التّحديات الرّقابية والقانونية في صناعة الخدمات المالية الإسلامية:

آراء شرعية

ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD
مجلس الخدمات المالية الإسلامية

التّحديات الرّقابيّة والقانونيّة

في صناعة الخدمات الماليّة الإسلاميّة:

آراء شرعيّة

ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD

مجلس الخدمات المالية الإسلامية

مجلس الخدمات الماليّة الإسلامية

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الكتاب المنشور

حقوق الطبع 2011م محفوظة لـــــ مجلس الخدمات المالية الإسلامية

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا الكتاب في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، من دون إذن مكتوب من مجلس الخدمات المالية الإسلامية.

تمثّل وجهات النظر الواردة في هذا الكتاب آراء الباحثين الشخصية، ولا تعكس بأيّ حال وجهات نظر مجلس الخدمات المالية الإسلامية أو المؤسسات التي ينتمون إليها.

ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD

نبذة موجزة عن مجلس الخدمات المالية الإسلامية

مجلس الخدمات المالية الإسلامية هو هيئة دولية، تضع معايير لتطوير وتعزيز صناعة الخدمات المالية الإسلامية، وذلك بإصدار معايير رقابية ومبادئ إرشادية لهذه الصناعة التي تضمّ بصفة عامة قطاع البنوك، وسوق المال، والتكافل (التأمين الإسلامي). إنّ المعايير التي يعدّها مجلس الخدمات المالية الإسلامية تتّبع إجراءات مفصّلة تمّ وصفها في وثيقة "الإرشادات والإجراءات لإعداد المعايير والمبادئ الإرشادية"، والتي تشمل، من بين أشياء أخرى، إصدار مسوّدة مشروع، عقد ورش عمل، وفي حالة الضرورة، عقد جلسات استماع. يعدّ مجلس الخدمات المالية الإسلامية أبحاثاً تتعلق بهذه الصناعة، وينظّم ندوات ومؤتمرات علمية للسلطات الرقابية وأصحاب الاهتمام بهذه الصناعة. ولتحقيق ذلك، يعمل مجلس الخدمات المالية الإسلامية مع مؤسسات دولية، وإقليمية، ووطنية ذات صلة، ومراكز أبحاث، ومعاهد تعليمية ومؤسسات عاملة في هذه الصناعة.

لمزيد من المعلومات يرجى مراجعة موقع مجلس الخدمات المالية الإسلامية: www.ifsb.org

محتويات الكتاب

الفصل الأول: التّحديات الشرعية في التأمين التكافلي وإعادة التكافل

المبحث الأول: ملكية المحفظة التكافلية وتوزيع الفائض التكافلي في مؤسسات التكافل، الدكتور/ محمد داود بكر، مدير المعهد العالمي للمالية الإسلامية وشركة أماني للاستشارات بكوالالمبور ودبي..... 1

المبحث الثاني: ملكية الفائض التكافلي ومعالجته في شركات التأمين الإسلامية، الأستاذ/ أحمد محمد صباغ، المدير العام لشركة التأمين الإسلامية، عمان – الأردن 10

المبحث الثالث: ملاءة صندوق التكافل، الدكتورة/ أنكو ربيعة عدوية أنكو علي، أستاذة مشاركة في كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا 21

المبحث السادس: قضايا فقهية متعلقة بإعادة التكافل وإعادة التأمين التجاري، الدكتور/ محمد أكرم لال الدين، مدير تنفيذي لإسرى 56

الفصل الثاني: التّحديات الرقابية والقانونية في صناعة الخدمات المالية الإسلامية: قطاع التأمين التكافلي

المبحث الأول: نموذج الوكيل بحصة من الفائض التكافلي في مؤسسات التكافل، الدكتور/ عمر زهير حافظ، الرئيس التنفيذي للمجموعة المتحدة للتأمين التعاوني (أسيج)– المملكة العربية السعودية **79**

المبحث الثاني: الالتزام بالتبرع: الأسس الشرعية والنواحي القانونية، الأستاذ/ جهاد عبد الرحمن فيتروني..... **86**

المبحث الثالث: الالتزام بالتبرع: الأسس الشرعية والنواحي القانونية، الدكتور/ أحمد علي عبد الله الأمين العام للهيئة العليا للرقابة الشرعية بنك السودان المركزي – الخرطوم..... 91

المبحث الرابع: الالتزام بإقراض صندوق التكافل: الرؤية القانونية، الدكتور/ عبد الستار الخويلدي، الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم- دبي الإمارات العربية المتّحدة 100

المبحث الخامس: الجوانب القانونية لإعسار مؤسسات التكافل، الأستاذ/ عادل عوض بابكر، رئيس الشئون القانونية – المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات – المملكة العربية السعودية 110

الفصل الثالث: التّحديات الرّقابيّة والقانونيّة في صناعة الخدمات الماليّة الإسلاميّة: قطاع المصارف

المبحث الأول: التحديات الرقابية والقانونية في المؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية، سعادة الدكتور/ عبد الستار الخويلدي. 139

المبحث الثالث: التعليق على ورقة التّحديات الرقابية والقانونية في المؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية، فضيلة الشيخ/ محمد علي التسخيري، عضو اللجنة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية 178

المبحث الرابع: المنهج الشرعي المقترح لمقابلة التحديات القانونية والرقابية في صناعة الخدمات المالية الإسلامية، فضيلة الدكتور/ عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل، رابطة العالم الإسلامي 184

الفصل الرابع: التّحديات الرّقابيّة والقانونيّة في صناعة الخدمات الماليّة الإسلاميّة: تجارب بعض الدول

المبحث الأوّل: توفير البيئة القانونية لصناعة الخدمات المالية الإسلامية مع التركيز على تجربة السودان، فضيلة الدكتور/ أحمد علي عبد الله 195

المبحث الثاني: خلق البيئة القانونية المناسبة لصناعة الخدمات المالية الإسلامية: تجربة ماليزيا، الدكتورة/ أنكو رابعة عدوية بنت أنكو علي، أستاذة مشاركة في الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا 209

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم صل على سيّدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم

تمهيد

إن مجلس الخدمات المالية الإسلامية هيئة دولية تهتم بتعزيز متانة صناعة الخدمات المالية الإسلامية واستقرارها، وذلك بإصدار معايير رقابية ومبادئ إرشادية لهذه الصناعة التي تضم بصفة عامة قطاع البنوك، وسوق المال، والتأمين التكافلي. إن وجود نظم الضوابط الشرعية في مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية يعد من أهم العوامل التي تساعد على إدارة مخاطرها، ويساهم في متانة صناعة الخدمات المالية الإسلامية واستقرارها. وفي هذا الصدد، فإن المعيار الثاني لمجلس الخدمات المالية الإسلامية بشأن المبادئ الإرشادية لإدارة المخاطر للمؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية والذي نشر في ديسمبر 2005م، تناول بوضوح ضرورة أن تنشئ مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية بنية تحتية مناسبة من أجل إدارة مخاطر عدم الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، التي تعتبر جزءا من مخاطر التشغيل في مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية.

نظم مجلس الخدمات المالية الإسلامية بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية أربعة ندوات لمناقشة التحديات الرقابية والقانونية التي تواجهها صناعة الخدمات المالية الإسلامية من المنظور الشرعي. عقدت الندوتان الأولى والثانية في المدينة المنورة في يناير عام 2009م على التوالي، وفي جدّة بالمملكة العربية السعودية في أغسطس 2009م وناقشتا التحديات الشرعية في التأمين التكافلي وإعادة التكافل. أما الندوة الثالثة فقد عقدت في المدينة المنورة، المملكة العربيّة السعودية في يناير 2010م، وناقشت المنهج الشرعي لمقابلة التحديات الرقابية والقانونية التي تواجه صناعة الخدمات المالية الإسلامية.

وعقدت الندوة الشرعية الرابعة في المدينة المنورة – المملكة العربية السعودية، في يناير 2011م وركزت على تجارب بعض الدول، وتطوير البيئة القانونية المناسبة لصناعة الخدمات

المالية الإسلامية في هذه الدول، وكذلك المنهج الشرعي لمقابلة التحديات الرقابية والقانونية التي تواجه صناعة الخدمات المالية الإسلامية.

يحتوي هذا الكتاب على البحوث التي قدمت في هذه الندوات وقد تمّ تقسيمه إلى أربعة فصول. يتناول الفصل الأوّل التحديات الشرعية في التأمين التكافلي وإعادة التكافل، فضلا عن ملكية الفائض التكافلي وكيفية معالجته، والتسهيلات التي تمنح على أساس القرض، وكذلك القيود على استخدام أرباح الاستثمار أو الفائض التكافلي في صندوق واحد لتلبية المطالبات أو العجز في صندوق آخر. كما يتناول هذا الفصل أيضاً المنظور الشرعي لتعامل مؤسسات التكافل مع إعادة التأمين التقليدي بدلاً من إعادة التكافل عملاً بـــ"مبدأ الضرورة".

يناقش الفصل الثاني التحديات الرقابية والقانونية في صناعة الخدمات المالية الإسلامية مع التركيز على التكييف الشرعي والقانوني للتأمين التكافلي وإعادة التكافل، وعلى أفضل الممارسات في نماذج العقود الشرعية لمؤسسات التكافل وإعادة التكافل. كما يوضح هذا الفصل ما إذا كان التزام التبرع من المشتركين في التكافل (حملة الوثائق) ملزماً – في أغلب الدول – من الناحية القانونية، ذلك أن البُعد الشرعي ليس له أيّة صفة ملزمة من الناحية القانونية الوضعية، حيث إن الممارسة تقتضي – من الناحية الرقابية – في حالة عجز صندوق التكافل عن التعويضات أن يقترض من مؤسسات التكافل. وعليه إلى أيّ مدى تكون التسهيلات التي تمنح على أساس القرض ملزمة لمؤسسات التكافل من الناحية القانونية. كما يناقش هذا الفصل المعالجة القانونية لموجودات مؤسسات التكافل في حالة الإفلاس وإلى أيّ مدى يعتبر صندوق مؤسسات التكافل مستقلا من الناحية القانونية، خاصة في حالة الإعسار أو الإفلاس. ويتناول هذا الفصل أيضاً قانون إجراءات التصرف في حالة عدم تسديد مستحقات التصفية من قبل مؤسسة التكافل، وكذلك حالة إعطاء أولوية الدفع للقرض المسحوب في حال التصفية أو إنهاء العمل التكافلي.

يتناول الفصل الثالث التحديات الرقابية والقانونية في المؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية مع التركيز على قطاع المصارف، وتناقش الأبحاث الارتباط بين النظم القانونية

ومبادئ الشريعة الإسلامية. وخصوصاً ما إذا كان لصناعة الخدمات المالية الإسلامية إطار تسوية منازعات كافي وقوي لتسوية النزاعات بشكل فعال، لا سيما حالات تعدد أصحاب المصلحة والتعاملات عبر الحدود.

وأخيرا، يتناول الفصل الرابع تجارب بعض الدول في إدارة التحديات الرقابية والقانونية في صناعة الخدمات المالية الإسلامية، حيث ركزت الأبحاث على الاستفادة من التطورات التي حدثت في البيئة القانونية في هذه الدول لتطوير البيئة القانونية المناسبة لصناعة الخدمات المالية الإسلامية.

ونيابة عن مجلس الخدمات المالية الإسلامية فإنه يشرفني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى مجموعة البنك الإسلامي للتنمية على التعاون في تنظيم هذه الندوات الشرعية. وقد استفاد منها مجلس الخدمات المالية الإسلامية في تطوير معايير رقابية ومبادئ إرشادية لهذه الصناعة. والشكر موصول للعلماء الأفاضل أعضاء اللجنة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية والباحثين. فقد كان لمشاركتهم القيمة في تقديم الأبحاث ومناقشتهم الفعّالة في هذه الندوات الأثر الكبير في تحقيق الأهداف التي من أجلها نظمت الندوات. والشكر كذلك إلى الدكتور/ حمزة عبد الله كنة المستشار القانوني العام في البنك الإسلامي للتنمية، والسيّد/ عبد الإله بلعتيق مساعد الأمين العام لمجلس الخدمات المالية الإسلامية، والدكتور/ عبد السلام إسماعيل أوناغن عضو أمانة مجلس الخدمات المالية الإسلامية، والسيّد/ أبو بكر صالح كانتي، إدارة القانون في البنك الإسلامي للتنمية على تسهيل عقد هذه الندوات وتنسيقها ومراجعة فصول هذا الكتاب.

البروفيسور/ داتوك رفعت أحمد عبد الكريم

الأمين العام

مجلس الخدمات المالية الإسلامية

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على رسوله الأمين، وعلى آله وصحبه أجمعين، والتابعين بهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد:

لا شكّ أن الصناعة المالية الإسلامية تواجه تحديات قانونية، ورقابية متعددة ومتنوعة، ولا بدّ من التصدي لكلّ واحدة منها بالبحث العلمي الجاد من المصادر الشرعية الأصيلة للوصول إلى حلول ناجعة تمكن من تقديم هذه الصناعة للعالم كصناعة لها مبادئ وأسس وخصائص تتميّز بها عن غيرها من الصناعات المالية الأخرى، وتفعّل تطوير هذه الصناعة لتؤدّي دورها المنشود في خدمة الإنسانية كافةً.

ونظراً لأنّ هذه التحديات قد تعرقل تطوّر الصناعة المالية الإسلامية إن لم يتم التصدي لها في هذا الوقت المبكر نسبياً من عمر الصناعة، بادرت أمانة مجلس الخدمات المالية الإسلامية بالتعاون مع البنك الإسلامي للتنمية بتنظيم سلسلة من الندوات العلمية قام من خلالها مجموعة من العلماء والخبراء المتخصصين في مجال الصناعة المالية الإسلامية بمشاركة من أعضاء اللجنة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية بدراسة تلكم التحديات دراسةً شرعيةً وقانونيةً معمقة ومتأنية للوصول واقتراح حلول عملية للصناعة تساعدها على تذليل العقبات، وتجاوز العوائق ومواجهة التحديات بجميع أشكالها وألوانها. وقد تعرضت هذه الندوات لتحديات الصناعة المالية الإسلامية بشكل عام لكنها أعطت خصوصية واهتماماً كبيراً بالتحديات التي تواجه التأمين الإسلامي (التكافل) باعتباره جزءاً حيوياً من الصناعة المالية الإسلامية.

وبعون الله تعالى وتوفيقه قام العلماء الأفاضل خلال هذه الندوات بدراسة التأمين الإسلامي من جميع جوانبه بدءًا من تعريفه وتكييفه الشرعي مروراً بالقضايا المتعلقة بالفائض التكافلي وكيفية معالجته وتقسيمه، والقضايا المتعلقة بإعادة التكافل، وانتهاءً بقضايا الإعسار في المؤسسات المالية الإسلامية العاملة في مجال التأمين الإسلامي.

ولا شكّ أنّ ما قدّمه هؤلاء العلماء الأفاضل والخبراء من آراء شرعية وقانونية واقتراحات وتوصيات علمية وعملية في هذه الندوات يعتبر كنزاً نفيساً نأمل في أن يسهم في خدمة وتطوّر الصناعة المالية الإسلامية، وفي تسليط الضوء على التحديات التي تجابه الصناعة المالية الإسلامية عموماً والتأمين الإسلامي على وجه الخصوص بغية إيجاد حلول شرعية

وقانونية تلبّي حاجة الصناعة من جميع الجوانب. فلذلك فإنّ البنك الإسلامي للتنمية لم يتردد في المساعدة على إتاحة هذه البحوث والدراسات لكل من يرغب في الإطلاع عليها، مقدّراً في ذات الوقت المجهود الذي بذلته أمانة مجلس الخدمات المالية الإسلامية وأمانة اللجنة الشرعية بالبنك الإسلامي للتنمية لمراجعة وجمع هذه البحوث والدراسات في هذا الكتيب.

وأخيراً أسأل الله العلي العظيم أن ينفع بهذا الجهد الباحثين وطلبة العلم والعاملين والمهتمين بالصناعة المالية الإسلامية.

والله من وراء القصد وهو الهادي إلى سواء السبيل

د. أحمد محمد علي

رئيس مجموعة البنك الإسلامي للتنمية

الفصل الأوّل

التّحديات الشّرعيّة في التأمين التكافلي وإعادة التكافل

المبحث الأول: ملكية المحفظة التكافلية وتوزيع الفائض التكافلي في مؤسسات التكافل،

الدكتور/ محمد داود بكر، مدير المعهد العالمي للمالية الإسلامية وشركة أماني للاستشارات بكوالالمبور ودبي.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

يعتبر التأمين التكافلي أحد المنتجات التي ظهرت على الساحة المالية في أواخر سبعينات القرن الماضي، تلبية للحاجة إلى بديل إسلامي للتأمين التجاري، وفي إطار الجهود المبذولة لإقامة نظام مالي إسلامي متكامل يتناول جميع النواحي المالية. ويحقق التأمين التكافلي جميع الأغراض التي يهدف إليها التأمين التجاري، من توفير للتغطية المالية الحقيقية (indemnity) insurance إلى التغطية المقدمة لذوي المتوفى، وللمصابين بالشلل الكلي، لأن الوفاة والشلل الكلي لا يمكن تعويضهما مهما كان مبلغ التغطية المقدمة، ويعرف هذا النوع من التأمين بالتأمين الذي لا يعوّض تعويضاً حقيقياً (Non-indemnity insurance).

ويبدو أنّ التأمين التكافلي لا يختلف كثيراً عن التأمين التجاري فيما يتعلق بتقييم المخاطر كالوفاة والحريق والكوارث وغيرها، وكذلك فيما يتعلق بتحديد الاشتراكات التبرعية لتحقيق التوازن السليم بين الخطر المؤمّن منه وبين الاشتراكات التي يدفعها المؤمّن له للحصول على هذه التغطية، سواء كانت تغطيةً حقيقية تعيد إليه ما تلف، أو ضاع، أو تغطية مالية للتخفيف ما وقع كالتغطية لذوي الموتى وللمشلولين شللا كليا. وتعرف هذه العملية الحسابية بـــ"الأكتوارية" وهي فنٌّ حسابيٌّ دقيق يقوم به المتخصص المرخّص من قبل القانون، لوضع جدول متوازن بين درجة الخطر المؤمّن منه وبين الاشتراكات التي يدفعها المشارك للحصول على التغطية التأمينية.

ومما لا يخفى على العاملين في مجال التأمين التكافلي هو أنّ التأمين التكافلي يقوم على أساس اشتراكات يقدّمها حملة الوثائق في شكل تبرّعات تشكل المحفظة التكافلية لمؤسسة التكافل،

وتقابل تلك الاشتراكات أقساط التأمين في شركات التأمين التجارية. ويتم توظيف محفظة التأمين وكذلك محفظة التكافل لتغطية المؤمّن لهم أو حملة الوثائق في حالة حصول الضرر المؤمّن منه. وتحدّد قيمة الاشتراكات التبرّعية على حسب نوعية المخاطر ومدى احتمال وقوع المخاطر المؤمّن منها.

ومن هنا يعرف بداهةً أن أساس ربحية شركة التأمين التقليدية يقوم على قدر الفائض التأميني، وهو الفرق بين مجموع الأقساط التأمينية والمصروفات والتعويضات التي تتحمّلها شركة التأمين.

وسيتطرق هذا البحث إلى قضيتين أساسيتين، هما التحقيق في طبيعة الفائض التكافلي وملكيته وطرق معالجته وكذلك التحقيق في رسوم الأداء أو الحوافز الناتجة عن الفائض التكافلي بالنسبة لمؤسسة التكافل. وهاتان القضيتان تكاد لا تنفك إحداهما عن الأخرى، لأنّ الحكم على رسوم الأداء أو الحوافز يتوقّف على التصوّر الصحيح للفائض التكافلي من حيث أصله وملكيته. للابتعاد عن ما حرمه الشارع من الربا والغرر والميسر وأكل أموال الناس بالباطل.

الفائض التكافلي: أصله وحقيقته المحاسبية

الفائض التكافلي هو الفرق بين أصول شركة التأمين وبين مصروفاتها.

أما في التأمين التكافلي فيعرف الفائض التكافلي بأنه: المال المتبقى في حساب حملة الوثائق من مجموع الاشتراكات واستثماراتها بعد احتساب التغطية المستحقة لحملة الوثائق، وتسديد المطالبات ومصاريف إعادة التأمين، واستيفاء الشركة لأجرها بصفتها وكيلةً عن حملة الوثائق في إدارة العمليات التأمينية وكذلك رصد الاحتياطيات الفنية[1].

ويلاحظ أنّ هذا التعريف لا يختلف كثيراً عن تعريف الربح في الشركات العادية وذلك لأنّ الفائض التأميني– خلافا للشركات الصناعية والتجارية والخدمية وغيرها– هو في الحقيقة ربح

[1] القره داغي علي محيي الدين، التأمين الإسلامي، ص310، الطبعة الأولى، 2004م.

شركة التأمين؛ وذلك لأنّ مدار أعمالها يقوم على أساس إدارة المخاطر المؤمّن منها ومدى تعرضها إلى المطالبات، ومن ثم التغطيات.

إن سعي شركات التأمين التقليدية للحصول على الفائض التأميني قد يؤدّي إلى مفهوم معيّن عند بعض الباحثين وعلماء الشريعة حيث توحي بأن الفائض التأميني صفة ملازمة للتأمين التقليدي ولعل ذلك من الأسباب – في رأيهم– التي أدت إلى عدم مشروعية التأمين التقليدي، أو على الأقل صفة لا تنفك عن التأمين التقليدي، وهو في حد ذاته شر ومستنكر.

ولا بد أن كل من يبحث في مجال التأمين التقليدي يدرك أن الفائض التأميني هو الأساس وهو المقصود من وراء عملية التأمين التقليدي، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: هل الفائض التكافلي– بالرغم من كونه أساسا ماليا للشروع في عملية التأمين التقليدية – هو صفة لها أثر في أحكام الشريعة من ناحية إدارته واستثماره والمشاركة فيه بين حملة الوثائق والمساهمين في مؤسسة التكافل.

وجدير بالذكر أن الفائض التأميني في شركة التأمين التقليدية هو السمة البارزة والركن الأساسي في ربحية الشركة، لأن الشركة تقوم على أساس توفير التعويضات المالية في مقابل مجموع الأقساط التي تستلمها من حملة الوثائق. فكلما زاد الفائض التأميني كلما ارتفع وزاد ربح شركة التأمين التقليدية. والمصدر الثاني لربحية شركة التأمين التقليدية هو المردود الاستثماري لهذه المحفظة التأمينية. فكل من الفائض التأميني وأرباح الاستثمار يعتبر ربحا للشركة ولكل واحد منهما أساليب وآليات لتحقيق الأصلح للشركة، إدارة واستثمارا وأداء.

إن الفائض التأميني باختصار يتحقق عندما يتبقى جزء من مجموع الأقساط التأمينية والأرباح الاستثمارية بعد خصم التكاليف الإدارية والتعويضات والمصروفات المباشرة، مثل إعادة التأمين، وغير المباشرة مثل التكاليف القانونية للحصول على التعويضات من الطرف الثالث المسبب للخطر المؤمن منه.

فلنقل مثلا إن شركة التأمين جمعت مجموع أقساط تبلغ 500 مليون وأرباحا من استثمار هذه الأقساط بلغت 20 مليونا، فيكون المجموع الكلي لموجودات الشركة هو 520 مليونا.

ولنتصور أن المجموع الكلي لجميع المصروفات للشركة هو 450 مليونا. فالفائض التكافلي للشركة في هذا المثال هو 70 مليونا. فالاعتبار لحسن تقييم المخاطر وربطها بالأقساط التأمينية المناسبة يتوقف على المجموع الكلي للتعويضات التي دفعتها الشركة للمستحقين، وكلما قلت المطالبات كلما ارتفع الفائض التأميني.

إن التأمين التقليدي يعتبر مجموع الأقساط التأمينية ملكاً لشركة التأمين، لها غنمها وعليها غرمها وهذا هو التكييف القانوني لهذه الأقساط التأمينية، ومن الآثار القانونية لهذا الوضع أن دائني شركة التأمين لهم الحق في المطالبة بحقوقهم المالية من أسهم المساهمين في شركة التأمين وكذلك في مجموع الأقساط التأمينية، وكل من رأس مال الشركة وما استلمته من الأقساط التأمينية تعتبر من موجودات شركة التأمين فللدائنين الحق في هذا الأصل بدون تفرقة بين رأس المال وبين ممتلكات الشركة.

فما وضع المحفظة التكافلية أو الوعاء أو صندوق التكافل في الفقه الإسلامي؟

إن التأمين التكافلي هو عبارة عن التزام بالتبرع من حملة الوثائق إلى صندوق التكافل وكذلك التبرع من صندوق التكافل إلى من يستحق من التغطية في المطالبات[2]. ويبدو أن صندوق التكافل ليس ملكا لمؤسسة التكافل كما هو الحال في التأمين التقليدي. لأن مؤسسة التكافل ليست مستفيدةً وإنما هي وكيلة في إدارة صندوق التكافل.

إذن، من هم ملاك هذا الصندوق؟ يبدو للباحث أن الملاك ليسوا حملة الوثائق لأنهم قد تبرعوا بأموالهم لصندوق التكافل، والتبرع كما هو مقرر في الفقه الإسلامي ينقل الملكية من المتبرع إلى المستفيد حالاً وهذا شيء معلوم بالضرورة في كلّ أنواع عقود التبرعات، من الإبراء والوقف والإعفاء والصدقة والهبة وغيرها، ما عدا الوصية لأن سريان مفعولها يتوقف على موت الموصي. فحملة الوثائق على كونهم متبرعين لا يملكون ما في صندوق التكافل، والقول

[2] أنظر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، دار الاستثمار، الطبعة الأولى، 1428هـ-2007م، ص 436.

بخلاف ذلك يتطلب الأدلة والحجج الشرعية المخالفة للظاهر من الأحكام الشرعية من خروج ما في الوعاء عن ملكهم بالتبرع.

وانطلاقا من هذا التكييف الفقهي، هل نستطيع أن نقول إن الملاك لهذا صندوق التكافل هم المستفيدون كما حددتها وثيقة التكافل، وذلك أنه ليس كل متبرع يعتبر مستفيدا بالضرورة، لأن الاستفادة من التغطية التكافلية تتوقف على تحقق مشروط معينة، كما هو مبين في وثيقة التكافل المعدة عند إبرام عقد التبرع. خاصة وأن هناك من العلماء من يرى أن الهبة بشرط العوض أصل للفائض[3]. أي أن المتبرعين يشترطون أن يكون لهم نصيب من الفائض التكافلي. وإذا كان استحقاق المتبرعين أصله الشرط الذي وضعوه، فما الذي يمنع أن يضعوا شروطا أخرى يضمنون بموجبها للمساهمين أو المدير أو غيرهم نصيبا من الفائض. وعلى هذا، فإن الباحث يميل إلى القول بأن ملاك صندوق التكافل بعد إبرام عقد التبرع هم المستفيدون، ولا يجوز لمدير صندوق التكافل التصرف في الصندوق إلا في حدود ما تنصّ عليه اللوائح والضوابط المنظمة لعمل صندوق التكافل إدارة واستثماراً وتوزيعاً.

فعلاقة مدير المحفظة التكافلية بهذه المحفظة مثل علاقة ناظر الوقف بالأعيان الموقوفة، ليس له التصرف فيها إلا بما عهد إليه بموجب وثيقة الوقف. وعلى هذا لا يكون صندوق التكافل مملوكا لمؤسسة التكافل، لأنها مجرد وكيلة في إدارته، أو مضاربة، وليس أيضا مملوكا لحملة الوثائق، لأنهم تبرعوا بما دفعوه من اشتراكات، وليس لهم حق ملكية ما تبرعوا به بعد التبرّع، فقد انتقلت الملكية إلى المستفيدين كما تحددهم وثيقة التكافل. وإلا لكان ذلك من باب الرجوع في الهبة المنهي عنه شرعا. وعلى هذا الأساس والتكييف الفقهي، فليس لأي من مؤسسة التكافل أو حملة الوثائق حق في الفائض التكافلي، لأنه لا علاقة لهم بالملكية لا أصلا ولا تبعا.

ولكن هل يجوز في الفقه الإسلامي أن يتبرع إنسان بشروط معينة ولوائح تنظم استغلال الأعيان المتبرع بها إدارة واستثمارا وتوزيعا، بما في ذلك وضع شروط من قبل المتبرعين

[3] علي محيي الدين القره داغي، مرجع سابق، ص 311

في التكافل تنص على إعطاء جزء من الفائض التكافلي لكل من القائم على إدارة الصندوق وحملة الوثائق، أو لأحدهما دون الآخر، أو حتى لطرف ثالث لا علاقة له بالعملية برمتها؟

الظاهر من نصوص الشرع أنه لا شيء يمنع من ذلك لأنّ للمتبرّع الحق في وضع ما يريد من الشروط، ما دام ذلك لا يخالف الشرع، لأن "المسلمين على شروطهم". فالاتفاق المسبق على طريقة توزيع الفائض من صندوق التكافل حسب قواعد وأساليب معينة، لا يخالف النصوص الشرعية ولا القواعد الفقهية. وإذا كان الفائض التكافلي صالحاً للتوزيع على حملة الوثائق وهم ليسوا ملاكا، جاز ذلك أيضا في حق مؤسسة التكافل، إذا نص على ذلك في وثيقة التكافل أي إذا اشترط ذلك المتبرعون.

توزيع الفائض التكافلي:

تعددت الاجتهادات حول توزيع الفائض التكافلي لحملة الوثائق واختلفت طرق التعامل معه من شركة لأخرى، ويمكن تلخيص هذه الآراء والاجتهادات على النحو التالي:

(1) التوزيع بناء على نسبة اشتراك العضو وعلى جميع حملة الوثائق فقط.
(2) الاقتصار على من لم يحصل على تعويض أصلاً خلال الفترة المالية لعقد التكافل.
(3) التوزيع على من لم يحصلوا على تعويضات وعلى من حصلوا على تعويضات أقل من أقساطهم أو اشتراكاتهم على أن ينحصر حق هؤلاء في الفرق بين اشتراكاتهم وتعويضاتهم خلال الفترة المالية[4].

هذا، وقد صدرت فتاوى فقهية وقرارات شرعية تقصر الحق في الفائض التكافلي في مؤسسة التكافل على حملة الوثائق، ولا ترى لحملة الأسهم المالكين لمؤسسة التكافل الحق في أخذ شيء من ذلك، بل يقتصر حقهم على النسبة التي تم تحديدها عند إبرام العقد.[5] وذلك إما على أساس الأجرة المعلومة في عقد الوكالة، أو مقابل نسبة مئوية محددة من الربح، بناء على عقد المضاربة. ومستند هذا الرأي هو:

أولا: أن الفائض يأخذ حكم الاشتراكات وهي مملوكة لحملة الوثائق، فيكون الفائض ملكا لهم أيضا.

[4] أنظر علي محيي الدين القره داغي، مرجع سابق، ص 311–315.
[5] المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص437.

ثانيا: أن من خصائص شركات التأمين التجارية أن الفائض فيها يكون للمساهمين، أما مؤسسات التكافل فينبغي أن يكون الفائض فيها لحملة الوثائق وحدهم ولا يشاركهم فيه المساهمون في مؤسسة التكافل، حتى تتميز مؤسسة التكافل عن شركة التأمين التقليدية في جميع صورها ونشاطاتها، ومنها توزيع الفائض التكافلي.

وهناك فتاوى وآراء شرعية أخرى ترى جواز مشاركة المساهمين في مؤسسة التكافل مع حملة الوثائق في الفائض التكافلي، حافزاً على حسن إدارتها، ويمكن –حسب هذا الرأي– أن يأخذ هذا الحافز صيغة مثل: إذا تحقق الفائض التكافلي، فللشركة نصفه، حافزاً لها على حسن الإدارة، أو صيغة، مثل: إذا زاد الفائض عن حد كذا فهو للوكيل المدير.
ويستند هذا الرأي إلى أن مثل هذا الحافز قد صدرت فتاوى بجوازه في عقد المضاربة، وقد تضمن معيار المضاربة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية جواز اتفاق طرفي العقد في المضاربة على اختصاص أحدهما بالربح الزائد عن نسبة معينة يتم الاتفاق على تحديدها[6]. ويهدف هذا الرأي إلى تشجيع مؤسسات التكافل وتحفيزهم على الإتقان في العمل وحسن إدارة هذه الشركات.
وقد اعترض على هذا الرأي بأن قياس إدارة التأمين التكافلي على عمل المضارب في إدارة مال المضاربة قياس مع الفارق؛ لأن المضاربة عقد معاوضة بينما التأمين التكافلي عقد تبرع، كما أنّ لعمل المضارب في المضاربة أثراً كبيراً في تعظيم الربح، وهو أمر مطلوب للمضارب ولربّ المال معا، في حين أن المطلوب من مؤسسة التكافل ليس تعظيم الربح وإنما تجنّب العجز قدر الإمكان، وهو ما تستطيع الإدارة الناجحة للتكافل القيام به.[7]

والذي يراه الباحث راجحاً –كما تقدم– هو أن ليس لحملة الوثائق ولا للمساهمين حقٌّ في الفائض التكافلي إلا إذا حدد ذلك في وثيقة التكافل، وأنه يمكن للمتبرعين أن يضعوا شروطا تتضمنها وثيقة التكافل يعطون بموجبها لحملة الوثائق والمساهمين وغيرهم نصيبا من الفائض التكافلي، أو يمنعونهم أو يعطون البعض دون البعض، كما يحلو لهم، ما لم تكن هناك جهة

[6] التجاني عبد القادر، مبررات القول بجواز إجارة العين لمن باعها إجارة منتهية بالتمليك، ومكافأة (أجر) مديري التأمين التكافلي، ص 25 و36، الإصدار الثالث، الطبعة الأولى. وانظر المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 436.
[7] أنظر ردّ الصديق البرفيسور الضرير على التجاني عبد القادر، ص 40

يمنع الشرع التبرع لها. ومستند هذا الرأي هو أن المسلمين عند شروطهم، فيحق للمتبرعين تحديد مصارف الفائض، من خلال وثيقة التبرع.

وهذا الترجيح موافق لمبدأ الملكية في المحفظة التكافلية كما تقرر مقدما، لأن التوزيع يصبح أمراً إدارياً أو اختيارياً إذا كانت ملكية المحفظة التكافلية للمتبرعين، ومن ثم فللمستفيدين وللمتبرعين الحق في الاتفاق المسبق على طرق توزيع الفائض من تبرعاتهم إن وجد.

الخاتمة ونتائج البحث

من خلال ما سبق يمكننا أن نخلص إلى النقاط الآتية:

أولا: أن ملكية المحفظة التأمينية لا تعود لأيّ من حملة الوثائق أو مؤسسة التكافل، لأنّ حملة الوثائق تبرعوا للمستفيدين فخرجت بذلك الأقساط عن ملكهم. أما مؤسسة التكافل فهي مجرد مضاربة أو وكيلة في إدارة المحفظة، وتقتصر علاقتها بالمحفظة على الأمور الإدارية، أو الاستثمارية، وفق ما هو محدّد في لوائح وثيقة التبرع. وعلى هذا يكون الطرفان المتبرعون ومؤسسة التكافل يقفان من الفائض التكافلي على نفس المسافة، إلا إذا تضمنت وثيقة التبرع خلاف ذلك ابتداء.

ثانيا: أنه ما دام الشارع يجيز للمتبرّع وضع ما يريد من شروط تبين كيفية استخدام المتبرّع به وتحدد المستفيد منه، فلا مانع من أن ينصّ المتبرعون (حملة الوثائق) في وثيقة التكافل على أن الفائض التكافلي–إن وجد– يوزع بطريقة معينة، قد تشمل إعطاء نسبة معينة لكل من القائم على إدارة الصندوق، أو حملة الوثائق أو أي طرف آخر، ما دام ذلك لا يضم جهة لا يجيز الشرع التبرع لها.

ثالثاً: أن إعطاء المساهمين جزءاً من الفائض حافزاً للشركة على الإتقان في العمل ينكعس إيجابياً على أداء المحفظة، كما أن من شأن ذلك أيضاً جذب المستثمرين إلى حقل التكافل وسحب البساط من شركات التأمين التجارية، والعكس صحيح. أي أنه إذا كانت شركات التأمين التجارية تأخذ الفائض بأسره، في الوقت الذي تبذل فيه مؤسسة

التكافل قصارى جهدها للحصول على أفضل النتائج وفي نهاية المطاف لا تقطف هذه الشركة ثمرة نجاحها من خلال ما يعطى لها من الفائض الذي تحرزه، فإن تلك النتيجة تصبّ في صالح شركات التأمين التجارية وتجعل التكافل غير مغر بالنسبة للمستثمرين، وبالتالي تكون صناعة التكافل عاجزة عن منافسة شركات التأمين التجارية، وهو ما سيؤدي بها إلى الانهيار في نهاية المطاف. ولا شكّ أن مثل هذه النتائج يجب منعها والحيلولة دون حدوثها.

وفي الختام لا نبالغ إذا قلنا إن هاتين القضيتين برغم اختلافهما تعودان إلى أصل واحد هو قضية ملكية المحفظة التكافلية. ففكرة الملكية في التكافل تحتاج إلى بحث دقيق ومستفيض يستقصي جميع جوانب المسألة ويتوصل إلى الصواب فيها، لأن هذه المسألة تمس جوانب حقوقية مالية، كما تمس جوانب قانونية أيضا، كالإفلاس وأحكام الإرث والوصية وحق المطالبة بالدين وبالفائض وبالأرباح وغيرها من الأمور التي لها علاقة بنظرية الملكية في الفقه الإسلامي.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين،،،

المبحث الثاني: ملكية الفائض التكافلي ومعالجته في شركات التأمين الإسلامية، الأستاذ/ أحمد محمد صباغ، المدير العام لشركة التأمين الإسلامية، عمان – الأردن

مقدمة

مفهوم الفائض التكافلي[1]

يعتبر الفائض التكافلي من الركائز الأساسية والسمات البارزة في شركات التأمين الإسلامية التي اتخذت من التأمين التكافلي القائم على التبرع بين حملة الوثائق محوراً لعملها. ويعرّف الفائض التكافلي بأنه: الرصيد المالي المتبقى في حساب المشتركين (حملة الوثائق) من مجموع الاشتراكات التي قدّموها واستثماراتها وعوائد إعادة التأمين، بعد تسديد المطالبات، ورصد الاحتياطيات الفنية، وتغطية جميع المصاريف والنفقات.

ملكية الفائض التكافلي:

إن الفائض التكافلي حقٌّ خاصٌّ بحملة الوثائق وملك شرعي لهم يتم التصرف فيه من قبل إدارة الشركة بما يحقق مصالحهم وفق اللوائح المعتمدة كتكوين الاحتياطيات لصندوق التكافل المملوك لهم، أو توزيعه عليهم أو التبرع به في وجوه الخير نيابة عنهم، ولا تستحق الشركة المديرة لأعمال التأمين شيئاً منه لا على سبيل الأجرة، ولا مقابل الاستثمار لأنه إذا أُخذ بصفة الأجرة لإدارة أعمال التأمين فيجب أن تكون معلومة لأنّ الإجارة من عقود المعاوضات المالية التي تفسدها الجهالة الفاحشة، والفائض قد يوجد وقد لا يوجد والأجرة تستحق سواء وجد الفائض أم لم يوجد، ولا يجوز أيضاً أن يؤخذ شيء من الفائض مقابل استثمار الاشتراكات لأن مقابل الاستثمار يجب أن يكون نسبة معلومة من الأرباح المتحققة، وإن أخذ حصة من الفائض يؤدّي إلى جهالة المقابل المالي للاستثمار لأنّ الفائض قد يوجد وقد لا يوجد فتفسد المضاربة التي على أساسها يتمّ الاستثمار.

[1] أنظر الأستاذ قريب الله سراج الدين محمد الهادي، العناصر المؤثرة في الفائض التكافلي وطرق توزيعه، ورقة عمل مقدمة للمؤتمر الدولي حول الصناعة التأمينية في العالم الإسلامي والذي عقد في جامعة الأزهر سنة 14212هـ 2001م.

معايير توزيع الفائض التكافلي في شركات التأمين الإسلامية،

نظراً لأن شركات التأمين الإسلامية حديثة عهد بالظهور مقارنة بشركات التأمين التجارية (التقليدية)، فإنها تختلف فيما بينها من حيث المعيار الذي تعتمده كلٌّ شركة لتوزيع الفائض التكافلي. وقد تم التوصل مؤخراً إلى وضع جملة من المعايير لتوزيع الفائض التكافلي في شركات التأمين الإسلامية من قبل هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البحرين، بحيث يترك لإدارة كلِّ شركة حرية اختيار المعيار الذي تراه مناسباً حيث تم اعتماد أكثر من معيار من قبل الهيئة، وأهم هذه المعايير ما يأتي:

الأول : شمول توزيع الفائض التكافلي لجميع حملة الوثائق دون تفريق بين من حصل على تعويضات ومن لم يحصل، بنسبة اشتراك كلٍّ منهم لأن كل مشترك متبرع للآخرين بما يدفع لهم من تعويضات وما بقي من اشتراكه يجب أن يردَّ إليه بعد خصم ما تتطلبه العمليات التأمينية من مصاريف ونفقات وتكوين الاحتياطيات.

وهذه الطريقة تغلّب مراعاة جانب المعنى التعاوني الذي يشعر به حامل الوثيقة حتى لو حصل على تغطية مستغرقة لاشتراكاته أو أقل منها. ويجري العمل بهذا المعيار في شركة التأمين الإسلامية في الأردن وكلٍّ من شركة التأمين الإسلامية وشركة البركة للتأمين في السودان.

الثاني : شمول توزيع الفائض التكافلي لحملة الوثائق الذين لم يحصلوا على تغطية أصلاً. أما الذين حصلوا على تغطية فلا يستحقون شيئاً من الفائض التكافلي.

وهذه الطريقة تراعي استفادة الحاصلين على مزايا التعاون مهما قلَّت فتعتبر ذلك استفادة تعفي من شمول التوزيع لهم.

الثالث : التفريق بين مَنْ حصل على تغطية استغرقت جميع اشتراكاتهم وبين مَنْ حصل على تغطية أقل من اشتراكاتهم.

فالذين حصلوا على تغطية استغرقت جميع اشتراكاتهم لا يستحقون شيئاً من الفائض التكافلي، أما الذين حصلوا على تغطية لم تستغرق جميع اشتراكاتهم

فيعطون من الفائض التكافلي ويكون حظهم منه: حصتهم من الفائض كاملة مخصوماً منها الجزء من التغطية التي حصلوا عليها.

الرابع: توزيع نسبة مئوية ثابتة من الفائض التكافلي المخصص للتوزيع على المشتركين (حملة الوثائق) والاحتفاظ بالباقي في الشركة.

الخامس: تقسيم الفائض التكافلي المخصّص للتوزيع بين حملة الوثائق بحيث يُعطى المتضررون الذين دفعت لهم تغطية نصف ما يُعطى لغير المتضررين.

العناصر المؤثرة في الفائض التكافلي

يتأثر الفائض التكافلي في شركات التأمين الإسلامية بما يأتي:

1- **المبالغ المالية المتوفرة من الاشتراكات المخصصة للاستثمار:** فكلما كانت المبالغ المخصصة للاستثمار كبيرة كان احتمال الربح كبيراً كذلك ويترتّب على ذلك زيادة ملحوظة في الفائض التكافلي.

2- **خبرة إدارة الشركة في الاستثمارات المشروعة وحسن اختيارها لتلك الاستثمارات:** إن حسن استثمار الشركة لأموال التكافل يجعل العائد من تلك الاستثمارات مجدياً، ويزداد تبعاً لذلك الفائض_التكافلي بشكل ملحوظ والعكس صحيح فإن سوء اختيار الشركة لطرق الاستثمار يؤثر تأثيراً سلبياً على الفائض المخصّص للتوزيع.

3- **مقدار التغطية المدفوعة للمتضررين من حملة الوثائق:** فإذا كانت التغطية المدفوعة قليلة كان الفائض التكافلي كبيراً، وإذا كانت التغطية المدفوعة كبيرةً كان الفائض التكافلي قليلاً.

4- **اشتراكات التأمين وعدد المشتركين:** من المعلوم في نظرية الأعداد الكبيرة أن الزيادة في عدد الاشتراكات تؤثّر تأثيراً إيجابياً على الفائض التكافلي، والعكس صحيح فكلما

كان عدد المشتركين قليلاً كان الفائض التكافلي في الغالب قليلاً.

5- **خبرة ونشاط دوائر التسويق في شركات التأمين الإسلامية:** يتأثر الفائض التكافلي سلباً أو إيجابياً في هذا الجانب حسب نشاط دوائر التسويق في توسيع نطاق التأمين التكافلي في المجتمع، ونوع الوثيقة التي يتم تسويقها.

أما تأثير نوع الوثيقة التي يتم تسويقها فكلما كان احتمال وقوع الخطر المؤمّن منه قليلاً كان تأثر الفائض إيجابياً وإذا كان احتمال وقوع الخطر المؤمّن منه كبيراً كان تأثر الفائض سلبياً.

استثمار الفائض التكافلي:

بناء على ما تقدم من تعريف الفائض التكافلي وملكيته فإن إمكانية استثماره تتوقف على كيفية التصرف فيه من قبل مجلس إدارة الشركة نهاية كلِّ سنة مالية.

وأهم صور التصرف في الفائض التكافلي في شركات التأمين الإسلامية ما يأتي:

1- رصد الفائض التكافلي في صندوق خاص يسمى صندوق المخاطر عند مَنْ لا يرى جواز توزيع الفائض على حملة الوثائق على أساس أنّ الاشتراك المدفوع من المشترك كلّه هبة ولا يجوز الرجوع بشيء من الهبة لأنها خرجت من ملك صاحبها.

2- رصد الفائض التكافلي في حسابٍ خاصٍ بصفة احتياطياتٍ فنيةٍ خاصةً في السنوات الأولى من عمر الشركة عند مَنْ يرى جواز توزيع الفائض على حملة الوثائق.

3- صرف الفائض التكافلي في وجوه الخير كلياً أو جزئياً بعد رصده في حساب وجوه الخير في الشركة.

4- توزيع الفائض التكافلي كلياً أو جزئياً على حملة الوثائق بحيث يصبح نصيب المشترك من الفائض جزءاً من مجموع الأموال الفردية التي يملكها ويتصرف بها.

وعلى ضوء ذلك يمكن استثمار الفائض التكافلي في الحالات والكيفيات الآتية:

1- استثمار الفائض التكافلي المرصد في صندوق المخاطر أو في حساب الاحتياطيات الفنية على أساس المضاربة أو الوكالة بأجر معلوم. وينص على ذلك في وثائق التأمين ليصبح معلوماً من قبل حملة الوثائق كما هو معمول به في شركة التأمين الإسلامية ضمن ما يعرف بفقرة التأمين التكافلي.

فإذا كان الاستثمار على أساس المضاربة فتكون الشركة المديرة هي الطرف الذي يقوم بالعمل، وحملة الوثائق هم الطرف صاحب المال، ويكون الربح حصة شائعة تقدر بنسبة مئوية معلومة في حالة تحققه.

وإذا كان الاستثمار على أساس الوكالة بأجر معلوم فإن الشركة تكون وكيلة عن حملة الوثائق في تنمية واستثمار جزء من أموالهم (الفائض المرصد) مقابل نسبة مئوية من الربح المتحقق تماماً كالأجر المعلوم مقابل إدارة العمليات التأمينية.

وتضاف حصة الشركة من الأرباح إلى حساب المساهمين. أما حصة حملة الوثائق فتضاف إلى جملة أموالهم المرصدة في صندوق المخاطر أو حساب الاحتياطيات الفنية الخاصين بهم.

2- استثمار الفائض التكافلي المرصد في حساب وجوه الخير قبل توزيعه على أساس المضاربة أو الوكالة بأجر معلوم كاستثمار الفائض المرصد في صندوق المخاطر وحساب الاحتياطيات الفنية والفرق الوحيد بين هذه الحالة والتي قبلها أن الأرباح المتحققة الخاصة بحساب وجوه الخير تضاف إلى الحساب نفسه ولا يملكها حملة الوثائق.

فتكون الغاية من الاستثمار بالنسبة لهذا الحساب هي تنمية وزيادة أموال وجوه الخير، ويزداد تبعاً لذلك الأجر والثواب بالنسبة لحملة الوثائق لأنّ أصل المال ونَماءَه يكون صدقة.

3- أما الفائض التكافلي المخصص للتوزيع فإن نصيب كلٍّ مشترك يصبح ملكاً خاصاً به، يدخل في حسابه الخاص في الشركة ولا يجوز استثمار شيءٍ منه إلا بإذن صاحبه.

ونظراً لتدني القيمة المالية لحصة كلٍّ مشترك من الفائض التكافلي فإن مثل هذا الاستثمار لا يكون مجدياً إلا إذا كان عدد الراغبين في الاستثمار كبيراً ورغبوا باستثمار مخصصاتهم من الفائض من قبل الشركة. فعندها يمكن أن تستثمر تلك الأموال على نحو ما تقدم في الحالتين السابقتين.

التطبيق العملي لتوزيع الفائض التكافلي في شركة التأمين الإسلامية في الأردن:

أولاً : المبادئ العامة:

أ- يُحدِّد مجلس إدارة الشركة نصيب المساهمين (المالكين للشركة) من عائد استثمار اشتراكات التأمين والتي تستثمر على أساس المضاربة باعتبارهم مضاربين.

ب- يُوزِّع مجلس الإدارة الفائض التكافلي وفق المعيار الذي يراه محققاً لمصلحة الشركة وحقوق حملة الوثائق، وله تفويض رئيس مجلس الإدارة بذلك.

ج- يُعامل المؤمّن له سواءً أكان شخصاً طبيعياً أم شخصاً اعتبارياً، عند احتساب الفائض التكافلي على أساس أن له رقماً حسابياً واحداً طيلة فترة تعامله مع الشركة، بغض النظر عن اختلاف الدوائر الفنية التي يتعامل معها.

د- يُساهم توزيع الفائض التكافلي في ترسيخ الفكر التعاوني في أذهان حملة الوثائق من جهة، ويُشجع على الاشتراك في التأمين التكافلي من جهة أخرى.

ثانياً: مكونات الفائض التكافلي: يتكون الفائض التكافلي من:

أ- الزيادة المتبقية من اشتراكات التكافل المكتتبة بواسطة الشركة مباشرة أو عن طريق الإسناد الاختياري (نظام المحاصة).

ب- حصة حملة الوثائق من أرباح استثمار اشتراكات التكافل.

ج- عوائد عمليات إعادة التأمين.

ثالثاً: أسس حساب الفائض التكافلي:

يراعى في حساب الفائض التكافلي الذي سيخصص للتوزيع رصد الحسابات التالية، وما يزيد عنها يكون صافي الفائض القابل للتوزيع وهي كما يلي:-

أ- حساب احتياطي عام.

ب- حساب احتياطي ديون مشكوك فيها.

ج- حساب مخصص لضريبة الدخل.

د- حساب احتياطيات أخرى مناسبة يقرّها مجلس الإدارة.

هـ- صافي الفائض التكافلي القابل للتوزيع.

رابعاً : كيفية توزيع الفائض التكافلي:

أ- تعتبر دوائر التأمين في الشركة وحدة واحدة، وتعامل كأنها محفظة واحدة، تخصم منها المصروفات والالتزامات بأنواعها المختلفة، ويعامل الفائض على أساس أنه فائض صندوق التكافل للشركة.

ب- يخصص جزء من الفائض التكافلي بصفة احتياطيات فنية لتقوية المركز المالي للشركة علماً بأن المبالغ التي تخصص لهذا الاحتياطي تعتبر ملكاً (لحملة الوثائق).

ج- يوزّع الفائض التكافلي على جميع حملة الوثائق وفق المعيار الأول من المعايير المعتمدة لدى شركات التأمين الإسلامية كما تقدم.

خامساً : قاعدة توزيع الفائض التكافلي:

يحسب نصيب كل مشترك (حامل وثيقة) من الفائض المخصص للتوزيع وفق المعادلة الآتية:

$$\text{نصيب المشترك من الفائض} = \frac{\text{الفائض المخصص للتوزيع} \times \text{اشتراكات التكافل لكل مشترك}}{\text{إجمالي اشتراكات التكافل}}$$

كيفية التصرف في الفائض التكافلي الذي يُعلن عن توزيعه في مركز الشركة ولا يأخذه مستحقوه:

عرضت إدارة الشركة هذا الأمر على هيئة الرقابة الشرعية للشركة وبعد البحث والمناقشة قررت الهيئة أن يعلن عن الفائض التكافلي في مركز الشركة بحيث يعتبر من لا يأخذ مستحقاته منه خلال شهرين من تاريخ الإعلان متبرعاً بنصيبه ليصرف في وجوه الخير.

وأهم مصارف حساب وجوه الخير في الشركة التي حددتها الهيئة ما يأتي:-

1- مراكز تحفيظ القرآن الكريم والمسابقات الخاصة بالقرآن الكريم.

2- النفقات الاستهلاكية للمساجد.

3- الجمعيات والهيئات الخيرية.

4- نفقات العلاج للمرضى الفقراء وذوي الاحتياجات الخاصة.

5- نفقات الدراسة لطلبة العلم الشرعي الفقراء الدارسين في كليات الشريعة.

آثار وثمار الفائض التكافلي

إن الثمار والآثار الإيجابية للفائض التكافلي تكون تبعاً للتصرف فيه من قبل مجالس إدارة شركات التأمين الإسلامية بما يحقّق مصلحة هيئة المشتركين (حملة الوثائق).

فتارة يتم رصد الفائض التكافلي لتكوين الاحتياطيات وخاصة في السنوات الأولى من عمر الشركة، وتارة يوزع الفائض على المشتركين، ويتم التبرع به أحياناً في وجوه الخير، وأهم تلك الآثار والثمار ما يأتي:

1- **<u>الآثار الشرعية:</u>** يعتبر الفائض التكافلي من الفروق الجوهرية التي يتميّز بها التأمين التكافلي الذي أُنشأت على أساسه شركات التأمين الإسلامية عن التأمين التجاري الذي تعمل بمقتضاه شركات التأمين التقليدية. فالفائض التكافلي في التأمين التكافلي يعاد إلى المشتركين بناءً على أنه زيادة من الاشتراكات التي أُخذت منهم مع نَمائها المشروع وذلك بعد تغطية كافة المطالبات على أساس الالتزام بالتبرع؛ لأنّ التأمين التكافلي من عقود التبرعات.

أما في التأمين التجاري فإنّ الزيادة المتحصلة من الفرق بين المطالبات والأقساط تعتبر ربحاً خاصاً بالمساهمين؛ لأنّ التأمين التجاري عقد معاوضة مالية يستهدف الربح من التأمين نفسه ولذلك تطبق عليه أحكام المعاوضات المالية.

ولا شك أن عقد التأمين بصفة عامة يشتمل على الغرر المتمثل في احتمالية وقوع الحادث المؤمّن منه أو عدم وقوعه، ويشتمل أيضاً على الجهالة المتمثلة بمقدار التعويض المستحق في حالة وقوعه.

ومن المقرر شرعاً أن عقود المعاوضات المالية لا تصح مع الغرر والجهالة، في حين أنهما لا يؤثران في عقود التبرعات، لذلك كان عقد التأمين التجاري محرماً، وعقد التأمين التكافلي مشروعاً.

ومن ناحية أخرى فإن الاستمرار في توزيع الفائض التكافلي أو التصرف فيه لمصلحة المشتركين في عقد التأمين التكافلي يساهم مساهمة كبيرة في ترسيخ فكر التأمين الإسلامي في أذهانهم ويشجع غيرهم على التأمين لدى شركات التأمين الإسلامية، ويؤكّد مصداقية تلك الشركات والتزامها بأحكام الشريعة الإسلامية في تقديمها لخدمات التأمين بمقتضى عقد التأمين التكافلي البديل الشرعي للتأمين التجاري.

ولا شك أن الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في إدارة أعمال التأمين وتنمية أمواله يؤدّي إلى تقدم وازدهار صناعة التأمين الإسلامي وانتشارها في الأسواق المحلية والعالمية.

2- **الآثار الفنية:** إنّ الاحتفاظ بكامل الفائض التكافلي أو بجزءٍ منه لتكوين الاحتياطيات الفنية خاصةً في بداية عمر الشركة يُعتبر من الناحية التأمينية قراراً حكيماً لأنه يقوّي الملاءة المالية لصندوق التأمين التكافلي الذي له حكم الشخصية الاعتبارية والذمة المالية المستقلة عن أموال المشتركين.

وإن زيادة مقادير الاحتياطيات المكوَّنة من الفائض التكافلي تُمكِّن الصندوق من معالجة المطالبات المالية الكبيرة والتغلّب عليها بنجاح لأنها تُشكِّل خط الدفاع الأول عن مصلحة المشتركين التأمينية وتحميهم من اللجوء إلى الاقتراض من أموال المساهمين.

3- **الآثار المادية:** إن توزيع الفائض التكافلي على المشتركين في التأمين الإسلامي يقلّل من القيمة الفعلية لاشتراكات التكافل على الصعيدين الفردي والمؤسّسي ويُعتبرُ حافزاً تشجيعياً لمواصلة التأمين لدى الشركات الإسلامية دون نظيراتها التقليدية؛ وذلك لأنّ مقدار الاشتراك يُؤخذ بعين الاعتبار لدى بعض الفئات والمؤسسات التي لا تعطي الجانب الشرعي اهتماماً كبيراً عند رغبتها في التأمين، فانخفاض قيمة الاشتراك تَبعاً لما يُعاد منه بصفة فائض تكافلي يشجع تلك الفئات على التأمين لدى الشركات الإسلامية.

4- **الآثار الاجتماعية:** لقد أظهرت الممارسات العملية لتوزيع الفائض التكافلي أن عدداً لا يستهان به من حملة الوثائق لا يراجعون الشركة لأخذ مستحقاتهم من الفائض التكافلي وخاصة فائض التكافل الإلزامي للمركبات إما لعدم معرفتهم لوجود الفائض أو لكونه قليلاً، أو لتعذر حضورهم لكونهم مسافرين عبوراً من البلاد التي يؤمنّون مركباتهم فيها. ويتكوّن من مجموع تلك المبالغ المالية المتواضعة مبالغ مالية كبيرة، الأمر الذي دفع بعض إدارات الشركات إلى عرضه على هيئات الرقابة الشرعية فيها للاسترشاد برأيها في كيفية التصرف في تلك الأموال.

وقد استقر رأي بعض تلك الهيئات ومنها هيئة الرقابة الشرعية لشركة التأمين الإسلامية في الأردن على أن تلك المبالغ تُرصد في حسابٍ خاص يسمى حساب وجوه الخير وتُنفق في المجالات التي سبق ذكرها في بداية هذا البحث.

ولا شك أن مثل هذا الإنفاق الخيري يساهم مساهمة فاعلة في إعمار وتفعيل دور المؤسسات الدينية كالمساجد ومراكز تحفيظ القرآن وكليات تدريس علوم الشريعة

الإسلامية كما يساهم في تفعيل دور المؤسسات الاجتماعية كالجمعيات الخيرية التي تُعنى بشؤون الفقراء والمحتاجين وجمعيات رعاية شؤون الأرامل والأيتام وجمعيات العناية بذوي الاحتياجات الخاصة وبالإضافة إلى هيئات الإغاثة الخيرية ذات الأهداف الإنسانية المتعددة. فعلى سبيل المثال إن شركة التأمين الإسلامية في الأردن تنفق من حساب وجوه الخير في هذه المجالات حوالي عشرين ألف دينار في شهر رمضان المبارك من كل عام.

إن مساهمة الفائض التكافلي في هذه المجالات الاجتماعية الخيرية يعكس الصبغة الإسلامية التي تسمى بها هذه الشركات (شركات التأمين الإسلامية) ويُجذِّر معنى التعاون على البر والتقوى الذي قامت على أساسه بأروع صورة وأوسع معنى، فلا ينحصر التكافل والتعاون بين حملة الوثائق بل يتعداهم –وبجزء من أموالهم– ليشمل غيرهم من الأفراد والمؤسسات ضمن إطار شامل من التكافل والتراحم بين أفراد المجتمع الواحد، تحقيقاً لقول الله تبارك وتعالى: {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان} (سورة المائدة: 2).

5- **<u>الآثار الأخلاقية أو السلوكية:</u>** إن الاستمرار في توزيع الفائض التكافلي على حملة الوثائق، وتأكيد ملكيتهم له واختصاصهم به على أساس أنه زيادة من الاشتراكات التي دفعوها وأرباح استثمارها يُولِّد لديهم الشعور بالمسؤولية ويُنمّي فيهم الغيرة على أموال حملة الوثائق المتمثلة في اشتراكات التأمين.

كما يولِّد بين جمهور حملة الوثائق سلوكاً رفيعاً يتمثّل في المحافظة على الأشياء المؤمّن عليها، وحسن التصرف فيها أثناء استخدامها، وعدم التفكير في استغلال أموال حملة الوثائق أو النيل منها بغير وجه مشروع، وإذا ساد مثل هذا الخلق الرفيع والسلوك القويم قلّت أو انعدمت الحوادث المفتعلة، ويقل تبعاً لها حجم التغطية ويترتب على ذلك زيادة في الفائض التكافلي.

والحمد لله رب العالمين،،،

المبحث الثالث: ملاءة صندوق التكافل، الدكتورة/ أنكو ربيعة عدوية أنكو علي، أستاذة مشاركة في كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا

مقدمة

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين.

أولاً: معلومات أساسية عن الموضوع:

إن تنظيم ومراقبة الملاءة المالية لشركات التأمين هو جانب هام من جوانب تنظيم التأمين. ويتوقع اعتماد نهج تنظيمي مماثل فيما يخص التأمين التكافلي.

الحاجة إلى تنظيم الملاءة المالية لعملية التكافل:

يعتبر عنصر متطلبات الملاءة أداة تنظيمية أساسية في نظام التكافل المعاصر، وخاصة في ضوء تزايد تعقيدات الأعمال التجارية والعمليات المتعلقة بالتكافل. وتتجلى أهمية هذه الملاءة في قدرة هذه الأخيرة على الوفاء بالتزاماتها حيال جميع العقود في أي وقت كان. وبذلك، تكون مؤشرات الملاءة المالية بمثابة إنذار مبكر وحاسم للسلامة المالية لتلك الموارد وقدرتها على الوفاء بهذه الالتزامات.

على نفس القدر من الأهمية، تظهر الحاجة إلى ضمان بناء إطار الملاءة على أسس قياس ملائمة وحكيمة، في ضوء السمات المحددة والخصائص المميزة لعملية التكافل. إن الذين يفهمون التكافل وسماته المميزة سيوافقون على أن الاتجاه نحو تنظيم متطلبات الملاءة المالية لقطاع التكافل ينبغي أن يأخذ بعين الاعتبار وبصورة مثالية الخصائص المميزة له.

السمات المميزة لعملية التكافل:

من منظور تنظيمي، تخلق عملية التكافل صنفاً مميزاً ليس من السهل أن ينسجم مع التصنيفات الحالية لقطاعات التأمين التقليدية. فالتأمين التقليدي، يظهر فيه عموما صنفان: التأمين المتبادل والتأمين التجاري، حيث ينظم وفق سماتهما المميزة. أما عملية التكافل فإنها لا تتوافق تماماً مع أي من الصنفين. حيث يعتبر كثير من الناس أن التكافل نوع هجين متولد عن اندماج بين نشاطات التأمين المتبادل والتأمين التجاري. ولائحة التأمين حتى الآن لا تنص على

مثل هذا الشكل الهجين. وهذا في حد ذاته يثير بعض المخاوف التي تستدعي اعتماد نهج تنظيمي مختلف لمعالجة الخصائص الفريدة لعملية التكافل.

يعتقد أن الصيغة المميزة لعملية التكافل تتولد عن المبادئ التعاقدية المختلفة والتي تحكم العلاقة بين الأطراف في وثيقة التكافل. تنبع العلاقات التعاقدية المختلفة مباشرة من أحكام الشريعة المنظمة لعملية التكافل. هذه القواعد التعاقدية وما ينتج عنها من آثار قانونية أخرى تميز التكافل عن التأمين التقليدي. مرة أخرى، ينبغي الأخذ بالاعتبار هذا التميز على نحو كاف أثناء صياغة نظام قانوني ملائم لنظام التكافل.

وأهم السمات المميزة للتكافل في جانبه التعاقدي المتوافق مع الشريعة الإسلامية هي:

- مساهمة التكافل ذات طبيعة خيرية / تبرع بغرض التغطية المتبادل، و
- دور مؤسسات التكافل كمدير ومُسَيِّر لصندوق التكافل لغرض اكتتاب المساهمات، وإدارة المطالبات والاستثمار.

ويترتّب على ذلك أنه في التكافل، يكون المساهمون هم المُؤمّن عليهم، ولكن الشركات ليست هي المُؤمِّنة. حيث إن هذه الأخيرة هي من الناحية التقنية صندوق التكافل الناشئ عن تبرعات المساهمين، كأنها شخصية اعتبارية مستقلة تحمل عبء مسؤلية المؤمّن. وهذا فارق أساسي وواضح فيما يخص العلاقة القانونية في التأمين التجاري، حيث يمثل حملة وثائق التأمين المُؤَمَّنْ عليهم، وشركة التأمين هي المُؤَمّنة.

خصائص التكافل المذكورة أعلاه تؤثر بشكل مباشر في مسألة:

"مسؤولية" عن ملاءة صناديق التكافل؛

"ملكية" موارد وموجودات صندوق التكافل.

بالرغم من وجود اتفاق حول خصائص التبرع في التكافل، إلا أنه لا يوجد اتفاق بين الفقهاء المعاصرين حول الطبيعة الفعلية لعقد التبرع والتي تنطبق على اشتراكات التكافل؛ والآثار المترتبة عليه فيما يخص ملكية صناديق التكافل. كيّف بعض الفقهاء ذلك على أنه شكل من أشكال الهبة، وذهب البعض الآخر إلى أنه شكل من أشكال الوقف، بينما فريق ثالث يرى أنه بصفة عامة التزام بالتبرع. ولكنه حتى بالنسبة للفقهاء الذين اختاروا تكييف طبيعة التبرع

بالهبة فإنهم قد اختلفوا في تحديد طبيعة هذه الهبة، حيث يعتبرها بعضهم هبة حقيقية، وبعضهم يعتبرها هبة مشروطة، أما الفريق الثالث فيعتبرها هبة بعوض أو هبة الثواب.

ويعتقد أن التحديد النهائي لنوعية التبرع عقديا سيحدد الآثار القانونية المترتبة على مثل هذا التبرع على صناديق التكافل، وبخاصة ملكية هذه الأموال، ومعالجة فائض الاكتتاب، والالتزامات المترتبة على الإعسار، ومسألة "الدعم المتبادل" (cross-subsidy) بين أنواع مختلفة من خطط التكافل. لذا، تحاول هذه الورقة بإيجاز دراسة التكييفات المختلفة لطبيعة التبرع في التكافل، وما ينجم عن كل واحد منها من آثار قانونية على مسألة ملاءة صندوق التكافل. تركز هذه الورقة على هذا الجانب من صناديق التكافل والتي تخصص لتغطية المخاطر والمطالبات (حسابات الخاصة بالمخاطر)، وليس المدخرات/ أو الأجزاء المتعلقة باستثمار الموارد (في التكافل العائلي) التي من الواضح أنها تخص المشتركين فيه.

طبيعة التبرع في التأمين التكافلي وآثاره في ملكية صندوق التكافل وملاءته:

قد كتب الكثير عن طبيعة التبرع في عمليات التكافل من طرف العديد من العلماء المعاصرين. والملاحظ أن كلا منهم يأتي بتكييفات وتأصيلات مبنية على أدلة شرعية، ومناقشات علمية في اختيارهم للتكييف الأرجح.

وليس الغرض من هذه الورقة الخوض في تفاصيل هذه التكييفات والحجج. حيث يمكن الوقوف على ذلك من خلال الأبحاث والدراسات الواردة بشأن هذه المسألة لمن يرغب في المزيد من التفصيل. أما الغرض الأساسي من هذه الورقة فهو تسليط الضوء على مختلف التكييفات التي قدمها العلماء تسليطا مختصرا وتحقيق الآثار المترتبة على كل منها على مسألة ملكية صناديق التكافل، والمسؤولية المترتبة على ملاءة هذا الصندوق.

التكييفات الفقهية لطبيعة التبرع في التكافل:

ناقش الشيخ الدكتور علي محي الدين القره داغي موضوع التكييفات الفقهية لطبيعة التبرع في التكافل مناقشة تحليلية متوسعة ودقيقة، وهذا في كتابه القيم "التأمين الإسلامي: دراسة

فقهية تأصيلية".[2] فتناول الدكتور القره داغي احتمال أربع تكييفات لعقد التأمين التكافلي الإسلامي، وهي بالاختصار:

- التكييف على أساس الهبة بعوض أو هبة الثواب
- التكييف على أساس نظام العاقلة
- التكييف على أساس عقد الموالاة
- التكييف على أساس الالتزام بالتبرع أو النهد[3]

أما بالنسبة للتكييف الأول، عرّف الدكتور القره داغي هذا النوع من الهبة بما جاء في شرح الخرشي: "وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي."[4] و أشار الدكتور القره داغي بأن العلماء اختلفوا في أن الهبة هل تقتضي ثوابا؟ فذهب جمهورهم إلى أنها تقتضي ذلك. واستخلص الدكتور القره داغي بأن التكييف على أساس هبة الثواب أو الهبة بعوض "من حيث الحقيقة واللزوم يصلح أن يكون أصلاً عاماً في بناء عقد التأمين على الحياة عليه"، غير أنه يرى بأننا اليوم "أمام مسائل جديدة أخرى يمكن أن نضع شروطا جديدة وصياغة جديدة لعقود جديدة لا تتعارض مع نصوص الشريعة الغراء."[5]

وأما التكييف الثاني على أساس نظام العاقلة فرفضه الدكتور القره داغي لأنه يراه تكييفا معيبا. كذلك التكييف الثالث على أساس عقد الموالاة فيراه غير صالح للتأمين التعاوني لعدة أسباب منها كون عقد الموالاة محل خلاف كبير ولا سيما رأي الجمهور بأنه ليس سببا للإرث.[6]

وبالنسبة للتكييف الرابع على أساس الالتزام بالتبرع، عّرفه الدكتور القره داغي حسب ما ذكره الفقيه المالكي الحطاب في كتابه "تحرير الكلام في مسائل الالتزام" بأنه "إلزام الشخص نفسه شيئاً من المعروف من غير تعليق على شيء، فدخل في ذلك الصدقة، والهبة والحبس، والعارية، والعمرى، والعرية، والمنحة، والإرقاق والاخدام، والإسكان، والضمان، والالتزام بالمعنى الأخص."[7]

---

[2] القره داغي، علي محي الدين، "التأمين الإسلامي"، ص 242، دار البشائر الإسلامية، 2004م.

