

آليات التحوط في العمليات المالية الإسلامية

ورقة مقدمة إلى المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية
هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية

٢٧ - ٢٨/٥/٢٠٠٨ م

البحرين

د. محمد علي الفيبري

جامعة الملك عبدالعزيز - جدة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله وحده والصلوة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ... أما بعد :

١- التحوط في اللغة:

الحيطة في اللغة هي الرعاية يقولون يتحوط أخاه حيطة حسنة أي يتعهده ويهتم بأمره، وحاطه كالأه ورعاه، وحوطه بنى حوله حائطاً، وفي الاصطلاح المالي التحوط تبني الإجراءات والترتيبات واختيار صيغ العقود الكفيلة بتقليل المخاطر إلى الحد الأدنى مع المحافظة على احتمالات جيدة للعائد على الاستثمار. ومن معانيه في المصطلح المالي إستراتيجية الغرض منها التخلص من أو إلغاء المخاطر التي تكون خارج نطاق النشاط الرئيسي أو خارج مجال الاستثمار المستهدف.

١/أ- مفهوم التحوط وصناديق التحوط:

هناك أنواع من الصناديق تسمى صناديق التحوط، غرضها ليس التحوط بالمعنى الذي أشرنا إليه أعلاه بل العكس من ذلك غرضها هو تحمل مخاطر عالية لتحقيق أرباح عالية ولذلك يجب الانتباه إلى عدم الخلط بين الأمرين.

٢- هل وجود "الخطر" ضروري لتحقيق المشروعية؟

كثيراً ما نسمع من المتخصصين في المصرفية الإسلامية وبعض أعضاء الهيئات الشرعية بان وجود "الخطر" متطلب أساسي لتحقيق المشروعية في المعاملات المالية وان المعاملة التي "تفرغ" من المخاطر هي مظنة عدم المشروعية وأنها "صنو الربا" وان وجود الخطر فرق أساس بين القرض الربوي والمضاربة والمشاركة وان من حكم تحريم الزيادة في القرض إنها ربح لا يقابله مخاطره ... إلى آخر ذلك من المقولات المعروفة. هذا القول يعني ان الربح أو العائد من الاستثمار يجب أن يكون أمراً احتمالياً غير مؤكد الوقوع وإلا كانت المعاملة (بناء على هذا النظر) غير مشروعة، أو هي مظنة

عدم المشروعية، ومعتمدتهم في ذلك كله قاعدة الخراج بالضمان المستمدة من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم^(١). وهذا كلام يحتاج إلى نظر وتأمل من جوانب:
الأول: لا سبيل إلى إلغاء الخطر فالقول بأن الاستثمار الذي يخلو من المخاطر غير مشروع لا معنى له لأن مثل هذا الاستثمار غير موجود أصلاً. حتى القرض الموثق برهن فيه مخاطرة والضمان والرهن فيه لا يلغيان احتمال موت المدين وهلاك الرهن والقوة القاهرة... إلخ.

الثاني: ان الضمان المذكور في الحديث يختلف في معناه عن الخطر بالمفهوم المالي إذ هو يقتصر على ما يقع على السلعة محل العقد مثل الهلاك وليس له تعلق بالبيئة المحيطة بتلك السلعة مثل تقلب الأسواق أو تغير سعر العملة. ونحو ذلك وهي جميعاً مخاطر معتبرة.

قال في المغني "الخراج بالضمان يدل على ان من له الخراج فعليه الضمان لكونه جعل الضمان عله لوجوب الخراج له"^(٢)، والخراج "ما يحصل من غلة العين المبتاعة" وقال بعضهم "الخراج مستحق بالضمان أي بسببه"^(٣)، وفي التاج

- ١ -

ﷺ

ﷺ

" ﷺ "

:"

"

"

"

"

"

"

"

" ﷺ "

ﷺ

"

"

ومن الفقهاء من قصر معنى الحديث على الطعام فقد سئل الإمام أحمد وإسحاق بن راهوية عن ربح مالم يضمن فقال "لا يكون عندي إلا في الطعام يعني مالم يقبض قال إسحاق كما قال في كل ما يكال ويوزن".

-

-

والإكليل: "الخراج بالضمان معناه ان المشتري الذي اغتله لو هلك في يديه كان منه وذهب الثمن الذي نقد فيه فالغلة له بضمانه"^(١).

فما ورد بشأن الخراج بالضمان في كلام الفقهاء إنما يتعلق بالنماء المتصل بالمبيع أو المتولد منه كالمنافع ونحوها، ولا يتعلق بالخطر بمعناه المالي وهو احتمال وقوع الخسارة.

معنى الخراج بالضمان إنما يتعلق بنوع محدد من المخاطر وهي المخاطر المتصلة بسلامة المبيع وليس احتمال وقوع الخسران في التجارة وجدنا في كلام الفقهاء إشارات تدل على ان مسائل الخطر بمعناه المالي (أي احتمال وقوع الخسران) لا يندرج عندهم تحت قاعدة الخراج بالضمان.

