

**التحديات القانونية والرقابية
التي تواجه صناعة الخدمات المالية الإسلامية
(قطاع المصارف)**

ورقة مقدمة إلى

الندوة الشرعية الثالثة لمجلس الخدمات المالية الإسلامية

الفترة ٢١ - ٢٢ / ١ / ٢٠١٠م

المدينة المنورة

د. محمد علي الفيري

جامعة الملك عبدالعزيز - جدة

بِسْمِ اللّٰهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِیْمِ

الحمد لله وحده والصلوة والسلام على من لا نبي بعده وعلى آله وصحبه ومن

اهتدى بهديه واستن بسنته إلى يوم الدين .. وبهذه:

مقدمة:

ان موضوع التحديات القانونية التي تواجه المصرفية الإسلامية
موضوع مهم لأسباب متعددة لعل أهمها ان الفرق الأساس بين المصرفية
الإسلامية والمصرفية التقليدية هو فرق قانوني يعني متعلق بصيغ العقود.
ليس الاعتراض على المصارف التقليدية إنها تقدم التمويل لعملائها، لكن
الاعتراض أنها تقدمه بصيغة قانونية غير جائزة وهي القرض المشروط فيه
الزيادة. وان ما أحدثته المصرفية الإسلامية من تغيير ليس بالضرورة مرتبط

بالوظيفة الأساسية للمصرف وهي الوساطة المالية وإنما كان إسهام المصرفية الإسلامية هو نقلها من النهوض بوظيفتها الأساسية اعتماداً على عقود محرمة إلى القيام بها اعتماداً على عقود جائزة هي البيع والشركة والمضاربة والسلم والاستصناع.

ومن جهة أخرى فإن المحاكم في البلدان المختلفة (عدا القلة منها) إنما تحكم بالقوانين التي تصدر عن البرلمان ولذلك تواجه المصرفية الإسلامية حتى في البلدان التي تعد ضمن منظومة الدول الإسلامية (مثل ماليزيا) صعوبة في إقناع المحاكم باعتماد أحكام الشريعة الإسلامية عند الفصل في النزاع بينهما وبين عملائها. ونحاول في هذه الورقة عرض بعض هذه التحديات القانونية التي نرى أنها تحتاج إلى نظر ومزيد درس وتأمل.

التحدي الأول:

المصرفية الإسلامية: معاملات شرعية في بيئة قانونية:

المعاملات المصرفية الإسلامية هي معاملات شرعية بمعنى إنها موافقة لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية ومستمدة من الفقه الإسلامي في

أبواب المعاملات. ولكن أكثر دول العالم محكوم بالقوانين، هذه القوانين بمستوياتها المختلفة تصدر عن الجهات التشريعية مستمدة من أصول غير دينية، وسواء كانت تلك القوانين تقنياً صادراً عن البرلمان أو كانت سوابق قضائية، كما في النظام الإنجليزي (أو كانت تعليمات من البنك المركزي لها صفة الإلزام أو كانت أعرافاً ارتضاها المتعاملين) كما هو الحال في الاعتمادات المستندية والعلاقات التي تنشأ عبر الحدود بين البنوك، ذلك بمجموعة يمثل البيئة التي تحدث ضمنها العمليات المصرفية الإسلامية.

جميع ما ذكر أعلاه يمثل محددات تضيق معها دائرة الحركة بالنسبة لتطبيق الأحكام الشرعية في المعاملات المصرفية تجعل من الصعوبة بمكان ان تعاد هيكلة النظام المصرفي بطريقة تعكس مقاصد الشريعة الإسلامية وتحقق مراميها البعيدة والقريبة.

ولذلك سارت المصرفية الإسلامية منذ أسس أول مصرف إسلامي يشرف عليه بنك مركزي في سنة ١٩٧٥م على منهج أشتهر باسم "أسلمة البنوك"، والمقصود به التعايش مع الهيكل العام والأهداف الأساسية للنظام

المصرفي التقليدي والعمل على تنقيته من الربا وذلك بتطوير صيغ
ومنتجات غير ربوية تنهض بوظيفة البنوك كما يعرفها القانون، مع
المحافظة على "القالب" الذي يجب ان تنصب فيه المصرفية الإسلامية كما
صممه القانون الذي تجاهل في الغالب الاعتبارات الشرعية.

ان كثيراً ممن ينتقدون التورق المصرفي على سبيل المثال لا يدركون
ان "سم الخياط" الذي أتاحه القانون للمصرفية الإسلامية لا يلج منه إلا
الخيط الرفيع.

