

آليات إدارة المخاطر في المؤسسات المالية الإسلامية

د. حسين حامد حسان

مؤتمر الهيئات الشرعية الحادي عشر في البحرين

مقدمة:

الشريعة تقر مبدأ أن التطوير والتنمية وزيادة الانتاج كالالتزام والعمل كواجب، وتشتترط تجنب الشيء الذي احتمال الخسارة فيه يكون أكثر، والدخول في الشيء الأكثر توقعاً لتحقيق ربح. ولهذا الغرض وضعت الشريعة الإسلامية نظاماً مالياً متوازناً وعادلاً، وإذا ما تم اتباع ذلك النظام وكان العقد مستوفٍ لكافة المتطلبات الشرعية، فإن ذلك بحد ذاته يمثل آلية الحد من المخاطر ذاتياً، بينما يتم المشاركة في تحمل المخاطر بشكل منصف وعادل. وعلى الرغم من صحة القول بأن درء المفاسد مقدم على جلب المنافع، ولكن يجب أن لا يمنع ذلك من أداء الشخص لالتزامه بالعمل أو الاستثمار.

أنواع المخاطر

وقد صنف الفقه الإسلامي المخاطر في ثلاث مستويات:

1- المخاطر الأساسية:

وهذه المخاطر التي لا بد منها في المعاملات الشرعية وهي أساسية وإجبارية كي يكون العقد شرعياً. ومصادق ذلك من السنة ما ورد عن رسول الله محمد عليه الصلاة والسلام: "الغنم بالغرم" و"الخراج بالضمان"، وهذان الحديثان وضعا مبدأً شرعياً أساسياً في المعاملات المالية وهو أنه لا بد من تحمل الخسارة كي يحل الربح.

وعلى الرغم من أن ضرورة تحمل هذه المخاطر يطبق في كافة المعاملات، يمكن أن تختلف مستويات هذه المخاطر ويعتمد ذلك على طبيعة المعاملة أو العقد. وفيما يلي بعض الأمثلة على ذلك:

هالك المال وتلفه ونقص قيمته على مالكة:

أ) في عقد البيع يتعين على البائع أن يتحمل كافة المخاطر المتعلقة بالسلعة ما دامت على ملكه (تبعة الهالك أو التلف أو نقص القيمة..). إلى أن يبيعها ويسلمها للمشتري. وعندما يملك المشتري السلعة ويقبضها تنتقل إليه كافة المخاطر المتعلقة بملكيتها، وأي هالك أو تلف أو نقص في القيمة تتعرض لها هذه السلعة يجب عليه أن يتحملها. وأي شرط ينافي مقتضى العقد يجعل العقد باطلاً.

ب) وفي عقد الإجارة فإن موضوع الإجارة هو المنفعة أي الانتفاع بالأصل المؤجر ويتحمل المستأجر مخاطر الأصل الذي قبضه، وفي حال عدم استعمال الأصل المؤجر من قبل المستأجر بعد تسلمه له (أي كأن لم يركب السيارة أو لم يسكن البيت أو لم يزرع الأرض التي استأجرها مثلاً) يتحمل تبعة ذلك طالما تسلم الأصل وعليه تسديد الأجرة. وفي المقابل فإن المخاطر المتعلقة بالأصل المؤجر يتحملها المؤجر خلال مدة الإجارة فأني هالك يلحق بالأصل دون تعدي أو إهمال المستأجر أو خطئه يتحمل تبعته المؤجر كما يتعين عليه تحمل نفقات التأمين والصيانة الأساسية للأصل المؤجر والضرائب المفروضة على ملكية هذا الأصل أو دخله.

ت) وفي عقود المضاربة يتحمل رب المال مخاطر هلاك موجودات المضاربة أو خسارتها أو نقص قيمتها طالما أن ذلك لم يحدث بسبب تعدي المضارب على هذه الموجودات أو التقصير في حفظها أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها، وهذا تطبيق للقاعدة الشرعية وهي أن المال يهلك ويتلف وتتنقص قيمته على مالكة. أما المضارب فإن يتحمل مخاطر جهده وخبرته

إذا لم تحقق المضاربة ربحاً، حيث إنه لا يستحق إلا حصة معلومة من الربح المحقق ولكنه لا يسأل في نفس الوقت عن عدم ربح المضاربة أو عن خسارتها.

2- المخاطر التي لا يجوز التعرض لها وتبطل المعاملات التي تشمل عليها:

هذه المخاطر هي التي تجعل المعاملة أو العقد باطلاً وتسمى الغرر الجسيم أو الجهالة الفاحشة، و تنتج عن أي نوع من المعاملات التي تتضمن أنواع الغرر التالية:

أ) الغرر في وجود محل العقد (كبيع شيء معين غير موجود عند التعاقد مثل بيع محصول حقل معين أو ثمار بستان معين في المستقبل) في غير حالة عقد السلم وهو بيع بضاعة موصوفة في الذمة بشروط معينة منها قبض الثمن عند توقيع العقد.

ب) غرر في الحصول كبيع مال معين لا يقدر البائع على تسليمه للمشتري ومثلوا له مثل بالبيع الشارد.

ت) غرر في مقدار كحل العقد مثل البيع بثمن مجهول أو الإجارة بأجرة مجهولة.

ث) غرر في صفة محل العقد كبيع كمية معلومة المقدار ولكنها مجهولة الصفة فيما يختلف ثمنه باختلاف الصفة.

ج) غرر في أجل أخذ العوضين كالثمن في البيع، والأجرة في الإجارة وأجل تسليم بضاعة السلم في عقد السلم.

جميع ما سبق يجعل العقد باطلاً باتفاق الفقهاء في عقود المعاوضة، حتى أن أغلبهم تعدى ذلك إلى عقود الهبة والتبرع، عدا فقهاء المالكية فقد أجازوا المخاطر المتعلقة بعقود الهبة. وبناء على هذا الرأي لمذهب المالكية خلص بعض الفقهاء المعاصرين إلى جواز التكافل (التأمين التكافلي) على الرغم من أنها تنطوي على غرر في الوجود و الحصول والمقدار والأجل.

وجميع المعاملات والعقود التي تحتوي على نوع من هذه المخاطر لا يجوز الدخول فيها ابتداءً وهي باطلة شرعاً، ويدخل تحت هذه المعاملات والعقود العقود الباطلة السائدة في عصرنا في أسواق الأسهم والعملات والسلع، مثل المشتقات والمستقبليات والاختيارات والتحوط والمبادلات المؤقتة .. فإن المخاطر المرتبطة بتلك العقود كبيرة وكثيرة بطبيعتها، وتصنف شرعاً على أنها مقامرة وهي أحد أسباب الأزمة المالية العالمية الحالية.

وفي حقيقة الأمر إن الشريعة لا تسمح لأي شخص بالدخول بتلك المخاطر ثم التحوط منها بالاستعانة ببعض أدوات التحوط بصرف النظر عن شرعية تلك الأدوات أو عدم شرعيتها، مثل مقايضات العملات ومقايضات سعر الفائدة الخ .. فالمؤسسات المالية التقليدية تدخل في عقود الدخول بتلك المخاطر ومعاملات تحتوي على مخاطر ثم يستعملون تلك الأدوات والعقود التي تشمل على المخاطر لتقليل تلك المخاطر وهذا الأمر لا تسمح به الشريعة الإسلامية. فالشريعة تغلق الأبواب أمام كافة الشرور والمفاسد قبل

وقوعها، والغاية والوسيلة كلاهما يجب أن يكون مشروعاً في نظر هذه الشريعة.

كما أن تصكيك وبيع الديون وخصمها والاتجار بها يقع تحت طائفة العقود والمعاملات المحرمة لما تستمل عليه من المخاطر الجسيمة والجهالة الفاحشة لاحتمال عدم سداد المدين الأصلي للدين. والتجار في الديون لعب دوراً أساسياً في الأزمة المالية الحالية حيث قامت البنوك الأمريكية بتصكيك وبيع الديون عن طريق إصدار سندات دين للمستثمرين الذين تحملوا مخاطر عدم السداد.

3- المخاطر المسموح بها:

هي المخاطر التي لا تندرج تحت المخاطر التي يجب أن تشمل عليها العقود والمعاملات والتي إذا دخلت فيها كانت باطلة، تطبيقاً لقاعدة الغنم بالغرم. وفي بعض الأحيان يكون من الضروري التحوط من تلك المخاطر بطرق وعقود شرعية.

الفصل الأول:

المؤسسات المالية الإسلامية وإدارة المخاطر:

هناك اختلاف كبير بين التمويل الإسلامي والتمويل التقليدي فيما يخص إدارة المخاطر وأساليب تقليلها. لأن التمويل التقليدي قائم على منتج واحد يتم دراسته وتقويم مخاطره للحد منها، وهو الإقراض بفائدة. بينما التمويل الإسلامي لديه عدد كبير من المنتجات يختلف كل منها عن الآخر، ولكل منها مخاطره، لذلك فهناك طرق مختلفة لتقويم المخاطر وإدارتها والحد منها فيما يخص تلك المنتجات، فليس من الصحيح أن نقول أن: "مبادئ إدارة المخاطر في المؤسسات المالية الإسلامية هي نفسها المبادئ التي تدار بها المخاطر في المؤسسات المالية التقليدية" كما كتب البروفيسور روندي ويلسون.

ويمكن تقسيم صيغ وعقود التمويل الإسلامي إلى نوعين: (صيغ الاستثمار) و (صيغ التمويل)، فصيغ التمويل هي التي تنقل فيها المؤسسة المالية ملكيتها في مال إلى المتعامل لقاء دين أجل ثابت في ذمة المتعامل يدفع دفعة واحدة أو على أقساط (كما في المرابحة)، أو عندما تدفع المؤسسة المالية ثمن شراء سلعة عند الشراء لتقبضها في المستقبل (كما في الاستصناع والسلم)، وفي هذه المعاملات قد تتعرض المؤسسة المالية إلى مخاطر الائتمان والسوق وكذلك لمخاطر الملكية، لأنها تقبض السلعة لفترة قصيرة جداً في المرابحة وبعد ذلك تقوم ببيعها وتسليمها للمتعامل.

أما صيغ الاستثمار هي عندما تدخل المؤسسة المالية في شراكة مع المتعامل فإما أن تستثمر بواسطة المتعامل (كما في المضاربة والوكالة في الاستثمار) أو مع المتعامل (كما في المشاركة)، وفي مثل هذه المعاملات لا تقوم المؤسسة المالية بتحويل مخاطر الملكية ولا يلتزم المتعامل بدين عليه، وبالتالي تتحمل المؤسسة المالية كافة المخاطر المتعلقة بالملكية. وينطبق نفس الشيء على الاستثمار بالصكوك الصادرة على أساس أصول موجودة وليس على أساس مدعمة بأصول.

في صيغ الاستثمار الشرعية لا تقوم المؤسسة المالية الإسلامية، بصفتها كرب مال أو كشريك أو كموكل، بإقراض رأس المال إلى المتعامل بصفته كمضارب أو كشريك أو كوكيل استثمار، وإن المخاطر لا تنتقل من المؤسسة المالية إلى المتعامل لأن المتعامل ليس مقترض ملزم بأداء دين، ولكن المتعامل يضمن فقط في حال التعدي أو الخيانة أو مخالفة شروط العقد، فعندها يتحول رأس المال إلى دين والتزام واجب الأداء من قبل المتعامل وتنتفي صفته كأمين، وتتحول مخاطر الاستثمار أو الملكية إلى مخاطر ائتمانية كما الحال في صيغ التمويل.

ومن الجدير بالملاحظة أنه لا يمكن وضع قيود على المؤسسات المالية الإسلامية فيما يتعلق بالاختيار فيما بين صيغ الاستثمار و صيغ التمويل حيث كلاهما جائز شرعاً ومستوف لمتطلبات المخاطر والمساهمة.

المشاركة بالمخاطر و تحويل المخاطر:

إن الشريعة الإسلامية لا تقبل تحويل المخاطر بل المشاركة فيها بين أطراف المعاملة. رب قائل يقول أن في صيغ التمويل التي يترتب عليها دين في ذمة المتعامل يتم نقل المخاطر من المؤسسة المالية إلى المتعامل. وهذا غير صحيح لأن هذه المخاطر لم تنتقل بواسطة الدين وإنما بعملية شراء السلعة/ الأصل (أي بالقبض والملكية في عقود المرابحة والاستصناع والسلم) ومن ثم بيعها للمتعامل. هذا يعني أن المؤسسة المالية تحملت أولاً كافة المخاطر المتعاقبة بالسلعة /الأصل بتملكها لها ومن ثم تم نقل ملكية هذه السلعة أو الأصل إلى المتعامل محملة بمخاطرها.

وبالمقابل في التمويل التقليدي تنتقل المخاطر بشكل منفصل بدون أي صلة أو علاقة بأي سلعة أو أصل كما لو أن المخاطر هي سلعة يمكن الاتجار بها بحد ذاتها. وقد منعت الشريعة الإسلامية الاتجار بالمخاطر لأنها تنطوي على غرر جسيم كما في

الاتجار بالديون غير الجائز، بينما سمحت الشريعة الاتجار بالعملات بتوافر الضوابط من تسليم البدلين وأن يكون ذلك نقداً وحالاً ، وكما قال د. نجاه الله صديقي: *إنّ تحريم الإسلام للميسر يقتضي عدم السماح لطرف ثالث بشراء المخاطر*."

وكما أشرنا سابقاً عند المالكية يجوز التطوع في تحمل المخاطر لأنها من باب التبرعات على الرغم من احتواء ذلك على كافة أنواع الغرر المحرم، ذلك لأن الموعود بالهبة لا يدفع مقابل ذلك الوعد.

