بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

تعتمد المؤسسات المالية لتنمية ما لديها من أموال ذاتية أو ما بحكمها، ومالها حق التصرف فيه من حسابات الاستثمار المطلقة أو المقيدة على صيغتين أسياستين هما:

- ❖ المضاربة بصفة المؤسسة رب مال والمتعامل معها مضارباً.
- ❖ الوكالة بالاستثمار، بصفة المؤسسة موكلا والمتعامل وكيلا.

وكلتا الصيغتين تقوم على الأمانة والثقة بمدير الاستثمار الذي هو في الغالب من الأفراد، بل حتى لو كان من المؤسسات، فإن سلطة رب المال والموكل محدودة بالقيود عند بدء الاستثمار، وهي قيود معـــدودة لا تغل يد المدير طمعاً في استنفاد جهوده في التنمية والتثمير.

ومن المقرر منع تضمين المضارب والوكيل إلا بإثبات تعديهما أو تفريطهما، وهنا تكمن مـــشكلة عبء الإثبات على من ؟ ومن أجل هذا كان هذا الموضوع جديراً بالبحث في الندوة التي تعقدها شـــركة شورى، بارك الله جهود القائمين عليها وعلى الندوة.

والله الموفق،،،

العمد والخطأ سواء في أمر الضمان:

الأصل أن التسلط على مال الغير سبب للضمان، فمتى وجد السبب وجد فوراً المسبَّب، دون فصل بين التعمد أو الخطأ، أو الاضطرار، أو الغفلة إلا من حيث ترتب الإثم وعدم ترتيبه، أما الضمان فيجتمع مع عدم الإثم في غير حالة التعمد، إذ الإثم حكم تكليفي، والضمان حكم وضعي (اثر وانتفاء الإثم لا يحول دون ترتب الضمان).

على أن تفويض المالك غيره بالتصرف في ماله لمصلحة المالك فيه تسليط على المال برضا مالكه، وهذا التصرف لا ينفك عن حصول الضرر أو الخسارة دون القصد إليهما، بل بأمر سماوي، أو باجتهاد يهدف إلى المصلحة فتتخلف لسبب خارج عن إرادة الشخص المفوض بالتصرف، وفي هذه الحالة لا ضمان في الخطأ ولولا ذلك لأحجم الناس عن العمل لصالح الغير خشية المسئولية المطلقة عن أخطائهم الناتجة عن الاجتهاد والمصلحة لكنّ للتعمد، وكذلك للتفريط (التقصير) حكما آخر وهو التضمين.

إطلاق التصرف مقيد بالمصلحة:

إن إطلاق التصرف من المالك لغيره مقيد بالمصلحة وما فيه حظوة للمتصرف عنه حتى لو كان التفويض مطلقا عن أي قيد وفي هذه الحالة يتقيد بالعرف، وبما يتناسب مع حالة المالك وظروفه، وبالقرائن. إذ ليس الإطلاق مدعاة للتصرف بالهوى والتحكم والإهمال لما فيه الحظوة ولو لم تتحقق لأمر خارجي.

على المرء أن يسعى إلى الخير جهده * * وليس عليه ان تتم النتائج

وقد عبّر الفقهاء عن هذا الأصل بأن المفوض بالتصرف يده يد أمانة، ولا يضمن إلا فيما يأتي.

تعريف التعدي:

التعدي لغة: مجاوزة الشيء إلى غيره، أي مجاوزة ما حدّد للشخص أو مقداره، أو مجاوزة ما هو حق له[1].

(1) لسان العرب ، والقاموس المحيط ، مادة (عدو) .

والتعدي أخصّ من الاعتداء لأن هذا الأخير هو إلحاق الضرر دون الإذن أصلا بالتصرف أما التعدي فهو حصول الضرر بالرغم من الإذن بأصل التصرف لكنه تصرف مقيد حقيقة أو ضمنا بعدم الضرر وقد تجاوز المتصرف فألحق الضرر بمن عهد إليه بالتصرف[2]..

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي[3].

تعريف التفريط أو التقصير:

التقصير لغة: التواني في الأمر والتهاون فيه. ونحوه التفريط وهو شرعاً: الإضرار بالغير بغير حق، وبدون قصد الإضرار مع قصد ما أدى إليه والفرق بين التعدي والتفريط أو التقصير أن التقصير من باب الترك والإهمال، أما التعدي ففيه عمل وعدوان[4] أي إن التعدي فيه مجاوزة الحد أو القدر أو الحق، أما التقصير والتفريط فليس فيه مجاوزة بل هو نتيجة الإهمال والتواني في القيام بما ينتفي به الضرر.