والثالث: ان هذه القاعدة (أي الخراج بالضمان) غير مطردة.

أ- ظاهر مذهب أحمد ان الثمار إذا تلفت قبل تمكن المشتري من جذاذها كان من ضمان البائع مع ان ظاهر مذهبه انه يجوز للمشتري التصرف فيها بالمبيع وغيره فيجوز تصرفه مع كون ضمانها على البائع، فهذا ربح بلا ضمان ومخالف لقاعدة الخراج بالضمان، ولكنه ليس نماءً متصلاً بالمبيع وإنما هو الخطر بمعناه المالي فلم يمنع.

ب- يجوز عند مالك بيع الدين ممن ليس هو عليه وهو رواية عن أحمد مع ان الدين ليس مضموناً على المالك، جوزوا هذا مع ما فيه من ربح بلا ضمان، ولكن الخطر فيه هو الخطر بمعناه المالي .

ج- جوز النبي ﷺ ان يعتاضوا عن الدين الذي هو الثمن بغيره مع ان الثمن مضمون على المشتري لم ينتقل إلى ضمان البائع وكذلك المبيع الذي هو دين السلم يجوز بيعه وان كان مضموناً على البائع لم ينتقل إلى ضمان المشتري".

د- المنافع في الإجارة والثمرة قبل القطع فانه قد ثبت بالسنة الصحيحة التي لا معارض لها وضع الثمن عن المشتري إذا أصابتها جائحة ومع هذا يجوز التصرف فيها ولو تلفت لصارت مضمونة عليه بالثمن الذي أخذه كما هي مضمونة له بالثمن الذي دفعه.

٥- في مسألة من وجد متاعه عند مفلس، اختلفوا والأشهر في المذهب الحنبلي كما أورد صاحب المبدع^(١)، ان الرواية عن أحمد ان الزيادة للبائع لا للمفلس، مع ان قاعدة الخراج بالضمان تقتضي ان تكون الزيادة للمشتري المفلس لأن الزيادة حصلت والأصل في ملكه.

٣- أدوات التحوط في المعاملات التقليدية؛

هناك اربعة عقود تمثل في المعاملات التقليدية ما يسمى بالاحتماء. وهي عقود الاختيارات (الخيارات المالية) والبيع الآجل، والمستقبليات، والمقالبات.

١- ١- الاختيارات (Option)؛

عقد الخيار المالي هو عقد يلتزم من خلاله طرف بشراء (أو بيع) أصل من الأصول بثمن محدد في تاريخ محدد (أو خلال فترة محددة) مقابل رسم. ويكون الطرف الآخر (دافع الرسم) بالخيار ان شاء باع (اشترى) وان شاء لم يفعل. على ذلك فهو حق شراء أو حق بيع يشتره الإنسان فيتمتع بذلك مقابل رسم ويلتزم الطرف الآخر لرغبة دافع الرسم.

فإذا كنا نتوقع ارتفاع أسهم شركة معينة ونحب ان نستفيد من هذا التوقع ولكننا نخشى إذا اشترينا هذه الأسهم اليوم لبيعها غداً والحصول على الفرق في السعر ان هذه الاسم لا ترتفع أو ربما ينخفض سعرها. فهل من سبيل إلى حماية أنفسنا من خطر الانخفاض والاستفادة من فرصة الارتفاع؟ يمكن ذلك عن طريق شراء عقد إختيار CALL OPTION يلتزم فيه الطرف الآخر (مقابل رسم) بان يبيع علينا تلك الأسهم بسعر متفق عليه (هو السعر السائد الآن)، مع عدم التزامنا بالشراء. فإذا تحققت توقعاتنا، اشترينا تلك الأسهم بذلك السعر ثم بعناها بالسعر السائد الجديد (المرتفع) وحصلنا على الفرق الذين يمثل الربح لنا. كما يمكن لنا عندما نتوقع انخفاض أسعار أسهم نملكها ونريد ان نحمي أنفسنا من ذلك بينما نحفظ بملكية تلك الأسهم (أو الأصول) ان ندخل في عقد إختيار يلتزم فيه الطرف الآخر (البائع للخيار) بان يشتري منا هذه الأسهم بسعر نتفق عليه (السعر السائد اليوم) دون التزام

منا بالبيع. ولذلك يمكن لنا خلال أجل الخيار الاطمئنان إلى انه في حالة انخفاض السعر سوف لن نتأثر بذلك وفي حالة ارتفاعه نستفيد من ذلك بتحقيق الربح.

