظ له من علوم الشريعة، "لأنَّ العاميَّ قد لا يفهم مراد المجتهد أو فتواه في الواقعة المعينة، إضافة إلى أنَّ العاميَّ لا يمتلك الأدوات التي تعينه في المطابقة بين ما سمعه من المفتي وبين حال المستفتي، كما أنَّ بعض الأحكام الفقهية لها شروط وأحوال عند تطبيقها، وقد يكون المقلد قد سمع الفتوى من المفتي دون أن يصريح المفتي بتلك الشروط أو الأحوال، وعند ذلك يصعب على المقلد أن يتحقق من تلك الشروط في المحل الذي يريد نقل الفتوى فيه." ^(٣)، وهذه الصورة خارج نطاق بحثنا.

(١) اختلف علماء الأصول في جواز الفتيا لمن توافر له العلم بباب واحد من أبواب العلم، وذلك بناءً على اختلافهم في تجزؤ شروط الاجتهاد.

فذهب البعض إلى جواز الفتوى لمن اختص بباب دون باب، وعزا الشوكاني هذا القول إلى الأكثرين، اعتماداً منهم على أنَّ المفتي هنا قد أحاط بباب من أبواب الفقه وبأدلته، وأنه يتعدَّى حتَّى للمجتهد المطلق أن يحيط بكلِّ أبواب الفقه إحاطة تامة، فقد سئل الإمام مالك عن بعض المسائل فقال لا أدري. وإذا تمكَّن المفتي من الإحاطة بالباب المعين، وما يتعلَّق به من أدلة ومسائل من الأبواب الأخرى، يكون قد استوفى شرط الاجتهاد في هذا الباب. (بتصرف يسير من بحث "الفتوى ونقلها، شروط وضوابط" لمعاوية احمد)

(٢) ينظر (أدب الفتوى) للنووي، و(صفة الفتوى) للحراني وغيرهما من الكتب التي تناولت هذه المسائل بالتفصيل.

(٣) (الفتوى ونقلها، شروط وضوابط) لمعاوية احمد - مرجع سابق

أما الصور التي يجوز فيها نقل الفتوى فهي أربعة:

"الأولى: أن ينقل الفتوى عالم منتسب إلى أحد المذاهب، متقن لفتاويه، حافظ للمذهب، غير أنه لا يحيط بأدلة إمامه، ولا يتعدى أقواله وفتاويه ولا يخالفها، وإذا وجد نص إمامه لم يعدل عنه إلى غيره البتة، ولا شك أنه أعلى مرتبة من العامي، وأقل مرتبة من مجتهد المذهب.

الثانية: أن ينقل الفتوى عالم منتسب إلى أحد المذاهب، فقيه النفس، حافظ لمذهب إمامه، عارف بأدلته، يحرر أقوال المذهب ويرجح بعضها على بعض، ولكنه لا يمتلك علوم الاجتهاد.

الثالثة: أن ينقل الفتوى عالم منتسب إلى أحد المذاهب، مستقل بتقرير المذهب بالدليل، غير أنه لا يتجاوز في أدلته أصول إمامه، وإذا استدلّ بدليل إمامه لا يبحث عن معارض له ولا يستوفي النظر في شروطه، وقد اتخذ نصوص إمامه أصولاً يستنبط منها.

الرابعة: أن ينقل الفتوى عالم منتسب إلى أحد المذاهب عارف بفتاوى إمام مذهبه، وأقواله، ومآخذ، وأصوله، ومقاصده، متمكن من التّخريج عليها، وقياس ما لم ينص عليه الإمام، وقد لا يقلّد إمامه في الحكم والدليل، وقد لا يتابعه في كلّ ما قاله، ولكنه يسلك طريق إمامه في الاجتهاد والفتيا." (١)

فنقل الفتوى في الصور الثلاثة الأولى متصور عند الفقهاء قديماً في حدود ما هو مقرر في مذهب المفتي من أحكام وفروع وفقاً لما كان سائداً في عصورهم حيث المذاهب مستقرة وباب الاجتهاد مغلق، والمفتون ملتزمون بمذاهبهم -أو على الأقل- بأصولها الاجتهادية. أما في عصرنا فقد اتفقت الكلمة على صعوبة التقيد بمذهب واحد عند النظر في المعاملات المعاصرة والمستجدة، كما أن المعاملات المعاصرة لا تتفق في حقيقتها مع المعاملات المدونة في كتب المذاهب قديماً إلا من حيث التسمية، وفي هذا يقول فضيلة الدكتور نزيه حماد: "وجماع القول وصفوته في القضية أن المضاربة المصرفية المتطورة ليست نفس المضاربة الفقهية في صورتها التاريخية البسيطة، وإن كان بينهما قدر من الشبه، كما أن المراجعة المصرفية (للأمر بالشراء) غير المراجعة الفقهية (التي هي من عقود الأمانة)، والوديعة المصرفية غير الوديعة الفقهية، والحوالة المصرفية غير الحوالة الفقهية، والمصارفة المصرفية غير المصارفة الفقهية... إلخ -

(١) المرجع السابق بتصرف.

