ضمان البنك للمخاطر الناشئة عن سوء استخدام أموال العملاء وتعويضهم عن الأضرار الناجمة

بحث مقدم

للدورة الثانية والعشرين لمجمع الفقه الإسلامي الدولي

المزمع عقده في يناير ٢٠١٥م

دكتـــور

شوقي أحمد دنيا

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة:

موضوع البحث قد يبدو من الوهلة الأولى أنه في غير حاجة إلى بحث، إذ من المقرر شرعاً أن يد الأمين، والذي يمثله البنك في موضوعنا، لا تضمن إلا في حالة التقصير والتعدي، أي في حالة سوء استثمار ما تحت يده من أموال إن كان مضارباً. بيد أن التأمل في الموضوع يكشف أن له من الجوانب والمسائل الشائكة التي تحتاج مزيداً من النظر والبحث المتروى وبخاصة في ضوء المستجدات المتسارعة التي تشكل البيئة التي يجري فيها التمويل الإسلامي المعاصر، الأمر الذي جعل أمانة المجمع الموقر تطرحه على بساط البحث وتلاقح الآراء والأفكار. وتجدر الإشارة إلى أن هذا الموضوع وإن كان موضوعاً واحداً إلا أنه ذو وجهين؛ وجه فقهي ووجه اقتصادي. وعلى الباحث أن يراعي هذين البعدين حتى يأتي بحثه متكاملاً.

وجزي الله أمانة المجمع خيراً على ما قدمته من نقاط جوهرية ينبغي على الباحث أن يغطيها، وأن يضيف عليها ما يراه جديراً بالمعالجة. وتنتظم هذه الورقة على تلك المحاور:

١. البعد الاقتصادي في الموضوع.
٢. فلسفة التمويل الإسلامي وأهم قواعده وأصوله.
٣. صيغ التمويل الإسلامي وموقع المضاربة بينها.
٤. البنك بين الأمانة والضمان.
٥. الأسباب التي تحيل البنك من أمين لضامن.
٦. على من يقع عبء إثبات سوء الاستثمار من عدمه.
٧. الأضرار التي يضمنها البنك المسيء للاستثمار.
٨. الجهة المنوط بها تحديد المسئولية وعلى من تقع.
٩. الخاتمة.

البعد الاقتصادي

في قضية ضمان البنك عن إساءته في استخدام الأموال

المقصود من هذه الفقرة دفع ما قد يتبادر إلى ذهن البعض من أن قضية ضمان البنك أو عدم ضمانه هي قضية فقهية قانونية فحسب، والحق أنها بجوار ذلك قضية اقتصادية بالدرجة الأولى، ويكفي أنها تتعامل داخل صميم الواقع الاقتصادي، ممثلاً في الأعمال التمويلية والاستثمارية. ويكفي أن ندرك أن كل المتغيرات الاقتصادية ذات الأهمية الكبيرة تتوقف على تلك الأنشطة والأعمال، فلا إنتاج دون توفر متطلبه الأساس المتمثل في التمويل[١]. وإذا لم تتوفر للمشروع الاستثماري، أيًّا كان مجاله، وأيًّا كان حجمه، مصادر تمويلية كفئة فلن يكتب له الوجود، وإذا وجد فسرعان ما يفشل ويزول.

وأن ندرك أن على الممول دوراً بارزاً في الحياة الاقتصادية خاصة والاجتماعية عامة، وعليه أن يقوم بهذا الدور بكل فاعلية، من خلال توظيفه لما لديه من أموال، إما بنفسه وإما بدفعها إلى من يوظفها ويحسن استغلالها. وحتى يقوم بهذا الدور المهم، له، إن لم يكن عليه، أن يحتاط بكل ما هو متاح من وسائل للحفاظ على ماله، وأن يتحوط له ضد المخاطر العديدة والمتنوعة التي تحيط بالنشاط الإنتاجي من كل جانب[٢]. وبتحقيق ذلك للممول إلى الحد المعهود نزيل منه هاجس الخوف القاتل على ماله، والذي إذا وجد فلن يقدم على الاستثمار بنفسه أو عن طريق غيره، ومن المهم كذلك إدراك أن المستثمر الذي يتولى توظيف الأموال وتشغيلها من خلال المشروعات الاستثمارية المختلفة يؤدي هو الآخر دوراً اقتصاديًّا بالغ الأهمية. وقد ذهبت بعض المدارس الاقتصادية إلى اعتباره محور التنمية ومحركها، وعلى اكتافه تتقدم الدول. وقد يمتلك هذا الشخص قدرات استثمارية هائلة لكن تعوزه الأموال التي تمكنه من توظيف هذه القدرات، وهنا تأتي أهمية عملية التمويل.

---

(١) د. شوقي دنيا، الاقتصاد الإسلامي . أصول ومبادئ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠١٢م.

(٢) يتعرض النشاط الاقتصادي وخاصة منه التمويلي للعديد من المخاطر، فيها المخاطر الأخلاقية والمخاطر الائتمانية ومخاطر التضخم والمخاطر السوقية.. الخ. ينظر د. عبد الستار أبو غدة، أساليب حماية رأس المال، مجلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، العدد ٣٢٨، د. أحمد علي عبد الله، التحوطات البديلة عن الضمان في المشاركات والصكوك الاستثمارية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٢٢.

وهذا المستثمر، الذي يمثل أحد ركني عملية التمويل، حتى يقوم بدوره له مطالب يجب أن تلبي بالشكل الذي يجعله يقبل على عمله بهمة ونشاط، بل واندفاع حميد، وهو بالطبع ينزع إلى تقليل الأعباء التمويلية الملقاة على عاتقه قدر الإمكان، سواء من خلال مدى مسئوليته عما تحت يده من أموال أو من خلال ما يتحمله للممول من عوائد على هذه الأموال. ويتمني أن لو زال عنه كل عبء وتجنب كل مسئولية. وبالطبع فإنه لن يجاب إلى كل مطالبه تلك، وإلا فهو بذلك يظلم الطرف الثاني، ومن ثم تتوقف العملية التمويلية عاجلاً أو آجلاً. لكنه لا يحرم من تلبية كل مطالبه، وإلا فلن يقدم على طلب الأموال من الغير. وكفاءة نظام التمويل تتجسد في الوقوف عند نقطة التوازن بين الطرفين، والتي تحقق لهما معاً أقصى قدر ممكن من الطلبات والاحتياجات. والتي عندها لا يشعر أحد طرفي عملية التمويل أنه في موقف غبن وظلم من الطرف الثاني.

والسؤال المهم الذي يطرح نفسه هنا ونحن بصدد تنزيل هذا الكلام على قضية ضمان البنك كأحد طرفي عملية التمويل ممثلاً المستثمر عن اساءة استخدام الأموال ومسئوليته عن التعويض الناجم عن ذلك هو: هل من الناحية التطبيقية توجد مشكلة فعلية بهذا الشأن؟ بعبارة أخرى، هل هناك عملياً إساءة في استخدام الأموال من قبل البنوك الإسلامية؟ وإذا كانت، فما أحجامها؟ وما أكثر مجالات وقوعها؟ وما هي الآثار السلبية التي نجمت عنها؟ وكيف تمت المواجهة العملية لتلك المشكلة؟ وما مقدار النجاح في مواجهتها؟

أسئلة عديدة نجد من المهم إن لم يكن من الضروري أن توجد إجابات واضحة حيالها. وكم كان يوَّد الكاتب أن لو أتيحت له المعلومات الموثقة التي تمكنه من الإجابة على تلك التساؤلات. لكنه . مع بذل الجهد الممكن . لم يتمكن من الحصول والوصول إلى تلك المعلومات. وكم كان يود أن لو كان هناك تكليف من أمانة المجمع لبعض الباحثين ممن لهم احتكاك مباشر وعملي بهذه القضية بالكتابة في هذا الشق العملي، حتى تتضح أبعاد هذه المشكلة عملياً وليس فقط نظرياً. ومن الناحية النظرية والاستنتاج النظري فإننا لا نستبعد وقوع هذا التصرف السيء من البنك، في ظل ضعف الوازع الديني لدي البعض، وفي ظل الاندفاع المحموم نحو تحقيق أقصى العوائد والأرباح. وفي سبيل ذلك قد يتعدى البنك ويسيء استخدام الأموال، إن بالإهمال والتقصير أو بالتعدى والتجاوز عن الشروط والأصول المهنية المعروفة والحاكمة في هذا المجال. ولا شك أن ذلك السلوك بما يجلبه

من منازعات وتوقف للاستثمارات يلحق أبلغ الأضرار بالوضع الاقتصادي للبلد الذي تظهر وتكثر فيه مثل تلك التصرفات. فتلحق به ضعفاً على ضعف وتخلفاً فوق تخلف، وكلنا يعلم أن الوضع الاقتصادي السائد والغالب في عالمنا الإسلامي المعاصر هو وضع التخلف الاقتصادي والذي لا يمكن التخلص منه في ظل أزمات مالية تحيط به.

ومن هنا كان التلاعب في هذا المجال جد خطير على المستوى الاقتصادي، وليس فقط على المستوى الفقهي والقانوني. وبالتالي تجيئ أهمية إدراج هذا الموضوع كمحور مستقل على جدول أعمال الدورة الحالية للمجمع، وعسى أن نصل فيه من خلال البحث وتلاقح الأفكار في المداخلات على موقف يحقق لنا ما نصبو إليه من تقدم اقتصادي في ظل حفاظنا على الأحكام الشرعية التي تضبط هذا الموضوع.

