

الفصل الأول

الاحتياط في التعامل المالي

التحوط في اللغة عائد إلى الحفظ والصيانة ودفع الضرر قبل وقوعه، وأقرب المصطلحات التي تحمل هذا المعنى هي الرعاية والوقاية؛ قال: ابن فارس: «الراء والعين والحرف المعتل أصلان: أحدهما المراقبة والحفظ، والآخر الرجوع».

وفي الكليات⁽¹⁾: «الاحتياط: هو فعل ما يُمكن به من إزالة الشك، وقيل: التحفظ والاحتراز من الوجوه لئلا يقع في مكروه، وقيل: استعمال ما فيه الحيطة أي الحفظ، وقيل: هو الأخذ بالأوثق من جميع الجهات ومنه قولهم «افعل الأحوط»، يعني افعل ما هو أجمع لأصول الأحكام وأبعد عن شوائب التأويل».

أما في الاصطلاح، فقرر عُرف التحوط بتعريفات عديدة كلها متقاربة نخلص منها بأنه يعني تجنب المخاطر أو إدارتها قدر الإمكان باختيار صيغ عقود التحوط مع المحافظة على عائد الاستثمار. ويمكن تعريفه بأنه: وقاية رأس مال المستثمر بعقود تجنبه الوقوع في المخاطر أو تقليلها قدر الإمكان. ومصطلح التحوط في الأسواق المالية المعاصرة يعني تجنب المخاطر قدر الإمكان⁽²⁾، ويتم ذلك من خلال جملة من العقود المسماة بعقود التحوط. ويستخدم الفقهاء لفظ الحيطة أو الاحتياط، والأغلب استخدام هذه الألفاظ في أبواب العبادات.

والتحوط ليس ضماناً بالمعنى الخاص ولا العام، وإنما يكون ببذل
الوسع في تجنب المخاطر والوقاية منها.

وفيما يلي نتناول أنواع التحوط والتأصيل الشرعي له، وكذلك التأصيل
الشرعي للمخاطرة وضمن رأس المال.

أنواع التحوط:

التحوط أنواع باعتبارات متعددة، وفيما يلي أهم تلك الأنواع باختصار:
أولاً - أنواع التحوط باعتبار محله:

التحوط يكون من المخاطر، وأنواع المخاطر كثيرة يمكن الرجوع
إليها في الكتب المتخصصة في المخاطر وإدارتها، وبالتأمل فإنه يمكن
إرجاعها إلى نوعين رئيسين، هما:

1- المخاطر في مجال الاستثمار، وتشمل المخاطر على رأس المال،
والعائد، ومخاطر السوق، والسيولة، وتذبذب العملات.

2- المخاطر الائتمانية، والمقصود بها المخاطر من تعثر السداد
بسبب إفلاس العميل أو مماثلته.

ثانياً - أنواع التحوط باعتبار طريقته:

والتحوط بهذا الاعتبار أنواع، منها ما يأتي⁽³⁾:

1- التحوط الاقتصادي: ويقصد به أساليب التحوط التي لا تتطلب
الدخول في تعاقدات مع أطراف أخرى لغرض التحوط، مثل
تنويع الأصول الاستثمارية.

2- التحوط التعاوني: وهو قائم على علاقة تبادلية لا تهدف للربح،
مثل الصناديق التعاونية لغرض التحوط.

3- التحوط التعاقدي: والمقصود به أدوات التحوط القائمة على

عقود المعاوضة والمشاركة، مثل البيع الآجل، والسلم، والمضاربة.

ثالثاً - أنواع التحوط باعتبار شموله وتغطيته:

ينقسم التحوط من حيث شموله إلى تحوط تام، وتبوط ناقص. ويقصد

بالتبوط التام: الذي يتخلص به من المخاطر كلياً، والناقص: الذي يتخلص به من المخاطر جزئياً.

وينقسم التحوط من حيث المخاطر التي يغطيها إلى: تحوط كلي، وتبوط جزئي.

والتبوط الكلي يعني تحوط المنشأة لكافة المخاطر التي تتعرض لها،

والتبوط الجزئي: يكون عندما تختار المنشأة التبوط لبعض أنشطتها وأصولها⁽⁴⁾.

التأصيل الشرعي للتحوط والمخاطرة وضمان رأس المال:

التأصيل الشرعي للتحوط:

التبوط - كما تقدم - يعني حماية رأس المال ووقايته من الخسارة

أو النقص، وهو بهذا المعنى مطلوب شرعاً، ويدخل ضمن مقصد حفظ المال

وهو أحد مقاصد الشريعة الإسلامية الضرورية التي جاءت الشريعة برعايتها وحفظها.

التبوط يعني حماية رأس المال ووقايته من الخسارة

أو التقص: المال، والسعي في كسبه، وحرص الشريعة الإسلامية على

حماية أموال الناس ظاهر في احترام الملكية الفردية، والنهي عن أكل أموال

الناس بالباطل، وأخذها بغير حق، وقد شرع الإسلام جملة من التشريعات

والتوجيهات التي تشجع على حفظ المال عن طريقين هما:

1- حفظ المال بطريق إيجاد المال: حيث أباح الإسلام المعاملات العادلة، فقد أقر الإسلام أنواعاً من العقود كانت موجودة بعد أن نقاها مما كانت تحمله من الظلم، وذلك كالبيع والإجارة والرهن والشركة وغيرها، كما حث على السعي لكسب الرزق وتحصيل المعاش، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذُلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِن رِّزْقِهِ ۚ وَإِلَيْهِ النُّشُورُ﴾ [سورة المالك: 15].

2- حفظ المال من جانب العدم: حيث منع الإسلام الربا والقمار وأكل أموال الناس بالباطل، وجعل تحريم الربا والقمار والميسر والغرر والجهالة ركناً أساساً في سعي الإسلام نحو تنظيم الحياة الاقتصادية، وحرّم الحيل التي تبيحها حماية وحفظاً وصوناً للمال من المخاطر التي يتعرض لها، كما فرض الإسلام العقوبات المناسبة على من يتعدى على الأموال، فقد حرم السرقة وغلظ في عقوبتها، قال تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [سورة المائدة: 38].

