مجلة جامعة الشارقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية

اسم المقال: المسئولية المدنية للمصارف الإسلامية عن أعمال هيئات الرقابة الشرعية
اسم الكاتب: محمد محمد سادات
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8895
تاريخ الاسترداد: 2026/05/13 04:04 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
ملتقى الحضارات

مجلة جامعة الشارقة

دورية علمية محكمة

للعلوم الإنسانية والاجتماعية

عدد خاص
في التمويل الإسلامي

المجلد 13 ، العدد الخاص
ربيع الأول 1438 هـ / ديسمبر 2016 م
الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2339-1996

المسئولية المدنية للمصارف الإسلامية عن أعمال هيئات الرقابة الشرعية

محمد محمد سادات

كلية القانون - جامعة الشارقة
الشارقة - الإمارات العربية المتحدة

تاريخ الاستلام 2015-06-02 **تاريخ القبول 2015-10-20**

ملخص البحث:

تمثل المصارف الإسلامية أحد الأدوات الداعمة للاقتصاد الإسلامي في الممارسة العملية، وتعتبر الخدمات المصرفية الإسلامية في نشاطاتها الاستثمارية والمصرفية لبنة في صرح التمويل الإسلامي، وأداة مهمة من أدوات فاعليته ولونًا من ألوان تطبيقاته في المجتمع الإسلامي، بحيث تخدم أهدافه، وتساهم في بناء اقتصاد إسلامي يتجسد على أرض الواقع.

فالمصرف الإسلامي هو بنك يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملات التمويل والخدمات المصرفية والاستثمار والمنتجات التي يوفرها لعملائه، سواء كانت هذه المنتجات ودائع استثمار أم صكوك استثمار إسلامية أو حسابات توفير، كما يخضع كمؤسسة مالية لإشراف ورقابة البنك المركزي، ويلبي المصرف الإسلامي مختلف احتياجات التمويل الخاصة بالعميل من خلال توفير العديد من الخيارات مثل: المرابحة والمشاركة والإجارة.

وتمثل الرقابة الشرعية في مجال الأعمال المصرفية الأداة الصحيحة لتصويب مسار تلك الأعمال وفقًا لمنهاج الشريعة الإسلامية، ومن ثم كانت ذات أهمية خاصة في حياة الدول بصفة عامة، والأشخاص بصفة خاصة الذين يرغبون في أن تسير معاملاتهم وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وإذا كان عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية ذا طبيعة شرعية، فإنه لا يخلو من جوانب قانونية تكون محل اهتمام. فمن أحد الموضوعات المهمة في مجال الرقابة الشرعية، إذا ما ولينا وجوهنا شطر الجانب القانوني لمسائل الرقابة الشرعية، هو ما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن أعمال تلك الهيئة، وهو ما سنتناوله من خلال موضوع البحث

الكلمات الدالة: مصارف إسلامية، مسئولية، رقابة شرعية

مقدمة

تمثل المصارف الإسلامية أحد الأدوات الداعمة للاقتصاد الإسلامي في الممارسة العملية، وتعتبر الخدمات المصرفية الإسلامية في نشاطاتها الاستثمارية والمصرفية لبنة في صرح التمويل الإسلامي، وأداة مهمة من أدوات فاعليته ولونًا من ألوان تطبيقاته في المجتمع الإسلامي، بحيث تخدم أهدافه، وتساهم في بناء اقتصاد إسلامي يتجسد على أرض الواقع.

فالمصرف الإسلامي هو بنك يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية في جميع معاملات التمويل والخدمات المصرفية والاستثمار والمنتجات التي يوفرها لعملائه، سواء كانت هذه المنتجات ودائع استثمار أم صكوك استثمار إسلامية أو حسابات توفير، كما يخضع كمؤسسة مالية، لإشراف ورقابة البنك المركزي. كما أن المصرف الإسلامي يلبي مختلف احتياجات التمويل الخاصة بالعميل من خلال توفير العديد من الخيارات مثل: المرابحة والمشاركة والإجارة.

والبنوك الإسلامية هي مجموعة من المؤسسات التي تقوم بجذب رأس المال لمنح صاحبه ربحًا حلالاً عن طريق أعمال التنمية الاقتصادية التي تعود بالفائدة الحقيقية على جميع المساهمين فيها باعتباره وسيطًا بين صاحب المال والمستثمر ليحصل كل على حقه في نماء هذا المال، حيث تقوم فكرة البنوك الإسلامية على أساس ممارسة أنشطتها وفقا للمرابحة والمشاركة متجنبة الاعتماد على سعر الفائدة الذي تقوم عليه البنوك التجارية التقليدية.

ومنذ أن ظهرت البنوك في عالمنا الإسلامي وهي تزداد أهمية يومًا بعد يوم، وذلك لأن البنوك اليوم تعتبر ميزان التقدم الاقتصادي للدول، فكلما ازدادت إمكاناتها ونشاطاتها المالية انعكس ذلك على الاقتصاد العام للدولة، ولذا تسعى دول العالم جاهدة لمراقبة المؤسسات المالية والبنوك التابعة لها ووضع النظم والسياسات التي تكفل الحماية لها حتى لا يتأثر النظام المصرفي العام للدولة.

وإذا كانت الدول تضع الضوابط والاشتراطات اللازمة للرقابة على عمل هذه المصارف للتأكد من مدى توافق أعمالها مع سياسات البنك المركزي، فإن المصارف الإسلامية نفسها، تضع نوعًا من الرقابة تبتغي من خلالها التأكد من مدى انضباط معاملاتها المصرفية مع أحكام الشريعة الإسلامية، وهو ما يطلق عليها الرقابة الشرعية.

وتمثل الرقابة الشرعية المزية الأساسية في التفرقة بين المصارف الإسلامية والتجارية؛ لما لها من دور مهم في ضبط أنشطة المصارف الإسلامية من الناحية الشرعية، خاصة وأن تجربة المصارف الإسلامية تعتبر تجربة حديثة نسبيًا، وما زالت تلاطمها الأمواج وتحتاج إلى ربابين يسيرون بها إلى بر الأمان، وهؤلاء هم أعضاء جهاز الرقابة الشرعية.

ولا مراء في أن المصارف المالية على وجه العموم، والإسلامية على وجه الخصوص، لم تكن معروفة لدى قدامى الفقهاء بصورتها المعاصرة على هذا النحو الذي تطورت إليه نظم المعاملات، وتعددت صورها، إلا أن المبادئ التي تقوم عليها موجودة في فروعهم الفقهية على نحو يمكن من التأصيل الشرعي الصحيح لها، وتقويم مسيرتها وفق المنهج السديد الذي ساروا عليه.

وقد جاءت نشأة المصارف الإسلامية تلبية لرغبة المجتمعات الإسلامية في إيجاد صيغة للتعامل المصرفي بعيدًا عن شبهة الربا ودون استخدام لسعر الفائدة. وقد جاءت أول محاولة لإنشاء مصرف إسلامي عام 1963 حيث تم إنشاء ما يسمى ببنوك الادخار المحلية، والتي أقيمت بمدينة ميت غمر بجمهورية مصر العربية، والتي أسسها د. أحمد النجار رئيس الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية الأسبق، وقد استمرت هذه التجربة نحو ثلاث سنوات (النجار، 1980: 164). ثم تم بعد ذلك إنشاء بنك ناصر الاجتماعي في مصر حيث يعد أول بنك ينص في قانون إنشائه على عدم التعامل بالفائدة المصرفية أخذًا أو عطاءً، وقد كانت طبيعة معاملات البنك النشاط الاجتماعي وليس المصرفي بالدرجة الأولى[1].

وقد جاء الاهتمام الحقيقي بإنشاء مصارف إسلامية تعمل طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية في توصيات مؤتمر وزراء خارجية الدول الإسلامية بمدينة جده بالمملكة العربية السعودية عام 1972، حيث ورد النص على ضرورة إنشاء بنك إسلامي دولي للدول الإسلامية[2]. وجاء نتاج ذلك إعداد اتفاقية تأسيس البنك الإسلامي للتنمية التي وقعت من وزراء مالية الدول الإسلامية عام 1973، وباشر البنك الإسلامي للتنمية نشاطه عام 1975 بمدينة جده بالمملكة العربية السعودية، ويتصف هذا البنك بأنه بنك حكومات لا يتعامل مع الأفراد في النواحي المصرفية[3].

وقد جاء إنشاء أول مصرف إسلامي متكامل يتعامل طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية عام 1975 وهو بنك دبي الإسلامي، حيث يقدم البنك جميع الخدمات المصرفية والاستثمارية للأفراد طبقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

ويمكن القول بأن الرقابة الشرعية في مجال الأعمال المصرفية، تمثل الأداة الصحيحة لتصويب مسار تلك الأعمال وفقًا لمنهاج الشريعة الإسلامية، ومن ثم كانت ذات أهمية خاصة في حياة الدول بصفة عامة، والأشخاص بصفة خاصة الذين يرغبون في أن تسير معاملاتهم وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية.

وإذا كان عمل هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية ذا طبيعة شرعية، فإنه لا يخلو من جوانب قانونية تكون محل اهتمام. فمن أحد الموضوعات المهمة في مجال

---

(1) نصت المادة الثالثة من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم 66 لسنة 1971الخاص بإنشاء بنك ناصر الاجتماعي على أن : «لا يجوز للهيئة أن تتعامل مع الغير بنظام الفائدة أخذًا أو عطاءً».

(2) عُقد المؤتمر الثالث لوزراء خارجية الدول الإسلامية بمدينة جده بالمملكة العربية السعودية في الفترة من 29 فبراير إلى 4 مارس 1972.

(3) البنك الإسلامي للتنمية هو مؤسسة مالية دولية، أنشئت تطبيقاً لبيان العزم الصادر عن مؤتمر وزراء مالية الدول الإسلامية الذي عقد في مدينة جدة في شهر ذي القعدة من عام 1393هـ الموافق شهر ديسمبر 1973م . وانعقد الاجتماع الافتتاحي لمجلس المحافظين في مدينة الرياض في شهر رجب عام 1395هـ الموافق شهر يوليو من عام 1975م، وتم افتتاح البنك رسمياً بتاريخ 15/10/1395هـ الموافق 30/10/1975م.
لمزيد من التفاصيل راجع .http://www.mof.gov.sa/Arabic/RelatedLinks/Pages/isdb aspx، 17/9/2015.

الرقابة الشرعية، إذا ما ولينا وجوهنا شطر الجانب القانوني لمسائل الرقابة الشرعية، هو ما يتعلق بالمسئولية الناشئة عن أعمال تلك الهيئة.

فإذا كانت هيئة الرقابة الشرعية تسعى نحو تطويع المعاملات المصرفية لجعلها تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية، بحث نكون أمام مصرف إسلامي توافق معاملاته مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن أعضاء هيئة الرقابة الشرعية قد يصدر منهم فعلاً يضر بعملاء المصرف، قد ينتج عن عدم التطبيق الصحيح لأحكام الشريعة الإسلامية، بما ينشأ عنه مسئولية هيئة الرقابة الشرعية، وبالتبعية يثير المسئولية المدنية للمصرف وضمانه للأضرار، على اعتبار أن التعامل المباشر يتم من خلال المصرف.

أهمية موضوع الدراسة:

يمثل القطاع المصرفي في دولة الإمارات العربية المتحدة رافدًا مهمًا من روافد النمو الاقتصادي وتتزايد أهميته يوما بعد يوم نتيجة للدعم الذي يحظى به هذا المجال الاقتصادي في الدولة. ولقد عرّف المشرع الإماراتي المصارف والمؤسسات والشركات الاستثمارية الإسلامية بأنها: «تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الأساسية التزامًا بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية وتباشر نشاطها وفقا لهذه الأحكام»[1].

ويتبين من هذا التعريف أن ما يميز المصارف الإسلامية عن المصارف التقليدية هو أن هذه الأخيرة تباشر نشاطا أو أكثر من أنشطة التمويل الرئيسة دون أن تلتزم بأحكام وقواعد الشريعة الإسلامية في تعاملاتها المالية.(الشافعي، 2014: 21)

ويخضع تنظيم العمل المصرفي في دولة الإمارات العربية المتحدة لمجموعة من التشريعات المتنوعة بعضها ذو طبيعة اقتصادية ونقدية، بينما ينتمي البعض الآخر إلى طائفة التشريعات التجارية، فقد صدر القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 في شأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية لينظم المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية. وقد جاء صدور هذا القانون بعد خمسة أعوام من إصدار القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1980 المنظم للمصرف المركزي النظام النقدي والمهنة المصرفية، لتكتمل بذلك المنظومة المصرفية بشقيها: التقليدي والإسلامي.

وتبرز أهمية البحث في ارتباطه بموضوع على قدر كبير من الأهمية؛ فاتباع المصارف لأحكام الشريعة الإسلامية كان بمنزلة طوق نجاة من آثار الأزمة المالية العالمية التي وقعت عام 2008، فمنذ بداية الأزمة المالية العالمية ظهرت العديد من الدراسات والتقارير التي تبين بأن المصارف الإسلامية لم تتأثر سلبًا بالأزمة المالية العالمية كما هو الحال في المصارف التقليدية. ويعود السبب في ذلك إلى أن المصارف الإسلامية لم تتعامل بالفائدة ولا تتاجر بالدين وهذا ما يعطيها ميزة على المصارف التقليدية، لأنها تتاجر بما تملك فعلاً من أصول مادية وهذا ما يجعلها بمنأى عن تأثيرات الأزمات المالية العالمية.

(1) المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 بشأن المصارف الإسلامية.

وإذا كان أحد أسباب نجاح تلك المصارف هو إتباعها لأحكام الشريعة الإسلامية في معاملاتها، فإن تلك المصارف تحرص على الاستمرار في تطبيق أحكام الشريعة، بما يضمن استمرارية تحقيقها لعامل جذب مهم للعملاء الذين يريدون معاملاتهم لا تشوبها شبهة الحرام، وهو ما يتحقق من خلال وجود جهة تعمل على مراقبة استمرار تطبيق المصرف لأحكام الشريعة الإسلامية، وهذه الجهة هي هيئة الرقابة الشرعية.