ويمكن أن نأخذ على سبيل المثال الوعد الذي تعطيه المؤسسة المالية الإسلامية لمتعاملها بأنها ستقوم ببيعه عملة أو سلعة معينة بثمن وتاريخ متفق عليه. فهنا تعطي المؤسسة المالية المتعامل الخيار بدون أن تحمله أية مخاطر لأنه يمكن ألا يقوم بشراء العملة أو السلعة عندما يكون سعرها بالسوق أقل من الثمن الموعود، بينما في الحالة المعكوسة يجبر البنك بأن يبيع حتى ولو كانت القيمة السوقية للعملة أو السلعة أكثر من الثمن الذي وعدت به.

وفي الممارسات التقليدية يمكن تداول الخيارات بعوض، حيث إن مشتري الخيار يدفع مقابل شراء سلعة بثمن محدد (100 مثلاً) بتاريخ في المستقبل. وفي ذلك التاريخ إذا كانت السلعة أقل ثمناً في السوق ينتج عن ذلك عدم قيام المشتري بممارسة الخيار، ويخسر الثمن الذي دفعه للواعد ثمناً للخيار.

وواضح من المثال السابق أن تحويل المخاطر بدون ثمن (أي منح الخيارات) لا يمكن اعتباره بمثابة الاتجار بالمخاطر (أي الخيارات) وبالتالي لا يوجد لذلك أثر أو خسارة مالية التي ينطوي عليها تحويل المخاطر بمفهومها التقليدي.

ومن الأمثلة الأخرى الودائع التي يتلقاها البنك. فالبنك الإسلامي يتلقى الودائع الاستثمارية بصفته مضارباً وبالتالي فإن كلاً من البنك والمودعين يتحملون المخاطر ويتقاسمون الأرباح. على عكس ما يجري بالبنوك التقليدية التي تقترض الودائع وتتحمل مخاطر استخدامها أي أن لها عوائدها وتتحمل خسائرها إن وجدت، ولا يشارك المودعين في تحمل الخسارة لأنهم قاموا بتحويل كافة المخاطر إلى البنك عندما أقرضوه تلك الودائع.

التحوط من منظور شرعي:

حيث إن الشريعة الإسلامية لا تجيز وسائل التحوط التقليدية لأنها تشمل على غرر جسيم ومقامرة، فإن أي وسيلة بديلة تؤدي إلى تقليل المخاطر عن طريق تجنب تلك المحرمات يجب أن تكون جائزة للوصول إلى نتائج مالية مماثلة. ذلك لأن الله تعالى أجاز لخلقه الحفاظ على مصالحهم الشرعية عن طريق الالتزام بالشريعة وليس مخالفتها. وقد أرسل الله عز وجل رسله وأنزل عليهم كتبه كي يرشدوا البشر ويهدوهم إلى الطرق المباحة التي يجب اتباعها لتحقيق مصالحهم. وهذا يعني أن التكليف المناط بالبشرية هو تحقيق رغباتهم الجائزة ليس بالطريقة التي يرغبون بها وإنما بالطريقة التي شرعها خالقهم لهم بكتابه العزيز يقول تعالى: **هَٰمْ هِيَ شَعْرَىٰ لَزْمِي بَلِي غَنَّةٍ لِمَنِ هِيَ لَأَن بَدَّلَ زَكَتَ هِيَ عَم زِيَادَتِكَ عَلَىٰ هَشْتَىٰ إِنَّكَ عَلَىٰ أَعْوَابٍ مِّنْ**

فمثلاً يمكن تشكيل أسرة بطرق عديدة بالعلاقة بين الرجل والمرأة ولكن الله عز وجل شرع لنا الزواج ووضع شروطاً له بوجود ولي وشاهدين. كما يحق لأي إنسان تنمية ثروته عن طريق استثمارها بنفسه إذا استطاع ذلك أو عن طريق شخص آخر يقوم باستثمارها له إذا لم يكن لديه وقت أو خبرة بذلك. ولكن لا يجوز أبداً أن يستثمرها عن طريق إقراضها بفائدة ونقل المخاطر للآخرين وجني العائد بمفرده.

التحوط هو وسيلة لتقليل المخاطر أو الحد منها. ففي الممارسات المالية التقليدية لا يوجد قيود على تحمل المخاطر أو تحويلها أو على طريقة تحويلها. فالمعمول به أولاً الدخول في معاملات فيها غرر جسيم ثم القيام بتقليل أو تحويل تلك المخاطر وهذا يعني بحد ذاته الغرر الجسيم والجهالة.

وفي المقابل إن المؤسسات المالية الإسلامية لا تدخل بمثل تلك المعاملات التي فيها غرر جسيم وإنما تتبنى وسائل مريحة لتقليل المخاطر ضمن الضوابط الشرعية بدون الإضرار بالاقتصاد. فعند القيام بعمل هيكله لأي منتج يمكن بذل الجهود لوضع هيكله ذات مخاطر أقل أو أن تلك الهيكله بحد ذاتها تقوم بالحد من المخاطر وبنفس الوقت مستوفية للمتطلبات الشرعية. مع الأخذ بعين الاعتبار أن كافة أنواع وطبيعة المخاطر في التمويل الإسلامي تختلف كلياً عن التمويل التقليدي. وبالتالي فإن تقنيات إدارة المخاطر بمفهومها التقليدي لا يمكن تطبيقها دائماً على صيغ الاستثمار والتمويل الإسلامي التي تعتمد على مبادئ الشريعة الإسلامية على أساس "الخارج بالضمان"، و "الغنم بالغرم" وأن المال يهلك ويتلف وتنقص قيمته على مالكة.

والخلاصة أن التحوط جائز شرعاً بتوافر الشروط الثلاثة التالية:

- 1- أن المخاطر المراد التحوط منها أو تقليلها هي بحد ذاتها متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.
- 2- إدارة المخاطر يجب أن تكون بطرق وعقود شرعية.
- 3- أن يكون الهدف هو إدارة المخاطر وتقليلها فقط وليس إزالتها أو التريح منها بجعلها منتجات مالية.

إدارة المخاطر - الأدوات والوظائف:

لابد من مراعاة المبادئ الشرعية التالية مهما كانت الأدوات المستخدمة في إدارة المخاطر:

1. ألا تتعارض الأدوات المستخدمة في إدارة المخاطر مع المبدأ الشرعي "الغنم بالغرم"، وأن تهدف لتقليل أو الحد من المخاطر.
2. ألا يكون في تلك الأدوات غرر جسيم.
3. يجب أن تكون تلك الأدوات متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية كي يتم تقليل المخاطر التي تسمح الشريعة بتقليلها أو تجنبها.

بالإضافة إلى ما سبق، يمكن اتباع الخطوات التالية فيما يتعلق بتصنيف إدارة المخاطر السائد:

إدارة المخاطر التشغيلية:

وهي التعامل مع الأخطاء البشرية والفنية والتعرف عليها بشكل مستمر، وإن الوسائل الداخلية الفقيرة وغير الناجعة في متابعة الحوادث الدخيلة وأخذ الاحتياطات اللازمة قبل وقوعها، وهي مساحة تقع ضمن الأحكام الشرعية من أمانة وحسن أداء وحماية الثروات والموارد الفردية والجماعية.

فإن المؤسسات المالية الإسلامية هي المضارب الذي يقوم بالاستثمار بالنيابة عن أصحاب الودائع لذلك يتعين على تلك المؤسسات توخي الحيطة والحذر في التعامل مع أصول المضاربة. فمثلاً لا يجوز أن يقوم المضارب بإقراض رأس مال المضاربة لأي شخص لأن ذلك يؤدي للاتفاق على العائد على رأس المال المضاربة الذي يشكل الغرض من عقد المضاربة. كما أنه يتعين على المؤسسات المالية حفظ مصالح المساهمين لأن الشريعة لا تسمح لأي شخص بتبديد ماله، لأن الشريعة تعتبر ذلك من ضمن أهدافها

أي من مقاصد الشريعة الحفاظ على المال. والعلاقة بين أصحاب الحسابات الجارية والمؤسسات المالية الإسلامية قائمة على أساس القرض الحسن والشريعة لا تجيز للمقترض أكل مال المقرض أو تأخير سداد القرض وذكر ذلك الله تعالى في القرآن الكريم: **هَلْ أَتَىكَ آيَاتُ الْكُرْآنِ فَيَلْمُكَ الْكَافِرُ**."

ونخلص مما سبق إلى أن مهما كانت الأدوات المعقدة والتقنيات الحديثة المتبعة في المؤسسات المالية الإسلامية لتطوير آليات دقيقة وقوية للرقابة والمتابعة في سبيل تحقيق الأهداف السابقة لابد لهذه المؤسسات من عمل ذلك كي تكون أكثر مسئولية وحرصاً في أداء مهامها المنوطة بها بحرفية أكثر وبكل ما أوتيت من قدرة.

إدارة مخاطر السوق

وهي تلك المخاطر التي تتناول مخاطر السوق المختلفة مثل الأرباح وحقوق الملكية والسلع والعملات، فيطلب شرعاً من المؤسسات المالية أن تقوم بتطوير طرق ومفاهيم على أعلى المستويات المهنية عند تقويمها للمخاطر المتعلقة بالسوق بنفس الطريقة التي يقوم بها التاجر أو المستثمر أو رجل الأعمال، لأن الله تعالى يقول: **هَلْ أَتَىكَ آيَاتُ الْكُرْآنِ فَيَلْمُكَ الْكَافِرُ**؟ **آيَاتُ الْكُرْآنِ جَاءَتْكَ لِيُنذِرَ فَرِيقًا مِّنْهُمْ لَعْنَةُ الْكَافِرِينَ**.

إن أدوات التحوط تستعمل لحماية المؤسسة المالية من مخاطر تقلب أسعار العملات ونسب العوائد، وقد شرحنا وجهة نظر الشريعة بهذا الخصوص. ويطبق نفس الشيء على إدارة مخاطر المشاريع وإدارة المخاطر القانونية وإدارة مخاطر السمعة وكافة أدوات وتقنيات إدارة المخاطر الأخرى التي تهدف لتقويم المخاطر المتعلقة بالسوق وبالمشروع أو التأثيرات الجغرافية لأي نشاط اقتصادي.

إدارة مخاطر الائتمان:

كما وضعنا سابقاً فإن مخاطر الائتمان المرتبطة بالمعاملات التي تجريها المؤسسات المالية الإسلامية تكون واردة فقط عندما تنتقل الملكية من المؤسسة إلى المتعامل. لذلك يتعين على المؤسسة أولاً أن تكون قادرة على تحليل المخاطر التي تنشأ عن تملك السلعة أو الأصل قبل بيعها للمتعامل ومن ثم مخاطر الائتمان الناتجة بعد البيع. وبالنظر لهذين التركيبين، فإن المفهوم الإسلامي لمخاطر الائتمان يمكن أن يكون أوسع مما يتم تطبيقه في التمويل التقليدي. وكي تحمي المؤسسة المالية نفسها من مخاطر الائتمان، إن وجدت، يمكن أن تستخدم الأدوات الحالية مثل الضمانات والرهنات والحسابات والودائع الخ..

إدارة المخاطر في الهياكل الشرعية المركبة (المعقدة)

لقد أشار البروفيسور روندي ويلسون إلى التعقيدات الموجودة في منتجات التحوط التقليدية حيث قال: "غالباً ما تكون المنتجات معقدة جداً لدرجة أن الإدارات العليا للبنوك لا يمكن لها أن تفهم خصائصها، والمنظمون قد ربطوا المعرفة لإدراك ماهية تلك المخاطر".

بينما الأمر غير ذلك في الهياكل الشرعية المعقدة (أي الهياكل القائمة على أساس عدة صيغ أو معاملات) حيث إنها ليست تحدياً لايجاد طريقة حذرة في إدارة المخاطر. إن الهياكل المعقدة المتبعة في التمويل الإسلامي المعاصر في الواقع هي طريقة للخروج وليست حيلة لتحقيق المصالح بشرط عدم مخالفتها لأحكام الشريعة، ووجود فهم واضح لصيغ وهياكل التمويل المتبعة. وهنا يظهر أهمية دور الهيئات الشرعية في المؤسسات المالية الإسلامية والسلطات المنظمة لأعمالها كما رأى الفقهاء في ملاحظاتهم. وفي حدود المبادئ الشرعية المتعلقة بهذا الشأن فيجب لزوماً بأي عقد أو اتفاقية معرفة موضوع العقد كي تستطيع الأطراف المتعاقدة أداء التزاماتها المترتبة على العقد بدون أي جهالة ومنعاً لأي نزاع أو ظلم.

إن تقنيات تقييم المخاطر وتقليلها التي يمكن اتباعها في تلك الهياكل تكون بوجود فهم تام لإجراءات وخطوات تنفيذ تلك الصيغ. فمثلاً هيكله التحوط يجب فهمها بطريقة متنسقة مع تسلسل الإجراءات ابتداء من الوعد وحتى إبرام عقد البيع الذي ينتج عنه مخاطر الائتمان على المشتري. فإذا كانت المؤسسة المالية هي الموعود له فلا يوجد مخاطر عليها ولا على المبلغ الذي سيدفع ولا على الشراء طالما أن الوعد ليس ملزماً. وعندما تقرر أنها ستمارس حقها بموجب الوعد يتعين عليها توفير المبلغ لشراء السلعة أو العملة حسب الحالة. وبعد ذلك تقوم ببيعها للمشتري فهذه العملية يدخل فيها طرق تقييم المخاطر السوقية والائتمانية والقانونية، لتقرير فيما إذا كان المتعامل الذي ستبيع له السلعة أو العملة جدير بالائتمان بدون تعرض المؤسسة المالية لأي مخاطر أخرى لا يمكن تفاديها.

