ورقة عمل

# حصر الأسهم و المضي قدما:
# الحالة المالية الاسلامية وآفاق المستقبل

**DIFC, May 4, 2010**

zawya

KING & SPALDING

## مقدمة

استضافت جمعية المحامين الأمريكية، قسم القانون الدولي، لجنة التمويل الإسلامي بالمشاركة مع حوكمة معهد حوكمة الشركات في مركز دبي المالي العالمي برنامج: *مراجعة ما تحقق والمضي قُدُماً: الأوضاع والآفاق المستقبلية للتمويل الإسلامي*، وذلك في 4 مايو 2010. كان الهدف من البرنامج تسهيل وبحث الدروس المستقاة من تجربة التمويل الإسلامي في السنوات الماضية ووضع تصور للمرحلة القادمة من وجهة نظر علماء الشريعة وواضعي المعايير والمنظمين والمصرفيين والمحامين والمختصين بالتحقق من الالتزام بالقوانين ومراقبي الصناعة، ويسرنا أن نقول أننا حققنا أهدافنا.

تستمر مناقشة الأسئلة الرئيسية التي تم طرحها ومناقشتها بتاريخ 4 مايو 2010، في البداية بصيغة ورقة العمل هذه التي تجمع أفكار المشاركين في البرنامج.

نتقدم بالشكر لرعاتنا، مكتب كنج وسبالدنج ومزود معلومات الأعمال زاويا ومركز دبي المالي العالمي والمتحدثين في برنامجنا (المدرجة أسماؤهم في البرنامج المرفق) ونشكر الحضور على مشاركتهم ودعمهم.

نرجو أن يحقق البرنامج وورقة العمل هذه مساهمات قيمة للبحث المستمر حول التمويل الإسلامي، ونشجع ونرحب بآرائكم في هذا الشأن.

واقبلوا فائق الاحترام.

| | |
|---|---|
| هديل عبد الهادي | نيك نادال |
| لجنة التمويل الإسلامي التابعة لجمعية المحامين الأمريكية، | حوكمة |

KING & SPALDING

# التعاملات مع العملاء تولد الايرادات مع محافظة الأعمال الداخلية على القيم: الامتياز التشغيلي هو المفتاح نحو القيم الدائمة في التمويل الاسلامي

[1]هديل عبد الهادي

ليس البرّ أن تولّوا وجوهكم قبل المشرق والمغرب ولكنّ البرّ من امن بالله واليوم الآخر والملائكة والكتاب والنبيين وآتى المال على حبّه ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والسّائلين وفي الرّقاب وأقام الصّلاة وآتى الزّكاة والموفون بعهدهم إذا عاهدوا والصّابرين في البأساء والضرّاء وحين البأس أولئك الذين صدقوا وأولئك هم المتقون

سورة البقرة اية 177

ترسخ الآية الكريمة التي أشرنا اليها أعلاه قيمة جوهرية من القيم الاسلامية وهي أن الشكل لا يتفوق على الجوهر؛ وأن الالتزام ظاهريا بالأحكام الدينية دون زيادة عليها لا يعادل التقوى.[2] فالتقوى تنقل بالأعمال التي تصدر عن ايمان صادق سواء اطلع الآخرون عليها أو لم يطلعوا. ان أهمية هذه الآية الكريمة واضحة لكل مسلم. وهي تنطبق على المؤسسات التي تقدم نفسها للجمهور كمؤسسات "اسلامية"، سواء اتخذت تلك المؤسسات شكل المصارف الاسلامية أو شكل نوافذ اسلامية للمصارف الاسلامية أو اتخذت أي شكل اخر من أشكال مزودي المنتجات والخدمات المالية الاسلامية مثل مؤسسات التكافل والاستشارات المالية. على المؤسسات المالية الإسلامية الحرص على أن تكون عملياتهم التي تتم خلف الكواليس، أي العمليات الداخلية، على مستوى من الجودة يضمن صحة الاعلانات التي قاموا بها حول طبيعة شكل عملهم ومنتجاتهم وخدماتهم وأهدافهم القانونية والتجارية وفقا للمبادىء المستقاة من الدين والتي تعزى اليها حصتهم في السوق. وهذا يتطلب امتياز تشغيلي داخلي في المكاتب الخلفية للمؤسسات المالية الإسلامية، والذي يجب تسهيله وتقويته على مستوى الصناعة. الامتياز التشغيلي هو المفتاح نحو القيمة الدائمة في التمويل الاسلامي.

تبحث هذه الورقة رأيين قضائيين منشورين بخصوص مؤسسات مالية اسلامية – شركة دار الاستثمار ضد بلوم ("بلوم") ومصرف البحرين الشامل ش م ضد شركة بيكسيمكو فارماسوتيكالز ليمتد ("شامل") – وتقارير المجلس الشرعي للمؤسسات المالية الاسلامية والآثار المترتبة عليها بخصوص الحوكمة وادارة الأسماء التجارية للمنتجات المختلفة.[3] في هذه الورقة، وردت الاشارات الى الجودة التشغيلية والحوكمة بمعناها الواسع، واستخدمت كلتا العبارتين بالمعنى نفسه.

