

المبحث الثالث

الضمانات في أعمال البنوك

تنقسم الضمانات في أعمال المصارف اللاربوية الى قسمين أساسيين هما :

١ - الضمانات في حقوق العباد .

٢ - الضمانات في حقوق الله .

أولا - الضمانات في حقوق العباد :

لقد احتلت مسألة الضمانات التي يضمن بها البك حقوقه قبل المتعاملين معه اهتماما واسعا في هذه الأيام بعد أن تأثرت نشاطات المصارف اللاربوية بالتعامل على أساس الثقة الشخصية أو ما أسميه بـ « الثقة المخدوعة » .

١ - ونظام البنوك التجارية حافل بالضمانات أعدها عدا فأقول :
تنقسم الى نوعين رئيسيين هما :

● الضمانات الشخصية :

١ - الكفالة العادية والكفالة التضامنية لتجنب الدفع بالتجريد وانقسام الدين .

٢ - حوالة الحق فقط والحوالة مع الكفالة التضامنية بمعنى أن المحيل يتعهد كذلك باعتباره أو بوصفه كفيلًا ضامنا للمدين .

● الضمانات العينية :

تشمل الرهون بأنواعها المختلفة سواء أكانت عقارية أو منقولة ، والأخيرة سواء أكانت بضاعة أو أوراق مالية أو تجارية تمثل حقوقا لدى الغير .

وقد تكون الضمانات العينية على مال غير مملوك للمدين أى من

كفيل عيني .

٢ - وهناك ضمانات خاصة بعمليات معينة كفتح الاعتمادات مثل:
فتح الاعتماد بضمان التنازل عن حق العميل لدى صاحب
العمل في عقود المفاوضة والتوريد وذلك التنازل من العميل عن حقه لدى
الغير ضمانا لسداد الاعتماد .

٣ - رهن المنقول :

نظرا لأهميته ودقته وشيوعه في العمل نقرده بالبحث :

(١) موقف القانون المدني المصرى من رهن المنقول :

تنص المادة (١١٢٢) من القانون المدني المصرى على أنه :
« تسرى الأحكام المتقدمة (فى رهن المنقول) بالقدر الذى
لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية و وأحكام القوانين
واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة فى رهن المنقول » .

وتتضمن المادة (١/١١١٠) من القانون المذكور أن الرهن يخول
الدائن المرتهن الحق فى حبس الشئ المرهون عن الناس كافة
وتنص المادة (١١٠) على أنه :

« اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن الا اذا
أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء
الرهن .. » .

ويتضح من هذه النصوص أن القانون المدني المصرى لم ينظم
الحالة التى يكون فيها المنقول المرهون فى حيازة المدين الراهن
الا فى مجال ضيق جدا فى السفن البحرية والمحل التجارى كما أنه
لم يعلق المسألة فأعطى للقانون التجارى وللوائح المتعلقة
بأحوال خاصة فى رهن المنقول فرصة تنظيمها بما يتلاءم ويتناسب
مع ظروف التجارة والأحوال الخاصة فى رهن المنقول ومن هذا المنطلق
نستطيع القول بأن القانون المدني المصرى فى المادة (١/١١٠) منه اذا

كان قد أعطى الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون إلا أنه أجاز له أن يأذن للمدين الراهن بحياسة المرهون دون أن يقصد بذلك اقتضاء الرهن (مادة ١١١٠ منه) •

ولما كانت أعمال البنوك تعتبر تجارية وبصفة خاصة إذا كان الالتزام المضمون تجارياً وقد استقر قضاء محكمة النقض في مصر على أن قروض البنوك التي تعقدتها في نطاق نشاطها المعتاد تعتبر عملاً تجارياً مهماً كانت صفة المقرض وأياً كان الغرض من القرض^(١) ، فإن جواز أن يأذن المرتهن للراهن بحياسة السلعة المرهونة بغرض بيعها ويكون الثمن رهناً في مقام المبيع أمر يرخص فيه القانون المدني المصري نفسه بمقتضى المادة (١١٢٢) على ما سلف بيانه وإن كان بطريق غير صريح أو غير مباشر لاعتبارات التجارة والأعمال التجارية التي تختلف عن الأعمال المدنية في كثير من الأحكام •