المرجعية القانونية للعمل المصرفي الإسلامي على مستوى العالم:

تمارس الأعمال المصرفية الإسلامية، سواء على مستوى الأفراد أو
الشركات وغيرها على مستوى العالم تحت ثلاثة أنظمة قانونية. الجزء
الأعظم من حيث الحجم يقع تحت النظام القانوني الإنجلوسكسوني، ولكن
نسبة منها أيضاً تقع في ظل النظام القانوني اللاتيني وقليل منها تحت
النظام القانوني الشرعي.

وتواجه المصرفية الإسلامية تحديات ذات خصوصية تحت كل نظام من هذه الأنظمة القانونية. تبدأ المعاملات المصرفية الإسلامية موافقة للأحكام الشرعية كما تقرر ذلك الهيئات الشرعية. التي تراجع هيكل تلك المعاملات وتجيز صيغ عقودها ولكنها تبقى متأثرة بالنظام القانوني السائد.

تظهر أهمية النظام القانوني بصفة خاصة عند وقوع الاختلاف أو فشل أحد الطرفين في الوفاء بالتزاماته المنبثقة من العقد. وكون ان المعاملات المصرفية الإسلامية متوافقة مع مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية لن يغير من حقيقة ان المحاكم في كل بلد سوف تطبق النظام القانوني السائد في البلاد. وسوف نعرض أدناه للأنظمة القانونية المشار إليها أعلاه ووضع المصرفية الإسلامية في ظلها.

النظام القانوني الإنجلوسكسوني المشتهر باسم Common Law :

وهو نظام السوابق القضائية التي تراكمت منذ مطلع القرن الحادي عشر الميلادي في إنجلترا ويصبح للحكم القضائي قوة القانون في المسائل والقضايا المشابهة وتبقى قوته حتى يجري إبعاده بإصدار قانون يحكم المسألة محل الحكم. وفي النظام القانوني الإنجلوسكسوني "العقد شريعة

المتعاقدين"، فنظرية العقد في النظام الانجلوسكسوني تقوم على مبدأ القطعية وافترض ان الأطراف إذا توافقوا على الأهلية للتعاقد فإن لديهم القدرة على التشريع للعلاقة بينهما بما يحقق مصالحهما وليس للقضاء ان يُعمل قواعد العدل لفهم نصوص العقد وإنما يعتمد بصورة كلية على حرفية ما جاء في ذلك العقد وليس للقاضي التدخل في العلاقة بين الطرفين التي تجسدها نصوص العقد، بمعنى ان القانون يفترض ان طرف العقد على علم تام بجوانب العلاقة التي يولدها العقد وأنهما قادران بمفردهما على التأكد من مصالح كل منهما فلا مكان في العلاقة التعاقدية لحسن الظن أو التعريف الخارجي لما يحق العدل بين الطرفين وتعتمد المحكمة بحرفية العقود وتحصر على منع أي تأثير خارجي على العقد وإنما تحصر النظر فيه على نصوصه ولذلك فمهمة القضاء هو تنفيذ ما اتفق عليه الطرفان ما لم يكن مخالفاً للنظام العام. ويسير على هذا القانون بريطانيا ومستعمراتها السابقة بما فيها عدد من الدول الإسلامية مثل ماليزيا والباكستان وكذلك الولايات المتحدة وكندا.

ولذلك فإن هناك مجالاً واسعاً لتطبيق أحكام الشريعة في العقود المنظمة مع الأجانب في ظل النظام القانون الانجلوسكسوني، إذ كل ما على العاقدين ان يفعلاه هو ان ينصاً في عقدهما كل حكم شرعي له علاقة بالعقد محل النظر وذلك عند التعاقد. ماذا وقع ذلك لم يجد القاضي بدءاً من الحكم بها بسبب وجودها ضمن نصوص العقد وهو مبدأ مستقر في الفقه القانوني عندهم ويسمى Doctrine of Incorporation وهذا النظر المتفق عليه بين فقهاء القانون الانجلوسكسوني تأكد فيما يتعلق بأحكام الشريعة الإسلامية في حكم المحكمة في لندن في القضية المرفوعة من قبل بنك الشامل (مصرف فيصل الإسلامي البحريني سابقاً) ضد أحد عملائه والمتعلقة بعقد مرابحة نص فيه على ان التحاكم يكون في المحاكم البريطانية بما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية إذ ذكر القاضي بعد صدور الحكم انه كان سيطبق الشريعة الإسلامية بناء على اتفاقية روما لو كانت الشريعة الإسلامية مقننة وتعمل بها دولة، ولكنه لم يجد شيئاً من ذلك فقال: لقد كان على الطرفين ان يضمنا عقدهما كل حكم شرعي له علاقة بالموضوع ولو فعلا ذلك لحكمت به باعتباره جزءاً من العقد.