[3] المعروف أيضا بالتناهد.

[4] الخرشيعلى مختصر سيدي خليل، الجزء السابع، ص102، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.

[5] علي محيي الدين القرة داغي، مرجع سابق، ص 250.

[6] المرجع السابق، ص 252 – 253.

[7] المرجع السابق، ص 254.

وفضلا من تعريف الحطاب، نقل الدكتور القره داغي من الحطاب نقطة أخرى مهمة لتسليط الضوء على الأثر التعاقدي المترتب من الالتزام بالتبرّع، وهي كون الالتزام لازماً وملزماً على الملتزم ما لم يفلس، أو يتوفي، أو يمرض مرض الموت.

وبعد عرضه للتكييفات الفقهية السابق ذكرها، صرّح الدكتور القره داغي بأنه يرجّح التكييف على أساس الالتزام بالتبرّع، أو التبرّع المتمثل بعقد الهبة بثواب، أو الهبة بشرط التعويض، والنهد، والرقبى والعمرى، فهو العقد الذي ينظم علاقة المشتركين المستأمنين بحساب التأمين.[8]

بيّن المعيار الشرعي رقم (26) في التأمين الإسلامي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الهيئة) في البند 4 بأن العلاقة التعاقدية في التأمين الإسلامي تنقسم إلى ثلاث علاقات، من خلالها العلاقة الثالثة ما نصه: "(ج) العلاقة بين حملة الوثائق وبين الصندوق عند الاشتراك هي علاقة التزام بالتبرّع، والعلاقة بين المستفيد وبين الصندوق عند التغطية هي علاقة التزام الصندوق بتغطية الضرر حسب الوثائق واللوائح."

كما بيّن المعيار نفسه في البند 5 بأن التأمين الإسلامي يقوم على المبادئ والأسس الشرعية التي يجب أن ينص عليها في النظام الأساسي للشركة، أو في اللوائح، أو في الوثائق. والمبدأ الشرعي الأول الذي ينص عليه المعيار في البند 1/5 هو: "الالتزام بالتبرع؛ حيث ينص على أن المشترك يتبرع بالاشتراك وعوائده لحساب التأمين لدفع التعويضات، وقد يلتزم بتحمل ما قد يقع من عجز حسب اللوائح المعتمدة."

بناء على ما تقدّم من نصوص المعيار نفهم بأن التكييف الفقهي المختار من قبل المجلس الشرعي للهيئة هو كون التبرع التكافلي في التأمين الإسلامي التزاما بالتبرع، لازما و ملزما على المشتركين. ووضّح المجلس الشرعي بأن مستندهم لكون عقد التأمين الإسلامي عقدا تبرعيا لازما هو أنه يكيف على أساس النهد (الالتزام بالتبرع). وجاء البيان في الحاشية بما نقل من ابن حجر في فتح الباري: "النهد: بكسر النون وفتحها: إخراج القوم نفقاتهم على قدر عدد الرفقة"، حيث يدفع كل واحد منهم بقدر ما دفعه صاحبه، ولكنه قد ينفق عليه أكثر، ومع ذلك وما يتبقى في الأخير يوزع عليهم إن لم يدخروه لسفرة أخرى.[9]

---

[8] المرجع السابق، ص 255.

[9] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص 446 – 447، دار الاستثمار، الطبعة الأولى، 1428هـ – 2007م.

تحليل المسألة في ضوء التكييفات الفقهية:

استناداً إلى المناقشات التي جرت حول التكييفات الفقهية المختلفة لطبيعة التبرع في التكافل، فإنه يمكن تسجيل عدة ملاحظات:

أولا: وقبل كل شيء، كل التكييفات أوضحت أن اشتراكات التكافل لا تخص مؤسسات التكافل. ويترتب على ذلك أنه يجب أن يكون هناك انفصال بين صناديق التكافل والموارد المالية للشركة نفسها (الموارد المالية لمساهمي الشركة). فإن مؤسسة التكافل مجرد وكيل لإدارة هذه الصناديق.

ثانيا: أما مسألة من يملك صناديق التكافل، فإن ذلك يعتمد على التكييف المختار لمسألة التبرع.

- فإذا كان التكييف الفقهي يرى أن التبرع هو هبة (سواء كان بشرط العوض أم لا)، فإن ملكية الصندوق ستكون مع المستفيد منها. أما المسألة الأخرى ذات الصلة فهي: متى تصبح الهبة لازمة على الواهب وما يترتب عليها من نقل ملكية للموهوب؟ فإن بعض الفقهاء (مثل الثوري والشافعي وأبي حنيفة) صرح بأن لزوم عقد الهبة و نقل الملكية لا تكون كاملة إلا بعد قبض الموهوب للهبة؛ في حين يرى البعض الآخر (مثل المالكية في المشهور في المذهب) أن اللزوم والملكية تحصل بمجرد التصريح بالهبة.
- أما إذا كان التكييف الفقهي للتبرع على أنه شكل من أشكال الالتزام بالتبرع (النهد/ التناهد)، بصورته المعهودة، فإن ملكية الصناديق تكون بين جميع المشتركين، والتي ستستخدم لمساعدة من كان منهم في حاجة لها. ومع ذلك، فإنه في الصيغة الحديثة لعملية التكافل، تعامل صناديق التكافل (في الحساب) كما لو كانت كيانا مستقلا ذا شخصية اعتبارية مستقلة، بدلا من أن تنسب إلى المشتركين من ناحية الملكية. وربما يعود ذلك إلى طبيعة العملية والتغطية المستمرة للتكافل، واحتمال تغير المشتركين خلال هذه العملية.
- إذا كان التكييف الفقهي أن التبرع وقف، فإن ملكية هذه الأموال ستكون مع الأوقاف. وإن الاستفادة من الأموال وتحديد المستفيدين من الوقف (صندوق التكافل) ستتبع شروط الوقف.

وباختصار، فإن كل التكييفات الفقهية المذكورة أعلاه تمنع ملكية مؤسسات التكافل للصناديق. وبدلا من ذلك، يمكن القول إن المشتركين، بشكل أو بآخر، هم المالكون الحقيقيون

لصناديق التكافل، سواء كمساهمين أو مستفيدين، وهذا يتوقف طبعا على التكييف الفقهي المعتمد.

بناء على ما تقدم، يمكننا استخلاص نتيجة عامة مفادها أن ملكية صناديق التكافل ترجع إلى المشتركين أساساً. ويترتب على ذلك أن الحقوق والالتزامات المتعلقة بهذه الصناديق سوف تلحق بهؤلاء المشتركين بناء على تقرير ملكيتهم للأموال. وهكذا، واستنادا إلى هذا التحليل، فإن الخسائر المالية من الاكتتاب والاستثمار من الناحية الفنية ينبغي أن تتحملها صناديق التكافل والمشتركين فيها إلا في حالة تقصير أو تعدي من مؤسسة التكافل. وسيعني ذلك أيضا أن مسؤولية الملاءة المالية لصناديق التكافل تقع على عاتق المشتركين.

وفي هذا الخصوص، صرح المعيار الشرعي رقم (26) في التأمين الإسلامي للهيئة في البند 2/5 بأن من المبادئ والأسس الشرعية للتأمين الإسلامي "قيام الشركة المنظمة للتأمين بإنشاء حسابين منفصلين أحدهما خاص بالشركة نفسها: حقوقها والتزاماتها، والآخر خاص بصندوق (حملة الوثائق) حقوقهم والتزاماتهم."

وينص في البند 3/5: بأنّ "الشركة وكيلة في إدارة حساب التأمين، ومضاربة أو وكيلة في استثمار موجودات التأمين." كما ينص في البند 4/5 على أن حساب التأمين "يختص بموجودات التأمين وعوائد استثماراتها، كما أنه يتحمل التزاماتها."

ومع ذلك، يمكن لأحد أن يسأل: ما هو دور مؤسسات التكافل حينئذ؟ ألا ينبغي أن تتحمل بعض المسؤوليات المتعلقة بالملاءة المالية لصناديق التكافل مادامت هي المكلفة بإدارة جميع جوانب عملية التكافل بما في ذلك الاكتتاب، والمطالبات والاستثمار؟ ويتأكد ذلك في حالة ما إذا كانت مؤسسات التكافل تفرض رسما أو حصة من الأرباح لإدارة العمل، بناء على خبرتهم في أعمال التأمين، مثل عمليات التقييم الائتماني، وتقييم المخاطر، وتقنيات التسعير. إن مهمة الإدارة الملقاة على عاتق الشركات إضافة إلى فعالية وكفاءة التنفيذ في نهاية المطاف سيكون لها تأثير مباشر على الملاءة المالية لصناديق التكافل لتلبية المطالبات والالتزامات في المستقبل.

ثانياً: دور مؤسسات التكافل في عملية التكافل وملاءة صندوق التكافل

الدور التعاقدي

تقوم العلاقة التعاقدية بين مؤسسة التكافل والمشتركين في التكافل على العقدين الآتيين:

- عقد الوكالة؛
- عقد المضاربة.

ومع ذلك، في سياق عملية التكافل، تعتبر الوكالة الأهم والأكثر انتشاراً. ومن خلال عقد الوكالة هذا يخول المشتركين السماح لمؤسسات التكافل بأن تكون وكيلا لإدارة جميع جوانب التأمين لعملية التكافل، مثل:

- اكتتاب الاشتراكات التبرعية.
- تقديم تقييمات أكتوارية (actuarial) لتحديد أسعار الاشتراكات.
- تقييم المخاطر وإدارة الاحتياطيات.
- إدارة المطالبات والمدفوعات الخ.

بالإضافة إلى إدارة جانب التأمين للتأمين التكافلي، يمكن للوكالة أن تتعدى إلى تخويل الشركة إدارة الجانب الاستثماري لصندوق التكافل أيضاً. بالنظر إلى الخدمات المقدمة بموجب عقد الوكالة، سواء ما تعلق بجانب إدارة التأمين أو إدارة الاستثمارات، فإن الشركة عادة تشترط بعض الرسوم. لذلك، فإن العقد على مقتضى هذا المعنى هو عقد وكالة بأجر، ويكون دور الشركة التعاقدي هو بصفة وكيل.

وخلافا لذلك، بعض مؤسسات التكافل تفرّق بين حالة إدارة التأمين وإدارة الاستثمار. فيستخدم عقد الوكالة لإدارة التأمين، وعقد المضاربة لإدارة الاستثمار. وفي هذه الحالة، تشترط الشركة عادة رسوم الوكالة لإدارة التأمين، وتحصل على نصيب من الأرباح في ظل المضاربة والاستثمار. وهنا، يكون الدور التعاقدي للشركة هو دور الوكيل لإدارة جوانب التأمين، ودور المضارب لإدارة الاستثمار.

وفي هذا الخصوص، بيّن المعيار الشرعي رقم (26) في التأمين الإسلامي للهيئة في البند 4 (ب) بأن: "العلاقة بين الشركة وبين صندوق حملة الوثائق هي علاقة الوكالة من حيث الإدارة، أما من حيث الاستثمار فهي علاقة المضاربة، أو الوكالة بالاستثمار."

في إطار كل من عقد الوكالة وعقد المضاربة، تكون المسؤوليات التعاقدية لمؤسسة التكافل فقط بوصفها أمينة، وليس بوصفها ضامنة أو كفيلة. فإن مؤسسة التكافل ليست مسؤولة في حالة وقوع أي خسائر لعجز صناديق التكافل أثناء عملية التكافل، إلا إذا كان هذا العجز أو الخسائر ناجمة عن التقصير أو التعدي من طرف الشركة. في هذا المعنى، يمكن القول أن الملاءة المالية ليست هي المسؤولية المباشرة الأصلية لمؤسسة التكافل، بل هي في نهاية المطاف ملحقة بصندوق التكافل أو المشتركين فيه.

التوقعات المعقولة للمشتركين و الممارسات الأفضل ؟

بالرغم كون طبيعة دور الشركة مبنياً على مبدأ الأمانة بموجب العقود أثناء الممارسة العملية، فإن المشتركين في التكافل يميلون إلى أن تكون لديهم مجموعة من التوقعات من عمليات التكافل وشركاتها. بشكل عام، إن المشتركين في التكافل باعتبارهم زبائن وعملاء للخدمات المالية الإسلامية، ينظرون إلى التكافل على أنه تأمين متوافق مع الشريعة الإسلامية. وهكذا، فإن توقعاتهم المعقولة والمعهودة نحو التكافل من شأنها أن تكون مبنية على قواعد وممارسات التأمين التقليدي.

ومن المشكوك فيه حاليا إدراك المشتركين حقا للصورة الكاملة لعمليات التكافل، وخاصة قضايا الملاءة المالية، مثل مسؤوليات تغطية العجز. حيث إن القناعة السائدة اعتقاد معظم المشتركين في التكافل أن الفوائد "مضمونة" كمثيلتها في استحقاقات التأمين التقليدية.

وقد لا يفهمون حتى أن الشركة ليست مسؤولةً عن العجز إلا في حالات التقصير أو التعدي، أو أنه قد يكون على المشتركين زيادة مساهمتهم التبرعية في الصندوق في حالة العجز. لهذا السبب، تسمح القرارات الشرعية بفرض مزيد من المساهمات على المشتركين لتغطية العجز في حالة إدراج ذلك في العقد الأصلي للتكافل فقط. وهذا لمنع الفجوة بين التوقعات المعقولة للمشتركين وطبيعة دور الشركة في الملاءة المالية لصندوق التكافل. فضلا عن ذلك، فإن إدارة التبرع في صندوق التكافل تقع على عاتق الشركة، حيث لا يكون المشتركون على علم بالآثار المترتبة على الملاءة المالية لصناديق التبرع التكافلي.

هكذا، وفي هذا السياق، ولغرض تطوير ممارسات أفضل في مجال تنظيم الملاءة المالية لصندوق التكافل، يجب تناول عدد من القضايا وهي:

- هل فرض شروط الملاءة المالية على المشتركين يتوافق مع توقعاتهم المعقولة وروح التكافل عموما؟
- هل مؤسسات التكافل على استعداد لتحمل مسؤوليات متطلبات الملاءة المالية لمجاراة التوقعات المعقولة للمشتركين؟
- متطلبات الملاءة المالية تهدف إلى تعزيز مستوى أمن صناديق التبرع التكافلي لدفع استحقاقات التكافل وتغطية مطالباته. ولكن، ما هو دور المنظم في مطابقة توقع " فوائد تكافل مضمونة" من قبل المشتركين، بدلا من فرض متطلبات الملاءة المالية على مؤسسات التكافل.

ثالثاً: سياسات معتبرة لوضع ضوابط ملاءة صندوق التكافل:

رغم أن ملاءة صناديق التكافل تقع تحت مسؤولية المشتركين أساساً باعتبارهم المالكين والمستفيدين، فإنه لاعتبارات تنظيمية قد تتطلب ضمانات إضافية لتوفير المزيد من السيولة لنظام تكافل أفضل. وبعبارة أخرى، تنظيم الملاءة المالية للتكافل قد يتطلب تفكيراً وسياسات موجهة أعمق لموافقة خصوصيات التكافل مع تنظيم الآلية العامة للملاءة المالية في قطاع التأمين.

وفي هذا الصدد، سيجري النظر بمزيد من التفصيل في عدد من الآليات التنظيمية فيما يأتي:

- فرض إلزامية تقديم الدعم المالي على مؤسسات التكافل؟
- الدعم عبر صناديق التكافل المختلفة؟
- الإطار التنظيمي لرأس المال المبني على أساس المخاطر في التكافل؟

فرض إلزامية تقديم الدعم المالي على الشركة

فقد لوحظ في بعض الأطر التنظيمية أن المنظم يفرض على الشركات إثبات مساهمتها في تقديم بعض الدعم المالي من أجل الملاءة المالية لصناديق التكافل. مبدأ فرض المسؤولية المتعلقة بالملاءة المالية على الشركات يعكس البيئة الحالية لعمليات التكافل، وتشمل ما يأتي:

- تعتبر مؤسسات التكافل مؤسسات مالية إسلامية مرخصة تعمل في مجال صناعة مالية منظمة؛

- تسوق مؤسسات التكافل منتجاتها بين المشتركين مع الأخذ بعين الاعتبار إمكانية الوفاء بالمطالبات من خلال صناديق التكافل، وكونهم الخبراء في مجال إدارة هذه الأخيرة؛
- تحقق مؤسسات التكافل أرباحها من خلال عملهم وخبراتهم في مجال إدارة صناديق التكافل، وهذا ينبغي أن يشمل تقييم الملاءة المالية و إدارتها؛
- وضع بعض المسؤوليات المتعلقة بالملاءة المالية لصناديق التكافل على عاتق مؤسسات التكافل، الغرض منه التركيز على إبراز الحاجة إلى إدارة حكيمة لصناديق التكافل من طرف الشركات أثناء أداء واجباتها الائتمانية لتفادي الأضرار المعنوية؛
- لا يحق للمشتركين التدخل في إدارة التكافل. وبالتالي، فإن مستوى الفهم لعملية التكافل عندهم، واستعدادهم لتحمل مسؤوليات غير محدودة لملاءة الصندوق لا تزال موضع شك.

وهكذا، لتوفير الراحة على حد سواء وتنظيم هذه الصناعة بشكل عام، فقد وضعت التدابير الإضافية من قبل بعض مؤسسات التكافل لتلبية متطلبات الملاءة المالية لصناديق التكافل. وعادة ما تنطوي هذه التدابير على استخدام مؤسسات التكافل صندوق المساهمين لتوفير الدعم المالي لدعم الملاءة المالية لصناديق التكافل من خلال الممارسات التالية:

- القرض (بدون فائدة) لتلبية المطالبات عند العجز في صناديق التكافل؛
- إدخال موجودات مؤسسات التكافل في صناديق التكافل؛
- تخصيص بعض الموجودات في صندوق المساهمين لتغطية أي عجز في صناديق التكافل.

وباختصار، فإن جميع الترتيبات المذكورة أعلاه تنطوي على استخدام مؤسسات التكافل رأس مال المساهمين لدعم أي نقص في صناديق التكافل.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: ما هو الموقف الفقهي من إلزام مؤسسات التكافل على تقديم الدعم المالي لدعم الملاءة المالية لصناديق التكافل من خلال ما تقدم؟

يرى الدكتور محمد سليمان الأشقر[10] بأنه لا يجوز لشركة التأمين الإسلامي أن تلتزم بتغطية عجز الأموال التأمينية من أموال المساهمين، ولو على سبيل القرض. وإنما أجاز الدكتور الأشقر أن تكون التغطية من جهات أخرى أي:

[10]"التأمين على الحياة وإعادة التأمين"مرجع سابق، ص 22-23.

- من الأرباح الاستثمارية للأموال التأمينية،
- من الاحتياطات التأمينية،
- من شركة إعادة تأمين إن وجدت،
- من جهة أطراف خارجية، إن كانت قد تعهدت بذلك. فإن لم يوجد
- فمن المستأمنين أنفسهم، ويشترط لذلك أن يكونوا قد تعهدوا به في طلب الاشتراك.

استدل الدكتور الأشقر بأن مؤسسة التكافل تقوم بدور المضارب في استثمار صناديق التكافل. وهكذا، عندما تقوم الشركة بتقديم قرض إلى صناديق التكافل في حالة العجز، فحينئذ تصبح في صورة اشتراط عقد في عقد، فهو مضاربة وسلف، أو مضاربة وكفالة، فلا يجوز.

الحجة التي قدمها الدكتور الأشقر أعلاه تنطبق على الحالة التي تكون فيها مؤسسة التكافل هي المضارب. نفس الحجة قد لا تنطبق فيها على مؤسسة التكافل إذا استخدمت عقد الوكالة في إدارة صناديق التكافل، وهو المعمول به في العديد من مؤسسات التكافل.

ويقابل رأي الدكتور الأشقر، ما جاء في المعيار الشرعي رقم (26) في التأمين الإسلامي للهيئة: "في حالة عجز موجودات التأمين عن سداد التعويضات المطلوبة، وعدم كفاية تعويضات شركات إعادة التأمين فإنه يجوز للشركة أن تسد العجز من تمويل مشروع أو قرض حسن، على حساب صندوق التأمين، وتغطى الالتزامات الناشئة عن العجز الحادث في سنة ما من فائض السنوات التالية، كما يجوز للشركة مطالبة حملة الوثائق بما يسد العجز إذا التزموا ذلك في وثيقة التأمين" (البند 10 / 8)

ولقد اعتمد المجلس الشرعي الاستشاري التابع للبنك المركزي الماليزي نفس الرأي الصادر عن الهيئة بخصوص هذه المسألة. فعلى سبيل المثال، في اجتماع المجلس الشرعي الاستشاري الثامن والثلاثين تقرر ما يلي: "في حال أن الاحتياطيات ليست كافية لتغطية العجز في الحساب الخاص بالمشتركين، يجب على مؤسسات التكافل تغطية العجز عن طريق تقديم مساعدة مالية من صندوق المساهمين عن طريق القرض الحسن".

وفي سياق مماثل، قرر المجلس الشرعي الاستشاري خلال الاجتماع السادس والأربعين ما يلي: "يوافق المجلس على اقتراح البنك المركزي الماليزي في تحميل مؤسسات التكافل مسؤولية الملاءة المالية لصناديق التكافل، وتأمين المنافع ومدخرات المشتركين عن طريق إدماج الأصول من صناديق المساهمين إلى صناديق التكافل لتغطية أي عجز ناشئ عن السبب المذكور أعلاه. يتم التأمين وإدماج الموجودات من قبل مؤسسات التكافل على أساس

الالتزام بالتبرع، أي أن الشركة تتعهد بتوفير تبرع لتغطية جميع المطالبات المستحقة على صندوق التكافل في حالة العجز".

بالإضافة إلى التدابير المذكورة أعلاه، فإن مؤسسات التكافل ملزمة بالنظر في العوامل الأخرى المتعلقة بإدارة السيولة لصناديق التكافل، مثل واجبات المدير بالوكالة، واحتمال تضارب المصالح، والتسعير، وإدارة المخاطر، واستراتيجيات الأعمال، وغير ذلك، كما تضمن الإدارة الجيدة، وخاصة من حيث الفصل بين الأموال، ورصد دور الخبير الائتماني. وفي هذا الصدد، يجدر بالشركات أن تخول المشتركين حق التمثيل في فريق الإدارة، أو في مجلس الإدارة.

وفي هذا الخصوص، يمكن القول أن تنظيم التكافل يظهر منه الجمع بين سمات التأمين التكافلي والتأمين التجاري. يبدو هذا الطرح ضروريا لاعتبارات تنظيمية، من أجل توفير الخصائص الأساسية وميزات التكافل.

الدعم المشترك / المتقاطع عبر صناديق التكافل المختلفة؟

تم اعتماد آلية أخرى للتغلب على مشكلة العجز في صناديق التكافل من طرف بعض الشركات أو المنظمين "الدعم المتقاطع" (cross-subsidy) بين صناديق التكافل المختلفة. فمن خلال هذه الآلية، فإن الفائض أو الاحتياطي المتاح لنوع معين من صندوق التكافل سيستخدم لتغطية أي عجز في صندوق تكافل آخر تحت إدارة مؤسسة التكافل. وتتلخص الفكرة في محاولة تغطية العجز من خلال صندوق تبرع المشتركين أولا، بغض النظر عن نوع الصندوق أو المخاطر، قبل اللجوء إلى إدماج الأصول أو اللجوء إلى صندوق الشركة على سبيل القرض.

خلال الاجتماع الثامن والثلاثين، طلب من المجلس الشرعي الاستشاري التابع للبنك المركزي الماليزي النظر في بعض الآليات المقترحة لتغطية العجز في صندوق المخاطر / التبرع.

الآليات التي يجري النظر فيها من قبل المجلس الشرعي الاستشاري تضمنت اقتراحا لـــ:

- الدعم من فائض صندوق (مخطط) تكافل واحد لتغطية العجز في صندوق (مخطط) تكافل آخر تديره نفس مؤسسة التكافل،

- استخدام استثمارات المشتركين ومدخرات التكافل العائلي لتوفير غطاء للعجز الحاصل في صناديق المخاطر /التبرع على سبيل القرض الحسن.

وفي هذا الصدد، قرر المجلس الشرعي الاستشاري ما يلي:

- "لا يوافق المجلس على الاقتراح القاضي بتغطية العجز في صندوق الحساب الخاص بالمشتركين من صناديق التبرع الأخرى (مثل صناديق تكافل المجموعة الخاصة) لوجود فروق من حيث الالتزامات والمخاطر بين الصندوقين ".
- "رفض المجلس أيضا اقتراح تغطية العجز في صندوق الحساب الخاص بالمشتركين عن طريق مساعدة مالية على سبيل القرض الحسن من حساب المشتركين (الآخرين)، لأن ذلك سوف يؤثر سلبا على هذا الحساب."

لقد تم تقديم اقتراح مماثل خلال الاجتماع الواحد والستين للمجلس الشرعي الاستشاري لإعادة النظر في آلية الدعم المتقاطع بين مختلف صناديق التكافل عندما تختلف حالة المخاطر بين صندوق وآخر. وفي هذا الصدد، قرّر المجلس الشرعي الاستشاري ما يلي: "واستنادا إلى العقد المصرح به آنفا، تبين أن عقد التبرع المبرم من قبل المشتركين إنما هو لغاية دفع فوائد التكافل المحددة والمخصصة في برامجها/ومخططاتها. وهكذا، فإن المجلس لا يوافق على استخدام مساهمات المشتركين في الاحتياطي العام، ما عدا المخطط السناهية (annuity) لتسديد الفوائد السناهية الأساسية."

يفهم من قرار المجلس الشرعي الاستشاري أن ما يجري العمل به من استخدام الفائض أو الاحتياطي لصندوق التكافل لدعم العجز في صندوق تكافل آخر غير مسموح به. والسبب في ذلك ما يأتي:

- اختلاف طبيعة المخاطر والالتزامات كلا الصندوقين. ويترتب على ذلك أن الأعضاء المشتركين في كل صندوق ربما لم يبدوا موافقتهم على الدعم المتقاطع بمخططات أو صناديق أخرى تحمل مخاطر أعلى أو مختلفة.
- وينبغي أن يؤخذ بعين الاعتبار القصد الأصلي للمشتركين في عقد التبرع في تحديد ما إذا كان الدعم المتقاطع سيغطى من قبل الصندوق أم لا
- إذا لم يكن هناك نص صريح للدعم المتقاطع في شروط عقد التبرع، فإنه يكون غير مسموح به، لأن دعم المشتركين إنما هو خاص بالمخططات المتماثلة المخاطر فقط. وإذا

تم ممارسة الدعم المتقاطع، فإنه سيكون خارج نطاق شروط التبرع وبالتالي غير مسموح به.

ومع ذلك، يمكن القول بأنه لو كانت الشروط الواردة في عقد التبرع تنص صراحة على استخدام أي فائض متاح في الصندوق الاحتياطي للدعم المتقاطع عبر الصناديق الأخرى في حالة العجز، بغض النظر عن طبيعة الالتزامات أو المخاطر، فإنه يتم السماح بمثل هذه الممارسات لأنها لا تزال في إطار روح التعاون على البر بين المشتركين.

تظهر الحاجة إلى الدعم المتقاطع لدى الشركات خصوصا، (ولا سيما شركات إعادة التكافل) الذين يديرون صناديق تكافل مختلفة ذوات كميات فردية صغيرة جداً، لا يكون من الحكمة التجارية إدارة كل واحدة منها منفردة فيما يخص الفائض والعجز. فعلى سبيل المثال، الأنواع المختلفة من منتجات التكافل العام، وغير ذلك. لذلك تفضل هذه الشركات ممارسة الدعم المتقاطع بين الصناديق. لذلك، فإنه يجب على مؤسسات التكافل أو إعادة التكافل إذا رأت الحاجة لممارسة الدعم المتقاطع بين مختلف الصناديق أن تتأكد من وجود هذا البند في صيغة عقد التكافل، مع ضمان قبول المشتركين لذلك. فلا يسمح بالدعم المتقاطع إلا في حالة التنصيص عليه في صيغة العقد، وقبول المشتركين له.

الإطار التنظيمي لرأس المال المبني على أساس المخاطر في التكافل؟

"رأس المال المبني على المخاطر" (risk-based capital) هو نهج تنظيمي الذي يتعين من خلاله أن يكون رأس مال أي مؤسسة مالية أو شركات التأمين يتناسب مع المخاطر التي تضطلع بها. وهذا يعني، أن الشركات التي تتعرض لمخاطر أكبر يجب أن يكون رأس مالها أكبر مقارنة بشركة أخرى تتخذ كمية أقل من المخاطر. هذا النهج التنظيمي سيشجع الشركات على إدارة المخاطر في حدود رأس المال و الموارد المالية المتاحة.

وعلى الصعيد الدولي، فإن العديد من الهيئات التنظيمية تسير نحو إدخال نظام رأس مال مبني على المخاطر ضمن خدماتها المالية، بما في ذلك التأمين والتكافل. ففي ماليزيا، على سبيل المثال، كان من المفروض على شركات التأمين التقليدية اعتماد نظام رأس مال مبني على المخاطر قبل 2009/1/1م بينما يجري حاليا تطوير هذا النظام في نشاطات التكافل لضمان عدم تخلف مؤسسات التكافل في مجال إدارة المخاطر في عملياتها. هذا الإجراء يهدف أيضا إلى تعزيز إدارة مؤسسات التكافل وتعزيز حماية المشتركين.

قبل إدخال تنظيم رأس مال مبني على المخاطر، كان تنظيم رأس المال مبنيا على أساس "الحد الأدنى من متطلبات الحد الأدنى لرأس المال" (minimum capital requirement) . وهذا يعني أن الجهة المنظمة لبلد معين سوف تحدد الحد الأدنى لرأس المال الملائم والكافي لتغطية الحالات الطارئة في المستقبل لدى المؤسسات المالية القائمة على طبيعة الخدمات المالية. وينطبق هذا الحد الأدنى لرأس المال على جميع المؤسسات المالية في نفس القطاع، بصرف النظر عن مستوى المخاطر التي تتحملها أي شركة فردية.

على سبيل المثال، في ماليزيا وضمن إطار المتطلبات السابقة للحد الأدنى لرأس المال، كان يتوجب على شركات التأمين والتكافل توفير حد أدنى يقدر بـــ 100 مليون رينغيت ماليزي كرأس مال مدفوع. وعلاوة على ذلك، كان المطلوب من شركات التأمين والتكافل الحفاظ على فائض الموجودات والمستحقات لكل صندوق. بالنسبة للتكافل، فإن الفائض المطلوب كان يقدر بـــ 5 مليون رينغيت ماليزي بالنسبة للتكافل العائلي وصناديق التكافل العامة على التوالي. أما فائض رأس ألمال المشروط لشركات التأمين التقليدية فقد كان أشد حزما.

أما على الصعيد الدولي ، فإن معظم الممارسات التنظيمية لمؤسسات التكافل تتطلب توفير حد أدنى من رأس المال قبل إجراء عمليات التكافل. وشرط الحد الأدنى لرأس المال كان ينبني على قاعدة "واحد يناسب الجميع". فهو لا يأخذ بعين الاعتبار مستوى المخاطر التي تنطوي عليها الأنشطة التجارية للشركة المنفردة، والتي قد تختلف من شركة إلى أخرى. وبالتالي، قد يكون ذلك غير كاف حيث تتخذ الشركات مخاطر عالية والتي يمكن أن تؤثر على قدرة الشركة في تقديم الدعم المالي للملاءة المالية لصناديق التكافل مما يؤدي في نهاية المطاف إلى العجز عن سداد مطالبات المشتركين/ حاملي الوثائق. علاوة على ذلك، فإن اشتراط الحد الأدنى لرأس المال أقل فعالية من حيث التشجيع على حسن إدارة المخاطر، إذا ما قورن مع نظام رأس مال مبني على المخاطر.

استناداً إلى المناقشات التي جرت حول فوائد نظام رأس مال مبني على المخاطر، يعتقد أنه ينبغي توخي الحرص في تنظيم متطلبات رأس مال مؤسسات التكافل أيضا. وإن كان نظام رأس المال المبني على المخاطر ليس تام الإحكام لمنع العجز والإعسار، لكنه على الأقل محاولة لتحسين التنظيم والإدارة للتقليل من هذه المخاطر.

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه إذا اعتمد أي النظامين، سواء نظام رأس مال مبني على المخاطر أو نظام اشتراط الحد الأدنى لرأس المال السابق الذكر، فإن الغرض الأساسي من نظام متطلبات رأس المال هو ضمان حيازة مؤسسات التكافل أو التأمين على ما يكفي من رأس المال القادر على تغطية الالتزامات والطوارئ المتوقعة وغير المتوقعة. تفاصيل أغراض الاستخدام العام لرأس المال في عمليات التأمين أو التكافل تتلخص فيما يلي:

- رأس المال هو المورد المالي للشركة لتنفيذ أعمالها بفعالية حيث يمكنها من تحمل المخاطر والتقلبات.
- يدل رأس المال على المقدار المتاح، بالإضافة إلى الاحتياطي لتغطية التقلبات غير المتوقعة.

بالنسبة للتأمين التجاري التقليدي، فإن المطالبات مكفولة الدفع من طرف شركة التأمين باعتبارها المُؤَمِّن. وعلى هذا النحو، فإن رأس المال الملائم يضمن على الرغم من الظروف المعاكسة، إمكانية شركة التأمين الوفاء بالمطالبات التأمينية والالتزامات لحاملي وثائق التأمين.

بالنسبة للتكافل، وعلى الرغم من عدم وجود أي ضمان من قبل الشركة لتلبية المطالبات التأمينية التكافلية باعتبارها ليست الطرف المُؤَمِّن، إلا أنه لا تزال هناك مسؤوليات على عاتق الشركة ناشئة عن الوضع الائتماني في عملية التكافل (إما كالوكيل، أو المضارب، أو على الأقل كأمين). وهكذا، تنظيم متطلبات رأس المال يجب أن يأخذ في الحسبان المسؤوليات والواجبات الائتمانية لمؤسسة التكافل في إدارة عمليات التكافل خاصة من ناحية الملاءة والوفاء بالتزاماتها تجاه المشتركين.

والله أعلم،،،

المبحث الرابع: التسهيلات التي تمنح على أساس القرض، الأستاذ/ جهاد عبد الرحمن فيتروني، الرئيس التنفيذي – شركة تكافل الهلال، الإمارات العربية المتحدة.

مقدمة

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم. إن نجاح الأفكار النبيلة الهادفة لا يتحقق إلا بوجود من يؤمن بها ويتبع إيمانه تطبيقاً فعلياً لا يدخر فيه جهداً ولا وقتاً ولا مالاً لإنجاحها وجعلها واقعاً فعلياً نافعاً له ولغيره ومجتمعه. وكذلك كانت فكرة الاقتصاد الإسلامي والصناعة المالية الإسلامية يوماً ما.. محض فكرة.. قلَّ من آمن بها وتحمّس لها، إلا أن وجود المخلصين وأهل العزم من العلماء الأجلاء والاقتصاديين النبهاء وأهل الصناعة المالية من المسلمين المخلصين التائقين لاستبعاد المعاملات القائمة على أساس الربا أو الغرر، هو الذي حوّل الفكرة إلى واقع، وهكذا نشأت فكرة التكافل التي كانت أملاً وطموحاً ثم أصبحت اليوم حاجة لكافة المجتمعات مع اشتداد الأزمة المالية التي تعصف بالعالم.

وقد أكد خبراء ماليون دوليون أن القطاع المالي الإسلامي قد أثبت فعاليةً في هذه الأزمة، وأن أزمة الائتمان المالي العالمي تمثل فرصة مهمة لتسويق المنتجات المالية الإسلامية في ظل دخول سوق الإقراض العالمية في حقبة جديدة بعد الأزمة المالية الحالية. إن الهدف من هذه الورقة هو التأكيد على أن "القرض الحسن بتطبيقاته في عمليات التكافل" يعد من أهم المميزات التي تميّز التكافل الإسلامي بقوة عما عداه. فقد جاءت الشريعة الإسلامية لترسخ مبدأ التعاون والتكافل بين المسلمين.

تعريف القرض لغةً واصطلاحاً:

القرض في اللغة: هو القطع، قرض الشيء أي قطعه قطعاً، لأن المقرض يقتطع جزءاً من ماله لإعطائه للمقترض.

والقرض في الاصطلاح الفقهي: هو تمليك مالٍ مثلي لمن يلزمه رد مثله، أو: هو دفع مالٍ إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد مثله.

الحكمة التشريعية:

الحكمة من القرض أنه وسيلة هامة من وسائل تدوير رأس المال في المجتمع المسلم وضمان عدم حكره بين الأغنياء فقط، كما أنه يولد ترابطاً اجتماعياً طيباً بين المقرض والمقترض، ويؤدّي كذلك إلى دعم الثقة بين أفراد المجتمع وتماسك لبناته.إضافةً إلى ما ذكر، فإن للقرض الحسن تطبيقاً مالياً آخر يعتبر من أهم تطبيقاته وهو تطبيقة في مجال عمل مؤسسات التكافل، وهذا ما سنستعرضه سوياً فيما يأتي: [1]

أولاً: القرض وكيفية منحه في مؤسسات التكافل:

1- العلاقة التكافلية:

تقوم مؤسسة التكافل بالأساس على العلاقة بين حملة الوثائق وحملة الأسهم (مؤسسة التكافل)، وهي بالأساس علاقة تكافل وتضامن وتبادل بين حملة الوثائق فيما بينهم لتلافي آثار الأخطار التي قد يتعرض لها أحدهم أو بعضهم، بتغطيته عن الضرر الناتج من وقوع هذه الأخطار، وذلك بالتزام كل منهم بدفع مبلغ معين، على سبيل التبرع، يسمى "الاشتراك" تحدده وثيقة التكافل أو "عقد الاشتراك" وتتولى مؤسسات التكافل إدارة عمليات التأمين واستثمار أمواله، نيابة عن حملة الوثائق (أرباب المال)، مقابل حصة معلومة من عائد استثمار هذه الأموال بصفتها (مضارباً)، أو مبلغاً معلوماً باعتبارها وكيلاً.

2- طبيعة العلاقة بين حملة الوثائق وحملة الأسهم:

والمقصود بطبيعة العلاقة هنا هي العلاقة التكافلية والتبادلية القائمة على الالتزامات المتبادلة التي توثق وتؤكد طبيعة التكافل في الشركة، وتميزها عن التأمين التجاري التقليدي. فكلا الطرفين يلتزم تجاه الآخر بالتزامات متعادلة ومتقابلة دون حيف من طرف على طرف.

فكما يلتزم حملة الوثائق بالتبرع بقيمة الاشتراك المتفق عليها ودفعها إلى صندوق المخاطر المشترك وتديره الشركة بصفتها وكيلاً في الإدارة، تقوم الشركة من جهتها بدفع مبالغ التغطية

[1] وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء 33، ص 111 و113، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1416هـ-1995م.

المستحقة لحملة الوثائق أو المستفيدين المستحقين للتغطية طبقاً لشروط وقواعد الوثيقة، كما أنها تلتزم في إدارتها للصندوق بالتزامات الوكيل في حسن الإدارة ومراعاة شروط الوكالة والضمان في حالة تعديها أو تقصيرها أو مخالفتها لشروط الوكالة. وتقوم الشركة كذلك باستثمار أموال الصندوق في عمليات استثمارية بصيغة المضاربة الشرعية التي يؤذن فيها للمضارب بخلط ماله برأس مال المضاربة واستثمار المال المتوفر وتنميته مقابل حصة المضارب التي يتفق عليها مع ربّ المال، إلى آخر التفصيل المعروف. وكما أن الشركة (حملة الأسهم) ملتزمة برد الفائض التكافلي – الذي تتميز به مؤسسات التكافل عن شركات التأمين التجارية– إلى أصحابه وهم حملة الوثائق بعد خصم المصروفات والاحتياطيات، إلا أن دعم حملة الأسهم لحملة الوثائق لا يتوقف عند هذا الحد، بل يمتد إلى قيام حملة الأسهم بمنح صندوق المخاطر المشترك قرضاً حسناً من مال الشركة ووفق تقدير إدارتها لدعمه في حال زيادة مبالغ التغطية عن قدرة الصندوق، وتلتزم الشركة هنا بصفتها (مقرضاً) بما يلتزم به المقرض في الشريعة الإسلامية –كما تقدم تفصيلاً في صدر هذه الورقة– فلا تستفيد من القرض بأي نوع من المنافع حتى لا يتحول قرض إلى قرضٍ ربوي، وإنما تسترد قيمة القرض من الفوائض المتحققة في السنوات التالية بدون زيادة فضلاً عن أي نوعٍ من أنواع الرسوم[2].

ثانياً: أهمية القرض في حالة عجز الصندوق وأثره على العملية التكافلية

1- التأكيد على الدور الأخلاقي والاجتماعي لمؤسسة التكافل ما يميزها عن شركة التأمين التجاري التي تقوم على تحقيق أقصى قدر من المنفعة للشركة (حملة الأسهم) ولو على حساب المستأمنين.

2- تقوية الروابط وتوثيقها بين أفراد المجتمع المتمثل في شريحة حملة الوثائق، وبالتالي ينسحب النفع ودرء الضرر إلى الدوائر المحيطة بتلك الشريحة.

[2] أنظر هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار الشرعي، ص 433، دار الاستثمار، الطبعة الأولى، 1428هـ-2007م.

3- تضفي شعوراً بالطمأنينة والأمان على حملة الوثائق نظراً لإحساسهم بوجود من يتضامن ويتآزر معهم عند النوازل بشكل أخلاقي خالٍ من الاستغلال.

4- ينعش حساب المخاطر المشترك (حساب حملة الوثائق) ويزيد من ملاءته عند الضرورة ويكسبه صفة الاستمرارية.

5- يؤمِّن نوعاً من الحيوية للتعامل بين الحسابات.

6- يشعر المتعامل أن الشركة تقوم على أساس العدل والمساواة في الحقوق والواجبات والمصداقية في الأخذ والعطاء، وتطبيق قاعدة الغنم بالغرم، فالشركة تتقاضى رسوم الوكالة وتقوم في الوقت ذاته بحفظ أموال الصندوق وتنميتها ودعمها –في حالة حدوث عجز– من مالها الخاص دون فائدة تعود عليها.

7- يؤكّد القرض الحسن على مصداقية مؤسسات التكافل، وزيادة الوعي التكافلي لعموم الناس الذين يجهلون طبيعة التكافل.

8- زيادة الثقة بين الشركة وحملة الوثائق وتعاون الطرفين على إنجاح هذا العمل واستشعار المسئولية تجاهه، فالكل يعلم أنه يستفيد من حسن الأداء وتنمية الشركة، فحامل الوثيقة يعلم بأنه حين يحافظ على السلوك الرشيد ويقلّل قدر استطاعته من تحميل صندوق المخاطر المشترك بأعباء تغطية يمكنه تجنبها، فإنه يزيد من قيمة الفائض التكافلي القابل للتوزيع على حملة الوثائق، كما أنه يدعم موقف الشركة ويزيد الفرص الاستثمارية التي تقوم الشركة من خلالها بما يحقق المصلحة لكافة الأطراف. على عكس المستأمن في التأمين التجاري الذي يعلم مقدماً أنه لا يوجد فائض أصلاً وإن تحقق فهو ملك للشركة بمجرد إبرام الوثيقة والدفع للقسط، ويعلم أنه لا يملك صندوق المخاطر حيث إن الشركة هي التي تمتلك الأقساط، إضافةً إلى علمه الأكيد أن العملية التأمينية كلها تعود بالفائدة على الشركة وأنه الطرف المستضعف في العلاقة.

9- القرض الحسن من أهم المعايير المحاسبية التي تؤمِّن ضماناً للطرفين، وتؤكد المناصفة في المنفعة.

ثالثاً: آليات تغطية العجز في وعاء حملة الوثائق

هناك عدد من الطرق التي تتبعها مؤسسات التكافل في مواجهة العجز الناشئ عن أعمال وعاء حملة الوثائق، ومنها:

1- تغطية العجز من مخصصات الاحتياطيات في صندوق حملة الوثائق.

2- قيام حملة الأسهم بمنح قرض من أموالهم يقدر بقيمة العجز الناشئ، ويكون تحديد مبلغ القرض في حالة الشركة الجديدة (في عامها الأول) بقرار من مجلس الإدارة وفق تقديره لظروف الشركة واستعداداتها والتزاماتها، ويتم قيد مبلغ القرض بالإضافة إلى مبلغ الوكالة على حساب حملة الوثائق كقيد مدين. وفي العام المقبل يتم طرح المبلغ المقيد من أرباح وعاء حملة الوثائق وفوائضه، وما يتبقى من مبلغ لم تغطه الأرباح والفوائض يتم ترحيله إلى العام التالي كقيد مدين أيضاً.

3- أما في حالة الشركات القائمة بالفعل، فإنها تقوم بعمل مخصّص من مخصّصات الاحتياطيات للقرض.

4- وسواءً كانت الشركة جديدة أو قائمة بالفعل، يتم إطفاء الرصيد المدين الناشئ عن مبلغ القرض من الأرباح والفوائض التكافلية المتحققة في الأعوام التالية حتى يصبح الرصيد المدين صفراً.

5- ويمكن لحملة الأسهم أن يخاطبوا حملة الوثائق لإخبارهم بحدوث العجز ويطلبوا منهم تقديم مبالغ لتغطية العجز على أساس النسبة والتناسب، إذا التزموا ذلك في وثيقة التأمين[3].

6- ويمكن لحملة الأسهم زيادة مقدار الاشتراك الذي يتعين على كل حامل وثيقة التبرع به مستقبلاً، وعلى أساس النسبة والتناسب، إذا التزموا ذلك في وثيقة التأمين[4].

7- وعلى كل حال لا يتم فرض أي نوع من أنواع الزيادة على مبلغ القرض ولا تحميله بأي نوع من الرسوم المستترة.

---

[3] أنظر المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 440.

[4] المرجع السابق.

8- يمكن للشركة المديرة الحصول على تمويل مشروع لصالح صندوق التأمين[5].

إجمالي حقوق المساهمين:

	(العام الحالي)	(العام السابق)
صندوق حملة الوثائق والمطلوبات		
صندوق حملة الوثائق		
	1,898,484	1,898,484

وهناك توصية من بعض الباحثين بأن يسمح لمؤسسة التكافل باستعادة قيمة القرض الحسن بمجرد أن يسمح الرصيد الحالي للمدفوعات والمقبوضات بذلك بدلاً من انتظار تحقّق الفائض في نهاية الفترة. وفيما يلي ما جاء في المعيار الشرعي رقم (26) بشأن التأمين الإسلامي عن معالجة العجز، وذلك في البند 8/10، ونصه: "في حالة عجز موجودات التأمين عن سداد التعويضات المطلوبة، وعدم كفاية تعويضات شركات إعادة التأمين فإنه يجوز للشركة أن تسد العجز من تمويل مشروع أو قرض حسن، على حساب صندوق التأمين، وتغطي الالتزامات الناشئة عن العجز الحادث في سنةٍ ما من فائض السنوات التالية، كما يجوز للشركة مطالبة حملة الوثائق بما يسد العجز إذا التزموا ذلك في وثيقة التأمين".

رابعاً : النتائج والتوصيات

أ- التأكيد على الالتزام بفكرة القرض من قبل مؤسسات التكافل، وقيام أصحاب الفضيلة أعضاء هيئات الفتوى والرقابة الشرعية لمؤسسات التكافل المختلفة بدعم هذا التطبيق والحض عليه والإشراف على تنفيذه.

ب- ينبغي على مؤسسات التكافل أن تهتم اهتماماً تاماً بتثقيف وإعداد موظفي التسويق ومن يتعاملون مع الجمهور لفهم ومعرفة طبيعة وخصائص العملية التكافلية والتعرف على

[5] المرجع السابق.

مواطن التميز والتفرد للتكافل، ومن أهمها فكرة القرض الحسن ومميزاته الخلقية والعملية التي تميّز مؤسسة التكافل وتوصيل ذلك إلى المتعاملين باعتباره ضماناً لحملة الوثائق.

ج- نقترح أن تتضافر جهود العلماء الأفاضل والإدارات التنفيذية لمؤسسات التكافل للسعي معاً لتأسيس صندوق مشترك للقرض الحسن بين مؤسسات التكافل تشرف عليه هيئة مشتركة للرقابة الشرعية، تقدّم خدماتها لكل الشركات المشتركة بالعدل والسوية، لتحقق (تكافل مؤسسات التكافل بين بعضها البعض) وتنتج كيانات قوية قادرة بإذن الله على مواجهة الأزمات المالية الهائلة.

د- تشكيل هيئة عليا مشتركة للفتوى خاصة بمؤسسات التكافل أسوةً بالهيئة التي شكلت في دولة الإمارات العربية المتحدة للمصارف الإسلامية.

ه- تبادل المعلومات والخبرات بين الشركات المختلفة بما لا يتعارض مع الخصوصية والتنافسية، لا سيما في ظل الأزمة المالية العالمية التي تسعى معها المؤسسات للتداخل والاتحاد.

والحمد لله رب العالمين،،،

المبحث الخامس: التسهيلات التي تمنح على أساس القرض في التطبيقات المعاصرة لنظام التأمين التكافلي، الأستاذ الدكتور/ محمد علي القري، جامعة الملك عبد العزيز – جدة

1- المسألة محل النظر:

تتعلق هذه الورقة بموضوع "التسهيلات التي تمنح على أساس القرض" إلى صندوق أو حساب التكافل في التطبيقات المعاصرة للتأمين التعاوني (التكافل)، شروط وظروف تلك التسهيلات وأثر ذلك على مشروعية نظام التأمين التكافلي.

2- المأخذ الأساس على التأمين التجاري:

على التأمين التجاري مآخذ كثيرة من الناحية الشرعية ليس هذا مجال بسطها، لكن المأخذ الأساس هو أن عقد التأمين التجاري عقد معاوضة يدفع المؤمّن بموجبه "ثمناً" مقابل التزام شركة التأمين تعويضه عن الضرر في حال وقوع المكروه المؤمن ضده (كالموت والعجز واصطدام السيارات). إلا أنه عقد معاوضة يشوبه كثير من الغرر، وهناك إجماع على أن الغرر الكثير مفسد لعقود المعاوضات وذلك استناداً إلى نهيه عليه الصلاة والسلام عن بيوع الغرر وعليه فلا سبيل لنزع الغرر من التأمين أو إلغائه منه؛ لأن التأمين بطبيعته يتعلق بأمور احتمالية قد تقع في المستقبل الذي هو في علم الغيب. المخرج الذي تبناه المجتهدون للخروج من هذا الحرج هو نقل عقد التأمين من مجال المعاوضات إلى مجال التبرعات. ومعلوم أن الغرر غير مفسد لعقود التبرعات فلم يعد المشترك يدفع ثمناً مع عقد معاوضة ولكنه يدفع مبلغاً على سبيل التبرع لصندوق التكافل.

3- نظام التأمين التكافلي:

يقوم نظام التأمين التكافلي (وقد يسمى نظام التأمين الإسلامي) على وجود مجموعة أشخاص يلتزم كل منهم بدفع اشتراكات دورية تودع على سبيل التبرّع في صندوق له ذمة مالية مستقلة، تديره شركة تأمين مرخص لها على أساس الوكالة بأجر ثم يجري من قبل الشركة تغطية كل مشترك (حامل الوثيقة) من ذلك الصندوق عن الضرر الواقع

عليه بفعل حدث محدد في وثيقة التأمين وبالشروط المتفق عليها بين المشترك والشركة، ويسمى هذا الصندوق "صندوق التكافل".

4- صندوق التكافل:

تتكوّن موارد صندوق التكافل من مبالغ الاشتراكات التي يقدّمها حملة الوثائق على سبيل التبرّع واحتياطيات الحساب وعوائد استثمار الأموال في الصندوق والتغطية والعمولات الواردة من معيد التأمين والاحتياطيات النظامية والتغطية المستردة والقرض الحسن من المدير –إن وجد– وتتكوّن مصروفاته من مبالغ التغطية التي تدفع لحملة الوثائق ورسوم الإدارة التي تتقاضاها مؤسسة التكافل (المديرة) والرسوم التي يتقاضاها مدير الاستثمار وأقساط إعادة التأمين والمصروفات المباشرة المتعلقة بالصندوق والفائض الموزّع وأقساط رد القرض الحسن إن وجدت ونصيب الوكيل من أرباح الاستثمار (إن وجد).

5- فائض وعجز صندوق التكافل:

الوضع الأمثل أن يكون صندوق التكافل متوازناً يعني أن تساوي إيراداته مصروفاته وربما يتحقق هذا التساوي نتيجة دقة تحديد مبلغ الاشتراك من قبل القائمين على الشركة بناء على الحسابات الإكتوارية وعمل خبراء التأمين (Underwriters) بحيث تكفي موارد الصندوق لدفع التغطية والمصاريف الإدارية بدون أي شيء يفيض عن ذلك. ويتحقق هذا التوازن بناء على:

1. مهارة عمل خبراء التأمين (Underwriters) وقدرتهم على قياس المخاطر بشكل دقيق.
2. النفقات المترتبة على صندوق التكافل وكلّما نجح المدير في ضغط هذه النفقات كان مظنة تحقّق التوازن أو توليد فائض.
3. إذا جرى توظيف أموال الصندوق في استثمارات ذات عائد متميز ضمن مستوى المخاطر المسموح به زاد معدل الفائض.
4. حجم الصندوق وطريقة تحديد مبالغ الاشتراكات فكلما كان حجم الصندوق كبيراً كان ذلك مظنة لتوليد فائض وكذلك إذا حددت الاشتراكات عند الحد الأعلى كان ذلك حرياً بإيجاد فائض في نهاية الفترة.

فإذا انتهى صندوق (أو حساب) التكافل إلى الفائض جرى توزيع هذا الفائض بحسب ما يقتضيه نظام الشركة أو القانون المنظم لعمل مؤسسات التكافل المتوافق مع المقتضى الشرعي. أما إذا وقع النقص في صندوق التكافل فليس أمام مؤسسة التكافل المنضبطة في عملها بالضوابط الشرعية إلا أحد الإجراءات التالية:

(1) الرجوع على المشاركين (المستأمنين) لتطلب منهم زيادة حصة الاشتراك: لقدر المطلوب لتغطية النقص إلا ان هذا الإجراء غير ممكن من الناحية العملية ولذلك اتجه التطبيق المعاصر للتكافل إلى الخيار الثاني.

(2) أن يقدم "الشركة المديرة" قرضاً بدون فائدة للصندوق بما يحقّق التوازن المطلوب ثم يسترده في الفترة التالية كما سيأتي تفصيله.

معنى القرض:

القرض في اللغة القطع وعرفه الفقهاء بأنه دفع المال إرفاقاً لمن ينتفع به ويرد بدله (أي مثله لا عينه).

والقرض عقد كسائر العقود يحتاج إلى صيغة ويترتّب عليه آثار هي ثبوت مبلغ القرض في ذمّة المقترض بعد قبضه له. هذا بشأن القروض التي تقع بين الأشخاص الطبيعيين ولكن الأمر ليس بهذا الوضوح في عملية الإقراض التي نحن بصددها. فالطرف الأول أي المقرض هو الشخصية الاعتبارية المملوكة من قبل حملة أسهم شركة الإدارة وهي التي تدير عمليات التكافل ومنها صندوق التكافل. أما المقترض فهو الصندوق فهل تكتمل في هذا الإقراض شروط الصحة من الناحية التعاقدية؟ المسألة الأولى التي تحتاج إلى نظر وتأمل هي من يملك صندوق التكافل وفي أي ذمة يتعلق هذا القرض؟

قبل الإجابة عن هذا السؤال يلزم أن نقرر من يملك صندوق التكافل.

6- من يملك صندوق التكافل:

من المتفق عليه بين خبراء التأمين التكافلي استقلال الصندوق المذكور عن الشركة المديرة من حيث تمتعه بذمة مالية خاصة به يتحمّل بموجبها الالتزامات ويمتلك الحقوق، ويرون أنه لا يؤثر على هذا الاستقلال حقيقة أن الصندوق –في أكثر التطبيقات–لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية ولا الكيان القانوني المستقل عن الشركة،

وإنما يدار على صفة حساب لدى الشركة المديرة. ويعد هذا الاستقلال المالي أحد المعالم الرئيسة لنظام التأمين التكافلي إذ إن صندوق (أو حساب) رسوم التأمين (البريميوم) في شركة التأمين التقليدية (نظام التأمين التجاري) لا يستقل ولا ينفصل عن أموال ملاك الشركة (حملة الأسهم) فذمة الصندوق مضمومة إلى ذمة الشركة، والالتزام بالتغطية مضمون برأس مال الشركة نفسها.

أما في التأمين التكافلي فالمخاطر يغطيها الصندوق وليس أموال حملة الأسهم للشركة المدير. ولكن هل هو صندوق لا مالك له؟ أم أنه مملوك من قبل المشتركين؟ هذا محل اختلاف في الرأي بين خبراء التأمين التكافلي وذلك لطبيعة علاقة المشتركين بهذا الصندوق. لا ريب أنّ المصدر الأساس للأموال في هذا الصندوق هو اشتراكات المشتركين (المؤمّن لهم) ولكنها دفعت من قبلهم على سبيل التبرع فهل يترتّب على دفع هذه الاشتراكات على سبيل التبرّع ملكية مشتركة للمؤمّن لهم لهذا الصندوق؟ وإذا لم يكن الأمر كذلك ففي ذمة من يتعلق هذا القرض؟ وقع الاختلاف بين الباحثين في هذه المسألة على عدة آراء:

الرأي الأول:

إن ما يدفعه المشترك إلى الصندوق هو "تبرع" بمعنى أنه ليس "معاوضة" ولا ثمناً في عقد بيع وهذا التصوّر له أهمية بالغة بل هو القاعدة التي بنى عليها نظام التأمين التكافلي وإلا كيف يمكن القول بأن الغرر غير مفسد للتأمين التعاوني بدون أن يجري نقل العلاقة التعاقدية فيه من المعاوضات إلى الإرفاق والتبرع. ولكن ما هو التبرع وما المقصود بقولهم إن المشترك متبرع بمبلغ اشتراكه؟

قال في تاج العروس: تبرّع فلان بالعطاء أي تفضل بما لا يجب عليه، وقيل أعطي من غير سؤال. وفي الصحاح: فعله متبرّعاً أي متطوعاً، وفي المخصص: تبرّع بالشيء أعطاه من غير أن يسأله. وفي الاستقامة: النافلة ما تبرّع به الرجل من صلاة. وعرفته الموسوعة الفقهية الكويتية كما يلي: "التبرع:

بذل المكلّف مالاً أو منفعة لغيره في الحال أو المآل بلا عــوض بقــصد البــر والمعروف غالباً. والتبرّع مشروع اتفق الأئمة على جوازه[1]" أ.هـــ

إذا كان التبرع هو تفضل من الإنسان بما لا يجب عليه وعطاء بلا مسألة فهــل يَصدُق هذا الوصف على اشتراكات التأمين التكافلي؟

كثرت المآخذ والاعتراضات على هذا التصوّر حتى صار مثاراً للسخرية لــدى البعض فقالوا: المؤمّن له لا يتبرّع بما لا يجب عليه ولا يعطي من غير مــسألة فهو أبعد ما يكون عن ذلك إذ إن طلبه للتغطية التأمينية يوجب عليه مقابلاً ماليــاً هو مبلغ الاشتراك المذكور ولذلك هو يدفعه وجوباً وأن الاستشهاد بالأشــعريين للقول بأن ما يدفعه المشترك في التكافل على سبيل التبرّع لا يستقيم؛ لأنّ العلماء يقولون إن ما فعله الأشعريون كان على سبيل الإباحة وليس الهبة والتبــرّع ثــم تفرع عن أصحاب هذا الرأي فئة انتهى بها هذا القول إلى أن لا فرق بين التأمين التكافلي والتجاري. إذ إن حقيقة ما يدفع هو ثمن للالتزام يدفعه المشترك مقابــل التزام الشركة بتغطيته عن الضرر في حال وقوع المكروه.

وفئة أخرى تصورت أنّ صندوق التكافل لا يقوم على التبرّع وإنما هو شــركة بين المشتركين اتفقوا فيه على دفع مبلغ يجري استثماره ثم يجري من الأمــوال فيه تغطية من يقع عليه المكروه منهم ولذلك قالوا إذا احتاج المشتركون إلى مبلغ يزيد عما في الصندوق من أموال فالأصل أن يرجع المدير علــيهم (أي علــى الشركاء في هذا الصندوق) فيطلب من كل واحد أن يزيد من حصته. فالصندوق ملك لهم على سبيل الشركة بينهم وإن كان ثَمَّ تبرع فهو بمبلغ التغطية لمن وقــع عليه المكروه منهم. ولذلك كل فائض في الصندوق حق لهــم لا ينــازعهم فيــه المدير وهذا التصوّر شبيه بما عليه العمل لدى نوع من شركات التأمين الموجودة بشكل خاص في ألمانيا والولايات المتحدة والتي تسمى (Mutual Insurance).

[1] وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1416هـــ-1995م، الجزء 33، ص 111 و113،.

الرأي الثاني:

إنّ مبلغ الاشتراك هو هبة من المشترك إلى الصندوق كما قال أصحاب الرأي الأول ولكنه من جنس "هبة الثواب"، لا التبرّع المحض، ولا المعاوضة المحضة، فالمؤمّن له يهب للصندوق هبة مقابل أن يقوم الصندوق بتعويضه عن الضرر في حال وقوع المكروه على المؤمّن عليه. وليس هذا الرأي جديداً ولكنه كان يرد بالقول إنّ هبة الثواب بيع تجري عليها أحكامه فلا ثمرة للقول إن ما يدفعه المشترك ليس بيعاً وإنما هو هبة ثواب.

وقد اختلف الفقهاء في هبة الثواب فعدها بعضهم عقد معاوضة وأجرى عليها أحكام البيع[2]، وجعل بعضهم هبة الثواب في مرحلة متوسطة بين الهبة لغير الثواب (لوجه الله) والبيع ولذلك جعلوا لها أحكاماً خاصة بها. قال ابن رشد في بداية المجتهد: وأما هبة الثواب فاختلفوا فيها فأجازها مالك وأبوحنيفة ومنعها الشافعي وبه قال داود وأبو ثور وسبب الخلاف هل هي بيع مجهول الثمن أو ليس بيعاً مجهول الثمن فمن رآه بيعاً مجهول الثمن قال هو من بيوع الغرر التي لا تجوز ومن لم ير أنها بيع مجهول الثمن قال تجوز[3].

وأكثر المالكية على أن هبة الثواب مختلفة عن البيع، وإليك بعض أقوالهم في المسألة:

قال في الشرح الكبير للدردير[4]: "فهبة الثواب كالبيع في غالب الأحوال وتخالفه في الأقل لأنها تجوز مع جهل عوضها وجهالة أجله ولا تفيتها حوالة الأسواق ولا يلزم عاقدها الإيجاب والقبول".

---

[2] – ومن عدها بيعاً قال بعدم جوازها للجهالة الفاحشة كالشافعي رحمه الله.

[3] – ابن رشد، الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص269، دار القلم، الطبعة الأولى، 1408هـ– 1988م.

[4] – الدردير، أبو البركات سيدي أحمد، حاشية الدوسوقي على الشرح الكبير، الجزء الرابع، ص116، دار الفكر.

وقال ابن العربي في أحكام القرآن[5]: "... وكذلك يجوز الربا في هبة الثواب، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه أيما رجل وهب هبة يرى أنها للثواب فهو على هبته حتى يرضى منها، فهو مستثنى من الممنوع الداخل في عموم التحريم".

وقال في الفواكه الدواني[6]: "هبة الثواب.. تجوز من غير تسمية الثواب مع أنها كالبيع".

وقال القرافي في الذخيرة[7]: "... هبة الثواب وإن دخلها العوض فمقصودها المكارمة والوداد فلم تتمحض للمعاوضة والمكايسة والعرف يشهد لذلك فلذلك جاز فيها مثل هذه الجهالة والغرر".

ونقلت الموسوعة الفقهية الكويتية[8] بشأن هبة الثواب ما نصه: "وروي عن أحمد ما يقتضي أن يغلب فيها حكم الهبة فلا تثبت فيها أحكام البيع".

وقد أورد البعض على هذا القول أن هبة الثواب إذا كانت دراهم بدراهم أو دنانير بدنانير ففي الزيادة فيها شبهة الربا قال في الفواكه الدواني: "ولا يجوز أن يثاب عن الذهب فضة ولا عكسه لما يلزم عليه من الصرف المؤخر .. لأن هبة الثواب بيع"[9]، وقد أوردنا أعلاه النقل عن ابن العربي أن الربا يجوز في هبة الثواب، ويرد على ذلك أن هذا قول من ذهب إلى أن هبة الثواب تأخذ أحكام البيع من كل وجه، ويرد عليه أيضاً بأن هبة الثواب في نظام التكافل لا يتصور أنها دراهم بدراهم لأن من يحصل على دراهم على سبيل التغطية عن الضرر لا يزيد على واحد من ألف والحال أن الجميع يثاب فلا بد أن يكون الثواب الذي من أجله حصلت الهبة (مبلغ الاشتراك) هو "راحة البال" والطمأنينة وهذه جنس مختلف عن النقود التي هي مبلغ الاشتراك.

---

[5] – ابن العربي محمد بن عبد الله الاندلسي، أحكام القرآن ج1 ص 490.

[6] – النفراوي، الشيخ أحمد بن غنيم بن سالم بن مهنا المالكي، الفواكه الدواني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الجزء الخامس، ص141.

[7] – القرافي، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق الأستاذ محمد بو خبزة، الجزء السادس، ص258، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1994م.

[8] – الموسوعة الفقهية الكويتية، مرجع سابق ج16 ص62.

[9] – الفواكه الدواني، مرجع سابق، ج6 ص387.

والذي نميل إليه ونرجح صوابه هو الرأي الثاني، فما يدفعه المشترك ليس هبة محضة، ولكنها هبة ثواب، وهي تبقى من جنس التبرعات وليس المعاوضات.

ولهذا التخريج للعلاقة بين المشتركين والصندوق أهمية بالغة في تحقيق مشروعية نظام التأمين التكافلي لأن الاعتراض الأساس على نظام التأمين التجاري انه يقوم على "المعاوضة" إلا انه عقد معاوضة فيه غرر فاحش مفسد له.

والغرر مصاحب للتأمين بشتى صوره لأنه يتعلق بآمر محتمل الوقوع لكن المشروعية تتحقق لنظام التأمين إذا نقلنا العلاقة بين المشترك والصندوق من مجال المعاوضات إلى مجال التبرعات. والإجماع على ان الغرر غير مفسد لعقود التبرعات، قال ابن العربي في أحكام القرآن: "وأما الثاني وهو العقد المطلق المجرد من العوض كالوصية والهبة والنذور فانه يرد على الحمل لأن الغرر فيه غير منتفٍ إذ هو تبرع مجرد فإن اتفق فبها ونعمت وان تعذر لم يستضر أحد"[10].

فإذا كان الأمر كذلك وكان ما يدفعه المشتركون هبة ثواب فهل يترتب عليها حقوق لهم تشبه الملك بحيث يقال إن القرض المقدم من المدير طرفاً أولاً له طرف ثانٍ هو الصندوق المملوك للمستأمنين والذي يعكس إرادتهم في طلب القرض والالتزام برده والجواب أن ما يدفعه المشترك ليس قربه ولكن هبة ثواب ولذلك يجوز له أن يعتصرها مما يدل أن له عليها حقوق تشبه الملك قال في المنتقى شرح الموطأ "... وأما ان كانت عطية على غير وجه الصدقة ... لم يقصد بها القربة فجاز أن يتملكها في المستقبل كما يجوز اعتصار ما وهب لغير القربة"[(11)].

ونقل عن مالك رحمة الله قوله "الأمر المجتمع عليه عندنا يريد أهل المدينة على ساكنها السلام ثم قال فيمن نحل نحلاً أو أعطاه عطاء ليس بصدقة أن له أن يعتصر ذلك ..." [(12)].

عليه يمكن القول إن صندوق التكافل مملوك حقيقة للمشتركين ومن ثم فإن القرض ينتهي إليهم وهم بالتوقيع على وثيقة التأمين طلبوا من المدير أن يقرض صندوقهم في حال عدم كفاية الأموال فيه ويسترد ذلك منه عن طريق زيادة مبالغ الاشتراك مما يدل على ان عبء تسديد هذا القرض واقع عليهم.

---

[10] – أحكام القرآن لابن العربي، ج2 ص58.

[11] – المنتقى شرح الموطأ، ج2 ص138.

[12] – موطأ مالك، ج4 ص61.