لذا تبرز أهمية الرقابة الشرعية من خلال الدور المهم الذي تؤديه داخل المصرف الإسلامي وهو إبراز مدى التزام المؤسسة المالية بأحكام الشريعة الإسلامية في كافة معاملاتها المالية والمصرفية، وهي ذات أهمية بالغة للمصارف الإسلامية لأكثر من سبب، من أبرزها تأكيد المصرف الإسلامي على هويته المصرفية الشرعية المتميزة والتي ذكرت بالنظام الأساسي لإنشائه والمعتمدة من قبل الجهات الرقابية وهي أن المصرف يلتزم بتطبيق كافة أحكام الشريعة الإسلامية في كافة معاملاته المصرفية والاستثمارية والخدمات المصرفية. كما أن وجود إدارة للرقابة الشرعية داخل المصرف يعطي ارتياحًا لدى جمهور المتعاملين عن مدى جدية المصرف في الالتزام بالضوابط الشرعية في جميع معاملاته المصرفية.

وإذا كان عمل هيئة الرقابة الشرعية هو أحد الأعمال المهمة ضمن منظومة أعمال المصرف الإسلامي، فيُثار التساؤل عما إذا صدر نوع من التقصير من هيئة الرقابة الشرعية بما يترتب عليه اختلاط أموال العملاء بالربا، أو ضياع حقوق أطراف المعاملات المصرفية سواء المصرف أم المودعين، وهو ما يرتب قيام المسئولية المدنية للهيئة، وتثور معها تساؤلات حول طبيعة تلك المسئولية وشروط قيامها، وهل تضمن الهيئة الأضرار؟ أم هناك جهة أخرى تضمنه؟ وذلك بالإضافة إلى العديد من التساؤلات الأخرى التي تقتضيها الدراسة وذلك تطبيقًا على أحكام القانون الإماراتي.

خطة الدراسة:

من خلال الدراسة سوف نبحث في المسئولية المدنية للمصارف الإسلامية عن أعمال هيئات الرقابة الشرعية متى ترتب على عملها ضررًا. وذلك من خلال مبحثين: نتناول في أولهما: التعريف بهيئات الرقابة الشرعية؛ وذلك لكون الدراسات القانونية حديثة العهد بعمل تلك الهيئات، ونتعرض في المبحث الثاني لنشأة مسئولية هيئة الرقابة الشرعية وضمان الأضرار الناجمة عنها.

المبحث الأول

التعريف بهيئات الرقابة الشرعية

قد يُوصف القائمون على إدارة الأعمال والأموال في المؤسسات المصرفية الإسلامية بأن العديد منهم قد لا يحسنون معرفة الأحكام الشرعية المتعلقة بما يريدون التعرض إليه والإقدام عليه من صنوف العقود والمعاملات المالية؛ ومرد ذلك إلى أن معرفتهم بالأحكام الشرعية

ليست من مصوغات عملهم في تلك المصارف[1] (حداد، 2006: 30)، وهو ما أنشأ الحاجة إلى إيجاد هيئة شرعية متخصصة في هذا المجال تعمل إلى جانبهم، تتولى تعريفهم بما يحل وما يحرم في نطاق عملهم، وإرشادهم إلى كيفية الالتزام بإتيان ما هو سائغ شرعًا، والبعد عن كل ما هو محظور وفاسد من الناحية الشرعية، عن طريق الفتاوى والقرارات المتعلقة بتصرفاتهم وأنشطتهم، ثم فحص ومراجعة سائر ما صدر عنهم منها، للتأكيد والتثبت من أن جميع العقود التي تبرمها المؤسسة المصرفية متفقة مع أحكام الشرعية الإسلامية.

ومن الجدير بالذكر أن هذه الفكرة كانت معروفة ومطبقة عمليًا في العصور الإسلامية السالفة، مع أن المعاملات المالية وقتئذ كانت بسيطة غير معقدة ولا متداخلة ولا مركبة، والأحكام الشرعية المتعلقة بها واضحة المعالم، سهلة المأخذ. أما الآن، وبعدما تشبعت وتطورت وتعقدت أنواع المعاملات المالية وضروب الأنشطة الاستثمارية بشكل سريع، وبعدت صورها في الغالب عما كان معروفًا سلفًا، كان لابد من القيام بتشكيل هيئة من الفقهاء يمكن الاعتماد عليها والركون إليها في إجابة على مستحدثات المعاملات المصرفية.

ولهذا، فإن لهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المصرفية التي تتعامل وفق الضوابط الشرعية مكانة ذات طبيعة خاصة ومؤثرة، إذا تعد واحدة من الفوارق الجوهرية بين هذه المؤسسات وبين تلك المؤسسات التقليدية. وتمثل تلك الهيئات عنصرًا مستحدثًا على القطاع المصرفي ومن ثم كان من اللازم أن نلقي بعض الضوء على تلك الهيئات من خلال التعريف بها. وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف هيئة الرقابة الشرعية

تستمد الهيئة الشرعية اسمها من طبيعة عملها، وهو العمل على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أعمال ونشاطات المؤسسة المصرفية. ويتبلور عمل الهيئة الشرعية على هذا الأساس في اختصاصين جوهرين يمثلان الأصل في عمل الهيئة وهما: الفتوى، والرقابة الشرعية، فضلاً عما يتطلبانه من أعمال ونشاطات وإجراءات أخرى.

والرقابة في معناها اللغوي هي المحافظة، لقوله تعالى: إن الله كان عليكم رقيبًا.(سورة النساء، الآية الأولى) وهي من الفعل رقب ومعناها «انتصاب لمراعاة شيء»، ورَقَبَهُ لاحَظَه. ورَقَبَهُ حرسه وحَفِظَه. ويقال: ارقُبْ فلاناً في أهله: احفظْهُ فيهم. وفي الحديث:

(1) يذهب الدكتور حمزة عبد الكريم حماد إلى أن :» ولا يخفى على أحد أن الرقابة الشرعية ضرورة حيوية للمصارف الإسلامية، فهي الجهة التي تراقب وترصد سير عمل المصارف الإسلامية، والتزامها في عملها بتطبيق الأحكام الشرعية، وذلك في الوقت الذي تعددت فيه صور المعاملات التجارية وتعقدت، واستجدت فيها كثير من المعاملات التجارية التي لم تجر على مثال سبق، كبطاقات الائتمان، والحسابات بأنواعها، والتجارة الالكترونية وغيرها من المعاملات التي لا يوجد لها أحكام مباشرة في المصادر الفقهية القديمة، ولو وجدت تلك الأحكام، فإن القائمين على النشاط المصرفي غير مختصين في الكشف عنها بأنفسهم، كما أن وجود الرقابة الشرعية في المصرف يعطيه الصبغة الشرعية التي يتلهف عليها الكثيرون ممن يريدون استثمار أموالهم بطريق حلال، ويضفي ارتياحًا لدى جمهور المتعاملين مع المصرف».

حديث شريف ارقبوا محمدًا في أهل بيته. ورَقَبَهُ حَذِره وخافَه. ورَقَبَهُ النجمَ: رصَدَه. ومن ذلك الرقيب وهو الحافظ. (المعجم الوسيط، 2004: 363) وهي بهذا المعنى تعني الحفظ والانتصاب لحفظ المال في الشرع ومراعاته، أي بيان مصالح المعاملات وسائر التصرفات واستجلاء المخالفات الواقعة والمتوقعة.

والمقصود من الرقابة عمومًا: الرعاية والحفظ والانتظار.(سويلم، 1987: 458) كما تحمل أيضًا معنى الوصاية من جانب سلطة أعلى لفرض حدود وقيود معينة تؤدي إلى أهداف التنظيم الإداري الذي يتطلبه المشروع.(الكفراوي: 458) وهي أيضًا عبارة عن وسيلة يمكن بواسطتها التأكد من مدى تحقق الأهداف بكفاءة وفاعلية في الوقت المحدد. وعرفها كذلك معهد المراجعين الداخليين بالولايات المتحدة بأنها: «الإجراءات التي تتخذها الإدارة للتأكد من أن الأهداف والخطط والبرامج تتم حسب المعايير المحددة، وأن الانحرافات عن هذه المعايير يتم اكتشافها وتحديد المسؤولية عنها، وتتخذ الإجراءات اللازمة لتصحيحها، وبذلك ترتبط وظيفة الرقابة بكل من وظيفة التخطيط ووظيفة التنظيم؛ فالرقابة نتاج عملية التخطيط والتنظيم والتوجيه السليم بواسطة الإدارة.(الراعي، 2005: 3)

أما تعريف الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية فلم يوجد اتفاق على تعريف دقيق لمفهوم الرقابة الشرعية، إذ عرفها جانب من الفقه بأنها جميع العناصر والأنشطة الرقابية التي تستخدم للتأكد من مطابقة أعمال البنك الإسلامي للشريعة (أبو معمر، 1994: 4)، وُعرفت أيضًا بأنها أحد أجهزة البنك الإسلامي المستحدثة لمعاونته في تحقيق أهدافه.(القطان، 2004: 10)

ويلاحظ من تلك التعريفات أنها تختلف تبعًا لنظرة الفقه إليها، فمنهم من نظر إلى الجانب الوظيفي للرقابة والأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، ومنهم من نظر للرقابة على أنها مجرد إجراءات يتعين على المصرف إجراؤها. وأخيرًا، اهتم البعض بالأجهزة التي تقوم بالرقابة وتتولى المراجعة والفحص والمتابعة وجمع المعلومات وتحليل النتائج.

وتتعدد مسميات الجهات المسئولة عن الرأي الشرعي في المصارف الإسلامية تبعًا للاختلاف في أشكالها وفي مفهومها وأهدافها، وكذلك تبعًا لوزنها ومكانتها القانونية في المصرف، ومن الملاحظ أن أكثر التسميات شيوعًا للجهات المسئولة عن الرأي الشرعي في المصارف الإسلامية هي: هيئة الرقابة الشرعية، المستشار الشرعي، لجنة الرقابة الشرعية، المراقب الشرعي، المجلس الشرعي، اللجنة الدينية، الهيئة الشرعية، جهاز الرقابة الشرعية.

وتعتبر هيئة الرقابة الشرعية من أهم الأجهزة الرقابية المستحدثة في المؤسسات المالية المصرفية، فهي الأساس الذي يعتمد عليه الكثير من المتعاملين مع هذه المؤسسات لمعرفة مدى التزام تلك المؤسسات بالأحكام الشرعية. كما أنها تعتبر من أحد الفوارق الأساسية بين المصارف الإسلامية والتقليدية. وتهدف الرقابة الشرعية إلى بيان المعاملات والأنشطة الحلال التي تقام بالمصرف وإقرارها، وبيان المعاملات والأنشطة الحرام، أو التي فيها شبهة غير شرعية مانعة من تداولها، وذلك لاجتنابها أو الانتهاء منها إن كانت قائمة وإيجاد البديل الشرعي لها، بالإضافة إلى القيام بدور الرقابة نيابة عن المودعين في هذه المصارف.

المطلب الثاني: صور الرقابة الشرعية

تتعدد صور الرقابة الشرعية وتختلف من بلد لآخر، بل وحتى من مصرف لآخر، وذلك بسبب حداثة تجربة المصارف الإسلامية عمومًا، والرقابة الشرعية على الخصوص، وأيضًا تبعًا لدرجة قناعة الإدارات والمسئولين في المصارف بأهميتها وبدورها، ولذلك نجد أن منهم من اكتفى بمراقب شرعي يعوّل عليه في كل النواحي الشرعية، ومنهم من يعتمد على جهاز شرعي متكامل للقيام بهذا الغرض. ومن ثم، فهي لا تخرج عن أحد الأشكال الآتية:

1. هيئة رقابة شرعية داخل البنك المركزي، تكون مسئولة عن كل ما يتعلق بالمصارف الإسلامية على ألا تخضع هذه الهيئة لإدارة البنك المركزي، فهي التي تحاسب البنك المركزي وليس العكس. ولها سلطة الرقابة الشرعية المستمرة على عمليات هيئات الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية. ومثل ذلك المجلس الإشرافي الشرعي في البنك المركزي الماليزي.(عبد القادر، 1996: 73)
2. هيئة رقابة شرعية مستقلة غير تابعة لأي من المصارف الإسلامية، تتابع كل ما يتعلق بالمصارف الإسلامية، وتابعة للبنك المركزي. ومن ذلك ما هو متبع في دولة الإمارات العربية المتحدة حيث تنص المادة الخامسة من قانون المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية على أن: « تشكل بقرار من مجلس الوزراء هيئة عليا شرعية تضم عناصر شرعية وقانونية ومصرفية تتولى الرقابة العليا على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية للتحقق من مشروعية معاملاتها وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، وكذلك إبداء الرأي فيما يعرض على هذه الجهات من مسائل أثناء ممارستها لنشاطها. ويكون رأي الهيئة العليا ملزما للجهات المذكورة. وتلحق هذه الهيئة بوزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف»[1].
3. جهاز رقابة شرعية مستقل ومنفصل عن البنك المركزي تابع لمجموعة من المصارف الإسلامية، كالهيئة الشرعية الموحدة لمجموعة دلة البركة.(ملائكة، 1996)
4. جهة استشارية مركزية داخل المصرف أو خارجه، تفتي بالمسائل المعروضة عليها فقط ولا صلة لها بمراجعة الأعمال المنفذة، مثل إدارة الفتوى بوزارة الأوقاف الكويتية.
5. هيئة رقابية شرعية مستقلة داخل المصرف تابعة للجمعية العمومية للمساهمين وتمارس الدور المتكامل للرقابة والإفتاء وذلك كما ورد في النظام الأساسي لبنك فيصل الإسلامي السوداني. (فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني: 14)

---

(1) نص القانون الاتحادي الإماراتي رقم 6 لسنة 1985 في المادة الخامسة على أن تشكل – بقرار من مجلس الوزراء- هيئة عليا شرعية تضم عناصر شرعية وقانونية ومصرفية تتولى الرقابة العليا على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية للتحقق من مشروعية معاملاتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية كذلك لإبداء الرأي فيما يعرض على هذه الجهات من مسائل أثناء ممارستها لنشاطها ويكون رأي الهيئة العليا ملزماً للجهات المذكورة، وتلحق هذه الهيئة بوزارة الشئون الإسلامية والأوقاف.