ومع قيام الفارق المؤثر بينهما، لا يصح قياس المضاربة المصرفية أو تخريج أحكامها على المضاربة الفقهية.^(١)

وعليه فلا يسوغ الاستناد الى مبدأ "نقل الفتوى" في تعليل جواز قيام الهيئة الشرعية بإصدار فتوى بناء على فتوى هيئة شرعية أخرى لعدم تبلور مذهب متبع ومعتمد بين جميع فقهاء الهيئات الشرعية، تقررت فيه أحكام المعاملات المعاصرة واتفقوا فيما بينهم على مآخذ هذا المذهب الجديد وأصوله ومقاصده، وحتى لو قيل إن المعايير الشرعية الصادرة عن أيوفي تمثل ما يشبه المذهب المعاصر في المعاملات المالية، فإن هذا غير مسلم به عند كثير من الفقهاء والهيئات الشرعية، والمعايير الشرعية محل مراجعة مستمرة^(٢).

إن فقهاء الهيئات الشرعية عندما ينظرون في المعاملات المعاصرة أقرب ما يكونون إلى الصورة الرابعة التي سبق ذكرها من صور "نقل الفتوى"، فكبار الفقهاء المعاصرين الذين أسسوا للمصرفية الإسلامية جميعهم منتسبون للمذاهب الفقهية المعروفة، ولهم دراية تامة بأحكام المذهب الذي ينتسبون إليه، وأقوال إمامه، ومآخذه، وأصوله، ومقاصده، وهم في الوقت ذاته متمكنين من التّخريج والقياس، وقد لا يقلّدون إمام المذهب في الحكم والدليل، ولا يتابعونه في كلّ ما قاله، وقد يسلكون طرقاً تخالف طريق إمام مذهبهم في الاجتهاد والفتيا. وفي هذا يقول فضيلة الدكتور عجيل النشمي: "إن طبقات الفقهاء التي سبق ذكرها وخاصة طبقة المجتهدين المنتسبين والمجتهدين المخرجين في المذهب، فإن هذه الطبقات قد تجدد وجودها في فقهاءنا المعاصرين. بل نشأت عندنا طبقة من المجتهدين تحمل صفات أوسع من المجتهدين المنتسبين، فإذا كان المجتهد المنتسب كما سبق قول ابن الصلاح: "هو من لا يكون مقلداً لإمامه لا في المذهب ولا دليله وإنما ينسب إليه لكونه سلك طريقه في الاجتهاد ودعا إلى سبيله"، فإن مجتهد العصر - مع أنهم ينتمون لمذهب فقهي - إلا أنهم اتصفوا بصفات المجتهد المنتسب بل إنهم زادوا عليها وصفاً هاماً، بل هو وصف فارق، وهو أنهم لا يتقيدون بمسلك إمام مذهبهم في الاجتهاد، بل يتخيرون من المسالك المذهبية لبقية الأئمة ما يناسب الوقائع فإن لم تسعفهم مسالك اجتهاد الإمام أبي حنيفة مثلاً لا يضيرهم التخيّر بما يناسب الواقعة من المذاهب الأخرى. وهذا الفارق يحتاج إلى مصطلح جديد، يناسب وصف مجتهد العصر وليكن: "طبقة المجتهدين

(١) أثر الاختلاف بين الشخصية الطبيعية والاعتبارية في الأحكام الفقهية لمستجدات المصرفية الإسلامية - أ د نزيه حماد - مؤتمر شورى الفقهي الخامس ١٤٣٥-٢٠١٣.

(٢) يرى البعض "أن المجلس الشرعي لأيوفي يعتبر مجتهداً مطلقاً، أما الهيئات الشرعية فبعضها قد يكون كذلك، وأكثرها متبع لمعايير أيوفي وليس مقلداً للمعايير، إذ قد يخالفها أحياناً".

المنتسبين بإطلاق" ^(١). ومن كانت هذه صفتهم لا يجوز لهم أن يبنوا فتواهم على فتوى غيرهم، أو أن يقرّوا فتوى غيرهم على سبيل النقل أو التقليد.

٣ - الإفتاء بلا نظر: ذكر الإمام النووي حالة يصدر فيها المفتي فتواه دون أن ينظر في المسألة المعروضة عليه، فقال: "إذا أفتى في حادثة ثم حدثت مثلها، فإن ذكر الفتوى الأولى ودليلها بالنسبة إلى أصل الشرع إن كان مستقلاً، أو إلى مذهبه إن كان منتسباً، أفتى بذلك بلا نظر" ^(٢)، ويلاحظ هنا لتطبيق "الإفتاء بلا نظر"، ما يلي:

أ- أن يكون المفتي قد أصدر فتوى في حادثة مماثلة للحادثة المعروضة عليه.