هل هو قرض يجر منفعة؟

ورد في الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم النهي عن القرض الذي يجر نفعاً، ومن ذلك النهي عن بيع وسلف، وربّ قائل إن الشركة المديرة التي تتولى إدارة برنامج التكافل وتوكّل في استثمار أمواله شأنها شأن البائع المستربح فهي تبيع الخدمات عليه، فإذا دخل بينهما الاقتراض كان فيه شبهة الربا، فهل يجوز الجمع بين هذا القرض والمعاملة الأخرى التي هي الإدارة بأجر. إن فقه الحديث يقتضي النظر إلى العلة التي من أجلها منع السلف والبيع، فالسلف ممنوع فيه الاسترباح لأن ذلك من الربا أما البيع فمقصوده الاسترباح ولذلك إذا جمع الاثنان اشتبه في أن الربح المتضمن في البيع حدد بطريقة يغطي فائدة على القرض، حتى لو كان القرض في ظاهره قرضاً حسناً لا زيادة مشروطة فيه.

والحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً فحيثما كان ذلك غير موجود لم يكن في الجمع بين البيع والسلف بأس. قال بن تيمية رحمة الله تعالى بشأن السفتجة: "والشارع لا ينهي عن المصالح الراجحة ويوجب المضرة المرجوحة كما قد عرف ذلك من أصول الشرع... فهذا يجوز في أصح قولي العلماء.. فكلاهما منتفع بهذا الاقتراض والشارع لا ينهي عما ينفع الناس ويصلحهم ويحتاجون إليه وإنما ينهي عما يضرهم ويفسدهم وقد أغناهم الله عنه"[13]. وكذا ما أجاب به سماحة المفتي العام للمملكة العربية السعودية الأسبق المرحوم الشيخ محمد بن إبراهيم آل الشيخ في رجل كان يقرض الناس حتى يشتروا منه ليرغبهم في الشراء فأجاب: "لا شك أن أصل مشروعية القرض واستحبابه التقرب إلى الله... وهذا القرض ليس مقصداً من مقاصدك في الإقراض وإنما غرضك جر منفعة لذاتك وحيث إن هذه المنفعة لا تنقص المقترض شيئاً من ماله فغاية ما في الأمر الكراهة".

وقد ورد في فتاوى الشيخ الإمام محمد الطاهر بن عاشور (جمع وتحقيق محمد بوزغيبه) أنه سئل عما جرت به عادة أرباب الزيتون وهؤلاء يلتزمون بعصر غلّة زيتونهم في المعاصر المملوكة لأولئك المقرضين. وهذه قريبة من مسألتنا إذ إن هذا القرض فيه ترويج عمل المقرض وهو مكائن عصر الزيتون وفيه مظنة أن يكون القرض ما يجلب النفع فأجاب رحمه الله فيه بالجواز وقال: "... محل النظر ومناط السؤال ما في هذه المعاملة من انجرار منفعة لصاحب المعصرة الذي هو المقرض وهي منفعة أجرة عصر الزيتون في معصرته فإذا

[13] – ابن تيمية، مجموع الفتاوى، الجزء السابع، ص98، مكتبة المعارف، الرباط.

نظرنا إلى هذه الأجرة وجدنا المقترض لا مندوحة له عن دفعها سواء عصره في معصرة مقرضه أم في معصرة رجل آخر.. فهي منفعة للمقرض لا مضرة فيها على المقترض ولم يتكلفها لأجل القرض.. فصارت هذه المنفعة من منافع السلف المشتركة بين المقرض والمقترض، وإن كانت المنفعة المنجزة عن السلف مشتركة بين المقرض والمقترض ففي المذهب المالكي خلاف في جوازها...".

البدائل الأخرى للتسهيلات التي تمنح على أساس القرض:

لما تحقق عندنا أن صندوق التكافل مملوك للمشتركين وانه في الوضع التعاقدي الذي يتحمل فيه الحقوق وينهض بالالتزامات يمكن أن يحصل سد النقص فيه بطرق أخرى غير القرض الحسن مثال ذلك قيام المدير باسم الصندوق بشراء سلع بثمن مؤجل لحساب الصندوق ثم يبيعها بالنقد إلى غير البائع ليحصل على ما يسد حاجة الصندوق من النقص ويثبت الثمن ديناً في ذمة الصندوق ثم يجري تسديد هذا الدين من إيرادات الصندوق في الفترة التالية. ويكون هذا الدين مضموناً بالأموال الموجودة في الصندوق والتي هي قطعاً أكثر منه بكثير. ووجه الاختلاف بين هذا الإجراء وبين ما سبق من توفير قرض بغير فائدة إلى الصندوق من قبل المدير هو أنّ هذا سيتضمن تكلفة للتمويل يتحمّلها أصحاب الصندوق. وهي في نظري أسلم إذ أنها ترفع الحرج الذي قد يقع فيه بعض الناس من ناحية القرض الحسن المرتبط بمعاملة تجارية.

هل يجوز النص على التزام الشركة بالتنازل عن القرض لصالح المشتركين؟

الأصل الذي أثبتناه آنفاً أن للمشتركين على صندوق التكافل ما يشبه الملك وإن لم يكن ملكاً مستقراً ولذلك فإن القرض (في حال القرض) أو الدين (في حال التورّق) الذي يتحمّله الصندوق راجع في النهاية إليهم. ويقوم المدير بتبني الإجراءات التي تؤدّي إلى استرداده لمبلغ القرض أو سداده للدين من إيرادات ذلك الصندوق. ولكن هل يجوز له أن يلتزم بتحمل ذلك المبلغ في حال استمرار عجز الصندوق؟ الجواب: إن كان هذا أمراً يقع عندئذٍ أي في حال حصول الاستمرار في العجز فلا غبار عليه لأنّ لحملة أسهم الشركة المديرة الحق في التبرع بحقوقهم. أما إن كان أمراً مشروطاً ابتداءً وهو جزء وثيقة التأمين فإنه يترتّب عليه اقتراب

وربما تحول منهج التأمين من النظام التكافلي إلى النظام التجاري (التقليدي) وتصبح إجراءات التأمين وإن سمي تعاونياً شكلاً بلا معانٍ ومبانٍ لا حقائق فيها.

والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم،،،

المبحث السادس: قضايا فقهية متعلقة بإعادة التكافل وإعادة التأمين التجاري، الدكتور/ محمد أكرم لال الدين، مدير تنفيذي للأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية في المالية الإسلامية ماليزيا.

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، أما بعد...

فلقد أثيرت شبهات كثيرة حول التأمين التجاري لا سيما في بداية تأسيس مؤسسات التأمين التكافلي، وأهم الشبه في نظري هما شبهتا الغرر والقمار. وقد عدّ القمار أو الغرر من أسباب تحريمه عند الكثير من الفقهاء.

وكذلك فإن إعادة التأمين التجاري التي تعتبر من الحاجات الملحة بعد ما تطور التأمين تطوراً واسعاً، لا تخلو أيضا من الشبهات السابقة. تأتي إعادة التكافل كبديل لإعادة التأمين التجاري حيث بذل المسلمون جهوداً في إنشاء مؤسسات إعادة التكافل لسدّ حاجاتها. إن جواز إعادة التكافل يراد به الجواز من حيث المبدأ، إذ لا بدّ من التدقيق في تفاصيل عمليات التأمين التكافلي لتحقيق من سلامته من العناصر المحرمة.

ومما لا شك فيه أن نظام إعادة التكافل يأتي في البداية موازيا لإعادة التأمين التجاري بعدما تم استبعاد عناصر التحريم من هذا الأخير خاصة القمار والغرر.

ولست أتكلف الكلام فيما لا أعلمه، ولا الجواب بما لا أفهمه[1] وأسأل الله التوفيق للحق والصواب، والموفق من رأى المشكل مشكلا، والواضح واضحا.

إعادة التأمين وإعادة التكافل.

إعادة التأمين وإعادة التكافل هي العملية التي يتحمل بموجبها معيدو التأمين مقابل اشتراك معين من الشركة جميع أو بعض المخاطر التي قام المؤمن بالتأمين عليها ولا تتأثر الحقوق

1 العز بن عبد السلام، القواعد الكبرى، الجزء الثاني، ص 400.

القانونية للمؤمن له بعملية إعادة التأمين، وتكون الشركة التي قامت بالتأمين أصلا على المؤمن له مسئولة أمامه عن دفع أي التزامات طبقًا لشروط وثيقة التأمين.

وعرف الدكتور الأشقر إعادة التأمين بقوله: يقصد بها أن الجهات القائمة بالتأمين، تعاونيا كان أو تجاريا قد يعرض عليها العملاء أن تؤمن عليهم أو أشيائهم بمبالغ تزيد عن طاقتها، بحيث لو وقعت الأخطار المؤمّن منها تضطر الشركة أن تدفع للمستأمنين مبالغ تزيد عن موجوداتها، وربما أوقعها ذلك في الإفلاس وأدى إلى تصفيتها.[2]

ثم قال: "وقد تفتقت أذهان القائمين على شركات التأمين التجارية على طريقة تضمن لهم المزيد من الأرباح في عمليات تأمينية أكثر من طاقة شركاتهم، مع تقليل فرص إفلاس شركاتهم أو انعدامها. وتلك الطريقة هي أن يقوموا بالتأمين عن الخسائر المحتملة لدى شركات كبرى، هي "شركات إعادة التأمين" مقابل أقساط تدفعها شركة التأمين إلى شركة إعادة التأمين، وتتحمل الأخيرة عن الأولى تعويضات يتفق عليها، في حال وقوع الأخطار المؤمن منها"[3].

الفرق بين إعادة التأمين التجاري وإعادة التكافل.

إن شركة إعادة التأمين هي شركة التأمين لكن أفرادها أو المشتركين المستأمنين لديها هي شركات التأمين وليسوا أشخاصا كما هو الحال في التأمين المباشر. ففي إعادة التأمين يكون "المستأمن" هو شركة التأمين، و"المؤمّن" هو شركة إعادة التأمين.

فالفرق بين إعادة التأمين التجاري وإعادة التكافل هو نفس الفرق بين التأمين التجاري والتكافل المباشرَين، ويمكن تلخيص أهم هذه الفروق فيما يأتي:

- العقد المستخدم في عملية التأمين: العقد السائد في معظم عمليات التكافل هو عقد التبرع والوكالة، أما التأمين التجاري فهو عقد معاوضة.
- تقوم عملية التكافل الإسلامي على فكرة التعاون على البر والتقوى، أما التأمين التجاري، فيقوم على فكرة الربح للشركة، ويتمثل هذا الربح في الفرق بين الأقساط المحصّلة من العملاء، وبين التعويضات المعطاة لمن أصابهم الضرر.

---

2 الأشقر محمد سليمان، بحوث فقهية في قضايا اقتصادية معاصرة، الجزء الأول، ص 29، دار النفائس، الطبعة الأولى، 1418هـ-1998م.

3 المرجع السابق، ص 29.

- تقوم عملية التكافل الإسلامي على أنه لا يحقق ربحًا، بل يحقق فائدة توزع على المشتركين بنسبة اشتراكاتهم. أي أنه نظام لا يقوم على تحقيق الربح. بينما يقوم التأمين التجاري على تحقيق الربح.

- يتضمن عقد التأمين التجاري غرراً وجهالة، وهذا غير جائز شرعًا، بينما يقوم عقد التكافل الإسلامي على التعاون، وهذا جائز شرعًا.

- تقوم مؤسسات التكافل الإسلامي باستثمار فائض الأموال وفقًا لصيغ الاستثمار الإسلامية، بينما تقوم شركات التأمين التجارية باستثمار الأموال وفقًا لنظام الفائدة المحرمة شرعًا.

أما بخصوص العقد الذي يحدد العلاقة بين شركة التأمين المباشر وشركة إعادة التأمين ما هو إلا عقد تأمين يخضع لكل المبادئ العامة للتأمين.

الحاجة إلى إعادة التأمين

تسعى شركات التأمين لترتيب ضمانات لنفسها أمام المخاطر المحدقة، فهي تقوم على الأخذ بأحدث أساليب الإحصاء وبإحصائيات دقيقة بين ما يمكن دفعه من مبالغ التأمين، وما يمكن أن تحصل عليه من أقساط التأمين، حتى تكون هناك نسبة مناسبة لعملية التأمين وتربح الشركة في التأمين التجاري، أو لا يكون هناك نقصان في حساب التأمين الإسلامي، كما أن شركات التأمين تقوم بأخذ احتياطات من الفائض لصالح حساب التأمين، إضافة إلى الاحتياطات القانونية والمخصصات التي تستقطع من أرباح شركات التأمين.

ومع كل ذلك، فإن شركات التأمين لا يمكنها الاكتفاء بهذه الضمانات الداخلية، بل دلت التجارب والوقائع أن شركة التأمين لا تستطيع الوقوف وحدها أمام حوادث كبيرة إذا وقعت، فعلى سبيل المثال لو قامت شركة التأمين بالتأمين على مطار وطائراتها التي تقدر بمئات الملايين، فكيف تستطيع أن تضمن أمام حادثة سقوط طائرة وموت من فيها لأنها تكلف مئات الملايين من الدولارات، لذلك تلجأ هذه الشركات للشركات الكبرى لإعادة التأمين ولدرء المخاطر وزيادة الطاقة الاستيعابية لشركات التأمين.

وقد بدأت الحاجة الملحة إلى شركة إعادة التأمين منذ القرن التاسع عشر الميلادي بعد أن انتشر التأمين انتشارا كبيرا، فلم تكن في البداية شركات متخصصة لإعادة التأمين، وإنما

كانت الشركات العادية للتأمين تقوم بها، إلى أن أنشئت شركة ألمانية متخصصة لإعادة التأمين في "كولن" عام 1853م، ثم انتشرت فيما بعد في العالم.[4]

موقف الفقه الإسلامي من الحاجة إلى إعادة التكافل

إن الحاجة إلى إعادة التكافل معتبرة شرعا، ذلك لأنّ الغرض من التأمين التكافلي هو مساعدة المستأمنين عند وقوع المخاطر بالالتزام بين الطرفين، وهو التزام المستأمنين بسداد الاشتراكات أو التبرع والتزام الصندوق بتغطية الضرر حسب الوثائق واللوائح.[5]

فمؤسسة التكافل كالطرف الذي يقوم بمهمة إدارة التكافل وتحمل أمانة تحقيق حصول المستأمنين على مبلغ التأمين عند وقوع الأخطار، يجب عليها التحقق من استطاعة صندوق التأمين الذي تحت إدارتها في القيام بتغطية الخسارة الناتجة عن وقوع هذه الأخطار عن طريق الإحصاء الدقيق.

الالتزام بين الطرفين في عقد التكافل لا يتم إلا بتحقق استطاعة صندوق التأمين للتغطية. والجهة التي تقوم على إدارة الصندوق هي مؤسسة التكافل التي تتحمل مسؤولية الإدارة بأخذ الأجرة والعمولة.

وإذا عجز الصندوق عن تحمل الخسائر الناتجة عن وقوع الأخطار، فحينئذ تلجأ الشركة التأمينية المباشرة إلى شركة أخرى تستطيع معها تحمل هذه الخسارة العاجزة عن تغطيتها من قبل الشركة التأمينية المباشرة.

فلجوء مؤسسة التكافل المباشرة إلى مؤسسة إعادة التكافل واجب عليها حينئذ لتحقيق الالتزام تغطية الخسارة الناتجة عن وقوع الأخطار.

فأخذت مؤسسة التكافل الأجرة على إدارة التكافل مع العلم بعدم استطاعة الصندوق لتحمل الخسارة المحتملة يعتبر خيانة على أمانة الإدارة. وهذا مخالف لقوله تعالى: {إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ

---

4 السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الثاني، الجزء السابع، ص 1123، دار النهضة العربية، 1964م. والقرة داغي علي محيي الدين، التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية مقارنة بالتأمين التجاري مع التطبيقات العملية، ص 424-425، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 1426هـ - 2005م.

5 هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص 440، دار الاستثمار، الطبعة الأولى، 1428هـ-2007م.

أَنْ تُؤَدُّوا الأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا} (سورة النساء: 58)، وقوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ} (سورة المائدة: 1).

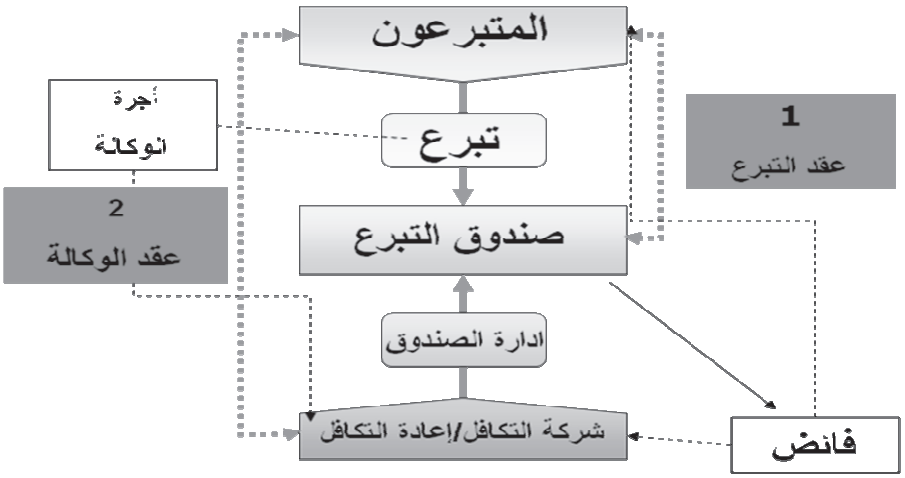
الحكم الشرعي لعمل شركات إعادة التأمين على أساس تعاوني

إنّ الطريقة المتبعة المشروعة لإعادة التأمين هي نفس الطريقة للتأمين المشروع، وهي التأمين التكافلي الذي تتوافر فيه الأسس والمبادئ الإسلامية.

وقد أنشئت فعلا بعض شركات إعادة التأمين الإسلامي في ماليزيا وغيرها وحققت نتائج طيبة، ولكنها تحتاج إلى الدعم والمساندة من جميع شركات التأمين الإسلامية، ونأمل أن تتعاون جميعها في إنشاء شركة قوية لإعادة التأمين تغني عن اللجوء إلى شركات إعادة التأمين التجارية.

وحتى الآن قد سجلت وطوّرت 3 شركات إعادة التكافل الإسلامية في ماليزيا وهي MNRB Retakaful، و MUNIC Retakaful، و ACR Retaful إضافة إلى أن هناك شركات عالمية لإعادة التكافل مثل Hannover RE Takaful RE, Tokio Marine RET, ARIL.

والممارسات العملية لإعادة التكافل الإسلامي معظمها مبنية على أساس الوكالة. بموجب مبدأ الوكالة تتصرف شركة إعادة التكافل كوكيل للمشاركين. وينص العقد بوضوح على كيفية مساهمة المشاركين –أي مؤسسة التكافل المباشر– أقساطًا استثمرتها شركة إعادة التكافل. والصورة البيانية لعملية إعادة التكافل على أساس الوكالة كالتالي:



ووفقا لما اتفق عليه شركة إعادة التكافل ومؤسسة التكافل المباشر يحدَّد إما كل أقساط المساهمات أو جزءٌ منها لتكون تبرّعًا أو وقفًا لغرض مساعدة المشاركين الآخرين الذين يعانون من فقدان أو تلف.

ومن هنا يتبين لنا أن حكم التأمين التكافلي هو الجواز كما أقرته المجامع الفقهية وفقهاء العصر على أساس أقساط متبرع بها، تغطي منها الأضرار الواقعة، وما فاض منها عن ذلك يعاد إلى المستأمنين على أساس أنه لم يحتج إليه فيما حصل التبرع لأجله، وأن هذا من باب التعاون، فليس هناك جهة تربح من ذلك التأمين.

فهكذا إعادة التأمين ينبغي أن يكون جائزا على الأساس التعاوني نفسه. فتقوم شركات التأمين المباشر من شركة إعادة التأمين مقام المستأمنين من شركة التأمين.

وتقدم الاشتراكات على أساس التبرع من الأموال التأمينية المجتمعة لديها، لتحفظ لدى شركة إعادة التأمين التي بدورها تغطي الأخطار الملتزم بتغطيتها، وتعيد الفائض إلى المشتركين، وهي شركات التأمين المباشر التي بدورها تضم هذه المبالغ إلى أموال التأمين لديها. وبذا تكون هذه المبالغ رافدا جديدا يخفف العبء عن المشتركين لديها، ويمكّنها من منافسة شركات التأمين التجارية بتخفيضها تكلفة التأمين عمن يشترك في التأمين عندها. [6]

الطرق المتبعة في إعادة التأمين التجاري، ومدى جواز شركات إعادة التكافل إتباعها

ترجع الطرق المتّبعة لدى شركات التأمين فيما تريد أن تؤمن عليه من العمليات التأمينية التي التزمت بها إلى ثلاث طرق كما عرضها الدكتور غريب الجمال في رسالته "التأمين التجاري والبديل الإسلامي":[7]

الطريقة الأولى: إعادة التأمين بالمحاصة (بالنسبة). فيقتضي التعاقد على هذا الأسلوب أن تتحمل شركة إعادة التأمين نسبة معينة (70%) مثلا من كل عملية تأمينية تلتزم بها شركة التأمين.

(6) محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، الجزء الأول، ص33.

7 الجمال غريب، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، ص 94-95.

ومن هذا النوع أيضا أن يقضي الاتفاق بأن تتحمل شركة الإعادة حصة معينة من نوع خاص من التأمينات التي تلتزم بها شركة التأمين، كأن تتحمل نصف التعويضات في عقود التأمين من الحريق مثلا.

الطريقة الثانية: إعادة التأمين فيما يجاوز حد الطاقة، أي طاقة شركة التأمين المباشر، فتستقل شركة التأمين بالعمليات التي تستطيع تحمل تبعاتها، وما زاد عن ذلك تؤمّن عليه لدى شركة إعادة التأمين.

وهذا يعطي شركة التأمين فرص الربح كاملا عن العمليات التي تجريها في حدود طاقتها، ثم يكون لها نسبة من الربح من العمليات التي تعيد التأمين عليها لدى شركة إعادة التأمين.

الطريقة الثالثة: إعادة التأمين فيما يجاوز حدا معينا من الخسائر، وذلك بأن تتولى شركة التأمين المباشر دفع مبلغ التأمين في حال وقوع الأخطار إلى حد معين من الخسائر، وما زاد عن ذلك تؤمن عنه لدى شركة إعادة التأمين لتتولى دفعه عند تحققها.

وواضح أنه يجوز لشركة التأمين الإسلامي اتباع كلا من الطرق المذكورة؛ لأن الشركة تتولى التصرف في الأقساط التي تجتمع لديها بما ترى أنه أقرب لتحقيق مصلحة المستأمنين لديها، ولا يبدو لي في أي من الطرق المذكورة محذور شرعي، الله أعلم.

العلاقة بين إعادة التكافل ومؤسسة التكافل.

تتلخص العلاقة بين مؤسسة إعادة التكافل ومؤسسة التكافل فيما يلي: [8]

1. تجمع شركة إعادة التكافل الأقساط من مؤسسات التكافل في صندوق التكافل.
2. تستثمر شركة الإعادة ما تجمّع لديها من أقساط على أساس الوكالة أو المضاربة بينها وبين مجموع المؤسسات التكافلية.
3. تقسم أرباح الاستثمار بين شركة إعادة التكافل ومؤسسات التكافل المشاركة بنسبة محددة في شهادات الاشتراك التي تعطيها إلى الشركات (10% مثلا) تأخذها

8 محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، الجزء الأول، ص36-37.

لمصلحة مجموع المساهمين أصحاب رأس مال الشركة، وتضم الباقي إلى صندوق الأموال التأمينية لديها.

4. توفّر شركة الإعادة التغطية عن الحوادث المؤمّن منها، ومصروفات عمليات التأمين، من مجموع الأقساط والاحتياطات والأرباح الاستثمارية.

5. في حال وجود فائض، ترده شركة إعادة التكافل إلى مؤسسات التكافل بنسبة اشتراكها في الصندوق.

6. في حال تحقق عجز، تضمنه شركة الإعادة على سبيل القرض من أموال المساهمين.

فمن الواضح أن شركة الإعادة ليست لها مصلحة مادية تتحقق للمساهمين إلا نصيبها من أرباح المضاربة (إذا كان العقد في عملية إعادة التأمين الإسلامي يقوم على مبدأ المضاربة)، وفي مقابل حصولها عليه تقوم بثلاثة أعمال:

1. إدارة العمليات الاستثمارية (عملها في الأموال التأمينية كمضارب).

2. إدارة العمليات التأمينية دون مقابل.

3. ضمان العجز في صندوق الأموال التأمينية دون فائدة.

وعلى هذا فقد عملت الشركة مضاربة، والتزمت لأصحاب مال المضاربة بأمرين بلا مقابل. ويبدو أن هذا لا يصح شرعا؛ لأنه اشتراط عقد في عقد، فهو مضاربة وسلف أو مضاربة وكفالة.

وأيضا فإنها إن لم تحصل على ربح في المضاربة، يذهب عملها فيه هدراً، وهذا لا شيء فيه؛ لأن هذا شأن المضاربة.

أما عملها في إدارة العمليات التأمينية فتذهب سدىً بالإضافة إلى تحملها مسؤولية الضمان حال العجز، وهي مسؤولية قد تكون ضخمة، وتؤدّي إلى خلل في الشركة، وربما أدت إلى خسارة كلية، فهو تبرع مضر بالمساهمين، لا يجوز قبوله في المجال التجاري.

والحل المقترح لهذه المسألة هو ما يأتي:

- عملية الإدارة والإشراف تقوم بها شركة الإعادة مقابل أجر.

- تقوم شركة إعادة التأمين –بالنيابة عن مجموع المستأمنين لديها بموجب تـــفويض في شهادة الاشتراك– بإعطاء الأموال التأمينية إلى شركة أخرى لتقوم باستثمارها بطريق المضاربة، وتكون الشركة المضاربة مستقلة استقلالا تاما عن شركة إعادة التأمين. وهذا الفصل مهم وضروري لصحة العملية شرعا.

- يكون الضامن في حال العجز طرف ثالث كما لو رضيت الدولة أو بعض الجهات القيام بالضمان على أساس القرض الحسن وعلى أن تسترد ما تدفعه من الأقساط اللاحقة. وفي حال عدم وجود جهة مستعدة للضمان:

أ. إما أن تتضمن شهادات الاشتراك التعهد من المشتركين بسداد العجز بنسبة اشتراكاتهم.

وإما أن تتوقف شركة الإعادة عن الدفع للتعويضات؛ لأنها ملتزمة بالصرف من الأقساط والاحتياطات، وقد نفدت.

إعادة التأمين لدى شركة إعادة تأمين التجارية

إعادة شركة التأمين الإسلامية التأمينَ لدى شركة إعادة التأمين التجارية، يشمله الحكم بالتحريم الذي أفتى به مجمع الفقه الإسلامي. [9] غير أن بعض الجهات الشرعية أفتت بجواز إعادة التأمين لدى شركات الإعادة التجارية إذا قامت الحاجة لذلك. وهل يمكن الأخذ بمبدأ الضرورة في التعامل مع شركة إعادة التأمين التجارية؟ وهل الحاجة هنا تنزل منزلة الضرورة؟ وقبل أن نصل إلى أية نتيجة علينا أن نستعرض ماذا يعنى بالضرورة وخاصيتها وضوابط الضرورة عند الفقهاء.

ماذا يعنى بالضرورة؟

الأصوليون والفقهاء، قد عرفوا الضرورة بتعريفات مختلفة. فقد عرفها الزركشي بقوله: " بلوغ الإنسان حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب، كالمضطر للأكل بحيث لو بقي جائعاً

9 أنظر موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي،http://www.fiqhacademy.org.sa/.

لمات أو تلف منه عضو أو فقد جارحة، فهذا يبيح له تناول المحرم"[10]، وعرفها أبو زهرة بقوله: "هي الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور، أو يخشى ضياع ماله. أو أن يكون الشخص في حال تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس حق غيره"[11]، وقد انتقد الدكتور وهبة الزحيلي اتجاه التعريفات نحو بيان ضرورة الغذاء كونها قاصرة واختار تعريفها بقوله:" الضرورة هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته، دفعا للضرر عنه في غالب ظنه ضمن القيود الشرعية"[12]

وهذا التعريف يتفق وتوجه الأصوليين والفقهاء في تناول موضوع الضرورة، لأنها عندهم الأمور التي لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج، وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين[13]، وهي خمسة اختلف العلماء في ترتيبها فرتبها الغزالي بحفظ الدين والنفس والعقل والنسل والمال[14]، ورتّبها الشاطبي ترتيبا آخر فقال: مجموع الضروريات خمسة وهي: حفظ الدين، والنفس، والنسل و المال والعقل، فأخر العقل عن لنسل و المال[15].

خصائص الضرورة

وأما خصائص الضرورة فيمكن تلخيصها في خاصيتين:

الخاصية الأولى: خاصية التعبد، وهو ما يعني أن اقتفاء مقصد الشرع واعتبار الجزاء الأخروي هو المعتبر الرئيس في إعمال الضرورة، وتأتي المقاصد الأخرى في مرتبة دون هذا المقصد، لأن الشريعة قابلت الضرورات بالرخص لتحقيق مقصد العبودية، ولعله السر في

---

10 الزركشي، محمد بن نهادور، **المنثور في القواعد**، تحقيق محمد حسن هيتو، الجزء الثاني، ص 319، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، 1400هـ.

11 أبو زهرة محمد، **أصول الفقه**، ص 48، دار الفكر.

12 الزحيلي وهبة، **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، ص 64، دار الفكر المعاصر، الطبعة الرابعة، 1997م.

13 الشاطبي أبو إسحاق إبراهيم بن موسى، **الموافقات في أصول الشريعة** ، الجزء الثاني، ص8.

14 الغزالي الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، **المستصفى من علم الأصول**، الجزء الأول، ص287، الطبعة الأولى، مطبعة الأميرية ببولاق، 1322هـ.

15 الموافقات، الجزء الثاني، ص10.

تعريف الشاطبي للمقاصد بقوله: "المقصد الشرعي من وضع الشريعة إخراج المكلف من داعية هواه حتى يكون عبداً لله اختياراً كما هو عبدٌ لله اضطرارا"[16]. وعليه يجب أن يتقدم اعتبار الجزاء الأخروي عند بحث الضوابط كل اعتبار، وميزة هذه الخاصية أنها معينة للباحث عن الضوابط على أن يستحضر البعد الديني في بحث ضوابط الضرورة حتى لا يضل السبيل في بحثها.

الخاصية الثانية: خاصية التأقيت، وهو ما يعني أن الضرورة رخصة، والرخصة على ما فيها من رحمة للخلق تيسير سبل التقرب من الله، هي استثناء من حكم أصلي يجب بذل الوسع في إعماله، ومعنى هذا الكلام أن المنظر لوضع ضوابط إعمال أية ضرورة ينبغي أن يستحضر دائما خاصية التأقيت التي تضمن الحرص الشديد على العودة إلى الأصل والعزيمة. يقول الدكتور القرضاوي: "فالإنسان إن خضع لداعي الضرورة، لا ينبغي أن يستسلم لها ويلقي إليها بزمام نفسه، بل يجب أن يظل مشدودا إلى أصل الحلال باحثا عنه حتى لا يستمرئ الحرام أو يستسهله بدافع الضرورة"[17]. فمما لا يقبل بحال أن تعتكف مؤسسة اقتصادية أو مالية على معاملة محرمة بداعي الضرورة لسنوات طوال، وإذا انتقدت تعللت بعلة الضرورة، فهذه الخاصية عاصم من الإشراف في التعامل مع الضرورة، وعاصم من الإسراف في إعمالها

ضوابط العمل بالضرورة:

وقد وضع العلماء للضرورة ضوابط اشترطوا مراعاتها، لضمان عدم الارتكاب المحرم دون تحققها، ومن أهم هذه الضوابط:

الضابط الأول: أن تستوفي المعاملة المالية المراد بحث ضرورتها صفة الضرورة، بمعنى أن يكون حصول الضرر أمراً قاطعاً أو ظنًّا غالباً ، لأن أحكام الشريعة تناط باليقين والظنون الغالبة، وأنه لا التفات فيها إلى الأوهام والظنون المرجوحة البعيدة، ودليل هذا الضابط ما ورد في حديث أبي واقد قال قلت يا رسول الله إنا بأرض يصيبنا فيها مخمصة فما يحل لنا من

16 الشاطبي، **الموافقات، مرجع سابق**، ص268.

17 القرضاوي يوسف، الحلال والحرام في الإسلام، ص 40، الإتحاد العالمي للمنظمات الطلابية، طبعة 1978م.

الميتة قال إذا لم تصطبحوا أو لم تغتبقوا ولم تحتفئوا بقلاً فشأنكم بها." [18] الذي معناه: إذا لم تجدوا صبوحا أو غبوقا ولم تجدوا بقلة تأكلونها حلت لكم الميتة.

هذا الحديث يدل بوضوح على أن الإقدام على المخالفة لا يتم إلا بعد التيقن والجزم بحصول الضرر. لهذا ينبغي التأكد من حصول الضرر فعلا في المعاملات المالية قبل اللجوء إلى الضرورة، ولا تسارع إلى الحرام رغبة في تكثير الفائدة أو الربح لأن الأصل الالتزام بالعزيمة.

الضابط الثاني: أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، أي أن يحصل في الواقع خوف هلاك النفس أو تلف المال، وذلك بغلبة الظن، فلا يلجأ إلى الضرورة بمجرد الاحتياط لما قد يحدث في المستقبل.

الضابط الثالث: ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة أخرى إلا مخالفة الأوامر والنواهي الشرعية.

الضابط الرابع: ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية المتمثلة في حفظ حقوق الآخرين، وتحقيق العدل وأداء الأمانات ودفع الضرر والحفاظ على مبدأ التدين وأصول العقيدة الإسلامية.

الضابط الخامس: أن لا ينجم عن الضرورة، ضرر أشد منه أو يساويه، كما جاء في القواعد الفقهية: الضرر لا يزال بمثله، وقاعدة "يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام"، وقاعدة "يرتكب أخف الضررين لدفع أعظمهما"، وقاعدة "درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح".

الضابط السادس: يجب على المضطر مراعاة قدر الضرورة، لأنّ ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها، ولذلك قرر جمهور الفقهاء أن يقتصر فيما يباح للضرورة على القدر اللازم لدفع الضرر، فلا يجوز للمضطر أن يأكل من الميتة، إلا بما يسد رمقه، ولا يجوز اللجوء إلى عملية إعادة التأمين مع الشركة التجارية ــ مثلاً لآماد غير منتهية باسم الضرورة، لأنّ هذه ما صارت ضرورة، وإنما صارت توجها إلى إحلال مستمر للحرام.[19]

---

18 رواه أحمد بإسنادين رجال أحدهما رجال الصحيح، إلا أن المزي قال لم يسمع حسان بن عطية من أبي واقد والله أعلم. وعن أبي واقد أن قوماً مات لهم بغل ولم يكن لهم شيء يأكلونه فجاؤا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فرخص لهم فيه. رواه البزار ورجاله رجال الصحيح. أنظر: مجمع الزوائد ومنبع الفوائد للهيثمي، الجزء الثاني، ص 127.

19 د. سعيد بوهراوه، ضوابط التعامل مع مبادئ المصلحة والضرورة في المعاملات المالية المعاصرة، بحث مقدم للأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية بماليزيا، ص 27.

وبعد استعراض المبادئ السابقة في الضرورة نقول أن الأصل عدم جواز التعامل مع شركة إعادة التأمين التجارية بما فيها من المحظورات. وفي هذه القضية لا يمكن ادعاء الضرورة التي تبيح المحظور هنا إلا بضوابط معينة كما سيأتي فيما بعد. [20]

أما الحاجة ففي إباحة المحرم بها تردد.

وإن قلنا إنها تبيح المحظور، فربما كان هذا فيما مضى، أما اليوم وبعد أن كثرت شركات التأمين التكافلي الإسلامي، فإن بإمكانها تكوين تعاون فيما بينها يسد الحاجة، إما بصورة شركة إعادة إسلامية أو جمعية تعاونية أو تعهدات بالتبرع لتغطية الأخطار.

وكذلك أن إباحة الأشياء المحظورة للضرورة لا تؤخذ على الدوام والإطلاق كما اشرنا إليه، فالسعي للخروج عن هذه الضرورة واجب، وسيأتي تفصيل الكلام عنها.

إعادة التأمين لدى شركة إعادة تأمين التجارية للضرورة مع وجوب بذل الجهود في تطوير وتقوية شركة إعادة التكافل الإسلامية.

وقد اتخذت معظم مؤسسات التكافل الإسلامية "RBC" كمعيار الأولويات عند إعادتهم التأمين موازيا للمعايير التي استند إليها شركة التأمين التجاري. وذلك لأن العناصر العملية الحقيقية في اختيار شركة التأمين التجاري كشركة إعادة التأمين الآن هي النظر إلى تقدير "المخاطر على أساس الرِّسْمال"[21] المعروف بـــ"RBC".[22]

و"RBC" هي الكلمة الطنانة في عصرنا الحاضر خاصة بين الصناعات التأمينية والتكافلية. وهي المعايير لتقدير رأس المال المخصص لتنظيم التأمين في الصناعات التأمينية والتكافلية. ويعرف "RBC" بأنه "مبلغ رأس المال الذي تملكه شركة التأمين لتكون قادرة على الوفاء بالتزاماتها التأمينية المستقبلية".[23]

---

20 أتفق مع رأي شيخ الأشقر في هذه القضية.

21 الرِّسْمال ج رساميل: تخفيف رأسمال (رأس مال). أنظر المعجم العربي الأساسي، ص522 وص494.

22 مختصرة ترمز عن: Risk-Base Capital.

23 أنظر ورقة عمل قدمها السيد عزمان إسماعيل للأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية المعروف بـــ"إسرا" بعنوان:

: *Fiqh Aulawiyyat* in *Retakaful* - Between RBC (Risk-Based Capital) Standards and Islamic Institutions

ص12-13

وفي الغالب، يجعل تقدير "RBC" للشركة كمعيار في اختيار الأولويات عند إعادة شركة التأمين التجاري لعملية إعادة التأمين.

وإذا كانت شركة إعادة التأمين التجاري حصل تقدير "RBC" لـــها على AAA،[24] بينما الشركة الإسلامية حصلت على تقدير "RBC" لـــها على A فقط، فتعطى لشركة إعادة التأمين التجاري أولويةً في الاختيار لأجل الضرورة.

ولذلك أوافق رأي بعض الفقهاء المعاصرين في أن الأولويات في اختيار شركة إعادة التأمين يجب أن يكون على حسب معيار الصناعات التكافلية الإسلامية وليس على حسب تقدير "RBC".

وذلك لأن إعادة شركة التأمين الإسلامية التأمينَ لدى شركة إعادة التأمين التجارية محرم بالأصل، وإن قلنا إن الضرورة تبيح المحظور، فربما كان هذا فيما مضى وفي بعض الحالات، أما اليوم وبعد أن كثرت شركات إعادة التأمين التكافلي الإسلامي وكذلك شركة إعادة التكافل الإسلامي[25]، فإنه بإمكانها التعاون فيما بينها سداً للحاجة كما سبق ذكره.

وكذلك فإن الضرورات التي تبيح المحظورات يشترط عدم استمرارها على الدوام. بل يجب على المسلمين السعي للاستغناء عنها بقدر الإمكان. وعندما توجد فرصة الخروج عن هذه الضرورة ولم يسع الخروج، فكيف تبيح هذه الضرورات هذه المحظورات مع أن القاعدة الفقهية استقرت على أن "الضرورات تقدر بقدرها" و"إذا زال المانع عاد الممنوع"؟

واللجوء إلى التعامل مع شركات إعادة التأمين التجاري لأنها ذات تقدير "RBC" جيد يترتب عليه إهباط جهود تطوير وإحياء شركة إعادة التأمين التكافلي الإسلامي.

نعم، فإننا لا ننفي أهمية اختيار الأولويات على تقدير "RBC" ولكن بشرط عدم غض النظر عن مدى تعامل هذه الشركة بالمعاملات الإسلامية، ولذلك نرى أنه يجب اختيار الأولويات على حسب التعامل بالمعاملات الإسلامية ثم بعد ذلك على حسب تقدير "RBC"، اللهم إلا إذا ترتب لجوؤها إلى شركة إعادة التأمين الإسلامية ضرر كبير بسبب ضعف تقدير"RBC" لهذه الأخيرة.

---

(24) الجهة التي أعطت تصنيف بين AAA، وAA، وA، وBBB هي وكالة التصنيف المعروفة بـــ Rating Agency.

(25) عدد مؤسسات التكافل في العالم حاليا هي 250 شركات وشركات إعادة التكافل هي 18. أنظر القائمة المرفقة.

وذلك لأن النهي عن المساهمة في الأشياء المنهي عنها شرعا واضح في قوله تعالى: (وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ) سورة المائدة الآية 2.

وأما الضرر من وراء إعادة التكافل التأمينَ لدى شركة إعادة التأمين التجارية شيء ظني؛ لأنّ المعايير لإثبات "RBC" وكذلك أُسُس تقديره معظمها مبني على الظني كذلك، إضافة إلى أنّ المعايير لتقدير "RBC" مختلف من دول إلى دول.[26]

ولهذا ندعوا مؤسسات التكافل ألا تجعل تقدير "RBC" معيارا دائما ومستقرا، بل يجعلونه معيارًا مؤقتًا عند الضرورة الملحة كما أوصت المجامع والهيئات الإسلامية بأخذها على الضرورة. ويجب عليها السعي للخروج من هذه الضرورة بقدر الإمكان.

ومما لا شك فيه أن إعادة التأمين من أصعب الأمور التي واجهت التجربة الإسلامية للتأمين؛ وذلك لأنه من جانب، قد لا توجد شركات إعادة تأمين إسلامية كافية أو لها قدرة لاستيعاب عملية إعادة التأمين، ومن جانب آخر فإن إعادة التأمين تكاد تكون ضرورية لبقاء أية شركة تأمين واستمرارها كما في بعض الدول الإسلامية.

لذلك صدرت توصية من مجمع الفقه الإسلامي الدولي (القرار رقم 9 (2/9) بدعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التكافلي وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين، حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال، ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة. [27]

وصدرت كذلك فتاوى من هيئات الفتوى والرقابة الشرعية لشركات التأمين الإسلامي والبنوك الإسلامية بجواز إعادة التأمين عن طريق شركات إعادة التأمين التجارية ما دامت هناك ضرورة أو حاجة ملحة وبشروط وضوابط معينة.[28]

ومن أولى هذه الفتاوى فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني وهي فتوى في غاية الأهمية حيث قالت: "دليل مشروعية إعادة التأمين القائم على الضرورة، أو الحاجة العامة التي تنزل منزلة الضرورة، ومن ضوابطها أن تكون الحاجة متعينة، وأن تقدر

---

26 أنظر ورقة عمل قدمها السيد عزمان إسماعيل للأكاديمية العالمية للبحوث الشرعية المعروفة بـــ"إسرا" بعنوان: *Fiqh Aulawiyyat* in *Retakaful* - Between RBC (Risk-Based Capital) Standards and Islamic Institutions: ص 15-18.

27 أنظر موقع مجمع الفقه الإسلامي الدولي، http://www.fiqhacademy.org.sa/.

28 محيي الدين علي القرة داغي، مرجع سابق، ص 429.

بقدرها." [29] ولهذا نقول في حالة إعادة التأمين لدى شركات تأمين تقليدية ينبغي مراعاة الضوابط الآتية:

1. عدم قدرة مؤسسة إعادة التكافل على تغطية حاجة مؤسسة التكافل
2. اللجوء إلى شركة التأمين التجارية يكون كخيار أخير
3. العقد بين الشركتين يجب أن يقوم على الأساس الشرعي
4. أن لا يؤدي التعامل إلى أخذ الفائدة، أو دفعها سواء احتفظت شركة التأمين الإسلامية باحتياطيات تحت التسوية معها أم لا.
5. أن لا تطالب شركة التأمين الإسلامية بنصيب من عوائد استثمارات شركات إعادة التأمين التجارية لأقساط إعادة التأمين.
6. عدم قبول أي عمولة من شركات إعادة التأمين التجارية عن إعادة التأمين لديها، ولا مانع من الاتفاق على تخفيض قسط الإعادة بديلاً عن ذلك.
7. تقليل النسبة التي تدفع من الأقساط لشركات إعادة التأمين التجارية إلى أدنى حد ممكن – القدر الذي يزيل الحاجة وتتولى هيئة الرقابة الشرعية في كل شركة تحديد النسبة التي يسمح بها على أن لا تتجاوز تلك النسبة ?? % من إجمالي أعمال التأمين.
8. عدم تدخل شركة التأمين الإسلامية في طريقة استثمار شركة إعادة التأمين لأقساط إعادة التأمين المدفوعة لها، وعدم المطالبة بنصيب في عائد استثماراتها، وعدم المسئولية عن الخسارة التي تتعرض لها.
9. أن يكون الاتفاق مع شركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة وأن ترجع شركة التأمين الإسلامية إلى هيئة الرقابة الشرعية كلما أرادت تجديد الاتفاقية مع شركات إعادة التأمين التجارية.

شركة إعادة التكافل الإسلامي تعيد التأمين لشركة التأمين التجارية

إن أساس إعادة التأمين هو كأساس التأمين المباشر، فكما لا يجوز لمؤسسة التكافل أن تؤمن على المسؤولية عن أعمال محرمة، أو تؤمّن على أشياء محرمة، فكذا لا يجوز لشركة إعادة

29 المرجع السابق: ص430.

التكافل الإسلامية أن تعيد التأمين لشركة تأمين تجاري حتى ولو كانت العلاقة التعاقدية بين الشركتين شرعية، وهذا لأنّ التأمين التجاري عمل محرم، فقبول شركة الإعادة التأمينَ عن خسائرها يكون عملا محرما كذلك؛ لأن العمل المحرم يطلب شرعا منعه، لا تقويته والمحافظة عليه كما جاء في قوله تعالى: "وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ" سورة المائدة، الآية 2.

قضايا أخرى متعلقة بعملية إعادة التأمين الإسلامي

1. العمولة التي تحصل عليها شركات التأمين من شركة إعادة التأمين.

جرت العادة بين شركات التأمين وشركات إعادة التأمين التجارية على أن تعطي شركة الإعادة لشركة التأمين خصما على الأقساط التي يعاد التأمين بها، فلو أن شركة التأمين أخذت قسطا مقداره 1000 ريال من مستأمن أمّن على بيته ضد الحريق لسنة، فقامت شركة التأمين بإعادة التأمين على البيت المذكور كاملاً، فإنها تبقى لنفسها من القسط المذكور مبلغا متفقا عليه مع شركة الإعادة، كأن يكون 250 ريال كأجر لها عما قامت به من العمل، وهو لتغطية التكاليف الدعاية والإعلان والمصاريف الإدارية والقرطاسية والاتصالات وإعداد الوثيقة وغير ذلك، وكربح لها من العملية المذكورة.

والسؤال هنا، هل يجوز مثل هذا في التأمين التكافلي؟

أما بالنسبة لأخذها أجراً عما قامت به من العمل فواضح أنه لا بأس بذلك. وأما بالنسبة للربح فيبدو لي أنه لا وجه لأخذه؛ لأن المفروض أن قضية الربح في العمليات التأمينية مستبعدة في التأمين الإسلامي.

لكن لو اختلف تقدير شركة الإعادة للقسط المطلوب بأن قل عما قدرته شركة التأمين، فيبدو أن الزائد يعاد إلى المستأمن الأول، لا إلى شركة التأمين ولا إلى الأموال التأمينية لديها. (30)

وقد أفتت الهيئة الشرعية للشركة الإسلامية القطرية للتأمين أن مسألة عمولة الأرباح في الحقيقة ليس هناك شيء اسمه الأرباح في تلك الشركات وإنما هي فوائد أو ما يتبقى من

30 محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 35.

الأقساط، وهذا بلا شك حرام، وفرضا لو وجدت مضاربة فلا بد من ذكرها في بند من البنود.[31]

ثم إن استثمار هذه الشركات معروف، لذلك لا بد من الحذر والحيطة.

والحل أن تتفق الشركة مع معيد التأمين بأن تودع المبالغ في البنوك الإسلامية، ولكن لمعيد التأمين الحق في سحبها في أي وقت شاء أو أية صورة من الصور المقبولة شرعا بعد عرضها على الهيئة الشرعية.

فالعرف الساري أن تدفع شركة إعادة التأمين لشركة التأمين عمولة لتغطية مصاريفها الإدارية مع إضافة قدر قليل كأجر لها، وفي نهاية كل عام تقوم شركة إعادة التأمين بعمل حساب الأرباح والخسائر فإذا تبين لها أنه قد زاد شيء عن أقساط إعادة التأمين بعد خصم المصاريف، فإن شركة التأمين التجاري تستحق في العادة عمولة أرباح عبارة عن نسبة مئوية من هذا الفائض في حين إذا وجدت الخسارة فإنها عليها وحدها (عدم التوازن)، كما أن العرف جرى في التأمين التجاري على أن شركة إعادة التأمين تأخذ من شركة التأمين التجاري سعر فائدة بمعدل 5،3% أو أكثر عن المبالغ التي تقوم الأخيرة باحتجازها لديها، وهذا غير جائز.

لذلك يمكن أن يستثمر هذا المال في أحد البنوك الإسلامية، ويعطى لهم نسبتهم من الربح المحقق، أو حتى جميع الأرباح المحققة لنسبتهم.[32]

2. التصرف في الاحتياطات التي تتبقى لشركة إعادة التأمين لدى شركة التأمين.

جرت العادة أن شركة التأمين التجاري تبقى لديها جزءا احتياطا من القسط الذي تدفعه لشركة إعادة التأمين، لتغطي بعض الأخطار الباقية. وتطلب شركة إعادة التأمين التجاري فائدة ربوية عن هذه المبالغ المحجوزة كاحتياط.

وفي ظل التأمين الإسلامي يمكن أن تتيح شركة الإعادة لشركة التأمين استثمار تلك الاحتياطات على سبيل المضاربة، وتأخذ شركة الإعادة نصيبها من الأرباح إن تحققت، تضمه إلى الأموال التأمينية لديها.[33]

---

31 علي محيي الدين القرة داغي، مرجع سابق، ص 434.

32 المرجع السابق.

33 محمد سليمان الأشقر، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 35-36.

الخاتمة ونتائج البحث وتوصياته.

بعد العرض المفصل لموضوع إعادة التكافل مقارنة بإعادة التأمين التجاري، توصل الباحث إلى جملة نتائج أهمها:

أولا: حكم إعادة التكافل هو نفس حكم التكافل المباشر؛ لأن الواقع أن مبدأ شركة إعادة التكافل هو نفسه مبدأ مؤسسة التكافل المباشر إلا أن أفرادها أو المشتركين المستأمنين لديها هي شركات التأمين وليسوا أشخاصا كما هو الحال في التكافل المباشر.

ثانيا: الحاجة إلى إعادة التأمين وإعادة التكافل معتبرةٌ شرعا لمساعدة المستأمن المتمثل في مؤسسة التكافل المباشرة على الوفاء بوعد تغطية الخسارة عند حدوثها.

ثالثا: العمولة التي تأخذها شركة التأمين كأجر لها عما قامت به من الدعاية والإعلان والمصاريف الإدارية والقرطاسية والاتصالات وإعداد الوثيقة وغير ذلك، فواضح أنه لا بأس بذلك. وأما بالنسبة للربح فيبدو أنه لا وجه لأخذه؛ لأن المفروض أن قضية الربح في العمليات التأمينية مستبعدة في التأمين الإسلامي.

رابعاً: في ظل التكافل الإسلامي يمكن أن تتيح شركة الإعادة لمؤسسة التكافل استثمار الاحتياطات لديها على سبيل المضاربة، وتأخذ شركة الإعادة نصيبها من الأرباح إن تحققت، تضمه إلى الأموال التأمينية لديها.

خامساً: الأصل أن عملية إعادة التأمين كالتأمين المباشر، فكما لا يجوز لشركة التأمين أن تؤمن على المسؤولية عن أعمال محرمة، أو تؤمن على أشياء محرمة، فكذا لا يجوز لشركة الإعادة الإسلامية أن تعيد التأمين لشركة تأمين تجاري.

سادساً: وأما إعادة شركة التأمين الإسلامية التأمين لدى شركة إعادة التأمين التجارية، فالأصل أنه محرم إلا عند الضرورة والحاجة الحقيقية الشرعية.

سابعاً: الأولويات في اختيار شركة إعادة التأمين هو أولاً على أساس أنها تتعامل في صناعتها طبقا للشريعة الإسلامية ثم ثانيا على أساس رأس المال القائم على المخاطر. تلك هي أهم النتائج التي كشفتْ عنها هذه الدِّراسة، أما المقترحات والتوصيات، فأهمها:

أولاً: على المسلمين المنتمين إلى الصناعات التكافلية وكذلك الحكومة الإسلامية أن يبذلوا جهودا كبيرة في تطوير وتقوية مؤسسات إعادة التكافل.

ثانياً: عدم لجوء مؤسسة التكافل إلى التعامل مع شركات إعادة التأمين التجاري بقدر الإمكان؛ لأنه يترتب عليه إهباط جهود تطوير وإحياء شركة إعادة التأمين التكافلي.

ثالثاً: ألتوصية لمؤسسات التكافل ألا تجعل تقدير "RBC" معياراً دائماً ومستقراً، بل يجعلوه معياراً مؤقتاً عند الضرورة الملحة كما أوصت المجامع والهيئات الإسلامية بأخذها على الضرورة. ويجب عليها السعي للخروج من هذه الضرورة بقدر الإمكان.

والحمد لله رب العالمين.

الفصل الثاني

التّحديات الرّقابية والقانونية في صناعة الخدمات المالية الإسلامية: قطاع التأمين التكافلي

المبحث الأول: نموذج الوكيل بحصة من الفائض التكافلي في مؤسسات التكافل، الدكتور/ عمر زهير حافظ، الرئيس التنفيذي للمجموعة المتحدة للتأمين التعاوني (أسيج)- المملكة العربية السعودية

مقدمة

يعتبر تنظيم مجلس الخدمات المالية الإسلامية لندوة التأمين التكافلي مبادرةً هامة لتأصيل هذه الصناعة ذات الأهمية المتزايدة في العالم اليوم. وقد دعيت – شاكرًا للمجلس هذه الدعوة- للمشاركة في هذه الندوة بتقديم ورقة عن ممارسات مؤسسات التكافل التي تعتبر مقبولة شرعًا وقانونًا، أخذًا في الاعتبار ما أصبح معتمدًا في هذه الصناعة من الناحية الشرعية، وهو عقد الوكالة لإدارة أنشطة التكافل، وعقد المضاربة لإدارة أنشطة الاستثمار.

وأستطيع أن أزعم أن ممارسة المجموعة المتحدة للتأمين التعاوني (أسيج) من الممارسات التي تستحق النظر والدراسة. منذ بداية العمل، وبناء على أن اللائحة التنفيذية لنظام الرقابة على شركات التأمين والصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي تنص على أن 90% من الفائض التكافلي الصافي لعمليات التأمين يرحل لقائمة دخل المساهمين عند نهاية العام، وهو ما لم يجر التعامل على أساسه في شركات التأمين التكافلي، نظرت الهيئة الشرعية لشركة "أسيج" في المسألة وتدارست اقتراحات الإدارة التنفيذية، وتوصلت إلى جواز أن يكون عقد الوكالة بحصة من الفائض التكافلي وليس بأجر ثابت كما هو المعمول به في شركات التأمين التكافلي.

كما نظرت الهيئة في جواز تطبيق مبدأ التبرع الملزم على العلاقة بين الشركة الوكيلة، ومحفظة التأمين، وارتأت جواز أن تلتزم الشركة بالتبرع لسد العجز في المحفظة التأمينية إن حدث، بعد خصم المصروفات وخلافه، وهو خلاف المعمول به حاليًا من اعتبار التزام الشركة سداد العجز في عام ما بتقديم قرض حسن، مسترد من الفوائض المتوقعة للأعوام القادمة. وهذه الورقة تعرض الممارسة النمطية لشركات التأمين الإسلامية، والممارسة التي تقوم بها شركة "أسيج". هذا والله ولي التوفيق،

1- نموذج الوكالة بأجر ثابت في شركات التأمين الإسلامية:-

1/1- أصبح التأمين التكافلي، صناعة مالية إسلامية واسعة الانتشار في الدول الإسلامية وغيرها، وبدأت ملامحه القانونية ونماذجه المالية، ناضجةً بإصدار بعض الدول قوانين ولوائح تحكمه، وإصدار معايير شرعية ومالية من منظمات مهنية ذات صبغة عالمية.

2/1- ولعل أهم ما بنيت عليه الممارسات الحالية، القرارات والفتاوى الشرعية المجمعية الصادرة عن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، ومجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، والتي حكمت بجواز التأمين التكافلي الإسلامي، وعدم جواز التأمين التجاري التقليدي.

والفقرة التالية تعتبر ملخصًا دقيقًا للأحكام الفقهية التي كانت أساسًا للممارسات الحالية لشركات التأمين الإسلامية، وهي مأخوذة بالنص من معيار العرض والإفصاح العام في القوائم المالية لشركات التأمين الإسلامية، المعتمد من قبل مجلس معايير المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بمملكة البحرين، في 1420/3/1هـ الموافق 1999/6/14م.

3/1 - التأمين الإسلامي يهدف إلى تقديم الخدمة التي يقدمها التأمين التقليدي للمستأمن (حامل الوثيقة) بطريقة تعاونية مشروعة خالية من الغرر المفسد للعقد والربا وسائر المحظورات، وذلك بتقديم المشترك اشتراكات التكافل متبرعًا بها كليًا أو جزئيًا لتكوين محفظة تأمينية تدفع منها التغطية عند وقوع الضرر المؤمّن ضده، وما يتحقق من فائض بعد التغطية والمصاريف واقتطاع الاحتياطيات يوزّع على حملة الوثائق.

و(الغرر) هو الاحتمال والتردد بين حصول الضرر وعدمه لأحد الطرفين (الشركة أو المشتركين). ومع أن التأمين الإسلامي يشتمل على الغرر أيضًا لكنه مغتفر فيه؛ لأن الغرر

يفسد المعاوضات دون التبرعات لعدم تضرر المتبرع له من وجهة النظر الشرعية إن لم يحصل على المتبرع به.

وتجدر الإشارة إلى أن الغرر في التأمين التكافلي واقعٌ فيما بين المشتركين أنفسهم، وهم كيان واحد يهدف لتحقيق مصلحة مشتركة. أما في التأمين التقليدي (غير التكافلي) فالغرر واقع بين المستأمنين والشركة، وهما طرفان مصلحتهما متعارضة.

إن قيام عقد التأمين التكافلي على أساس التبرّع يتضح من تنازل المشترك عن جميع أو بعض الاشتراكات المقدمة منه لصالح مجموع المشتركين بحسب الحاجة، والتبرع يصح فيه التعليق سواء كان تطبيقًا لأصله أو لكميته، فإذا لم تستغرق التغطية الاشتراكات بأكملها وتحقق فائض يتم توزيعه على المشتركين فيكون التبرع منهم بالاشتراك جزئيًا. والتبرّع هنا مقيّد بالشروط المبينة في نظام التأمين الإسلامي فتنحصر الاستفادة منه في المشتركين فهو من تبادل المعروف والتعاون على البر، وتقديم التغطية منوط بوجود حصيلة في المحفظة التأمينية أو بإمكان تقديم قروض إليها تسدد من وفورات الفترات اللاحقة، والمتبع أن ينشأ التزام من الشركة أو من أي جهة أخرى بتقديم هذه القروض بدلاً من مطالبة المشتركين بزيادة الاشتراكات لأن حالات العجز غالبًا ما تكون مرحلية.

العلاقة بين المستأمنين وشركة التأمين التقليدية التي ينظمها عقد التأمين هي علاقة مبادلة مالية احتمالية بين الالتزام من المستأمن بالأقساط والالتزام من شركة التأمين بالتعويض. وينحصر حق المستأمن في التعويضات عند وجود السبب، مع حق شركة التأمين المطلق في الأقساط دون تدخل المستأمن في استثمارها أو استحقاق الفائض. أما في التأمين الإسلامي فإن علاقة المشتركين (المستأمنين) بالشركة هي علاقة دعت إليها ظروف إجرائية بسبب عدم الاعتراف الرسمي المباشر بالشخصية الاعتبارية لمحفظة التكافل فكان لا بدّ من تأسيس الشركة لإيجاد الكيان القانوني المرخص له بالعمل في نشاط التأمين، والاشتراكات وعائد استثمارها تظل ملكًا مشتركًا للمشتركين تتحدّد حقوقهم فيها بحسب نظام التأمين الإسلامي وأسباب الاستحقاق في التغطية أو في الفائض التكافلي.

تتم إدارة عمليات التأمين بمقابل محدد، نظير الخدمات الإدارية، كما يتم استثمار وإدارة موجودات التأمين، نظير نسب من الربح، وهذان الأمران إما يقوم بهما أصحاب حقوق الملكية أو يقوم بها حملة الوثائق أو يشتركان معًا بينهما.

4/1- وقد ألزمت حكومة البحرين ودول أخرى المؤسسات المالية الإسلامية التي تمارس نشاط التأمين التكافلي بتطبيق هذا المعيار المشار إليه، وأصبح هذا النموذج هو النموذج النمطي الذي يعتمد الأسس الآتية:-

1- تنشأ شركة خدمات يملكها مساهمون برأسمال معين، تستهدف إدارة محافظ تأمينية بأجر وكالة محدد كنسبة من الاشتراكات المتبرع بها من قبل المشتركين.
2- تتجمع اشتراكات المشتركين المتبرع بها؛ لتكوين محفظة تأمينية تدفع منها التغطية عند وقوع الضرر المؤمّن ضده، والمصروفات الخاصة لعمليات التكافل وإعادة التكافل وعمولات وأتعاب تسويق وإدارة العمليات.
3- توزيع الفائض التكافلي على المشتركين بعد خصم التغطية والمصاريف واقتطاع الاحتياطيات.
4- تلتزم الشركة المديرة (الوكيلة) بتقديم قروض حسنة في حال عجز المحفظة عن سداد التزاماتها، تسدد من وفورات الفترات اللاحقة.
5- تقوم الشركة المديرة (الوكيلة) بإدارة استثمارات الفوائض المالية للمحفظة على أساس عقد المضاربة الشرعية، بحصة من العوائد المتحققة.

وبناء على ذلك يجمع النموذج النمطي بين عقدي الوكالة في إدارة عمليات التأمين، والمضاربة في إدارة عمليات استثمار الفوائض المالية.

5/1- ومن خلال الممارسات العملية لنموذج الوكالة بأجر ثابت، وبناء على أن الوكيل أمين لا يضمن إلا في حال التقصير والإهمال ومخالفة شروط العقد، فإن حصول الوكيل على أجر ثابت محدّد، تكتنفه بعض الإشكالات أهمها أن هذا الأجر يمثل تكلفة ثابتة على المحفظة قد تنوء بها، بسبب أن الشركة لابد أن تحقق هامش ربحٍ معقولٍ لها بعد خصم المصروفات العمومية والتشغيلية، وقد تلجأ للمغالاة في هذا الأجر، لضمان تحقيق ربح صافي للشركة، وقد

تضغط المصاريف إلى الحد الذي يخل بالكفاءة، وقد تلجأ الشركات في نهاية الفترة وعند إعداد الحسابات الختامية إلى تغيير أجر الوكالة لإحداث توازن بين عمليات التأمين وحساب المساهمين في الشركة، بحيث لا يظهر أن الشركة رابحة مع تحقيق عجز في حساب عمليات التأمين.

وتبعًا لذلك، قد تتحقق عجوزات بصفة مستمرة مما يضطر الشركة بسببه، لتقديم قروض حسنة تعتبر تكلفة إضافية على المحفظة التأمينية. ومن المعلوم أن إدارة المخاطر لا تؤمن عواقبها، والحصول على أجر قد يكفي المصاريف الإدارية والتشغيلية وهامش الربح وقد لا يكفي، مما يضطر الشركة إلى حلول لا تصب في المصلحة النهائية لحملة الوثائق.

6/1- إذا ما ارتبط أجر الوكيل بحصة شائعة في الفائض المحتمل، وارتبط بوعد ملزم للشركة بالتبرع بسداد العجز في المحفظة التأمينية، وتم تحميل كافة المصروفات الإدارية والتشغيلية على المحفظة التأمينية، فإن ذلك يدفع لكفاءة الإدارة التشغيلية.

7/1- إن الربط بين مبدأ الإدارة بحصة من الفائض، ومبدأ الالتزام بالتبرع لسد العجز، يحكمان العمل الإداري، ويدفعان إلى كفاءة عالية في النتائج، والاختيار الوحيد للاستمرار في الأعمال هو تحقيق فائض يعتبر ربحًا خالصًا للشركة، وعدم تحقيق الفائض يلزمها بالتبرع لسد العجز وهو نقص من رأس مال الشركة يجب تجنبه، وفيما يلي بيان أوضح للنموذج.

ثانيًا – نموذج الوكالة بحصة في الفائض التكافلي:-

إن صعوبة الممارسات العملية لنموذج الوكالة بأجر ثابت في إدارة عمليات التأمين، وعدم أخذ اللائحة التنفيذية لنظام الرقابة على شركات التأمين في المملكة العربية السعودية بهذا النموذج، دعى شركة "أسيج" إلى ضرورة الاجتهاد الفقهي في بناء نموذج الوكالة بحصة في الفائض التكافلي حيث نصت اللائحة التنفيذية على تحويل 90% من صافي الفائض إلى قائمة

دخل المساهمين وقد اتخذت هيئة الرقابة الشرعية للمجموعة المتحدة للتأمين التعاوني (أسيج) نهجًا تعديليًا للنموذج على النحو الآتي:-

1- تطوير عقد الوكالة بأجر ثابت إلى عقد الوكالة بحصة من الفائض التكافلي قياسًا على إجازة العلماء عقد الإجارة بحصة من الناتج المعروف في الفقه الإسلامي، كما في المزارعة والمساقاة وبذلك يقترب هذا التخريج لعقد الوكالة من عقد المضاربة.
2- الفصل التام بين حسابات المساهمين في تأسيس الشركة (الوكيلة) وأموال الاشتراكات المتبرع بها للمحفظة التأمينية.
3- تطبيق فكرة التبرّع الملزم بين المساهمين في الشركة و المشتركين؛ لسداد العجز عند حصوله، قياسًا على جواز الالتزام بالتبرع حتى لو كان المتبرع وكيلاً من باب الإحسان، حيث أن ذلك لا يتعارض مع طبيعة كونه وكيلاً بحصة من الفائض، بل سيدفعه إلى الحرص على تحقيق الفائض.
4- إن تحويل أغلب صافي الفائض إلى قائمة دخل المساهمين، يعتبر حافزًا دافعًا للشركات وترويجًا لأعمالها.
5- إن توزيع الفائض على المشتركين، يؤدي إلى التأثير في آلية السعر لأعمال التأمين الإسلامي، وقد يؤدّي بمرور الوقت إلى الإخلال بقوى السوق التنافسية.

وفيما يلي نص قرار الهيئة:-

(الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

إنّ هيئة الرقابة الشرعية لشركة المجموعة المتحدة للتأمين التعاوني (أسيج) المكونة من ثلاثة أعضاء برئاسة معالي العلامة الشيخ عبد الله بن بيه، وفضيلة الدكتور هاني عبد الشكور، وفضيلة الدكتور حسان فلمبان، قد نظرت بعون الله وتوفيقه في مساء يوم الثلاثاء 1430/3/6هـ الموافق 2009/3/3م، فيما صدر من فتاوى وقرارات الهيئات والمجالس الشرعية حول التأمين التكافلي، ونظرت في الآراء والفتاوى الصادرة عن أئمة المذاهب الفقهية الإسلامية والخاصة بمسائل فقهية تتعلق بالموضوع، كما نظرت في اللائحة التنفيذية

الصادرة عن مؤسسة النقد العربي السعودي لنظام مراقبة شركات التأمين التكافلية الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/32 وتاريخ 1424/6/2هـ، وقررت الهيئة بكامل أعضائها ما يلي:-

تقوم شركة المجموعة المتحدة للتأمين التعاوني (أسيج) بصفتها مديرة لحساب حملة وثائق التأمين الذين دفعوا اشتراكاتهم تعاونًا بينهم (المؤمّن لهم) بإدارة عمليات التأمين، وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات، نظير حصة في صافي فائض عمليات التأمين.

ولهذا الغرض تدير الشركة حسابين منفصلين هما حساب حملة وثائق التأمين المشتركين (المؤمّن لهم)، والذي تقيد فيه الاشتراكات والإيرادات المتنوعة الخاصة بعمليات التأمين، ونصيب هذا الحساب من عائد استثمارات أموال عمليات التأمين، وجميع حقوق حملة الوثائق والتزاماتهم، كما تدير الشركة حسابًا آخر للمساهمين.

وتحدد الشركة في نهاية كل سنة مالية، الفائض التكافلي الصافي لعمليات التأمين بعد خصم المصاريف التسويقية والإدارية والتشغيلية المتكبدة بسبب إدارة الشركة للعمليات التأمينية والاستثمارية، وتقوم الشركة بضمان أي عجز في حساب حملة الوثائق تعاونًا معهم على درء المخاطر.

وتقوم الشركة، وفقًا للائحة الرقابة النظامية، بتوزيع الفائض التكافلي الصافي بنسبة 10% لحملة الوثائق مباشرة أو بتخفيض أقساطهم للسنة التالية، وترحيل ما نسبته 90% إلى قائمة دخل المساهمين نظير إدارتها لعمليات التأمين، وتسأل هيئة الرقابة الشرعية الله عز وجل لشركة أسيج، التوفيق والسداد للجميع).

المبحث الثاني: الالتزام بالتبرع: الأسس الشرعية والنواحي القانونية، الأستاذ/ جهاد عبد الرحمن فيتروني

مفهوم الالتزام بالتبرع

- إن المفهوم المتفق عليها أن الغرض الأساسي لعملية التأمين التكافلي هو التعاون والتآزر في جبر ما قد يصيب المشتركين من ضرر عن طريق مساهمة المشتركين باشتراك معين يؤديه كل منهم ليس فيه تسوية بين ما يعطى وما يحصل عليه المشترك عند وقوع المخاطر المشمول بالتغطية.

