

ورقة عمل

الحاجة إلى تقنين الرقابة الشرعية

إعداد

د. عبد الستار الخويلدي

الأمين العام للمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم

Sharia Audit Conference

المقدمة العامة

تخضع المؤسسات المالية الإسلامية كغيرها من المؤسسات المالية للرقابة الحكومية (عبر السلطات النقدية كوزارة المالية والبنك المركزي) ورقابة المساهمين (عبر الجمعيات العمومية)، وتنفرد المؤسسات المالية الإسلامية برقابة إضافية تعرف بالرقابة الشرعية. و تعتبر الرقابة الشرعية في المعاملات المالية و المصرفية في شكلها الحاضر من الأمور المستحدثة التي تزامنت مع تأسيس المصارف الإسلامية في بداية السبعينات و تبنتها المؤسسات المالية الإسلامية بشتى أنواعها. ولا تعد الرقابة الشرعية بأي حال من الأحوال بديلا عن أنواع الرقابة الأخرى التي تمارسها السلطات النقدية و الجمعيات العامة للمساهمين و مراقبي الحسابات و المدققين وذلك لخصوصية كل نوع من الرقابة ولحاجة المؤسسات المالية الإسلامية إلى كل هذه الرقابات لتكاملها. وتعد الرقابة الشرعية استجابة طبيعية للفكرة الأساسية التي قامت عليها المؤسسات المالية الإسلامية و هي سلامة معاملاتها من الناحية الشرعية¹.

وقد تم تعريف الرقابة الشرعية على أنها «متابعة و فحص وتحليل الأنشطة و الأعمال والتصرفات والعمليات التي تقوم بها المؤسسة للتأكد من أنها تتم وفقا لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية وذلك باستخدام الأدوات والأساليب الملائمة المشروعة، مع بيان المخالفات والأخطاء وتصويبها ووضع البدائل المشروعة لها، وتقديم التقارير إلى الجهات المعنية متضمنة إبداء الرأي الشرعي والقرارات والتوصيات والإرشادات لمراعاتها في الحاضر لتحقيق الكسب الحلال، وكذلك في المستقبل بغرض التطوير إلى الأفضل»².

إن إفرغ أحكام فقه المعاملات في نصوص مصاغة صياغة مبسطة يلتزم بها المخاطبون بها ويعلمها الكافة مطلب نادى به الفقهاء قديما وحديثا³. وأصبح الأمر أكثر إلحاحا في عصرنا الحاضر حيث أدى التقنين في المجال القانوني إلى مزاحمة حقيقية لأحكام الفقه الإسلامي. ولم يشذ على هذا المطلب العام مجال الرقابة الشرعية.

1- تستمد الرقابة الشرعية أسسها من مبدأ المحاسبة و مراقبة المسئولين الذي هو مبدأ قائم في الفقه العام، و يمكن الاهتداء به في مجال الرقابة على الشركات، علاوة على وجود وظيفة المحتسب الذي يراقب المعاملات المالية في الأسواق.

2- د. عبد الستار أبوغدة «الرقابة الشرعية و علاقتها بالتدقيق الشرعي في المصارف الإسلامية». حولية البركة. العدد الرابع. رمضان 1423هـ ص 8
3- نذكر على سبيل المثال المرحوم مصطفى الزرقا الذي له مواقف ثابتة في الموضوع حيث يقول في كتابه المدخل الفقهي العام في طبعته الثانية ص 28: «فالكتب الفقهية لدينا وشروح المجلة كلها في الحقيقة إما تصلح أن تكون مدونات للمحاكم، كجميع شروح القانون، ليرجع إليها الحكام عند حاجتهم إلى معرفة ما حول كل مادة وحكم من إيضاح وتفصيل، ولا تصلح أن تكون كتبا تعليمية في مجلة الأحكام العدلية الشرعية ومبادئها الفقهية لطلاب الحقوق في الجامعات. ونحن بحاجة شديدة، إلى كتب جديدة توضع على طريقة البحث الموضوعي في أحكام المجلة ومبادئها الفقهية، لتصبح بالتبسيط والتركيز والتنسيق قريبة المتناول، سهلة المآخذ على أفهام الطلاب وحفظهم، حتى يتحقق في تأليف هذا العلم الدقيق الهام تمييز حسن بين الحاجة التعليمية في الجامعات، والحاجة التطبيقية في المحاكم...»

ونظرا لطبيعة الموضوع (حادثة طرحه وقلة الكتابة فيه) تحتم اعتماد منهج معين تعرض ملامحه الأساسية في شكل ملاحظات تمهيدية (مرحلة التشخيص) حيث سنحاول الإجابة على مجموعة من الأسئلة تتعلق بالموضوعات التالية:

- ما هو الأساس القانوني لنشاط هيئات الرقابة الشرعية؟
 - ما هو موقف القانون الوضعي من نشاط هيئات الرقابة الشرعية؟
 - ما هي كيفية أداء الهيئات لوظيفتها (مجانا أو بمقابل)؟
 - ما هي طريقة تعيين أعضاء الهيئة الشرعية؟
 - ما هو مدى إلزامية قرارات هيئة الرقابة الشرعية؟
 - ما هو مدى تفرغ هيئة الرقابة الشرعية لأداء وظيفتها؟
 - ما هي مواقف هيئات الرقابة الشرعية من خلال التقارير السنوية التي ترفع للجمعية العامة؟
 - ما هي أوجه الشبه بين وظيفة هيئة الرقابة الشرعية ووظيفة مراقب الحسابات في الشركات التجارية؟
 - ما مدى مسئولية هيئة الرقابة الشرعية من الناحيتين المدنية والجزائية؟ وما هي أسسها؟
- والغاية من طرح الملاحظات التمهيدية هو السعي للوصول إلى حصر العناصر المادية والقانونية المساعدة على تكييف العمل الذي تؤديه هيئات الرقابة الشرعية (مرحلة التكييف) حتى يتسنى حصر القاعدة القانونية (مرحلة تسليط الحكم على الوقائع) التي تنطبق على هذه الوظيفة إذا كانت هذه القاعدة مذكورة بصريح النص، أو في غياب نص صريح اللجوء إلى القياس⁴ على أجهزة وأطر قائمة حتى يتسنى فيما بعد إجراء مقارنة واستنتاجات (مرحلة التقويم و الاستنتاجات)، ثم التقدم بملاحم مشروع تقنين نشاط الرقابة الشرعية.