---

[1] Hdeel Abdelhady is an Attorney and a Professorial Lecturer in Law at the George Washington University Law School in Washington, D.C. She served as Co-Chair of the American Bar Association Islamic Finance Committee and was the Program Chair of the May 2010 ABA-Hawkamah program, *Taking Stock and Moving Forward: The State of Islamic Finance and Prospects for the Future*. She can be reached at habdelhady@law.gwu.edu.

[2] This *aya* (verse) appears in *Surat Al Baqara*, Chapter Two of the Holy Qur'an. *Surat Al Baqara*, comprised of 286 *ayat* (verses), is the longest Chapter in the Qur'an and is said to sum up "the whole teaching of the Qur'an." Abdulla Yusuf Ali, THE MEANING OF THE HOLY QUR'AN (Amana Publications, 11th ed. 1425AH/2004AC) at page 16.

[3] *The Investment Dar Company KSCC v. Blom Development Bank SAL*, 2009 EWHC 3545 (Ch), *available at*, http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2009/3545.html&query=title+(+blom+)&method=boolean (last accessed October 2010); *Shamil Bank of Bahrain EC v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.*, 4 All E.R. 1072 (2004), *available at*, http://www.bailii.org/cgi-

*(Footnote continued on next page)*



zawya
KING & SPALDING

1. **الحاجة للامتياز الشتغيلي في التمويل الاسلامي على وجه الخصوص حاجة ملحة**

الأزمة المالية وغيرها من الاخفاقات المتعلقة بالحوكمة (والتي نذكر الدرون كمثال عليها) هي بمثابة لنا بحقيقة كونية هي أن القوانين، أيا كان مصدرها، لا تصلح الا إن تم تنفيذها. أما القوانين بحد ذاتها فهي عاجزة عن منع الممارسات بدافع الكسب قصير الأجل على حساب الإضرار بالقيم طويلة الأجل. وينطبق هذا تحديدا على التمويل الاسلامي، الذي يعمل عالميا دون نظام شامل مختص بالصناعة، مما يجعل عمليات الفحص الخارجية المنتظمة على الحوكمة متوسطة الى معدومة. كما تتطلب طبيعة العلاقة ما بين المؤسسات المالية الإسلامية ومستهلكي منتجات تلك المؤسسات وخدماتها، على أساس هيكل تقاسم الربح والخسارة بشكل اسلامي، أن تتمتع المؤسسات المالية الاسلامية بالقوة التشغيلية، لزيادة العوائد للمستهلكين والمساهمين الى أقصى حد ممكن.[4] وبالطبع يتوقع ان تكون المؤسسات المالية الاسلامية القائمة وجودا على نموذج أخلاقي يستند إلى أساس ديني هي نفسها أخلاقية، لا بل يجب أن تظهر أيضا في مظهر أخلاقي مقنع. يجب ممارسة الحوكمة الذاتية الواعية للمحافظة على الأسماء الإسلامية ولزيادة المربحية ولملء الفجوات القانونية والتنظيمية.[5]

2. **الكشف عن نواحي النقص في الحوكمة: دراسة قضايا في هذا الموضوع**

في الفترة الأخيرة من التوضيح الشهير الصادر في فبراير 2008 حول الصكوك، نصح المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الاسلامية المؤسسات المالية الإسلامية "بالحد من العمليات القائمة على أساس الدين وبزيادة الشراكات الفعلية على أساس تقاسم الربح والخسارة وذلك لتحقيق الأهداف الشرعية".[6] وهذه المشورة، التي يبدو أنها كانت بعد توضيحات الصكوك الصادرة عن هيئة المحاسبة والتدقيق على المؤسسات المالية الاسلامية، هي مشورة واسعة النطاق والتطبيق، وتنطبق على الحوكمة على المستوى المؤسسي وعلى مستوى الصناعة. سلطت الآراء القضائية المنشورة وتقارير المجلس الشرعي الصادرة عن المؤسسات المالية الإسلامية الضوء على النواحي التي تتطلب اجراء تحسينات على الجودة التشغيلية. مع أن الآراء القضائية والمجالس الشرعية وهي بطبيعتها محددة بمؤسسات وأوضاع معينة، الا أن لها فروع عامة تنطبق على الصناعة ككل، ويجب ايلاء الدروس المستقاة منها اهتماما على مستوى واسع.[7]

---

bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2004/19.html&query=title+(+shamil+)&method=boolean (last accessed October 2010).

[4] Consumers of Islamic financial products are more akin to equity investors, partners, and co-venturers than they are to consumers of conventional debt-based products. In assessing equity-based investments and ventures, the soundness of management and operations figures prominently. The quality of the management and operations of IFIs should figure equally prominently in the assessment of Islamic products.