- حيث إن التكييف الصحيح للتأمين التكافلي يقوم على أساس الالتزام بالتبرع، لا على أساس المعاوضة، فلا تعتبر مؤسسات التكافل الاشتراكات ملكا لها كثمن للتغطية كما هو في التأمين التقليدي.

التبرع يكون على أسس ثلاثة

- يعتبر مفهوم التبرع من أهم الفروق التي تميّز التأمين التقليدي عن التأمين التكافلي، ويقوم التبرع على أسس ثلاثة وهي:

أ. التبرع عن طريق الهبة: وعقد الهبة محل اتفاق بين المذاهب الفقهية أو مبدأ التبرّع عن طريق الالتزام بالتبرع المقرر في المذهب المالكي.

ب. التبرع عن طريق تأسيس وقف (وهو من عقد التبرّعات) مع التبرّع على الوقف نفسه بما لا يكون وقفاً، وهو ما يسمى بالتبرّع الوقفي.

ج. تطبيق الشركات الماليزية على أساس المضاربة نظير حصة من الفائض عن تلك الأعمال (بخلاف تطبيق المضاربة في الاستثمار).

- وتتبع شركة الهلال للتكافل، كما تتبع غالبية مؤسسات التكافل تأسيس الاشتراك على أساس الالتزام بالتبرع (عن طريق الهبة).

- يتم تكييف التغطية المدفوعة في حالة وقوع الخطر المغطى بالوثيقة على أساس أنه تبرّع أيضاً من صندوق التكافل (مجموع المشتركين) إلى المؤمّن له، حتى لا تعتبر معاوضة من ناحية أخرى.

- يجب على الطرفين ألا يتعاملا مع الاشتراك المتبرّع به على أنه مبلغ دفع في انتظار مقابل وهو التغطية، فهذا أيضا من أشكال التأسيس على أساس المعاوضة.

- ويجب الفصل بين الحسابين حساب حملة الوثائق وحساب المساهمين كما يعتبر الفائض المتحقق ملكية خالصة لحملة الوثائق.

الرؤية القانونية لصندوق التكافل

- يعتبر صندوق التكافل من الناحية القانونية شخصية قانونية اعتبارية تتكوّن من مجموع المتبرعين، وهذه الشخصية هي التي تتحمل الالتزامات التي يلتزم بها الصندوق فتقوم بتسديد التغطيات وتغطية المتضررين عند وقوع الضرر المؤمّن ضده، كما تمتلك الفائض إذا تحقق – دون الشركة– كما سبق، وبالتالي فتوزيع الفائض يكون بالنسبة والتناسب على المشتركين في الصندوق.

- هناك اختلاف بسيط في أساس توزيع الفائض، وبما أنه ليس موضوع الورقة، فسنكتفي ببيان التطبيق المتبع في شركة الهلال للتكافل وهو توزيع الفائض على جميع المشتركين دون تفرقة بين من تمت تغطيته في المطالبة ومن لم يكلف صندوق التكافل شيئاً لعدم حدوث مطالبة منه.

- التبرع ومبدأ التعاون والتكافل بين حملة الوثائق يجب النص في الوثائق على أن المشترك يتبرع بقيمة الاشتراك وعوائدها لحساب صندوق التكافل؛ لأن عقود المعاوضات تؤثر فيها الجهالة الفاحشة والغرر بينما لا يؤثران في التبرع.

- ميزان عقود المعاوضات قائم على وضوح الرؤية والعلم بالمعقود عليه، فيقول الله تعالى: {يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم} (سورة النساء: 29). وبهذا الدليل يؤثر الغرر والجهالة في عقود المعاوضات لأنه لا يتحقق مع وجودهما التراضي على سبيل الحقيقة.

- بينما يقوم ميزان التبرع على الإحسان والبر والطمع في مثوبة والتعاون والتكافل وليس على المساومة، إنما على التسهيل والتيسير، وحينئذ لا تؤثر فيه الجهالة.
- وبالتالي تتحصن العلاقة القائمة على الالتزام بالتبرع من خطر التنازع فليس على المحسنين من سبيل.

- قرار المجمع الفقهي التابع لرابطة العالم الإسلامي بالموافقة على قرار هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية رقم (51) بتاريخ 13397 /4/4 من جواز التأمين التكافلي بدلاً من التجاري تأسيساً على أدلة منها:

- "أن التأمين التكافلي من عقود التبرعات التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت المخاطر والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وذلك عن طريق اشتراك الأشخاص بمبالغ نقدية لتعويض من يصيبه الضرر، فجماعة التأمين التكافلي لا يستهدفون تجارة ولا ربحاً من أموال غيرهم، وإنما يقصدون توسيع الأخطار بينهم والتعاون على تحمل الضرر".

التزام المؤمّن له بدفع القسط قانونا:

- لم تتعرض القوانين العربية بالتفصيل لتأصيل وإسناد الالتزام بالتبرع وإنما تعرضت في مجملها لكيفية دفعه ووقت دفعه وتقديره وتناسبه مع حجم الضرر ووقف سريان

عقد التأمين في حال عدم دفع القسط رغم الأعذار وفقا للشروط القانونية (وردت تفصيلاً في القانون المدني الكويتي والمصري والأردني وغيرها).

- تتعامل القوانين في المنطقة العربية حتى الآن مع هذا الموضوع على أساس المتعارف عليه في شركات التامين التقليدية.
- يترتّب على عقد التأمين دفع المؤمّن له للقسط وهو إما أن يكون دفعة واحدة تدفع عند إبرام العقد، أو مجموعة من الأقساط تدفع في مواعيد محددة يتفق عليها بين المؤمّن والمؤمّن له، وذلك في جميع أنواع التأمين ويشترك في ذلك التأمين التقليدي والتكافلي.
- يقضى القانون الفرنسي في المادتين 15 و75 بأن المؤمن له في التأمين على الحياة لا يجبر على دفع القسط، ولكن يحق للمؤمن – بالمقابل– أن يفسخ العقد إضافة إلى التصفية والتخصيص.

- وهنا يختلف القانون الفرنسي عن بقية القوانين في أنه جعل الجزاء الفسخ فقط دون التنفيذ العيني كما هو الحال في القوانين الأخرى التي تجبره على التنفيذ إن لم يؤدّ اختيارا.

- فالمدين في هذا الالتزام هو المستأمن ثم خلفاؤه من بعده، والمؤمّن هنا هو الدائن الذي يقبض القسط، ومحل الالتزام هو قيمة القسط المتفق عليها، حيث يدفع نقداً يسلّمه المستأمن يداً بيد إلى المؤمّن نفسه أو من فوّضه فى قبض القسط، ثم يتسلّم ورقة الدفع كما يجوز أن يكون شيكا أو كمبياله.

- ووفقا للمرجع نفسه، يكون جزاء الإخلال بدفع الاشتراك هو التنفيذ العينى أو الفسخ لكن المؤمّن لا يتحلل من مسئولية التغطية بضمان الخطر المؤمّن منه إلا بعد الحصول على حكم المحكمة بفسخ العقد وحينها ينتهي الالتزام المؤمّن من وقت صدور الحكم بالفسخ.

الخاتمة ونتائج البحث

- الاشتراك في صندوق التكافل يقوم على أساس الالتزام بالتبرع لا على المعاوضة
- التبرع لا يقصد منه تحقيق الربح إنما المصلحة تعود على جماعة المشتركين.

- يجب على مؤسسة التكافل أن تعمل على زيادة الوعي لدى موظيفها والمشتركين لديها بطبيعة الاشتراك المدفوع وتأصيله الشرعي والقانوني.
- يجب أن تتم المعاملات المالية والمحاسبية وتنفيذها وفق هذا التأصيل.
- يجب أن يتمّ السعي لدى الجهات الرقابية والتشريعية لتفاهم طبيعة "الاشتراكات" في مؤسسات التكافل ضمن مجموعة مفاهيم أخرى ذات الخصوصية للتكافل، والتي ما زالت للأسف مجهولة للكثيرين، وبالتالي تحتاج صناعة التكافل لتطوير البيئة القانونية بما يتفاهم طبيعتها المختلفة عن التأمين التقليدي.

المبحث الثالث: الالتزام بالتبرع: الأسس الشرعية والنواحي القانونية، الدكتور/ أحمد علي عبد الله الأمين العام للهيئة العليا للرقابة الشرعية بنك السودان المركزي – الخرطوم

مقدمة

يتحدث الكتاب كثيراً عن فلسفة التأمين والوظيفة التي يؤديها في المجتمع، ويذهبون إلى أن التأمين من شأنه أن يوفر الأمن ويزرع الطمأنينة في قلوب الأفراد والجماعات ضد الأخطار التي يتعرضون لها في مكاسبهم ومسيرة حياتهم. وأنه يتوصل لذلك بالتعاون بين أفراد المجتمع.

وإذا سلّمنا بأن التأمين يؤدى هذه الوظيفة الهامة في حياة الانسان عموماً، ولدى المستأمنين على وجه الخصوص، إلا أن تحقيق هذه الوظيفة في التأمين الاجتماعي في القطاعين العام والخاص، وفي التأمين التكافلي – ومنه التأمين الإسلامي– أظهر منها في التأمين التجاري. ذلك لأن التأمين الاجتماعي والتعاوني لا يستهدفان الربح. ويدار هذا النوع من التأمين باسم المستفيدين من التأمين ولصالحهم. ولا تنشد الإدارة التي تقوم بهذا التأمين ربحاً من وراء عمليات التأمين. وإنما هم أجهزة تعمل لصالح المستأمن وكفى.

أما شركات التأمين التجارية فتهدف في المقام الأول إلى الحصول على الربح من عملية التأمين، وعلى الرغم من ذلك لا نستطيع أن ننفي عن التأمين التجاري تحقيق بعض الأهداف المذكورة أعلاه الخاصة بوظيفة التأمين.

والأهداف المرسومة للتأمين لا خلاف عليها في كل الشرائع، لكن الإسلام سعى إلى دعم هذه المبادئ إيجابياً سواء على مستوى المبادئ العامة أو الفروع الفقهية. يقول العلامة ابن خلدون: الاجتماع الإنساني ضروريٌّ، ويعبّر الحكماء عن هذا بقولهم "الإنسان مدني بالطبع" أي لا بد له من نوع من الاجتماع الذي هو المدنية في اصطلاحهم، وهو معنى العمران. وبيانه أن الله سبحانه خلق الإنسان وركّبه على صور لا يصح حياتها وبقاؤها إلا بالغذاء، وهداه إلى التماسه بفطرته وبما ركب فيه من القدرة على تحصيله، إلا أن قدرة الواحد من البشر قاصرة عن تحصيل حاجته من ذلك الغذاء غير موفية له بمادة حياته منه. ويستحيل

أن يفي بذلك كله أو بعضه قدرة الواحد، فلا بدّ من اجتماع القدرة الكثيرة من أبناء جنسه ليحصل القوت له ولهم فيحصل بالتعاون قدر الكفاية من الحاجة لأكثر منهم بأضعاف.

وكذلك يحتاج كل واحد منهم في الدفاع عن نفسه إلى الاستعانة بأبناء جنسه. فلا بدّ في ذلك كله من التعاون عليه بأبناء جنسه، وما لم يكن هذا التعاون فلا يحصل له قوت ولا غذاء ولا تتم حياته[1].

الموجهات العامة

واضح أن الإسلام يقر بحاجة الإنسان –هذا المخلوق الضعيف – إلى الأمن، وإلى طرد شبح الخوف، فإن إحساس الإنسان بالخوف يكاد يفوق غيره من المخلوقات، ذلك أن الإنسان وبما أعطى من ميزة العقل يحاول أن يستقرأ الغيب المجهول، ومن هنا يأتيه الخوف، ولكن العلاج الأساسي لهذا الضعف الإنساني يتم بتمكين الإيمان من قلوب الناس، وتعهد هذا الإيمان بالرعاية وبالرياضة، فالقلب العامر بالإيمان الممتلئ بمحبة الله ومحبة الرسول صلى الله عليه وسلم لا يخاف الضراء ولا السراء، بل يستثمرهما جميعاً لعبادة الله: {ولنبلونّكم بشيء من الخوف والجوع ونقص من الأموال والأنفس والثمرات وبشّر الصابرين الذين إذا أصابتهم مصيبة قالوا إنا لله وإنا إليه راجعون أولئك عليهم صلوات من ربّهم ورحمة وأولئك هم المهتدون} (سورة البقرة: 156–157)، ويقول الرسول صلى الله عليه وسلم: "عجباً لأمر المؤمن إن أمره كله له خير. وليس ذلك لأحد إلا المؤمن، إن أصابته سراء شكر فكان خيراً له وإن أصابته ضراء صبر فكان خيراً له". وقال: "واعلم أن ما أصابك لم يكن ليخطئك وأن ما أخطأك لم يكن ليصيبك".

ومع بث هذه المعاني الروحية فالإسلام على مستوى آخر يتعامل مع الإنسان بكل مكوناته وكل أسباب ضعفه، فللإنسان طرف يلامس به الملائكة وآخر يلامس به الطين، وبين هذا وذاك الاعتدال وسنة الرسول صلى الله عليه وسلم. ومن هنا كان اهتمام الإسلام الشمولي بكل عناصر الإنسان، وكانت معالجاته كذلك لكل الحالات التي يتعرض لها الإنسان فتسمو به ومعه حين يسمو، وتعالج ضعفه حين يضعف، وتعينه على الخروج من الزلة والغفلة، ومن هنا كانت معالجات الإسلام لخوف الإنسان من الخطر ومن المجهول عموما فقال تعالى في

[1] مقدمة ابن خلدون 41- 42

جملة هذه المعاني: {لإيلاف قريش إيلافهم رحلة الشتاء والصيف فليعبدو ربّ هذا البيت الذي أطعمهم من جوع وأمنهم من خوف} (سورة قريش: 1–4) ، وقوله تعالى: {أولم يروا أنا جعلنا حرما آمنا ويتخطف الناس من حولهم أفبالباطل يؤمنون وبنعمة الله يكفرون} سورة العنكبوت: 67)، وقوله تعالى: {وتعاونوا علي البر والتقوى ولا تعاونوا علي الإثم والعدوان} (سورة المائدة: 2).

وأكدت السنة هذه المعاني في جملة من الأحاديث منها: "مثل المؤمنين في توادهم وتراحمهم كمثل الجسد الواحد اذا اشتكي منه عضو تداعي له سائر الأعضاء بالسهر والحمى" وقوله صلى الله عليه وسلم: "المسلم من سلم المسلمون من لسانه ويده" و"كان الأشعريون إذا ارملوا في الحرب وقل قوت عيالهم جمعوا ما عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم بالسوية فهم مني وأنا منهم".

النظام القانوني

وعلى ضوء هذه المعاني النصية انبنى كل نظام الإسلام الاجتماعي واستنبطت فيه الأحكام الفقهية من بعد القواعد الكلية. ونلخص ذلك بوجه عام في:

1. نظام المؤاخاة والموالاة والأثرة.
2. نظام الأسرة
3. نظام الجوار
4. نظام النفقات
5. نظام الديات والعاقلة
6. نظام المواريث
7. نظام الرجوع في بيت المال عند عدم أو عجز أي من هذه الأنظمة.

العرف

استصحاباً وانفعالاً بالموجهات العامة والبناء القانوني في النظام الاجتماعى الإسلامي كان أن أعطى العرف في مجتمعات المسلمين بعداً أكثر بقبوله لمبدأ التعاون والمساعدة والأخذ بيد الضعيف والمستغيث كلما دعت الحاجة لذلك. فالنفير لبناء السكن ولزراعة أرض المريض

والعاجز، والمساعدة في الزواج والمأتم، والنفير لرد الاعتداء وإعادة المغصوب والمسروق.. كلها سمات للمجتمع المسلم وقلما توجد في غيره بهذه السماحة والعفوية.

نخلص من كل هذه إلى أن أهداف ووظائف التأمين جائزة على مستوى القواعد العامة، والفروع الفقهية، والممارسة العملية، وأن التأمين كنظام قد يكون واحدا من الوسائل المؤدية لتحقيق هذه المقاصد، فهو بذلك، ومن حيث المبدأ سيكون علي الإباحة الأصلية – بل هناك ما يشجّعه – ولكن وفقا للضوابط المعروفة في الشريعة.

مشروعية الوسيلة جزء من مشروعية الغاية

ينبغي التنويه أن مشروعية الغاية لا تعني مشروعية كل الوسائل المؤدية إليها. بل يلزم أن يسلك الناس لتحقيق كل هدف وسيلة مشروعة، فالغاية لا تبرر الوسيلة كما في بعض الفلسفات الوضعية الإجرامية. بل إن نبل الوسيلة من نبل الغاية، فسبيل الإنسان إلى الحياة الأخروية – الحياة الحق – هو العمل الصالح في الحياة الدنيا، فمن عمل صالحاً في الدنيا واتبع منهج الله كان ذلك مطيته إلى الآخرة ومدرجته إلى علياء الجنان... ومن حاد فيها عن الفلاح وتنكر لمنهج الله كانت الدنيا مطيته إلى النار... فالله طيب لا يقبل إلا طيباً. فالوسيلة غير المشروعة لا تفضي لغاية مشروعة، ولذلك جاء في قاعدة الإباحة الأصلية: "أن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما نهي عنه الشارع". هذه هي القاعدة العامة التي ينبغي أن نخضع نظام التأمين لها، لنرى ما إذا كان مطابقاً لشرع الله فنقبله، أم أنه يخالفه في كل أو بعض جزئياته – فنستبدل الكل أو الجزء – بحسب الحال – بما هو موافق للشرع.

التأمين التكافلي عقد تبرع من نوع خاص

إنطلاقاً من أهمية الأهداف التي يحققها نظام التأمين، ومن آثاره العظيمة على حياة الإنسان، ومن حمايته للثروات القومية على وجه الخصوص، فقد بدأ الاهتمام به وبدراساته على مستوى الهم العام مبكراً منذ 1961م.

انبثق التكييف الشرعي للتأمين التكافلي من رسالة الشيخ البروفسور الصديق محمد الأمين الضرير الموسومة بـ "الغرر وأثره في العقود في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة. وقد

خلصت هذه الدراسة إلى أن الغرر: "ما كان مستور العاقبة لكل واحد مـــن المتعاقــدين". وأن محل التأمين هو الخطر المؤمّن ضده. ومن ثم عرف الخطر بتعريفات منها:

1. هو الخسارة المادية المحتملة نتيجة لوقوع حادث معين.
2. هو الحدث الاحتمالي الذي يؤدي وقوعه إلى تعريض الأشخاص أو الممتلكات إلـــى خسائر[2].

وبما أن عنصر الخطر – الذي هو محل عقد التأمين – أمر احتمالي، فالتأمين إذن من العقود الاحتمالية، وبالتالي فهو من عقود الغرر؛ لأن وقوع الخطر عند التعاقد أمـــر مـــستور العاقبة لكل واحد من المتعاقدين. والغرر موجود بدرجة واحدة في كل مـــن عقـــود التـــأمين التجاري وعقود التأمين الاجتماعية وعقود التأمين التكافلية ومنها التأمين الإسلامي.

وخلص من دراسته لهذا الموضوع إلى أن نهي السنة النبوية عن بيع الغرر ورد في عقد البيع[3]، معللاً بمظنة العداوة والبغضاء وأكل أموال الناس بالباطل. وأن هذه العلل لم تكن قاصرة على عقد البيع وحده، وإنما هي موجودة في كل عقود المعاوضات المالية، فيمتد النهي إليها بجامع العلل، فيكون الغرر مؤثراً في كل عقود المعاوضات المالية.

وعلى الرغم من أن هذه العلل غير متصورة في عقود التبرعـــات، إلا أن جمهـــور الفقهاء ذهبوا إلى أن الغرر يؤثر في عقود التبرعات كما يؤثر في عقود المعاوضات المالية .

اختلف المالكية مع الجمهور في تأثير الغرر على عقود التبرعات وقالوا: إن الغرر لا يؤثر على عقود التبرّعات. لأن عقود المعاوضات مبناها على المماكـــسة والموازنـــة بـــين العوضين، لذلك يؤدي فيها الغرر إلى العلل المذكورة، في حين أن عقود التبرعات مبناها على المكارمة.. ولذلك لا يؤثر الغرر فيما إذا كان المتبرع به كثيراً أو قليلاً معلوماً، أو مجهولاً.

ومن هنا استنبط أن الوجه الصحيح لبناء التأمين الإسلامي هو عقد التبرع بناء علـــى اجتهاد السادة المالكية. ذلك لأنّ الغرر المؤثر حقيقة واقعة في كل عقود التأمين. وعدم تـــأثير الغرر في عقود التبرعات – بناء على رأي المالكية – هو المنفذ إلى التأمين الإسلامي بشرط أن تدفع الاشتراكات على وجه التبرع.

---

[2] الخطر ووسائل مجابهته د. على أحمد شاكر (127- 133)

[3] عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر ، وعن بيع الحصاة . رواه مسلم . وأحاديث النهي عن بيع الغرر كثيرة.

ولذلك يقول: إن التأمين التكافلي جائز شرعاً، بل هو أمر مرغوب فيه، لأنه من قبيل التعاون على البر والتقوى. فإن كلّ مشترك في الجمعية أو المؤسسة يدفع جزءاً من ماله عن رضى وطيب نفس ليتكون منه صندوق مال الجمعية الذي يعان منه من يدركه الخطر من الأعضاء المشتركين. فكل مشترك متبرع باشتراكه لمن يحتاج إليه من سائر الشركاء، حسب الطريقة التي يتفقون عليها. ولأن معنى التبرع في التأمين الإسلامي أوضح من معنى المعاوضة، باعتبار أن المشتركين في هذا العقد لا يسعون إلى الربح، وإنما مقصودهم التعاون على تحمل نوائب الدهر. فهو في نظري عقد تبرع من نوع خاص لا نظير له في عقود التبرعات المعروفة في الفقه الإسلامي. وبيّن أن التأمين التجاري هو عقد معاوضة مالية يكتنفه غرر كثير فهو إذن ممنوع في الشريعة الإسلامية.

والقاعدة التي تحكم صحة هذا العقد هي: أن الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا على ما نص الشرع على منعه. وكان ذلك في عام 1961م بدمشق في أسبوع الفقه الإسلامي ومهرجان الإمام ابن تيمية.

وبناء على هذا التكييف تم إنشاء أول شركة تأمين إسلامية تابعة لبنك فيصل الإسلامي السوداني عام 1977م تحت إشراف هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل والتي كانت ولا تزال تحت رئاسة الشيخ البروفيسور الصديق محمد الأمين الضرير.

استمرت الدراسات لعقد التأمين في عدد من الندوات والمؤتمرات منها:

1. مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة الذي بحث الموضوع في مؤتمره الثاني والثالث 1965م– 1966م وقرر فيها جواز التأمين التكافلي الإسلامي مع الاستمرار في دراسة أنواع التأمين الأخرى.
2. المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة 21–26 فبراير 1976م. وجاء في قراراته: يرى المؤتمر أن التأمين التجاري الذي تمارسه شركات التأمين التجارية في هذا العصر لا يحقّق الصيغة الشرعية للتعاون والتضامن لأنه لم تتوافر فيه الشروط التي تقتضي حله. واقترح تكوين لجنة من علماء الشريعة والاقتصاد لاقتراح صيغة للتأمين خالية من الربا والغرر وتحقق التعاون المنشود بالطريقة الشرعية بدلاً من التأمين التجاري.
3. مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية جاء في قراره رقم 55 بتاريخ 1397/4/4هـ ما يلي: بعد الدراسة والمناقشة وتداول الرأي قرر المجلس: جواز

التأمين التكافلي، وإمكان الاكتفاء به عن التأمين التجاري في تحقيق ما تحتاجه الأمة من التعاون وفق قواعد الشريعة.

4. مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي الدورة الأولى شعبان 1398هـ مكة المكرمة وبعد الدراسة الوافية وتداول الرأي في ذلك قرر المجلس بالأكثرية تحريم التأمين بجميع أنواعه.
5. مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة في دورته الثانية 1406هـ قد أصدر القرار التالي:
   أ) إن عقد التأمين التجاري ذا القسط الثابت الذي تتعامل به شركات التأمين التجارية عقد فيه غرر كثير مفسد للعقد، ولهذا فهو حرام شرعاً.
   ب) إن العقد البديل الذي يحترم أصول التعامل الإسلامي؛ هو عقد التأمين التكافلي القائم على أساس التبرع والتعاون. وكذلك الحال بالنسبة لإعادة التأمين القائم على أساس التأمين التكافلي.
   ج) دعوة الدول الإسلامية للعمل على إقامة مؤسسات التأمين التكافلي وكذلك مؤسسات تعاونية لإعادة التأمين حتى يتحرر الاقتصاد الإسلامي من الاستغلال ومن مخالفة النظام الذي يرضاه الله لهذه الأمة.

لقد كان الشيخ الصديق الضرير حاضراً في كل هذه المؤتمرات وكان مشاركاً بأبحاثه النظرية ثم بالتجربة العملية في إنشاء شركة التأمين الإسلامية التابعة لبنك فيصل الإسلامي بالسودان. ولم يحظ – في تقديري– موضوع من الموضوعات بالاهتمام الكبير الذي وجده التأمين. وظل التأييد لنظرية الشيخ الضرير متصاعداً مع تتابع المؤتمرات حتى صار إجماعاً. ثم حثت القرارات على إنشاء مؤسسات التأمين وإعادة التأمين الإسلامية.. وبدأت ثمار هذا النداء في الإقبال الكبير على إنشاء هذه المؤسسات ولله الحمد والمنة.

درجة إلزام المشترك من حملة الوثائق بالوفاء بدفع الاشتراكات المتبرع بها

1. التأمين التكافلي هو الأصل الذي بدأت منه ونشأت عليه كل أنواع التأمين الأخرى، كالتأمين الاجتماعي: المعاشات وصناديق التكافل والتأمين التجاري. والتأمين التكافلي نشأ منذ القرن الرابع عشر بإيطاليا وظل معمولاً به إلى اليوم مع تناقص حجمه نتيجة الانتشار الواسع للتأمين التجاري. ولكن التأمين التكافلي وفق أدبياته لم يجد صعوبة عبر هذا التاريخ الطويل في إلزام المشترك بدفع الأقساط المتبرع بها.

التأمين التكافلي يُشبه التأمين الإسلامي (التكافل) في معظم إجراءاته وعقودة واتفاقياته وفي العلاقة بين النظام الإداري وحملة الوثائق، ولا يختلف معه إلا في قليل من المعاملات التي لا تقبلها الشريعة.

إن صيغة التأمين الإسلامي التي وجدت هذا القبول الواسع من مؤسسات الفتوى في العالم الإسلامي يدل على أن الإنسان إذا ركن إلى فطرته فإنه يتوصل بها إلى بلوغ الصيغ والأحكام التي تتفق مع الشريعة التي هي دين الفطرة السليمة.

بما أن مسيرة التأمين التكافلي مضت بموجب التبرع بالأقساط، وأن المؤسسات القائمة على إدارة هذا النوع من التأمين – لا تنشد ربحاً من العملية التأمينية – وبما أن إدارة التأمين لم تجد صعوبة في تحصيل هذه الأقساط، فهذه التجربة وحدها كفيلة بتطمين المؤسسات الرقابية علي وفاء المشتركين بدفع أقساطهم دون مشقة.

2. إن تجربة التأمين التكافلي التي بدأت مسيرتها منذ عام 1977م تؤكد هي الأخرى على أن حملة الوثائق يدفعون اشتراكات التأمين في وقتها. ولو كان هناك بعض التأخير في الدفع في بعض المناطق، فإن ذلك ناتج عن التباري والتنافس بين شركات التأمين الإسلامية، ومحاولة جذب العملاء بتقديم تسهيلات في الدفع. في هذه الحالات فإن الإشكال لم يكن شيئاً من طبيعة التبرع، وإنما بسبب المنافسة وسوء الإدارة.
3. إن السادة المالكية الذين قالوا بعدم تأثير الغرر علي عقود التبرعات ويسروا بذلك بناء التأمين الإسلامي علي التبرع، قد سطروا قاعدة مهمة ذات مدلول واضح على إلزام حملة الوثائق بدفع اشتراكات التأمين، والقاعدة تقرأ: "من التزم المعروف لزمه".
4. التأمين الإسلامي (التكافل) ليس تبرعاً محضاً ولكنه تبرع فيه شيء من العوض. هو تبرع ليس له مثيل في عقود التبرعات المعروفة؛ لأنه تبرع لجبر الضرر الذي يحصل للمشتركين معه كما يكون له فيه عوض إذا أصابه الضرر. ومعنى التبرع فيه أوضح من معنى المعاوضة[4]. باعتبار أن المشتركين في هذا العقد لا يسعون للربح وإنما مقصودهم

[4] أ. تدعو هيئات الرقابة الشرعية المشتركين في أن يقدموا نية التبرع لأن الفرق بين العادة والعبادة هو النية.

ب. أن الإدارة لا تأخذ ربحاً.

ج. أن الفائض يوزع على حملة الوثائق.

د . أنه يوزع عليهم بنسب مشاركاتهم، فيستوى فيه من أخذ عوضاً ومن لم يأخذ.

التعاون على تحمل نوائب الدهر. فهو عقد تبرع محكوم بقاعدة: "الأصل في العقود والشروط الإباحة إلا ما نص الشرع على منعه"

ويلزم المشترك بدفع الاشتراكات إعمالاً لقاعدة: "من التزم المعروف لزمه" لأن دخول المشترك في عملية التأمين الإسلامي والتزامه بالتبرع بالاشتراكات رتبت التزاماً على جميع المشتركين بمقابلة الأضرار التي تقع على بعضهم، فالمعروف الذي التزموا به ترتبت عليه تبعات للغير ما كان يمكن أن تنشأ لولا التزامهم بهذا المعروف، فوجب عليهم الوفاء بذلك.

5. ثم كيف ومتى يتنصل المشترك من التزامه الذي يمثل له فائدة مادية وبركة شرعية ؟ فإذا رفض سداد بقية الاشتراكات (إذا كانت مقسطة) عند حصول الضرر له، حُسمت هذه الاشتراكات المتبقية من التغطية التي يستحقها. وإذا رفض السداد في غير هذه الحالة فإما أن يلزم بالمعروف الذي التزمه أو يفسخ العقد بإلغاء وثيقة التأمين. وفي كل واحدة من الحالتين لا تتأثر إدارة التأمين الإسلامي تأثيراً يضر بمسيرتها.

والله المستعان وعليه التكلان

المبحث الرابع: الالتزام بإقراض صندوق التكافل: الرؤية القانونية، الدكتور/ عبد الستار الخويلدي، الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم- دبي الإمارات العربية المتّحدة

التمهيد

التأمين التكافلي هو أن تقوم مجموعة معينة من الأشخاص يتعرضون لمخاطر معينة بدفع اشتراكات يؤدّي منها التعويض لأي منهم عند إصابته بخطر معين ويقوم هذا النظام على التعاون ولا يهدف من ورائه إلى تحقيق الربح كما أن العضو في التأمين التكافلي يحمل صفة المؤمّن والمؤمّن له في ذات الوقت وهذه الصورة من التأمين هي في الأصل تبرعية وبالتالي لا يفسدها الجهالة والغرر كما أن زيادة مبلغ التأمين الذي يحصل عليه العضو الذي أصابه ضرر من الاشتراكات التي قام بدفعها لا تعتبر هذه الزيادة من قبيل الربا المحرم شرعا؛ لأنّ الربا لا يقوم إلا في عقود المعاوضات المالية والتأمين التكافلي ليس من قبيل المعاوضات بل هو من قبيل التبرعات حيث إنه يقوم على البدل والتبرع دون قصد الربح وهو قابل للتطبيق على جميع أنواع التأمين سواء أكان تأمين أشخاص أو تأمين أضرار ولم نعثر في البحوث التي اطلعنا عليها على أي رأي فقهي حرّم التأمين التكافلي بل إن كثيرين منهم دعوا إلى تطبيقه على أساس أنه بديل شرعي للتأمين التجاري. وعلى ذلك فالتأمين التكافلي جائز شرعا وليس هناك خلاف شرعي حول حكمه الشرعي.

ولما كان العضو في التأمين التكافلي يجمع بين صفتي المؤمّن والمؤمّن له فمن الطبيعي أن يكون الاشتراك المطلوب من كلّ منهم متغيرا حسب حجم الكوارث التي تحدث والتي ينشأ عنها التزام جمعية التأمين التكافلية بالتعويض فإذا قلت التعويضات المدفوعة كتعويض عن الكوارث خلال فترة زمنية محددة عن الاشتراكات المدفوعة جاز للأعضاء استرداد هذه الزيادة أو تركها لاستثمارها. أما إذا حدث العكس وتجاوزت المبالغ المطلوب دفعها كالتعويضات عن الكوارث الاشتراكات المدفوعة فإنه يجوز لهيئة التأمين التكافلي مطالبة الأعضاء باشتراكات إضافية لمواجهة الأعباء الإضافية. ومن هنا يتبين أن قيمة الاشتراك متغيرة تبعا للظروف الأمر الذي يؤكد أن جمعيات التأمين التكافلي لا تسعى إلى تحقيق الربح

فهذا ليس من أغراضها وعلى ذلك تعتبر هيئة التأمين التكافلي منظم لعملية التعاون بين الأعضاء[1].

على أن عدم تحديد اشتراك التأمين التكافلي وتغيره تبعا لحجم الكوارث أدى إلى إحجام كثير من الناس عن الاشتراك في التأمين التكافلي ولتلافي ذلك يمكن لهذه الجمعيات التي تقوم بالتأمين التكافلي أن تحدد التزام كل عضو منها بمبلغ معين بحيث لا يتجاوزه وتلجأ إلى إستثمار فائض الأقساط لمواجهة الأخطار الاستثنائية وبذلك تتلافى هذه الجمعيات مشكلة تغير الاشتراك[2].

ولا يختلف التعريف المذكور أعلاه وما تبعه من تفصيل عما نصت عليه الفقرة 2 من المعيار الشرعي رقم 26 حول التأمين الإسلامي وهو كالآتي: التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرّع ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية وذمة مالية مستقلة (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها وذلك طبقا للوائح والوثائق. ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة التأمين واستثمار موجودات الصندوق.

إن موضوع الرؤية القانونية بشأن الالتزام بإقراض صندوق التكافل جدير بالدراسة وأولى من الحديث عن توزيع الفائض التكافلي وأسسه لأن الإقراض فيه مسؤولية ومتابعة قانونية تنتج عنها نزاعات في حين أن توزيع الفائض التكافلي مسألة تنحصر في جهة واحدة وهي جهة حملة الوثائق حيث يسود بينهم وفاق مبدئي بسبب عدم تضارب المصالح.

كما أن المعالجة القانونية والشرعية لموجودات مؤسسات التأمين الإسلامية عند إفلاس تلك المؤسسات في حاجة إلى مزيد من الإيضاح والتفصيل، وقبل البحث في الالتزامات لا بدّ من ضبط العلاقات التعاقدية في التأمين التكافلي وتكييفها وهي أربع علاقات:

---

[1]- غريب الجمال، التأمين التجاري والبديل الإسلامي، ص256، ومحمد يوسف صالح، الرسالة السابقة ص 531، الدكتور محمد زكي السيد ص238.

[2]- غريب الجمال، التأمين في الشريعة الإسلامية والقانون، ص 175.

- العلاقة بين المساهمين الذين تتكوّن منهم شركة التأمين: وهو عقد مشاركة يحكمه النظام الأساسي والقوانين.
- علاقة بين شركة التأمين الإسلامية وصندوق حملة الوثائق: وهي علاقة وكالة من حيث الإدارة، وعلاقة مضاربة أو وكالة بالاستثمار من حيث استثمار أموال صندوق حملة الوثائق.
- العلاقة بين حملة الوثائق وبين الصندوق: هي علاقة التزام بالتبرع.
- العلاقة بين المستفيد وبين الصندوق عند التغطية: وهي علاقة التزام الصندوق بتغطية الضرر حسب الوثائق واللوائح.

لقد اعتبرنا أن الصندوق يدار من قبل شركة مساهمة تتقاضى أجرا مقابل إدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق واستبعدنا إدارة الصندوق من قبل هيئة من حملة الوثائق لأن هذه الصيغة لم تجزها القوانين الحديثة وهي من الناحية العملية صيغة نادرة. والسبب الثاني في استبعاد هذه الصيغة هو أن الذمة المالية للهيئة المختارة من حملة الوثائق (على افتراض اعتمادها) لا تضمن تغطية أضرار مرتفعة فهم عادة من الذين يهدفون إلى تأمين ممتلكاتهم كما أن الإلتزام بالتبرع يفرض تحمل ما قد يقع من عجز حسب اللوائح.

أولاً: الرؤية القانونية في مدى قوة التزام مؤسسة التكافل بإقراض صندوق التكافل:

يكيف التزام شركة التأمين بالوعد من جانب واحد. ومثل هذا الوعد يلزم قانونا شركة التأمين بالوفاء به عند توفر الشرط وهو عجز صندوق التكافل. لكن عند حصول العجز ودعوة شركة التأمين لتنفيذ وعدها قد تتحفظ وتثير بعض الدفوعات والحجج القانونية لدعم تحفظها.

إذاَ ما هي الحجج والأدلة لحمل شركة التأمين على تنفيذ التزامها بإقراض الصندوق في حالة العجز؟ وما هي الدفوع القانونية التي يمكن لشركة التأمين إثارتها لعدم الالتزام بالإقراض؟

1\1: أسباب إلزام شركة التأمين بالوفاء بالتزامها بالإقراض:

بما أن الشركة تدير عملية التأمين فهي مسؤولة مهنيا عن النتائج المترتبة عن هــذه الإدارة فهي التي:

- تدرس وتقدّر المخاطر المطلوب تأمينها.
- تضبط اشتراكات التأمين وفق منهج علمي له علاقة مباشرة بنوعية وطبيعة المخاطر.
- توظف أموال صندوق التكافل وفق دراسة دقيقة للمجالات والمخاطر.
- تتخذ الإجراءات الوقائية اللازمة لتفادي العجز المالي.

وهذا يجرنا إلى تحديد مضمون دقيق وعملي للتعدي والتقصير في مجــال نــشاط شــركات التأمين الإسلامية التي يشترط أن تتوفر فيها مهنية عالية عرفا وقانونا إلى درجة النظر فــي افتراض مبدئي للمسؤولية المدنية لشركة التأمين التكافلي على التقصير. وعلى الشركة إثبات عكس ذلك (قرينة مسؤولية) لأن المجال يتصف إلى حد كبير بالبعد الفني ولا يمكــن لحملــة الوثائق أن يدركوا تفاصيل المجال. وكل هذا يفترض أن نطاق الوكالة واسع حيث إن احتفاظ شركة التأمين الإسلامية بهامش التحرك في اتخاذ القرارات يبرر تحمل طبيعة تلك القرارات. كما أن حصول شركة التأمين على أجر (وكالة بأجر) من شأنه أن يعزز من تحمل المسؤولية.

-**مدى حقيقة الالتزام من الناحية العملية:** من الناحية العملية إن الشكل القانوني لشركة التأمين الإسلامية هو شكل شركة مساهمة سواء كانت شركة مساهمة عامة أو شركة مساهمة خاصة. ومن خصائص شركات المساهمة أن المساهم لا يلتزم بأي خسارة على الشركة إلا على ما يملك من أسهم أي في حدود ما قدّمه في رأسمال الشركة ولا تمتد الخسارة إلى أمواله الأخرى. وبما أن شركة التأمين الإسلامية أسست للإدارة فرأسمالها سوف لن يكون مرتفعا وإن كانت السلطات الإشرافية قد فرضت حد أدنى من رأس المال (100 مليون درهم في النظام السعودي على سبيل المثال مع عدم قبول اكتتابات تفوق 10 أضعاف رأس المال). بالرغم من هذا الاحتياط والضوابط فإن النتيجة أن التزام الشركة بتغطية الأضرار التي عجز صندوق التكافل عن تغطيها سوف يكون التزاما منقوص الجدوى خاصة إذا كانت الأضرار كبيرة. وهذا مفترض لأن اللجوء للشركة بعد استنفاذ إعادة التأمين لا يكون ذو جدوى كبيرة.

- **هل للمتضرر حق مباشر على الشركة أم لا بدّ من المرور عبر الصندوق:**

الأصل في تنفيذ العقود مبدأ نسبية الالتزامات أي لا تمتد الالتزامات إلا للمتعاقـد دون الغير بحيث لا ينفع العقد ولا يضر إلا أطرافه. هذا من الناحية المبدئية لكـن تبـوأ شـركة التأمين إدارة العملية التأمينية والنص على دورها في مساندة الصندوق يعطي للمتضرر حـق التعامل المباشر مع الشركة.

2\1: الأسباب التي يمكن أن تثار من قبل شركة التـأمين الإسـلامية لعـدم الالتـزام بالإقراض:

العناصر والحجج التي يمكن أن تثار بنيت على ما يسمح به القانون من احتجاج الملتزم بالقرض من دفوع بغاية عدم تحمله تبعات الالتزام كليا أو جزئيا.

هل يمكن لشركة التأمين الإسلامية الدفع بعدم استحقاقها لفائض التأمين كسبب لعدم تنفيـذ الالتزام بالإقراض؟ مبدئياً فإنه ليس لشركة التأمين الإسلامية باعتبارها مدير لصندوق حملـة الوثائق أن تدعي أن لها صفة المستفيد من فائض التأمين لأنه من حق حملـة الوثـائق دون سواهم. ولكن نظرا لالتزامها بالإقراض يمكنها بناء على عناصر موضوعية الاعتراض على توزيع فائض التأمين وتقوية المخصصات والاحتياطات لأن لها مصلحة في تعزيز المـوارد الذاتية للصندوق حتى لا يتم اللجوء إلى تنفيد التزامها بالإقراض إلا بصفة استثنائية.

إن التزام شركة التأمين الإسلامية بإقراض صندوق التكافل عند عجز صندوق المشتركين عن التعويض عن الأضرار قد نصت عليه الأنظمة الأساسية لشركات التأمين الإسلامية. كما نص عليه المعيار الشرعي رقم (26) المتعلق بالتأمين الإسلامي. ونذكر بعض الأمثلة:

المادة 61 من النظام الأساسي لشركة التأمين الإسلامية – الخرطوم: "إذا ظهر عجز في حساب المشتركين يغطى هذا العجز من الاحتياطي العام، وفي حالة عدم وجود احتياطي أو كفايته يغطى العجز من رأس المال على سبيل **القرض**".

- ورد في النظام الأساسي لشركة التأمين الإسلامية– الأردن "يتعهد المؤسسون سد عجز صندوق المشتركين من أموال الشركة على سبيل القرض الحسن على أن يسدد هذا القرض من فائض التأمين في السنة التالية".
- بالنسبة للمعيار الشرعي المذكور، ورد بالفقرة 8/10 ما يلي: "في حالة عجز موجودات التأمين عن سداد التعويضات المطلوبة، وعدم كفاية تعويضات شركات إعادة التأمين فإنه يجوز للشركة أن تسد العجز من تمويل مشروع أو **قرض**، على حساب صندوق التأمين، وتغطى الالتزامات الناشئة عن العجز الحادث في سنة ما من فائض السنوات التالية، كما يجوز للشركة مطالبة حملة الوثائق بما يسد العجز إذا التزموا بذلك في وثيقة التأمين[3]".

ويفترض عند التزام شركة التأمين الإسلامية بإقراض صندوق المشتركين ما يأتي:

- إن أموال المشتركين المتجمعة في حساب التأمين التي تشمل الاشتراكات وأرباحها، والاحتياطيات، والفوائض، إضافة إلى تفعيل عقود إعادة التأمين لم تكف لتغطية الأضرار المطلوبة من شركة التأمين الإسلامية.
- إن نظام العلاقة القانونية والشرعية بين المساهمين في رأسمال شركة التأمين وهيئة المشتركين تخضع لأحكام الوكالة. وهي أساسا **إدارة عمليات التأمين** كإعداد الوثائق، وجمع وتحصيل الاشتراكات، ودفع التغطية، والتواصل مع الجهات الرقابية، وغيرها من الأعمال الفنية التأمينية، واستثمار كل من رأس المال المقدّم منهم للحصول على الترخيص بإنشاء الشركة، واستثمار أموال التأمين التكافلي المقدمة من حملة الوثائق، وذلك مقابل أجر معلوم ينص عليه في الوثائق[4]. وعملاً بمقتضايات هذا العقد فلا تضمن الشركة إلا عند التعدي أو التقصير، أو مخالفة الشروط، أو الأعراف التي تنظم النشاط التأميني، وإلا كانت الشركة ملزمة بدفع التغطية من أموالها دون حاجة لتعهد من قبلها بالإقراض. كما أن رأسمال المساهمين لا يتحمل خسارة ولا ينال ربحا من حساب هيئة المشتركين، وإنما يتحمل العجز من يأخذ الفائض من الأقساط وهم المشتركون في التأمين لأن الغرم بالغنم.

[3] المعيار الشرعي الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، بالبحرين ص 23.

[4] يمكن أن يعطى لأصحاب حقوق الملكية (المساهمون في رأسمال الشركة) مبلغا أو نسبة من الفائض التكافلي على سبيل التحفيز.

- إن نظام شركة التأمين الإسلامية قد نص صراحة على أن الشركة تقــوم بــإقراض الصندوق أو الحساب بالمبلغ المطلوب قرضاً حسناً على أن يسترد القرض بعد ذلــك وفق شروط يتفق عليها.

المسائل التي يطرحها هذا الالتزام:

- **تراجع الشركة في التزامها:** هل يمكن للشركة عند طلب التعويض أن تتراجع في التزامها بناء على عناصر موضوعية كتغيير أصحاب صندوق التــأمين سياســة المؤسسة كالتخفيض في رسوم البوالص أو الدخول في تغطيــة قطاعــات جديــدة ترفضها الشركة.

- **تكرار العجز:** عند تكرار العجز لأكثر من سنة يمكن لشركة التأمين الإســلامية أن تضع حداً لالتزامها من جانب واحد لأنه لا يمكنها تحمل التعــويض لمــدة غيــر محددة. وبإطلاعنا على النظم الأساسية واللوائح لم يتم تحديد هذه المدة.

ثانياً: مسألة المعالجة القانونية لموجودات مؤسسات التكافل إذا آلت إلى الإفلاس

لم تحظ مسألة إفلاس مؤسسات التكافل بالاهتمام الشرعي لكنها حظيــت بالتفــصيل القانوني حماية لدائني شركات التأمين الإسلامية حيث يعول على الأصول المتأتيــة مــن الاحتياطيات الفنية.

وإذا كان إفلاس الشركة يؤدي إلى حلها وتصفيتها فإن حل الشركة وتصفيتها بالحسنى (الطرق الودية) يختلف عن وضع الإفلاس الذي يترتب عنه سحب الترخيص. إن حل الشركة وتصفيتها ودياً يخضع للقواعد العامة للقانون. أما الإفلاس فيؤدي حتما إلى تصفية إجبارية تتم وفق إجراءات خاصة وتحت إشراف السلطات المختصة فالتصفية ليست قضائية بحتة بل لها طابع إداري تؤدّيه وزارة المالية.

ومن الآثار العامة للتصفية في القانون الوضعي:

- تعليق الإجراءات الفردية.
- حلول الآجال.
- إيقاف سريان الفوائد المصرفية.
- عدم فعالية بعض التصرفات القانونية في الفترة المعروفة بفترة الريبة بحيث يجوز للقاضي أن يلغي بعض التصرفات القانونية التي يرى أنها أضرت بدائني الشركة. ومن أمثلة ذلك: التبرعات والهبات والسداد المبكر وغيرها.
- تمتع كتلة الدائنين برهن قانوني.

ولكن هل تصفية شركة التأمين الإسلامية تنتج كل الآثار القانونية المذكورة ؟

بالنسبة لبعض القوانين إن ديون شركة التأمين الإسلامية (بصفتها مدينة) ليست لها أولوية عند توزيع محصول التصفية، فلا تسدد تلك القروض إلا بعد سداد الديون الأخرى. كما أن شروط السداد المبكر تخضع لنظام خاص ومراقبة من قبل هيئات الإشراف وبعد التأكد من أن ذلك السداد لا يمس بهامش الملاءة المالية لشركة التأمين. فالديون العادية ومنها القروض لا تتمتع بأي امتياز أو أولوية خلافاً للمشتركين والمستفيدين بالعقود (الاشتراط لمصلحتهم).

و بناء عليه، يكون ترتيب توزيع محصول التصفية كالتالي:

- **الرواتب:** نظراً للصبغة المعاشية للراتب الشهري تتمتع الرواتب بامتياز وتسدّد قبل أي دين آخر، وهذا يعني أنه حتى في غياب تام للسيولة فإن الرواتب تسدد من التدفقات النقدية الأولى.
- **الديون الأخرى:** تتمتع الديون التي لها امتياز بأولوية حسب ترتيبها (درجة أولى، درجة ثانية...).

العقوبات

تنص بعض القوانين على تسليط عقوبات جزائية ومدنية على مدراء شركة التأمين الإسلامية. وقد أخذت كلمة "المدراء" المعنى الواسع لتشمل المدير العام أو المدراء

العاملون، رئيس مجلس الإدارة، أعضاء مجلس الإدارة، المدراء العاملون المساعدون والوكلاء وكل من كان في موقع قرار.

(أ) العقوبات الجنائية

عقوبة جريمة الإفلاس: إذا تم حل شركة التأمين وتصفيتها ولم تكن أصولها كافية لتغطية التزاماتها المالية يمكن أن يعاقب المدراء بعقوبة (جريمة الإفلاس) وذلك في الحالات التالية:

- صرف أموال طائلة من أموال الشركة في عمليات وهمية أو في عمليات تتصف بالمقامرة الأمر الذي يطرح التساؤل حول الخسارة المترتبة عن التعامل بالأسهم بيعاً وشراءً. وهل الخسارة في هذا المجال تعد من قبيل المقامرة.
- الحصول على أموال بطرق تضر الشركة وذلك لغاية تأجيل سحب الترخيص. وهذا التصرف يدل على أن إدارة الشركة تخفي الصعوبات الحقيقية التي تمر بها الشركة وتحاول أن تظهر سلامة مالية وهمية للشركة تفاديا لسحب الترخيص من قبل الجهات المختصة.
- سداد الشركة لديونها بطرق غير قانونية وذلك بعد سحب الترخيص.
- تحمل الشركة لالتزامات أو تعهدات عالية (سواء لفائدتها أو لفائدة الغير) وذلك مقارنة بالوضع الحقيقي للشركة دون أن يكون للشركة مقابل. والمقصود هنا عقود التبرعات وغيرها.

(ب) العقوبات المالية

إدا تم حل شركة التأمين الإسلامية وتصفيتها ولم تكن أموالها كافية لتغطية التزاماتها المالية يمكن للمحكمة عند وجود خطأ في الإدارة أدى إلى النقص في الأصول وبطلب من المصفي أو من تلقاء نفسها أن تحمّل كل أو بعض ديون الشركة على كل أو بعض المدراء بالتضامن بينهم أو بدون تضامن. وبالتالي يترتب على سوء الإدارة مسؤولية مدنية في تغطية العجز يتحملها المدراء.

المراجع

- المعايير الشرعية، الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، الطبعة الأولى
- نظام مراقبة شركات التأمين التكافلي الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/32) وتاريخ 1424/6/2هـ (المملكة العربية السعودية)
- فائز أحمد عبد الرحمن، "التأمين في الإسلام"، المطبوعات الجامعية، 2006م.
- عبد القادر جعفر "نظام التأمين الإسلامي"، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، 2006م
- محمد يوسف الزغبي "عقد التأمين دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي، رسالة من كلية الحقوق.جامعة القاهرة–1983م
- رجب عبد التواب سليمان كدواني "نظرية التأمين التعاوني دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي"، رسالة من كلية الحقوق جامعة الأزهر 1982م.
- محمد حسام محمود لطفي، "الأحكام العامة للتأمين دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي 1988م.
- حسين حامد حسان، "حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين"، دار الاعتصام.

المبحث الخامس: الجوانب القانونية لإعسار مؤسسات التكافل، الأستاذ/ عادل عوض بابكر، رئيس الشئون القانونية – المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات – المملكة العربية السعودية

مقدمة

صار التأمين المتفق مع الشريعة الإسلامية (التأمين الإسلامي أو التعاوني أو التكافلي) يحتل مكانة مهمة في سوق التأمين وصار ينمو في السنين الأخيرة بوتيرة لا تقل عن 15 % ويقدّر عدد شركات التأمين الإسلامية المسجّلة في كل أنحاء العالم بالمائة وستين شركة.

وللتأمين الإسلامي أحكام وخصائص تميزه عن التأمين التقليدي أهمها تلك الأحكام التي تتعلق بالعلاقة بين المساهمين والمستأمنين ودور رأس المال.

وبالرغم من تنامي عدد شركات التأمين الإسلامي وبالتحديد في الدول الإسلامية والعربية إلا أنه قلما نجد تشريعات تنظم التأمين الإسلامي، وفي معظم الأحيان تخضع شركات التأمين الإسلامية للقانون الوضعي الذي شرع ليحكم وينظم شركات التأمين التقليدية في حال الإيسار والإعسار

وشركات التأمين الإسلامي مثلها مثل شركات التأمين التقليدي قد تتعرض للأزمات المالية وسداد المطالبات الكبيرة عند وقوع الجوائح والكوارث التي تصيب عددًا كبيراً من المشتركين مما يؤدي بها أن تعلن عن إعسارها وتشهر إفلاسها.

تهدف هذه الورقة، في ظل غياب تشريعات خاصة تحكم حالات إعسار شركات التأمين الإسلامية وإفلاسها، إلى دراسة الآثار القانونية التي تترتب عن هذا الإعسار والإفلاس في ضوء القانون الوضعي.

أولاً: أساس التأمين التكافلي

يقوم التأمين الإسلامي أو التكافلي أساساً على مبدأ التعاون، والتعاون من المباديء التي حثت عليها الشريعة الإسلامية، وقد جاء في كتابه العزيز: {وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان} (سورة المائدة: 2).

والمبدأ الثاني الذي يقوم عليه التأمين الإسلامي هو مبدأ التبرّع، وهو ما جاء به أستاذنا الشيخ البروفيسور الصديق محمد الأمين الضرير وأخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورة انعقاد مؤتمره الثاني في جدة في ربيع الثاني 1406هـ (ديسمبر 1985م) والذي حرم فيه التأمين التجاري ذا القسط الثابت لما فيه من غرر مفسد للعقود. وقرر أن العقد البديل الذي يحترم في إطاره أصول التعامل الإسلامي هو عقد التأمين التكافلي القائم على أساس التبرع والتعاون

بناءً على قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي وقرارات المجامع الفقهية الأخرى التي أجازت التأمين الإسلامي[1] فإن التأمين الإسلامي هو بمثابة صندوق يسهم فيه كل مشترك بأن يدفع شيئاً من ماله على سبيل التبرّع لإعانة من وقع عليه ضرر من المشاركين كالسرقة والحريق والوفاة، وغيرها من الأضرار أو المخاطر.

وبالمعنى الاصطلاحي فإنّ كل مشارك في صندوق التكافل هو بمثابة مؤمّن له ومؤمّن للمشاركين الآخرين في الوقت نفسه. وإذا فاض مبلغ الاشتراكات أو التبرعات عن مبلغ التغطية والنفقات اللازمة يكون الفائض في هذه الحالة من حق المشاركين.

الشكل القانوني لصندوق التكافل:

تشترط الأنظمة والقوانين في كل دول العالم أو معظمهما وتحديداً الدول التي يمارس فيها التأمين الإسلامي ألا تقدم خدمة التأمين بكل ضروبه إلا عن طريق كيان يسجل بوصفه شركة مساهمة محدودة المسئولية وقد تكون شركة مساهمة عامة أو

[1] المؤتمر العالمي الأول للاقتصاد الإسلامي بمكة المكرمة، صفر 1396هـ(فبراير 1976م). أنظر أيضا مجلس هيئة كبار العلماء بالمملكة العربية السعودية، وقرار رقم 55 بتاريخ 1397/4/4هـ. أنظر مجلس المجمع الفقهي برابطة العالم الإسلامي الدورة الأولى شعبان 1398هـ.

خاصة. ولتسجيل أي شركة يقتضي القانون أن يكون هناك مساهمون يكتتبون في رأس مال الشركة[2].

وعندما شرع بنك فيصل الإسلامي السوداني في إنشاء أول كيان أو هيئة علي نطاق العالم تعنى بتقديم خدمة التأمين وفق الشريعة الإسلامية، اشترطت عليه هيئة الرقابة على التأمين في السودان أن تأخذ هيئة التأمين، التي يزمع إنشاءها، شكل شركة مساهمة محدودة المسئولية وذلك وفقاً للقوانين السارية ومن هنا برز كيانان، كيان حملة الأسهم وكيان حملة الوثيقة أو المشتركين ونصت عقود تأسيس الشركة التي برزت كأول شركة تأمين إسلامي في العالم على الفصل بين حساب المساهمين وحساب المشتركين (المستأمنين) ونصت أيضاً على ألا يتقاضى المساهمون في الشركة أي ربح عن أسهمهم من أي فائض قد تحقّقه الشركة من الاشتراكات التي يدفعها المشتركون، حيث أن فائض التأمين من نصيب المشتركين وسمحت للمساهمين بأخذ أجر مقابل إدارة صندوق التأمين واستثمار الاشتراكات.

وأصبح الشكل المؤسسي لشركة التأمين الإسلامية السودانية هو النموذج الذي احتذت به كل شركات التأمين الإسلامية التي أتت لاحقاً عدا قليل من الشركات التي سجلت في ماليزيا، حيث إن القوانين والأنظمة في معظم الدول التي تتوفر فيها خدمة التأمين الإسلامي تشترط أن يمارس التأمين من خلال شركة مسجلة ولم يتسن لنا الوقوف على خدمات تأمين إسلامي تقدّم من خلال جمعيات تعاونية في أي دولة من دول العالم.

دور رأس المال في شركة التأمين الإسلامية:

القاعدة الأساسية التي تحكم علاقة رأسمال شركة التأمين الإسلامية بعمليات التأمين هي أن **رأس المال لا يغنم و لا يغرم**، ولا يكون رأس المال ضرورياً إلا لمجابهة نفقات التأسيس وقد انتهى أستاذنا الجليل البروفيسور الصديق الضرير إلى أن *"لا وظيفة لرأس المال في شركة التأمين التكافلي الإسلامية سوى الاستجابة للمتطلبات القانونية، لأن الأصل في شركة التأمين التكافلي أن يؤسسها المستأمنون ولا يكون لها مساهمون غيرهم، ولكن القوانين في السودان لا تسمح بقيام شركة إلا إذا كان لها مساهمون ورأس مال وجمعية عمومية...*

[2] بعض الأنظمة والقوانين تسمح بتسجيل جمعيات للتأمين التعاوني.

وهذا هو السبب في وجود رأس المال والمساهمين وفي شركات التأمين السودانية وفي البلاد المماثلة."[3]

وذكر أيضاً "*أن رأس المال في شركات التأمين السودانية لا يغرم ولا يغنم: لا يغرم لأن جميع مصروفات الشركة من اشتراكات المستأمنين، والتعويضات تدفع من الاشتراكات، وإذا حصل عجز لا يطالب به المساهمون، ولا يؤخذ من رأس المال، والمساهمون يأخذون أجراً من الاشتراكات متمثلاً في المكافأة التي تعطى لمجلس الإدارة على إدارته للشركة*".

"*ورأس المال لا يغنم من فائض الاشتراكات شيئا، فالفائض كله حق للمستأمنين يحتفظ بجزء منه احتياطياً لمقابلة ما قد يحصل من عجز، ويوزع الباقي على المستأمنين*[4]*."*

والمبدأ الشرعي الذي ينص على أن رأس المال لا يغنم ولا يغرم ينسجم مع المبدأ الأساسي للتأمين الإسلامي وهو أن كل مشارك يكون بمثابة مؤمّن له ومؤمن للمشاركين الآخرين، وهذا يعني أن موارد صندوق حملة الوثائق من اشتراكات، وعوائد استثمار مبالغ الاشتراكات هو الوعاء الأساسي لسداد المطالبات والتغطية.

ونعتقد أن من واجب مؤسسات التصنيف الإئتماني أن تنظر في أصول وموارد صندوق حملة الوثائق المجمعة والمتراكمة على أنها العامل الأساسي، إضافة لأشياء أخرى ليس هذا مجال ذكرها، في تحديد ملاءة وتصنيف شركات التأمين الإسلامية.

وقد أجاز الفقهاء للمساهمين الالتزام بتقديم قرض من غير فوائد لصندوق حملة البوالص في حال حدوث عجز مالي ونعتقد أن هذه الإجازة الفقهية قد أعادت لرأس المال دوره الرئيس في تقوية المركز المالي وملاءة شركات التأمين الإسلامية وقلصت الفارق بينها وبين شركات التأمين التقليدية، ولكنها في نفس الوقت تخلق

---

[3] الاعتبارات الشرعية لممارسة التأمين– البروفيسور الصديق الضرير– إصدارات الإتحاد العالمي لمؤسسات التكافل والتأمين الإسلامية.

[4] المصدر السابق.

إشكالاً في أنه ليس هنالك عائد مادي مقابل هذا الالتـــزام وتتعـــارض مـــع مبـــدأ أن "رأس المال لا يغنم ولا يغرم" فهو في هذه الحالة يغرم ولا يغنم.

أهمية رأس المال بالنسبة لشركات التأمين التقليدية:

يعتبر رأس المال في شركات التأمين التقليدية وسيلة رئيسة لضمان سداد المطالبات والتعويضات للمستأمنين وتشترط الجهات الرقابية على كل شركة ترغب في العمل في مجال التأمين أن تفي بحد أدنى من رأس المال حتى تفي بحقوق المستأمنين ومن أجل التأكد من أن شركة التأمين التجاري قادرة على الوفاء بالتزاماتها تجاه حملة البوالص تشترط كثير من الدول أن تفي شركات التأمين باستمرار بمعايير الملاءة المالية ولا شك أن كبر مقدار رأس المال يساعد في زيادة حجم الأعمال وإمكانية الحصول على خدمة إعادة التأمين.

ثانياً: الوضع القانوني في حال عجز مؤسسة التكافل عن سداد المطالبات

هنالك دول قليلة مثل الـــسودان، والمملكـــة العربيـــة الـــسعودية، وماليزيـــا ســـنت تشريعات وقوانين تنظم إنشاء وعمل شركات التأمين الإســـلامية، إلا أننـــا لـــم نقـــف علـــى تشريع ينظم إفلاس شركات التأمين الإسلامية مما يعنـــي أن هـــذه الـــشركات قـــد تخـــضع لقوانين وتشريعات الإفـــلاس العامـــة فـــي حالـــة تعرضـــها لأي مـــن حـــالات الإفـــلاس. ونظراً لعدم وجود سابقة إفلاس لـــشركة تـــأمين تكافليـــة صـــادرة مـــن محكمـــة عليـــا أو نقض تكون ملزمة للمحاكم الأدنى–حـــسب علمنـــا عـــدا ســـابقتين فـــي الـــسودان نظـــرت فيهما محاكم الخرطوم الابتدائية–فقد يكون مـــن الـــصعب تحديـــد موقـــف المحـــاكم حيـــال مبدأ الفصل بين حساب المساهمين وحساب المشتركين.

أما من الناحية النظرية، فهناك مرتكزان أساسيان لاشك أن المحـــاكم ســـتهتدي بهمـــا فـــي حال نظر إفلاس أي من شركات التأمين الإسلامية هما:

(أ) الشركة شخص اعتباري قائم بذاته ومنفصل عن المساهمين فيه ولها ذمة منفصلة عن المساهمين فيها، أي أن المساهم لا يطالب بسداد ديون الشركة.[5]

(ب) ليس لصندوق المشتركين في نظر القانون شخصية اعتبارية قائمة بذاتها بل هو مجرد حساب تحفظه وتديره شركة التأمين الإسلامية.

1- هل تلزم المحكمة شركة التأمين الإسلامية بتغطية العجز في صندوق حملة الوثائق:

يجب التمييز بين حالتين: حالة وجود وعد من المساهمين بإقراض صندوق حملة البوالص إذا عجز مالياً عن سداد المطالبات، والحالة الثانية عدم وجود وعد من المساهمين بسداد العجز.

ففي الحالة الأولى، نرى أنه قد لا تجد المحكمة صعوبة من الناحية القانونية في إلزام شركة التأمين الإسلامية بسداد مطالبات التغطية من رأس مال الشركة واحتياطاتها (صندوق حملة الأسهم) إذا لم تكن موجودات صندوق حملة الوثائق كافية لسداد المطالبات. وعادة ما يكون الوعد بإقراض صندوق حملة البوالص نص مدرج في العقد الأساسي ولوائح الشركة Memorandum & Articles of Association مما يجعله ملزماً للشركة.

والسبب الثاني هو أن الشركة هي الجهة التي أصدرت بوليصة التأمين وهي شخصية إعتبارية في نظر القانون، وبالتي يحق لها الدخول في العقود والمقاضاة بينما صندوق حملة البوالص ليس له شخصية إعتبارية ولا يمكنه التعاقد وإصدار البوالص ولا يمكن مقاضاته.

ونرى هنا أنه من الناحية العملية لا فرق بين شركة التأمين الإسلامي و شركة التأمين التقليدية من حيث التزام الشركة بسداد المطالبات حتى وإن كان هنالك عجز في الحساب الفني. أما من الناحية القانونية البحتة، فهنالك اختلاف من حيث الصيغة المستخدمة، ففي حالة شركات التأمين الإسلامية يكون سداد العجز في الحساب الفني بصيغة قرض حسن وغير مضمون ويسدد في حال إيسار حساب حملة

[5] Salomon V. Salomon Co (1987)

البوالص. أما في حالة عدم وجود وعد من المساهمين بتغطية العجز فقد تلزم المحاكم شركات التأمين الإسلامية بالتغطية إذا ما أثبت المتضرر من حملة البوالص للمحكمة أنه تعاقد مباشرة مع شركة التأمين الإسلامية وأن عقد التأمين الصادر له لا يبين أن الشركة وكيلة فقط في إدارة التأمين وأن شروط البوليصة لا تنص على أن التغطية يدفع فقط من مبلغ التبرعات التي قدمها المشتركون. ولابد أن نشير هنا إلى أن قوانين حماية المستهلك وميل المحاكم الدائم إلى تفسير نصوص بوليصة التأمين لصالح المشتركين قد يعضد من مطالبة المستأمن في مواجهة شركة التأمين الإسلامية.

2- الآثار القانونية لإفلاس شركة التأمين الإسلامية:

لا شك أن المحاكم-في ضوء القوانين الوضعية- سوف تصدر أوامر بإعلان إفلاس شركة التأمين الإسلامية إذا ما استغرقت مطالبات التعويض كل موارد صندوق حملة البوالص وصندوق حملة الأسهم معا وعجزت الشركة عن الوفاء بالتزاماتها وسوف توزع موجوداتها دون تميز بين موجودات صندوق حملة الأسهم وموجودات صندوق حملة البوالص على الدائنين وفق نصوص القانون، إذ تأمر بسداد حقوق المصفي وديون الحكومة والعاملين أولا ثم توزع الباقي على الدائنين من أصحاب الضمانات Secured Creditors ثم الدائنين الآخرين Unsecured Creditors كقسمة غرماء.

ونود أن نستشهد هنا بسابقتين لحالة إفلاس وتصفية لشركتي تأمين إسلامية في السودان هما: إجراءات إفلاس شركة التأمينات الصناعية والتجارية وإجراءات إفلاس شركة فوجا العالمية. إذ لم تنظر محاكم الخرطوم في هذه الإجراءات إلى قاعدة الفصل بين حسابات حملة الأسهم وحسابات حملة البوالص، التي يقوم عليها التأمين الإسلامي، بل عملت وفق قانون الشركات السوداني لسنة 1925م وقانون الإفلاس لسنة 1929م وحجزت كل موجودات الشركة ووزعتها على الدائنين وفق نصوص القانون. والجدير بالذكر بأنه لم يتقدم أي من المساهمين في هاتين الشركتين باعتراض على أساس أن شركة التأمين ليست سوى وكيل يقوم بالإدارة مقابل أجر وأن المؤمّن هو صندوق حملة البوالص.

3- الوضع القانوني للمؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات:

المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات ("المؤسسة") مؤسسة دولية نشأت بمبادرة من منظمة المؤتمر الإسلامي ويساهم في رأسمالها البنك الإسلامي للتنمية وسبع وثلاثون دولة من الدول المنضوية في منظمة المؤتمر الإسلامي. وهي المؤسسة الدولية الرائدة والوحيدة التي تعمل في مجال تأمين مخاطر الائتمان التجارية والسياسية وفق أحكام الشريعة الإسلامية، وبما أن المؤسسة مؤسسة دولية تملكها دول ذات سيادة فمن غير المنظور أن تتعرض لإجراءات إفلاس، إلا أن الدول المساهمة في رأسمالها قد تقرر إنهاء عملياتها لأي سبب تراه. وقد نظمت المادة (50) من اتفاقية المؤسسة كيفية أداء المستحقات عند إتخاذ المساهمين قراراً بإنهاء عمليات المؤسسة فالديون المترتبة على المؤسسة تستوفى من أصول صندوق حملة الأسهم، فإن لم تف يستدعي رأس المال المكتتب غير المدفوع. أما ديون صندوق حملة البوالص ومطالبات التعويض فتستوفي من أصول صندوق حملة البوالص فإن لم تف فتستوفى من أصول صندوق حملة الأسهم، فإن لم تف فسيتم استدعاء رأس المال المكتتب غير المدفوع. وإذا لم تف الأصول لسداد الديون ومطالبات المؤمّن لهم فيوزع الموجود من الأصول على الدائنين والمؤمن لهم بنسبة استحقاق كل منهم. أما إذ بقي شيء من أصول صندوق حملة الأسهم فيرد إلى المساهمين بنسبة حصتهم في رأس المال. والباقي من أصول صندوق حملة البوالص يصرف في أوجه الخير.