الملاحظات التمهيدية

- الأساس القانوني لنشاط هيئات الرقابة الشرعية: تستمد هيئات الرقابة الشرعية وجودها في القانون الوضعي إما من القانون إذا كان هناك قانون ينظم العمل المصرفي الإسلامي⁵ أو من النظام الأساسي للمؤسسة المالية المعنية وبدرجة أقل تستند إلى العرف (أي لا يوجد نص قانوني يقرها ولا النظام الأساسي قد نص عليها ولكنها معتمدة عرفا كنتيجة طبيعية لاحترام أغراض المؤسسة المحددة بالنظام الأساسي).

4- هذا و تجدر الإشارة أن القانون الوضعي الجنائي لا يقول بالقياس في مجال تسليط العقوبات اعتمادا على القاعدة القانونية «لا جرمة و لا عقوبة إلا بنص سابق الوضع». أما في مجال المسئولية المدنية القائمة على التعويض فمجال القياس مفتوح

5- من القوانين التي نظمت العمل المصرفي الإسلامي، نذكر على سبيل المثال: القانون الإماراتي (قانون اتحادي رقم 6 لسنة 1985)، و القانون اليمني رقم 21 لسنة 1996، و القانون السوداني لسنة 1991، و القانون الأردني رقم 2 لسنة 2000، و القانون الكويتي رقم 30 لسنة 2003م

- **موقف القوانين الوضعية من نشاط هيئات الرقابة الشرعية:** لم تحدد القوانين التي نظمت العمل المصرفي الإسلامي بدقة وبوضوح أعمال هيئات الرقابة الشرعية وما يترتب عنها من حقوق وواجبات⁶ في حين نجد أنها أسهبت في ضبط وظيفة هيئات الرقابة الأخرى كمراقب الحسابات الذي تم تفصيل وظيفته حيث تم ذكر طبيعة البيانات التي يجب أن تظهر في تقريره السنوي ودعوة الجمعية العامة للانعقاد في الحالات التي يتراخى فيها مجلس الإدارة في المبادرة لدعوة الجمعية العامة، في حين اكتفت بوظائف عامة تتكرر تقريبا في كل النظم الأساسية ولوائح المؤسسات المالية الإسلامية والتي تتمثل أساسا في إبداء الرأي حول شرعية العمليات والعقود التي تتعامل بها المؤسسة، أو تأكيد اتفاق العمل المصرفي مع الأحكام الشرعية. وقد تم التوسع في هذه الوظيفة وأعطى لها مضمونا يختلف أحيانا من مؤسسة مالية لأخرى. هذا وتجدر الإشارة أن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية قد وضعت معيارا لشكل ومحتوى تقرير الهيئة⁷
- **كيفية أداء هيئة الرقابة الشرعية لوظيفتها:** تتقاضى هيئات الرقابة الشرعية أتعابا (تحددها الجمعية العامة) وذلك مقابل ما تقوم به من أعمال. وهذا عنصر يساعد على فهم طبيعة المسؤولية لأن مضمون المسؤولية ونطاقها يختلفان باختلاف كيفية أداء العمل. فإذا كان العمل تطوعيا تكون المسؤولية أقل صرامة من الصورة التي يكون فيها العمل بمقابل، و ذلك قياسا على مسؤولية الوكيل بأجر التي تكون أشد من مسؤولية الوكيل بدون أجر.
- **طريقة تعيين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية:** يختلف تشكيل هيئة الرقابة الشرعية من مؤسسة مالية لأخرى، فقد تأخذ اللجنة الشرعية شكلا جماعيا في شكل هيئة مستقلة تعينها الجمعية العامة للمساهمين⁸ وتمارس دورها كاملا من حيث الرقابة والإفتاء. والأصل أن تكون الرقابة الشرعية في شكل جماعي يتم تعيين أعضائها من قبل الجمعية العامة، وقد تقتصر أحيانا على شخص واحد⁹. وقد تكون جهة التعيين مجلس الإدارة¹⁰.

6- «...مراجعة العديد من النظم الأساسية واللوائح والقوانين الخاصة بالمصارف الإسلامية، فإن الباحث لم يتمكن من العثور على نصوص قانونية خاصة بالآثار القانونية المترتبة على خطأ أو تقصير الرقيب الشرعي، سوى بعض النصوص الخاصة بعزل الرقيب الشرعي عن طريق الجهات التي عينته مثل الجمعية العامة أو مجلس الإدارة» (حسن يوسف داود «الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية». المعهد العالمي للفكر الإسلامي 1996 ص 12)

7- انظر معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (1). و قد نص المعيار أن يتضمن التقرير : عنوان التقرير، الجهة التي يوجه إليها التقرير، الفقرة الافتتاحية أو التمهيدية، فقرة نطاق عمل الهيئة، فقرة مسؤولية الإدارة، فقرة الرأي، تاريخ التقرير، توقيع الهيئة، نشر التقرير.

8- تجدر الإشارة أن الجمعية العامة لا تضم في عضويتها أصحاب الحسابات الاستثمارية بالرغم من تأثرهم بنتائج البنك شأنهم شأن المساهمين و مع ذلك لا يشتركون في اختيار أعضاء اللجنة الشرعية و لا المشاركة في تسيير شؤون المصرف و لو بصفة غير مباشرة.