١- ٢- البيع الآجل :

وفيه يجري بيع آجل في المستقبل بسعر يتحدد اليوم فيلتزم الطرفان بالبيع والشراء بثمان محدد إلا انه عقد غير ناجز إذ ان آثاره من قبض الثمن وتسلم المبيع لا تحصل إلا عند التاريخ المتفق عليه المؤجل. ويمكن من خلال هذا العقد الاحتماء من أثر تغير الأسعار. فإذا كنا نحتاج إلى مليون ليرة ايطالية بعد ستة أشهر ونواجه خطر ارتفاع أسعارها في ذلك التاريخ عنه اليوم فانه يمكننا ان ندخل في عقد بيع آجل كما ذكرنا. فإذا حل الأجل دفعنا الثمن المتفق عليه في العقد (بصرف النظر عن السعر السائد عندئذ) وقبضنا الليرات. وعقود البيع الآجل عقود مباشرة تحصل بالتفاوض بين الطرفين. ويمكن ان تقع على أي أصل من الأصول أو السلع أو النقود والمعادن الثمينة.

١- ٣- المستقبليات :

يشبه عقد المستقبليات عقود البيع الآجل، لكنه يختلف عنه في أمور:

- ١- فهو عقد نمطي يحدد فيه نوع السلعة وكميتها وتاريخ تسليمها ويترك السعر لكي يتحدد بفعل قوى العرض والطلب.
- ٢- ان تجري في أسواق منظمة مخصصة لذلك بطريقة المزايدة.
- ٣- ان العلاقة بين طرفيها ليست مباشرة إذ تفصل بينهما دائماً غرفة المقاصة التي تكون البائع (أمام المشتري) والمشتري (أمام البائع).
- ٤- وهي عقود يومية إذ يقع تصفية جميع العقود يومياً لتحديد الثمن.
- ٥- ولا يلتزم ان يدفع المشتري الثمن كاملاً بل يلتزم في كل يوم بدفع الفرق بين ثمن شرائه للسلعة التي هي محل العقد وسعرها الذي يسدد في ذلك اليوم فإذا انخفض السعر كان له ان يسترد من غرفة المقاصة جزءاً مما دفع سابقاً. فإذا حل الأجل كان للمشتري ان يقبض السلعة التي اشتراها بحسب الكميات والوصف. إلا ان بإمكانه دائماً الخروج من ذلك والاكتفاء بقبض الفرق بين سعر الشراء وسعر البيع قبل حلول الأجل وذلك بالبيع.

ولذلك لا ينتهي إلى القبض إلا نسبة ضئيلة من هذه العقود إلا ان فعالية المستقبلات في الحماية من خطر التقلب في الأسعار واضحة وذلك ان منتج القمح الذي يتوقع انه سيكون لديه ١٠٠٠ اردب من القمح عند الحصاد يستطيع ان يبيعها الآن في سوق المستقبلات فيحمي نفسه دون الحاجة إلى دفع مال أو الالتزام ببيع تلك الحبوب.

١-٤ - عقود المقابلة :

يمكن من خلال عقود المقابلة SWAP الاحتماء من خطر تغير سعر الصرف الأجنبي أو تغير أسعار الفائدة دون الحاجة إلى تغير سياسة المنشأة تجاه مصادر تلك المخاطر. ويتم من خلال المقابلة تبادل التدفقات النقدية المستقبلية بين مؤسستين. فإذا قام احد البنوك بإقراض العميل قرضاً ذا فائدة ثابتة مدته خمس سنوات. فإنه يستطيع الدخول في عقد مقابلة يتبادل خلال تدفقات الفائدة الثابتة (دون رأس المال) مع مصرف آخر مقابل الحصول على تدفقات فائدة متغيرة. ومن ثم يستطيع حماية نفسه من خطر التقلب في سعر الفائدة دون الحاجة إلى بيع كامل القرض. كما يمكن لشركة أمريكية باعت بضائع بالأجل إلى عميل ياباني لمدة خمس سنوات ان تتبادل التدفقات النقدية بالين مع شركة يابانية باعت بالأجل إلى عميل أمريكي. فتأخذ الشركة الأمريكية مدفوعات الدولار وتتنازل من مدفوعات الين. فتحمي كلا الشركتين نفسها من خطر تغير سعر الصرف دون الحاجة إلى قصر نشاطها في بلدها فقط

كيف يؤدي استخدام أدوات التحوط إلى "إلغاء" أو تقليل المخاطر:

تعد أقدم أنواع التحوط هي تلك التي استخدمها (ولا يزال يستخدمها) منتجوا السلع الأولية وذلك لدرء مخاطر تقلبات الأسعار والمثال التالي يوضح، يقوم عمل مصنع السكر على شراء خام السكر ثم تكريره ثم بيعه سلعة صالحة للاستهلاك . والربح الذي يحققه هذا المصنع معتمداً اعتماداً كلياً على الفرق بين سعر طن السكر الخام وطن السكر المكرر، ومن المعلوم ان سوق السكر سوق عالمية وان سعري السكر المذكورين مترابطان بمعنى ان انخفاض سعر الخام ينعكس مباشرة على أسعار السكر المكرر .