أهم صور التعدي أو التفريط:

تشترك النتيجة في التعدي والتفريط في لحوق الضرر أو الخسارة مع الفرق بأنه في التعدي مجاوزة للحق أي قصد لما فيه ضرر، أما التفريط فهو إهمال التحرز سلبا أو إيجابا بعدم اتخاذ إجراءات تحول دون وقوع الضرر مع عدم قصده أصلا ولذا فإن الصور التالية يصدق عليها التعدي أو التقصير مع مراعاة هذا الفرق الجوهري بين قصد النتيجة أو قصد الوسيلة المؤدية للنتيجة.

ومن الصور المشهورة:

- ❖ عدم أخذ الضمانات، مع اشتراطها، أو اقتضاء الحال ذلك.
- ❖ أخذ ضمانات غير كافية.
- ❖ التعامل مع من عرف عنه الإخلال بالالتزامات.
- ❖ عدم المتابعة الجادة لحالة المتعاملين من حيث الملأءة والتعثر والإفلاس.
- ❖ عدم العناية بدراسة جدوى العمليات أو عدم الدراسة أصلا

---

(2) معجم المصطلحات الاقتصادية في لغة الفقهاء، د.نزيه حماد 100 .

(3) الموسوعة الفقهية 233/12 .

(4) لسان العرب ، المعجم الوسيط (ماد/ قصر) .

المرجع في الحكم بالتعدي أو التفريط:

لا بد من مصدر أو مرجع لتحديد ما يعد تعدياً أو تفريطاً حتى لا يكون هناك تحكّم من أحد الطرفين بالدعوى بذلك والمرجع هو:

أ/ الشرع:

فكل تصرف منعته الشريعة يعتبر الإقدام عليه بقصده تعدياً والوقوع فيه بسبب الإهمال إذا أدى للضرر ولو لم يقصده مع قصد الفعل يعتبر تفريطاً.

ب/ الإرادة العقدية والشرط:

فأي مخالفة لمقتضى العقد وخروج عن أحكامه الأساسية، أو عما قيد به التعاقد من شروط من أحد متعاقدين وهو كذلك

ج/ العرف المستقر:

ولاسيما في حال الإطلاق بالتصرف، لأن التصرف عن الغير مقيد بالمصلحة ولو لم يقيد بها أو بما يدفع الضرر.

د/ القضاء والتحكيم:

وهما المرجع إذا حصل التنازع بين الأطراف في كون أمر ما تعديا أو لا، وتفريطا أو لا.

والقضاء، فضلاً عما يستند إليه مما سبق في أ، ب ج فإن للقاضي الاجتهاد متحريا الفصل في الخصومة.

وكذلك التحكيم إذا صير إليه قبل الرجوع للقضاء أو بعد عرض الأمر على القاضي. حيث يستعين بمحكمين، أو في كل مجال بمن لهم دراية به.

هـ/ الهيئات الشرعية للمؤسسات المالية:

فهي بالنص عليها في العقود ـــ وهو الأولى ـــ وحتى في حالة عدم النص تعتبر مرجعاً في الحكم على أمر من أمور المصرفية الإسلامية بأنه من سبيل التعدي أو التفريط[5].

(5) يرجع إلى أبحاث محور (دور الهيئات الشرعية في تحديد التعدي أو التقصير) المؤتمر الثاني للهيئات الشرعية (AAOIFI)

نقل عب الإثبات للأمناء بناء على
أنه مثل التضمين لهم بموجب المصلحة الراجحة

تضمين الصناع، هل ينطبق على المضارب والوكيل بسبب العمل للكافة؟

الغرض من هذا المسألة هل يعتبر الأصل هو الضمان، وعلى المضارب أو الموكل إثبات العكس ؟

قال أبو الوليد الباجي في فصول الأحكام[6]:

إن إلى صناع ضامنون لما تلف عندهم، وعليهم: قيمة ذلك يوم القبض دون عمل في ذلك، ومن كان عملوه قُوِّم بغير عمل و لم يكن لهم أجرة وإن ثبت لهم تلف ذلك من غير تفريط ولا دلسة فلا ضمان عليهم، لا أجرة لهم هذا هو قول ابن القاسم، وبه العمل. وقال ابن المواز لهم الأجرة.