9- إن اقتصر اللجنة على عضو واحد بما يترتب عليه من وجود وجهة نظر واحدة، قد يؤدي إلى وجود مجال واسع لمجانبة الصواب، بينما تعدد الآراء، يمكن أن يكون وسيلة ناجعة للوصول إلى الرأي الفقهي الأسلم.

10- نذكر على سبيل المثال بنك التنمية التعاوني الإسلامي السوداني، و البنك الإسلامي الأردني للتمويل و الاستثمار

وقد تكون مجرد هيئة استشارية تبدي رأيها في ما يعرض عليها من مسائل واستفسارات ولا دخل لها في مراجعة الأعمال المنفذة. والقاعدة أن أعضاء هيئة الرقابة الشرعية ليسوا من العاملين في المؤسسة المالية ولا هم أعضاء بمجلس إدارتها وبالتالي فهم لا يخضعون لمجلس إدارتها فهي تمارس بذلك دور الوكيل عن الجمعية العامة. هذا وتجدر الإشارة أن عدم الجمع بين عضوية مجلس الإدارة وعضوية هيئة الرقابة الشرعية قد ساعد على استقلالية قرارات هيئات الرقابة ووفر المناخ الملائم للحياد و البعد عن الشبهات¹¹

- دور الهيئة في وضع التعليمات التنفيذية الخاصة بالتشغيل: إن وضع تعليمات تنفيذية مؤثر على تحمل الهيئة أعباء المتابعة لما أقرته. وقد يساعد وضع مثل هذه التعليمات إضافة إلى الفتوى على دقة تكييف الوظيفة التي تؤديها هيئة الرقابة الشرعية.
- مدى إلزامية قرارات الهيئة: إذا كانت قرارات الهيئة ملزمة فهذا يختلف عن القرارات ذات الطابع الاستشاري. ومن خلال مراجعتنا لبعض النظم الأساسية ولوائح الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، تبين لنا أن هناك نظماً أساسية نصت صراحة على إلزامية قرارات هيئة الرقابة الشرعية، وهناك حالات لم يتم التنصيص صراحة على ذلك. وحالة السكوت هذه لا تفسر على أنها دليلاً على عدم الأخذ بإلزامية القرارات الصادرة عن الهيئة لأن حرية الأخذ بإلزامية أو عدم إلزامية القرارات يضعف من سلطة هيئة الرقابة في ضبط وترشيد وتصحيح عمليات المصرف. هذا ولم نعث على نص يأخذ صراحة بمبدأ عدم إلزامية قرارات هيئة الرقابة الشرعية¹².
- مدى تفرغ الهيئة لأداء وظيفتها: هيئة الرقابة الشرعية كما سبق ذكره هي هيئة غير متفرغة للعمل داخل المصرف وبالتالي سيتم استبعاد كل ما يتعلق بما يعرف بالرقابة الداخلية وسيتم الاستئناس بالضوابط التي تحكم الرقابة الخارجية لأنها أقرب إلى واقع وطبيعة عمل هيئة الرقابة الشرعية.
- استقراء المواقف من خلال التقارير السنوية: حاولنا الوقوف على تحديد وظيفة الرقابة الشرعية من خلال استقراء مواقفها التي تصدر التقارير السنوية معتمدين على بعض النماذج المتاحة لأن تحديد الطبيعة القانونية لعمل ما تقوم به جهة ما لا ينحصر فقط

11- يرى بعض الباحثين في حقل المصارف و المؤسسات المالية الإسلامية أن مبدأ استقلالية هيئات الرقابة الشرعية يعود «إلى طبيعة مهامها التي تمت بصلة شديدة إلى الشهادة، و الحسبة، و التحكيم، فضلا عن الإفتاء، و هي مهام لا تتم إلا بتجرد القائمين بها و إخلاصهم في الإنابة عن الحقائق التي تظهر لهم...» (د. عبد الستار أبوغدة «الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية»، حولية البركة. العدد الأول 1420هـ)

12- يتعين أن نفرق بين الرأي الشرعي الذي يتعلق بمتطلبات صحة العملية شرعا و هو رأي ملزم قطعاً (و إلا ما هي الغاية من طرح سؤال حول مدى جواز عملية معينة، أفني بعدم جوازها ثم يتم الإبقاء عليها) وبين اقتراح توصيات على سبيل الاحتياط و مراعاة الأفضل. و هذه التوصيات قد لا تلزم الإدارة بالأخذ بها لأنها أقرب إلى إبداء الرأي الخاضع إلى النسبية من الحكم الشرعي.

فيما عهد لتلك الجهة في نظمها الأساسية أو لوائحها، وإنما يتم التكييف على ضوء ما تشهد به هي من أقوال في التقارير السنوية وما يصدر عنها من أعمال أي ما تمارسه في الواقع بعيدا عن النصوص.

- **القراة بين وظيفة الرقابة الشرعية ووظيفة مراقب الحسابات:** حاولنا إمعان النظر في القراة بين وظيفة الرقابة الشرعية ووظيفة مراقب الحسابات في قانون الشركات نظرا لتعدد أوجه الشبه بين الهيئتين من حيث جهة التعيين وضوابط الحياد¹³ آخذين في الاعتبار الاختلاف بينهما في الأهداف والوسائل¹⁴.

13 - من ضوابط حياد مراقب الحسابات واستقلاله و دفع الحرج و الشبهات تنص القوانين الوضعية على عدم جواز أن يكون مراقب الحسابات شريكا لأحد مؤسسي الشركة أو عضوا في مجلس إدارتها، أو موظفا لدى هؤلاء الأشخاص، أو من ذوي قرياه حتى الدرجة الرابعة. كما لا يجوز لمراقب الحسابات قبل انقضاء ثلاث سنوات من تركه العمل بالشركة أن يعمل مديرا أو عضوا بمجلس الإدارة أو أن يشغل بصفة دائمة بأي عمل فني أو إداري أو استشاري في الشركة التي كان يعمل بها. و لا نرى أن مجرد توفر إحدى الحالات المذكورة آنفا في المراقب الشرعي تخل بواجب الحياد، لأن وظيفة إصدار الفتوى المنوطة بعهدة هيئة الرقابة الشرعية ليست وظيفة قانونية بحتة و إنما هي وظيفة دينية يستل عنها المراقب أولا و أساسا أمام الله. و هذا دليل إضافي على محدودية المقارنة بين وظيفة مراقب الحسابات و المراقب الشرعي.