ب- أن يستحضر المفتي دليله في الفتوى الأولى، أو نص في المذهب الذي ينتسب إليه.

وقد يصلح للهيئة الشرعية تطبيق "الإفتاء بلا نظر" في المعاملة الجديدة إن تبين لها أن المعاملة الجديدة من جنس المعاملات السابقة التي أفتت فيها، وهذا لا إشكال فيه. كما يمكن أن يعد "الإفتاء بلا نظر" مستنداً للهيئة عند اعتماد ما يقوم به العضو التنفيذي للهيئة من إجازة بعض العمليات التي تعرض عليه دون الرجوع إلى الهيئة لوجود فتاوى للهيئة في معاملات مماثلة. وكذلك فيما إذا سبق للهيئة أن أجازت للمؤسسة الدخول في عملية استثمارية (صكوك مثلاً) ثم عرض على المؤسسة الدخول في عملية مماثلة للعملية الأولى أو في شريحة إضافية جديدة من الصكوك نفسها، فيمكن للهيئة أو لعضوها التنفيذي في هذه الحالة "بناء الفتوى الجديدة على الفتوى السابقة".

أما إذا لم يسبق للهيئة أن أصدرت فتوى في عملية مماثلة للعملية المدعمة بفتوى من هيئة شرعية أخرى المعروض على المؤسسة الدخول فيها، فلا يسوغ للهيئة الاستناد إلى حالة "الإفتاء بلا نظر" وبناء "الفتوى على الفتوى".

٤ - كتاب المحكم بحكمه إلى القاضي ^(٣): عندما يصدر المحكم حكمه بين المتخاصمين، فإن حكمه بحاجة إلى سلطة تنفيذية، فالتنفيذ مناط بأوامر السلطة القضائية للجهات التنفيذية، خاصة في الأحكام والخصومات التي يتعذر تنفيذها دون اللجوء للجهات التنفيذية في الدولة، ففي مثل هذه

(١) المحاضرة التذكارية لفضيلة الدكتور عجيل النشمي في افتتاح مؤتمر شورى الفقهي الثامن (٢٠١٩-١٤٤١)

(٢) (آداب الفتوى) للنووي - فصل مسائل في أحكام المفتين - المسألة الثامنة.

(٣) استندت هذه المسألة من نقاش حول الورقة مع زميلنا فضيلة الشيخ يزيد القطان وفقه الله.

الأحوال يذيل المحكم قرار التحكيم بالطلب أو التوصية للجهات القضائية والجهات الرسمية المختصة لتنفيذ قرار التحكيم بجميع الوسائل النظامية المتبعة.

ويجيز بعض الفقهاء كتاب المحكم بحكمه إلى القاضي، ويرون أنه يلزم القاضي الذي كتب إليه المحكم بحكمه القبول والتنفيذ. وهو قول الحنابلة. قال ابن قدامة: "وإذا كتب هذا القاضي بما حكم به كتاباً إلى قاض من قضاة المسلمين، لزمه قبوله، وتنفيذ ما كتبه؛ لأنه حاكم نافذ الأحكام، فلزم قبول كتابه، كحكم الإمام" (١) واستثنى المالكية والشافعية إمضاء المحكم إن وجد القاضي فيه جوراً بيناً (٢).

ولقائل أن يقول: بما أن فتوى الهيئة الشرعية ملزمة للمؤسسة المالية الإسلامية، فهل يمكن الاستئناس "بكتاب المحكم بحكمه إلى القاضي" ليكون مستنداً للهيئات الشرعية في قبول "فتوى" هيئة شرعية أخرى وإمضاءها وإصدار فتوى بناء عليها دون النظر في تفاصيل العملية؟ إن من أبرز الفروق بين فتوى المفتي وحكم القاضي والمحكم أن فتوى المفتي غير ملزمة للمستفتي أما حكم القاضي والمحكم فله صفة الإلزام، فإذا ما سلمنا بزوال هذا الفرق بسبب التزام المؤسسة بفتاوى هيئتها الشرعية، فثمة فروق أخرى تحول دون الاستناد إلى "كتاب المحكم بحكمه إلى القاضي" ليكون مسوغاً للهيئة في بناء فتواها على فتوى غيرها.