التمويل الإسلامي ـ أصوله وفلسفته

الكلام عن ضمان البنك الإسلامي في حال إساءته استثمار أموال عملائه هو كلام في جزئية فرعية من موضوع كلي كبير. وينبغي عند الحديث عن هذه الجزئية ومثلها استحضار التمويل الإسلامي وفلسفته وأصوله، وإذا أردنا مزيداً من التأصيل فعلينا أن ندرك أن التمويل الإسلامي بدوره ما هو إلا فرع من فروع عديدة لشجرة الاقتصاد الإسلامي، ومن ثم فإنه عند البحث في التمويل الإسلامي يجب استحضار شجرة الاقتصاد الإسلامي بجذورها وساقها وفروعها. وإذا شئنا الوصول إلى نقطة الأصل فعلينا أن ندرك أن الاقتصاد الإسلامي إن هو إلا نظام أو قطاع من العديد من الأنظمة الإسلامية المنبثقة من الشريعة. ومن يعي ذلك يدرك مدى الاتساق الممتد على كل أبعاد الشريعة الإسلامية الرأسية والأفقية، فلا شذوذ ولا تضارب وعلى سبيل المثال نجد قاعدة العدل قد تكون أهم قاعدة حاكمة للتشريع الإسلامي من أقصاه إلى أقصاه. وبنص آية سورة الحديد فإن الرسل والكتب السماوية ما جاءت إلا من أجل توطيد هذه القاعدة.

وتشع هذه القاعدة أضواءها في كل جنبات الشريعة ومنها الجانب المالي والاقتصادي، كما سنري، إن أي مجتمع يريد لنفسه البقاء والتقدم عليه باحترام قاعدة العدل وصونها من أي عبث، إذ هي الضمانة الوحيدة لبقاء المجتمعات مهما كانت عقائدها.

وربما يفهم البعض من ذلك أن أي بحث أو دراسة لمسألة من مسائل التمويل الإسلامي عليه أن يتناول مسائل أخرى تمويلية واقتصادية وشرعية. ومعنى ذلك تداخل القضايا وتمييع الدراسات، وليس هذا في مصلحة البحث في الاقتصاد افسلامي ولا في التمويل الإسلامي. وأحب أن أقول إن هذا الفهم غير صحيح بل وغير مقصود منا ولا مقبول.

وعلينا أن نميز بوضوح بين التناول والدراسة وطرح المسائل على بساط البحث وبين مجرد الاستحضار الذي لا يعني ذلك ولا يتمدد إليه. ويكفيه أن يستحضر الباحث ذهنياً أن المسألة الجزئية محل البحث ليست منبتة الصلة ولا منقطعة الجذور والأصول، ومجرد الاستحضار هذا يجنب بحثه وقوع تناقض أو تعارض في معالجاته وتحليلاته، وفي نتائجه مع القواعد والأصول الحاكمة للموضوع.

إن للإسلام رؤيته وفلسفته الكلية تجاه الكون بكل مفرداته، وتجاه الإنسان بكل نوازعه وتصرفاته ووظائفه ومهامه، وتجاه الدنيا بكل مجالاتها.

وفلسفة الإسلام حيال الأموال أنها أداة ضرورية في يد الإنسان وضعها الله سبحانه تحت تصرفه لإعانته في قيامه بوظيفته وفي تأديته لمهمته التي خلقه الله من أجلها. وبدونها ما كان للإنسان أن يعيش، ناهيك عن أن يمارس عمله ونشاطه.

ولم يكل الإسلام الإنسان إلى عقله الذي يدرك أو عليه أن يدرك أن تكييف وضع الأموال على هذا النمو يستدعي ويستلزم منه أن يحافظ على تلك الأموال على كل الجبهات العدمية والوجودية بما في ذلك الجهد الدائم المستمر لتنميتها وإصلاحها، حتى تظل دائماً وأبداً في يده أداة سليمة صالحة لأداء مهامها في تحقيق رسالة الإنسان في الدنيا وأداء وظيفته في الأرض، فجاء بتشريعاته المتعددة الحاكمة والمهيمنة والضابطة للحصول على هذه الأموال ولطرق تنميتها ولوسائل وأساليب التصرف فيها، بما يحافظ على حقوق صاحبها وعلى حقوق الغير. بل وعلى حقوق تلك الأموال تجاه صاحبها وتجاه غيره. ومما تدق ملاحظته أن الأموال في شريعة الإسلام، كما أن لصاحبها ولغيره حقوقاً عليها، فلها بنفس الدرجة من الأهمية حقوق على صاحبها وعلى غيره من بني الإنسان.

وهنا تبرز قضية العدالة المالية بكل أبعادها الرأسية والأفقية، المكانية والزمانية، لتجسد القاعدة الأم لرؤية الإسلام للأموال، وهي جديرة بهذا المكان وبتلك المكانة، إذ بفقدها لا تزول الأموال وتضيع فحسب بل ستتحول مباشرة إلى أداة سلبية مدمرة، لا تدمر للإنسان وظيفته ورسالته فحسب بل تدمر له كيانه ووجوده. وإذا ما كان العدل هو روح الإسلام فمن الطبيعي أن يكون له حضوره البارز في البعد التمويلي، حيث غالباً ما تكون هناك علاقة بين طرفين؛ الممول والمستثمر، وأحوج ما يكونان في حاجة إليه هو أن ترفرف راية العدالة عليهما معاً.

وأبرز ما تتجلي قاعدة العدالة المالية هذه في حال تنقل الأموال من يد صاحبها إلى أياد أخرى، هذا التنقل الذي يعد متطلباً رئيساً لجعل الأموال بالفعل تمارس دورها كأداة ضرورية لممارسة الإنسان لوظيفته. ومن ثم بات هذا التنقل والتقلب للأموال في أمس الحاجة إلى قاعدة فولاذية سليمة، وما تلك القاعدة إلا العدالة في كل الخطوات وفي كل الجنبات.

ويتفرع عن ذلك أن المال إذا انتقل من يد صاحبه وتحول من ذمة مالكه إلى ذمة أخرى ولو مؤقتاً صارت علاقته بصاحبه الأول أنه لا يتحمل ضمانه ولا يجني عوائده. وبعبارة فنية شرعية صارت العلاقة «لا غرم ولا غنم». يرفع عنه ضمانه لماله وفي الوقت ذاته وبسبب من ذلك يمنع عنه أي غنم من ماله، جزاءً وفاقاً، خفت أو زالت الأعباء وخفت أو زالت في نفس الوقت العوائد. وبنفس المنطق، وانطلاقاً من ذات القاعدة، يكون الأمر بالنسبة للشخص الذي انتقلت إليه الأموال. لقد انتقل إليه المال وضمانه معه، لأن من حق المال في الإسلام أن لا يبقي في أية لحظة دون ضمان من الإنسان، فإذا سقط ضمانه من على كاهل مالكه الأصلي فلم يسقط هذا الضمان على الأرض أو في الهواء وإنما سقط على كاهل من وقعت الأموال في يده ودخلت في ذمته، حفاظاً على الأموال من الضياع، وتمكيناً لها من قيامها بدورها في ممارسة الإنسان لوظيفته في الحياة. وبقدر ما تحمَّل هذا الشخص الذي انتقلت إليه الأموال ودخلت في ذمته من مسئولية حمايتها والحفاظ عليها، بل وضمانها بقدر ما أصبح هذا الشخص صاحب الحق في عوائدها ودخولها لا يشاركه فيها بأي نسبة وإن قلت المالك الأول.

هذا هو التطبيق الحرفي الصحيح لقاعدة العدالة، والتي تبلورت في مبادئ أولية مسلمة لا يجوز تحت أي ظرف انتهاكها والخروج عليها، وهي «الغنم بالغرم» و«الخراج بالضمان» و«لا ربح دون مخاطرة» هذا عن انتقال الأموال من يد ليد انتقالاً حسياً ومعنوياً معاً. أما عن الانتقال الحسي فقط للأموال من يد ليد، بمعنى أن المال انتقل حسياً من يد صاحبه إلى يد أخرى مع بقاء المال من الناحية المعنوية في ذمة صاحبه الأول وفي ملكيته فعند ذلك يبقي الحفاظ عليه وضمانه من مسئولية مالكه الأصلي، ويعتبر من انتقلت إليه الأموال حسياً بمثابة الوكيل أو النائب، ومن ثم فلا يتحمل شيئاً من مسئولية ضمان المال وحمايته من حيث المبدأ والأصل. وقد يقال: إن المال بانتقاله الحسي هذا قد قلل أو حدَّ من قدرة صاحبه من حمايته والحفاظ عليه، وبالتالي أليس من العدالة أن يتحمل من انتقلت إليه الأموال ولو جانباً من مسئولية الحفظ والصيانة. والجواب بلي، هذا حق وصحيح. ومن هنا جاء التشريع الإسلامي بأن اليد المنقولة إليها الأموال بهذه الصورة عليها أن تعمل كل جهدها في الحفاظ على تلك الأموال وحمايتها من المخاطر، فإذا ما قصَّرت في ذلك بأي لون من ألوان التقصير فعليها ضمان المال وتحمل كل ما ينجم عن ذلك من مضار لحقت بهذه الأموال.

هذه كلمة عجلي عن فلسفة ورؤية الإسلام للأموال وهذه هي قواعده وأصوله الحاكمة لتنقل المال من يد ليد، فإذا ما اختل العمل واخترقت هذه الأصول خرج التمويل من تحت عباءة ومظلة الإسلام. وأهم هذه الأصول ﴿لا تظلمون ولا تظلمون﴾ ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾ «والغنم بالغرم» «الخراج بالضمان» «لا ربح دون ضمان».

وهي، كما هو واضح، تجسيد عملي وترجمة حقيقية لقاعدة العدالة في الأموال حال تنقلها بين الأشخاص. وعلى الباحث أن يعي جيداً أن الذي قال بقاعدة العدالة هذه هو الإسلام، وأن الذي جسدها لنا واقعياً وعملياً في تلك المبادئ والأصول هو الإسلام ذاته. والأمر كله في ذلك مصدره المباشر هو القرآن الكريم وهو السنة الشريفة، دون أن يكون للاجتهاد البشري مدخل في ذلك. ومن هنا اكتسب الأمر قوة عظمي، ومسلمة أولى لا مجال لاختراقها أو حتى النقاش حولها.

صيغ التمويل الإسلامي وموقع المضاربة بينها

العمل التمويلي «ترس» رئيس في حركة النشاط الاقتصادي الذي لا غني للإنسان عنه، ولذا فقد وضع الإسلام للتمويل قواعد وأصولاً إذا ما اخترقت كان التمويل القائم محظوراً وغير إسلامي. وقد تجسد الاختراق الأكبر لهذه الأصول في ضمان المال للموول مع إعطائه عائداً «القرض الربوي»، أو في ضمان العائد للممول في مجال المضاربة. لقد أغلق الإسلام منفذاً للتمويل لما فيه من المضار وفتح في المقابل العديد من المنافذ الأكفأ اقتصادياً واجتماعياً وأخلاقياً.