وهذا يعني ان المصنع يتحمل مخاطر عظيمة فلو ان المصنع عندما بدأ الدورة الإنتاجية كان سعر طن السكر الخام ١٠٠ دولار وسعر طن السكر المكرر ١٨٠، فإذا كانت تكلفة التكرير للطن الواحد هي ٤٠ دولار فإن المصنع يعرف انه يحقق إيراداً صافياً قدره ٤٠ دولار للطن الواحد. ولكن هذا صحيح فقط في حالة استمرار سعر السكر المكرر عند هذا المستوى من تاريخ شراء الخام إلى تاريخ بيعه مكرراً. فلو ان السعر انخفض بعد شراء الخام بسعر ١٠٠ دولار انخفض من ١٨٠ دولار إلى ١٢٠ دولار فلا سبيل أمام هذا المصنع إلا تحمل خسارة مقدارها ٢٠ دولاراً للطن وهي خسارة ربما يترتب عليها إغلاق المصنع ولا سيما إذا كان حجم الإنتاج كبيراً وطاقة المصنع عالية .

فماذا يفعل المصنع لتفادي هذا الخطر؟ في اللحظة التي يقوم بها المصنع بشراء طن من السكر الخام بسعر ١٠٠ دولار يقوم مباشرة بعملية بيع قصير (أي بيع سلعة لا يملكها) هي عبارة عن بيع طن السكر المكرر بسعر (على سبيل المثال) ١٦٠ دولار. لقد ألغى المصنع بهذا الترتيب مخاطر تقلب الأسعار عندما تتم عملية التكرير فإن السعر الجاري في السوق إنما يكون ١٦٠ أو أكثر أو أقل.

فإذا كان السعر أكثر من ١٦٠ دولار فإنه وان يكون فوت على نفسه فرصة الحصول على سعر ١٨٠ دولار فإن قد ضمن نفسه من انخفاض السعر. وإذا كان السعر أقل من ١٦٠ فإن فكرة الحماية تكون أوضح لأنه يكون قد ضمن سعر ١٦٠ المحقق للربح مع كون الأسعار السوقية أقل من ذلك .

طبعاً الواقع أكثر تعقيداً من هذا المثال البسيط لأن ما يقع فعلاً هو إمكانية الدخول في عقود أخرى يتم من خلالها التخلص من العقد السابق قبل أدائه ومن ثم الاستفادة من ارتفاع الأسعار حتى مع وجود الحماية من انخفاضها.

(يمكن لهذا المصنع ان يحمي نفسه عن طريق الدخول في عقد خيار مالي ولكن هذا موضوع يخرج عما نحن بصدده). وهذا أمر معهود في الدول الغربية في كثير من الصناعات .

مشروعية التحوط بالآليات المشروعة:

إذا قلنا ان الخطر في الاستثمار هو احتمال وقوع المكروه فإن الذي يظهر لنا ان تخفيف المخاطر والتوقي منها بالآليات المشروعة ليس أمراً مباحاً فحسب بل هو

مندوب إليه لأن فيه حفظاً للمال وحفظ المال من مقاصد الشريعة الإسلامية^(١)، وهذه الإجراءات نتيجتها حفظ ماله من الضياع وإبعاده عن ركوب المخاطر بلا حساب طلباً لمزيد من الأرباح التي يكون احتمال تحققها متدنياً، فإذا اتخذ الإنسان الوسائل ضمن نطاق المباح من العقود والإجراءات لغرض تقليل المخاطر فإن عمله هذا جارٍ على مقاصد الشريعة.

والتوقي من المخاطر في الاستثمار وتخيّر أفضل الإجراءات والشروط والعقود هو من عمل الناس منذ القديم فقد ورد في سنن البيهقي وفي مجمع الزوائد أن العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً ولا ينزل به وادياً ولا يشتري به دابة ذات كبد رطبة فإن فعل ذلك فهو ضامن فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه^(٢).

وقد تحدث بعض الفقهاء عن آليات مشروعه للتوقي من المخاطر. ورد مثل ذلك في الفتاوى لابن تيمية. قال رحمه الله تعالى: "... فالمساقاة والمزارعة تعتمد أمانة العامل وقد يتعذر ذلك كثيراً فيحتاج الناس إلى المؤاجرة التي فيها مال مضمون في الذمة ولهذا يعدل كثير من الناس في كثير من الأمكنة والأزمنة عن المزارعة إلى المؤاجرة لأجل ذلك"^(٣)، والمسألة واضحة فالمزارعة والمساقاة من عقود الأمانة ولذلك يتعرض صاحب الأرض إلى ما يسمى "المخاطر الأخلاقية" أي خيانة العامل، ولذلك يتجهون إلى المؤاجرة حتى يكون المال مضموناً غير متأثر بنتائج العملية الزراعية. ثم أضاف رحمه الله "ومعلوم أن الشريعة توجب ما توجب بحسب الإمكان وتشتترط في العبادات والعقود ما تشتترطه بحسب الإمكان"، أي أن مثل هذا العمل لا يخالف أحكام الشريعة التي جاءت على حسب طاقة البشر وإمكاناتهم.