ومن بين تلك الفروق أن الفتوى مجالها أوسع من القضاء، فالفتوى تشمل أحكام العبادات والمعاملات والمعتقدات أما القضاء والتحكيم فيقتصران على أحكام المعاملات، كما أن الفتوى واقعة يطلب صاحبها حكم الشرع فيها، أما القضاء والتحكيم فيقومان على خصومة يستمع فيها القاضي أو المحكم إلى الدعوى وأدلتها. ثم إن "كتاب المحكم بحكمه إلى القاضي" استدعته طبيعة التحكيم التي تخلو من سلطة قضائية وتنفيذية رسمية، وهي تختلف عن طبيعة عمل الهيئات الشرعية، "كما أن الحاكم في حكمه يتبع حجج الخصوم كالبيئة والإقرار ونحوهما، ومن هنا كان له أن يحكم بأحد القولين المتساويين من غير ترجيح، ولا معرفة بأدلة القولين، أمّا المفتي، فهو في فتواه يتبع الأدلة، ويعتمد عليها في إصدار فتواه، ومن هنا فهو على خلاف الحاكم؛ من حيث كون المفتي ملزماً باتِّباع الراجح من الأدلة". (٣)

(١) (الغني) لابن قدامة (٩٣/١٤).

(٢) (التبصرة) للخمّي (٥٣٣٧/١١)، (روضة الطالبين) للنووي (١٢٣/١١).

(٣) القضاء والإفتاء في الفقه الإسلامي - د. عبد الحسيب سند عطية - موقع الألوكة - تاريخ الإضافة: ١٤٣٤/١/٧ - ٢٠١٢/١١/٢١.

وأخيراً فإن غاية عمل القاضي -الذي يصله كتاب المحكم- هو التصديق على الحكم وإنفاذه بموجب السلطة التي يملكها القاضي، وليس فيه إصدار حكم جديد، فهو أشبه بكونه إجراء إدارياً محضاً. أما الهيئة الشرعية فإذا جاءتها فتوى هيئة شرعية أخرى فمطلوب منها إصدار فتوى جديدة بعد النظر في العملية، والفرق واضح بين العاملين.

٥ - "أمانة الفتوى": تعارف الناس قديماً وحديثاً على قبول قيام المفتي بالاستعانة بغيره عند إصدار الفتوى، وقد استحب الفقهاء للمفتي أن يستشير من حضره من العلماء وطلبة العلم، قال النووي رحمه الله: "يستحب أن يقرأها على حاضريه ممن هو أهل لذلك، ويشاورهم ويباحثهم برفق وإنصاف، وإن كانوا دونه وتلامذته؛ للاقتداء بالسلف، ورجاء ظهور ما قد يخفى عليه."^(١)، كما يلزم المفتي أن يتخذ مترجماً عند الحاجة، قال النووي: "فيلزم المفتي أن يبين الجواب بياناً يزيل الإشكال، ثم له الاختصار على الجواب شفافاً. فإن لم يعرف لسان المستفتي كفاه ترجمة ثقة واحد؛ لأنه خبر"^(٢).

فإذا كانت استعانة المفتي قديماً بمستشارين ومترجمين أمراً محموداً ولازماً أحياناً، فإنها في عصرنا باتت أشد أهمية وأكثر لزوماً، لما في ذلك من تحقيق وتمحيص للفتوى لتكون صحيحة موافقة لمقصود السائل، ونظراً للتطور الهائل الذي شهده الناس في مختلف جوانب حياتهم. ولذا فقد استقر العرف اليوم في دور الإفتاء الرسمية على وجود جهاز يسمى "أمانة الفتوى" يعمل فيه مجموعة من المتخصصين في الشريعة وغيرها من المجالات كالإقتصاد والإدارة والتربية والإعلام، تكون مهمتهم تسهيل وتنظيم عملية إصدار الفتوى نحو استقبال الاستفتاءات والأسئلة، وتصنيفها، والاتصال بالمستفتي عند الحاجة إلى معلومات إضافية أو لاستيضاح ما هو مبهم في السؤال، ثم إعداد دراسة شرعية حول موضوع السؤال، ومن ثم رفعه إلى لجنة الإفتاء أو المفتي لإصدار الفتوى.

ومع تراكم الفتاوى وتكرار الأسئلة فإن "أمانة الفتوى" قد تحيل السائل أو المستفتي إلى ما سبق إصداره من فتاوى في الموضوع ذاته أو توجيه أمانة الفتوى مباشرة استناداً إلى الفتاوى السابقة.

ولا شك أن "أمانة الفتوى" تصلح أن تكون سنداً للنوع الأول من أحوال "الفتوى على الفتوى" الذي يتولى فيه العضو التنفيذي للهيئة الشرعية دراسة المسائل والعمليات، وعرض الملخص على بقية أعضاء الهيئة الذين يكتفون بما قدمه العضو التنفيذي للهيئة من معلومات، ويصدرون الفتوى بناءً

^(١) (آداب الفتوى) للنووي - فصل مسائل في آداب الفتوى - المسألة الخامسة.

^(٢) المصدر السابق.