ومن فضل الله على البشرية كلها ورحمته بها، وانطلاقاً من حرصه على قيام الأموال بمهامها بجدارة وكفاءة وعدالة أن قدَّم العديد من صيغ التمويل، لكل صيغة نكهتها المتميزة وخاصيتها المستقلة. وعلى كل من لديه مال أو من هو في حاجة إليه، أو بعبارة أخرى فنية على أطراف العملية التمويلية من ممولين ومستثمرين أن يختاروا ما يروق لهم من تلك الصيغ، وما يتمشى واحتياجاتهم ويتواءم ورغباتهم[١]. فهناك الإجارة والمشاركة والمضاربة والسلم والاستصناع والجعالة والمرابحة.. الخ. وجميعها مطروح أمام أطراف التمويل، وجميعها يجرى التعامل به في سوق الاستثمار بحرية تامة، شريطة عدم الاعتداء على طبيعة أية صيغة ومقوماتها، والتي تصب في النهاية في مجموعة القواعد والأصول التمويلية وعلى رأسها قاعدة العدالة.

ويلاحظ أن الإسلام إذ شرَّع هذا العدد الكبير والمتنوع من صيغ التمويل فقد شرعها لكي تُشغَّل وتوظف ولا تهمل وتعطل. ومعنى ذلك أن من حسن السياسة التمويلية أن تسهم كل هذه الصيغ في العملية التمويلية[٢]، وإن بنسب متفاوتة، شريطة أن تكون داخل الترتيب الصحيح في سلم الأهميات. ومعني ذلك أنه ليس من مقصود الشريعة من تشريع هذه الصيغ المتعددة المتنوعة أن يشغل بعضها ويعطل بعضها الآخر. وأهمية الصيغة تدور حول مدى تمكن هذه الصيغة من تحقيق القواعد والأصول التمويلية الإسلامية، ومن

---

(١) د. شوقي دنيا، الأدوات المالية الإسلامية المستخدمة في تمويل المشروعات. ندوة الصناعة المالية الإسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، الإسكندرية، ٢٠٠٠م.
د. محمد فهيم خان، الاقتصاديات المقارنة لبعض أساليب التمويل الإسلامي، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة، المجلد الثاني، العدد الأول.

(٢) وتوصيات خبراء التمويل تجمع على أهمية هذا التعدد في الأدوات المالية، انظر د. شوقي دنيا، المرجع السابق.

ثم مدى إبرازها لمقومات وخصائص ومميزات التمويل الإسلامي، ومدى بعدها عن نظام التمويل الوضعي القائم، ومدى تمكنها من الإسهام القوي في تحقيق التقدم الاقتصادي والاجتماعي للأمة الإسلامية.

هذا من الناحية النظرية التشريعية، أما من الناحية العملية التطبيقية وبخاصة في عصرنا هذا فيمكن القول إن أطراف عملية التمويل الإسلامية قد استخدموا معظم هذه الصيغ أو الكثير منها. غير أن التطبيق انحرف عن التشريع في مسألة الترتيب التفاضلي لهذه الصيغ ووضع كل صيغة في مكانها الصحيح في سلم التفضيل في الكثير من البنوك الإسلامية لفترات من الوقت. ففضلت وقدمت صيغ أقل أهمية وأكثر اقتراباً من التمويل الوضعي، تحت ذريعة ما يسمي بالحاجة وضغوط الواقع(١). ناهيك عن إدخال تحويرات على بعض تلك الصيغ بحجة المواءمة مع متطلبات السوق. وكانت النتيجة تدحرج بعض هذه الصيغ بعيداً عن أصولها، وليس ببعيد عنا ما جري وما زال يجري إلى حد ما حيال صيغة المرابحة، وكذلك حيال الصيغة الاصطناعية التي تسمي بالتورق والتي أقَحمت إقحاماً فجًّافي صيغ التمويل الإسلامي، وبخاصة في صورتها المعاصرة(٢).

ولم تقف التداعيات عند حد الناحية الشرعية بل تعدتها إلى الناحية الاقتصادية، حيث تعوقت التنمية الاقتصادية التي ما قامت هذه البنوك إلا من أجل تحقيقها والإسهام الجدي في إنجازها، طبقاً لنظمها الأساسية، ولما صرَّح به آباء هذه المصارف.

---

(١) د. العياشي فداد، مخاطر الثقة في تطبيقات المضاربة وعلاجها، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٥٨، د. أحمد علي عبد الله، مرجع سابق.

د. ضياء الدين أحمد، النظام المصرفي الإسلامي: الموقف الحالي، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الثاني، العدد الأول.

(٢) لمعرفة رأي الكثير من الفقهاء والخبراء حول هذه الصيغة راجع مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد ٣٤١ الخاص بالتورق المصرفي المنظم.

البنك الإسلامي بين الضمان والأمانة

١ـ الضمان في لغة الفقهاء: للفقهاء كلام طويل مفصل حول مفهوم الضمان وماصدقاته[١]، يكفينا هنا الإشارة إلى ما يهمنا معرفته لخدمة موضوع بحثنا.

أ . أن يلتزم الشخص الذي استولى على مال غيره، دون إذن منه برد هذا المال أو مثله أو قيمته، مثل الغاصب والسارق..الخ.

ب . أن يلتزم الشخص الذي وضع يده على المال بإذن مالكه برد مثل المال أو قيمته إذا فرَّط في الحفاظ عليه أو تعدى[٢]، ويكون ذلك في العقود المعهودة والمعروفة في الفقه بعقود الأمانة مثل عقد الوديعة وعقد المضاربة وعقد الوكالة وعقد الإجارة.

جـ- أن يلتزم مالك المال بحمايته وتحمل تبعات هلاكه طالما كان المال في حوزته أو حوزة وكيله أو شخص حصل عليه بعقد من عقود الأمانة ولم يهمل ولم يتعد. وهو الضمان المعروف فقهياً بضمان الملكية.

د – أن يلتزم الشخص الذي حصل على المال بإذن مالكه ومن خلال عقد من تلك العقود المسماه فقهياً بعقود الضمان برد مثل المال أو قيمته. ومن أمثلة تلك العقود عقد القرض.

وقد شرع الضمان لحفظ الحقوق وحماية الأموال وجبر الأضرار وزجر المعتدين على حقوق الغير المالية وغيرها. وقد وردت فيه نصوص شرعية منها «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، «طعام بطعام وإناء بإناء».

٢ـ الأمانة في لغة الفقهاء: مصطلحات الأمانة والأمين وعقود الأمانة هي مصطلحات فقهية لا تحمل دلالات قيمية أو أخلاقية، كما قد يتبادر إلى الذهن عند قولنا هذا أمين، فليس المقابل له فقهياً وهذا خائن، وليس المقابل للأمانة الخيانة ولا لعقود الأمانة عقود الخيانة بل المقابل هو الضمان وعقود الضمان. وبوجه عام يمكن القول بأن الأمين في المصطلح الفقهي هو كل شخص وضع يده على مال غيره بإذن منه مع عدم انفراده بما ينجم عنه من عائد. وقد جرت عادة الفقهاء في تناولهم لموضوع العقود،

---

(١) د. حسين حامد حسان، انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٤٦. الموسوعة الفقهية، ج٢٨، ص٢١٩ وما بعدها، وزارة الأوقاف، الكويت.

(٢) البغدادي، مجمع الضمانات، ص٤٠ وما بعدها، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨هـ.

وبخاصة العقود المالية أن يميزوا بين عقود يسمونها عقود الأمانة وعقود يسمونها عقود الضمان. ولهذا التمييز الفقهي حيثيات واعتبارات، وله فلسفة وأصول، هناك عقود طبيعتها تقتضي أن ينقل فيها وبموجبها ضمان المال موضوع العقد من ذمة مالكه إلى الطرف الآخر، وهناك عقود أخرى تقتضي عدم انتقال الضمان واستمراره عالقاً بالطرف الأول المالك للمال. وتم اصطلاح الفقهاء ومواضعتهم على تسمية الفئة الأولى من العقود بعقود الضمان، وعلى تسمية الفئة الثانية بعقود الأمانة. ومن تصفح كلا النوعين من العقود أظن أن وراء هذا التمييز هو الملكية وانتقالها بالعقد أو عدم انتقالها به، فإذا انتقلت به انتقل معها الضمان، وإذا ظلت ظل الضمان على عاتق المالك الأصلي تجسيداً لما يعرف بضمان الملكية. وتذهب الموسوعة الفقهية إلى أن مدار التمييز هو وجود المعاوضة من عدمها في العقد[1]. وأري أن ذلك غير دقيق فالمعاوضة تثبت في عقد الإجارة ومع ذلك فهو عقد أمانة باتفاق الفقهاء.

ونؤكد هنا على أن الأمين في عقود الأمانة الأصل فيه أنه لا ضمان عليه لما تحت يده من أموال، لأنه أخذها بإذن صاحبها، ومازالت على ملكه، لكن ذلك الأصل مشروط بعدم التقصير في حفظ المال وصيانته وكذلك بعدم وجود أي لون من ألوان التعدي من قبل هذا الأمين.

فإذا حدث منه تقصير أو تعدى صار المال مضموناً عليه، وتحول العقد من عقد أمانة إلى عقد ضمان. وعومل هذا الأمين المقصر والمعتدي معالملة مشددة، وصل بها بعض الفقهاء إلى معاملة الغاصب[2]، انطلاقاً من وجود قاسم مشترك بينهما وهو التعدي، غاية الأمر أن التعدي في حال الغصب يكون من البداية بينما التعدي في عقد من عقود الأمانة يأتي لاحقاً.

٣. أين موقع البنك الإسلامي في هذه القضية؛ قضية الضمان والأمانة؟

عندما ظهرت البنوك الإسلامية في دينا المال والاقتصاد كيفها البعض على أنها مضاربون لأصحاب الأموال المودعين الذين قدموا لها أموالهم لاستثمارها، وكيفها البعض الآخر على أنها وسطاء ماليون، فهم يحصلون على المال من المودعين ليعيدوا دفعه إلى من يطلبه من المستثمرين الذين يرغبون في القيام بتشغيله. ومعنى ذلك أننا إما أمام علاقة

---

(١) الموسوعة الفقهية، ج٢، ص٢٣٥.