(ب) أما المشرع الفرنسي فقد واجه المسألة (رهن المنقول) مواجهة صريحة انطلاقاً من أن معظم المنقولات التي لها قيمة ويمكن للتاجر أن يرهنها تتعلق باستغلاله التجاري ، ومن ثم فإن نقل حيازتها إلى الدائن يعطل مالكها عن مباشرة نشاطه فيها مما يجعل رهنها في غالب الأحيان غير مفيد ، ولذلك لجأ المشرع الفرنسي إلى وضع تنظيم لرهن المنقول يحصى فيه كافة المصالح المتعارضة ، بحيث لا يلزم لنفاذه نقل الحيازة إلى الدائن بل أنه يشهر بالقيود في سجل خاص ليعلم به الغير ، ولذلك فعندما يتصرف المدين فيه إلى الغير فإن الغير يعلم عندئذ أنه مرهون^(٢) •

(ج) في الفقه الاسلامي :

لقد كان الفقه الاسلامي أسبق من المشرع الفرنسي وأوسع تصوراً من مشرع القانون المدني في المواد السابق ذكرها إذ نصت المادة (٧٤٧) من مجلة الأحكام العدلية على ما يأتي :

(١) انظر د. جمال الدين عوض - المرجع السابق ص ٨٥٧

(٢) أورد ذلك د. على جمال الدين عوض - المرجع السابق ص ٨٥٥

« لو باع الراهن بدون رضا المرتهن لا ينفذ البيع ولا يطرأ خلل على حق حبس المرتهن ولكن اذ أوفى الدين يكون ذلك البيع نافذا وكذا اذا أجاز المرتهن البيع يكون نافذا ويخرج الرهن من الرهنية ويقتى الدين على حاله ويكون ثمن المبيع رهنا في مقام المبيع^(١) ، وان لم يجز المرتهن البيع فالمشتري يكون مخيرا ان شاء انتظر الى أن يفك الراهن الرهن وان شاء رفع الأمر الى الحاكم حتى يفسخ البيع » .

وفي أقوال الفقهاء متسع يجلب التيسير ويدفع المشقة ويحقق المصلحة الراجحة .

فيقول الامام الكاساني : « اذا قبضه المرتهن أو العدل ثم تراضيا على أن يكون في يد الراهن ووضعه في يده جاز لأن القبض الصحيح للعقد قد وجد وقد خرج الرهن من يده فبعد ذلك يده ويد الأجنبى سواء »^(٢) .

كما أورد الكاساني قول الامام الشافعي^(٣) وهو أكثر سعة اذ يقول : « أما حق حبس المرهون فليس بحكم لازم حتى ان كان المرهون شيئا يمكن الانتفاع به بدون استهلاكه كان للراهن أن يسترده من يد المرتهن فينتفع به فاذا فرغ من الانتفاع رده اليه وان كان شيئا لا يمكن الانتفاع به الا باستهلاكه كالمكيل والموزون فليس للراهن أن يسترده من يد المرتهن ، واحتج بما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا يعلق الرهن .. لا يعلق الرهن^(٤) هو لصاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

(١) جاء في بدائع الصنائع : « الثمن في باب البيع بدل المبيع وأنه مرهون فجاز أن يكون بدله مرهونا ... » ج ٥ ص ١٤٦ - المرجع السابق .

(٢) بدائع الصنائع ج ٥ ص ١٣٧ ، ط ٢ - دار الكتاب العربي .

(٣) المرجع السابق . ج ٥ ص ٤٥

(٤) رواه الأثرم .

