

تطبيقات نظرية المخاطرة في الأعمال المصرفية

- يتناول هذا الفصل الظاهرة المصرفية الإسلامية، ويخضع مناقشتها المختلفة لمحاكمتها إلى معيار المخاطرة، حيث يتناول هذا الفصل:
- الملكية المخاطرة وأهميتها.
 - محاكمة مناقش تلقي الأموال إلى معيار المخاطرة.
 - مناقش توظيف الأموال في المصارف الإسلامية.
 - مناقش الخدمات المصرفية.

لكن قبل ذلك لا بد من إلقاء نظرة خاطفة على الظاهرة المصرفية الإسلامية، في عرض سريع لأهم الأسس التي تقوم عليها، وللطبيعة الخاصة التي تميزها من النظر التقليدي، ولأهم مناقشتها، مقدمة سريعة لهذا الفصل.

للاستثمارات في البنوك الإسلامية طبيعة خاصة تميزها من المصارف التقليدية؛ فهي تقوم على مجموعة من الأسس والثوابت المبدئية تتمثل في⁽¹⁾ الأساس العقدي، والاستثمار في الطيبات، وأساس التقلب والمخاطرة، وأساس تنمية المال، وأساس المحافظة على المال، وأساس ربط الكسب

(1) شحاته، حسين. الجوانب المحاسبية لمشكلة قياس وتوزيع عوائد الاستثمارات في المصارف الإسلامية، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العام للمصارف الإسلامية - اسطنبول، القاهرة: بحوث مختارة، الاتحاد الدولي للبنوك الإسلامية، 1987م، ص121.

بالجهد والغنم بالغرم، وأساس ترتيب الاستثمارات حسب الأوليات الإسلامية، الضروريات ثم الحاجيات.

موارد الأموال وصيغ توظيفها

يقصد بالموارد المالية تلك المصادر التي تتدفق من خلالها الموارد المالية المختلفة للمصرف، وهي نوعان رئيسان من المصادر: المصادر الذاتية، والمصادر الخارجية. وتمثل المصادر الذاتية حصص المساهمين، وتتكون من: رأس المال المدفوع، والاحتياطيات، والأرباح المرحلة، والمخصصات. وشركة المساهمة المحدودة المسؤولة هي الشكل القانوني الذي يحكم العلاقة بين الأطراف، ولكن المسألة لا تخلو من وجهة نظر تملئها نظرية المخاطرة، وذلك بما يتعلق بالأسهم الممتازة؛ إذ يمكن إصدار رأس المال المدفوع في شكل أسهم عادية وأسهم ممتازة، والنوع الأول هو صك يمثل ملكية مخاطرة؛ أي يشارك في الربح والخسارة، أما النوع الثاني (الأسهم الممتازة) فمع أنه صك ملكية في الأصل إلا أنه اختلطت به مزايا أخرجته عن الملكية المخاطرة، وقربت بينه وبين السندات (التي هي صكوك مديونية بفائدة مضمونة)؛ ومن ثم ينتقض شرط السلامة الشرعية لأي شركة تصدرها، وهذا ما سيأتي له مزيد بيان في الفصل الآتي.

كذلك لا تخلو مسألة العلاقة بين المساهمين من وجهة نظر لهذه الدراسة؛ فالمسؤولية المحدودة بين أرباب الملكية المخاطرة محل انتقاد، إذ ترى الدراسة أن العلاقة التضامنية هي الصيغة التي تحوز على السلامة الشرعية، وتتساق مع مقررات نظرية المخاطرة في العلاقة بين المساهمين، وشركة العنان تمثل الإطار العقدي السائغ شرعاً بين المساهمين، على أن المسؤولية المحدودة بين رب المال والعامل تجد لها ما يسوغها*، فرب المال قد يشترط على المضارب ألا يستدين، وقد يشترط على المضارب شروطاً تحظر عليه

(*) أجاز مجمع الفقه الإسلامي الدولي المسؤولية المحدودة، بقرار رقم (63) - 5/14/1992م. وانظر أيضاً:

- الخياط. الشركات، مرجع سابق، ج2، ص238.

تجارات معينة، وهذه الشروط المقيدة للمضاربة تُحد من مسؤولية ربّ المال تجاه أي خسارة تنجم عن مجاوزة المضارب شروط المضاربة المقيدة، بينما المسؤولية المحدودة بين أرباب المال تبقى محل نظر من وجهة هذه الدراسة؛ كونها تحد من مسؤولية الملكية المخاطرة تجاه مدى تحمل الخسارة. أمّا المصادر الخارجية فهي تلك الموارد المالية التي تتدفق إلى البنك من غير المساهمين، وهي موارد حسابات الاستثمار، وموارد الحسابات الجارية (تحت الطلب)، وموارد حسابات تكافلية. وفي إطار عقد المضاربة والمشاركة تنظم العلاقة بين أصحاب حسابات الاستثمار والمصرف الإسلامي، مع ضرورة الاتفاق على كيفية توزيع الأرباح والخسائر، وتحديد نصيب البنك المضارب مقابل عمله وإدارته، وكذلك الإذن للبنك بالخلط والمضاربة.

أمّا عن أهم صيغ التوظيف والاستثمار التي تناولها التنظير الأولي، فهي المشاركات بأنواعها المختلفة؛ المشاركات طويلة الأجل، والمشاركات قصيرة الأجل، والمشاركات المنتهية بالتمليك، والمضاربات: المضاربة الثنائية، والمضاربة الجماعية، المرابحات المحلية، والمرابحات الدولية، والتجارة: كالبيع بالتقسيط، والبيع التأجيري. وأهم ما يميز هذه الاستثمارات حسب التنظير الأولي في وثائق التأسيس، أنها تقوم على عنصر المخاطرة؛ أي أن العوائد محتملة وتخضع لاحتمال الربح أو الخسارة، فالغرم بالغرم، وتتمثل عوائد هذه الاستثمارات بالربح أو بالخسارة، وليس هذا العائد تعويضاً عن التضخم، أو تضحية مقابل الزمن؛ ولذلك فإن قاعدة «الغرم بالغرم» هي الفيصل في تقاسم صافي العوائد بين الشركاء. وتأسيساً على هذه القاعدة لا يجوز أن تخصص الاحتياطات والمخصصات من صافي العوائد الكلية؛ لأنها تتضمن حق الممولين، بينما تعود الاحتياطات والمخصصات إلى المصرف خاصة؛ لتدعيم مركزه المالي.

ونخلص من هذه المقدمة السريعة إلى أن الإطار العقدي الذي ينظم العلاقة بين المساهمين، والذي ينظم العلاقة بين وحدات العجز ووحدات الفائض، في مناشط تلقي الأموال ومناشط توظيفها، يقوم على عنصر المخاطرة الذي تقرره القواعد الفقهية «الغرم بالغرم» و«الخراج بالضمان»،

فالملكية المخاطرة هي أهم ما تتميز به الظاهرة المصرفية الإسلامية حسب ما نصت عليه وثائق التأسيس الأولية، أمّا تقليدياً فقد كانت العلاقة الضابطة لكلا النشاطين (مناشط تلقي الأموال، ومناشط توظيفها) هي العلاقة الربوية؛ إذ العائد العقدي المقطوع بلا مخاطرة.

أولاً: الملكية المخاطرة وأهميتها

يقصد بالملكية المخاطرة: توظيف الملكية (على مختلف أشكالها) على أساس الاستعداد لتحمل نتائج التوظيف ربحاً أو خسارة، سواء أكان التوظيف مباشراً من قبل المالك أم كان عن طريق مشارك أو مضارب. وتتعدد أشكال الملكية المخاطرة؛ فقد تكون على شكل رأس مال نقدي مخاطر، أو على شكل رأس مال عيني مخاطر. وتتعدد الأطر العقدية لتوظيف الملكية المخاطرة، فقد تكون على شكل شركة عنان، أو مفاوضة، أو شركة مساهمة (إذ يمثل السهم وحدة تمويلية مخاطرة)، أو مضاربة، أو مساقاة. وتنوه الدراسة هنا إلى مسألة الربح التي سبقت مناقشتها، والتي تتساق مع مقررات نظرية المخاطرة (لا يستحق ربح بلا عمل مخاطر أو بلا ملك مخاطر)، إذ تُعدّ الأرض البيضاء مجردة عن العمل أو النفقة ملكية غير مخاطرة لا تستحق عائداً، وكى تشارك في مقاسمة الناتج لا بد أن تقدم مشفوعة بعمل مخاطر أو بنفقة مخاطرة.

ونظراً لموضوع هذا الفصل المتعلق بالظاهرة المصرفية، فإنّ الاهتمام يتركز على رأس المال المخاطر باعتباره شكلاً من أشكال الملكية المخاطرة.

رأس المال المخاطر (venture capital)

رأس المال المخاطر هو أداة تمويلية استثمارية، «وهو صورة لاستثمار نشط مبني على أدوات المشاركة في حقوق الملكية»⁽²⁾ وهذا الشكل التمويلي

(2) هذا الاقتباس هو تعريف سامي سويلم لرأس المال المخاطر، مترجماً عن بحثه بعنوان: رأس المال المخاطر، نموذج محتمل للمشاركة، الرياض: مركز البحوث - شركة الراجحي المصرفية للاستثمار، ص 1.

هو الأهم من بين منجزات الفكر المالي الإسلامي؛ إذ تقوم على أساس تقديم مال يشارك في الربح والخسارة، وليس ديناً مضموناً في الذمة يحصل على عائد ثابت ومحدد مسبقاً، وهو الربا المحرم. وهذه الأداة الاستثمارية - التي هي من مبتكرات الفكر المالي الإسلامي، بل ومن أبرز خصائصه - تعزى إليها الثورة الصناعية في الغرب، إذ بدأت المؤسسات المالية الغربية باستخدامها ضمن ما يُعرف بأدبيات المصرفية الشاملة (universal banking)؛* وذلك للحد من مخاطر تذبذب سعر الفائدة، ففي حين توظف البنوك التجارية الغالب من إيراداتها في تجارة الديون، وتستخدم لذلك أدوات محددة تعتمد على سعر الفائدة، فإن البنوك الشاملة تقلل من هذا الاستخدام لحساب استخدامات الاستثمارات التجارية والمالية، وتستخدم لذلك أدوات تعتمد على الربح. وتعتقد الدراسة أن لهذه الأداة دوراً مهماً في التنمية الاقتصادية، من خلال تمويل المشروعات الصغيرة ذات الأفكار المبدعة والتي تحجم البنوك عن تمويلها؛ لتخلف شروط الملاءة، وعدم توافر الضمانات، متجاهلة كفاءتها الاقتصادية. وتعتقد الدراسة أن هذه الأداة هي ما ينبغي أن يميز المصرفية الإسلامية ويخلصها من سجن المرابحة.

وينقسم هذا المبحث إلى قسمين، يتناول الأول منهما خصائص رأس المال المخاطر، ويتناول الثاني أهمية رأس المال المخاطر وعقود المشاركات.

1. خصائص رأس المال المخاطر

يعد رأس المال المخاطر البديل الإسلامي للتمويل عن المصادر التمويلية التقليدية، إذ يأخذ رأس المال المخاطر شكل الملكية بصورة أسهم أو

(*) universal banking وهي عملية تقديم حزمة من الخدمات المالية المتنوعة، والتي تشمل على القيام بأعمال الوساطة المالية على: تنوعها، وإدارة الاستثمارات، وتسويق منتجات صناعية، والتأمين، ورأس المال المخاطر وصناديق الاستثمار المشترك والتأجير، إلخ. انظر: يوسف كمال. حوار حول الوساطة المالية والمصارف الإسلامية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز (الاقتصاد الإسلامي)، 2001، مجلد 13، ص 76-77.

حصص، وتعد الأرباح هي العائد الأساس لصاحب رأس المال المخاطر، وهي الفرق بين رأس مال المشروع (ما يتم ضخه من أموال منذ بداية المشروع) وبين قيمة بيع المشروع بعد نجاحه. كما يعد رأس المال المخاطر من أنواع الاستثمارات طويلة الأجل غالباً، من وجهة صاحب المال المخاطر؛ إذ يمول المراحل الخطيرة من المشروعات الجديدة والمبتكرة ذات النمو السريع والمخاطر العالية، وفي الوقت نفسه ذات العوائد (المتوقعة) الواعدة. بينما يقتصر تمويل البنوك التقليدية -غالباً- على تمويل الشركات الكبيرة والمستقرة والناجحة، وفي مراحلها المستقرة، ومن خلال أدوات الإقراض.

كما أنّ صاحب رأس المال المخاطر يشارك في إدارة المشروع الممول، والعلاقة بين صاحب فكرة المشروع (entrepreneur) وبين صاحب المال المخاطر هي علاقة شراكة، وليس مجرد علاقة ممول بمقترض؛ وبذلك ليس هناك انفصال بين الملكية والإدارة. كذلك فإنّ صاحب رأس المال المخاطر ذو حضور فاعل حتى في المضاربة؛ وذلك من خلال الموافقة المبدئية على مجال التوظيف وجدواه، ومن خلال المشاركة في مقاسمة نتائج التوظيف.

والمفارقة الجوهرية بين رأس المال المخاطر وبين الأسلوب التقليدي في التمويل، تتجلى في الملكية المخاطرة؛ فهو مخاطر بملكه، ولن يحصل على أمواله وأرباحه إلا من خلال نجاح المشروع، فبينما يتعايش الأول مع المشروع ويقدم التمويل، وقد يشارك في الإدارة والعلاقات، ولا يألو جهداً في العمل على إنجاح المشروع؛ لأنّ ربحه مرتبط بنجاح المشروع، يحصل البنك التقليدي على ماله المقترض وعلى فوائده المشروطة من خلال الضمانات حتى ولو فشل المشروع، فلا يتعايش مع المشروع، ولا يشتق ضماناته من نجاح المشروع، لكنه يضمنها من ملاءة المقترض. وهذا السبب يعزى إليه إحجام البنوك التقليدية عن تقديم التمويل كرأس مال مخاطر، إذ يتطلب التمويل المخاطر خبرات وتخصص في مجال الصناعة طالبة التمويل، كذلك المشاركة الفاعلة في إدارة المشروع؛ الأمر الذي يجعل التمويل

المخاطر أكثر كلفة⁽³⁾، وهذا ما يعزى إليه صغر حجم عرض التمويل في سوق رأس المال المخاطر مقارنة بنظيره التقليدي (القروض الربوية)، وعلى الرغم من ذلك إلا أنه الشكل التمويلي الأنسب للدول الإسلامية؛ نظراً لآثاره الإيجابية على التنمية، وتشجيعه على النمو مع حفظ الاستقرار المالي، ويبدو من وجهة نظر إسلامية أنه قريب جداً من نموذج المشاركة الذي تتوق إليه البنوك الإسلامية، وإن لم يفلح أكثرها في تبنيه.

2. الأشكال التنظيمية لرأس المال المخاطر، وأهميته:

تشير الأدبيات الاقتصادية إلى أربعة أشكال تنظيمية لرأس المال المخاطر⁽⁴⁾، والشكل الرابع منها هو محل عناية هذه الدراسة، ويعبر بوضوح عما نقصده، وهو رأس المال المخاطر في صورة شركات تضامناً محدودة (Venture Capital Limited Partnership)، وهي شركات أو صناديق يتم إنشاؤها بواسطة شركات متخصصة في رأس المال المخاطر، وتلعب دور الشريك المتضامن (general partner) الذي يقوم بالتنظيم والاستثمار والإدارة والتخارج، وهذا الشكل من رأس المال المخاطر يسيطر على أكثر من (75%) من سوق رأس المال المخاطر في الغرب.

هذا، ويقدم رأس المال المخاطر، على طول دورة حياة المشروع؛ من

(3) Al-Suwailem, Sami. "Venture Capital, a potential Model of Musharakah, AL Rajhi Banking and Investment Corp". Riyadh: Research Center, JKAU: Islamic Econ, Vol. 10, 1998, p.1, 13.

(4) وهذه الأشكال هي: 1- شركات استثمار في المشروعات الصغيرة (SBICs) وتستثمر في ملكية بصورة أسهم ممتازة، تعتمد في تمويلها على الديون. 2- صناديق رأس المال المخاطر المالية (Financial Venture Capital Fund)، وهي تابعة للبنوك التجارية وتطبق نظرية المحفظة المالية. 3- صناديق رأس المال المخاطر المؤسسية (Corporation Venture Capital Fund)، وهي شركات رأس مال مخاطر تابعة لمؤسسات غير مالية عادة، ولكن صناعية تسعى للدخول إلى سوق التكنو لوجيا الحديثة. وعادة ما تكون هذه الأشكال الثلاثة مكبلة بولائها للبنك أو الشركة الأم أكثر من مصالح المنظمين طالبي التمويل. انظر:

- Megginson, William. "Towards a Global Modal of Venture Capital". *Journal of Applied Corporate Finance*, Fall 2002, pp. 8-9.

مرحلة تمويل المرحلة المبكرة، والتي تضم: مرحلة بذرة رأس المال (seed capital) وهو تمويل يغطي مصاريف البحوث والتطوير ودراسات الجدوى قبل أن يبرز المشروع إلى حيز التنفيذ. ومرحلة تمويل البداية؛ وهو تمويل يغطي التكاليف الثابتة ويغطي تكلفة التسويق المبدئية. وتمويل المرحلة الأولى (first stage financing) وهو تمويل الاحتياجات الإنتاجية والتسويقية لدورة التشغيل الأولى. إلى تمويل مرحلة النمو؛ فتمويل مرحلة النضوج؛ إلى مرحلة الانحدار.

أهمية رأس المال المخاطر

ظهر الاهتمام الغربي والتنبيه لأهمية رأس المال المخاطر بوصفه مصدراً تمويلياً في منتصف القرن المنصرم، عندما لوحظ إجحام البنوك التقليدية عن تقديم التمويل للمشروعات الصغيرة ذات المخاطر العالية، وذات الأفكار غير التقليدية. وعادة ما تكون مخاطر هذه المشاريع وأمثالها عالية لاسيما عند المراحل الأولى (بذرة رأس المال) وبداية النمو. وكانت البداية الأولى في الغرب على يد عائلات أمريكية غنية في العشرينيات والثلاثينيات من القرن المنصرم، إذ قامت بتمويل مشاريع صغيرة ومبتكرة، برأس مال مخاطر، وقد أصبحت هذه المشاريع شركات عملاقة بعد مضي عقد أو عقدين من الزمان. وكانت العلامة الفارقة والمميزة في التاريخ الحديث لرأس المال المخاطر، عند إنشاء شركة (American Development Research) عام 1964م، في مدينة ماستيشوس الأمريكية، إذ مولت هذه الشركة برأس المال المخاطر من قبل مؤسسات وأفراد، كأول شركة تمويل مخاطر تمول الأفكار الجديدة والمبدعة، وقامت هذه الشركة على يد: رالف فلاندرز (Ralph Flanders) الذي لاحظ عدم توافر التمويل للمشروعات الصغيرة والأفكار المبدعة والجريئة من جانب المصارف التقليدية، فقام بإقناع البنوك وشركات التأمين والمؤسسات المالية، وقام بإقناع أفراد وعائلات غنية بأهمية تمويل شركته برأس مال مخاطر، وقد تلقى دعماً من أفكار الأستاذ دوريتو (Dorito) في جامعة هارفرد⁽⁵⁾.

(5) Ganpers, p. and J. Lerner, "The Venture Capital Revolution". *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 15, No. 2, pp. 145-168.

ومنذ تلك الفترة من التاريخ الغربي أدى رأس المال المخاطر دوراً مهماً في تنمية القطاعات القوية النابضة في الاقتصاد الأمريكي والغربي خلال العقود الثلاثة الماضية من القرن المنصرم لاسيّما في قطاع التكنولوجيا، إذ كان رأس المال المخاطر سبباً في وجود شركات عملاقة ونموها؛ مثل: (Apple، Microsoft، Oracle، Compaq، Intel)، وكل واحدة من هذه الشركات اعتمدت على رأس المال المخاطر، وخلال عقد من الزمان -تقريباً- أصبحت شركات عملاقة. وهناك اعتقاد شائع بأن رأس المال المخاطر هو أداة لجلب الإبداع في سوق سريع التطور، ومن ثمّ ساهم في النمو الاقتصادي وزيادة فرص التوظيف⁽⁶⁾.

وما يؤكد هذا الاعتقاد التقرير السنوي الذي يصدر عن المؤسسة الوطنية لرأس المال المخاطر (National Venture Capital Association) في أمريكا، إذ سلط التقرير الضوء على تأثير رأس المال المخاطر على حجم النمو في قطاعات التكنولوجيا، إذ زاد معدل النمو بالمتوسط بنسبة (36%) في مشاريع ومؤسسات وشركات تم تمويلها برأس مال مخاطر، وزاد عدد موظفيها بالمتوسط بنسبة (34%) سنوياً. بينما زاد معدل النمو بالمتوسط بنسبة (23%) في الشركات التي مؤّلت بغير رأس المال المخاطر، وزاد عدد موظفيها بالمتوسط بنسبة (5%) سنوياً⁽⁷⁾.

ولا يجوز أن يستأثر رأس المال المخاطر وحده بهذا الفضل، بل الفضل يرجع أيضاً إلى العمل المخاطر (المنظّمين المبدعين) من أمثال بيل غيتس (Bill Gates) مؤسس وصاحب شركة مايكروسوفت (Microsoft)، وجيف بيزوس (Jeff Bezos) مؤسس أمازون (Amazon.com)، فرأس المال المخاطر لا يكفي وحده لإنجاح المشروعات وتحقيق الآمال، بل لا بد من العمل المبدع

(6) Megginson, William. "Towards a Global Modal of Venture Capital". *Journal of Applied Corporate Finance*, Fall 2002, p. 3.

(7) نقلا عن:

Jeng,L and. Wells, P. "The Determinants of Venture Capital Funding Evidence Across counters". *Journal of Corporate Finance*, Vol. 6, 2000, p. 241-289.

والإدارة الإبداعية (Entrepreneurship)، والتي يعجز العائد الأجرى المقطوع عن حفزها على الإبداع، لكن العائد المخاطر (الربح) هو أهم حوافزها.

وللعمل المخاطر المبدع والمبتكر مكان في هذه الدراسة، فمستقبل الاقتصاد يتوقف على أولئك الأفراد الذين يخاطرون بأوقاتهم وأموالهم وجهدهم، لاكتشاف فرصة استثمارية لا يراها غيرهم لتحقيق قيمة، مع العمل على استمرار تلك القيمة، فهؤلاء المنظمون يسعون إلى النمو والتوسع، وهم دائماً مستعدون لمجابهة الأخطار، وليس لديهم نية لكي يتوقفوا عند الحجم الصغير الذي بدؤوا به، فهم يعملون بكد واجتهاد ومثابرة؛ لكي تستمر أعمالهم وتكبر. وأهم ما يميز هؤلاء المنظمين المبتكرين، هو استعدادهم لتحمل المخاطر، وتمتعهم بشخصيات نشطة ومؤثرة، قادرة على اتخاذ قرارات هامة وخطرة من شأنها أن تحدث فرصاً وتستغلها⁽⁸⁾. ولما كانت التنمية تتطلب تفكيراً غير تقليدي، فيه خروج عن الواقع المألوف، وتحريك للمجتمع باتجاه الإنتاج الكبير، فإن شرطاً مهماً من عملية التنمية يعتمد على الإبداع والابتكار والمخاطرة، فتقدم المجتمع الأوروبي مدين للأفكار المبدعة والمبتكرة، وما تلبث هذه الأفكار المبدعة والمبتكرة أن تتحول إلى مخترعات، لكن ذلك يعتمد على مدى الاستعداد لتحمل المخاطرة. فالإبداع والابتكار يحتاج إلى من يموله برأس مال مخاطر؛ أي غير مضمون النتائج مئة بالمئة، بل نتائجه محتملة. ولك أن تتخيل حجم المخاطرة التي تحملها المنظمون المبدعون في تحويل الأفكار المبدعة إلى آلة بخارية، وإلى مولد كهربائي، وسيارة...، لقد كانت المخاطرة في تمويل هذه الأفكار المبدعة متطلباً أساساً؛ كي ترى هذه المخترعات النور، وكان لها الدور المحوري في دفع الإنتاج أشواطاً كبيرة إلى الأمام في نوعيته وحجمه وكفاءته.

(8) انظر للمزيد عن خصائص المنظمين المبدعين (Entrepreneurship) :

Robbins, S. and M. Coulter. *Management*. New Jersey: Prentice Hall, 2003, p. 5-9.

ثانياً: محاكمة مناشط تلقي الأموال إلى معيار المخاطرة

يناقش هذا المبحث مناشط تلقي الأموال، ومن ثمّ تقدير تلك المناشط وفق معيار المخاطرة، وتحتة النقاط الآتية:

1. المخاطرة في الودائع الجارية

تمثل الودائع الجارية مصدراً خارجياً من مصادر تمويل الاستثمارات في البنوك الإسلامية، ولا يأخذ أصحابها عائداً، وهي تمثل حسابات تحت الطلب يستطيع أصحابها سحبها متى شاءوا، ولقد كيفها أكثر⁽⁹⁾ الفقهاء المعاصرين على أنّها عقد قرض في ذمة المصرف، ومن ثمّ يطبق عليها القاعدة الفقهية (الخارج بالضمان) و(الغنم بالغرم)؛ أي: إنّ المصرف بما أنّه يضمنها، فإنّه يستحق مغانمها؛ لأنّ ملكيتها تنتقل إلى المقرض، وهذا يعني انتقال مخاطر استمرار الملك للمصرف، ويستوي التفريط وعدم التفريط من جهة ضمان المصرف. وهذا يستوجب أن تكون هذه الحسابات مضمونة على المصرف بالكامل. لكنّ العرف المصرفي لا يضمنها لأصحابها كاملة في حال إفلاس المصرف، بل يشترك أصحابها مع الدائنين للمصرف في تقاسم موجودات التفليسة - مع الأخذ في الاعتبار ما تمثله من أهمية؛ لأنها الأكبر حجماً من بين أشكال الودائع الأخرى - وهذا العرف يخرج عن مقتضى قاعدة «الخارج بالضمان»؛ الأمر الذي يدعو إلى إعادة النظر في تكييف الودائع الجارية.

(9) السالوس، علي أحمد. معاملات البنوك الحديثة في ضوء الإسلام، الدوحة: دار الحرمين للنشر، 1983م، ص7. وذهب إلى تكييف الودائع الجارية على أنها قرض -أيضاً- كل من: باقر الصدر، وسامي حمود، وهيئات الرقابة الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية.

انظر:

- خطاب، كمال توفيق. التكييف الفقهي للحساب الجاري، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، البنك الإسلامي للتنمية، جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب المجلد (8)، عدد2، 2001م، ص41-42.

هذا، وقد ذهب آخرون⁽¹⁰⁾ إلى تكييفها على أنها وديعة، وهذا يستوجب أن تكون يد المصرف عليها يد أمانة؛ أي إن مخاطر استمرار الملك لما تنتقل إلى المصرف، بل هي على مالكةا، فإذا هلكت من غير تعد أو تقصير من المستودع فإنه لا يضمنها. وهذا التكييف يستوجب على المصرف أن يردها بعينها، وليس له الانتفاع بها؛ أي يتوجب على المصرف ضرورة الاحتفاظ باحتياطي (100%). ولا يستحق المصرف خراجها من جهتين؛ الأولى: أنها نقود عقيمة لا تلد ولا يتصور لها خراج ما لم توظف، والثانية: أنها ليست على ضمان المصرف فلا يستحق خراجها، فالقانون ينص على أن المودع ليس له حق الاسترداد في حالة إفلاس المصرف، وإنما له الحق في أن يصبح دائناً كغيره من الدائنين، يقاسم الآخرين موجودات التفليسة⁽¹¹⁾، بينما الفقه الإسلامي⁽¹²⁾ يقرر خلاف ذلك؛ إذ يعطى المودعون أولوية على سائر الغرماء؛ لأن الأولوية تكون لأصحاب الأمانات على أصحاب القروض.

وتبقى قضية إذن المودع للوديع باستخدام وديعة النقود محل مناقشة، وبدهي أن استخدام الوديع الوديعة بغير إذن صاحبها يعد خيانة تستوجب الضمان باتفاق الفقهاء. ومسألة استخدام الوديعة -حتى بإذن المودع- محل

(10) من القائلين بهذا الرأي: حسن الأمين، وحسين فهمي، ومعد الجارحي، انظر: - خطاب. التكييف الفقهي للحساب الجاري، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، مرجع سابق، ص 43.

(11) أنطاكي، رزق الله. الحسابات والاعتمادات المصرفية، دمشق: دار الفكر، 1969م، ص 207.

(12) السرخسي. المبسوط، مرجع سابق، كتاب الوديعة، "وإن مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء؛ لأن حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس وكما كانوا أحق بها في حياة المديون، فكذلك بعد موته"، ج 11، ص 129. وانظر أيضاً:

- مالك بن أنس. المدونة الكبرى، بيروت: دار صادر، د.ت، فيمن اغتصب سلعة فاستودعها، "وإن مات الرجل وعليه دين وعنده وديعة ومضاربة وبضاعة فإن عرفت بأعيانها فأربابها أحق بها من الغرماء؛ لأن حق الغرماء بعد موت المديون يتعلق بماله دون مال سائر الناس، وكما كانوا أحق بها في حياة المديون فكذلك بعد موته." ج 14، ص 367.