ومن الطرق والأساليب التي ذكرها المتقدمون للتحوط وحماية رأس المال ما يأتي⁽⁵⁾:

- 1- ألا ينفق أكثر مما يكتسب فإنه متى فعل ذلك لم يلبث المال أن ينفى ولا يبقى منه شيء البتة.
- 2- ألا يكون ما ينفق مساوياً لما يكسب، بل يكون دونه ليبقى ما يكون عنده لنائبة لا تؤمن إن كان تاجراً مثل أن تكسب البضاعة.
- 3- ألا يشغل ماله الشيء الذي يبطئ خروجه عنه، وإنما يكون ذلك مما يقل طلبه.

وقد نشأت عقود التحوط في العصر الحاضر حلاً لمشكلات التذبذب في الأسعار والعملات، ومع تنوع الاستثمارات المعاصرة وتطورها ازدادت الحاجة إلى عقود التحوط لمواجهة المخاطر.

ولا تزال الأسواق المالية تزج بشكل متتابع بالعديد من أدوات التحوط، وكثير منها لا يتوافق مع الضوابط والمقاصد في الشريعة، وأدوات التحوط التقليدية تعتمد في الأساس على المشتقات، وأشهر أنواع المشتقات المالية ثلاثة هي: الخيارات، المستقبلات، والمبادلات.

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم 63 (7/1) بتحريم عقود الاختيارات وتداولها، كما صدر المعيار الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية رقم (6): لا يجوز شرعاً التعامل بعقود المستقبلات والاختيارات وعمليات المبادلات المؤقتة إنشاءً وتداولاً.

والمشتقات تهدف من حيث الأصل إلى تبادل المخاطر المالية بحيث تنتقل إلى الطرف الأكثر جدارة وقدرة على تحملها، بينما الطرف الآخر يتفرغ للعملية الإنتاجية. فالشركة المصنعة التي تتخوف من تقلبات أسعار المواد التي تنوي تصنيعها بما قد يمنعها من زيادة كمية الإنتاج يمكنها التخلص من هذه المخاطر من خلال العقود المستقبلية بنقل هذه المخاطر إلى غيرها، ومن ثم تتمكن من رفع مستوى الإنتاج. لكن الناظر في واقع الأسواق المالية يدرك تماماً أن المشتقات (التقليدية) أصبحت أحد أهم أدوات المجازفة، إذ تحولت إلى مبادلات بغرض المقامرة على فروق الأسعار، ولا يقصد منها نقل ملكية الأصول محل الاشتقاق؛ إذ إن ما يربو على 90% من هذه العقود يتم تسويتها قبل حلول أجل التسليم. ولذا كان من الضروري

ابتكار أدوات مشروعة للتحوط، تحقق الحماية لرأس المال مع تلافي سلبيات الأدوات التقليدية.

وبالنظر في العقود المشروعة للاستثمار؛ فهي إما عقود مدينية، أو عقود مشاركة، والنوع الأول يحقق حماية أكثر بعائد أقل، والنوع الثاني يحقق عائداً أكبر بحماية أقل، فالطريقة المناسبة للتحوط هي المزج بين عقد مدينية وعقد مشاركة لزيادة العائد مع المحافظة على رأس المال⁽⁷⁾.

التأصيل الشرعي للمخاطرة:

المخاطرة في اللغة مأخوذة من الخطر، ومادة الخطر في اللغة تأتي على معان، منها: الإشراف على الهلاك، وخوف التلف، والمراهنة⁽⁸⁾، وهذه المعاني تدور حول التردد والاحتمال بين وقوع الشيء وعدم وقوعه. والمخاطرة في الاصطلاح الفقهي قريبة من المعنى اللغوي⁽⁹⁾.

ومن تعريفات المعاصرين للمخاطرة:

- 1- الوضع الذي نواجه فيه احتمالين كلاهما قابل للوقوع⁽¹⁰⁾.
 - 2- عدم التيقن بحدوث النتائج المطلوبة، واحتمال أن يكون المآل إلى أمر غير محبوب للنفس⁽¹¹⁾.
 - 3- احتمال الوقوع في الخسارة.
- وقريب منه: التعرض لاحتمال الهلاك أو التلف⁽¹²⁾.
- والمخاطرة جزء من تبعة الهلاك التي يتحملها الضامن، وذلك أن الضمان يشمل تحمل مخاطر الملكية وهي احتمال وقوع الهلاك والخسارة بالمال أثناء حيازته له، كما يشمل تحمل آثار الهلاك والخسارة بعد وقوعها، وهذا القدر لا يسمى مخاطرة، فيكون تحمل المخاطرة جزءاً من الضمان.

قال شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله: «الخطر خطران: خطر التجارة، وهو أن يشتري السلعة يقصد أن يبيعها بربح ويتوكل على الله في ذلك، فهذا لا بد منه للتجار، والتاجر يتوكل على الله، يطلب منه أن يأتي من يشتري السلعة وأن يبيعها بربح، وإن كان قد يخسر أحياناً، فالتجارة لا تكون إلا كذلك، والخطر الثاني: الميسر الذي يتضمن أكل مال الناس بالباطل، فهذا الذي حرمه الله ورسوله» (13).

**لا يجوز شرعاً التعامل بعقود المستقبلات والاختيارات
وعمليات المبادلات المؤقتة إنشاء وتداولاً:
فين - رحمه الله - أن المخاطرة على نوعين هما:
النوع الأول: المخاطرة الجائزة:**

وهي التي تكون ناشئة عن تملك السلعة، وتحمل المالك التبعة والمسؤولية الناشئة عن تلفها أو نقصان قيمتها، فهذه مخاطرة مباحة، بل لا تتفك عنها أي مبادلة تجارية.