الفصل الثاني:

إدارة مخاطر صيغ المشاركات

مقارنة صيغ المشاركات بعقود التمويل أو الميزانية من حيث المخاطر:

لقد سبق القول بأن عقود التمويل هي العقود التي يترتب عليها دين في ذمة المتعامل مع المؤسسة بخلاف صيغ الاستثمار (المشاركات) التي لا يترتب عليها دين في ذمة المتعامل، بل إن رأس المال الذي تستثمره المؤسسة بواسطة المتعامل، مضارباً كان أو

وكيل استثمار، وحصّة المؤسسة في المشاركة التي تستثمرها مع الشريك المدير تكون أمانة عنده وليست ديناً عليه، ولا تتحول إلى دين إلا بعد ثبوت تعديه أو تفریطه أو مخالفته لشروط عقد المشاركة.

ويترتب على ذلك ما يلي:

1. أن أرباح عقود التمويل تكون معلومة ومحدودة عند التعاقد، كما في عقود المرابحة والاستصناع والإجارة في حين أن عوائد الاستثمار في صيغ المشاركات ليست معلومة ولا محددة عند التعاقد بل الربح أو العائد الذي تستحقه المؤسسة هو الربح الفعلي أو الحصّة المتفق عليها منه.

2. أن مبلغ التمويل وريحه دين مضمون في ذمة المتعامل لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء وللمؤسسة حق أخذ الرهن والكفيل بهذا الدين، في حين أن المبلغ المستثمر وعوائده ليست ديناً مضموناً في ذمة المتعامل، مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيل استثمار، بل رأس مال المضاربة أو الوكالة وحصّة المشاركة يعد (المشاركة) أمانة عند المتعامل لا يتحول إلى دين إلا في حالات تعديه أو تفریطه أو مخالفته لشروط عقد المضاربة الشرعية أو الجعلية (النقدية) ولا يجوز أخذ الرهن أو الكفيل (الضمانات) لضمان رأس المال نفسه، بل لما يترتب في

ذمة المضارب أو الشريك المدير أو وكيل الاستثمار (الأمين) من دين بسبب التعدي أو التفريط أو مخالفة الشروط (المخالفة).

3. ويترتب على ما تقدم أيضاً أن المؤسسة تتحمل مخاطر هلاك رأس مال المشاركة وتلفه وخسارته إذا أثبت الأمين أن هذا الهلاك أو التلف أو الخسارة كانت بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي آثاره في حين أن المتعامل مع المؤسسة في عقود التمويل يتحمل مخاطر التمويل، لأن مخاطر هلاك وتلف وخسارة محل عقد التمويل تنتقل إلى المتعامل، كالمشتري مرابحاً أو استصناعاً فإنه يتحمل تبعه هلاك السلعة بعد قبضها، وللمنفعة في عقد الإجارة حكم خاص لأن المنافع توجد وتستهلك شيئاً فشيئاً وهلاك ما لم يستوفى منها يكون على مخاطر المؤجر إذا لم يكن هذا الهلاك بسبب من جانب المستأجر، والسلعة في عقد السلم تكون مضمونة على البائع سلماً الذي استوفى ثمنها مقدماً عند الدخول في عقد السلم، وهذا يعني أن كلاً من ثمن بيع المرابحة والاستصناع مضمون للمؤسسة البائعة على المشتري ولو هلك محل عقد البيع بعد قبضه، وأن سلعة السلم مضمونة للمؤسسة المشتريّة على البائع سلماً بصرف النظر عن نتيجة استعمال أو التصرف في الثمن، وأن الأجرة في الإجارة تلزم المستأجر بعد تسلّم العين المؤجرة صالحة للاستعمال الذي أجرت من أجله،

بصرف النظر عن نتيجة استخدام أو عدم استخدام لهذه العين، إلا إذا هلكت العين التي تستوفى فيها المنفعة أو ذهبت المنفعة المقصودة نفسها بسبب لا يد للمستأجر فيه فعند ذلك تسقط أجرة الفترات القادمة دون ما استوفى المستأجر منفعتة.

4. وبالمقابل فإن أرباح التمويل المحددة عند الدخول في عقد من عقود التمويل قد تشكل مخاطرة للمؤسسة إذا كانت لمدد طويلة أو متوسطة ارتفعت خلالها تكلفة التمويل لظروف السوق، مثل الاستئصال بربح محدد لمدة طويلة وقد أمكن التحوط من ذلك في عقود الإجارة بربط الأجرة بمؤشر منضبط مع حد أعلى وحد أدنى، أو بالدخول في عقود صيغ تحوط شرعية من العائد المحدد.

5. وسوف نرى أن الدراسة المتعمقة لمقاصد الشريعة في صيغ المشاركات والمبادئ العامة والأصول الكلية التي تحكم هذه الصيغة وتطوير وابتكار منتجات شرعية وتطبيقات عملية لها لا تقلل من مخاطر المشاركات فقط بل وتجعل مخاطرها أقل من مخاطر عقود التمويل التي تلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية لا تلك التي تتحو منحى صيغة القرض بفائدة في التطبيق العملي وسوف نعرض الآن لبعض تطبيقات المشاركات التي تحقق المصلحة وتلبي الحاجة وتلتزم بأحكام الشريعة الإسلامية وضوابطها وتؤكد على الحقيقة التي ذكرناها من أن هناك تطوير صيغة

المشاركة وابتكار تطبيقات عليه مما يقلل من مخاطرها أو يحقق التحوط من هذه المخاطر.

نقل عبء الإثبات في عقود الأمانات (المضاربة والمشاركة والوكالة في الاستثمار):

لا خلاف بين الفقهاء قديماً وحديثاً في أن مناط ضمان الأمين مضارباً كان أو شريكاً أو وكيل استثمار هو التعدي أو التفريط أو مخالفة شروط العقد الشرعية أو الجعلية وإنما وقع الخلاف في حكم عبء الإثبات في حالة الاختلاف بين المؤسسة والأمين في واقعة الهلاك أو الخسارة وفيما إذا كان هذا الهلاك وتلك الخسارة قد وقعت بسبب من جانب الأمين أو بسبب لا يد له فيه ومرد هذا الخلاف هو الخلاف في تحديد المدعي والمدعى عليه في هذا الخلاف.

فالمؤسسة تدعي أنه ليس هناك هلاك ولا خسارة وأنه على فرض وقع هذا الهلاك أو الخسارة فإنها كانت بسبب تعدي الأمين أو تفريطه والأمين يدعي خلاف ذلك أي يدعي وقوع الهلاك أو الخسارة بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي آثاره. والحكم الواجب التطبيق هنا يؤخذ المبدأ الشرعي أو الأصل الكلي الشرعي في الإثبات وهو (البينة على المدعي واليمين على من أنكر).

وقد تقرر أن المدعي هو من يدعي خلاف الأصل والظاهر والكثير الغالب حسب ما تقتضي الأعراف والعادات، والمدعى عليه بخلافه أي من يشهد له الأصل والظاهر والكثير الغالب ولما كان الأصل والظاهر والكثير الغالب في عصور الاجتهاد الأولى صلاح الأمانة (المضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار) وصدقهم في دعوى الهلاك والخسارة بسبب لا يد لهم فيه فقد حكم الفقهاء بأنهم مدعى عليهم وأنهم مصدقون وأن القول قولهم، وأن أرباب المال مدعون تلزمهم البينة فإذا عجزوا عن إثبات كذب الأمانة في دعوى الهلاك والخسارة، أو في دعوى أن هذا الهلاك أو تلك الخسارة إن وقعت لم تكن بسبب تعديهم أو تفريطهم فإنهم لا يضمنون وقد كان عبء الإثبات ثقیلاً إن لم يكن متعذراً على رب المال الذي يتمتع عليه التدخل في اتخاذ قرارات الأمين. ولما تغيرت أحوال الأمانة وضعف سلطان الدين على نفوس الناس وفشي فيهم الكذب والخيانة، رأى فقهاء العصر أن الأمانة مدعون تلزمهم البينة فإن عجزوا عن إثبات الهلاك أو الخسارة بسبب لا يد لهم فيه ولا قدرة لهم على توقعه أو تلافي آثاره ضمنوا، وذلك على أساس أن الأصل والظاهر والكثير الغالب المشاهد أن رأس المال الذي يتسلمه الأمين يتعين لاستثماره ألا يهلك ولا يخسر، وأن الأمين إذا ادعى الهلاك أو الخسارة تكون دعواه على خلاف الأصل والكثير الغالب المشاهد من أحوال الناس في تجاراتهم، وفشو الكذب وانتشار الخيانة وضعف سلطان الدين على النفوس يقوي كذب دعوى الأمانة الهلاك أو الخسارة بسبب لا يد لهم فيه، ولا شك أن نقل عبء الإثبات إلى الأمين يقلل من مخاطر عقود المشاركات وهذا ما قرره المؤتمر الفقهي الثاني للمؤسسات المالية الإسلامية الذي نظمته شركة شوري للاستشارات الشرعية بالكويت في المدة من 3-4 نوفمبر 2009 فقد جاء في هذا القرار:

المحور الأول

عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتقصير في المضاربة والوكالة بالاستثمار

أولاً:

1. الأصل قبول قول المضارب وكذا الوكيل بالاستثمار، والأخذ به في نفي الضمان عن نفسه في حالة هلاك شيء من الأموال التي يستثمرها أو خسارته بمجرد ادعائه أن ذلك إنما وقع من غير تعدّ منه أو تقصير، دون مطالبته ببينة على صدق دعواه (باعتباره مدعى عليه، فلا يطالب بالبينة، إذ البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه). فإن أقام رب المال -وهو المدعي- البينة على تعدي المضارب أو الوكيل بالاستثمار، صار ضامناً.

2. غير أن استصحاب هذا الأصل إنما يسوغ الأخذ به والتعويل عليه في النظر الفقهي إذا غلب في الناس الصدق والأمانة والتورع عن أكل مال الغير بالباطل. فإذا تغيرت الحال، فإن دلالة الحال -وهي الأمانة الظاهرة التي تدل على صورة الحال- مقدمة على الأصل عند تعارضهما، لأنها قرائن قوية، وشواهد قائمة تنبئ بحدوث أمر يغير حالة الأصل، فتكون بمثابة دليل على عدم صدق من يتمسك بذلك الأصل. ولهذا يترجح في الحكم جانب من شهدت له من المتداعيين - وهو صاحب المال - على من شهد له استصحاب الأصل، ويكون القول قوله في ذلك، ما لم يقيم أولئك الأمانة (المضارب/الوكيل بالاستثمار) البينة على صدق ادعائهم، إذ " العلم الحاصل اعتماداً على القرائن والأمارات الظاهرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل".

3. كما أن العمل بهذا الأصل مقيد بأن لا يكون مخالفاً للعرف، فإذا جرى عرف الناس بعدم قبول قوله (المضارب/الوكيل بالاستثمار) حتى يقيم البينة على صدق ادعائه عدم التعدي أو التقصير، فإن وصفه وحكمه الشرعي ينقلب من مدعى عليه إلى مدعٍ أمراً خلاف الأصل، فلا يقبل قوله إلا إذا أقام البينة على صدقه، لأن "دلالة العرف أقوى وأظهر من استصحاب أصل براءة ذمة الأمين (المضارب/الوكيل بالاستثمار) عند تعارضهما".

4. كما أن العمل بهذا الأصل مقيد بانتفاء التهمة عن الأمين - والمراد بالتهمة رجحان الظن بعدم صدق الأمين (المضارب/الوكيل بالاستثمار) في ادعائه عدم التعدي أو التقصير - إذ التهمة موجب شرعي لنقل عبء الإثبات من أرباب المال إلى الأمين الحائز إذا ادعى أن ذلك إنما وقع بغير فعله أو تسببه، وهي متحققة في هذه القضية، إذ إن من المفترض في المضارب والوكيل بالاستثمار والمتوقع منه بحسب المعهود والدلالات العرفية الظاهرة حفظ رؤوس الأموال المستثمرة من الخسارة، وتحقيق الأرباح والمكاسب لهم، و"قول المتهم ليس بحجة" كما هو مقرر في القواعد الفقهية.

5. وأيضاً فإن المصلحة موجب شرعي لنقل عبء الإثبات إلى هؤلاء الأمانة، وذلك لحماية أموال المستثمرين من التوى والخسارة عند ادعاء المضارب أو الوكيل بالاستثمار هلاك أموال المستثمرين أو خسارتها إذا علموا أنهم مصدقون في نفي الضمان عن أنفسهم بمجرد ادعائهم ذلك ، من غير تكليفهم إقامة البينة على صدق ادعائهم.

ثانياً:

إن نقل عبء الإثبات المنوه به يختلف تماماً عن القول بتضمين المضارب أو الوكيل بالاستثمار ، الذي يقتضي تحميله تبعة الهلاك والخسارة مطلقاً، أو تحميله ضمان فوات الربح المتوقع، فذلك محذور قطعاً، لأنه يتنافى مع قاعدة الغنم بالغرم.

ثالثاً:

يرجع في تحديد وقوع التعدي والتقصير إلى أهل الخبرة في تنمية الأموال واستثمارها ، فهم الذين يعهد إليهم بالنظر في الموضوع، وتقرير وقوع ذلك أو عدمه ، ثم تقرير ما يترتب من تبعات و ضمانات على الأمانة المتعدين أو المفرطين بحسب العرف التجاري السائد.