ضمان الطرف الثالث لرأس المال أو له وللربح:

إذا قامت عملية الاستثمار على أساس المداينة مثل ان يبيعه عقاراً بالأجل فالثمن متعلق بذمته وهو مضمون عليه ولا بأس من توثيق الدين بالضمانات الشخصية والرهن ونحو ذلك. أما إذا اعتمد الاستثمار على عقد الوكالة بحيث يسلم رأسماله إلى مدير يستثمره مقابل أجر أو على أساس تعد المضاربة (القراض) حيث يديرها مقابل نسبة من الربح عندئذ تكون يده في الحالتين على المال يد أمانة فلا يضمن. وجلي ان هذا يترتب عليه مخاطر إضافية فهل يجوز لطرف ثالث ان يتبرع بالضمان فيتحقق غرض المستثمر.

الضمان بحد ذاته من الأمور الجائزة بل هو عمل يثاب فاعله إذا قام به احتساباً لأن فيه سداً لحاجة المضمون، أما ضمان طرف ثالث لرأسمال المضاربة فقد صدر به قرار من المجمع الفقهي الإسلامي الدولي بشأن صكوك المقارضة وجاء فيه:

"

"

ولكن هل هناك صيغة تطبيقية لهذا القرار؟ ان المتأمل في هذا القرار يجد انه اشترط لصحة ضمان الفريق الثالث عدة شروط هي:

أ- ان يكون الضامن مستقلاً في شخصيته ودمته المالية عن طرفي العقد، والاستقلال المذكور لا يقتصر على الاستقلال "القانوني" بحيث يكون كل طرف شخصية اعتبارية مستقلة في ظل القانون بل يلزم ان يتحقق الاستقلال المالي فلا يكون الضامن مملوكاً للمضمون (المضارب) لأن هذا يؤول إلى ضمان رأس مال المضاربة وهو ممنوع، فهل يتصور حقاً ان يتبرع شخص أو جهة يتحقق فيها معنى الاستقلال المذكور بالضمان مع ما فيه من مخاطر وكلفه؟ إذا وقع ذلك كان ضمانها لا غرض منه إلا لمساعدة هذا المستثمر وهذا لعمرى غير متصور.

ب- كما اشترط قرار المجمع ان يكون الضمان مجانياً وهل يتصور مثل هذا في عالم الاقتصاد والتجارة. ومن أقدم على مثل هذا الضمان المجاني فهو مظنة الاستفادة منه فلا يكون متبرعاً حقيقة.

ج- والشرط الثالث هو استقلال الضمان عن العقد الذي ينظم عملية الاستثمار كعقد المضاربة مثلاً ويقصد بالاستقلال ان لا يفسخ عقد المضاربة لو ان الضامن اخفق في الوفاء بالتزامات الضمان أو رجع عنه. ثم أكد القرار ذلك بالقول: "... ليس لحملة الصكوك الرفع ببطلان المضاربة بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به" بمعنى آخر ان يكون سيان لدى المستثمر ان يوجد هذا الضمان أو لا يوجد. وكل ذلك غير متصور.

ولا يخفى ان هذه الشروط لا تتوفر في المعاملات المالية التي يكون غرضها الربح. ولا غرو فان القرار المذكور للمجمع لم يجر تطبيقه - بقدر ما نعلم - مع الالتزام بشروطه الصارمة. ولا يخفى ان القرار المذكور كان في سياق التمهيد لتطوير ممتلكات الأوقاف في المملكة الأردنية الهاشمية، والضمان تقدمه الحكومة للمستثمرين باعتبارها طرفاً.

التطوع بالضمان منفصلاً عن العملية المضمونة:

بعد ان ظهر جلياً ان تبرع طرف ثالث مستقل بالضمان غير متصور على المستوى التطبيقي، فهل يجوز التبرع بالضمان من قبل طرف له علاقة بالعملية الاستثمارية مع تحقيق شرط استقلال العقدين عن بعضهما البعض، بحيث يضمن في عقد مستقل عن عقد المضاربة أو الوكالة.