6. إدارة للرقابة الشرعية، أو كجزء من إحدى الإدارات. وغالبًا ما تكون تابعة لإدارة المراجعة الداخلية أو كإدارة مستقلة تسمى إدارة المراجعة الشرعية الداخلية. كما جاء في النظام الأساسي لبنك التضامن الإسلامي على إنشاء إدارة في المصرف متخصصة تسمى إدارة الفتوى والبحوث مكونة من ثلاثة أقسام: الشريعة والقانون والاقتصاد. (بهجت، 1994: 29؛ زعير، 1987: 7)

7. مستشار شرعي يستشار في بعض المعاملات ولا علاقة له بالتنفيذ ولا بكيفيته. ومثل البنك الإسلامي الأردني، ونظام المصارف الإسلامية في ماليزيا.(عبد القادر، 1996: 68)

المطلب الثالث: التمييز بين هيئة الرقابة الشرعية وما يشتبه بها جهات

ظهرت بعض الدراسات الفقهية لتكييف الرقابة الشرعية في كتابات بعض الباحثين، وهم يحاولون تأصيل عناصرها على ضوء الموضوعات المشابهة لها في أبواب الفقه الإسلامي، وأهم تلك المحاولات ما قيل عن تكييف تلك الرقابة بأنها نوع من الحسبة، أو أنها أمر بالمعروف ونهي عن المنكر.

أولاً: الرقابة الشرعية والحسبة:

قد يمكن اعتبار الرقابة الشرعية نوع من الحسبة، أو أنها بديل لوظيفة المحتسب، ولكن على نطاق كل مصرف على حدة، أو هي مقتبسة منها، وإن كان ذلك الاقتباس أو التشابه لا ينافي حقيقة تلك الرقابة ولا يهمل مضمون الحسبة، فالصلة بينهما لا تنافي اختصاص كل منهما بطبيعته التي يتميز بها، أو هي امتداد لتلك الوظيفة المقررة كأحد مرافق الدولة الإسلامية في تقويم الانحراف، وصياغة الحركة اليومية للحياة وفق مبادئ الشريعة الغراء وأخلاق الإسلام السامية.(داوود، 1996: 217)

والحسبة في اللغة، هي اسم لما يحتسبه الإنسان، بأن يفعله ناويًا وجه الله – عز وجل- ومن معانيها: الإنكار، يقال: احتسب عليه، أي أنكر، والكفاية، يقال: حسبك، أي كفاك، والحسبان (بالضم) العذاب (القاموس المحيط، الجزء الأول: 56)، ومنه قوله تعالى: "ويرسل عليها حسبانًا من السماء فتصبح صعيدًا زلقًا" (سورة الكهف، الآية)40، ومنها الحسب، أي ما يعد من مفاخر الآباء، أو الدين والشرف والكرم (مختار الصحاح: ص 207).

وعرفت في اصطلاح الفقهاء بتعريفات منها: أنها الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله (الماوردي: 207)، أو هي: الحكم بين الناس فيما لا يتوقف على الدعوى، أو هي وظيفة تقوم على الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، أو أنها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر مما ليس من خصائص الولاة والقضاة وأهل الديوان ونحوهم (ابن تيمية، 1410هـ: 18)، وغيرها من التعريفات التي لا تخرج عن المعنى السابق.

وبالنظر في طبيعة الحسبة نجد أنها تتسم بجملة من الخصائص التي تميزها عن غيرها من الوظائف المشابهة لها، أو المتفقة معها في الأهداف أو القريبة منها في السلطات

والاختصاصات، ويمكن إجمال خصائص الحسبة في ثلاثة أمور، هي التي تجعل تتمايز عن الرقابة الشرعية على المصارف، فأساس وظيفة كل منهما مختلف، فالحسبة ولاية، تستند في وجودها إلى قرار الإمام بتعيين ذوي الكفاءة للقيام بمهامها، ولولا ذلك القرار لما اكتسب المحتسب صفة المشروعية فيما يقوم به، فهو بمنزلة النائب أو الوكيل عن الإمام فيما يجب أن يقوم به من واجب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر. كما أن للمحتسب صفة الضبط في المنكرات، وله سلطة التأديب على المخالفين، والحسبة لا يتناسب وجوبها إلا أن يكون بتفويض من الإمام حتى لا يعم الاضطراب والفوضى وتسود القلاقل.(مدكور، 2004: 408)

وإذا كانت الحسبة وظيفة تستمد سلطاتها من قرار التعيين، وتتمتع باختصاصات الضبط والتأديب بناءً على ذلك الأساس، فإن هيئة الرقابة الشرعية تستمد سلطات وظيفتها من الاتفاق المبرم بين أعضائها وبين المؤسسة المالية. وعلى هذا النحو يبدو جليًا اختلاف أساس التعيين في الولايتين فهو في الحسبة قرار الإمام أو الحاكم، بينما هو في الرقابة الشرعية على المصارف المالية هو الاتفاق أو العقد المنظم للعلاقة بين الطرفين.(النجار، 2009: 18)

كما تختلف مهام الوظيفة، فوظيفة المحتسب تقتصر على التصرف المانع لما يبدو من المنكرات الظاهرة، أو المخالفات التي لا تحتاج إلى نظر واجتهاد، فإذا وصل أمر المخالفة إلى الوضع الذي تحتاج معه إلى نظر واجتهاد، فإن يد المحتسب تغل عن المساس بها حتى ينظر فيها أهل الاختصاص والخبرة في مجالها.(النجار، 2009: 19)

وبهذا الاختصاص تختلف الحسبة عن الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية لأن اختصاص أعضاء تلك الهيئة يتعلق بأعلى درجات الاجتهاد والتخصص في مجال الفقه الإسلامي المتعلق بالمعاملات المعاصرة. كما إن من مهام الهيئة المختصة بالرقابة الشرعية أن تراجع وتعتمد العقود والأساليب التي تسير عليها المؤسسة المالية في أعمالها من مشاركة ومضاربة ومرابحة وصرف وسلم وإجارة واستصناع وغير ذلك من موضوعات الفقه الإسلامي في المعاملات، بحيث تكون في مضمونها وصياغتها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية (حماد، 2004: 289). وهذا التخصص يبرز أحد أهم وجوه الفروق بين الوظيفتين، ولهذا لا يكون من الصواب القول بأن الرقابة الشرعية عمل من أعمال الحسبة.

ويختلف نطاق وظيفة المحتسب عن نطاق وظيفة عضو هيئة الرقابة الشرعية في المصارف، حيث يتسم الأول بالعموم والاتساع، والثاني بالتخصص والتحديد، وهو ما يبرز وجهًا آخر من وجوه الاختلاف بين الولايتين، فمجال عمل المحتسب لا يقتصر على المعاملات المالية التي يبدو فيها منكرًا ظاهرًا كالغش والتدليس، ولكنه يشمل كافة وجوه المنكرات الظاهرة حتى لو وجد رجلاً يقف مع امرأة في وضع يثير الشبهة، أو يضعها في موضع التهمة، وفي حدود المنكرات الظاهرة يتسع نطاق وظيفته ليشمل ما يتعلق منها بحقوق الله وحقوق العباد، وما هو مشترك بين الحقين، كما يشمل: ما يتعلق بالعبادات، وما يتعلق بالمحظورات، وما يتعلق بالمعاملات وغيرها (أبو يعلي، 2002: 292).

وأما عمل عضو الرقابة الشرعية فإنه يقتصر على تقويم المعاملة التي يطلب منه إبداء الرأي فيها لتوافق مبادئ التشريع الإسلامي إضافة إلى الاختصاصات المحددة التي يجب

عليه أن يقوم بها لخدمة هذا المقصد الأسمى من مقاصد وظيفته، ومن تلك المهام: إيجاد منهج شرعي واضح، والمشاركة في وضع نظم المصرف الإسلامي والرقابة والرد على الأسئلة والاستفسارات الفقهية، وتوعية العاملين والمتعاملين، والشهادة أمام الجمعية العمومية (حماد، 2004: 291؛ داوود، 1996: 289)، وبهذا يبدو مدى الاختلاف في النطاق بين الوظيفتين.

ثانيًا: الرقابة الشرعية وهيئات الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

وهناك اتجاه فقهي يرى أن الحسبة نوع من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ولعل أصحابه يقصدون بذلك أن يتحقق الالتزام بما شرعه الله على المستوى الحكومي، وعلى المستوى الفردي بحيث لا يترك لهذا الالتزام ثغرة ينفلت منها الإهمال إليه، وإذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر هما موضوع الحسبة التي تنعقد الولاية فيها بالوكالة عن الإمام، ويكتسب سلطاتها من إذنه بممارسة مهامها، فإنه على المستوى الفردي العام، يبقى واجبًا دينيًا عامًا على كل من يقدر عليه بحسب استطاعته وليكون هناك استنفار عام لمحاربته بكل ما أوتي المؤمنون من الوسائل المتاحة من التغيير بالقوة وباللسان وبالقلب. (القره داغي، 2007: 534)

والمعروف لغة: هو اسم فعل يعرف حسنه بالعقل أو بالشرع، وهو خلاف المنكر.(المعجم الوسيط: 617) والمنكر لغة: كل ما تحكم العقول الصحيحة بقبحه أو يقبحه الشرع أو يحرمه أو يكرهه. (المعجم الوسيط: 990)

وفي اصطلاح الفقهاء هو ما حذر الشارع من الوقوع فيه، ومنع الوقوع فيه لمن يباشره، أو يستعد له بأفعال تدل على ذلك الاستعداد، وتغيير المنكر واجب على كافة المسلمين وجوب كفاية واستطاعة، كما دل على ذلك الكتاب والسنة، وانعقد عليه إجماع علماء الأمة.(الغزالي، 1970: 1178)

وكما يبدو من تعريف المنكر وما يتعلق بوجوب تغييره من الأحكام الفقهية، فإن هناك فروقًا واضحة بينه وبين الرقابة الشرعية في مجال المصارف المالية، وهذه الفروق تتمثل فيما يأتي:

سند التكليف في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يتمثل فيما أوجبه الشارع على المكلفين بالأدلة الشرعية المعتبرة، وهي الكتاب والسنة والإجماع، وذلك بمقدار استطاعة كل مكلف على التغيير بحسب ما يجب عليه من مسائل هذا الواجب الشرعي التي تتسع لكل فروع الشريعة، وتشمل كافة تصرفات الإنسان، فالقيام به واجب ديني، والمسئولية فيه دينية يحاسب عليها الله تعالى.(النجار، 2009: 22)

أما سند التكليف في الرقابة الشرعية في مجال المؤسسات المالية، فإنه يتمثل في الاتفاق المنشئ للالتزام بأدائها وفقًا لما ينص عليه عقد الاتفاق، والإخلال بهذا الالتزام وإن كان يعد مخالفة شرعية من جهة أنه غدر في الوفاء بالعقود، إلا أن المساءلة عنه تكون قضائية عاجلة، وليست دينية آجلة.(النجار، 2009: 23)

ومجال التكليف في الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر جامع لكل تصرفات الأفراد في حياة الناس مخالفًا لما قرره الشارع في مختلف الحقوق سواء ما كان متعلقًا بحقوق الله أو حقوق العباد، كما أنه يمارس على جميع الناس بما فيهم الآباء والأمراء في حدود استطاعة المكلف، ومراعاة قواعد

النصح وشروط الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.(الغزالي، 1970: 1202)

أما مجال التكليف في الرقابة الشرعية، فإنه محدود بالبنود التي يتضمنها عقد الاتفاق الذي يربط عضو الهيئة بالمؤسسة، والذي يصاغ وفقًا لما يتراضى عليه الطرفان في إطار النظم المقررة لبنود الرقابة وموضوعاتها، وهو ما تضمنه معيار الضبط المحدد لهذا الشأن، كما أنه لا يمارس عمله إلا في نطاق المتعاملين مع المؤسسة المصرفية بحسب موضوع كل واحد منهم.(حماد، 2004: 292)

ولا يشترط فيمن يقوم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلا أنه يكون قادرًا على تفسيره بحسب قدرته وعلمه المحدود بأمر ظاهر الإنكار ولا يحتاج إلى اجتهاد. أما شروط التكليف في مجال الرقابة الشرعية، فإنها تحتاج إلى خبرة عميقة واجتهاد دقيق يقدر على إنزال المبادئ الشرعية المقررة على وقائع الحياة المستجدة في مجال المعاملات المالية التي تقوم بها المؤسسات المالية الإسلامية.(حماد، 2006: 43)

لذا يذهب جانب من الفقه إلى أن التكييف الصحيح لها لنظام جديد ينبغي أن يقوم على فهم حقيقة برؤية كاملة تبرز فيه كافة الخصائص التي تعطى تصورًا صحيحًا عنه، وفقًا لتلك الخصائص الذاتية دون أن تكون صورة النظم المشابهة له أو التي يمكن أن تختلط به. (النجار، 2009: 33) ويتسم نظام الرقابة الشرعية بأنه يلبى مصلحة إنسانية تجيء ضمن الضرورات الخمس وهي الدين والمال، فإن الدين يحتل المرتبة الأولى في قائمة المصالح الشرعية المعتبرة التي ما نزل الإسلام، بل وما نزلت كافة شرائع السماء إلا لحمايتها والمحافظة عليها، وهي الدين والنفس والعقل والعرض والمال.(عبد الرحمن، 1983: 19)

ومن ثم، يمكن القول بأن نظام الرقابة الشرعية في مجال المصارف المالية الإسلامية، نظام وظيفي مستقل ومتميز في مهمته وظيفيًا، ومرتبط بمؤسسته إداريًا، يلتزم فيه الموظف بأن يقوم بعمل حاصلة تقديم خبرته العلمية في مجال فقه المعاملات المعاصرة، وفقًا لمبادئ الشريعة الإسلامية وأحكامها، ومعاونة المؤسسة التي يعمل بها في تقديم خدماتها والوفاء بشروط تعاقداتها المتعلقة بالتطبيق الصحيح لمبادئ الشريعة، دون إهمال لجوانب التنمية المالية، أو تهوين من نظرة المتعاقدين إليها، وبالجملة، فإنه لابد أن يمارس عمله في إطار معاملة تجمع بين التنمية المالية، والضوابط الشرعية، مع التجرد الكامل والحياد التام، وذلك في مقابل ما يستحقه من مقابل مادي تحدده لوائح خاصة تراعي مكانة كل فقيه ومنزلته العلمية، ودرجته الوظيفية، وعلى نحو يتواءم مع ما يتسم به تعامل الفقهاء مع المال بعفة النفس وعزوفها عن الكلام فيه، على غرار الهياكل المالية للوظائف ذوات الاعتبار الخاص.(القطان، 2008: 4)

وما يؤكد ذلك هو وجود علاقة تعاقدية تشكل أساس الرابطة بين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية والمؤسسة المصرفية، وهذا العقد يقوم بين طرفين هما: المؤسسة المالية، والفقيه أو الخبير المعين للعمل في هيئة الرقابة الشرعية، وذلك وفقًا لبنود هذا العقد وشروطه وتنظيمه للقيام بالعمل. كما إن القيام بواجب الرقابة الشرعية للمؤسسة المصرفية يقتضي التفرغ للعمل الذي يقوم به وفقًا لما يحدده الاتفاق، ويجب أن يتطرق التحديد إلى مدة هذا