[5] A recent survey of Islamic Finance leaders in the Middle East revealed that 66% of survey respondents believed that the Islamic Finance industry is "under-regulated." See *The Deloitte Islamic Finance leaders survey in the Middle East, Benchmarking practices*, Biannual Survey Issue 1, at page 13, *available at*, http://www.deloitte.com/assets/Dcom-Lebanon/Local%20Assets/Documents/FSI/DTME_IFLS_publication_23092010.pdf (last accessed October 2010) (hereinafter the "**Deloitte Survey**").

[6] *Resolution on Sukuk*, Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, February 2008, *available at*, http://www.aaoifi.com/aaoifi_sb_sukuk_Feb2008_Eng.pdf (last accessed October 2010).

[7] Indeed, only 59% of respondents to the Deloitte Survey stated that the entities they represented had in place "corporate governance/procedures", while 39% did not. At the same time, 58% percent of survey respondents "viewed corporate governance and Sharia'a governance as prerequisites for best practices." See Deloitte Survey, *supra* note 5, at page 12.

*(Footnote continued on next page)*

**قضية بلوم**

في قضية بلوم، ادعت شركة دار الاستثمار عدم التزامها بأحكام الشريعة في دفاعها ضد ما يبدو أنه مطالبة قانونية بدفع الأموال رفعها بنك بلوم للتطوير ("بنك بلوم"). يحظر عقد تأسيس شركة دار الاستثمار على الشركة العمل "بأي نشاط ربوي أو نشاط غير ملتزم بأحكام الشريعة الاسلامية".[8] في اكتوبر 2007، أبرمت شركة دار الاستثمار وبنك بلوم اتفاقية وكالة والتي أودع بنك بلوم وفقا لها مبلغ 10 مليون دولار أمريكي لدى شركة دار الاستثمار كوكيل له لأغراض الاستثمار بشكل ملتزم بأحكام الشريعة في "الحزينة المشتركة" الخاصة بالشركة.[9] وقد كانت المعاملة التي تمت ما بين شركة دار الاستثمار وبلوم وكذلك نموذج اتفاقية الوكالة الرئيسية قد اعتمدت سابقا من قبل المجلس الشرعي لشركة دار الاستثمار.[10] أخلت شركة دار الاستثمار بالتزاماتها بالدفع فرفع بنك بلوم دعوى ضدها لدى المحكمة الانجليزية (طبقا لبنود الاختصاص القضائي والقانون الحاكم). بعد الجلسة الأولى، صدر حكم مستعجل لصالح بنك بلوم بقيمة 10 مليون دولار أمريكي، وهو المبلغ الأساسي الذي تم ايداعه. طلبت شركة دار الاستثمار التصريح لها باستئناف الحكم المستعجل على أساس وجوب عقد محاكمة كاملة لتحديد ما اذا كانت الوكالة قابلة للتنفيذ من غيره، وعلى أساس أمور أخرى. حسب ادعاء شركة دار الاستثمار فان الوكالة تحمل فائدة وغير ملتزمة بأحكام الشريعة وبالتالي فهي غير نافذة لأن شركة دار الاستثمار ليست لديها الصفة لابرام الوكالة.[11] بعد ذلك، أصدر المجلس الشرعي لشركة دار الاستثمار بيانا بأن المعاملة كانت ملتزمة بأحكام الشريعة الاسلامية وأشار على شركة دار الاستثمار بسحب دعواها ضد بنك بلوم.[12]

**قضية مصرف الشامل[13]**

صدر حكم الاستئناف في قضية الشامل قبل ستة أعوام، ولكن موضوع هذه القضية لا يزال موضع أهمية. نشأ نزاع مصرف الشامل عن اتفاقيتي مرابحة واتفاقيات مرتبطة بها مبرمة ما بين مصرف البحرين الشامل وبيكسيمكو فارماسوتيكالز، والتابعين لها ومديريها (ويشار اليهم معا بـ "بيكسيمكو"). أخلت بيكسيمكو بالتزاماتها فرفع بنك الشامل دعوى ضدها لدى المحاكم الانجليزية وفقا للبنود التي تنص على أن يكون القانون الحاكم هو القانون الانجليزي وتنص على اختيار الاختصاص القضائي. وقد كسب الشامل الدعوى والاستئناف.[14]

كانت المعاملات موضوع النزاع قد اعتمدت من قبل المجلس الشرعي لمصرف الشامل قبل رفع الدعوى، ومع ذلك، دفعت بيكسمكو في الدعوى بأن اتفاقيات المرابحة والاتفاقيات المتعلقة بها المبرمة مع المصرف الشامل كانت قروضا بفائدة تحت مسميات اسلامية. ويبدو