على ذلك. أما النوع الثاني الذي يعتمد على وجود فتوى من هيئة شرعية أخرى، فقد لا تسعفه "أمانة الفتوى" بذلك.

● مخاطر "الفتوى على الفتوى":

في ضوء الأسباب الداعية الى تبني مسك "الفتوى على الفتوى" قد يتبادر الى أذهان بعض الناس أن الإصرار على قيام الهيئة الشرعية بدراسة العمليات الاستثمارية بنفسها يعد ضرباً من إضاعة الوقت وتكرار الجهد، أو نوعاً من عدم الثقة بمن أصدر الفتوى الأولى، أو غير ذلك من التأويلات التي ترد على أذهان غير المتخصصين بالفتوى.

لكن العالمين بمقام الفتوى يرون أن التسرع في اعتماد الفتاوى الصادرة من هيئات أخرى مزلق خطير ومزلة أقدام، فهو يعرض المفتي أو الهيئة الشرعية لمخاطر إضافية فضلاً عن المخاطر المصاحبة للفتوى في الأحوال العادية، فالإفتاء كما هو معلوم توقيع عن الله تعالى، والمفتي إما ناقل لحكم الشارع ومبلغ لنصوص أحكامه، وإما مستنبط للحكم من تلك النصوص، ومسؤولية المفتي في الحالتين عالية الخطورة. ولهذا فإن كثيراً من العلماء كانوا يتخرجون من الفتوى، ويخافون من تبعاتها، إذ العاقل لا يعرض نفسه لهذه المخاطر دون أن يكون مطمئناً إلى أنه قد اتخذ الوسائل الكفيلة بوقايته منها، وأنه لن يؤاخذ بما أفتى عند وقوفه بين يدي الله تعالى.

ومخاطر الإفتاء في الأحوال العادية يمكن تصنيفها على أنها "مخاطر شخصية"، أي تتعلق بالمفتي نفسه، وهي متوقعة عند كل فتوى يصدرها المفتي، غير أن "المخاطر الشخصية" للإفتاء تزيد عند قيام المفتي بالإفتاء استناداً إلى فتوى غيره في مسألة ما أو عملية استثمارية دون أن ينظر هو في المسألة أو العملية التي استفتي فيها.

وإضافة الى "المخاطر الشخصية" التي تتعلق بالمفتي نتيجة اعتماد مسلك بناء "الفتوى على الفتوى"، هناك أخطار أخرى تتعلق "بصناعة الفتوى" وأثرها على الدين والمجتمع والصناعة المالية الإسلامية. إذ تظهر إشكالات التوسع في الإفتاء وبناء "الفتوى على الفتوى" في عمل الهيئات الشرعية في أمرين كلاهما بالغ الخطورة:

الأول: إضعاف مبدأ مراجعة الفتوى وإعادة النظر فيما تصدره الهيئات الشرعية من فتاوى.

الثاني: إيجاد بيئة حاضنة لتكريس الفتوى غير الصحيحة، إذ إن الفتوى إذا بنيت على قول ضعيف، ثم تتابعت الفتاوى باعتماد تلك الفتوى، تحول القول الضعيف إلى قول متفق عليه بين فقهاء العصر.

فإذا ما أضيف إلى ما سبق الواقع المشاهد من حال الهيئات الشرعية، وأنها ليست كلها على درجة واحدة من الكفاءة، بعد أن بات التعيين فيها خاضعا لمعايير متعددة، ولم يعد معيار الكفاءة الفقهية هو المعيار الأوحى أو الأهم كما كان في بدايات ظهور المصارف الإسلامية، خاصة بعد الانتشار الواسع للتمويل الإسلامي بمختلف مؤسساته، ووفاء عدد كبير في الآونة الأخيرة من الفقهاء الكبار الأعلام المؤسسين لفقه المعاملات المعاصرة من أمثال الضير والاسلامي وأبوغدة وحسان والعبادي وأمثالهم عليهم رحمت الله ورضوانه، أصبح مسلك "الفتوى على الفتوى" في غاية الخطورة، ولا يمكن بحال للهيئة الشرعية أن تعلق فتواها بجواز العملية الاستثمارية بوجود فتوى هيئة شرعية أخرى.^(١)

• ضوابط "الفتوى على الفتوى":

بما أن "الفتوى على الفتوى" مسلك مستجد ومستحدث في الإفتاء، لم يعرفه الفقهاء في السابق، وهو مسلك يعرض المفتين والهيئات الشرعية والمؤسسات المالية الإسلامية وجهود المتعاملين معها لمخاطر عالية، فلا بد من الحد منه قدر المستطاع، ووضع آليات محكمة يمكن معها تجنب مسلك "إصدار فتوى بناء على فتوى أخرى". وسأقتراح فيما يلي شيئا من تلك الضوابط مستعينا بالله.