التفرغ ونطاقه، وما إذا كان من حق المؤسسة أن يمتنع العاملون بها من العمل لدى جهة أخرى تقوم بنفس نشاطها التزامًا بواجب امتناعهم عن منافستها في النشاط المالي الذي تقوم به، وحتى يتفرغ الفقهاء لها فيؤدون مهمتهم على نحو كامل.(النجار، 2009: 31)

المطلب الرابع: التزامات هيئة الرقابة الشرعية

تنشأ التزامات أعضاء الهيئات الشرعية ارتكانًا إلى الدور الذي يتعين عليهم القيام به، وما يستتبع ذلك من واجبات ومهام وصلاحيات وولاية تمكنهم من أداء العمل المناط بهم، وتحقيق الغرض من إيجاد الهيئة وتشكيلها، وهو بإجمال التزام المؤسسة المصرفية الفعلي بالأحكام الشرعية في كل عقودها وجميع نشاطاتها وعلاقاتها، ابتداء بنظامها ومرورا بأدواته ووسائله لمزاولة أنشطته، سواء ما كان منها من قبيل الخدمة المصرفية أو من أساليب الاستثمار والتمويل، وانتهاء بكيفية وتوزيع الربح وربط الخسائر.(الربيعة، 1992: 2/365)

وبناء على ذلك، فإن دور الهيئة الشرعية ليس مقتصرا على النصح والإرشاد أو مجرد إبداء الرأي والإفتاء فيما يعرض عليها من أعمال المؤسسة فحسب، بل لابد من كون قراراتها وفتاويها ملزمة للمؤسسة، ولابد لها أيضا من متابعة وفحص ومراجعة ومراقبة كل نظام أو عقد أو إجراء أو علاقة مالية للمؤسسة، من أجل تدارك أي خلل قبل وقوعه، وإصلاح أي خطأ فور وقوعه بما يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية. ومن ثم، تلتزم هيئة الرقابة الشرعية بالقيام ببعض الأعمال تجاه المصرف التي تتبعه، وهذه الالتزامات يكون مصدرها إما النظام الأساسي للمصرف، أو العقود المبرمة بين الهيئة والمصرف، أو لائحة الهيئة الشرعية ذاتها.

الأول: النظام القانوني في الدولة: حيث ينص قانون المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة على ضرورة إنشاء الهيئة وطريقة عملها ومزاولتها لأنشطتها والمحظور عليها منها، والمرخص به لها، وإجراءات القيد والشطب والجزاءات التي توقع عليها.

وتنص المادة السادسة من القانون على أن: «يتعين النص في عقد تأسيس المصرف أو المؤسسة المالية أو الشركة الاستثمارية الإسلامية وفي النظام الأساسي لكل منها على تشكيل هيئة للرقابة الشرعية لا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة، تتولى مطابقة معاملاتها وتصرفاتها لأحكام الشريعة الإسلامية وقواعدها ويحدد النظام الأساسي لكل منها كيفية تشكيل هذه الهيئة وأسلوب ممارستها لعملها واختصاصاتها الأخرى. وتعرض أسماء هيئة الرقابة الشرعية على الهيئة العليا المنصوص عليها في المادة السابقة لإجازتها قبل صدور قرار التشكيل».

ثانيًا: النظام الأساسي للمصرف الإسلامي: فالنظام الأساسي الصادر بإنشاء مؤسسة مصرفية معينة تتبع أحكام الشريعة الإسلامية يجب أن يتضمن النص صراحة على الهيئة الشرعية وإلزامية وجودها وطريقة عملها وكيفية تشكيلها وإلزامية قراراتها ويأتي هذا النص في الغالب استنادًا إلى إلزام المؤسسة المالية نفسها بتحريم التعامل بالفوائد، فكثيرًا ما تنص المؤسسات المصرفية الإسلامية عند إنشائها على ضرورة الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية، وعلى ضرورة وجود رقابة شرعية.

ثالثًا: لائحة الهيئة الشرعية ذاتها: التي تضعها الهيئة لنفسها ويصدرها مجلس الإدارة كإحدى الوثائق الأساسية في المؤسسة المصرفية حيث تتضمن نظام عمل الهيئة الشرعية واختصاصاتها ومسئولياتها واستقلاليتها وتنظيم علاقتها مع المصرف.(البعلي، 2005: 29)

ويختلف عدد أعضاء الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية تبعًا لاختلاف أشكالها، كما تختلف وجهات نظر الباحثين والعاملين في الرقابة الشرعية في العدد النموذجي المفروض للقيام بمهام الرقابة الشرعية على الوجه الكامل.

والعدد الأمثل لأعضاء الرقابة الشرعية لا يمكن معرفته إلا بمعرفة حجم المصرف الإسلامي وأعماله وأنشطته وفروعه. أما الحد الأدنى فهو مراقب شرعي واحد للمصرف كبديل للضرورة وبشكل مؤقت إلى أن تتكون الهيئة ذات العدد المطلوب. فمثلا تتشكل الهيئة في بيت التمويل الكويتي من ثلاثة أعضاء، وذلك لضمان حسن النظر في المسائل المطروحة وتمحيص الآراء فيها. ويعلل الفقه ذلك بأن موقع الهيئة في البناء التنظيمي للبنك يفرض هذا العدد لإيجاد نوع من التناسب بين عدد أعضاءها وعدد أعضاء مجلس الإدارة. (البعلي، 1991: 218) ولخصوصية المهام المنوطة بالهيئة وخاصة المسائل الشرعية ذات المسائل الاجتهادية. ولضمان تنوع الاختصاصات فيهم، بالإضافة إلى ضرورة تواجد الهيئة في مواقع العمل المختلفة، ولتحقيق المشورة وتعدد وجهات النظر. وتجدر الإشارة إلى أن القانون في دولة الإمارات العربية المتحدة يشترط ألا يقل أعضاء هيئة الرقابة الشرعية على ثلاثة أعضاء.

وإذا أخذنا مثالا آخر نجد أن قانون بنك الكويت المركزي يحدد الحد الأدنى بخمسة أعضاء، وذلك لنفس الأسباب المذكورة أعلاه، علاوة على ضمان توافر نصاب ملائم في اتخاذ القرارات في اجتماع الهيئة في مواجهة أي حالات تغيب للأعضاء[1].

وتتحمل الرقابة الشرعية على عاتقها عددًا كبيرًا من المهام، ويمكن القول بأن عمل الرقابة الشرعية بشكل عام هو الرقابة والإفتاء، حيث تشمل الرقابة كلاً من الرقابة السابقة واللاحقة. ولهذا تكون هيئة الرقابة الشرعية في المصرف بكامل أعضائها مسئولين على القيام بالمهام التالية:

أولاً: الإفتاء:

وهي تمثل أساس عمل هيئة الرقابة الشرعية، والتي يكون من الضروري وضع منهج لها، فعلى قدر منهجها في التيسير أو التشديد وفي الأخذ بالعزيمة أم بالترخيص تكون فاعليتها. وبعض الهيئات يتبع ما دون في الفقه وبعضهم يتبع المتفق عليه فقط والبعض يجتهد في كل حادثة (القطان، 2008: 29). كما تقوم الهيئة بالإشراف على تجميع الفتاوى وتنظيم عملية الرجوع إليها. وتعتبر الفتاوى التي يتم نشرها مرجعًا شرعيًا ومستندًا رسميًا يتعين على المصرف الإسلامي التقيد بها وعدم مخالفة شيء منها إلا ما يتم الرجوع عنه من قبل الهيئة.

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون بنك الكويت المركزي بشأن البنوك والمؤسسات المالية الاستثمارية الخاضعة لأحكام الشريعة الإسلامية، المادة 91.

ثانيًا: الرقابة:

تقوم هيئة الرقابة بمراقبة الأعمال قبل البدء فيها، وهو ما يعرف بالرقابة السابقة وبعد انتهاء العمل وهو ما يعرف بالرقابة اللاحقة.

1. الرقابة السابقة: وهي عبارة عن النظر وإبداء الرأي الشرعي فيما يعرض عليها من موضوعات ووسائل تتعلق بأعمال المصرف وأنشطته، بحيث لا يتم العمل بأي صيغة أو نشاط أو نموذج عقد جديد إلا بعد عرضه على الهيئة للنظر وإبداء الرأي فيه، وكذلك دراسة جميع الاتفاقات التي يعتزم المصرف إبرامها مع مراسلته أو مع السماسرة أو مع المصارف الأخرى أو مع الشركات للتحقق من موافقتها لأحكام الشرع.

2. الرقابة اللاحقة: وهي عبارة عن قيام أعضاء هيئة الرقابة الشرعية بمراجعة جميع أعمال المصرف ومعاملاته وسائر أنشطته وعقوده للتحقق من سلامتها من أية مخالفة شرعية عند التطبيق، وذلك باتباع أسلوب العينات العشوائية أي اختيار بعض الأعمال وبعض العقود على سبيل العينات للاطمئنان على حسن سير العمل وفقا للأحكام الشرعية. بالإضافة إلى ذلك تقوم هيئة الرقابة الشرعية بالسعي لإيجاد مزيد من الصيغ الشرعية الملائمة لأنشطة المصرف الإسلامي لمواكبة التطور في الأساليب والخدمات المصرفية.(الربيعة، 1992: 3/367)

وهكذا عن طريق الرقابة السابقة تراجع الهيئة وتعتمد العقود والأساليب التي تسير عليها المؤسسة المصرفية الإسلامية في أعمالها من مشاركة ومضاربة ومرابحة وغيرهما، بحيث تكون في مضمونها وصياغتها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية، كما إنه عن طريق الرقابة اللاحقة، فإن الهيئة تصبح مطمئنة إلى سلامة جميع أعمال ونشاطات المؤسسة من أي خلل أو خطأ في التنفيذ والتطبيق.(عبد الحميد، 1996: 222)

ولهذا فإن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بالبحرين ذكرت أن هيئة الرقابة الشرعية تعتبر جهازا مستقلا من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المؤسسات المالية الإسلامية، وله إلمام بفقه المعاملات»[1]. ويتحدد دورها في توجيه نشاطات المؤسسة ومراقبتها والإشراف عليها للتأكد من التزامها بأحكام ومبادئ الشريعة الإسلامية، وتكون

(1) (54) نصت هيئة معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية في معيار الضبط للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (1) تحت عنوان «تعيين هيئة الرقابة الشرعية وتكوينها وتقريرها» على ما يلي: «أ - هيئة الرقابة الشرعية جهاز مستقل من الفقهاء المتخصصين في فقه المعاملات، ويجوز أن يكون أحد الأعضاء من غير الفقهاء على أن يكون من المتخصصين في مجال المؤسسات المالية الإسلامية، وله إلمام بفقه المعاملات.
ب - يجب أن تكون هيئة الرقابة الشرعية من أعضاء لا يقل عددهم عن ثلاثة، ولهيئة الرقابة الشرعية الاستعانة بمختصين في إدارة الأعمال أو الاقتصاد أو القانون أو المحاسبة وغيرهم». معيار الضبط رقم (1) لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المعتمد بتاريخ 11/2/1418هـ الموافق 16/6/1997. متاح على الموقع الآتي:
http://www.aaoifi.com

فتاويها وقراراتها ملزمة للمؤسسة، وهذا الإلزام يجعل الفتاوى والقرارات في قوة الحكم القضائي، لا مجرد تبيين وإيضاح للحكم الشرعي. والفرق بين الفتوى والحكم القضائي يكمن في كون الفتوى مجرد تبيين الحكم الشرعي للسائل عنه، أما القضاء فهو تبيينه والإلزام به. ولاشك أن ضم عناصر اقتصادية ومصرفية إلى الهيئة الشرعية يحقق التمازج المطلوب بين الثقافتين والخبرتين الشرعية والعصرية، بما يؤدي الوصول إلى تخريج أو اجتهاد جماعي صائب في أمور المعاملات المالية المستجدة.(عطية، 1993: 72)

ومن ثم، فإن التزام الهيئة بالرقابة يتسع ليشمل العديد من الأعمال التي يمكن أن تقوم بها، ومنها:

1. مراجعة وفحص قانون المؤسسة المالية ونظامها الأساسي وسائر النظم والتعليمات واللوائح والإجراءات الداخلية للمؤسسة للتثبيت من كونها سائغة في النظر الشرعي.

2. تدقيق المستندات والنماذج والإجراءات اللازمة بما يتلاءم مع المتطلبات الشرعية، وكذا، دراسة صيغ العقود والاتفاقات والتطبيقات الموجودة لدى المؤسسة، وإبداء الرأي الشرعي فيها، مع تصحيح ما يمكن تعديله وتصويبه منها، ورفض وإلغاء ما لا سبيل إلى قبوله شرعًا، ومعاونة لإدارة التنفيذية للمؤسسة في إعداد ما يلزم من العقود النمطية والنماذج العملية، وتنقيح وتطوير ما يحتاج لذلك من الجانب الشرعي، وكذا العقود والاتفاقات التي ترغب المؤسسة في إبرامها مما ليس له نماذج موضوعة سلفًا.

3. القيام بعمليات المراجعة: وهي تشمل مراجعة كل الأعمال والعمليات والعقود والملفات والنظم واللوائح والتعليمات. كما تشمل تدقيق الميزانية ومراجعة الحسابات الختامية ومراجعة الفتاوى السابقة. وتهدف عملية المراجعة لأعمال المصرف ومعاملاته وسائر أنشطته التحقق من أمرين، وهما: أن ما قامت إدارة المصرف بتنفيذه من أعمال لم يسبق عرضها على الرقابة الشرعية يوافق أحكام الشريعة الإسلامية، وأن ما قامت به إدارة المصرف من أعمال سبق عرضها على الهيئة قد تم تنفيذها وفقًا لأحكام الشريعة الإسلامية، وإلغاء أو وقف أي نشاط للمصرف في حالة اعتقادهم مخالفته للشريعة، وإيجاد البدائل للعمليات الممنوعة شرعًا.

4. مراجعة الأعمال المستجدة والإجابة عن استفسارات العاملين والمتعاملين مع المصرف وأن تعمل على إيجاد صيغ شرعية جديدة للمعاملات المخالفة للأحكام الإسلامية والتحقق من الحسابات الختامية والتأكد من نسب توزيع الأرباح وحجز الاحتياطيات والمخصصات وتقدير الزكاة المستحقة.(أبو معمر، 1994: 18)

5. تقديم تقرير سنوي شامل لمجلس الإدارة من أجل عرضه على الجمعية العمومية تبين فيه مدى الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في ضوء ما صدر عنها من آراء وفتاوى وقرارات وتوجيهات، ومن خلال ما تم مراجعته من معاملات وصيغ ومستندات.