14 - ليست الوظيفة الأساسية لهيئة الرقابة الشرعية المصادقة على صحة و مصداقية الحسابات السنوية، بينما نرى أن الوظيفة الأساسية لمراقب الحسابات هي المصادقة على صحة و مصداقية الحسابات السنوية طبقا للقانون المتعلق بنظام المحاسبة الجاري به العمل و ذلك دون تدخل في إدارة الشركة و لا الاعتراض على أعمال مجلس الإدارة. هذا و يجوز للهيئة الشرعية أن تعترض على أعمال مجلس الإدارة إذا تضمنت هذه الأعمال مخالفة شرعية.

(1)

اختصاص الإفتاء: (الاختصاص الطبيعي)

- عندما يتعلق الأمر باختصاص الفتوى للجنة الشرعية، يطرح السؤال :
- ما هو مضمون هذا الاختصاص؟
 - ما هو تكييفه القانوني؟
 - ما هي النتائج والمرتبة عن هذا التكييف من حيث المسؤولية؟

1/1 مضمون اختصاص الإفتاء

يتبين من خلال دراسة اختصاص هيئات الرقابة الشرعية سواء في النظم الأساسية للمؤسسات التي تنتمي إليها أو من خلال لوائح هذه الهيئات أو من خلال القانون المنظم للعمل المصرفي الإسلامي (عند وجوده) أن الوظيفة السائدة في غالبية المؤسسات تنحصر في الرد على الاستفسارات المقدمة للهيئة من قبل إدارة المؤسسة¹

2/1 تكييف الاختصاص والآثار المترتبة عنه

إذا اقتصر دور الهيئة في الرد على الاستفسارات المطروحة عليها من إدارة المؤسسة، وبذلت العناية اللازمة للرد عليها واجتهدت، فلا يبدو أن هناك مسؤولية مترتبة عن هذا الدور، وذلك قياساً على الآراء التي يدلي بها المختصون في الجوانب القانونية والمالية. فلا يستل المستشار القانوني والمالي على الآراء التي يدلي بها في إطار الاستشارات التي تعرض عليه طالما أنه التزم بأصول المهنة وبذل العناية المطلوبة في مثل هذه الحالات.

1- توضح دراسة وظائف هيئة الرقابة الشرعية أن الهيئة تمارس دورها كاملاً في صياغة العقود ومراجعتها، و تقديم الرأي والمشورة لمجلس الإدارة، و الرد على الاستفسارات الفقهية، وإعداد تقرير سنوي يعرض على الجمعية العامة

(2)

الاختصاص الإداري: (الاختصاص الاستثنائي)

إلى جانب الاختصاص في مجال الفتوى وإبداء الرأي الشرعي كاختصاص رئيسي، تبين لنا من خلال دراسة اللوائح والنظم الأساسية لعدد المؤسسات المالية الإسلامية أنه أنيط بعهدة بعض الهيئات الشرعية بعض الأعمال الإدارية. ما هو مضمون هذا الاختصاص الاستثنائي وما هو تكييفه القانوني، وما هي النتائج المترتبة عن ذلك؟

1/2 مضمون الاختصاص الإداري

لاحظنا من خلال دراسة النظم الأساسية لبعض المؤسسات المالية الإسلامية أن هناك عينات من الوظائف لا تندرج ضمن وظيفة إبداء رأي شرعي، وقد يترتب عنها تقصير. ومن هذه العينات نذكر ما يلي:

أ- نص النظام الأساسي على أنه يجوز للهيئة أن تطالب بعقد مجلس إدارة البنك إذا ارتأت ذلك ضرورياً².

ب- مطالبة هيئة الرقابة الشرعية بتقديم تقرير للمدير العام ومجلس الإدارة إضافة إلى التقرير السنوي الذي تقدمه للجمعية العامة³

ج- مراقبة المصالح المكلفة بالتوظيف و التخزين و غيرها من المصالح للتأكد من شرعية العمليات التي ينجزها البنك⁴.

د- إبداء الرأي بشأن الضمانات التي تحصل عليها المصارف و كذلك الشأن بالنسبة للديون المتعثرة.

هـ- حق وقف أي تصرف مخالف شرعا وعلى الفور، وكذلك دعوة الجمعية العامة لاجتماع طارئ

2- أنظر على سبيل المثال المادة 40 فقرة 5 من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي المصري

3- المادة 71 من النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي السوداني

4- بنك التضامن الإسلامي السوداني. المواد 60-63 من النظام الأساسي

2/2 تكييف الاختصاص الإداري و الآثار المترتبة عنه

يبدو لنا أن المهمة الموكولة للهيئة لدعوة مجلس الإدارة للانعقاد (صورة الفقرة أ من 1/2) تتصف بالعمومية حيث أنها لم تحدد بدقة ما هي الحالات التي يجوز فيها دعوة مجلس الإدارة للانعقاد. كما تستوجب متابعة دقيقة لأعمال المصرف والحال أنه كما ذكرنا آنفاً أن الهيئة غير متفرغة. ويخشى أن تحمل على الهيئة مهام لا تقدر على أدائها من حيث الواقع المادي، وقد تعرضها إلى مآخذ قانونية عند توفر الشروط الموضوعية للانعقاد ولم تتخذ الهيئة أي إجراء فتجد نفسها في حالة امتناع في حين أنها مطالبة بفعل شيء.