---

[8] *Blom* at para. 14.
[9] *Blom* at para. 3.
[10] *Blom* at paras. 16, 17.
[11] *Blom* at para. 16.
[12] See *Investment Dar Gets Sharia Board Blow to Blom Case*, arabianbusiness.com, June 9, 2010, *available at*, http://www.arabianbusiness.com/investment-dar-gets-sharia-board-blow-blom-case-282707.html (last accessed October 2010).
[13] A more detailed discussion of the *Shamil* case is at Hdeel Abdelhady, *Islamic Law in Secular Courts (Again): Teachable Moments From the Journey*, ABA INTERNATIONAL LAW NEWS VOL. 38, NO. 4 (FALL 2009), reprinted at OPALESQUE ISLAMIC FINANCE INTELLIGENCE DECEMBER 2009, *available at*, http://www.opalesque.com/OIFI137/Industry_Snapshot_Islamic_Law_in_Secular_Teachable197.html (last accessed October 2010).
[14] The trial court opinion is *Shamil Bank of Bahrain v. Beximco Pharmaceuticals Ltd.*, 2 All E.R. (Comm) 849 (2003) (herein "**Shamil I**").

أن المحاكم الانجليزية أقرت هذا التكييف فقالت بأنه" "اذا كانت أحكام القانون الشرعي كافية لشمل مبادىء القانون الشرعي في الاتفاقيات المبرمة ما بين الطرفين، فان من المرجح أن يكسب المدعى عليهم الدعوى."[15] بما أن بند القانون الحاكم لم ينص فعليا على أن تكون الشريعة هي مصدر المبادىء الحاكمة، لا يمكن معرفة ما اذا كان توقع المحكمة بفوز بيكسيمكو في الدعوى سيتحقق لو تم تطبيق الشريعة.

**معالجة نواقص الحوكمة على المستوى المؤسسي**
**الأدوات المعرضة للاعتراض عليها على أساس الشريعة**

**الابتكار في التمويل الاسلامي: عودة الى الأساسيات:** الاتفاقيات موضوع نزاعي دار الاستثمار والشامل هي اتفاقيات تم تكييفها من قبل أطراف النزاع كاتفاقيات تحمل فائدة بشكل فعال، وكاتفاقيات مخالفة للشريعة. هذا التكييف، سواء كان صحيحا أو لم يكن، يثير سؤالا يطرح بشكل متكرر حول ما اذا كان التمويل الاسلامي مبتكرا بشكل كاف لتلبية مطالب المستهلكين، ولتطوير وتوسيع حصته في السوق ولدعم الالتزام بالشريعة الاسلامية. لقد كتب الكثيرون حول موضوع الابتكار، وأفضل تمهيد للمرحلة القادمة هو تمهيد خبراء الشريعة والمختصين في الأعمال والاقتصاديين. لأغراض هذه الورقة، يكفي أن نقول بأن المؤسسات المالية الاسلامية وصناعة التمويل الاسلامي يجب أن تدرس ثانية ما اذا كان نموذج تشغيل "البنك" الذي تلتزم به العديد من المؤسسات المالية الاسلامية منسجما مع نموذج تقاسم الربح والخسارة الاسلامي من غيره. نتيجة للضغوط التجارية الواقعية، تستخدم المؤسسات المالية الاسلامية بشكل متكرر أدوات جاهزة (مثل المرابحه والوكالة والتورق) التي كانت عرضة للاعتراض عليها على أساس الشريعة لأنها، عند التطبيق، تناقض بشكل مباشر جدا القروض لأجل وأدوات الاستثمار ذات العائد الثابت ومنتجات الخزينة التي تستخدمها الأطراف الأخرى التقليدية. إن المؤسسات المالية الاسلامية هي في نهاية المطاف هيئات تسعى لتحقيق الربح، ويمكن فهم تجاوبها مع الضغوط التجارية الواقعية. الا أن من المنطقي التساؤل حول ما اذا كان الاستمرار بالاعتماد على المنتجات التي تكون عرضة للاتهام بمخالفة الشريعة وبعدم الابتكار يصب في مصلحة المؤسسات المالية الاسلامية وصناعة التمويل الاسلامي على المدى الطويل. الأهم من ذلك، أن الاستخدام الواسع لتلك الأدوات، دون استخدام العروض القائمة على أساس المشاركة بالربح التي تتفق مع المبادىء الاسلامية تحرم صناعة التمويل الاسلامي من الفرصة للعمل على حصتها المحتملة من السوق ورسملتها، اذ سيلجأ كثر من المستهلكين الى تجنب المنتجات التي يبدو لهم أنها اسلامية بالاسم فقط.