وصفة ذلك ان يكون بين طرفين معاملة استثمارية يرغب رب المال من المدير استثمار أمواله ولذلك ضمان رأس المال أو الربح ولكن الضمان إذا شرط في أصل عقد الوكالة أو المضاربة أفسدهما لأن يد الوكيل والمضارب يد أمانة. فهي بهذا الضمان تنقلب إلى قرض بناء على قاعدة: "العبرة في العقود بالحقائق والمعاني لا بالألفاظ والمباني" وحقيقة العقد انه مال مضمون على الوكيل فأشبه القرض ويكون في الزيادة عليه المتمثلة في الربح شبهة الربا.

هذا إذا كان الضمان مشروطاً في العقد ولكن ماذا لو تطوع الوكيل بهذا الضمان بعد العقد؟ هذه مسألة اختلف فيها الفقهاء. قال في شرح مياره " .. لا يجوز القراض بالضمان أي باشرطه على العامل وأما ان تطوع به بعد العقد ففي لزومه رأيان للشيوخ باللزوم وعدمه"^(١). وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " .. وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف ..."^(٢). وفي حاشية الصاوي على الشرح الصغير "وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف"^(٣).

فلو أخذنا برأي من قال بجواز التبوع بالضمان بعد العقد فإن من لوازم صحة هذا الضمان تحقق الشروط التالية:

١- ان يكون تبرعاً حقاً، قال في مواهب الجليل في شرح مختصر خليل في باب الضمان "التبرع ما كان من غير سؤال"^(٤). أما إذا تواطأ عليه أو كان جزءاً متمماً للعملية الاستثمارية فلا يكون تبرعاً حقيقة وان سمي كذلك.

٢- لا رجوع على المتبرع لأن التبوع كالهبة لا يقع إلا بالقبض والتبرع لا يتم إلا بالأداء. ولذلك إذا رجع الضامن عن الضمان بعد انعقاد المضاربة أو الوكالة لم يكن للمستثمر ان يلزمه به إذ لا رجوع له عليه ان كان متبرعاً حقاً.

وقد اتجهت بعض الهيئات الشرعية إلى تبني ضابط للاستقلال والانفصال هو ان لا يترتب على انفساخ أحد العقدين انفساخ الآخر. وهو ضابط فعال ولكنه لما كان الفسخ لا يقع إلا بإرادة فإذا اتجهت إرادة العاقدين على بقاء الضمان ما بقي العقد الخاص بالعملية المضمونة فان الضابط المذكور لا يعود ذا فائدة.

التداول اليومي المبرمج مع الضمان:

طورت بعض البنوك برنامجاً للحاسب الآلي يستخدمه مديرو صناديق الاستثمار لغرض تحقيق حماية رأس المال في الاستثمار في سوق الأسهم. ويقوم البرنامج على معادلات رياضية معقدة وسريّة ذات حقوق محفوظة لأصحابها. يسمح للمدير المشترك استخدام البرنامج مقابل رسوم تدفع لمالك البرنامج، ويقدم مطور البرنامج كجزء من عقد الاستخدام ضماناً لرأس المال بشرط ان يلتزم المدير بما يمليه عليه البرنامج يومياً. ويقوم عمل البرنامج على تقسيم المبلغ المستثمر (الذي نفترض انه ١٠٠ مليون) إلى جزئين، الجزء الأكبر في مرابحة مؤجلة موثقة برهون وضمادات وذات مخاطر متدنية (وفي الصيغة التقليدية يشتري المدير بهذا الجزء سندات دين حكومية)، أما الجزء الآخر فيستثمر في سوق الأسهم فيحدد البرنامج كل يوم لمدير الصندوق عين الأسهم التي يجب ان يشتريها لذلك اليوم وتلك التي يجب أن يبيعها ليحصد الربح منها.

ويستند البرنامج إلى حقيقة ان الخسائر (انخفاض سعر التداول) التي يمكن ان تتعرض لها الأسهم في يوم واحد محدودة بنسبة محددة من قبل إدارة السوق (١٠٪ في بعض الأسواق وأكثر أو أقل في أسواق أخرى) بعدها يوقف التداول في أسهم الشركة التي تنخفض بتك النسبة. ولذلك يبدأ البرنامج بتغطية هذه النسبة ابتداءً ثم كلما زاد الربح من الأسهم فإن هذا يعني إمكانية تحمل قدر أكبر من المخاطرة لأن رأس المال أصبح سالماً. فإذا التزم المدير بما يمليه عليه البرنامج ثم خسر فإن مقدم البرنامج يضمن له رأس المال (دون الربح). الواقع ان هذا الضمان مستمد من حقيقة ان الاستثمار بناء على تعليمات البرنامج لا يمكن ان يترتب عليه الخسران والحالة الوحيدة (ربما) التي تؤدي إلى الخسارة هي عندما تنخفض أسعار الأسهم في وضع انعدام السيولة أي لا يجد المدير من يشتري منه الأسهم فيستمر مالكاً لها يوماً آخر فتتضاعف الخسائر. ولذلك تكون هذه الحالة مستثناه من الضمان.