أولا: ضوابط إصدار الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتماداً على مراجعة أحد أعضائها لهيئة ومستندات العملية:

إن إصدار الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتماداً على مراجعة أحد أعضائها لهيئة ومستندات العملية لا يعد من قبيل "الفتوى على الفتوى" في نظري، بل هو إصدار للفتوى وفقاً للاعتبارات المطلوبة شرعاً من المفتي عند الإفتاء، وقيام أحد أعضاء الهيئة بالمراجعة الشرعية هو تمهيد لفتوى الهيئة، ويمكن اعتباره "فتوى داخلية" أو "مسودة الفتوى" التي تعرض على الهيئة الشرعية، ويجري النقاش فيها

^(١) استفدت هذه الفكرة من حوار عبر الهاتف مع فضيلة الشيخ أ.د. نزيه حماد.

بين اعضاء الهيئة، وقد تقرها الهيئة دون تعديل، أو تعدل فيها ثم تصدرها. ذلك أن عمل الهيئات الشرعية اليوم هو من قبيل الاجتهاد الجماعي كما هو معلوم، وفي الاجتهاد الجماعي "قد يلمح شخص جانباً في الموضوع لا ينتبه له آخر، وقد يحفظ شخص ما يغيب عن غيره، وقد تُبرز المناقشة نقاطاً كانت خافية، أو تحلّي أموراً كانت غامضة، أو تذكّر بأشياء كانت منسية. وهذه من بركات الشورى، ومن ثمار العمل الجماعي دائماً: عمل الفريق، أو عمل المؤسسة، بدل عمل الأفراد".^(١) وهذا هو المسوغ الشرعي المقبول لقيام أحد أعضاء الهيئة ممن يتقنون اللغة الإنجليزية التي تصاغ فيها مستندات ووثائق العمليات النوعية كالصكوك وغيرها، إذ يكون أعضاء الهيئة الشرعية قد تناقشوا فيما بينهم في الأسس والمبادئ الشرعية التي بنيت عليها العملية واتفقوا عليها، ونظراً لكون العقود ذات صياغة قانونية بلغة خاصة فإن تفويض الهيئة الشرعية لأحد أعضائها المتقنين للغة بمراجعة وثائق العملية هو جزء من عمل الفريق الواحد الذي يتعاون أفراده كل بما اختص فيه لأداء وإنجاز هدف واحد تم الاتفاق عليه مسبقاً.

وما قد يظهر أحياناً من سرعة موافقة بعض أعضاء الهيئة الشرعية على ما يقدمه عضو الهيئة المكلف منهم بمراجعة الوثائق المستندات، ليس من قبيل "الفتوى على الفتوى"، وإنما مرده لأحوال خاصة ببيئات شرعية معينة، عمل فيها الأعضاء كفريق واحد لزمان طويل، ووقع الاتفاق فيما بينهم على الأسس الشرعية مسبقاً، وكل منهم لديه خبرة عملية كبيرة، الأمر الذي يولد الثقة المتبادلة فيما بينهم، وتتكامل جهودهم للإنجاز في زمن قصير.

وحيث إن الحالة الموصوفة أعلاه قليلة نادرة، وعزيزة قاصرة على عدد معين من أعضاء الهيئات الشرعية، كان لا بد من وضع بعض الضوابط التي تساعد على ممارسة الهيئات الشرعية لعملها كفريق واحد، ومن ذلك:

١ - يجب أن تقيد الحالات التي تصدر الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتماداً على مراجعة أحد أعضائها لهيكله ومستندات العملية بالحاجة الفعلية أو بمنتجات أو عمليات محددة النوع أو الحجم، فلا تكون هذه الطريقة هي الأصل السائد في أعمال الهيئة.

٢ - يجب على عضو الهيئة الذي يراجع هيكل العملية ومستنداتها أن يتحرى أثناء قيامه بالعمل مراعاة الفتاوى والقرارات الصادرة عن الهيئة الشرعية، فلا يفتي في العملية برأيه الذي قد ينفرد به عن بقية أعضاء الهيئة.