ونحوه لابن المناصف[7] فإنه قسم انتقال الحقوق إلى غير ملاكها على طريق الائتمان إلى ثلاثة أقسام: لصالح المنقول إليه كالعارية، أو لصالح المالك كالوديعة، أو لصالح الطرفين – كالقراض (المضاربة)، والاستئجار (الوكالة بالاستثمار)، وبيّن أن الحقوق نوعان مالا يغاب عليه كالعقار والحيوان وما يغاب عليه كالنقود وسائر الأموال والعروض. أن كل ما لا يغاب عليه فلا ضمان على من تلف في يده.

ثم قال: وأما ما يغاب عليه، فإن قامت على هلاكه بينة فكذلك يسقط الضمان، إلا خلافا تفرد به أشهب فيما كان لحق الذي هو في يديه خاصة كالعارية والرهن، فإن يقم على ما ادعاه من الهلاك بينة نظر، فما كان لحق نفسه كالعارية والرهن فهو ضامن له، وما كان من ذلك لحقَّيهما معا كالقراض والاستئجار غلب حق المالك، فلم يلزمه ضمان، إلا الصناع المنتصبين ويحلف مع ذلك مدعى التلف مأموناً كان أو غيره...

الصناع المنتصبون للعمل، المؤثرون لصناعتهم في الأعيان كالقصّار والصائغ والخياط والصباغ وغيرهم ضامنون عند مالك لكل ما غابوا عليه مما استعملوا فيه، كان عملهم بإجارة أو دونها تبرعا، ولا يقبل منهما دعوى التلف بحال.

---

(6) فصول الأحكام ، للباجي 192 تحقيق أو الأأبو الأجفان 1985 .

(7) تثبت بالحكم على مآخذ الأحكام ، لابن المناصف 251 – 2520 يحقق عبد الحفيظ منصور /19--- " كشف القناع عن تضمين الصناع، لابن رحال المعدائي ، تحقيق أبو الأجفان 1956

وبالتضمين قال عمر وعلي رضي الله عنهما، ولا يعرف لهما مخالف من الصحابة، فإن قامت لهم على ذلك بينة، فمالك وجميع أصحابه يسقطون التضمين، وأشهب لا يسقطه بحال، وهو ضعيف فأما ما استعملوا فيه، و لم ينقلوه إلى مواضعهم، بحيث يغيبون عليه، فلا ضمان عليهم فيه.

وكذلك الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للعمل، لا ضمان عليه أيضا فيما استعمل فيه، سواء أسلم إليه أو عمله في منزل ربه.

واختلف هل تجب الأجرة في الموضع الذي يسقط الضمان فيه على الصانع إذا تلف بعد استيفاء العمل أو بعضه. قال ابن القاسم: لا أجرة له وأوجب ذلك ابن المواز".

ثم قال ابن المناصف إن كل من يصدق في دعوى التلف من القراض ورهن ما لا يغاب عليه وعاريته فهو كالمودع يصدق في الرد إذا لم يكن الأخذ أولاً ببينة وكل من صدق في دعوى الرد فلابد من إحلافه على كل حال "

هذا ويبدو عدم انطباق هذه الأحكام على المضاربة والوكيل للفارق بينهما وبين الصناع فالصناع مطلوب منهم حفظ ما تسلموه والعمل وهو الصنعة فيه أما المضارب والوكيل فعملهما قائم على التقليب وإخراج النقود من حفظهما بتحويلها إلى عروض للاسترباح.

وقد وهل أحد الباحثين فانتهى إلى أن المضارب والوكيل مطلوب منهما الحفظ، وهم ممن يغيبون على ما تسلموه فعليهم الضمان وهذا غير مسلم، لأنه بدون التقليب كيف يتحقق الربح؟ !

نقل عبء الإثبات للأمناء بموجب التهمة

التهمة في المشهود به وعلاقتها بعبء الإثبات:

ذكر المؤلفون في موضوعات الأحكام القضائية إن من العلل الطارئة على شهادة العدل التهمة، وإنها تعتبر في موضعين والثاني منهما: في المشهود به، أو فيه.

وبالرغم من أن الأمثلة التي أوردها بعضهم، كابن المناصف[8]، هي في الحصول على شهادة البعيد، كالبدوي، في الحقوق المقصود مثلها بالإشهاد كوثائق الدين والمعاملات...الخ.فإن ذلك يستدل منه على أن التهمة مدعاة لرد الشهادة، فلو ادعى الوكيل أو المضارب الخسارة في حين أن المعاملات المشابهة في السوق قد ربحت فإن ذلك يعتبر تهمة ويجعل عليه مسئولية درئها بإثبات العكس.

