



منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي

الدورة الثانية

الندوة العلمية:

التحوط في المعاملات المالية: الضوابط والأحكام

التي يعقدها

مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي

بالتعاون مع منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي

خلال الفترة من: 26 – 27 إبريل 2016م

طرق التحوط من المخاطر

في مصرفية الإسلامية

(دراسة فقهية)

إعداد

الشيخ أحمد المبلغي

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله الأطهار وصحبه الأخيار

هذه الورقة تتناول البحث الفقهي عن جملة من الطرق ذات الدور التحوطي في
المصرفية الإسلامية، والتي تتناولها لهذا البحث هي:

- التزام الطرف الثالث بالضمان.
- ضمان البنك في صورة كونه مضارباً.
- الوعود المتبادلة.
- التداول اليومي المبرمج.
- عقد المرابحة.
- العربون.

وإليك البحث عنها:

أولاً: التزام الطرف الثالث بالضمان

وهذا الطريق قد راج طرحه في الأبحاث العلمية ذات الصلة بموضوع التحوط،
كما شاع تطبيقه في المصارف. ولالتزام الطرف الثالث بالضمان قسمان:

1. الالتزام الحاصل عن التبرع.

2. الالتزام الحاصل في قبال العوض.

القسم الأول: الالتزام التبرعي بالضمان:

والذي يعطي الى هذا الطريق اهمية خاصة، هو الدور الهام الذي يتضمنه من جلب
المزيد من ثقة المودعين إلى التعامل مع البنك؛ فقد ثبت أن استقلال المؤسسة
الضامنة للودائع ينعكس إيجاباً على رغبة أصحاب الودائع في تعاملهم مع البنك، وقد
برز ذلك بمثابة تجربة عالمية.

والمقصود من الطرف الثالث هو الذي خارج ومستقل عن الطرفين الذين يقومان
بعقد المضاربة واللذان هما: المصرف ورب المال.

كما أن المقصود من ضمان الطرف الثالث، التزامه وقبوله بالمسؤولية حيال الخسارات التي تتوجه إلى رأسمال المضاربة. وكما هو معلوم يكون مثل هذا القبول والالتزام وعداً يتبرع به الطرف الثالث.

دليل مشروعيته:

ان ضمان الطرف الثالث يستمد مشروعيته من مشروعية التبرع؛ ذلك لوجود حكمين شرعيين حول التبرع، هما:

(أ) أن كل صاحب مال، له أن يتبرع بماله.

(ب) انه لا يحد تبرعه أي حد، سواء في حجم المال المتبرع به، أو في صورة التبرع، وفي مورد يجعله متعلقاً لتبرعه.

فللمتبرع أن يأتي بقيد في تبرعه ولكن ليس هناك قيد يقيد تبرعه.

فطبعاً هناك حد مبدئي، وهو "لزوم عدم ارتكابه أي ذنب"، ولكنه مبدء لا يختص بالتبرع؛ بل يعم كل تصرف من تصرفات الانسان.

وانطلاقاً من هذا الاستدلال أمكن القول بأنه كما يجوز للطرف الثالث أن يضمن رأس المال، فكذا يجوز له أن يضمن له و للربح معاً.

وقد يستدل على عدم جواز ضمان الربح بأنه المؤدي إلى الوقوع في الربا، ولكن الجواب أن الذي يضمن الربح ليس الطرف الذي يتلقى المال، بل يضمنه الذي هو المتبرع الذي ليس طرفاً من طرفي العقد.

مصاديق الطرف الثالث: قد يكون الطرف الثالث هيئة أو مؤسسة أو دولة أو جمعية أو صندوقاً مؤسساً من قبل مؤسسة أو الدولة أو من قبل البنك بهدف ضمان الودائع المصرفية.

القسم الثاني: الالتزام بالضمان مقابل عوض:

رغم ذهاب الكثير من الفقهاء المعاصرين إلى تحريم ذلك، يبدو أن الحقيقة جوازه؛ ذلك لأن التحريم مستنده إما:

(أ) كون الأكل الحاصل على أساسه من مصاديق أكل المال بالباطل.

والجواب عن ذلك أن هناك مقدمتين يكون الالتفات إليهما واصلاً بنا إلى أن ذلك ليس من مصاديق الأكل بالباطل:

المقدمة الأولى: أن المقصود من الباطل هنا إما بمعنى ما هو الباطل الشرعي أو بمعنى ما هو الباطل العرفي؛ أما الأول فلا مجال له، فإن الألفاظ الواردة في النصوص الشرعية لا تُحمل على المعاني التأسيسية إلا أن يتم لنا دليل قطعي على وقوع التأسيس من قبل الشارع، ومثله منتف هنا. فيبقى احتمال أن المقصود هو الباطل عند العرف، وكما هو معلوم - يكون معنى الباطل عند العرف ما لا أثر له.

المقدمة الثانية: إن الضمان عند العرف له قيمة كبيرة، حيث انه لولاه لما دارت الحياة الاقتصادية والتجارية.

النتيجة: أن أكل مال في قبال الضمان (الذي هو ذو أثر مهم في الحياة الاقتصادية) ليس أكلاً للمال بالباطل.

وبتعبير آخر إن أكل الثمن مقابل الضمان لا يعد عرفاً أكلاً لمال قبال شيء فاقده للأثر، فالآية لا تشملها.

وغير خفي أننا عندما نقول بأن الباطل عرفي لا يعني الحكم هنا عرفي بل كما هو معلوم ان التحريم المستفاد من الآية هو حكم شرعي ولكن الذي هو موضوع لهذا الحكم (الأكل عن الباطل) هو ذو معنى عرفي، والشارع أعطى حكمه لهذا الموضوع عرفي.

(ب) اشتمال معاوضة الضمان بالعوض للغرر

الاشكال يقول أن الضمان إذا جعل في قبالة عوض فذلك يؤدي إلى الغرر الفاحش فيمنع عنه، ويمكن الجواب عنه بأن الشارع عند ما ركّز تشريعه على نفي الغرر لم يكن نظره في ذلك بمعزل عن تحقيق ما هو المصلحة للناس، غير ان هذا الواقع المصلحي الذي بلحاظه نفي الغرر اختلف في التعبير عنه فذهب بعض الفقهاء الى تفسير الغرر بما يتحقق بعنصر الجهل¹ وبعضهم الآخر إلى ما يتحقق بعنصر الجهل المقرون بالخوف² والبعض منهم إلى أنه ما يتحقق بالجهل الموجب للخدعة³، ولكن الحقيقة ان الغرر من منطلق كون نفيه واقعا من قبل الشرع بلحاظ الواقع المصلحي فأمكن القول بانه موكول تعيين مفهومه إلى العرف العقلاني، والعرف لا يقوم بذلك إلا في إطار ذهنيته المتأثرة بالواقع المصلحي المعاملي في تعاملات كل عصر،

¹ كما يبدو القول بذلك من بعض الفقهاء، راجع: المبسوط للسرخسي 12: 194، الذخيرة 4: 354، الخلى بالآثار 9: 24، حاشية الدسوقي 3: 55، جامع الخلاف والوفاق: 247، منية الطالب 3: 133.

² كما عليه بعض الفقهاء، راجع: تلخيص الحبير، ابن حجر 8: 123 . 162.

³ كما عليه ابن أثير، أنظر: النهاية في غريب الحديث 3: 355.