- مستند القول بجواز العمل بهذا البرنامج:

أجازت بعض الهيئات الشرعية لمديري الصناديق العمل بهذا البرنامج ومستند القول بالجواز ما ذهب إليه الحنفية بجواز هذا النوع من الضمان، قال في الفتاوى

الهندية "ذكر شيخ الإسلام في شرح الجامع الصغير في كتاب الصلح رجل قال لغيره أسلك هذا الطريق فإن أخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ ماله كان الضمان صحيحاً"^(١).

وفي رد المحتار ".. إذا قال أسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أخذ مالك فأنا ضامن فإنه يضمن"^(٢).

وفي مجمع الضمانات "ولو قال لغيره أسلك هذا الطريق فإن أخذ مالك فأنا ضامن فأخذ ماله صح الضمان"^(٣).

صيغة بيع العربون لحماية الاستثمار:

عرف الاستثمار التقليدي هيكلاً الغرض منه حماية رأس المال ويقوم على تقسيم مبلغ الاستثمار (١٠٠ مثلاً) إلى جزئين الأول يتكون من ٩٣٪ (مثلاً) يشتري مدير الاستثمار به سندات دين ذات كوبون صفري وهي السندات التي تباع بالمزاد بحسم يمثل سعر الفائدة فإذا كان السند يدفع مبلغ ١٠٠ بعد سنة فيباع بالمزاد بمبلغ ٩٣ (مثلاً) ويكون مبلغ ٧ هو سعر الفائدة. معنى هذا إننا في نهاية العام سنحصل على مبلغ ١٠٠ وهذا الجزء من الهيكل الخاص بضمان رأس المال لأنه سيكون ديناً في ذمة مصدر السندات فإذا كانت سندات حكومية معنى ذلك ان المخاطرة أصبحت متدنية وأصبح رأس المال مضموناً . أما المبلغ المتبقي وهو ٧ فيشتري به مدير الصندوق اختيار Option (وهو عقد يلتزم بموجبه قابض الثمن على ان يبيع للطرف الآخر بالخيار أسهماً بسعر معين في تاريخ معين بينما يكون الطرف الآخر بالخيار) ويتخير المدير أسهماً يتوقع ارتفاع سعرها فإذا حصل المتوقع اشترى تلك الأسهم بالثمن المتفق عليه ثم باعها في السوق فأدرك الربح من الصفقة وبذلك يحصل للمستثمرين سلامة رأس مالهم مع الربح الوفير، أما إذا لم ترتفع أسعار الأسهم المقصودة كما توقع المدير فإنه لن "يمارس الاختيار" وتكون خسارته هي ما دفع ثمناً للاختيار ويكون قد تحقق للمستثمرين سلامة رأس مالهم.

فما كان من مديري الصناديق في البنوك الإسلامية إلا أن تبنا هيكلاً يؤدي إلى نفس النتيجة إلا أنه معتمد على صيغة عقد بيع العربون. والطريقة هي ان يقسم رأس المال (١٠٠ مثلاً) إلى جزئين الأول يمثل ٩٣، فيدخل فيه المدير في مرابحة مع جهة موثوقة وذات مخاطر متدنية وبريح قدره ٧ فيتحقق حماية رأس المال إذ سيحصل في نهاية العام على ١٠٠. أما ما بقي وهو ٧ فيدخل فيه المدير مع احد بنوك الاستثمار في عقد بيع أسهم على أساس العربون فيشتري أسهماً ثمنها ٧٠٠ ويدفع مبلغ ٧ عربوناً فإذا حصل الارتفاع في ثمن الأسهم أمضى العقد وقبض الأسهم فباعها (مثلاً بـ ٨٠٠) ثم دفع الثمن إلى البائع واختص الصندوق بمبلغ ١٠٠ فيتحقق ربح عظيم للمشاركين. وإذا لم يحصل الارتفاع المتوقع فما على المدير إلا ان يعرض عن إمضاء العقد ولن يسترد مبلغ ٧ الذي دفعه عربوناً في عقد الشراء آنف الذكر ولكن تتحقق السلامة لرأس مال المستثمرين. وبهذا تتحقق نفس النتيجة الاقتصادية لحماية رأس المال ولكن بطريقة مشروعة.

وصيغة بيع العربون كما وردت في كتب الفقه هي: " (أن) يشتري أو يكتري سلعة (ويعطيه شيئاً) من الثمن (على انه) أي المشتري (ان كره البيع تركه) للبائع وان أحبه حاسبه به أو تركه"^(١).