ومن ثم، يتضح أن الهيئة الشرعية لا تعمل خارج إطار الهيكل التنظيمي للمؤسسة المصرفية، إذ إن هذا غير متصور تنظيميًا، بل إن التزام المؤسسة المصرفية في نظامها الأساسي وعقد تأسيسها بتطبيق مبادئ وأحكام الشريعة الإسلامية يجعل من المتعين على هذه المؤسسات

أن تراعي وجود هذا الجهاز ضمن منظومة هيكلها التنظيمي كما هو الحال في الوضع التنظيمي لجميع أجهزة المؤسسة المصرفية من الجمعية العمومية ومجلس الإدارة.

وتجدر الإشارة إلى أنه فيما يتعلق برقابة المصرف المركزي على المصارف الإسلامية في دولة الإمارات العربية المتحدة، فإن هناك تنّوعا في أدوات الرقابة التي يستعين بها المصرف المركزي في رقابة حسن تطبيق السياسة النقدية والائتمانية على المصارف الإسلامية مثل التحديد الكمي للائتمان الممنوح من قبل المصارف، وإلزام المصارف بالاحتفاظ بنسبة سيولة محددة، وإلزام المصارف الإسلامية بالاحتفاظ باحتياطي إلزامي لدى المصرف المركزي وإعفائها من الخضوع لأسعار الفائدة. ويلاحظ أن القوانين التي تنظم عمل المصارف التجارية التقليدية والإسلامية لم تميز بينهما كثيرًا من ناحية أدوات الرقابة، حيث تسري أحكام القانون الاتحادي رقم 10 لسنة 1980 الخاص بالمصرف المركزي والنظام النقدي والمهنة المصرفية على المصارف الإسلامية فيما لم يرد في شأنه نص يعارض ذلك في القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985.(الشافعي، 2014: 22)

ومع ذلك، فإن القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985 قد خص البنوك الإسلامية بنوع محدد من الإشراف يتمثل في إشراف هيئة عليا شرعية على تلك المصارف تتولى التحقق من شرعية عملياتها ومدى تطابقها مع مبادئ الشريعة، وهو ما ورد بالمادة الخامسة حيث نص على ضرورة وجود هيئة عليا شرعية، تلحق بوزارة الشئون الإسلامية والأوقاف، تضم عناصر شرعية وقانونية ومصرفية وتشكل بقرار من مجلس الوزراء، تتولى الرقابة العليا على المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الإسلامية للتحقق من مشروعية معاملاتها وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامي، وكذلك إبداء الرأي فيما يعرض على هذه الجهات من مسائل أثناء ممارستها لنشاطها، ويكون رأي الهيئة العليا ملزماً للجهات المذكورة[1]. غير أن هذه الأداة من الرقابة لا يتولاها المصرف المركزي بنفسه وإنما تكون من خلال جهة مستقلة عنه تتبع وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف.

المبحث الثاني

نشأة المسئولية المدنية لهيئة الرقابة الشرعية وضمان الأضرار الناجمة عنها

المسئولية في اللغة هي مصدر للفعل سأل، يقال : سأله عن كذا، وبكذا (القاموس المحيط:3/403)، أي طلب منه إيضاحًا لأمر أسند إليه، أو تفسيرًا لفعل وقع منه، وتوجيه السؤال إليه عن ضرر وقع، يفيد أنه في موضع التحمل لتبعة ما يحدث منه أو يناط به. والمسؤولية بوجه عام : حالُ، أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال : أنا برئ من مسئولية هذا العمل، وتطلق أخلاقيًا على التزام شخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانونًا على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقًا للقانون، والمسئول: هو

(1) المادة 5 من القانون الاتحادي رقم 6 لسنة 1985.

المنوط به عمل تقع عليه تبعته.(المعجم الوسيط: 1/426)

ويقابل مصطلح المسئولية لفظ الضمان، حيث يطلق الضمان، ويراد به: التعويض عن الضرر المالي، ومن ثم كانت كلمة الضمان هي المؤدية لمعنى المسئولية في الفقه القانوني. والمسئولية هي شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل (الخفيف، 1971: 5)، أو هي: الحكم على إنسان بتعويض غيره عن ضرر أصابه من جهته.(شلتوت: 412)

وهذه التعريفات تكاد تكون متقاربة؛ إذ تتفق في أن مصادر التضمين قد تكون إرادية تنشأ بإرادة الإنسان سواء أكانت تلك الإرادة مرتبطة في عقد أو منفردة في تصرف يلزم المكلف به نفسه، أو غير إرادية دون أن تكون مقترنة بإرادة الإنسان.

وفي خصوص المسئولية في نطاق الرقابة الشرعية على المصارف الإسلامية، فإن تلك المسئولية تنشأ في الحدود التي تقوم بها الهيئة من أعمال، ومنها: فحص مدى التزام المؤسسة بالشريعة في جميع أنشطتها، ويشمل فحص العقود والاتفاقات والسياسات، والمعاملات، وعقود التأسيس، والنظم الأساسية، والقوائم المالية، وتقارير المراجعة الداخلية، وتقرير عمليات التفتيش التي يقوم بها البنك المركز والتعاميم، ويحق لهيئة الرقابة الشرعية الاطلاع الكامل وبدون قيود على جميع السجلات والمعاملات والمعلومات من جميع المصادر.(البيرقدار، 2008: 3)

وبناءً على ما سبق يمكن تعريف هذا المسئولية في نطاق عمل هيئات الرقابة بأنها: الأثر الناشئ عن مخالفة أطراف الروابط العقدية في نطاق الرقابة الشرعية لما يجب عليهم الوفاء به نصًا أو اتفاقًا أو لمبادئ التشريع الإسلامي.(النجار، 2009: 6)

وفيما يتعلق بطبيعة مسئولية الهيئة إزاء الغير، مثل المستثمرين وعملاء المصرف بصفة عامة، فإن الهيئة لا تربطها بالغير أية علاقة تعاقدية ومن ثم تكون مسئولة أمام الغير على أساس فعل الإضرار الوارد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي. فللمتعاملين مع البنك مصلحة في التزام البنك بأحكام الشريعة الإسلامية حتى تكون أرباحهم وعوائدهم الناتجة من معاملاتهم مع البنك حلالاً، وإلا حكم بعد دخولها في ملكهم ولزمهم التصدق بها، فإذا ارتكبت الهيئة الشرعية فعلاً يعد إخلالاً بواجبات الهيئة، فإن للمودع أو المتعامل أن يطلب التعويض إذا توافرت شروط الضمان، أي المسئولية على أساس الإضرار.

وسوف نتعرض لشروط نشأة مسئولية هيئة الرقابة الشرعية، وضمان الأضرار الناجمة عن أعمالها. وذلك فيما يأتي:

المطلب الأول: شروط المسئولية المدنية لهيئة الرقابة الشرعية

قد يصدر نوع من التقصير من هيئة الرقابة الشرعية بما يترتب عليه أثارًا ليست بالهينة تتمثل في اختلاط أموال العملاء بالربا، أو ضياع حقوق أطراف المعاملات المصرفية سواء المصرف أم المودعون. وإذا كان من المستبعد إجماع هيئة الفتوى على عمل مخالف كغش أو كذب أو تدليس

لأنه من المفترض كونهم أهل الصلاح والتقوى، كما يمنع من حدوث ذلك كونهم في الأغلب ثلاثة أعضاء. غير إنه إذا حصل تقصير من الهيئة في أداء مهامها، فإن ذلك يثير مسئوليتها المدنية، والتي تنطبق عليها القواعد العامة في المسئولية وفقًا لقانون المعاملات المدنية الإماراتي. واستنادًا لتلك القواعد، فإنه لقيام مسئولية هيئة الشرعية يجب توافر أركان ثلاثة، وهي فعل الإضرار، والضرر، وعلاقة السببية بينهما. وهو ما سنتناوله فيما يأتي:

الفرع الأول: فعل الإضرار

الإضرار هو اصطلاح تشريعي مستحدث أتى به المشرع الأردني وتبعه في ذلك المشرع الإماراتي[1]، ولم يدرج الفقه الإسلامي، التقليدي منه والمعاصر على استعماله، كما لم تأخذ به القوانين العربية الأخرى.

ووفقًا للمذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، فالإضرار يعني: مجاوزة الحد الواجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع مما يترتب عليه الضرر[2].

والإضرار بمعناه المتقدم لا يعني الضرر، إذ يختلف عنه اختلاف السبب عن النتيجة، فالإضرار هو الفعل أو عدم الفعل الذي يؤدي إلى الضرر. كما إن الإضرار لا يعني مجرد إلحاق الضرر بالغير، فإذا كان الإضرار مفهومًا غير مرادف للضرر، بل هو ذات الفعل أو الامتناع المضِّر بالغير، فهو أيضًا لا يعني مجرد إلحاق الضرر بالغير مطلقًا، بل لابد أن يكون إلحاق الضرر بالغير على نحو غير مشروع. ومصدر عدم المشروعية فيه يأتي من كون الفعل أو الامتناع غير مأذون به من ناحية، وأن يتجاوز فيه على حق الغير المعصوم من ناحية أخرى. (سرحان، 2010: 19)

ويترتب على ما تقدم، أن ضمان الإضرار لا يتحقق في كل الأحوال، فممارسة الشخص لحقه دون تعدٍ لا يستوجب الضمان (زهرة، 202: 161)، إذ يستبعد من نطاق الإضرار، جميع الحالات التي يلحق فيها شخص ضررًا بالغير وهو يمارس نشاطه بناءً على جواز شرعي أو قانوني. فإتلاف الإصلاح، كإتلاف الأطعمة والمشروبات والأدوية الفاسدة، وإتلاف الأعضاء لإنقاذ أصحابها، والتجاوز على تكامل ومعصومية الجسد البشري بالجرح لغرض التطبيب، وإتلاف الدفع، كالدفاع الشرعي وقتل الأعداء والبغاة، وإتلاف الزجر كإصدار الأحكام بالعقوبات الشرعية وتنفيذها، لا تقوم بها جميعًا مسئولية محدث الضرر، لأنها تشكل واجبًا تقتضيه الضرورة لحفظ الأجساد والأرواح وإقامة العدل وشرع الله، فتعد بذلك نشاطًا مشروعًا لا عدوان فيه ولا يحقق معنى الإضرار وإن ترتب عليه إلحاق ضرر بالغير[3].

---

(1) المادة 256 من القانون الأردني والمطابقة للمادة 282 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

(2) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية، المادة 282، ص 274.

(3) في ذات المعني، حكم محكمة تمييز دبي، الطعن 254 لسنة 2003 حقوق، جلسة 12 أكتوبر 2003، قضاء محكمة تمييز دبي، إصدارات المكتب الفني للمحكمة، ع 14، 2004، ج1 حقوق، ص 1066.

وفيما يتعلق بحالات الإضرار، فإن ذلك يستفاد من نص المادة 283 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم 5 لسنة 1985 التي تنص على أن: -1 يكون الإضرار بالمباشرة أو التسبب. -2 فإذا كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد أو أن يكون الفعل مفضيًا إلى الضرر). وبناءً على تلك المادة فإن حالات الإضرار تكون إما بالمباشرة أو التسبب. وذلك على النحو الآتي:

1. الإضرار بالمباشرة:

يقصد بالمباشرة وفقًا لفقه الشريعة الإسلامية، كل فعل جلب بذاته الضرر وكان سببًا له ولم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر[1]. ويكون الإضرار بالمباشرة، ويقال لفاعله مباشر، إذا كان هناك اتصال بين الفعل الضار ومحل الضرر، كما في اتصال آلة الإتلاف بالمال المتلف، كما لو هدم شخص جدارًا، أو طعن آخر بسكين.

وفيما يتعلق بعمل هيئة الرقابة الشرعية فإن فعل الأضرار بالمباشرة يتحقق إذا صدر من الهيئة فتوى بمطابقة عمل معين لأحكام الشريعة الإسلامية ثم يتضح بعد ذلك مخالفته لتلك الأحكام بما يرتب ضررا للعميل، أو أن تقوم بإعداد عقد لمعاملة مصرفية معينة يطابق أحكام الشريعة الإسلامية ثم يتبين عكس ذلك بما يحقق ضرر، هنا يكون فعل الهيئة قد أدى مباشرة إلى إحداث الضرر.

وتجدر الإشارة إلى أنه إذا وقع الإضرار بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له. وهذا يعني أن الهيئة ملزمة بالضمان بصرف النظر عما إذا كان سلوكها متعمدًا أم لا. فلو كان ما صدر من الهيئة من رفض لمعاملة مصرفية معينة بحجة مخالفتها لأحكام الشريعة الإسلامية ثم تبين عدم صحة ذلك وهو ما أضر بعميل المصرف، فإن الهيئة تكون ضامنة لذلك ولو كان سلوكها هذا غير متعمد، وسند ذلك أن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته، فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي[2].

2. الإضرار بالتسبب:

يقصد بالتسبب ما كان علة للضرر ولم يحصِّله بذاته. ويكون الإضرار بالتسبب، ويقال لفاعله متسبب، بإتيان فعل لا يتصل بمحل الضرر، ولا ينجم الضرر عنه لوحده وبذاته وإنما عن طريق تدخل فعل أو عامل آخر يتوسط بينهما. كما لو قامت الهيئة الشرعية بتقديم مشورة شرعية معينة للمصرف بخصوص مشروع معين بناءً عليها قام المصرف بالمشاركة في المشروع، ثم اتضح بعد ذلك وجود مخالفات شرعية في المشروع، فقام البنك بالانسحاب منه بما أصاب أطراف المروع بضرر.

---

(1) تمييز دبي، الطعن رقم 57 لسنة 1977 حقوق في 11 أكتوبر 1997، مجلة القضاء والتشريع الصادرة عن المكتب الفني لمحكمة تمييز دبي، 8 أبريل 1999، ج 1 حقوق، الرقم 110، ص 704.

(2) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، ص27.