(٢) السرخسي، المبسوط، ج٢٢، ص١٩، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩م، الموسوعة الفقهية، ج٨، ص٢٤٩.

ثنائية بين البنك والمودعين، البنك فيها طرف أصيل «مضارب» تماماً بتمام مثل المودعين أرباب الأموال، أو أمام علاقة ثلاثية، البنك فيها وسيط بين الطرف الأول وهم المودعون أرباب الأموال والطرف الثاني وهم طالبو هذه الأموال لتشغيلها وتوظيفها. والبنك ما هو إلا وسيط بين الطرفين، يأخذ من هذا ويدفع لذاك، طبقاً لعقود مبرمة بين هذه الأطراف تنظم هذه العلاقة.

ولسنا هنا بصدد مناقشة كل من هذين التكيفيين، وإن كنا نشير إلى أن مجمع الفقه مال إلى التكييف الأول وأخذ به[1]، ونرى أن ذلك هو الأولى في قضيتنا هذه، قضية ضمان البنك في حال إساءته لما حصل عليه من أموال، حتى تكون الأمور بينة واضحة، ويكون هناك تحديد مباشر للمسئول عن ضمان هذه الأموال التي أسيئ استخدامها، ولا تشيع المسئولية. ومعنى ذلك أن البنك يكون وضعه تماماً وضع الحالة الفقهية المعروفة بـ «المضارب يضارب»، غاية الأمر أن قيام البنك بذلك مرتكز على أذن المودع رب المال. لكنه يظل مضارباً أمام أرباب الأموال، وهو نفسه المسئول عن أموالهم إذا ما حدث لها تلف كلي أو جزئي ناجم عن سوء استعماله لها. والمعهود والمعروف أن البنك ليس شخصاً طبيعياً عادياً حصل على مال للمضاربة فيه فقام بدفعه لغيره ليضارب فيه، وإنما هو شخص معنوي، وجهاز إداري قانوني، أو شركة مالية قانونية، تحصل عى الأموال من الغير لتستثمرها لهم بجزء من الأرباح بما تراه هي محققاً لذلك، ولها في ذلك أن توظف هذه الأموال كلها أو بعضها بنفسها أو عن طريق غيرها، ولها أن تتعامل مع الغير بأكثر من صيغة وأسلوب، طالما كان مأذوناً لها في ذلك. وفي غالب الحالات لا يكون هناك تقييد على البنك من قبل المودعين في أسلوب وكيفية توظيف أموالهم. بل ذلك متروك للبنك ولما يراه، في ضوء خبراته وقدراته، مع تسليم الطرفين بأن البنك هو أمين على تلك الأموال،، طالما لم يهمل أو يتعد، وإلا صار ضامناً لها، سواء تم توظيفها كلها من قبله مباشرة أو من قبل غيره أو كان ذلك جزئياً، فلا التفات إلى ذلك عند القول بالضمان أو الأمانة. والمعول عليه هو فقط الإساءة من عدمها.

وهنا يواجهنا سؤال مهم وهو: هل يجوز شرعاً أن يصبح المضارب من أول لحظة ومنذ سريان العقد وقبل حدوث أية إساءة، يصبح ضامناً وليس أميناً؟ هناك اتفاق بين

---

(١) د. قطب سانو، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشرة.

الفقهاء على عدم جواز ذلك، وإذا حدث ذلك بطل العقد أو خرجنا من المضاربة إلى عقد آخر هو القرض. وبرغم هذا الموقف الصريح المتفق عليه فإن بعض الفقهاء المعاصرين قالوا بإمكانية تحويل المضارب من أمين إلى ضامن، بالشرط عليه بذلك في العقد[١]. أو بتبرع المضارب بذلك الضمان. لكن هذا الموقف هو موقف قلة قليلة أو بالأحرى موقف فرد أو فردين، وهناك شبه اتفاق بين المعاصرين على عدم جوازه، حتى في حال التبرع به، لأن التبرع سرعان ما يصير عرفاً جارياً، والمعروف كالمشروط. وقد ذهب البعض إلى تضمين البنك من البداية، انطلاقاً من كونه مضارباً مشتركاً وليس خاصاً، فيقاس على تضمين الأجر المشترك الذي قال به بعض العلماء[٢]. لكن هذا القول هو الآخر قول قلة قليلة إن لم يكن فرداً أو فردين. وبغض النظر عما على هذا القياس من تحفظات وملاحظات فقهية جديرة بالاعتبار، فإن من قال بذلك قد غفل عما يؤدى إليه هذا القول من إحالة البنك الإسلامي إلى أقرب ما يكون إلى البنك التقليدي. وقد ذهب البعض إلى إمكانية تضمين البنك الإسلامي من البداية مع التقييد بحالة إساءة استخدام الأموال[٣]. ومع التسليم بأنه لا كلام حول ضمان البنك عند التقصير أو التعدي، لكني لا أري أن يكون الشرط هو الضمان إذا ثبت التقصير أو التعدي، وبدلاً منه يكون الشرط هو الأمانة إلا إذا ثبت التقصير أو التعدي. ورغم أن الفارق من حيث المضمون قد لا يكون واضحاً، فالمآل عادة واحد، لكنني أفضل الصيغة الثانية، لأنه في العمل والتطبيق كثيراً ما تغمض العيون عن القيود والاستثناءات ويركز على القاعدة أو الأصل والتي هي في الصيغة الأولى ضمان البنك، وعند ذلك نكون قد أخرجنا التعامل من دائرة التمويل الإسلامي.

والإسلام يقدر تمام التقدير مشاعر ودوافع حرص مالك المال على حماية ماله والحفاظ عليه، بل إنه ليأمره بذلك، ويعده مضيعاً له إذا لم يقم بعمل كل ما يمكن عمله في حمايته والحفاظ عليه، وفي سبيل ذلك شرَّع العديد من سبل ووسائل الحيطة والحماية. والذي أريد التأكيد عليه هنا هو ضرورة التفرقة والتمييز بين التحوط وعمل كل ما يمكن عمله في نطاق المباح حول حماية الأموال وعدم تعريضها للمخاطر أو لنوع منها هو

---

(١) د. نزيه حماد، صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة.

(٢) د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية.

(٣) د. أنس الزرقا، حماية الحسابات الاستثمارية في إطار الأعمال المصرفية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٣٧.

مـربط الفـرس فـي موضـوعنا هـذا وهـي المخـاطر الموسـومة بالمخـاطر الأخلاقيـة وبـين الضمان بمفهومه الفقهي لتلك الأموال.

ونؤكد كذلك على أن ضمان المالك لعدم تعرض ماله لأية مخاطر مهما كان نوعها يتعارض تماماً ودفعه للاستثمار من قبل الغير، فهناك مخاطر لا يسلم منها بالضرورة أي استثمار، سواء كان مباشراً من قبل صاحب المال أو غير مباشر عن طريق الغير.

إن التحوط مشروع ومطلوب، طالما كان بوسائل مشروعة، أما الضمان فهو محكوم بقواعد وأحكام أخرى مغايرة لما يدور في إطار التحوط[1].

ولا أريد أن أختم هذه الفقرة دون الإشارة والتذكير بأن مسألة ضمان البنك من أكثر المسائل حساسية وخطورة في صيغة المضاربة، هي حساسة لأنها تتعامل في منطقة جد ضيقة بين التحوط والضمان، وهي خطيرة لأن أية انحرافات في التعامل معها توقعنا إما في منطقة ضياع الأموال، وهو محرم شرعاً مدمر اقتصاداً، أو في منطقة الربا، وكفي به حرمة ومحقاً للأموال وتدميراً للاقتصاد. ومن ثم فعلينا الحذر كل الحذر من التداعيات التي قد تنجم من جراء ما نتخذه حيالها من مواقف. وأقول كذلك إن مسألة الضمان ومسألة تحديد العائد في المضاربة هي من النقاط الفارقة الرئيسة بين التمويل الإسلامي والتمويل التقليدي، ومن ثم فعلي كل من يعرض لها من الباحثين أن يكون على وعي كامل بمآلات الأمور في ضوء ما يقول به.

ومع التقدير للدوافع وراء القول بضمان البنك من الحفاظ على الأموال، ومن ثم الإقبال على توظيف الفوائض والمدخرات وتحويلها إلى استثمارات هي ضرورية لتقدم المجتمعات، فإن حماية الأموال يمكن توفيرها من خلال العديد من وسائل الحماية المتعددة المباحة التي تعمل أو تساعد على حماية الأموال من المخاطر غير العادية. فإذا كنا نخشي من إساءة البنك لاستثمار ما تحت يده من أموال المودعين فهناك العديد من الوسائل والأدوات التي تحول دون ذلك، وبفرض أن هذه الوسائل والأدوات لم تفلح في صد البنك عن تلك الإساءة فهناك ضمان التعدى والتقصير، وهناك من السبل والطرق ما ييسر التحقق من تلك الإساءة وتعويض المودعين عما لحقهم من أضرار من جراء ذلك.

(١) د. سامي السويلم، التحوط في التمويل الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة.

إساءة البنك استثمار أموال المودعين

سبقت الإشارات في ثنايا البحث إلى مفهوم الإساءة، لكن الأمر يقتضى تناولها بشكل مستقل ومباشر ومفصل بقدر الإمكان.