والعلاقات السائدة في المجتمع في مجال المعاملات. أما الجهل بمجردة أو مع اجتماعه مع الخوف فهو غير قادر على أن يعكس ويراعي ذلك المفهوم الحيوي الذي ينطلق العرف منه في تطبيق مفهوم الغرر، المفهوم الذي ينبني على قبول الجهل مبدئياً، إلا أن العرف ينظر فيرى هل للمعاملة المتضمنة لشيء من الجهل، أداء استثماري واسترباحي بصورة معقولة، ولا تتضمن حينئذ غرراً، أما إذا لم يجد لها مثل ذلك فعندئذ فيها إشكالاً من جهة أن الإقدام على مثل هذه المعاملة يعدّ إقداماً على أمر يوصف بوصفين: كونه مستور العاقبة، وكونه عديماً بانعدام توفر الداعي العقلاني له.¹

ثانياً: ضمان البنك في صورة كونه مضارباً

الرأي السائد أن القول بضمان البنك كعامل في المضاربة مخالف للشريعة، ولكن يمكن القول بأننا لو اعتبرنا نقاطاً ثلاثاً لبرز لنا أنه لا إشكال في القول بضمان البنك، وهي:

الأولى: تبديل العلل:

لا شك أن الحكم يثبت بثبوت علته كما هو معلوم، إلا أن السؤال هل يمكن أن تكون لحكم ما علة زالت هي في مورد ما، واحتلت مكانها علة أخرى؟ (مما كانت نتيجته أن يذهب الحكم الأول فيأتي مكانه حكم آخر توجبه هذه العلة الجديدة) يوجد أمامنا للإجابة عن هذا السؤال فرضان، هما: 1. ثبات علة الحكم، 2. إمكانية زوال العلة. والفرض الثاني يمكن تسميته بتبديل العلل حيث تذهب علة وتأتي أخرى مكانها فلو سلمنا بمبدء تبديل العلل فلا بد - كما هو معلوم- من التسليم بتبديل الأحكام؛ حيث إن الأحكام تدور مدار عللها، فتبديل العلل يتبعه تبديل الأحكام.

الثانية: اعتبار الحكمة علة:

إن الرأي الغالب هو أن الحكمة لا يدور مدارها الحكم، إلا أن هناك رأياً يرى أنها للعلة للحكم، وهذا هو رأي الغزالي والرازي، وقد ذهبوا إلى ذلك انطلاقاً من أن الحكمة هي علة لعلة الحكم، وإذا كانت الحكمة علة لعلة الحكم، فاعتبارها علة للحكم نفسه مما لا محيص عنه، بل هي الأولى لذلك، يقول الرازي: "الحكمة علة لعلة العلة فأولى أن تكون علة للحكم، بيانه أن الوصف لا يكون مؤثراً في الحكم إلا لاشتماله على جلب نفع أو دفع مضرة فكونه علة معللة بهذه الحكمة فإن لم يكن العلم

¹انظر: بحوث في فقه المعاملات المالية المعاصرة، أحمد المبلغى: 65.

بتلك الحكمة المخصوصة استحال التوصل به الجعل الوصف علة وإن أمكن ذلك وهو مؤثر في الحكم والوصف ليس بمؤثر كان لإسناد الحكم إلى الحكمة المعلومة التي هي المؤثرة أولى من إسناده إلى الوصف الذي هو في الحقيقة ليس بمؤثر" ¹

الثالثة: ذهاب حكمة الحكم بعدم الضمان للعامل:

إن حكمة حكم "عدم ضمان العامل في المضاربة" هي الحماية التي كان العامل بحاجة إليها في المضاربة في الإطار الذي كان لها في القديم، حيث كان العامل في ذلك الإطار البسيط (الذي كان للمضاربة في القديم)، هو الطرف الضعيف الذي كان معرضاً لأن يتحمل الأضرار التي كانت المعاملة عرضة لها.

أما المضاربة الآن فلم تبق على بساطتها السابقة وإطارها الضيق، بل أصبحت جزءاً من عمليات اقتصادية متشابكة، وذات تغطية استثمارية شاملة؛ بحيث لا يمكن لطرف أن يصبح عاملاً في المضاربة إلا وأنه يتوقف على كونه ذي مكانة وذي إمكانيات من قبل حتى يعتمد المستثمرون عليه، وعليه فالعامل ليس ذلك الطرف الذي يخاف عليه من حيث كونه ضعيفاً، بل هو أحياناً يكون في موارد أقوى من حيث المكانة الاقتصادية بالنسبة إلى صاحب المال، سيما أنه قد يكون بسبب امتلاكه للمكانة الاقتصادية وللمكانيات المالية متمكناً من أن يعمل ويلعب هذا الدور تجاه مجموعة كبيرة من المستثمرين، مما يشكل ظروفاً يصبح أموال المستثمرين فيها عرضة للضياع بسبب كونها ظروفاً هي ذات ماهية خطيرة جداً لمصيرة الأموال.

بما أن حكمة حكم "عدم ضمان العامل في المضاربة" هي حماية العامل في ذلك الإطار القائم في القديم للمضاربة، ففي مثل هذه الظروف قد زالت تلك الحكمة وبذهابها يحكم بالضمان عليه، إما من باب مجيء علة الضمان مكانها²، أو من باب الرجوع إلى الأصل بعد ذهاب تلك الحكمة³.

إذا كان الأمر كذلك فالأمر أوضح فيما إذا اشترط ضمانه، وأسهل منه ما إذا كان دور البنك دور الوسيط، وأسهل من الكل ما إذا تبرع البنك بالضمان.

¹المحصل، 5 : 292

²أي: انه بذهاب علة عدم الضمان تأتي علة الضمان مكانها، وهي حماية المستثمر، وكونها علة يتم من باب كون الحكمة (المقصد) علة وطبعاً يستقيم ذلك فيما لو تبيننا أن الحكمة هي العلة.

³أي: انه بذهاب علة عدم الضمان، نرجع إلى الأصل، وهو ضمان اليد التي أخذت المال، فان عدم ضمان الأمين يعدّ من باب الاستثناء، وهذا الاستثناء قد فقد علته حسب الفرض.

وهذه المحاولة مقبولة ولكن تصحح الطريق الثاني لا الأول، أي الطريق القائل بأننا نرجع بعد ذهاب الحكمة إلى الأصل الذي هو الضمان، وطبعاً لا بد أن نصح أدبيات الطريق أيضاً؛ بمعنى أن نقول: إنه تذهب الحكمة من الأساس وبذهابها يذهب الحكم.

ثالثاً: الوعود المتبادلة

والمقصود منه تبادل الوعد بين البنك والمستثمر، بمعنى أن يقدم كل من البنك والعميل بوعد للآخر، فيصدر البنك وعداً ملزماً بالشراء من العميل، ويقدم العميل وعداً ملزماً بالبيع من البنك.

أما الوعد بالشراء من قبل البنك فهو يكون بالموصفات التالية:

- شراء الأصول التي هي للعميل.
- أن يتم هذا الاشتراء في تاريخ محدد وبثمن محدد.
- أن يكون هذا الشراء معلقاً على شرط وهو أن يكون ثمنها في السوق أقل من ذلك الثمن الذي التزم البنك بالشراء به.

وأما الوعد بالبيع من قبل العميل فهو يكون بالموصفات التالية:

- أن يتم هذه البيع للبنك عند حلول الأجل بنفس الثمن المتفق عليه.
- أن يكون بشرط أن يكون ثمنها في السوق أعلى من ذلك الثمن المحدد.
- وطبعاً يأتي الوعدان بعد أن وكّل العميل البنك في أن يشتري له أصولاً استثمارية، فيعده البنك بشراءها بذلك الشرط ويعد العميل البنك ببيعها منه بذلك الشرط، ولو كان المبلغ نفس المبلغ، فلهما بصورة طبيعية الاختيار في أن يقوما بالمعاملة أم لا؟

والذي سيحصل من ذلك، لزوم بيع العميل الأصول من البنك في ذلك التاريخ المحدد وبذلك المبلغ، لأن القيمة إما تكون آنذاك أزيد من ذلك المبلغ، فسيلزمه البنك على البيع، أو تكون أقل فسيلزم العميل البنك بالشراء.