4- الخلاصة:

بما أن التأمين التكافلي يقوم على أسس ومبادئ تميّزه عن التأمين التجاري وأن إخضاع شركات التأمين الإسلامية لنفس القوانين والتشريعات التي تحكم شركات التأمين التجارية قد يحول دون تطبيق وإنفاذ المبادئ التي قام عليها؛ لذا توصي الورقة بأن يسعى مجلس الخدمات المالية الإسلامية والاتحاد العالمي لمؤسسات التكافل والتأمين الإسلامية للبحث على إصدار قوانين وتشريعات خاصة بإعسار شركات التأمين الإسلامية، تأخذ في الاعتبار أسس التأمين التكافلي وقاعدة الفصل بين حساب حملة الأسهم وحساب حملة الوثائق وقاعدة أن رأس المال لا يغنم ولا يغرم من عمليات التأمين.

المبحث السادس: إعادة التكافل وصندوق التكافل ككيان منفصل ومستقل: التحديات القانونية والشرعية، الدكتورة/ أنكو ربيعة عدوية أنكو علي، أستاذة مشاركة في كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا

1. مقدمة

الحمد لله رب العالمين وبه نستعين والصلاة والسلام على رسوله الأمين وعلى آله وصحبه أجمعين. عندما يتم عرض التكافل وإعادة التكافل كحل متوافق مع الشريعة، وبديل إسلامي للتأمين وإعادة التأمين التقليدي، فإنه يمكن أن يقال أن هذا العرض ينبني على عدد من المنطلقات الشرعية الأساسية:

- إن أساس التعاقد في كل من التكافل وإعادة التكافل هو التبرع لغرض التعويض والحماية المتبادلة، عكس ما يتم في التأمين وإعادة التأمين التقليدي من نقل للمخاطر مقابل الأقساط المدفوعة.

- إن مؤسسات التكافل وإعادة التكافل هي مجرد مديرة موكلة لإدارة عملية وصناديق التكافل وإعادة التكافل، وفقاً لشروط تسويات هذين الأخيرين. وقد تفرض مؤسسات التكافل وإعادة التكافل رسوماً أو حصة من الأرباح لإدارة هذه الخدمات.

- أي نشاط، أو استثمار، أو أي جانب من الجوانب المالية لعمليات التكافل وإعادة التكافل يجب ألا تنطوي على أي أنشطة محظورة، مثل تلك التي تنطوي على الربا، والغرر، والقمار... الخ.

إن المنطلقات المذكورة أعلاه، وخاصة الأولى والثانية، تؤدي إلى نتيجة هامة ضمن معالجة صناديق اشتراكات أو (أقساط) التكافل وإعادة التكافل، أي يجب أن تكون هذه الأخيرة منفصلة عن صندوق حملة الأسهم الخاص بمؤسسة التكافل. إن التبرعات والهبات من المفترض أن تكون بغرض تقديم تعويض متبادل للمشتركين وفقا لشروط عقد التبرع، وبالتالي، لا يعني أبدا أنها خاصة بمؤسسة التكافل وإعادة التكافل.

وعلى هذا الأساس، فإنه يجب فصل صندوق التكافل وإعادة التكافل عن الصناديق الأخرى للشركة، لحماية مصالح المشتركين والذي سيؤدي في نهاية المطاف إلى استفادتهم من صندوق التكافل للتعويضات في حال المطالبة بها.

وفي الواقع، من المفروض على كل من مؤسسة التكافل وإعادة التكافل فصل صناديق هذين الأخيرين عن صناديق حملة الأسهم، حتى يتم التعامل مع صناديق التكافل على أنها منفصلة ومستقلة عن غيرها مما هو خاص بالشركة. ومع ذلك، فلا يزال هذا الأمر غير مؤكد في ظل احتمالية اعتراف قانون البلدان المعنية بهذه التفرقة والاستقلالية أو لا، وبخاصة في حالة إعسار أو إفلاس مؤسسة التكافل. وطبعا، تصبح هذه المسألة أكثر أهمية في حالة إعسار أو إفلاس الشركة.

وهذه الورقة تسعى إلى دراسة هذا الموضوع، واقتراح الحلول الممكنة للتغلب على هذه المشكلة.

2. استقلال صناديق التكافل وإعادة التكافل

في حالة التأمين وإعادة التأمين التقليدي تعامل الأقساط التأمينية على أنها جزء من أصول شركة التأمين. ويرجع ذلك إلى طبيعة عقد التأمين وإعادة التأمين المبني على المعاوضة أي يقوم على نقل المخاطر مقابل الأقساط المدفوعة. وعكس ذلك، فإن التكافل وإعادة التكافل مبني على أساس التبرع بالمساهمات للتعويض المتبادل، وليس لتكون ملكا للشركة.

ضمن المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ورد بصفة واضحة في المعيار 26، رقم 2 ما يلي:

"تعريف التأمين الإسلامي و تمييزه عن التأمين التقليدي:

التأمين الإسلامي هو اتفاق أشخاص يتعرضون لأخطار معينة على تلافي الأضرار الناشئة عن هذه الأخطار، وذلك بدفع اشتراكات على أساس الالتزام بالتبرع، ويتكون من ذلك صندوق تأمين له حكم الشخصية الاعتبارية، وله ذمة مالية مستقلة، (صندوق) يتم منه التعويض عن الأضرار التي تلحق أحد المشتركين من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها، ووذلك طبقا للوائح والوثائق. ويتولى إدارة هذا الصندوق هيئة مختارة من حملة الوثائق، أو تديره شركة مساهمة بأجر تقوم بإدارة أعمال التأمين واستثمار موجودات الصندوق. وأما التأمين التقليدي فهو عقد معاوضة مالية يستهدف الربح من التأمين نفسه، وتطبق عليه أحكام المعاوضات المالية التي يؤثر فيها الغرر، وحكم التأمين التقليدي أنه محرم شرعا."

وهكذا، فإنه من الأهمية أن تكون صناديق التكافل وإعادة التكافل مستقلة عن أصول مؤسسات التكافل وإعادة التكافل. وهذا للتأكد من أن صناديق التكافل لن تتأثر بأي ظروف سلبية قد تحيق بالشركة، مثل إعسار، أو إفلاس، أو تصفية الشركة. في مثل هذه الحالات، استقلال صناديق التكافل مهم للحفاظ على أموال التكافل من أي ادعاءات من جانب الدائنين نحو الشركة.

جاء في المعيار الشرعي (26) من المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في البند (5) ما نصه:

"يقوم التأمين الإسلامي على المبادئ والأسس الشرعية الآتية التي يجب أن ينص عليها في النظام الأساسي للشركة، أو في اللوائح، أو في الوثائق:

2/5: قيام الشركة المنظمة للتأمين بإنشاء حسابين منفصلين أحدهما خاص بالشركة نفسها: حقوقها والتزاماتها، و الآخر خاص بصندوق (حملة الوثائق) حقوقهم والتزاماتهم."

ومع ذلك، في الواقع، فإن القانون قد يعترف أو لا يعترف باستقلال صناديق التكافل عن الشركة، خصوصاً في حالة الاعسار أو التصفية. لذلك، فإن هذه الورقة ستحاول دراسة الموقف القانوني لصناديق التكافل واعادة التكافل في ثلاثة بلدان مختارة هي: السودان، وماليزيا، والمملكة العربية السعودية.

2.1. السودان[6]

السودان هو البلد الذي تأسست فيه اول شركة إسلامية للتأمين، عرفت بشركة التأمين الإسلامي، والتي تم إنشاؤها عام 1979م، بعد وقت قصير من تأسيس أول بنك إسلامي هناك، وهو بنك فيصل الإسلامي.

وفي عام 1992م، قررت الحكومة السودانية تطبيق مبادئ الشريعة في اقتصاد البلاد، حيث بدأت تعمل جميع القطاعات، بما في ذلك التأمين، وفقا لهذه المبادئ الشرعية.

[6] معظم المعلومات المتعلقة بسوق التكافل السوداني والإطار التنظيمي كان مصدرها من" السودان: نموذج صناعة تكافل" لمحة عن التكافل في البلدان: السودان، www.meinsurancereview.com، آب/أغسطس 2007م، في الصفحات 52-64.

نظام التكافل الذي طبق في السودان كان بداية النموذج الأساسي للتأمين الإسلامي التعاوني. وبموجب هذا النظام، يدفع حملة الوثائق اشتراكات التأمين (تبرعا) إلى صندوق حيث يتقاسمون المخاطر بناء على المبدأ الأساسي للتعويض المتبادل (التكافل). ويحفظ أي فائض من هذا الصندوق، أو يتم توزيعه، أو حفظه جزئيا.

ومع ذلك، فإن قانون الشركات السوداني لعام 1925م، ينص على أن جميع شركات التأمين يجب أن يكون لها حملة أسهم. وعلى هذا، فإن مؤسسات التكافل في السودان هي شركات أسست وفق مبدأ المساهمة، ولكنها تعمل على أساس التكافل التعاوني .

وفي عام 2003م، عرضت الحكومة السودانية قانون التأمين والتكافل. وكان الغرض من هذا القانون هو حماية حملة الوثائق من خلال تنظيم وضبط العلاقة التعاقدية في سندات التكافل.[7] كما يتوقع أن يحدد القانون الإطار التنظيمي الواسع لقطاع التأمين السوداني والشركات ذات الصلة.

عرف قانون التأمين والتكافل لسنة 2003م عقد التأمين وعقد التكافل في الفصل الثاني كما يلي:

"تعريف عقد التأمين: عقد التأمين عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المؤمن لهم بأن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد، مبلغا من المال أو أي عوض في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده، أو تحقق المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد يؤديه المؤمن له للمؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن."

"عقد التكافل عقد يلتزم فيه المؤمن نيابة عن المشتركين بأن يؤدي إلى المستفيد مبلغا من ايراد دوريا في حالة تحقق السبب الموجب لدفع مزية التكافل وذلك مقابل مبلغ يؤديه المشترك إلى المؤمن على وجه التبرع لمقابلة التزامات المؤمن."

التعاريف أعلاه عموما تسلط الضوء على الطبيعة التعاقدية للتأمين الإسلامي والتكافل التي تقوم على أساس التبرع من جانب حملة وثيقة التأمين أو المشاركين لتقديم تعويض متبادل لحامل وثيقة التأمين أو المشارك الذي يعاني من حالة موصوفة أو مصيبة. كما تناول

[7] يكمل هذا القانون قانون التأمين الرقابي لعام 2001م. وقانون التأمين الرقابي لعام 2001م هو نفسه بديل لقانون التأمين السابق لعام 1992م.

التعريف دور شركة التأمين (المؤمنِّ) على أنها تعمل بالنيابة عن حملة وثيقة التأمين أو المشاركين.

ومع ذلك، فإن قانون التأمين والتكافل لعام 2003م لا ينص بالتحديد على الفصل بين صناديق التكافل عن أصول الشركة (حملة الأسهم). كما أن القانون لا ينص بالتحديد على استقلال أموال التكافل عن الأصول الأخرى للشركة، وخصوصا في حالة إعسار أو تصفية هذا الأخير. هذا لا يعني أنه لا يوجد فصل بين صناديق التكافل عن أصول الشركة في السودان. والملاحظ أن هذا الفصل بين صناديق التكافل عن الأصول التي هي في حيازة شركة التأمين عموما إنما يتم خلال الممارسة العملية. وربما يرجع ذلك إلى الإشراف المباشر للهيئة المنظمة لقطاع التأمين نفسه،,والهيئة المسؤولة عن الرقابة في السودان هي سلطة الرقابة على التأمين. وضمن هذه الهيئة، مجلس يعرف بـــ: المجلس العالي للرقابة الشرعية. يتكون أعضاؤه من الخبراء في الشريعة والقانون والمالية والتأمين.

العمل الأساسي للمجلس العالي للرقابة الشرعية هو إمداد أعضاء سلطة الرقابة على التأمين بالمشورة والمساهمة في حل جميع المشاكل الشرعية. كما أنه يساعد على ضمان توافق صناعة التأمين لمبادئ الشريعة الإسلامية. وله نشاط واسع وسلطة كاملة للرقابة على جميع جوانب سوق التأمين، بما في ذلك الاستثمار. بالإضافة إلى المجلس العالي للرقابة الشرعية، كل شركة تأمين لديها مجلس للرقابة الشرعية، ويتألف من اثنين من الخبراء الشرعيين و قانوني واحد له معرفة بالشريعة. ويكمل عمل مجلس الرقابة الشرعية مهمة المجلس العالي للرقابة الشرعية.

إن إشراف سلطة الرقابة على التأمين، والمجلس العالي للرقابة الشرعية، ومجلس الرقابة الشرعية، ربما سيؤكد على ضمان تطبيق الفصل السليم واحترام استقلال صناديق التكافل من طرف شركات التأمين التكافلي، وإن لم يشترط ذلك مباشرة في القانون. على سبيل المثال، تستعمل شركات التأمين في السودان عموما عقد الوكالة للسماح لها بإدارة أنشطة التأمين وعقد المضاربة لإدارة الاستثمار. ويتم معاملة الأقساط والمساهمات التي يدفعها حملة الوثائق أو المشاركون كتبرعات لصندوق التكافل. تغطى النفقات التقنية والإدارية من هذا الصندوق دون استحواذ الشركة عليه. وإذا كان هناك عجز في الصندوق، فعلى المشاركين المساهمة أكثر لتعويض النقص. وفي حالة عجزهم عن ذلك، فبإمكانهم اللجوء إلى صندوق حملة الأسهم أو الأطراف الأخرى للحصول على قرض حسن (منحة يتم سدادها في وقت لاحق).

أما بالنسبة للعوائد، فلقد سمح بداية للمساهمين ضمن شركات التأمين في السودان الحصول على عوائدهم عن طريق المكافأة المتلقاة (أجرة) من حملة الوثائق لتشغيل عملية التأمين وإدارة الشركة، وكذلك الأرباح من رأس المال المستثمر فقط. في وقت لاحق، ولتشجيع استثمارات أكثر في القطاع، سمح المجلس العالي للرقابة الشرعية لمؤسسات التكافل باستثمار الفوائض من صناديق التكافل، شريطة إنشاء إدارة مستقلة لفوائض صناديق التكافل. وتقسم الأرباح بين حملة الأسهم وحملة الوثائق وفقا لصيغة متفق عليها في العقد.

قام مؤخرا مجلس الرقابة الشرعية لشركة شيكان بإصدار فتوى تسمح بالمشاركة في استثمار أموال حملة الأسهم وحملة الوثائق. وكان بعد ذلك التصديق عليها من قبل المجلس العالي للرقابة الشرعية مع التنصيص الواضح بالإضافة إلى إنشاء هيئة إدارية مستقلة، يتحمل حملة الأسهم كافة النفقات الإدارية المترتبة. وستوزع الأرباح بين حملة الأسهم وحملة الوثائق التأمينية وفقا لصيغة متفق عليها مسبقا.

بالإضافة إلى ذلك، فإن لحملة الوثائق أو المشتركين هيئة تمثيلية تعقد جمعية عامة دورية للنظر في الحسابات، واستعراض حالة الفوائض، وانتخاب ممثل أو ممثلين لمجلس الإدارة. ولقد قامت وزارة المالية والاقتصاد الوطني بإنشاء الصندوق الوقائي لحملة الوثائق لمساعدة الشركات على الوفاء بالتزاماتها في حالة عجز صندوق حملة الوثائق عن ذلك. ويمول هذا الصندوق من مساهمات شركات التأمين.

كل ما تقدم تعتبر أمثلة لممارسات التكافل في السودان والتي تبين صرامة الفصل بين صندوق التكافل وصندوق حملة الأسهم. ومع ذلك، فإن الباحثة لم تحصل على قضايا حكم فيها من طرف المحكمة السودانية لمعرفة ما إذا كانت هذه المحاكم تعترف باستقلالية صناديق التكافل في حالة التقاضي، أو إعسار أو تصفية شركة التأمين التكافلي. ولكن على اعتبار تطبيق المحاكم السودانية لأحكام الشريعة، فمن المحتمل أن تدعم استقلال صناديق التكافل في ضوء أحكام الشريعة التي تنطبق على عقد التكافل وعمليته، على الرغم من عدم وجود حكم قانوني واضح بهذا الخصوص. وعلاوة على ذلك، يجعل السودان معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية ملزمة للمؤسسات المالية الإسلامية في البلاد، وهذه المعايير تعترف باستقلال صندوق التكافل عن الأصول الأخرى لمؤسسات التكافل.

وبالنسبة لصناعة إعادة التأمين الإسلامي في السودان فهي لا تزال صغيرة جدا. في الواقع، إن شركة إعادة التأمين الوطنية (NATRE) تعتبر الشركة المحلية الوحيدة لإعادة التأمين

الإسلامي في السودان. بيد أن بعض مؤسسات التكافل الأجنبية مثل تكافل ري لها بعض الحضور في المنطقة الأفريقية. وعلى هذا النحو، ومن أجل إعادة التأمين، على الرغم من أن شركات إعادة التأمين الإسلامية هي المفضلة، فإن شركات إعادة التأمين غير الإسلامية هي أيضا مرخصة في حالة الضرورة[8]. ولم تجد الباحثة أحكاما قانونية محددة لإعادة التأمين الإسلامي في السودان، وخاصة فيما يتعلق باستقلال وعزل صناديق التكافل.

وهكذا، فإن إعادة التأمين الإسلامية في السودان تخضع من الناحية العملية إلى حد كبير لتنظيم مجلس الرقابة الشرعية الخاص بالشركة لضمان توافقها مع مبادئ الشريعة.

2.2. ماليزيا

أهم التشريعات التي تنظم التكافل وإعادة التكافل في ماليزيا هو قانون التكافل لعام 1984م (يشار إليه فيما بعد بـــالقانون). والهيئة المنظمة لسوق التكافل يتمثل في المصرف المركزي الماليزي.

فيما يخص الإشراف على المطابقة الشرعية، فهنالك مجلس الاستشار الشرعي المركزي بالمصرف المركزي الماليزي لرصد وإصدار قرارات خاصة بالمطابقة الشرعية فيما يتعلق بالمصارف الإسلامية والتكافل.

وأما ما يتعلق بالتكافل، فإن القانون المذكور آنفا يقرر طبيعته التعاقدية المتمثلة في التبرع من خلال تعريفه للتكافل في المادة 2، والتي تنص على ما يلي:

> "التكافل تعني خطة تنبني على مبادئ الأخوة، والتضامن، والمساعدة المتبادلة والتي تنص على تبادل المساعدات المالية والعون للمشاركين في حالة حاجتهم إليها، حين يتم اتفاق المشاركين على المساهمة بشكل متبادل لهذا الغرض."

ويترتب على ذلك، أن المادة 16 (1) من القانون المذكور تنص: "بأن مؤسسة التكافل ملزمة بإنشاء ورعاية صندوق التكافل –وفق هذه المادة –فيما يخص أي فئة، وكل فئات أعمال التكافل التي تقوم بها الشركة".

---

[8] مع ذلك، فإنه يمنع تلقي عمولة من شركات إعادة التأمين، لأن الهدف الرئيسي هو التعاون وليس الربح. كما أنه لا يسمح للشركات بدفع فوائد على الأقساط المحفوظة.

وعلاوة على ذلك، تنص المادة 17 (1) من القانون المذكور على الفصل بين صندوق التكافل وبين الأصول الأخرى للشركة ، حيث ورد فيها ما يلي:

"أصول صندوق التكافل بموجب هذا القانون تكون منفصلة عن جميع الموجودات الأخرى للشركة..."

استنادا إلى نصوص قانون التكافل المتقدم ذكرها، فإنه من الواضح أن القانون في ماليزيا يعترف بطبيعة مساهمات التكافل المبنية على مبدأ التبرع، والحاجة إلى إنشاء والحفاظ على استقلالية وانفصال صندوق التكافل عن سائر الموجودات لدى مؤسسات التكافل .

ومع ذلك، فإن موضع إعادة التكافل وصناديق إعادة التكافل أقل وضوحا في القانون المذكور. حيث يعرف القانون ذاته إعادة التكافل في المادة 2 على النحو التالي:

"إعادة التكافل يعني خطة تتفق مع مبادئ التكافل الصحيحة، لإعادة تكافل المسؤوليات بالنسبة للمخاطر التي تحملها أو ستتكبدها مؤسسة التكافل أثناء أعمال التكافل".

وفي ماليزيا، يعتبر إعادة التكافل إلزامي لمؤسسة التكافل، كما نص عليه في المادة 23 (1) من قانون التكافل كما يأتي:

"يجب على الشركة أن تحظى بترتيبات تتماشى مع مبادئ التكافل السليمة لإعادة تكافل المسؤوليات بالنسبة للمخاطر الحادثة أو المتوقعة أثناء تأديته لأعمال التكافل."

إن التعريف والشروط لإعادة التكافل المذكور أعلاه، يحاول استشراف مبادئ التكافل من خلال ترتيبات إعادة التكافل، ولكن في الوقت نفسه يتحدث أيضا عن "مسؤوليات إعادة التكافل فيما يتعلق بالمخاطر التي تحملها أو ستتكبدها الشركة". في إطار مبادئ التكافل، فإن على الشركة إدارة صندوق التكافل فقط، ولا تتحمل مسؤولية المخاطر التي يغطيها التكافل. وفي إطار التكافل يجب تغطية المخاطر من خلال صندوق التكافل وليس من طرف الشركة شخصية، لأن الشركة ليست هي المؤمِّن كما في شركات التأمين التقليدية. إن مؤسسة التكافل ما هي إلا مسيّرة ومديرة للصندوق نيابة عن المشاركين. على كل حال، فإن مؤسسة التكافل

قد تعطي قرضا لصندوق التكافل في حالة العجز، ولكن هذه ليست "المسؤولية" التي يجب أن يشملها ترتيب إعادة التكافل.

وهكذا، يبدو أن تعريف إعادة التكافل وشروطها من خلال القانون السابق الذكر يسبب بعض الخلط مع مبادئ التكافل ومع دور مؤسسات التكافل بالنسبة لترتيب إعادة التكافل. والذي يظهر أن تعريف إعادة التكافل وشروطها ا في القانون المذكور، قد تأثر إلى حد ما بتعريف إعادة التأمين وشروطها في تشريع التأمين التقليدي. وينبغي إعادة النظر في التعريف والشروط الواردة في القانون لتوضيح الطابع التعاقدي لإعادة التكافل الذي لم يخرج عن صفة التبرع من خلال صناديق التكافل التي تديرها مؤسسات التكافل المشاركة لتغطية بعض المخاطر المحددة التي تتكبدها صناديق التكافل تحت إدارة الشركات. وإذا ما بقي كلا من التعريف والشروط على ما هما عليه، فإنهما قد يعطيان انطباعا بأن ترتيب إعادة التكافل قد يحتوي على عنصر نقل المخاطر (مثل التأمين التقليدي)، بدلا من التبرع.

وبالإضافة إلى ذلك، لا يوجد أيضا في قانون التكافل ما ينص على إنشاء صندوق إعادة التكافل، وعزله عن الأصول الأخرى لشركة إعادة التكافل.

كما لزم ذات القانون الصمت فيما يتعلق بوضعية ومعاملة صناديق التكافل وإعادة التكافل عند إعسار أو إفلاس الشركة المشغلة، وخصوصا بالنسبة لعزل واستقلالية الصناديق عن الموجودات الأخرى التي هي في حيازة الشركة المشغلة لتلبية المطالبات المستحقة عليها أو غيرها من الديون والالتزامات.

وهكذا، بالنسبة لصناديق التكافل، فإنه من الواضح من خلال قانون التكافل أنه يجب أن تفصل عن الأصول الأخرى للشركة ما دامت الشركة على نشاطها. غير أنه لا يوجد نص صريح في القانون يدل على الاستقلال والعزل الفعلي لصناديق التكافل عن الأصول الأخرى للشركة عند إعسار أو إفلاس هذه الأخيرة. ونظرا إلى أن المسائل المتعلقة بالإعسار والإفلاس في ماليزيا عادة ما يتم البتث فيها ضمن المحاكم المدنية، فإنه يخشى غياب نص قانوني أو حكم قانوني لاستقلالية صناديق التكافل عند إعسار أو إفلاس الشركة قد يؤدي بالمحكمة للنظر فيها بنفس الطريقة التي ينظر بها إلى أقساط التأمين التقليدية والتي هي جزء لا يتجزأ من أصول شركة التأمين التقليدي باعتبارها مُؤَمِّناً.

وتجدر الإشارة إلى أن المصرف المركزي في ماليزيا حاليا يقوم باستعراض قانون التكافل، وبعض التشريعات الأخرى ذات الصلة. يقترح أن القضايا المثارة أعلاه بشأن استقلال صناديق التكافل وإعادة التكافل سواء عند مزاولة الشركة لنشاطها أو في حالة الإعسار أو الإفلاس، تمثل بعض الجوانب التي تجب معالجتها أثناء تنقيح القانون.

2.3. المملكة العربية السعودية

تجدر الإشارة إلى أن في المملكة العربية السعودية، لا يتم استخدام مصطلحي "التكافل" و"إعادة التكافل" في الإطار القانوني والتنظيمي للبلاد. وبدلا من ذلك، يستخدم مصطلحا "التأمين" و"إعادة التأمين".

إن التشريع الأول في المملكة العربية السعودية الذي تناول تنظيم صناعة التأمين في البلاد، يتمثل في نظام مراقبة شركات التأمين التكافلي الصادر عام 2003[9]، ودخل حيز النفاذ في 20 تشرين الثاني/نوفمبر 2003م، ثم استكمل بنشر اللائحة التنفيذية الخاصة به يوم 23 أبريل 2004م.

ينص النظام في المادة الأولى:

> "ويكون التأمين في المملكة العربية السعودية عن طريق شركات تأمين مسجلة فيها، تعمل بأسلوب التأمين التكافلي على غرار الأحكام الواردة في النظام الأساسي للشركة الوطنية للتأمين التعاوني، الصادر في شأنها المرسوم الملكي رقم (م/5) وتاريخ 1405/4/17 ه، وبما لا يتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية."

بناء على النص القانوني المذكور أعلاه، فإنه من الواضح أن كل شركات التأمين السعودية ملزمة بالعمل على أساس تعاوني. ولا ينص النظام على تعريف واضح للتأمين التعاوني، وإنما تقدم نموذجا لما يشكل تأمينا تعاونيا، والتي تشير إلى النظام الأساسي للشركة الوطنية للتأمين التعاوني (NCCI) المملوكة للدولة. وهذا النموذج للنظام الأساسي يفترض أن يستخدم كخطة لشركات التأمين الأخرى المسجلة في البلاد، شريطة أن تكون الممارسة التعاونية

[9] المرسوم الملكي رقمM/32 ، 2جمادى الآخرة 31/1424 يوليو 2003م.

للتأمين متسقة مع أحكام الشريعة. ومع ذلك، لا يوجد إطار مفصّل لكيفية إجراء تأمين تعاوني.

اللائحة التنفيذية للنظام تعطي تعريفا للتأمين في القسم المتعلق بذلك، أي في المادة الأولى:

"التأمين: تحويل أعباء المخاطر من المؤمَّن لهم إلى المؤمِّن، وتعويض من يتعرض منهم للضرر أو الخسارة من قبل المؤمِّن."

كما تحدد المادة تعريف الاشتراك (قسط التأمين) على النحو التالي:

"الاشتراك (القسط): المبلغ الذي يدفعه المؤمَّن له للمؤمِّن مقابل موافقة المؤمِّن على تعويض المؤمَّن له عن الضرر أو الخسارة التي يكون السبب المباشر في وقوعها خطر مؤمَّن منه."

والملاحظ، أن كلا التعريفين أعلاه يعكسان مبادئ وممارسات التأمين التقليدي، ولا يعكسان سمات التبرع والتعويض المتبادل للتكافل.

وهناك على الرغم من ذلك، نص في المادة الثانية (2) (أ) من النظام التي تتطلب الفصل بين حسابات حملة الوثائق وحسابات حملة الأسهم. ورد في المادة:

المادة الثانية:

"مع مراعاة أحكام نظام الضمان الصحي التعاوني الصادر بالمرسوم الملكي ذي الرقم (م/10) والتاريخ 1420/5/1 ه، تختص مؤسسة النقد العربي السعودي فيما يتعلق بتطبيق هذا النظام بما يأتي:

(1) الإشراف والرقابة الفنية على أعمال التأمين وإعادة التأمين، وفقا للأسس التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا النظام ووسائل الرقابة التي تمارسها المؤسسة وعلى الأخص ما يأتي:

(أ) تنظيم وإجازة قواعد استثمار أموال عمليات التأمين وإعادة التأمين، ووضع معادلة توزيع فائض عمليات التأمين وإعادة التأمين بين المساهمين والمؤمن لهم بعد مراعاة وجود حسابات منفصلة خاصة بالمساهمين وأخرى بالمؤمَّن لهم وعمليات التأمين."

بناء على النص القانوني المذكور أعلاه، فإنه من الواضح أن شركة التأمين مطالبة بالحفاظ على حسابات منفصلة لحملة الأسهم وحملة الوثائق، وأنه يجب أن يكون هناك توزيع صافي الفائض الناتج عن عمليات التأمين بين حملة الأسهم وحملة الوثائق.

ورد في اللائحة التنفيذية المزيد من التفاصيل بشأن توزيع الفائض، في المادة 70 (2) التي تنص على ما يلي:

"**معادلة توزيع فائض عمليات التأمين: المادة السبعون**

(2) على الشركة عند إعداد قائمة عمليات التأمين مراعاة الآتي:
(ه) توزيع الفائض الصافي، ويتم إما بتوزيع نسبة 10٪ عشرة بالمئة للمؤمَّن لهم مباشرة، أو بتخفيض أقساطهم للسنة التالية، وترحيل ما نسبته 90% تسعون بالمئة إلى قائمة دخل المساهمين."

المادة المتعلقة بتوزيع الفائض على حملة الأسهم لا يبدو أنها تتوافق مع معيار هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية رقم 26 (5/5) والتي تنص على ما يلي:

"يجوز أن تشتمل اللوائح المعتمدة على التصرف في الفائض بما فيه المصلحة حسب اللوائح المعتمدة مثل تكوين الاحتياطيات، أو تخفيض الاشتراكات، أو التبرع به لجهات خيرية، أو توزيعه أو جزء منه على المشتركين على أن لا تستحق الشركة المديرة شيئا من ذلك الفائض."

الحكم الوارد في اللائحة التنفيذية الخاص بتوزيع الجزء الأكبر من الفائض إلى حساب حملة الأسهم قد يدل على حق شركة التأمين على صناديق التأمين، مما يثير الشك في الاستقلال الفعلي للصناديق عن الأصول الأخرى للشركة.

كل ما تقدم من المناقشات بشأن أحكام نظام مراقبة شركات التأمين التكافلي لعام 2003م، ولائحته التنفيذية تشير إلى أن الأحكام القانونية المتعلقة بالتأمين في المملكة العربية السعودية لا تعالج معالجة وافية ملامح التأمين الإسلامي، وفي العديد من الحالات تتعامل مع هذه العملية

بطريقة مماثلة لتعاملها مع ممارسات التأمين التقليدي. لذلك، فقد لاحظ بعض الكتاب[10] أن شركات التأمين في المملكة العربية السعودية تجد حريتها لكتابة الأعمال الـتأمينية على أساس تجاري، بشريطة أن تخضع لعنصر الفصل وإعادة التوزيع على أساس شبه تعاوني.

بالنسبة لإعادة التأمين، هناك حاجة لشركات التأمين في المملكة العربية السعودية لإعادة التأمين مع بعض الشركات المؤهلة لذلك، والحاصلة على تقويم BBB حسب تصنيف شركة S&P، على النحو المنصوص عليه في اللائحة التنفيذية في المادة 42 (2) والتي تنص على ما يلي:

المادة الثانية والأربعون:

"2. على الشركة اختيار معيد تأمين حاصلا، على الأقل، على تقويم (BBB) حسب تصنيف شركة S&P، أو تقويم مكافئ صادر من إحدى الشركات العالمية المتخصصة في ذلك..."

ومع ذلك، مشابهة لتعريفها للتأمين، تعريف اللوائح التنفيذية لإعادة التأمين ينطوي أيضا على عقد لنقل المخاطر وليس عقدا للمشاركة والتبرع. تنص المادة الأولى على ما يلي:

"إعادة التأمين: تحويل أعباء المخاطر المؤمَّن عليها من المؤمِّن إلى معيد التأمين، وتعويض المؤمِّن من قبل معيد التأمين عما يتم دفعه للمؤمَّن لهم إذا تعرضوا للضرر أو الخسارة."

من الواضح أن هذا ضد مفهوم أن إعادة التأمين الإسلامي أو إعادة التكافل يجب أن تقوم أيضا على أساس التبرع أو المبادئ التعاونية، حيث أنها تعتبر امتدادا لتوزيع المخاطر من خلال العملية الأولى للتكافل.

---

[10] انظر "لائحة التأمين في المملكة العربية السعودية" من قبل أندرياس هابربيك (Haberbeck)، وعباس ف. غزاوي وشركته، ومحمد حماد والمهدار (Mehdar)، جده ؛ في IFLR 1000 ، طبعة 2005، المجموعة الإعلامية القانونية (Legal Media Group)، ص.766.

بالإضافة إلى نظام مراقبة شركات التأمين التكافلي لعام 2003م ولائحته التنفيذية، هناك نظامان آخران في المملكة العربية السعودية لهما صلة بالتأمين وإعادة التأمين، وهما:

- اللائحة التنظيمية لسلوكيات سوق التأمين 2008.
- اللائحة التنظيمية لأعمال إعادة التأمين2008.

دراسة هذين النظامين تشير إلى أنهما متماثلان، وربما مستمدان من نظم ومبادئ وممارسات التأمين التقليدي وإعادة التأمين التقليدية، ولا يتناولان على وجه التحديد السمات الفريدة للتأمين الإسلامي وإعادة التأمين الإسلامية، من حيث العلاقة التعاقدية، والفصل في ملكية صناديق التأمين وإعادة التأمين، واستقلالية صناديق التأمين وإعادة التأمين عن الموجودات الأخرى لشركة التأمين أو شركة إعادة التأمين.

إن مناقشة الأحكام القانونية المتعلقة بالتأمين وإعادة التأمين في المملكة العربية السعودية تظهر أن الأحكام القانونية لا تدعم الطبيعة التعاقدية للتأمين الإسلامي المتمثلة في التبرع. على الرغم من وجود أحكام متعلقة بالفصل بين صناديق التكافل وبين صناديق حملة الأسهم، فإن الجوانب الأخرى للتعامل مع صناديق التكافل يبدو أنها تعكس ممارسات التأمين التقليدي. وبالإضافة إلى ذلك، فإن الأحكام القانونية والتشريعية لإعادة التأمين تعكس أيضا ملامح إعادة التأمين التقليدية.

هذا لا يعني عدم وجود حقيقي للتكافل أو التأمين الإسلامي في المملكة العربية السعودية. فمن المعلوم أن هناك شركات تقدم خدمات تأمين إسلامية وتكافل تعاوني وتعتمد العقود الشرعية بصرامة، بما فيها الفصل بين الصناديق، وغير ذلك. كما أن لهذه الشركات مجلس للرقابة الشرعية خاص بها لتقديم المشورة والاستشارة بخصوص المطابقة الشرعية. ومع ذلك، ففي الجانب المتعلق بالأحكام القانونية والتشريعية، هناك شذوذ في وصف التأمين وإعادة التأمين التي من المفترض أن تتطابق مع متطلبات الشريعة. كما لا تتوفر المملكة العربية السعودية على مجلس شرعي مركزي على مستوى تنظيم مؤسسة النقد العربي السعودي. وهذا يجعل من الصعب رصد التطابق الشرعي الفعلي لعملية لتأمين وإعادة التأمين في البلد وعلى مستوى الصناعة ككل.

3. تحليل التحديات والمعوقات القانونية المتصلة باستقلال صناديق التكافل وإعادة التكافل

بناء على المناقشات الواردة أعلاه، فإنه من الواضح أن دُوَلاً مختلفةً قد تكون لها وقائع قانونية مختلفة، ومن ثم تحديات وقيود قانونية مختلفة.

يعتبر السودان مثالا لبلد يلتزم بأحكام الشريعة ومبادئها في جميع جوانب الاقتصاد بما في ذلك قطاع التأمين. وعزز هذا بإنشاء الهيئة العليا المركزية للرقابة الشرعية، ومجلس خاص للرقابة الشرعية لمتابعة وضمان الالتزام الفعلي بأحكام الشريعة في الممارسة العملية. كما اتخذ السودان مبادرة لتوفير الإطار التشريعي الذي يحكم ويسهل صناعة التأمين الإسلامي. ومع ذلك، لا يزال هناك العديد من الثغرات في التشريعات، بما في ذلك مسألة فصل واستقلال صناديق التكافل وإعادة التكافل. تتواجد هذه الثغرة القانونية في فصل واستقلال صناديق التكافل سواء كان ذلك في سياق العملية الجارية من مؤسسة التكافل، وكذلك عند إعسار أو إفلاس أو تصفية الشركة. كما لا يوجد نص خاص بإعادة التأمين الإسلامي في قانون التكافل لعام 2003م.

ولذلك يقترح أن تنقح الأحكام القانونية لتشمل المفقود منها، بما فيها تلك التي تتعلق باستقلال صناديق التكافل، إضافة إلى أحكام عملية إعادة التأمين الإسلامي.

وبصفة مماثلة للسودان، أعلنت المملكة العربية السعودية صراحة أن قطاع التأمين ينبغي أن يتطابق مع الشريعة الإسلامية. ومع ذلك، فإن هذا ليس مجسدا فعليا في الأحكام الواردة في القانون، والتي تعكس في الغالب مفاهيم وممارسات التأمين وإعادة التأمين التقليدية. إن عدم وجود سلطة رقابة شرعية مركزية على مستوى الهيئة المنظمة يجعل من الصعب رصد المطابقة الفعلية لممارسات التأمين وإعادة التأمين للشريعة في المملكة العربية السعودية. وهذا يجعل من وضع استقلال صناديق التكافل وإعادة التكافل في البلاد في صورة قانونية غامضة.

لذلك، نشعر بأن الإطار القانوني والتشريعي في المملكة العربية السعودية بحاجة إلى إصلاح وتنقيح شامل ليعبر عن مفهوم وممارسات التأمين وإعادة التأمين الإسلامي .

أما حالة ماليزيا فهي مختلفة بعض الشيء. وذلك بسبب ازدواجية الممارسات في ماليزيا بين النظام المالي التقليدي والإسلامي. لقد حاولت ماليزيا رسم طريق لإنشاء نظامين من خلال تشريعات تنظم كليهما. كما أنشأت أيضا مجلس الاستشار الشرعي المركزي لرصد المطابقة الشرعية للصناعة المالية الإسلامية.

ففي قطاع التكافل، استطاعت التشريعات بشكل عام تسليط الضوء على المفاهيم والمبادئ الأساسية للتكافل، كما هو الحال في تعريف التكافل، وشرط الفصل بين صناديق التكافل و أصول حملة الأسهم في الشركة، وما إلى ذلك. ولا تزال تفتقر إلى تشريعات في بعض النواحي، بما فيها الأحكام المتعلقة باستقلال صناديق التكافل عند إعسار أو إفلاس مؤسسة التكافل. كما توجد العديد من الثغرات في الأحكام المتعلقة بالتكافل، كما سبق ذكره أثناء المناقشة الماضية في الورقة.

وبالتالي، يقترح أن يأخذ التنقيح الحالي لقانون التكافل من طرف البنك المركزي الماليزي بعين الاعتبار ما ورد أعلاه من الثغرات القانونية، ومحاولة التنصيص على أحكام واضحة بخصوص القضايا.

في جميع البلدان الثلاثة المختارة أعلاه، ثمة عامل إيجابي عام، أي أنها جميعا تتمتع بالإرادة السياسية من قبل السلطة الحكومية لضمان أن تنظيم التأمين الإسلامي أو صناعة التكافل كافية للضمان ليس فقط في أخذ الحيطة في التعاملات، وحماية مصالح الأطراف، وإنما أيضا المطابقة الشرعية. وهكذا، ففي هذه البلدان، وعلى الرغم من وجود ثغرات في التشريعات في وضعها الراهن، إلا أن الإرادة السياسية من قبل السلطة ستسمح بتحسين وتنقيح التشريعات لمعالجة هذه الثغرات.

وبعض البلدان الأخرى، خاصة في دول مجلس التعاون الخليجي، وربما باكستان، وما شابه ذلك، قد تتقاسم خصائص متماثلة مع أي من البلدان الثلاثة التي تم اختيارها للمناقشة في الورقة، لا سيما من حيث الإرادة السياسية، ومنهجية الاتجاهات القانونية والتنظيمية، والتحديات القانونية المترتبة عنها. فلهذه البلدان، هناك حل عام لهذه المشكلة، وهو الحصول على الدعم القانوني عن طريق الإصلاح التشريعي لمعالجة الثغرات في أنظمة وقوانين التأمين وإعادة التأمين الإسلامي.

بعض الدول الأخرى قد تكون لها نهجا قانونيا وتنظيميا مغايرا، تماما للنهج التقليدي، الذي يقف ويظهر "لا مبالاة" تجاه الخدمات المالية الإسلامية. ففي هذه البلدان، قد تكون التحديات والقيود القانونية مختلفة وأكثر خطورة. فمن الواضح أن ذلك بسبب انعدام أي نظام أو لوائح للصناعة المالية الإسلامية، كما أنه لا توجد أي إرادة سياسية من جانب السلطة لتشريع أي منها.

الفرع التالي من الموضوع سيحاول معرفة حلول أخرى ممكنة للتغلب على القيود القانونية والتحديات، على نحو أكثر تنوعا، بالإضافة إلى الإصلاح التشريعي، والتحسينات التي أشرنا إليها بالنسبة للمجموعة المختارة من البلدان الثلاثة المذكورة أعلاه.

4. الحلول الأخرى الممكنة؟

4.1. إنشاء أمانة قانونية

توجد آلية ممكنة لضمان فصل واستقلال قانوني فعال لصناديق التكافل وإعادة التكافل عن الأصول الأخرى للشركة المشغلة في جميع الأحوال، بما في ذلك إعسار وإفلاس الشركة المشغلة، وهي إنشاء أمانة قانونية على صناديق التكافل وإعادة التكافل. ومن الواضح أن هذا الحل غير ممكن إلا في البلدان التي لديها قانون أمانة.

في هذه التسوية، سينشئ حملة الوثائق أمانة قانونية تحت وصاية الشركة المشغلة، لمصلحة المرشحين المعنيين أو المستفيدين. من خلال هذه الأمانة القانونية أينما تكون فيها جميع الأصول ومداخيل التكافل تحت تصرف الوصي لصالح المستفيدين، يمكن تحقيق فصل واستقلال قانوني فعال لصناديق التكافل وإعادة التكافل.

4.2. إنشاء الأوقاف

الحل الآخر هو أن تكون هناك أوقاف أنشئت لاستقبال التبرعات من المشاركين لمصلحة المرشحين المعنيين أو المستفيدين. وفي الواقع، فإن الوقف كنموذج للتكافل قد سبق عرضه، وأصبح يمارس في بعض مؤسسات التكافل وإعادة التكافل في السنوات الأخيرة.

المقصود من الوقف نموذجا في هذه الحالة هو إنشاء وضع اعتباري منفصل ومستقل بين الوقف والشركة المشغلة. فإن الكيان القانوني المستقل للوقف معترف به من الناحيتين القانونية والشرعية. وهكذا، عندما يتلقى الوقف التبرعات من المشاركين، فإن الشركة أو دائنيها لن يكون لهم أي مطالبات قانونية على المال الذي في حوزة الوقف. وسيكون المطالب الوحيد هم المستفيدون على النحو المنصوص عليه في لائحة الوقف أو أي شروط أخرى خاصة بالتبرعات.

المسألة الأخرى الوحيدة هنا، هي ما إذا كان بإمكان توزيع مال التبرع في الوقف على المستفيدين لتلبية المطالبات ومبلغ التعويض، في ضوء القاعدة العامة التي تنص على أن وقف

الأصول أبدي ودائم، وبالتالي لا يمكن توزيع أصول الوقف. وحول هذه النقطة، قرر الشيخ تقي عثماني أن التبرعات للوقف فهي ملك له مع أنها ليست وقفا بالذات، وإنما تبرع بها للأوقاف لاستخدامها أو توزيعها وفقا لشروط المنحة. وأشار إلى سنده العلمي من خلال الفتاوى الهندية لدعم حجته.[11]

5. الاستنتاجات والتوصيات

من خلال المناقشات السابقة، يمكننا أن نستنتج ما يأتي:

- في البلدان التي جرت دراستها في الورقة، هناك شرط قانوني عام للفصل بين أموال التكافل وصناديق التكافل عن أصول الشركة المشغلة.
- من الناحية العملية، ثمة ممارسة للفصل بين أموال التكافل وصناديق التكافل عن الأصول المملوكة للشركة المشغلة.
- مع ذلك، فمن غير الواضح ما إذا كان الفصل يخلق كياناً منفصلاً ومستقلاً من الناحية القانونية معترف به في قانون البلاد.
- هناك نقص واضح للأحكام القانونية للتعامل مع أموال التكافل وإعادة التكافل عند إعسار أو إفلاس الشركة المشغلة.
- في بعض البلدان، لا زالت الأحكام القانونية الخاصة بالتأمين وإعادة التأمين تعكس سمات وخصائص التأمين التقليدي.

وهكذا، نقترح ما يأتي:

- حيثما يكون ذلك ممكنا، ينبغي أن يكون هناك تعديلات للإطار القانوني والتشريعي، لتوفير قانون واضح حول فصل واستقلال صناديق التكافل وإعادة التكافل في جميع الحالات، سواء كانت الشركة المشغلة لا تزال عاملة، أو هي في طور التصفية.
- وعوضا عن ذلك، ينبغي أن تنشأ أمانة قانونية من خلال التكافل وصناديق التكافل لتحقيق كيان قانوني مستقل عن الشركة المشغلة.
- ثمة بديل آخر، هو إنشاء وقف لحيازة أموال التكافل وصناديق التكافل؛ لتحقيق كيان قانوني مستقل عن الشركة المشغلة.

---

[11] ليس المراد إطالة الكلام في هذه القضية في هذه الورقة الوجيزة، لأنها قد نوقشت مناقشة مفصّلة ودقيقة في ورقة البحث للشيخ محمد تقي عثماني تحت العنوان: "تأصيل التأمين التكافلي على أساس الوقف والحاجة الداعية إليه"، لعام 2006م.

6. الخاتمة

وأخيرا، فإنه من المعلوم أن الدراسة المقدمة في هذه الورقة إنما هي في نطاق محدود، حيث أنها لا تستند إلا على ثلاثة بلدان. إلا أن المرجو أن تتمكن من تسليط الضوء على بعض جوانب التحديات القانونية للتحقق من الاستقلال الفعلي لصناديق التكافل وإعادة التكافل، واقتراح بعض الحلول البديلة للتغلب عليها.

الفصل الثالث

التّحديات الرّقابيّة والقانونيّة في صناعة الخدمات الماليّة الإسلاميّة: قطاع المصارف

المبحث الأول: التحديات الرقابية والقانونية في المؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية، سعادة الدكتور/ عبد الستار الخويلدي، الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم– دبي، الإمارات العربية المتحدة.

مقدمة

تقتضي دراسة هذا الموضوع كما هو معنون حصر التحديات القانونية والرقابية أولاً ثم البحث عن المنهج الشرعي المناسب لمواجهة تلك التحديات. وقبل حصر التحديات لا بدّ من الإشارة إلى أن المؤسسات المالية الإسلامية وإن كانت مرجعيتها الأساسية هي أحكام الشريعة الإسلامية إلا أنها تخضع في نفس الوقت لضوابط أخرى فهي بذلك تنشط تحت "تعدد الأنظمة"، ونقصد بذلك:

- القوانين والنظم السارية في البلدان التي تنشط فيها (نظم المصارف، وشركات التأمين، وشركات التأجير، وشركات التمويل، والصناديق وغيرها).
- رقابة الهيئات الشرعية التي تتبعها.
- المعايير والمبادئ الإرشادية التي تصدرها مؤسسات البنية التحتية (المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة، ومجلس الخدمات المالية الإسلامية).
- المعايير الدولية التي تنظم كفاية رأس المال ومخاطر الإدارة، والتدقيق وغيرها.

وبحكم عملنا في المجال القانوني وبالتحديد مجال فض النزاعات، فقد حصرنا التحديات القانونية في محورين اثنين منها ما هو مشترك بين القطاع المصرفي والتأميني ومنها ما هو خاص بالقطاع المصرفي.

- **التحدي الأول:** وهو تحدي قائم ويكمن في استبعاد تطبيق أحكام الشريعة في العقود الدولية: وهذا الاستبعاد يمكن أن يأخذ صورتين: الصورة الأولى عدم تطبيق أحكام الشريعة مطلقا. الصورة الثانية: القبول بتطبيق أحكام الشريعة لكن بطريقة غير موفقة. وهذه تحديات ثابتة وواقعة وتعاني منها الصناعة المالية الإسلامية الآن وتحتاج إلى حلول عملية.

- **التحدي الثاني:** ومضمونه كذلك استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، ولكنه استبعاد متوقع. ويكمن هذا التحدي في بعض المسائل المرشحة لتشكل تحديات عند عرضها على القضاء للنظر أو عند طلب الحصول على رخصة لممارسة النشاط المصرفي.

وسوف يختم البحث بمجموعة من الإستنتاجات في شكل توصيات وحلول.

الجزء الأوّل: استبعاد تطبيق أحكام الشريعة في عقود المؤسسات المالية الإسلامية

لا يخفى على أحد أنّ المؤسسات المالية الإسلامية تعمل في محيط تسيطر فيه القوانين الوضعية، وهي عادة قوانين مصاغة في شكل مواد مبوّبة ومرتّبة في مجلات وهو ما يعرف بالتقنين (التدوين). وإلى جانب التقنين هناك فقه قضاء ثري وجريء بفضل تراكم الخبرات، وبالتالي نحن أمام تنافس بين نظامين مختلفين.

ويسعى القانون أن يغطي جميع المجالات بحيث لا يترك فراغا لغيره من الأنظمة إلا اليسير مثل الإشارة إلى العرف في المجال التجاري. وفي مجال بحثنا هذا، نجد أن سعي القانون الوضعي لإستبعاد أحكام الشريعة الإسلامية ينقسم إلى صنفين: استبعاد مطلق بحيث لا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية، واستبعاد يقبل بأحكام الشريعة لكن يطبّقها على شاكلته بحيث يسيء تطبيقها.

1/1 الاستبعاد <u>المطلق</u> باختيار القانون الوضعي بديلاً عن أحكام الشريعة

أصبح النص على تحكيم أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها **<u>دون سواها</u>** من القوانين أمراً نظرياً في العقود الدولية– وهذه حقيقة– فقد حلّ محل الشرط الموحّد (وهو الكفيل بتطبيق أحكام الشريعة مطلقاً) الشرط المزدوج وهو الشرط الذي يجمع بين الاحتكام إلى القانون الوضعي والشريعة الإسلامية. ومن أمثلة هذه الصيغ ما يلي: "تخضع هذه الاتفاقية للقانون البريطاني بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية"، أو "تخضع هذه الإتفاقية للقانون البريطاني إلا إذا خالف أحكام الشريعة الإسلامية، عندها ترجّح أحكام الشريعة الإسلامية". وهذه الصيغة هي الأكثر انتشاراً في عقود المؤسسات المالية الإسلامية والأكثر صعوبة عند التطبيق. إن سوابق تطبيق هذه الصيغة على الأقل كما جرت أمام المحاكم البريطانية، لم تكن منصفة للشريعة الإسلامية حيث استبعدتها المحاكم البريطانية.

وبرصدنا للأحكام الصادرة عن المحاكم البريطانية لاحظنا أن استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية قد أخذ عدة أوجه منها الاستناد على سبب عدم التقنين، وكذلك التفسير السلبي للشرط المزدوج الذي تم بيانه أعلاه.

- **الاستبعاد بسبب عدم تقنين أحكام الشريعة:** في القضية المعروفة بقضية بنك الشامل في مملكة البحرين أشار القاضي البريطاني إلى أن التفسير الحرفي لعبارة: "الشريعة الغراء" الواردة في النص المتعلق بالقانون الواجب التطبيق تعني ذلك القانون السماوي المنصوص عليه في القرآن والسنة، وأضاف: "بيد أن معظم القانون الإسلامي للمعاملات التجارية والمالية لم يقنن في قانون أو أحكام محددة المعالم وإنما أسس القانون الإسلامي على الآراء المتابينة للمدارس الفقهية المختلفة التي نشأت ما بين 700 و850هـ".
وتعليقاً على هذا التعليل يمكن أن نسلّم إلى حد ما بأن عدم تقنين أحكام الفقه الإسلامي وخاصة في مجال فقه المعاملات **(ونظراً لثراء الفقه الإسلامي حيث نجد أكثر من رأي في المسألة الواحدة) لا يساعد على سهولة البحث عن الحلول والاهتداء لها كما لو كانت تلك الأحكام مقننة مع الترجيح لحل يحظى بالإجماع ويعتمده الجميع**، لكن الغرابة تكمن في أن الحجة تأتي من مدرسة قانونية لا يعتمد نظامها القانوني على التقنين، بل يعتمد على السوابق والأعراف، ونعني بذلك المدرسة القانونية البريطانية. كما أن الحرص على إيجاد الحلول المناسبة والتقيد بشروط العقد يدفع بالقاضي إلى البحث على بعض المراجع العامة في فقه المعاملات وهي متاحة، ومنها القرارات الصادرة عن المجامع الفقهية. وقد شملت تلك القرارات المبادئ الأساسية لفقه المعاملات، وهي قرارات عادة تترجم إلى اللغة الإنجليزية.

- **الاستبعاد بسبب تفسير الشرط المزدوج على أنه اختياري:** كثيرا ما تلجأ المؤسسات المالية الإسلامية إلى الشرط المزدوج كأن يصاغ الشرط كالتالي: "يتم تطبيق القانون البريطاني بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية". إن مثل هذه الصياغة كانت سببا في استبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بتأويل الشرط على أنه شرط اختياري بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون البريطاني!. وبما أن القاضي يفترض أن يكون ملما بقانونه الوطني قبل أي قانون آخر فمن المعقول أن يختار قانون بلده دون غيره من القوانين، وهو ما فعله القاضي البريطاني حيث قام بتطبيق القانون البريطاني واستبعد غيره. ولا يلام القاضي البريطاني على ذلك بالرغم من أن صياغة الشرط تقتضي من القاضي البريطاني أن يضع النص القانوني (وهو القانون البريطاني) المطبّق على الوقائع

في ميزان أحكام الشريعة الإسلامية كإجراء تمهيدي ولا يجوز له تطبيق القانون البريطاني مباشرةً دون التأكد من مطابقته لأحكام الشريعة الإسلامية أوّلاً. والفهم الأمين لهذا الشرط يؤدي إلى تطبيق مشروط للقانوني البريطاني.

وفي حقيقة الأمر ليس من الحكمة أن يطلب من القاضي البريطاني مثل هذه الطلبات. فالغاية من وراء هذا الشرط لا يمكن أن تغيب على قاض أو محكم وهي صدور حكم لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية. والأطراف التي نصت على هذا الشرط لا ترى في القانون الوضعي مخالفة مبدئية لأحكام الشريعة الإسلامية اعتقاداً منها بأن مجال تطبيقه هو فقه المعاملات، وهو أوسع من فقه العبادات، وهذا صحيح إلى حد ما إذا ما اقترن بإرادة وحرص وأمانة وفهم دقيق للنصوص وتفسيرها، ولكن الواقع غير ذلك.

2/1 الإستبعاد بالتطبيق غير الموفق من قبل القضاء

تم رصد الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم[1] في مجال المنتجات المالية الإسلامية المعاصرة وذلك بقصد النظر في كيفية معالجة المحاكم لهذه المنتجات المستجدة. وقد تمت دراسة الأحكام المذكورة والتعليق عليها لمعرفة مدى وجاهة تكييف القضاء واستيعابه للضوابط الشرعية لهذه المنتجات.

- تم الحصول على الأحكام موضوع التعليق من خلال الأحكام المنشورة وعددها قليل جداً. والبقية تم تزويدنا بها من قبل بعض المؤسسات المالية الإسلامية مشكورة، فالأحكام ليست أحكاماً مختارة، بل هي ما أتيحت لنا.
- الأحكام المجمعة لدينا وعلى قلتها تعكس إلى حد كبير موقف المحاكم عبر العالم، وذلك بسبب توحيد آليات صياغة وضبط الأحكام من تكييف، وتعليل، وصياغة فضلا عن اكتساب المحاكم تجربة واسعة في مجال آليات الصيرفة التقليدية بحكم تدريس موادها بالمعاهد والكليات وكذلك بفضل تقنين منتجات الصيرفة التقليدية وتوفر المراجع والشروح بشأنها. فهناك الكثير من الأحكام غير المنشورة ربما تتضمن اجتهادات كبيرة لكن حرمنا من الاستفادة منها والتعليق عليها.
- عند تحليل الأحكام انطلقنا من أن عدم إدراك حقيقة المعاملة من قبل القضاء لا ينم بالضرورة عن عدم معرفة المنتجات معرفة جيدة، وإنما قد يعود ذلك:

[1] يقصد بالأحكام في هذا البحث الأحكام الصادرة عن المحاكم النظامية، وتستثنى الأحكام الصادرة عن هيئات التحكيم.

- إلى احتمال قراءة المعاملة من وجهتي نظر أو أكثر،
- أو أن صياغة المنتج وكيفية تقديمه للمحكمة لم يتم بالوضوح الرافع للإلتباس،
- أو أن طلبات ودفوع أطراف النزاع هي التي وجهت القاضي إلى اعتماد تكييف معيّن للمعاملة.

والغرض من هذا الافتراض هو عدم حصر المسئولية عن التباس الأمر عند القاضي (وما يترتّب عليه من آثار قانونية وشرعية) في جهة واحدة بل توسيع دائرة المسئولية إلى جهات أخرى غير قضائية ومنها المؤسسات المالية الإسلامية نفسها التي قد تقوم بممارسات خاطئة في إجراءات تنفيذ المعاملة من شأنها أن تشوش على المنتج، أو أن محامي المؤسسة المالية الإسلامية قد حصر طلبات مؤسسته في اتجاه معين أملى على القاضي البحث فيها.

ومن أمثلة ذلك تحويل المؤسسة المالية الإسلامية نصيبها في المشاركة المتناقصة إلى الحساب الخاص بالعميل (المشارك). فهذا الإجراء فضلاً عن كونه لا ينم على حذر من قبل المؤسسة المالية الإسلامية (إما بسبب الإفراط في الثقة في الشريك، أو لغياب نظم داخلية تنظم كيفية التصرف في مثل هذه المعاملة) لا يساعد القاضي على البحث والاجتهاد في مجالات اختلاف المعاملة المعروضة عليه للنظر عن القرض.

وعلى ضوء استقراء الأحكام والقرارات القضائية المتاحة، اعتمدنا تصنيفها إلى أربع فئات (المشاركات، والبيوع، والإجارة، ومسائل أخرى) تغطي أهم المنتجات المالية الإسلامية المطبّقة لأنّ لكل صنف مقوماته، وقواعده، وخصائصه. وتم التعليق على القرارات المتعلقة بكل فئةٍ على حدة نظراً لخصوصية كل فئة والسياق الذي ذكرت فيه. وسوف نقتصر في هذا البحث على البعض منها للدلالة.

المشاركات

المشاركة المتناقصة: بالرغم من حداثة هذا المنتج مقارنة بالمرابحة، فقد كان محل نظر واسع من قبل المحاكم.

الوقائع وشروط العقد: تم إبرام عقد مشاركة متناقصة بين البنك بصفته ممولاً وبين مالك لقطعة أرض يرغب في بناء بيت عليها. وقد وافق البنك على تمويل العملية بصيغة المشاركة المتناقصة بحيث يتولى البنك تمويل إقامة الإنشاءات الواردة في المخططات الهندسية. أما حقوق أطراف العقد فقد تم ضبطها في العقد كالتالي:

- حق استغلال منفعة البناء مفوض للبنك.
- يتولى البنك منفرداً إبرام عقود الإيجار مع الغير، ومع الشريك (صاحب قطعة الأرض) بأجرة المثل.
- يتم توزيع إيرادات المشروع (بدل إيجار، بدل مفتاحية، بدل خلو) على أساس 25% للبنك و75% لمالك العقار. وقد أجر البنك العقار لشريكه مالك الأرض بأجرة سنوية محددة.

التكييف: تستجيب هذه المعاملة– من خلال الصورة المبيّنة أعلاه– لشروط المشاركة. وبالرغم من تكييف المحكمة لهذه المعاملة على أنها مشاركة أنها **استخدمت كلمة "قرض" لقسط البنك في المشاركة وهو كلفة البناء.**

كما أن جواب المحكمة على دفع العميل الداعي لاعتبار نسبة 25% على أنها نسبة فائدة لم يكن جواباً مرتكزاً على أدلة نابعة من طبيعة المعاملة (وإن كان الحكم قد أنصف البنك) بل اعتمد على كيفية احتساب النسبة. فقد رأت المحكمة "أنه قد تم احتساب نسبة 25% على كامل مبلغ القرضين ومرةً واحدة على كامل سنوات التسديد التي لا تقل عن تسع سنوات كما هو ثابت من مناقشة الخبير... وبفرض اعتبار هذه النسبة فائدة فإنها لا تصل إلى الفائدة القانونية التي هي 9% سنوياً من إجمالي كل إيراد ربحاً له حتى لو كان الإيراد بدل إيجار هو أمر يتفق مع العقدين المبرمين بين الطرفين وهو شرط صحيح لا يخالف النظام العام".

البيوع:

قضية في بيع التورق:

الوقائع: أبرم العميل مع المصرف عقداً سمي "عقد مرابحة سلع دولية" باع المصرف بمقتضاه السلع الموصوفة بالعقد (سبيكة معدنية) نظير ثمن إجمالي شمل التكلفة الأصلية وقدرها 165,000 دولاراً أمريكياً والأرباح وقدرها 58,993 دولاراً أمريكياً تسدّد على أقساط شهرية متساوية (96 قسطا أي ثمان سنوات) أي ما قدره 223,993 دولاراً أمريكياً. وقد عيّن العميل المصرف وكيلاً عنه لبيع السلع للغير وذلك نظراً لحاجة العميل إلى النقود لسداد التزامات مالية عليه لدى مصرف آخر. وبناء على هذه الوكالة باع المصرف السلع وقام بسداد مبلغ 160,000 دولاراً أمريكياً من عقد بيع السلع لصالح حساب العميل لدى المصرف المذكور وذلك لسداد مديونيته والتزاماته لدى هذا الأخير. وضماناً لعقد المرابحة المبرم مع المصرف قدّم العميل ما يفيد تحويل راتبه (البالغ 5567 دولاراً أمريكياً) من جهة عمله إلى

المصرف. ولم يسدّد العميل أي قسط من أقساط المرابحة لأنه لم يتم تحويل راتبه من جهة عمله للمصرف بسبب إنهاء خدماته.

رأي المحكمة والنقاش القانوني والشرعي: قدّم المصرف للمحكمة مذكرةً تناولت تعريف بيع التورق مستشهداً بقرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي الـذي أجـاز التورق[2]، طالباً الحكم بإلزام العميل بأداء مبلغ 223993 دولاراً أمريكياً. وبعد النظـر إلـى تفصيل الوقائع بإسهاب قررت المحكمة رفض طلب المصرف؛ لأنه "قدّم تـسهيلات ائتمانيـة لأحد الأفراد بدون ضمانات كافية، وهذا يعد مخالفة لأمر رئيس الدولة". الذي تضمّن "عـدم جواز منح الأفراد ذوي الدخل المحدود الذين لا يستطيعون الإيفاء بديونهم، وأنّ على البنـوك أن تتأكد من أنّ الشخص طالب القرض قادرٌ على تسديده، وأنّ دخله الشخصي متوازن مـع حجم التسهيلات المطلوبة".

التعلـــيق: لم تشر المحكمة إلى مسألة التورق ومدى قبوله أو رفضه من الناحية القانونية، ولكن نظرت إلى الغاية من العملية التي تميّزت بمنح العميل مالاً (تسهيلات حسب مصطلح المحكمة) يفوق عشرات أضعاف راتبه الشهري (أكثر من أربعين ضعفاً)، وأنّ المصرف لم يتحوّط بالضمانات المناسبة مكتفيا بتحويل العميل لراتبه الشهري، وهذه الوقائع تنطبق عليها مقتضيات أمر رئيس الدولة المشار إليه أعلاه. يبدو أنّ المحكمة عاتبت المصرف على عدم تأكده من التوازن بين الدخل وحجم الدين وهذه حقيقة لا لبس فيها. وهذا التعليل يؤكد تحفظ بعض جهات الفتوى على التورق المصرفي. وهذه عينة من العمليات التي تضعف موقف المصارف الإسلامية أمام القضاء وأمام منتقديها لأن العميل في هذه الحالة مدين لمصرف آخر، والمصرف الذي أجريت معه عملية التورق لا يجهل ذلك فهو الذي قام بتحويل ثمن المرابحة لذلك المصرف الآخر. ولا يمكن للمصرف أن يدّعي بأنه يجهل مجالات استخدام ثمن البيع من قبل العميل ولا يمكنه أن يفترض بأن التورق قد يكون مجديا للعميل بأن يستثمر السيولة في مجالات أخرى ويربح فيها. والجدير بالذكر هنا أن القضاء والجهات الفقهية المتحفظة على التورق المصرفي المنظم يلتقيان في الغاية وهي استغلال حاجة الضعيف.

الإجارة

[2] القرار المدلى به إلى المحكمة والذي أجاز التورق هو القرار الصادر عن المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، بمكة المكرمة، "القرار الخامس الصادر عن الدورة الخامسة عشرة المنعقد عام 1419هـ بشأن حكم بيع التورق". وقد استغل البنك فتوى إجازة التورق دون الخوض في الفرق بين التورق المنظم والتورق الفردي.

شراء العقار وإعادة تأجيره لنفس البائع إجارة منتهية بالتمليك

الوقائـــع: اشترت شركة تأجير من عميلها عقاراً، حرر عقد بيع بشأنه وقـبض المـشتري ثمنه، ثم أجّرت الشركة ذات العقار لذات البائع. وتم تسجيل العقار لدى الجهة المختصة باسم الشركة. ولنقض البيع ادعى العميل أنه اقترض من الشركة مبلغاً مالياً قدره سبعون ألف بفائدة قدرها 13% وذلك لمدة سنة بضمان العقار المملوك له، وقد أخفت الشركة تصرّفها في شكل عقد بيع وإيجار فأبرمت معه عقد شراء عقار بمبلغ 70 ألف وهو قيمة مبلغ القرض وبـذات التاريخ تم إبرام اتفاقية تأجير للعقار تضمنت أن الشركة التي تمتلك العقار أجّرته إلى العميـل لقاء أجرة قدرها تسعة آلاف ومائة. وهذا المبلغ –حسب العميل– هو عبارة عن الفائدة السنوية المقررة بينهما. وطلب العميل من المحكمة إبطال عقد البيع لأنه فـي حقيقتـه عقـد قـرض مضمون برهن حيازي وليس عقد بيع.

أما الشركة المشترية والمؤجّرة فلها نظرتها في المعاملة فهي وإن لم تذكر اسم المعاملـة بالعين والصفة التي قامت بها إلا أنه يفهم من الوقائع ومراحل تنفيذ المعاملة أنهـا المعاملـة المعروفة في الصناعة المالية الإسلامية بـ "شراء العين ثم إعادة تأجيرها لذات البائع إجـارة منتهية بالتمليك". وقد صدرت فتاوى كثيرة بجواز هذه المعاملة بشرط إبرام عقد البيع أولا، ثم إجراء عقد التأجير بعد ذلك[3]. وهذا ما فعلته شركة التأجير ولم تنكره المحكمة.

تكييف المحكمة واستنتاجاتها: كيّفت المحكمة هذا العقد على أنه "بيع وفاء"، ومن أهم دوافـع هذا التكييف شراء شركة التأجير العقار من المستأجر نفسه. فلو اشترت الشركة العقـار مـن طرف ثالث وأجّرته للمستأجر، أو كان العقار من ضمن أصولها، ما كان للقاضي أن يوجـه بحثه في اتجاه بيع الوفاء. ولكن هل مجرد التقاء صفة البائع مع صفة المستأجر إجارةً منتهيةً بالتمليك يكفي لتكييف المعاملة على أنها "بيع وفاء"؟ يضاف إلى ما ذكر أنّ القاضي اعتمـد على القاعدة المعروفة "أن العبرة في العقود للمعاني، لا للألفاظ والمباني". وهي قاعدة قانونية وشرعية لها مكانتها، وتساعد على إدراك الإرادة الحقيقية للمتعاقدين.

[3] جواباً على سؤال حول مدى جواز الاتفاق على شراء معدات من شركة أو عقار ثم إعادة التأجير لذات البائع. فكان جواب اللجنة الشرعية كالتالي: "إذا تم عقد البيع أولا ثم جرى عقد التأجير بعد ذلك فلا مانع منه شرعاً" (الفتـوى رقـم 14/1، مـن قـرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ص 23، مجموعة البركة المصرفية، الطبعة الأولى، 1431هـ–2010م.