**الحرص على الالتزام بالشريعة، من المهد الى اللحد.** فضيلتي شركة دار الاستثمار والشامل كلتاهما تتضمنان ادعاءات بأن الاتفاقيات "الاسلامية" كانت في الواقع تحمل فائدة. تلك الاتهامات، ان تكررت وتكرر صدورها علنا، سيكون لها بلا شك اذارا ضارة بالمؤسسات المالية الاسلامية المعنية وبصناعة التمويل الاسلامي ككل. يجب على المؤسسات المالية الاسلامية الحرص على هيكلة أدواتها ومعاملاتها واعداد مستندات تلك المعاملات وتنفيذها بشكل يحد من مخاطر الاعتراض عليها على أساس الشريعة. وهذا يوجب عدم تعديل رسالة الفتوى وروحها ونماذج الاتفاقيات وهياكل المعاملات المعتمدة من قبل المجالس الشرعية طوال مدتها، ما لم يتم تقديمها ثانية ودراستها ثانية للتحقق من الالتزام بالشريعة. من الضروري التنسيق والوعي ما بين الوحدات التشغيلية (وتشمل الادارة وقسم الالتزام بالقوانين والقسم القانوني وادارة المخاطر وفرق المعاملات) للحرص على الابقاء على شخصية الأدوات سليمة دون المساس بها بعد اعتمادها من المجلس الشرعي.

***ادارة التقاضي والمخاطر التجارية المتنقلة***
**يجب ان تعكس ادارة المخاطر القانونية حوكمة سليمة.** المخاطر القانونية هي جزء من العمل شأنها شأن المخاطر التجارية وادارة المخاطر قانونا هي جزء لا يتجزأ من حوكمة الشركات. يجب على المؤسسات المالية الاسلامية (شأنها شأن أية شركات أخرى) متابعة شؤونها بشكل يبين تقديرها للمخاطر القانونية قبل نشوء النزاعات القانونية. يجب أن تكون المخاطر القانونية وادارة الدعاوى، كجزء من السياسة، مكتوبة ويجب أن تتم مراجعتها دوريا (داخليا ومع مستشارين مستقلين)، وشرحها وتوزيعها على موظفي المؤسسة المالية الاسلامية بشكل دوري. يجب أن تغطي البرتوكلات التي تتم صياغتها بشكل جيد، من بين أمور أخرى، ما يلي: (1) الموافقات والدراسات الداخلية اللازمة عند اتخاذ قرار برفع دعوى (مثلا على أساس طبيعة النزاعات أو المبلغ المتنازع عليه أو احتمال انتشار

[15] *Shomvi* at para. 55.

الدعاية وخلافه)؛ (2) نوع الهيئة القضائية (مثلا التحكيم، الوساطة، المحاكم المحلية)؛ (3) الاختصاص القضائي (مثلا دراسة نوع المحاكم والمدة النموذجية للدعوى والنفقات وامكانية الفصل في مسائل في الموضوع)؛ (4) القانون الحاكم؛ (5) احتمال ومدى المخاطر التجارية المصاحبة لاستراتيجية التقاضي؛ (6) الاجراءات الداخلية لحفظ المستندات وحفظ السجلات؛ (7) وامكانية تقديم الاثبات.[16] يجب أن تعمل بروتوكولات ادارة المخاطر القانونية والدعاوى على تسهيل اصدار القرارات بناء على معرفة بالدعوى، بما في ذلك ما اذا كانت المخاطر التجارية المصاحبة تفوق المنافع المحتملة للاستراتيجية القانونية

**تتطلب ادارة المخاطر القانونية السليمة التنسيق ما بين المهام الداخلية.** تعرض قضية بلوم مثالا صارخا على الضرر الذي يمكن أن ينشأ عن غياب التنسيق في اتخاذ قرارات رفع الدعاوى. ان حكم المحكمة بأن المؤسسة المالية الاسلامية التي تحظر عليها مستنداتها التأسيسية أن تنخرط في أية معاملات غير ملتزمة بالشريعة الاسلامية، غير ملتزمة بأحكام الشريعة هو حكم صارخ، كأقل ما يقال.[17] حين يكون الالتزام بالشريعة موضع نزاع، يجب أن يطلب من المجلس الشرعي للمؤسسة المالية مراجعة المستندات وثيقة الصلة بالمعاملة وتاريخ المعاملة وتقييم الأساس الشرعي لها قبل تنفيذ اية استراتيجية قضائية، وذلك بمساعدة المستشار القانوني والدوائر المعنية. الحكمة من هذا الاسلوب هو تجنب المشورة التي وجهها المجلس الشرعي لشركة دار الاستثمار للشركة بعد فوات الأوان باسقاط دعواها ضد بلوم بنك