خلاف بين الفقهاء، وهنا تأتي مسألة استخدام المصرف وديعة الحساب الجاري بإذن المودع وما يترتب على ذلك من كسب. يقرر جمهور الفقهاء⁽¹³⁾ بأن الإذن في استخدام الوديعة يحيلها إلى عارية إذا كانت مما لا يهلك بالاستخدام، وإلى قرض إذا كانت مما يهلك بالاستخدام. بينما يرى الشافعية⁽¹⁴⁾ أنّ الإذن في استخدام الوديعة يبطل العقد مطلقاً، فلا ينعقد وديعة ولا عارية، وإنما هو عقد فاسد لاقتترانه بشرط فاسد. ورأي الشافعية في المسألة ينطلق من أنّ القصد من الإيداع الحفظ والصيانة، والاستخدام ينافي مقصود العقد، وينافي مقتضاه، وقالوا بضمان المستخدم.

وفي ضوء ما سبق تناقش الدراسة مسألة الأرباح التي تحققها المصارف الإسلامية من استخدامها للودائع الجارية. ولكن لا بد من حسم الموقف الشرعي من الودائع الجارية: أهى قرض حقيقي، أم أمانة حقيقية؟ وهذا الحسم من أجل تحديد جهة الضمان، هذا من جهة؛ ولتحديد المستحق للأرباح المحققة من جهة ثانية؛ لتلازم الضمان والربح، كما قررتة نظرية المخاطرة. وهنا ترى الدراسة أنّ إرادة صاحب المال، وقصده المعلن، هو ما

(13) الكاساني. بدائع الصنائع، مرجع سابق، نص (وعلى هذا تخرج إعارة الدراهم والدنانير أنها تكون قرضاً لا إعارة؛ لأن الإعارة لما كانت تملك المنفعة أو إباحة المنفعة، على اختلاف الأصلين، ولا يمكن الانتفاع إلا باستهلاكها، ولا سبيل إلى ذلك إلا بالتصرف في العين لا في المنفعة، ولا يمكن تصحيحها إعارة حقيقية فتصحح قرضاً مجازاً؛ لوجود معنى الإعارة فيه)، ج 6، ص 215. وانظر أيضاً:
- البهوتي. كشاف القناع، مرجع سابق، نص "فإن أذن المالك للمدفع إليه المال في التصرف؛ أي استعماله ففعل أي استعماله حسب الإذنصارت عارية مضمونة"، ج 4، ص 167.

- ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، نص "ويجوز استعارة الدراهم والدنانير، وليزن بها فإن استعارها لينفقها فهذا قرض" ج 5، ص 131.
- الدردير، أحمد أبو البركات. الشرح الكبير، تحقيق: محمد عليش، بيروت: دار الفكر، د.ت، نص "والأطعمة والنقود قرض لا عارية"، ج 3، ص 435.

(14) البجيرمي. حاشية البجيرمي، مرجع سابق، نص (لو أودعه بهيمة وأذن له في ركوبها، أو ثوباً وأذن له في لبسه، فهو إيداع فاسد؛ لأنه شرط فيه ما يخالف مقتضاه فإن تلفت قبل الركوب والاستعمال لم يضمن، أو بعده ضمن؛ لأنها عارية فاسدة)، كتاب الوديعة، ج 3، ص 294.

يحسم الموقف. ولقد كان عبد الله بن الزبير يروي عن أبيه أن الرجل يجيء بالمال فيستودعه فيقول الزبير: «لا، ولكن هو سلف إنني أخشى عليه الضيعة»⁽¹⁵⁾. ولقد كان الزبير بن العوام من الرجال المقصودين في حفظ الأمانات، إلا أنه كان ذا فطنة ودراية، إذ لم يكن يرضى أن يأخذ الأموال ليقبها مخترنة عنده على سبيل الأمانة، بل كان يفضل أن يأخذها على سبيل القرض؛ محققاً بذلك غايتين؛ الأولى: حرية التصرف بالمال المقترض، والثانية: إعطاء ضمان لصاحب المال، باعتباره قرضاً وليس أمانة، فلو بقي أمانة فإنه يهلك على مالكة ما لم يتعدّ الأمين أو يقصر في الحفظ، وأمّا إذا أخذه قرضاً فإنه مضمون في ذمة المقترض، وله غنمه وعليه غرمه. وكان نتيجة ذلك، وبعد أن قضى ولده عبد الله -رضي الله عنهما- جميع ديونه البالغة مليونين ومئتي ألف، أن حقق ثروة بلغت خمسين ألف ألف ومئتي ألف درهم⁽¹⁶⁾.

وتأسيساً على ما تقدم فإنّ نظرية المخاطرة تحدد جهة الاستحقاق لأيّ مكاسب تنجم عن توظيف الودائع الجارية، وهي جهة الضمان. وعليه، فينبغي تحديد قصد صاحب الحساب الجاري من خلال إقرار معلن عند ملء النماذج المخصصة لفتح الحساب الجاري، فيما الإيداع، وعندها يستوجب على المصرف الإسلامي الاحتفاظ باحتياطي (100%) لتغطية الحسابات الجارية، ويجوز أخذ أجر مقابل حفظ هذه الأموال، كما تفعل البنوك بشأن الخزائن الحديدية (safety box). وفي هذه الحالة لا يحق للبنوك استخدام الأمانة؛ لأنّ ذلك يعدّ خيانة، وفي حال التعدي والخيانة فإنّ المصرف الإسلامي يصبح ضامناً، وإن حقق ربحاً من هذا الاستخدام فإنه يُعدّ غصباً، يستوجب رد الأرباح لأصحاب الودائع؛ عقوبة له وحتى لا يكافأ على تعديه. ولا يقال هنا بأنّ الضمان يسوّغ استحقاق الربح؛ لأنّ الضمان الذي يبرر استحقاق الربح هو الضمان الذي يستند إلى الملك المشروع أو إلى العمل المشروع (معايير

(15) الذهبي، محمد بن أحمد. سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، ومحمد نعيم، بيروت: مؤسسة الرسالة، 1413، ج1، ص66.

(16) الذهبي. سير أعلام النبلاء، مرجع سابق، ج1، ص67.

نظرية المخاطرة)، وضمان الغاصب هو ضمان عقوبة. بل يستحق صاحب الوديعة كل زيادة تطراً على ملكه؛ لأنه يتحمل في الأصل مخاطر استمرار الملك، وهذا ما يقرره الفقه الحنفي⁽¹⁷⁾ والحنبلي⁽¹⁸⁾، وهو المرّجّح من جهة نظرية المخاطرة بما تقرره من معايير. وإما أن يعلن المصرف الإسلامي مشروطاً أخذ المال من صاحبه على سبيل القرض، وهنا يستوجب على المصرف الإسلامي ضمان القرض كاملاً غير منقوص، وهنا -أيضاً- لا بد من إلغاء العرف المصرفي التقليدي، واستبداله بالعرف الإسلامي المقرر، وهو الضمان الكامل للقرض، وحينئذ يستحق المصرف الإسلامي ما يتحقق من أرباح نتيجة استخدامه للقرض؛ لأنه يملكه ويضمنه فقد انتقلت مخاطر استمرار الملك من المقرض إلى المقرض.

كما تقرر نظرية المخاطرة أنّ دفع أي عائد محدد مسبقاً⁽¹⁹⁾ على الودائع الجارية، هو فائدة محرمة شرعاً، وينساق هذا الحكم على حسابات الادخار لأجل؛ لأنّ المبدأ الذي تقرره نظرية المخاطرة يقرر أنّ الوديعة المصرفية إذا ضمنت بحيث لا يتعرض صاحبها لمخاطر عملية التوظيف، فإنّها لا تستحق أي عائد مشروط، سواء حدد مسبقاً أم كان نسبة من الربح⁽²⁰⁾.

(17) السرخسي. المبسوط، مرجع سابق، كتاب الوديعة، نص " وإن حمل عليها المستودع فتتجت ولم يكن صاحبها أمر بذلك فأولادها لصاحبها؛ لأن الولد خير متولد من الأصل يملك بملك الأصل، وإن هلكت الأمهات بذلك فالمستودع ضامن لها؛ لأنه مخالف حين أتى بغير ما أمر به فيضمن ما هلك بسببه"، ج 11، ص 126.

(18) البهوتي. الروض المربع، مرجع سابق، نص " وإن زاد لزمه رده بزيادته، متصلة كانت أو منفصلة؛ لأنها من نماء المعصوب، وهو لملكه، فلزمه رده كالأصل"، ج 2، ص 356.

(19) انتهى الفقهاء إلى أنّ اشتراط مبلغ مقطوع ينافي معنى الشركة فيبطلها، ويصادم حكمها؛ لأنّ الشركة خلطة في المغانم والمغارم والمكسب والخسارة، ولهذا انعقد الإجماع على أنّه لا يجوز أن يكون الربح مبلغاً معيناً في القراض، حكاه ابن المنذر وغيره. انظر:

- ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم. الإجماع، بيروت: دار الكتب العلمية، د.ت، ص 58.

(20) ورغم إجماع الفقهاء على بطلان الشركة إذا شرط أحد الأطراف مبلغاً مقطوعاً، إلا أنّ ثمة آراء لا ترقى إلى مستوى البحث العلمي الأصيل، تخالف الإجماع وتناقض معيار نظرية المخاطرة، تطالب المختصين بإعادة النظر في محل الإجماع، وتجاوز اشتراط =

وأخيراً في هذا المطلب، لا بد من أن يحدد كل من صاحب الحساب الجاري والمصرف مكانه التعاقدية، فإما أن يكون العقد وديعة؛ فيكون المصرف وديعاً مؤتمناً غير ضامن، وتبقى مخاطر الملك في جهة المالك، يستحق بها مغنم المال، وإن كانت غير متصورة؛ كونها نقوداً عقيمة لا تلد، وإما أن يكون قرضاً؛ فيكون المصرف مقترضاً تنتقل إليه مخاطر الملك؛ لأنه المالك، ويستحق بهذا الضمان مغنم المال الناجمة عن تمييزه، وإما أن يكون مضاربة؛ فتقوم المصارف بإعادة صياغة العقود المنظمة للحسابات الجارية إلى عقود مضاربة⁽²¹⁾، إذ تستطيع المصارف الإسلامية أن تصنف الحسابات الجارية ضمن أوعية ادخارية مختلفة الفترات توجه نحو الاستثمار، وتُخصَّص جزءاً لمواجهة السحوبات اليومية، وعندئذ فإنها -ولا بد- تشرك أصحاب الودائع الجارية في المغنم والمغارم المحققة. وترجيح هذا الرأي يستند إلى فحوى النظرية باستحقاق المغنم بالاستعداد لتحمل المغارم، ويستأنس بفعل عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- إذ قلب عقد القرض إلى عقد مضاربة، فقسم الربح بين ولديه وبيت المال، وكان الأصل أن يختص بالربح دون مشاركة بيت المال؛ لأنهما اقترضا المال وتحملاً كامل المخاطرة؛ فلما تحملاً كامل المخاطرة استحقا كامل الربح، لكن فعل عمر كان تصحيحاً لما رآه معاملة تمييزية من عامله لابنيه، وقد تقدمت الإشارة إلى تلك الحادثة.

= مبلغ مقطوع! انظر:

- النجار، عبد الله مبروك. تحديد الربح في عقود المشاركات المالية بمبلغ مقطوع، الإمارات العربية المتحدة: بحوث المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر (المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل)، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة 15-17، مايو، 2005م غرفة تجارة وصناعة دبي 2005م، المجلد (3)، ص 885-906.

(21) يؤيد هذا المقترح كل من:

- منذر قحف في بحثه: توزيع الأرباح في البنوك الإسلامية، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، مجلد 3، عدد 2، (1996م)، ص 126.
- كمال حطاب: في بحثه: التكييف الفقهي للحساب الجاري، مرجع سابق، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، مرجع سابق، عدد 2، (2001م)، ص 55.

2. المخاطرة وضممان المصرف الإسلامي للودائع الاستثمارية

ربما كانت مناقشة ضمان المصرف الإسلامي للودائع الاستثمارية من أهم موضوعات هذه الدراسة في هذا الفصل، ومن أخطر التحديات التي تواجه ثبات المصرفية الإسلامية على مسارها الذي خطته وثائق التأسيس. وسوف تراعي الدراسة هنا التسلسل التاريخي للأفكار المصرفية والمحاولات التسويغية لضممان المصرف الإسلامي للودائع الاستثمارية.

تمثل فكرة الوساطة المالية والتبرع بالضممان⁽²²⁾ البادرة الأولى على رأس تلك المحاولات التسويغية، ثم تليها فكرة المضارب المشترك الذي يضمن قياساً على الأجير المشترك، وهي الأهم والأخطر من بين المسائل التي تعرض لها حمود في رسالته: «تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية»، ثم توالى المناقشات العلمية لمسألة: «هل يجوز للمصرف الإسلامي أن يضمن أموال المستثمرين أو يؤمنهم ضد الخسارة»⁽²³⁾، وكان من أقدم هذه المناقشات تلك التي سجلتها مجلة حضارة الإسلام في العام (1978م)، ثم توالى الدراسات والمناقشات بعد ذلك التاريخ تبعاً.

الوساطة المالية والتبرع بالضممان

يرى الصدر أهمية ضمان المصرف اللاربوي للودائع، والتعهد بقيمتها الكاملة للمودع في حالة خسارة المشروع، وليس في ذلك مانع شرعي؛ لأنّ ما لا يجوز هو أن يضمن العامل (المضارب) رأس المال. ويعلل رأيه بقوله: «لأننا إذا لم نحفظ بهذه الودائع فسوف ينصرف أصحاب الودائع عن الإيداع لدى البنك اللاربوي، ويتجهون إلى البنوك الربوية»⁽²⁴⁾. ويوجه رأيه بناء على

(22) الصدر، محمد باقر. البنك اللاربوي في الإسلام، الكويت: مكتبة جامع النقي، د.ت، ص 31 وما بعدها.

(23) المصري، رفيق. «هل يجوز للمصرف الإسلامي أن يضمن أموال المستثمرين أو يؤمنهم ضد الخسارة» تحت عنوان «آراء للمناقشة»، مجلة حضارة الإسلام، عدد 2-3، (1978م)، ص 36-44، ص 58-63.

(24) الصدر. البنك اللاربوي في الإسلام، مرجع سابق، ص 31.

اعتباره المصرف وسيطاً بين العامل ورب المال، فهو جهة ثالثة يمكنها التبرع بضمان المال لأصحابه، ويقرر البنك هذا الضمان على نفسه بطريقة تلزمه شرعاً بذلك، فيتوفر للمودعين دافع يدفعهم للإيداع.

مناقشة هذا الرأي

لا يمكن التسليم بأنّ البنك جهة مستقلة؛ لأنّ البنك يمكن أن يكون جهة أصلية في عقد المضاربة، ويمكن اعتباره وسيطاً مالياً حسب مقتضيات عقد الوكالة؛ فهو وكيل عن ربّ المال، وهذا ما يقوله الصدر نفسه، وعندها يستحقّ أجراً عقدياً لا ربحاً. ويمكن أن يتخذ موقف المضارب، يضارب، وعندها يكون البنك أصيلاً في عقد المضاربة المزدوجة، ويستحقّ عائداً محتملاً وهو الربح. وعلى كلا الاعتبارين لا يكون البنك جهة ثالثة مستقلة، ومعلوم أنّ يد الوكيل، وكذلك المضارب، هي يد أمانة، لا يضمن ما لم يتعدّ أو يُقصر، فكيف يمكن القول بتضمينه؟ إلا أنّ الصدر يريد أن يكون متبرعاً لصاحب المال بضمان ماله، وبما أنّه اعتبره وكيلاً لصاحب المال، فهل يجوز للوكيل أن يتبرع للموكل بجبر نقصان ماله؟ في الحقيقة لا تجد الدراسة غضاظة في فكرة التبرع، لكن ما ينبغي أن لا يغيب عن الذهن أنّ التبرع حسب المقررات الشرعية هو عقد غير ملزم؛ أي يمكن الرجوع عنه، فكيف يمكن إلزام المتبرع بما لا يلزمه؟ وإذا ألزمتنا البنك بضمان أموال الودائع الاستثمارية فكيف يمكن تسويغ استحقاق البنك للأجرة كوسيط، وللربح كمضارب! يمكن أن يتبرع الوكيل بالأجرة، والمضارب بالربح لصالح رب المال. أمّا أن يتبرع بضمان أصل المال فهذا ما تنازع فيه الدراسة، مع التأكيد أنّ استحقاق رب المال للربح إنّما مستنده الملكية المخاطرة (رأسماله النقدي المخاطر)، فإذا ضمن له رأسماله يكون قد فقد الشرط الضروري والمعيار الحاسم لمشروعية الربح، فالنقود عقيمة لا تلد ما لم توظف، والصورة الشرعية الوحيدة لتوظيف رأس المال النقدي هي صورة رأس المال المخاطر.

ومن جهة ثانية إذا قبلنا بفكرة التبرع، فهل يمكن تسويغ العوائد التي يحصل عليها البنك (المتبرع بضمان رأس المال) بأنّها خراج يُستحق

بالضمان! هذا ما ينبغي توضيحه بكل جلاء: إن القول بجواز تبرع جهة مستقلة بضمان أموال المودعين - وهذا ما لا تنازع الدراسة فيه - لا يمكن الاسترسال فيه، والقول بأن هذا الضمان المتبرع به يستحق به الربح؛ لأنه ضمان مجرد عن الملك وعن العمل، إذ يفتقر إلى معايير نظرية المخاطرة.

تضمين المضارب المشترك

يرى حمود⁽²⁵⁾ أهمية ضمان البنك للودائع الاستثمارية على الصعيد العملي؛ لإنجاح عمل المضارب المشترك، بوصفه وسيطاً مؤتمناً في مجال الاستثمار المالي. وهو بذلك يتفق مع الصدر في رؤيته، ويختلف معه في التخريج الفقهي لهذا الضمان، ففي حين يريد الصدر للبنك أن يكون متبرعاً بهذا الضمان ويلزم نفسه بذلك، يرى حمود أن البنك (مضارب مشترك)* باعتباره يضارب لصالح مجموعة من أرباب المال، ويقيسه على الأجير المشترك من حيث جواز تضمينه، مستدلاً بما ساقه الفقهاء من أدلة على جواز تضمين الصناع لاعتبارات المصلحة. ويرى حمود أن المضارب المشترك (البنك) لا يقل شبيهاً في وضعه بالنسبة للمستثمرين، عن الأجير المشترك. ولم يتوقف حمود عند هذا الحد بل راح يسترسل في تسويغ استحقاق البنك لمقاسمة الربح بهذا الضمان، فرب المال يستحق الربح بماله، والمضارب بعمله، والبنك بضمانه! ويؤكد ما ذهب إليه من استحقاق الربح بالضمان بنقول عن الكاساني: «والأصل أن الربح إنما يستحق عندنا إما بالمال، وإما بالعمل، وإما بالضمان. أما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر؛ لأن الربح نماء رأس المال فيكون لمالكه؛ ولهذا استحق رب المال الربح في المضاربة. وأما بالعمل فإن المضارب يستحق الربح بعمله، فكذا الشريك. وأما بالضمان فإن

(25) حمود، سامي حسن. تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، عمان: مطبعة الشرق، 1982م، ص 399-406.

(*) لا أصل في كتب الفقه لهذه الصفة المشتركة (المضارب المشترك)، لكن بحث الفقهاء تعدد أرباب المال وتعدد المضاربين، وإذا تعدد أرباب المال أمكن وصف المضاربة بأنها مشتركة، والمضارب بأنه مشترك.

المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح، ويكون ذلك في مقابلة الضمان خراجاً بضمان بقول النبي -عليه الصلاة والسلام- الخراج بالضمان، فإذا كان ضمانه عليه كان خراجه له. والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان، فثبت أن كل واحد منهما سبب صالح لاستحقاق الربح، فإن لم يوجد شيء من ذلك لا يستحق، بدليل أن من قال لغيره، تصرف في ملكك على أن لي بعض ربحه لم يجز، ولا يستحق شيئاً من الربح؛ لأنه لا مال ولا عمل ولا ضمان»⁽²⁶⁾.

وأخيراً، ختم بحثه للمسألة مجرداً الملك والعمل كأسباب مستقلة لاستحقاق الربح عن الضمان، ووظائف أن مجرد الضمان يستحق به الربح! متصوراً أن البنك مضارب لم يعمل بنفسه، بل دفع المال مضاربة إلى آخر فهو ضامن، معتداً برأي الأحناف في المسألة، إذ لا يرون تفويض المضاربة تعديلاً: «وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة، ولم يأذن له ربُّ المال، لم يضمن بالدفع، ولا يتصرف المضارب الثاني حتى يربح، فإذا ربح ضمن الأول لربِّ المال، وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة -رحمه الله- وقالوا: إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح، وهذا ظاهر الرواية وقال زفر -رحمه الله: يضمن بالدفع عمل أو لم يعمل، وهو رواية عن أبي يوسف، رحمه الله، ولأبي حنيفة -رحمه الله: أن الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبطاع، والفعلان يملكهما المضارب فلا يضمن بهما، إلا أنه إذا ربح، فقد أثبت له شركة في المال فيضمن، ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرطاً؛ لأنه ظهر أنه ملكه بالضمان من حين خالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي رضي به، فصار كما إذا دفع مال نفسه»⁽²⁷⁾.

مما تقدم من نصوص حنفية النسب، يظهر أن حموداً استند إلى المنطق

(26) الكاساني. بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج 6، ص 62.

(27) الميرغاني. الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج 3، ص 206-207.

الفقهي للحنفية في المسألة الذي يجرد الضمان كسبب مستقل للكسب؛ لذلك فقد علق أبو حنيفة الضمان على ظهور الربح، فإذا ربح المضارب الثاني فقد ضمن المضارب الأول؛ لأنه كمن يضارب بملكه فيكون ضامناً. بينما يعلق باحث آخر على فهم حمود للمسألة بأنه: «يريد بذلك أن يقيم نظام البنوك الإسلامية على أساس تعدي البنك بصورة دائمة مستمرة، وبعبارة أخرى: فإنّ المضارب يضمن في حال التعدي، وهذا معروف ومتفق عليه، لكنّ الباحث المذكور يريد له أن يربح في حال الضمان يتعدى فيضمن فيربح، وهذه رمية من غير رام، إذ كان يبحث عن جواز تضمينه فإذا به يصل إلى جواز ربحه على أساس الضمان»⁽²⁸⁾.

مناقشة هذا الرأي

تضمن البنك الإسلامي بضاربه مضارباً مشتركاً قياساً على الأجير المشترك.

تقدم في هذه الدراسة أنّ يد الأجير هي يد أمانة، وهو الأصل، فلا يضمن مطلقاً ما لم يتعدّ أو يقصّر. وأمّا استحسان تضمين الأجير المشترك فإنّه لا يخرج بنا عن الأصل؛ لأنّ الأصل في يد الأجير المشترك أنها يد أمانة، فلا يضمن الهلاك إن لم يكن بتعديه أو تقصيره. لكنّ قيام التهمة جعله متهماً حتى تثبت أمانته، فإذا ثبتت أمانته بأن لم يكن الهلاك بتعدّ أو تقصير منه فلا ضمان عليه، وهذا ما قصده الفقهاء⁽²⁹⁾ من القول بتضمينه. وثمة مستند آخر لقول المالكية بتضمين الأجير المشترك، وهو المصلحة⁽³⁰⁾، وسد الذرائع.

(28) المصري. هل يجوز للمصرف الإسلامي أن يضمن أموال المستثمرين أو يؤمنهم ضد الخسارة، مرجع سابق، مجلة حضارة الإسلام، عدد 3 (1978م)، ص 59.

(29) المرادوي. الإنصاف، مرجع سابق، باب الإجارة، ج 6، ص 71. وانظراًيضاً:
- السرخسي. المبسوط، مرجع سابق، كتاب الإيجارات، ج 15، ص 79.

(30) الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي. الاعتصام، القاهرة: المكتبة التجارية الكبرى، (د.ت)، ج 2، ص 119. حيث يقول: «إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، قال علي -رضي الله عنه-: لا يصلح الناس إلا ذاك، ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب =

وعليه لا يصح هذا القياس من وجوه عدّة، منها: إنّ قول بعض الفقهاء بتضمين الأجير المشترك هو محل خلاف، وهم عند من قال به من قبيل الاستحسان. وليس هو موضع اتفاق بين جمهور الفقهاء⁽³¹⁾. وفي ذلك يقول العبادي: «إنّ لفظ المضارب المشترك لا يغير شيئاً من طبيعة عمل البنك الإسلامي، ولا يصح قياسه على الأجير المشترك؛ وذلك لأنّ ضمان الأجير المشترك ليس موضع إجماع من قبل الفقهاء، ولا تتوافر فيه أركان القياس المعروفة لدى علماء الأصول»⁽³²⁾. حتى عند من قال بتضمين الأجير المشترك، فالضمان لا ينسحب على كل خطر يقع، بل فقط على الخطر الذي يمكن التحرز منه ويمكن تجنبه، بحيث يكون الأجير أو الصانع متهماً. أمّا ما لا يمكن تجنبه كخطر الحريق العام، والسرقة (القوة القاهرة)، فلم يقل أحد من الفقهاء بتضمينه. بل ربّ المال هو المتحمل لمخاطر استمرار الملك، وهو الأصل. والسؤال هنا: هل يمكن اعتبار خسارة المال في المضاربة من الأمور التي يمكن دفعها أو التحرز منها؟ حتى نقيس تضمين المضارب المشترك على الأجير المشترك. لو أمكن تجنب مخاطر السوق لقضينا بتعدي المضارب؛ لأنّه لم يتحرز عما يمكن التحرز منه! فمخاطر السوق هي مما لا يمكن التحرز

= عليهم التفريط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم، مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم؛ لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتطرق الخيانة، فكانت المصلحة التضمين. هذا معنى قوله: لا يُصلح الناس إلا ذاك. ولا يقال: إن هذا نوع من الفساد، وهو تضمين البريء، إذ لعله ما أفسده ولا فرط، فالتضمين مع ذلك كان نوعاً من الفساد؛ لأننا نقول: إذا تقابلت المصلحة والمضرة فشان العقلاء النظر إلى التفاوت، ووقع التلف من الصانع من غير تسبب ولا تفريط بعيد، والغالب الفوت (فوت الأموال)، وأنها لا تستند إلى التلف السماوي، بل ترجع إلى صنع العباد على المباشرة أو التفريط».

(31) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مصر: مكتبة الكليات الأزهرية، 1402، ج2، ص232.

(32) العبادي، عبد الله. موقف الشريعة من المصارف الإسلامية، (رسالة دكتوراه، جامعة الأزهر، 1980)، ص334، نقلاً عن:

- ناصر، الغريب محمود. أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، القاهرة: مكتبة البللو، 2000م، ص56.

منه؛ لذلك يتحملها رب المال، وتحمله هذه المخاطر هو ما يسوّغ استحقاقه للربح.

وثمة مفارقة جوهرية بين الأجير المشترك والمضارب المشترك تتعلق بنوع العائد الذي يستحقه كلاهما؛ فالأجير المشترك يتقاضى أجراً ثابتاً نظير عمله، ولا يشارك في تحمل عنصر المخاطرة. بينما المضارب المشترك يتقاضى ربحاً محتملاً، أي يشارك في تحمل عنصر الخطر لا من جهة ضمان رأس المال، لكن من جهة المخاطرة بضيايح جهده. وهنا إذا قسنا المضارب المشترك على الأجير المشترك من حيث ضمان رأس المال نكون قد ألحقنا بالمضارب غمماً مزدوجاً؛ بما قد خسره من ضيايح جهده، بالإضافة إلى إلزامه بجبر الخسارة في رأس المال، بينما أعفينا ربّ المال من أي غرم، وهذا يناقض القواعد الفقهية ومعايير نظرية المخاطرة القاضية بضرورة تقابل المغانم بالمغارم.

إنّ مسألة تضمين البنك الإسلامي بوصفه مضارباً قياساً على الأجير المشترك قد فتحت باباً كبيراً للتقريب بين وضع البنك الإسلامي، وما يحدث في البنوك التجارية. وهذا التقريب يفقد علاقة المشاركة التي تقوم على القاعدة الفقهية الكلية «الغنم بالغرم»؛ لأنّ رب المال بذلك يشارك في الربح فقط، أمّا عند حدوث الخسارة فإنّ المضارب يتحملها بمفرده، وهو أمر لا يتفق مع العدل الذي هو غاية التشريع. هذا، ومن ناحية أخرى فإنّ الفقهاء قد أجمعوا على أنّه لا ضمان عند الخسارة على المضارب إلا بالتعدي، فإذا اعتبرناه ضامناً للمال، فحينئذ يقترب كثيراً من أنّه مقترض لا مضارب، وبناء عليه يكون ما يدفعه لأصحاب الودائع من الأرباح في معنى النفع الذي يجره القرض، ومع أنّه نفع غير محدد سلفاً -أي غير مشروط- إلا أنّه معروف عرفاً بحكم الإقدام على واقعة التعامل مع توقع الربح دائماً، والقاعدة «أنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً» وبذلك نكون أمام معاملة ربوية أو شبيه بها، فإذا كنا قد رغبتنا في إنهاء التعامل بالربا -حقاً- فإننا بهذا الرأي قد فتحنا باباً خلفياً للدخول مرة أخرى إليه تحت دعوى المنافسة أو التيسير⁽³³⁾.

(33) ناصر. أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، مرجع سابق، ص 56.

وأخيراً بشأن مناقشة حمود في تضمين البنك الإسلامي بوصفه مضارباً مشتركاً قياساً على الأجير المشترك، فقد حسم الاجتهاد المعاصر الموقف الفقهي في هذه المسألة، بالفتوى الجماعية الصادرة عن ندوة البركة الخامسة للاقتصاد الإسلامي التي تنص على عدم تضمين المضارب المشترك، وذلك بعد مناقشتها للأبحاث المقدمة حول الموضوع، وقد جاء نص الفتوى كما يلي: «بعد استعراض البحوث الثلاثة المقدمة إلى الندوة، وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت فيها، قررت اللجنة أن شرط ضمان العامل لرأس المال ينافي مقتضى العقد، فلا يجوز شرعاً ذلك التضمين»⁽³⁴⁾.