رابعاً:

يوصي المؤتمر المؤسسات المالية الإسلامية أن تضمن عقودها شرط التحكيم فيما ينشأ

من نزاع في هذا الأمر مع عامة عملائها، وتعيين المركز الإسلامي الدولي للمصالحة والتحكيم في عقودها الدولية، إذ يتوافر في هيئة التحكيم الأهلية الشرعية والخبرة والدراية و الموضوعية العملية في مجال النزاع في هذا الأمر.

ضابط التعدي والتفريط ومخالفة الشروط الشرعية والجعلية لصيغ المشاركة.

لم يعن الفقهاء قديماً بالتحديد الدقيق والتفصيل الواضح لمصطلح التعدي والتفريط اعتماداً على العرف السائد في عصور الاجتهاد الأولى حيث كان للدين سلطان على النفوس، وبعد تغيرات الزمان وأحوال الناس وظهور صور كثيرة للتعدي والتفريط بحث فقهاء العصر عن وضع ضوابط لما يعد تعدياً وما يعد تفريطاً ، وقد ساعد على ذلك ظهور ممارسات جديدة ووسائل مبتكرة للتعدي والتفريط.

التوسع في معيار التعدي وضابط التفريط وحالات مخالفة الشروط الشرعية والجعلية.

من طرق ووسائل تقليل مخاطر صيغ المشاركات التوسع في تحديد معيار التعدي والتفريط الذي أجمع الفقهاء على أنه مناط ضمان المضارب والشريك المدير ووكيل الاستثمار (الأمين) وذلك بأن يشمل تصرفات لا يملكها الأمين، باعتبارها تعدياً بحكم عرف وعادة التجار، وتصرفات يعد تركها تفريطاً بحكم عرف وعادة التجار، مثل عدم كتابة العقود أو توثيقها أو ترك أخذ الضمانات حيث يوجب العرف التجاري أخذ

الضمانات، وعدم القيام باتخاذ الإجراءات المطلوبة للتأكد من ملاءة العميل وقدرته على سداد الدين، وعدم التأكد من خبرة من يتعامل معه في المجال الذي يموله فيه، وعدم تفصيل الفقهاء في تحديد معيار للتعدي والتفريط اعتماداً على عرف زمانهم وأحوال الأمناء، والتزامهم بقيم الأمانة والصدق، فإن علينا أن نحقق مناط التعدي والتفريط في الوقائع الجديدة والنوازل الحادثة بما يحقق مقصود الشارع من حفظ المال من جانب الوجود ومن جانب العدم، وهذا يطبق على الأمين الذي يعمل في مال غيره بحصة شائعة في ربحه أو بأجر مقطوع، فإن عليه أن يبذل في المحافظة على هذا المال عناية الرجل الحريص وأن يسلك في استثماره مسلك المدير الخبير في مثل النشاط الذي يقوم به.

ومما يقلل من مخاطر المشاركات أخذ التعهدات والإقرارات على الأمين بأنه خبير في مجال النشاط، وأن سابقة أعماله تدل على أنه يحقق معدل ربح معين وأن له خبرة في اختبار أمانة من يتعامل معهم والتأكد من ملاءتهم وقدرتهم على سداد الديون، وأنه لديه الإمكانيات اللازمة للنشاط الذي يمارسه من مخازن آمنة وإدارة حسابات منتظمة، وهكذا يطلب من الأمين في عقد المشاركة أن يقرر بكل ذلك مما يضيق عليه طريق الكذب.

مبدأ التغيرير بالقول كالتغيرير بالفعل يوجب الضمان

إن جميع الإقرارات والتعهدات التي يقطعها الأمين على نفسه في عقد المشاركة تعد ملزمة له، ما دام قد نص في عقد المشاركة على أن رب المال قد اعتمد على هذه الإقرارات والتعهدات، وينقل إليه عبء إثبات صدق ما أقر وتنفيذ ما تعهد به، وأن الهلاك أو الخسارة التي حدثت لم تكن بسبب كذب هذه الإقرارات أو عدم قيامه بتلك التعهدات وإلا كان ضامناً وبعبارة أخرى فإن على الأمين في هذه الحالات إثبات القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي يحال عليه الهلاك أو الخسارة.

وجميع عقود التمويل والاستثمار التي يجري عليها العمل تتضمن بنوداً عن الإقرارات والتعهدات وتعد الكذب في هذا الإقرار أو تخلف تلك التعهدات إخلالاً يستوجب مسؤولية الملتزم، والمطلوب هو إعداد قائمة مستوعبة للإقرارات والتعهدات والحرص على تضمين عقود المشاركات لهذه القائمة.

والفرق بين التمويل الإسلامي والتقليدي في هذه الإقرارات والتعهدات أن حكم الكذب في الإقرار أو الإخلال بالتعهد لا يعد بذاته قرينة قاطعة على مسؤولية المتعامل، بل قرينة بسيطة تنقل إليه عبء الإثبات وتمنحه فرصة إثبات أن الهلاك أو الخسارة لم يكن بسبب ذلك في حين أن النظام المالي التقليدي يعد ذلك قرينة قاطعة على مسؤولية وضمان المتعامل.

ومن المسائل التي يجب طرحها على البحث في مجال المشاركات ما يلي:

أولاً: الضمان الطوعي بعد الدخول في المشاركة.

هذه مسألة هامة جداً فقد يرغب المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار في أن يتطوع بالضمان لرب المال أو الشريك، ولا يجعل ذلك شرطاً ملفوظاً ولا ملحوظاً في عقد المشاركة. فما مدى صحة هذا الضمان، والضمان هنا ينصب على رأس المال المشاركة (مضاربة أو مشاركة أو وكالة).

وقد نقل عن المالكية جواز الطوع بالضمان في بعض عقود الأمانات، وقاس بعض فقهاء العصر عقود المشاركات عليها فأفتوا بجواز الضمان الطوعي أي غير المشروط في العقد، وألزموا به الأمين، ذلك أن المالكية يقولون بالوعد الملزم وأن التبرعات يلزمه بالقول ومن ذلك المبدأ استفادت الصناعة المالية الإسلامية في الوعد الملزم بالشراء والبيع والاستئجار، وكذلك في صناعة التأمين التكافلي حيث إن المشترك في برامج التأمين التكافلي يتبرع من القسط ومن عائد استثماره بما يكفي لدفع التعويضات لمن تصيبهم الأضرار من جراء وقوع الأخطار المؤمن منها من المشاركين في محفظة التأمين، فقد جرى العمل على أن تبرع المشترك بالقسط يلزمه بالقول، وذلك على خلاف مذهب الجمهور الذين يرون التبرعات بجميع أنواعها غير ملزمة بمجرد القول، بل لا بد من القبض، ولذلك يبطلون هذه التبرعات بالجهالة والغرر على خلاف المالكية الذي يغتفرون الغرر الجسيم في التبرعات ولا يبطل به عندهم إلا المعاوضات.

ضمان الربح المتحقق:

إن الناظر في كتب الفقه الإسلامي يلحظ أمراً في غاية الخطورة والأهمية وهو أن تعدي الأمين أو تفريطه أو مخالفة الشروط وأحكام عقد الأمانة (مضاربة - مشاركة - وكالة) يوجب عليه ضمان رأس المال فقط دون الربح المتحقق، مما يعني أنه ما على المضارب إذا أراد الاستيلاء على موجودات المضاربة لنفسه وقد بلغت أضعاف رأس المال بسبب العمل إلا أن يتعدى أو يفرط أو يخالف شرطاً من شروط عقد المضاربة الشرعية أو الجعلية.

وقد خالف في ذلك المالكية فقالوا بأن المضارب إذا تعدى أو فرط أو خالف فإنه يضمن رأس المال والربح المتحقق حتى لا يكون عدم تضمينه للربح المتحقق ذريعة إلى تعديه وتفريطه.

جاء في مواهب الجليل "وضمن -المضارب- إن خالف... والربح لهما ككل آخذ مال للتتمية فتعدى، يعني أن العامل إذا تعدى وقلنا : إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر فلا يختص بالربح ويقال كما أنه يضمن الخسارة فليستبد بالربح، بل الربح لهما على ما شرطاً، قال في التوضيح، لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده، ولأنه لو قلنا الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملاً له على التعدي ليستقل بالربح، ولهذا قلنا إن كل من أخذ مالا لتتميته (دون أن يكون له حصة شائعة في ربحه) فتعدى

فيه كالوكيل فالغرم عليه والريح لرب المال، وأما المقارض فالريح لهما على ما شرطاً، وكل من أخذ مالاً على الأمانة وتعدى فيه فالريح له فقط كالمودع. وذهب البعض إلى أن العامل يجب له الريح كله في مسائل الضمان بسبب المخالفة، لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته، وذلك موجب لكونه مالاً للريح"¹

إن قواعد الضمان الكلية تقضي بأن من تعدى على موجودات فإنه يضمنها بالمثل أو بالقيمة، وهذا أصل كلي قطعي قامت عليه أدلة شرعية لا تنحصر فكيف ساغ العدول عنه دون دليل، وقيل بأن التعدي والتفريط يوجب ضمان رأس المال دون الريح المتحقق فإنه يترك مكافأة للمعتدي والمفرط والمخالف، وهذا ينافي مقاصد الشارع ويناقض أصولها.

وبعض فقهاء العصر يتوقفون في قبول مذهب المالكية وإن ظهر أن الحق معهم، كما رفضوه في أمور كثيرة أخرى مثل بيع سلعة السلم غير الطعام قبل قبضها لطرف ثالث غير المسلم إليه بالثمن الذي يتراضى عليه العاقدان، وللمسلم إليه بثمن لا يزيد عن القيمة الإسمية، بل ورفضوا مذهب ابن تيمية وابن القيم في جواز بيع سلعة السلم غير الطعام قبل قبضها للمسلم إليه بسعر السوق، في حين أنهم قبلوا رأياً لبعض شيوخ المالكية في إلزام الوعد أخذاً من عبارة جاءت على ألسنتهم (تزوج هنداً وعلي صداقها)

1 مواهب الجليل ج 7 ص 455، 456

فقالوا إن الموعود له إذا دخل في نفقة وتحمل مالا اعتماداً على الوعد فإن الواعد يلتزم بتعويضه عما خسره اعتماداً على هذا الوعد.

والمطروح على البحث هو الموازنة والترجيح بين الأدلة، وما يترتب على الرأي من تحقيق مصلحة أو دفع مفسدة أو تلبية حاجة عامة تنزل منزلة الضرورة.

ضمان الربح المتوقع:

إذا قدم الأمين مضاربا كان أو شريكا مديرا أو وكيل استثمار، دراسة جدوى أعدت وفق الأسس العلمية، وخضعت هذه الدراسة للتقويم الفني الدقيق من خبراء دراسة الجدوى، وذكر في هذه الدراسة أنه خبير وله سابقة أعمال في مجال المشاركة وأنه قد أجرى دراسة سوقية، وقام بتحليل عدد من الميزانيات المدققة لأنشطة مماثلة، وأن نتيجة ذلك كله هو أن الربح المتوقع من نشاط المشاركة مقداره كذا وقد ذكرت في بحث نقل عبء الإثبات أن المضارب والشريك والوكيل مسئول عن صحة البيانات والأرقام وأنه ملتزم بالنتائج التي أظهرتها هذه الدراسة باعتبارها قرينة بسيطة على صحة البيانات والأرقام والنتائج التي أظهرتها والأرباح التي توقعتها، ذلك أن رب المال قد اعتمد على هذه الدراسة في الدخول في عقد المشاركة، ولولا نتائج هذه الدراسة والربح الذي توقعه ما دخل في هذه المشاركة وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، وبذلك يستطيع المضارب أو الشريك أو وكيل الاستثمار أن يثبت هلاك موجودات المضاربة أو المشاركة أو خسارتها وأن هذا الهلاك وتلك الخسارة كانت بظروف جدت بعد تقديم الدراسة والدخول في العقد وأنه لا يد له فيها ولا قدرة له على توقعها أو تلافي آثارها، فإن عجز عن إثبات السبب الأصلي أو القوة القاهرة ضمن رأس المال والربح المتوقع، وقد اعتمدت في ذلك الاجتهاد على مبدأ التعبير بالقول كالتعريف بالفعل في وجوب الضمان فقد قلت في بحث نقل عبء الإثبات :

إذا ادعى الأمين، مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيل استثمار، الخسران، على خلاف نتائج دراسة الجدوى والدراسة السوقية - التي أعدها الأمين بنفسه وأقر نتائجها وفقاً للأصول الفنية لدراسات الجدوى والدراسة السوقية وتعهد بالمسئولية عنها - كان متهماً في دعوى الهلاك والخسران دون تعد أو تقريظ، ذلك أن الأمين قد أقر في هذه الدراسة بأن النشاط الذي يستثمر فيه رأس مال المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار وفقاً لدراسة الجدوى يحقق أرباحاً متوقعة، ويستدل على ذلك ويؤكد بالدراسة السوقية أي بالعرف التجاري وما يجري عليه العمل في سوق الاستثمار، فيؤخذ بإقراره، وتكون دعواه الهلاك والخسران دون تعد منه على خلاف الظاهر من هذه الدراسة، ويلتزم هو بإقامة الدليل على أن نشاطه لم يحقق النتائج التي أظهرتها دراسة الجدوى لأسباب لا يد له فيها ولا قدرة له على توقعها أو تلافي آثارها، كنشوب حرب أو حصار بحري أو زلزال أو سيل أو حريق أو أزمة مالية طارئة وغير متوقعة، أو بسبب قوانين الجمارك أو الضرائب أو الاستيراد أو النقد أو العقوبات التجارية أو المقاطعة الاقتصادية، فإذا لم يقدم الدليل على أن الخسارة كانت من أجل هذه الأسباب ضمن رأس المال والربح المتوقع الذي أظهرته دراسة الجدوى، فالظاهر والكثير الغالب أن تتحقق النتائج والأرقام التي أظهرتها دراسة الجدوى التي تعد بصدق وأمانة وفق الأصول الفنية، فكانت دعوى الأمين الخسارة دعوى يكذبها الظاهر والكثير الغالب، بل يكذبه إقراره، فيكون في

مركز المدعي الذي يلزمه إقامة الدليل على أن عدم تحقق نتائج هذه الدراسة كان بسبب أجنبي أو بقوة قاهرة، فإن عجز عن هذا الإثبات كان ضامناً لموجودات المضاربة، أي رأس المال والربح المتحقق أو الربح المتوقع أو الذي أظهرته دراسة الجدوى.