وهذه المخاطرة هي المقصودة في النصوص الشرعية التي تربط ما بين الربح والضمان.

فتملك السلعة ينشأ عنه ضمانها، وهذا الضمان ينشأ عنه مخاطرة، وبه يُستحق الربح، فإذا تجرد الأمر عن هذا الضمان فلا ربح.

ومن ذلك النهي عن ربح ما لم يضمن، ومن القواعد الشرعية المستنبطة من هذه النصوص قاعدة «الخراج بالضمان».

فالضمان الوارد في هذه النصوص هو ضمان المسؤولية التابع للملكية وقبض السلعة؛ ولهذا جاء في الأحاديث الأخرى النهي عن بيع الشخص ما لا يملك، وعن بيع ما لم يقبض، وبيع ما لم يملك.

والم تأمل في هذه النصوص يلحظ أنها جاءت بلفظ الضمان دون المخاطرة، مع أن الضمان نوع من المخاطرة؛ وذلك لأن المخاطرة ليست مقصودة للشارع، وكلما أمكن تجنبها فهو أفضل، بخلاف تحمل تبعة العين وضمانها فإن ذلك ضروري للمبادلات المنتجة.

وارتباط الربح بهذا النوع من الضمان، أي ضمان الملك مطرد، فلا ربح لمن لم يضمن، ولا يستحق النماء من لم يتحمل هذه المخاطرة.

النوع الثاني: المخاطرة المحرمة:

وهي المخاطرة التي يكون منشؤها الجهالة والغرر إما في العقود عليه أو في الأجل أو الصيغة أو غيرها مما هو مقصود في العقود، فهذا النوع من المخاطر الأصل فيه التحريم؛ لما فيه من المقامرة والغرر. فإن كانت المخاطرة في مسابقة أو مغالبة فهي من القمار، وإن كانت في مبادلة تجارية فهي من الغرر.

ويستثنى من تحريم هذا النوع من المخاطر الحالات التي يغتفر فيها الغرر في العقود، وهي المخاطر التي لا يمكن التحرز منها، وتدعو إليها الحاجة، والمخاطر اليسيرة، والمخاطر التي لا تكون مقصودة في العقد⁽¹⁴⁾.

التأصيل الشرعي لضمان رأس المال:

الضمان لغة: مصدر ضمننت الشيء أضمنه ضماناً⁽¹⁵⁾، وهو مشتق من (ضمن)، جاء في مقاييس اللغة: «الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه. ومن ذلك قولهم: ضمننت الشيء إذا جعلته في وعائه. والكفالة تسمى ضماناً من هذا لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته»⁽¹⁶⁾.

وللضمان في اللغة عدة معان⁽¹⁶⁾، منها:

1- الالتزام، يقال: ضمانت المال أي ألتزمته.

2- التغريم، يقال: ضمانته المال تضميناً، أي غرّمته إياه.

تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء.

يطلق لفظ الضمان عند الفقهاء على عدة معان:

1- الكفالة بمعنى ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق⁽¹⁷⁾.

2- غرامة الإنسان ما باشره أو تسبب فيه من الإلتلافات والغصوب والعيوب والتغيرات الطارئة⁽¹⁸⁾.

3- الالتزام بالقيام بعمل⁽¹⁹⁾.

4- تحمل تبعة الهلاك والتعيب⁽²⁰⁾.

مما تقدم يمكن التنبيه إلى أن الضمان عند الفقهاء يطلق بمعناه الأخص ويعني: ضم ذمة إلى أخرى في التزام الحق، وهو مرادف للكفالة بالمال أو بالبدن.

كما يطلق الضمان بمعناه الأعم، ويعني: شغل الذمة بما يجب الوفاء به، فيكون بهذا الاصطلاح مرادفاً للمعنى اللغوي، أي الالتزام، سواء أكان التزاماً بالمال أم بالنفس، وسواء أكان بعقد أم بدون عقد، وسواء أكان بالتزام من المكلف أم بإلزام من الشارع⁽²¹⁾.

ويقصد بضمان رأس المال في الاستثمار: التزام المدير للاستثمار بسلامة رأس المال للمستثمر صاحب المال.

وقد انعقد الإجماع على أن يد المضارب يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط⁽²²⁾، بل وذهب جماهير أهل العلم من الحنفية⁽²³⁾،

والمالكية⁽²⁴⁾، والشافعية⁽²⁵⁾، والحنابلة⁽²⁶⁾، إلى عدم جواز اشتراط تضمين المضارب في حال عدم تعديه أو تفريطه، وحكموا بفساد هذا الشرط؛ لأن اشتراط ضمان رأس المال على المضارب يقلب العقد من مضاربة إلى قرض، ويحول المضارب من كونه وكيلًا أمينًا إلى كونه مقترضًا ضامنًا، فتؤول المضاربة بذلك إلى قرض جر نفعًا. بل إن بعض أهل العلم نفى وجود خلاف في بطلان اشتراط ضمان المضارب، ومن ذلك قول ابن قدامة - رحمه الله: «متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهماً من الوضعية فالشرط باطل. لا نعلم فيه خلافاً»⁽²⁷⁾.

الطريقة المناسبة للتحوط هي المزج بين عقد مداينة وعقد مشاركة لزيادة العائد مع المحافظة على رأس المال .
وسائل التحوط لرأس المال من تذبذب القيمة السوقية :
هناك عدة وسائل وطرق للتحوط لرأس المال من تذبذب القيمة السوقية، ومنها المسائل التالية:

المسألة الأولى: الالتزام بضمان القيمة الاسمية:

يعتبر التزام مدير الاستثمار أو المٌصدر أو مدير موجودات الصكوك بضمان رأس مال حملة الصكوك، أو الالتزام بشراء أصول صكوك المضاربة أو المشاركة أو الوكالة بالاستثمار بالقيمة الاسمية⁽²⁸⁾، من أولى الطرق والوسائل التي اشتملت عليها بعض إصدارات الصكوك، وقد صدرت بتحريمها جملة من القرارات والفتاوى المجمعية، مثل: قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم 178(19/4)⁽²⁹⁾، والذي نص على أن: «مدير الصكوك أمين لا يضمن قيمة الصك إلا بالتعدي أو التقصير أو مخالفة شروط المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار»، وفيه: «لا يجوز إطفاء الصكوك

بقيمتها الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو بالقيمة التي يُتفق عليها عند الإطفاء».