مدى توفر شروط بيع الوفاء في الحالة المذكورة: بيع الوفاء في اصطلاح الفقهاء هو "البيع بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري المبيع إليه، وإنما سمي بيع الوفاء لأن المشتري يلزمه الوفاء بالشرط"[4]. وقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم 66(7/4) على أنه "بيع المال بشرط أن البائع متى رد الثمن يرد المشتري إليه المبيع". وقد قرر المجمع أن حقيقة هذا البيع (قرض جر نفعا)، فهو من قبيل تحايل على الربا، وبعدم صحته قال جمهور العلماء. واستنتج المجمع أن "هذا العقد غير جائز شرعا". وهذا ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والمتقدمون من الحنفية والشافعية إلى أن بيع الوفاء بيع فاسد لأن اشتراط البائع أخذ المبيع إذا رد الثمن إلى المشتري فيه مخالفة لمقتضى عقد البيع، الذي يؤدي إلى تملك المشتري للمبيع على سبيل الاستقرار والدوام. أما منفعة المشتري في هذا العقد –على افتراض أن العملية في حقيقتها قرضٌ جرّ نفعاً وهي من الربا– فهي الانتفاع بالمبيع إلى حين ردّ البائع الثمن له.

ومن شروط بيع الوفاء أن ينص في العقد على أنه متى ردّ البائع الثمن ردّ المشتري المبيع: وفي العقد المبرم بين شركة التأجير لم يتم النص في عقد البيع على أي شرط مفاده أنه متى ردّ البائع الثمن يرد إليه المشتري المبيع. ولكن يمكن للطرفين النص على شرط ردّ المبيع في مستند منفصل عن عقد البيع، بحيث تتحقق كل أغراض البيع، وبعدها يتم الإتفاق على عقد آخر لا يناقض العقد الأول، وإن كانت المقايلة عقد ينقض الأول. ومن الناحية الشرعية فإن فصل العقود عن بعضها يتفادى به الطرفان عدم مشروعية المعاملة بناء على بيعتين في بيعة أو صفقتين في صفقة هذا من الناحية الشرعية ولكن هل فصل العقود عن بعضها يجعلها مستقلة في القانون الوضعي؟

ما هي الآثار المترتبة على عقد بيع الوفاء؟ يترتب على بيع الوفاء عند من يجيزه "عدم نقل الملكية". أما في الحالة التي عرضت على القضاء فقد انتقلت الملكية فيها بجميع آثارها حتى أنه تم تسجيلها لدى الجهات المختصة.

وفي نهاية التعليق على هذه الحالة، يبدو أن المحكمة لم تتوسع في حصر نقاط الاختلاف بين المعاملة المعروضة وبين بيع الوفاء حيث كان بإمكان المحكمة أن تنظر في مدة الإجارة

[4] وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، الجزء التاسع، ص 260، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 1416هـ–1995م.

هل هي تمتد إلى سنوات حيث تتأكد طبيعة الملكية، أم أنها لفترة قصيرة، الشيء الذي يمكن أن يستنتج منه الصورية.

مسائل أخرى: الفوائد

الحكم بفوائد التأخير (أو غرامات التأخير):

من المعلوم أن جلّ المحاكم في العالم الإسلامي تحكم بفوائد أو غرامات التأخير عند التخلف في سداد الدين، وقد نصّت جلّ القوانين على ذلك. لكن لما عرض على المحكمة الاتحادية العليا في دولة الإمارات العربية المتحدة أن تنظر **في مدى دستورية حكم المحاكم بالفوائد،** أكّدت تحريم الفوائد في الشريعة الإسلامية، وأقرّت في الوقت نفسه سماح المحاكم بالحكم بالفوائد "**في معاملات المصارف نظير الأجل الممنوح للمدين للوفاء وذلك إلى أن تزول حالة الضرورة القائمة في البلاد بإيجاد البديل الاقتصادي الذي يحل محل المصارف الحالية. مماطلة المدين في الوفاء لغير عذر شرعي توجب عليه تعويض الدائن عما لحق به من ضرر نتيجة المماطلة وهو ما يتفق مع الشريعة الإسلامية**". وفي السياق نفسه وضعت المحكمة مجموعة من الضوابط.

وتعليقا على هذا الحكم نورد الملاحظات التالية:

- يبدو من خلال نص الحكم أن المحكمة اعتبرت أن الأخذ بالفوائد **مسألة مؤقتة** إلى أن يتم إيجاد البديل الاقتصادي الذي يحل محل المصارف الربوية.
- أنّ إجازة الفوائد الاتفاقية تقتصر على المصارف، الشيء الذي يؤدّي إلى منع الإقراض بفائدة خارج الإطار المصرفي.
- أن مبرر غرامات التأخير في سداد الدين **هو تعويض الدائن عما يلحق به من ضرر نتيجة مماطلة المدين**. والإشارة إلى المماطلة هي إشارة إلى شرط مهم، وهو أن يكون المدين مماطلاً. وبناء على هذا الشرط لا تستحق الغرامات إلا بتوفّر شرط المماطلة. وما يحدث في الواقع من صدور أحكام وتنفيذها على المتأخر بدفع غرامات عن التأخير لمجرد التأخر دون التأكد من مماطلته يشكّل خرقاً لضوابط الحكم المذكور. كما أنّ عدم تعريف المماطلة بصفةٍ دقيقةٍ يضعف من قيمة الحكم.
- شرط أن يكون الدين معين المقدار ومستحق الأداء.

- لا يبدأ سريان غرامات التأخير إلا من تاريخ صيرورة الحكم نهائيا[5].

وهذا دليل على تحفظ المحاكم على الغرامات وعدم اقتناعها بذلك. والسبب في ذلك أنه إذا كان الحكم بالغرامات هو للتعويض حقيقة عن الضرر الذي أصاب الدائن فقد يكون بداية سريان الغرامات من يوم التوقف عن السداد وليس من وقت صدور الحكم.

الإتجار في العملات الأجنبية والمعادن النفيسة:

الوقائع: ادعى العميل بأن البنك قد استدرجه للتوقيع بتاريخ 1998/10/15م على عقد وكالة يفوّض العميل البنك بمقتضاها بالمتاجرة في العملات الأجنبية (وهي الدولار الأمريكي، واليورو، والين الياباني، والجنيه الإسترليني) والمعادن النفيسة (الذهب والفضة). وأودع العميل عند التعاقد مبلغ نصف مليون دولاراً أمريكياً، وأضاف إليه مبالغ أخرى إلى أن وصل المبلغ أكثر من 8 مليون دولاراً أمريكياً. وبتاريخ 2000/1/29م تلقّى العميل خطاباً من البنك يفيد أن رصيده المتبقى هو حوالي ثلث مليون دولار أمريكي.

تقدّم العميل بالقضية إلى المحكمة طالباً بإلزام البنك باسترجاع المبالغ التي دفعها إليه (أي أكثر من 8 مليون دولاراً أمريكياً)، وتعويضه بمبلغ مماثل، وذلك بناء على أن "**عقد الوكالة قد ورد على محل غير مشروع وهو المراهنة على ارتفاع وانخفاض أسعار العملات، ومن ثم فإنه يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً بما يرتّب إلزام البنك برد المبالغ المدفوعة أثراً للبطلان**".

الإجراءات: قضت المحكمة ببطلان عقد الوكالة المؤرخ في 1998/10/15م وإلزام البنك بأن يرد للعميل مبلغ 7,929,062 دولاراً أمريكياً أو ما يعادله بالعملة المحلية.

استأنف هذا الحكم وقضت المحكمة بتأييد الحكم المستأنف فطعن الطاعن في هذا الحكم، وعرض الطعن على الدائرة التجارية المختصة –في غرفة مشورة– فحددت جلسة لنظره. وقد رأت الدائرة المختصة إحالة الطعن إلى الهيئة المشكلة وفقاً لنص الفقرة الأولى من المادة 65 من قانون المحكمة الاتحادية العليا للفصل فيه عملاً بالفقرة الثانية من المادة سالفة الذكر،

[5] أنظر أحكام المحكمة الاتحادية العليا بدولة الإمارات العربية المتحدة (الطعن رقم 429 لسنة 23ق–جلسة 2004/4/28م والطعنان رقم 25/7831ق و 26/67ق–جلسة 2004/5/23م) فهرس مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا من دوائر المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والشرعية. السنة السادسة والعشرون (2004م) ص 806–807

ومؤدّاها بطلان العقود لأنها تتسم بالغرر والمقامرة والرهان على أسعار العمـــلات ارتفاعـــاً وانخفاضاً، مما يؤدّي إلى بطلانها وعدم ترتّب أي أثر صحيح عليها.

قرار المحكمة الإتحادية العليا: قررت المحكمة الاتحادية العليا أن "البنوك التجارية في الدولة تمارس نشاط الاتجار في العملات الأجنبية والمعادن النفيسة استناداً إلى نص المادة (1/78) من قانون المصرف المركزي. وهو نص تشريعي لم يلغ بنص آخر صراحةً أو ضمناً، كذلك لم يقض بعدم دستوريته مما يتعيّن إعماله، لا إهداره تحت ستار الاجتهاد والتفسير باعتباره نصاً قطعي الدلالة، ومن ثم فإن ممارسة البنوك لهذا النشاط يتفق مع أحكام القانون. غاية الأمر أن كلّ من يدّعي بطلان أي عمل من الأعمال التي تمارسها البنوك وفقا لنص المادة (1/78) المشار إليها أن يحدّد سبب البطلان وأن يقوم بإثباته شأنه في ذلك شأن البطلان الذي قد يلحق أي عقد من العقود التي نظّمها القانون، كعقد البيع وعقد الإجارة، فلا تبطل كل عقود البيع أو الإيجار لهذا السبب، وإنما يقتصر البطلان فقط على الحالة التي شابها البطلان دون غيرها ومن ثم فإن الأحكام التي قررت أن الإتجار في العملات الأجنبية والمضاربة على أسعارها ارتفاعاً وانخفاضاً، تتسم بالمقامرة والرهان وتخالف أحكام الشريعة الإسلامية بما يؤدّي إلى بطلانها عدم ترتّب أي أثر عليها، فإن تلك الأحكام، فضلاً عن مخالفتها لصريح نص المادة (1/78) من قانون المصرف المركزي، فإنها لم تتحقق من طبيعة القيود التي تجريها البنوك سواء بالخصم أو بالإضافة وفقاً للأنظمة والتقنيات الحديثة التي تجعل هذه القيود متفقة مع نتيجتها مع التسليم..."

التعليق: لقد عرض على المحاكم في السنوات الأخيرة العديد من المسائل التـــي لهـــا علاقة بالفوائد المصرفية للطعن في عدم موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية. وها هي مـــسألة مدى شرعية المتاجرة في العملات والمعادن النفيسة تصل إلى أروقة المحاكم العليا اليوم.

والقرار الذي نحن بصدد التعليق عليه كانت نتيجته كالقضايا التي عرضت على المحاكم حول الفوائد المصرفية، **قد احتمت بنصوص قائمة ولم تخض في الشروط الشرعية لها واستجواب القانون بشأنها.** ولكن عدم الخوض في الشروط الشرعية للمعاملات وربطها بما نص عليه القانون لم يقلل من أهمية القرار الذي استغل عدة عوامل منها الوضع التشريعي الذي أعطاه أرضية مريحة وذلك بحكم وجود نص صريح يسمح للبنوك بالمتاجرة بالعملات، كما استغل القرار عدم الدقة في طلب العميل الذي لم يحدّد أين تكمن مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية في المتاجرة في العملات التي ليست محرمة في حد ذاتها ولكن لها ضوابطها. كما احتمى القرار

أمام المسألة الشائكة في المتاجرة في العملات وهي مسألة التسليم وذلك بالرجوع إلى رأي الخبير الذي أكد على عدم إمكانية اعتماد التسليم الفعلي في المجال، بل من الضروري اعتماد التسليم الحكمي.

- **المنهج في الطعن في بطلان العقود:** يبدو أن عتاب المحكمة كان مسلطا على الطعن في بطلان عقد الوكالة لبيع العملات والذهب والفضة برمته، وهو بالنسبة للمحكمة طعن في شرعيته. وبناء عليه لا يمكن أن يطعن في شرعية بيع العملات والذهب والفضة بناء على المقامرة والرهان ومخالفة أحكام الشريعة الإسلامية على إطلاقها، بل يجب إخضاع العقد للشروط الشرعية التي بُني عليها. وفي حقيقة الأمر فإن المحكمة قد أصابت في تحليلها لأن المتاجرة في العملات ليست محرمة في حد ذاتها، ولكن تحرم عند مخالفة الضوابط التي وضعت لها. فقد ذكر في الملحق (ب) من المعيار الشرعي رقم (1) المتعلق بالمتاجرة في العملات أنّ "الحكم الأصلي للمتاجرة في العملات هو الإباحة، لأنها داخلة في عموم الأدلة على مشروعية بيع الذهب والفضة والنقود، وهي وجه من وجوه الكسب، وحكمها الإباحة ما لم يطرأ عليها سبب للتحريم أو الكراهة. ومستند ذلك الأحاديث الواردة في مبادلة العملات، وإطلاق الحكم المستنبط منها حسبما قرره الفقهاء في باب الصرف، فإذا اختل شيء من الضوابط الشرعية حرمت المتاجرة[6]". فقد كان على محامي عميل البنك أن يبحث في مثل هذه الضوابط ليتأكد ما إذا كان العقد يشتمل على خيار شرط أو أجل لتسليم البدلين أو كليهما.
- **تفطن المحكمة إلى حساسية القبض في مجال بيع العملات:** تفطنت المحكمة إلى إحدى أهم أركان المتاجرة في العملات، وهي مسألة التسليم وبالتحديد التراخي فيه وهو ما يعبر عنه بالتقابض قبل تفرق المتعاقدين، سواء أكان القبض حقيقياً أو حكمياً. ومن مآخذ المحكمة العليا على محكمة الدرجة الأولى أنها "لم تتحقق من طبيعة القيود التي تجريها البنوك سواء بالخصم أو بالإضافة وفقاً للأنظمة والتقنيات الحديثة التي تجعل هذه القيود متفقة في نتيجتها مع التسليم". وعززت المحكمة موقفها بتقرير الخبير الذي أفاد بأن البنك "فتح حساب لكل عملة ولكل معدن وأنّ البنك كان يقوم

[6] هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعايير الشرعية، ص10، دار الاستثمار، الطبعة الأولى، 1428هـ-2007م.

بتنفيذ أوامر العميل بالبيع والشراء لأية عملة حسب السعر المتفق عليه، ويقوم بتسجيل تلك الكمية في الحساب الخاص لكل عملة وفي نفس الوقت يقوم بقيد المقابل لها بالدولار الأمريكي في حساب العميل في الجانب الدائن والمدين أي الشراء والبيع...". وأضاف الخبير بأن "التسليم والتسلم قصد به قيد نتائج التعامل في حساب الهامش بالدولار الأمريكي، ويكون صافي التعاملات إما ربحاً أو خسارة يضاف إلى رصيد العميل الذي بمقدوره السحب والإيداع في هذا الحساب، وأن العميل إذا أراد استلام العملة المشتراة أو كمية الذهب محل التعامل، فعليه سداد قيمتها كاملة". واستنتجت المحكمة من تقرير الخبير "أن التسليم والتسلم وإن لم يكن فعليا –وهو ما تأباه عملية توالي البيع والشراء– فإنما يحل محله قيد حاصل كل عملية وما ترتب عليها من ربح وخسارة، وهو ما يعرف بالتسلم الحكمي، وأنّ العميل إذا أراد تسلّم العملات محل البيع فإنه يمكنه ذلك بعد سداد كامل ثمنها، وهو ما يؤكد القدرة على التسليم بما ينتفي معه الغرر..." وبالرغم من إدراك المحكمة لأسباب بطلان التعامل بالعملات وذلك بتركيزها على قدرة العميل على تسلّم العملة أو المعدن، وتأكيدها على أن القبض في مجال بيع العملات بالشكل المصرفي المنظّم لا يمكن أن يكون قبضا حقيقيا، وإنما يكون قبضا حكميا. وفي النهاية لم يتبين لنا بجلاء هل تمت عملية بيع وشراء العملات وفق الضوابط الشرعية أم لا، لأن ما ذكره الخبير من فتح سجلات لكل حساب، وتقييد المقابل لها بالدولار وغيرها من الإجراءات المذكورة ليس دليلاً قاطعاً على السلامة الشرعية للمعاملة. فالسؤال الأساسي في مجال المتاجرة بالعملات ليس كيف تمت المعاملة، ولكن متى تمت؟. وهذا لا يعرف إلا بمراجعة السجلات لمعرفة الجواب.

- **التأكيد على سطوة النصوص القانونية على ما سواها من مصادر القانون:** سواء تعلق الموضوع بمسألة الفوائد المصرفية أو بموضوع المتاجرة في العملات فقد تم الاستناد على المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية أملاً في إبطال المعاملات المذكورة بدعوى مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية. وقد نصت المادة الأولى على ما يلي: "تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية. على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإن لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة." إن هذه المادة على

أهميتها ليست مسعفة لدعاوى إبطال المعاملات المالية التي تخالف أحكام الشريعة الإسلامية وذلك بسبب أن هذه المادة جعلت لملء الفراغ الذي أحدثته النصوص التشريعية. أما مجال المعاملات المالية والمصرفية منها بالتحديد فهي مقننة تقنيناً دقيقاً. وبالتالي لا أمل في طلب بطلانها لمخالفة المادة المذكورة. فالمادة وخلافاً لما اعتقده محامي العميل ليست ميزاناً لتقدير النصوص المطابقة لأحكام الشريعة من تلك التي تخالفها.

الجزء الثاني: المسائل المرشحة لتشكل تحديات مستقبلية

بعد رصد التحديات الثابتة، نعرض فيما يلي قراءة استشرافية لما يبدو أنها تحديات قادمة وجب النظر فيها قبل حدوثها.

1/2 المسائل المرشحة لتشكل تحديات عند العرض على القضاء

عند عرض عقود التمويل الإسلامي التي تطبق فيها أحكام الشريعة الإسلامية على القضاء الغربي بمناسبة خلاف معروض للبت فيه أو إثر طلب التصديق على الأحكام الصادرة في الخارج، يمكن رصد بعض التعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والمبادئ الأساسية للنظام العام في تلك البلدان. ويعتبر مصطلح النظام العام الذي له تعريف واسع، من أشد العقبات في تطبيق القوانين الأجنبية فوق أرض دولة معيّنة. ومهما اختلفت التعريفات فالنظام العام لا يخرج عن كونه مجموعة القواعد الآمرة التي يعتبر احترامها مسألة أساسية لحماية المصالح العليا في الدولة كحماية نظامها السياسي والاجتماعي والاقتصادي إلى درجة إلزامية تطبيقها في كل الحالات، وذلك مهما كان القانون الواجب التطبيق. ولعبارة النظام العام في القانون الوضعي تعاريف كثيرة من أهمها أنه مجموعة من المبادئ القانونية التي يقصد بها تحقيق المصلحة العامة، سياسية كانت أو اجتماعية أو اقتصادية والتي يلزم الجميع احترامها والانصياع إليها ويكون جزاء التصرف المخالف لهذه المبادئ البطلان.

لكن ما الحل إذا حصل تعارض بين أحكام الشريعة الإسلامية والقواعد الآمرة في قوانين تلك الدول حيث أن مثل هذا التعارض محتمل الوقوع؟ الجواب المبدئي أن التعارض سوف يؤدي إلى استبعاد أحكام الشريعة الإسلامية وذلك نظراً لسطوة القوانين الوضعية على غيرها من القواعد بما فيها أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها.

ورأينا في المسائل التالية (والمستمدة من الفتاوى الشرعية) احتمال التعارض مع الأنظمة القانونية الوضعية.

- **تبرّع المدين المماطل بمبلغ مالي يصرف في أوجه البر:**

قد يرفض العميل الشرط الذي يتم النص عليه عادة في عقود المؤسسات المالية الإسلامية بإلزام العميل المماطل بالتبرع بمبلغ مالي عند التأخير في السداد[7] بدعوى مخالفته للقانون الذي لا يقضي بالإلزام بالتبرع، أو أن هذه عقوبة مالية لم يستفد منها الدائن ولم تذهب لخزينة الدولة فهي غير واجبة حتى ولو سبق أن قبلها ضمن شروط العقد.

- **السداد المبكر والقضاء**

لجوء العميل للقضاء لإجبار البنك الإسلامي قبول السداد المبكر في عملية مرابحة للآمر بالشراء على افتراض رفض البنك الاستجابة لطلب العميل[8]. هل سيرجح القاضي الشرط التعاقدي أم سيعتبر أن السداد المبكر من النظام العام لأنه يخفّف من عبء المديونية ويحمي فئة المستهلكين. هناك مجهود علمي كبير لإقناع القاضي بتشبيه السداد المبكر في المرابحة بالربا المحرم. فالأصل في الربا أنه يتضمن الزيادة في الأجل والدين وفي ذلك إضرار بالمدين ونفع يختص به الدائن، أما في السداد المبكر فنتيجته براءة ذمة المدين من الدين وانتفاعه بما عجله، وكذلك ينتفع الدائن بالتعجيل. والنتيجة هي انتفاع الطرفين بدون ضرر. فعلاقة الأطراف في السداد المبكر تكاد تكون ظاهريا عكس علاقة الأطراف في المعاملة الربوية. ثم القول بجواز السداد المبكر إذا لم يكن مشروطا في العقد يعني أنه غير ملزم للبنك. فالمدين للبنك يطلب من هذا الأخير النظر في طلب السداد المبكر وللبنك أن يرفض ذلك كأن يرى بأن معاملته مع العميل قد تمت بنسبة ربح عالية وقد تدنت نسبة الربح اليوم فلا جدوى من قبول السداد المبكر، في حين أن السداد المبكر

---

[7] نصت الفقرة (ح) من المادة 1/2 من المعيار الشرعي رقم (3) المتعلق بالمدين المماطل على أنه "يجوز أن ينص في عقود المداينة؛ مثل المرابحة، على التزام المدين المماطل بالتصدق بمبلغ أو نسبة بشرط أن يصرف ذلك في وجوه البر بالتنسيق مع هيئة الرقابة الشرعية للمؤسسة". المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 30.

[8] من الناحية الفقهية تمت معالجة مسألة السداد المبكر في مجال المرابحة وفق المعيار الشرعي رقم (8) المتعلق بالمرابحة للآمر بالشراء. فقد نصت الفقرة 9/5 من المعيار المذكور على أنه "يجوز للمؤسسة أن تتنازل عن جزء من الثمن عند تعجيل المشتري سداد التزاماته **إذا لم يكن بشرط متفق عليه في العقد**". المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 116.

في القانون هو حق للمدين الذي يريد أن يرفع عنه كلفة مالية مرهقة له وهو قادر على وضع حد لها. وقد تم سن قوانين خاصة في هذا الشأن لمساعدة مستهلكي القروض من الذوات الطبيعية على السعي لتخفيف أعباء التمويل عليهم[9].

- **توكيل الدائن المرتهن لبيع العين المرهونة:**

سعياً من الدائن للحفاظ على حقوقه عند عجز المدين عن سداد دينه، كثيرا ما يتم النص في عقد الرهن على شرط يفوّض المدين الراهن بمقتضاه الدائن المرتهن الحق في بيع العين المرهونة عند التخلف عن سداد الدين. ومثل هذا الشرط ينظر إليه القانون الوضعي بعين الريبة لأنه يعطي للدائن المرتهن حقوقاً واسعة في وقت توترت فيه العلاقة بين الطرفين بسبب التأخر عن السداد. وقد تكون للمدين مطالب ومآخذ على تصرف الدائن تصل إلى حد الاحتجاج حول حجم الدين الذي يطالب به الدائن. ولكن المعيار الشرعي رقم 5 المتعلق بالضمانات وفي مستهل الحديث عن التنفيذ على الرهن نصت الفقرة 4/4/4 منه على ما يلي: "للدائن أن يشترط على المدين تفويضه ببيع الرهن عند حلول أجل الدين للاستيفاء من ثمنه دون الرجوع إلى القضاء[10]". ومثل هذا التفويض قد يعارض إجراءات بيع المرهون التي تخضع لرقابة قضائية صارمة. فمثل هذه الشروط قد ينظر إليها على أنها مخالفة للنظام العام الإجرائي.

- **أمثلة بعض الفتاوى التي تعطي فرصة للقضاء لإعادة التكييف:**

عند دراستنا للفتاوى المالية المعاصرة، لاحظنا أن في الكثير من الفتاوى يكاد ينصب اجتهاد اللجنة الشرعية في البحث عن أدلة جواز المعاملة دون النظر في الحظ من قبول الحل الناتج عن الفتوى في عالم التجارة والأعمال. فالفتوى في مجال المعاملات المالية تمر بامتحانين: الامتحان الأول يكمن في مدى مطابقة المعاملة لأحكام الشريعة وهذا هو الأساس، وامتحان آخر هو الفائدة العملية من الحل الذي أجازته هيئة الفتوى[11]، وإلا فما الفائدة من

[9] تقتضي نسبية الحلول بالرغم من قوة الحجة هنا وهناك الإشارة إلى أن المحاكم الفرنسية وإلى وقت قريب (قبل صدور قوانين حماية المستهلك) كانت ترى في طلب السداد المبكر من قبل المدين مخالفة لشروط العقد وعلى المدين إن أصر على السداد المبكر أن يدفع غرامة مالية للدائن.

[10] المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 60.

[11] يمكن القول أن هذا الموضوع من تقدير الإدارة التي عرضت المسألة على هيئة الفتوى. ولكن للهيئة التي من المفترض أن تدرك معطيات السوق وشروطه أن تتنبه لهذا الموضوع.

فتوى غير قابلة للتطبيق. الفتوى بجواز المعاملة على إطلاقها دون النظر فيما يترتّب على الفتوى من الناحية العملية قد يعرض بعض المعاملات الشرعية إلى إعادة تكييف من القضاء لو حصل نزاع بشأنها.

ومن أمثلة ذلك الفتوى بعدم جواز دفع الآمر بالشراء عربونا للمورد، لكن يجوز له أن يدفع مبلغا من المال ليكون أمانة عند المورد.(بيت التمويل الكويتي- فتوى رقم 618). هذه الفتوى لم تأخذ بعين الاعتبار النتيجة العملية المترتبة عن الفتوى ولو أن هناك اختلافا في نظام العربون والأمانة من حيث الآثار المترتبة على كل منهما[12] . ولكن النظر إلى النتيجة العملية يجعل الفرق يتقلص. ففي كلتا الحالتين سوف يتخلى الآمر بالشراء عن مبلغ مالي تحت تصرف شخص آخر. وكان بإمكان هيئة الفتوى الاعتماد على سد الذرائع للتخفيف من الآثار السلبية لهذه العملية. وهذه الفتوى قابلة لإعادة التكييف من قبل القاضي الذي له آليات تفسير القانون والوقائع على أسس تقوم على الغاية المحققة.

ملاحظة:

وأمام هذا التعارض المحتمل بين أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي بسبب ما يعتبره القانون الوضعي المساس بالنظام العام (أو بالقواعد الآمرة) لا يطرح السؤال من هو المطالب بمراجعة موقفه لتفادي التعارض. فعلى القانون الوضعي النظر في مراجعة تشريعاته (مع العلم أن القوانين الوضعية لا تتزحزح فيما تعتبره من النظام العام)، لكن السؤال المطروح من الناحية الشرعية هل الفتاوى في المجالات المذكورة عامة وقطعية حتى يتم التمسك بها حتى لو أدى ذلك إلى إبطال القضاء للشروط المتضمنة تلك الفتاوى؟. وإذا كان الأمر خلافياً (كلا أو جزءاً) فلا تلام القوانين الوضعية إذا اختارت ما يتناسب مع نظمها وقوانينها. مع العلم أن المسائل الخلافية هي التي سوف تستغل من قبل الدول الغربية التي أعلنت ترحيبها بالتمويل الإسلامي. ونذكر على سبيل المثال التورق. حيث تسعى فرنسا حاليا لإدماجه ضمن قوانين التمويل. ولما طرح موضوع مخالفته لقرار مجمع الفقه الإسلامي، أثار ذلك خلافاً واستشهد البعض ببعض البنوك الإسلامية التي تمارسه بموافقة لجانها الشرعية.

[12] فالأصل في الأمانة -على سبيل المثال- قابليتها للرد، أما العربون فلا يرد.

2/2 المسائل المرشحة لتشكل تحديات عند طلب الترخيص لممارسة النشاط المصرفي:

- **غياب هيكل قانوني لحماية أصحاب حسابات الاستثمارات المشتركة**

في إطار تفعيل مقترح نادى به الكثير من المهتمين بالصناعة المالية الإسلامية منذ أكثر من عشر سنوات (أنظر على سبيل المثال بحثنا بعنوان: "بعض المقترحات القانونية لتفعيل أداء البنوك الإسلامية" مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد التاسع، العددان الأول والثاني، محرم 1423هـ(2002م). وتأكدت الأهمية العملية لهذا المقترح العملي في السنوات الأخيرة (أنظر على سبيل المثال المبادئ الإرشادية لإدارة المخاطر للمؤسسات التي تقدّم خدمات مالية إسلامية التي أصدرها مجلس الخدمات المالية الإسلامية سنة 2007م والتي خصّصت للموضوع حيزاً مهماً، وبعض أعمال الملتقى الفقهي الدولي الثالث المنعقد بدولة الكويت يومي 3 و4 نوفمبر 2009م).

ويرمي هذا المقترح إلى التفكير في صيغة لحماية أصحاب حسابات الاستثمار المشتركة بصفتهم أرباب مال لدى المؤسسات المالية الإسلامية بصفتها مضاربةً. وقد بدى لنا أنّ من المناسب التقدم بالموضوع من الفكرة إلى التفعيل، وذلك بالإسهام من الناحية القانونية في المجال بتصوّر مشروع نموذجي لنظام أساسي لهيكل قانوني يحمي أصحاب حسابات الاستثمارات المشتركة ويعرض على المؤسسات المالية الإسلامية للتفعيل سواء تسمية تمت الهيكل لجنة أو جمعية أو غير ذلك.

ولا شك أن الحرص على مثل هذه الحماية ينبع من قرب نظام أصحاب حسابات الاستثمار من نظام المساهمين من حيث تحمل المخاطر، وذلك بالتقدم بالموضوع نحو إطار مؤسسي يكفل لهذه الحماية المنشودة الاستمرارية. ونرى في هذا التواصل المؤسسي بين فئة مهمة من المكون المالي للمؤسسات المالية الإسلامية[13] والإدارة التي تمثل فئة المساهمين في رأس المال إسهاماً في كسب ثقة المودعين والمستثمرين وجهداً في تأهيل صغار المستثمرين على تحمل الخسائر وآثار التعامل الشرعي الذي يقوم على الغنم بالغرم. وقد عمل القانون الوضعي بفضل سرعة تأقلمه مع التحولات المالية والاقتصادية إلى إحداث جمعية خاصة لحماية أصحاب السندات. علماً بأن أصحاب حسابات الاستثمار المشتركة أجدر بالحماية من أصحاب السندات لأن أصحاب السندات يتقاضون فائدة محدّدة سلفاً بقطع النظر عن نتائج

[13] تشكل الودائع الاستثمارية في المؤسسات المالية الإسلامية أضعاف رأسمال الشركة.

أعمال المؤسسة المصدرة للسندات ولهم صفة الدائنين. أما أصحاب حسابات الاستثمار وإن لم يطلق عليهم صفة المساهم في رأس المال فإنهم يتحمّلون الخسائر كما يتحمّلها المساهمون وليسوا دائني الشركة التي يستثمرون فيها أموالهم. فإذا أفلست الشركة فدائنيها الحق في سداد ديونهم من أصول الشركة قبل حسابات الاستثمار.

وإذا كان أصحاب حسابات الاستثمار ينقسمون إلى فئتين وهما أصحاب حسابات الاستثمار المشتركة وأصحاب الحسابات المخصّصة، فإن الحماية المقترحة لا تخص إلا أصحاب حسابات الاستثمار المشتركة. والحساب الاستثماري المشترك (أو الحساب الاستثماري المطلق) هو الوديعة التي قبل أصحابها تفويض المصرف الإسلامي لاستثمار أموالهم المودعة لديه حسب خططه وبرامجه وربطها بعمليات المصرف ونتائجه، ومن هنا جاءت الحاجة للحماية. أما أصحاب الودائع الاستثمارية المقيدة (أو المخصصة) وهي الودائع النقدية التي يقيد أصحابها المصرف لاستثمارها حسب بعض الشروط، كأن يخصّص الاستثمار في مشروع محدّد أو غرض معين. وبناءً عليه، فإن اختيارهم للاستثمار في مشروعات بعينها يجعل المخاطرة مختلفة عن تلك التي يتعرض لها أصحاب حسابات الاستثمار المشتركة. وحتى وإن كان هناك مجالا للحماية، فهي ليست ملحة كما هو الحال بالنسبة لأصحاب حسابات الاستثمار المشتركة.

ولعله من المناسب ذكر المبدأين الذيْن وردا في المبادئ الإرشادية لإدارة المؤسسات المالية الإسلامية التي تقدم خدمات مالية إسلامية التي أصدرها مجلس الخدمات المالية الإسلامية بماليزيا.

المبدأ 2–1: يجب على مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية الإقرار بحقوق أصحاب حسابات الاستثمار في مراقبة أداء استثماراتهم والمخاطر ذات العلاقة، ووضع الوسائل الكافية لضمان المحافظة على هذه الحقوق وممارستها.

المبدأ 2–2: يجب على مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية اعتماد إستراتيجية استثمار سليمة تتلاءم مع المخاطر والعوائد المتوقعة لأصحاب حسابات الاستثمار (آخذين في الحسبان التمييز بين أصحاب حسابات الاستثمار المقيدة والمطلقة)، بالإضافة إلى اعتماد الشفافية في دعم أي عوائد[14].

[14] أنظر موقع مجلس الخدمات المالية الإسلامية: http://ifsb.org/published.php

وقد فسح مضمون الفقرة 28 من المبادئ الإرشادية المذكورة مجالاً ثرياً ودقيقاً لمجالات الحماية وعناصرها انطلاقاً من إجراء مقارنة بين وضع أصحاب حسابات الاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية والمشاركين في برامج الاستثمار الجماعي. وقد رصدت الفقرة ثلاثة أوجه شبه بين أصحاب حسابات الاستثمار والمشاركين في برامج الاستثمار الجماعي:

- في كلتا الحالتين هناك وضع للأموال في عهدة مدير الصندوق لاستثمارها وإدارتها.
- في كلتا الحالتين هناك احتمال خسارة في رأس المال المستثمر.
- في كلتا الحالتين ليس للمستثمر في مراقبة مدير الصندوق إلا حقوق بسيطة. وفي الغالب لا يكون لدى المستثمر أي خيار في التصرف إلا بسحب استثماره إذا وجد أن أداء مدير الصندوق غير مقبول.

وفي المرحلة الراهنة نرى على الأقل ضرورة الشروع في إعداد مشروع نظام أساسي للجنة أو جمعية عامة خاصة (تترك التسمية للمؤسسة) لحماية أصحاب حسابات الاستثمار وذلك بتحديد عناصر الحماية بوضوح. ومن أمثلة ذلك:

- تحديد كيفية تكوين اللجنة أو الجمعية، ومقرها، واجتماعاتها وصلاحياتها مع تحديد الحالات التي يتعيّن فيها على مجلس الإدارة والجمعية العمومية للمساهمين الرجوع إلى اللجنة (الجمعية الخاصة): كأن تكون الموضوعات المطروحة للنظر تتعلق (أ) بإدماج المؤسسة المالية الإسلامية (المضاربة) مع شخص معنوي آخر، وذلك مهما كانت صيغة الإندماج. (ب) أو بتخفيض رأسمال المؤسسة (المضاربة) دون خسارة.(ج) أو تغيير في غرض المؤسسة المالية الإسلامية (المضاربة) (د) أو بالإجراءات المتعلقة بسياسات توزيع الأرباح.
- **كيفية اتخاذ القرارات ومدى إلزامية قرارات وتوصيات اللجنة أو الجمعية العامة الخاصة لإدارة المؤسسة المالية/المضاربة**
- **حقوق أخرى يمكن النظر فيها.** ومن أمثلة ذلك الحق في الحصول على معرفة دقيقة لبعض التزامات المؤسسة المالية وهي الكفالات والضمانات والتأمينات، لأن لتلك الالتزامات تأثير على مردود المؤسسة المالية الإسلامية عند التنفيذ على الضمانات والكفالات.

الاستنتاجات والتوصيات

بناء على ما تم ذكره يبدو أن القانون الواجب التطبيق في المعاملات المالية الإسلامية عموما والدولية منها خصوصا يحتاج إلى موقف واضح. وقد تفطنت الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية إلى الموضوع حيث نظرت فيه الهيئة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية وندوة البركة الثلاثين، وهناك معيار شرعيّ قيد الدرس حوله. والمرجو أن تصدر فتوى شرعية واضحة وقابلة للتطبيق. نورد فيما بعض المقترحات التي قد تساعد على الاهتداء لأنسب الحلول:

1/ الأصل هو الاحتكام إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها وعدم تفويض القانون الوضعي ليحكم المعاملات المالية الإسلامية لما يحتويه هذا القانون من مخالفات شرعية تمس عادة بأركان صحة المعاملات المالية الإسلامية.

2/ الاهتمام بصياغة عقود المعاملات المالية الإسلامية لحمايتها من سوء التفسير ولتفادي النزاع، وذلك مهما كان القانون الواجب التطبيق وجهة فض النزاع.

3/ إذا وجدت المؤسسة المالية الإسلامية نفسها مضطرة لتطبيق القانون الوضعي (بناء على رأي معلل من اللجنة الشرعية للمؤسسة) فعليها إلى جانب تقييد القاضي بعدم مخالفة أحكام الشريعة الإسلامية، اعتماد التفصيل الوافي في صياغة الشروط ولا سيما تلك التي تختلف فيها أحكام الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي اختلافاً بينا. ومن أمثلة ذلك غرامات التأخير، ومفهوم الشرط التغريمي، والسداد المبكر في عقود البيع، وتعريف هامش الجدية إلخ...

بالنسبة لاستبعاد تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية من قبل القضاء، يمكن ذكر ما يلي:

1/ استخدام كلمة "القرض" في مجال المشاركة كالمشاركة المتناقصة يدل على عدم توخي الدقة من قبل المحاكم في استخدام المصطلحات المناسبة. ولكن يبدو لنا أن الطريقة التي تعتمدها البنوك الإسلامية في صرف مساهمتها في المشاركة المتناقصة مثلاً، قد أسهمت في خلط المصطلحات، وذلك بتحويل مساهمتها إلى حساب الشريك. فيبدو للقاضي أن هذا المبلغ هو قرض. وكان من المناسب فتح حساب مصرفي باسم عملية المشاركة يسحب منه بتوقيع مزدوج بين الشريكين –البنك والعميل–).

2/ تأهيل أصحاب المهن القانونية: أما تعدد المهن القانونية، من قضاة ومحامين، ومستشارين وخبراء، فإن تأهيل القضاة لوحدهم لا يكفي لأن الواقع العملي أثبت أنه للمهن المساندة للقضاء من محامين وخبراء دورا أساسياً في نتيجة الحكم. فالمحامي هو الذي يحدد طلبات موكله وهو الذي يبادر بتكييف النزاع بناء على بحوث (وإن كان هذا التكييف لا يلزم القاضي)، ومثل هذا المجهود العلمي – وبقطع النظر عن مدى صحته من الناحية الشرعية– قد يؤثر في قرار القاضي. أما بالنسبة للخبراء فقد تعيّن المحكمة خبيراً في مجال دقيق مثل المتاجرة في العملات لتوضيح كيفية تنفيذ العملية. فإذا كان الخبير غير مدرك لإحدى أركان المتاجرة في العملات وهي مسألة التسليم وبالتحديد التراخي فيه سواء أكان القبض حقيقياً أو حكمياً، فإنه سوف يدلي بتقرير مختل من الناحية الشرعية ولو توفّرت فيه كل العناصر الفنية والموضوعية والإجرائية. فتأهيل الخبير يدفعه إلى البحث في تفصيل كيفية إنجاز المعاملة، بينما السؤال الأساسي في مجال المتاجرة بالعملات من وجهة النظر الشرعية ليس كيف تمت المعاملة، ولكن متى تمت؟ ومتى دفع الثمن؟ ومتى تم التقابض؟ ومثل هذه التحريات لا يدركها إلا من كان على علم بالضوابط الشرعية للمتاجرة في العملات كما جاء في الفقرة (ج) من المادة 1/2 من المعيار الشرعي رقم (1) المتعلق بالمتاجرة في العملات، ونصه: "أن لا يشتمل العقد على خيار شرط أو أجل لتسليم أحد البدلين أو كليهما"[15]

3/ على المؤسسات المالية الإسلامية عند عرض القضايا على جهات فض النزاع (محاكم أو مراكز تحكيم) أن تتفادى المصطلحات المجملة وغير الدقيقة التي من شأنها أن تشوّه على طبيعة المعاملة. ومن أمثلة ذلك ذكر بعض المؤسسات في طلباتها كلمة "رسوم" بدلا من كلمة "أجرة" في مجال التأجير.

4/ اعتماد التورّق من قبل المؤسسات المالية الإسلامية (على افتراض جوازه من الناحية الشرعية عند بعض المدارس الفقهية) يتضمن هشاشة قانونية يتعين التنبه لها، وذلك لأنّ التورق يستهدف شريحة من ذوي الدخل المحدود. وهذه الشريحة تتمتّع بحماية قانونية (سواء بصريح النص القانوني أو باجتهاد من المحاكم).

5/ الخوف من امتداد الاختلاف الفقهي من الساحة الفقهية إلى المحاكم. ومن أمثلة ذلك: التعويض عن الأضرار الأدبية في الشريعة الإسلامية: لما أثيرت مسألة مخالفة الحكم القاضي

[15] المعايير الشرعية، مرجع سابق، ص 4.

بالتعويض عن الأضرار الأدبية للشريعة الإسلامية، رأت المحكمة بأن هذا الموضوع هو "محل خلاف بين فقهاء الشريعة الإسلامية لا يتعلق بالنظام العام" (الطعنان رقم 5 و6 لسنة 2 ق–جلسة 1980/11/5م. مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا النقض المدني والتجاري. السنة من الأولى إلى الثالثة من أول يناير 1979م إلى آخر ديسمبر 1981م ص 125). وبذلك تكون المحكمة قد تفادت الخوض في المسائل الخلافية. ولكن إلى متى؟ فقد يعرض الموضوع على محكمة الأصل. ولهذا على المجامع الفقهية أن توحد فتاواها حتى لا تجعل القضاء متردداً في تبني أحكام الشريعة.

6/ الاستعداد لمجابهة تكييف المؤسسات المالية بالمهني: تبنت المحاكم في السنوات الأخيرة موقفاً متشدداً نسبياً إزاء المؤسسات المالية الإسلامية بوصفها مؤسسات "مهنية" (مصطلح يعني افتراض دراية واسعة للبنك أو المؤسسات المشابهة كمؤسسات التأمين في تقدير المخاطر إلى درجة افتراض مسئولية مدنية في بعض الحالات، مقابل افتراض عكسي إزاء العميل والذي يعامل بيسر لأنه لا يدرك إدراكاً تاماً لنشاط تلك المؤسسات ويحتاج للحماية) يدفع المؤسسات المالية الإسلامية إلى مزيد الحذر. فقد صدرت عدة أحكام ضد البنوك تارةً باسم التعسف، وتارةً باسم التقصير في إسداء النصيحة، وأخرى باسم عدم الإفصاح وغيرها من المآخذ. فعلى سبيل المثال يعد البنك متعسفا ويكون مسئولا مسئولية مدنية إذا أقرض عميلاً مبلغا من المال ولم يأخذ بعين الاعتبار قدرة العميل المالية على السداد لأنّ البنك بصفته "المهنية" يحسن تقدير المخاطر. وفي تقدير المحاكم الاستجابة لطلب العميل وتمويله –وفق طلبه– فيه إضرار له ويوجب التعويض للعميل المتضرر. فالبنك قد يجازف بمنح عميله قرضاً قد يتأخر العميل في سداده، لكن يسدده بعد عناء، ولكن قد يتزامن ذلك مع طلب المقترض التعويض على تصرف البنك الذي منحه قرضا يفوق قدرته المالية الشيء الذي جعله يعجز عن سداد الدين، ويتضرر من ذلك في معاملاته مع الغير (عدم استطاعته على الوفاء بديون أخرى مما أدّى إلى إفلاسه أو تضرر سمعته في السوق).

وعلى المؤسسات المالية الإسلامية التي تسعى لدخول السوق المالية الفرنسية أن تعير كل الاهتمام لمثل هذه المواقف، بل أن تكون أحرص من المؤسسات المالية التقليدية على الإفصاح وبذل النصح لأن معاملاتها حديثة وتتميز بتداخل العقود للمعاملة الواحدة. ومن أمثلة ذلك بيع المرابحة كبيع من بيوع الأمانة يختلف عن البيوع الأخرى. فالكلفة في صورة المرابحة يجب أن تكون معلومة للعميل، أما في صورة بيع المساومة فالبنك غير مطالب بكشف الكلفة. وقد

يظن العميل أن المعاملتين تخضعان لنفس النظام. ولا يعفى البنك من واجب النصح والإعلام إلا بإثبات أن العميل يدرك مضمون العقود التي قبل الدخول فيها فالحجة على البنك.

7/ التحوط من إعادة التكييف: على المؤسسات المالية الإسلامية التحوط من إعادة تكييف المعاملة بما يسيء إليها ماديا ومعنويا. فإذا اختلت شروط معاملة معينة فهي باطلة من الناحية الشرعية لعدم مراعاتها الشروط المنصوص، ولكن من الناحية القانونية وأمام اجتهاد القاضي فقد يؤدّي اختلال كل أو بعض الشروط إلى تكييف جديد للمعاملة كأن تصبح المرابحة المختلة شروطها (مراحل تنفيذها) قرضا بفائدة. وللقاضي أو المحكم تكييف المعاملة وفق إرادة الأطراف ووفق العناصر الموضوعية. ومن أمثلة ذلك إذا اشترى الآمر بالشراء البضاعة دون الحصول على موافقة المصرف (أي دون شراء مباشر من البنك أو تفويض العميل لشراء البضاعة نيابةً عن البنك)، فإن بيع المرابحة لا يصح. وقد تأخذ المعاملة عدة أشكال أخرى كقيام الآمر بالشراء بالاتفاق مباشرة مع بائع العقار، ويدفع له عربوناً. ثم بعد ذلك يطلب الآمر بالشراء من البنك إتمام العملية بصيغة المرابحة.

المبحث الثاني: التّحديات الرّقابيّة والقانونيّة في المؤسسات التي تقدم خدمات ماليّة إسلاميّة، فضيلة الدكتور/ محمّد داود بكر، المدير التّنفيذي، شركة أماني للاستشارة والتّعليم للماليّة الإسلاميّة

مقدِّمة:

إنّ صناعة الخدمات الماليّة الإسلاميّة ومنها قطاع المصارف الإسلاميّة[1] لم تأت في ظروف خالية من النُّظم والضّوابط القانونيّة والرّقابيّة، ولكنّها أنشئت في كثير من البُلدان وهي مُحاطة من اليوم الأول بنظم وقوانين تدخل ضمن صلاحيتها جميع قطاعات المصارف، بما فيها المؤسّسات الماليّة الإسْلاميّة نفسها. ولا نُبالغ إذا قُلْنا إنّ معظم هذه القوانين والأسس الرّقابيّة الصادرة عن المصارف المركزية قد أصدرتْ ولم يكن ببال الجهات المعينة أنّ هذه النُّظُم والأسس قد تكون صالحةً في المستقبل للخدمات الماليّة الإسْلاميّة. وجديرٌ بالذِّكر أنّ الصناعةَ الماليّة الإسْلاميّة صناعةٌ جديدةٌ ومعاصرَةٌ لا تَقومُ على أساس الإقْراض والاِقْتراض بفائدة الذي هو المحور الأساسي في قطاع المصارف التّقليديّة على جميع المسْتويات والسّياسيات، بما في ذلك أدواتٌ مصرَفيّة وأسس رقابيّة وقواعد قانونيّة في الدّعوى والإثبات والمرافعات وغيرها منَ القضايا التي تنبثقُ، أصالةً كانتْ أوِ اشْتقاقاً، من قاعدة الإقراض والاقتراض بفائدةٍ.

وعلى عكس ما عليه المصارف التَّقليديّة، تقوم المؤسّسات الماليّة الإسْلاميّة على عقود تجارية، من بيع وإجارةٍ وشركةٍ وغيرها في تقبُّل الودائع وتوفير الأدوات التّمْويليّة للعُمَلاء أفراداً كانوا أو شركات ذات شخصيّة اعتبارية مسْتَقلةٍ. وممّا يعلمُ بالضَّرُورة أنّ فكرة الإقراض والاقتراض بفائدةٍ تنبني على مفهومٍ تقليديّ وهو أنّ النَّقد سلعةٌ لها قِيمةٌ ماليّة في حالة الإقراض والاقتراض، وعليه فإن على المقترِضِ أنْ يعوض المقرض عن ما فاته من القيمة المالية في فترة الإقراض التي لم تكن فيها نقوده في حيازته، فيتعين على المقترض أن

[1] استخدمْتُ عبارة "المؤسّسات الماليّة الإسْلاميّة" لتعبّر عن المصارف الإسْلاميّة وما في مقامِها منَ المؤسّسات الماليّة التي تقبلُ الودائع وتوفِّر التّمْويلات والتّسْهيلات الماليّة وَفق أحْكام الشّريعة ومَبادِئها

يدْفعَ علاوةً أو شيئاً زائداً على القرض لصالِح المُقْرِضِ الذي منحه وأقرضَه نقدَه ومالهُ. وهذا المِحْوَر لا يُتَصوَّرُ في الودائِع والتّمْويل فحسب، وإنّما يَمْتدُّ إلى قضايا أخرى مثلَ الأسسِ المصرفيّة في التّحوُّط وإدارةِ المَخاطر وصرف العملات الأجنبية بالأجل وجدولة الدُّيون وبيع الدين وكفاية رأس المال وغيرها منَ القضايا المصرفيّة.

إنّ الإقراضَ والاقتراضَ بفائدةٍ لا يجوزُ شرعاً لأنَّه منْ باب الرّبا المُحَرَّم كما في قوله تعالى (وأحلّ الله البيعَ وحرَّم الرِّبا. سورة البقرة الأية)، فالآيةُ بِمَنطُوقِها ومفهومِها تَدُلُّ على حُرْمة الرِّبا وعلى المخرج القرآني من الرِّبا وهو البيعُ . فالبيعُ بمعناه العامّ إمّا بيع الأصُول أوِ السِّلع أو الخِدمات، وهو ركيزةُ الحياة لأنّ معظمَ النّشاطات التِّجاريّة و الصّناعيّة والماليّة تنْتَهي بالبيعِ والشِّراءِ، فالشَّركةُ المُساهمةُ مثَلاً، ولو كانت تقومُ على أساس المُضارَبةِ أوِ المشارَكة، على وَجْهين عند القائِلينَ بهما، إنّما تَقومُ على جمْع الأمْوال منَ المُساهِمينَ لتَغطيةِ تَكْلفة الإنتاج، إمّا في الصناعة المالية أو صِناعة الخِدْمات أو الإنتاج يَكونُ مقصدُها الأخيرُ بيعُ أصُولها أو سِلَعِها أو مُنتَجاتها أو خدْماتِها إلى عامّةِ النّاس أفراداً وشركاتٍ ودولاً.

ومنْ هذا المُنْطَلَقِ القُرْآني، لجأتِ المُؤسَّساتُ الماليّة الإسْلاميّة إلى عُقودِ المُعاوَضات والمشاركات ابتِعاداً عنِ الإقراضِ والاقتراض بفائدةٍ لتتوافق مع أحْكام الشَّريعة وكذلك لتَحْقيقِ ما يقْصِدُهُ حمَلَةُ الأَسْهُمِ في المُؤسَّسات الماليّة الإسْلاميّة منْ أرباحٍ، لأنّ المُؤسّسات الماليّة الإسْلاميّة بِشَكْلٍ عامٍ تقُومُ ببَيْعِ الخِدْمات الماليّة إلى العُمَلاءِ وفْق أحْكام الشّريعة الإسلامية، عن طريق عقود تجارية حقيقية فيها معاوضة مال بسلعة أو بخِدْمة، حالةً كانت أو آجلةً، وفيها احْتمال الخسارة مع إمْكانِية المُشارَكة في الأرْباح إنْ وجدتْ. ومنْ هُنا، نَفْهَمُ أنّ المؤسّسات الماليّة الإسْلاميّة لا تَتعامَلُ بالنُّقودِ باعتبارها سِلعةً وإنّما باعتبارها وَسِيلةً للمُعاوَضةِ بين الأمْوال والمنافع وأَسَاساً للمُشارَكةِ في الربح والخسارة.

وقد كان أوّل عقدٍ تمْويليٍّ قامَ به أوّل مَصْرَفٍ إسْلاميٍّ هو عقد المرابحةِ أو بعِبارةٍ أَدقّ هو عقدُ المُرابحة للآمِر بالشِّراء[2]، وهذا العقد، وإن كان بسيطاً في هيْكلة، إلا أنه يواجه بعضَ

2 عقد المرابحة للآمر بالشِّراء يتطلّب بعض المراحل اللاّزمة لتحقيق ما بقصده هذا التّمويل من طلب العميل للمؤسسات المالية الإسلامية للشّراء مع وعده بالشراء من المؤسّسات الماليّة الإسْلامية بعد ما تمتلك المُؤسسات المالية الإسلاميّة السِّلعة التي يطلب

التَّحديات القانونيّة والرّقابيّة، وذلك لأنّ المَصْرف الإسْلامي أصْبَحَ مُشْتَرِياً (من المصدر) وبائِعاً (للعميل) بدلاً من أن يكون المُقْرِض للعميل بمبلغٍ مُعيَّنٍ بفائدةٍ ليمكن العميل من شراء سلعةٍ منَ المصْدر.

ومن الأسْئلة التي قد طرحتْ من قبل، خاصةً إبان نشأة المؤَسَّساتُ الماليّةُ الإسْلاميّةُ، هو هل يُمْكن للمُؤسّساتِ الماليّةِ الإسْلاميّة بمقتضى بعض قوانين البُنوك المركزية أن تكون مُشْترياً للعقارات وغيرها منَ السِّلع بقصد بيعها في السُّوق بسِعْر أعْلى، وهل تَتَرتَّبُ على هذا الشِّراء تكْلفةٌ أو ضريبةٌ، وعلى البيع تكلفة أوْ ضريبة أخْرى، تماشياً مع بعض القوانين الضّريبية، وذلك لأنّ العُقُود والتّوثيقاتِ لهذه العقود والمُعاملات في بعض الدول لا تكونُ صالِحة لرفعها إلى المَحاكم في حالةِ النِّزاع إلاَّ إذا دفعت الضريبة للطوابع (Stamp duty) وإن الفصل القضائي هو المرجع المنشود منه في حالة النِّزاع من قبل الطّرفين للعقد. ونظراً لطبيعة التّمويل الإسْلامي، فهناك ضريبتانِ للطّوابع: ضريبة في حالة الشِّراء وضريبة أخرى في حالة البيْع.

وكذلك قد تضطرُّ بعضُ المُؤسَّسات الماليّة الإسْلاميّة لتلْبية ما عليها من متَطلبات السيولة، وهنا قد يحتاج بعض هذه المؤَسَّسات إلى تمْويل، إمّا من المؤسسات الماليّة الإسلاميّة الأخْرى، أوْ من المصرف المركزي في الدّوْلة، وجديرٌ بالذِّكر أنّ هذا التّمويل الهدف منه الحصول على السُّيولة، ولا بد أنْ يكون هذا التمويل مشروعاً حتى فيما بين المصْرف المركزي والمُؤسسات الماليّة الإسْلاميّة التي تُباشرُ أعمالها المَصْرفيّة تحْت رَقابة هذا المَصْرف.

العميل المؤسسات الماليّة الإسْلامية بشرائها من المصدر . اُنظر المعيار الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (رقم(8) والمعيار الشَّرعي للمُرابحة للآمِر بالشِّراء للمصرف المركزي الماليزي – (*Sharī`ah* Parameter *Murābahah*)

مفهومُ التّحديات ومُقوِّماتها

التّحديات هي ما قد يعَرْقلُ مسيرَةَ شيءٍ ويحول دون بلوغه أهدافه، إذا لوْلا هذه التّحديات لتم الأمر على الوجه المطلوب دون أية عراقيل أو عثرات. وبِعبارة أخرى فإنّ التَّحديات هي عوائق تحول بين أمر ما وبين بلوغ أهدافه وتحقيق مراميه. وهذه التحديات وإن بدت سلبيةً في مفهوم عامّة النّاس، إلا أنها منَ القضايا التي قد يمكن التغلب عليها بطريقة أوْ بأخرى، وكذلك فإنّ بعض التّحديات –كما سنرى– قد تكونُ من لوازمِ الأمر وتكون مقصودة بحيثُ تكون إزالتها شبه مستحيلة، لأنّها لا تنفَكُّ عن العقود وإنما تلازمها.

ولنضرب بعض الأمثلةِ على ما تَقَدَّم ذِكْرهُ حتى تتَّضح الصُّورة ويمكن تصَوُّر وجودِها على أرض الواقع. فمثلاً الإجارةَ صالِحةٌ لتمويل العملاء للانتفاعِ بالمنفعةِ منَ السِّلعة أو العين المستأجَرة، وهي كذلك صالحة لتمويل العملاء في اقتناء هذه العين المستأجرة بتملُّكِها تَمَلُّكَ المالك ، إمّا خلال مدّة الإجارة أو بعد انتهائها، بشروطٍ معيّنة، كما في "الإجارة ثم البيع". أو "الإجارة المنتهية بالتّمْليك". ولكن عقد الإجارة يقرِّر أصلا مهما في الشريعة، وهو أن المصرف الإسلامي هو المالك والمؤجر للسِّلعة أو العين المستأجرة، وباعتباره مالكاً ومؤجراً يتحمّلُ بعض التّبعات والتّكاليف التي لم تكن مألوفةً في قطاع المصارف التّقليدية. ومنها أنّ المصرف الإسلامي يتعرَّض لمخاطر سعر السِّلعة المستأجرة، وكذلك المخاطر القانونية التي تنبثقُ من كون المصرف مالكاً ومؤجِّراً، من قبيل الضَّرَرِ النّاتج من العين المستأجرة الذي يصيب طرفاً ثالثاً، وهو إمّا أنْ يكون ماديّاً أو معنوياً. وهذا منَ التّحديات القانونية التي نشأتْ من عقد الإجارة ولم تكن موجودةً في الإقْراض الرِّبَوي. وكذلك فإنّ الإجارة المنتهية بالتّمليك تتعرّض إلى مخاطر إنهاء العميل للعقد مبكراً قبل انتهاء فترة الإجارة المنتهية بالتّمليك، وهو وإن كان مخالفا لشروط الإجارة، إلا أن على المصرف الإسلامي تحمل تبعات ما قد يلحق السلعة المستأجرة من جراء ذلك، لأنّ سعرها في السُّوق قد ينزل، وهو ما قد يُؤثِّرُ سلبا على تطابق الأصول والالتزامات للمصرف الإسلامي (Asset- Liability mis-match)فبعض المصارف المركزية، أخذاً لهذه الاحتمالات في الاعتبار قد تفرض متطلبات رأس مال أكبر على المؤسسات المالية الإسلامية لحماية المصرف الإسلامي وأصحاب الودائع من مخاطر

قد تنتج عن عقد الإجارة لا يطيق المصرف الإسلامي تَحَمُّلها. إن إلزام المؤسسات المالية الإسلامية متطلبات رأس مال أكبر يعد من التّحديات الرقابية التي تواجهُها هذه المؤسسات، وهو ما قد يعرقلُ مسيرةَ هذه المؤسسات، لأنّها ستحتاج إلى رأس مال أكبر في أعمالها التّمويليّة، مقارنةً بالمؤسسات المالية التّقليدية التي تباشر أعمالها المصرفية على أساس الإقراض والاِقتراض بفائدة، وذلك لأنّ المخاطر التي تعترضها هي مخاطر الائتمانِ فقط، أمّا المخاطرُ في الإجارة على سبيل المثال فتشملُ مخاطر الائتمان ومخاطر سعر السُّوق (للعين المستأجرة) ومخاطر التّشغيل. فكلَّما زادت المخاطرُ تنوُّعاً وكماً، ارتفعتْ متطلبات كفاية رأس المال بمقتضى قواعد كفاية رأس المال العالمية.

التّحديات القانونيّة

تتجلى التّحديات القانونية في أمرينِ أساسيّيْنِ؛ أوّلهما التّحديات القانونية التي تفرِضُها وتُلزِم بها النُّظم القانونية المختلفة في أيّة دولة، كالإجراءات القانونية التّقليدية، وثانيهما التّحديات التي تواجهها المؤسسات المالية الإسلامية من جراء استعمال بعض العقود التي لم تكن مألوفةً في قطاع المصارف التّقليدية، وإنما هي من اختصاص قطاع الشّركات التّجاريّة التي لا تكون خاضعةً للمصرف المركزي. ويبدو أنّ التحديات من النّوع الأول هي ما تُعاني منها المؤسسات المالية الإسلامية، و تتمثل هذه التّحديات في احتمالَ التَّعارُض المباشر بين القانون القائم وبين أعمال المؤسسات المالية الإسلامية.

أمّا التّحديات من النّوع الثّاني فإنها، وإن لم تكن مألوفةً في قطاع المصارف التّقليدية، تعتبر أيضا منَ المشاكل والقضايا التي لا بد أن تُلازِمَ المؤسسات المالية الإسلامية، لأنّها ليست مُقْرِضاً ولا مقْترِضاً، وإنّما تُباشرُ أعمال التِّجارة منَ البيع والشِّراء (بجميع أصنافها) والإجارة والمضاربة والمشاركة وغيرها منَ العقود التي تحول المؤسسات المالية الإسلامية من كونها وسيطاً مالياً إلى شركة تجارية وتمويلية في نفس الوقت. هذه ظاهرة جديدة في القانون لأنّ المؤسسات المالية الإسلامية مُرَخَّصةٌ من قبل المصرف المركزي على أساس أنّها وسيط ماليٌّ ولكنَّها تُمارِسُ وتُباشرُ الأعمال التي ليست من اختصاص معظم المصارف المركزية، لأنّ المؤسسات المالية الإسلامية بهذه الوظائف الاِقتصاديّة والتّمويليّة أصبحتْ

شركاتٍ كبقية الشركات التِّجارية الأخرى إلاّ أن رأس مالها يتكوّنُ من رأس مال المساهمينَ ومن الودائع المصرفية التي هي أكبر جزء مما يقدمه رأس مال المساهمينَ. فالمؤسسات المالية الإسلامية ملزمة بمراعاة مصلحة المساهمين وأصحاب الودائع معاً، وعليها كذلك الالتزام بقانون البنوك و بقانون التِّجارة معاً، وهذه الحقيقة تجعل المؤسسات المالية الإسلامية فريدةً ومتميِّزةً، ولكنَّها في نفس الوقت تُواجه تحديات لا تُواجهها المؤسسات المالية التّقليدية.

ولنفصل في التّحديات القانونية منَ النّوع الأول، وهي تنقسم إلى قسمينِ أساسيّينِ. فأمّا القسم الأول من هذه التّحديات فيخُصُّ عدم مُلائمة النّظم القانونية السّائدة لأحكام الشريعة ومَبادئها المطبقة على منتجات المصرفية إسلاميّة وخدماتها، سواءٌ أكانت في مضمون المنتجات نفسِها أو في إجراءات المرافعات أمام المحاكم.

ومن الأمثلة على عدم توافق القوانين السّائدة وما تقدِّمه المؤسّسات المالية الإسلامية، عقد المضاربة في توفير رأس المال للمصرف الإسلامي باعتباره مضارباً لبعض العملاء وهم أصحاب الودائع الاستثماريّة. إنّ القوانين في بعض البلاد لا تقر هذا العقد الذي يقوم على أساس المشاركة في الأرباح وتحمّل أرباب الأموال أوِ العملاء الخسارة بكاملها، إنْ وجدت، لأنّ القانون المصرفي في هذه البلاد[3] يفرض أنّ كل وديعة مصرفيّة في النِّظام المصرفي لا بدّ أن تكون مضمونة من قبل المصرف حتى ولو كان المصرف مصرفاً إسْلاميّاً، لأنّ القانون المصرفي وقانون حماية المسْتهلكين بشأن الودائع المصرفيّة لمْ يعدَّل حتى الآن، ولهذا السبب أوِ الإشكال القانوني لجأت المصارف الإسلامية المرخصة في هاتين الدولتين إلى عقود أخرى لتوفير الودائع المصرفية للعملاء ومنها عقد التورق ليكون بديلا عن حساب الاستثمار.

وأما مثال القسم الثاني فيتمثل في عدم إفصاح معظم القوانين المصرفية عن أن القوانين المنظمة للمؤسسات المالية الإسلامية، إن وجدت، أو أن أحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها التي تضبط أعمال المؤسسات المالية الإسلامية، تستحق أن تتمتع بالأولوية أو الأفضلية إذا

[3] قامت المملكة المتّحدة وجمهوريّة سنغافورة بتعديل قانون ضريبة الطّوابع للتّخلُّص من إشكال ضريبتين في عمليّة المرابحة والإجارة ولكنّها لم تعدلا القانون بشأن المضاربة ولذلك فالمؤسّسات المالية الإسلاميّة في هاتينِ الدّولتين لا تستطيع أن تقدما حساب الاِستثْمار على أساس المضاربة .

تعارضت إحدى موادها القانونية أو فتاواها الشرعية بالمواد القانونية السائدة في الدولة. فمثلا قانون المصارف الإسلامية الماليزي (1983م) نص على أنه في حالة التعارض بين هذا القانون وقانون الشركات الماليزي (1965م) فإن قانون المصارف الإسلامية تكون له الأولوية على كل مواد قانون الشركات الماليزي.

ولكن الإشكال الذي يظهر في ماليزيا وفي غيرها من الدول هو أن قانون المصارف الإسلامية أو قانون المصرف المركزي أو دستور الدولة لم يفصح أي منها عن مدى تفوق قانون المصرف الإسلامي أو الفتوى الشرعية الصادرة عن المصرف الإسلامي على بقية القوانين واللوائح القانونية السائدة في البلد. وقد ظهر هذا الإشكال بشكل واضح في إحدى القضايا في ماليزيا وهي قضية بين المصرف الإسلامي الماليزي وعميله عدنان بن عمر (1986م)، حيث إن العميل المدعى عليه ادعى أمام المحكمة أن مطالبات المصرف الإسلامي الماليزي له بدفع المبلغ المتبقي عليه من البيع بثمن آجل غير قانونية لأن قانون المرافعات في ماليزيا (لوائح المحكمة العليا 1983م) يلزم المدعي بطلب ما على المدعى عليه من فائدة أو ربا لصالح المدعي. وهذا الأمر لا يستطيع المصرف الإسلامي القيام به لأن الفائدة مرفوضة في أحكام الشريعة الإسلامية وغير صالحة للمؤسسات المالية الإسلامية.

ولكن البنك الإسلامي الماليزي كسب الدعوى ضد العميل المذكور، لأن قانون المرافعات نفسه يتيح للمدعي أن يطالب المدعى عليه بما عليه من دين تجاه المدعي، والدين أعم من الفائدة.

ولا نبالغ إذا قلنا إن احتمال التعارض بين قوانين وفتاوى المصارف الإسلامية من جهة، وبين قوانين الدولة في البيع والإجارة والشركات والمرافعات والإفلاس والتسديدات وغيرها، من جهة أخرى، وارد، وهو ما يحتم معالجة وافية لرفع هذا التعارض والحرج القانوني.

وأما القسم الثاني من التحديات من النوع الأول فيتمثل في عدم وجود قانون متميز للمؤسسات المالية الإسلامية، وهو ما يضعف قدرة هذه المؤسسات على حماية نفسها من التعرض لمشاكل متعددة لا تنحصر في الإشكالات القانونية فحسب، وإنما قد تتعدى إلى إشكال المخاطر والثقة من قبل المستثمرين وعامة الناس على حد سواء، إضافة إلى إشكال عدم صلاحية العقود

الشرعية ونفاذها على أرض الواقع. والأمثلة على ذلك كثيرة ومتنوعة، ومنها ما يتعلق بقانون العهدة المالية (Trust) وهو قانون يقصد منه التفرقة بين الملكية القانونية المتمثلة في التسجيل وبين الملكية النفعية التي تعبر عن انتقال الملكية من المالك الأول إلى المالك الجديد، ولكن دون تغيير اسم المالك في التسجيل الرسمي إذ أن المالك القانوني – على حسب التسجيل– ما زال هو البائع، ويكون المشتري مالكا نفعيا ويظل الأمر على ما هو عليه حتى يتم التسجيل للمشتري وهو المالك الجديد ولكن العهدة المالية تستطيع أن تحمي مصالح أصحاب الملكية النفعية من احتمال التعسف والتعدي من قبل صاحب الملكية القانونية لأن التسجيل الرسمي ما زال لصالحه.

هنا تخدم العهدة المالية كحامية للأصول التي يتملكها أصحال الملكية النفعية، خاصة في حالة إفلاس صاحب الأصول وهو المالك لهذه الأصول ملكية قانونية إذ بصلاحية العهدة المالية لا يستطيع أصحاب الأصول ودائنوها وضع أيديهم على هذه الأصول التي أصبحت محمية في محل العهدة المالية لصالح أصحاب الملكية النفعية وهم المستثمرون في هذه الأصول [4].

قامت مملكة البحرين مثلاً بوضع قانون خاصّ بالعهدة المالية وهو قانون مصدره القانون الإنجليزي (EQUITY) على أساس المصلحة وذلك لتفادي احتمال تقصير القانون العادي (Common Law)

في تحقيق المصلحة والحماية لمن يستحقُّ هذه الحماية. إنّ هذا المبدأ القانوني ولو كان معترفاً به في الدُّول التي تطبق على القانون الإنجليزي، غير موجود ولا مطبّق في الدُّول التي تطبق القانون المدني الأوربي، وكثير منَ الدُّول العربية ما زالت تطبق هذا القانون ولذلك تحتاج هذه الدّول إلى وضع قانون خاصّ بالعُهدة المالية .