ويؤكد ما ذكرناه من وجود التهمة إذا ادعى المضارب خلاف نتائج دراسة الجدوى التي قدمها، أن بعض الفقهاء يدخل هذا في باب التغيرير بالقول، لأن البنك قد قدم التمويل للأمين بناء على هذه الدراسة ولولاها ما أقدم البنك على التمويل، والتغيرير بالقول، عند هؤلاء كالتغيرير بالفعل بوجب الضمان، فلا أقل من أن يكون هذا التغيرير تهمة تنقل إلى المضارب عبء الإثبات.

وقد خالفني في ذلك بعض فقهاء العصر وأصروا على أنه لا أثر لدراسة الجدوى في مسؤولية الأمين، ونحن نوافقهم على ذلك ولكن في الحكم بعدم الضمان بناء على هذه الدراسة، ولكن لا نوافقهم عدم اعتبار هذه الدراسة قرينة بسيطة على كذب دعوى الأمين الخسران تلزمه بإثبات عكس ما توقعته الدراسة، وذلك على أساس أن المضارب أو الشريك في هذه الحالة يعد مدعياً تلزمه البينة لأنه يدعي خلاف الأصل والكثير الغالب الذي تؤكد أعراف التجارة، إذ أن الأصل والراجح والكثير الغالب مع هذه الدراسة التي جرى تقويمها من أهل الخبرة أن النشاط لا يخسر، فدعوى المضارب أو الشريك الخسران يكون على خلاف الأصل والغالب والكثير من الحالات التي لا تتخلف فيها دراسات الجدوى، إذ أن هذا التخلف يعد من باب النادر الذي لا حكم له.

كما وردت نصوص تؤيد لضمان الربح المتوقع ومنها:

جاء في شرح منتهى الإرادات - (6 / 341)

(وَلَا يُضْمَنُ رِيحٌ فَاتٌ) عَلَى مَالِكٍ (بِحَبْسِ) غَاصِبٍ (مَالِ تِجَارَةٍ) مُدَّةً يُمَكِّنُ أَنْ
يَزِيحَ فِيهَا إِذَا لَمْ يَتَّجِرْ فِيهِ غَاصِبٌ كَمَا لَوْ حَبَسَ عَبْدًا يُرِيدُ مَالِكُهُ أَنْ يُعَلِّمَهُ صِنَاعَةً مُدَّةً
يُمَكِّنُ تَعَلُّمَهَا فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا وُجُودَ لَهَا .

وعلى كل حال فالمسألة مطروحة للبحث وتبادل وجهات النظر والمطلوب هو تحقيق مقاصد الشريعة في حفظ الأموال من جهة الوجود ومن جهة العدم، وهذا المقصد المطلوب من الأمين الذي يستثمر مال غيره بإذنه بحصة شائعة من ربحه أو بأجر محدد.

اعتبار الأمين غاصبا إذا امتنع عن رد رأس المال في نهاية مدة المشاركة.

فرق الفقهاء بين يد الضمان كاليد الغاصبة، ويد الأمانة كالمضارب و الوكيل، وقرروا أن يد الأمين إذا تعدى تتقلب يدا غاصبة، والفرق بين يد الضمان ويد الأمانة، أن يد الضمان يضمن صاحبها هلاك وتلف المال في جميع الحالات ولو كان هذا الهلاك والتلف لسبب لا يد له فيه ولا يعفيه من الضمان إثبات أن سبب الهلاك هو القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذي يحال عليه الهلاك لأن الغصب نفسه تعد، لأنه وضع اليد على مال الغير بغير إذنه ومنعه منه بالقوة، أما يد الأمانة مثل يد المضارب والشريك المدير والوكيل في الاستثمار فإنها لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط أو مخالفة شروط العقد، وعند الاختلاف بين مالك المال وواضع اليد عليه تطبق قاعدة الإثبات الشرعية وهي أن البينة على المدعي وأن اليمين على من أنكر، وأن المدعي هو من يدعي أمرا يكذبه الأصل أو الظاهر أو الكثير الغالب وأن المدعي عليه بخلافه، والأصل والظاهر والكثير الغالب يشهد له عرف التجارة وعادات التجار كما تقدم.

وإذا امتنع الأمين عن رد الأمانة فإن يده تتقلب إلى يد ضمان فيضمن هلاك المال وتلفه وخسارته ولو كان هذا الهلاك والتلف لا يد له فيه ، ومن الموضوعات التي تستحق البحث والدراسة امتناع الأمين مضاربا كان أو شريكا مديرا أو وكيل استثمار عن رد رأس مال المشاركة والربح المتحقق أو المتوقع مدتها المتفق عليها، بناء على

التزامه بتتضيض هذه الموجودات لأنها الوسيلة إلى رد رأس المال الواجب لأن ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب إلا إذا إدعى الهلاك أو الخسارة فتطبق قاعدة الإثبات السابقة، فهل يعد امتناع الشريك بمعناه العام (المضارب- الشريك- الوكيل) تعدياً تتقلب به يده الأمانة إلى يد ضامنة؟

لقد رأيت بعض متأخري الحنابلة يقولون بذلك قياساً على من غصب داراً فلم يسكنها أو دابة فلم يركبها فإنه يغرم أجرتها لأنه فوت المنفعة على المالك، وقد قاسوا رأس مال التجارة على هذه الأصول فقالوا إن رأس المال أصل خصص للتجارة وتحصيل العائد فأشبهه الأرض والدار والدابة في ذلك.

وقد ذكر بعض فقهاء المالكية حكم ذلك في باب غصب الدراهم والدنانير التي خصصت للتجارة إذا إتجر بها الغاصب أم لم يتجر بها وإذا حقق ربحاً أو لم يحقق ربحاً.

جاء في الذخيرة للقرافي: قال : إذا قلنا يرد الغلة إذا غصب دراهم أو دنانير فربح فيها فثلاثة أقوال قال مالك وابن القاسم : لا شيء لك إلا رأس المال لتقرر الضمان عليه بالتصرف، استنفقها أو تجر فيها، وعن ابن حبيب : إن تجر فيها موسراً فله الربح لقبول ذمته للضمان أو معسراً فلك لعدم قبولها، كما في الولي يتجر في مال يتيمه، وعن ابن سحنون : لك ما كنت تتجر فيها أن لو كانت في يديك قال : وأستحسن أن تقسم المسألة أربعة أقسام : إن كنت لا تتجر فيها لو كانت في يدك ولم يتجر فيها الغاصب بل قضاها في دين أو أنفقها فراس المال لعدم تعيين تضييع ربح عليك، وإن كنت تتجر فيها ولم يتجر الغاصب : فلك ما كنت تربحه في تلك المدة لأنه حرمك إياه كما إذا أغلق الدار إلا أن يعلم أن التجارة في تلك المدة كانت غير مربحة، وإن كنت لا تتجر فيها وتجر فيها الغاصب وهو موسر بغيرها ولم يعامل لأجلها فالربح له لتقررها في ذمته بالتصرف وإن كان فقيراً عومل لأجلها فالربح لك لقوة شبهة تحصيل مالك للربح كالولد

في الحيوان وإن كنت تتجر فيها - وهو فقير - فعليه الأكثر مما ربح أو ما كنت تزيحه.²

إن مقاصد الشريعة في حفظ الأموال وعدم التعدي عليها تبرر مثل هذا الاجتهاد، وقد رأينا في العمل أن بعض عملاء المؤسسات يأخذون أموالا على سبيل المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار، ثم يمتنعون عن رد هذه الأموال للمؤسسة عند انتهاء مدة المشاركة، ويماطلون في الرد بدعاوى مختلفة، ثم نرى أن تجارتهم رائجة وتظهر ميزانياتهم أرباحا، وكأن رأس مال المضاربة هو الذي هلك أو خسر وحده، وتجده المؤسسة حرجا في طلب عائد المثل للمدة التي سوف المتعامل فيها خشية أن يكون هذا العائد ربا محرما.

ومن النتائج التي تترتب على اعتبار الشريك متعديا في حكم الغاصب بعدم رد رأس مال المشاركة إلى المؤسسة هو تحول حصة الشريك في موجودات المشاركة إلى دين مضمون في ذمة الأمين، ولو هلكت حصة الشريك في المشاركة بعد ذلك، وواضح أن هذا الحكم مما يقلل من مخاطر المشاركات بأنواعها المختلفة.

وفي هذه المسائل التي أعرضها لا أقدم رأيا نهائيا محددًا، بل أقدم تطويرا وابتكارا في صيغ المشاركة للبحث والاستبدال وصولا إلى اجتهاد جماعي في هذه المسائل، علنا نصل إلى هيكلية وأساليب وطرق لتقليل مخاطر المشاركات وإيجاد طرق تحوط ذاتي لهذه المخاطر.

وجوب التنضيق شرعا على الأمين الشريك مضاربا أو وكيل استثمار أو شريكا مديرا:

لا خلاف في أن مناط ضمان الأمين هو التعدي أو التفريط أو مخالفة شروط عقد المشاركة وأنه عند الخلاف بين رب المال والأمين عليه في التعدي وعدمه، فإنه يجب تطبيق المبدأ الشرعي في الإثبات وهو أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وقد رأينا بعض فقهاء العصر يحكمون بأن الأمين مضاربا أو شريكا مديرا أو وكيل استثمار، يعد مدعيا يلزمه الإثبات في دعوى الهلاك والخسارة لسبب لا يد له فيه، فإن

عجز عن هذا الإثبات كان ضامنا وأن رب المال يعد مدعى عليه لا يلزمه إلا اليمين، وذلك عملا بالأصل والظاهر والغالب الذي يؤكد العرف، إذ الأصل والظاهر والكثير والغالب هو سلامة رأس المال وعدم خسارته، والهلاك والخسارة أمر نادر، وخصوصا إذا لاحظنا ظروف العصر وأحوال الخلق من فشو الكذب والخيانة، وإذا أخذنا في الاعتبار دراسة الجدوى التي قدمها الأمين وذكر فيها أن نشاط المشاركة مريح وأن دراسة السوق والميزانيات والمراكز المالية السابقة للأمين تؤكد تحقق الربح، وأن الأمين قد منح فرصة لإثبات الهلاك والخسارة وأنها وقعت لسبب خارجي طارئ بعد إعداد هذه الدراسة والدخول في المشاركة لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي آثاره، وأنه عجز عن هذا الإثبات.

وقد ركز فقهاء العصر في إطفاء المشاركات على تعهد الأمين بشراء موجوداتها وذلك بالقيمة السوقية أو العادلة أو صافي القيمة أو بسعر السوق أو بما يتفق عليه رب المال والأمين ورفضوا التعهد بالشراء بالقيمة الإسمية وعدوه من باب ضمان الأمين لرأس مال المضاربة مع وجود الفارق بين ضمان الأمين بلفظ الضمان وبين التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية حيث إن الأخير لا يفيد رب المال في حال هلاك موجودات المضاربة لأنه لا يملك أن يستخدم خياره في إجبار الأمين على شراء موجودات يثبت عدم وجودها، لأن شراء المعدوم لا يجوز، فضلا عن أن رب المال لا يملك مطالبة الأمين بالشراء جبرا أي بالتنفيذ العيني بل له أن يعرض عليه الشراء فإن أبى فليس أمام رب المال إلا بيع موجودات المضاربة في السوق ويطالبه بالفارق إن وجد فالأمين يضمن الفرق فقط إن وجد وهذا يفترق عن ضمان الأمين لرأس المال المشروط في المشاركة، فإنه لازم له في جميع الحالات، بل إن فائدته لا تظهر واضحة إلا في حالة هلاك الموجودات. غير أن الفقهاء قد ذكروا أن الأصل في الأمين مضاربا كان أو وكيل استثمار أو شريكا مديرا الذي تسلم رأس مال لاستثماره بصيغة المشاركة محددة المدة، يجب عليه أن ينضض موجودات المشاركة في نهاية المدة ببيعها في السوق ورد رأس المال والربح المتحقق أو المتوقع لصاحبه، ما لم يدع هلاكا أو خسارة فيطبق مبدأ الإثبات السابق وبذلك لا نكون

بحاجة إلى الوعد بالشراء أصلاً، بل إن التتضيض واجب على الأمين كالمضارب، فإذا لم ينضض كان مخالفاً لشرط أو حكم من أحكام عقد المضاربة ويضمن بدل أو قيمة هذه الموجودات على الرأي الذي رجحناه، وليس رأس المال وحده كما يظهر من عبارات كتب الفقه الإسلامي.

ولا شك أن هذا الاجتهاد يقلل من مخاطر المشاركات، ويقلل من الحاجة إلى التعهد بالشراء بالقيمة الاسمية الذي ترفضه الهيئات الشرعية وتصر عليه البنوك التقليدية المشاركة في التمويل بالمشاركة (وخصوصاً صكوك المشاركة) بل وبعض البنوك الإسلامية.