كذلك فقد نصت الفقرة 7/8/1/5 من معيار صكوك الاستثمار - المعيار السابع عشر- الصادر عن المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية على الآتي: «أن لا تشمل النشرة على أي نص يضمن به مصدر الصك لمالكه قيمة الصك الاسمية في غير حالات التعدي أو التقصير، ولا قدراً معيناً من الربح»، وهو ما أكدته بيان المجلس الشرعي لهيئة المحاسبة الصادر في البحرين عام 1429هـ، والذي جاء فيه: «لا يجوز للمضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يتعهد بشراء الأصول من حملة الصكوك أو ممن يمثلهم بقيمتها الاسمية عند إطفاء الصكوك في نهاية مدتها...».

وعلى ذلك فلا يجوز ضمان مصدر الصكوك قيمة الصك «رأس المال» ولا مقداراً محدداً من الأرباح، سواء أكان ذلك بصيغة الالتزام أو التعهد أو الوعد الملزم، وكذلك لا يجوز التزام المصدر أو تعهده أو وعده وعداً ملزماً بشراء أصل الصكوك «أو ما تمثله الصكوك» بالقيمة الاسمية للصك عند إطفاء الصكوك، أو إنهاؤها قبل حلول أجل إطفائها لأي من الظروف الطارئة⁽³⁰⁾.

المسألة الثانية: تبرع إدارة الاستثمار بالضمان:

كانت فكرة التبرع بالضمان من الحلول المقترحة لضمان الاستثمار في بدايات المصرفية الإسلامية⁽³¹⁾ وهي على تخريجين هما:

التخريج الأول: تستند هذه الفكرة على أن البنك جهة وسيطة بين (المستثمرين)، وبين الجهات المستفيدة من هذه الأموال، وبهذا فإن ضمانها

للخسارة ليس من ضمان العامل لرأس المال، وإنما هو جهة ثالثة يمكنها أن تتبرع لصاحب المال بضمن ماله.

المخاطرة الجائزة هي التي تكون ناشئة عن تملك السلعة وتحمل المالك التبعة والمسؤولية الناشئة عن تلفها أو نقصان قيمتها
المناقشة:

نوقشت هذه الفكرة من عدة أوجه منها:

- 1- أن قيام المصرف بدفع مبالغ الودائع الاستثمارية إلى الجهات المستفيدة أمر يتفرع عن تمام التعاقد، وكون المصرف وسيطاً لا يغير من كونه عاملاً في رأس مال المستثمرين⁽³²⁾.
- 2- أن دعوى أن المصرف الإسلامي مجرد وسيط غير مسلمة، بدليل أن المصرف يأخذ من أرباح الأموال المستثمرة⁽³³⁾.
- 3- مع التسليم بأن المصرف وسيط بين المستثمرين والجهات المستفيدة، فإنه لا يجوز له الضمان حينئذٍ؛ لكي لا يجمع بين عقد تبرع ومعاوضة حتى لا يكون حيلة على أخذ الأجر على الضمان⁽³⁴⁾.

التخريج الثاني: بناءً على أن المصرف متبرع بالضمان من غير شرط ومن غير أن يذكر في العقد أو في نشرة الإصدار أو لائحة الاستثمار، ويؤيد ذلك ما جاء عن بعض المالكية من جواز تطوع العامل بالضمان في المضاربة. جاء في حاشية الدسوقي: «وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف»⁽³⁵⁾.

المناقشة: إن هذا غير مقبول، لأن التبرع بالضمان - هنا - وإن لم ينص عليه في اتفاقية العاقد، فإن المصرف ملزم به، والمعروف عرفاً

كالمشروط شرطاً. وما ذكره بعض المالكية من جواز تطوع العامل بالضمان لا يصح الاستشهاد به في هذا الموضوع؛ لأن مرادهم فيما إذا تطوع العامل بذلك بعد تمام العقد.

وعلى ذلك فيجوز لمدير الاستثمار التبرع بالضمان بعد التعاقد⁽³⁶⁾، عند حصول الخسارة، مع التنبيه على أن ذلك الضمان إنما يصدر اختياراً من إدارة الاستثمار ودون مقابل، أو اشتراط من المكتتبين، ومن خلال ما تقدم يلحظ على تطبيق فكرة تبرع إدارة الاستثمار، أو جهة الإصدار بالضمان عند تقييدها بهذه القيود، أنها تكون في ظروف عارضة واستثنائية وقليلة الحدوث، ولا تصلح لأن تكون إجراء دائماً متعارفاً عليه.

المخاطرة المحرمة هي التي يكون منشؤها الجهالة والغرر إما في المعقود عليه أو في الأجل أو الصيغة أو غيرها
المسألة الثالثة: التزام طرف ثالث بالضمان:

تعتبر فكرة التزام طرف ثالث بالضمان من أبرز الحلول المقترحة وأكثرها انتشاراً وتطبيقاً في المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية خاصة وأن هذه الفكرة طبقت عملياً مع التجارب الأولى لإصدار الصكوك⁽³⁷⁾.

والتزام طرف ثالث بالضمان على حالين هما:

الحال الأولي: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان تبرعاً.