وإلحاق الضرر بالغير بناءً على الإضرار بالتسبب ومن ثم تضمين المتسبب، يشترط أن يشكل الفعل تجاوزًا غير مأذون به على حق الغير المعصوم، وهو ما يكفي لوحده لتضمين المباشر، وأن يأتي هذا التجاوز على سبيل العدوان.(أحمد، 1999: 212)

ووفقًا للمادة 283 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي يتحقق العدوان إذا وجد تعدي أو تعمد أو كان الفعل مفضيًا إلى الضرر. والتعدي في الفقه الإسلامي والقانون الإماراتي يعني، مجاوزة الحد الذي يجب الوقوف عنده أو التقصير عن الحد الواجب الوصول إليه في الفعل أو الامتناع ويتحقق التعدي إذا جاء التصرف مخالفًا لمعايير السلوك المعتبرة، والتي تتمثل في الحدود التي يجب التزامها شرعًا وقانونًا، والمتمثلة بما تشتمل عليه القوانين والأنظمة والاتفاقات من الواجبات المنصبة على إتيان الفعل في حالة الأمر والامتناع عنه في حالة النهي. كأن تقوم الهيئة بعمل مخالف للقوانين واللوائح المطبقة أو مخالف للمستقر عليه في أحكام المعاملات الإسلامية.

أما التعمد، فيتحقق بوجود نية الإضرار، فلا يكفي للتعمد أن يقصد الشخص الفعل، بل يجب أيضًا أن يقصد النتيجة، أي الضرر. كأن تعلم الهيئة بوجود مخالفات شريعة في معاملة مصرفية معينة ولا تتدخل لوقفها على الرغم من كون ذلك من سلطاتها، أو تكتشف أخطاء عند مراجعتها لمعاملات مصرفية سابقة وتغض الطرف عمدًا عنها.

وترجع علة التفرقة في شروط المباشرة والتسبب إلى ما يأتي:

أ- إن المباشرة علة مستقلة وسبب للإضرار بذاته فلا يجوز إسقاط حكمها بداعي عدم التعمد أو عدم التعدي ، أما التسبب فليس بالعلة فلزم أن يقترن العمل فيه بصفة التعمد أو التعدي ليكون موجباً للضمان[1].

ب- إن التقسيم إلى مباشرة وتسبب، هو تقسيم للنشاط المتعدي أو ما يعرف بالعدوان في لغة الفقه الإسلامي، والذي يقصد به المجاوزة الفعلية لحق الغير أو ملكه المعصوم، أو الفعل المحظور في ذاته شرعًا أو قانوناً. واشتراط التعمد أو التعدي في التسبب جاء لإثبات العدوان ، لأنه في التسبب غير ثابت بذاته باعتباره ليس علة مباشرة للضرر، في حين لم يشترط التعمد أو التعدي في المباشرة لأن العدوان فيها ثابت لكونها علة مباشرة للضرر.(الجمال، 1996: 598)

ج - إن المباشرة وحدها كافية لقيام مسئولية المباشر، بسبب قرب علاقة السببية القائمة بين فعل الفاعل المباشر والضرر الناجم عنه، والمتمثلة باتصال آلة الضرر بمحله. أما في التسبب الذي هو ليس علة مستقلة للضرر، فتكون علاقة السببية بعيدة لغياب شرط الاتصال الموجود في المباشرة، لذلك وجب توافر نية الإضرار أو التعدي لتبديد الشك حول علاقة السببية، لتحل محل ذلك الشرط المفقود (سراج، 1990: 323).

(1) المذكرة الإيضاحية لقانون المعاملات المدنية الإماراتي، ص279.

الفرع الثاني: الضرر

الضرر هو الأذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة. ويعتبر الضرر شرطا لا يقوم الضمان بدونه، ففعل الإضرار، مهما كانت جسامته، لا يلزم مرتكبه بالضمان ما لم ينجم عنه ضرر بالغير. وهذا ما يميز المسئولية المدنية عن المسئولية الجزائية التي يمكن أن تقوم لمجرد السلوك الآثم، وإن لم ينجم عنه ضرر بأحد.

ويشترط في الضرر لإمكان تضمينه أن يصيب حقًا أو مصلحة مشروعة للمضرور، وأن يكون محققًا.

1. أن يصيب الضرر حقًا أو مصلحة مشروعة للمضرور:

لا تعويض إلا عن ضرر أصاب حقًا أو مصلحة معصومة للمضرور. وتتحقق العصمة إذا كان القانون يعترف بحق ما أو مصلحة معينة لصاحبها، أو أن تكون مجرد مصلحة لا ترق لمنزلة الحق لكنها مشروعة متقومة تحظى بحماية القانون وحفظه (الجمال، 1996: 552) كما لو بدأ شخصان في مفاوضات عقدية تمهد إلى التعاقد، ثم أغرى شخص أحد المتفاوضين على قطع المفاوضات العقدية واعدًا إياه بالتعاقد معه بشروط أفضل، ثم عدل عن وعده مفوتًا عليه فرصة التعاقد مع الأول، كان من حقه المطالبة بالتعويض مع أن إبرام العقد مع الآخرين لا يشكل حقًا مكتسبًا.

ويكون للشخص حق يقرره القانون كما في حالة حق الإنسان في سلامة نفسه وجسده، فأي اعتداء على هذا الحق، كإتلاف النفس أو العضو أو تشويهه أو التسبب في فقدان حاسة من حواسه، يستوجب التعويض. وللشخص الحق في سلامة أمواله، فأي تجاوز على هذه الأموال بالإتلاف أو الغصب أو إنقاص القيمة أو تفويت المنفعة، يضمنه المسئول عن الضرر. ويدخل في ذلك، حق الشخص في أن يحتفظ بأمواله حلالاً جميعًا لا يشوبها شبهة الحرام، فإذا قامت الهيئة بفعل ما أدى إلى أن اختلطت أموال أحد العملاء بمال يشتبه بعدم حله، ومن ثم أدى ذلك إلى الإضرار به، كان عليها الضمان.

2. أن يكون الضرر محققًا:

يشترط في الضرر أن يكون محققًا، بأن ثبت على وجه اليقين والتأكيد، فإن كان الضرر احتماليًا، فلا يقوم الضمان عنه. كأن تقوم هيئة الرقابة الشرعية بالموافقة على مشروع يتبين احتمالية أن يسبب أضرارًا للمصرف وللعملاء، فلا يمكن المطالبة بالتعويض إلا إذا تحقق الضرر بالفعل أما قبل ذلك فلا يمكن المطالبة به.

وفي شأن اشتراط كون الضرر محققًا، قد تثار مسألة قيام هيئة الرقابة الشرعية بعمل ما أدى إلى ضياع أو فوات فرصة على أحد العملاء، في هذه الحالة، فإنه بالرجوع إلى قانون المعاملات المدنية الإماراتي فإنه لم يتضمن نص بشأن تفويت الفرصة ، بما يقتضي الرجوع إلى قواعد الشريعة الإسلامية. وينسب المعاصرون من فقهاء الشريعة إلى الفقه الإسلامي قصره الضمان على الأضرار المادية الملموسة الواقعة فعلاً، وما كان

مؤكداً من الأضرار المستقبلية التي تعد في حكم الواقعة ، أما المصالح أو الخسائر غير المؤكدة فلا يعوض عنها . ولكن ذهب بعضهم إلى أنه يمكن أن نجد مستنداً لتعويض تلك الأضرار في السلطة التقديرية الممنوحة للقاضي فيما لا نص عليه ، عملاً بمبدأ السياسة الشرعية لإحقاق الحق وإقرار العدل ودفع الحرج والمشقة ، وأخذًا بمشروعية التعزيرات أو الغرامات المالية ، وبحسب ما تقتضيه الحاجة.(الزحيلي، 1982: 69)
وقد تجاوز الفقه كل ذلك مقرًا جواز التعويض عن ضرر تفويت الفرصة، واستند في ذلك إلى أنه إذا كانت الفرصة أمرًا محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق يجب التعويض عنها[1]، ويذهب جانب من الفقه إلى أنه لا يشترط في الضرر أن يكون حالًا، فقد يكون مستقبلاً، ومع ذلك يدخل في تقدير التعويض بشرط أن يكون محققًا، ولا يكون التعويض عن الفرصة في ذاتها، فهي أمر احتمالي، وإنما تفويتها بحرمان المضرور من محاولة اجتيازها، وهو ضرر محقق. (زهرة، 2002: 161)

الفرع الثالث: علاقة السببية بين الإضرار والضرر

لا يحتاج الضمان في استحقاقه إلى وجود الإضرار فقط بل يلزم وجود علاقة سببية تربط بين فعل الإضرار والضرر. وعلاقة السببية هي العلاقة المباشرة التي تقوم بين فعل الإضرار الذي ارتكبه المسئول وبين الضرر الذي أصاب المضرور.

والأخذ بقرينة السببية لا ينفي ضرورة أن تكون علاقة السببية بين الإضرار والضرر محققة، بأن يكون ما لحق المضرور من ضرر من النتائج الطبيعية المعتادة للإضرار، فأدنى شك في علاقة السببية يمنع قيامها هذه بين الاثنين.(الجمال، 1996: 617)

والضمان لا يكون إلا عن الضرر المباشر، وهو الذي يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار، بحيث لا يمكن دفعه ببذل جهد معقول إذ تنص المادة 292 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعية للفعل الضار. أما الأضرار غير المباشرة فلا تعويض عنها، فلا تسأل الهيئة عن الأضرار التي أصابت العميل من طلب زوجته التطليق منه بعد أن خسر أمواله بسبب فعل الهيئة، لأن الأضرار الناجمة عن طلب التطليق ليست نتيجة مباشرة لخطأ الهيئة.

كذلك قد تثار مسألة ما إذا كان فعل هيئة الرقابة ليس الفعل الوحيد المتسبب في وقوع الضرر وإنما تتداخل مع فعلها أسباب أخرى بحيث تشترك جميعها في إحداث الضرر، أو ما يقصد بها في فقه القانون المدني حالة تعدد الأسباب، في هذه الحالة وجدت نظريتان شائعتان يمكن الاستناد إليهما لبيان المسئولية وهما نظرية السبب المنتج ونظرية تعادل الأسباب، وإن كانت الأولى هي النظرية الراجحة والثانية هي المرجوحة.(السنهوري، 1998: 1024) ومؤدى نظرية السبب المنتج أنه إذا كانت هناك عدة أسباب أسهمت في إحداث الضرر، فلا يؤخذ في الاعتبار إلا السبب المنتج أي السبب الذي يُحدث الضرر عادة حسب المألوف، ولا يعتد بالسبب العارض الذي لا يؤدي تدخله إلى حدوث الضرر عادةً.

(1) اتحادية عليا، الطعن رقم 50، جلسة 19 مارس 1996، مجموعة أحكام المحكمة الاتحادية العليا، السنة 17، ص 296.

ومن نصوص قانون المعاملات المدنية الإماراتي يمكن استخلاص ميله للأخذ بنظرية السبب المنتج، حيث تنص المادة 292 من قانون المعاملات المدنية على أنه: "يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر وما فاته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للفعل الضار". كما تنص المادة 284 على أنه: إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر، وهذه المادة التي تقرر قاعدة كلية من قواعد الفقه الإسلامي ، تؤكد ميل المشرع الإماراتي في علاقة السببية إلى نظرية السبب المنتج . وبموجب هذه القاعدة يلقي الضمان على المباشر إن اجتمع هو والمتسبب في إحداث الضرر ، لأن المباشرة علة مستقلة كافية وحدها لإنتاج الضرر، وهي السبب الأقرب الذي لا يتوسط بينه وبين الضرر عامل آخر، فهي تقوم على وجود اتصال مادي بين الإضرار ومحل الضرر، فتكون المباشرة بذلك السبب المنتج للضرر. وبناءً على ذلك، إذا اشترك فعل الهيئة مع فعل آخر بما أدى إلى وقوع الضرر، هنا تكون العبرة في تقرير المسئولية إلى ما إذا كان فعل الهيئة هو السبب المنتج أو الفعال في إحداث الضرر من عدمه.

خلاصة القول، يجب لوجود علاقة السببية أن يكون فعل الإضرار مما يؤدي إلى الضرر وفق المألوف والمجرى العادي للأمور، ويجب أيضًا ثبوت أن الضرر المراد إلزام مرتكب الإضرار بتعويضه هو النتيجة الطبيعية لهذا الإضرار.

المطلب الثاني: ضمان الأضرار الناجمة عن أعمال الهيئة

أثرنا فيما سبق مسألة وقوع خطأ من قبل هيئة الرقابة الشرعية، وتبين أنه وفقا لقواعد المسئولية المدنية متى توافرت الشروط الثلاثة للمسئولية من فعل الأضرار ومن ضرر ومن علاقة سببية تربط بين الإضرار والضرر قامت مسئولية الهيئة.

وهنا يثار التساؤل عن شخصية الضامن للأضرار الناجمة عن أعمال الهيئة، هل ستضمن الهيئة نفسها الضرر، أم يكون المصرف التابع له الهيئة هو الضامن. هنا يمكن التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: إذا وقعت الأضرار بالمصرف ذاته، فإن الأخير هو من يتحمل هذه الأضرار، ويكون للمصرف الحق في الرجوع على الهيئة أو أحد أعضائها على أساس قواعد المسئولية العقدية استنادًا للعقد الذي يربط المصرف مع أعضاء الهيئة.

الفرض الثاني: إذا وقع خطأ من هيئة الرقابة الشرعية أو أحد أعضائها، وأصاب أحد عملاء المصرف بضرر، هنا تثار إشكالية تحديد الضامن في مواجهة عميل المصرف، هل هو المصرف أم الهيئة نفسها.

بالنظر إلى مدى وجود علاقة تربط بين كل من المصرف وعميله من جهة، والعميل والهيئة من جهة أخرى، نجد أنه لا توجد علاقة بين كل من العميل والهيئة وأن تلك العلاقة تقتصر على المصرف والعميل.

كما أن المعاملات التي يقوم بها العميل تتم بين المصرف من جانب ومن العميل من جانب أخر، على الرغم من أن أغلب المعاملات تتم بعد الرقابة عليها من قبل هيئة الرقابة الشرعية.

وبناءً على ذلك، فإن للمضرور أن يرجع على المصرف عن الأضرار التي يسببها عمل الهيئة، وذلك استنادًا إلى مسئولية المتبوع عن فعل التابع، إذ يكون المصرف مسئولا عن خطأ الأشخاص الذين يتبعونه ويستخدمهم في تنفيذ الالتزام. وقد نصت المادة 313 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أن للقاضي أن يلزم المتبوع بأداء الضمان المحكوم به على تابعه الذي أوقع الضرر.