هل كذب؟ وكيف وطرقه في توك ع اهي لأتاة

هناك قرائن تنقل عبء الإثبات من مالك المال إلى الأمين عليه، لأنها تضع الأمين في مركز المدعي الذي يدعي خلاف الظاهر وخلاف العرف والكثير الغالب. وهذه القرائن قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس، فيجوز للأمين أن يثبت عكس ما تفيد القرينة، أي إثبات أن الهلاك لم يكن بتعديه أو تفريطه، بل كان بسبب لا يد له فيه. فهنا ينتفي عمل القرينة وأثرها، لأن الشأن فيها أنها ليست قاطعة في الإثبات، بل شهادة على كذب الأمين في دعواه الهلاك دون تعد منه ولا تفريط، وبعبارة أخرى فإن القرينة تفيد الظن الراجح بكذب دعوى الأمين عدم التعدي، بحيث تكون دعواه على خلاف الذي تفيد هذه القرينة، وتكون القرينة شهادة لمالك المال ضد الأمين، وتضعه في جانب المدعي عليه.

ويعبر البعض عن هذا الدور الذي تلعبه القرينة بأنه نقل عبء الإثبات من مالك المال إلى الأمين عليه، إذ الأصل، كما يقول هذا البعض، أن الأمين لا يضمن إلا بالتعدي، وأنه مصدق في دعواه وأن القول قوله في دعوى أن الهلاك لم يكن بتعديه. والذي نراه أنه ليس هناك أصل، أي دليل من نص أو إجماع على أن الأمين مصدق في دعواه الهلاك والتلف دون تعديه، وأن القول قوله في جميع الحالات، بل إن الفقهاء اعتمدوا في ذلك على أن الأصل براءة نمة الأمين، وأنه يجب استصحاب هذا الحال.

والواقع أن هذا الأصل يمكن معارضته بأصل أقوى منه، ذلك أن الأمين قد حاز مال الغير بإذنه بيقين، وأنه يجب عليه رده إلى مالكه لقوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا"³، ولقوله عليه الصلاة والسلام "أد الأمانة إلى من ائتمنك"، ولقوله: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"، ولأن المال لا زال مملوكاً لصاحبه، وقد تقرر أن ما ثبت يقين لا يزول إلا بيقين مثله، وأنه لا يزول بمجرد دعوى الأمين الهلاك، ومن جهة أخرى فإنه إذا ثبت وجود المال عند قبض الأمين له فالأصل والظاهر بقاؤه، وأنه لا يهلك ولا يتلف ولا يلحقه الخسران، إلا نادراً والنادر لا حكم له.

وعلى سبيل المثال إذا ثبت بيقين أن المضارب قد تسلم رأس مال المضاربة وصار رأس المال موجودات، فهل يكون الأصل والكثير الغالب في الحياة العملية هلاك موجودات المضاربات وخسارتها وأنها لا تحقق أرباحاً على الدوام، ويبنى على ذلك أن القول قول كل مضارب في الهلاك والخسران، وأنه يصدق بمجرد دعواه هلاك موجودات المضاربة وخسارتها دون دليل، بحجة أن الأصل والظاهر والكثير الغالب في المضاربات أن تهلك موجوداتها وأن تحقق خسارة، وأنه في النادر اليسير تبقى هذه الموجودات وتحقق المضاربة أرباحاً، هذا غير متصور في الواقع، ولذلك لا نوافق على أن الأصل هو قبول دعوى الأمين في جميع الحالات، أي حتى إذا دلت القرائن على كذب دعواه لأنها جاءت على خلاف الأصل والظاهر والكثير الغالب.

والحق هو ما قلناه من أن ضمان الأمين يخضع لأصلين شرعيين، **أحدهما**: يحكم موضوع الضمان نفسه وهو أن التعدي والتفريط مناط الضمان، **وثانيهما**: متعلق بالإثبات، وهو أنه عند الاختلاف بين مالك المال والأمين عليه لا نحكم بأن القول قول الأمين وأنه مصدق على الإطلاق في دعواه، بل نطبق الأصل الشرعي في الإثبات، وهو أن البينة تكون على المدعي وأن اليمين تكون على المنكر أي المدعى عليه، فإذا كان الأمين مدعى عليه، لأن الأصل أو الظاهر يشهد على صدقه، فإنه لا يقضى عليه بالضمان إلا أن يقيم مالك المال الدليل على تعديه، وأما إذا كانت دعوى الأمين هلاك

المال دون تعديه على خلاف الأصل أو الظاهر أو العرف أو الكثير الغالب فإنه يكون مدعياً ويلزمه إقامة الدليل على عدم تعديه وإلا قضي عليه بالضمان، فلا يجوز إطلاق القول بأن القول قول الأمين وأنه مصدق دائماً في دعواه الهلاك والتلف والخسران في جميع الحالات، بل ذلك مشروط ومقيد بما إذا كان الأمين في مركز المدعى عليه، أما إذا كان الأمين في مركز المدعي، لأنه يدعي خلاف الظاهر والكثير الغالب الذي تفيده القرينة فإنه لا يصح القول مع وجود هذه القرينة بأنه مصدق وأن القول قوله.

فالصناع من طائفة الأمناء، ولم يحكم جمهور الفقهاء بأنهم مصدقون دائماً وأن القول قولهم في دعوى الهلاك والخسران في جميع الحالات، بل كانوا مصدقين وكان القول قولهم في عصر النبوة وبعده حتى عصر خلافة علي بن أبي طالب عليه السلام، لأنهم كانوا في مركز المدعى عليه، لأن دعواهم الهلاك دون تعد منهم شهد لها الظاهر والعرف والعادة والكثير الغالب فيهم في عهد عرفوا فيه بالصدق والأمانة وكانت الخيانة نادرة فيهم، ولم يصدقوا في دعواهم الهلاك دون تعد ولم يكن القول قولهم في خلافة علي عليه السلام فقد ضمنهم وقال "لا يصلح الناس إلا ذلك"، وألزمهم إذا أرادوا التخلص من الضمان أن يثبتوا واقعة الهلاك أولاً وأن هذا الهلاك لم يكن بتعديهم ثانياً وإلا ضمنوا.

هذه القرائن كما قلنا تقوي جانب مالك المال وتضعه في مركز المدعى عليه، وهي تمثل الظاهر الذي يشهد لدعواه، وتضع الأمين في مركز المدعي الذي يلزمه إقامة

البينة على أن هلاك ما تحت يده من مال لم يكن بسبب تعديه أو تفريطه، ولقد جرى على ألسنة الفقهاء أن هذه القرائن تكذب دعوى الأمين أن هلاك المال كان دون تعد ولا تفريط، وتلزمه بالضمان ما لم يثبت هذه الدعوى والمقصود هو أن القرينة ترجح جانب الكذب في دعوى الأمين، ولكنها لا تقطع بكذبها، ولذا جاز للأمين أن يبين خلاف ما تدل عليه القرينة فيبرأ من الضمان.

يقول القرافي: "قاعدة - في ضبط المدعي والمدعي عليه قال عليه الصلاة والسلام لو أعطي الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم وأموالهم لكن البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، فليس المدعي الطالب ولا المدعى عليه المطلوب، بل من كان قوله على خلاف أصل أو ظاهر فهو المدعي - وعليه البينة والظاهر ينقسم إلى العادة وظاهر الحال والقرائن الحالية والمقالية وكل ما أفاد ظن الصدق كمدعي شغل الذمة والأصل براءتها كولاية الانسان بريئاً من جميع الحقوق، ومدعي الرد وقد قبض ببينة، فالعادة تؤثر سوء الظن في الرد بغير بينة، وكمدعي انفاق مال المحجور فيما لا يشبه عادته، فهؤلاء مطلوبون وهم مدعون وعليهم البينة، ومن كان قوله على وفق أصل أو ظاهر فهو المدعى عليه ويصدق مع يمينه كخصوم هؤلاء المتقدمين، وبعبارة أخرى المدعى

عليه هو أرجح المتداعيين سببا والآخر المدعي وعلى هذه القاعدة تتخرج فروع التداعي في القراض وغيره"⁴

وهذه القرائن كما ذكرنا قرائن بسيطة تقبل إثبات العكس، فلمن قامت القرينة ضده أن يثبت عكسها، فإذا قامت التهمة في حق الأمين، أي تهمة التعدي والتفريط أو الخيانة، فإنه يصير مدعياً يلزمه هو إثبات دعواه أن هلاك المال لم يكن بتعديه ولا بتفريطه، فإن هو قام بهذا الإثبات برئت ذمته من الضمان. فهذه القرائن لا تصير يد الأمانة يد ضمان كما ذكر بعد الباحثين⁵، بل أن غاية ما تفيده هو أنها تنقل عبء الإثبات إلى الأمين نتيجة لأنها تضعه في مركز المدعي.

- وهذه القرائن غير محددة ولا محصورة في عدد معين، بل إن كل ما يقوي أو يشهد لدعوى أحد المتداعيين يعد قرينة تقوي جانبه وتشهد بصدق دعواه وتضعه في مركز المدعى عليه ويعفيه من البينة، ويضع خصمه في مركز المدعي الذي تلزمه إقامة البينة، على خلاف ما شهدت به القرينة.

- وهذه القرائن تخضع لظروف الزمان والمكان والأعراف والعادات ومستوى الالتزام بقيم وتعاليم الإسلام والوضع الاقتصادي والاجتماعي والنفسي وظروف السوق ونوع وطبيعة المال المؤتمن عليه، وسلوك الأمين وغير ذلك كما سنرى.

4 الذخيرة (ج 6 / ص 54)

5 د. نزيه حماد في بحثه بعنوان "مدى صحة تضمين الأمين بالشرط"

وقد أشار الفقهاء إلى بعض هذه القرائن وحكموا بأنها تقوي جانب مالك المال وتكون شاهدة لصدق دعواه ضد الأمين، وتضعه في مركز المدعى عليه الذي تشهد له هذه القرائن وتعفيه من إثبات دعواه على تعدي الأمين أو تقريطه، وتكذب أو توهن أو تضعف دعوى الأمين عدم التعدي أو التقريط، لأن دعواه تكون على خلاف الظاهر والغالب الذي تفيدُه القرينة، لأن القرينة تفيد صدق المالك وكذب الأمين وتفيد في ذلك ظناً راجحاً ولا تفيد يقيناً، وإلا لما استطاع الأمين أن يثبت عكس ما تدل عليه هذه القرينة.

جاء في كتاب الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف: ويرى المالكية أن يد الأمين إذا كانت على ما لا يغاب عليه فلا ضمان عليه عند التلف، وإن كانت على ما يغاب عليه فهو ضامن له إذا تلف إلا أن يقيم البينة على تلفه أو ضياعه بغير صنعه⁶

لهي بنخز بك جهمو

إذا ادعى الأمين، مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيل استثمار، الخسران، على خلاف نتائج دراسة الجدوى والدراسة السوقية - التي أعدها الأمين بنفسه وأقر نتائجها وفقاً للأصول الفنية لدراسات الجدوى والدراسة السوقية وتعهد بالمسئولية عنها - كان

6 الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ علي الخفيف ص 82

متهماً في دعوى الهلاك والخسران دون تعد أو تفريط، ذلك أن الأمين قد أقر في هذه الدراسة بأن النشاط الذي يستثمر فيه رأس مال المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار وفقاً لدراسة الجدوى يحقق أرباحاً متوقعة، ويستدل على ذلك ويؤكد بالدراسة السوقية أي بالعرف التجاري وما يجري عليه العمل في سوق الاستثمار، فيؤخذ بإقراره، وتكون دعواه الهلاك والخسران دون تعد منه على خلاف الظاهر من هذه الدراسة، ويلتزم هو بإقامة الدليل على أن نشاطه لم يحقق النتائج التي أظهرتها دراسة الجدوى لأسباب لا يد له فيها ولا قدرة له على توقعها أو تلافي آثارها، كنشوب حرب أو حصار بحري أو زلزال أو سيل أو حريق أو أزمة مالية طارئة وغير متوقعة، أو بسبب قوانين الجمارك أو الضرائب أو الاستيراد أو النقد أو العقوبات التجارية أو المقاطعة الاقتصادية، فإذا لم يقدم الدليل على أن الخسارة كانت من أجل هذه الأسباب ضمن رأس المال والربح المتوقع الذي أظهرته دراسة الجدوى، فالظاهر والكثير الغالب أن تتحقق النتائج والأرقام التي أظهرتها دراسة الجدوى التي تعد بصدق وأمانة وفق الأصول الفنية، فكانت دعوى الأمين الخسارة دعوى يكذبها الظاهر والكثير الغالب، بل يكذبه إقراره، فيكون في مركز المدعي الذي يلزمه إقامة الدليل على أن عدم تحقق نتائج هذه الدراسة كان بسبب أجنبي أو بقوة قاهرة، فإن عجز عن هذا الإثبات كان ضامناً لموجودات المضاربة، أي رأس المال والربح المتحقق أو الربح المتوقع أو الذي أظهرته دراسة الجدوى.

ويؤكد ما ذكرناه من وجود التهمة إذا ادعى المضارب خلاف نتائج دراسة الجدوى التي قدمها، أن بعض الفقهاء يدخل هذا في باب التغيرير بالقول، لأن البنك قد قدم التمويل للأمين بناء على هذه الدراسة ولولاها ما أقدم البنك على التمويل، والتغيرير بالقول، عند هؤلاء كالتغيرير بالفعل بوجب الضمان، فلا أقل من أن يكون هذا التغيرير تهمة تنقل إلى المضارب عبء الإثبات.