البنك ضامن بتعديّه، فيستحق الربح بضمانه

لا خلاف بين الفقهاء على عدم ضمان المضارب الذي يعمل بنفسه. وما ينبغي توضيحه هنا بكل جلاء هو التمييز بين مفهوم الضمان بمعنى التعويض مقابل التعدي أو التقصير، فهذا الضمان فيه معنى العقوبة كضمان الغاصب، وبين مفهوم الضمان بمعنى تحمل مخاطر العمل الاستثماري ومخاطر استمرار الملك، فهذا الضمان هو ما يسوّغ استحقاق الربح، وهو المعنى بالقاعدة الفقهية «الخارج بالضمان». وهذا التمييز هو ما فوّته الأستاذ حمود؛ إذ اعتد برأي الحنفية الذي لا يرى في تفويض المضاربة بغير إذن تعدّ، لكن الفقهاء يميزون بين دفع المضارب المال إلى غيره ليضارب به بغير إذن، فيضمن ضمان تعدّ لا يستحق به مقاسمة ربح، وبين أن يدفع مال المضاربة إلى غيره بإذن؛ فالحالة الأولى هي من باب التعدي، وتستوجب الضمان عقوبة؛ بمعنى التعويض مقابل التعدي، وهذا الضمان لا يستحق به ربحاً. وهذا ما نص عليه السادة المالكية⁽³⁵⁾ بكل وضوح: فقد جاء في الموطأ، في باب التعدي في

(34) ندوة البركة الخامسة للاقتصاد الإسلامي، عقدت في القاهرة -جامعة الأزهر، خلال الفترة 26-30 أكتوبر 1988، وقدمت إلى الندوة ثلاثة أبحاث لكل من: سامي حمود، وعبد الستار أبو غدة، وعلي محمد الصوا. نقلاً عن الغريب ناصر: أصول المصرفية، ص57.

(35) للمزيد، فقد جاء في حاشية الدسوقي ما نصه: "أن عامل القراض إذا دفع المال لعامل =

القراض ما نصه: «قال مالك في رجل أخذ من رجل مالا قراضاً ثم دفعه إلى رجل آخر فعمل فيه قراضاً بغير إذن صاحبه: إنه ضامن للمال إن نقص فعليه النقصان، وإن ربح فلصاحب المال شرطه من الربح ثم يكون للذي عمل شرطه بما بقي من المال»⁽³⁶⁾.

وفيهم من قول الإمام مالك أن المتعدي يضمن؛ عقوبة له، ولا يشارك في مقاسمة الربح، ولكن المضارب الثاني هو من يقاسم الربح على شرطه (عند مالك) إن كان ثمة ربح. ويؤكد هذا الفهم (التمييز بين ما إذا كان بإذن أو دون إذن) ما نقله ابن رشد⁽³⁷⁾ عن المزني بقوله: «ليس له إلا أجرة مثله؛ لأنه عمل على فساد»؛ أي إذا دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر بغير إذن فسد القراض، وكان الربح كله لرب المال، وليس للذي عمل إلا أجرة المثل (عند الشافعية)؛ لأنه عمل على فساد. أما المضارب المتعدي فيضمن لتعديه، ولا يستحق مقاسمة شيء من الربح، وهذا الموقف الفقهي هو ما يتسق مع ما تقرره نظرية المخاطرة.

لكن حموداً لم يميز بين الأمرين، وراح يستدل بنصوص الفقهاء على استحقاق الربح بالضمان، آخذاً النصوص على ظواهرها متجاهلاً المعنى الضمني لقول الفقهاء: يستحق الربح بالمال، أو بالعمل، أو بالضمان، معتقداً أن الضمان مجرداً يستحق به الربح، فرب المال يستحق الربح بماله، والمضارب الذي دفع إليه البنك مال المضاربة يستحق مقاسمة الربح بعمله،

= آخر قراضاً بغير إذن رب المال، فإن حصل تلف أو خسر فالضمان من العامل الأول... ولا شيء للعامل الأول من الربح؛ لأن القراض جُعِلَ لا يُستحق إلا بتمام العمل، والعامل الأول لم يعمل فلا ربح له، وإن دخل معه على أقل، فالزائد لرب المال لا للعامل الأول؛ لأنه لا شيء له إذا لم يحصل ربحاً، فإن لم يحصل للعامل الثاني ربح فلا شيء له، ولا يلزم للعامل الأول لذلك الثاني شيء أصلاً كما هو القاعدة" ج3، ص526.

(36) مالك. الموطأ، مرجع سابق، كتاب: القراض، باب: التعدي في القراض، رقم: 3007، ص416.

(37) ابن رشد. بداية المجتهد، مرجع سابق، كتاب القراض، القول في أحكام الطوارئ، ج2 ص242.

أما البنك الذي لم يقدم لا مالاً ولا عملاً فيستحق مقاسمة الربح بضمانه، ولعمري إنّ هذا الفهم يعد تخريباً ذكياً، فبينما كان الأستاذ حمّود يبحث عن مسوغ للضمان - وقد وجده بتبنيه لرأي الأحناف في تفويض المضاربة، وبرأي الجمهور القاضي بتضمين المضارب في حال تعديه إذا دفع مال المضاربة لغيره بغير إذن رب المال- إذا به يخلط المفاهيم ببعضها عن غير تمييز بين (مفهوم الضمان بمعنى التعويض، ومفهوم الضمان بمعنى تحمل نتائج الاستثمار) فيسوغ بضمان التعدي استحقاق البنك لمقاسمة الربح.

وهنا في -هذه المناقشة- لا بد من تأكيد ما توصلت إليه الدراسة سابقاً من معايير للمخاطرة التي يستحق بها الربح؛ فمجرد ملك النقود لا يسوّغ استحقاق الربح، بل لا بد أن يستند هذا الملك إلى العمل الاقتصادي المخاطر، فأرباب المال في المضاربة إنّما يستحقون الربح بمالهم المخاطر، فإذا تجرد رأس مالهم النقدي عن المخاطرة فلا يستحقون ربحاً، وهذا ما تجاهله الأستاذ حمود في النصوص المقتبسة عن الحنفية: «وأما بالضمان فإنّ المال إذا صار مضموناً على المضارب يستحق جميع الربح»، تُرى، ما الذي جعل كامل الربح للمضارب ومنع استحقاق رب المال للربح؟ إنّ عنصر المخاطرة الذي تجاهله الأستاذ حمود؛ فإذا ضمن البنك رأس مال المضاربة فَقَدَ رَبُّ المال مستند استحقاق الربح، وهذا يعني انقلاب القراض إلى قرض؛ لانتقال مخاطرة استمرار الملك إلى البنك، وبها يستحق الربح. كذلك عمل المضارب، فمجرد العمل لا يستحق به مقاسمة ربح، لكن يستحق به أجراً عقدياً، أمّا إذا استند العمل إلى عنصر المخاطرة، وهو (الاستعداد لخسارة الجهد والوقت)، فإنّه عندها فقط يستحق بهذا العمل المخاطر مقاسمة الربح. وعليه فإنّ الضمان (المخاطرة) لا بد من استناده إمّا للمال وإمّا للعمل، أمّا مجرد الضمان فلا يتصور إلا في المقامرات، وهي غير مشروعة، أو في التبرعات، ولا تنازع الدراسة في مشروعية التبرع بالضمان، لكنّ ما ينبغي أن لا يغيب عن الذهن أنّ التبرع بالضمان لا يستحق به الربح، فالربح عائد لا يستحق إلا بتلك الصفة الثنائية (الملكية المخاطرة، أو العمل المخاطر). أمّا ما أراده الأستاذ حمود فهو فكاك هذا التلازم؛ إذ يريد للبنك أن يضمن

المال، وهو لا يملكه أصلاً، ويريد لرب المال أن يقاسم الربح بمجرد الملكية دون مخاطرة (ضمان رأس المال).

وأخيراً، في مناقشة رأي حمود بشأن استدلاله بالعبارة الحنفية النسب: «والدليل عليه أن صانعاً تقبل عملاً بأجر ثم لم يعمل بنفسه ولكن قبله لغيره بأقل من ذلك طاب له الفضل، ولا سبب لاستحقاق الفضل إلا الضمان»، لكنّ الضمان في شركة الصنائع أو التقبل ليس ضماناً مجرداً كما قد يفهم من ظاهر العبارة السابقة، لكنه ضمان يستند إلى العمل، فالتقبل والتعهد هو نوع من العمل، وهذا ما نصت عليه المجلة: ⁽³⁸⁾ «ضمان العمل نوع من العمل» واستحقاق المتقبل حصته بسبب كونه ضامناً ومتعهداً للعمل، فهو ضمان عمل من قبل المتعهد.

ويؤكد هذا الفهم رفيق المصري بقوله: «وهو ربُّ عمل يعمل لديه تلميذ أو عامل على حصة من أجور العمل المكتسبة، فإذا لم يكن له عمل في البحث عن الزبائن واستقبالهم والاتفاق معهم وما يستتبع ذلك من أعمال إدارية ومحاسبية. فإنه لا يستحق المشاركة في الربح، إذ لا يعقل بحال من الأحوال أن يسمح الإسلام لقاعد بالربح» ⁽³⁹⁾. ويفهم النص السابق في ضوء ما تقرره نظرية المخاطرة بأنّ استحقاق المتقبل مقاسمة الربح بالضمان؛ أي بضمان العمل، وعليه يمكن اعتبار البنك الإسلامي متقبلاً أو متعهداً يتقبل الأموال كي يقوم بتوظيفها، ويستحق البنك مقاسمة الربح بضمانه؛ أي بعمله المخاطر، إذ يخاطر بعمله وجهده فلا يستحق في هذه الحالة أجراً عقدياً، بل جزءاً شائعاً من الربح مع الاستعداد لخسارة ثمرة جهده، أو يستحق أجراً عقدياً غير مخاطر، ولا يشارك في مقاسمة الربح؛ لعدم الضمان.

هذا ما يقصده الفقهاء بقولهم: يُستحقُّ الربح بالضمان؛ أي: ضمان مال،

(38) باز. شرح المجلة، مرجع سابق، المادة: 1346، ص 615.

(39) المصري. «هل يجوز للمصرف الإسلامي أن يضمن أموال المستثمرين أو يؤمنهم ضد الخسارة» تحت عنوان «آراء للمناقشة»، مرجع سابق، مجلة حضارة الإسلام، عدد 2-3 السنة التاسعة عشر، ص 60-61.

أو ضمان عمل، وما لم يقدم المال على أساس المخاطرة، أو العمل على أساس المخاطرة فلا يستحق ربح. والصورة الأخرى هي الأجر التعاقدى الذي يتجرد فيها رأس المال العيني عن المخاطرة، ويتجرد فيها العمل عن المخاطرة، وهنا في هذه الصورة ينتفي استحقاق الربح؛ لانتفاء الضمان بمعنى المخاطرة. وعدم التمييز بين الضمان بمعنى التعويض عن الضرر وفيه معنى العقوبة، وبين الضمان بمعنى تحمل نتائج العملية الاستثمارية ربها أو خسارة، هو الذي أوقع في اللبس.

التبرع بالضمان

وممن ذهب إلى جواز تضمين المصرف الإسلامى (التجاني عبد القادر)⁽⁴⁰⁾، ويدعو إلى أن يكون هذا الضمان من المصرف قائماً على التبرع والتطوع لا الشرط والاتفاق، وهذا ما يميز رأيه من رأي حمود. وملخص حجته يقول: منع الفقهاء إلزام المضارب بالضمان، بينما إذا ألزم نفسه تطوعاً اختلف الأمر، واختلاف الحكم باختلاف المشروط (المضارب أو رب المال) معتبر، ويعتد به الفقهاء. كما يفرق بين الفائدة الربوية المشروطة المتفق على نسبتها، والتي تدفع على كل الأحوال مع أصل القرض، وبين ما يدفعه المصرف المتبرع بالضمان إلى رب المال، فما يدفعه مرهون بما يتحقق من ربح أو خسارة. واحتج كذلك بتغير الأحكام بتغير الأزمان، إذ يقول: لنا أن نبنى شروطاً مختلفة إذا اختلف الزمان وتطورت الحياة وطرق الاستثمار، كأن يتبرع المضارب بضمان رأس مال المضاربة، والإمام الشوكاني يرى أن يلزم الشخص بما يلزم نفسه، إذ قال -في معرض حديثه عن: المضارب، والوصي، والوكيل، والملتقط، أنهم: «إذا ضَمَّنوا ضَمَّنُوا؛ لأنَّهم قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد». ثم يعلق التجاني بقوله: «والمعلوم أن التراضي في حالتنا هذه لا يؤدي إلى محذور

(40) التجاني، عبد القادر أحمد. ضمان المضارب لرأس المال في الودائع المصرفية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، الاقتصاد الإسلامى، مجلد 16، عدد 1، (2003م)، ص 61 - 72.

شرعي، وقد جوز الكاساني أن يتبرع المضارب بجميع الربح لرب المال، وكذلك لعله يجوز تطوع المضارب بضمان رأس مال المضاربة وإلزام نفسه به⁽⁴¹⁾. واستند -أيضاً- إلى الحاجة المتمثلة في المحافظة على ودائع العملاء والتمشي مع متطلبات السلطات الرقابية، والقول بجواز الحيل للحاجة، وأخيراً القياس على الأجير المشترك.

مناقشة فكرة التبرع بالضمان

ناقش رفيق المصري⁽⁴²⁾ الحجج التي ساقها التجاني، بقوله: إنما يرد عليه أنّ فيه اجتماع قرض وقراض وهما متنافيان، كما يرد عليه أنّه يصادم قاعدة: «الغنم بالغرم»، وقاعدة: «الخراج بالضمان». هذا بالإضافة إلى أنّه يتضمن العودة إلى الفائدة تحت أسماء أخرى؛ فهل الفائدة إلا ضمان رأس مال وضمان زيادة عليه؟ وقد تعرض الفقهاء القدامى صراحةً لضمان العامل لرأس مال المضاربة، ولم يجزه منهم أحد إلا الشوكاني، وهو من المتأخرين (1250هـ). ولا خلاف بين الفقهاء على عدم الجواز، وهذا ما أقره المجمع الفقهي (1408هـ). إنّما الخلاف هل يبطل العقد؟ أم يبطل الشرط ويبقى العقد؟ وما ذكره التجاني من التفريق بين ضمان العامل بالشرط وضمانه بالتطوع لا يغير من الأمر شيئاً؛ لأنّ ضمانه تعاقدى على كل حال، سواء أحصل بالشرط أو بالاتفاق أو بغير ذلك. واحتج التجاني أيضاً بأنّ بعض الفقهاء احتالوا على حرمة الضمان، وتفننوا في الحيل للوصول إليه، وهنا يقال بأنّ الضمان لو كان جائزاً ما احتاجوا إلى الحيل، والحيلة إلى حرام حرام، ولا يؤخذ منها حل الضمان، بل يؤخذ منها حرمة الحيلة. أمّا ما استند إليه تجاني من الحاجة حيث تمنع السلطات الرقابية تعريض أموال المودعين في المصارف إلى خطر الخسارة. وهذا يرد عليه بأنّ السلطات الرقابية أنشئت

(41) أحمد. ضمان المضارب لرأس المال في الودائع المصرفية، مرجع سابق، ص66-67.

(42) المصري، رفيق. تعليق "هل يجوز في المضاربة أن يضمن العامل رأس المال"، مجلة جامعة الملك عبد العزيز - الاقتصاد الإسلامي - مجلد 16، عدد 1، (2003م)،

لأجل البنوك التقليدية، وليست ملائمة للمصارف الإسلامية.

وبعد نقل مقتطفات من ردود رفيق المصري الآنفه، فإنّ ما يقع في البعد البؤري من اهتمام هذه الدراسة هو ما تعلق به الفقهاء القدامى والمعاصرون لمنع ضمان المضارب بالقواعد الفقهية الحاكمة «الغنم بالغرم» و«الخراج بالضمان»، وأن الربح يقابل الخسارة. أمّا فكرة التبرع فلا تصادم ما توصلت إليه هذه الدراسة ما لم يكن التبرع مشروطاً ومُلزماً؛ لأنّ الشرط والإلزام يخرج بنا من إطار التبرعات إلى العقود والالتزامات، وعندها ينتقض مبدأ التعادل والتقابل بين المغنم والمغارم. ومن جهة ثانية فإنّ التبرع بالضمان، من أي جهة كانت، لا يستحق به الاشتراك في مقاسمة الربح، فلا يسوغ أبداً أن يتبرع البنك بالضمان، ثمّ نسوغ استحقاقه في اقتسام الربح بهذا الضمان، وأخيراً تورد الدراسة -على سبيل الإيجاز- استثناء المسألة -قيد الدراسة- من جواز اشتراط الضمان على الأمين عند نزيه حماد، إذ يقول: «وبعد النظر في أدلة الفقهاء ومناقشتها ظهر لنا رجحان القول بجواز اشتراط الضمان على الأمين (وذلك منحصر في ضمان المتلفات)، وأنّه صحيح ملزم شرعاً ما لم يتخذ حيلة إلى قرض ربوي، فلا يغرم المضارب شيئاً من الخسارة والنقصان في رأس المال بدون تعديّه أو تفريطه إذا اشترط عليه الضمان؛ لأنّ ذلك الغرم خارج عن موجبات ذلك الشرط أصلاً، بالإضافة إلى أنّه غير سائغ شرعاً»⁽⁴³⁾.

وتخلص الدراسة في هذا المطلب إلى أنّ الضمان بمعنى المخاطرة هو شرط ضروري لاستحقاق الربح، ويقصد بالضمان -تحديداً- هو: الاستعداد لتحمل نتائج العمل الاستثماري ربحاً أو خسارة. وإنّ اشتراط الضمان على المضارب باطل شرعاً باتفاق الفقهاء؛ لأنّه ينقض القواعد والمبادئ التشريعية القاضية بضرورة التبادل والتلازم بين الغنم والغرم، وبين الخراج والضمان،

(43) حماد، نزيه. مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، جدة: البنك الإسلامي للتنمية - المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب-جدة، بحث رقم (53)، 1419هـ، 1998م، ص 61.

وينافي العدل، وهذا ما تقرره نظرية المخاطرة. هذا وإنّ التبرعات تقوم على مبادئ الإحسان والمسامحة فيغتفر فيها ما لا يغتفر في المبادلات التي تقوم على المكايسة والمشاحة، وعليه فإنّ التبرع بالضمان خارج حدود المعاملة والتعاقد لا يعارض مقررات نظرية المخاطرة، ولكنّ الإلزام والاشتراط يعود بالمسألة إلى أدراجها، فينقض مبدأ التعادل في الالتزامات. على أنّ التبرع بالضمان خارج إطار التعاقد لا يستحق به مقاسمة الربح؛ لأنّ التبرع والإحسان لا يرجى منه مقابل في الحياة الدنيا. والآراء التي جوزت أن يتبرع المصرف الإسلامي بالضمان، لم تبين لنا ما هي مسوغات استحقاق المصرف مقاسمة الربح؛ أهو الضمان المتبرع به؟ وعندها لا بد من تسمية الأشياء بمدلولاتها الحقيقية. كما لم تبين لنا هذه الآراء ماذا بقي من مبررات لاستحقاق الربح بالنسبة لأرباب الأموال الذين ضمن لهم التعاقد رؤوس أموالهم.

وأخيراً، فإنّ الضمان الذي يُستحق به الربح هو عنصر المخاطرة الذي يمثل شرطاً ضرورياً لاستحقاق الربح، وبانتفائه ينتفي مسوِّغ استحقاق الربح، ولا يتصور تجرد هذا العنصر في عقود المعاملات المشروعة عن الملك أو عن العمل. وليس معنى الضمان الذي يستحق به الربح هو مجرد التعهد بإرجاع رأس مال المضاربة لرَبِّ المال، فهذا المعنى للضمان مرتبط بالتقصير أو التعدّي من قبل المضارب، وهذا فيه معنى التعويض والعقوبة ولا يستحق به مقاسمة الربح، فمجرد تعهد طرف من الأطراف -سواء أكان من أطراف التعاقد أم كان مستقلاً- بإرجاع رأس مال المضاربة تاماً غير منقوص، لا يسوِّغ استحقاق الربح؛ لأنّ الضمان الذي يُستحق به الربح لا يتطرق إلى هذا المعنى، لكنّه يعني -بكل وضوح وجلاء- الاستعداد لتحمل عنصر الخطر المحتمل الوقوع بالمال أو بالعمل؛ فتحمل رب المال المخاطرة المحتملة الوقوع برأس المال، وتحمل المضارب عنصر الخطر المحتمل بضياع جهده، هو ما يسوِّغ استحقاق الطرفين لتقاسم الربح.

وهذا الخطر المحتمل في العمليات الاستثمارية غير قابل للقياس بصورة منضبطة، وغير قابل للتأمين؛ أي لا يجوز مبادلته بضمن محدد، كما لا يجوز

مبادلتة بجزء شائع من الربح ما لم يكن هذا الضمان يستند إلى رأس مال المضاربة، أو إلى العمل بالمضاربة؛ فقيام طرف مستقل عن أطراف التعاقد في المضاربة أو في الشركات ككل بضمان رأس مال الشركة، لا يُسوّغ استحقاقه لمقاسمة الربح؛ لأنّه ضمان مجرد عن الملك أو عن العمل، فلو قال: اعمل بمالك وعلي ضمانه ولي حصة من الربح، لا يصح. ولكن لو قال اعمل بمالك وأنا متبرع بضمانه دون مقابل، فإنّ ذلك جائز دون منازع؛ لذا فإنّ الدراسة لا تنازع في جواز التبرع بالضمان من أي جهة كانت، لكنّها تنازع في استحقاق مقاسمة الربح بهذا الضمان المتبرع به؛ كونه لا يستند إلى معايير نظرية المخاطرة (الملك أو العمل).

3. المخاطرة في صناديق الاستثمار، وضمان طرف ثالث

أصبحت الصناديق الاستثمارية من أهم الأوعية للأموال النامية، وقد شهدت الفترة الأخيرة اهتماماً من البنوك الإسلامية والمؤسسات باستخدام الصناديق الاستثمارية باعتبارها وسيلة لتعبئة المدخرات وتوجيهها نحو التوظيف؛ لما تتميز به هذه الوسيلة من إمكانية حشد المدخرات وتجميعها حتى وإن كانت رؤوس أموال صغيرة، ومن تنوع مجالات الاستثمار مما يؤدي إلى تقليل المخاطر، ومن إمكانية التسييل عن طريق إمكانية بيع الحصص وإحلال شريك مكان آخر.

تقوم فكرة الصناديق الاستثمارية على الأصل الفقهي لعقد المضاربة المطلقة. إذ تقوم جهة معينة (بنوك وشركات استثمار) بإعداد دراسة جدوى لمشروع معين، أو عدة مشاريع، ومن ثمّ تكوين صندوق استثماري تحدد أغراضه من خلال نشرة الاكتتاب في الصندوق، وتبين شروط الاكتتاب فيه والحقوق والالتزامات المتعلقة بكافة الأطراف، إذ يقسم رأس مال الصندوق إلى وحدات أو حصص أو أسهم مشاركة، أو صكوك متساوية القيمة الاسمية. وبعد تلقي الجهة المصدرة للصندوق أموال المكتتبين تقوم باستثمار الأموال المجمعة لديها في المجالات التي حدتها نشرة الاكتتاب، وتوزع الأرباح في الفترات المتفق عليها، كما تتولى تصفية الصندوق في الموعد المحدد لذلك.

وتتم إدارة الصناديق بإحدى الصيغ الشرعية الآتية: المضاربة المطلقة، أو المشاركة، أو الوكالة⁽⁴⁴⁾. وتختلف المشاركة عن المضاربة بمساهمة جميع الأطراف في رأس المال، وحق الشركاء في الإدارة. وتتشابه في تقاسم عنصر المخاطرة واشتراكهم في الربح، إذ يتعدد في هذه المضاربة أرباب رأس المال، بينما تفرد جهة ما في تقديم عنصر العمل (التنظيم). وما يناسب إدارة هذه الصناديق هو عقد المضاربة المطلقة الذي يحكم المؤسسة المالية الإسلامية مع أرباب المال، وعقد المضاربة المقيدة الذي يحكم المؤسسة المالية مع المنظم الذي يتولى تنفيذ المشروع، في حالة الرغبة بتفويض جهة ما بالتوظيف. أما في الوكالة فتتم إدارتها مقابل مبلغ مقطوع غير مخاطر، إذ يستحق المدير أجره ثابتة في مواعيد دورية.

هذا، وقد اتخذت هذه الأداة المالية مسميات متعددة، مثل: صناديق الاستثمار، أو المحافظ الاستثمارية، وصناديق حصص الاستثمار، والإصدارات وصناديق المضاربة، أو صكوك المضاربة. ومهما تعددت المسميات فإن المراد من صندوق الاستثمار هو ذلك الوعاء المعد لغايات الاستثمار في مجالات محددة وخلال فترة زمنية محددة، وتتولى جهة معينة إدارته، وله ذمة مالية مستقلة* وتمثل موجوداتها المالية (صكوكاً أو أسهماً) وثائق ملكية بحصة شائعة، ويكون لصاحبها جميع الحقوق والتصرفات المقررة

(44) أبو غدة، عبد الستار. صناديق الاستثمار الإسلامية، بحوث المؤتمر العلمي السنوي الرابع عشر (المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل)، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة 15-17، مايو، 2005م غرفة تجارة وصناعة دبي 2005م، المجلد (2)، ص 595 - 563.

(*) الذمة المالية المستقلة لصندوق الاستثمار تعني: اعتبار الصندوق شخصاً معنوياً مستقلاً عن أشخاصاً لمساهمين، وله ذمة مالية مستقلة قابلة لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات. للمزيد انظر:

- جمعة، علي محمد. اختلاف الأحكام الفقهية باختلاف الشخصية الاعتبارية والطبيعية وأثر ذلك في مدى مسؤولية الشركاء عن وقوع الحرام من الشركة، بحث مقدم إلى ندوة المساهمة في شركات المساهمة التي تتعامل أحياناً بالربا، مايو، 1998م، البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب - جدة، المحرم 1419هـ، ص 3.

شرعاً في الملك الشائع من: بيع، وهبة، ورهن، وإرث، وغيرها، بما لا يمس حقوق بقية المشاركين.

وعند محاكمة صناديق الاستثمار لمعيار المخاطرة لا بد من إلقاء الضوء على أطراف التعاقد، ونوع العلاقة بينهم. أما عن أطراف التعاقد في صناديق الاستثمار فهم المؤسسون؛ ويمثلون الجهة التي تقوم بتأسيس وإنشاء الصندوق، وعادة ما تكون شركة مساهمة، أو مصرفاً، أو شركة تأمين. إذ يتولى المؤسسون إعداد نشرة الاكتتاب، وتلقي الاكتتاب من جمهور المساهمين في الصندوق، واستصدار التراخيص اللازمة. ويشارك المؤسسون في تحمل عنصر المخاطرة حيث يقتسمون نتائج استثمارات الصندوق من أرباح وخسائر، كلّ بنسبة ما يملكه من وثائق تمثل حصته، ويتميز المؤسسون في حق اختيار مجلس إدارة الصندوق، ومن المفترض تساوي الشركاء في الحقوق والالتزامات، والمكثبون؛ وهم المدخرون الراغبون باستثمار أموالهم في محفظة الأوراق المالية للصندوق، ويحصلون على وثائق استثمار من الصندوق في مقابل ما يساهمون فيه من أموال، وتمثل هذه الوثائق سند ملكية لأصحابها بحصة شائعة في الموجودات الكلية للصندوق، ويشاركون في تحمل عنصر المخاطرة، إذ يقتسمون نتائج استثمارات الصندوق من أرباح وخسائر، كلّ بنسبة ما يملكه من أسهم أو حصص، ومدير الاستثمار: يمثل الجهة التي يعهد إليها الصندوق بإدارة نشاطه، وعادة ما تكون هذه الجهة جهة أجنبية مستقلة عن الصندوق، وذات خبرة متخصصة، وتكون هذه الجهة مسؤولة مسؤولية كاملة عن إدارة الصندوق، وهنا لا بد أن يكون المصرف مسؤولاً عن سوء إدارة مدير الاستثمار، ولا يصح تحميل المكثبين نتائج سوء الإدارة. وعادة ما يتقاضى مدير الاستثمار أجراً عقدياً ثابتاً ودورياً تمثل أتعاب الإدارة، ومن الأنسب -حسب توجهات هذه الدراسة- أن يكون عائد مدير الاستثمار مرتبطاً بنجاح المشروع؛ أي أن يكون العائد مخاطراً، طبقاً لما يقرره عقد المضاربة. ولا يمتنع أن يتلقى عائداً يمثل أجراً عقدياً لقاء الإدارة، وحصة شائعة من الربح كحافز على حسن الأداء، وهنا يمثل العائد العقدي جزءاً من نفقات الصندوق.

وبشأن العلاقة بين الأطراف فإنّ ما تعتنى به الدراسة هنا، هو علاقة المشاركة في اقتسام نتائج الاستثمار ربحاً أو خسارة، ولا بد هنا من أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة غير محدد بمبلغ مقطوع، وأن تتقابل حصة الشركاء من الربح بحصتهم من تحمل عنصر المخاطرة (حصتهم من رأس المال المخاطر)، هذا في حال التجرد عن العمل، وهو الأصل في الشركات المساهمة؛ إذ يمثل السهم وحدات حساب تمويلية متجانسة ومخاطرة، والشريك هو حامل السهم، ومن يحمل أكثر من سهم فهو شريك يكرر نفسه، وفي حال تميز طرف بتقديم عمل يكون الربح على ما اصطلح عليه الأطراف.