ومع ذلك يبقى النظام القانوني الإنجلوسكسوني ذا مرونة مكنت من نمو المصرفية الإسلامية في البلدان التي تسير عليه إذ انه يمنح الحرية التامة للأطراف للتعاقد بالصفة التي يرغبون ولا يشترط إلا تحقق الرضا وعدم مخالفة النظام العام.

النظام القانوني اللاتيني المسمى Civil Law:

أما النظام القانوني الذي تسير عليه أكثر دول العالم فهو النظام القانوني الذي يجد جذوره في الحضارة الرومانية، وهو الذي يقوم على التقنين، فالأصل في الأشياء المنع حتى يصدر قانون ينظم العلاقات التعاقدية ويبين قواعدها وشرائط صحتها. أما القضاء فإن مهمته الأساسية هي تحقيق العدالة بين المتعاقدين ولذلك يجري فهم نصوصه في ضوء قواعد العدل وحسن التعامل ولا يعتمد القاضي على حرفية العقود وإنما يفهم نصوص العقد ضمن سياق نصوص القانون إذ يعتبر العقد في حقيقته مكملاً للأصل المعتمد. في تنظيم العلاقة بين الأفراد وهو نصوص القانون. ولذلك فالعقود في ظل هذا النظام مختصرة لأنها معتمدة على النصوص الواردة في القانون والتي كالشروط في العقد. وتنظر المحاكم

للعقود عند فض النزاع بين المتعاقدين بمنظار تحقيق العدالة بمعناها الواسع وهي بخلاف النظام الإنجلوسكسوني. لا تقتصر على حرفية نصوص العقد بل تنظر إليها في ضوء القانون والمبادئ العامة للمعاملات وما ترى المحكمة انه يحقق العدل. ولذلك فالعقود في ظل هذا النظام القانوني تقع في حضيض نصوص قانونية تتأثر بها وتفسر بناء عليها. أما في ظل القانون اللاتيني فمثل ذلك غير ممكن ابتداءً. إلا ان ينص قانون صادر من الجهة التشريعية على العمل بالعقد.

وتسير على هذا النظام أكثر دول العالم بما فيها فرنسا واليابان وروسيا وكذلك أكثر الدول العربية.

النظام القانوني الشرعي:

فيما عدا المملكة العربية السعودية لا ينص دستور أي دولة ان قانونها هو الشريعة الإسلامية، وان نص أكثرها على ان الشريعة الإسلامية مصدر للقوانين وفي المملكة العربية السعودية لا يوجد حتى الآن تقنين للأحكام الشرعية وإنما يقوم النظام القضائي على ان القاضي مجتهد له ان يرجح بين اجتهادات من سبقه أو يجتهد بنفسه ضمن قواعد استنباط الأحكام

المعتمد في أصول الفقه الإسلامي. أما في الدول العربية الأخرى فإن تسيير على نظام قانوني مشابه للنظام القانوني اللاتيني من غير تجاهل للتراث المحلي وذلك للشريعة الإسلامية تأثير متفاوت على التقنيات في الدول الإسلامية وتكاد تشترك جميعها ان الشريعة مصدر من مصادر القانون. ويمكن القول – من حيث الإطار العام – ان الدول العربية تنحو منحى النظام القانوني اللاتيني من حيث نزوعها إلى التقنين واعتبار ان النشاط القانوني هو ذلك الذي صدر بتنظيمه قانون من الجهات التشريعية. أما باقي الدول الإسلامية فإن ما كان منها مستعمراً من قبل الإنجليز مشى على نفس النظام القانوني الإنجلوسكسوني ويبقى للشريعة مكانها وان كانت ثانوية التأثير.

التحدي الثاني:

عدم مواكبة المحاكم الشرعية لتطور المصرفية الإسلامية:

مضى على الناس حين من الدهر كانت فيها عبارة "البنك" مرادفة لكلمة الربا، ولم يكن يتصور ان تقوم مؤسسة بنكية إسلامية قادرة على النهوض بجميع أعمال الوساطة المالية بطرق وعقود وإجراءات موافقة

لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية. وكان طبيعياً في تلك الفترة ان تتعامل المحاكم الشرعية عندما تعرض عليها القضايا التي يكون أحد أطرافها بنك ربوي بتطبيق الأحكام المتعلقة "بالمرابي". وذلك بإبطال العقد وإعادة الأمر إلى ما كان عليه قبل انعقاده، وعندما لم يكن من خيار إلا المصرفية التقليدية اتجهت بعض الحكومات إلى إجراءات مؤقتة مثل ما جرى اتخاذه في المملكة العربية السعودية حيث جرى تشكيل هيئة مختصة بالصلح بين البنوك وعملائها. فقد صدر الأمر السامي رقم ٨/٧٢٩ في ١٠/٧/١٤٠٧هـ بتشكيل لجنة تسوية المنازعات المصرفية بمؤسسة النقد العربي السعودي وهي لجنة مكونة من ثلاثة أشخاص من ذوي الاختصاص لدراسة القضايا بين البنوك وعملائها من أجل تسوية الخلافات وإيجاد الحلول المناسبة بين الطرفين طبقاً للاتفاقيات الموقعة بينهما، ومع ان الأمر المذكور تضمن منع المحاكم وهيئات حسم المنازعات التجارية من سماع الدعوى التي تقدم ضد البنوك أو من قبلها إلا بموافقة المقام السامي فإن اللجنة المذكورة بقيت هيئة صلح وليست جهة قضائية، ولذلك فقد نصت التعليمات ان ما تتوصل إليه اللجنة يكون قابلاً للتنفيذ إذا كان يمثل تسوية مرضية للطرفين. والمفترض البنوك الإسلامية والمعاملات القائمة على البيوع المشروعة ان

الباعث على تشكيل اللجنة المذكورة لم يعد موجوداً بعد ان أصبحت أكثر أعمال البنوك هي بيوع جائزة ومعاملات مشروعة . إلا أن هذه المحاكم جمدت على ذلك الرأي الذي يرى ان لا بنوك بلا ربا فلا حاجة لإضاعة الوقت. ولم تواكب التطور الذي حصل في الأعمال المصرفية وانبلاج نور المصرفية الإسلامية ساطعاً يشهد للفروق الجوهرية بين الربا المحرم والبيوع الجائزة المبرورة. وزاد من تعقيد الأمور هذه الخلافات التي تحصل بين العلماء بشأن أحكام المستجدات في حياة الناس وبخاصة في الجوانب المالية والمصرفية. فانتهى الأمر ان معاملة صحيحة قائمة على عقد البيع المكتمل لأركانه وشرائط صحته تكون باطلة في نظر هذه المحاكم إذا كان أحد طرفيها البنك، ولو كانت موثقة بعقود مكتوبة تدل على صيغة صحيحة. أضف إلى ذلك هذا التخلف الإداري الذي هو سمة جميع المؤسسات في البلاد النامية بحيث تبقى القضايا لدى المحاكم سنين ذوات عدد.

اللجوء إلى محاكم إنجلترا لفض النزاع:

معلوم ان الوقت هو أتمن الموارد في المعاملات المالية والمصرفية، هذا الأمر حداً بكثير من المؤسسات المالية إلى اللجوء إلى محاكم إنجلترا والنص

على ذلك في اتفاقياتها حتى المحلية منها أحياناً معلقةً آمالاً عراضاً على
اتفاقية روما بشأن القانون المختار لفض المنازعات في العقود.

اتفاقية روما بشأن القانون المختار لفض المنازعات في العقود:

تنص اتفاقية روما المشار إليها أعلاه والتي وقعتها الدول الأوروبية
ودول أخرى في سنة ١٩٨٠م ان من حق طرفي أي عقد ان يختارا قانون الدولة
المناسب لهما في حال التقاضي وعلى المحكمة في بلد التقاضي ان تحكم
بينهما اعتماداً على نصوص القانون المختار. فكانت الفرصة مواتية للبنوك
الإسلامية ان تستفيد من كفاءة وسرعة الإجراءات الذي اشتهرت به
محاكم انجلترا وما عليها إلا ان تنص على القانون المختار في العقد وهو
الشريعة الإسلامية. إلا ان نصوص اتفاقية روما عندما ذكرت ذلك نصت
على ان لهما اختيار "قانون دولة" (State law) ولذلك لما دفع محامي
الخصم لبنك الشامل في القضية المشار إليها أعلاه بان اتفاقية روما تلزم
المحكمة ان تطبق أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها اختيار العاقدين طلب
القاضي منه ان يثبت له ان الشريعة قانون دولة حتى تستوفي شرط اتفاقية
روما بمعنى ان القاضي يطلب تقنياً لأحكام الشريعة الإسلامية مطبق في

دولة بحيث ينطبق عليه وصف State law فحار المحامي جواباً. وذلك لأن اتفاقية روما نصت على إمكانية اختيار "قانون دولة" فقط.