مشروعية المواعدة:

قد يناقش في ذلك بأنه يلزم بيع ما لا يملك، والجواب أن هناك مقولتين، هما: "الوعد بالبيع والشراء" فانه شيء، و"البيع والشراء" وهو شيء آخر، والذي هنا هو الأول، فقاعدة "عدم جواز بيع ما لا يملك" لا تأتي هنا.

وكون الوعد حاصلًا من الطرفين مع التزامهما بالبيع والشراء، لا يجعل هذا الوعد المتبادل عقد البيع أو في حكم عقد البيع، لأنه لا يمثل أحد الوعدين إيجاباً مملكاً والآخر قبولاً له، ولذلك لا يقتضي أي وعد من الوعدين انتقال الملكية من أحدهما إلى الآخر بمجرد ما دام لم يقع البيع فيما بعد.

ويمكن تصحيح المواعدة عبر ذكر نقاط:

النقطة الأولى: ان المعاوضة هي أعم من البيع.

النقطة الثانية: ان الشرع قد قبل المعاوضات وتبناها في تشريعه. النقطة الثالثة: لم تكن المعاوضات تأسيسية للشارع، بل هي كانت راجعة وموجودة في زمن التشريع، والشارع قد قبلها ولكن قد قرن قبوله لها بلزوم رعاية شروط وقيود فيها. يقول النائيني: "ان المعاملات بأجمعها إمضائية"¹

النقطة الرابعة: لاشك أن العقلاء في تلك الأزمنة القديمة قد أسسوا المعاوضات على أساس المصالح التي وجدوها في الأوضاع المتنوعة آنذاك في علاقاتهم الاقتصادية. النقطة الخامسة: ليس من المعقول حصر المعاوضات التي يحتاج إليها البشر لتأمين حاجاتهم الاقتصادية في تلك المعاملات التي انبثقت في الأزمنة القديمة، فان تلك تتمكن فقط من أن تفي بمجموعة من الحاجات الموجودة الآن، وهناك حاجات متطورة ومعقدة اقتصادية لا بد من الاجابة عليها، والتي هي كفيلة بهذه الاجابة معاوضات صنعها العقلاء اليوم.

النقطة السادسة: إلى هنا حصلنا على أن "استيعاب التشريع الاسلامي للمعاوضات المستجدة" أمر معقول وذلك من نفس المنطلق الذي قبل الشارع بسببه المعاوضات القديمة، ولكن ذلك ليس إلا مجرد معقولية، ونحن ما دام لم يكن بأيدينا دليل من الشارع يدل على استيعابه للمستجدات، لا نتمكن من نسبة القبول لها إليه، ويبدو أن هذا الدليل موجود بأيدينا وهو "أوفوا بالعقود" فيما إذا جعلنا اللام استغراقية لا عهدية، وعليه فان الشارع قد قبل العقود بما هي عقود، لا العقود المعهودة فقط. يقول أحد الفقهاء: "العقود جمع معرف باللام، فيفيد العموم الاستغراقي، وخروج بعض الأفراد منه بالدليل لا يوجب سقوط حجته بالنسبة إلى ما لم يقد دليل على خروجه، فإن العام المخصّص حجّة في الباقي" ويقول المحقق اليزدي: "ودعوى انصرافها (أي: عمومات من قبيل أوفوا بالعقود وتجارة عن تراض والناس مسلطون والمؤمنون ونحوها) إلى المعهود كما ترى"² النقطة السابعة: أن المواعدة

¹منية الطالب، تقرير بحث النائيني، 1 : 97

²حاشية المكاسب، اليزدي، 1 : 81

تكون في حقيقتها مندرجة تحت عنوان المعاوضة، ولكن لا على غرار المعاوضات القديمة، وكونها معاوضة من جهة أن كل وعد لا يأتي به صاحبه إلا بلحاظ الوعد الآخر، فكل وعد يكون بإزاء الآخر.

النقطة الثامنة: بناء على أمرين إثنين، وهما: (1) استيعاب عمومات المعاملات والمعاوضات الشرعية للمستجدات (لان دليل "أوفوا بالعقود" تكون اللام فيه استغراقية لا عهدية، فيشمل العقود المستجدة كما شمل العقود القديمة) (2) كون المواعدة معاوضة في حقيقتها، بناء على هذين فليس هناك ما يمنع عن شمول العمومات الشرعية للمواعدة، وعليه فتثبت مشروعية المواعدة.

رابعاً: التداول اليومي المبرمج

هناك برنامج متطور للحاسب الآلي يستخدم في بعض البنوك بهدف تحقيق حماية رأس المال في الاستثمار في سوق الأسهم، واستخدام هذا البرنامج يعد أسلوباً للتحوط، وفيما يلي أولاً: إعطاء صورة عن هذا البرنامج وثانياً بحث حول شرعيته :

توضيح حول البرنامج:

يتم توضيحه عبر النقاط التالية:

- أ) يكون البرنامج قائماً على تقسيم المبلغ المستثمر الى جزئين، جزء (وهو الأكبر) لمرابحة مؤجلة توثق بضمانات، وجزء يستثمر في سوق الاسهم، كما يكون - أي: البرنامج- محدداً في كل يوم عين الاسهم التي يجب اشتراكها لذلك اليوم، والاسهم التي يجب بيعها للاسترباح.
- ب) لكي يتمكن مدير الاستثمار من استخدام البرنامج، يتم عقد يأخذ بموجبه المالك شيئاً مقابل سماحه للمدير استخدامه للبرنامج.
- ت) ان عقد استخدام البرنامج يتضمن أمرين:

- التزام المدير بما يمليه عليه البرنامج يومياً.
- تقديم مقدم البرنامج الضمان لرأس المال؛ وهذا يعني أن مقدم البرنامج يضمن رأس المال بالنسبة إلى حالة ما إذا اتفق أن تقع الخسارة، وذلك رغم ما كان للمدير من الالتزام بما يمليه عليه البرنامج ورغم ما كانت للبرنامج من الدقة في عملياته التحديدية. ووقوع هذه الخسارة لا يعني وجود ضعف أو نقص في المحاسبة التي يقوم بها البرنامج، بل بمعنى أنه قد يتفق أن تنعدم السيولة، فلا يجد المدير مشترياً للأسهم، فتستمر الملكية للأسهم ليوم آخر، مما يتسبب عنه الخسارة.

حول مشروعية البرنامج كأسلوب للتحوط:

لو أمكن إثبات مشروعية الضمان الملحوظ في هذا الأسلوب، فسوف أمكن الاعتماد عليه شرعاً، فنقول: هناك طريقان قابلان للطرح لإثبات مشروعية أسلوب التداول اليومي المبرمج، وهما:

الطريق الأول: إثبات مشروعيته عبر محاولة اعتبار السببية للضمان للتغيير ونقول بهذا الصدد:

قد ظهر رأيان عند الفقهاء حول هذه السببية، وهما:

الرأي الأول: الغرور بمجرد لا يستلزم الضمان:

وقد ذهب إلى ذلك جملة من الفقهاء، مثل أبي يوسف وإبن حزم وابن نجيم المصري ومن المعاصرين المحقق الخوئي وجمع آخر.