**عدم كفاية الافتاء بصورة عامة والشهادات الصادرة بالجملة للمعاملات الاسلامية.** في قضية الشامل، قدم مصرف الشامل تقارير المجلس الشرعي لنهاية العام كاثبات على أن المعاملات موضوع النزاع مع بيكسمكو قد تم "التصديق عليها" من المجلس الشرعي. الا أن التصديق لم يكن خاصا بمعاملات مصرف الشامل مع بيكسمكو، فقال: "أن المجلس يعتقد أن جميع أعمال المصرف خلال السنة المذكورة، شاملة النشاطات الاستثمارية والخدمات المصرفية كانت ملتزمة بشكل تام مع الشريعة الاسلامية الغراء".[18] لم تمنح تلك التصديقات قيمة في الاثبات لأن المبادىء الشرعية لم تطبق في حل القضية. بشكل عام، يجب أن تكون المؤسسات المالية الاسلامية على علم بأن ذلك الافتاء العام والتصديقات العامة (سواء في المجالس الشرعية أو بخلاف ذلك)، بحد ذاتها، لا يمكن أن تكون اثباتا كافيا للالتزام بالشريعة أو بكفاية الاشراف الشرعي في التقاضي أو في اي سياق غيره. على ضوء علمها بذلك يجب على المؤسسات المالية الاسلامية دراسة ما اذا كانت السجلات الداخلية للاعتماد الشرعي والدراسة الشرعية والالتزام هي من النوع وبالجودة التي تثبت الالتزام بالشريعة في اية دعوى أو في اي سياق غيره. يجب أن يغطي حفظ السجلات وسياسة الحفظ الجيدين تلك المسائل.

**القانون الحاكم واختيار الاختصاص القضائي يجب أن يعكس التزاما بقضية الالتزام بأحكام الشريعة**

يختار العديد من أطراف عقود التمويل الاسلامي القانون والمحاكم العلمانية (مثل القانون الانجليزي) ليكون القانون الحاكم والاختصاص القضائي المشترط في عقودها، لأسباب وجيهة. يوفر القانون الانجليزي وغيره من الاختصاصات القضائية خارج مناطق اختصاص التمويل الاسلامي الشفافية والقدرة على توقع الأحكام اللازمة لحل النزاعات بشكل فعال. في الوقت نفسه، وكما هو الحال في قضية الشامل، ترفض المحاكم العلمانية عادة تطبيق الشريعة أو تطبقها بشكل محدود، أو نجد أن المحاكم العلمانية غير مجهزة لتفسير الشريعة ان تم تطبيقها.[19] على الرغم من أن المؤسسات المالية الاسلامية منطقية في اختيارها تلك الاختصاصات الا أنه يتوجب عليها صياغة

[16] Where agreements call for litigation before national courts, as in the *Blom* and *Shamil* cases, the likelihood of a published opinion (particularly at the appellate stage) is high. On the other hand, if parties have opted for arbitration, the likelihood of a published opinion is slim to none, depending on the terms of arbitration, *e.g.*, the forum selected, procedural rules, and confidentiality provisions, etc.

[17] Note also that TID had a Shari'ah-based obligation to fulfill the contract that it made. *See, e.g.*, Qur'anic verse 2:177 from *Surat al Baqara* quoted above.

[18] *Shamil* at para. 8.

[19] In *Shamil*, the disputed agreement contained a governing law provision stating that: "Subject to the principles of the Glorious Sharia'a, this agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of England." *Shamil* at para. 1. The English court did not apply Shari'ah, because under English law, the law of decision in English courts must be a law of another country, and not a "non-national" system of law. Therefore, the *Shamil* case was decided under English

*(Footnote continued on next page)*

بنود قوانينها الحاكمة واختيار الاختصاص القضائي بحيث تضمن تطبيق أحكام الشريعة عند تقرير العناصر الموضوعية في النزاعات القانونية. ان استخدام بنود القانون الحاكم التي تضمن تطبيق الشريعة تصب في مصلحة المؤسسات المالية الاسلامية وصناعة التمويل الاسلامي بشكل عام. اذا استمر التقرير في قضايا التمويل الاسلامي بموجب القانون العلماني، دون الشريعة، فان الخلط القانوني سيستمر في عرقلة النمو المستدام على المدى الطويل بسبب عدم اليقين القانوني. وبشكل منفصل، صاغت المؤسسات المالية الاسلامية بنود القانون الحاكم التي يتوقع أن يكون اثرها هو استثناء الشريعة مما يشير الى عدم التزام بالشريعة وتطبيقها من جانب تلك المؤسسات حسبما اشار القاضي في قضية الشامل: "ان المحكمة الانجليزية، كمحكمة علمانية، ليست مناسبة للتحقق من والتقرير في المبادىء المختلف عليها بشكل كبير في القانون القائم على أساس الدين ومن غير الممكن أن يكون الأطراف راضون عن ذلك الحكم؛ اذا لم يكن ذلك هو ما يلتمسه الأطراف من اختيار هم بند القانون."[20]

**تقارير المجلس الشرعي: جودة الافصاح وادارة الأسماء التجارية**

حسبما أورده مجلس الخدمات المالية الاسلامية بايجاز فان: "الالتزام بأحكام الشريعة ومبادئها هو كل ما تهدف اليه صناعة الخدمات المالية الاسلامية"[21] يجب أن تعكس تقارير المجلس الشرعية الصادرة عن المؤسسات المالية الاسلامية هذه الحقيقة بطريقتين. الأولى هي أن على المؤسسات المالية الاسلامية أن تحرص على بيان تقارير مجالسها الشرعية بوصف كامل في جهاز الحوكمة الشرعية المطبق، وابلاغ العملاء والمساهمين والمنظمين والجمهور بأهمية ودور الحوكمة الشرعية على مستوى المؤسسة المالية الاسلامية. ثانيا، أن تكون تقارير المجلس الشرعية هي طريقة تسويق ممتازة للمؤسسات المالية الاسلامية ويجب استخدامها لدعم الاسماء التجارية الاسلامية.