يمكن القول ان النص على الأحكام لدى محاكم انجلترا بما لا يخالف الشريعة الإسلامية لم يعد ذا معنى وان كان النظام القانوني الإنجلوسكسوني لم يزل أكثر استيعاباً للمتطلبات الإسلامية في حال النص في العقود على جميع الأحكام الشرعية ذات العلاقة.

إلا ان الظروف قد تغيرت منذ سنة ١٩٨٠م، وقد ظهرت الحاجة إلى توسيع نطاق اتفاقية روما لتشمل القوانين حتى لو لم تكن "قانون دولة" (Non-State Law) والحاجة قائمة إلى مثل ذلك نظراً لأن هناك تقنيات لم تصدر على صفة "قانون دولة" إلا إنها صالحة للاحتكام إليها إذا كانت تلك رغبة المتعاقدين مثال ذلك قوانين حقوق الإنسان، وفي مجال التجارة مثالها: الأعراف التي تقننها غرفة تجارة باريس بشأن الاعتمادات المستندية. والعمل جارٍ على تعديل الاتفاقية. فإذا حصل التعديل وهو حاصل قطعاً يمكن عندئذ النص في الاتفاقيات التي تبرمها البنوك الإسلامية على الاحتكام إلى محاكم انجلترا بالاعتماد على أي تقنين

للأحكام الشرعية حتى لو لم يكن قانون دولة وسوف يكون محل قبول لدى المحاكم مثال ذلك النص على مجلة الأحكام العدلية (حنفي) أو مجلة الأحكام الشرعية (حنبلي) أو المعايير الصادرة من هيئة في المعايير ونحو ذلك.

الحل هو خلق بيئة قانونية أكثر ملائمة للمصرفية الإسلامية :

بدأت فكرة البنوك الإسلامية على صفة حركة شعبية، وكان جانب الطلب هو المحرك لنمو المصرفية الإسلامية ولم تكن الحكومات في الغالب متحمسة لهذا النظام الجديد إلا بقدر ما تستجيب للضغوط الشعبية ولذلك فإن خلق البيئة القانونية المناسب يحتاج إلى حركة شعبية.

لم يكن غياب البيئة القانونية أمراً خافياً على رواد المصرفية الإسلامية وما كان مفتقراً إلى جهود المخلصين إلا ان تلك الجهود توجهت إلى توجيه الضغوط إلى الحكومات والجهات التشريعية التي لم تكن تلقى تلك المحاولات أي تعاطف أو حتى أذن صاغية. وكما ان المصرفية الإسلامية نمت وترعرعت ووصلت إلى نطاق العالمية بالحركة الشعبية غير الرسمية وبقوى الطلب التي جاءت من جماهير حريصة على الابتعاد عن

الحرام واجتثاث آفة الربا من الاقتصاد، كان من الأولى ان تتبنى برنامجاً شعبياً لخلق البيئة القانونية المناسبة. وان أحب إلى أسوق إلى القارئ الكريم قصة تطور ما يسمى بـ UCC في الولايات المتحدة الأمريكية لندرك مدى المجال المتاح للعمل الشعبي في خلق بيئة قانونية مناسبة وموافقة لأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية حتى مع وجود حالة الشلل لدى الجهات التشريعية واللامبالاة لدى الأجهزة الحكومية.

من المعلوم ان الولايات المتحدة الأمريكية تتكون من ولايات تمتع بالحكم الذاتي فلكل واحدة منها دستورها الخاص وبرلمانها ومحاكمها المستقلة بدرجاتها المختلفة. ومع ذلك فإن الحدود مفتوحة بناء على النظام الفدرالي التي يجمعها ولكن اختلاف القوانين التجارية كان يثبط الحركة التجارية. فما كان من مجموعة من المتخصصين من المحامين والأكاديميين وبعض متقاعدي القضاة إلا ان أطلقوا مبادرة شعبية لصياغة تقنين فدرالي للتجارة تعنى بالعقود الأساسية كالبيع والإجارة ونحو ذلك وطرحه للناس. فبادر التجار والشركات إلى اعتماده عندما تحتاج معاملاتهم العمل عبر الولايات حتى صار يصدر رسمياً في ولاية بعد ولاية

ابتداءً من سنة ١٩٥١م فانتهى الأمر إلى قانون مشترك ولد بمبادرة شعبية،
وما أجمل ان يقوم المتخصصون في العالم الإسلامي بمبادرة مماثلة لصياغة
قانون تجاري إسلامي يمكن ان يكون أساساً لتطور البيئة القانونية.