أما في صور إبداء الرأي بشأن الضمانات والديون المتعثرة (صورة الفقرة ث من 1/2) فيمكن التعليق على ذلك كما يلي: إذا كان الرأي الذي تبديه الهيئة رأياً شرعياً في مدى جواز أخذ الضمان (نذكر على سبيل المثال عدم جواز الضمان بين الشركاء إلا في حالات التقصير والتعدي) فالرأي هنا لا يخرج عن اختصاص الفتوى.

أما بخصوص المهمة الموكولة للهيئة في إبداء الرأي بشأن الضمانات و الديون المتعثرة (صورة الفقرة ث من 1/2) فهي تستوجب الخوض في ترجيح ضمان على آخر وتقدير مدى صلاحية الضمان من حيث الملاءة وسهولة التسييل وغيرها، والحال أن موضوع الضمانات محل جدل بين المختصين ويخضع لجهات مختصة في تقويم المخاطر. كذلك الشأن بالنسبة للديون المتعثرة (التي تخضع في مجال المصارف لمتابعة دقيقة ومستمرة من قبل السلطات النقدية وتخضع لتصنيف له انعكاس على تكوين الاحتياط و توزيع الأرباح)، فإذا كانت المعالجة ترمي إلى رفع شبهات الربا وغيرها من الأساليب غير المشروعة في معالجة الموضوع، فهذا لا يخرج عن كونه رأياً شرعياً يدخل في اختصاص الفتوى.

أما إذا تعدى الدور إلى معالجة اقتصادية ومالية كاقترح التنازل على جزء من الدين، أو اقتراح إجراء مقاصة في دين لم تتوفر فيه شروط المقاصة، فإن مثل هذا الرأي لا ينصح به لاحتمال تعرض هيئة الرقابة الشرعية للمآخذ القانونية من المساهمين وحتى من الدائنين لأن في التخلي عن الدين أو الإنقاص منه مصدر ضرر لحقوقهم. و يمكن أن يقتصر دور الرقابة الشرعية في الحالات المذكورة على المراجعة أي أن تعد إدارة المؤسسة الضوابط لمعالجة الموضوع تعرض فيما بعد على الهيئة للتأكد من خلوها فقط من المخالفات الشرعية.

أما الحق في توقيف أي عمل مخالف شرعا وكذلك دعوة الجمعية العامة للانعقاد (صورة الفقرة ج من 1/2) فهذا دور إيجابي ومفيد للعمل المصرفي، لكن القيام به يستوجب تحديد حالات دعوة الجمعية العامة من ناحية، وتفرغ الهيئة ومتابعة شبه يومية لنشاط المؤسسة من ناحية أخرى. وهو أمر غير متحقق ماديا لعدم التفرغ وبعد الهيئة عن مركز نشاط المؤسسة. وبناء على ذلك لا نرى فائدة في التوسع في قائمة الاختصاصات إذا لم تكن هناك مراقبة ومتابعة ميدانية مكثفة ومحددة المعالم.

(3)

استقراء بعض نماذج التقارير السنوية لبعض الهيئات الشرعية

إن الوقوف على دور الرقابة الشرعية من خلال استقراء مواقفها التي تصدر التقارير السنوية تعد من العناصر المهمة في تحديد الدور الحقيقي لهذه الهيئات. فهي شهادة منها على ما تقوم به وما تفعله في الواقع.

وبالرغم من اختلاف صيغ التقارير فهي متشابهة في جوهرها، فهناك هيئات رقابة شرعية تؤكد أنها «اطلعت على الميزانية العامة، وحسابات البنك، وحسابات الأرباح والخسائر، وراجعت وناقشت كل ما قام به البنك من توظيفات واستخدامات، ودرست تقرير مدققي الحسابات، والكشوف الشهرية لارتباطات البنك الاستثمارية. وأنها تؤكد مطابقة ذلك كله للشرعة، وأن ما قام به البنك يدخل ضمن ما سبق، ووافقت عليه»⁵

وهناك من الهيئات من لا تنظر إلا في مشروعية الميزانية وعمليات المصرف و مشروعاته⁶ وهناك من الهيئات الشرعية من تساهم في لجان استثمارية داخل المصرف، وتتولى مهام تنفيذية حيث يقول التقرير: «...ولم يقتصر دور الإدارة (المقصود إدارة الفتوى والبحوث والتي تضم قسم شرعي، وقسم قانوني وقسم اقتصادي) في مراقبة العمل الاستثماري على عضويتها في لجان الاستثمار، بل ظلت تراقب عن كثب تنفيذ العمليات الاستثمارية مع التنفيذات بإدارة الاستثمار وقسم المخازن...»⁷

5- بنك فيصل الإسلامي المصري: التقرير السنوي 1982 ص 21

6- مصرف فيصل الإسلامي البحرين: التقرير السنوي 1987 ص 21

7- بنك التضامن السوداني تقرير سنة 1984م

إن في متابعة العمل الاستثماري وحضور اجتماعات اللجان الاستثمارية ما يعطي نجاعة للعمل المصرفي، ولكن لجان الاستثمار تتخذ قرارات توظيف و استقطاب أموال وتسأل على ما تتخذه من قرارات أمام مجلس الإدارة والجمعية العامة. فكيف تشارك هيئة الرقابة في اتخاذ قرارات استثمارية وهي لا تخضع لرقابة مجلس الإدارة. فهذه من المسائل التي يتعين النظر فيها للتأكد من طبيعة هذا «الحضور» : هل هو مجرد إبداء رأي شرعي على ما يتخذ من قرارات استثمارية أم المشاركة في اتخاذ القرار نفسه الذي يفترض أن يخضع فيما بعد للرقابة الشرعية؟. أما إذا كانت هذه رقابة متزامنة لاتخاذ القرار فيوضح ذلك في محضر لجنة الاستثمار حتى لا يفهم وكأن هيئة الرقابة الشرعية جزءاً من الإدارة التي تقوم بتسيير العمل اليومي للمصرف. كما أشار التقرير إلى دور تنفيذي قامت به الهيئة.