تحول عبء الإثبات بعجز الطرف ذي الأولوية في البينة عن إقامتها

إن مطالبة المدعى للمماطلة، أي الغنى والامتناع عن الأداء، هي على سبيل الأولوية، استناد لحديث البينة على المدعي، لكن المؤسسات المالية بصفتها الموكل أو رب المال في المضاربة مع المتعاملين كثيراً ما تصبح في حالة عجز عن إقامة البينة، بسبب إخفاء المتعامل أمواله، أو إخفائها بطبيعة المال، ففي هذه الحالة يظهر العجز عن البينة وتصبح مطلوبة من المتعامل بإثبات إعساره.

وقد جاء في مجلة الأحكام العدلية ما يلي:

إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن البينة فتطلب البينة من الطرف المرجوح: إن أثبت فيها، وإلا يحلف[9].

إذا أظهر الطرف الراجح العجز عن الإثبات فحكم بموجب إقامة الطرف المرجوح البينة – على ما سبق ـــ ثم أراد الطرف الراجح إقامة البينة فلا يلتفت إليه بعد.

البينة على النفي:

البينة إنما شرعت للإثبات، ولذا تقدم إحدى البينتين على الأخرى إذا كانت أكثر إثباتاً، واستثنوا من ذلك مواضيع تقبل فيها البينة على النفي، منها: الشهادة على الشرط المنفي، كما لو قال الموكل للوكيل، أو رب المال للمضارب: إن لم تتعد و لم تفرط فأنت برئ من ضمان الخسارة فشهدت البينة بأنه لم يتعد و لم يفرط قبلت الشهادة.

---

(8) ---- الحطام على مآخذ الأحكام 127 .

(9) المجلة ، المادتان 1769 و 1770 .

وأما الشهادة على النفي المطلق فإنها غير مقبولة لاستحالة إحاطة علم الشاهد بما شـــهد بـــه. وإذا تعارضت بينة الإثبات والنفي قدمت بينة الإثبات إلا إذا كانت بينة النفي متواترة فإنهـــا تكـــون المقدمـــة بالضرورة (10).

وعلى هذا فإنه في حال نقل عبء الإثبات إلى المتعامل مع المؤسسة مثلا: المضارب أو الوكيـــل لا تقبل الشهادة لكن يبقى الإقرار منهما بعدم التعدي أو التقصير.

نقل عبء إثبات عدم التعدي
أو التفريط للأمين بالشرط

هذه المسألة هي المطبقة في عقود المؤسسات المالية، حيث ينص على أن عبء إثبات عدم التعـــدي أو التقصير هو على المتعامل مع المؤسسة بالمضاربة أو الوكالة لإدارة أموالها.

وقضايا الإثبات قابلة للتنازل، بإقرار صاحب الحق به لغيره، أو النكول عن اليمن – حفاظاً علـــى خطورة الحلف – أو اجتهاد القاضي بما يراه محققاً لإظهار الحق وفصل الخصومات بما يظنه عدلاً.. وليست هذه القضايا من تغيير المشروع في الدين.

وفي المعيار الشرعي (رقم 17) بشأن المدين المماطل:

(تثبت المماطلة إذا تأخر المدين عن السداد في الموعد المحدد بعد المطالبة المعهودة، ما لم يثبت المدين إعساره،) إذ الأصل أن تثبت المؤسسة مماطلة المدين بادعائها ذلك عليه و(البينة على المدعي)، لكن بوضـــع هذا الشرط في العقود فإذا قبل المدين الشرط انتقل عبء إثبات الإعسار إليه وكذلك عـــدم التعـــدي أو التفريط.

(10) --- في المرافعات الشرعية ، للشيخ أحمد إبراهيم 76 .

نقل عبء إثبات عدم التعدي

والتفريط للأمين للحاجة الكلية

تتمثل الحاجة الكلية بتعرض المؤسسات لضياع أموالها وحقوقها من خلال إدعاءات مـــن تتعامـــل معهم بوقوع الخسارة ممن يدير الأموال أو تحقق الإعسار ممن يحصل على التمويل.

والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة، فيكون هذا المبدأ مسوّغاً لنقل عبء الإثبات إلى الأمنـــاء في دعاوى التعدي والتفريط.

كتبه :

أ. د. عبد الستار عبد الكريم أبو غدة