قال ابن حزم في المحلى: "... من غرّ انسانا فقال له طريق كذا أمن هو؟ فقال له: نعم هو في غاية الامن وهو يدري أن في الطريق المذكور أسدا هائجا أو جملا هائجا أو كلابا عقارة أو قوما قطاعين للطريق يقتلون الناس فنهض السائل مغترا بخبر هذا الغار له فقتل وذهب ماله، وكذلك من رأى أسدا فأراد الهروب عنه فقال له انسان من غر به: لا تخف فإنه مقيد فاغتر بقوله ومشى فقتله الأسد فهذا كله لا قود على الغار ولا ضمان أصلا في دم ولا مال لأنه لم يباشر شيئا ولا اكره".¹

وقال السيد الخوئي: "التغيير بمجرد لا يستوجب الضمان" وذكر مثالا لذلك بقوله: " ما لو أخبره بأن قيمة البضاعة الكذائية في البلد الفلاني راقية فحمل متاعه إلى ذلك البلد ليبيع ويستفيد فرأى أنه على خلاف الواقع".²

وعندما يقال إن التغيير بمجرد لا يستلزم الضمان، فإنه يستفاد منه أنه لو كان بضميمة شيء لكان يستلزمه، إلا أن السؤال ما ذلك الشيء الذي لو كان التغيير مصحوبا به لكان مستلزما للضمان؟ هناك جوابان تجاه هذا السؤال:

الجواب الأول: أن التغيير يسبب الضمان فيما لو وقع ضمن عقد معاوضي، وهذا ما يستفاد من كلمات جملة من الفقهاء، قال ابن نجيم في البحر الرائق:

¹المحلى، 11: 11 - 13

² كتاب الإجارة، 1: 258.

"والتغريب في المعاوضات، التي تقتضي سلامة العوض يجعل سببا للضمان دفعا للغرر بقدر الامكان فكان بتغريره ضامنا لدرك الثمن له عند تعذر رجوعه على البائع".¹

وكما هو معلوم، فانه اعتبر أن التغريب الحاصل في المعاوضات يكون سببا للضمان، وهذا بظاهره يعني أن التغريب بمجردده لا يسبب الضمان.

وعليه فان التغريب حسب رأي هؤلاء الجماعة من الفقهاء، يسبب الضمان في مورد واحد، ولا يسببه في موردين، أما ذلك المورد فهو العقد المعاوضي، وأما الموردان، فهما أولاً: مورد غير العقد، وثانياً: مورد العقد غير المعاوضي.

وقد حكي عن أبي يوسف ذهابه إلى نفي سببية التغريب للضمان في الرهن، مستدلاً بأنه ليس عقدا معاوضيا، قال في البحر الرائق:

"عن أبي يوسف أنه ليس (أي: الرهن) عقد معاوضة بل عقد وثيق للاستيفاء فلا يجعل الأمر به ضامنا لأنه ليس تغريرا في عقد معاوضة كما لو قال لسائل عن أمن الطريق أسلك هذا الطريق فإنه آمن فسلكه فذهب ماله لم يضمن ، وكذا لو قال كل هذا الطعام فإنه ليس بمسموم فأكله فمات غير أنه يستحق العقوبة عند الله تعالى ، وبخلاف الأجنبي لأنه لا يعبأ بقوله لعدم اعتماده على قوله فلا يتحقق له الغرور"²

الجواب الثاني: أن التغريب سبب للضمان في إحدى صورتين: إما أن يقع في عقد معاوضي أو أن يصرح الغارّ بالضمان، قال الحصكفي في الدر المختار: "والأصل أن المغرور، إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور في ضمن المعاوضة أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً". وفي جامع الفصولين مثل هذا الكلام.

الرأي الثاني: التغريب بمجردده سبب للضمان:

والقائلون بهذا الرأي كثيرون، منهم: الحنفية، وقد ذهبوا انطلاقاً من ذلك إلى "ضمان الطريق"، قال في الفتاوى الهندية" ذكر شيخ الاسلام في شرح الجامع الصغير في كتاب الصلح رجل قال لغيره أسلك هذا الطريق فان اخذ مالك فأنا ضامن فسلكه فأخذ ماله كان الضمان صحيحاً"³

وقال ابن عابدين في رد المحتار: " ... إذا قال أسلك هذا الطريق فإنه آمن وإن أخذ مالك فانا ضامن فإنه يضمن".⁴

¹ البحر الرائق، 6: 241.

² البحر الرائق، 6: 242.

³ الفتاوى الهندية، 23: 433.

⁴ رد المحتار، 20: 23.

ومنهم بعض الإمامية: كصاحب الرياض، حيث قال: "ولو دخل أحد دارا لغيره فعقره كلبها ضمن أهلها إن دخل بإذنها ، وإلا يدخلها بإذنها فلا ضمان عليهم بغير خلاف ظاهر مستفاد من كثير من العبارات ، بل عن ظاهر المبسوط الإجماع عليه"¹

وكالمراغي، حيث قال: "كل غرامة وردت على جاهل بالواقع منشأها شخص آخر بحيث كان تدليسه سببا لذلك فهو ضامن لها وإن لم يكن الغار أثبت يده على ذلك المال ونحوه، ولم يصدق عليه عنوان كونه متلفاً"².

وبعد توضيح هذين الرأيين نقول: أمكن القول بأن الذي ينتجه قبول الرأي الثاني (التغريب بمجرد سبب للضمان) هو مشروعية هذا الأسلوب، وذلك يتضح عبر تشكيل قياس مقدمته عبارتان عن:

1. وقوع أي خسارة بالنسبة الى رأس المال في المسألة مصداق للتغريب. توضيحه: أن الغرامة التي قد تحصل رغم استخدام البرنامج لو تتوجه إلى رأس المال، فهذه تكون ناشئة عن الوعد الذي يقدمه مالك البرنامج إلى المدير، ولذلك يكون هذا الوعد تغريرا منه متوجها الى المدير.
2. التغريب سبب للضمان.

والنتيجة هي تحقق الضمان بالنسبة إلى الخسارة التي تتوجه إلى رأس المال.

بل حتى لو لم نقل بالرأي الأول بل كنا قد قلنا بالثاني، فانه يمكن القول بشرعية هذا الأسلوب، أما على القول بضرورة تصريح الغار بالضمان فواضح؛ حيث إن المالك للبرنامج (والذي نعتبره غاراً حسب الفرض) قد صرح بضمانه لرأس المال، وأما على القول بضرورة وقوع التغريب في العقد المعاوضي فلربما أمكن القول بأن هذا الشرط متوفر هنا أيضا، ذلك أن استخدام البرنامج يتم على اساس عقد يقوم بين المالك والمدير.

الطريق الثاني: إثبات مشروعيته عبر محاولة اعتبار كون ضمان مالك البرنامج داخلا في المعقود عليه.

حسب هذا الطريق لا نحتاج إلى اللجوء بقاعدة الغرور ومحاولة إثبات صدق عنوان التغريب على ما يفعله مالك البرنامج تجاه المدير (الأمر الذي لا يخلو عن شك يمكن إثارته حوله من جهة أن المدير منذ الأول يعرف أن رأس المال عرضة للخطر، وأن

¹رياض المسائل ، الطباطبائي، 14: 230.

²العناوين الفقهية، 2: 440.

المالك أيضا لا ينكر ذلك ولذلك يضمن لو اتفقت الخسارة، وعليه فلا تغرير في البين) بل نرجع إلى قاعدة لزوم الوفاء بالعقود، وتطبيقها على عقد الاستخدام الذي يتم بين المالك والمدير، العقد الذي يكون تقديم مقدم البرنامج الضمان لرأس المال جزء من المعقود عليه؛ كما قلنا سابقاً. وهذا الطريق متين يمكن به إثبات مشروعية هذا الأسلوب.

خامساً: عقد المراجعة

نتحدث في محورين:

- الصورة المطبقة من المراجعة في البنوك
- استخدام المراجعة للتحوط من تذبذب أسعار العملات

المحور الأول: الصورة المطبقة من المراجعة في البنوك

ذهب الأكثرية الغالبة من فقهاء المذاهب إلى مشروعية عقد المراجعة، مستدلين لها بقوله تعالى: (وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا)¹ ومشروعية هذا العقد إنما يكون فيما إذا روعيت فيه شروط ثلاثة وهي: أولاً: أن تكون هناك سلعة واقعية تقع محل المعاملة لا فرضية، وثانياً: أن يعلن للمشتري عن القيمة التي تم اشتراء السلعة بها، وثالثاً: أن يتم تعيين الربح الذي يريده البائع في المعاملة الثانية بصورة دقيقة.