وهناك من الهيئات من تتولى الإشراف على جرد موجودات البنك⁸

(4)

مسئولية أعضاء هيئة الرقابة الشرعية

يقرر القانون الوضعي مسؤولية كاملة شاملة ترجع في أساسها إلى فكرة الخطأ بوجه عام. وتستهدف هذه المسؤولية تعويض الضرر في جميع مظاهره وبالنسبة لكل عناصره المادية منها والأدبية على حد سواء. والمسئولية المدنية تقوم في كل حالة تتوافر فيها أركانها دون تحديد مسبق لتلك الحالات. أما في القانون الجنائي وكما هو معلوم فإن هذا القانون بمختلف فروع وخصوصية إجراءاته محكوم بمبدأ قانوني يعرف في مصطلح القانونيين بمبدأ الشرعية. و يعني هذا المبدأ أن كل فعل أو امتناع عن فعل لا يعتبر جريمة يعاقب عليها القانون إلا إذا نص القانون صراحة على ذلك بنص صريح صادر قبل الفعل المجرم. وهذا الفعل لا يمكن أن يتم تتبع مرتكبه إلا حسب إجراءات نص عليها القانون. و هذا الركن الشرعي يعتبر في العرف القانوني بمثابة الضامن الوحيد لحقوق الإنسان من التسلط و التحكم (حتى أنه في جل القوانين يعتبر هذا المبدأ مبدأ دستوريا و ليس قانونا عاديا قابلا للتعديل بطرق التعديل التي تتم بها القوانين العادية).

8- وهذا العمل بالذات أنيط به قانونا إلى مراقب الحسابات. و يصعب على اللجنة مادي القيام بهذا العمل

والركن الثاني للجناية هو الركن المادي، و معناه الفعل أو الامتناع عن الفعل الذي جرمه القانون. أما الركن الثالث فهو الركن المعنوي، ومعناه القصد والنية الإجرامية⁹

ولكن لكي نعلم بمضمون القانون (حتى نتفادى مخالفته) يجب أن يكون النص المجرم واضحاً من حيث صياغته ومضمونه. و يبدو لنا أن مبدأ الوضوح هذا في تجريم الحالات التي تمت بأعمال هيئات الرقابة الشرعية مفقود تماماً. و البحث عن النصوص المجرمة لأعمال هيئات الرقابة الشرعية هنا وهناك فيه خطورة كبيرة ليس على الهيئات الشرعية فقط بل على والمحيط القانوني عموماً، و ذلك لسببين على الأقل:

- أن هذه الطريقة في التجريم سوف تبحث عن نص قانوني تمت صياغته لمعاقبة جرائم أخرى محددة، وبالتالي سوف تقع في القياس في مجال لا يستقيم فيه القياس أصلاً عملاً بقاعدة «لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص صريح سابق الوضع».

- أن هذه الطريقة سوف تؤدي الى تطبيق عقوبة غير محددة ولا تأخذ بعين الاعتبار طبيعة وخصوصية نشاط هيئات الرقابة الشرعية الذي يسبق ويعاصر تنفيذ المعاملات، وذلك بقصد توجيه النشاط.

واعتماداً على بعض المخالفات التي يمكن ردعها بمجرد توفر أركانها بقطع النظر عن صفة مرتكبها، و قياساً على وظيفة مراقب الحسابات (لما لها من أوجه شبه مع الرقابة الشرعية)، يمكن أن تكون هيئات الرقابة الشرعية عرضة للتتبع الجنائي في الحالات التالية:

1/4 تعمد إعطاء أو تأييد معلومات كاذبة عن وضعية المؤسسة: ومثل هذه الحالات نادرة جداً إذ لا تتدخل هيئات الرقابة الشرعية في إدارة المؤسسة ولا تؤيد أو تمنع في المسائل المالية التي هي من صلاحيات الإدارة التنفيذية، ولكن ومع ذلك قد تحصل مثل هذه الحالات فيتعين التفطن إليها.

2/4 عدم الإبلاغ عن المخالفات الخطيرة : وهي مخالفات تعترض المراقب الشرعي إثر أدائه لمهام المراقبة. ويقصد بذلك عدم تبليغ الجهات المختصة عن حالات تلاعب وتزوير كشفها المراقب إثر أداء مهمته شريطة أن تكون من المسائل التي يعاقب عليها القانون.

9- يشكل الركنان الأول والثالث الاختلاف الجوهرى بين المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية، و ذلك لأن النصوص القانونية المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية نصوص عامة توجب التعويض على كل من تسبب في الإضرار بغيره سواء كان المتسبب عامداً أو سهواً.

3/4 إفشاء السر المهني: إثر إبداء الرأي في بعض عمليات المؤسسة المالية، قد تعرض على الهيئة ملفات تتضمن أسماء عملاء، أو بيانات معينة كرقم معاملات المصرف، أو بعض الشركات التابعة له، أو المركز المالي لبعض العملاء، في هذه الحالات يتعين على هيئات الرقابة الشرعية عدم إفشاء المعلومات التي تعرض عليهم بمناسبة أدائهم لوظيفتهم. هذا و تجدر الإشارة أن هناك صورا تكون فيها هيئة الرقابة الشرعية في حل من احترام السر المهني وهي حالات المصلحة العامة كأن تكون هناك قضية منشورة أمام المحاكم و دعي لها المراقب وكذلك الشأن مع السلطات النقدية كالبنك المركزي.

4/4 ارتكاب إهمال أو خطأ مهني جسيم ألحق الضرر بالغير: تأصيلا للأعمال الموجبة للعقوبة، يقول الدكتور/حسين حامد حسان «وهناك أعمال حظرها المشرع على المراجع الممارس و اعتبرها موجبة لعقوبة تأديبية، وهذه يمكن تطبيقها على عضو الهيئة الشرعية، لأنها تشكل مخالفة لتكليف فرضته الشريعة و عقد الوكالة على أعضاء الهيئة...»¹⁰.