الحال الثانية: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان مقابل عوض.
وفيما يأتي بيان ذلك:

الحال الأولي: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان تبرعاً:

وهذا هو الذي ينصرف إليه الكلام عند بحث هذه المسألة وهو الذي انتشر تطبيقه وكان مقترحاً لصكوك المقارضة في دورة المجمع عام 1408هـ، وقد يكون الطرف الثالث فرداً أو شركة أو جهة، والغالب أن

يكون من الحكومة، والتي تهدف من ذلك إلى تشجيع الناس على الإسهام والمشاركة في مشروعات استثمارية ضمن الخطة التنموية، والتي قد يحجم عنها كثير من المستثمرين لولا وجود الضمان⁽³⁸⁾، وهذا الالتزام ليس ضماناً بنية الرجوع على المضمون عنه، وليس ضماناً بأجر من جهة الإصدار أو المكتتبين في الصكوك .. هذا هو محل المسألة.

وقد اختلف العلماء المعاصرون فيما إذا التزم طرف ثالث بالضمان تبرعاً، بلا مقابل على قولين هما:

- القول الأول: ذهب بعض المعاصرين إلى تحريم ضمان رأس مال المستثمرين سواء أكان الضامن هو العامل أو طرفاً ثالثاً⁽³⁹⁾. واستدلوا بأدلة، منها:

الدليل الأول: اتفاق الفقهاء على أن الضامن إنما يصح ضمانه لما هو مضمون على الأصل، كالقرض وثن المبيع، وأما ما لم يكن مضموناً على الأصل، فلا يصح ضمانه؛ مثل الوديعة، ورأس مال المضاربة. جاء في المغني⁽⁴⁰⁾: «يصح ضمان الأعيان المضمونة، كالمغصوب والعارية ... فأما الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة فهذه إن ضمنها من غير تعدٍ فيها لم يصح، لأنها غير مضمونة على من هي في يده فكذاك على ضامنه».

ونوقش: بأن ذلك الشرط الذي ذكره الفقهاء وارد لحق المضمون عنه؛ إذ لا يصح للضامن أن يضمن حقاً ليس ثابتاً، ثم يطالب المضمون عنه بذلك الحق. أما التزام طرف ثالث هنا فإنه قائم على محض التبرع⁽⁴¹⁾.

الدليل الثاني: أن ضمان الطرف الثالث ذريعة إلى الوقوع في الربا، فيحرم عملاً بقاعدة سد الذرائع.

وذلك أن الطرف الثالث إذا جاز له ضمان الأصل فيجوز له ضمان نسبة من الربح وبذلك يفتح باب الربا.

يناقش: بأن ضمان الطرف الثالث كما في قرار المجمع لم يتضمن إجازة ضمان الربح، وعليه فلا يلزم منه ضمان الربح، ثم إنه لا يسلم كونه ذريعة إلى الربا ما دام من طرف خارج العقد مثل التورق العادي.

- **القول الثاني:** ذهب بعض العلماء المعاصرين إلى جواز التزام طرف ثالث في عقد المضاربة منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع -دون مقابل- بمبلغ مخصص لجبر الخسران الذي قد يطرأ على أموال المستثمرين.

وإلى هذا ذهب مجلس مجمع الفقه الإسلامي بجدة في دورته الرابعة⁽⁴²⁾ وعدد من الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية.

الأدلة: استدل أصحاب هذا القول بأدلة منها:

الدليل الأول: ما روى صفوان بن أمية رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه درعاً يوم حنين، فقال: أغضب؟ فقال صلى الله عليه وسلم «لا، بل عارية مضمونة»⁽⁴³⁾.

وجه الدلالة: أن الأصل في العارية أنها أمانة، لكن لما التزم النبي صلى الله عليه وسلم بضمانها صح الضمان ولزم، ويقاس على العارية المال المضارب به بجامع أن كلاهما أمانة في الأصل⁽⁴⁴⁾، ونوقش: بأنه لو صح الاستدلال بهذا الحديث لجاز أن يضمن العامل في المضاربة بالشرط كالمستعير، والإجماع منعقد على منعه⁽⁴⁵⁾.

ويجاب بأن أصل المسألة في ضمان رأس المال دون الربح.

الدليل الثاني: حديث جابر رضي الله عنه قال: كان صلى الله عليه وسلم لا يصلي على رجل عليه دين فأتي بميت ليصلي عليه، فسأل صلى الله عليه وسلم «هل عليه دين؟» قالوا: نعم ديناران. قال «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة رضي الله عنه: هما عليّ يا رسول الله. فصلى عليه⁽⁴⁶⁾.

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قبل التزام طرف ثالث عن المدين والدائن في وفاء الدين، فدل على جواز تبرع طرف ثالث عن طرفي عقد المضاربة بضمان الصكوك.

الدليل الثالث: أن التبرع في عقد المضاربة بالضمان من طرف ثالث هو بذل مثل سائر التبرعات، وإذا كان التبرع بالمال جائزاً فإن التبرع بالضمان هو أحرى بالجواز.

ونص قرار مجمع الفقه الإسلامي⁽⁴⁷⁾: «ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد، بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما يتبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد».

لا يجوز إطفاء الصكوك بقيمتها الاسمية بل يكون الإطفاء بقيمتها السوقية أو بالقيمة التي يُتفق عليها عند الإطفاء:
ويتضح من القرار أنه أجاز ضمان الطرف الثالث بضوابط وهي:

1- أن يكون الطرف الثالث مستقلاً في ذمته وشخصيته المالية عن طرفي العقد.

2- أن يكون وعد الطرف الثالث على أساس التبرع بجبر الخسارة.

3- أن يكون التزام الطرف الثالث مستقلاً عن عقد المضاربة.

وعلى ذلك فلا يصح ضمان الطرف الثالث في كل من الصور الآتية:

- ضمان الشركة القابضة إحدى الشركات التابعة لها، أو العكس.
- ضمان شركة ذات غرض خاص ينشؤها المصدر لغرض ضمان الإصدار، بغض النظر عن التسجيل القانوني لاسم مالك هذه الشركة ذات الغرض الخاص.