مسألة: حُرْمَةُ الْكُلِّ سُنْقَةً

يجب على جميع البنوك الإسلامية ألا تقصر فيما يجري عليه العمل في مؤسسات مالية إسلامية كثيرة، من اشتراط البنك على المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار أن يفتح حساباً مستقلاً لديه للمضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار، تقيد فيه جميع إيرادات ومصروفات المشروع أو النشاط الذي يستثمر فيه رأس المال. فهذه الحسابات وما اشتملت عليه من قيود محاسبية تعد قرينة تنقل عبء الإثبات إلى الأمين، مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيلاً في الاستثمار، وإلا ضمن رأس المال والربح المتوقع الذي أظهرته دراسة الجدوى وأكدته القيود المحاسبية.

هذا ويجوز للبنك أن يشترط في عقد المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار أن يكون له حق الاطلاع على حسابات المشروع وطلب جميع البيانات الضرورية عنه، ولا يعد هذا تدخلاً من رب المال في إدارة المضاربة بل طريقاً مشروعاً لمراقبة الأمين

للتأكد من تنفيذه لشروط وأحكام المضاربة، فإذا لم يمسك المضارب حسابات منتظمة للمشروع الذي استثمر فيه رأس مال المضاربة، كان ذلك الإهمال قرينة أو تهمة تنقل إليه عبء الإثبات وتوجب عليه الضمان إلا إذا أثبت أن هلاك موجودات المضاربة أو خسارتها كان بسبب لا يد له فيه، فعدم إمساك حسابات منظمة للمضاربة تهمة تكذب دعواه.

دعوى الهلاك أو الخسران على خلاف حسابات الأمين مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيلاً في الاستثمار، تورث تهمة كذبه وتضعه في مركز المدعي الذي تلزمه إقامة البينة، لأنه والحال كذلك يدعي خلاف الظاهر، إذ الظاهر أن الحسابات التي يمسكها الأمين تكون صحيحة فتكون حجة عليه، فإذا ادعى خسارة وأظهرت حساباته ربحاً كان كاذباً في دعواه ظاهراً، وعليه هو أن يفسر التناقض بين حساباته وبين الخسران الذي يدعيه مع تحديد وإثبات أسباب هذا الخسران، وإلا ضمن.

لك تخريفك على من خذجى لك سذعى لك الكى

إن تقارير التدقيق الداخلى والخارجى الشرعى والمالى على نشاط الأمين تعد قرينة ضد الأمين إذا ادعى الهلاك أو الخسران على خلاف نتائج هذه التقارير، لأن الظاهر صحة وسلامة ودقة هذه التقارير، وهذا الظاهر يشهد للمالك ضد الأمين ويضع الأمين في مركز المدعي الذي تلزمه البينة على عدم التعدي أو التفريط، وعليه هو أن يفسر

اختلاف نتائج نشاطه عما أظهرته هذه التقارير وأن الهلاك أو الخسران كان بسبب لا يد له فيه وإلا كان ضماناً.

ويجب على المؤسسات المالية الإسلامية أن تشترط على المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار أن يفتح حساباً مستقلاً لديها لمشروعه أو نشاطه الذي يموله البنك، وتلزمه بأن يأذن للبنك بإجراء تدقيق شرعي ومالي على حساباته، وأن يطلع على مثل هذه التقارير إن قام بها غيره، بحيث تكون نتائج هذه التقارير قرينة تكذب دعواه الهلاك والخسارة إذا جاءت هذه الدعوى على خلاف نتائج تقارير التدقيق،
وبعبارة أخرى فإن نتائج هذه التقارير تعد عنواناً للحقيقة والظاهر صحتها فتكون دعواه على خلاف الظاهر فيكون في مركز المدعي الذي يلزمه الدليل على عدم التعدي على موجودات المشروع أو التفريط في حفظها أو الخطأ في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها وإلا قضي عليه بالضمان، إن هذا النوع من التناقض أو التخالف بين دعواه وبين نتائج تقارير الرقابة والتدقيق يورث تهمة تكذب الأمين وتضعه في مركز المدعي وتنتقل إليه عبء إثبات خلاف ما تفيده هذه التقارير.

ومن المقرر أن اشتراط البنك على المضارب أو الشريك المدير أو الوكيل في الاستثمار، إمساك حسابات منتظمة للمشروع الذي يموله البنك، وأن يسمح للبنك بالاطلاع على هذه الحسابات وعلى تقارير التدقيق، أو أن يقوم البنك نفسه بهذا

التدقيق، لا يخالف مبدأ استقلال المضارب في إدارة المضاربة وفي اتخاذ القرارات الاستثمارية استقلاً، لأن هذا الشرط يكون لمراقبة حسن تنفيذ المضارب لشروط المضاربة، أما في المشاركة والوكالة في الاستثمار فلا خلاف في أن للموكل والشريك غير المدير أن يتدخل في الإدارة ويفرض القيود المناسبة على الشريك المدير والوكيل ويراقبه في أداء واجباته.

في نهي نكح جده على نكح ب

إن تقارير الجهات الرقابية، كالبنك المركزي ووزارة الاقتصاد وديوان المحاسبة تعد قرينة تنقل عبء الإثبات إلى الأمين وتضعه في مركز المدعي، إذا جاءت دعواه الهلاك أو الخسارة على خلاف نتائج ومضمون هذه التقارير، لأن دعواه في هذه الحالة تكون على خلاف الظاهر من نتائج هذه التقارير، فالبيانات والمعلومات التي تحصل عليها هذه الجهات تعد قرينة ظاهرة تلقي عبء الإثبات على الأمين، مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيلاً في الاستثمار إذا جاءت مخالفة لدعواه. وللبنوك الإسلامية أن تطلب نسخاً من هذه التقارير لتساعدها على التأكد من الشفافية والصدق لدى هؤلاء الأمانة. وهذا كله من دلالة الحال على صدق أو كذب أحد المتداعيين.

فقد جاء في الطرق الحكمية في السياسة الشرعية: "وَمِنْ ذَلِكَ أَنَّ جُمُهورَ الْفُقَهَاءِ

يَقُولُونَ فِي تَدَاعِي الزَّوْجَيْنِ وَالصَّانِعِينَ لِمَتَاعِ النِّبْتِ وَالدُّكَّانِ أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلٌ مِنْ يَدُلُّ الْحَالَ

على صدقه، والصحيح في هذه المسألة أنه لا عبرة باليد الحسيّة بل وجودها كعدمها ولو
اعتبرناها لأعتبرنا يد الخاطف لعمامة غيره وعلى رأسه عمامة وآخر خلفه حاسر
الرأس"7.

وقال اللخمي: "يختلف في القراض في سبعة مواضع ضياعه ورده وخساره وجزء
الريح والذي ربحه وقدر رأس المال، وهل هو بضاعة أو قراض أو قرض، وفي الصحة
والفساد، ... ويصدق في الخسارة لأجل السراق - إن أتى بما يعضد السرقة من القافلة
أو الضيعة بما يشبهه، ويصدق في الربح فيما يقوله أهل تلك الصنعة وما يشبهه دون
غيره"8.

الالتزام الأدبي أو الأخلاقي بالضمان

هناك حالتان يجب بيان حكمهما:

أولهما: إذا ما طاع المتعامل شريك المؤسسة بتحمل الخسارة أو نقص الربح الفعلي عن
الربح الذي قررته دراسة الجدوى أو توقعه طرفا المشاركة وكان ذلك بعد تنضيق
موجودات المشاركة والمحاسبة وعند قسمة الربح دون أن يكون هناك شرط سابق على
شريك المؤسسة بالضمان.

7 الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ج 1 ص 31

8 الذخيرة ج 6 ص 53

والذي أراه أن تطوع شريك المؤسسة بالضمان في هذه الحالة لا يشكل مخالفة شرعية لأن لكل طرف أن يتطوع بدفع ماله إلى غيره، وفي نظري أن هذه الحالة لا تشكل ضماناً بالمعنى الفني الدقيق ولكنها تعد تبرعاً محضاً يأخذ أحكام التبرع.

وثانيهما: حالة ما إذا خلا عقد المشاركة من شرط الضمان على شريك المؤسسة ثم طاع شريك المؤسسة بالضمان بأن اشترطه على نفسه من طرف واحد، أو اتفق عليه مع المؤسسة بمحض إرادته، وقد أجازته بعض المالكية وهو ما تقبله مبادئ المذاهب الأخرى إذ أن الممنوع شرعاً هو اشتغال عقد المشاركة (مضاربة أو شركة أو وكالة استثمار) على شرط ينافي مقتضاه، وهو ضمان شريك المؤسسة والذي أراه هو جواز هذا التطوع وبعد لازماً لشريك المؤسسة حسب مذهب المالكية بأن التبرع أو التطوع يلزم بالقول

جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - (14 / 31)

(قَوْلُهُ لَا يَقْبَدُ الشَّرْطُ) أَي فَإِذَا تَبَرَّعَ أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ فِي صُلْبِ عَقْدِ الشَّرْكَةِ بِالْأَلَةِ كَثِيرَةٍ لَهَا بَالٌ أَوْ اشْتَرَطَ أَحَدُهُمَا عَلَى صَاحِبِهِ فَإِنَّ الشَّرْكَةَ تَكُونُ فَاسِدَةً ، وَأَمَّا إِذَا تَطَوَّعَ أَحَدُهُمَا بِالْأَلَةِ الْكَثِيرَةِ بَعْدَ الْعَقْدِ فَقَالَ ابْنُ رُشْدٍ بِمَنْعِهِ وَأَقْرَهُ أَبُو الْحَسَنِ بِنَاءً عَلَى أَنَّ شِرْكَةَ الْأَبْدَانِ لَا تَلْزَمُ بِالْعَقْدِ وَإِنَّمَا تَلْزَمُ بِالشَّرْوعِ ، أَمَّا عَلَى أَنَّهَا تَلْزَمُ بِالْعَقْدِ فَيَجُوزُ وَاسْتَنْظَرَهُ ح أَنْظُرَ .

وقد يعترض بعض فقهاء العصر على شرعية هذا التطوع ويرونه غير صحيح وغير ملزم سداً لذريعة التواطؤ بين المؤسسة وشريكها، وهذا مردود عليه في نظري لأن الحقيقة أن عقد المشاركة قد وقع فعلاً قبل التطوع بالضمان وكان بوسع شريك المؤسسة عدم التطوع، ما لم يثبت أن هناك إكراهاً قد مورس على إرادة الشريك حتى يتطوع بالضمان بعد الدخول في عقد المشاركة.

وقد وافق مجلس المعايير الشرعية على أن الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط أو مخالفة شروط الوكالة، ومع ذلك نص المعيار على جواز أن يضمن أو يكفل الوكيل من يتعامل معهم في الديون التي تترتب على هذه المعاملة إذا كانت هذه الكفالة بورقة مستقلة وليست شرطاً في عقد الوكالة.

وجاء في معيار الشركة أنه لا يجوز شرط مبلغ محدد للشريك في شركة العقد، لأنه شرط يقطع الشركة في الربح، ومع ذلك جاز تعيين الشريك للقيام بعمل للشركة كالمحاسبة بأجرة معلومة إذا كان ذلك بعقد إجارة أو عمل مستقل عن عقد المشاركة.

وهكذا فإن احترام حرية المكلف تقتضي أن العقد الذي دخل فيه دون شرط لا تجيز الشريعة اقتران العقد به، يجوز له بعد التوقيع على هذا العقد خالياً من الشرط أن يطوع بهذا الشرط بعد ذلك إذ المانع هو اقتران العقد بالشرط لأنه يخل بالتعادل الذي قرره

الشرع للعقود وما يترتب عليها من آثار هي حقوق وواجبات، والضابط في ذلك يجب أن يكون دائماً هو حرية واستقلال الإرادة.

ومذهب الشافعية هو الاعتماد في تفسير العقود على الظاهر الذي كلفنا الله به دون القصد التي لا اطلاع لنا عليها لأنها تركت للحكم عليها في الدار الآخرة، لأننا نكلف بالمقدور وهو الظاهر ولا نكلف بما هو مستور في القلوب والضمان، ولذلك حكم الشافعي بصحة بيع العنب لصاحب مصنع خمور وبيع السيف في زمن الفتنة إذا لم يذكر الغرض والهدف الباعث على التعاقد وهو استعمال العنب والسيف في صلب العقد بنفسه، وحتى إذا كانت هناك قرائن على هذا القصد إلا أن هذه القرائن لا تعد ركناً ولا شرطاً في هذا العقد يحكم عليه بالبطلان بسبب اقترانه به.

ويبقى أن نذكر كلمة عما قد يتبادر إلى الذهن من معاني ما يسمى بالضمان الأخلاقي أو الأدبي، إن هذا الضمان ليس عقدياً، لا شرطاً في العقد ولا شرطاً تالياً له واجب النفاذ، بل إنه يتعلق بأخلاق شريك المؤسسة والتزامه الأدبي نحوها، وهذا يقرب مما ذكرناه من الواجب الديني لأن الأخلاق جزء من الدين، ولا مانع من أن يضمن شريك المؤسسة للمؤسسة كل خسارة تحدث أو حتى ربحاً متوقعا لم يتحقق طالما أنه ليس ملزماً بشرط مقترن بالعقد ولا بتعهد حر بعده، وبعبارة أخرى فإن هذا التطوع جائز شرعاً وهو على حد قول بعض المالكية بر ومعروف وفضل يدخل تحت قوله تعالى : **وَلَا**

تَسْأَلُوا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ إِنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ وصيغة هذا الواجب الأخلاقي أو الأدبي أنه متروك لتقدير شريك المؤسسة ومدى تقديره لظروف الحال فقد يتأكد لديه أن ضرراً ما قد وقع على المؤسسة وأن الواجب الأخلاقي يقتضي منه المساهمة في تعويض المؤسسة عن هذا الضرر الذي لحق بها ولو لم يلزمه عقد المشاركة بذلك، فهذا الضمان متروك لضمير الكلف حسب ما يظهر له من جميع ظروف المعاملة وما تقتضيه العدالة في التعامل.