^(١) (الاجتهاد في الشريعة الإسلامية) د. يوسف القرضاوي - ص ٢٤١

- ٣ - في حالة ما إذا كان لعضو الهيئة الذي يراجع هيكل العملية ومستنداتها اجتهاد خاص في بعض المسائل التي تضمنتها العملية مما يخالف فيه بقية أعضاء الهيئة، فيجب عليه التصريح بذلك في (الملخص/العرض/التقرير) الذي يقدمه لبقية أعضاء الهيئة حتى يكونوا على بينة، مع الإشارة الى مواضع تلك المسائل.
- ٤ - يجب على عضو الهيئة الذي يراجع هيكل العملية ومستنداتها أن يقدم للهيئة (ملخصا/عرضا/تقريراً) - ويفضل أن يكون مكتوباً - يذكر فيه وصفا عاما للعملية وهيكلها وأطرافها وآلية تنفيذها وأسماء مستنداتها وعدد صفحات كل مستند وملاحظاته على كل مستند.
- ٥ - يفضل أن تأخذ الهيئة مصادقة من الإدارة على تقرير عضو الهيئة الذي راجع هيكل العملية ومستنداتها بهدف التأكيد على صحة ما جاء فيه من معلومات فنية والموافقة عليها.
- ٦ - يجب أن تكون مهمة مراجعة هيكل العملية ومستنداتها دولة بين أعضاء الهيئات، إما بالتناوب الدوري أو بتحديد مدة معلومة (شهريا/ سنويا/ ..) حتى لا يتحمل أحد أعضاء الهيئة دوما عبء المراجعة ومسؤوليتها دوناً عن بقية الأعضاء.
- ٧ - يفضل أن يستعين عضو الهيئة الذي يتولى مراجعة العملية بمستشاري الهيئة أو بأمانة سر الهيئة أو بالمراقب الشرعي في إنجاز عمله، وعليه الرجوع الى الهيئة فيما يشكل عليه من قضايا ومسائل أثناء المراجعة وقبل إصدار تقريره عن العملية.
- ٨ - يجب على المؤسسات بذل العناية الواجبة لتذليل أي عقبات تواجه عضو الهيئة الذي يقوم بالمراجعة والتعاون معه وتقديم الدعم الفني اللازم لمساعدته في إنجاز المهمة.
- ٩ - يجب على الهيئة أن تنظر في التقرير الذي يرفعه العضو المكلف بمراجعة العملية بعين العناية والحرص، وأن تستوضح من عضو الهيئة عن أية معلومات تراها مهمة لإصدار فتاوها، كما يجب عليها استعراض مستندات العملية على وجه الجملة مع الفحص الدقيق للمواطن التي يتوقع بحسب الخبرة وجود مخالفات شرعية فيها.
- ١٠ - إذا تم اتباع الضوابط السابقة، فلا حرج على الهيئة الشرعية من أن تصدر فتاوها باسمها دون الإفصاح فيها عن أنها اعتمدت على جهد أحد أعضائها في القيام ببعض الأعمال المطلوبة منها.

ثانيا: ضوابط إصدار الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتماداً على فتوى هيئة شرعية لمؤسسة أخرى:

إن إصدار الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتماداً على فتوى هيئة شرعية لمؤسسة أخرى هو مزلق بالغ الخطورة كما أسلفت، وينبغي على الهيئات الشرعية أن تتجنبه في عملها، فهو يحملها مسؤولية شرعية، ويهدد صدقيتها بين الناس، وينهي أهم اختصاصاتها وهو النظر الشرعي في المعاملات. والمتأمل في أقوال وأحوال الأئمة والمجتهدين في السابق يجد منهم رفضاً بيناً وقاطعاً للمبدأ الذي يقوم عليه مسلك "الفتوى على الفتوى"، ومن ذلك:

• أخرج ابن عبد البر بسنده: "قال سمعت عصام بن يوسف يقول: كنا في مأتم بالكوفة، فسمعت زفر بن الهذيل يقول: سمعت أبا حنيفة يقول: "لا يحل لمن يفتي من كتبي، أن يفتي: حتى يعلم من أين قلت".^(١)

• "وعن أبي يوسف وزفر أنهم قالوا: لا يحل لأحد أن يفتي بقولنا ما لم يعلم من أين قلناه."^(٢)

• "وروي عن عاصم بن يوسف أنه قيل له: إنك تكثر الخلاف لأبي حنيفة، فقال: "إن أبا حنيفة قد أوتي ما لم نؤت، فأدرك فهمه ما لم ندركه، ونحن لم نؤت من الفهم إلا ما أوتينا، ولا يسعنا أن فتي بقوله ما لم نفهم من أين قال"^(٣).

• "وفي البحر الرائق عن أبي الليث قال: سئل أبو نصر عن مسألة ردت عليه: ما تقول رحمك الله وقعت عندك كتب أربعة، "كتاب إبراهيم بن رستم"، و "أدب القاضي من الخصاص"، وكتاب "المجرد"، وكتاب "النوادر"، من جهة هشام، هل يجوز لنا أن نفتي منها أو لا، وهذه الكتب محمودة عندك؟ فقال: ما صح عن أصحابنا فذلك علم محبوب مرغوب فيه، مرضي به، وأما الفتيا فإني لا أرى لأحد أن يفتي بشيء لا يفهمه، ولا يحمل أثقال الناس، فإن كانت مسائل قد اشتهرت وظهرت وانجلت عن أصحابنا، رجوت أن يسع لي الاعتماد عليها".^(٤)

(١) (الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء) لابن عبد البر - ص ١٤٤

(٢) (فتاوى النوازل) لابي الليث السمرقندي - ص ٢٨٣

(٣) (حاشية الطحطاوي على الدر المختار) ص ١٥٨

(٤) المرجع السابق.