فأخبر عليه الصلاة والسلام أن الرهن لا يفلق أى لا يحبس ... وكذا أضاف عليه الصلاة والسلام الرهن الى الراهن بلام التملك وسماه صاحباً له على الاطلاق ، فيقتضى أن يكون هو المالك للرهن مطلقاً رقبته وانتفاعاً وحسباً ... ولأن الرهن شرع توثيقاً للدين وملك الحبس على سبيل الدوام أيضاً ، ومعنى الوثيقة لأنه يكون فى يده دائماً وعسى يهلك فيسقط الدين فكان توهيناً للدين لا توثيقاً له ولأن فى الحبس تعطيل العين المنتفع بها فى نفسها من الانتفاع لأن المرتهن لا يجوز له الانتفاع بالرهن أصلاً والراهن لا يملك الانتفاع به عندكم (يقصد الحنفية) فكان تعطيلاً والتعطيل تسيب وأنه من أعمال الجاهلية وقد نفاه الله تبارك وتعالى بقوله : ﴿ ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ﴾ (المائدة ١٠٣) .

كما جاءت فى الروض المربع للشيخ منصور البهوتى من علماء الحنابلة نصوص حاسمة فى المسألة فيقول رحمه الله (١) :

« ويصح الرهن مع الحق ويصح بعده ويجوز رهن المبيع قبل قبضه - غير المكيل والموزن والمزروع والمعدود - على ثمنه وغيره عند يائعه وغيره لأنه يصح بيعه بخلاف المكيل ونحوه لأنه لا يصح بيعه قبل قبضه فكذلك رهنه » .

واذا كان ذلك كذلك وكانت الحاجة داعية اليه فانها ادعى فى المعاملات التجارية والمصرفية على وجه أخص نظراً للمخاطر التى يتعرض لها البنك وحاجته فى نفس الوقت الى البدائل التى تذلل المشقة وتهون الصعاب فى عمله ونشاطاته .

٤ - غرامة التأخير (التعويض) :

نظراً لذيوع « غرامات التأخير » فى أعمال البنوك التجارية واللاربوية على السواء فاتنا تناولها بالبحث المقارن والموازن فى كل

(١) حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع ج ٢ ص ١٦١ ، ١٦٣ - طبعة مكتبة الرياض الحديثة .

من القانون الوضعي والفقه الاسلامي ، حتى لا يقع اللبس والتليس
وذلك على النحو التالي :

(١) موقف القانون من غرامة التأخير :

تنص المادة (٢٢٦) مدني مصري على أنه :

« اذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت
الطلب وتأخر المدين في الوفاء به كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل
التعويض عن التأخير فوائد قدرها $(\frac{1}{4}\%)$ في المسائل المدنية و $(\frac{1}{5}\%)$
في المسائل التجارية وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية
بها ان لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها وهذا
كله ما لم ينص القانون على غيره » .

وتنص المادة (٢٢٧) مدني مصري على أنه :

« (أ) يجوز للمتعاقدین أن يتفقا على سمر آخر للفوائد سواء
أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها
الفوائد على ألا يزيد هذا السعر على $(\frac{1}{7}\%)$ فاذا اتفقا على فوائد
تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعين رد
ما دفع زائدا على هذا القدر » .

(ب) وكل عمولة أو منفعة أيا كان نوعها اشترطها الدائن اذا زادت
هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره تعتبر فائدة
مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ما ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة
لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا منفعة مشروعة » .

وتنص المادة (٢٨٨) مدني مصري على أنه :

« لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية
أن يثبت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير » .

وما يهمننا اظهاره من هذه النصوص ما يأتي :

١ - ان فوائد التأخير مرتبطة بالتزام محله مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب .

٢ - انها مرتبطة بالتأخير في الوفاء بهذا الالتزام أى أنها لصيقة بعنصر الزمن أصلا ومن ثم لا يشترط اثبات ما لحق الدائن من ضرر ناتج عن هذا التأخير حتى تستحق فوائد التأخير أيا كان مصدرها أى سواء اكان مصدرها نص القانون أو الاتفاق ..