وفي حالة الخسارة فلا بد أن تكون الخسارة على قدر حصص رأس المال المخاطر المقدم من المتعاقدين؛ أي: توزع بين الشركاء بنسب مشاركة كل منهم في رأس مال الشركة المخاطر، وهذا ما تقرره نظرية المخاطرة، وهو محل اتفاق لا خلاف فيه بين أهل العلم، فالعلاقة الشرعية بين المؤسسين والمكتتبين تحكمها قواعد شركة العنان في الفقه الإسلامي. أمّا عن علاقة المؤسسين بمدير الاستثمار فإنّ المؤسسين يمثلون المكتتبين بموافقتهم على نشرة الاكتتاب، واكتتابهم بالفعل جعل هذا التعاقد كأنه صادر منهم أصالة. وبالنظر إلى طبيعة العلاقة الشرعية في عقد الإدارة بين المؤسسين ومدير الاستثمار يتبين أنّها: إمّا أن تكون علاقة وكالة بأجر، وعندها تسري عليها أحكام الإجارة في الفقه الإسلامي ويستحق بها الوكيل أجراً مقطوعاً؛ أي غير مخاطر، ويده تكون يد أمانة لا يضمن ما لم يتعدّ أو يقصر. وإمّا أن تكون علاقة مضاربة مطلقة بين المكتتبين والمؤسسين من جهة، وعلاقة مضاربة مقيدة بشروط يضعها المؤسسون مع المنظم من جهة ثانية، وعندها يستحق (المنظم) عائداً مخاطراً؛ أي يكون مستعداً لخسارة جهده، ومستحقاً لنسبة شائعة من الربح متفق عليها.

أمّا أوجه التوظيف لأموال صناديق الاستثمار فإنّها متعددة، وغالب صناديق الاستثمار توظف مواردها المالية في الأوراق المالية، فضلاً عن الاستثمار في مجالات أخرى، مثل: مجالات القيم المنقولة عن طريق الاتجار المباشر، والمرابحاث، والبيوع الآجلة أو البيع بالتقسيط، والسلم،

والاستصناع، والإيجارات. وتعد الأسهم وسندات المقارضة أهم مجالات التوظيف في الأوراق المالية، وسندات المقارضة لا تفترق عن الأسهم إلا بالتسمية، إذ تقوم على قاعدة: «الغنم بالغرم»، فعوائدها محتملة، وغير مضمونة، وتشارك في اقتسام نتائج العملية الاستثمارية بنسبة شائعة ربحاً وخسارة، وهو الشرط الضروري للسلامة الشرعية.

ونخلص إلى نتيجة مؤداها أنّ أوجه التوظيف ينبغي أن تنضبط بمعايير نظرية المخاطرة حتى تحوز السلامة الشرعية؛ فالتوظيف في سوق الأوراق المالية لا بد أن ينضبط بالمجالات المباحة، وأن يكون تمويل الشركة المصدرة للأوراق المالية مستنداً إلى رأس المال المخاطر على أساس الشركة، وأن تكون العوائد محتملة للربح والخسارة على أساس قاعدة: «الغنم بالغرم»، وليس على أساس العائد المضمون لرأس المال النقدي. وأمّا الاستخدامات الأخرى فلا بد من أجل أن تحوز على السلامة الشرعية أن تنضبط بالقواعد الشرعية العامة، إضافة إلى معايير نظرية المخاطرة عند توظيف رأس المال النقدي المخاطر.

أمّا تداول وثائقها في سوق الأوراق المالية فلا يوجد في قواعد الشرع وما تقرره نظرية المخاطرة ما يمنع من تداول هذه الوثائق، حيث تمثل هذه الوثائق حصة شائعة في موجودات الصندوق، ويعد قبضها حيازة للحصة الشائعة نفسها، فيحق لحاملها التصرف فيها بالبيع والهبة، وغير ذلك من التصرفات المقررة شرعاً للمالك، فالشريعة الإسلامية تجيز التصرف في الحصة الشائعة⁽⁴⁵⁾، على أنه ينبغي التنبيه إذا كانت موجودات الصندوق لا تزال نقوداً فإنه لا يصح تداول الأوراق المالية بالبيع والشراء إلا وفق ضوابط أحكام الصرف (مبادلة النقود)، حيث لا تباع إلا بقيمتها الاسمية وهو شرط التساوي، ولا بد كذلك من التقابض، ويعتبر هذا البيع إقالة أو فسخاً للاكتتاب لا عقداً جديداً⁽⁴⁶⁾. وإذا كانت ديوناً فتطبق على تداول صكوك

(45) خوجة، عز الدين. صناديق الاستثمار الإسلامية، جدة: مجموعة دلة البركة إدارة التطوير والبحوث، 1993م، ص39.

(46) المرجع السابق، ص44.

المقارضة أحكام التعامل بالديون. وإذا كانت موجودات الصندوق مختلطة من النقود والديون والأعيان والمنافع، فإنه يجوز تداول صكوك المقارضة وفقاً للسعر المتراضى عليه، على أن تكون الأعيان والمنافع هي الغالبة. وفي جميع الأحوال يتعين تسجيل التداول أصولياً في سجلات الجهة المصدرة⁽⁴⁷⁾. وما تعني به الدراسة هنا هو ما تقرره نظرية المخاطرة من معايير، وعلى وجه الخصوص هنا معيار (مخاطر استمرار الملك)، فمالك الصك الذي يمثل حصة شائعة في المشروع يتحمل مخاطر استمرار الملك طيلة فترة المشروع، وإذا قام بنقل ملكية الصك فلا بد أن تنتقل مخاطر استمرار الملك لمالك الصك الجديد. وهنا تناقش الدراسة مسألة مهمة، وهي مدى مشروعية ضمان القيمة الاسمية لتلك الصكوك وسندات المقارضة، سواء من قبل جهة الإصدار (المصرف الإسلامي)، أو من قبل جهة ثالثة.

ضمان المصرف الإسلامي للصكوك

بما أنّ فكرة صناديق الاستثمار تقوم على الأصل الفقهي لعقد المضاربة المطلقة، فينبغي محاكمة ضمان المصرف الإسلامي للصكوك لما تقرره أحكام المضاربة؛ فقد اتفق الفقهاء، كما سبق بيانه، على أنه لا ضمان على المضارب في عقد المضاربة إلا بالتفريط أو بالتعدي؛ ذلك لأنّ يده على المال يد أمانة، والأصل أنّ الأمين لا يضمن إلا بالتفريط أو التعدي؛ ولأنّ تضمينه مخاطر الأسواق فيه اجتماع مغمّرين (مغمم ضياع جهده، ومغمم الخسارة المادية بجبر رأس المال)، وهذا فيه منافاة للعدل الذي هو غاية التشريع، وفيه نقض لنظرية المخاطرة التي تستند إلى مبدأ العدل.

وإذا شَرَطَ رَبُّ المال على المضارب الضمان فلا خلاف بين الفقهاء على فساد هذا الشرط وعدم اعتباره، وإنّما وقع الخلاف حول صحة عقد المضاربة إذا اشتملت هذا الشرط الفاسد. إذ يرى الحنفية⁽⁴⁸⁾

(47) مجلة مجمع الفقه الإسلامي: القرار رقم (5) الدورة الرابعة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي

- منظمة المؤتمر الإسلامي، عدد4، ج3، 1988م، ص2161-2162.

(48) الكاساني. بدائع الصنائع، مرجع سابق، ج8، ص3602.

والحنابلة⁽⁴⁹⁾ صحة المضاربة وبطلان الشرط؛ لأنّ هذا الشرط لا يؤدي إلى جهالة الربح، ومعيار فساد العقد عندهم هو ما يؤدي إلى جهالة المعقود عليه، وهو الربح. بينما يرى المالكية⁽⁵⁰⁾ والشافعية⁽⁵¹⁾ فساد المضاربة التي تشتمل على هذا الشرط؛ لما في ذلك من زيادة وعَرَر. هذا، وللأمانة العلمية فقد أجاز بعض المالكية أن يتطوع المضارب بضمان رأس المال بعد تمام العقد، وذلك قياساً على جواز تطوع الوديع والمكتري بضمان ما بيده، إذا كان هذا التطوع بعد تمام العقد⁽⁵²⁾.

ومن خلال هذا العرض الموجز لغايات التذكير بما تقدم في هذه الدراسة، فإنّه يتبين أنّه لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب في عقد المضاربة، سواء أكان هذا الشرط من رب المال وقبله المضارب أم كان من المضارب على نفسه؛ لأنّ ذلك يناقض ما تقرره نظرية المخاطرة من ضرورة تقابل المغنم بالمغارم وتلازمها؛ ولأنّ ذلك يخالف مقتضى العقد، فليس من العدل إذا حدثت خسارة أن يخسر المضارب مرتين: بضياح جهده وعمله وفوات الربح المأمول، وبتحملة خسارة رأس المال. إلا أنّ مسألة التبرع بالضمان طوعية، خارج الإطار العقدي دون اشتراط أو إلزام، لا يتعارض مع ما تقرره نظرية المخاطرة من ضرورة تقابل المغنم بالمغارم؛ لأنّ مجال عمل النظرية لا يشمل التبرعات، كونها تقوم على الإرفاق والإحسان، بخلاف المعاوضات التي هي أهم مجالية النظرية التي تقوم على المكايسة والمشاحة. مع ضرورة التأكيد على أنّه وإن جاز التطوع بالضمان من طرف مستقل أو خارج الإطار العقدي، فإنّ مجرد الضمان (بمعنى التعويض) لا يخول استحقاق الربح،

(49) ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، مسألة قال: وإذا اتفق رب المال والمضارب على أن الربح بينهما والوضيعة عليهما، ج5، ص40.

(50) ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت: دار الكتب العلمية، 1997م، كتاب القراض، باب في مسائل في الشروط، ج2، ص199. وانظر أيضاً:

- الدردير. الشرح الكبير، مرجع سابق، ج3، ص520.

(51) الشربيني، محمد الخطيب. مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي معوض وآخرون، بيروت: دار الكتب العلمية، 1994م، ج3، ص398.

ولكن الضمان بمعنى المخاطرة بالمال أو بالعمل هو ما يخول استحقاق الربح، والله أعلم.

ثالثاً: مناشط توظيف الأموال في المصارف الإسلامية

في هذا المبحث، سوف تقتصر الدراسة على مناشط توظيف الأموال التي هي موضع تساؤل من قبل جمهور المتعاملين والمهتمين بالظاهرة المصرفية الإسلامية، ذات التعلق الوثيق بالمخاطرة. إذ يلاحظ على الظاهرة المصرفية أنها تأخذ بالقراض في مجال اجتذاب الودائع، ولكنها قلماً تلجأ إلى القراض في مجال توظيف الأموال، بل تعزز عنه إلى المداينات: المرابحات، والإيجارات التمويلية⁽⁵³⁾. وسوف تنطلق الدراسة في هذا المبحث من زاويتين: الأولى: تتعلق بمحاكمة صيغ التمويل والتوظيف على أساس معيار المخاطرة. والثانية: تتعلق بما ينبغي أن تكون عليه صيغ التمويل والتوظيف من جهة ما تقرره نظرية المخاطرة من معايير.

1. المخاطرة في بيع المرابحة والإلزام بالوعد

يصنف البيع بحسب طريقة تحديد الثمن إلى: بيوع مساومة (مزايدة ومناقصة)، وبيوع أمانة (مرابحة وتولية ووضيعة). والمرابحة في الاصطلاح الشرعي هي: «البيع برأس المال وربح معلوم، ويشترط علمهما برأس المال⁽⁵⁴⁾. وأدلة جوازها هي أدلة جواز البيع مطلقاً، فهي بيع من البيوع، وهي من بيوع الأمانات. وأهم شروط صحة المرابحة هي: صحة العقد الأول، والعلم بالثمن الأول، والعلم بالربح.

وما يسمى بالمرابحة المصرفية اليوم ليست بأكثر من مواعدة على البيع

(52) دواية، أشرف. صناديق الاستثمار في البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، القاهرة: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، 2004م، ص 253.

(53) المصري، رفيق. ماهية المصرف الإسلامي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز (الاقتصاد الإسلامي)، المجلد 10، (1998م)، ص 63.

(54) ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 129.

لأجل معلوم، وبثمنٍ محدّد؛ هو ثمن الشراء مضافاً إليه ربح معلوم، تزيد نسبته مع زيادة الأجل، لكنه معلوم ومتفق عليه منذ البداية، وهذه الصورة لا تعدو «بيع المواصفة»^{*} وهي تختلف عن الربحة من حيث إنها طلب شراء سلعة ممن لا يملكها بثمن أعلى من ثمنها الحالي، ويكون الواعد ملزماً بالشراء وكذا البائع، ومن حيث إن ربح التاجر في المربحة تسوّغه المخاطرة (احتمال الوضعية)، بينما ليس هذا الاحتمال وارداً بالنسبة لبيع المواصفة كما تجرّيه البنوك الإسلامية؛ ذلك لأنّ المصرف حصّن نفسه بالوعد الملزم، ولم يشتر السلعة إلا بعد مواصفة العميل وأخذ جميع الضمانات والرهون، ومن حيث الاتفاق الفقهي على صحة المربحة وإن كان ذلك خلاف الأولى؛ لمظنة الخطأ أو الخيانة في تقدير سعر التقوم. بينما لم يحز بيع المواصفة باتفاق الفقهاء، بل نهى عنه ابن عمر⁽⁵⁵⁾، وسماه المالكية⁽⁵⁶⁾ بيع العينة، وقالوا عنه: هذا ربا حرام، وسلف جرّ نفعاً، أمّا الحنفية⁽⁵⁷⁾ والإمام الشافعي⁽⁵⁸⁾ فقد أجازوه شريطة عدم الإلزام فيه.

ورغم ذلك فقد حازت هذه الصورة على إقرار من هيئات الرقابة الشرعية

(*) المواصفة هي: طلب السلعة بوصفها ممن لا يملكها؛ ليذهب يشتريها من السوق حسب وصف الطالب، ثمّ يبيعا للطالب مع زيادة في الثمن تمثل ربح البائع. انظر بيع المواصفة في التراث الفقهي: "عن سعيد بن المسيب أنه كان يكره بيع المواصفة، والمواصفة: أن تواصل الرجل بالسلعة ليست عندك، وكره أن تُرى للرجل الثوب ليس لك، فتقول من حاجتك: هذا تشتريه لتبيعه منه"، الصنعاني، المصنف، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: المواصفة في البيع، رقم: 14223، ج 8، ص 42. وانظر أيضاً:

- ابن حجر العسقلاني. فتح الباري، مرجع سابق، باب بيع الشعير بالشعير، ج 4، ص 378.

- السغدّي. الفتاوى، مرجع سابق، ج 1، ص 472.

(55) مالك. الموطأ، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: بيع العينة وما يشبهها، رقم: 2787، ص 385. "وحدثني مالك أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: ابتع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل، فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه."

(56) الدردير. الشرح الكبير، مرجع سابق، فصل ذكر فيه حكم العينة، ج 3، ص 89.

(57) السرخسي. المبسوط، مرجع سابق، باب في البيع والشراء "وإن لم يرغب الأمر في شرائها يمكن المأمور من ردها بشرط الخيار، فيندفع الضرر عنه بذلك"، ج 30، ص 238.

(58) الشافعي. الأم، مرجع سابق، ج 3، ص 39.

لأكثر من بنك إسلامي، وصدرت بها أكثر من فتوى⁽⁵⁹⁾، هذا مع التنصيص على ضرورة القبض والمرابحة حسب أصلها الفقهي تتضمن مخاطر التجارة؛ فالتاجر يشتري السلعة بهدف الربح مُتَحَمِّلاً مخاطرها كاملة، لاسيما مخاطر السوق فقد تتغير الأسعار، وقد يضطر إلى بيعها تولية (بما قامت عليه)، وقد يبيعها وضيعة (بخسارة)، وقد يحقق ربحاً. وهذا الربح المحتمل «تناظره وتسوُّغه المخاطرة؛ وهذه المخاطرة لا تختزل - كما يطيب للمصارف الإسلامية أن تفعل - إلى مخاطرة الرد بالعيب الخفي أو الهلاك قبل التسليم، فحوالة الأسواق، وتغيرات الأسعار، وتغيرات الطلب، كلها مخاطر معتبرة، بل هي الأساس المسوغ للربح في النشاط التجاري»⁽⁶⁰⁾.

وسوف تناقش الدراسة الشبهات المثارة على الصورة الآتية، مقتصرة على ما يتعلق منها بمحل الدراسة. وهذه الشبهات يمكن حصرها بأن هذه الصورة تدخل في بيع ما لا يملك، وبيع ما لم يضمن، وأن فيها إلزاماً بما لا يلزم، وإيجاباً لما لم يوجبه الله تعالى؛ وهي مسألة الإلزام بالوعد.

ويمكن تحديد الشبهة المثارة التي هي موضع اهتمام هذه الدراسة بأن المصارف الإسلامية ليست تاجراً على النحو المتقدم؛ إنها لا تريد أن تتحمل مخاطر التجارة من حوالة الأسواق وتقلب الأسعار والأذواق. إنها ليست بتاجر أصلاً فهي لا تشتري السلع بقصد تملكها أصلاً للتاجر بها، فهي لا تتحمل مخاطرتها عملياً، إنما تلجأ إلى تمويل عمليات شراء محددة على نحو تقتصر فيه العملية على تمويل محض تترتب عليه علاقة دائنية من حيث المآل؛ مما جعل قطاعاً عريضاً من الجمهور ينعت المصرف الإسلامي بالمحلل. وفيما يأتي مناقشة هذه الشبهة:

(59) وهي فتوى مستشار بيت التمويل الكويتي، وفتوى مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي، وفتوى مؤتمر المصرف الإسلامي الثاني بالكويت، وفتوى الشيخ ابن باز. انظر: القرضاوي، يوسف. بيع المرابحة للأمر بالشراء كما تجر به المصارف الإسلامية، الكويت: دار القلم، 1986م، ص15، وما بعدها.

(60) السهاني، عبد الجبار. بحث ملاحظات في فقه الصيرفة الإسلامية، مجلة جامعة الملك عبد العزيز، (الاقتصاد الإسلامي)، المجلد16، عدد1، (2003م)، ص32.

بيع ما لا يملك

وهذه الشبهة لها رصيد من واقع الممارسة العملية، إذ يقوم المصرف الإسلامي بإبرام عقد المواعدة على البيع، مُتخذاً صورة الإلزام، وذلك قبل أن يمتلك السلعة محل التعاقد. وهذا ينطبق عليه وصف بيع المعدوم، وبيع ما ليس عنده، أو البيع قبل الشراء. هذا وقد تقدمت الإشارة إلى حديث حكيم بن حزام: «لا تبع ما ليس عندك»، وما ذكره البخاري في البيوع من النهي عن بيع الطعام قبل قبضه، وقد بَوَّب: «باب بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك»⁽⁶¹⁾.

علاقة النهي عن «بيع ما ليس عندك» بالنهي عن «ربح ما لم يضمن»

سبقت الإشارة إلى حديث «لا يحل سلف، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم يضمن، ولا بيع ما ليس عندك»⁽⁶²⁾. وهنا نتساءل: هل ثمة معنى مقصود من هذا الاقتران بين النهي عن بيع ما ليس عندك، وبين النهي عن ربح ما لم يُضْمَن؟ تعتقد الدراسة وجود ترابط وثيق، وقد أشار الخطابي⁽⁶³⁾ إلى ذلك الترابط، وإن لم يصرح، إذ أدخل في معنى «لا تبع ما ليس عندك» كل شيء ليس بمضمون على البائع، مثل أن يشتري سلعة فيبيعها قبل أن

(61) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: بيع الطعام قبل أن يقبض، وبيع ما ليس عندك، ص 401.

(62) النسائي، سنن النسائي، مرجع سابق، كتاب البيوع، باب: سلف وبيع، حديث رقم: 4629، ص 479. ورواه ابن ماجه بلفظ: "لا يحل بيع ما ليس عندك، ولا ربح ما لم يضمن." ابن ماجه، السنن، مرجع سابق، كتاب: التجارات، باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، حديث رقم: 2188، ص 236. وقال عنه الشيخ الألباني: حديث حسن صحيح، في: الألباني، صحيح سنن ابن ماجه، مرجع سابق، الكتاب والباب نفسهما، حديث رقم: 1781-2188، ج 2، ص 13. ورواه الترمذي وقال عنه: حديث حسن صحيح، في: الترمذي. جامع الترمذي، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: ماجاء في كراهية بيع ما ليس عندك، حديث رقم: 1234، ص 219.

(63) الخطابي، أبو سليمان، حمد بن محمد. معالم السنن، بيروت: المكتبة العلمية، د.ت، ج 5، ص 143.

يقبضها. ويؤكد هذا المعنى الشافعي بقوله: «إنما لا يكون له بيعه إذا كان مضموناً على غيره بعوض يأخذه منه إذا فات»⁽⁶⁴⁾. ومن هنا نستطيع أن نتبصر حكمة النهي عن بيع ما ليس في الملك، بينما تجيز الشريعة بيع السلم؛ فبيع ما ليس في الملك يفتقر إلى الضمان (المخاطرة) إذ يربح ما لم يضمن؛ أي ما لم يتحمل مخاطره. يؤكد ذلك ابن القيم قائلاً: «وقد ظن طائفة أن السلم مخصوص من عموم هذا الحديث. فإنه بيع ما ليس عنده. وليس كما ظنوه، فإنّ الحديث إنما تناول بيع الأعيان. وأما السلم فعقد على ما في الذمة، وما في الذمة مضمون مستقر فيها. وبيع ما ليس عنده إنما نهى عنه؛ لكونه غير مضمون عليه، ولا ثابت في ذمته، ولا في يده، فالبيع لا بد أن يكون ثابتاً في ذمة المشتري أو في يده. وبيع ما ليس عنده ليس بواحد منهما. فالحديث باق على عمومه»⁽⁶⁵⁾. وقد أكد ابن تيمية هذا المعنى من قبل بقوله: «ونهي -النبى ﷺ- حكيم ابن حزام عن بيع ما ليس عنده: إمّا أن يراد به بيع عين معينة (موجودة في ملك الغير) فيكون قد باع مال الغير قبل أن يشتريه. وفيه نظر»⁽⁶⁶⁾.

ومن هنا تبرز الدراسة معنى الترابط في الحديث الآنف بين النهي عن بيع ما ليس عنده، وبين النهي عن ربح ما لم يضمنه؛ إذ يؤدي بيع الأشياء حال كونها في ملك الغير إلى ربح ما لم يضمن، وقد سبق توضيح معيار القبض الشرعي الذي يُحوّل التصرف، وهو انتقال الضمان؛ أي انتقال مخاطر استمرار الملك من البائع إلى المشتري، ومن باع ما ليس عنده يكون قد باع

(64) الشافعي. الأم، مرجع سابق، ج3، ص71.

(65) ابن القيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. حاشية ابن القيم، بيروت: دار الكتب العلمية، 1995م، ج9، ص299.

(66) ابن تيمية. مجموع فتاوى شيخ الإسلام، مرجع سابق، ج20، ص529. وانظر الآثار التي أوردها ابن أبي شيبة في مصنفه، والتي تدل على الموقف الفقهي من «بيع ما ليس عندك». ابن أبي شيبة. المصنف. مرجع سابق، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في الرجل يساوم الرجل بالشيء ولا يكون عنده، رقم: 20492-20498، ج4، ص316-317. أو «بيع المواصفة». ابن أبي شيبة، المصنف، مرجع سابق، كتاب: البيوع والأقضية، باب: في المواصفة في البيع، رقم: 21898-21904، ج4، ص442-443.

ما ليس في ضمانه، وعليه يكون قد حقق ربحاً دون أن يتحمل مخاطر استمرار الملك. وبيع الإنسان ما ليس في ضمانه يفتقر إلى الشرط الضروري ومعيار السلامة الشرعية، «فالباع بهذا السياق ينطوي على علة أخرى غير تمام الملك أو القبض، ألا وهي غياب المخاطرة المبررة للربح»⁽⁶⁷⁾؛ لذلك كان النهي، والله أعلم.

الممارسة العملية لبيع المرابحة في المصارف الإسلامية

بزغ نجم المصطلح الجديد «بيع المرابحة للآمر بالشراء» لأول مرة في أطروحة الدكتوراه لسامي حمود 1976م، ثم أصبحت هذه المعاملة هي الأكثر استخداماً من بين مناشط المصارف الإسلامية، واحتلت مركز الصدارة من بين مناشط توظيف الأموال في المصارف الإسلامية. وكما يقول حمود: «فهذه العملية عملية مركبة من وعد بالشراء، وبيع بالمرابحة»⁽⁶⁸⁾. ويؤكد معظم المنظرين لهذه الصيغة ضرورة تحمل المصرف الإسلامي لعنصر المخاطرة، والذي يمكن تصوره في امتلاك المصرف الإسلامي للسلعة التي ينبغي أن يملكها ويتحمل مخاطر استمرار الملك، ومخاطر حوالة الأسواق، ثم يقوم ببيعها للواعد بالشراء ناقلاً إليه مخاطر الملك، كما يمكن تصور المخاطرة التي ينبغي أن يتحملها المصرف في حال نكول الواعد بالشراء، أو ظهور عيب في السلعة، يؤكد ذلك حموداً بقوله: «والواجب في العمل هو الاستقصاء وقبول المخاطرة الداخلة في الحساب»⁽⁶⁹⁾. لكن حموداً رجح عن هذا الموقف وأصبح يقول بالوعد الملزم⁽⁷⁰⁾. وقد أكد الفقهاء المعاصرون الذين تناولوا هذه الصيغة بالبحث، وبالفتوى، على ضرورة تملك البنك الإسلامي للسلعة وحيازتها، قبل بيعها للعميل الأمر بالشراء. وعلى ضرورة

(67) السبهاني. ملاحظات في فقه الصيرفة الإسلامية، مرجع سابق، ص 38.

(68) حمود. تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص 432.

(69) المرجع السابق، ص 434.

(70) حمود، سامي. رد على نقد حول بيع المرابحة، مجلة المسلم المعاصر، عدد 36، (1983م)، ص 151.

تحمل المصرف الإسلامي مخاطر هلاك السلعة قبل تسليمها للعميل، واشتروا كذلك جواز رد العميل السلعة بالعيب الخفي. لا بل اشترط بعضهم⁽⁷¹⁾ لسلامتها الشرعية أن يكون لكل من العميل والبنك الحرية الكاملة في إتمام البيع أو الإعراض عنه، وأن لا يُلزم أحد الطرفين الآخر بالتعويض، لما قد يقع من الضرر، فمن المفترض أن الشراء سيتم للبنك لا للعميل، فيتحمل البنك لذلك كل ما يقع من الخسائر مقابل حصوله على الربح في حالة تحققه؛ لأن الغرم بالغنم.. ولا بد أن يقصد البنك الشراء لنفسه، ويتحمل التبعات كلها؛ ليحل له الربح، وأن لا يبيع البنك البضاعة إلا إذا قبضها، ودخلت في ضمانه.

واقع التطبيق

تشير الدراسات⁽⁷²⁾ إلى انحياز مناشط المصرفية الإسلامية لصالح صيغة المرابحة للأمر بالشراء، وعلى أقل تقدير فإن الأهمية النسبية لهذه الصيغة من بين الصيغ الأخرى لا تقل عن (70%) من عمليات المصارف الإسلامية. ولكن السؤال المتبادر هو: ما سر هذا التركيز على هذه الصيغة؟ ربما كانت السهولة في التطبيق هي الإجابة المتبادرة، ولكن ما وراء السهولة في التطبيق؟ ومن الواضح أن قيامها على مبلغ مقطوع من الربح يتم التعاقد عليه سلفاً هو

(71) الأشقر، محمد. بيع المرابحة كما تجر به البنوك الإسلامية، عمان: دار النفائس، 1995م، ص49، وما بعدها.

(72) ناصر. أصول المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص74-75.

- البعلبي، عبد الحميد. أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، القاهرة: مكتبة وهبة، 1990م، ص26.

- كمال، يوسف. المصرفية الإسلامية، الأزمة والمخرج، المنصورة: دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، 1999م، ص98.

- أحمد، أوصاف. الأهمية النسبية لطرق التمويل المختلفة في النظام المصرفي الإسلامي، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة «خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية» المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية-عمان، من 16-21 حزيران 1987، بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الإسلامي للتنمية -جدة، ص135-136.

ما يسوّغ هذا التركيز. وهنا تجتمع كلمة معظم الباحثين والدارسين للظاهرة المصرفية الإسلامية على أنّ انخفاض عنصر المخاطرة، أو تلاشيها تماماً في حالة (الوعد الملزم)، هو المسوّغ الحقيقي لتركّز عمليات التمويل حول هذه الصيغة، بينما كانت المخاطرة التي يتحملها رب المال هي العائق الرئيس أمام صيغ المضاربة. وعليه فإنّ تجنب المخاطرة هو السبب الرئيس في تفسير ظاهرة التركيز على صيغة المرابحة، وانحسار الأهمية النسبية لصيغ المضاربة في التطبيق العملي.