وقد اختلف الفقهاء في بيع العربون فعده جمهور الفقهاء من آكل أموال الناس بالباطل وأجازه الحنابلة. قال في شرح المنتهى " (و) يصح (بيع العربون) ويقال أربون (و) يصح إجارته أي العربون"^(٢). وقال في المغني " قال الاثرم قلت لأحمد تذهب إليه قال أي شيء أقل هذا عمر"^(٣). وقد صدر بجواز بيع العربون قرار المجمع الفقهي الإسلامي الدولي رقم ٧٢ (٨/٣) بشأن بيع العربون حيث نص على ما يلي: "يجوز بيع العربون إذا قيدت فترة الانتظار بزمان محدد ويحتسب العربون جزءاً من الثمن إذا تم الشراء ويكون من حق البائع إذا عدل المشتري عن الشراء".

الوعد المتبادلة المختلفة في محل الورود:

ومن الترتيبات التي اتخذتها بعض البنوك لتحقيق الحماية لعملائها المستثمرين طريقة تقوم على إصدار وعد ملزم بالشراء من قبل البنك يستفيد منه المستثمر يلتزم البنك بموجبه بشراء الأصول المملوكة للعميل في تاريخ محدد بثمن محدد ولكنه شراء معلق على شرط هو ان يكون ثمنها الجاري في السوق أقل من مستوى معين متفق عليه (١٠٠ مثلاً) فإذا حل الأجل وكان السعر في السوق يقل عن ١٠٠ قدم البنك إيجاباً بالشراء من العميل بـ ١٠٠ فتحققت الحماية للمستثمر، وفي المقابل يقدم العميل المستثمر وعداً ملزماً بالبيع للبنك معلق على شرط مفاده انه عند حلول الأجل إذا كان السعر الجاري في السوق يزيد عن ١٠٠ فإنه يلتزم ببيع تلك الأصول إلى البنك بمبلغ ١٠٠. فإذا حل الأجل وكان السعر الجاري يزيد عن ١٠٠ قدم إيجاباً بالبيع إلى البنك بناء على الوعد الملزم. والمحصلة النهائية لهيكل الاستثمار هي ان هذه الأصول سوف يبيعها العميل ويشتريها البنك بمبلغ ١٠٠ لأن السعر الجاري في السوق لا يخرج عن ان يكون عند حلول الأجل أقل أو أكثر من مئة. (فإن كان مئة كان بيعها إلى البنك أو في السوق سيان للمستثمر وكذا شرائها - من المستثمر أو من البنك سيان بالنسبة للبنك). فإذا أراد العميل المستثمر الاستفادة من هذا الترتيب فما عليه إلا أن يوكل البنك بأن يشتري له أسهماً (على سبيل المثال) في اليوم الأول ثم تصدر الوعود من الطرفين، فإذا حل الأجل وقع التنفيذ فحصل العميل على رأسماله وعلى ربح محدد سلفاً. وجلي ان العميل قد حصلت له الحماية التامة من تقلبات أسعار السوق ولكن في نفس الوقت ليس له أن يحقق ربحاً عالياً في حال ارتفاع سعر الأسهم في السوق.

ويناقش في مثل هذا الترتيب مسائل :

الأولى: هل هذه وعود مستقلة عن بعضها البعض أم هي مواعدة؟

أما المواعدة فقد صدر عن المجمع الفقهي الإسلامي الدولي قراراً بشأن الوفاء بالوعد والمرابحة للأمر بالشراء (برقم ٤٠ - ٤١ (٥/٢ و ٥/٣) في ديسمبر ١٩٨٨م، وقد نص على ان "المواعدة وهي التي تصدر من الطرفين تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواعدين كليهما أو أحدهما فإذا لم يكن هناك خيار فإنها لا تجوز لأن المواعدة الملزمة في بيع المرابحة تشبه البيع نفسه حيث يشترط ان يكون

البائع مالكا للمبيع ..."، ولكن أصحاب هذا المنتج الاستثماري يقولون بان ما يصدر عن البنك والمستثمر ليس مواعدة لأن المواعدة تقع على محل واحد في وقت واحد كأن يقول الواعد الأول أعدك ان اشترى منك كذا بثمان قدره مئة في تاريخ كذا، ثم يقوم الواعد الثاني أعدك أن أبيع إليك ذلك الشيء بنفس الثمن في ذات التاريخ ويكون كل منهما واعد وموعود فإذا وقع التنفيذ وردت الوعود على محل واحد.

أما الطريقة المقترحة فلا يقع الوعد الأول والثاني فيها على محل واحد، فالوعد الأول معلق على شرط ان يكون الثمن السوقي أعلى من ١٠٠ والثاني شرطه ان يكون أقل من ١٠٠ فإذا حل الأجل جرى تنفيذ أحد الوعدين. ولهذا اتجهت الهيئات الشرعية التي أجازت هذا الترتيب إلى قبوله إذ لم تجد فيه محذور المواعدة التي تشبه العقد، حيث ينفذ وعد واحد فقط ولا يمكن ان ينفذ الوعدان في وقت واحد.