٣ - ان فوائد التأخير على الرغم من ارتباطها بالزمن المتمثل في تأخير الوفاء الا أنها تؤخذ على سبيل التعويض عن هذا التأخير نفسه فلزم الانتباه لئلا يقع اللبس بين فوائد التأخير والتعويض عن الضرر ، على حين أن محل كل منهما مختلف عن الآخر فالأول محله الزمن والثاني محله الضرر وان كان الأول نوع ضرر أو يتسبب عنه الضرر الا أن الاختلاف أساسى بينهما اذ يرتبط الضرر بما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب معا ^(١) كنتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو للتأخير في الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول أو كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد (راجع مادة ٢٢١ مدنى مصرى) . وبذلك ينحصر الاختلاف بين فوائد التأخير والتعويض في ارتباط الأولى بعنصر الزمن مجردا من أى شىء آخر - أى التأخير ، وارتباط الثانى بالضرر ولو لم يكن هنالك زمن - أى تأخير ، لذلك لزم التنويه والانتباه ، هذا فضلا عن أن محل الالتزام الأصلى في الحالة الأولى يتخض مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب .

(١) وقد ميزت محكمة النقض المصرية بين تفويت الفرصة وهو أمر محقق والامل فى الكسب وهو أمر احتمالى ويجب اعتبار العنصر الأول عند تقرير التعويض عن الضرر (نقض مدنى رقم ٨٦٠ لسنة ٥٤ جلسة ١٦/٥/١٩٧٩ - غير منشور - انظر أحكام الالتزام - استاذنا د. عبد الودود يحيى - ص ٤٤ - طبعة ١٩٨٧ ، دار النهضة العربية) .

٤ - ان مشرع القانون المدنى نبه الى ما قد يقوم به أطراف الالتزام من اضرار وصف غير حقيقى على فوائد التأخير فيسمونها « عمولة » أو يحصل الدائن على أنواع أخرى من المنافع يشترطها بقصد مخالفة الحد الأقصى للفوائد اذ اعتبر القانون العمولة أو المنفعة المتحصلة فى هذه الحالة فائدة مستترة ومن ثم تكون قابلة للتخفيض الى الحد المسموح به قانونا وهو (٧/١) ووضع القانون فى نفس الوقت معيارا أو ضابطا لهذا النوع من العمولة أو المنافع بأنه لا توجد فى مقابله خدمة حقيقية يؤديها الدائن .

٥ - مما يجدر ذكره فى هذا المقام التعويض الاتفاقى أو ما يسمى فى القانون بالشرط الجزائى وهو اتفاق طرفى الالتزام على جزاء الاخلال بهذا الالتزام سواء بعدم تنفيذه أو التأخير فيه وعلى هذا النحو فهو الاتفاق على مقدار التعويض الذى يدفعه المدين ومن ثم كان تابعا للالتزام الأسمى (مادة ٢٢٣ مدنى مصرى) .

ولا يستحق هذا التعويض الاتفاقى اذا أثبت المدين أن الدائن لم يلحقه أى ضرر وعدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر فى ذاته خطأ يرتب المسؤولية^(١) .

٦ - ورغبة من المشرع الوضعى فى تقييد الربا اشترط لاستحقاق الفوائد المطالبة القضائية بأصل الدين بالإضافة الى الفوائد فان أغفل المطالبة بالفوائد فلن يحكم له بها^(٢) . وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه من شروط استحقاق فوائد التأخير القانونية المطالبة القضائية بها^(٣) ، وقد خالف المشرع بذلك ما اشترطه

(١) نقض مدنى جلسة ١٩٦٨/١٢/٢ ، مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٧ ص ١٤٩٠ ، انظر المواد أرقام ٢٢٤ ، ٢٢٥ مدنى مصرى .
(٢) انظر - استاذنا د. عبد الودود يحيى - أحكام الالتزام ص ٥٨ ط ١٩٨٧ - دار النهضة العربية .