والقول بمشروعيته مما انعكس في الكتب الفقهية، وهو واضح لا غبار عليه، ولذلك لا نريد الدخول في بيان هذه المشروعية، وتفصيل الكلام فيها، وإنما الذي نريد التركيز عليه هنا هو أن عقد المراجعة قد استغل كنظام حقوقي واقتصادي في البنوك الإسلامية، وقد تم ذلك لما فيها من القابلية لبناء العمليات البنكية على أساسها من دون التورط في الربا.

شروط المراجعة: توجد عدة شروط للمراجعة ذكرها الفقهاء القدامى من أهمها:

1- أن يكون الثمن الأول معلوم لطرفي العقد وكذلك ما يحمل عليه من تكاليف أخرى.

2- أن يكون الربح محددًا مقداراً أو نسبة من الثمن الأول.

3- أن يكون العقد الأول صحيحاً.

هناك صورة للمراجعة تسمى بـ "بيع المراجعة للأمر بالشراء"، والتي تطبق عملياً وحالياً في بعض البنوك هي هذه الصورة، والمقصود منها ما يطلب فيه المشتري من

¹البقرة: 275

البنك شراء سلعة فيقوم البنك باشترائه، فيبيعه من المشتري مرابحة، غير أن هذه الصورة بما أنها يتمثل تطبيقها في قوالب، فلا بد أن لا تكون دراستنا للصورة بمعزل عن النظر إلى التأثير الاحتمالي الذي للقالب على عقد المرابحة وإلى مشروعية القالب الذي تطبق به فيما لو كان له التأثير عليه، والقوالب ما يلي:

القالب الأول: ما تكون عناصره:

- أ) طلب العميل من البنك شراء سلعة معينة محددة أو صافها.
- ب) عدم تركيز المشتري على مصدر خاص لشراءها.
- ج) قيام البنك بما طلبه المشتري والحصول على السلعة من أي مصدر يريد.
- د) بيع البنك السلعة للمشتري مرابحة.

القالب الثاني: ما تكون عناصره:

- أ) طلب العميل من البنك شراء سلعة معينة مع تحديد لأوصافها.
- ب) التركيز على مصدر خاص للتوريد وبيانات محددة.
- ج) قيام البنك بشراء السلعة بعينها من نفس المصدر.
- د) بيع السلعة للمشتري مرابحة.

القالب الثالث: ما تكون عناصره:

- أ) تولى البنك اختيار الباعين.
- ب) تحديد سقف لمعاملات الباعين مع البنك في حدود مبلغ معين.
- ج) تقدم المشتري بطلب شراء للبنك.
- د) الطلب من البائع عرض أسعار للتحقيق من مطابقة الشروط.
- هـ) اشتراء البنك البضاعة من البائع بموجب فاتورة صادرة باسمه.
- و) تولى البائع بطريق الوكالة تنظيم عقود البيع مرابحة واستلام الدفعة الأولى وتنظيم الكمبيالات وكفالتها.

ز) تقديم البائع مستندات العملية للبنك الذي يدفع له قيمتها.

القالب الرابع: ما تكون عناصره:

أ) طلب شخص ما من البنك شراء سلعة معينة لبيعها له مرابحة.

ب) اتفاه مع البنك على توكيله في عملية الشراء.

ج) توكيله ثانية في بيعها لنفسه مرابحة.

القالب الخامس: ما تكون عناصره:

أ) طلب شخص ما من البنك شراء سلعة معينة ليشتريها من البنك مرابحة.

ب) إعطاء البنك إليه شيكات بالمبلغ لشرائها بنفسه.

ج) أخذها مرابحة.

وبما أن عقد المرابحة مشروع - كما عليه أكثرية الفقهاء من المذاهب المختلفة - فتجسده في أي قالب من القوالب، لا يغير حكمه مادام لم يكن القالب موجباً لتغيير ماهوي في المرابحة أو إطارها المشروع، والحقيقة أن القوالب المشار إليها لا تعدو عن كونها مجرد قوالب لا تتضمن أي أمر له المساس بواقع المرابحة، غير أن القالب الرابع يتضمن امراً قد يبدو أنه يخرج المرابحة عن الاطار المشروع، وهو انه يتم فيه توكيل الشخص لأن يتولي طرفي العقد الذي هو من العقود المعاوضي، وهذا مما قد يمنع عنه.

وعليه فلا بد ان نرى ان ذلك (أي: توكيل شخص واحد لطرفي العقد على اساس التوكيل) هل يجوز فقهيًا ام لا؟

وفي الاجابة عن ذلك نقول: هناك رأيان في ذلك:

الرأي الاول : المنع: وهو للإمام الشافعي والإمام أبوحنيفة والإمام أحمد، (في إحدى الروايتين عنه)¹ كما هو رأي مشهور الإمامية فانهم على المنع²

والمانعون قد استندوا بوجوه¹.

¹راجع: المغني، عبد الله بن قدامه 5 : 238، فقه السنة، 3 : 236.
²العروة الوثقى، اليزدي 6 : 224 .

الرأي الثاني: الجواز: وهو للإمام مالك حيث قال: للوكيل أن يشتري من نفسه لنفسه بزيادة في الثمن"²

وقد استند للجواز بأن البيع من مال نفسه أو الشراء لنفسه بيع وشراء وقد وكله فيهما.³

الرأي الثالث: التفصيل بين ما إذا كان عرضة للتهمة وما إذا لم يكن:

وهذا ما ذكره البعض من الفقهاء⁴

وأياً كان الحق في هذا الاختلاف فإن الحقيقة أن هذا الاختلاف حول شراء الوكيل لنفسه قد حصل فيما إذا لم يأذن الموكل للوكيل في ذلك والا فلا إشكال فيه.

قال الدسوقي: "قد صرحوا بجواز شراء الوكيل إذا كان بإذنه ومنعه مع عدمه".⁵

وقال في العروة الوثقى: "أما مع الإذن من الموكل صريحا أو ظاهرا فلا إشكال في الجواز".⁶

وقال في جامع المقاصد: "ولا يجوز أن يشتري من نفسه ، كما لا يجوز أن يبيع من نفسه إلا بالإذن"⁷

وأضاف البعض إلى الإذن إعلام الموكل وعدم مخالفته له، قال في المهذب البارع ، ابن فهد الحلبي : "إن الوكيل لا يجوز أن يشتري من نفسه ، وكذا لا يجوز أن يبتاع من نفسه لمن وكله في الشراء إلا مع الإعلام"⁸ وهو نوع إذن كما هو معلوم.

¹أوجه المنع :

أولاً: انه يستقصي لنفسه في الاسترخاص و غرض البائع الاستقصاء في البيع بالأكثر و هما غرضان متضادان فلا يتأتى من الواحد القيام بهما .
وثانياً: ان التوكيل بالبيع مطلقا يشعر بالبيع من الغير والألفاظ المطلقة تحمل على العموم منها في العرف الغالب.
ثالثاً: انه تلحقه التهمة.

والفقهاء المانعون قد استندوا كذلك إلى روايات

²فقه السنة 3 : 236

³العروة الوثقى، البيزدي 6 : 224 .

⁴مجمع الفائدة، 8 : 110.

⁵حاشية الدسوقي - الدسوقي - ج 3 - ص 153

⁶العروة الوثقى، البيزدي 6 : 224 .