يُعدُّ بيع المرابحة للأمر بالشراء (كما تجرّيه المصارف الإسلامية) من أكثر صيغ التمويل بُعداً عن الخطر؛ وذلك أنّ الوعد الملزم بالشراء قبل تملك المصرف للسلعة مع معلومية رأس المال، ومعلومية الربح باعتباره مبلغاً مقطوعاً أو نسبة من رأس المال، تعني تجنب مخاطر السوق، هذا، وقد سبقت الإشارة إلى حقيقة هذه المعاملة وبأنّها لا تعدو بيع المواصفة. وقد تجنبت المصرفية الإسلامية نعت هذه المعاملة بما نعتها الفقهاء (بيع المواصفة)، أمّا الإمام الشافعي فقد أجاز هذه الصورة (المواصفة مع وعد بالشراء) شريطة عدم الإلزام فيه: «وإذا أرى الرجل الرجل السلعة فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا فاشترها الرجل فالشراء جائز، والذي قال: أربحك فيها بالخيار إن شاء أحدث فيها بيعاً وإن شاء تركه، وهكذا إن قال: اشتر لي متاعاً ووصفه له، أو متاعاً أيّ متاع شئت، وأنا أربحك فيه فكل هذا سواء يجوز البيع الأول، ويكون هذا فيما أعطى من نفسه بالخيار، وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال أبتاعه وأشترته منك بنقد أو دين يجوز البيع الأول، ويكونان بالخيار في البيع الآخر فإن جدداه جاز، وإن تبايعا به على أن ألزما نفسيهما الأمر الأول فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما: أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع، والثاني أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا»⁽⁷³⁾.

أمّا بيع المرابحة المجاز في الفقه الإسلامي مع كراهية بعض الأئمة⁽⁷⁴⁾،

(73) الشافعي. الأم، مرجع سابق، ج3، ص39.

(74) مالك. الموطأ، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: بيع العينة وما يشبهها، =

وقول بأنه خلاف الأولى⁽⁷⁵⁾، فإنه لا يخلو من عنصر الخطر؛ ذلك أن التاجر في بيع المرابحة اشترى السلعة وتحمل كامل مخاطرها حيث لا يعلم لمن سيبيعها، فلما حضر المشتري اختار نوعاً من بيوع الأمانة لتحديد الثمن (المرابحة)، وهنا تبرز مخاطر السوق، ومخاطر استمرار الملك.

إلا أن استناد المصرفية الإسلامية اليوم إلى انتقائية فقهية أدى بها إلى الاعتماد على شواذ الفتوى، ومخالفة رأي جمهور الفقهاء، والقول بالزامية الوعد. الأمر الذي جعل عنصر الخطر معدوماً في صيغة المرابحة للآمر بالشراء؛ مما يثير الشبهات، ويعد -من وجهة نظر هذه الدراسة- خرقاً لمعيار السلامة الشرعية (المخاطرة).

وصورة بيع المرابحة للآمر بالشراء -كما تقوم به المصارف الإسلامية اليوم- هي⁽⁷⁶⁾ أن يتقدم طالب التمويل بطلب شراء سلعة يرغب فيها، ولا يملك ثمنها، على أن يرد ثمنها إلى المصرف الإسلامي آجلاً ومقسطاً مع الزيادة على الثمن الأصلي، وهذه الزيادة يتم الاتفاق عليها كنسبة مئوية من أصل التمويل تتم مضاعفتها عن كل سنة، ولكن يتم الاتفاق على مدة الأجل سلفاً بحيث يصبح (ربح) المصرف الإسلامي مبلغاً مقطوعاً متفقاً عليه، مع إضافة جميع التكاليف والرسوم التي يتقاضاها المصرف والمؤسسات الحكومية المشرفة. كما يقدم طالب التمويل نسبة من الثمن عربوناً لضمان جديته من جهة، وكتأمين يغطي جميع خسائر المصرف في حالة نكول الواعد بالشراء. وهذه الصورة هي الغالبة في التطبيق، وعليه فإن المصرف يستطيع أن يشترط على البائع الرد بالعيب ويستطيع أن يشترط تأمين وصول السلعة، وأن يعتبر قسط التأمين جزءاً من التكلفة سيحمله للواعد بالشراء لاحقاً، كما أن المصرف يشترط على الواعد بالشراء إنفاذ الشراء أو تحمل أي خسارة تلحق بالمصرف نتيجة نكوله عن الشراء، فأى مخاطرة بقيت لتسوّغ الربح؟! إلا أن

= رقم: 2787، ص385. "وحدثني مالك أنه بلغه أن رجلاً قال لرجل: أتبع لي هذا البعير بنقد حتى أبتاعه منك إلى أجل، فسئل عن ذلك عبد الله بن عمر فكرهه ونهى عنه."

(75) الدسوقي. حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج4، 143.

(76) كمال، يوسف. المصرفية الإسلامية، الأزمة والمخرج، مرجع سابق، ص96.

ضغط الانتقادات لهذه الصيغة جعل بعض المصارف الإسلامية تلجأ إلى تشكيلات، وقامت بعضها بتقسيم العملية إلى مراحل ثلاث - وقد كان المعمول به سابقاً أن يتم العقد في أول تطبيقات المراجعة وقبل شراء المصرف للسلعة - وهذه المراحل تبدأ بمرحلة طلب الشراء، فإذا وافق المصرف على عملية التمويل بعد تحققه من ملاءة العميل وضماناته، أخذ منه وعداً ملزماً بالشراء، وعربوناً مقدماً لا يرد كله أو جزء منه حسب الضرر إن لم يتم الشراء، ثم حين حضور السلعة يتم عقد الشراء، وتسمى هذه الصيغة «بيع المراجعة للأمر بالشراء».

ومع تزايد الانتقادات وتنصيب الفتاوى على ضرورة قبض المصرف للسلعة، فقد قام البنك الإسلامي الأردني تحديداً بإدخال بعض التعديلات الشكلية؛ بحيث يقوم المصرف بتسجيل السلعة إذا كانت أرضاً أو سيارة لدى الجهات المختصة باسم البنك، وإذا كانت سلعة أخرى بإيفاد مندوب البنك لمعاينتها ومن ثم تسليمها للمشتري. ولكن هذا التعديل لم يضمن تحقق القبض الشرعي الذي ينقل مخاطر استمرار الملك إلى المصرف الإسلامي؛ وذلك أن البنك الإسلامي الأردني (تحديداً) يحتمل الواعد بالشراء سلفاً تكاليف نقل السلعة إلى ملك البنك، وهذا يخرم القاعدة الفقهية «الغرم بالغنم»؛ فالأصل أن يتحمل البنك مغارم ملكه لا أن يحتملها لطرف خارجي، كذلك يحتمل البنك الأردني تكاليف التأمين على السلعة في أثناء النقل إلى الواعد بالشراء، على الرغم من أنها حسب الأصل مشترة لحساب البنك، الأمر الذي يجعل تكاليف التمويل الإسلامي أكبر من تكاليف التمويل التقليدي، ويعزز الشبهات المثارة، ويحول بين المصرف وبين جمهور المسلمين.

لكن قد يحتج المصرف: بأن بيع المراجعة هو بيع السلعة مضافاً إليها جميع التكاليف (بما قامت عليه)، مع ربح معلوم. وهذا سليم لا تنازع الدراسة فيه، لكن موضع المنازعة في إضافة تكاليف لا علاقة لها بالسلعة، وكان بالإمكان تجنبها، مثل رسوم تسجيل المركبة في حساب البنك الإسلامي، وهي -عادة- نسبة مئوية من الثمن، ثم إعادة تسجيلها باسم العميل، حيث تتم عملية التسجيل مرتين خلال نصف ساعة من الزمن أو أقل؛

مما يزيد من تكاليف التمويل الإسلامي. وتقتصر الدراسة التخلي عن هذه الشكلية والتكاليف الزائدة التي لا تعود على محل العقد بأي نفع، والاكتفاء بالتعاقد الناقل لمخاطر المالك، أو إيجاد طريقة للتفاهم مع تلك الدوائر الرسمية بحيث لا يتكلف العميل دفع رسوم التسجيل مضاعفة. ومن جهة ثانية فإن التكاليف التي تضاف إلى رأس مال السلعة، هي التكاليف الحقيقية التي تعود بإضافة تحسينية إلى السلعة، أما تلك التكاليف التي تعود على مالكةا خلال فترة امتلاكه للسلعة فتؤمنه من بعض الأخطار، ولا يفيد منها المالك الجديد؛ لانقضاء أجلها: كالتأمين مثلاً، وكنفقات القبض، والحيازة، والتسليم، والمعانة النافية للجهالة، ونحوها، فليس من مصلحة المشتري الالتزام بها؛ لأنه لا غرض له فيها، بل هي تكاليف إضافية لا مصلحة له فيها، وليس له فيها عائد أو مصلحة⁽⁷⁷⁾، فلا ترى الدراسة تضمينها؛ لأنها منافع استهلكت أو انقضت.

وما تقرره نظرية المخاطرة في هذه الدراسة هو: ضرورة تحمل المصارف الإسلامية مخاطر التجارة بشكل عام، لاسيما: مخاطر السوق، ومخاطر استمرار الملك، «والبيع بالسياق المتقدم ينطوي على ربح محرز لا يقابله ضمان مكافئ، فما يضمنه المصرف الإسلامي هو ردّ من عيب خفي أو تلف قبل التسليم، وهذه ليست كل مخاطر التجارة، فضلاً عن أنه يمكن أن يعود بها على البائع أو على غيره (الجهة المتسببة بالتلف). إن مخاطر التجارة الحقيقية هي حوالة الأسواق، وتبدل الأذواق، وتقلب الأسعار، فإذا أمن المصرف هذه المخاطرة بوعد الشراء الملزم لا يعود هناك ضمان يسوّغ ربحه»⁽⁷⁸⁾. هذا، وإن تجرد نشاط المصرفية الإسلامية عن عنصر المخاطرة

(77) يؤيد هذه الرؤية إلى حد ما الفتاوى الاقتصادية بشأن أسس احتساب سعر البيع للعميل: انظر:

- مجموعة دلة البركة - إدارة البحوث والتدريب، فتاوى المراجعة، جمع وفهرسة وتصنيف: أحمد محي الدين أحمد. مراجعة: عبد الستار أبو غدة، سلسلة الفتاوى الاقتصادية، شعبان 1416م، ص 61 وما بعدها.

(78) السبھاني. ملاحظات في فقه الصيرفة الإسلامية، مرجع سابق، ص 44.

يفقدها السلامة الشرعية، ومن ثم يفقدها أهم خصائصها المميزة عن المصرفية التقليدية». والذي يُرصّن مسلك المصرفية الإسلامية هو وضوح التكيف الفقهي من جهة، والبعد عن الانتقائية في الاجتهاد والتطبيق، فالمصرف الإسلامي إما أن يكون مضارباً يتحمل المخاطر ويشارك في الربح، أو وسيطاً مأجوراً غير موزور بها. وفي مجال المراهجة ينبغي أن يتخلى عن الإلزام في الوعد إطلاقاً. بل والأولى أن يتخلى عن فكرة الوعد إجمالاً - إلا من منطلق تحسس رغبات المشترين - ليخرج من دائرة الشبهات التي توشك أن تقيم حاجزاً بين المصرف الإسلامي وجمهوره⁽⁷⁹⁾.

وأخيراً في هذا المطلب، تشير الدراسة - بشكل موجز - إلى مسألة المواعدة والإلزام إذا اقترنت بعقد البيع، إذ تستخلص الدراسة موقفاً شرعياً من اقتران البيع بالسلف، والبيع مع تخلف القبض، والربح مع ضمان أصل المال، والبيع مع الوعد الملزم. وإن كان البيع والقرض جائزين إلا أن التلازم بينهما يخرجهما من دائرة الإباحة، كذلك البيع إذا تزامن وتلازم بالوعد الملزم، فإنه يتضمن خرقاً لسلطان الإرادة العقدية ويدخلنا في بيع المكره المنهي عنه؛ لعللة عدم التراخي المؤدي لانتفاء التعادل، فأكل المال بالباطل؛ لذلك ضمنت الشريعة حرية التعاقد بقوله عليه السلام: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا»⁽⁸⁰⁾؛ ولعللة انتفاء المخاطرة مما يؤدي إلى ربح ما لم يضمن. وأدبيات الحجاج⁽⁸¹⁾ في هذه المسألة اقتصر في حججها على إباحة البيع بالمطلق، وعلى وجوب الوفاء بالعهد، لكنّها لم تأت ببرهان على جواز التلازم بين البيع

(79) المرجع السابق، ص3، بتصرف يسير.

(80) البخاري. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: إذا بين البيعان ولم يكتما ونصحا، حديث رقم: 2079، ص392. وانظر أيضاً:

- مسلم. الصحيح، مرجع سابق، كتاب: البيوع، باب: الصدق في البيع والبيان، حديث رقم: 3853، ص732.

(81) القرضاوي: بيع المراهجة للأمر بالشراء كما تجرّه المصارف الإسلامية، رد القرضاوي على المانعين، ثم رد رفيق المصري على القرضاوي. وانظر ردود أبو غدة، عبد الستار. على الاعتراضات المثارة في الجوانب الفقهية لتطبيق عقد المراهجة في المجتمع المعاصر، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة "خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية" المجمع الملكي =

والوعد الملزم، وهو محل النزاع، وتستند الدراسة في منع التلازم بين البيع والوعد الملزم بالشراء بنصوص فقهية تعبر عن رأي جمهور الفقهاء⁽⁸²⁾، وبمنطوق نظرية المخاطرة التي تقرر استحقاق الربح بالمخاطرة فإذا انتفت المخاطرة انتفى استحقاق الربح.

وتعلية على ما تقدم، فليس أمام المصرف الإسلامي إلا أن يتحمل مخاطر التجارة فيستحق الربح، وعندها لا بد أن يتخلى عن العمل بالزامية الواعد بالشراء؛ لأن الإلزام عقد ضمني، وعندها يكون المصرف قد باع ما لم يملك وربح دون مخاطرة. أو يمارس دور الوسيط المالي بين المستثمرين والمنظمين فيستحق أجراً عقدياً مقطوعاً يقابل الخدمات التي يقدمها. أما أن يستحق ربحاً بلا مخاطرة فهذا ما ينقض فحوى نظرية المخاطرة، التي تمثل معياراً للسلامة الشرعية.

وثمة محاولات عدة للبحث عن أشكال من العقود أو الحيل للتخلص من مسؤولية تملك السلعة ونقلها وحفظها، إضافة إلى التخلص من تحمل مخاطر حوالة الأسواق نتيجة لتغيرات العرض والطلب على السلعة. وتشير الدراسة إلى فكرتين بهذا الصدد، على سبيل الإيجاز:

الفكرة الأولى: هي أسلوب بيع المخايرة، وهو مقترح للأستاذ عبد الستار أبو غدة⁽⁸³⁾ كبديل عن مسألة الإلزام بالوعد الشائكة، ويقوم بيع المخايرة

= لبحوث الحضارة الإسلامية-عمان، من 16-21 حزيران 1987، بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الإسلامي للتنمية-جدة، ص 24.

(82) الشافعي. الأم، مرجع سابق، بيع العروض، ج 3، ص 39. وانظر أيضاً:

- السرخسي. المبسوط، مرجع سابق، كتاب البيوع، وقولهم المستصنع بالخيار، ج 12، ص 139.

- السيواسي، كمال الدين محمد. شرح فتح القدير، بيروت: دار الفكر، دت، ج 7، ص 115.

- المغربي. مواهب الجليل، مرجع سابق، فصل في بيان أحكام مسائل بيع العينة، ج 4، ص 404.

(83) أبو غدة. «الجوانب الفقهية لتطبيق عقد المرابحة في المجتمع المعاصر»، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة "خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية"، مرجع سابق، ص 35-39.

على أساس خيار التروي، إذ يشترط المصرف على بائع السلعة الخيار في إمضاء العقد أو فسخه خلال مدة محددة؛ وذلك لغاية حفظ خط الرجعة فيما لو لم يف الواعد بالشراء بوعده، وهذا الخيار محل اعتبار عند الفقهاء⁽⁸⁴⁾.

ولكن: ما موقف نظرية المخاطرة من أسلوب بيع المخايرة؟ إن خيار التروي لا يتعارض مع مقررات نظرية المخاطرة على أن تكون مدة الخيار محددة بفترة زمنية معقولة تكفي لتحقيق الغاية منها ولا تزيد، في حين لا بد من تحمل المصرف الإسلامي مخاطر استمرار الملك إذا قبض السلعة، كما يسقط الخيار ويُعدّ العقد لازماً بمجرد انتهاء فترة الخيار، وعندها يتحمل من كانت السلعة في ملكه مخاطر السوق إضافة إلى مخاطر الملك. وهذه الوسيلة هي من طرق إدارة المخاطرة عن طريق تحويل الخطر إلى طرف من أطراف التعاقد، على أنه لا بد للتاجر أن يتحمل مخاطر حوالة الأسواق، فإذا استطاع بحنكته أن يخفض درجة الخطر فلا بأس في ذلك، بشرط أن لا يلغي عنصر الخطر بالكامل فيحقق ربحاً دون تحمل أي درجة من درجات المخاطرة. وتعتقد الدراسة أنّ خيار التروي لا يلغي عنصر الخطر من العملية، لكنّه ينقل الخطر ويخفض من درجة المخاطرة. وتبقى المرابحة للأمر بالشراء موضع انتقاد موجه إلى المصارف الإسلامية بسبب علاقة المديونية التي يشتق منها المصرف ربحه، وإن كان خيار الشرط يعني المصارف الإسلامية من ضرورة القبض قبل إنجاز العقد بين المصرف والأمر بالشراء؛ مما يعني خفض أعباء التملك والحفظ، إلا أنها لا تغير أساس الائتمان من المديونية إلى المشاركة في الاستثمار.

أمّا الفكرة الثانية: فتقوم على تخليص المصرف من مخاطر الملك ومخاطر حوالة الأسواق، لكنها لا تُخلصه من مخاطر العمل، وترى الدراسة في هذه الفكرة بديلاً عن بيع المرابحة للأمر بالشراء، ومدخلاً آخر للمصرفية الإسلامية

(84) الدسوقي. حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص106. وانظر أيضاً:

- الميرغاني. الهداية شرح البداية، مرجع سابق، ج3، ص27.

- البجيرمي. حاشية البجيرمي، مرجع سابق، ج3، ص384.

- ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، ج4، ص23.

في ممارسة العمل التجاري، ويقوم هذا البديل على أساس ترويج المنتجات، وهو ما يعرف بـ«البضاعة برسوم الأمانة»⁽⁸⁵⁾؛ إذ توكل الشركات التجارية المصرف الإسلامي بأن يقوم بدور المروّج والبائع لمنتجاتها نظير نسبة معينة من الربح، أو بضمن محدد على البنك، ثمّ يقوم الأخير بدور المسوّق أو المروّج، ويزيد على الثمن ما يحقق له ربحاً يتناسب مع جهده، ومع طريقة البيع، معجلاً أم مُقسّطاً. وتعتقد الدراسة أن هذا المدخل أكثر عملية للمصارف الإسلامية التي تريد تجنب مخاطر حيازة السلعة وتكاليف التخزين، وفي الوقت نفسه تريد المشاركة في مقاسمة الربح، ورغم ذلك فإنّ المصرف في هذه الحالة لا يحقق أرباحاً دون مخاطرة، بل يخاطر في هذه الصورة بجهده لا بماله في حال البيع العاجل، وبجهده وماله في حال البيع المؤجل؛ الأمر الذي يوفر الشرط الضروري للسلامة الشرعية في استحقاق الربح.

2. المخاطرة في التورق المصرفي

تناقش الدراسة في هذا المطلب موضوع التورق، مهتمة بالمخاطرة في التورق بوصفه محوراً للمناقشة، ومكتفية برسم صورة إجمالية للتورق المصرفي، مع بعض التركيز على التأصيل الفقهي للتورق، وتأتي مناقشة التورق المصرفي المعاصر ضمن الاهتمام بالتطبيقات المصرفية لنظرية المخاطرة، إذ نحت المصارف الإسلامية في مناشطها التمويلية منحى يُجنّبها مخاطر حوالة الأسواق، ويحقق لها أكبر قدر من الأمان؛ لذلك عدلت عن الاستثمار المباشر والمضاربات والمشاركات إلى البيوع، وانتقت من البيوع بيع المواصفة مقروناً بالوعد الملزم، وأطلقت عليه: بيع المرابحة للآمر بالشراء؛ نأياً عن تحمل مخاطر الاستثمار، وهذا ما ناقشته الدراسة في المطلب السابق، إلا أنّ ما تسميه المصارف الإسلامية بيع المرابحة، رغم

(85) أشار إلى هذه الفكرة منذر قحف في أثناء تعليقه على ورقة أبو غدة، الجوانب الفقهية لتطبيق عقد المرابحة في المجتمع المعاصر، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة: "خطة الاستثمار في البنوك الإسلامية" المجمع الملكي لبحوث الحضارة الإسلامية-عمان، من 16-21 حزيران 1987، بالتعاون مع المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب البنك الإسلامي للتنمية-جدة، ص 47 في الحاشية.

الانتقادات، لم ينفك عن المرتكز السلعي، ويقصد بالمرتكز السلعي للتمويل الإسلامي أنّ التمويل الإسلامي خادماً للنشاط الاقتصادي والمبادلات المالية النافعة، فالتمويل الذي تقدمه المؤسسات التمويلية الإسلامية للمستثمرين ضمن الأطر العقدية المشروعة إنّما يشترط ضمانات الوفاء به من خلال نجاح المشروعات الممولة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنّ التمويل الإسلامي إذا تم توجيهه إلى إشباع الحاجات المتعددة، فإنه إما أن يُقدّم نقداً على سبيل القرض الحسن، وإما أن يقدم لقاء عائد (ربح محتمل)، وعندها لا بد أن يُقدّم على شكل سلعيّ لا نقديّ، وبيوع الأجل تتسع لذلك، فالتمويل الإسلامي لا بد أن يرتبط بالنشاط الاقتصادي المشروع.

وفي حين يمثل المرتكز السلعيّ ميزة للتمويل الإسلامي، فإنّ التورق المصرفي ينقض هذا المرتكز، ويحيله إلى شكلية مرهقة تزيد التمويل الإسلامي كلفة. وسوف تناقش الدراسة في هذا المبحث التورق في الفقه المالي الإسلامي، ثم التطبيق المصرفي للتورق، وأخيراً محاكمة التطبيق لما تفرره نظرية المخاطرة من معايير.

التورق في الاصطلاح اللغوي والفقهية

التورق في اللغة: من الورق وهي الدراهم المضروبة⁽⁸⁶⁾، ومعلوم أنّ الدراهم من (الفضة)، ويعني التورق: طلب النقود الفضية، ثمّ أطلق فأصبح يعني: طلب النقود على مختلف أشكالها وألوانها. أمّا التورق في الاصطلاح الفقهي فيعني: أن يكون «مقصود المشتري الدراهم، وغرضه أن يشتري السلعة إلى أجل؛ ليبيعها ويأخذ ثمنها»⁽⁸⁷⁾. وذلك يعني أن قصد المشتري هو الحصول على النقد ولا غرض له في السلعة إلا اتخاذها واسطة للحصول على النقد. إلا أنّ التورق يتميز عند الحنابلة عن بيع العينة في كون المتورق يبيع السلعة لطرف ثالث: «لو احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مئة بمئة وخمسين فلا بأس، نص عليه، وهو المذهب وعليه الأصحاب، وهي مسألة التورق.

(86) الفيروز آبادي. القاموس المحيط، مرجع سابق، ج1، ص1198.

(87) ابن تيمية. كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج29، ص302.

فإن باعه لمن اشترى منه لم يجز، وهي العينة»⁽⁸⁸⁾.

التورق في التراث الفقهي

اصطلاح التورق وتمييزه بوصفه صورة مختلفة عن العينة، هو من التراث الفقهي الحنبلي. أمّا باقي المذاهب فلم تستخدم مصطلح التورق، لكنها أدرجت صورة التورق ضمن بيوع العينة المنهي عنها، وفيما يأتي عرض استقرائي لأهم النصوص الفقهية التي تناولت صورة التورق:

الفقه الحنفي

عدّ ابن عابدين الصورة المتقدمة من العينة على خلاف مع ابن الهمام⁽⁸⁹⁾، ثمّ صرح في موضع آخر في كتاب الكفالة، إذ يقول: «بيع العين بالربح نسبية لبيوعها المستقرض بأقل ليقضي دينه، اخترعه أكلة الربا، وهو مكروه مذموم شرعاً لما فيه من الإعراض عن مبرة الإقراض»⁽⁹⁰⁾.

الفقه المالكي

أدرج بعض المالكية الصورة المعنية ضمن بيوع العينة المنهي عنها، فقد جاء في مختصر خليل، فصل في بيان أحكام مسائل بيع العينة: «وكره خذ بمئة ما بثمانين، وفي فسخ هذا البيع خلاف في المذهب»⁽⁹¹⁾، وموضع الاستدلال في هذا النص اعتبار هذه الصورة من العينة المكروهة؛ لأنّه صرح بحاجته للنقد. ومعلوم أنّ أصول المذهب المالكي وقواعده تقوم على سد الذرائع؛ لذلك ظنّ شيخ الإسلام كراهية الإمام مالك «والكراهة قول عمر بن عبد العزيز ومالك فيما أظن»⁽⁹²⁾.

(88) المرادوي. الإنصاف، مرجع سابق، ج4، ص337.

(89) السيواسي. شرح فتح القدير، مرجع سابق، ج7، ص213.

(90) ابن عابدين. الحاشية، مرجع سابق، ج5، ص325.

(91) ابن إسحاق المالكي، خليل. مختصر خليل، تحقيق: أحمد حريكات، بيروت: دار الفكر، 1415، ج1، ص179.

(92) ابن تيمية. كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج29، ص3.

الفقه الشافعي

معلوم الموقف الفقهي عند الشافعية من الاعتبار بالظاهر لسلامة العقود، لكن ذلك لا يعني إجازة إضرار النية المحرمة، والاقتباس الآتي يبين حقيقة الموقف الفقهي عند الشافعية: «وكذا في مسألة العينة إنما جوز أن يبيع السلعة ممن يشتريها جريباً منه على أن ظاهر عقود المسلمين سلامتها من المكر والخديعة، ولم يجوز قط أن المتعاقدين يتواطآن على ألف بألف ومئتين ثم يحضران سلعة تحلل الربا، لا سيما إن لم يقصد البائع بيعها ولا المشتري شراءها، ويتأكد ذلك إذا كانت ليست ملكاً للبائع، كأن يكون عنده سلعة لغيره فيوقع العقد ويدعي أنها ملكه ويصدقه المشتري فيوقعان العقد على الأكثر، ثم يستعيدها البائع بالأقل ويترتب الأكثر في ذمة المشتري في الظاهر، ولو علم الذي جوز ذلك بذلك لبادر إلى إنكاره؛ لأن لازم المذهب ليس بمذهب، فقد يذكر العالم الشيء ولا يستحضر لازمه حتى إذا عرفه أنكره، وأطال في ذلك جداً، وهذا ملخصه، والتحقيق أنه لا يلزم من الإثم في العقد بطلانه في ظاهر الحكم، فالشافعية يجوزون العقود على ظاهرها، ويقولون مع ذلك: إن من عمل الحيل بالمكر والخديعة يآثم في الباطن، وبهذا يحصل الانفصال عن إشكاله، والله أعلم»⁽⁹³⁾.

الفقه الحنبلي

انفرد الفقه الحنبلي بتمييز التورق عن صور بيوع العينة، وفيما يأتي من اقتباسات يتضح المذهب: «فائدة: لو احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مئة بمئة وخمسين فلا بأس، نصّ عليه، وهو المذهب، وعليه الأصحاب، وهي مسألة التورق، وعنه: يكره، وعنه: يحرم، اختاره الشيخ تقي الدين، فإن باعه لمن اشترى منه لم يجز، وهي العينة، نص عليه»⁽⁹⁴⁾. «ومن احتاج إلى نقد فاشترى ما يساوي مئة بمئتين وأكثر ليتوسع بثمنه فلا بأس، وتسمى مسألة

(93) ابن حجر. فتح الباري، مرجع سابق، باب ما ينهى من الخداع، ج12، ص336-337.

(94) المرادوي. الإنصاف، مرجع سابق، ج4، ص337.

التورق»⁽⁹⁵⁾. «ولو احتاج إلى نقد فاشترى ما ساوى مئة بمئتين فلا بأس، نص عليه، وهي التورق، وعنه: يكره، وحرّمه شيخنا، نقل أبو داود: إن كان لا يريد بيع المتاع الذي يشتريه منك هو أهون، فإن كان يريد بيعه فهو العينة، وإن باعه منه لم يجز، وهي العينة: نص عليه، وكره أحمد»⁽⁹⁶⁾.

التورق عند شيخ الإسلام ابن تيمية وابن القيم

في الاقتباسات الآتية يتجلى موقف شيخ الإسلام وتلميذه من التورق: «والوجه الثالث أن يشتري السلعة سراً ثم يبيعها للمستدين بياناً فيبيعها أحدهما، فهذه تسمى: التورق؛ لأن المشتري ليس غرضه في التجارة ولا في البيع، ولكن يحتاج إلى دراهم فيأخذ مئة ويبقى عليه مئة وعشرون مثلاً، فهذا قد تنازع فيه السلف والعلماء، والأقوى -أيضاً- أنه منهي عنه، كما قال عمر بن عبد العزيز ما معناه إن التورق أصل الربا فإن الله حرم أخذ دراهم بدراهم أكثر منها إلى أجل، لما في ذلك من ضرر المحتاج، وأكل ماله بالباطل، وهذا المعنى موجود في هذه الصورة «وإنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى»، وإنما الذي أباحه الله البيع والتجارة، وهو أن يكون المشتري غرضه أن يتجر فيها، فأما إذا كان قصده مجرد الدراهم بدراهم أكثر منها فهذا لا خير فيه، والله أعلم»⁽⁹⁷⁾. «فإن عامة العينة إنما تقع من رجل مضطر إلى نفقة يضمن بها عليه الموسر بالقرض حتى يريح عليه في المئة ما أحب، وهذا المضطر إن أعاد السلعة إلى بائعها فهي العينة، وإن باعها لغيره فهو التورق، وإن رجعت إلى ثالث يدخل بينهما فهو محلل الربا، والأقسام الثلاثة يعتمدها المرابون، وأخفها التورق، وقد كرهه عمر بن عبد العزيز وقال: هو أختية الربا، وعن أحمد فيه روايتان، وأشار في رواية الكراهة إلى أنه مضطر، وهذا من فقهه رضي الله عنه، قال: فإن هذا لا يدخل فيه إلا مضطر، وكان شيخنا

(95) البهوتي. الروض المربع، مرجع سابق، ج2، ص56.