(5)

التوصيات مع ملامح مضمون التقنين المطلوب

1/5 التوصيات

- تفاديا لما قد يتعرض له أعضاء هيئات الرقابة الشرعية من مآخذ قانونية سواء في إطار المسؤولية المدنية أو/و الجنائية، يمكن الاهتمام بالضوابط التالية:
- مما لا شك فيه أن تقصير الرقابة الشرعية أو خطئها يترتب عليه آثار جد خطيرة. فقد ينتج عن ذلك ضياع حقوق لأي طرف سواء المؤسسة المالية أو المساهمين أو المودعين أو من يدخلون مع المؤسسة في أعمال استثمارية وعموما عدم سلامة المعاملات المالية. و بناء على ذلك يتعين على أعضاء اللجنة الشرعية الإلمام بجميع أوجه المعاملة المعروضة عليهم للنظر وذلك حتى لا يكون الرأي الشرعي مختلا. وهنا تتضح أهمية الجمع بين الفقه و الاقتصاد والقانون وكل أوجه أساليب المعاملات التي تجريها المؤسسات المالية.
 - يستحسن ألا تؤدي هيئة الرقابة الشرعية دورا تنفيذيا مباشرا، و إنما تتولى أمانة الهيئة متابعة

10- «المسؤولية الشرعية و القانونية لأعضاء الهيئات الشرعية». ورقة قدمت للمؤتمر الثاني للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية. البحرين 23-24 شعبان 1423هـ/موافق 29-30 أكتوبر 2002م.

- تنفيذ فتاوى وتوصيات الهيئة وهي حلقة الاتصال بين الهيئة و إدارة المؤسسة حتى لا تتحمل هيئة الرقابة الشرعية أعباء مسئولية هي غير قادرة على أدائها ماديا.
- يتعين ضبط المهام الشرعية بدقة وذلك لصالح المؤسسات المالية ولصالح الهيئات نفسها وخاصة عدم التدخل في اتخاذ قرارات ذات طابع مصرفي بحت أو التأثير على قرارات بعينها.
 - نظرا للخلاف القائم بين القانون الوضعي والشرع من حيث شرط صفة التقاضي يتعين توضيح الآثار المترتبة عن هذا الخلاف بدقة. ذلك أن القانون يشترط مصلحة للتقاضي عملا بقاعدة لا تقاضي بدون مصلحة. أما في الشرع فإن التقصير في أداء واجب شرعي يمكن أن يكون مرتكبه مسئولا بناء على فكرة الحسبة. وهذا يعني عمليا إمكانية قيام الغير (من خارج المساهمين) بمسائلة أعضاء هيئة الرقابة الشرعية إن قصرت في أداء واجبها أو خانت الأمانة. ولكن في حقيقة الأمر يبقى هذا الفرق نظريا لأن جل المحاكم تأخذ بشرط المصلحة في التقاضي ولا تأخذ بمبدأ الحسبة إلا ما ندر.
 - إن التشديد على المسئولية المدنية أو/و الجنائية قد يؤدي الى تقييد حركة و اجتهاد هيئات الرقابة الشرعية، وربما التردد في قبول العمل في الرقابة الشرعية ولهذا يتعين اعتماد مسئولية تقوم على التعمد والخطأ الجسيم، ولا يعتد بالخطأ أو التقصير العادي وذلك لأن مجال المعاملات المالية مجال واسع ويحتمل وجهات نظر متعددة للمسألة الواحدة.

2/5 ملحق في ملامح مضمون التقنين المطلوب

- 1/2/5 شرح تمهيدي لمحاوَر التقنين: المقترح إعداد مشروع على شاكلة مشروع قانون ينظم أعمال هيئات الرقابة الشرعية من حيث طريقة التعيين، والمهام المناطة بعهدتها، وحالات العزل، وحالات التقصير المهني، والمسئولية المدنية، وضوابط الفتوى الخ...
- أما عن المسئولية الجنائية فيقتصر في مرحلة أولى على الجرائم العامة التي تسلط على مراقب الحسابات (كتعمد إعطاء أو تأييد معلومات كاذبة عن وضعية المؤسسة وعدم الإبلاغ المخالفات الخطيرة، وإفشاء السر المهني).
- أما المسئولية الجنائية كمسئولية تحدد جرائم بعينها تتعلق بالرقابة الشرعية (قانون جنائي خاص يعاقب مخالفة ضوابط الفتوى) فيقترح التريث في الموضوع لأنه لا يمكن تصور جرائم لم

تحدث أو غير واضحة المعالم، وإنما تكون نوعية المسئولية وعناصرها نابعة من الممارسة الميدانية. وبناء على ذلك نوصي بما يلي:

- يطلب من المؤسسات المالية الإسلامية أن تزود إحدى الجهات الإسلامية الدولية (هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أو المجلس العام للبنوك أو المؤسسات المالية الإسلامية، أو المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم) بكل أنواع النزاعات التي تعرضت لها هيئة الرقابة الشرعية سواء مع إدارة المؤسسة أو مع الغير.
- يتم في نفس الوقت رصد القضايا الصادرة عن المحاكم في موضوع الرقابة الشرعية لمعرفة الوقائع ومن ثم تكييفها. والمركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم يتابع في هذا الموضوع منذ ثلاث سنوات.
- تعرض هذه الأعمال على لجنة تتولى صياغة عناصر مسئولية جنائية تأخذ بعين الاعتبار خصوصية المهنة وتضاف إلى ما تم التوصل إليه في الجزء الخاص بضوابط الفتوى وما توصلت إليه هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الضبط رقم (1) المذكور أعلاه.