وقد يُقال إنّ المصدر للصّكوك الإسلامية بإمكانه أن يصدر صكوك الإجارة مثلاً على أصوله التي تقع في هذه الدول ولكن هذه الموجودات تكون محل العهدة المالية بالإشارة إلى القانون الإنجليزي، وليس إلى القانون المدني في تلك الدُّول. إنّ هناك نقاشاً قانونياً حول مدى فاعلية

[4] قامت محكمة البحرين بإصدار قانون العهدة المالية لأجل حماية المستثمرين في الصكوك الإسلامية

القانون الإنجليزي بخصوص العهدة المالية في الالتزام به وتطبيقه من قبل المحاكم في تلك الدُّول التي لا تعترف بالقانون الإنجليزي بشأن العهدة المالية. وهذه النُّقطة قد تجعل المستثمرين قلقين في حالة إفلاس أو عجز المصدر مالياً لأنّ حماية المستثمرينَ للصّكوك تقوم على نفاذ مبدأ العهدة المالية على الأصول لهذه الصُّكوك.

وكذلك قد يظهر الإشكال في مسألة بعض العقود الشّرعية التي تمّ اعتمادها من قبل الهيئات الشرعية للمؤسّسات المالية الإسلاميّة ولكن هذه العقود قد ترفضها المحكمة في الدّولة لأنّ هذه العقود ليست مألوفة أو معتبرة من قبل القانون المدني، أو أنّ هذه العقود جديدة ومعاصرة لا يتناول القانون السّائد مفهومها وتطبيقاتها المعاصرة. إنّ هذا الأمر يتّضح في عقد المشاركة المتناقصة إذْ إنّ المحكمة قد اعتبرت هذا العقد من باب البيع أو من باب الإقراض بفائدة، وليس من باب الاشتراك أو المشاركة، كما في قضية بنك دبي الإسلامي مع أحد عملائه في أبو ظبي في مشروع بناء عمارة على أرض ممنوحةٍ من الحكومة.

إنّ هذا الأمر قد يضر المؤسسات المالية الإسلامية لأنّ القانون المدني في الدّول لا يأخذ بعين الاعتبار هذا العقد الجديد، لأنّه غير مُقَنَّنٍ أو مُدَوَّنٍ في ذلك القانون.

وأمّا التّحديات القانونية التي تتعلّق بالحقائق والآثار القانونية التي تقتضيها العقود التِّجارية فهي تحدِّيات لابدّ منها، لأنّها تعبر عن أصالة المؤسّسات المالية الإسلاميّة وتميزها من المؤسّسات المالية التّقليديّة التي لا تتعامل بالعقود التِّجارية وإنما تنحصر أعمالها المصرفيّة في الإقراض والاِقتراض بفائدة. إنّ هذه التّحديات– على الرغم من أنّها من الآثار اللازمة المترتِّبة على العقود التي تُباشرها المؤسّسات المالية الإسلاميّة– هي من جانب قد تعوق مسيرة العقود التِّجارية وذلك لأنّ المؤسسات المالية التّقليدية ما هي إلاّ وسطاء في التّمويل وليست بائعاً أو مشترياً أو مؤجراً أو شريكاً أو مُضارباً خاصة من منظور قوانين الرقابة المركزية والنظم العالمية في كفاية رأس المال وغيرهما من النظم التي لا تزال تنظر إلى المؤسسات المالية الإسلامية على أنها وسطاء في التمويل ولكنها مرخصة في مباشرة التمويل بالعقود التجارية وعليها الالتزام بمواصفات الوسيط التمويلي أكثر من كونها بائعا أو مؤجرا أو شريكا.

فهذه التّحديات تفرض على المؤسسات المالية الإسلامية الالتزام والتّقيُّد بما جاء في القانون أو القوانين بشأن البيع والشِّراء والإجارة التّشغيلية والإجارة التّمويليّة والشركة وغيرها من العقود التي لا علاقة بها بالوساطة المالية التي يقوم بها المصرف التّقليدي. فالتّمويل عن طريق البيع مثلاً كما في المرابحة للآمر بالشراء تقتضي أنّ السِّلعة التي تُباع إلى العميل لا بدّ أن تكون صالحةً للقصد الذي بيعت لأجله وإذا اختلَّ هذا القصد يكون البائع (وهو المصرف الإسلامي) ملزماً بالتّعويض لأنّ فكرة صلاحيّة الاستخدام هي فكرة قانونيّة يفرضها قانون البيع على البائع وهو يباشر أعماله التّجارية من بيع سلع إلى العملاء (Warranty and conditions) وفي التّطبيق العملي فإن المؤسسات المالية الإسلاميّة تلجأ إلى مبدأ الإبراء، وهو أن تتخلى المؤسسات المالية الإسلاميّة عن أيةِ عيوب قد تكون موجودة في السِّلعة المباعة عن طريق المرابحة، والأمثلة على هذا النّوع من التّحديات كثيرة منها التّأمين على المستأجر في الإجارة التّمويلية ومشروعيّة أسهم الامتياز في تكوين رأس المال للشّركة المموّلة في قانون الشّركة السّائدة وغيرها.

فالمؤسسات المالية الإسلامية لا تستطيع أن تخالف هذه الآثار القانونية المترتِّبة على عقود تجارية ولكنّها تستطيع أن تُوفر بعض المخارج الشرعية في بعض القضايا لتكون التّطبيقات المعاصرة ملائمةً لأحكام الشريعة ومبادئها كما في نقل تكلفة التّكافل إلى المستأجر عن طريق المقاصّة بما على المستأجر من سعر شراء السّلعة المستأجرة وماله من متطلبات لتكاليف التّكافل من المؤجر وجدير بالذِكر أنّ المخارج الشرعية قد لا تكون متوفرة وصالحة في كل القضايا كما في شأن أسهم الامتياز وفي التّعويض في تأخير سداد الدَّيْن في البيع بثمن آجل وغيرها.

التّحديات الرّقابية:

إنّ هذه التّحديات تدور حول الأسس الرقابية بين المصرف المركزي وبين المؤسسات المالية الإسلامية لما فيها من بعض السياسات والمنتجات التي لا تتناسب مع أحكام الشّريعة ولكنّ الإشكال قائمٌ لأنّه على المؤسسات المالية الإسلامية الالتزام بهذه السِّياسات والمنتجات

لأنها تابعة للرقابة المركزية. وهذا الإشكال يكون أكثر تعقيداً إذا كانت للمصارف المركزية سياسات ومنتجات مالية واحدة لجميع المؤسسات المالية المرخّصة في الدّولة تقليدية كانت أو إسلاميّة.

أما السّياسات فهي متعددة ومنها إداريّة بحتة ليست لها علاقة بأحكام الشّريعة ومبادئها ومنها قرّاراتٌ ماليّة لها علاقة بأحكام الشريعة ومبادئها ومن أمثلتها الالتزام بالسياسات التي تتعلّق بأغراض متطلبات المصرف المركزي المتعلقة بكفاية رأس المال ولأجل متطلبات بازل (Basel). إنّ بعض المصارف المركزية قد تقوم بالإقراض للمؤسسات المالية في الدّولة بفائدة حتى يتمّ تصنيف هذا القرض أو مبالغ الضخ بمثابة رأس المال من الفئة (2) وذلك لأجل أغراض متطلبات المصرف المركزي المتعلقة بكفاية رأس المال. ويقصد من هذا القرض كذلك تحسين وضع السيولة لدى المؤسسات المالية في الدولة ولكن يعتبرهذا القرض أو الدّعم المالي بمثابة رأس مال من الفئة الثّانية وهو أن يكون هذا القرض في مرتبة أدنى من الدُّيون الممتازة وكافة الدُّيون الأخرى العادية والدّائنين العاديين بما يشمل أصحاب الودائع في المؤسسات المالية ولكن هذا القرض أو الدّعم المالي من قبل المصرف المركزي يتمتع بمرتبة مقدمة عن حقوق الأسهم.

لا شكَّ أنه إذا كان طرح هذا القرض أو الدّعم المالي على أساس الإقراض بفائدة أن ذلك سيوقع المؤسسات المالية الإسلامية في حرج قانوني ورقابي لأنها لا تستطيع أن تشارك في هذا الدّعم المالي المبني على الإقراض بفائدة. فعلى المصارف المركزية توفير آداة مالية التي تتناسب مع متطلبات رأس المال من الفئة الثّانية ومُتلائمة كذلك مع أحكام الشريعة ومبادئها . وقد تكون الوكالة بالاِستثمار إحدى المخارج الشرعية لهذا القرض، حيث يُعين الموكِّل (وهو المصرف المركزي) المؤسسة المالية الإسلامية وكيلاً له فيما يتعلق باستثمار رأس مال الوكالة في معاملات مطابقة لأحكام الشريعة[5].

[5] قد قامت وزارة المالية بدولة الإمارات المتّحدة بتوفير اتّفاقية وكالة لفرض الدّعم المالي للمؤسسات المالية الإسلامية في تلك الدّولة .

وأما المنتجات فمعظمها تثير الإشكال الشرعي إذا كان للمصرف المركزي منتجاً واحداً لجميع المؤسسات المالية ومنها المؤسسات المالية الإسلامية، إذ على الجميع الالتزام والتّعامل بهذه المنتجات وبعض الأمثلة على ذلك هو شهادة الخزانة من قبل المصرف المركزي وهي غالباً ما تكون على أساس الإقراض بفائدة. إنّ بعض النّظم الرقابية قد تلزم المؤسسات المالية الإسلامية بالاِستثمار فيها وذلك لأجل تحقيق متطلبات السُّيولة والكفاية المالية للمؤسسات المالية تجاه عملائها. فعلى المؤسسات المالية الإسلامية من جانب الالتزام بهذه المتطلبات الرّقابية، ولكنها من جانب آخر لا تستطيع التّعامل بهذه الأوراق المالية لأنّها صممت على أساس الإقراض بفائدة إذْ أصبحت المؤسسات المالية مُقرضاً والمصرف المركزي مقترضاً بفائدة. إنّ الفائدة او الرِّبا محرَّم بغض النَّظر عن كون الرِّبا دفعاً أو أخذاً.

وفي الآونة الأخيرة، رأينا أنّ بعض المؤسسات المالية الإسلامية تُعاني من عدم التّوازُن بين الأُصول والالتزامات لأسباب كثيرة ومنها سحب الأموال من الودائع الاستثمارية بمبلغ كبير ومنها الإشكال في السيّولة والتّدفق النّقدي وغيرها من الأسباب التي تجعل المؤسسات المالية الإسلامية تحتاج إلى دعم مالي أو تمويل من طرف آخر. وكذلك فإنّ بعض المؤسسات المالية الإسلامية (تُعاني) من الحصول على السُّيولة أو أن أصولها أكثر من التزاماتها المالية فتحتاج هذه المؤسسات المالية إلى توظيف هذه الأموال توظيفاً يعود على المؤسسات المالية بالأرباح وهنا حاجة إلى سوق النّقد المصرفي [6].

ولو كانت هناك حاجة إلى هذا السُّوق، لم يكن هناك سوق منظم لعملية التّمويل الإسلامي فيما بين المؤسسات المالية الإسلامية (إلاّ في ماليزيا برعاية المصرف المركزي الماليزي). وهذا قد دفع المؤسسات المالية الإسلامية إلى إيجاد بدائل شرعية فيما بين المؤسَّسات المالية الإسلاميّة وغيرها إمّا عن طريق المرابحة أو الوكالة. الأصل أنّ هذا السُّوق من صلاحيَّات الرّقابة المركزية لأنّه يتعلّق بقضية السُّيولة النُّقدية للمؤسّسات الماليّة في الدّولة إذْ إنّ هذا

[6] السوق النقدي : Money Market يعبر عن السوق الذي يستطيع من خلاله أن يقترض المصرف من مصرف آخر بفائدة يحددها هذا السُّوق وأما بالنِّسبة للسُّوق النّقدي الإسلامي فهو يوفر التّمويل الشرعي فيما بين المؤسسات المالية الإسلامية ، إما على أساس المضاربة (تجربة ماليزية) أو الوكالة أو المرابحات الدّولية كما تعمُّ في الدّول العربية والغربية.

السّوق يُساعد كلاًّ من المؤسّسات المالية الإسلاميّة (أو التّقليديّة)في حالة نقص السُّيُولة أو فيضانها[7]. فهذه العملية وهي التّمويل بين المؤسسات المالية الإسلامية تحتاج إلى نوع من الرّقابة من المصرف المركزي لأنها قد تؤدِّي إلى إحداث خلل فنيٍّ لنظام السُّيولة لتتفادى إجهاض النِّظام المصرفي في الدولة لأنّ السّيولة والثِّقة عند العامّة لا تنفكُّ أحداهما عنِ الأخرى. فإنشاء السّوق النّقدي الإسلامي[8] كما تقوم به ماليزيا ومملكة البحرين (من خلال صكوك السّلم) هو بداية صحيحة في مسيرة صناعة المالية الإسلاميّة خاصة في مواجهة التّحديات الرّقابية فيما يتعلّق بأخطر قضية في القطاع المصرفي وهي إدارة السُّيولة.

الخُلاصة والتّوصيات

يبدو أنّ هناك تحدياتٍ كثيرةً ومتنِّوعة تواجه المؤسَّسات المالية الإسلامية ومنها تحديات قانونيّة ومنها رقابيّة وكلٌّ من هذه التّحديات لها مقوِّماتها وخلفيّاتها التي تحتاج إلى معالجة وافيّة وفعّالة . فالمعالجة في التّحديات القانونيّة قد تأخذ سبلا ووسائل عدة، ولكن الوسيلة الفعّالة من منظور قانوني هي أن تعتبر الفتاوى الشّرعية الصّادرة إمّا من هيئة الرّقابة الشرعية للمصرف المركزي أو من المؤسسات المالية الإسلامية ملزمةً في جميع المنازعات القانونية فيما تتعلق بمادّة الحكم الشّرعي وضوابطه، ولكنّها لا تكون ملزمةً من حيث تطبيق حقائق القضية وعناصرها على الحكم الشرعي الصادر عن هيئة الرقابة الشرعية، أو بعبارة أخرى فإنّ القانون لا يسمح بالجدال القانوني في مادّة الحكم الشرعي إذا توافرت ضوابطه وشروطه، إذ الفتوى الشرعية تكون ملزمةً ولكن القانون يسمح ويقبل بالنِّزاع القانوني في

[7] إنّ هذا السُّوق الذي جرى بين المؤسسات الماليّة الإسلاميّة فيما بينها (دون أي ضبط من المصرف المركزي) قد تأثَّر سلبيّاً في الآونة الأخيرة إذ إنَّ الثِّقة تكادُ نفقدُ فيما بين المؤسسات الماليّة لسبب العملاء المماَطلين وقلة السُّيولة النَّقدية في قطاع المصرف.

[8] إنّ عبارة (السُّوق النّقدي) لا تتلائمُ مع أحكام الشّريعة لأنّ النُّقود لا تباع وتُشترى، هنا حاجة إلى صياغة عبارة أكثر انسِجاماً مع أحكام الشريعة مثل: سوق السُّيولة الإسلامي.

مدى توافر الضّوابط والشّروط في عقد من العقود الشرعية وتطبيقه الصحيح على أرض الواقع لأنّ التّطبيق العملي قد يكون مخالفاً لما جاءتْ به الفتوى.[9]

وأما التّحديّات التي تتعلّق بالرقابة فلا بد من وجود تنسيق بين المؤسسات المالية الإسلامية وبين المصرف المركزي في مواجهة أية متطلباتٍ رقابيّة إما في السُّيولة أو في رأس المال لغرض كفاية رأس المال أو الدّمج المصرفي أو الإفلاس أو غيرها من الأمور التي تتعلَّق بالترخيص والنَّشاطات والمتطلَّبات الرَّقابيَّة.

إنّ إنشاء هيئة الرَّقابة الشّرعية عند المصارف المركزية هو إحدى الوسائل لتفعيل هذا التَّنْسيق وإذا كان إنشاء هذه الهيئة غير ممكن لسبب من الأسباب فلا بد من وجود آلية للتّنسيق بين المؤسَّسات المالية الإسلامية وبين المصرف المركزي في مراجعة النّظم الرقابية السّائدة وكذلك في مواجهة المتطلبات الرقابية الجديدة في ضوء التّطوُّرات الاقتصادية المحلية أو العالمية وذلك لأجل وضع مسير صناعة المالية الإسلامية متساوية مع ما تُواجهها المؤسَّسات المالية التّقليدية .

وآخر دعوانا أنِ الحمْد لله ربِّ العالمين.

[9] إنّ قانون المصرف المركزي الماليزي(2009) من خلال المادة 56 قد جعل الفتاوى الشّرعية من قبل هيئة الاِستشارة الشّرعية للمصرف المركزي الماليزي ملزمة على المحاكم

المبحث الثالث: التعليق على ورقة التّحديات الرقابية والقانونية في المؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية، فضيلة الشيخ/ محمد علي التسخيري، عضو اللجنة الشرعية للبنك الإسلامي للتنمية

مقدمة

تعليق على ما طرح في الندوة الشرعية الثالثة في المدينة المنورة من قبل الدكتور داود بكر في مقاله عن "**التحديات الرقابية والقانونية في المؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية**".

ذكر الأستاذ الدكتور داود بكر من ماليزيا أن: النظام التقليدي مبتن على جعل النقود سلعة لها قيمة مالية، أما المؤسسات الإسلامية فتبني على جعل النقود وسيلة للمعاوضة بين الأموال والمنافع، وأساساً في الربح والخسارة للمشاركة. وذكر أن أول عقد في المصارف الإسلامية كان هو المرابحة للآمر بالشراء وهو يواجه بعض التحديات فقد صار المصرف مشترياً من المصدّر وبائعاً للعميل، بدلاً من إقراض العميل ليشتري السلعة، فثارت أسئلة من قبل : هل للمؤسسة الإسلامية شراء العقارات مثلاً وبيعها في السوق بسعر أعلى وهل تترتب تكلفة أو ضرائب (طوابع) على الشراء والبيع وفق القوانين الضريبية لتصلح لنظر المحاكم وكذلك فقد تضطر المؤسسة للحصول على تمويل إسلامي من غيرها او من البنك المركزي لتوفير السيولة، وكل ذلك يثير تحديات رقابية وقانونية.

والتحديات الرقابية أو القانونية تثير العراقيل ورغم كونها سلبية في نظر العوام لكنها يمكن التغلب عليها وقد تلازم الأمر فلا يمكن إزالتها.

والتحديات الرقابية: مثلها: الإجارة فإنها صالحة لتمويل العملاء للانتفاع بالعين، وكذلك صالحة لتمويل العملاء لاقتناء العين وتملكها أثناء الإجارة أو بعدها (المنتهية بالتمليك)، ولكن العقد شرعاً يحمل المؤسسة مشكلات ــ لم تكن مألوفة عند البنوك التقليدية ــ لأنه يتعرض لمخاطر سعر السلعة المستأجرة ومخاطر الملكية كالضرر المادي والمعنوي الناتج من العين

والذي قد يصيب شخصاً ثالثاً.

وكذلك مخاطر إنهاء العميل المبكر للتعاقد، وهو مخالف للعقد ولكن يجب أن يتحمل البنك العواقب لأن السعر قد ينزل في السوق وهو ما يؤثر سلباً على تطابق الأصول والالتزامات للبنك.

ولهذه التحديات تفرض بعض البنوك المركزية متطلبات رأس مال اكبر على المؤسسات الإسلامية لحمايتها وحماية أصحاب الودائع مما يشكل تحدياً رقابياً لا تواجهه المؤسسات التقليدية فهي لا تواجه إلا مخاطر الائتمان، في حين رأينا المؤسسات الإسلامية تواجه مخاطر الائتمان + مخاطر السعر + مخاطر التشغيل.

التحديات القانونية: وتتجلّى في أمرين:

1- الإجراءات التقليدية للدول حيث يحتمل التعارض بينها وبين عمل المؤسسات.

2- استخدام بعض العقود غير المألوفة تقليدياً للبنك وهي من اختصاصات الشركات التجارية التي لا تخضع للبنوك المركزية، وهنا تصبح المؤسسة تاجراً وليس وسيطا مالياً وهو ما رُخّصت لأجله، ويكون رأسمالها مركباً من : رأسمال المساهمين + الودائع المصرفية. فهي ملزمة بمراعاة مصالح المساهمين والمودعين، ومراعاة قانون البنوك والتجارة معاً.

أما في النوع الأول: فيتم التعارض في قسمين: الأول: عدم انسجام المنتجات الإسلامية الشرعية مع هذه النظم القانونية سواء في مضمون المنتجات أو إجراءات المرافعات أمام المحاكم: مثلاً نجد القوانين في بعض البلاد لا تقر عقد المضاربة (حيث يكون البنك مضارباً والمودعون أصحاب رأس المال) إذ يفرض القانون ضمان الوديعة من قبل المصرف حتى ولو كان إسلامياً، ولذا تلجأ المصارف الإسلامية إلى عقد (التورق) مثلا.

الثاني: عدم إفصاح القانون بأن ضوابط المؤسسات الإسلامية، أو أحكام الشريعة لها

الأولوية إن تعارضت مع إحدى مواد القانون، نعم نص القانون الماليزي على هذه الأولويـــة، ولكن لم يفصح عن مدى الأولوية هذه مما يسبب بعض المشاكل كما ظهر ذلك فـــي قـــضية (عدنان بن عمر).

الحماية من التحديات القانونية والرقابة

أما القانونية فلما لم يكن هناك قانون خاص بالمؤسسات الإســـلامية فإنهـــا لا تـــستطيع أن تحمى نفسها، وقد تحصل مخاطر ثقة من المستثمرين وعامة الناس فيها، وفي مدى صـــلاحية العقود الشرعية للتطبيق. ويمكن اللجوء لبعض القوانين كقانون (العهدة المالية (Trust) حيث تنتقل الملكية أحياناً دونما تسجيل رسمي فيقوم القانون بحماية أصحاب الملكية النفعيـــة مـــن تعسف أصحاب الملكية القانونية باعتبار أن التسجيل الرسمي إنما هو لصالحهم فقد يقوم هؤلاء في حالات الإفلاس بوضع اليد على الأصول باعتبارها مملوكة قانوناً ورسماً لهم، ولكن قانون (العهدة) يمنعهم من ذلك، وقد أصدرت البحرين هذا القانون تبعاً للقانون الانكليـــزي، ولكـــن النقاش ما زال قائماً في الدول التي تتبع النظام الأوروبي حول جدوى قانون العهدة مما يجعل المستثمرين قلقين في حالات الإفلاس والعجز وكذلك في العقـــود الأخـــرى كمـــا فـــي عقـــد (المشاركة المتناقصة) إذ اعتبرته المحكمة بيعاً أو إقراضاً بفائدة لا مشاركة.

أما التحديات القانونية المرتبطة بالآثار القانونية للعقود التجارية فهي مما لا بـــد منـــه لأن المؤسسات الإسلامية تمتاز عن التقليدية، مما يفرض على الإسلامية التقيد بقوانين التجـــارة: فالسلعة التي تباع يجب أن تكون صالحة وإلا ألزم البائع (البنك) بـــالتعويض، وربمـــا تلجـــأ المؤسسات الإسلامية إلى فكرة الإبراء من العيوب والأمثلة كثيرة: كالتأمين على المستأجر في الإجارة التمويلية.

وبالنسبة للتحديات الرقابية فتستعصي حينما يكون للبنوك المركزية سياسات ومنتجات مالية واحدة لجميع المؤسسات تقليدية أو إسلامية. وهذه السياسات إما إدارية لا علاقة لها بالشريعة أو مالية لها علاقة بالشريعة.

ومنها: ما يرتبط بكفاية رأس المال، ولكي تتحقق متطلبات (بازل) فـــإن بعـــض البنـــوك

المركزية قد تُقرض المؤسسات الإسلامية بفائدة لغرض تحسين السيولة لديها، ويعتبر القرض رأس مال من الدرجة الثانية وأدنى من الديون الممتازة والعادية ويتمتع بمرتبة متقدمة على حقوق الأسهم.

وهذا سيوقع المؤسسات في حرج فهي لا يمكنها التعامل بالربا فيجب توفير آلية ملائمة للشريعة مثل (الوكالة في الاستثمار) من قبل البنك المركزي للمؤسسة .

وأما المنتجات فمعظمها مشكِلة من قبيل (شهادة الخزانة) فهي إقراض بفائدة غالباً وقد تلزم البنوك المركزية بالاستثمار فيها لتوفير السيولة مما يحرج المؤسسات المالية بلا ريب.

وقد لوحظ أن بعض المؤسسات أخيراً عانت من عدم التوازن بين الأصول والالتزامات نتيجة لسحوب من الودائع، وعدم السيولة فاحتاجت لدعم مالي مما يؤدي للحاجة إلى سوق مالي منظم بين المؤسسات الإسلامية (وهو موجود في ماليزيا برعاية البنك المركزي) مما دفع بعض المؤسسات لإيجاد بدائل شرعية إما عن طريق المرابحة أو الوكالة. وهذه من قضايا الرقابة المركزية لأنها قد تؤدي إلى إجهاض النظام المركزي لأن السيولة وثقة العامة مرتبطتان.

ومن هنا فإن إنشاء (السوق النقدي الإسلامي) كما هو في ماليزيا والبحرين هو بداية صحيحة في مسيرة الصناعة المالية الإسلامية، خاصة لمواجهة التحديات الرقابية في (إدارة السيولة) أي عدم نقصانها من جهة وعدم جمودها من جهة أخرى.

ومع دقة التحليل وتأييده نود أن نقول:

إن التحدّي الرقابي لمؤسسة التكافل قوي لا يمكن تخطّيه خصوصاً وان هذه المؤسسة تحتاج لرعاية البنك المركزي أولاً وتعتمد على مؤسسة تقليدية غالبا وهي مؤسسة إعادة التكافل مما يتطلب أمورًا من قبيل:

1 – قيام البنوك المركزية بالتمييز بين هذه المؤسسات والمؤسسات التقليدية من حيث السياسات المالية التي يجب تطبيقها، أما السياسات الإدارية فلا مانع من تشديدها لأنها لا

ترتبط بالشريعة.

وهذا التمييز المقترح يأتي من ضرورة الانسجام بين المؤسسات في العالم الإسلامي وما يؤمن به الشعب من قيم شرعية، وهو بلا ريب سيزيد الثقة العامة بالنظام العام ويدفع للتعاون الأكبر معه.

2- ويمكن أن نفترض للبنوك المركزية أن تقوم بتقديم القروض الحسنة وهي مضمونة بكل وسائل الضمان تحقيقاً لما قلناه.

3- كما يمكن أن نتصور ذلك من خلال تطبيق ما اقترحه الدكتور من (نظام الوكالة في الاستثمار) الذي يقوم بين البنك المركزي وبين المؤسسة الإسلامية أو فيما بين المؤسسات الإسلامية نفسها.

4- وكذلك يمكن للبنوك المركزية ان تبذل جهدها لإيجاد ما اقترحه الدكتور من (سوق لإدارة السيولة النقدية) تقوم بين المؤسسات الإسلامية التي تقدم خدمات مالية إسلامية فلا تدع السيولة فيها مبتلاة بالجفاف أو الجمود مما يتنافى مع الإدارة المطلوبة.

ويستطيع هذا السوق أن يستعمل مختلف المنتجات التمويلية الإسلامية لإبقاء حيوية العمل المصرفي الإسلامي وجلب ثقة المودعين والمستثمرين. ومن تلك الأساليب منتجات الصكوك المتنوعة كصكوك المشاركة والإجارة والاستصناع والجعالة وغيرها.

أما التحديات القانونية: فيمكن أن نذكر حولها ما يأتي:

1 – ضرورة العمل على استصدار قوانين خاصة بالصنعة المالية الإسلامية تدعمها وتحميها من التحديات، وتوجيه القضاة إلى ملاحظة خصوصيات العقود الإسلامية، وينبغي أن تكون العقود شفافة لا ابهام فيها فيسهل تحريفها، كما يجب أن نضمن إفصاحات دقيقة ليس فيها لبس أو تغرير.

2- ضرورة استقصاء البحث في النظام الوضعي لاكتشاف القوانين التي يمكن أن توفر هذه الحماية كما أشار الدكتور إلى قانون الـ (TRUST) أو العهدة المالية، أو الاعتماد على

قاعدة (أن العقد هو شريعة المتعاقدين) والرجوع بالتالي إلى مفهوم الشريعة للمصطلحات الواردة فيه.

3- لا مانع بل يجب على المؤسسة المالية الإسلامية حينما تمارس العمل التجاري أن تلتزم بقانون التجارة وهو لا يوفر لها مخاطر كبيرة كما أنها تستطيع أن تتحوط لنفسها بما تراه من شروط تطرح ضمن العقد.

4- والأهم من ذلك أننا بحاجة إلى معادلات تقوّي المؤسسات الإسلامية لكي تستطيع أن تتحدّى النظام التقليدي حتى في البيئة التقليدية وذلك من حيث قدرة رأس المال وسعة الخدمات والتسهيلات المقدّمة للعملاء وتنوّعها وقدرتها الاقتصادية، ودقة الإفصاحات المقدمة، وتكوين احتياطات لمواجهة المخاطر المتنوعة.

5- يمكن أن ندرس إنشاء نظام وسيط تلعب فيه مؤسسات وسيطة كمؤسسة الخدمات المالية الإسلامية دوراً رئيساً سواء في مجال التحديات الرقابية أو التحديات القانونية فتعد مرجعاً للبنوك المركزية أو للجهات القانونية يساهم في رفع التحديات.

أما اقتراح الأخ الأستاذ الدكتور عبد الرحمن الأطرم فهو لم يدخل إلى صميم التحديات وأنواعها وسبل معالجتها وإنما ركّز على خطة تشترك في إعدادها مؤسسات عديدة لتوفير ما أسميناه بالوسيط المطلوب لمواجهة أنواع التحديات.

وهذا الاقتراح يجب أن تتم صياغته بدقة وسدّ الثغرات والمشكلات المتوقع لها أن تُثار بوجهه، ثم يجب الحصول على مباركة له من قبل المؤسسات الإفتائية الكبرى في العالم الإسلامي والمجامع الفقهية كمجمع الفقه الإسلامي ومؤسسة البحوث الإسلامية، والمجالس الشرعية المهمة كالمجلس الشرعي للبنك الإسلامي للتنمية، والمجلس الشرعي التابع لهيئة المحاسبة والمراجعة للمعايير الشرعية،

لتشكّل لجنة تنسيقيه تنظّم الإجراءات العملية وتنسّق الفتاوى الشرعية وتضع الخطة التي تراعي الأولويات والأهداف المرحلية. وإني أعتقد جازماً أنها ــ أي الخطة ــ تستطيع أن تلعب دوراً هاماً على صعيد الخدمات المالية الإسلامية عموما والله تعالى الموفق للصواب.

المبحث الرابع: المنهج الشرعي المقترح لمقابلة التحديات القانونية والرقابية في صناعة الخدمات المالية الإسلامية، فضيلة الدكتور/ عبد الرحمن بن صالح الأطرم، الهيئة الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل، رابطة العالم الإسلامي

مقدمة

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وأصحابه ومن تبعهم إلى يوم الدين، وبعد:

فهذه ورقة مقدمة للمشاركة في الندوة الشرعية الرابعة لمجلس الخدمات المالية الإسلامية التي ستعقد في المدينة المنورة، المملكة العربية السعودية في يومي 27 و28 يناير 2011م ، وعنوان الندوة: "تحقيق المنهج الشرعي لمواجهة التحديات الرقابية والقانونية لصناعة الخدمات المالية الإسلامية"، وستقدم هذه الورقة في الجلسة التي تناقش (الممارسات الأفضل لهيكل الضوابط الشرعية لصناعة الخدمات المالية الإسلامية).

علماً أن لبّ هذه الورقة مقترح سبق تقديمه في الندوة الشرعية الثالثة التي انعقدت في المدينة المنورة يومي 21 و22 يناير 2010م.

ويعاد هذا المقترح مرة أخرى في هذه الندوة بناء على طلب المجلس مع بعض الإضافات والتعديلات التي اقتضتها طبيعة المراجعة والنظر والتأمل مستفيداً من بحث غير منشور بعنوان (سياسة الجودة الشرعية في المصرفية الإسلامية) إعداد الأمير الدكتور عبد العزيز بن سطام بن عبد العزيز آل سعود، عضو هيئة التدريس في المعهد العالي للقضاء في قسم السياسة الشرعية جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

فإلى المقصود من هذه الورقة والله المستعان.

من المعلوم أن الصناعة المالية الإسلامية قد شهدت نمواً ملموساً في السنوات الأخيرة، وقد تجاوز حجم أصولها ثمانمائة واثنين وعشرين مليار دولار (822 مليار دولار) وبلغ حجم إصدار الصكوك الإسلامية نحو مئة مليار دولار (100 مليار دولار) في نهاية العام 2009م، هذا عدا الصناديق الاستثمارية وشركات التأمين الإسلامي، كما تشير التوقعات إلى نمو مستمر في الصناعة المالية الإسلامية ومن المتوقع أن يكون حجم النمو 30% فأكثر.

ورغم ذلك النمو الذي فرضه الطلب على هذه الصناعة وتسابق مؤسسات القطاع الخاص على تقديمها، فإن هناك صعوبات عديدة يواجهها قطاع التعاملات المالية الإسلامية على المستوى المحلي والمستوى الدولي.

وهذه الصعوبات والتحديات متنوعة ومتعددة وسواء كانت هذه التحديات من جهة عدم توافر البيئة القانونية والرقابية التي تخدم هذه الصناعة ــ أو أشد من ذلك وهو وقوف هذه القوانين ضدها، أم كانت ناشئة من السكوت عن هذه الصناعة، وعدم التصريح بالاعتراف بها، ومن ثَم فهي تعمل في بيئة مجهولة العواقب قانونياً ورقابياً، أم كانت تعمل في بيئة تعترف بها قانوناً ورقابياً، لكن على وجه الإجمال ، بحيث لا توجد التفاصيل الوافية والملائمة لطبيعة هذه الصناعة ، أم كانت تعمل في بيئة يتوافر فيها نوع من التفصيل القانوني وشيء من المعايير الرقابية، ولكن تواجهها التحديات خارج بيئتها – خاصة وأن هذه الصناعة صناعة تمتد خارج الحدود– .

أقول: على أي نحو كانت هذه التحديات، فإن المتعين على المهتمين بهذه الصناعة مهنياً وعلمياً أن يواصلوا البحث والعمل على تذليل تلك الصعوبات سواءً بالحلول الجذرية أو بالحلول المؤقتة والمرحلية في حدود ما يمكن تخريجه على وجه معتبر في الشريعة الإسلامية.

وسأتجاوز كثيراً من الحلول التي طرحت بشكل حلول جزئية أو مؤقتة مثل حل مشكلة الضرائب أو حل فقرة التقاضي في العقود بإضافة فقرة تنص على المرجعية الإسلامية، مع ما

يكتنف هذا الحل – على هذا النحو – من مخاطر، أو حل مشكلة تصنيف الحسابات الاستثمارية على نحو توفيقي في إظهاره في المركز المالي، وحل بعض مشاكل التأمين في مسألة العجز أو الفائض أو غيرها من المشكلات التي نشأت ابتداء من دمج شخصية شركة التأمين بشركة إدارة التأمين مما أورث عددا من الإشكالات القانونية، وبعضها ناشئ عن تضارب المصالح بين شركة التأمين وشركة إدارة التأمين.

أقول: سأتجاوز هذا النوع من الحلول اكتفاء بما سبق في عدد من اللقاءات العلمية، وما صدر عن عديد من الهيئات الشرعية بشأن ذلك، وما تم عرضه في بحوث الندوة الثالثة للمجلس المنعقدة في المدينة المنورة .

وسأعرض حلا – قد يكون أمنية أو طموحاً– لكن هل كانت المصرفية الإسلامية في يوم ما إلا أملاً وطموحاً.

وسأقدم بين يدي الحل بالتمهيد الآتي:

من المعلوم أن الصناعة المالية التقليدية صناعة قد استقر العمل بها، وهي صناعة معترف بها، وتحكمها جملة أنظمة ومعايير وأعراف.

وأما الصناعة المالية الإسلامية فهي إلى الآن في طور النشأة وتسير نحو الاعتراف والاستقرار وتواجه ما سبقت الإشارة إليه آنفاً.

وفي مسيرتها تلك تجمّع لها عدد لا بأس بها من المعطيات الإيجابية أجمل أبرزها فيما يأتي:

- تطبيقات عملية واسعة في أنحاء العالم سواء كانت بلاداً إسلامية أم لا .
- تكون ثروة فقهية نفيسة نتجت عن الجهود الجماعية لهذه الصناعة سواء من المجامع أو الهيئات أو اللقاءات والمنتديات العلمية.
- نشوء عدد من الهيئات الداعمة والتي تمثل بنية تحتية مهمة مثل: هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية–البحرين– ، ومجلس الخدمات المالية الإسلامية – ماليزيا– ، والتي نتج عنها جملة من المعايير المهمة (معايير شرعية، ومعايير محاسبة ومراجعة، ومعايير احترازية رقابية). وهذه تمثل عصباً مهماً لهذه

الصناعة.

- وجود البنك الإسلامي للتنمية، وهو يمثل قاسماً مشتركاً بين دول منظمة المؤتمر الإسلامي.

هذه المعطيات وغيرها لا شك أنها تمثل مرحلة مهمة في مسيرة الصناعة المالية الإسلامية يجب استثمارها على نحو يحقق للصناعة نقلة نوعية، وتنقلها إلى مرحلة متطورة تحل الكثير من المشكلات، بل وربما تصبح نقطة تحول للصناعة المالية ككل، وتكسبها الجودة الشرعية في التطبيق، والثقة الحقيقية للمتعاملين.

وهنا أعرض الفكرة التي رمت الوصول إليها ألا وهي:

استثمار كل ما سبق للانتقال إلى مرحلة التدويل والاعتراف، وذلك بالعمل والتعاون على الوصول إلى قانون في الصناعة المالية الإسلامية يكون مرجعاً معترفا به:

أولاً: للجهات المصدرة للمعايير المحاسبية والرقابية والإشرافية.

وثانياً: يكون معترفاً به في مرجعية العقود والاتفاقيات التي تبرمها منشآت الصناعة المالية الإسلامية، بما يضبط العلاقة بين المتعاملين ، ويسهل وييسر أمور التقاضي لدى الجهات القضائية المختصة، وهو أمر مهم يدرأ مخاطر كبرى في الجانب القضائي.

وثالثاً: يكون مرجعاً للدول التي تريد وضع قوانين لهذه الصناعة.

إن هذه الفكرة تبدأ منا نحن وذلك بأن نحول تلك المنتجات من القرارات المجمعية والمعايير الشرعية، وفتاوى الهيئات الشرعية إلى مدونة شرعية تكون قانوناً للصناعة يتولى إصدارها جهة تضم عدداً من أهل الاختصاص تنشأ من قبل أقوى الجهات التصاقاً بهذه الصناعة.

وليكون الاقتراح عملياً فإني أقول: هذه الجهة المقترحة يمكن أن يشارك في إنشائها على الأقل أربع جهات رئيسة، هي:

(مجمع الفقه الإسلامي بصفته يمثل منظمة المؤتمر الإسلامي، والبنك الإسلامي للتنمية بالصفة

السابقة وبصفته المهنية، والمجلس الشرعي بصفته أول مجلس مؤسسي يصدر أساساً لمدونة قانونية للصناعة المالية الإسلامية، أو قل هيئة المحاسبة والمراجعة بمجلسها الشرعي والمحاسبي، ومجلس الخدمات المالية الإسلامية بصفته يضم عدداً كبيراً من المحافظين على مستوى العالم، وقد أصدر هذا المجلس جملة من المعايير الرقابية والمبادئ الإرشادية لمجلس الخدمات المالية الإسلامية).

هذه الجهات تقوم بإنشاء تلك الجهة في مكان مناسب ويوضع لها الاسم المناسب وتتولى إصدار المدونة القانونية لتلك الصناعة، وتكون مرجعية شرعية معترف بها من كل الأطراف المؤثرة ، بجانب ذلك يكون هناك استثمار للعلاقات والتواصل مع بعض الجهات المهمة عالمياً لكسب التأييد والاعتراف بهذه المنشأة الجديدة، مثل صندوق النقد الدولي وبازل وغيرها من الجهات المهمة.

وهنا أسجل الملحوظات الآتية:

أولاً : أن هذا الاقتراح لا يؤدي إلى البدء من جديد، بل سيكون استثماراً وامتداداً وتركيزاً للجهود التي سبقت، وكانت متفرقة بين مؤسسات الصناعة.

ثانياً: أننا بهذا الاقتراح نكون قد جمعنا موافقة جهات مهمة وكسبنا اعترافاً دولياً، قد يكون في بدايته محصوراً لكن من المتوقع أن يتوسع هذا الاعتراف، خاصة وأن دول المنظمة، ومحافظي البنوك المركزية يكونون جزءًا مهماً في تلك المرجعية .

ثالثاً: أن هذا تسلسل تكاملي في مسيرة الصناعة المالية الإسلامية وليس منافسة على مكاسب خاصة.

رابعاً: أن هذا الاقتراح سيؤدي إلى حلول جذرية لمشكلات الصناعة المالية سواءً كانت قانونية أم رقابية أم قضائية.

خامساً: أن هذا سيؤدي إلى تضييق نطاق الخلافات الفقهية وتضارب الفتوى التي تصدر من

الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية وتؤدي إلى تولد عدم الثقة للمتعاملين مع هذه المؤسسات ونشهدها في جملة من التجارب المالية المصرفية.

وقد يقال: إن هذا الاقتراح يقوم مقامه المجمع الفقهي أو المجلس الشرعي في هيئة المحاسبة، فهي قد قطعت شوطاً كبيراً في إصدار قرارات وإصدار معايير متعلقة بالصناعة المالية الإسلامية.

أقول: لا شك أن ما تم إنجازه في هذين الكيانين هو مما نعتز به، وهو منتج ضخم وثروة عظيمة، لكن المجمع ليس خاصاً بالصناعة المالية من جهة، ومن جهة أخرى فإن مجموع القرارات مهما كانت لن تمثل ما يمكن أن يكون مرجعية متكاملة في ضوء الفكرة المقترحة.

وأما المجلس الشرعي في هيئة المحاسبة فمنتجه هو أقرب ما يكون إلى الصفة المطلوبة ولكن أصبح تدويلها مرهوناً باكتساب اعتراف ينقلها من مرحلة البناء النظري والاستفادة الاختيارية لمن شاء، إلى مرحلة الاعتراف الشامل، وجعلها مرجعية للمعايير المحاسبية والإشرافية والرقابية، والتقاضي والتحاكم، وهذا لا يكفي فيه المجلس الشرعي بصفته الحالية، ولا شك أنه سيكون مكوناً أساسياً في المنشأة المقترحة.

إن الانتقال إلى مرحلة التدويل والاعتراف الدولي أمر مهم، والأهم من ذلك أن يتحقق عن طريق المعنيين بالصناعة المالية الإسلامية من أهلها، وألا يفرض عليهم من جهات دولية قد تأخذ زمام المبادرة إلى هذا الأمر ومن المناسب هنا أن أنقل بتصرف مقطعاً من بحث سياسة الجودة الشرعية في المصرفية الإسلامية . وذلك في مبحث إشكالية عمل المؤسسة بالفتوى، وفيها ذكر أن المؤسسة تواجه عدة إشكاليات لخصها في ثمان إشكالات ، السابع منها (إشكالية العمل الدولي بالفتوى) وحينما حرر تلك النقطة ذكر فيها ما يأتي:

سابعاً: إشكالية العمل الدولي بالفتوى:

تكاد تكون جميع الفتاوى الصادرة عن الهيئات الشرعية والمجامع الفقهية غير قابلة للأداء القانوني الدولي بصورتها الحالية، ما لم يتم تبنيها بشكل رسمي من بعض الدول أو ما لم تتحوّل إلى معايير عمل ورقابة وتدقيق وفق الإجراءات العلمية والمهنية المعترف بها دولياً،

فمعايير التدقيق الدولية تتطلب وجوب تطبيق سياسات وإجراءات الرقابة على الجودة على كل من مستوى عمليات التدقيق الذي تقوم به شركات التدقيق أو عمليات التدقيق الذي يقوم به الأفراد وتطبيق سياسات وإجراءات الرقابة على الجودة بموجب معايير التدقيق الدولية أو المعايير أو الممارسات القومية المناسبة، كما أن انضمام المملكة العربية السعودية إلى اتفاقية منظمة التجارة العالمية يتطلب عدم استخدام الأنظمة الحكومية للحد من التنافس ــ على سبيل المثال بين المنتجات والخدمات الإسلامية وغير الإسلاميةــ ويشمل ذلك النقاط الآتية:

1. عدم وجود نصوص قانونية؛ أو استثناءات تشريعية أو أنظمة حماية تتستر على السلوك موضع الانتقاد؛ أو عدم نفاذ القانون الموجود.
2. وجود سياسات حكومية أخرى تشجع السلوك غير التنافسي صراحة أو ضمنا.
3. ضمان التطبيق المعقول والموضوعي للوائح المحلية ذات التطبيق العام والتي تؤثر على تجارة الخدمات.
4. إقامة المحاكم التجارية والإدارية وتسهيل إجراءات إعادة النظر في القرارات الإدارية التي تؤثر في تجارة الخدمات.

ولأجل ذلك نجد المختصين و فقهاء المصرفية الإسلامية يحذّرون بأنهم عما قريب سيكونون ملزمين بتطبيق معايير دولية موحدة صادرة عن البنك الدولي ، وذلك عقب إعلان البنك الدولي وضع معايير دولية ملزمة للصناعة ، وبخاصة مع استمرار ابتعاد فقهاء المصرفية الإسلامية عن المعايير الموحدة التي تنظم أعمال تلك الصناعة بشكل عام وتبتعد عن الاختلافـــات، فإن ترك ذلك "سيجبرهم خلال الفترة المقبلة عـــلى القبول بالمعايير الدولية لتتماشى أعمالهم بالشكل الذي لا يتعارض مع أعمال المؤسسات الأخرى المعتمدة على المعايير العالمية.

ومع أن المصرفية الإسلامية سجلت سبقاً جديداً لدى المؤسسات الدولية باعترافها بالمصرفية الإسلامية كصناعة مستقلة لها خصوصيتها وضوابطها الخاصة في مجال دعم الصناعة المالية الإسلامية وممثلة بالبنك الدولي وذلك بعد أن تقاعست المؤسسات المالية الإسلامية المحلية أو تأخرت في الأخذ بزمام المبادرة والتحكم بمجريات الأمور، فبعد أن أعلن البنك الدولي أخيراً

عزمه دعم الهيئات المعنية من خلال وضع معايير لقطاع التمويل الإسلامي وتحويل معاييره ومع دخول البنك الدولي بقوة في هذه الصناعة وتبني التمويل الإسلامي باعتباره أحد الخيارات الجيدة لإدارة المحافظ المالية للدول، يبرز التساؤل عن ماهية هذه المعايير؟ وكيف يمكن للبنك الدولي وضعها ومواءمتها مع الضوابط الشرعية؟ و كيف يمكن أن تصبح هذه المعايير ملزمة للبنوك والمؤسسات المالية الإسلامية؟

ويرى لاحم الناصر المستشار في المصرفية الإسلامية أن البنك الدولي سيستخدم المعايير الموجودة حالياً لدى هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (الآيوفي)، ومجلس الخدمات المالية الإسلامية – ماليزيا، وأضاف بأن البنك الدولي سوف يستخدم هذه المعايير بحيث يجعل منها إلزامية عن طريق المؤسسات التابعة التي لها عناية بالقطاع المصرفي مثل بنك التسويات الدولي، وهذه المؤسسات قراراتها ملزمة بحكم العمل، لأن أي مصرف يريد أن يعمل في هذا القطاع في الغالب لا يستطيع العمل إلا بتطبيق هذه المقررات خارج نطاق دولته، وأغلبية الحكومات تلزم مؤسساتها بالمعايير الدولية حتى لا يحدث تعارض معها، ثم إن هذه المعايير وضعت بعناية من قبل أهل الاختصاص وسيكون فيها حماية أكبر للقطاع المصرفي وهو ما تعيه البنوك المركزية، الأمر الثاني أنه في حال كانت علاقات البنوك المحلية مع البنوك الدولية ضعيفة دل ذلك على ضعف القطاع المالي للدولة، وبالتالي الدول تسابق لتطبيق المعايير الدولية، وانتقد الناصر بطء المؤسسات المالية الإسلامية وتأخرها في تبني هذه الصناعة وتقنينها، مستشهداً بالسبق الكبير الذي يحققه البنك الدولي والمؤسسات الدولية على المؤسسات الرقابية المحلية في مسألة الاعتراف بالمصرفية الإسلامية كصناعة مستقلة ثم محاولة تقنين أعمالها وجعلها متلائمة مع الصناعات الدولية في مجال المعايير والضوابط وفقاً لخصوصيتها، وبذلك تسجل المؤسسات الدولية سبقاً على المؤسسات المحلية التي كان يفترض أن تسجل هي السبق لأنها انبثقت من رحم هذه الدول وأن تكون هي صانعة القرار، لكن للأسف نجد أن المؤسسات الدولية هي من تصنع القرار خارج نطاق هذه الدول وبالتالي ستفرض عليها معايير وشروطا ربما لا تتلاءم معه .

وهذا يعني أن الجهة التي تبيع المنتج أو تقدم الخدمة على نطاق دولي ستجد صعوبة في الإلزام القانوني الناتج عن العمل بالفتوى سواء كان الإلزام لها أو عليها وهذا أمر مهم جداً، ويمثل مشكلة حقيقية تواجه المصارف الإسلامية وبخاصة فيما يتعلق بالتمويلات التجميعية الدولية).

وبعد:

فإن الجودة الشرعية تتحقق بسلامة الأساس الشرعي الذي بنيت عليه التعاملات والمنتجات من الناحية النظرية ثم بالتطبيق السليم للمنتجات والتعاملات عند تقديمها للمستفيدين ، وذلك يتطلب تنظيماً قوياً يبدأ من إصدار الأحكام الشرعية للتعاملات، ثم الرقابة الشرعية في تطبيقها سواء على المستوى الداخلي للمؤسسة أو على المستوى الرسمي بناءً على معايير رقابية وإشرافية تقود إلى تحقيق الجودة والسلامة الشرعية ، بحيث لا يكون الأمر في النهاية استغلالاً لعواطف التدين لدى الناس وتمرير المعاملات تحت اللافتة الشرعية دون تحقيق للمقتضى والمتطلب الشرعي على وجهه الصحيح.

ويتحول ذلك التنظيم سواء كان تقنيناً للأحكام، أو معايير للرقابة والإشراف والمحاسبة، إلى واقع معترف به على المستويات المحلية والإقليمية والدولية، وبذلك يمكن أن تكتسب الصناعة المالية الإسلامية مكانتها وأن تحتل موقعها اللائق بها.

وختاماً:

فهذا ما بدا لي تسطيره في هذا اللقاء نصحاً لهذه الصناعة وغيرة عليها، وأملاً في مستقبل زاهر لها، والله الموفق.

الفصل الرابع

التحديات القانونية في صناعة الخدمات الماليّة الإسلامية:

تجارب بعض الدول

المبحث الأوّل: توفير البيئة القانونية لصناعة الخدمات المالية الإسلامية مع التركيز على تجربة السودان، فضيلة الدكتور/ أحمد علي عبد الله، الأمين العام للهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي والمؤسسات المالية بالسودان – الخرطوم

مقدمة

أولاً: المقصود بتوفير البيئة القانونية المناسبة لصناعة الخدمات المالية الإسلامية هو إعداد التشريعات القانونية اللازمة لتمكين جهات الاختصاص من :

أ- هندسة وميلاد الصيغ والأدوات المالية الإسلامية.

ب- وتيسير تطبيقاتها في إطار المناشط الاقتصادية.

ج– ومراعاة عدم التناقض القانوني في إطار اتساع النشاط الاقتصادي فى بيئات قانونية مختلفة.

د– مع التركيز على إبراز تجربة السودان فى هذا الخصوص.

ثانياً: حرص ولاة الأمر في السودان مبكراً على التوافق بين عقيدة الأمة من ناحية، وبين ممارسة نشاطاتها المتعددة وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

صدرت فيما بين 1983م – 1984م جملة من التشريعات الإسلامية في مجال القوانين الموضوعية والإجرائية، الأمر الذي أدى إلى أن تكون الشريعة الإسلامية هي النظام القانوني الحاكم لحياة الناس في شعبها المختلفة، ومن ذلك:

01 قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م.

02 قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م.

03 القانون الجنائي لسنة 1983م.

04 قانون الإجراءات الجنائية لسنة 1983م.

05 قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م.

06 وتضمنت هذه القوانين:

أ- صيغ المعاملات الإسلامية.

ب- الأحكام الضابطة لهذه الصيغ والموجهة لها.

ج- القواعد الفقهية التى تحكم بـدورها هـذه الـصيغ والأدوات الماليـة الإسلامية.

د- كيفية فهم وتفسير القانون على نحو يفيد أن الشارع لم يقصد مخالفـة حكم الشريعة الإسلامية.

هـ - والتوجيهات الأخرى المرشدة لفهم وتطبيق مواد القانون.

ثالثاً: 1- في عام 1990م أعلنت الدولة التزامها بأحكام الشريعة الإسلامية، وعملت بجـد واجتهاد في تعميق فهم التشريع الإسلامي، وإنزاله على واقع حياة الناس وعقدت لذلك المؤتمرات الجامعة لكل أصحاب الخبرات دون عزل، واختيـار الكـوادر المؤمنـة، صاحبة الخبرة والدراية على مستوى الهيئة القضائية والنيابة، وفي مجـالات العمـل المصرفي والتأمين والسياسات الاقتصادية، كل ذلك وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

والمقصود بعبارة (تعميق) أن البرنامج افترض أسلمة هذه المؤسسات نتيجة لما صدر من تشريعات سابقة، ولكن لم تُفعّل هذه التشريعات على أرض الواقع، وإنما يريد أن يصحّح مسارها ويزيد فاعلية تطبيقها، وفقاً لأحكام الشريعة، ويزيل ما شابها وعلّـق بها من تطبيقات خاطئة.

2- كانت أول وثيقة جامعة وموجهة لأسلمة النشاط الاقتصادي هي البرنامج الثلاثي للإنقاذ الاقتصادي الذي صدر عقب إعلان الرئيس تطبيق الشريعة الإسلامية. جاءت مقدمة البرنامج تتحدث عن إيجاد البديل الاقتصادي المرتكز على منظور أخلاقي، نابعٍ عن عقيدة الشعب، وعن تفكير وطني مستقل، بناء على ما توصل إليه مؤتمر الانقـاذ الاقتصادي بأن يكون للدين دور فاعل في حياة الإنسان، وأن يكون الالتزام بالشريعة هو الأساس في كل مجالات الحياة، والاقتصاد منها على وجه الخـصوص. اتجهـت أهداف البرنامج الاقتصادي من التحكم إلى التحرير الاقتصادي وذلك بما يأتي:

- بتحريك جمود الاقتصاد وتوجيهه نحو الإنتاج.
- وبحشد الطاقات عن طريق تعديل الهياكل الاقتصادية والمالية والمؤسسية، وبتحقيـق توازن اجتماعي حتى لا تتم عملية تحريك الاقتصاد على حـساب الفئـات الـضعيفة اقتصادياً.

ففي مجال السياسة النقدية والتمويلية: تحوّل البرنامج من العموم إلى الخصوص، مهتماً بالنشاط المصرفي الذي هو مظنة المخالفة لأحكام الشريعة، لاعتماده على أدوات الربا واشتماله على الغرر والجهالة.

لقد صيغ البرنامج الثلاثي في شكل محاور، وكُونت لكل محور لجنة متخصصة، ومن بين هذه اللجان لجنة السياسات النقدية والتمويلية اشتملت هذه اللجنة على عدد من علماء الشريعة، وخبراء العمل المصرفي، ورجال الأعمال، وغيرهم من أهل الهم الاقتصادي الواسع. وجاء تقرير هذه اللجنة مشتملاً على أربعة بنود متعلقة بتعميق إسلام هذا المحور:

1- <u>ماذا نعني بأسلمة النظام المصرفي والمؤسسات المالية؟</u>

يعني ذلك تحريم الربا وكل وجوه أكل أموال الناس بالباطل:

- بين الأفراد،
- بين المصارف والأفراد،
- وبين المصارف والمؤسسات الأخرى،
- وفي التعامل الخارجي للمصارف،
- وفي معاملات الدولة، إلا عند الضرورة.

2- <u>الآثار الناجمة عن أسلمة النظام المصرفي:</u>

<u>معالجة المعاملات السابقة</u>

أ- المعاملات التي تمت بموجب صيغ الاستثمار الإسلامي تعتبر صحيحة وفقاً للشكل الذي تمت به، على أن يخضع كل مصرف تعامله السابق وفق الإجراءات الصحيحة لبيع المرابحة وغيره من الصيغ الإسلامية، ابتداء من صدور هذه التوجيهات.

ب- المعاملات التي تمت بصيغة العائد التعويضي أو أي صيغة ربوية أخرى تعالج على النحو الآتي:

- يستوفي العائد التعويضي أو أي فائدة ربوية أخرى على وجه الإلزام.
- وبما أن العائد التعويضي كسب خبيث فتحوّل فوائد بنوك الدولة لصندوق التكافل وعلى المصارف الخاصة صرفها في وجوه البر المختلفة، بما فيها صندوق التكافل.
- الفائدة المعنية هنا هي الفائدة عن السنة المالية الجارية.

3- **المعاملات الخارجية:**

أ- **المراسلون:** يتم التعامل مع المراسلين بموجب الفتوى المعمول بها التي تقضي بعدم أخذ الفائدة أو إعطائها مع إمكانية إعادة النظر في الفتوى.

ب- **التمويل بالخصم:** الأصل أن تتم معاملات الدولة وفق صيغ الاستثمار الإسلامية مع المصارف الإسلامية، والنوافذ الإسلامية، وعند الضرورة، وتحقق أحكامها، يجوز التعامل بالخصم وكذلك تجوز القروض الربوية عند تحقق أحكام الضرورة.

4- التدريب: لأهمية التدريب والتأهيل في النظام المصرفي الإسلامي وجهت اللجنة في تقريرها إلى:

أ- مراجعة مناهج معهد الدراسات المصرفية، وترفيعة ليكون من مؤسسات التعليم العالي، لمواكبة التحولات المصرفية والمالية في السودان، والعمل على تخريج الفقيه المصرفي.

ب- إنخراط إدارات المصارف مع مؤسسات التعليم العالي في تكثيف برامج التدريب والتأهيل للعاملين في المؤسسات المصرفية والمالية على كل المستويات، بغرض إِشاعة الثقافة المصرفية الإسلامية على نطاق واسع.

ج- على بنك السودان أن يستوثق من تنفيذ هذا البرنامج بموجهاته ابتداء من 1991/1/1م.

أما دلالة بناء النظام القانوني في السودان على الشريعة الإسلامية وتطبيقاتها في النظام المصرفي فيمكن اختصارها في الآتي:

قانون أصول الأحكام القضائية سنة 1983م

1) يسمى هذا القانون قانون أصول الأحكام القضائية 1983م.
2) في تفسير النصوص التشريعية، وما لم يكن النص مفسراً أو قطعي الدلالة:
   أ- يستصحب القاضي، أن المشرع لا يقصد مخالفة الشريعة الإسلامية تعطيلاً لواجب قطعي أو إباحة لمحرم بيّن وأنه يراعي توجيهات الشريعة في الندب والكراهية.
   ب- يفسّر القاضي المجملات والعبارات التقديرية بما يوافق أحكام الشريعة ومبادئها وروحها العامة.
   ج- يفسّر القاضي المصطلحات والألفاظ الفقهية على ضوء القواعد الأصولية واللغوية في الفقه الإسلامي.

3) على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر – وفيما عدا الدعاوى الجنائية – إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة:
   أ- يطبق القاضي ما يجد من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة.

   ب- فإن لم يجد القاضي نصاً يجتهد رأيه ويجتهد في سبيل ذلك بالمبادئ التالية بحيث يأخذها على وجه التكامل ويراعي ترتيبها في أولوية النظر والترجيح:

- مراعاة الإجماع وما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة، وما تهدي إليه توجيهاتها من تفصيل في المسألة.
- القياس على أحكام الشريعة تحقيقاً لعللها، أو تمثيلاً لأشباهها أو مضاهاة لمنهجها في نظام الأحكام.
- اعتبار ما يجلب المصالح ويدرأ المفاسد وتقدير ذلك بما يتوخى مقاصد الشريعة وأغراض الحياة الشرعية المتكاملة في ظروف الواقع الحاضر، وبما لا تلغيه نصوص الشريعة الفرعية.
- استصحاب البراءة في الأحوال والإباحة في الأعمال واليسر في التكليف.

- الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان فيما لا يتعارض مع الشريعة، وما يذهب إليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية، وما قرروه من قواعد فقهية.
- مراعاة العرف القائم في المعاملات، في ما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو مبادئ العدالة الفطرية.
- توخي معاني العدالة التي تقرها الشرائع الإنسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم.[1]

قانون الإجراءات المدنية 1983م:[2]

<u>المادة 110</u>: لا تحكم المحكمة بالفائدة بأي حالٍ من الأحوال، على ألا تسري أحكام هذه المادة على أي اتفاق تم التوقيع عليه قبل اليوم الثامن عشر من أغسطس 1983م.

رابعاً: قانون المعاملات المدنية 1984م :[3]

القرض: مادة 277 تعريفه: القرض تمليك مال أو شيء لآخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفة إلى المقرض عند نهاية مدة القرض.

المادة 280 يشترط في المال المقترض أن يكون مثلياً.

المادة 281 إذا اشترط في عقد القرض منفعة زائدة على مقتضى العقد – سوى توثيق حق المقرض لغى الشرط وصح العقد.

المادة 1/285 يلتزم المقرض برد مثل ما قبض مقداراً ونوعاً وصفة عند انتهاء مدة القرض ولا عبرة لما يطرأ على قيمته من تغيير، وذلك في الزمان والمكان المتفق عليهما.

2/285 إذا تعذر ردّ مثل العين المقترضة انتقل حق المقرض إلى قيمتها يوم قبضها.

---

[1] قوانين السودان، المجلد الثامن، قانون أصول الأحكام القضائية 1983م 1983/9/28م.

[2] قوانين السودان، المجلد الثامن، قانون الإجراءات المدنية، 1984م..

[3] قوانين السودان، المجلد الثامن، الإجراءات المدنية، 1984م.

قانون الثراء الحرام والمشبوه: اشتمل هذا القانون على تعريف الربا ومعالجاته. ثم صدر قانون تنظيم العمل المصرفي وملحقاته حتى 2004 معرفاً بالهيئة العليا للرقابة الشرعية ومتضمناً لأحكامها على النحو الآتي:ـ

المادة 4 التمويل: يقصد به توظيف المال وفق الصيغ الإسلامية.

المادة 4 العمل المصرفي: يقصد به فتح الحسابات بأنواعها وقبول الودائع وإجراء التحويلات وفتح خطابات الاعتماد بأنواعها وما يتعلق بها من إجراءات، وإصدار خطابات الضمان، ودفع وتحصيل الصكوك والأوامر وأذونات الصرف وغيرها من الأوراق المالية ذات القيمة، والتعامل في النقد الأجنبي والاستثمار وتوفير التمويل للعملاء وغير ذلك من أعمال المصارف حسبما يحدده البنك، والتي لا تتعارض مع حكم شرعي.

المادة 4 الهيئة يقصد بها الهيئة العليا للرقابة الشرعية المنشأة وفق المادة (15).

الهيئة العليا للرقابة الشرعية

إنشاء الهيئة

(1) تنشأ هيئة مستقلة غير متفرغة تسمى (الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية) يتم تعيينها بقرار من رئيس الجمهورية بالتشاور مع الوزير.

(2) تتكوّن الهيئة من عدد لا يقل عن سبعة أشخاص، ولا يزيد عن إحدى عشر شخصاً من علماء الشريعة وخبراء الاقتصاد والصيرفة والقانون، على أن تكون غالبيتهم من علماء الشريعة.

(3) يحدّد القرار رئيس الهيئة ونائبه والأمين العام.

(4) تكون مدة العضوية للهيئة خمسة سنوات قابلة للتجديد.

مقر الهيئة

يتولّى المحافظ بالتشاور مع الوزير تجهيز المقر الملائم للهيئة وتوفير الميزانية اللازمة لأداء أعمالها.

مكافآت رئيس وأعضاء الهيئة

يحدّد الوزير بالتشاور مع المحافظ مكافآت رئيس وأعضاء الهيئة وشروط خدمة أمينها العام.

أغراض الهيئة

يكون للهيئة الأغراض الآتية:

(أ) إصدار الفتاوى الشرعية والتوصيات والمشورة وذلك لتوحيد الأسس والأحكام الشرعية التي ينبني عليها النشاط المصرفي والمالي.

(ب) متابعة سياسات وأداء البنك ونشاط المصارف والمؤسسات المالية بغرض إخضاعها لأحكام وقيم الشريعة الإسلامية.

(ج) تنقية قوانين ولوائح ومراشد البنك والمصارف والمؤسسات المالية ونشاطها من المعاملات الربوية وحيلها الظاهرة والخفية، وكل ما من شأنه أن يؤدّي إلى أكل أموال الناس بالباطل.

(د) العمل مع جهات الاختصاص لوضع صيغ المعاملات الإسلامية موضع التنفيذ باستنباط صيغ تلائم كل احتياجات وأدوات التمويل وتطويره لتناسب السوق الأولية والثانوية للأوراق المالية.

اختصاصات الهيئة

(أ) النظر وإبداء الرأي في المسائل التي تعرض عليها من الوزير أو المحافظ أو مديري المصارف أو المتعاملين مع المصارف والمؤسسات المالية، وإصدار الفتاوى والتوصيات والمشورة.

(ب) معاونة أجهزة الرقابة الفنية في البنك والمصارف والمؤسسات المالية علـــى أداء مهامها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية.

(ج) مساعدة البنك والمصارف والمؤسسات المالية في وضع وتنفيذ بـــرامج التأهيـــل والتدريب بما يمكن هذه الجهات من الوصول بالعاملين فيها لمرتبة الصيرفي الفقيه.

(د) معاونة إدارات وأقسام البحوث على تطوير البحث العلمي وتشجيع النشر بما يخدم الأهداف والاختصاصات.

(هـــ) النظر في الخلافات الشرعية التي تنشأ بين الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون والمتعاملين معها وإصدار الفتاوى والتوصيات بشأنها.

(و) أية اختصاصات أخرى تراها الهيئة لازمة لتحقيق اهدافها بشرط موافقة الوزير عليها.

(2) لا يجوز للهيئة النظر في المسائل المعروضة أمام القضاء أو التي صدر فيها حكم من محكمة ذات اختصاص.

سلطات الهيئة

يكون للهيئة السلطات الآتية:

(أ) استدعاء أي من العاملين بالمصارف والمؤسسات المالية أو المتعاملين معها متى ما رأت ذلك.

(ب) طلب المستندات والاطلاع عليها، وتفتيش أعمال المصارف والمؤسسات المالية مباشرة أو بوساطة البنك.

إلزامية فتوى الهيئة

(1) تكون الفتوى الشرعية التي تصدرها الهيئة في أي نزاع يتعلق بالنشاط المصرفي ملزمة للبنك والمصارف والمؤسسات المالية وواجبة التنفيذ ما لم يطعن فيهـــا الغيـــر أمـــام القضاء.

(2) تكون الفتوى التي تصدرها الهيئة في أي نزاع في المسائل الفقهيـــة ملزمـــة للبنـــك والمصارف والمؤسسات المالية.

هذا، وفى إطار هذه التشريعات التي وفرت مناخاً وبيئةً خصبة وصحية، عمل النظام المصرفي الإسلامي على:

01 وضع نماذج لعقود المعاملات المالية الإسلامية وأشرف على تطبيقها تعاوناً بين هيئات الرقابة الشرعية وإدارات الاستثمار بالمصارف. ثم إن الهيئة العليا قد خطت خطوات للأمام بإصدار مراشد لكل صيغة من الصيغ، حيث يتناول المرشد:

(أ) الأحكام الشرعية التي تضبط الصيغة.
(ب) أحكام معيار المحاسبة الشرعي.
(ج) وكيفية القيود في دفاتر المصرف.

02 هناك مؤتمر سنوي تقوم الهيئة العليا بالتعاون مع البنك المركزي بتنظيمه، ومن أهم بنوده الوقوف على الملاحظات الواردة على تطبيق صيغ الاستثمار الإسلامي بغرض دعم إيجابياتها ومعالجة سلبياتها.

03 الصيغ المستخدمة حتى الآن بنسب معتبرة هي:

أ- **<u>البيوع بأنواعها:</u>**

- البيع الحال
- البيوع المؤجلة سواء كان البيع مساومة أو مرابحة
- البيع بالتقسيط
- بيع السلم والسلم الموازي.
- بيع الاستصناع والاستصناع الموازي.

ب- <u>المشاركات:</u>

- المشاركة المستمرة.
- المشاركة المتناقصة.

ج- <u>المضاربة:</u>

- المضاربة المطلقة.
- المضاربة المقيدة.
- المضاربة المتناقصة.

د – **الإجارة التشغيلية**

هـ – **المزارعة.**

و – **المساقاة.**

الأدوات المالية الإسلامية

استهداء بالتشريعات الإسلامية أعلاه ونتيجة لحاجة البنك المركزي الملحة لميلاد أدوات مالية إسلامية بديلة للأدوات المالية التقليدية الربوية (سندات الدين) بغرض إدارة السياسات النقدية وتوفير موارد استثمارية حقيقية لسد عجز الموازنة، ونتيجة للتعاون المستمر بين الهيئة العليا للرقابة الشرعية وبنك السودان المركزي وبعثة صندوق النقد الدولي، فقد تم الاهتداء – بعد البحث طوال ست سنوات – إلى (أدوات مالية – لا تنبني على الدين) وإنما تعتمد على أصول حقيقية استثمارية في آخر عام 1997م.