الخلاصة:

هناك طرق كثيرة تحقق الحماية والأمان في المشاركات وتقلل مخاطرها إلى الحد الأدنى من المخاطر المطلوب لمشروعية المشاركة، والذي يدل عليه مبدأ الغنم بالغرم والخراج بالضمان، وهذه الآليات تتخذ على مراحل:

- 1- مرحلة التعاقد والدخول مع المتعامل في المشاركة وفيها يجب أن يتضمن العقد بند ينص على أن المتعامل قد قدم دراسة جدوى معتمدة على دراسة سوقية وعلى خبراته السابقة وأنه مسئول عن نتائج هذه الدراسة. كما يجب النص على وجوب إمساك حسابات منتظمة وأن للمؤسسة حق الاطلاع والتدقيق على هذه الحسابات.

2- مرحلة ممارسة النشاط، يمكن تعيين مندوب عن المؤسسة في محل إدارة الشريك أو الوكيل، كما يمكن طلب بيانات ومعلومات والتدقيق على الحسابات إذا نص على ذلك كله في عقد المشاركة.

3- الاحتياطات، يجب عمل احتياطات تخصم من أرباح المشاركات (المضاربة والوكالة في الاستثمار والشركة) حتى إذا ما قلت الأرباح المتحققة عن الأرباح المتوقعة أمكن أخذ بعض المبالغ من هذا الحساب لضمها للأرباح الموزعة وبذلك تستطيع المؤسسة أن تحسب وتوزع أرباح المشاركات على نفس النسق الذي تفعله مع عقود التمويل التي يتحدد فيها الربح عند توقيع العقد.

الفصل الثالث: المعالجة الشرعية والقانونية لإخفاقات الصكوك

تمهيد:

أولاً: حيث إن الصكوك وعقودها الشرعية معاملة إسلامية، تطبق عليها قواعد وأحكام الشريعة الإسلامية، فإن حكمها القانوني هو حكمها الشرعي، ولذلك فإن معالجة الإخفاقات الشرعية هي نفسها معالجتها القانونية.

ثانياً: المقصود بإخفاقات الصكوك هو ما يلحق بحملة الصكوك من ضرر وخيبة أمل بسبب عدم التزام مصدر الصكوك بشروط وأحكام العقود (مستندات الصكوك) وكذلك بسبب عدم استجابة مصدر الصكوك لطلب حملة الصكوك أو من يمثلهم بتنفيذ الوعد بالشراء حين تحقق ما يعطي لحملة الصكوك خيار تنفيذ الوعد. وبذلك نصل إلى أن حالات إخفاقات الصكوك يمكن تلخيصها في حالتين:
الحالة الأولى: الإخفاق بسبب عدم التزام مصدر الصكوك بشروط وأحكام العقود (مستندات الصكوك).

الحالة الثانية: الإخفاق بسبب عدم استجابة مصدر الصكوك لطلب حملة الصكوك أو من يمثلهم بتنفيذ الوعد بالشراء.

المبحث الأول: فيما إذا كان الإخفاق بسبب عدم التزام مصدر الصكوك بشروط وأحكام العقود (مستندات الصكوك).

مصدر الصكوك كما ذكرنا سابقا هو المستخدم لحصيلة إصدار الصكوك وهو بالنظر إلى أنواع الصكوك يكون كالتالي:

مصدر الصكوك في صكوك المضاربة يكون مضاربا.

مصدر صكوك الوكالة في الاستثمار هو الوكيل.

مصدر الصكوك في صكوك المشاركة يكون شريكا مديرا.

مصدر الصكوك في صكوك المرابحة يكون مشتريا

مصدرا الصكوك في صكوك الإجارة يكون مستأجرا

ومصدر الصكوك في الاستصناع يكون صناعا

ومصدر الصكوك في السلم يكون بائعا سلما

وإذا تبين من هو مصدر الصكوك في كل نوع من أنواع الصكوك، فإن المصدر

يكون ملتزما بشروط وأحكام العقد الذي التزم به بدخوله فيه. فالمضارب يكون

ملتزما بشروط وأحكام عقد المضاربة، والشريك المدير يكون ملتزما بشروط وأحكام

عقد المشاركة واتفاقية الإدارة، والمشتري مرابحة يكون ملتزما بشروط وأحكام عقد

بيع المرابحة، والمستأجر يكون ملتزما بشروط وأحكام عقد الإجارة، وكذلك غيرهم.

ثم يمكن تقسيم عدم الالتزام بشروط وأحكام العقود (مستندات الصكوك) إلى قسمين،

القسم الأول: التعدي على موجودات الصكوك والتقصير في المحافظة عليها، كأن يتعدى المضارب على موجودات المضاربة، أو أن يتعدى الشريك المدير على موجودات المشاركة، أو أن يتعدى المستأجر على الأصل المؤجر.

القسم الثاني: عدم الوفاء بالالتزامات المترتبة على عقود إصدار الصكوك، مثل دفع الربح المتحقق في صكوك المضاربة، ومثل دفع الربح المتحقق في صكوك المشاركة، ومثل دفع الأجرات المتفق عليها في صكوك الإجارة ومثل دفع أقساط ثمن المرابحة في صكوك المرابحة، ومثل تسليم العين المصنوعة في صكوك الاستصناع والسلعة المسلم فيها في صكوك السلم. إلى غير ذلك من الالتزامات الشرعية التي تستوجبها العقود.

والمعالجة الشرعية في كل من الصور المذكورة أعلاه وما شابهها، وما سواها يكون بتطبيق الأحكام الشرعية الخاصة بتلك الصورة.

فعلى سبيل المثال:

أ- إذا تعدى المضارب في موجودات المضاربة، أو تخلف في تسليم الربح المتحقق في تاريخ توزيع الأرباح، أو لم يتم بتنضيض المضاربة في وقت التنضيض المتفق عليه، فإنه يجوز لحملة الصكوك بصفتهم أرباب المال في عملية المضاربة أو من يمثلهم، إنهاء المضاربة ومطالبة المضارب أي مصدر الصكوك بأن يرد رأس المال والربح المتحقق.

ب- وفي صكوك الإجارة إذا لم يدفع المستأجر (مصدر الصكوك) الأجرة حسب الجدول المتفق عليه في العقد، فإنه يجوز للمؤجر (حملة الصكوك) أن يفسخ عقد الإجارة وأن يسترد العين المؤجرة لأنها مملوكة له، وأن يبقى كل ما أخذه من أجرة ثابتة ومتغيرة، ويجوز له أيضا أن يستعمل حق الخيار الذي

استحققه بموجب الوعد بالشراء الصادر من قبل المستأجر، ويطلب منه شراء العين المؤجرة، مقابل الرصيد الباقي من الأجرة مضافاً إليه الأضرار الفعلية التي لحقت به بسبب إنهاء الإجارة.

ت- وفي صكوك المرابحة إذا تخلف المشتري في دفع أي من الأقساط فإن جميع الأقساط تحل عليه دفعة واحدة، وسوف يحق لحملة الصكوك مطالبة المشتري (مصدر الصكوك) بأن يدفع مجموع الأقساط المستحقة.

ث- وفي صكوك السلم إذا لم يدفع البائع سلماً (مصدر الصكوك) قسط السلعة التي هي دين في ذمته حسب الجدول المتفق عليه، فإن جميع الأقساط تحل عليه دفعة واحدة ويحق لحملة الصكوك (المشتريين سلماً) أن يطالبوه بها. وذلك بجانب التعويضات الأخرى عن الأضرار الفعلية التي لحقت بحملة الصكوك.

وأما إذا كان الإخفاق بسبب يعود إلى عدم قيام المصدر بإطفاء صكوك الاستثمار فإن الحكم الشرعي في عقود الاستثمار أنه إذا انتهت مدة المضاربة أو الوكالة في الاستثمار أو المشاركة، وحين موعد إطفاء الصكوك، ورد رأس المال مع ربحه من مدير الصكوك إلى حملة الصكوك، فإن مدير الصكوك مضارباً أو شريكاً مديراً أو وكيل استثمار ملتزم شرعاً بتتضيض (تسييل) موجودات الصكوك في نهاية مدتها، ببيعها للغير أو شرائها لنفسه حسب الضوابط الشرعية لشراء المضارب الأمين ما تحت يده من مال الأمانة (أي بدون وعد منه بالشراء) حتى يرد رأس المال والربح المتحقق حسب شروط عقد المضاربة أو المشاركة أو الوكالة محددة المدة عند المالكية، وهذا هو الوضع المعتاد، وبالطبع فإنه يبيع بسعر السوق وبذلك لا نحتاج إلى تعهد مدير الصكوك بالشراء أصلاً، لأنه ملتزم بحكم الشرع بتسييل موجودات المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في نهاية المدة المتفق عليها، وذلك بالبيع بسعر المثل، أي بالقيمة السوقية للغير، أي لطرف

ثالث أو لنفسه حسب رأي جمهور الفقهاء الذين يجوزون للمضارب شراء بضاعة المضاربة.

ومن الأصول الشرعية المسلمة أن متلقي حصيلة إصدار الصكوك، أي مستخدميها مضارباً كان أو شريكاً مديراً أو وكيلاً استثمارياً (مدير الصكوك) يلزمه شرعاً رد هذه الحصيلة، أي رأس مال المضاربة أو المشاركة أو الوكالة في الاستثمار بالإضافة إلى الربح المتحقق ما لم يدع هلاك موجودات الصكوك، فيلزمه أن يقيم الدليل على وقوع هذا الهلاك أو التلف أو الخسارة، وعلى أنه كان بسبب لا يد له فيه ولا قدرة له على توقعه أو تلافي أثاره، أي يثبت أن الهلاك وما معه لم يكن بسبب تعديه على موجودات الصكوك، ولا تقصيره في حفظها ولا خطؤه في اتخاذ القرارات الاستثمارية بشأنها، فإن عجز عن هذا الإثبات لزمه ضمان الهلاك الكلي أو الجزئي أو الخسارة، أي لزمه رد رأس المال كاملاً لحملة الصكوك.

المبحث الثاني: فيما إذا كان الإخفاق بسبب عدم استجابة مصدر الصكوك لطلب حملة الصكوك أو من يمثلهم بتنفيذ الوعد.

وتفصيل ذلك أن في عدد من أنواع الصكوك يعطي المصدر وعدا بالشراء لصالح حملة الصكوك، ويكون هذا الوعد مرتبطاً بشروط معينة، فإذا تحققت الشروط يتحقق للمستفيد من الوعد خيار مطالبة الواعد بأن يشتري ما وعد بشرائه تنفيذاً لوعده وذلك بالثمن الذي وعد بالشراء مقابله.

فعلى سبيل المثال، قد يعطي المستأجر في الإجارة المنتهية بالتمليك وعدا بالشراء من المؤجر إذا وقعت حالة من حالات مخالفة شروط وأحكام عقد الإجارة، وقد يعطي المستأجر وعدا بالشراء من المؤجر عند انتهاء مدة الإجارة بنجاح ودفع جميع أقساط الأجرة المستحقة، وذلك إذا كانت الأجرة لا تشمل العنصر الثابت.

وكذلك يعطي المضارب وعدا بشراء موجودات المضاربة لنفسه إذا وقعت حالة من حالات الإخلال المذكورة في العقد، وقد يعطي وعدا بشراء موجودات المضاربة عند انتهاء مدة المضاربة.

وقد يكون الوعد بالشراء بالقيمة الاسمية، وقد يكون بغيرها مثل القيمة العادلة، أو صافي القيمة، أو سعر السوق أو ما يتم الاتفاق عليه عند إتمام البيع.

فإذا تحققت الشروط التي بتحققها يحصل المستفيد على خيار تنفيذ الوعد وطالب فعلا بتنفيذه، إلا أن الواعد لم يستجب لطلبه وأبى أن ينفذ الوعد، فحينئذ يؤخذ في الاعتبار مايلي:

1. حملة الصكوك يملكون موجودات الصكوك التي اشترت بحصيلة إصدارها صكوكهم، وقد تقدم أن الصك الشرعي يمثل حصصاً متساوية القيمة في ملكية أصول مالية قائمة، كما في صكوك الأعيان المؤجرة أو تشتري بحصيلة إصداره، كما صكوك المضاربة والوكالة، ولا يمثل ديناً بفائدة في ذمة مصدره لحامله وبذلك يختلف الصك الشرعي عن سند القرض بفائدة الذي يمثل عند إصداره، ديناً بفائدة في ذمة مصدره كاملاً. والملكية التي يمثلها الصك الشرعي يجب أن تكون ملكية حقيقية وليست صورية. والملكية الحقيقية تعني أن يكون لهم كامل الحق في بيع الموجودات المملوكة والتصرف فيها.

2. إذا كان المصدر قد وعد بالشراء فإن هذا الوعد يلزمه وحده ولكن ليس بالتنفيذ

العيني، وإنما بالتنفيذ بالمقابل، أي أن ذلك الوعد يعطي للمستفيد (عند رفض

الواعد بتنفيذ الوعد) حق بيع الموجودات (موضوع الوعد) في السوق، ومن ثم

مطالبة الواعد بدفع الفرق بين ثمن البيع في السوق وبين تكلفة الصكوك، أو
ثمن البيع المذكور في الوعد. فمثلا إذا كان ثمن الوعد في صكوك الإجارة
المبلغ الذي يساوي مبالغ مجموع الأجرة الثابتة الباقية، فإن لحملة الصكوك أن
يطالبوا المصدر الفرق بين ذلك المبلغ وبين الثمن الذي بيعت به العين المؤجرة
في السوق. (وبالله التوفيق).