⁷جامع المقاصد، المحقق الكركي 8 : 229

⁸وقال في المهذب البارع ، ابن فهد الحلبي 2 : 488

استنتاج

إن الذي يحصل في قالب الرابع من "بيع العميل السلعة من نفسه مرابحة" لا بأس به، حيث إنه يتم باتفاق مع البنك وبتوكيل وإذن منه، فإن الفقهاء لم يروا إشكالا في بيع الموكل لنفسه فيما إذا تم ذلك عن إذن الموكل، فهو مما لا بأس به.

وقد يستشكل على "المرابحة بقالبها الرابع" بأنها لا تمتلك حظاً من المعاملة إلا مجرد صورة لها أما واقعها فليس إلا عملية صنعت لها صورة بهدف أن يحصل العميل على مبلغ حالاً ويرده أجلاً بزيادة وهكذا تواجه هذه العملية وقوعها في شبهة الربا.

والجواب عن ذلك واضح، وهو أنه يجب تمشية الأمر وترتيبه بحيث تأخذ المعاملة الحالة الجدية.

استخدام المرابحة للتحوط من تذبذب أسعار العملات

من المخاطر تذبذب أسعار العملات، ويمكن التحوط منها عبر المرابحة المصرفية، وليبيان انه كيف يتم هذا التحوط أذكر المثال التالي: هناك شركة ترغب في استيراد سلعة (أو سلع) بعملة خاصة ليست هي تلك العملة المقصودة لها، بل هي العملة التي يركز عليها المصدر، وإذا حصلت على السلعة تتعامل بغير هذه العملة (مثلا عملتها المحلية) ومن هنا ترى الشركة انها تواجه مخاطر تنشأ من الاختلاف في سعر الصرف بين العملتين اللتين احديهما لزمان التعاقد والاخرى لزمان السداد.

وللتخلص من مخاطر هذا التذبذب، بإمكان الشركة تبني المرابحة المصرفية كطريق له، وهي ان تقدم طلبها الى البنك كي يشتري لها السلعة التي تريدها من المصدر بتلك العملة التي يركز عليها المصدر، ويبيعها لها، (اي: لهذه الشركة) ولكن بالعملة المقصودة لها.

وطبعا البنك بما انه العامل الوسيط يتحمل المخاطر الاحتمالية للصرف بين العملتين.

اشكال وجواب:

قد يستشكل على عملية التحوط من التذبذب بسعر العملات بالمرابحة بأن بيع المرابحة لما كانت صحته مشروطة بوجود العلم للبائع والمشتري حين العقد برأس المال والتمن والربح ، وأن يعلم كل منهما بالكلفة المترتبة على ذلك إن وجدت وبما أن الحالة المسئول عنها

وقد يستشكل في مشروعية ذلك بوجود الجهالة فيه، حيث إنه بسبب صعود قيمة العملة الأجنبية أو هبوطها، يصبح مقدار الربح غير معلوم للطرفين، مع أن معلومته شرط في صحة المراجعة.

ولكن الجواب عن ذلك هو أن "الجهالة الممنوع عنها فقهيًا" غير صادق عنوانها على الابهام الموجود في المسألة المبحوث عن حكمها هنا، فتلك شيء وهذا شيء آخر، ذلك لأن الجهالة قد طرحت وتلقيت فقهيًا بإحدى صورتين:

الصورة الأولى: الجهالة ممنوع عنها بملاك الغرر:

والمقصود أن الجهالة التي توجب الغرر هي المانعة عن صحة المعاملة، يقول المحقق الخوئي:

" لا تضر الجهالة إلا ما أدت منها إلى الغرر"¹

والفهاء الذين لهم هذا الرأي، قد حكموا في موارد مختلفة ببطلان العقد من حيث تضمنه لمثل هذه الجهالة، فمثلا قال أحد الفقهاء في مسألة ما إذا وقع أن يشترط مثل شرط زيادة الماء أو نقصانه أو نزول الغيث أو انقطاعه: "بطل العقد؛ لأن للأجل قسطا من الثمن، فيؤدي جهالته إلى جهالة العوض، ويؤدي إلى الغرر المنهي عنه"²

2

وقال فقيه آخر مستدلا للحكم ببطلان العقد في مسألة أخرى: "... للجهالة المؤدية إلى الغرر المنهي"³ وقال فقيه آخر مستدلا للحكم بلزوم تعيين المدة في المزارعة: "لا بد من تعيين المدة في الجملة بحيث لا يؤدي إلى الغرر"⁴

من هذا المنطلق فهل من الصحيح القول بصدق عنوان "الجهالة الحاملة لهذا الملاك" على الابهام الموجود في المراجعة المصرفية التي مهمتها إزالة المخاطر، فإن الجهالة إنما أصبحت ممنوعا عنها لانتهاؤها إلى الضرر والغرر، فكيف يمكن أن نقول بصدقها في عملية تحمل على عاتقها مهمة القضاء على الأضرار والمخاطر؟!

وأين إزالة المخاطر من حالة إيجاد الغرر؟!

فالابهام الذي تتضمنه المراجعة المصرفية غير موجود فيه ذلك الملاك الذي منع عن الجهالة باعتباره.

¹ كتاب الاجارة، الأول: 32.

² تذكرة الفقهاء 11 : 41.

³ مجمع الفائدة والبرهان، 8 : 351.

⁴ مستمسك العروة 13 : 56 .

الصورة الثانية: الجهالة ممنوع عنها بملاك إداها إلى التنازع:

وهذا رأي الكثير من الفقهاء، وقد انعكس في كتبهم الفقهية، نقرأ في تكملة حاشية رد المحتار: "ان الجهالة المانعة من التملك الجهالة المفضية إلى المنازعة"¹ وقال السرخسي في المبسوط: "... والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة لكونها مبنية على التوسع ولان جهالة عينها لا تبطل شيئاً من العقود وإنما الجهالة المفضية إلى المنازعة هي التي تؤثر في العقود وهذه الجهالة لا تقضى إلى المنازعة..."²

وكما نشاهد في هذا الكلام تم التفريق والتفكيك بين جهالتين، جهالة مبنية على التوسع، وجهالة مفضية إلى التنازع.

وقد حاول فقيه آخر قضية الجهالة وعدم الجهالة بقضية العاقبة الحميدة للعقد وعدمها قال في الإجارة مشيراً إلى الأقسام المتصورة فيها: "... أن يكون المعقود عليه - وهو المنفعة - معلوماً علماً يمنع من المنازعة فان كان مجهولاً ينظر إن كانت تلك الجهالة مفضية إلى المنازعة تمنع صحة العقد والا فلا لان الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم فلا يحصل المقصود من العقد فكان العقد عبثاً لخلوه عن العاقبة الحميدة وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة يوجد التسليم والتسلم فيحصل المقصود"³

وقال هذا الفقيه - أبو بكر الكاشاني - أيضاً "وأما قوله إن العلم بمقدار المبيع في بيع المكايلة شرط الصحة، فنقول العلم بذلك لا يشترط لعينه بل لصيانة العقد عن الجهالة المفضية إلى المنازعة"⁴

وقال أيضاً في باب الأمانة: "بيان الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنازعة والجهالة في باب العارية لا تفضي إلى المنازعة"⁵

من هذا المنطلق نقول: هل التوافق الذي يحصل في عملية شراء المستورد السلعة بالعملة المحلية بعد أن حصل عليها البنك بالعملة الأجنبية يستبطن الانجرار إلى

¹تكملة حاشية رد المحتار، 2 : 524.

²المبسوط 20 : 50

³بدائع الصنائع، 4 : 179 - 180.

⁴بدائع الصنائع، 5 : 208

⁵بدائع الصنائع، 6 : 215.