(96) ابن مفلح، محمد المقدسي. الفروع، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي، بيروت: دار الكتب العلمية، 1418هـ، ج4، ص126.

(97) ابن تيمية. كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه، مرجع سابق، ج29، ص434.

رحمه الله يمنع من مسألة التورق وروجع فيها مرارا وأنا حاضر فلم يرخص فيها، وقال: المعنى الذي لأجله حرم الربا موجود فيها بعينه مع زيادة الكلفة بشراء السلعة وبيعها والخسارة فيها، فالشريعة لا تحرم الضرر الأدنى وتبيح ما هو أعلى منه»⁽⁹⁸⁾.

وبعد هذا الاستعراض لأهم ما جاء في التراث الفقهي لاسيما الحنبلي لمسألة التورق، يتبين الموقف الفقهي، والذي يمكن إيجازه بموقفين؛ الأول: القول بالجواز، وهو ظاهر المذهب الحنبلي، في رواية عن أحمد. وإليه ذهب بعض المعاصرين⁽⁹⁹⁾ من الفقهاء، وقد عبر عنه الموقف المجمع لمجمع الفقه الإسلامي، التابع لرابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة عشرة، إذ ذهبت الرؤية المجمعية إلى لقول بجوازه؛ لأنّ الأصل في البيوع الإباحة، ولعموم النص ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275] ولم يظهر في هذا البيع ربا لا قصدا ولا صورة؛ ولأنّ الحاجة داعية إلى ذلك لقضاء دين أو زواج أو غيرهما. إلا أنّ مجلس المجمع عاد في دورته السابعة عشرة ليقرر منع التورق المصرفي حسب التطبيق المصرفي المعاصر في بعض المصارف الإسلامية؛ وذلك لاختلافه عن التورق في التراث الفقهي. والثاني: القول بالتحريم، وهو رأي ابن تيمية وابن القيم الآنف، وفي رواية عن أحمد؛ لأنّه رأى أن التورق بيع مضطر. وذهب عمر بن عبد العزيز إلى القول بكراهيته، إذ وصفه بأنّه أخية الربا؛ أي أصله، وإلى الكراهية ذهب بعض الحنفية وبعض المالكية، وإلى المنع ذهب فريق من المعاصرين⁽¹⁰⁰⁾ متعللين بأنّ التورق

(98) ابن قيم الجوزية، محمد بن أبي بكر. إعلام الموقعين عن رب العالمين، مرجع سابق، ج3، ص170.

(99) السلامي، محمد المختار. التورق، والتورق المصرفي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، عدد 274، (2004م)، ص21. وانظر أيضاً:

- الضرير، الصديق محمد الأمين. الرأي الفقهي في التورق المصرفي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، عدد274، (2004م)

- القرّة داغي، علي محيي الدين. بحوث في الاقتصاد الإسلامي، بيروت: دار البشائر الإسلامية، 2002م، ص7-15.

(100) ومنهم: سامي سويلم، وعبد الجبار السبهاني، ومنذر قحف وعماد بركات. =

المصرفي المنظم يعد صورة مختلفة عن التورق العفوي كما ورد في التراث الفقهي، ومحل الاختلاف هو التواطؤ المعلن والصريح بين الممول والمتورق. إلا أنّ المجيزين للتورق لم يجيزوه على إطلاقه، بل وضعوا ضوابط شرعية للتورق، ويمكن استنتاجها من النقول السابقة، وهي: الجواز مشروط بأن لا يبيع المتورق السلعة بثمن أقل ممّن اشتراها منه، لا مباشرة ولا بواسطة؛ وذلك نأياً، عن بيع العينة المحرم؛ لاشتماله على حيلة الربا، واستقلال كل من العقدين، مع عدم وجود تواطؤ بين البائع والمشتري يفضي إلى نية ظاهرة ومعلنة في استبدال نقود حالة بنقود مؤجلة؛ لأنّ هذه النية فاسدة وربويّة⁽¹⁰¹⁾.

بيع التورق في التطبيق المصرفي

تُبرز صورة التورق في التطبيق المصرفي دخول طرف ثالث يقوم بدور الوساطة المالية، «فالتورق المصرفي عملية تمويلية تقوم بها مؤسسة مالية مهمتها الوساطة المصرفية بين المتورق والبائع من جهة، ثمّ بين المتورق والمشتري النهائي من جهة أخرى، تنتهي بتقديم نقود عاجلة مقابل نقود آجلة أكثر منها»⁽¹⁰²⁾. وذلك يتم عن طريق عقد المرابحة للأمر بالشراء، إذ يقوم المصرف بشراء سلعة بأمر من الواعد بالشراء (المتورق) الذي تحكمه مع المصرف لاحقاً علاقة مديونية، ثمّ يقوم المصرف ببيع السلعة نيابة عن

= انظر: السبهاني. التورق المصرفي المعاصر: دراسة تقديرية، مجلة كلية الشريعة الإسلامية، جامعة قطر، عدد 23، (2006م). وانظر أيضاً:

- سويلم. التورق والتورق المنظم دراسة تأصيلية، مرجع سابق، بحث مقدم إلى مجمع الفقه الإسلامي، رابطة العالم الإسلامي-مكة المكرمة، أغسطس 2003م.

(101) قحف وبركات، منذر و عماد. التورق في التطبيق المعاصر، بحث مقدم إلى المؤتمر العلمي الرابع عشر - جامعة الإمارات العربية المتحدة، (المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل)، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة 15-17 / مايو/ 2005م غرفة تجارة وصناعة دبي، المجلد (2)، 2005م، ج4، ص1222.

(102) المرجع السابق، ج4، ص1224.

المشتري، ثم يسلم النقد للمتورق. ومن حيث المآل يكون العميل (المتورق) قد شغلت ذمته بدين للمصرف يفوق المبلغ النقدي الذي تسلمه عاجلاً من المصرف! وتطبيقات التورق في البنوك الإسلامية تقود إلى النتيجة الآتية نفسها، مع بعض الاختلاف في الخطوات، إذ يمكن للمصرف أن يبيع للعميل سلعا في ملكه حازها لهذه الغاية، ثم يقوم بنقلها لملك العميل المتورق صورياً، ثم يقوم ببيعها نيابة عن العميل. أو قد يختار المصرف التعامل مع شركة بعينها، فيشتري منها ويبيع للمتورق، ثم يقوم العميل ببيعها لهذه الشركة بناء على تفاهم مبرم بين المصرف والشركة، ليس هذا وحسب، بل يتوكل البنك عن العميل المتورق ببيعها. وهنا لا يحتاج المصرف إلى البحث عن مشتر للسلعة غير بائعها الأصلي؛ لأنّ بيع السلعة الأخير ليس لحساب الأول (المصرف)، بل لحساب الثاني (المتورق)، ولكنّ المصرف يقوم بالبيع بوصفه وكيلاً عن المتورق! هذا، وإنّ التطبيق لا يقتصر على التورق بواسطة السلع المحلية، بل يمتد إلى السوق الدولية.

المخاطرة في بيع التورق

من خلال التجريد السابق لواقع التطبيق المصرفي للتورق تتبين الدراسة الحقائق الآتية:

- إنّ السلعة تعود إلى البائع الأصلي في المآل، وذلك بالتواطؤ المبرم بين المصرف والبائع.

- ثمة نية معلنة من المتورق بالحصول على نقد عاجل بنقد آجل، وهذه النية المعلنة مكشوفة للبنك وللبائع الأصلي، ومجموعة العقود والوكالات ومذكرات التفاهم تضمن هذه النية.

- يتجلى مقصد المصرف بتحقيق عائد من خلال توفير السيولة النقدية للمتورق مقابل ديون آجلة، ولا يقصد المصرف أبداً بيع سلعة مؤجلة الثمن تسد حاجة حقيقية للمتورق في السلعة الوسيطة.

- إنّ أهمّ عنصر يميز التورق في التطبيق المصرفي عنه في التراث الفقهي،

هو توافق المقاصد، مقصد المتورق مع مقصد البائع. بينما لا يوجد هذا التوافق في التورق حسب التوصيف الفقهي، إذ يكون قصد المشتري هو النقد، ولكن مقصد البائع لا يوافق فلا يتم البيع إلى البائع نفسه، فينتفي التحايل والتواطؤ بينهما للوصول إلى الربا، وانتفاء التواطؤ هو معيار التمييز بين التورق والعينة. وهذا المعيار الفاصل مفتقد في التورق المصرفي؛ مما يجعله عينة لا تورقاً، «إنّ هذا التواطؤ على النقد الحالّ بنقد أجل أكثر منه، أدخل التورق المصرفي في بيع العينة»⁽¹⁰³⁾.

يمثل التورق حسب التطبيق المصرفي الذي سبق توصيفه انحرافاً عن مبادئ التمويل الإسلامي القائم على المتاجرة الحقيقية بالسلع، أو المشاركة في العمليات الاستثمارية، وذلك يعني: تحمل مخاطر حوالة الأسواق، وتحمل مخاطر استمرار الملك، أو المشاركة في تقاسم نتائج العمل الاستثماري. وهذا العنصر (المخاطرة) هو المفتقد في عمليات التورق المصرفي؛ مما يجعل التمويل في المصارف الإسلامية عمليات ملتوية وأكثر كلفة من التمويل الربوي.

وبعد تجلية تلك الحقائق المشتقة من النصوص الفقهية الأصلية، تحاكم الدراسة التورق المصرفي لمعيار المخاطرة، في الفقرات الآتية.

التورق المصرفي ومعيار المخاطرة

يتميز التمويل الإسلامي بالمرتكز السّلعي الذي يقوم عليه، والمفتقد من التمويل الربوي. فالعملية التمويلية ترتبط ارتباطاً عضوياً ولازماً بإنتاج السلعة وبمبادلتها؛ مما يعني تحمل مخاطر العملية الإنتاجية برمتها الناتجة عن حوالة الأسواق في معظمها، وهذه المخاطر تلازم -ولا بد- النشاط التنموي الفعال. والتورق المصرفي ينحو بالمصرفية الإسلامية منحى يخرج بها عن منهجها التمويلي المتميز الذي يقوم على مسلّمة «الغنم بالغرم» و«الربح بالخسارة» و«الخراج بالضمان».

(103) المرجع السابق، ج 4، ص 1236.

ومن هنا يتضح أنّ التورق المصرفي، كما سبق توصيفه، يخرج بالمصرفية الإسلامية عن منهجها، وعليه فإنّ مبتكرات الهندسة المالية ينبغي انضباطها بالمسار المنهجي لنظرية التمويل الإسلامي القائمة على التلازم والترابط بين النشاط التمويلي والمرتكز السلعي، سواء في مرحلة إنتاج السلعة أم في مرحلة تسويق السلعة. فالنشاط الإنتاجي والنشاط التجاري لا ينفكان عن تحمل مخاطر حوالة الأسواق. وهذه الميزة للنشاط التمويلي الإسلامي هي المفارقة الجوهرية بين البيع والربا ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: 275] لأنّ البيع يتلازم مع المرتكز السلعي الذي يحقق نفعاً اقتصادياً بنقل السلع من مكان الإنتاج إلى مكان التبادل مع تحمل مخاطر عمليات النقل والتخزين ومخاطر حوالة الأسواق؛ مما يسهم في تقسيم العمل وتخصيصه، وفي تخصيص المخاطر وتحميلها -فالتجار أقدر على إدارة مخاطر السوق من المنتجين- ويسهم في تحريك عجلة الاقتصاد. أمّا التمويل الربوي فيقوم على مبادلة نقود عاجلة بنقود آجلة مع اشتراط عائد عقدي (الفائدة)، وذلك بمعزل عن النشاط الاقتصادي الحقيقي. و«التورق المصرفي جاء ليشكل ردة للتمويل الإسلامي عن مساره وعن صيغه المعمول بها منذ أمد، وتجعله أضحوكة تقوم على الشكليات العقيمة، وتقدم العمولات للسماسرة في الأسواق العالمية من غير ما طائل ولا نفع حقيقيين.. وإنّ تحويل النشاط التمويلي من تقديم السلع والخدمات إلى تقديم السيولة النقدية إنما هو استبدال الذي هو أدنى بالذي هو خير»⁽¹⁰⁴⁾.

ومن هنا فإنّ نظرية المخاطرة تضع حداً فارقاً ومعياراً فاصلاً بين التمويل الإسلامي الذي يسهم في إنتاج السلعة، وفي تداولها، ويتحمل مخاطر النشاط الاقتصادي، وبين التمويل الربوي الذي ينفك ولا يتلازم مع إنتاج السلعة وتداولها نأياً عن تحمل مخاطر النشاط الاقتصادي، وسعياً لتحقيق عائد مضمون دون تدخل في كيفية استفادة المتمول بالنقود، ودون تدخل في توجيه السيولة. وهذا ما يسعى إليه التورق المصرفي، وهو طلاقة يد في تبادل السيولة

(104) المرجع السابق، ج 4، ص 1241.

النقدية دون تدخل في توجيه هذه السيولة، طالما أنّ هذه الحرية تحقق عائداً مضموناً دون حاجة لتحمل مخاطر حوالة الأسواق، وما التورق إلا ذلك، فالمتورق هدفه الحصول على النقد، والمصرف يهدف إلى الحصول على العائد المضمون عن طريق سلعة يضمن المصرف إعادة بيعها لصالح المتورق دون تحمل لأي مخاطرة تتعلق بحوالة الأسواق من خلال العقود والوكالات والتفاهات المبرمة. وليس المقصود هنا ضرورة تحمل الخطر وحتميتها، فالمخاطرة ليست مقصداً شرعياً، لكنّ النشاط الاقتصادي الحقيقي لا ينفك عنها، وبذلك أصبحت معياراً فارقاً بين التمويل المرتبط بالنشاط الاقتصادي النافع، وبين التمويل الربوي.

والتطبيق المصرفي للتورق لا يراعي مبدأ التلازم بين الخراج والضمان وبين الغرم والغنم؛ ذلك أنّ المتورق (طالب التمويل) يتحمل كافة الالتزامات والغرامات والتكاليف، ويضمّنه بيت التمويل الكويتي⁽¹⁰⁵⁾ التعويض عن أي خسارة ناتجة عن تقصير الموردين أو عن الغش والتزوير والتدليس! وهنا يثور تساؤل: لماذا تمتد مسؤولية المتورق إلى ضمان السلعة رغم أنّها لا تزال في ضمان الموردين لينتقل ضمانها إلى البنك، ولما يقبضها المتورق، وكما أنّ التمويل الربوي يُحمّل المتمول كلفة عقدية دون مقابل، كذلك التورق المصرفي يُحمّل المتمول كلفة عقدية دون مقابل حقيقي، لا وبل كلفة تزيد عن كلفة التمويل الربوي؛ وذلك بسبب تعدد العقود والوكالات والعمولات التي يتقاضاها السماسرة والرسوم الحكومية والإجراءات الصورية، وفي المحصلة النهائية فإنّ «تكاليف التورق ستكون أعلى بشكل واضح من معدل الفائدة لدى البنوك الربوية»⁽¹⁰⁶⁾.

ويحلو للبعض هنا أن يقول: إنّ هذه التكاليف الزائدة هي ضريبة الالتزام بالشريعة الإسلامية، وهذا لعمرى محض تجنّب على فكرة المصارف الإسلامية،

(105) الرشيدى، أحمد فهد. عمليات التورق وتطبيقاتها في المصارف الإسلامية، (رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، 2004م) استمارة الرغبة والوعد بالشراء، البند 7.
(106) قحف و بركات. التورق في التطبيق المعاصر، مرجع سابق، ج4، ص1244.

وقد سبقت الإشارة إلى حكمة تحريم الربا التي تجليها نظرية المخاطرة في انتفاض التكافؤ والتعادل بين طرفي العقد، وانعدام المقابلة بين الزيادة المشروطة التي يحصل عليها المرابي دون تحمل المخاطرة وبين العوض المفقود. بينما يضمن المتمول للمرابي الزيادة المشروطة فضلاً عن رأس المال، متحملاً مخاطر التوظيف وحده؛ كي يشتق كلفة التمويل من نتائج الاستثمار؛ مما يزيد من كلفة الوحدة المنتجة ويضعف موقفه التنافسي، هذا إن كان ثمة توظيف، وإن لم توجه الموارد النقدية نحو التوظيف، فعليه أن يشتق كلفة التمويل من دمه ولحمه حسب الصورة الفنية لشكسبير.

وإذا فرضنا هنا أن المتورق يهدف إلى توظيف الموارد النقدية التي سيحصل عليها في عملية استثمارية تفيد المجتمع في زيادة الطاقة الإنتاجية للاقتصاد، وسوف يتحمل عنصر المخاطرة، فإنّ (الملحمة الشكسبيرية) سوف تتكرر هذه المرة في عقر ديار المصرفية الإسلامية؛ لأنّ معدل التورق - إن جاز التعبير - قد يفوق معدل الربح المتوقع من الاستثمار الحقيقي، ومن ثمّ فإنّ ارتفاع تكلفة التمويل عن طريق التورق المصرفي سيعمل على إعاقة الاستثمار الحقيقي، وبناء عليه قد يعمل عمل سعر الفائدة في الحد من الاستثمار، عند مقارنة معدل التورق بالكفاية الحدية لرأس المال⁽¹⁰⁷⁾. أمّا إذا افترضنا توجيه المتورق الموارد النقدية نحو الغايات الاستهلاكية فإننا نتساءل: هل عجزت أدبيات الهندسة المالية وفقه بيوع الآجال عن إيجاد صيغ تمويلية تلبي جميع أشكال الحاجات الاستهلاكية؟! وهل خلت أدبيات المصرفية الإسلامية عن طرح بدائل⁽¹⁰⁸⁾ متنوعة لأشكال التمويل الاستهلاكي؟!

(107) فكرة مقتبسة عن قحف وبركات. التورق في التطبيق المعاصر، مرجع سابق، ج4، ص1247. وانظر أيضاً:

- الباحث، عبد الله بن سليمان. الآثار الاقتصادية للتورق المصرفي"، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الرابع عشر - جامعة الإمارات العربية المتحدة، (المؤسسات المالية الإسلامية معالم الواقع وآفاق المستقبل)، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة 15-17/ مايو/ 2005م غرفة تجارة وصناعة دبي 2005م، المجلد (2)، ج4، ص1266.

(108) في أكثر من دراسة قدمها أستاذي منذر قحف تطرح بدائل متنوعة لتمويل الحاجات =

الخلاصة

وأخيراً: تتوصل الدراسة في هذا المطلب إلى أنّ التورق المصرفي لا ينضبط بمعيّار المخاطرة، وذلك بمناقضته لمبادئ التمويل الإسلامي المرتكزة على الأساس السلعي لأي عملية تمويل، فالتمويل الإسلامي يسعى إلى المساهمة في إنتاج السلعة أو تداولها، وذلك يقتضي تحمّل عنصر المخاطرة الملازم -ولا بُدّ- للنشاط الاقتصادي في جميع مراحلِه.

بينما تجد الدراسة التورق المصرفي كما تمّ توصيفه صورة ملتوية تؤوّل إلى الربا الذي هو نقض صارخ لمعايير نظرية المخاطرة، «والنظر في مآلات الأفعال معتبر ومقصود شرعاً»⁽¹⁰⁹⁾، ومبدأ العدل يقتضي النظر في مآلات الأفعال، إذ يلزم الاجتهاد المعاصر في شؤون المال والصيرفة الإسلامية النظر في مآلات الأفعال، بحيث لا يحكم المجتهد على الأفعال والتصرفات المالية إلا بعد نظره إلى ما يؤوّل إليه ذلك الفعل.

كما أنّ النظر إلى النية المعلنة محل اعتبار باتفاق العلماء، لا بل نظر الفقهاء إلى الباعث الذي يدافع إلى التعاقد، وجعلوه قيداً على مبدأ الرضائية، «فيبطل كل تصرف ثبت أنّه كان بدافع تحقيق غرض غير مشروع، كما في الهبة لإسقاط الزكاة، وبيع العينة»⁽¹¹⁰⁾، ونحن هنا لا نتحدث عن باعث يدل عليه حال المتعاقدين، بل عن نية معلنة وصريحة تتضمنها العقود والوكالات

-
- = الاستهلاكية وتليبيتها، مثل: قسائم التعليم، وقسائم الكهرباء، وسندات الإجارة.. تقوم على أساس فقه البيوع الآجلة، والمركز السلعي للتمويل الإسلامي، وهي من منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. انظر: قحف، منذر في:
- السياسات الاقتصادية في إطار النظام الإسلامي، 1997م.
 - سندات الإجارة والأعيان المؤجرة، 1995م.
 - مفهوم التمويل في الاقتصاد الإسلامي، بحث تحليلي رقم (13)، 1991م.
 - تمويل العجز في الميزانية العامة للدولة من وجهة نظر إسلامية، 1997م.
- (109) الشاطبي، إبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي. الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، بيروت: دار المعرفة، د.ت، ج4، ص194.
- (110) الدريني. الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، مرجع سابق، ص209.

ومذكرات التفاهم المبرمة بين أطراف التعاقد في التورق المصرفي؛ لذلك كانت الرؤية المجمعية تجعل التطبيق المصرفي للتورق شبيهاً بالعينة المحرمة شرعاً، ومخلاً بشروط القبض الشرعي اللازم لصحة المعاملات، وبأنه يختلف عن التورق المعروف عند الفقهاء الذي يقوم على شراء حقيقي لسلعة بثمن آجل تدخل في ملك المشتري، ويقبضها قبضاً حقيقياً وتقع في ضمانه، ثم يقوم ببيعها هو بثمن حال لحاجته إليه، قد يتمكن من الحصول عليه وقد لا يتمكن، والفرق بين الثمنين الآجل والحال لا يدخل في ملك المصرف، الذي طرأ على المعاملة لغرض تسويق الحصول على زيادة لما قدم من تمويل لهذا الشخص بمعاملات صورية في معظم أحوالها، وهذا لا يتوفر في المعاملة المبنية التي تجريها بعض المصارف.

وأخيراً: يوصي مجلس المجمع جميع المصارف بتجنب المعاملات المحرمة، كما يوصي المصارف الإسلامية بأن تستخدم المعاملات الحقيقية المشروعة دون اللجوء إلى معاملات صورية تؤول إلى كونها تمويلاً محضاً بزيادة ترجع إلى الممول⁽¹¹¹⁾.

ومن هنا تتطابق رؤية هذه الدراسة مع الرؤية المجمعية للتورق المصرفي في عدم انضباطه بمقررات نظرية المخاطرة؛ إذ تتجرد عملية التمويل عن عنصر المخاطرة ويقصد به مخاطرة، حوالة الأسواق ومخاطرة استمرار الملك، ولا يرتكز هذا التمويل على أسس التمويل الإسلامي القائم على المخاطرة في جميع مراحل النشاط الاقتصادي، سواء في مرحلة إنتاج السلعة أم في مرحلة تسويق السلعة وترويجها، كما يفقد المرتكز السلعي؛ مما يجعله مبادلة نقد عاجل بنقد آجل أكثر منه. لذلك كان تنصيب الفقهاء على ضرورة القبض الناقل للضمان، تأكيداً على المرتكز السلعي لعملية التمويل، أمّا السلعة محل التورق فهي غير مقصودة تماماً، لا باستهلاك ولا بالتجارة، لكنها

(111) مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته السابعة عشرة في مكة المكرمة، في المدة 13-17، 12، 2003م. وانظر أيضاً:

- قحف وبركات. التورق في التطبيق المعاصر، مرجع سابق، ج4، ص1247-1249.

اتخذت ذريعة ومادة للتحايل، وسوف تقود إجراءات وتسهيلات التورق - بشكل منطقي وعملي- إلى أن تبقى السلع في مخازنها لا تستهلك ولا تعاوض في الأسواق.

وفي الختام تؤكد الدراسة ضرورة إيجاد بدائل منضبطة بمعايير نظرية المخاطرة للنشاط التجاري في التطبيقات المصرفية المعاصرة، إذ ترى الدراسة مخرجاً عملياً لازمة المصارف الإسلامية التي تريد ممارسة النشاط التجاري والمشاركة في الأرباح دون أن تعرض أموال المودعين للمخاطر، وذلك من خلال القيام بدور السمسار المروّج للسلع والخدمات، مقابل نسبة من الربح عن طريق مذكرات تفاهم واتفاقيات مبرمة مع مختلف الوكالات التجارية، متكئة على فقه البيوع الآجلة. وعندها يرتبط النشاط التمويلي للمصارف الإسلامية بالنشاط الاقتصادي الحقيقي، ولا يتجرد عن مرتكزه السلعي، ويلبي مختلف الحاجات الاستهلاكية دون حاجة إلى أضحوكة التورق المصرفي. والأهم أنّ النشاط التمويلي للمصارف الإسلامية سيبقى مستنداً إلى معيار المخاطرة؛ فبينما تتحمل الوكالات التجارية مخاطر حوالة الأسواق، يتحمل المصرف الإسلامي مخاطر العمل؛ فهو في هذه الحالة يقدم عملاً مخاطراً مقابل نسبة شائعة من الربح، ويجوز أن يكون عائداً مقطوعاً عن كل عملية تسويق ناجحة. أمّا إذا أرادت المصارف الإسلامية أن تخاطر بمواردها النقدية طمعاً في ربح أعلى، فعليها أن تمتلك السلعة تملكاً حقيقياً، متحملة مخاطر مناطق الأسواق ومخاطر استمرار الملك.

3. المخاطرة في المضاربة المزدوجة

عندما تقوم المصارف الإسلامية بتوظيف مواردها المالية، سواء أكانت ودائع استثمارية، أم رأسمال المصرف، فإنّها -ولا بد- سوف تمول المشروعات على أساس رأس المال المخاطر، وعندها ستكون معرضة للمخاطر. وتحت هذا المطلب ستناقش الدراسة مصادر المخاطرة في عقد المضاربة بوصفها تمهيداً بين يدي عنوان المطلب (المخاطرة في المضاربة المزدوجة).

المخاطرة في عقد المضاربة

تعد مخاطرة حوالة الأسواق المصدر الطبيعي للخطر في جميع العمليات التجارية والاستثمارية على وجه العموم، ومخاطر السوق هي المقصودة في المقام الأول من بين أنواع المخاطر التي تلازم العمل الاستثماري، والاستعداد لتحملها هو الشرط الضروري والمعياري الشرعي لاستحقاق الربح. وتنجم مخاطر حوالة الأسواق بشكل طبيعي عن تأثير كمية الطلب - كعامل تابع - بعدة عوامل مستقلة، أبرزها: الأسعار، ثم الدخول ولأذواق وأسعار السلع المكتملة والبديلة. إذ ترتبط الكمية المطلوبة بالسعر بعلاقة عكسية؛ أي عندما يرتفع (ينخفض) السعر فإنّ الكمية المطلوبة من السلعة سوف تنخفض (ترتفع)، هذا بافتراض ثبات العوامل الأخرى. وترتبط الكمية المعروضة بالسعر بعلاقة طردية وموجبة؛ أي عندما ترتفع أسعار السلعة فإنّ الكمية المعروضة سوف ترتفع أيضاً، وذلك يعني أنّ الأرباح سوف تزيد، والعكس صحيح، هذا بافتراض ثبات العوامل الأخرى، مثل: التقنية، وأسعار عناصر الإنتاج.

وعندما نناقش مخاطر العمليات الاستثمارية على وجه العموم فإنّ مخاطرة حوالة الأسواق هذه هي المقصود في المقام الأول. ومن المهم التنبيه إلى أنّ أبرز خطر تواجهه المضاربة، وتنشأ الأرباح عنه، هو مخاطرة حوالة الأسواق التي يتحملها كل من يشارك في اقتسام الربح (رب المال والعامل).

ثمّ تأتي مخاطر استمرار الملك، وهذه المخاطر - أيضاً - تتأثر بحوالة الأسواق، إذ تؤثر الأخيرة في قيم الأصول العينية، ولا علاقة لهذه المخاطرة بعملية الاستثمار نفسها، لكنها تتأثر بالأوضاع الاقتصادية بشكل عام. ومن المهم التنبيه إلى أنّ مخاطر استمرار الملك في المضاربة يتحملها رب المال فحسب، وفي المقابل يستحق مغانمها وحده فحسب؛ لأنّ العامل لم يكن له دور فيها. كذلك تشمل مخاطر استمرار الملك الكوارث الطبيعية، ومخاطر أفعال الإنسان وتعديه أو تقصيره في حفظ الأعيان، وتعديه في العبث بقيمة النقود (مخاطر التضخم).