- وروي عن الإمام احمد رحمه الله أنه قال: "لا تقلدني، ولا تقلد مالكا ولا الأوزاعي ولا النخعي ولا غيرهم، وخذ الأحكام من حيث أخذوا من الكتاب والسنة"^(١).

وعليه لا أرى أن يفتح الباب لمسلك "الفتوى على الفتوى" في عمل الهيئات الشرعية، فإن استلزمت الحاجة له، وجب وضع الضوابط الكفيلة بقيام الهيئة بواجبها الشرعي الذي تبرأ فيه ذمتها، وإن ظهر تصرفها على أنه نوع من "الفتوى على الفتوى"، ومن الضوابط التي تصلح لذلك ما يلي:

١ - يجب أن تقيد الحالات التي تصدر الهيئة الشرعية للمؤسسة فتواها اعتماداً على فتوى هيئة شرعية لمؤسسة أخرى بأضيق الحدود، فلا يصر إلى هذه الطريقة إلا استثناء كثبوت موجبات محددة مثل ضيق الوقت المتاح أمام المؤسسة للدخول في العملية الاستثمارية، وكأن تقيد في عمليات معينة كالصكوك والتمويل المجمع، فإذا لم تقم الموجبات أو لم تثبت أو لم تكن العملية من العمليات المحددة، فعلى الهيئة ألا تصدر الفتوى في هذه الحالة إلا بعد اتباع الإجراءات المعهودة.

٢ - يجب أن يتوافر في الفتوى الأولى عدد من الشروط:

أ- أن تكون مدعمة بالتفاصيل والمعلومات الأساسية الشرعية والفنية بما يمنح الهيئة الشرعية القدرة على فهم الأسس التي بنيت عليها، وتأسيس حكمها الشرعي بناء عليها. ويقصد بالمعلومات الأساسية وجود وصف مكتوب لهدف العملية وهيكلها المدعم برسم بياني، وأطرافها وآلية تنفيذها وأسماء مستنداتها مع إشارة إلى أهم المسائل الشرعية والمفاصل العملية التي يتوجه نظر المفتي إليها في مستندات العملية، كالتملك وآليته، والضمان وآليته، وتوزيع الربح في المشاركات وآليته، والصيانة في عقود التأجير وآليتها، وملكية الكيانات المشار إليها في الهيكل ومن يتحكم فيها ونحوها من المسائل المعروفة. فإذا خلت الفتوى من ذلك بأن كانت مجملة أو مختصرة اختصاراً مخللاً، أو محشوة بمعلومات غير أساسية فيجب على الهيئة الشرعية الامتناع عن إصدار الفتوى للمؤسسة.

^(١) (حجة الله البالغة) لشاه ولي الدهلوي - ص ٢٦٨

- ب- أن تكون الفتوى الأولى صادرة عن هيئة شرعية معروفة بوزنها الفقهي، كأن يكون جميع أعضائها أو أغلبهم من أصحاب السابقة في تأسيس فقه المعاملات المعاصرة ممن اتفقت كلمة الناس على ضلوعهم بالفقه وعلو كعبهم في موضوع الفتوى، واستفاض عنهم الاختصاص والموثوقية والدراية والحرص وعدم التساهل.
- ت- ألا تكون الفتوى الأولى مبنية على اجتهاد شاذ أو رأي متروك.
- ث- ألا تتعارض الفتوى الأولى مع قرارات وفتاوى الهيئة الشرعية للمؤسسة في عمليات أو منتجات أخرى، أو مع المرجعية الشرعية المعتمدة في الدولة، فإن وجد التعارض، ورأت الهيئة أنه مما يحتمله الخلاف الفقهي، فيجب على الهيئة أن تشير في فتاوها إلى ذلك.

- 3 - إذا كانت الفتوى الأولى غير واضحة أو نقص منها معلومات أساسية فعلى الهيئة الشرعية أن تتواصل مع الهيئة الشرعية التي أصدرت الفتوى أو من يمثلها حتى تستفسر عن المعلومات وتستوضح المبهمات، بما يمكنها من إصدار الفتوى من طرفها.
- 4 - إذا تم اتباع الضوابط السابقة، وأرادت الهيئة الشرعية للمؤسسة أن تصدر فتاوها، فيجب على الهيئة الشرعية الإفصاح في الفتوى عن اطلاعها على فتوى الهيئة الشرعية التي أصدرت الفتوى الأولى، وأنها اطمأنت إلى ما ورد فيها، وإن فتاوها مبنية على نظرها ومراجعتها لنص الفتوى الأولى.

هذا ما تيسر، والحمد لله رب العالمين،،