التنازع بينهما؟! أم أنها معاملة تتضمن الابتعاد عن المخاطر، الأمر الذي يوجد الاطمئنان في المجال الاقتصادي؟

سادساً: العربون

نتحدث في محورين: الأول: مشروعية العربون بذاته ، الثاني: التحوط بالعربون. وفيما يلي البحث عن كل محور:

مشروعية العربون بذاته

هناك ثلاثة أنواع للعربون:

النوع الاول: أن يدفع مبلغ إلى البائع أو الموجر بعنوان جزء من الثمن، كي تنطلق بهذا الدفع العملية التنفيذية للمعاملة، ويتأكد به العقد.

والعربون بهذا المعنى لا يواجه اشكالا فقهيا، فان المعاملة لو كان تنفيذها مما له الشروع فهل هذا يخالف قاعدة من القواعد؟!

النوع الثاني: أن يدفع مبلغ لا كجزء من الثمن بل كخسارة يتحملها المشتري فيما اذا تراجع عن المعاملة، وذلك فيما اذا كان العقد في مرحلة ما قبل تماميته. وقد يكون ذلك من قبل البائع خسارة عليه فيما إذا تراجع عن العقد.

ويرى الإمامية حرمة ذلك، مستدلين لها برواية عندهم قائلة بأن الإمام علي بن أبي طالب(ع) قال: "لا يجوز بيع العربون إلا أن يكون نقداً من الثمن".

النوع الثالث: أن يدفع مبلغ كجزء من الثمن فيما إذا استقرت المعاملة، وإلا فيصبح خسارة على المشتري الذي تراجع عن المعاملة.

قد يتصور أن الرواية المشار إليها (رواية وهب بن وهب) لها الإطلاق فيتمسك به لمشروعية العربون الذي من هذا النوع، بتقريب أن يقال: إنه استثنت الرواية عن العربون غير الجائز، العربون الذي هو نقد من الثمن، وهذا مطلق يشمل ما إذا كان قد بقي كثمن وما إذا لم يبق كثمن، إلا أن القول بالاطلاق للرواية محل إشكال، من حيث إن الظاهر من كونه جزء من الثمن، بقاءه على ذلك.

هذا بالإضافة إلى أن هناك رواية أخرى للإمامية، لها الدلالة على حرمة العربون المجعول كخسارة عند التراجع، رغم وضعه في البداية جزءاً من الثمن، وهي رواية الحلبي، قال : سألت أبا عبد الله (ع) عن رجل اشترى ثوباً ولم يشترط على صاحبه

شيئاً فكرهه ثم ردّه على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال : لا يصلح له ان يأخذه بوضيعة فان جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه ردّ على صاحبه الأوّل ما زاد.

ويمكن مناقشة الاستناد إلى هذه الرواية لإثبات المدعى، بأن محل بحثنا ما إذا يكون هناك اشتراط حين العقد لكون ما دفعه كجزء من الثمن، خسارة فيما إذا تراجع، وأين هذا من المسألة المسؤول عنها في الرواية من رجوع المشتري على البائع وعدم قبول البائع له إلا بوضيعة مما يدل بظاهره على انه لم يكن بينهما اشتراط من قبل، بل الشرط يطرحه عند ورجوعه.

إذا قلنا لا إطلاق للرواية الأولى كي نثبت به صحة هذا النوع من العربون، ولا دلالة للرواية الثانية كي نثبت حرمة، فيبقى أن نرى ما هي القاعدة في المقام وما هو مقتضاها؟

الحقيقة أن أدلة صحة الشرط ولزوم الوفاء به تشمل مثل الاشتراط بصيرورة ما دفع إلى البائع كجزء من الثمن خسارة، سيما أننا نرى معقولية هذا الاشتراط عند العقلاء، حيث إن إقدام المشتري بالشراء وإعطاء جزء من الثمن إليه يأخذ الفرصة من البائع كي يكون متمكناً من بيع سلعته من غيره في هذه المدة التي يبدأ بالعقد ويدوم إلى حين رجوعه عن العقد، وربما يسبب الضرر عليه، فمثل هذا الاشتراط العقلاني إذا شملته أدلة الشرط، فيصبح مشروعاً.

التحوط بالعربون

قد يتصور أن بالعربون يمكن تصحيح أحد عقود الخيارات، وهو عقد خيار الشراء (Calloption) حيث إن الذي يسمى بالعلوة ويدفع في هذا العقد يشابه بالعربون مع فرق بينهما وهو أن الذي يتم دفعه من قبل المشتري في شراء الخيار هو لا يعد جزء من قيمة السلعة حتى فيما لو رغب في الشراء في المستقبل بينما الذي يتم دفعه كعربون هو يعد كجزء من القيمة للسلعة، وعليه فان تصحيحه فقها بالعربون إنما يتم بأن يجعل العلوة جزء من الثمن.

ولكن الإشكال على هذه المحالة للتصحيح هو:

أولاً: الاختلاف بينهما من حيث وحدة المعاملة وتعددتها:

إن "خيار الشراء" في الحقيقة ينحل إلى معاملتين، معاملة يتم فيها شراء حق الخيار، ومعاملة تقع في المستقبل ويقوم فيها المشتري بشراء الأسهم، وأين هذه من بيع العربون الذي هو معاملة واحدة.

ثانياً: الاختلاف بينهما من حيث ما يدفع في كل منهما:

وهذا الاختلاف يترتب على الاختلاف الاول، فإن الذي يدفع في خيار الشراء هو الثمن الذي يكون في قبال حق الخيار، ولا يمت له بصلة إلى شراء الاسهم الذي يقع في المستقبل أحياناً، بينما الذي يدفع في بيع العربون هو جزء من الثمن.

نعم يمكن أن نحول ونغير تركيبية خيار الشراء على اساس العربون إلى تركيبية أخرى، بأن نخرجه من حالة كونه متضمناً لمعاملتين فنجعله معاملة واحدة بصياغة هكذا:

أن يتعاقد البائع والمشتري على أساس أن كان للمشتري الخيار لمدة معينة في شراء مجموعة من الأسهم بسعر يتفقان عليه، في مدة معينة، ويدفع المشتري عربوناً قيمته 10% من قيمتها، في إطار أن كان له الحق في شراء هذه الأسهم في هذه المدة، فلو قام بشرائها خلال تلك المدة فهو، يصبح العربون حقاً للبائع.

والحمد لله رب العالمين

خلاصة البحث

الطرق ذات الدور التحوطي في المصرفية الاسلامية:

أولاً: التزام طرف ثالث بالضمان

1. الالتزام الحاصل عن التبرع؛ وهو مشروع بدليل أن كل صاحب مال، له أن يتبرع بماله، وأنه لا يحد تبرعه أي حدّ، سواء في حجم المال المتبرع به، أو في صورة التبرع، وفي مورد يجعله متعلقاً لتبرعه.

وهذا الدليل كما يجوز أن يضمن رأس المال فكذاك يجوز أن يضمن له و للربح معاً.

والطرف الثالث قد يكون هيئة أو مؤسسة أو دولة أو جمعية أو صندوقاً مؤسساً من قبل مؤسسة أو الدولة أو من قبل البنك.

2. الالتزام بالضمان مقابل عوض؛ إن الضمان بما أن له قيمة كبيرة لدى العرف، فلا يكون أكل المال في قبالة أكلاً بالباطل.

ثانياً: ضمان البنك في صورة كونه مضارباً

بما أن حكمة حكم "عدم ضمان العامل في المضاربة" هي حماية العامل في ذلك الإطار القائم في القديم للمضاربة، ففي مثل هذه الظروف قد زالت تلك الحكمة وبذهابها يحكم بالضمان عليه، إما من باب مجيء علة الضمان مكانها، أو من باب الرجوع إلى الأصل بعد ذهاب تلك الحكمة.

إذا كان الأمر كذلك فالأمر أوضح فيما إذا اشترط ضمانه، وأسهل منه ما إذا كان دور البنك دور الوسيط، وأسهل من الكل ما إذا تبرع البنك بالضمان.