2/2/5 المحاور التي يدور حولها التقنين

- 1/ إنشاء هيئة الرقابة الشرعية
- 2/ تكوين هيئة الرقابة الشرعية
- 3/ غرض هيئة الرقابة الشرعية
- 4/ مقر هيئة الرقابة الشرعية
- 5/ جهة تعيين وإعفاء أعضاء هيئة الرقابة الشرعية
- 6/ شروط تعيين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية
- 7/ الهياكل المنبثقة عن هيئة الرقابة الشرعية
- 8/ مكافآت أعضاء الهيئة والهياكل المنبثقة عن
- 9/ تقارير هيئة الرقابة الشرعية
- 10/ إلتزامات الهيئة والهياكل المنبثقة عن هيئة الرقابة الشرعية
- 11/ حجية قرارات وتوصيات هيئة الرقابة الشرعية
- 12/ مسائل أخرى كالرجوع في الفتوى وتأثيرها على المؤسسة وعلى عملائها وعلى هيئة الرقابة الشرعية

المراجع

مراجع عامة :

- 1/ عاشور عبد الجواد عبد الحميد «النظام القانوني للبنوك الإسلامية. دراسة مقارنة في وثائق تأسيس البنوك الإسلامية و تشريعات الشركات و البنوك و الفقه الإسلامي». المعهد العالمي للفكر الإسلامي. الطبعة الأولى 1417هـ-1996م ص 209-223
- 2/ د. عائشة الشرقاوي المالقي «البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق. نشر المركز الثقافي العربي. الطبعة الأولى 2000م
- 3/ د. عبد الحميد محمود البعلي «المدخل لفقه البنوك الإسلامية». طبع الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية. 1404هـ/1983هـ
- 4/ د. جمال الدين عطية «البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم و التقويم والاجتهاد، النظرية والتطبيق». المؤسسات الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. الطبعة الثانية 1413هـ/1993م
- 5/ الغريب ناصر «الرقابة المصرفية على المصارف الإسلامية». المعهد العالمي للفكر الإسلامي. الطبعة الأولى 1996م
- 6/ محمد فؤاد الصواف «المعاملات في الأسواق المالية في إطار أحكام الشريعة الإسلامية». سلسلة أضواء الإسلام. موسوعة الفكر الإسلامي. دار العروبة للنشر و الإعلام 1984
- 7/ توفيق إبراهيم أيوب «مسئولية مراجع الحسابات في المخالفات المصرفية». اتحاد المصارف العربية. عدد خاص : المخالفات المصرفية ص: 51-67
- 8/ د. عوف محمود الكفراوي «البنوك الإسلامية. النقود و البنوك في النظام الإسلامي». مركز الإسكندرية للكتاب 1998 ص: 317-323
- 9/ د. عبد الستار أبوغدة «مسئولية المراجع و سلوكياته في ضوء القواعد الفقهية». الطبعة الثانية. رجب 1419هـ نوفمبر 1998. دلة البركة.
- 10/ د. سعود الربيعة «تحول المصرف الربوي الى مصرف إسلامي». مركز المخطوطات والتراث والوثائق بالكويت. 1412هـ/1992م

مراجع خاصة بالرقابة الشرعية:

- 1/ محمد المختار السلامي «دور الهيئات الشرعية بالبنوك الإسلامية في تحديد التعدي و التقصير». الاقتصاد الإسلامي. العدد 264 ربيع الأول 1424هـ/مايو 2003م (الحلقة الأولى) و العدد 265 ربيع الآخر 1424هـ/يونيو 2003م (الحلقة الثانية)
- 2/ د. عبد الستار أبوغدة «الرقابة الشرعية و علاقتها بالتدقيق الشرعي في المصارف الإسلامية». حولية البركة- العدد الرابع- رمضان 1423هـ- نوفمبر (تشرين الثاني) 2002م ص 7-34
- 3/ د. عبد الستار أبوغدة «الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية». حولية البركة العدد الأول. رمضان 1420هـ موافق ديسمبر 1999م
- 4/ د. أحمد علي عبد الله «الرقابة الشرعية: دورها في إسلام الجهاز المصرفي وفي سياسات التمويل». مجلة المال و الأعمال. العدد الأول. سبتمبر 1995م
- 5/ حسن يوسف داود «الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية». المعهد العالمي للفكر الإسلامي. الطبعة الأولى 1996م
- 6/ تقويم عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية. إعداد لجنة من الأساتذة الخبراء الاقتصاديين و الشرعيين والمصرفيين. نشر المعهد العالمي للفكر الإسلامي. القاهرة. الطبعة الأولى هـ-1417-1996م.
- 7/ المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية. البحرين 23-24 شعبان 1423هـ الموافق 29-30 أكتوبر 2002م
- 9/ د. حسين حامد حسان «المسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئات الشرعية». ورقة قدمت في المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية. البحرين 23-24 شعبان 1423هـ/موافق 29-30 أكتوبر 2002م
- 10/ د. نزيه حماد «المسئولية الشرعية والقانونية لأعضاء الهيئات الشرعية». المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية. البحرين 23-24 شعبان 1423هـ/ الموافق 29-30 أكتوبر 2002م
- 11/ الشيخ صالح بن عبدالرحمن بن عبد العزيز الحصين «الهيئات الشرعية الواقع وطريق التحول لمستقبل أفضل». بحث غير منشور.

مراجع خاصة بقانون الشركات التجارية

- 1/ د. مصطفى كمال طه «الأحكام التجارية: الأحكام العامة للشركات-شركات الأشخاص-شركات الأموال-أنواع خاصة من الشركات». دار المطبوعات الجامعية. الإسكندرية. 2000م
- 2/ د. محمد توفيق سعودي «القانون التجاري». الجزء الثاني في الشركات التجارية.
- 3/ د. عبد الحكيم محمد عثمان «الشركات التجارية في دولة الإمارات العربية المتحدة (شرح أحكام القانون الاتحادي رقم 8 لسنة 1984م) (1416هـ/1996م)
- 4/ د. فوزي محمد سامي «الشركات التجارية. الأحكام العامة و الخاصة (دراسة مقارنة). دار الثقافة للنشر و التوزيع 1999م.