**<u>دعم مستوى الافصاح في تقارير المجالس الشرعية</u>** تميل تقارير المجالس الشرعية للمؤسسات المالية الاسلامية الى اتخاذ هيكل واحد. فتبين هذه التقارير أولا العمليات التي تلتزم بالفتوى المطبقة والشريعة بشكل عام. ثانيا، تؤكد التقارير للقراء أن جميع الأرباح الناتجة عن المعاملات التي لا تلتزم بأحكام الشريعة يتم تجنيبها ودفعها كزكاة (في الأعمال الخيرية). ثالثا، تتمسك تقارير المجالس الشرعية بأن المسؤولية عن الحوكمة، بما في ذلك الحوكمة الشرعية، تقع على عاتق ادارة المؤسسة المالية الاسلامية. رابعا، تبين تقارير المجالس الشرعية عادة أن المجلس الشرعي يقوم بمهامه الاشرافية بناء على المعلومات والمستندات (مثل تقارير التدقيق) التي تقدمها له ادارة المؤسسة المالية الاسلامية. أخيرا، فان العلماء الموقعين على تقارير المجالس الشرعية عادة ما يكونون علماء معروفين بتولي مناصب متعددة في عدة مجالس شرعية خلال السنة التي اعد بها التقرير. تبين هذه المميزات الخمسة المشتركة المواضع التي يمكن تحسين الافصاح فيها، حسب التالي:

- طبيعة جهاز الحوكمة الشرعية المطبق (مثلا الطريقة التي تتم بها عمليات تدقيق الالتزام بأحكام الشريعة وعدد مرات التدقيق وتوضيح ما اذا كان المجلس الشرعي نفسه هو من قام بمراجعة المستندات (مثلا بختم المستند بخاتم المجلس الشرعي) أو أن المجلس قد اعتمد على ملخصات من المستندات).
- المعلومات حول الموارد البشرية والفنية والادارية المكرسة للالتزام بالشريعة وما الى ذلك، ومكانها في الهيكل التنظيمي للمؤسسة المالية الاسلامية.

---

law, even though, as noted, the English Court in that case commented that the outcome likely would have been different if Shari'ah had applied.

[20] *Shamil I* at para. 36.

[21] *Guiding Principles on Shari'ah Governance Systems for Institutions Offering Islamic Financial Services*, ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD, December 2009, *available at*, http://www.ifsb.org/standard/IFSB-10%20Shariah%20Governance.pdf (last accessed October 2010).

تجنيب الأرباح التي يتم كسبها بشكل غير مشروع هو بحد ذاته عنصر من عناصر الالتزام بالشريعة. الا أن عمليات الافصاح عن تلك الحالات يجب أن يتم توضيحها بشكل معقول ويجب أن ترفق بتفاصيل الاجراءات العلاجية التي اتخذت أو التي ستتخذ لتجنب حالات عدم الالتزام أو الحد منها في المستقبل.

**استخدام تقارير المجلس الشرعي كأدوات تسويق.** تخدم تقارير المجلس الشرعي مهام لازمة (بل والزامية في مناطق الاختصاص حيث يوجب النظام تلك المهام). ولكن يجب ايضا استخدامها بشكل فعال كأدوات تسويق. تقدم تقارير المجالس الشرعية الى المؤسسات المالية الإسلامية فرصة نادرة لتثقيف مجموعة متنوعة من القراء حول طبيعة نموذج عملها وأغراضه والفريق ما بين الأسماء التجارية المختلفة لمنتجاتها وخدماتها. ان استخدام تقارير المجلس الشرعي كأدوات تسويق فعالة يتطلب كتابة تلك التقارير ببلاغة ودقة لتحقيق الغرض من ابلاغ القراء بأهمية الحوكمة الشرعية، واجراءات الحوكمة الشرعية المتبعة ضمن المؤسسة المالية الإسلامية التي تنشرها، والأهداف التجارية والأخلاقية للتمويل الاسلامي، والفريق ما بين المؤسسات المالية الاسلامية والأطراف الأخرى التقليدية، وخلافه.