- ضمان دولة أو بنكها المركزي إصداراً أصدرته إحدى الوزارات أو المؤسسات الحكومية في ذلك البلد، أو العكس؛ لأنه وإن كان المصدر وزارة ما والضامن وزارة أخرى أو البنك المركزي؛ فالنتيجة أنها كلها جهات ممثلة للدولة⁽⁴⁸⁾.

لكن المتأمل للتطبيقات العملية لضمان الطرف الثالث في بعض المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية يلحظ عدم إعمال هذه القيود والضوابط بدقة بحيث يتضح عدم استقلال الطرف الثالث وانفصال شخصيته وذمته المالية عن ذمة جهة الإصدار، ومن ذلك⁽⁴⁹⁾:

1- جاء في توصيات الندوة الفقهية الاقتصادية المنعقدة بين مجمع الفقه الإسلامي والبنك الإسلامي للتنمية في 16/05/1411هـ: «جواز ضمان البنك لما يبيعه لصندوق الاستثمار التابع له، والذي يتولى

إدارته على أساس المضاربة»، مع أن البنك قد يكون من أكبر المساهمين في الصندوق.

2- جاء في توصيات ندوة البركة السادسة للاقتصاد والإسلامي: جواز ضمان فرع بنك البركة في جدة لأموال المستثمرين في بنك البركة بلندن، إذا اقتضت قوانين بلد البنك المضمون «فرع لندن» ضمان أموال المستثمرين.

3- أجازت الهيئة الشرعية للبنك الأردني الإسلامي ضمان الدولة لأموال الأوقاف المستثمرة التي تديرها وزارة الأوقاف.

4- جاء في المعايير الشرعية لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية بتحديد المقصود باستقلال الطرف الثالث، المتعهد بالضمان في كونه جهة مالكة أو مملوكة بما لا يزيد عن النصف للجهة المتعهد لها⁽⁵⁰⁾.

ويلحظ على هذه التطبيقات عدم تحقق استقلال الطرف الثالث بما لا يحقق الضوابط التي ذكرها قرار.

مجمع الفقه الإسلامي الدولي.

ومن خلال ما تقدم من عرض الأقوال والأدلة والمناقشات وبعض الحالات التطبيقية يمكن التوصل للنتائج الآتية:

1- هناك تطبيقات لا تحقق الضوابط التي ذكرها قرار مجمع الفقه، مما يجعل القول بالمنع متجهاً باعتبار عدم استقلال الذمة المالية بين المتعهد بالضمان والمضمون عنه، مما يترتب عليه ضمان العامل لرأس المال.

2- ضمان الطرف الثالث مقصور الوقوع من الناحية النظرية، مثل لو رغبت الحكومة في دعم أنشطة معينة، وتحفيز المستثمرين

للدخول فيها من خلال التبرع بالضمان عند حصول الخسارة، وبذلك تكون الضوابط التي ذكرها قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي متوفرة في مثل هذه الصور فيكون القول بالجواز راجحاً حينئذ في هذه الحالة وأمثالها.

لكن هذا الحل من الناحية العملية قليل الحدوث، فلا يعتبر حلاً مناسباً عملياً لقضية التحوط لرأس المال؛ إذ الغالب في الطرف الثالث الذي يتبرع بالضمان لا يضمن إلا إذا كان له صفة أو مصلحة في المعاملة محل التعاقد. الحال الثانية: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان مقابل عوض:

إذا التزم طرف ثالث بضمان رأس المال أو رأس المال والربح في الاستثمارات فإن هذا التصرف يكون نوعاً من التأمين التجاري. وجمهور المعاصرين على تحريمه وصدر به قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي. ويحرم لما فيه من أكل أموال الناس بالباطل، ولما يشتمل عليه العقد من غرر فاحش يفسد العقد.

المسألة الرابعة: التأمين التعاوني لضمان هلاك الأصول أو نقصها: هذه الصيغة من الصيغ الأولية، ويمكن أن تعد من أنواع الضمانات المقدمة لحملة الصكوك أو الوحدات الاستثمارية وذلك بأن يتم إنشاء صندوق للتأمين التعاوني، أو التعاقد مع إحدى شركات التأمين التعاوني للتأمين على أصول الصكوك أو الوحدات الاستثمارية من الهلاك أو النقص. ويتم الإفصاح في نشرة الإصدار عن كون جزء من الموجودات سيتم دفعه كاشتراك في تأمين تعاوني على الأصول.

والحكم في هذه الصيغة ينبنى على جواز صيغة التأمين التعاوني المستجمع للضوابط الشرعية⁽⁵¹⁾، مع التأكيد على أهمية وجود تدقيق ورقابة

شرعية ذات كفاءة تتأكد من تطبيق قرارات الهيئة الشرعية في الواقع العملي للتأمين المقدم لحملة الصكوك أو الوحدات الاستثمارية⁽⁵²⁾.

وبالتأمل في هذه الصيغة يظهر أنها من ضمان الطرف الثالث المستقل عن طرفي العقد، من خلال عقد التأمين التعاوني.

المسألة الخامسة: الوعود المتبادلة للتحوط من تذبذب القيمة السوقية:

من الوسائل التي تتخذها بعض البنوك لتحقيق الحماية لعملائها المستثمرين إصدار وعود متبادلة بينها وبين المستثمر، بحيث يصدر وعد ملزم من البنك بشراء الأصول المستثمرة المملوكة للعميل في تاريخ محدد وضمن محدد، ولكنه شراء معلق على شرط، بأن يكون ثمنها الجاري في السوق أقل من ذلك الثمن الذي التزم البنك بالشراء به، وفي المقابل يقدم العميل وعداً ملزماً بالبيع للبنك عند حلول الأجل بنفس الثمن المتفق عليه، ولكن بشرط أن يكون ثمنها في السوق أعلى من ذلك الثمن المحدد.