في تناول فقهائنا القدامي لشركة المضاربة، تلك الصيغة التمويلية المعروفة كان أطراف هذه الصيغة أو هذه الشركة والممثلين في رب المال والمضارب، كان رب المال عادة وغالباً فرداً عادياً واحداً، وكذلك كان المضارب فرداً عادياً واحداً، ولا يمنع من أنه في بعض الحالات كان يقوم المضارب بالتعامل مع أكثر من فرد من أصحاب الأموال. لكنه يظل المضارب شخصاً عادياً واحداً. لكن تطبيق هذه الصيغة اليوم جد مختلف، فأرباب الأموال «المودعون» هم من التعدد والكثرة بمكان، والأهم من ذلك أن المضارب يتجسد اليوم بشكل رئيس في البنك، ذلك الشخص الاعتباري المكون من مجموعة من الشركاء أقاموا فيما بينهم شركة لتوظيف أموال الغير يطلق عليها البنك. والذي يجري عليه العمل اليوم كذلك أن هناك عقوداً نمطية لدي البنك لكل صيغ التمويل التي يتعامل بها، تتضمن كافة المبادئ والأحكام والاشتراطات الحاكمة للتعاقد، والمفترض أن لدي البنك الكوادر البشرية المؤهلة للقيام بتوظيف هذه الأموال بشكل مباشر أو بشكل غير مباشر. وفي الماضي كان يذكر في الاتفاق بعض الاشتراطات التي يراها رب المال تحقق له درجة كبيرة من الاطمئنان على حماية ماله. ويترك للمضارب بعد ذلك حرية العمل في ضوء البيئة التي كان يتم فيها العمل آنذاك. وكان كل المطلوب من المضارب ألا يقصر في عمله، بمعنى أن يأخذ الحيطة العادية في تصرفاته، والمطلوب منه كذلك أن يلتزم بالشروط التي اتفق مع رب المال عليها. ومن ثم وجدت المدونات الفقهية أن عبارة «ما لم يقصر أو يتعدى» كافية في ضبط الموضوع. وغالباً ما كان ينصرف التعدى إلى عدم الالتزام في العمل بشرط من الشروط المتفق عليها.

نحن اليوم أمام بيئة مغايرة إلى حد كبير. ومع ذلك فالثوابت هي هي، البنك أمين إلا إذا قصرَّ أو تعدى، سواء بمخالفة شروط العقد وبنوده أو بمخالفة القواعد والأساليب والإجراءات التي يجري العمل التمويلي في هذا المجال من خلالها. ويجمع كل ذلك عبارة إساءة الاستخدام للأموال. وهكذا يمكن تحديد الإساءة بشكل مجمل ومختصر فيما يلي:

أ) إهمال البنك، سواء في التعرف على العميل أو عدم أخذ الضمانات الكافية عليه أو في تخزين الأموال مثلاً أو انتقالها ..الخ. من كل ما يصدق عليه لفظ الإهمال أو التقصير.

ب) تعدى البنك، وأبرز تجلياته عدم الالتزام بشروط التعاقد المتفق عليها، وكذلك عدم الالتزام بالأصول والمبادئ والإجراءات المتعارف عليها في مجال التمويل المصرفي. وحسب قول الدكتور حسين حامد فإن تعدى الأمين الذي يوجب الشرع تضمينه هو «كل فعل أو ترك ينسب إلى الأمين ويكون مخالفاً لحكم رتبه الشرع على عقد الأمانة أو نص عليه العقد، فهو كل عدوان على المال المؤتمن عليه يترتب عليه فوات هذا المال أو هلاكه كلياً أو جزئياً أو نقص منافعه أو انخفاض قيمته السوقية **على رأي ضعيف**. فمسئولية الأمين عن التعويض تترتب على كل فعل ضار لا تجيزه الشريعة ولا يسمح به عقد الأمانة، يترتب عليه الإضرار بمالك المال، مهما كانت صور هذا الإضرار، وسواء أكان ما أتاه الأمين فعلاً لممنوع أو تركاً لمطلوب، مباشرة أو بالتسبب، عمداً أو خطأ مادامت قد وجدت علاقة سببيه بين فعل الأمين أو تركه والضرر الذي أصاب مالك المال»[1]. وفي ظل التقدم العلمي الهائل؛ الإداري والمحاسبي والتقني والمعلوماتي فإن قضية الإساءة، وبخاصة من بنوك، لم تعد لغزاً أو أمراً صعباً يتعذر التعرف عليه والوصول إلى مختلف أبعاده، مهما تعذر البنك وحاول إبعاد تهمة التقصير أو التعدى عنه.

وفي غالب الأمر فإن البنك إذا لم يقصر ولم يتعد فلن تكون هنا أضرار تلحق المال، وبفرض وقوع بعض هذه الأضرار فلا يسأل البنك عنها، إذ هي عند ذلك من مخاطر النشاط المالي والاقتصادي المعتادة.

ومع ما يبدو من سهولة التعرف على الإساءة من عدمها فإن المسألة في حقيقتها أصعب من ذلك من الناحية العملية. ولذلك نجدنا في حاجة إلى استخدام الكثير من الآليات التي من شأنها أن تجنبنا الوصول إلى منطقة الإساءة، ومن ذلك على سبيل المثال.

. أن ينص في عقد التمويل على كل ما من شأنه توفير أكبر قدر ممكن من حماية الأموال، شريطة ألاَّ يصل الأمر إلى تضمين البنك إلا في حال التقصير أو التعدي. ولقد

---

(١) د. حسين حامد، مرجع سابق.

أمرنا الله تعالى بكتابة الديون، ويلحق بها كل صور انتقال الأموال انتقالاً اقتصادياً، كتابتها بشكل دقيق ومفصل، حفاظاً على الأموال من الضياع من جهة وتحقيقاً للعدالة وعدم وقوع ظلم من طرف لطرف من جهة أخرى[1]. ومن حق الممول، بل من واجبه أن يكتب ما يشاء من شروط تستهدف التحوط والحماية، طالما لم تتناقض ومقصود عملية التمويل، وللبنك أن يقبل ويلتزم أو يرفض من البداية.

. وجود رقابة من قبل الممول وكذلك من قبل البنك، رقابة فاعلة، ومتابعة جادة لكل مراحل العملية التمويلية، والتنبيه والتحذير أولاً بأول.

. أن ينص في العقد على من يقع عليه عبء إثبات الإساءة أو عدمها عند التنازع، وأن ينص كذلك على الجهة التي يلجأ إليها عند التنازع.

. من الضروري حسن اختيار المستثمر الذي يتعامل معه البنك، وأن يكون من ذوي السمعة الطيبة وذا سجل تجاري نظيف من الشوائب.

ـ ومن الضروري كذلك حسن اختيار البنك لمجال المضاربة، وأن يكون واضح المعالم ذا فرص استثمارية طيبة. وهناك خبراء في دراسات الأسواق ودراسات الجدوي وخبراء في التدقيق والرقابة، وعلى رب المال أن يوظف كل ذلك ويستخدمه الاستخدام الصحيح. هذه بعض الآليات التي تقي المال غالباً من الكثير من المخاطر، وعلى رأسها المخاطر الأخلاقية.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن ما يجري عليه العمل التمويلي المصرفي اليوم من خلال صيغة المضاربة يدور حول مضاربات خاصة ومضاربات مشتركة ومضاربات مقيدة ومضاربات مطلقة ومضاربات مؤقته ومضاربات مستمرة. وبالطبع فإن قضية إساءة الاستخدام يسهل التعرف عليها وتحديدها في بعض أنواع المضاربات ويصعب نسبياً في أنواع أخرى، هي الأنواع الغالبة في سوق التعامل، مثل المضاربة المشتركة والمستمرة، ففيهما قلما يشعر المودع أن ماله أسيئ استخدامه، ولذلك كانت هناك توصية من مجمع الفقه في دورته الثالثة عشرة بتأليف لجنة متطوعة لحماية حقوق أرباب الأموال ومراقبة تنفيذ شروط المضاربة. وليس لديَّ علم بما إذا كان قد تم ذلك فعلاً أم لا.

---

(١) سورة البقرة: الآية رقم ٢٨٢.

الجهة المنوط بها تحديد المسئولية عن الأضرار

من المعروف أن هناك في دبي مركزاً للمصالحة والتحكيم الإسلامي، والمفترض أن يلجأ إليه في فض التنازع. ولكن لا علم لدي بمدي إقبال أو التزام أو إلزام أطراف النزاع باللجوء إليه. والمفترض في هذا المركز توفر الكوادر المهنية ذات الخبرة والدراية[1]، ومن ثم فإنني أري أنه قد يكون الجهة الأنسب لذلك، ومن ثم أفضل أن لو نصت عقود المعاملات والتمويل الإسلامي في بنودها على أن تكون جهة التحاكم هي هذا المركز، وهناك في ماليزيا مركز كوالالمبور الإقليمي للتحكيم التجاري، ويمكن له أن يسهم في القيام بتلك المهمة التي باتت ضرورية لكثرة ما يعرض للحياة المالية الإسلامية من منازعات بين العديد من الأطراف.

ومهما يكن من أمر فإنه عند حدوث نزاع حول الإساءة من عدمها فإما أن يلجأ الطرفان إلى التصالح، وهذا أفضل ما يكون، وإلا فلابد من جهة مختصة ذات سلطة تفصل بين الطرفين. وقد تكون تلك الجهة جهة قضائية وقد تكون جهة تحكيمية. المهم أن يفض النزاع بعدالة بين الأطراف وفي وقت قصير وبتكلفة قليلة، وإلا لحق الأنشطة التمويلية، ومن ثم الاقتصادية المضار الجسيمة.

(١) د. عبد القادر غالب، التحكيم التجاري والعمليات المصرفية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ٣٢٠.

الأضرار الناجمة عن الإساءة والتعويض عنها

بعبارة أكثر وضوحاً إن الممول الذي هو المودع في حالتنا يضار إذا لم يحقق الاستثمار الربح المعتاد، ويضار أكثر إذا لم يحقق الاستثمار أرباحاً بالكلية، ويضار أكثر وأكثر إذا حقق الاستثمار خسائر تنقص من رأس المال، ويضار أكثر من كل ذلك إذا ما لحقت بالمال خسائر تمحقه.

وبفرض ثبوت الإساءة من البنك في استثماره لتلك الأموال، فما هي الأضرار التي عليه تعويضها من تلك الأضرار التي نزلت؟ وكيف يكون التعويض ومقداره؟ يمكن القول إجمالاً إن محل الضمان هو الضرر الذي يترتب على تعدى الأمين أو تفريطه، بمعنى حرمان مالك المال من هذا المال كليًّا أو جزئياً، عيناً أو منفعة أو قيمة[١].