ثم تأتي المخاطر الأخلاقية، وهذه تتعلق بعامل المضاربة وشخصيته وأمانته وخبراته. إذ يتوقف نجاح المضاربة في تحقيق أعلى أرباح على أمانة ونزاهة عامل المضاربة، وعلى خبرته ودرايته بالسوق. وجدير بالذكر أنّ إجراءات التحوط للتقليل من درجة هذه المخاطر، ضمن ما يعرف في الأدبيات الاقتصادية بإدارة المخاطرة، يعد مطلباً شرعياً للحفاظ على المال، الذي يعد مقصداً من مقاصد التشريع المالي الإسلامي، هذا وقد اهتم عدد من الباحثين بإدارة مخاطر المضاربة⁽¹¹²⁾، ولا يوجد في هذا المسعى ما يتعارض مع مقررات نظرية المخاطرة، إلا أنّ مخاطر حوالة الأسواق تبقى الثابت الذي لا يمكن إلغاؤه، لا من الناحية الفنية، ولا من الناحية الشرعية.

وأخيراً، فإنّ ثمة أخطاراً خاصة تتعلق بطبيعة عقد المضاربة؛ كون المضارب غير ضامن ولا مشارك في مخاطرة رأس المال؛ «ومما يعد عائقاً لاستخدام المضاربة الشرعية في المصارف الإسلامية، موضوع الضمان، فمن المعلوم أنّ الفقهاء اتفقوا على عدم ضمان المضارب لأموال المضاربة؛ لأنّ يده على هذه الأموال يد أمانة.. وفي حال المضارب الثاني الذي تدفع إليه المصارف المال للعمل مضاربة، وبدون ضمان هذا المال.. إلا إذا تعدّى وأهمل فيه، فإنّ المصارف الإسلامية، قد تعرض أموالها، وأموال المستثمرين للخطر لعدم ضمانها من المضارب..؛ ولذلك فإنّ المصارف الإسلامية قد اتجه أغلبها على الاستعمال صيغة بيع المرابحة للأمر بالشراء؛ لخلوه من تلك العوائق»⁽¹¹³⁾.

المضاربة المزدوجة

يقصد بالمضاربة المزدوجة: إعادة تفويض المضاربة (المضارب يضارب).

(112) انظر على سبيل المثال:

- أبو زيد، محمد. المخاطر التي تواجه استثمارات المؤسسات المصرفية الإسلامية. مؤتمر دور المؤسسات المصرفية الإسلامية في الاستثمار والتنمية - جامعة الشارقة، 2002م.

(113) الأمين، حسن. المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، جدة: المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، 1993م، ص 63.

وهذه الصيغة المستحدثة في الفكر المصرفي تستند إلى فكرة الوساطة المالية، إذ يكون المصرف وسيطاً بين أرباب المال من جهة وبين المضاربين من جهة ثانية، والمخاطر التي تواجهها المضاربة المزدوجة هي المخاطر ذاتها التي تواجه العمل التجاري والاستثماري بوجه عام، وهي مخاطر تقلبات الأسعار والأذواق والطلب، وهي مخاطر السوق. وفي هذا المبحث تناقش الدراسة موقف المصرف بوصفه وسيطاً بين أرباب المال والمضاربين، وهل تخوله هذه الوساطة المشاركة في تقاسم الأرباح؟

لقد سبق بيان وتأكيد التفريق بين الضمان بمعنى التعويض والعقوبة، وبين الضمان بمعنى تحمل النتائج المحتملة لعملية الاستثمار، وهو -بهذا المعنى- محل عناية هذه الدراسة، وتمييزاً له من المعنى الأول عبرت عنه الدراسة بالمخاطرة، وهذه المخاطرة هي ما يسوغ استحقاق الربح. وهنا نعود إلى التساؤل السابق: إذا اختارت المصارف الإسلامية لنفسها موقف الوسيط المالي بين أرباب المال والمضاربين؛ أي بمعنى أنها لا تشارك في تحمل المخاطرة بالمال أو بالعمل، فإنها عندئذ -من وجهة نظر هذه الدراسة- لا تستحق المشاركة في تقاسم الأرباح؛ لعدم مشاركتها في تقاسم المخاطرة. لكنها -والحال كذلك- تستحق أجراً عقدياً (مقطوعاً) لقاء ما تقدمه من خدمات الوساطة والترويج، وعندما يكون التكييف كذلك فإن مشاكل كثيرة ستحل، فالمصرف يتوكل عن أصحاب الودائع الاستثمارية فيدفعها إلى مضارب يضارب بها، وسوف يكون لكل مضاربة حقيبة استثمارية تعزى إليها الأرباح والخسائر، وتحمل التكاليف المتعلقة بالمضاربة فحسب، ثم تقام المحاسبة على أساس التنضيق الفعلي لنشاط المضاربة. أمّا بشأن المخاطرة، فرب المال (أصحاب الودائع الاستثمارية) يخاطرون برأس المال، والمضارب يخاطر بعمله. وبهذه المخاطرة يستحق الطرفان اقتسام الربح حسب الاتفاق المبرم والمحقق للتراضي. أمّا المصرف فلا يستحق المشاركة في مقاسمة الربح؛ لانعدام المخاطرة، وهي الشرط الضروري للاستحقاق الربح.

أمّا إذا أراد المصرف المشاركة في مقاسمة الربح، فلا بد أن يقدم رأس مال مخاطر، أو يقدم عملاً مخاطراً، وعندها يكون شريكاً حقيقياً في عملية

المضاربة. ولكن: ألا يمكن أن يقدم خدماته ووساطته على أساس مخاطر؟ في حدود ما أعلم، لا يمتنع ذلك، على أن يكون من المصرف عملاً حقيقياً له دوره في إنجاح المضاربة وتحقيق أفضل نتائج ممكنة، وذلك كدراسة المضارب والتحقق من كفاءته وخبرته وأمانته (إدارة المخاطر التي تواجه العملية الاستثمارية برمتها) ودراسات الجدوى، ومراقبة المضارب بالحدود التي تخولها شروط المضاربة المقيدة..، وفي هذه الصورة يستحق المصرف مقاسمة الربح على أنه مضارب يخاطر بعمله. وهذه الصورة تجد لها مستنداً قوياً بالقياس على المتقبل في شركة الصنائع⁽¹¹⁴⁾؛ فالمتقبل يقوم بدور قبول الأعمال، ثم يدفعها إلى غلمانه، ويكون ضامناً للعمل، وبهذا الضمان يستحق الربح. ولكن -لا بد- هنا من التأكيد على المقصود بضمانه الذي يستحق به الربح، وهو الضمان بمعنى تحمل نتائج العمل الاستثماري ربحاً أو خسارة (المخاطرة)، وليس الضمان الذي يستحق به الربح هنا هو بمعنى التعويض عقوبة على التعدي أو التقصير، فالضمان بهذا المعنى لا يُستحق به ربح. وهذا التمييز بين المفهومين للضمان مهم جداً، وقد وقع بعض الباحثين في الخلط

(114) لا يرى د.السبھاني صحة هذا القياس؛ كون المضاربة من حيث الأصل شركة وليست إجارة، فالمتقبل أجبر يدفع العمل إلى غيره ويقتطع من أجرته، ولا وجه للمقابلة بين ربح شائع ينتظر للمضاربة قد يتحقق وقد لا يتحقق مع أجر مضمون يثبت للأجير خلال مدة معلومة، ولوجاز هذا القياس لم يكن تمييز عقد المضاربة من عقد الإجارة ممكناً، وإذا لم يكن الأمر كذلك فلا تكون المضاربة إلا شركة، والشركة يجري فيها الربح مجرى المخاطرة. فكيف يحمي المضارب الأول نفسه من المخاطرة ويرشحها للمشاركة في الربح؟ بينما تعتقد الدراسة أن ثمة مفارقة من حيث المخاطرة بين إجارة الأعيان وإجارة الأعمال (التقبل)، فالمتقبل وإن كان يستحق عائداً عقدياً متفقاً عليه، إلا أن هذا العائد العقدي يشبه الربح من حيث ارتباطه بنتائج العمل وتقلبات السوق؛ فقد يتخلف العمل من حيث المواصفات المتفق عليها، وقد ينجز المقاول العمل خلال فترة وجيزة أو قد يتأخر، وقد تتقلب أسعار المدخلات التي يستخدمها المقاول أو أجور العمال، الخ. وبناء على الاعتبارات السابقة فإن ثمة تشابهاً من حيث المخاطرة بين عائد المتقبل وإن كان مقطوعاً وبين عائد المنظم، فإذا قام المصرف بتقديم وساطته بين أرباب المال والمضاربين، وخدماته الترويجية للمشاريع، وإدارته لمخاطر الاستثمار ودراسات الجدوى، على أساس العمل المخاطر فإن ذلك يعد عملاً مخاطراً يؤهله للمشاركة في مقاسمة الربح من وجهة نظر هذه الدراسة، والله أعلم.

بين المفهومين؛ مما أدى إلى تشويه الحقيقة الشرعية بالفهم المغلوط للقاعدة الفقهية: «الخراج بالضمان». أي: لا يمكن القول بأن ضمان المصرف الإسلامي للودائع الاستثمارية يخوله الربح! لأن المقصود بالضمان الذي يخول الربح، هو الاستعداد لتحمل عنصر المخاطرة ومقاسمته مع الشركاء، وهذه المخاطرة - ولا بد- هي مخاطرة بمال أو بعمل، أما مجرد الاستعداد لجبر النقص في رأس المال، تطوعاً، أو عقوبة على التعدي أو التقصير، أو مقابل أجر (وهو غير جائز من ناحية شرعية، وغير متصور من ناحية فنية؛ لأن أنظمة التأمين لا تشملها)، فإنه لا يخول استحقاق الربح.

وفي ظل ما تقدم نستطيع فهم المنطق الفقهي في تضمين عامل المضاربة الأول إذا كان تفويض المضاربة بغير إذن رب المال، فهو ضامن ضمان تعدد عند الجمهور⁽¹¹⁵⁾، وليس الضمان بهذا المعنى هو الذي يسوغ استحقاق مقاسمة الربح، وليس هذا الضمان هو المقصود في القاعدة الشهيرة «الخراج بالضمان». وهذا المشكل اللفظي لكلمة الضمان هو الذي أوقع في مجانبة المنطق التشريعي عند بعض المذاهب الفقهية⁽¹¹⁶⁾، وهي مسألة استحقاق الربح بضمان التعدي أو ضمان الغصب، وهذه الاجتهادات الشاذة هي التي بنى عليها حمود فهمه للمسألة، فراح يضمن⁽¹¹⁷⁾ المصرف بصفته مضارباً مشتركاً.

(115) سبقت مناقشة هذه المسألة في الصفحات السابقة، وعلى سبيل التأكيد فقد جاء في: حاشية الدسوقي، مرجع سابق، ج3، ص526 "أن عامل القراض إذا دفع المال لعامل آخر قراضاً بغير إذن رب المال فإن حصل تلف أو خسر فالضمان من العامل الأول، كما مر في قوله: أو قارض بلا إذن، وإن حصل ربح فلا شيء للعامل الأول.. هذا، وقد فهم اشتراط الإذن عند تفويض المضاربة من نصوص فقهية كثيرة، لا تتسع الحاشية لإيرادها، انظر على سبيل المثال:

- ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، نص "وإن أذن رب المال في دفع المال مضاربة جاز ذلك، نص عليه أحمد، ولا نعلم في ذلك خلافاً.."، ج7، ص158.

(116) ذهب الحنفية إلى وجوب تضمين العامل الأول إذا دفع المال إلى مضارب ثانٍ؛ حتى لا يكون ربحه بلا مقابل، انظر: المرغيناني. الهداية، مرجع سابق، ج3، ص206.

(117) للمزيد حول الحجج والجدال في هذه المسألة، انظر:

- أحمد، عثمان با بكر. نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، جدة: البنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بحث رقم (54)، 2000م، ص59 وما بعدها.

ومن الأسس المهمة التي تملئها نظرية المخاطرة، تكييف علاقة المصرف الإسلامي بالمستثمرين على أنه مضارب، ومن ثمّ يحصل على نسبة من صافي عوائد الاستثمارات (بعد خصم مخصص مخاطر الاستثمار، والمصاريف المتعلقة بالمضاربة فقط)، هذا مع التنبيه إلى تقاسم هذا المخصص بين أرباب المال وبين المضارب -عند انتهاء المضاربة- حسب النّسب المتفق عليها والمعلنة بين الطرفين. ومن ناحية أخرى يعامل المصرف الإسلامي بوصفه مستثمراً وذلك بالنسبة للجزء من أمواله التي يستثمرها. وفي المضاربة المشتركة، إذ يضارب المصرف بأموال عدد غفير من أصحاب الودائع، فإنّ عوائد المضاربة توزع بين فئات المستثمرين حسب المبلغ المخاطر، وحسب مدة الاستثمار. ويعدّ المصرف الإسلامي من فئات المستثمرين بمقدار الأموال المخاطرة التي يستثمرها في عملية المضاربة. ويتحمل (أرباب المال) صافي الخسائر إن وجدت، ويكون المصرف قد خسر جهده من جهة، ومن جهة أخرى يتحمل من الخسارة على قدر المال الذي استثمره في المضاربة بوصفه من أرباب المال المضارب به، وذلك تمثيلاً مع الشرط الضروري الذي تملئ نظرية المخاطرة فالغرم بالغنم، والكسب بالخسارة.

4. التمويل التأجيري (التشغيلي) ونظرية المخاطرة

الإجارة في الاصطلاح الفقهي هي: «بيع المنافع بعوض»⁽¹¹⁸⁾، وهي ترد على منافع الأعيان وعلى الخدمات. فالتأجير في الفكر المالي المعاصر ينبغي أن تنضبط أحكامه بنظرية المخاطرة، فالتأجير (التشغيلي) يستمد خصائصه من النظرية قيد الدراسة؛ فالمؤجر (مالك الأصل) يكون عادة مسؤولاً عن صيانة الأصل وأجرة التأمين اللازم عليه، ويتحمل مخاطر عدم صلاحية الأصول المؤجرة للاستعمال، سواء بالاهتلاك، أو بتقادمها عن مسaire التطورات

(118) انظر على سبيل المثال:

- البهوتي. الروض المربع، مرجع سابق، ج2، ص304.
- المغربي. مواهب الجليل، مرجع سابق، ج5، ص389.
- الشريبي. الإقناع، مرجع سابق، ج2، ص274.

التكنولوجية، وهذه المغارم التي يتحملها المؤجر تتقابل مع المغامم التي جناها والمتمثلة بقيمة الأقساط الإيجارية.

أمّا التأجير (التمويلي) الذي يندرج تحت أعمال الوساطة المالية، والذي يقدم فيه المؤجر خدمة تمويلية، فالمؤجر يشتري الآلة المختارة للمستأجر الذي يستخدمها لفترة ثابتة متفق عليها لا يمكن تغييرها إلا بموافقة الطرفين، وعادة ما تكون أقصر من العمر الافتراضي للأصل. وخلال هذه الفترة فإن المدفوعات الإيجارية التي يدفعها المستأجر تغطي التكلفة الرأسمالية الكلية للأصل، هذا علاوة على تقديم هامش ربح للمؤجر نظير الخدمة التمويلية التي يقدمها. ويطلق على هذا النوع التأجير الرأسمالي. وهنا ثمة ملاحظات ومواضع تحفظ على هذا النوع من الوساطة المالية (التأجير التمويلي)؛ إذ يتحمل المستأجر مخاطر تنتج عن حدوث خسارة مادية أو تلف فني أو اقتصادي في الأصل، وذلك على الرغم من حيازة المؤجر للملكية القانونية للأصل! كما أن المستأجر يلتزم بدفع كل الرسوم، وكذلك الضرائب! وتقع مسؤولية قدم الأصل أو المعدات وصيرورتها غير حديثة وغير متمشية مع التطورات التقنية الحديثة على عاتق المستأجر! ويحمل (التأجير التمويلي) المستأجر كل مخاطر الملكية: كتكاليف الصيانة، وتكاليف التأمين! مع احتفاظ الممول (المؤجر) بملكية الأصل، وبحقه في مراقبة المستأجر من حيث استخدام الأصل المؤجر، وبحقه في سحب الأصل في حالة عدم سداد المستأجر لباقي الأقساط، أو عند الإخلال ببعض شروط التعاقد. وفي نهاية المدة المتفق عليها يكون أمام المستأجر ثلاثة خيارات: تملك الأصل لوجود وعد بالبيع، أو تمديد مدة الإجارة، أو رد العين المستأجرة.

وما تراه الدراسة أنّ الإجارة التمويلية، كما تم توصيفها⁽¹¹⁹⁾ في التطبيق المصرفي، تفتقر إلى الشرط الضروري للسلامة الشرعية؛ وذلك أنّها تخل بمبدأ التكافؤ والتقابل بين المغارم والمغامم؛ إذ يضمن الممول عائداً يغطي قيمة الأصل -عادة ما يأخذ معدل التضخم في الحسبان- مع ربح محدد دون

(119) زيد. الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، مرجع سابق، ص 29 وما بعدها.

استعداد لتحمل المخاطر. وفي صورة الإجارة التمويلية المنتهية بالتملك تكون الأجرة المقدرة للأصل في المدة المحددة ليست أجرة المثل. بل روعي فيها أنها ثمن السلعة مع إضافة ما قد يُعدّ ربحاً متفقاً عليه. وهنا تكون إرادة المتعاقدين متجهة - بلا ريب- إلى بيع السلعة وليس إيجارها. ولكن دفع إلى ذلك عدم رغبة البائع بالتنازل عن حق الملكية ونقلها إلى المشتري. وفي الوقت نفسه تحميل المستأجر كامل تبعات الملك! مما يخل بمبدأ التكافؤ بين الحقوق والالتزامات، وينقض ما تقرره نظرية المخاطرة من ضرورة التلازم وعدم الفكك بين المغارم والمغانم واتحادها في الجهة نفسها.

وهنا يجب إعادة النظر في صياغة هذا العقد، أهو عقد إجارة، أم عقد بيع مؤجل أو مقسط الثمن. هذا ويتسع اجتهاد الفقه المالكي لصورة تحقق المقصود من هذه الوساطة المالية، إذ «سئل مالك عن رجل باع عبداً أو غيره، وشرط على المبتاع أنه لا يبيع ولا يهب ولا يعتق حتى يعطي الثمن، قال: لا بأس بذلك؛ لأنه بمنزلة الرهن إذا كان إعطاء الثمن لأجل مسمى»⁽¹²⁰⁾.

لكن لا بد من تحديد الجهة المحتملة لمخاطر استمرار الملك، فهل يجوز أن يحتفظ البائع بالملك ويجني مغانمه، بينما يُحمّل المشتري مغارمه؟ هذه المسألة محل اهتمام نظرية المخاطرة، إذ نجد في مصنف ابن أبي شيبة ما يحدد تلك الجهة: «حدثنا بن عليّ عن بن عون عن إبراهيم قال إذا اشترى الرجل المتاع، فقال المشتري: انقله إليّ وقال البائع: لا حتى تأتيني بالثمن، فهذا بمنزلة الرهن، فإن هلك فهو من مال البائع، وإن قال البائع للمشتري: أنقله، فقال: دعه حتى نأتيك بالثمن فهذا بمنزلة الوديعة، إن هلك فهو من مال المشتري»⁽¹²¹⁾.

وبعد عرض هذا النقل الذي يقرر أنّ المالك يتحمل مخاطر استمرار الملك، فإنّ قضية هذه الدراسة تقرر مبدأ تشريعياً واضحاً يقضي بضرورة التكافؤ والتلازم بين المغارم والمغانم، وبين الحقوق والالتزامات. فلا يجوز

(120) المغربي. مواهب الجليل، مرجع سابق، ج4، ص373.

(121) ابن أبي شيبة. المصنف، مرجع سابق، ج4، ص284.

أن يحتفظ البائع بحقوق الملك من جهة المغانم، بينما يلقي بالمغارم على المشتري. ولا بد هنا -من أجل السلامة الشرعية- أن يُحدد أولاً: أهو عقد بيع، أم عقد إجارة؟ ولا بد ثانياً: أن تُحدد الجهة المالكة التي تتحمل المغارم مقابل استحقاقها للمغانم، ولا يصح فكاك هذا التلازم الذي تقرره النظرية بين المغارم والمغانم، فالجهة المتمتعة بحق الملكية وتجنّي مغانمها، لا بد أن تكون هي الجهة ذاتها المحتملة لمغارم استمرار الملك.

وما يلحظ هنا أنّ الممول يريده عقد إجارة؛ ليجنّي مغانم هذا العقد، والمغانم المقصودة للمؤجّر هنا هي: الاحتفاظ بالملك والتصرف فيه حال تخلف الطرف الثاني عن أي قسط، واستحقاق أجرة علاوة على أقساط الثمن. ومن جهة أخرى يريده عقد بيع مؤجل أو مُقسّط الثمن على دفعات؛ ليلقي بمغارم الملك على المشتري فيتحمل المشتري كل أنواع مخاطر استمرار الملك! ومحل الاعتراض هنا ليس من باب اجتماع عقدين في عقد، ولا من باب تعليق عقد البيع على شرط، فهذا موضع اختلاف بين الفقهاء⁽¹²²⁾. لكن موضع اعتراض نظرية المخاطرة على هذه الصورة يتمحور حول الضمان بمعنى تحمل مخاطر الملك، فمن هذه الناحية هناك اختلاف جوهري بين العقدين؛ ففي عقد البيع ينتقل الضمان من البائع إلى المشتري؛ أي ينتقل الملك بمغرمه ومغرمه من البائع إلى المشتري، ولا يمكن فكاك هاتين المتلازمتين، أما في عقد الإجارة فضمان الأصل المؤجّر باق على المؤجّر؛ لأنّه المالك، وما ينتقل من المؤجّر إلى المستأجر هو المنفعة بمغانمها ومغارمها، وكذلك لا يمكن فكاك هاتين المتلازمتين.

(122) زيد. الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، مرجع سابق، ص45. وانظر أيضاً في التراث الفقهي بشأن اجتماع بيع وإجارة:

- المغربي، محمد. مواهب الجليل، «وهو بيع وإجارة»، والمشهور جواز اجتماعهما»، ج4، ص281، مرجع سابق.

- ابن عابدين. الدر المختار، «إذا بين سبباً تضره الجهالة كبيع وإجارة»، ج5، ص590، مرجع سابق.

- الشافعي. الأم، «أبطلناه من قبل أنه بيع وإجارة»، ج3، مرجع سابق، ص59.

- ابن قدامه. المغني، «ومن أجازته قال: هذا بيع وإجارة»، ج4، ص80.

والنظرية تقيم تلازماً شرعياً ومنطقياً بين الضمان بمعنى تحمل مخاطر استمرار الملك، وبين استحقاق المغانم (الأجرة)، من جانب مالك الأصل. كذلك تقيم تلازماً شرعياً ومنطقياً بين ضمان المنفعة بمعنى تحمل مخاطر فوات الانتفاع رغم التمكّن من المنفعة، وبين استحقاق مغانم المنفعة، من جانب المستأجر. فالمستأجر للأصل المالي يتحمل مخاطر فوات الانتفاع من الأصل عند عدم وجود فرصة لتوظيف الأصل، أو عند تبدل أحوال السوق؛ فعندها يكون قد خسر بدل التمكّن من المنفعة (الأجرة)، ويقابل ذلك ويتلازم به استحقاقه لمغانم الانتفاع من الأصل المالي.

وفي ضوء الشرط الضروري الذي تملّيه نظرية المخاطرة لا يمكن اعتبار التأجير التمويلي بهذه الصورة عقد بيع، فهذه الصورة ما هي إلا عقد إجارة أُريدت أحكامه وآثاره خلال المدة الإيجارية، ويترتب عليه من الآثار المتعلقة بجهة الضمان ما لا يمكن تجنبها، وتحملها للطرف الثاني؛ فالمالك هو من ينبغي أن يتحمل مخاطر استمرار الملك، ولم يُردّ عقد البيع في هذه الصيغة إلا بعد انتهاء المدة الإيجارية ودفع جميع الأقساط.

ولذا يمكن أن يصاغ بديل لعقد الإجارة المنتهي بالتملك في ضوء نظرية المخاطرة وما تقرره من تلازمات لا يمكن فكها؛ تحقيقاً للعدل باعتبار هذه الصورة عقد بيع يشترط فيه عدم تصرف المشتري في البيع بأي نوع من أنواع التصرف إلا بعد سداد جميع الأقساط (الثلث) المتفق عليها. وعندها لا يستحق البائع إلا الثلث، ويتحمل المشتري مخاطر استمرار الملك أو يمكن اعتباره عقد إجارة على أن تترتب عليه كافة أحكام هذا العقد، لاسيّما ما يتعلق بتحمل المالك مخاطر استمرار الملك، وعندها يستحق المالك الأجرة ليتقابل الغرم بالغنم. وبعد انتهاء عقد الإجارة وسداد الأقساط الإيجارية، يبدأ عقد جديد بالبيع، ويترتب عليه كافة أحكام هذا العقد وخصائصه وآثاره، من انتقال الملك ومخاطره إلى المشتري بما يكافئ الثلث المتفق عليه بالتراضي، هذا ولا يمتنع وجود وعد بالبيع ابتداءً. أمّا مسألة الإلزام بالوعد فليست -هنا- محلاً للبحث. لكن يشكل على مسألة الوعد الملزم قضية الثلث إذ لا يمكن الإلزام به؛ لأنّ قيم هذه الأصول تختلف مع طول الفترة الإيجارية، ويبقى

الخيار للطرفين في قبول الثمن المتفق عليه مسبقاً، وعندها لا معنى للوعد، وإلا دخلنا في الغرر، إلا إذا رجعنا أدراجنا ونقضنا ما تقدم، وقلنا بنقل الملكية إلى المستأجر بوساطة هبتها إليه، أو مقابل ثمن رمزي لوجود وعد ملزم، وعندها يعود الإشكال السابق: أهو عقد بيع، أم عقد تأجير، أم كلاهما؟

وتبنى هذه الدراسة موقفاً فاصلاً بشأن هذه الصيغة، يقوم على أساس تمييز جهة الملك المتحملة للمغارم مقابل استحقاقها للمغانم، ولا يصح فصل هذا التلازم؛ لأنّ هذا الفصل يخرم السلامة الشرعية. وتأكيداً لهذا المبدأ فقد أقر مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثالثة في شهر المحرم (1403هـ) أن تبعة الهلاك والتعيب تكون على البنك بصفته مالكاً للمعدات ما لم يكن الهلاك أو التعيب بقصد أو تقصير من المستأجر فتكون التبعة عندئذ عليه، وكذلك نفقات التأمين الإسلامية يتحملها البنك، ولا يصح تحميل المستأجر أقساط التأمين⁽¹²³⁾.

رابعاً: مناشط الخدمات المصرفية

تتناول الدراسة في هذا المبحث مناشط الخدمات المصرفية، وهي تلك المناشط التي يمارسها المصرف الإسلامي مما هو ليس بودائع أو تمويل، وإن كان الفصل بين هذه المجالات الثلاثة في واقع التنفيذ متعذراً؛ لأنّ بعض الخدمات المصرفية تتضمن نشاطاً ائتمانياً وتمويلياً. وتهتمّ الدراسة بمنشطين منتخبين للمحاكمة من بين مناشط الخدمات المصرفية في المصارف الإسلامية، وهما: الاعتمادات المستندية، وخطابات الضمان، وهما الأكثر جدلاً من بين مناشط الخدمات المصرفية ولأنّهما الأقرب إلى موضوع هذه

(123) للمزيد انظر: الفتوى الصادرة عن الندوة الفقهية الأولى لبيت التمويل الكويتي، بشأن التأجير المنتهي بالتمليك، 1987، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ج4، عدد5، (1988م)، ص2707. وانظر أيضاً:

- وقرار رقم (6) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي عام 1988م، بشأن التأجير المنتهي بالتمليك، ج4، عدد: 5، ص2763-2764.
- زيد. الإجارة بين الفقه الإسلامي والتطبيق المعاصر، مرجع سابق، ص63-75.

الدراسة، وسوف يعتني هذا المبحث بتعريف الاعتماد المستندي وخطاب الضمان، ثم يعرض الصورة التطبيقية لهما، وأخيراً: محاكمة هاتين الخدمتين وعائديهما إلى معيار نظرية المخاطرة.

1. الاعتمادات المستندية

وهي إحدى الخدمات المصرفية الهامة التي تمارسها البنوك لخدمة التبادل التجاري بين الدول، ولضمان حقوق الأطراف المشتركة، وهم المستورد والبنك المراسل والمورد، وثمة نظامٌ موحدٌ يجري تحديثه من قبل غرفة التجارة الدولية، على جميع أطراف التعامل التزامه. وتتنوع الاعتمادات المستندية، ولكل نوع منها ضوابط تفصيلية تحكم تنفيذها ليست من شأن هذه الدراسة، لكنّ ما تعتنى به الدراسة هنا مناقشة الاعتمادات المستندية المنظوية على ائتمان.

وقبل إلقاء الضوء على منهجية المصارف الإسلامية في هذه الخدمة ومحاكمتها لمعيار نظرية المخاطرة، فقد ذكّرت أدبيات⁽¹²⁴⁾ المصرفية الإسلامية ثلاثة تكييفات لهذه الخدمة، وهي: الوكالة، والضمان، والحوالة. وفي حالة عدم انطواء الاعتماد المستندي على ائتمان فإنّ عقد الوكالة والحوالة يتسع لممارسة هذه الخدمة دون منازعة، وهنا، فإنّ المصرف يقدم خدمة ويتلقى عليها أجراً عقدياً مقطوعاً متفقاً عليه، ولا يخاطر بموجوداته النقدية، ولا يشارك في مخاطر التجارة، ويتحمل التاجر وحده مخاطر التجارة. ولكنّ الصورة -محل عناية هذه الدراسة- تقتصر على انطواء الاعتماد المستندي على ائتمان، وهنا قدمت المصارف الإسلامية بديلين للتمويل، هما: بيع المرابحة للآمر بالشراء، والمشاركة المتناقصة. ولتحقيق فهم أفضل للصورة التطبيقية للاعتمادات المستندية فهذا عود على بدء:

(124) الهمشري، مصطفى. الأعمال المصرفية والإسلام، القاهرة: مجمع البحوث الإسلامية، 1985م، ص 212. وانظر أيضاً:

- حمود. تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص 336.