**دور المجالس الشرعية**

**اعطاء الصلاحية للمجالس الشرعية.** تحتل المجالس الشرعية قمة هرم الالتزام الشرعي. فهي تسن القوانين وتفسرها وتتولى درجة من مهام الرقابة. ولكن، وباستثناء قليلين، فان علماء المجالس الشرعية ليسو موظفين متفرغين في المؤسسة المالية الاسلامية التي يعملون لها. يجب على المؤسسات المالية الاسلامية أن تحرص على أن تكون مجالسها الشرعية مجهزة بالموارد اللازمة لأداء واجباتها. وقد تتضمن تلك الموارد تعيين جهاز عمل متفرغ يختص بالحوكمة الشرعية (مثل المحامين والمختصين بالالتزام والمحاسبين وخلافه) يتولى المسؤولية عن مراجعة المستندات وتقارير التدقيق والمعاملات بشكل منتظم. يجب أن يعمل الجهاز المتفرغ للمجلس الشرعي تحت الاشراف المباشر للمجلس الشرعي الذي يخدمه، ويجب أن تكون لديه درجة معقولة من الاستقلال عن وحدات التشغيل الأخرى في المؤسسة المالية الاسلامية.

4. **الاجراءات التسهيلية على مستوى الصناعة: بناء بنية تحتية قانونية متخصصة**

دعا العديد من المشاركين والمراقبين في الصناعة الى وضع معايير ملزمة لترويج القدرة على التوقع والشفافية في التمويل الاسلامي. ما اذا كان وضع المعايير خيارا مجديا وحكيما على المدى القريب هي مسألة قيد الجدل. واثناء ذلك يمكن اتخاذ معايير أخرى لترويج القدرة على التوقع والشفافية.

**تسهيل تطوير القانون الاقتصادي الإسلامي المعاصر.** الشامل وبلوم هما قضيتين من بين قضايا كثيرة تتضمن في أطرافها مؤسسات مالية اسلامية تمت مقاضاتها لدى محاكم علمانية. ان اللجوء المتكرر والواسع النطاق الى الهيئات العلمانية على المدى الطويل، سيعمل على اعاقة تطوير القانون الاقتصادي الإسلامي المعاصر. حسبما تبينه قضية الشامل، فان المحاكم العلمانية لن تطبق دائما القانون المشتق من الدين لتسوية النزاعات. والنتيجة هي أن الأدوات الاقتصادية الاسلامية الحديثة ليست موثقة بموجب القوانين التي يفترض أنها ملتزمة بها، وبالتالي فهي تخلق لبسا قانونيا.

**هيئات متخصصة في حل النزاعات.** التمويل الاسلامي مستمر في النمو، وكذلك هو عدد النزاعات. مما تبرز معه الحاجة لوجود هيئة متخصصة لحل نزاعات التمويل الاسلامي، واستيعاب أطراف النزاع وتسهيل تطور القانون الاقتصادي الاسلامي المعاصر. وسيعمل تجميع القرارات القانونية من خلال تلك الهيئات على وضع المعايير للأعراف دون النتائج السلبية المحتملة التي تترتب على القوانين التي تضع المعايير دون خبرة كافية في الصناعة. بالطبع لتكون أية هيئات متخصصة مما ذكر قابلة للاستمرار يجب أن تقدم درجة من الشفافية والقدرة على التوقع والكفاءة على مستوى النظام الانجليزي وغيره من الأنظمة العلمانية، مع الميزة الأكثر لزوما، وهي الخبرة الواسعة في الشريعة.

**فحص الخبراء الشرعيين، التدريب والأدوار.** في قضية الشامل، كما هو الحال في القضايا الأخرى التي تتعلق بالقانون الاسلامي والتي ترفع لدى محاكم علمانية، تم استخدام خدمات الخبراء القانونيين. طالما كانت هناك حاجة للخبراء القانونيين، يبقى لدى صناعة التمويل الاسلامي مصلحة في ضمان أن يكون الأشخاص الذين يتصرفون كخبراء مصرفيين اسلاميين وخبراء تمويل هم أشخاص مؤهلون للقيام بذلك. يمكن اتخاذ اجراءات معتدلة نسبيا لترويج الجودة ما بين الخبراء والمحافظة عليها مثل عقد برامج تدريبية وتأهيلية وانشاء سجل للخبراء خلال تلك البرامج. بالطبع، يجب اتخاذ الاجراءات اللازمة لضمان ألا يكون لتلك الاجراءات اثرا سلبيا في استقلال أية تفسيرات أو اراء شرعية، طالما كانت الكفاءة مضمونة.

## 5 خلاصة

مما لا شك فيه أن صناعة التمويل الاسلامي المعاصر قد نمت بشكل هائل في فترة قصيرة من الزمن. وهذا النمو والرؤية المتزايدة التي صاحبته يمثلان تحديات وفرص. وصل التمويل الاسلامي الى نقطة النضوج التي يجب عندها اثارة اسئلة توجيهية حول جوهره ومكانته في عالم الخدمات المالية ويجب الاجابة عن تلك الأسئلة بعد دراسة. من غير المحتمل أن تتحد اراء المشاركين في الصناعة والمراقبين حول مستقبل التمويل الاسلامي. مهما كانت النتيجة، فان الطريق للوصول الى النمو المستدام يجب أن يبدأ بالامتياز التشغيلي، وهو المفتاح نحو القيمة الدائمة في التمويل الاسلامي.