ثالثاً: الوعود المتبادلة

بما أن مقولة "الوعد بالبيع والشراء" شيء ومقولة "البيع والشراء" شيء آخر، فلا مجال لتصور كون المواعدة تتضمن بيع ما لا يملك. وكون الوعد حاصلًا من الطرفين مع التزامهما بالبيع والشراء، لا يجعل هذا الوعد المتبادل عقد البيع أو في حكم عقد البيع، لأنه لا يمثل أحد الوعدين إيجاباً مملكاً والآخر قبولاً له، ولذلك لا يفتضي أي وعد من الوعدين انتقال الملكية من أحدهما إلى الآخر بمجرد ما دام لم يقع البيع فيما بعد.

وبناء على أمرين إثنين، وهما: (1) استيعاب عمومات المعاملات والمعاوضات الشرعية للمستجدات (لأن دليل "أوفوا بالعقود" تكون اللام فيه استغراقية لا عهدية، فيشمل العقود المستجدة كما شمل العقود القديمة) (2) كون المواعدة معاوضة في حقيقتها، بناء على هذين فليس هناك ما يمنع عن شمول العمومات الشرعية للمواعدة، وعليه فتثبت مشروعية المواعدة.

رابعاً: التداول اليومي المبرمج

قد يستخدم ذلك في بعض البنوك كأسلوب يهدف تحقيق حماية رأس المال في الاستثمار في سوق الأسهم، وذلك في قالب عقد الاستخدام، وهذا العقد يتضمن أمرين: التزام المدير بما يمليه عليه البرنامج يومياً، وتقديم مقدم البرنامج الضمان لرأس المال.

هناك طريقتان لإثبات مشروعية أسلوب التداول اليومي المبرمج، وهما:

أولاً: إثبات مشروعيته عبر محاولة اثبات سببية التغير للضمان، بأن يقال: إن وقوع أي خسارة بالنسبة الى رأس المال في المسألة مصداق للتغير، من جهة أنها غرامة تحصل من جراء قبول المدير للبرنامج والعمل به، وهذا القبول والعمل به مسببان عن الوعد الذي أعطاه مالك البرنامج له، وعليه فإن وعده يعدّ تغيراً فيكون لذلك ضامناً، سيما أن المالك نفسه يقبل هذا الضمان.

ثانياً: أن ضمان المالك لرأس المال يعدّ جزء من المعقود عليه، وعليه فلا حاجة أصلاً الى الانطلاق من القول بسببية التغير للضمان، بل المرجع هو دليل لزوم الوفاء بالعقود.

خامساً: عقد المراجعة

إن صورة "بيع المراجعة للأمر بالشراء" يتمثل تطبيقها في قوالب، أحد هذه القوالب ربما يواجه بعض الاشكالات الفقهية وهو ما إذا طلب شخص ما من البنك شراء سلعة معينة لبيعها له مراجعة، فاتفق مع البنك على توكيله في عملية الشراء، وتوكيله ثانية في بيعها لنفسه مراجعة.

ومثله يتضمن امراً قد يبدو أنه يخرج المراجعة عن الاطار المشروع، حيث يتم فيه توكيل الشخص لأن يتولي طرفي العقد الذي هو من العقود المعاوضي، وهذا مما قد يمنع عنه. ولكن "بيع العميل السلعة من نفسه مراجعة" لا بأس به، فإن الفقهاء لم يروا إشكالا في بيع الموكل لنفسه فيما إذا تم ذلك عن إذن الموكل.

وقد يستشكل على ذلك بأنه لا تمتلك حظاً من المعاملة إلا مجرد صورة لها أما واقعها فليس الا عملية صنعت لها صورة بهدف أن يحصل العميل على مبلغ حالاً ويرده أجلاً بزيادة وهكذا تواجه هذه العملية وقوعها في شبهة الربا، والجواب عن ذلك أنه يجب ترتيبه بحيث تأخذ المعاملة الحالة الجديّة.

والمرابحة المصرفية يمكن التحوط بها من مخاطر تذبذب أسعار العملات، بان تقدم الشركة طلبها الى البنك كي يشتري لها السلعة التي تريدها من المصدر بتلك العملة التي يركز عليها المصدر، ويبيعها لها، (اي: لهذه الشركة) ولكن بالعملة المقصودة لها.

وطبعا البنك بما انه العامل الوسيط يتحمل المخاطر الاحتمالية للصرف بين العملتين. وقد يستشكل في مشروعية ذلك بوجود الجهالة فيه، حيث إنه بسبب صعود قيمة العملة الأجنبية أو هبوطها، يصبح مقدار الربح غير معلوم للطرفين، مع أن معلومته شرط في صحة المرابحة.

والجواب أن "الجهالة الممنوع عنها فقهيّاً" غير صادق عنوانها على الابهام الموجود في المسألة المبحوث عن حكمها هنا، لأن الجهالة قد طرحت وتلقيت فقهيّاً بإحدى صورتين:

الأولى: الجهالة ممنوع عنها بملاك الغرر؛ ليس من الصحيح القول بصدق عنوان "الجهالة الحاملة لهذا الملاك" على الابهام الموجود في المرابحة المصرفية التي مهمتها إزالة المخاطر، فان الجهالة إنما أصبحت ممنوعاً عنها لانتهائها إلى الضرر والغرر، فكيف يمكن أن نقول بصدقها في عملية تحمل على عاتقها مهمة القضاء على الأضرار والمخاطر؟!!

الثانية: الجهالة ممنوع عنها بملاك إداها إلى التنازع؛ لو نتبني ذلك فلا يمكن تطبيقه على الابهام الموجود في المرابحة المصرفية، حيث إنها معاملة تتضمن الابتعاد عن المخاطر ولا يستبطن الانجرار إلى التنازع بينهما.

سادساً: العربون

قد يتصور أن بالعربون يمكن تصحيح أحد عقود الخيارات، وهو عقد خيار الشراء (Calloption) حيث إن الذي يسمى بالعلوة ويدفع في هذا العقد يشابه بالعربون مع فرق بينهما وهو أن الذي يتم دفعه من قبل المشتري في شراء الخيار هو لا يعد جزء من قيمة السلعة حتى فيما لو رغب في الشراء في المستقبل بينما الذي يتم دفعه

كعربون هو يعد كجزء من القيمة للسلعة، وعليه فان تصحيحه فقهيها بالعربون إنما يتم بأن يجعل العلاوة جزء من الثمن.

ولكن الإشكال على هذه المحالة للتصحيح هو أولاً: أن "خيار الشراء" في الحقيقة ينحل إلى معاملتين، معاملة يتم فيها شراء حق الخيار، ومعاملة تقع في المستقبل ويقوم فيها المشتري بشراء الأسهم، وأين هذه من بيع العربون الذي هو معاملة واحدة. وثانياً: الاختلاف بينهما من حيث ما يدفع في كل منهما، فإن الذي يدفع في خيار الشراء هو الثمن الذي يكون في قبال حق الخيار، ولا يمت له بصلة إلى شراء الاسهم الذي يقع في المستقبل أحياناً، بينما الذي يدفع في بيع العربون هو جزء من الثمن.

نعم يمكن أن نحول ونغير تركيبية خيار الشراء على اساس العربون إلى تركيبية أخرى، بأن نخرجه من حالة كونه متضمناً لمعاملتين فنجعله معاملة واحدة بصياغة هكذا: أن يتعاقد البائع والمشتري على أساس أن كان للمشتري الخيار لمدة معينة في شراء مجموعة من الأسهم بسعر يتفقان عليه، في مدة معينة، ويدفع المشتري عربونا قيمته 10% من قيمتها، في إطار أن كان له الحق في شراء هذه الأسهم في هذه المدة، فلو قام بشرائها خلال تلك المدة فهو، يصبح العربون حقا للبائع.

والعربون مشروع لوجود الدليل من الشرع على ذلك.