الاعتماد المستندي المغطى بالكامل

عندما يغطي العميل (التاجر) كامل قيمة الاعتماد، وذلك في شكل وديعة أو حساب جارٍ حيث يتمكن المصرف من السداد للبنك المراسل فور ورود المستندات مطابقة لشروط الاعتماد (مواصفات البضاعة التي اشترطها التاجر، بالإضافة إلى بوليصة الشحن والتأمين على البضاعة). وفي هذه الحالة فإنَّ المصرف الإسلامي يقوم بدور الوكيل عن التاجر في طلب المواصفات وتحديد الشروط المتعلقة بالبضاعة، وبدفع الثمن إلى البنك المراسل بمجرد ورود المستندات مطابقة للمواصفات المشروطة. وهنا يستحق المصرف الإسلامي مبلغاً مقطوعاً تتفق عليه الأعراف المصرفية، واستحقاق البنك هذه العمولات المقطوعة بوصفه وكيلاً أو أجييراً، وقد أضاف البعض تكييفاً آخر، وهو عقد الحوالة، وهي -على العموم: معاملة جائزة، وترجى الدراسة تكييف استحقاق المصرف العمولات المقطوعة بوصفه ضامناً إلى المطلب الثاني.

الاعتماد المستندي بغطاء جزئي عند فتح الاعتماد والباقي عند ورود المستندات

وهذه الحالة كسابقتها، إذ يعد الاعتماد في حكم المغطى بالكامل، إذ يتطوع المصرف الإسلامي بالفرق بين تاريخ خصم البنك المراسل للقيمة وتاريخ سداد العميل لقيمة المستندات عند ورودها، وعادة ما تكون فترة محدودة جداً، وذلك باعتبار المبلغ خلال هذه المدة قرضاً حسناً، لاسيماً إذا كان العميل حسن السمعة من حيث الالتزام بالسداد، والملاءة. وما يقتطعه المصرف الإسلامي من حساب العميل لا يجوز أن يزيد عن التكاليف والعمولات التي سبق تكييفها على أنها أجر مقطوع غير مخاطر، ولا يتقاضى أيّ فوائد عن القرض الحسن الذي قدمه المصرف الإسلامي.

الاعتماد المستندي بغطاء جزئي والباقي مؤجل السداد

في هذه الصورة يتقدم العميل (التاجر) طالباً فتح اعتماد لاستيراد بضاعة معينة، إذ يُعلم المصرف بشروطه والمواصفات التي يرغبها في البضاعة، وبعدد قدرته على سداد قيمة المستندات فور ورودها، وهنا، على المصرف

الإسلامي - بالاتفاق مع التاجر - تحديد موقفه بكل جلاء: أهو شريك، أم تاجر؟ وقد طرحت الأدبيات المصرفية صيغتين يمكن أن يقدم التمويل وفقهما، وهما صيغة المشاركة المتناقصة، وصيغة المرابحة، وفي الفقرات الآتية تحاكم الدراسة التطبيق المصرفي للاعتماد المستندي غير المغطى والمؤجل السداد إلى معيار المخاطرة.

صيغة المشاركة أو المشاركة المتناقصة

إذا ما اختار العميل صيغة المشاركة، وقام البنك بدراسات الجدوى والتحقق من كفاءة المشروع التجاري وأمانة التاجر الذي سيكون شريكاً وسوف يتولى عملية الترويج والتسويق، وإذا ما وافق المصرف الإسلامي على أن يكون شريكاً، فهذا يعني أن يكون شريكاً في تحمل نتائج هذا المشروع التجاري، ويقاسم التاجر الشريك الربح والخسارة حسب النسب المتفق عليها، وحسب رأس المال المخاطر الذي يقدمه كل منهما. ويمكن تفصيل عملية التنفيذ كما ينبغي أن يكون عليه واقع التطبيق بما تقرره نظرية المخاطرة، من خلال الإجراءات الآتية:

- يتقدم العميل بطلب فتح اعتماد لاستيراد بضاعة محددة المواصفات، مُعلماً المصرف بحاجته إلى تمويل لعدم قدرته على التغطية، وبموافقته على دخول المصرف في العملية بوصفه شريكاً.

- يقوم المصرف بالتحقق من كفاءة المشروع والفرص التسويقية، والتحقق من دراسة الجدوى التي ينبغي أن يقدمها العميل (التاجر)، والتحقق من أمانته وخبرته.

- يتم توقيع عقد تمويل بالمشاركة، يتضمن التكلفة الكلية التقديرية، وحصّة مساهمة كلا الطرفين من رأس المال المخاطر، كما يتضمن العقد توزيع العائد المنتظر، وشروط المشاركة، والضمانات التي يقدمها العميل، ومدة المشاركة وغيرها من الضوابط الفنية.

- يُفتح حسابٌ خاصٌ لعملية المشاركة تُقيّد فيه كل حركات العملية إنفاقاً وإيراداً.

- يقوم المصرف بإجراءات فتح الاعتماد المستندي لا بوصفه وكيلاً بأجر، بل بوصفه مشاركاً في العملية، ويكون معلوماً لدى وحدة الاعتمادات المستندية أنّ هذا الاعتماد قد حل محل عملية تمويل بالمشاركة، ومن ثمّ حساب المشاركة المفتوح سيكون طرفاً في أي قيد.

- يقوم المصرف بتسديد قيمة الاعتماد للبنك المرسل من حساب المشاركة، ويقوم أحد الطرفين (البنك أو التاجر) بتسلم البضاعة، وأخيراً يقوم العميل (التاجر) بعملية تسويق البضاعة والترويج لها إلى أن ينتهي من عملية التصريف؛ إذ ينبغي تصفية عملية المشاركة وتسوية مستحقات الأطراف.

وهنا لا بد من التنويه إلى أهمية هذا الدور الذي ينبغي أن تقوم به المصارف الإسلامية بوصفها ممولا يشارك برأس مال مخاطر. وينبغي التنويه - أيضاً- إلى أنّ الضمانات التي يقدمها العميل لا تعني ضمانه لاسترداد حصة المصرف من رأس المال المخاطر، ولا ضمان ربح مقطوع، ولا حتى ضمان تكاليف فتح الاعتماد والمراسلات. لكنّ هذه الضمانات التي يقدمها العميل هي لضمان جديته، وعدم مخالفته للشروط المتفق عليها، ولمواجهة أي تجاوز يمكن الحكم عليه بأنّه تعدّ أو تقصير. ومن جهة ثانية ينبغي -حسب مقررات نظرية المخاطرة- أن تكون عوائد المصرف والتاجر نسبة شائعة من الربح، وهذه الحصة تعتمد على محددين، هما: نسبة مساهمة كل من الطرفين في رأس المال المخاطر، والعمل المخاطر الذي يقدمه كل من الطرفين.

وفي حال اعتماد صيغة التمويل بالمشاركة المتناقضة فإنّ العميل (التاجر) إذا رغب في شراء حصة البنك في قيمة السلع أو الأصول العينية، فإنّه بمجرد السداد يخرج المصرف من المشروع التجاري، ويكون قد حصل على الأرباح أو الخسائر خلال مرحلة اشتراكه في رأس المال المخاطر، ثمّ يحصل على قيمة حصته في الموجودات العينية من السلع أو الأصول، ويحتكم إلى تقدير قيمة السلع أو الأصول العينية إلى معيار السوق لا إلى قيمة التمويل الذي قدمه المصرف؛ لأنّه ينبغي تحمل المصرف لمخاطر حوالة، إذ الأسواق حيث قدّم التمويل على أساس رأس المال المخاطر لا على أساس القرض

المضمون. لكنّ التطبيق يفترق عن التنظير السابق، إذ يحصل المصرف على⁽¹²⁵⁾ أصل حصته في التمويل، ونصيبه في العائد المتحقق فعلاً.

وتعتقد الدراسة أنّ حصول المصرف على رأس ماله (أصل حصته في التمويل) ينبغي -حسب مقررات نظرية المخاطرة- ألا يكون مضموناً على العميل (التاجر)، واشتراط ذلك يُعدُّ خرقاً في معايير نظرية المخاطرة التي تقرر أن لا ضمان لرأس المال المخاطر، وأنّ استرداد كلا الطرفين لرأسمالها المخاطر متوقف على نتائج المشروع التجاري.

صيغة المرابحة

إذا ما اختار العميل علاقة تمويل مقطوعة مع البنك يكون في مآلها مديناً للمصرف، فإنّه سيختار صيغة المرابحة، إذ تتم في إطار الخطوات الآتية⁽¹²⁶⁾:

- يتقدم طالب التمويل للبنك الإسلامي أمراً البنك بفتح اعتماد مستندي لشراء بضاعة محددة من مورد محدد، ويقدم الفواتير المبدئية والعروض الأخرى المتاحة له.

- يقوم البنك بدراسة الطلب من منظور تمويلي في إطار الجدارة التمويلية والمؤشرات الاقتصادية الأخرى، وكذا التحري عن سلامة البيانات المقدمة من العميل ودقّتها.

- يقوم الطرفان بتوقيع عقد وعد بالشراء، يتعهد فيه المتعامل بشراء البضاعة عند ورودها مطابقة للمواصفات التي طلبها، ويُسْتَرَط -شرعاً- إفصاح المصرف عن ثمن السلعة وعناصر التكاليف والربح.

- يقوم البنك الإسلامي بجميع إجراءات فتح الاعتماد إلى حين ورود المستندات، ويتحمل البنك الإسلامي مسؤولية كاملة عن السلعة حتى يستلمها الأمر بالشراء.

(125) ناصر. أصول المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص 194.

(126) المرجع السابق، ص 194-195.

- يتم توقيع عقد بيع المرابحة وتسري شروط المرابحة المتفق عليها بمجرد استلام البضاعة، وتبدأ هنا علاقة الدائنية والمديونية بين المصرف والمتعامل الذي يكون عليه أن يسدد دينه بصرف النظر عن النتائج الفعلية إن ربحاً أو خسارة.

وهنا ثمة ملاحظات جديرة ينبغي تأكيدها، فقد تمت مناقشة إشكالية الوعد الملزم وخروجه عن معايير نظرية المخاطرة بإلغائه عنصر المخاطرة من النشاط التجاري، لكنّ الملاحظة الجديرة بالتأكيد هنا تتعلق بموقف المصرف من البضاعة المستوردة إلى حين شرائها من قبل الأمر بالشراء؛ إذ ينبغي -طبقاً لمقررات نظرية المخاطرة- أن يكون موقف المصرف الإسلامي من البضاعة المشتراة موقف المالك، وعليه فإنّ دراسة الجدارة التمويلية للأمر بالشراء والاكتفاء بملاءة العميل الأمر بالشراء لا تعكسان الموقف الحقيقي للمصرف من البضاعة؛ لأنّ الدراسة تنازع في لزوم الوعد إذا اقترن بالبيع. لذلك ينبغي أن تركز دراسة المصرف للنشاط التجاري على دراسة الجدوى والفرص التسويقية والربح المتوقع؛ لأنّ المصرف يشتري لحسابه، وعليه أن يكون مستعداً لتحمل مخاطر الملك ومخاطر حوالة الأسواق، فإذا نكل الواعد كان المصرف على استعداد لإيجاد مشتر جديد ومناطقة الأسواق. وأخيراً في هذا المطلب فإنّ الملاحظات السابقة التي تقررها نظرية المخاطرة تنطبق -أيضاً- على عمليات التمويل للاعتمادات المستندية في حالة التصدير، إذ يمكن أن تتم عملية التمويل من المصرف الإسلامي على أساس رأس المال المخاطر، فيكون المصرف شريكاً مع المُصدّر، يقاسمه رأس المال المخاطر اللازم لعملية التصدير، ويقاسمه نتائج النشاط التجاري ربحاً وخسارة، مع عدم ضمان المُصدّر لرأس مال البنك. كذلك يمكن أن تتم العملية وفق صيغة المرابحة: مع مراعاة مقررات نظرية المخاطرة القاضية بتحمل نتائج العمل التجاري، وعلى رأسها مخاطر حوالة الأسواق.

2. المخاطرة في خطاب الضمان

خطاب الضمان هو: تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب عميله (الأمر) بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين بمجرد أن يطلب المستفيد ذلك

من المصرف خلال مدة سريان الضمان، بصرف النظر عن معارضة المدين أو موافقته حالة فشل العميل بالوفاء بالتزاماته تجاه الطرف الثالث أو إخلاله بشروط التعاقد⁽¹²⁷⁾.

وفي النشاط الاقتصادي المعاصر تتطلب كثير من التعاقدات والصفقات خطاب ضمان كشرط مسبق للتقدم للمقاولات والعطاءات، والغاية من خطاب الضمان من جهة العميل الأمر تتمثل في عدم تجميد موارده النقدية، ومن جهة المستفيد الاطمئنان إلى ضمان تنفيذ الالتزام، محل التعاقد، بموجب خطاب الضمان، ومن جهة المصرف الحصول على عائد لقاء الضمان.

عناصر خطاب الضمان

وزيادة في التوضيح فإنّ عناصر خطاب الضمان يمكن إجمالها في خمسة عناصر، هي:

- المكفول: وهو العميل طالب خطاب الضمان، الذي يقوم المصرف بضمانه بموجب خطاب الضمان الصادر عنه، وفي حدود المبلغ المعين، وخلال الفترة المحددة.

- الكفيل: وهو المصرف الذي أصدر التعهد الخطي بدفع مبلغ معين نيابة عن العميل إذا ما أخل بشروط التعاقد، والعرف المصرفي في صدور الخطاب غير مقترن بأي شرط، لكن يجوز أن يصدر الخطاب مشروطاً بتقديم مستند معين للوفاء.

- المستفيد: وهو الطرف الثالث الذي يصدر الخطاب لصالحه، مثل شركة مقاولات معينة.

- مبلغ الضمان: وهو حجم التزام المصرف نيابة عن المكفول، والذي ينحصر فيه الوفاء.

(127) المرجع السابق، ص 201. وانظر أيضاً:

- شبير، محمد عثمان. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، عمان: دار الفائس، 1998م، ص 248.

- مدة الوفاء: وهو التاريخ الذي يعدّ حداً أقصى لنفاذ التزام المصرف بحيث يسقط الالتزام بحلوله، لاسيّما إذا تضمن خطاب الضمان نصاً يفيد عدم تجديد صلاحيته إلا بموافقة المصدر.

وبعيداً عن التفاصيل بشأن أنواع خطاب الضمان، من: خطاب مشروط، وخطاب غير مشروط، وخطاب ابتدائي، أو خطاب نهائي.. فإنّ الدراسة تعتنى هنا بغطاء خطاب الضمان، ثمّ مستحقات المصارف من خطابات الضمان، ثمّ بالتكليف الشرعي لخطاب الضمان، وأخيراً بمناقشة استحقاق عائد على خطاب الضمان، وهذا ما ستناقشه الفقرات الآتية.

غطاء خطاب الضمان: والمقصود بالغطاء هنا، هو: ما يقدمه العملاء من ضمانات لتغطية خطاب الضمان، وهي نوعان: غطاء نقدي: وهو المبلغ الذي يغطي قيمة الضمان في حساب العميل، إذ يقوم المصرف بخصمه من حساب العميل حال الوفاء، وغطاء عيني: مثل رهن أوراق مالية أو تجارية.

هذا وقد يكون الخطاب مغطى بالكامل، كما قد يكون الخطاب مغطى تغطية جزئية بنسبة معينة تتراوح بين (5% - 40%)، وذلك يتفاوت حسب درجة الثقة بالعميل وتعليمات الجهات النقدية المشرفة.

عوائد المصارف من خطاب الضمان: تتقاضى المصارف عامة عمولة إصدار خطاب الضمان كنسبة من قيمة الخطاب كدفعة واحدة وحسب لوائح تعليمات البنوك المركزية، كذلك تتقاضى عمولة تمديد أو تعديل، وتتقاضى المصارف التقليدية فوائد على حساب العميل المدين عند الوفاء بقيمة الخطاب ولم يسدد العميل حالاً. وفي الفقرة الآتية، تناقش الدراسة التكليف الشرعي لخطاب الضمان والعوائد التي يتقاضاها المصرف الإسلامي مقابل الضمان.

التكليف الشرعي لخطاب الضمان: ناقشت أدبيات المصرفية الإسلامية التكليف الشرعي لخطاب الضمان، وقد تباينت الآراء بين تكليفه على أساس الوكالة أو الكفالة، وقد رتب القائلون⁽¹²⁸⁾ بأنها عقد وكالة جواز أخذ الأجر

(128) حمود. تطوير الأعمال المصرفية، مرجع سابق، ص 300.

على ذلك، أمّا أغلب القائلين⁽¹²⁹⁾ بأنّها عقد كفالة فقد رتبوا منع أخذ الأجر على ذلك؛ تمشياً مع قول جمهور الفقهاء⁽¹³⁰⁾ بمنع أخذ الأجر على الكفالة باعتبار الكفيل مقرضاً في حق المكفول عنه، وإذا شرط له الجعل مع ضمان المثل، فقد شرط له الزيادة على ما أقرضه فهو باطل؛ لأنّه ربا. وباعتباره غرراً؛ لأنّ من أخذ عشرة على أن يتحمل مئة، لا يدري هل يفلس من تحمل عنه، أو يغيب فيخسر مئة، ولم يأخذ إلا عشرة أو يسلم من الغرامة فيأخذ عشرة. هذا، وقد جوّز بعض⁽¹³¹⁾ القائلين بأنّه عقد كفالة أخذ الأجرة على الكفالة قياساً على أخذ الأجرة على الجاه.

هذا، وقد ذهب بعض الباحثين القول بأنّ تقديم خطاب الضمان من قبل المصارف يُعدّ عملاً محترفاً يجوز أخذ الأجر عليه، ويمكن تكييفه على أساس عقد الجعالة؛ «لأنّ التعهد الذي يشتمل عليه هذا الخطاب يعزز قيمة التزامات الشخص المقاول، وبذلك يكون عملاً محترفاً يمكن فرض جعالة عليه أو عمولة من قبل ذلك الشخص»⁽¹³²⁾.

(129) انظر على سبيل المثال:

- الضيرير، الصديق. خطابات الضمان، بحث مقدم إلى ندوة المستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية عمان، 1994م.

- أبو زيد، بكر. فقه النوازل، الرياض: مكتبة الرشيد، 1986م، تحت عنوان خطاب الضمان، ج 1، ص 206.

(130) البغدادي الحنفي، غانم بن محمد. مجمع الضمانات، مصر: دار السلام، 1999م، مسألة رقم (2477)، ج 2 ص 609-610. وانظر أيضاً:

- ابن قدامة. المغني، مرجع سابق، ج 4، ص 610.

- المغربي. مواهب الجليل، مرجع سابق، ج 4، ص 242.

(131) انظر على سبيل المثال:

- المصري، عبد السميع. المصرف الإسلامي علمياً وعملياً، القاهرة: مكتبة وهبة، 1988م، ص 47.

- عطية، جمال الدين. البنوك الإسلامية، قطر: مطابع الدوحة، 1986م، ص 119.

- العبادي، عبد الله. موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، بيروت: المكتبة العصرية، (د.ت)، ص 217.

- الصدر. البنك اللاربوي في الإسلام، مرجع سابق، ص 130 وما بعدها، على الرغم من تكييفه خطاب الضمان على عقد الجعالة.

(132) الصدر: البنك اللاربوي، ص 130-131. وانظر أيضاً:

=

وقد ذهب بعض الباحثين إلى أنه وكالة إذا كان خطاب الضمان مغطى تغطية كاملة من قبل العميل، وكفالة إذا كان غير مغطى. وإذا كان مغطى تغطية جزئية فإنه وكالة في الجزء المغطى وكفالة في غير المغطى. وممن ذهب إلى هذا الرأي علي السالوس، وبناء على ذلك لا يجوز أخذ الأجرة على الكفالة، وبهذا أخذ مجمع الفقه الإسلامي في دورته الثانية المنعقدة في جدة من (10-16) ربيع الثاني 1406هـ، حيث جاء فيه: أن خطاب الضمان لا يجوز أخذ الأجر عليه لقاء عملية الضمان (التي يراعى فيها عادة مبلغ الضمان ومدته)، سواء أكان بغطاء أم بدونه. أمّا المصاريف الإدارية لإصدار خطاب الضمان بنوعيه فجائزة شرعاً، مع مراعاة عدم الزيادة على أجر المثل⁽¹³³⁾.

إلا أن الدراسة تعنتني هنا بمناقشة قول بعض الباحثين⁽¹³⁴⁾ الذين خرجوا خطاب الضمان على قاعدة: «الخراج بالضمان»، فمن يتحمل تبعة ضمان شيء لو تلف يكون من حقه أن يحصل على منفعة من الشيء المضمون، فالمنفعة مقابل الضمان في هذه الحالة.. ومن قواعد الفقهاء في معنى الحديث الشريف ما قاله شريح بن الحارث الكندي: «من ضَمِنَ مالاً فله ربحه». وعلى هذا الأساس نقول: «إن البنك وقد ضمن في خطاب الضمان، فيكون له نصيب من الربح العائد للعميل من العملية المضمونة، أو محل الضمان لشراكته مع العميل في هذه العملية (شراكة عقد) محله ضمان عمل العميل، وضمنان عمل العميل نوع من العمل. وكما أن استحقاق الربح يكون تارة بالمال أو بالعمل يكون تارة بالضمان.. وعلى هذا يكون للبنك حظ من كسب العميل وربحه»⁽¹³⁵⁾.

وعند هذا التخريج تقف الدراسة ملياً، إذ استند كثير من الباحثين إلى

= - ناصر. أصول المصرفية الإسلامية، مرجع سابق، ص 207-208.

(133) شبير. المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 258.

(134) البعلي، عبد الحميد. الاستثمار والرقابة الشرعية، القاهرة: مكتبة وهبة، 1991م، ص 59 وما بعدها.

(135) البعلي. الاستثمار والرقابة الشرعية، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

الاستدلال بنظرية المخاطرة في مسائل متعددة باجتهاد متعسف؛ فمجرد الضمان لا يستحق به ربح، وقد سبق الحديث عن معايير نظرية المخاطرة، وضرورة استناد المخاطرة إلى المال أو العمل كي يستحق بها الربح، أمّا مجرد الضمان دون مال ودون عمل فلا يستحق به كسب؛ لذلك منع جمهور الفقهاء أخذ أجر على الكفالة؛ لأنّها محض إرفاق وإحسان، ولا تستند إلى مال مخاطر ولا إلى عمل. ولما كان الكفيل يرجع على المكفول عنه فيما ضمن؛ لذا فإنّ الكفالة لا تستند إلى مال مخاطر، بل هو مال مضمون على المكفول عنه. والاستدلال بما روي عن شريح «من ضمّن مالاّ فله ربحه» هو اعتساف في الاستدلال؛ إذ يقصد بذلك وقد سبق: أنّ الربح يُستحقّ بالمال المخاطر؛ أي من استعد لتحمّل تبعات المخاطرة بالمال فإنّه يستحقّ ربحه. أمّا في خطاب الضمان فإنّ المصرف لا يتحمّل تبعات عمل المقاول ونتائجه، بل يسدد عنه فيما لو غرم ثمّ يعود عليه، فهو كفيل عن المقاول وليس بمخاطر. وهذه الكفالة المجردة عن المال المخاطر لا يستحقّ بها الربح، فهي قرض حسن وعمل تطوعي؛ لذلك فإنّ الدراسة لا ترى استحقاق المصرف المشاركة في الربح بهذا الضمان المجرد. وعليه فالمصارف الإسلامية أمام إشكالية في تسويغ عوائدها لقاء إصدارها خطابات الضمان، لاسيّما إذا كان الخطاب غير مغطى بالكامل. أمّا إذا كان مغطى بالكامل فيمكن تسويغ استحقاقها لعائد مقطوع -ليس كنسبة مئوية من قيمة الخطاب- على أساس عقد الوكالة.

وهنا تطرح الدراسة الصورة السليمة لتسويغ استحقاق المصارف الإسلامية للمشاركة في الربح كنسبة شائعة من عوائد المقاول، وذلك إذا شاركت في رأس المال المخاطر أو العمل المخاطر؛ إذ يمكن أن تشارك المصارف الإسلامية برأس مال مخاطر يرصد لمواجهة حالات الإخفاق، ولمواجهة النفقات على المقاول، ولا يقيد دَيْناً في ذمة المقاول المتقدم بطلب خطاب الضمان، ولكن يقيد في حساب المشاركة الذي يتكون من مساهمة المقاول والمصرف، وكلاهما يشارك في تحمّل المخاطرة، كل حسب مشاركته في رأس المال المخاطر أو العمل المخاطر، وهنا لا يستحقّ المصرف مبلغاً مقطوعاً كنسبة مئوية من خطاب الضمان، لكنه يستحقّ المشاركة في تقاسم

نتائج المقابلة ربحاً أو خسارة. وهذه الصورة هي الصورة الوحيدة التي تسوّغها نظرية المخاطرة لاستحقاق المصرف الإسلامي المشاركة في ربح طالب إصدار خطاب الضمان.

وفي ختام هذا الفصل، خلصت الدراسة إلى ضرورة استخدام المصارف الإسلامية البديل الشرعي لتوظيف الأموال، الذي يتمثل في جميع صيغ التوظيف القائمة على أساس تقاسم الممولين والمتمولين نتائج المشروع؛ وذلك باقتسام الربح والخسارة؛ تطبيقاً للقواعد الفقهية الحاكمة: «الخراج بالضمان» و«الغنم بالغرم».

كما أنّ التزام المصرفية الإسلامية بما تقرره نظرية المخاطرة يحقق مقاصد التشريع الإسلامي في القوة الاقتصادية للمجتمع، والعدالة التوزيعية، وعدم اقتصار التمويل على فئة محدودة من الناس.

كما أنّ تفعيل الصيغ التمويلية القائمة على عنصر رأس المال المخاطر سيطلق سراح المصرفية الإسلامية من سجن المربحة التي قبعت فيه؛ فالواقع العملي للمصرفية الإسلامية اليوم يؤكد الاختلاف بين التنظير الأولي في وثائق التأسيس وبين التطبيق. ويُعدّ عدم تفعيل صيغ التوظيف القائمة على عنصر رأس المال المخاطر السبب الرئيس لهذا الاختلاف بين النظرية والتطبيق، إذ تشير الدراسات التطبيقية المتعددة⁽¹³⁶⁾ إلى تأكيد ظاهرة سجن المربحة.

وترجع الدراسات⁽¹³⁷⁾ أسباب هذه الظاهرة (إفراط المصارف الإسلامية

(136) تقرر هذه الدراسات ظاهرة سجن المربحة، إذ توصلت إلى أنّ توظيف الأموال وفق صيغة المربحة تمثل النسبة الغالبة من صيغ التوظيف. للمزيد انظر الدراسات التطبيقية الآتية:

- ناصر. أصول المصرفية الإسلامية وقضايا التشغيل، مرجع سابق، ص74-75.
- Haron, Sudin. "A Comparative Study of Islamic Banking Practices". *KAU: Islamic Economy*, Vol. 10, 1998, p. 48.
- Zaher, T. and M. Hasan. "A Comparative Literature Survey of Islamic Finance and Banking". *Financial Markets, Institutions & Instruments*, vol. 10, No (4), 2001, p. 174, 200.

(137) خان وطارق الله. إدارة المخاطر، مرجع سابق، ص69 وما بعدها.

في استخدام المربحة على حساب المضاربات والمشاركات) إلى رغبتها في تجنب المخاطرة العالية المرتبطة بالمضاربة والمشاركة، لاسيما مع ضعف كفاءة المصارف الإسلامية في مجال تقييم المشروعات، وعدم وجود أقسام مختصة لديها بدراسات الجدوى، وإدارة المخاطر، وتقييم العملاء.

هذا، ويكاد يجمع المهتمون بالظاهرة المصرفية الإسلامية على انتقاد الإفراط في المربحة؛ مما يفقد المصرفية الإسلامية أهم ملامحها المميزة⁽¹³⁸⁾، بل ذهب بعضهم⁽¹³⁹⁾ إلى أنّ ثمة نماذج ثلاثة للوساطة المالية، وهي: النموذج التقليدي القائم على الضمان والمدانة، والنموذج الإسلامي المأمول القائم على الملكية المخاطرة، والنموذج الهجين وهو الذي تمارسه المصارف الإسلامية، وهو ينحرف عن النموذج الإسلامي المثالي لدرجة أنّه أسوأ من النموذج القائم على الربا! إذ يؤدي إلى سوء توزيع الثروة؛ لأنّه ينحاز إلى الموسرين على حساب المعوزين، ويزيد عليه أنّه يرفع التكلفة الإجرائية.

وبعد محاكمة الظاهرة المصرفية الإسلامية إلى مقررات نظرية المخاطرة، تنتقل إلى محاكمة مناشط سوق الأوراق المالية لمقررات نظرية المخاطرة.

(138) لوقا أريكو وميترا فاراهباخش. النظام المصرفي الإسلامي، قضايا مطروحة بشأن قواعد الاحتراز والمراقبة، ورقة عمل صندوق النقد الدولي 1998م، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، مجلد 13، (2001م)، ص32 وما بعدها.

(139) السويلم، سامي. الوساطة المالية في الاقتصاد الإسلامي، مجلة جامعة الملك عبد العزيز: الاقتصاد الإسلامي، مجلد (10)، 1998م، ص100.