ومثال ذلك لو أن عميلاً رغب في أن يحقق الحماية لاستثماراته بهذه الطريقة، فما عليه إلا أن يوكل البنك أن يشتري له أصولاً استثمارية «أسهماً مثلاً بـ 90 ريالاً» ويعدده البنك بأن يشتري منه هذه الأسهم في تاريخ محدد بـ 100 ريال إذا كان سعرها في السوق في ذلك الوقت يقل عن 100 ريال، ويعد العميل البنك بأن يبيعها على البنك بهذا المبلغ إذا كانت قيمتها الجارية في ذلك الوقت تزيد على 100 ريال.

ومحصلة هذه الطريقة أن العميل سيبيع هذه الأصول على البنك في التاريخ المحدد بمبلغ 100 ريال؛ لأن السعر الجاري في السوق وقت التنفيذ إن كان يزيد على 100 ريال فسيلزم البنك العميل بالبيع، وإن كان أقل فسيلزمه العميل بالشراء، وإن كان مساوياً لها فيستوي الأمر للطرفين،

إذ لا فرق بين أن يبيعها العميل على البنك أو في السوق أو أن يشتريها البنك من العميل أو من السوق⁽⁵³⁾.

الحكم الشرعي لهذه الوسيلة:

ذكر فضيلة الدكتور يوسف الشبيلي تفصيلاً جيداً في الحكم الشرعي، وذلك على النحو الآتي:

يختلف الحكم الشرعي لهذه الطريقة بحسب نوع العلاقة بين البنك والعميل. ولا يخلو الأمر من إحدى حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون البنك وكيلًا عن العميل في الشراء، بحيث يقتصر دور البنك على كونه سمساراً عن العميل، ثم إذا تملك العميل تلك الأصول أجرياً تلك الوعود المتبادلة، فلا يظهر في ذلك محظور شعوي، سواء أكان انتقال ملكية تلك الأصول إلى البنك في وقت التنفيذ بهذه الوعود أو بالبيع الآجل؛ لأن العميل يملك هذه الأصول وله بيعها نقداً أو بالأجل. ويستثنى من ذلك ما إذا كانت تلك الأصول نقوداً أو ذهباً أو فضة، فإن صرف العملات وشراء الذهب والفضة يحرم فيه النساء.

والحالة الثانية: أن يكون البنك مديراً لاستثمارات العميل، إما بالمضاربة أو الوكالة أو المشاركة، فقد يقول: إن هذه الوعود المتبادلة جائزة؛ لأنها وعود مستقلة لا تتفق في محل واحد في زمن واحد؛ لأن أحد الوعدين معلق على شرط أن يكون سعرها في السوق أقل من مائة، والثاني معلق على شرط أن يكون سعرها في السوق أعلى من مئة، فمورد الوعدين مختلف⁽⁵⁴⁾، وبهذا فليست هذه الوعود المتبادلة من المواعدة الملزمة للطرفين التي هي بمنزلة العقد وصدر فيها قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم (40-41) وفيه: «المواعدة - وهي التي تصدر من الطرفين - تجوز في بيع المرابحة بشرط الخيار للمتواضعين، كليهما أو أحدهما، فإذا لم يكن هناك

خياراً فإنها لا تجوز؛ لأن المواعدة الملزمة في بيع المrabحة تشبه البيع نفسه»(55).

وقد يقال - وهو الأظهر - بعدم الجواز؛ لأن الوعدين وإن اختلفوا في شرط لزومهما إلا أن هذا الاختلاف غير مؤثر؛ لأن النتيجة الحتمية لهذه الوعود أن يتم التنفيذ بالسعر المتفق عليه سواء زادت القيمة السوقية لتلك الأصول على السعر المتفق عليه أم نقصت عنه أم عادلته؛ والمدير في حقيقة الأمر ملتزم بشراء هذه الأصول بقيمتها الاسمية وربح محدد. وقرار المجلس الشرعي بهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية المتضمن تحريم التزام المدير بشراء الأصول بقيمتها الاسمية يشمل هذه الصورة فيما يظهر، والله أعلم.

التزام طرف ثالث بالضمان من أبرز الحلول المقترحة وأكثرها انتشاراً وتطبيقاً في المصارف الإسلامية

المسألة السادسة: الوسائل الوقائية لحماية رأس المال وإدارة المخاطر:

من تلك الوسائل: دراسة الجدوى، والتنمين الدقيق، وتنويع الاستثمار، وتكوين احتياطي من الأرباح، إلى غير ذلك من الوسائل لحماية رأس المال، وإدارة المخاطر المتنوعة(56).

في الحلقة القادمة نتناول وسائل التحوط من تذبذب أسعار العملات ومن المخاطر الائتمانية.

هوامش الفصل

- (1) للكفوي ص56.
- (2) ينظر: التحوط في التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم ص66.
- (3) المرجع السابق ص133.
- (4) ينظر: إدارة المخاطر المالية، د. خالد الراوي ص320، والمشتقات المالية، د. سمير رضوان ص329.
- (5) هذه الطرق ذكرها أبو الفضل جعفر بن علي الدمشقي، في رسالته الإشارة إلى محاسن التجارة، ينظر: موسوعة الاقتصاد الإسلامي، تحرير: د. رفعت السيد العوضي 1/159.
- (6) ينظر: حماية رأس المال، د. يوسف الشبيلي ص64.
- (7) ينظر: لسان العرب 4/249، والمصباح المنير ص147، والقاموس المحيط ص494.
- (8) ينظر: المبسوط 30/158، المدونة 3/15، الفروع 4/24، الموسوعة الفقهية 19/205.
- (9) المخاطر في صيغ التمويل المصرفي، د. محمد القري حولية البركة 6/281.
- (10) المخاطر في صيغ التمويل الإسلامي، د. محمد القري ورقة مقدمة لندوة إدارة المخاطر 1425هـ، ص1.
- (11) التحوط في التمويل الإسلامي، د. سامي السويلم ص62.
- (12) تفسير آيات أشكلت 2/700.
- (13) ينظر: الغرر للضرير ص581، وحماية رأس المال للشبيلي ص19.