انبنت هذه الأدوات ابتداء على تصكيك حصة بنك السودان المركزي وحكومة السودان في المصارف المملوكة للدولة ملكية تامة أو ملكية جزئية، وسميت هذه الشهادات بشهادة مشاركة بنك السودان المركزي Central Bank *Mushārakah* Certificate (CMC) ثم تلتها شهادة مشاركة حكومة السودان Government *Mushārakah* Certificate (GMC) في مطلع 1998م، وأصبحت هذه الشهادة معروفة على نطاق واسع في الأسواق المالية بشهامة.

ثم من بعد ذلك صدرت صكوك الإجارة وغيرها من الصكوك. وبعد ما أصدر السودان هذه الصكوك وقدّم فيها تجارب عملية، انطلق صندوق النقد الدولي في الترويج لهذه الصكوك الإسلامية في العالم الإسلامي أولاً ثم عالمياً – عندئذ فقط بدأت المؤسسات المالية تتعرف على هذه الصكوك وتعمل على استخدامها.

إن الانتشار الواسع للصكوك الإسلامية، والاعتراف العالمي بخصائص ومميزات هذه الصكوك، وموضوعية وعدالة العلاقة فيها بين المصدرين لهذه الصكوك من ناحية، والمستثمرين فيها من ناحية أخرى، والاعتراف بأن هذه الصكوك فوق عدالتها فإن لها خاصية الصمود وامتصاص بعض الأزمات التي تتعرض لها المؤسسات المالية. إنّ كل ذلك اعتمد على ما أنتجته التجربة الإسلامية في السودان في مجال إنتاج الأدوات المالية الإسلامية. ونسأل الله تعالى أن يعين التجربة السودانية وتجارب البلاد الإسلامية الأخرى واجتهادات

المفكرين على مستوى العالم إلى اكتشاف وهندسة أدوات مالية متعددة خدمة للإسلام وللإنسانية.

المؤسسات الإسلامية المساعدة في العمل المصرفي الإسلامي

فوق كل ما تقدم عمل البنك المركزي والقطاع المصرفي عامة بالسودان مع المؤسسات ذات الصلة على إدراك أنّ نظام الرقابة للمؤسسات المالية التقليدية لا يصلح في كلّ الأحوال إلى أن يكون مفيداً ومناسباً في النظام المصرفي الإسلامي ذلك لاختلاف النظام المصرفي الإسلامي في منتجاته من صيغ وأدوات مالية، وفي بعض أهدافه ومقاصده، وفي جُل أحكامه الفرعية عن النظام التقليدي. وأدّى هذا التباين بالضرورة إلى توجيه البحث والتعاون فيما بين أهل الهم بتطور النظام المصرفي إلى البحث عن مؤسسات فنية ورقابية تراعي الخصائص الإسلامية المختلفة.

اشترك البنك المركزي السوداني والمصارف الإسلامية وأعضاء هيئات الرقابة الشرعية مع البنك الإسلامي للتنمية بجدة مع غيرهم من الخبراء في بلورة إنشاء:

1- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين

اشترك السودان في مجلس أمناء هذه الهيئة في عدة دورات خاصة في مرحلتي الإنشاء والانطلاق. وظلّ –السودان– ممثلاً في المجلس الشرعي للهيئة منذ إنشائها وإلى اليوم وكان لممثليه دور ملموس وهام في الدراسات التي أنبنت عليها المعايير الشرعية والمعايير المحاسبية. ومن وحي تجربة السودان المتفردة ساهم السودان بعدد من الخبراء في مجلس المعايير المحاسبية.

هذا، وتشرّف السودان برئاسة أول أمين عام لهذه الهيئة هو البروفيسور رفعت أحمد عبد الكريم الذي يمكن أن ينسب إليه جزء كبير مما حققّته هذه الهيئة من نجاحات وكانت من الأعمال التي استحق بها بجدارة على جائزة البنك الإسلامي للتنمية في الاقتصاد الإسلامي.

وكان للسودان شرف السبق والريادة في تطبيق هذه المعايير المتنوعة بعد أن تجاوزت هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية مرحلة الميلاد، وبدأت في إعداد الدراسات والأبحاث بغرض صناعة المعايير المحاسبية والشرعية، كان التحدى الأكبر

لمواصلة هذه المسيرة هو تسويق هذه المعايير، والعمل على تطبيقها بوساطة المصارف الإسلامية، وإقناع مؤسسات الرقابة (البنوك المركزية ومؤسسات النقد) في تبني هذه المعايير وبينما كان هذا الهم يؤرق القائمين على هذا الأمر فإذا ببنك السودان المركزي يكتب مباشرة إلى هيئة المحاسبة والمراجعة معلناً التزامه بتطبيق هذه المعايير على الجهاز المصرفي في السودان وبالفعل أنجز البنك المركزي ما وعد به وعمل على تطبيق المعايير الشرعية والمحاسبية بتحفظ واحد وهو عدم اعتراض الهيئة العليا على أي معيار أو جزء منه لمخالفته للشريعة.

الأصل في المؤسسات الإسلامية والمصارف الإسلامية أن تطبق أحكام الشريعة الإسلامية على كل معاملاتها ويثير الأعداء في وجه تطبيق الشريعة الإسلامية حجة ضعيفة واهية، مفادها: ليس هناك شريعة واحدة يمكن الرجوع إليها في التطبيق؟ ويقصدون بذلك وجود مدارس فقهية متعددة كما أن المدرسة الواحدة فيها الرأي الراجح والرأي المرجوح. وهذه لو تأملوها لأدركوا أنها محمدة للفقه الإسلامي وليست عيباً فأي نظام قانوني إنما تعرف درجة مرونته وسلاسته من كثرة الاجتهادات فيه وسعة النظريات وهذا الذي يعيبونه في الفقه الإسلامي موجود في كل الأنظمة القانونية سواء كان النظام الأنجلوسكسوني أو The Common Law أو النظام القاري The Inter Continental system وما من قضية إلا ويترافع فيها اثنان الأول عن المدعي والثاني عن المدعى عليه وكل واحد منهما يحتج بوجهة نظر قانونية تختلف عن الآخر – دون أن يروا في ذلك عيباً.

يجب علينا – ما دمنا نتعامل وفق أحكام الشريعة – أن نلتزم بأن يكون القانون الحاكم للتعاقد هو الشريعة الإسلامية.

وهناك تجارب عديدة للكيفية التي يتم بها تطبيق الشريعة الإسلامية ومن ذلك اختيار مذهب محدد ليتم الالتزام بأحكامه – كما طبق الإمام أبو يوسف المذهب الحنفي.

ويجوز – في إطار المذهب المحدّد – أن يتم التعاقد وفقاً للراجح في المذهب كما يجوز أن يترك الخيار واسعاً لأهل الاجتهاد من القضاة. فإذا جاز لهؤلاء المتحكمين أن يطبقوا قانوناً قائماً على الأعراف والسوابق فليس لهم الحق ولا المنطق في أن يعترضوا على قانوننا المكتوب المحفوظ.

والبلاد الإسلامية عرفت منذ القدم تقنين الفقه الإسلامي بمعنى صياغة أحكام الفقه الإسلامي في مواد قانونية والمسلمون ليسوا في حاجة لاستلاف هذا التقنين من الأنظمة القانونية السائدة اليوم ولكن تجربة:

1- المختصرات في الفقه الإسلامي هي من نوع من هذا التقنين.
2- وتطور هذا التقنين في مجلة الأحكام العدلية.
3- وهذا التقنين صار واقعاً عملياً في كثير من البلاد الإسلامية ومنها القانون الأردني والقانون السوداني.

2- مجلس الخدمات المالية الإسلامية – ماليزيا

نشأ هذا المجلس باعتباره ثمرة للنجاحات الكبيرة التي حققتها هيئة المحاسبة والمراجعة تحت قيادة مجلس الأمناء والمجلس الشرعي ومجلس المعايير وقيادة البروفيسور رفعت ونتيجة لقوة العلاقات التي بنتها هذه الهيئة على المدى الطويل فقد يسرت لها التواصل مع المؤسسات العالمية، حيث أدرك المسئولون أن النظام المصرفي الإسلامي بقدر ما هو في حاجة لمعايير محاسبية وشرعية، فهو كذلك في حاجة لمعايير تراقب بها البنوك المركزية ومؤسسات النقد الملاءة المطلوبة للمصارف في كل بلد يقوم نظامه المصرفي على الشريعة الإسلامية أو جزء منها.

وكذلك ساهم السودان بخبرة شبابه وخبرائه مع الآخرين في تأسيس وتطور هذه المؤسسة وتطبيق منتجاتها.

والله ولي التوفيق،،،

المبحث الثاني: خلق البيئة القانونية المناسبة لصناعة الخدمات المالية الإسلامية: تجربة ماليزيا، الدكتورة/ أنكو رابعة عدوية بنت أنكو علي، أستاذة مشاركة في الجامعة الإسلامية العالمية – ماليزيا

مقدمة

إن صناعة الخدمات المالية الإسلامية لا تعمل في فراغ. إنه يجري عرضها في دول مختلفة لديها مجموعات متغايرة من القوانين والأطر القانونية. وصناعة الخدمات المالية الإسلامية تخضع دائما للقوانين المحلية، والإقليمية أو قوانين عبر الحدود والتي تنطبق على المكان حيث يجري انعقاد عقود الخدمات المالية الإسلامية فيه. ولا محالة، فإن على صناعة الخدمات المالية الإسلامية الالتزام بهذه القوانين ومتطلباتها، وذلك للتأكد من سلامة هذه القوانين ونفاذ معاملاتها.

وللأسف، فإن هذه القوانين يمكن أن تتسبب أحيانا في حدوث سقطات أو حتى مخاطر قانونية على ممارسة معاملات الخدمات المالية الإسلامية وتنفيذها. وبالتالي، فإن موضوع هذه الندوة، والموضوع المحدد من خلال هذه الورقة يأتيان في الوقت المناسب. إن موضوع هذه الورقة يتيح لنا التركيز على القضايا والتحديات لإيجاد الإطار القانوني المناسب أو البيئة التي لا تبعد صناعة الخدمات المالية الإسلامية، ولكن بدلا من ذلك، تدعم وتسهل الصناعة المذكورة.

ومع ذلك، وبما أن تغطية هذا الموضوع يمكن أن يكون في نطاق أوسع للغاية، فإن هذه الورقة تحاول تضييق المناقشة من خلال تجربة ماليزيا في خلق بيئة قانونية ودية وميسرة للصناعة خدماتها المالية، فضلا عن القضايا والتحديات التي تواجهها البلد في تحقيق ذلك.

- **خلفية الإطار القانوني في ماليزيا**

إن ماليزيا هي أحد البلدان التي تعترف بنظام مصرفي ومالي مزدوج، حيث تقدم كلا الخدمات المالية الإسلامية والتقليدية جنبا إلى جنب بطريقة متوازية.

فيما يتعلق بالإطار القانوني، فإن القوانين العامة التي تطبق هي القانون المدني، ولكن هناك أيضا عددا من التشريعات التي سنت خصيصا لصناعة الخدمات المالية الإسلامية. إن

الورقة ستناقش تجربة ماليزيا في صقل إطارها القانوني من أجل الخدمات المالية الإسلامية بناء على جانبين رئيسيين:

- تطوير البنية التحتية القانونية لتسهيل الخدمات المالية الإسلامية.
- المعالجة القضائية لنزاعات الخدمات المالية الإسلامية.

تطوير البنية التحتية القانونية لتسهيل الخدمات المالية الإسلامية

إن أول بنية تحتية قانونية متطورة لتسهيل الخدمات المصرفية الإسلامية في ماليزيا كانت من خلال سن قانون المصارف الإسلامية لعام 1983م، لتنظيم عمليات المصارف الإسلامية في ماليزيا. وكان هناك أيضا تعديلا أدخل على قانون الاستثمار للحكومة عام 1983م، لتسهيل متطلبات الاحتياطيات القانونية الإسلامية واحتياطي السيولة على حد سواء، والتي تكون بدون فائدة ربوية.

أعقب ذلك سن قانون التكافل لعام 1984م للسماح بترخيص وتشغيل التأمين الإسلامي أو مؤسسات التكافل في ماليزيا. وفي عام 1996 تم تعديل المادة 124 لقانون المؤسسات المصرفية والمالية 1989م، للسماح للمصارف المرخص لها بموجب هذا القانون بتقديم العمل المصرفي الإسلامي.

- **قانون المصارف الإسلامية لعام 1983م**

تم تعديل هذا القانون في عام 2003م، وأصبح يعرف بقانون المصرفية الإسلامية (المعدل) لسنة 2003م.

إن قانون المصارف الإسلامية ينص أساسا على منح التراخيص وتنظيم المصارف الإسلامية والعمل المصرفي الإسلامي في ماليزيا. فعلى سبيل المثال، أول بنكين إسلاميين في ماليزيا، هما البنك الإسلامي الماليزي (BIMB)، وبنك المعاملات الماليزي (BMMB) مرخصة بموجب قانون المصارف الإسلامية. وإن قانون المصارف الإسلامية لا ينص على النوافذ الإسلامية في البنوك التقليدية.

فيما يتعلق بالترخيص لبنك إسلامي، ينص قانون المصارف الإسلامية في المادة 3 (1) على ما يلي:

" لا يمكن التعامل مع المعاملات المصرفية الإسلامية في ماليزيا، إلا من قبل شركة

حصلت على ترخيص كتابياً..."

المادة 3 (5) من قانون المصارف الإسلامية تنص على:

"إن البنك المركزي يجب ألا يوصي بمنح ترخيص، إلا إذا...

(أ) كانت أهداف وعمليات الخدمات المصرفية المطلوبة مزاولتها لا تنطوي على أي عنصر لا يقره دين الإسلام، و

(ب) أن هناك في النظام الأساسي للبنك المعني، مواد لإنشاء هيئة استشارية شرعية، **معتمد من طرف البنك المركزي**، لتقديم المشورة إلى البنك على عملياته المتعلقة بالخدمات المصرفية من أجل ضمان أنها لا تنطوي على أي عنصر لا يقره دين الإسلام."

إن تعريف البنك الإسلامي والأعمال المصرفية الإسلامية قد وردا في المادة 2 من قانون المصارف الإسلامية والتي تنص على:

"البنك الإسلامي" يعني أي شركة تدير أعمالا مصرفية إسلامية، وحاصلة على رخصة سارية المفعول...

"العمل المصرفي الإسلامي" يعني العمل المصرفي الذي لا تنطوي أهدافه وعملياته على أي عنصر لا يقره دين الإسلام ".

وبتحليل المواد الواردة في قانون المصارف الإسلامية فإنه يدل على أن هذا القانون تنظيمي للغاية في طبيعته، ولا ينص على القانون الموضوعي للأعمال المصرفية الإسلامية. وبعبارة أخرى، لا توجد أحكام محددة بشأن المتطلبات والقواعد التعاقدية الإسلامية في القانون. ولعل ذلك راجع إلى حقيقة أن الأحكام المستخدمة مستمدة أساسا من الممارسات المصرفية التقليدية والقوانين المصرفية القائمة. علاوة على ذلك، فإن الإطار القانوني الأساسي في ماليزيا يستند في الواقع على القوانين المدنية، وقانون المصارف الإسلامية يقع ضمن اختصاص المحاكم المدنية.

كما هو عليه، هناك العديد من النقاط الغامضة في قانون المصارف الإسلامية. فعلى سبيل المثال، لا يوجد أي تعريف للعمل المصرفي في قانون المصارف الإسلامية. وعلى سبيل المقارنة، فإن قانون البنوك والمؤسسات المالية لعام 1989م الذي يرخص للبنوك التقليدية، يقدم تعريفا للأعمال المصرفية والذي مفاده أن العمل المصرفي يعني:

"أعمال:

أ- تلقي الودائع؛

ب – دفع وتحصيل الشيكات؛

ج- توفير التمويل ".

كما يعرف قانون البنوك والمؤسسات المالية أيضا "الوديعة" و "توفير التمويل"، بينما يسكت عن ذلك قانون المصارف الإسلامية.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن مصطلح "دين الإسلام" لم يتم تحديده، وهذا قد يؤدي إلى غموض بشأن موضع المذاهب الفقهية الإسلامية في تفسير العبارة الفضفاضة "أي عنصر لا يقره دين الإسلام" والمستخدمة في قانون المصارف الإسلامية. يتم التخفيف من حدة هذه الصعوبة إلى حد ما من خلال وجود هيئة استشارية شرعية للبنك الإسلامي كما ينص عليه قانون المصارف الإسلامية، وذلك أساسا لحماية وضمان التوافق مع الشريعة.

كما أضيفت مادة جديدة إلى قانون المصارف الإسلامية من خلال التعديل الصادر عام 2003م عن طريق إدماج المادة A13 والذي ينص على ما يلي:

"يجوز لبنك إسلامي طلب المشورة من المجلس الاستشاري الشرعي على المسائل الشرعية المتعلقة بعملها المصرفي، والبنك الإسلامي مطالب بالامتثال لنصيحة المجلس الاستشاري الشرعي.

في هذه المادة، " المجلس الاستشاري الشرعي" يعني المجلس الاستشاري الشرعي المنشأ بموجب الفقرة الفرعية للمادة B16 (1) من قانون البنك المركزي الماليزي لعام 1958م. "

إن هذا التعديل لقانون المصارف الإسلامية مع إدراج المادة A13 يمكن المصارف الإسلامية من طلب المشورة من المجلس الاستشاري الشرعي التابع للبنك المركزي الماليزي، وتلتزم البنوك الإسلامية بالامتثال لنصيحة المجلس الاستشاري الشرعي. وهذا يدل على أن المجلس الاستشاري الشرعي للبنك المركزي يتمتع بصلاحيات استشارية على البنوك الإسلامية، حيث إن الاتصال والتفاهم المشترك بين المجلس الاستشاري الشرعي التابع للبنك المركزي الماليزي والهيئات الاستشارية الشرعية التابعة للبنوك الإسلامية متوقع، وهذا

سيضمن أيضا أن البنوك الإسلامية ستتقيد بشكل دائم وصارم مع متطلبات التوافق مع الشريعة من خلال مشورة المجلس الاستشاري الشرعي. إن الاتصال مع المجلس الاستشاري الشرعي للبنك المركزي يمكن أن ييسر أيضا إطاراً زمنيا أقصر لاعتماد أي منتجات جديدة في الخدمات المصرفية الإسلامية.

- **قانون المؤسسات المصرفية والمالية 1989م**

بصرف النظر عن البنوك الإسلامية الصرفة، فإن البنوك التقليدية وبموجب قانون المؤسسات المصرفية والمالية سمح للبنوك التقليدية المرخصة مزاولة الأعمال المصرفية والمالية الإسلامية بالإضافة إلى الأعمال المصرفية التقليدية الخاصة بها، شريطة أن تتشاور مع البنك المركزي الماليزي. المادة 124 من قانون المؤسسات المصرفية والمالية تنص على ما يلي:

"يجوز لمؤسسة مرخص لها مزاولة أعمالا مصرفية إسلامية أو أعمالا مالية إسلامية على أن يتم مشاورة البنك المركزي الماليزي قبل مزاولة هذه الأعمال ".

بموجب قانون المؤسسات المصرفية والمالية، فإن العمل المصرفي الإسلامي له نفس المعنى كما هو الحال في قانون المصارف الإسلامية، بينما يتم تعريف الأعمال المالية الإسلامية على النحو التالي:

"أي عمل مالي لا تنطوي عملياته وأهدافه على أي من العناصر التي لا يقره دين الإسلام".

إن المادة 124 (3) و (4) من قانون المؤسسات المصرفية والمالية أيضا تضيف أن أي مؤسسة مرخص لها مزاولة الأعمال المصرفية الإسلامية والأعمال المالية الإسلامية يمكنها الإحالة إلى المجلس الاستشاري الشرعي للبنك المركزي الماليزي، ويتوجب عليها الامتثال للتوجيهات المتعلقة بالأعمال المصرفية الإسلامية والأعمال المالية الإسلامية الصادرة عن البنك المركزي الماليزي بالتشاور مع المجلس الاستشاري الشرعي لها. ومع ذلك، يجب ملاحظة أنه تحت المادة 124 (5) من قانون المؤسسات المصرفية والمالية، فإن المؤسسات المرخص لها بموجب القانون ليست مصارف إسلامية، ولكن بنوكا تقليدية تقدم خدمات مصرفية ومالية إسلامية. سابقا كانت هذه الخدمات المصرفية والمالية الإسلامية معروفة باسم

نوافذ "النظام المصرفي الخالي من الفوائد". ولاحقا، عرفت بالأقسام المصرفية الإسلامية.

في الآونة الأخيرة، تقريبا كل البنوك التقليدية التي كانت لها نوافذ خدمات مصرفية إسلامية أو أقسام أدرجت شركات تابعة منفصلة تعمل بصفة بنوك إسلامية كاملة بموجب قانون المصارف الإسلامية 1983، وذلك تمشيا مع اتجاه البنك المركزي الماليزي. وكأمثلة على مثل هذه الشركات التابعة: البنك الإسلامي RHB ، والبنك الإسلاميAM، والبنك الإسلامي هونغ ليونغ، والبنك الإسلامي ماي بنك، والبنك الإسلامي العام، الخ.

- **قانون البنك المركزي الماليزي لعام 2009**

في العام الماضي، أصدر البرلمان الماليزي القانون الجديد للبنك المركزي الماليزي لعام 2009 ليحل محل القانون السابق للبنك المركزي الماليزي لعام 1958م (قانون البنك المركزي الماليزي لعام 1958م).

كان ينص قانون البنك المركزي الماليزي لعام 1958م على إنشاء المجلس الاستشاري الشرعي في البنك المركزي الماليزي. تم إجراء تعديل على قانون البنك المركزي لماليزيا لعام 1958م في عام 2003 لتعزيز قوة ونزاهة المجلس الاستشاري الشرعي للبنك المركزي. وبموجب تعديل عام 2003 لقانون البنك المركزي لماليزيا لعام 1958م، فإن المجلس الاستشاري الشرعي تم الاعتراف به كسلطة للتأكد من مدى التوافق مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالأعمال المصرفية والمالية الإسلامية، والأعمال التجارية للتكافل، وتطوير الأعمال المالية الإسلامية وغيرها من الأعمال التي كانت تقوم على مبادئ الشريعة، والتي كانت تخضع لإشراف وتنظيم البنك المركزي الماليزي.

ونص قانون البنك المركزي الماليزي لعام 1958م المعدل أيضا على أنه لا يحق لأي عضو من أعضاء المجلس الاستشاري الشرعي للبنك المركزي أن يكون عضوا في أي هيئة شرعية أخرى، أو بمثابة خبير أو مستشار شرعي لأي مؤسسة مصرفية أو مؤسسة مالية أخرى. علاوة على ذلك، نص قانون البنك المركزي الماليزي لعام 1958م أن أي محكمة أو تحكيم يشمل القضايا الشرعية يجب إحالتها إلى توجيهات البنك المركزي الماليزي أو الرجوع إلى المجلس الاستشاري الشرعي للحكم فيه. إن الحكم الصادر عن المجلس الاستشاري الشرعي يمكن اعتباره لدى المحكمة، ويعتبر ملزما للمحكم.

بموجب قانون البنك المركزي الماليزي لعام 1958م، فإن الأعمال المصرفية الإسلامية كان لها نفس المعنى المحدد في قانون المصارف الإسلامية 1983؛ في حين أن الأعمال المالية الإسلامية تم تعريفها بكونها أعمال مالية لا تنطوي أهدافها ولا عملياتها على أي عنصر لا يتوافق مع الشريعة. إن قانون البنك المركزي الماليزي لعام 1958م يعتبر كل النصائح السابقة الصادرة عن المجلس الاستشاري الشرعي صحيحة.

في سبتمبر 2009م، تم إقرار قانون البنك المركزي الماليزي لعام 2009م (قانون 701) كما تم نشره في الجريدة الرسمية، حيث أن القانون الجديد ألغى قانون البنك المركزي الماليزي لعام 1958م (قانون 519). كان الهدف الرئيسي من العملية هو تقديم المزيد من الأحكام المعززة والشاملة المتعلقة بالبنك المركزي وصلاحياته.

هناك عدد كبير من الأحكام في قانون البنك المركزي الماليزي لعام 2009م تؤثر مباشرة في صناعة الخدمات المالية الإسلامية، مثل:

- تعريف الأعمال المالية الإسلامية تحت المادة 2 التي تنص: "الأعمال المالية الإسلامية" تعني أي أعمال مالية بالرنجيت أو غيرها من العملات التي تخضع للقوانين المفروضة من البنك وبما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- المادة 27 والتي تعترف صراحة بالنظام المالي المزدوج في ماليزيا: "إن النظام المالي في ماليزيا يتكون من النظام المالي التقليدي والنظام المالي الإسلامي "
- الجزء السابع الذي يقدم خصيصا للأعمال المالية الإسلامية. ينقسم الجزء السابع إلى فصلين و10 مواد (المادة 51 – المادة 60). يتناول الفصل الأول مجلس الاستشاري الشرعي، أما الفصل الثاني فيتناول سلطة البنك المركزي الماليزي.

المادة 51 (1) من الجزء السابع من قانون البنك المركزي الماليزي لعام 2009م ينص على أنه: "يجوز للبنك إنشاء مجلس استشاري شرعي للشؤون المالية الإسلامية والذي يكون السلطة التي يقع على عاتقه التأكد من المطابقة مع الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بأغراض الأعمال المالية الإسلامية."

إن وظيفة المجلس الاستشاري الشرعي قد تم التنصيص عليها في المادة 52 والتي تنص على:

(1) المجلس الاستشاري الشرعي يقوم بالمهام التالية:

(أ) التأكد من التوافق مع الشريعة الإسلامية لأي مسألة مالية، وإصدار حكم بناء على الإحالة المقدمة إليه وفقا لهذا الجزء؛

(ب) تقديم المشورة للبنك في أي مسألة شرعية تتعلق بالأعمال المالية الإسلامية، وأنشطة أو معاملات البنك؛

(ج) تقديم المشورة إلى المؤسسات المالية الإسلامية أو أي شخص آخر قد تم التنصيص في أي قانون مكتوب، و

(د) وظائف أخرى قد يحددها البنك.

(2) لأغراض هذا الجزء، "الحكم" يعني أي حكم صادر عن المجلس الاستشاري الشرعي للتأكد التوافق مع الشريعة الإسلامية لأغراض الأعمال المالية الإسلامية.

المادة 55 (1) تنص على أن البنك المركزي ملزم بالتشاور مع المجلس الاستشاري الشرعي بخصوص أي مسألة تتعلق بالأعمال المالية الإسلامية، ولغرض القيام بمهامها أو إدارة أعمالها أو شؤونها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، في المسائل التي تتطلب التأكد من التوافق مع الشريعة الإسلامية من طرف المجلس الاستشاري الشرعي.

كما يسمح للمؤسسات المالية الإسلامية من خلال المادة 55 (2) للإحالة من أجل الحكم، أو طلب المشورة من المجلس الاستشاري الشرعي على عملياتها التجارية من أجل التأكد من أنها لا تنطوي على أي عنصر يتعارض مع الشريعة.

وإضافة إلى ذلك، تنص المادة 56 (1) على ما يلي:

"حيثما وفي أية إجراءات تتصل بالأعمال المالية الإسلامية أمام أي محكمة أو أي محكم في حالة ظهور أي تساؤل بشأن مسألة شرعية، فإن المحكمة أو المحكم، حسب مقتضى الحال، يجب عليهما ما يلي:

(أ) الأخذ في الاعتبار أي قرارات صادرة عن المجلس الاستشاري الشرعي، أو

(ب) إحالة هذه المسألة إلى المجلس الاستشاري الشرعي للبت فيه.

أي قرار اتخذه المجلس الاستشاري الشرعي طبقا لأي إحالة في إطار الجزء السابع تعتبر ملزمة للمؤسسات المالية الإسلامية بموجب المادة 55، وعلى المحكمة أو المحكم المحيل بموجب المادة 56.

حيث يكون الحكم الصادر عن هيئة أو لجنة شرعية تم تشكيلها في ماليزيا من قبل مؤسسات مالية إسلامية يختلف عن الحكم الصادر عن المجلس الاستشاري الشرعي للبنك المركزي، فإن قرار المجلس الاستشاري الشرعي هو الذي يسود.

- **تعديلات قانونية أخرى**

وبصرف النظر عن التشريعات التي نوقشت أعلاه، تم إجراء عدد من التعديلات على بعض القوانين لتسهيل تنفيذ وممارسة التمويل الإسلامي في ماليزيا. فعلى سبيل المثال، كان هناك تعديل في عام 1989م على المادة A14 من قانون الدمغة لعام 1949م لتجنب مضاعفة رسوم الدمغة لمستندات التمويل الإسلامي. كما تم إجراء تعديل في عام 1985م على قانون ضريبة أرباح بيع الممتلكات العقارية لعام 1979م لتجنب الازدواج الضريبي على الخدمات المصرفية الإسلامية والمعاملات المالية الإسلامية. وقد تم أيضا المزيد من التعديلات والإعفاءات والتي أدخلت على قوانين الضرائب الماليزية لتنفيذ سياسة "الحياد الضريبي" (tax neutrality) بين الخدمات المالية الإسلامية والتقليدية في ماليزيا.

- **المعالجة القضائية لنزاعات الخدمات المالية الإسلامية**

كان هناك عدد من الدعاوى القضائية المتعلقة بالمالية الإسلامية التي عرضت في المحاكم الماليزية. إن المنازعات التي تنشأ عن تطبيق القوانين المذكورة أعلاه لا بد من إحالتها إلى المحاكم المدنية وليس المحاكم الشرعية، بما أن مثل هذه القوانين البرلمانية تندرج ضمن الاختصاص القانوني للحكومة الفدرالية.

إن النظام الأساسي الرئيسي الذي يحدد الاختصاص القضائي للمحاكم في ماليزيا هو الدستور الفدرالي لعام 1957م. واختصاص المحاكم المدنية يغطي جميع المسائل التي يمنحها القانون المحلي والفدرالي، باستثناء قانون الأحوال الشخصية للمسلمين. إن الاختصاص القانوني للمحكمة المدنية قد نص عليه على وجه التحديد في القائمة الأولى (القائمة الفدرالية)، من الجدول 9 للدستور الفدرالي. وهذا يشمل المسائل الجنائية والإجراءات المدنية، وإقامة العدل، والعقود والقوانين التجارية والتحكيم وغير ذلك. وهذا سيشمل بالطبع القوانين المصرفية والمالية.

من ناحية أخرى، تم التنصيص على الاختصاص القانوني للمحكمة الشرعية في الفقرة 1 من القائمة 2 (القائمة المحلية)، من الجدول 9 للدستور الفدرالي. بشكل عام، للدولة سلطة على تنظيم وإجراءات المحكمة الشرعية، والتي بدورها لها ولاية قضائية على الأشخاص الذين يعتنقون دين الإسلام. ولكن الاختصاص القانوني للمحكمة الشرعية هو اختصاص محدود بالمسائل الواردة في الفقرة 1 فقط. ومن حيث الجوهر، تشمل الفقرة 1 المسائل المتعلقة بالشريعة الإسلامية، وقانون الأحوال الشخصية والأسرة للأشخاص الذين يعتنقون الدين الإسلامي بما في ذلك الطلاق، والوقف، والتركة، والجرائم ضد دين الإسلام (ما عدا تلك التي توجد في القانون الفدرالي).

بناء على الأحكام الواردة في الدستور الفدرالي أعلاه، يمكن أن نستخلص أن الولاية القضائية على الأعمال المصرفية الإسلامية والمسائل المالية تقع على عاتق المحاكم المدنية. وهذا يرجع إلى أن أمور الأعمال المصرفية والتمويل تقع ضمن القائمة الأولى (القائمة الفدرالية) من الجدول 9 في القانون التجاري. وعلى الرغم من أن مصطلح "القانون الإسلامي" في الفقرة 1 من القائمة الثانية للجدول التاسع هو مصطلح واسع، فإن تطبيقه مقتصر على الأشخاص الذين يعتنقون الدين الإسلامي. وهكذا، فليس له تطبيق عام على الأشخاص الآخرين والأشخاص الاعتباريين، مثل البنوك والمؤسسات المالية، والذي لا يمكن وصفها بأنها تعتنق دين الإسلام. وعلاوة على ذلك، فإن التشريعات المتعلقة بالأعمال المصرفية والتمويل الإسلامي كلها تشريعات فدرالية خاضعة لاختصاص المحاكم المدنية. ولا توجد أي تشريعات محلية تخص مجال الصيرفة الإسلامية، والمسائل المالية.

ومما يدعم أكثر هذا الاستنتاج القضايا التي تم البث فيها في ماليزيا، حيث استمعت المحاكم المدنية وحكمت فيما يتعلق بمسائل الصيرفة الإسلامية والتمويل. ومن الأمثلة على هذه القضايا ما يلي: تنتا للصحافة ضد البنك الإسلامي الماليزي [1986] 1 MLJ 474، والبنك الإسلامي الماليزي ضد عدنان بن عمر [1994] 3 CLJ 735، وداتو الحاج نيئ محمود بن داود ضد البنك الإسلامي الماليزي [1996] 1 CLJ 576 (المحكمة العليا)، 1998] 3 396 MLJ (المحكمة العليا). في جميع هذه الحالات، استخدمت المحكمة المدنية القانون المدني والإجراءات المدنية للتوصل إلى قراراتها. ويبدو أن المحاكم المدنية لم تنظر في ما إذا كان تطبيق القانون الحالي والإجراءات سيكون لها أي تناقض مع الشريعة أو بأي شكل من الأشكال تؤثر في صحة الوثائق. والقضايا المسجلة تشير أيضا إلى أن المحاكم كانت في أكثر الأحيان، تبني قراراتها على النظام القانوني المصرفي الحالي من دون الإشارة إلى

مصدر المبادئ الشرعية التي تنطبق على الخدمات المصرفية الإسلامية المتنازع فيها.

إن مدى تطبيق القانون العام الماليزي على قضايا البنوك الإسلامية والمالية قد تم النظر والحكم فيها بقرار حاسم من قبل محكمة الاستئناف في قضية البنك التعاوني الماليزي ضد شركة Emcee، حيث صرح القاضي، داتو عبد الحميد محمد:

"وكما ذكرنا في بداية هذا الحكم فإن الخدمة هي خدمة مصرفية إسلامية. ولكن هذا لا يعني أن القانون المعمول به في هذا التطبيق يختلف عن القانون الذي يطبق في حالة ما إذا كانت الخدمة تحت الصيرفة التقليدية. الرهن هو رهن بموجب قانون الأراضي الوطني. القرار المتاح والمطلوب هو قرار منصوص عليه في قانون الأراضي الوطني. ويتم توفير هذا الإجراء من خلال قانون وقواعد المحكمة العليا لعام 1980م. والمحكمة التي تفصل في ذلك هي المحكمة العليا. لذا، فهو نفس القانون الذي يطبق، ونفس القرار الذي سيكون، إذا قدم، ونفس المبادئ التي ينبغي تطبيقها للبت في الطلب. "

إن التأثير الكامل لبعض قرارات المحاكم على الأعمال المصرفية الإسلامية والمعاملات المالية سيتم النظر فيما أدناه.

- **تحليل قرارات المحاكم الماليزية بشأن المنازعات المتعلقة بالخدمات المالية الإسلامية**

إن معظم المنازعات المتعلقة بالخدمات المالية الإسلامية التي نظرت فيها المحاكم المدنية في ماليزيا حتى الآن، تشمل العجز عن الدفع في تمويل البيع بثمن آجل. وفيما عدا البيع بثمن آجل، كانت هناك دعوى واحدة أو اثنتين تتعلق بتمويل عقود الاستصناع، والإجارة، وبيع العينة، والمرابحة.

إن الأسباب الرئيسة التي تستدعي الاهتمام بالمنازعات المذكورة يمكن تلخيصها فيما يأتي:

- عدم فهم أو معرفة الأطراف بميزات العقود المالية الإسلامية التي دخلوا فيها.
- الصراعات الممكنة أو عدم الامتثال للقانون العام للدولة التي تنطبق على المعاملات المالية الإسلامية ذات الصلة.
- الجدل حول المبلغ الفعلي للاستحقاق الذي يمكن استرداده من قبل المؤسسة المالية الإسلامية من العميل عند التقصير (مسألة التخفيض الإلزامي على "الربح" غير المكتسب في سعر البيع لدى البنك).

- الخلاف في صلاحية عقد التمويل الإسلامي.

- **البنك الإسلامي الماليزي ضد عدنان بن عمر**

إن قضية البنك الإسلامي الماليزي ضد عدنان بن عمر أبرزت بوضوح الأسباب الثلاثة الأولى التي تستدعي الاهتمام والتي تم تسليط الضوء عليها أعلاه. وفي سياق الدفاع ضد مطالبة البنك الإسلامي بسعر البيع المتبقي عند تخلف العميل عن التزامه بموجب تمويل بيع بثمن آجل، أوضح العميل عدنان بن عمر:

- الخلط الواقع في الاتفاقية المالية، حيث فهم أنها عقد قرض، وليس عقد "بيع وشراء".
- الخلط الواقع بشأن ما إذا كان يحق للعميل الحصول على خصم تلقائي أو إلزامي على الديون المستحقة وذلك بسبب أن العجز وقع قبل انقضاء الفترة الأصلية للتمويل.
- احتمال نشوب صراعات بين بيان الإدعاء للبنك الإسلامي والشروط الإجرائية بموجب الأمر 83 من قواعد المحكمة العليا.

الحجج التي أثارها الدفاع أظهرت مدى "الخلط" الذي يمكن أن يكون لطرف في المعاملات المالية الإسلامية للطبيعة الحقيقية لهذه المعاملة. إن المدعى عليه في هذه الحالة على ما يبدو لا يزال يعتقد أن المعاملة هي في سياق القرض وليس البيع. وبالمثل، كانت الحجة على الحق في الحصول على خصم الاسترداد المبكر للدين قبل تاريخ الاستحقاق الأصلي للمنشأة. كانت هذه الحجة إلى حد بعيد في سياق صفقة قرض تقليدية حيث حددت رسوم الفائدة فقط حتى وقت استرداد الديون كاملة. إن سوء الفهم من هذا القبيل من طرف في المعاملات المالية الإسلامية غير مقبول، حيث يمكن أن يعطي عكس النتائج المرجوة على المدى الطويل.

ولحسن الحظ، فإن المحكمة العليا قررت برفض حجج الدفاع، وحكمت لصالح البنك الإسلامي، ولكن الحجج والبراهين الصادرة عن المحكمة في التوصل إلى قرارها أظهرت أن فهم المحكمة للمعاملات المالية الإسلامية على ما يبدو ضئيلا للغاية أيضا، مسترشدين بالحجج والتفسيرات التي أحالها المحامي للبنك الإسلامي. وفي الحكم المكتوب، فإن المحكمة لا تزال تشير إلى المعاملة على أنها قرض، في حين أن للقروض والبيوع قواعد مختلفة للغاية في الشريعة الإسلامية، ولكن على الأقل اعترفت المحكمة بأن القرض هو "قرض إسلامي"،

وبالتالي لم يولد رسوما على الفائدة. وأيضا لم يشر إلى أي خبراء شرعيين خلال جلسة النظر في ميزات والقواعد الواجبة التطبيق على معاملة البيع بثمن آجل. لذاك، كان من الواضح أن المحكمة لم تحاول دراسة هذه المسألة من وجهة نظر الشريعة الإسلامية، ولكن ذهبت فقط إلى تطبيق القانون العام التي تنطبق على الخدمات المصرفية والعقود في ماليزيا للتوصل إلى قرارها.

داتو حاج نيئ محمود بن داود ضد البنك الإسلامي الماليزي

إن قضية داتو الحاج نيئ محمود بن داود ضد البنك الإسلامي الماليزي، أوضحت الحالة التي يكون فيها القانون العام في ماليزيا متعارضا مع قواعد ومتطلبات المعاملات المصرفية الإسلامية. في هذه القضية، فإن العميل، داتو نيئ محمود تقدم بطلب لاستصدار حكم من المحكمة أن جميع المعاملات التي دخل فيها مع البنك الإسلامي، وهي الرهن، واتفاق شراء العقارات، واتفاق بيع الممتلكات، تكون لاغية وباطلة وليس لها تأثير. داتو نيئ محمود اعتبر أن تنفيذ جميع الاتفاقات تتعارض مع أحكام مرسوم المحميات الملايوية بكلانتان لسنة 1930م، وقانون الأراضي لعام 1965م. المادة 7 (ط) من المرسوم يحظر أي نقل أو انتقال أو أي تخويل حق أو مصلحة لأي ملايوي في الأرض المحمية إلى أو في أي شخص لا يكون ملايويا . القسم 12 (ط) ينص أكثر على ما يلي:

"أي تعاملات أو تصرف على الإطلاق، وجميع المحاولات للتعامل والتصرف في الأراضي مما يتعارض مع أحكام هذا المرسوم تعد لاغية وباطلة".

جادل داتو نيئ محمود بأنه باعتبار أن الأراضي التي قام ببيعها إلى البنك الإسلامي الماليزي هي أراضي محمية ملايوية، وحيث إن البنك الإسلامي الماليزي ليس ملايويا حسبما ورد بيانه في الفقرة 3 من المرسوم، فإن بيع ونقل الأراضي إلى البنك الإسلامي الماليزي يخالف المادة 7 و 12 من المرسوم، وبالتالي، يعد لاغيا وباطلا وليس له أي أثر. واحتج أيضا بأنه، نتيجة لبطلان اتفاق البيع، فإن الرهن التي تم إنشاؤه على الأراضي بموجب قانون الأراضي الوطني يعد باطلا أيضا لأن عدم قابلية إلغاء الرهن بموجب القانون يمكن تطبيقها فقط عندما يتم إنشاؤه باستخدام أدوات صالحة، وليس عندما يتم إنشاؤه بواسطة أداة غير كافية أو باطلة".

أثار محامي البنك الإسلامي العديد من الدفاعات لدحض الحجج التي أثارها داتو نيئ محمود؛ فمن بينها، جادل محامي البنك الإسلامي بأن المعاملة التي تم إجراؤها مع نيئ محمود هي معاملة مصرفية إسلامية، وأن البيع وإعادة البيع كانت لتسهيل العمل المصرفي الإسلامي والمعاملات المالية، وينبغي ألا تفسر على أنها "تعامل أو تصرف" أو "نقل" لأرض محمية في إطار المرسوم. وهكذا، فإن الرهن لا تزال تتمتع بعدم قابلية الإلغاء بموجب القانون، وينبغي ألا تتأثر بأي بطلان.

رفضت المحكمة طلب داتو نيئ محمود وحكمت لصالح البنك الإسلامي. ورأت المحكمة أمورا:

- عندما تم توقيع اتفاق شراء الممتلكات، فإنه باعتبار كون الاتفاقية لا تزال جارية، فإن الحق المكتسب من قبل المدعى عليه البنك الإسلامي الماليزي كان مجرد حق في الحصول على فائدة قابلة للتسجيل والتي لم تتحقق بعد. حيث إنه عند التسجيل فقط تنتقل ملكية الأرض إلى المدعى عليه (البنك الإسلامي الماليزي). ونظرا لعدم وجود دليل على حصول أي تسجيل، فإن الملكية لا تزال مع المدعي (داتو نيئ محمود)، وليس هناك نقل أو تخويل لحق أو مصلحة في الأراضي أدليت في أي وقت مضى للبنك الإسلامي الماليزي.
- تنفيذ اتفاق شراء ممتلكات واتفاق بيع الممتلكات تشكل جزءا من العملية التي تتطلبها إجراءات العمل المصرفي الإسلامي قبل أن يمكن للمدعي الاستفادة من التسهيلات المالية المقدمة من المدعى عليه. وهكذا، فإن الاتفاقات لا تتجاوز حدود أحكام المادتين 7 و 12 من المرسوم لأنه لا يوجد تعامل أو محاولة للتعامل في الأراضي المعنية.

قرار المحكمة في قضية داتو نيئ محمود والبنك الإسلامي الماليزي أعلاه يوضح عددا من الأمور:

- إمكانية حقيقية للصراعات بين المعاملات المالية الإسلامية مع القوانين العامة الأخرى في البلد، وفي هذه القضية، المرسوم المحلي الخاص بالأراضي المحمية الملايوية وقانون الأراضي.
- الفهم السطحي لطبيعة المعاملات المالية الإسلامية من قبل الأطراف، ومحاميهم والمحكمة نفسها. في هذه القضية، تشمل المعاملة المعنية عقود بيع، والتي، تستلزم في الشريعة الإسلامية أن تؤدي إلى نقل وحيازة الملكية (التمليك والتملك)، ولم يؤخذ هذا بعين

الاعتبار في هذه القضية على الإطلاق. وأخذ القاضي بعين الاعتبار القانون العام لبيع الأراضي ونقل الملكية بموجب قانون الأراضي الوطني لعام 1965م للتوصل إلى استنتاجه. بدأ القاضي وكأنه يعتقد أن البيوع "إجرائية" فقط لتسهيل المعاملات المصرفية الإسلامية، كما لو أنها لم تكن بيوع حقيقية، وبالتالي، لا نقل حقيق للملكية. وإذا لم تكن البيوع حقيقية، ولا نقل للملكية قد تم، كيف يحق للبنك أن يأخذ سعر البيع وأرباحه وفقا لأحكام الشريعة؟

- ولم ترد أي إشارة من قبل القاضي ولا محامي الطرفين إلى أي خبراء في الشريعة الإسلامية لمساعدة المحكمة في فهمها لحقيقة المبادئ والقواعد الإسلامية التي تقوم عليها ما يسمى بالمعاملات المصرفية الإسلامية.

- **بنك أفين ضد ذو الكفل بن عبد الله**

إن وضعية التخفيض أو الإبراء فيما يتعلق بسعر البيع للبنك الإسلامي قد أعيد النظر فيه في القضية القريبة العهد بين بنك أفين ضد ذو الكفل بن عبد الله. في هذه القضية حصل ذو الكفل بن عبد الله (العميل)، على تمويل سكني بموجب البيع بثمن آجل تصل قيمته إلى 346,000 رينجت ماليزي من بنك أفين (المدعي) في عام 1997م، لتمويل شراء منزل. أولا دخل العميل (ذو الكفل) في ترتيب استبدال الالتزام (novation) لاستبدال حقوقه والتزاماته في اتفاق البيع والشراء مع طرف ثالث مالك مع البنك. وعقب استبدال الالتزام، قام البنك بدفع الثمن المتبقي في اتفاق البيع والشراء (RM346,000) إلى الطرف الثالث المالك. ثم قام البنك ببيع المنزل إلى ذو الكفل بسعر بيع يقدر بـــ: 466,877 رينغت ماليزي، بما ذلك هامش الربح بالنسبة للبنك.

في وقت لاحق تخلف ذو الكفل عن دفع الأقساط الشهرية، وطلب المدعي إعادة هيكلة التمويل. وافق المدعي وأصدر رسالة تحدد شروط إعادة الهيكلة. قدرت المدة للمرفق المنقح بـــ: 25 عاما. بعد إجراء عدة دفعات، تخلف المدعى عليه مرة أخرى. في 1 أغسطس 2002م، أصدر المدعي إشعارا بالعجز عن الدفع إلى المدعى عليه، وسعى إلى دفع المبلغ المستحق المقدر بـــ: 958997.94 رنغت ماليزي في إطار المرفق المنقح.

المسألة الرئيسية المعروضة على المحكمة هي: ما هو المبلغ المستحق الذي يحق للمدعي في إطار المرفق المنقح؟ ضمن القروض التقليدية الربوية، أثناء عجز المقترض، يحق للممول فقط لقيمة القرض، زائدا الفائدة والرسوم الأخرى، بما في ذلك فوائد التأخر في السداد. إن الفائدة (مع فائدة الدفع المتأخر) مقتصرة على الفترة التي حرر فيها القرض إلى

التسوية الكاملة (وليس المدة الكاملة للقرض). ومع ذلك، ففي هذه الحالة حيث أن التمويل كان بموجب البيع بثمن آجل، طالب المدعي بسعر البيع المنقح (الذي، وفقا للمحكمة، تألف من سعر الشراء وهامش الربح لفترة الولاية الكاملة على المرفق)، على الرغم من أن المدة الكاملة لم يكن قد تم التوصل إليها بعد.

ومنحت المحكمة المدعي أمرا لبيع ممتلكات المتنازع عليها، ولكنها خفضت المبلغ المستحق من قبل المدعي (المجموع المخفض). كانت المحكمة ترى أنه ليس من حق المدعي استرداد هامش الربح للفترة المتبقية للمرفق، بما أن المدعى عليه لم يكن يتمتع بما يعود بالنفع على الحيازة المتبقية للمرفق. السماح بهذا يعني أن المدعي كان قادرا على كسب الربح مرتين على نفس المبلغ وفي نفس الوقت. وهذا طبقا لقرار المحكمة، يشكل "ربحا غير مكتسب"، والذي هو ضد مبادئ معاملة البيع بثمن آجل.

إن المسألة الأساسية في قضية بنك أفين هي استحقاق البنك لما يسمى بالربح غير المكتسب للفترة غير المنتهية المتبقية لسعر البيع، والتي تعجلت بسبب تخلف قيم العميل المشتري. تقنيا فإن "الربح غير المكتسب" كان لا يزال ضمن سعر البيع المتفق عليه بين البنك والمشتري. ولكن، حجة المحكمة كانت، بما أن الفترة الأصلية للدفع كانت لمدة 25 سنة، والتي تم اختصارها بسبب العجز إلى سنتين فقط، لم يكن عادلا بالنسبة للبنك المطالبة بكامل المبلغ من الأرباح للسنوات ال 23 المتبقية. بدلا من ذلك، جادلت المحكمة بأنه يحق للبنك فقط المطالبة بفوائد الحيازة لمدة تصل إلى السنتين والتي هي مدة استخدام العميل.

على سبيل الممارسة في ماليزيا، فإن البنك الإسلامي سيطالب بدفع كامل السعر المتبقي بموجب العقد في حال حدوث تقصير من قبل العميل المشتري، ويشمل جميع أجزاء الربح، وبعد خصم أي أقساط بذلت من قبل المشتري. ومع ذلك، فإن البنك الإسلامي في هذه الحالة جادل أمام المحكمة أنه قد يعطي خصما على الأرباح إلى المدعى عليه على أساس تقدير البنك المطلق. مثل هذه الممارسة لاقت استهجانا مباشرا من قبل القاضي في قضية بنك أفين حيث أنها غير عادلة. ولاحظ أن ترك إعطاء التخفيض إلى التقدير الحصري للبنك سيظل غير عادل للمدعى عليه.

إن قرار المحكمة العليا فيما يتعلق بقضية بنك أفين أعلاه، قد جذبت الكثير من المناقشات، والمجادلات والتعليقات. القضايا الرئيسية هي على الأرجح:

- هل التخفيض في أرباح البنك عند التخلف عن الدفع أو تسريعه تقديري أو إجباري؟
- هل يتوجب على المحكمة "إعادة كتابة" العقد عن طريق فرض التخفيض؟

إن المنظور الشرعي للتخفيض والتحليل المفصل لقرار المحكمة العليا المذكور أعلاه قد تم التطرق إليه في كتاباتي السابقة وليس من الضروري تكراره هنا. ويكفي أن نشير هنا بإيجاز أن الجمهور من الفقهاء يعتبر التخفيض تقديريا من جانب الدائن. ومع ذلك، ففي رأي لمتأخري فقهاء الأحناف حيث ألزموا البائع في بيع المرابحة إعطاء تخفيض على أرباح المرابحة إذا كان هناك تسوية مبكرة لديون المرابحة لأن الحيازة في الدفع من العوامل الرئيسية لحساب هامش الربح الأولي المتعاقد عليه في اتفاق المرابحة.

في قضية بنك أفين، وعلى الرغم من إطلاق اسم بيع بثمن آجل على المرفق، ولكن في واقع الأمر هناك الشبه الشديد بينه وبين بيع المرابحة، بحيث أن يبيع بنك أفين المنزل للمشتري، ذو الكفل، وأثناء ذلك يكشف أسعاره وهامش الربح التي تم حسابه على أساس حيازة تأجيل الدفع. وهكذا، إذا كنا نريد تطبيق وجهة نظر فقهاء الحنفية المذكورة أعلاه، لم يكن من الممكن لبنك أفين المطالبة بالربح للفترة المتبقية، كما يجب عليه أن يعطي تخفيضا على الأرباح المتحققة بعد تسوية الديون بالكامل من طرف ذو الكفل باعتباره المشتري.

إن قرار المحكمة العليا في قضية بنك أفين تم اتباعه في العديد من القضايا اللاحقة، مثل الخدمات المصرفية الماليزية ضد مارلين هو سيوك لين [2006] والخدمات المصرفية الماليزية ضد يعقوب ين أوجي وآخر [2007].

إن القرار والبرهان فيما يتعلق بقضية بنك أفين في نهاية المطاف قد تم عكسه من قبل محكمة الاستئناف الماليزية العام الماضي في قضية البنك الإسلامي الماليزي ضد ليم كوك هو وآخر وطعون أخرى . ومع ذلك، فإن التصور بأن الإبراء ينبغي أن يعطى عند التسوية المبكرة من طرف العميل لا يزال قائما. إن كثير من الناس في هذه الصناعة يشعرون بأن إعطاء إبراء هو أكثر عدالة وإنصافا للمشتري. واستجابة لهذا الشعور العام، قدم اقتراح لدى المجلس الاستشاري الشرعي للبنك الوطني الماليزي في شهر مايو السابق للنظر في إلزامية فرض إبراء من قبل البنك المركزي الماليزي باعتباره المنظم عند التسوية في وقت مبكر لسعر البيع من قبل المشتري. وفي اجتماع المجلس الاستشاري الشرعي 101 المؤرخ بـــ (20 مايو 2010م) قرر أن البنك المركزي الماليزي، بوصفه السلطة التنظيمية يمكن أن

يفرض على المؤسسات المصرفية الإسلامية إعطاء إبراء للزبون الذي دفع مسبقا التزامات دينه الناشئة عن معاملات بيوع مؤجلة (مثل المرابحة أو بيع بثمن آجل) وصيغة الإبراء سيتم تحديدها من قبل أو بالتشاور مع البنك المركزي الماليزي .

إن القرار المذكور الصادر عن المجلس الاستشاري الشرعي سيساعد على منع النظرة السلبية والادعاءات ضد الممارسات المصرفية الإسلامية والتي توصف بأنها ظالمة للعميل نظرا للكمية الكبيرة من الأرباح التي تؤخذ حتى في حالة التسوية المبكرة للديون المتعثرة، كما يتضح في التعليقات التي أدلى بها القاضي في قضية بنك آفين، فضلا عن غيرها من القضايا اللاحقة. إن الإبراء الإلزامي المفروض من قبل الجهة المنظمة سوف يقدم الراحة لجميع الأطراف أن تسوية الديون سيجري وفق طريقة عادلة غير تعسفية. إن ميل المحكمة والجمهور لمقارنة الخدمات المالية الإسلامية بالخدمات المالية التقليدية هو أمر متوقع ويصعب تجنبه، كما يتضح من القضايا التي نوقشت سابقا. نأمل في قرار المجلس الاستشاري الشرعي المذكور أعلاه أن يبدد التصورات السلبية ضد الخدمات المالية الإسلامية في هذا الصدد.

- العربية الماليزية للتمويل ضد تامان إحسان جايا الماليزية وآخرين

بعد قضية بنك أفين، فإن صناعة خدمات المالية الإسلامية في ماليزيا قد أخذت على حين غرة مرة أخرى من خلال قرار المحكمة العليا بكوالا لمبور فيما يتعلق بقضية العربية الماليزية للتمويل ضد تامان إحسان جايا الماليزية وآخرين. هذا القرار كان حكما موحدا لما مجموعه 12 قضية متعلقة بتمويل البيع بثمن آجل.

إن المشكلة الرئيسة في هذه الحالة كانت في صحة عقد البيع بثمن آجل نفسه. قررت المحكمة العليا أن عقود البيع بثمن آجل في القضايا 12 غير صحيحة، وأن المصارف الإسلامية المعنية يمكنها فقط استرداد المبالغ الرئيسة لأن أجزاء الربح فسرت على أنها من الربا. وفيما يخص قراره، أوضح القاضي أنه بناء على ملاحظاته، فإن البيع بثمن آجل كما يمارس في ماليزيا له عدد من الأشكال. سلط القاضي الضوء على اثنين من هذه الأشكال الرئيسية وهي:

- معاملات البيع بثمن آجل التي تنطوي على شراء أصول من قبل البنك من طرف ثالث أو من خلال ترتيب استبدال الالتزام من العميل الذي كان قد أتم شراءه من الطرف الثالث. عندئذ يقوم البنك ببيع الموجودات إلى العميل بسعر التكلفة زائدا هامش الربح على شروط الدفع المؤجل. هذا النوع من معاملات البيع بثمن آجل من العقود التي أقرتها المحكمة

وليست مخالفة لدين الإسلام.

• معاملات البيع بثمن آجل التي لا تنطوي على استبدال الالتزام أو الشراء من طرف ثالث. في هذه الحالة، يشتري البنك من العميل نقدا، ثم يبيع مرة أخرى إلى العميل بسعر التكلفة زائد هامش الربح على شروط الدفع المؤجل. هذا النوع من البيع بثمن آجل قد قضت فيه المحكمة بأنه غير صحيح، وأنه مضاد لدين الإسلام. في هذا النوع من البيع بثمن آجل، رأت المحكمة أن البيع والشراء لم يكن بحسن النية (وليس حقيقي)، والمعاملة الحقيقية تفسر كعقد تمويل حيث إن أي "عنصر للأرباح" يعتبر الربا. استنتجت المحكمة أن الصفقة مخالفة لدين الإسلام، لأن صحة مثل هذه المعاملة ليس مجمع عليها من طرف المذاهب الإسلامية.

ولذكر الحكم ذو الصلة من طرف القاضي، عبر القاضي عبد الوهاب بتايل قائلا: "إذا تم عرض مرفق على أساس أنه إسلامي للمسلمين بصفة عامة، بغض النظر عن مذاهبهم، حينئذ يجب على الاختبار المراد تطبيقه من قبل المحاكم المدنية أن يكون منطقيا، أي أنه لا يوجد أي عنصر لا يقره دين الإسلام تحت أي رأي من المذاهب المعترف بها. وكون الشيء مقبولا في مذهب واحد لا يكفي في الحكم بأن هذا مقبول في دين الإسلام، في حين أنه ليس بمقبول في المذاهب الأخرى. "

• بنك إسلام ماليزيا ضد ليم كوك هو و آخر، والطعون الأخرى

ومع ذلك، وبناء على الاستئناف الذي يوجهه الأطراف، فإن محكمة الاستئناف قد تصدر حكما على عكس ذلك القرار الذي اتخذته المحكمة العليا المذكورة أعلاه. وفي قضية البنك الإسلامي الماليزي ضد ليم كوك هو وآخر والطعون الأخرى ، قررت محكمة الاستئناف في 31 مارس 2009 في جملة أمور:

• البيع بثمن آجل هو عقد صحيح وملزم

• البيع بثمن آجل لا ينبغي مقارنته مع القرض التقليدي لأن البيع بثمن آجل هو عقد بيع وشراء، في حين القرض التقليدي هو عقد إقراض الأموال.

• عندما يكون هناك تخلف عن الدفع، يمكن للبنك أن يطالب بالرصيد المتبقي من سعر البيع على النحو المنصوص عليه في اتفاق بيع الأصول.

• ولقد كان خطأ قاضي المحكمة العليا في:

– تطبيق مبدأ العدالة في تفسير البيع بثمن آجل لأن البيع بثمن آجل مبني على مبادئ الشريعة في تعيين سعر البيع لتجنب الغرر.

– حوسبة الربح اليومي في مبالغ سعر البيع غير المسددة لتحويل العقود الشرعية إلى قرض تقليدي. وينبغي للمحكمة التمسك بقدسية أي عقد ساري المفعول، وليس إعادة كتابة للأطراف.

– اتخاذ قرار فيما يخص البيع بثمن آجل حيث ينبغي أولا أن يكون مقبولا لدى جميع المذاهب.

– تجاهل القرار الذي اتخذه البنك المركزي الماليزي والمجلس الاستشاري الشرعي واللجان الشرعية للمصارف.

الملاحظة والنظرة المستقبلية؟

يبدو أن قرار محكمة الاستئناف فيما يتعلق بالبنك الإسلامي الماليزي ضد ليم كوك هوي وآخر وغيرها من الطعون تمكنت من تخفيف أثر القرارات السابقة للمحكمة العليا. وبالإضافة إلى ذلك، فإن القانون الجديد للبنك المركزي في ماليزيا لعام 2009م (الذي يلغي القانون السابق لعام 1958م)، يتطلب الآن من المحكمة أو المحكم أن يحيل إلى المجلس الاستشاري الشرعي للبنك الوطني الماليزي لتحديد الحكم الشرعي في قطاع الخدمات المصرفية والأعمال المالية الإسلامية . إن المحكمة والمحكم ملزمان أيضا بالخضوع للأحكام التي يصدرها المجلس الاستشاري الشرعي للبنك المركزي الماليزي. ولذلك، فإن قضاة المحاكم المدنية لا يمكنهم استعمال اجتهاداتهم وأحكامهم الخاصة في المسائل الشرعية، وهو أمر منطقي لا سيما أنهم لم يكونوا مدربين في الفقه الإسلامي والأحكام الشرعية.

ومع ذلك، فإن التنمية في كل من الإطار التشريعي والقضائي يجب أن لا يجعلنا راضين عن أنفسنا. فهناك عدد من المخاوف المشروعة التي أثيرت في القضايا المعروضة على المحاكم السابقة والتي تتطلب اهتماما فوريا وجديا. وضمن أمور أخرى، فإن مسألة الإنصاف والعدالة للأطراف المتعاقدة؛ ومسألة سلبية "التصور العام" نحو قطاع الخدمات المصرفية والمالية الإسلامية. ربما أكثر تحديدا مسألة اختلاف وجهات النظر حول بعض الخدمات المالية والمنتجات الإسلامية التي ينظر إليها على أنها مجرد حيلة، وقضية الجوهر مقابل النموذج. هل يجب أن يكون هناك مادة معلمة أو بعض المبادئ التوجيهية بشأن كيفية تفضيل رأي واحد على الآخر على أساس المواءمة بين الحكم والمقاصد الشرعية العامة ؟ النهج الكلي بدلا من نهج الجزئي البحت؟

هل الحكم القانوني الذي يتطلب الإحالة إلى المجلس الاستشاري الشرعي للبنك الوطني الماليزي كاف لتحديد الأحكام الشرعية التي تنطبق على المنتجات والخدمات المالية الإسلامية؟ أم أننا بحاجة إلى مزيد من المعلمات المحددة أو المعايير، الضوابط أو القوانين في شكل مدونة لقواعد العمل المصرفي الإسلامي والمالي؟

هل الإطار الحالي للحكم بالالتزام الشرعي كاف لضمان أن الخدمات المالية الإسلامية المقدمة في السوق هي متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية حقا، وبخاصة في فترة تنفيذها في المصارف وفروعها؟ أم هل نحن بحاجة إلى نظام شرعي أقوى وفعال أكثر للإدارة والمراجعة الشرعية، ولا سيما فيما يخص العمليات والإجراءات؟

كل المسائل والقضايا السابقة الذكر يجب أن يتعامل معها بحكمة بحيث أن لصناعة الخدمات المالية الإسلامية أن تثبت ليس فقط قدرتها على البقاء والمنافسة، ولكن أيضا في نزاهتها وجاذبيتها الأخلاقية إلى جميع أصحاب المصالح والعملاء. مما لا يمكن إنكاره، فإن أطرافا مختلفة، وبخاصة الحكومة وكذلك البنك المركزي الماليزي قد وضعا الكثير من الجهود لتوجيه صناعة الخدمات المالية الإسلامية نحو الشفافية وتحسين الخدمات التي يمكن أن تلبي أهدافها الأصلية من حيث الأسلمة والتوافق مع والجدوى الاقتصادية. ومن الواضح أن هناك دائما مجالات لمزيد من التحسين للصناعة المالية الإسلامية، من أجل تحسين أحوال الأمة والإنسانية.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

ملاحظات ختامية

البروفيسور/ داتوك رفعت أحمد عبد الكريم

إن المشهد الذي أبرزته البحوث الواردة في هذا الكتاب يظهر أنه بالرغم من التحسينات التي أدخلت على نظم الضوابط الشرعية لمؤسسات الخدمات المالية الإسلامية لا تزال هذه الصناعة تواجه تحديات رقابية وقانونية، نذكر منها ما يأتي:

أولا: التحديات الرقابية والقانونية في قطاع التأمين التكافلي

أ – يعمل نظام التأمين التكافلي على إعادة التكافل لتقليل المخاطر، ونظراً لعدم وجود مؤسسات إعادة التكافل بعدد كاف أو عدم توفر الطاقة الاستيعابية لإعادة التأمين لمؤسسات إعادة التكافل المتواجدة حالياً تضطر مؤسسات التكافل اللجوء إلى شركات التأمين التقليدية لإعادة التأمين عندها. وهذا الأمر يشكّل تحدياً هاماً لصناعة التأمين التكافلي وقد يشكّل عقبة في تطورها ونموها.

ب – ومن بين التحديات التي تواجه صناعة التأمين التكافلي التأكد من فصل واستقلال قانوني فعّال لصناديق التكافل وإعادة التكافل عن الموجودات الأخرى لمؤسسات التكافل في جميع الأحوال، ولا سيما في حالة إعسار وإفلاس مؤسسات التكافل. ومن الملاحظ أنّ الهياكل الحالية لمعظم مؤسسات التكافل لا توفر الفصل التام بين صندوق التكافل ومؤسسات التكافل. بالرغم من وجود بعض الآليات لتفادي هذه التحديات مثل إنشاء صناديق التكافل وإعادة التكافل على أساس الرصد، لا تزال الممارسة تعكس بصورة واضحة عدم فصل واستقلال قانوني فعّال لصناديق التكافل وإعادة التكافل.

ج – إيجاد أو وضع الضوابط الشرعية لتحديد المخاطر التي يمكن تغطيتها من قبل مؤسسات التأمين التكافلي بما يتماشى مع الضوابط التي تضعها السلطات الإشرافية على قطاع التأمين التكافلي.

ثانياً: التحديات الرقابية والقانونية في قطاع المصارف

أ – في مقابل النمو الذي تشهده صناعة الخدمات المالية الإسلامية لا يبدو أن كثيرا من الدول قد وضعت البيئة القانونية المناسبة التي يمكن أن تساعد على متانة هذه الصناعة واستقرارها، رغم زيادة عدد وحجم المؤسسات التي تقدّم خدمات مالية إسلامية فيها. وكما تم توضيحه في بعض فصول هذا الكتاب أن بعض الدول توفر البيئة الرقابية والقانونية الكافية لهذه الصناعة، ممّا يساعد في إدارة التحديات القائمة بصورة أفضل.

ب – لا شكّ أنه من بين التحديات القانونية الهامة التي تواجه صناعة الخدمات المالية الإسلامية هو أن بعض القوانين لم يتمّ مراجعتها للتأكد من أنها تتماشى مع أحكام الشريعة ومبادئها مما يخلق وضعاً من عدم التأكد في حالة وقوع خلافات بين الأطراف المعنية. ومن بين الحلول المقترحة لتفادي مثل هذه التحديات هو إيجاد توافق بين العقود والبيئة القانونية التي تطبّق فيها هذه العقود.

ج – إنّ تطبيق ممارسات إدارة المخاطر السليمة، وضوابط الإدارة الجيّدة مثل المعايير والمبادئ الإرشادية التي أصدرها مجلس الخدمات المالية الإسلامية من قبل مؤسسات التأمين التكافلي على الودائع يعزز ثقة الجمهور ويساهم في استقرار النظام المالي الإسلامي في الدول التي تستضيف هذه المؤسسات.

د – إن مؤسسات الخدمات المالية الإسلامية تواجه تحدياً كبيراً في تطوير منتجاتها بحيث إنها تكون مقبولة شرعاً على نطاق واسع وتقلل من المخاطر القانونية والرقابية التي يمكن أن تتعرض لها عند التطبيق.

نظرة مستقبلية

تؤدّي السلطات الرقابية والبنوك المركزية دوراً محورياً في تطوير صناعة الخدمات المالية الإسلامية بحيث أنّها توفر البنية التحتية المواتية لنمو هذه الصناعة بما في ذلك توفير خدمة المسعف الأخير بأسس شرعية، وحماية حقوق المودعين والمستثمرين والتأكد من وجود نظم الضوابط الشرعية الملائمة لنمو هذه الصناعة على أسس متينة.

إن تطوير صناعة الخدمات المالية الإسلامية يجب أن يكون مصاحباً بنظم ضوابط شرعية سليمة وشفافة. وهذا الأمر ليس مسؤولية جهة واحدة بعينها بل هو مسؤولية كل أصحاب المصالح. وفي هذا الصدد، قد أصدر مجلس الخدمات المالية الإسلامية المعيار العاشر الذي تناول نظم الضوابط الشرعية للمؤسسات التي تقدم خدمات مالية إسلامية، حيث يعطي هذا المعيار إرشادات هامة ومنهجية شرعية شاملة ومنضبطة لمقابلة التحديات الرقابية والقانونية، مما يساعد على تعزيز متانة صناعة الخدمات المالية الإسلامية واستقرارها.

إن فهم إدارة مخاطر عدم الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية ومبادئها يشكّل من الناحية الرقابية والقانونية تحدياً كبيراً لصناعة الخدمات المالية الإسلامية، بحيث إنه إذا لم يتمّ التصدي لها قد يشكّل تحدياً لسلامة النظام المالي الإسلامي ومتانته في الدول التي تعمل فيها المؤسسات التي تقدّم خدمات مالية إسلامية.

والحمد لله أولاً وآخراً

ISBN 978-967-5687-10-5