الفرع الأول: شروط مسئولية المصرف المتبوع عن أفعال هيئة الرقابة التابعة

يكون المتبوع مسئولاً عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع، متى كان واقعًا منه حال تأدية وظيفته أو بسببها. وتقوم رابطة التبعية، ولو لم يكن المتبوع حرًا في اختيار تابعه، متى كانت له عليه سلطة في رقابته وتوجيهه. ومن ثم، يجب لتحقق هذه المسئولية توافر شرطين هما : قيام علاقة تبعية، ووقوع فعل ضار من التابع في حال تأدية وظيفته أو بسببها.

الشرط الأول: قيام علاقة تبعية بين المصرف والهيئة:

يقصد برابطة التبعية: تلك السلطة الفعلية المقررة للمتبوع في إصدار الأوامر والتعليمات إلى تابعه، وذلك بالنسبة للأعمال التي يقوم بها التابع لحساب المتبوع.

وتوجد رابطة التبعية إذا كان للمصرف، وهو المتبوع، سلطة فعلية في رقابة وتوجيه الهيئة باعتباره التابع الذي يقوم بعمل معين لحساب المتبوع لا لحسابه الشخصي. وهي سلطة تنصب على العمل ذاته لا على من يؤديه. أي أن يكون للمتبوع سلطة إصدار الأوامر التي توجه التابع في عمله، وسلطة الرقابة على تنفيذه لهذه الأوامر، ومحاسبته على الخروج عليها، سواء استعمل هذه السلطة أو لم يستعملها، طالما كان في استطاعته استعمالها[1].

وتتجسد السلطة الفعلية للمتبوع على التابع، في عنصر الإشراف والرقابة عليه، أي سلطة المتبوع في إصدار أوامره وتعليماته لتابعه، وخضوع هذا الأخير لهذه الأوامر والتعليمات المتعلقة بالكيفية التي ينفذ بها العمل الذي استخدم من أجله. فرابطة التبعية، إذن، تقوم بين المتبوع والتابع متى كانت له عليه سلطة فعلية ورقابة في توجيهه.

وقد تستمد السلطة الفعلية من العقد، كعقد العمل الذي يعتبر المثال الأجّل الذي يجسد علاقة تبعية والتي تتحقق بين العامل كتابع، ورب العمل كمتبوع. ويمكن أن تنشأ علاقة التبعية نتيجة عقود أخرى، ولهذا تظهر أهمية التكييف القانوني للعقد لاستظهار رابطة التبعية. وتكييف العقد مسألة قانونية، بحيث أن القاضي يبت فيها دون أن يتقيد بالتسمية التي يعطيها أطراف العقد.

وليس من المهم طريقة تحديد الأجر في قيام رابطة التبعية، فيستوي أن يحسب الأجر بناء

(1) الطعن 586 لسنة 20 القضائية في 21 مارس2000، مجلة الأحكام، مرجع سابق، س 22/2000، ع 1 المبدأ 72، ص 436 .

على ساعات العمل، أو على أساس مجموع الأعمال التي ينجزها التابع، أو نسبة من مجموع الأرباح. بل إنه لا يشترط لقيام علاقة التبعية أن يكون التابع مأجورًا، فعلاقة التبعية تكون مستقلة عن وجود الأجرة، فالعبرة في علاقة التبعية بما يملكه المتبوع من سلطة يخضع بموجبها التابع لإشرافه وتوجيهاته. كأن تقوم هيئة الرقابة الشرعية بعملها تبرعًا.

وإذا وجدت علاقة التبعية، فلا تشترط المعرفة الفنية للمتبوع فيما يتعلق بالأعمال التي ُيكلف بها التابع، ذلك أن رابطة التبعية المستمدة من العقد تعطي المتبوع الحق في الرقابة والتوجيه، ويدخل في ذلك الجانب الفني لهذا العمل، ولو كان المتبوع يجهل تلك الأعمال الفنية[1]. فلا يكون للمتبوع أن يتنصل من مسئوليته بحجة أن الأعمال التي يؤديها التابع أعمال فنية يجهل بها، فإذا كانت هيئة الرقابة الشرعية تقوم بأعمال الإفتاء والرقابة التي تتم استنادًا إلى أحكام الشريعة الإسلامية والتي تحتاج إلى متخصصين شرعيين يلزم أن يتوافر بشأنهم شروط معينة قد لا تتوافر في القائمين على المصرف، فإن الأخير لن يستطيع التنصل من المسئولية عن أعمال الهيئة بحجة أنه يجهل الأحكام الشرعية التي تعمل بها الهيئة.

فاشتراط المعرفة الفنية للمتبوع فيما يؤديه التابع من أعمال يؤدي إلى نتائج غير مقبولة، فالشخص المعنوي لن يمكن اعتباره متبوعًا، كما أن رب العمل الذي يستخدم عمالاً فنيين لن ُيسأل عن أعمالهم إذا كانت تنقصه المعرفة الفنية، ويكون بالتالي في وضع أفضل من رب العمل الذي يتفهم فنيًا طبيعة العمل الذي كلف به عماله.

فالرقابة والتوجيه يمكن أن تكون فقط من الناحية الإدارية، أي سلطة إصدار الأوامر بوجه عام، والرقابة على تنفيذ هذه الأوامر، وسواء من ناحية أوقات العمل ومكانه، والظروف التي يتم فيها العمل، سواء كان المتبوع يباشر هذه الرقابة والتوجيه بنفسه أم بواسطة غيره، فلا يلزم أن توجد الرقابة والتوجيه من الناحية الفنية.

وعلى هذا، توجد علاقة تبعية بين هيئة الرقابة الشرعية والمصرف، ويكون الأخير مسئول عن أعمال الهيئة ولو كان القائمون على المصرف غير متخصصين في الأحكام الشرعية.

وتتحقق كذلك، رابطة التبعية ولو كان المتبوع لا يباشر الرقابة والتوجيه بنفسه، وإنما يمارسها بواسطة غيره إما بسبب صغر السن أو بناء على اتفاق. ولا تقتصر علاقة التبعية على ما يؤدي من أعمال مادية لحساب المتبوع، بل تكون أيضًا فيما يؤدي من أعمال قانونية، كعقد الوكالة.

وقد يكون مصدر الرقابة الفعلية القانون، كعلاقة الموظف بالدولة، أو العقد، كعلاقة العامل بصاحب العمل، غير أنه قد تتحقق رابطة التبعية ولو لم تكن مستندة إلى أي عقد أو أية رابطة قانونية. فإذا تطوع أعضاء الهيئة في القيام بأعمال الإفتاء والرقابة دون أن يرتبطوا مع المصرف بعقد أو بأية رابطة قانونية أخرى كاللوائح التنظيمية، وذلك مدة قصيرة أو لحين تعيين والتعاقد مع أعضاء معينين لتكوين الهيئة، قامت رابطة التبعية.

(1) في ذات المعني، راجع حكم المحكمة الاتحادية العليا، الطعن 67 لسنة 20 القضائية في 12 مارس 2000، مجلة الأحكام، مرجع سابق، س22/2000، ع 1 المبدأ 68، ص 403.

كما تقوم تلك الرابطة متى وجدت السلطة الفعلية ولو لم يكن المتبوع هو الذي اختار التابع، ولا يستطيع رفضه، وذلك متى كانت له سلطة فعلية في رقابته وتوجيهه[1]، كأن يقوم المصرف المركزي بتعيين هيئة معينة من قبله لتعمل بالمصرف دون أن يكون للأخير رأي في تشكيلها أو في اختيار أعضائها. وتتحقق رابطة التبعية، أيضًا، ولو كان العقد باطلاً، لأن مناط وجودها ليس هو العقد، بل السلطة الفعلية.

ومن كل ما سبق، يتضح ضرورة وجود علاقة التبعية كي تقوم مسئولية المتبوع عن فعل تابعه، ومن ثم، إذا خلا العقد من وجود رابطة تبعية، فإنه لا مجال لتطبيق مسئولية المتبوع عن فعل التابع.

الشرط الثاني: وقوع فعل ضار من هيئة الرقابة الشرعية حال تأدية الوظيفة أو بسببها.

ينبغي أن تكون هيئة الرقابة الشرعية قد ارتكبت فعلاً ضارًا تسبب في ضرر للغير. فمسئولية المتبوع عن فعل تابعه تكون إذا لحق الضرر شخصًا آخر غيرهما، فإذا أحدث التابع ضررًا لنفسه، فلا يسأل المتبوع عن ذلك الضرر.

ولا يسأل المتبوع عن جميع الأفعال الضارة للتابع، إذ تتحدد مسئوليته بالأفعال الضارة المرتبطة بالعمل الذي يؤديه التابع لمصلحته، ويتحقق هذا الارتباط عندما يلحق التابع ضررًا بغيره أثناء تأدية العمل أو بسببه.

وقوع الفعل الضار حال تأدية العمل:

ومفاده أن يقع الفعل الضار من التابع وهو يقوم بعمل من أعمال وظيفته، كأن يصدر عن الهيئة فتوى تخالف أحكام الشريعة أو توافق على معاملة لا تتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية بما يترتب عليه الإضرار بالغير. وفي هذه الحالة يسأل المصرف ولو ألحق التابع الضرر بغيره متعمدًا، أو لم يكن يتصرف بناءً على تعليمات من متبوعه، طالما أن الفعل الضار وقع حال تأدية الوظيفة، ما لم يكن قد تجاوز بفعله حدود هذه الوظيفة.

وقوع الفعل بسبب الوظيفة:

قد يحدث الخطأ بسبب الوظيفة، متى كان خطأ التابع لم يقع وهو يؤدي عملاً من أعمال الوظيفة ولكنه يرتبط بتلك الوظيفة بعلاقة سببية وثيقة ومباشرة، بحيث ما كان التابع يستطيع ارتكاب ذلك الخطأ ولا فكر في ارتكابه لهذا الخطأ لولا تلك الوظيفة. وبذلك يكون الخطأ بسبب الوظيفة، وبالتالي تتحقق مسئولية المتبوع. ويعبر القضاء الإماراتي عن ذلك بقوله: "ومن ثم فإن صاحب العمل يسأل عن أعمال تابعه غير المشروعة التي تقع منه أثناء تأديته وظيفته، أو كلما استغل هذه الوظيفة أو ساعدته أو هيأت له بأي طريقة فرصة ارتكابها". فلو علم أحد أعضاء الهيئة أن غريمه ينتوى التعاقد مع المصرف في إحدى المعاملات المصرفية، فقام بإعداد عقد يضر بغريمه أو أصدر رأيًا قاصدًا إيذاءه، كان المصرف مسئولاً عن فعل عضو

(1) المادة 174/2 من القانون المدني المصري.

الهيئة، لأنه لولا الوظيفة لما كان عضو الهيئة قادرًا على الإضرار بغريمه.

وقد يكون الخطأ بمناسبة الوظيفة، وذلك عندما تساعد الوظيفة على ارتكابه، أو تهيئ الفرصة لذلك، وهنا لا يكون المصرف مسئولاً متى كانت الوظيفة مقتصرا دورها على تسهيل ارتكاب الإضرار دون أن تكون ضرورية لذلك. (زهرة، 2002: 326)

كذلك قد يرتكب التابع خطأ أجنبيًا عن الوظيفة، كأن يكون الخطأ لا يرتبط بأعمال الوظيفة ولم تكن هذه الأخيرة ضرورية فيما وقع من خطأ ولا داعية إليه، ولا هيأت الفرصة لارتكابه، فلا يُسال المتبوع عن ذلك. كأن يقوم أحد أعضاء هيئة الرقابة، بعد عودته إلى منزله بالاعتداء على جاره، فهنا لا يكون المصرف مسئولاً عن خطئه، لأنه خطأ أجنبي عن الوظيفة.

الفرع الثاني: أساس مسئولية المصرف وكيفية دفعها

تشترط هذه المسئولية وجود سلطة فعلية للمتبوع في الرقابة والتوجيه، ومقصود هذه السلطة ليس ضبط سلوك التابع والحيلولة دون إلحاقه الضرر بالغير، كما هو عليه الحال في مسئولية متولي الرقابة على القاصر ومن في حكمه، بل إن غايتها ضمان حسن أدائه العمل وتنظيمه لمصلحة المتبوع. (سرحان، 2010: 50)

وقد اختلف الفقه حول تحديد الأساس الذي تقوم عليه مسئولية المتبوع عن فعل تابعه. فمن الفقه من أسس تلك المسئولية على الخطأ المفترض في جانب المتبوع، وهو خطأ في الاختيار أو الرقابة أو في التوجيه. وذلك الخطأ المفترض لا يقبل إثبات العكس. بيد أن هذا الرأي قد انتقد؛ حيث إنه إذا كانت تلك المسئولية قائمة على أساس التقصير المفترض لأمكن للمتبوع أن يتخلص من تلك المسئولية إذا أثبت أن الضرر كان لابد واقعًا ولو قام بواجب الرقابة والتوجيه بما ينبغي من عناية في الاختيار والرقابة والتوجيه. وهو ما لا يمكن أن يحدث فمسئولية المتبوع لا ترفع بنفي علاقة السببية. فإذا كانت مساءلة الشخص بمقتضى القواعد العامة تستلزم علاقة سببية بين فعل الإضرار والضرر الذي لحق الغير، فإنه في مسئولية المتبوع يكون الخطأ غير مباشر لذلك الضرر، ومن ثم لا توجد رابطة سببية بين خطأ المتبوع والضرر الحادث للغير.

ومن الفقهاء من يؤسس تلك المسئولية على أساس فكرة تحمل التبعة. فإذا كان المتبوع يستفيد من نشاط التابع، فيجب أن يتحمل تبعة هذا النشاط ما ينجم عنه من مخاطر قد تُلحق الضرر بالغير. غير أنه اعترض على ذلك الرأي، حيث إنه إذا سلمنا بفكرة تحمل التبعة، فليس من العدل أن يغنم المتبوع مرتين، مرة من عمل التابع الذي غرم مقابله الضمان، ومرة برجوعه على الأخير بما أداه للمضرور بينما رجوع المتبوع على التابع أمر متفق عليه فقهًا وقضاءً.

كذلك، ذهب بعض الفقهاء إلى أن هذه المسئولية تقوم على أساس النيابة، فالتابع يعتبر نائبًا عن المتبوع، ومن ثم، فإن ما يصدر عن التابع من أفعال تعتبر وكأنها صادرة من المتبوع. وهذا يعني أن المتبوع عندما يُسأل عما يقع من تابعه من أفعال ضارة، فإن ذلك باعتبار أن هذه الأفعال واقعة منه شخصيًا، فالتابع ليس سوى امتداد لشخص المتبوع. غير أن هذا الرأي قد انتقد على أساس أن النيابة لا تكون في الأعمال المادية وإنما تقتصر على الأعمال القانونية.