من العرض السابق نجد من الأضرار ما اقتصرت على الأرباح، ومنها ما تجاوزتها إلى رأس المال. فهل على البنك تعويض ما ضاع من رأس المال؟ وهل عليه تعويض ما فات من أرباح؟ فيما يتعلق بالتعويض عن المضار التي لحقت برأس المال فالأمر واضح ومحسوم، نعم يتحمل البنك التعويض عما لحق رأس المال. والتعويض هنا يقصد به أن يرد البنك للمودعين أموالهم كاملة؛ مثلها في المثليات وقيمتها في القيميات، وهذا لا خلاف حوله في الفقه قديماً وحديثاً، والخلاف يدور حول ما الذي يرده الأمين عند انخفاض قوته الشرائية أو قيمته السوقية. أما عن التعويض عن الأرباح التي فاتت جزئياً أو كلياً من جراء إساءة البنك فلم أر – فيما اطلعت عليه – أراء فقهية معاصرة في هذا الشأن[٢] سوى ما أشار إليه أحد الباحثين من عدم تجويز ضمان المضارب المعتدى للربح الفائت، بانياً موقفه على اعتبارين، كلاهما محل نظر، أما الأول فهو – حسب قوله – عدم وجود حاجة تدعو إلى ذلك وما يطلبه أصحاب الأموال عند دفعها للاستثمار هو المحافظة على أصل ما لهم، وأما الثاني فهو أن مثل هذا الضمان يشابه المراباة التي تقوم على أساس ضمان الأصل مع الزيادة[٣].

---

(١) د. حسين حامد، مرجع سابق.

(٢) هذا وقد عثرت على مقال للدكتور حسين حامد بعنوان «حماية رأس المال وحده أو مع هامش ربح معين» في مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٣٥، فسعدت بذلك ولكن سرعان ما تبددت هذه السعادة، حيث لم يتناول موضوع الربح من قريب أو بعيد.

(٣) د. عبد الستار أبو غدة، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية، مجمع الفقه، الدورة الثالثة عشرة.

أما دعوى عدم الحاجة إلى مثل ذلك وأنه لا يدور في خلد المودعين عند القيام بإيداعاتهم التعويض عن الأرباح الفائتة فهو كلام مردود عليه، فالحاجة إلى ذلك قائمة، وبخاصة إذا كانت الأموال كبيرة ومكثت فترة طويلة لدى المضارب. وهل يدفع الناس أموالهم لاستثمارها إلا بغية الربح وطلباً له؟! وأما القول بمشابهة ذلك للربا فهي مشابهة من بعيد، فالمدين في الربا لم يضمن لتعديه وإنما لاعتبارات أخرى، أما هنا فالضمان للتعدى على أموال الغير.

وإنني لأتساءل: من الناحية الاقتصادية، هل يقبل صاحب مال أن يدفعه لغيره لاستثماره إذا ما علم أنه عند إساءة المضارب في استخدام هذه الأموال فأقصى ما يمكن تعويضه هو رأس المال فقط، هل يقبل التمويل في ظل ذلك الوضع؟

هذا عما صادفني من مواقف فقهية معاصرة. شخص واحد أفصح عن رأيه والجماهير الغفيرة لم تفصح عن رأيها لا إيجاباً ولا سلباً، لا بالتضمين عن الربح الفائت ولا بعدمه.

وعدت لكتب الفقه علَّني أجد فيها ضالتي، وبعد البحث والتنقيب في جملة منها تحصلت على أن اتناول هذه المراجع جاء بطريقة عامة وكلية، ولم يجيء صراحة لتناول أرباح المضاربة التي فاتت بسبب إهمال المضارب أو تعديه. فالتناول جاء حول ضمان منافع المضمون.

فمن كان تحت يده مال غيره وكان متعديًّا إما بحصوله على هذا المال بغير إذن صاحبه كالسارق والغاصب، وإما بسبب إساءته في استخدامه لهذا المال، وقد نجم عن هذا التعدي فوات بعض منافع المال، فهل يضمن هذا الشخص المعتدى هذه المنافع التي ضاعت على صاحبها؟.

وبالطبع فإن منافع الأموال متعددة متنوعة الطبائع، ويدخل فيها أو ندخل نحن فيها ربح المال المدفوع مضاربة لاستثماره وجني بعض أرباحه. وإذا لم تكن الأرباح في حالتنا هذه هي منافع أموال المضاربة فما تكون منافعها؟. والأصل أن المضارب لا يضمن للمودع لا ماله ولا ربحه، لأنه أمين، لكن الأمر يختلف تماماً عند إساءة المضارب، إذ عندها يتحول من أمين إلى ضامن. بل إن بعض الفقهاء صرَّح بأنه يصير بذلك الإهمال أو التعدى مغتصباً، والمعروف أن الغاصب يحتل أعلا درجات الضمان لما اغتصبه. وطالما أنه قد ضمن أصل المال فما المانع من ضمان أرباح هذا المال؟. وعلى أية حال

فالجمهور على أن المنافع أموال، ويجرى عليها من الضمان ما يجرى على الأعيان سواء بسواء. وقد وجدت في بعض المراجع الفقهية التي اطلعت عليها ما يقترب كثيراً مما نحن فيه.

ففي نهاية المحتاج وردت هذه العبارة «وتضمن منفعة الدار والعبد ونحوهما من كل منفعة بستأجر عليها بالتفويت، وذلك من خلال استعمال العين، وكذلك بالفوات، وهو ضياع المنفعة من غير انتفاع، كإغلاق الدار في يد عادية، لأن ا لمنافع متقومة، فضمنت بالغصب كالأعيان سواء»[١]. وفي المغني ورد «على الغاصب أجر الأرض منذ غصبها إلى وقت تسليمها. وهكذا كل ماله أجر، فعلى الغاصب أجر مثله، سواء استوفى المنافع أو تركها حتى ذهبت، لأنها تلفت في يده العادية . المعتدية . فكان عليه عوضها كالأعيان»[٢]، وفيه أيضاً «زوائد الغصب في يد الغاصب مضمونة ضمان الغصب، مثل السِمَن وتعلم الصناعة وغيرها وثمرة الشجرة وولد الحيوان، متى تلف شيء منه في يد الغاصب ضمنه، تلف منفرداً أو تلف مع أصله»[٣] وفيه كذلك «وإذا كان للمغصوب أجرة فعلى الغاصب رده وأجر مثله مدة مقامة في يده»[٤] وفي حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير «الأرجح أن غلة المغصوب ذاته الذي استعمله الغاصب للمغصوب منه، سواء كان المغصوب عقاراً أو حيواناً، كانت غلة الحيوان ناشئة عن تحريك الغاصب أولاً»[٥].

ألا يمكن تنزيل هذه النصوص الصريحة الواضحة على مسألتنا الراهنة، إنطلاقاً من أن رأس المال في المضاربة هو أصل مالي قادر على توليد الدخل عندما يستخدم. فإذا عطله المضارب أو استخدمه استخداماً خاطئاً فقد ضيع هذا الدخل، ومن ثم يكون عليه ضمانه والتعويض عنه؟.

وقد يقال وما هو هذا الربح الذي يضمنه المضارب المعتدى؟ والجواب لا يخرج عما قاله الفقهاء في العديد من المناسبات ذات الشبه، إنه ربح المثل. ومن السهولة بمكان اليوم التعرف على ربح المثل هذا في ظل التقدم الإداري والمحاسبي الراهن. والأمر في نظري

---

(١) الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج٥ ص١٦٨.
(٢) ابن قدامة، المغني، ج٥، ص٢٤٦.
(٣) نفس المرجع، ج٥، ص٤٦٠.
(٤) نفسه، ج٥، ص٢٦٠.
(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج٣، ص٤٤٨ دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

لا يتوقف عند هذا الحد، فمادمنا بصدد تضمين الأمين المعتدي فلم لا يمتد نظرنا إلى شتي الأضرار التي تلحق المالك في ماله من جراء تعدى هذا الأمين، وهنا يطرح ضرر انخفاض قيمة هذا المال، وبخاصة لو كان المال كبيراً وكان الانخفاض كبيراً. أليس هذا ضرر مالي لحق بالمالك؟!

وقد طرأت على ذهني مسألة لم أجد لدَّي رداً شافياً عليها، أطرحها على حضراتكم: في ظل ما هو السائد اليوم من كون المضاربة في التمويل المصرفي الإسلامي هي مضاربة مستمرة لا تنتهي في فترة واحدة أو بانتهاء عملية واحدة، لنفرض أننا أمام حالة سوء استخدام البنك لما تحت يده من أموال نجم عنه عدم تحقيق أرباح أو تحمل خسائر، ثم جاءت مرحلة تالية صحح البنك فيها من سلوكه، فحقق أرباحاً. فهل للمضار التي حدثت في البداية، نتيجة سوء الاستخدام من أثر عند تصفية المضاربة بعد تحقيق أرباح؟. وبعبارة أوضح: هل تجبر الخسارة السابقة من الربح اللاحق، ومن ثم يكون الربح القابل للتوزيع هو الربح الصافي، كما هو الحال عندما لا تكون هناك إساءة من البنك أم أن الأمر مختلف في حال الإساءة، ومن ثم فلا تجبر الخسارة من الربح، بل يتحملها المضارب وحدة ثم يقسم الربح الحاصل كله بينه وبين رب المال؟

وخلال نظري في المراجع الفقهية وجدت لبعض الفقهاء كلاماً قد يكون . حسب فهمي . قريباً من هذ المسألة إن لم يكن داخلاً في مضمونها. في نهاية المحتاج «ولو غصب بُراً قيمته خمسون، فطحنه فصارت عشرين، فخبزه فصارت خمسين، فأتلفه، لزمه ثمانون»[١]. وفيه أيضاً «ولو غصب سمينة فهزلت ثم سمنت ردها وأرش السمن الأول، إذ الثاني غيره»[٢]. وفي المغني «ومن غصب عبداً أو أمة وقيمته مائة، فزاد في بدنه أو بتعلم حتى صارت قيمته مائتين، ثم نقص بنقصان بدنه أو نسيان ما علم حتى صارت قيمته مائة، أخذه سيده وأخذ من الغاصب مائة. وبهذا قال الشافعي»[٣].