- (14) ينظر: تهذيب الأسماء واللغات 1/183.
- (15) لابن فارس 3/395، وينظر: الصحاح 6/2155.
- (16) ينظر: مادة ضمن في الصحاح 6/2155، المصباح المنير ص 297، لسان العرب 29/2610.
- (17) ينظر: مواهب الجليل 5/96، تحفة المحتاج 5/240، كشف القناع 362/3، والحنابلة يخصصون لفظ الكفالة بالتزام إحضار بدن المدين، مع موافقتهم للمالكية والشافعية في إطلاق لفظ الضمان على الكفالة بالمعنى المذكور، ينظر: كشف القناع 3/375.
- (18) ينظر: بدائع الصنائع 6/62، المدونة 4/170، الأم 3/252، كشف القناع 4/98، الموسوعة الفقهية 28/219.
- (19) ينظر: بدائع الصنائع 6/62، كشف القناع 4/34، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص 292.
- (20) ينظر المبسوط 13/9، الكافي في فقه أهل المدينة ص 367، الحاوي الكبير 5/221، المبدع 4/13.
- (21) ينظر: الضمان في الفقه الإسلامي لعلي الخفيف 1/5.
- (22) وممن حكى الإجماع من أهل العلم: الإمام ابن عبد البر في الاستذكار 21/124، وشيخ الإسلام ابن تيمية في مجموع الفتاوى 30/82.
- (23) ينظر: البحر الرائق، ابن نجيم 7/288.
- (24) ينظر: المنتقى شرح الموطأ، الباجي 7/72، الشرح الصغير، الدردير 3/687-688.
- (25) ينظر: الحاوي الكبير، الماوردي 7/371.

(26) ينظر: الإنصاف، المرداوي 113/6، كشف القناع، البهوتي 196/3.

(27) المغني 176/7.

(28) المقصود بالقيمة الاسمية، القيمة التي تحدد للصك عند إصداره، ومجموع قيم هذه الصكوك هو رأسمال الصندوق، وإذا وجد تعهد من مُصدره أو مديره فهو غير جائز؛ لأنه غرر ممنوع شرعاً وهذا يفقد الصكوك الإسلامية أهم خصائصها التي تميزت بها من حيث كونها أدوات مالية استثمارية مشروعة، ويدخلها في دائرة السندات المحرمة، وحامل الصك مالك له، له غنمه وعليه غرمه وهذا الذي يحقق معنى الملكية الحقيقية في الصكوك الإسلامية، ينظر: ضمانات الصكوك الإسلامية، د. حمزة الفعر ص333.

(29) الصادر عن مؤتمر المجمع في دورته التاسعة عشرة المنعقدة في إمارة الشارقة بدولة الإمارات، من 1-5 جمادى الأولى 1430هـ، الموافق 26-30 إبريل 2009م.

(30) ينظر: ملكية حملة الصكوك، د. حامد ميرة، ص15.

(31) ينظر: البنك اللاربوي د. محمد باقر الصدر، ص31.

(32) ينظر: تطوير الأعمال المصرفية د. سامي حمود، ص400.

(33) ينظر: المصارف الإسلامية للهيئتي، ص489.

(34) ينظر: الربا للسعيد، ص1174.

(35) المرجع السابق 520/3.

(36) لو أعلن المصرف أو جهة الإصدار عن تنازله عن الأجور التي يتقاضاها عادة فيما لو خسر المشروع فلا محذور فيه؛ لأنه ليس من

ضمان رأس المال، وقد أجازت الهيئة الشرعية لمصرف الراجحي عدداً من لوائح صناديقها الاستثمارية، والتي ينص فيها على هذا التعهد.

(37) ينظر: تصوير حقيقة سندات المقارضة، د. سامي حمود، ص1928.

(38) ينظر: ضمان رأس المال أو الريح في صكوك المضاربة، د. حسين حامد حسان، ص1875.

(39) ممن ذهب إلى هذا القول من المعاصرين: د. الضرير، ود. السالوس، ود. العثماني، ينظر: بحوث في قضايا فقهية معاصرة، د. تقي الدين عثمانى، والخدمات الاستثمارية للشبيلي 141/2.

(40) لابن قدامة 7/76.

(41) ينظر: الصكوك للشعبي، ص288.

(42) ينظر: قرار مجمع الفقه رقم 4/د/4-88/8 عام 1408هـ.

(43) أخرجه أحمد 3/401، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، ينظر: نصب الراية 4/116، والتلخيص الحبير 3852.

(44) ينظر: تصوير حقيقة سندات المقارضة، د. سامي حمود، مرجع سابق، ص1929.

(45) ينظر: الخدمات الاستثمارية للشبيلي، مرجع سابق 2/146.

(46) أخرجه البخاري في صحيحه برقم 295، ومسلم في صحيحه برقم 867.

(47) مجلة المجمع، العدد الرابع 3/2164.

(48) ينظر: ملكية حملة الصكوك، د. حامد ميرة، مرجع سابق، ص17.

- (49) ينظر: الخدمات الاستثمارية للشبيلي، مرجع سابق، 145/2،
والصكوك للشعبي ص285.
- (50) المعايير الشرعية ص209.
- (51) ينظر: توصيات وأبحاث الملتقى الأول والثاني للتأمين التعاوني، الهيئة
الإسلامية العالمية للاقتصاد والتمويل.
- (52) ينظر: ملكية حملة الصكوك، مرجع سابق، ص18.
- (53) التحوطات البديلة عن الضمان في المشاركة والصكوك الاستثمارية
وغيرها، بحث د. محمد القري.
- (54) المرجع السابق.
- (55) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة.
- (56) ينظر: إدارة مخاطر الصكوك الإسلامية، د. أشرف محمد دوابة.