ويؤسس البعض الأخر تلك المسئولية على أساس فكرة الضمان أو المسئولية. فالمتبوع يضمن تابعه فيما يرتكب من خطأ يصيب الغير بضرر إذا وقع الخطأ أثناء تأدية الوظيفة أو بسببها. وهذا الرأي يجعل المتبوع مسئولاً ولو أثبت أنه كان يستحيل عليه أن يمنع العمل غير المشروع الذي سبب الضرر، فالتزام المتبوع هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة. والمتبوع هنا يعتبر في حكم الكفيل المتضامن، وكفالته مصدرها القانون وليس العقد[1]، ومن ثم فإن للمتبوع الحق في الرجوع على تابعه محدث الضرر بما يفي به من التعويض للمضرور لا على أساس أنه مسئول معه، بل لأنه مسئول عنه. وهذا الرأي هو أقرب الآراء إلى الصواب.

وما دامت مسئولية المتبوع تعتبر مسئولية تابعة لمسئولية أصلية وهي مسئولية التابع، فهي تدور معها وجودًا وعدمًا، فإن المتبوع يستطيع أن يدفع مسئوليته، إذا استطاع نفي مسئولية التابع. كأن يثبت أن هيئة الرقابة لم تخطئ، أو ينفي السببية بين فعلى الأضرار الصادر من الهيئة وبين الضرر الذي لحق الغير، لوجود سبب أجنبي عن هيئة الرقابة ينسب إليه إحداث الضرر. كما يكون له أيضًا دفع المسئولية بنفي رابطة التبعية بينه وبين التابع وقت ارتكاب الأخير للفعل الضار، أي أن يقوم المصرف بإثبات أنه وقت وقوع فعل الأضرار لم يكن بينه وبين هيئة الرقابة الشرعية أية رابطة تبعية.

ومتى توافرت شروط مسئولية هيئة الرقابة، فيكون أمام المضرور مسئولان الهيئة باعتبارها التابع والمسئول الأصلي، والمصرف باعتباره المتبوع والمسئول بالتبعية، ويكون للمضرور أن يرجع على أيهما بالتعويض كاملاً، وله أن يرجع عليهما معًا، فيكونان ملتزمين بالتعويض بالتضامن فيما بينهما، إذ إن القضاء يعتبر المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون[2]. فإذا رجع المضرور على الهيئة واقتضى التعويض منها، فلا رجوع للهيئة بعد ذلك على المصرف. أما إذا رجع المضرور على المصرف واستوفي منه التعويض كله أو بعضه، فالمصرف أن يرجع على الهيئة بما دفعه في الحدود التي تكون فيها هيئة الرقابة مسئولة عن تعويض الضرر.

الخاتمة

تناولنا خلال الدراسة، مسئولية المصارف الإسلامية عن أعمال هيئات الرقابة الشرعية، فإذا كانت المصارف الإسلامية تعتبر ضرورة اقتصادية واجتماعية للمجتمعات المسلمة؛ لما لها من أهداف وغايات سامية ونبيلة تسعى لتحقيقها، فإن هيئات الرقابة الشرعية هي الأداة التي يمكن من خلالها التأكد من مطابقة تلك المصارف لأحكام الشريعة الإسلامية، فهي تمثل مصدر الطمأنينة لعملاء المصرف من أن معاملاتهم لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية.

(1) تمييز دبي في الطعن 214 لسنة 20002 حقوق في 7/7/2002، مجموعة أحكام المحكمة، مرجع سابق، 2002، ع 13، المبدأ 111، ص 647.

(2) اتحادية عليا، الطعن 42 مدني لسنة 12 القضائية في 5/6/1990، مجموعة الأحكام، س10/1990، ع2، المبدأ 70، ص431.

ويترتب على تقصير هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية في أداء دورها آثارًا ليست بالهينة، إذ قد ينتج عنه اختلاط الأموال بالربا، أو ضياع حقوق لأي طرف – سواء المصرف أو المساهمين أو المودعين أو المستثمرين، وقد لا يقتصر وقوع الضرر على هؤلاء فقط، بل قد يمتد ليقع على المجتمع المسلم الذي يوجد به المصرف الإسلامي، وقد يؤثر تأثيرًا سلبيًا في العمل بأحكام الشريعة الإسلامية في المجتمع؛ لأنه مصرف إسلامي يرفع الإسلام شعارًا له.

وإذا كان من المستبعد إجماع هيئة الفتوى على عمل مخالف كغش أو كذب أو تدليس لأنه من المفترض كونهم أهل الصلاح والتقوى، كما يمنع من حدوث ذلك كونهم في الأغلب ثلاثة أعضاء، فإنه إذا حصل– فرضًا – تقصير من الهيئة في أداء مهامها، فإن ذلك يثير مسئوليتها المدنية، والتي تنطبق عليها القواعد العامة في المسئولية وفقًا لقانون المعاملات المدنية الإماراتي. واستنادًا لتلك القواعد، فإنه لقيام مسئولية هيئة الشرعية يجب توافر أركان ثلاثة، وهي الإضرار، والضرر، وعلاقة السببية بينهما.

وإذا توافرت تلك الأركان الثلاثة، قامت مسئولية هيئة الرقابة، ويكون للمضرور أن يرجع بالضمان. وبناءً على ذلك، فإن للمضرور أن يرجع على المصرف عن الأضرار التي يسببها عمل الهيئة، وذلك استنادًا إلى مسئولية المتبوع عن فعل التابع إذ يكون المصرف مسئولا عن خطأ الأشخاص الذين يتبعونه ويستخدمهم في تنفيذ الالتزام وذلك استنادًا إلى المادة 313 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي التي تقضي بأن للقاضي أن يلزم المتبوع بأداء الضمان المحكوم به على تابعه الذي أوقع الضرر.

فإذا رجع المضرور على المصرف واستوفي منه التعويض كله أو بعضه، فللمصرف أن يرجع على الهيئة بما دفعه في الحدود التي تكون فيها هيئة الرقابة مسئولة عن ضمان الضرر، أما إذا رجع المضرور على الهيئة واقتضى الضمان منها، فلا رجوع للهيئة بعد ذلك على المصرف.

وفي الختام، فإنه لا ريب أن تقصير الرقابة الشرعية أو خطئها يترتب عليه آثار خطيرة فقد ينتج عنه ضياع حقوق لأي طرف سواء المؤسسة المالية أو المساهمين أو المودعين أو المستثمرين، فهو خطأ يؤثر عموما في سلامة المعاملات المالية، ومن ثم، نوصي بالآتي:

1. أن يتم وضع ضوابط محددة تتبع عند تعيين أعضاء هيئة الرقابة الشرعية، بحيث يتم اختيار أعضاء هيئة الرقابة الشرعية من المختصين في العلوم الشرعية والاقتصادية ويكون لديهم دراية بالقانون وفروعه؛ وذلك لضمان سلامة الإحاطة بالجوانب القانونية التي تجريها المصارف الإسلامية مع الالتزام الصارم في احترام تلك الشروط والضوابط كي نتجنب تقرير مسئولية المصرف.
2. نهيب بالمشرع أن يسن تشريعًا ينظم أعمال هيئات الرقابة الشرعية من حيث طريقة التعيين، والمهام المنوطة بها، ويضع الآليات المناسبة لمراقبة هيئات الرقابة الشرعية، كما ينظم حالات الخطأ والتقصير المهني والمسئولية المدنية الناجمة عما تسببه من أضرار وكذا المسئولية الجنائية، مع الأخذ في الاعتبار أن التشدد في المسئولية المدنية

أو الجنائية قد يؤدي إلى تقييد حركة واجتهاد هيئات الرقابة الشرعية وربما التردد في قبول العمل في الرقابة الشرعية، ومن ثم نقترح أن تنشأ مسئوليتهم المدنية متى وجد تعمد أو خطأ جسيم، دون الاعتداد بالخطأ اليسير؛ وذلك لأن مجال المعاملات المالية مجال واسع ويحتمل وجهات نظر شرعية متعددة للمسألة الواحدة.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: الكتب:

أبو معمر، فارس، (1994)، أثر الرقابة الشرعية واستقلاليتها على معاملات البنك الإسلامي، البنك الإسلامي الأردني.

أبو يعلي، (2002)، الأحكام السلطانية للفراء، دار الكتب العلمية، بيروت.

أحمد، محمد شريف، (1999)، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

ابن تيمية، (1410هـ) الحسبة في الإسلام - وظيفة الحكومة الإسلامية، تحقيق أبى المنذر سامي أنور.

البعلي، عبد الحميد محمود، (1991) الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، مكتبة وهبة، القاهرة.

الجمال، مصطفى، (1996) القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، الإسكندرية.

الخفيف، على، (1971) الضمان في الفقه الإسلامي، الجزء الأول.

الزحيلي، وهبة، (1982) نظرية الضمان، دمشق.

الربيعة، سعود محمد، (1992)، تحول المصرف الربوي إلى مصرف إسلامي ومقتضياته، منشورات مركز المخطوطات والتراث، الكويت، ط1.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، (1998)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثاني – مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان.

الغزالي، أبو حامد، (1970)، إحياء علوم الدين، دار الشعب.

القره داغى، على، (2007)، بحوث في فقه البنوك الإسلامية – دراسة فقهية واقتصادية، دار البشائر الإسلامية، ط1.

الكفراوي، عوف، (بدون سنة نشر) النقود والمصارف في النظام الإسلامي، دار الجامعات المصرية، القاهرة.

الماوردى، الأحكام السلطانية، دار الفكر، القاهرة.

النجار، عبد الله مبروك، (2009)، مفترضات المسؤولية في نطاق الرقابة الشرعية على المؤسسات المالية، دار النهضة العربية، القاهرة.

النجار، أحمد،(1980) البنوك الإسلامية وأثرها في تطوير الاقتصاد الإسلامي، مجلة المسلم المعاصر، العدد الرابع والعشرون.

حماد، حمزة عبد الكريم، (2006)، الرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، دار النفائس، الأردن، ط1.

داود، حسن يوسف، (1996)، الرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، ط1.

زهرة، محمد المرسي، (2002) المصادر غير الإرادية للالتزام: الفعل الضار والفعل النافع، منشورات جامعة الإمارات العربية المتحدة، العين.

سراج، محمد أحمد، (1990) ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، القاهرة.

سرحان، عدنان، (2010) المصادر غير الإرادية للالتزام، إثراء للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى.

سويلم، محمد، (1987)، إدارة المصارف التقليدية والمصارف الإسلامية، بدون دار ناشر، القاهرة.

شلتوت، محمود، الإسلام عقيدة وشريعة، دار القلم.

عبد الحميد، عاشور عبد الجواد، (1996) النظام القانوني للبنوك الإسلامية - دراسة مقارنة في وثائق تأسيس البنوك الإسلامية وتشريعات الشركات، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة.

عبد الرحمن، جلال الدين، (1983)، المصالح المرسلة ومكانتها في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، ط1.

عطية، جمال الدين، (1993) البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقويم والاجتهاد والنظرية والتطبيق، المؤسسة الجامعية، بيروت.

مدكور، محمد سلام، (2004) المدخل للفقه الإسلامي، دار الكتاب الحديث، القاهرة.

ثانيًا: بحوث في أعمال مؤتمر:

البعلي، عبد الحميد محمود، (2005) الرقابة الشرعية الفعالة في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى.

البيرقدار، محمد يونس، (2008) ضوابط اختبار أعضاء هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، ورقة مقدمة للمؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 27:28 مايو 2008.

الراعي، سليمان نعيم، (2005)، أثر هيئات الفتوى والرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الرابع عشر حول «المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل» الذي نظمته كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة في الفترة من 15 إلى 17 مايو 2005.

الشافعي، محمد إبراهيم محمود، (2014)، رقابة المصرف المركزي على المصارف الإسلامية، بحث مقدم إلى مؤتمر الشارقة الدولي الأول في التمويل الإسلامي الذي نظمته جامعة الشارقة في الفترة من 5 إلى 6 نوفمبر 2014.

القطان، محمد أمين على، (2008) ضوابط اختبار أعضاء هيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية، بحث مقدم للمؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، مملكة البحرين، 28-27 مايو 2008.

القطان، محمد أمين علي، (1996)، الرقابة الشرعية الفعالة في المصارف الإسلامية، بحث مقدم إلى المؤتمر العالمي الثالث للاقتصاد الإسلامي، جامعة أم القرى، 2004.

زعير، محمد عبد الحكيم، (1987)، الفتوى والرقابة الشرعية في المصارف الإسلامية، دورة البنوك الإسلامية، معهد الإمارات للتدريب المصرفي التي عقدت في الفترة من 23-18 ابريل 1987.

عبد القادر، محمد، (1996)، دور البنك المركزي في تحديد سياسات ونظم العمل المصرفي في ماليزيا والإطار الرقابي له، بحث مقدم إلى مؤتمر التجربة الماليزية في العمل المصرفي الإسلامي، اللجنة الاستشارية العليا للعمل على استكمال تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية، الديوان الأميري، الكويت، 9 الى12 مارس 1996.

ثالثًا: بحوث منشورة في دوريات علمية:

بهجت، محمد ضياء الدين، (1994)، نحو معايير للرقابة الشرعية في البنوك الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، المؤسسة الإسلامية، بريطانيا، المجلد3 (2).

حماد، نزيه، (2004)، الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، 19، س 15.

ملائكة، صالح، (1996)، الرئيس التنفيذي لقطاع الأموال بمجموعة دلة البركة، منشور بمجلة الشريعة، مجموعة دلة البركة، جدة، العدد الأول، 1996.

Civil Liability of Islamic Banks for the Work of Islamic Oversight Agencies

Mohammad Mohammad Sadat

College of Law - University of Sharjah

Sharjah - UAE

Abstract:

Islamic banking is one of the factors that supports Islamic economics. Islamic Development Bank is a bank which complies with the provisions of Islamic Shari'a in all its finance operations and investment banking products and whether such products were deposit investments, investment instruments or Islamic saving accounts, and is subject to the supervision and control of the central bank. The Islamic Bank also provides financing support to customers by offering several investment options such as Murabaha, and participation.

The Islamic censorship of banks is the right tool to straighten out the course of action, according to the Platform for Islamic law. If the work of legitimate oversight bodies in Islamic banks is a purely Islamic issue, it also implies legal issues, such as the issue of liability arising from the work of that body.

Keywords: Islamic banks, Civil liability, Legitimacy of censorship