والأمر معروض على حضراتكم للنظر فيه، وبخاصة أن الشائع اليوم في التعامل هو المضاربة المستمرة أو الممتدة.

---

(١) الرملي، مرجع سابق، ج٥، ص١٦٨.
(٢) نفس المرجع، ج٥، ص١٧٨.
(٣) ابن قدامة، مرجع سابق، ج٥، ص٢٥٨.

من المسئول عن إثبات الإساءة من عدمها؟

كل حديثنا يدور حول المخاطر والمضار الناجمة عن سوء استثمار البنك لأموال العملاء. وتندرج هذه المخاطر تحت ما يعرف بالمخاطر الأخلاقية، والتي تمثل نوعاً من أنواع المخاطر العديدة التي يتعرض لها النشاط الاقتصادي عامة والنشاط التمويلي بوجه خاص. والتي لا ترجع إلى اعتبارات أخلاقية أو سلوكية، وإنما إلى اعتبارات أخرى لا علاقة لها بأخلاقيات المضارب، ومن ثم فلا يسأل عنها ولا عن المضار الناجمة عنها عند حدوثها. فنحن فقط وحصرياً أمام نوع واحد من المخاطر، والذي ينشأ كلية من سلوك المضارب وعدم التزامه بأصول العمل الاستثماري، أو ببنود وشروط عقد المضاربة، أو بعبارة جامعة ينشأ من تعديه وإساءته استثمار ما لديه من أموال الغير.

وإذن نحن في حاجة إلى إثبات هذا السلوك الخاطئ من المضارب إثباتاً يوصلنا إلى اليقين بوقوع الإساءة أو أقرب ما يكون إليه.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو: من المسئول من طرفي النزاع عن إثبات هذه الإساءة؟ بمعنى من الذي عليه تقديم كل ما يمكن تقديمه من مستندات وحيثيات لإثبات هذه الإساءة؟ هل هم المودعون أرباب الأموال أم هو البنك المضارب؟. إن إثبات هذه الإساءة في واقعنا المعاصر وتعقيداته المتعددة لم يعد أمراً سهلاً كما كان الحال أثناء التعامل بصيغة المضاربة في سالف الأيام. وبالتالي باتت عملية الإثبات في حاجة إلى مزيد بحث ونظر في ضوء ما نعايشه من واقع.

وبالفعل نال هذا الموضوع عناية طيبة من بعض فقهاء العصر وباحثيه.

وتكمن إشكالية الموضوع في أن تطبيق القاعدة العامة الحاكمة للمنازعات في هذا الصدد وهي أن الذي عليه عبء الإثبات هو المدعي، إذ عليه البنية، كما نص الحديث الشريف، وإذا عجز عن تقديم الحيثيات التي تؤيد دعواه فما على الطرف الثاني وهو المدعى عليه إلا اليمين بأنه ما وقع منه هذا الذي ادعاه الطرف الآخر. والإشكالية هنا أن التطبيق الحرفي لهذه القاعدة ينجم عنه عادة وفي غالب الأمر عدم التمكن من إثبات الإساءة، ومن ثم ضياع الأموال. وتداعيات ذلك على المستوى الشرعي والمستوى الاقتصادي من الخطورة بمكان. فالمدعون في قضيتنا هذه هم أرباب الأموال الذي هم المودعون، وفي ظل الواقع المعاصر، الذي عليه المضارب، الذي هو البنك، والذي هو المدعى عليه يصعب عليهم إن لم يتعذر إن لم يستحيل في الكثير من الحالات التمكن

من إثبات إساءة البنك، رغم أنها قد تكون حقيقة، لكن لا أدلة عليها في يد المدعين ولا قرائن قوية تبين هذه الإساءة، والحديث الشريف يقول «البينة» وهذا اللفظ معناه ومضمونه من الوضوح بمكان في تبيان وتجلية محل الدعوى بكل ما يتاح من وسائل وأدوات. فكيف الخروج من هذا المأزق بما يضمن العدالة والحفاظ على الأموال؟

من هنا جاء تناول بعض الفقهاء والباحثين لهذا الموضوع من تلك الزاوية. وطرح مخرج محدد لمواجهة هذه الإشكالية، وهو القلب المكاني لطرفي النزاع، فالذي يمثل المدعى هنا ليس هو المودع، وإنما هو البنك، والذي يمثل المدعى عليه هو المودع. ومعنى ذلك أن الذي عليه البينة هنا هو البنك بصفته مدعياً. وبالطبع فإن محل الدعوى عند ذلك والتي عليه إثباتها هو عدم وجود إساءة منه، أي أن عليه أن يثبت أنه ما قصَّر ولا تعدي. فإن أثبت ذلك ذهبت مسئوليته عما هنالك من تبعات الأضرار التي لحقت بالمال، وإلا فهو مسئول عنها ويتحمل ما نجم عنها.

وقد بذل بعض الفقهاء المعاصرين جهداً كبيراً في شرعنة هذا القلب المكاني لأطراف النزاع، والوصول إلى أن التطبيق السليم والدقيق لقاعدة الإثبات على قضيتنا هذه يوصل إلى كون المدعي هو البنك والمدعى عليه هو المودع[١]. ومحل الدعوى هو عدم وجود إساءة من البنك، والقول بذلك مؤسس على أن للمدعى والمدعى عليه مفهوماً غير المفهوم المشهور لهما، والذي يذهب إلى أن المدعى هو الطالب والمدعي عليه هو المطلوب، بل من كان قوله على خلاف الأصل والظاهر هو المدعى وعليه البينة ومن كان قوله على وفق أصل أو ظاهر فهو المدعى عليه ويصدق مع يمينه كما أوضح ذلك الإمام القرافي[٢]. وإن كان بعض من تناول هذا الموضوع لم يوافقه على ما ذهب إليه، مشيراً إلى أن الصحيح أن المدعى هو المودع وأن البنك هو المدعي عليه. وعلى المدعى أن يقدم البينة التي تؤيد وتثبت إساءة المدعى عليه، وإلا فليس على المدعي عليه الذي هو البنك سوى حلف اليمين أنه لم يقصر[٣]. وأحب أن أشير إلى أن الحديث «البينة على المدعى واليمن على المدعى عليه» له تكملة هي «لو يعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم»، ومعنى هذا الحديث إذا ما نظرنا إليه بتمامه أن المقصود الأسني هو

(١) د. حسين حامد حسان، مجلة الاقتصاد الإسلامي، الأعداد ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨.
(٢) الذخيرة، ج٦، ص٥٤، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٤م.
(٣) الشيخ عبد الله بن منيع، المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية، شركة شورى للاستشارات الشرعية، الكويت، ٢٠٠٩م.

الحفاظ على الأموال لأصحابها، وحمايتها من ضياعها عليهم دون ما سند قوي في ذلك، فإذا ما أدركنا مدى صعوبة قيام المودع أو حتى جملة من المودعين بتقديم ما يثبت هذه الإساءة، لا لتقصير فهم، وإنما لتعقيد الواقع وكونه بالفعل خارج نطاق قدراتهم على تتبعه ومعرفة خباياه، وأدركنا في نفس الوقت مدى سهولة قيام البنك بإثبات عدم إساءته فإن القول بتحميل البنك بالقيام بذلك قد يكون هو الأولى بالعمل والمحقق لمرامي ومقاصد الشريعة من الحفاظ على الأموال من جهة وتحقيق العدالة بين الأطراف من جهة أخرى. وما فهمته من قراءاتي في هذه المسألة أنه ليس في كل الحالات عندما يعجز المدعى عن تقديم البينة يكتفي من المدعي عليه بحلف اليمين مجرداً من أية مؤيدات، بل إنه في كثير من الحالات لا يطلب من المدعى عليه اليمين بل يطلب منه تقديم ما ينفى الدعوى عنه[1]، والقول باعتماد القرائن في الدعاوى على تفصيل في ذلك مدون ومعروف، وقد سبق لمجمعنا تناول ذلك في أكثر من دورة، ومالت الأبحاث المقدمة إلى الاعتداد بالقرائن وعدم إهمالها[2]، والقرائن في قضيتنا هذه عديدة ومتنوعة، وعلى من يستطيع تقديمها فليقدمها، مدعياً كان أو مدعياً عليه.

ولي رأي في هذا الموضوع أطرحه على حضراتكم للنظر، أراه مخرجاً جيداً لنا يتمثل في «رد البينة» فعلى المدعى تقديم البينة، وعند عجزه ترد البينة على المدعى عليه، وهذا قياساً على ما هو مدون ومعروف من رد اليمين على المدعى. ومعنى القول بذلك أن يظل المدعى في قضيتنا هذه هو المودع والمدعى عليه هو البنك، ولا نحمل أنفسنا عناء قلب مكانهما. وفي الوقت ذاته يطلب من المدعى «المودع» تقديم البينة على دعواه بإساءة البنك، فإن عجز عن ذلك ترد البينة على المدعى عليه الذي هو البنك ويطلب منه تقديم البينة على عدم إساءته، ويمكنه ذلك في ضوء إمكاناته وقدراته وما تحت يده من مستندات. فإن قام بذلك على الوجه الذي يرضي جهة الحكم زالت مسئوليته عن الأضرار، وإلا ثبتت عليه وتحمل المسئولية.

---

(١) ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، ص٩٩ وما بعدها.
الدسوقي، مرجع سابق، ج٥، ٥٣٦.

(٢) في دورته الثانية عشرة. وانظر د. حسين حامد حسان، مرجع سابق.

الخاتمــة

في ختام هذه الدراسة الموجزة نخلص إلى ما يلي:

١. ينظر الإسلام للتمويل على أنه أداة ضرورية لقيام نشاط اقتصادي كفء وعادل. ومن ثم يؤكد على قيام التمويل على قاعدتي الكفاءة والعدالة، وبرغم ارتباطهما فإن اهتمام الإسلام بقاعدة العدالة بين طرفي التمويل يفوق كل اهتمام، وتقدم العدالة عند التعارض على ما عداها. ومن أهم مرتكزات، أو بمعنى أوضح تجليات العدالة بين طرفي التمويل: الممول والمستثمر الضمان والعائد. فإذا ما أخذ التمويل أسلوب المضاربة فإن تحقيق العدالة من خلال الضمان والعائد يقتضي ألا يكون المضارب ضامناً إلا في حالة إساءة استخدام أموال الممول، وإلا فهو أمين لا يضمن مال المضاربة من جراء أية مخاطر، اللهم إلا المخاطر التي جلبها بنفسه من إهمال وتقصير وتعد وعدم احترام لا لشروط التعاقد ولا لقواعد المهنة والعمل. كما تقتضي أن العائد من المضاربة شركة بينهما دون أي شيء محدد لأي منهما، وإذا حدثت خسارة فلا يتحمل فيها. وقد قدم الإسلام العديد من صيغ التمويل ذات الطبائع المختلفة، منها ما يقبل الضمان من المستثمر ومنها ما لا يقبله. والكل خاضع لقاعدة العدالة. والتي تتجلي في أكثر من صورة طبقاً لصيغة التمويل المعمول بها.

٢. يؤمن الإسلام بضرورة حماية الأموال والحفاظ عليها حتى من صاحبها ومالكها، ويوجب على كل من بيده مال أن يحميه ويحوطه من المتالف والمخاطر قدر الإمكان، وعليه استخدام كل ما هو متاح من أساليب الحماية والتحوط شريطة أن تكون تلك الأساليب مشروعة. ومن عظمة الإسلام أنه يوجب مشروعية الغاية والهدف ويوجب في نفس الوقت مشروعية الوسيلة والأسلوب، ولا يجيز على الأطلاق استخدام وسيلة غير مشروعة مهما كانت الغاية مهمة ونبيلة.

وعلى أطراف العملية التمويلية أن يعوا ذلك ويلتزموا به. ولا يتنافي ذلك أو يتعارض مع مسألة الضمان. فالتحوط والحماية مفروضة، بغض النظر عن كون الضمان موجوداً أو غير موجود بل إنه في حالات عديدة يكون تحمل الضمان وليس فقط المخاطر أمراً لا مفر منه إن كنا بصدد الحصول على عائد. فإذا رمت الربح أو العائد فعليك بالتنازل عن كون مالك مضموناً لك من قبل الغير، إذ ليس من العدالة في شيء أن يجمع لك كلتا

الحسنيين؛ ضمان مالك، وحصولك على عائده بينما الطرف الآخر يتحمل السيئتين؛ ضمان المال، وفقدان العائد كلياً أو جزئياً. ومن هنا جاءت القواعد وجاءت النصوص برفض هذا الميزان الجائز. فلا ربح لما لا تضمن، ولا غنم إلا بالغرم.

٣. في حالة ضمان المضارب لإساءته استخدام ما تحت يده من أموال، وفي ظل التطبيقات المعاصرة للمضاربة من خلال المصارف الإسلامية، وانطلاقاً من ضرورة أن يثبت الإهمال أو التعدى من المضارب. وبحكم كون المضارب اليوم غالباً في صورة بنك، وفي ضوء التعذر البين من إثبات هذه الإساءة من قبل البنك إذا ما طولب بها المودع بناءعلى القاعدة المشهورة «البينة على المدعى واليمين على من أنكر» ثار التساؤل عن العمل حيال تلك الإشكالية بما يحفظ المال من جهة، ويضبط بالقواعد الشرعية في الدعوى وإثباتها من جهة أخرى. إن الواقع القائم يؤكد على عجز الممول «المودع» احضار البينة بمختلف صورها التي تثبت صحة دعواه في تعدى البنك. والإعمال الميكانيكي للقاعدة أن يطلب من المدعى عليه «البنك» اليمين على صدقه في عدم الإساءة، وعندها يبرأ من تحمل أى عبء. وما أيسر الأيمان في زماننا هذا، رغم ما قد يكون هناك من إساءة في حقيقة الأمر. إذن ما هو العمل الذي يجنبنا ضياع الأموال من جانب ولا يلحق ظلماً بأحد الأطراف من جانب آخر؟ قدمت اجتهادات كثيرة ومتنوعة، بعضها لا أراه مقبولاً، وهو ما يذهب إلى تحويل المضارب (البنك) من المبدأ إلى ضامن بدلاً من كونه أميناً، إما تبرعاً أو بشرط أو جعله ضامناً إلا أن يثبت عدم الإساءة. وبعضها يستحضر طرفاً ثالثاً غير مشارك في العملية التمويلية ويجعله ضامناً، وهذا ربما كان أخف وطأة من السابق، ولكن دونه صعاب عملية. ومن ثم فمن المفضل عدم التعويل عليه. وبعضها يواجه المشكلة من خلال التأمين وتكوين صناديق، وهذا أفضل من سابقيه. وأخيراً الإبقاء على المضارب أميناً حسب التكييف الفقهي له، طالما لم يسئ الاستخدام، وإذا حدث نزاع فعليه هو وليس رب المال «المودع» عبء إحضار ما يثبت أنه لم يسئ. وهذا في رأي هو أفضل الحلول، وهو الموضوع المطروح للدراسة والبحث من قبل المجمع.

٤. ويجب الأخذ في الاعتبار ما ينجم عن المنازعات والدعاوى والقضايا من تداعيات سلبية مدمرة على عملية التمويل، تلك العملية التي تمثل لب النشاط الاقتصادي، وبخاصة منه الإنتاجي؛ ومعنى ذلك، إصابة هذا النشاط في مقتل. ومن ثم فيجب الابتعاد عنه كلما كان ذلك ممكناً. ويتحمل طرفا التمويل مسئولية مشتركة، إن لم تكن تضامنية في القيام

بذلك. وعلى المؤسسات المالية الإسلامية أن تبادر بوضع عقود لكل صيغة تمويلية تستوفي كل شروط ومتطلبات الحيطة والحذر. وأن تكون هذه الشروط من الوضوح والصراحة والحسم بمكان.

وعلى طرفي العقد الموقعين عليه الالتزام بها. وعليها كذلك أن توضح للممولين طرق وأساليب وإجراءات حماية أموالهم وعدم تعريضها للضياع.

من دراسة جيدة للعميل ولموضوع التمويل وغير ذلك.

وعلى تلك المؤسسات أن تنص صراحة في تلك العقود المشروعة والمعترف بها، أن تنص على جهة اللجوء عند النزاع، وتحبذ أن تكون مركز التحكيم والمصالحة الإسلامي بدبي، كلما كان ذلك ممكناً.

٥. ويجب ألا يغيب عن الذهن ما هنالك من فرق واضح بين التحوط والاحتراز وبين الضمان، سواء من حيث المفهوم، أو من حيث المسائل التي تنضوى تحت هذا وتحت ذاك، أو من حيث الأحكام الشرعية الحاكمة في هذا وذاك.

إن الإسلام يحرص الحرص كله على الحفاظ على الأموال وحمايتها مما يمكن حمايتها من مخاطر، يستوى في ذلك مالك المال والحائز له. لكن ذلك شيء وضمان هذا المال من قبل الحائز له بالمفهوم الفقهي المتعارف عليه للضمان شيء آخر تماماً.

إن الوعي بذلك جيداً يجعل كل ادعاء بعدم حرص الإسلام على حماية الأموال داحضاً لا يستحق مجرد السماع. كما يجعلنا حذرين كل الحذر ونحن نحدد مواقفنا، حتى لا تنزلق الأقدام دون قصد أو دون دراية إلى حمى البنوك التقليدية، والتي تعتبر قضية الضمان وقضية تحديد العائد من أهم ما يفرق بينها وبين البنوك الإسلامية.

والله سبحانه أعلا وأعلم

مراجع البحث

القرآن الكريم

١. د. شوقي دنيا، الاقتصاد الإسلامي . أصول ومبادئ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، ٢٠١٢م.

٢. د. عبد الستار أبو غدة، أساليب حماية رأس المال، مجلة الاقتصاد الإسلامي، بنك دبي الإسلامي، العدد ٣٢٨.

٣. د. أحمد علي عبد الله، التحوطات البديلة عن الضمان في المشاركات والصكوك الاستثمارية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٢٢.

٤. د. شوقي دنيا، الأدوات المالية الإسلامية المستخدمة في تمويل المشروعات، ندوة الصناعة المالية الإسلامية، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠٠م.

٥. د. محمد فهيم خان، الاقتصاديات المقارنة لبعض أساليب التمويل الإسلامي، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، المجلد الثاني، العدد الأول.

٦. د. العياشي فداد، مخاطر الثقة في تطبيقات المضاربة وعلاجها، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٥٨.

٧. د. ضياء الدين أحمد، النظام المصرفي الإسلامي: الموقف الحالي، مجلة دراسات اقتصادية إسلامية، المجلد الثاني، العدد الأول.

٨. مجلة الاقتصاد الإسلامي العدد ٣٤١.

٩. د. حسين حامد حسان، انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٤٦، ٣٤٧، ٣٤٨.

١٠. وزارة الأوقاف، الموسوعة الفقهية، الكويت.

١١. البغدادي، مجمع الضمانات، المطبعة الخيرية، القاهرة، ١٣٠٨هـ.

١٢. السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٨٩م

١٣. د. قطب سانو، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الثالثة عشرة.

١٤. د. نزيه حماد، صحة تضمين يد الأمين بالشرط في الفقه الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
١٥. د. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية.
١٦. د. أنس الزرقا، حماية الحسابات الاستثمارية في إطار الأعمال المصرفية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ٣٣٧.
١٧. د. سامي السويلم، التحوط في التمويل الإسلامي، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.
١٨. د. عبد القادر غالب، التحكيم التجاري والعمليات المصرفية الإسلامية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، ٣٢٠.
١٩. د. عبد الستار أبو غدة، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية، مجمع الفقه، الدورة الثالثة عشرة.
٢٠. الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي.
٢١. المغني، ابن قدامة، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
٢٢. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.
٢٣. عبد الله بن منيع، المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية الإسلامية، شركة شورى للاستشارات الشرعية، الكويت، ٢٠٠٩م.
٢٤. ابن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، المؤسسة العربية للطباعة والنشر، القاهرة.
٢٥. القرافي، الذخيرة، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.