(٣) نقض مدنى جلسة ١٩٦٨/٦/٦ . مجموعة المکتب الفنى لسنة ١٩ ص ١١٠ - وجلسة ١٩٦٤/١٢/٣١ ، مجموعة المکتب الفنى السنة ١٥ ص ١٢٣٧

لاستحقاق التعويض بوجه عام من وجوب اعذار المدين بانذار على يد محضر أو ما يقوم مقام الانذار (مادة ٢١٨ مدنى) •
ومع ذلك أجازت المادة (٢٢٦) مدنى أن يكون تاريخ سريان الفوائد مرده الى الاتفاق أو العرف التجارى أو القانون والا فمسن تاريخ المطالبة القضائية •

٧ - وخلاصة الأمر أن المشرع فى القانون الوضعى قد أورد ثلاثة أنواع من التعويض هى :

- (أ) التعويض القضائى •
- (ب) التعويض الاتفاقى أو الشرط الجزائى •
- (ج) التعويض القانونى أو الفوائد •

وربط - من وجهة نظرنا - التعويض القضائى والاتفاقى بالضرر المشتل على ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب واعتبار الأمرين معا ، على حين ربط التعويض القانونى أو الفوائد بالزمن ولذلك لا تستحق الا عن التأخير فى الوفاء بالالتزام ، ولا يتصور استحقاقها عن عدم تنفيذ الالتزام لارتباطها بكون محل الالتزام مبلغا من النقود معلوم المقدار وقت الطلب ، وأما ما يذهب اليه القضاء ^(١) من أن الضرر فى هذه الحالة مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس فى هذه الحالة أو غير قابل لاثبات العكس أمر غير مسلم فى الواقع الاقتصادى وما قد يكتنفه من فترات كساد لا تستوعب التشغيل الكامل لرأس المال فى فترة من هذه الفترات - هذا فضلا عما يحمله هذا الاتجاه فى القضاء من تناقض اذ أن تقدير القانون للفوائد انما هو تقدير جزافى أو نظامى بحت أى مرتبط فقط بارادة المشرع دون الضرر الذى قد يزيد أو ينقص عن مقدار الفوائد

(١) نقض مدنى جلسة ١١/٦/١٩٦٤ ، مجموعة المكتب الفنى السنة ١٥ ص ٢٢٨ ، انظر أيضا استاذنا د. عبد الودود يحيى - أحكام الالتزام ص ٦٤ مرجع سابق •

فالفوائد تستحق سواء لحق الدائن ضرر من التأخير أم لم يلحقه
أى ضرر وسواء أكان الضرر أكبر أو أقل من مقدار الفوائد .

(ب) موقف الفقه الاسلامى من غرامة التأخير (١) :

من المتفق عليه ابتداء لدى الفقهاء تحريم فوائد التأخير المنصوص
عليها فى المادة (٢٢٦) من القانون المدنى المصرى حتى ولو أطلق
عليها النص القانونى مصطلح « التعويض » عن التأخير فى الوفاء بالتزام
محله مبلغا من النقود ، اذ تعتبر هذه الفوائد من الربا المحرم شرعا
باعتبارها زيادة مشروعة أو مقررة بنص القانون على أصل الدين وهذا
ما يشهد به النص نفسه ومن ثم لا يحتمل تأويلا أو اجتهادا .

وعلى هذا النحو لا يبقى معنا من صور التعويض المنصوص
عليها قانونا سوى التعويض القضائى والاتفاقى أو الشرط الجزائى
وكلاهما مناطه الضرر ، الا أن تقدير الضرر فى الأول أو مقدار التعويض
يكون عن طريق القضاء وفى الثانى يتفق عليه أطراف الالتزام سلفا ،
وفائدة الشرط الجزائى أن الدائن يعفى من عبء اثبات الضرر ومن ثم
يفترض حدوث ضرر لحقه الا أن يثبت المدين العكس أو يثبت أن
الشرط مبانع فيه لدرجة كبيرة ، ولكن لا يستطيع القاضى الا أن
يزيل ما فى الشرط من مبالغة دون أن ينزل به الى مساواته بالضرر ،
والعكس كذلك لا يستطيع القاضى أن يحكم الا بقيمة الشرط الجزائى
حتى ولو كان أقل من الضرر الواقع الذى أصاب الدائن ، ما لم يثبت
الدائن أن المدين ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، كما لو تعمد عدم
تنفيذ التزامه فانه يجب على القاضى فى هذه الحالة أن يحكم بتعويض
يتعادل مع الضرر حتى ولو كان أكثر من قيمة الشرط الجزائى .
(المادة ٢١٧/٢ ، ٢٢٥ مدنى) .

(١) لقد استعمل مصطلح « غرامة التأخير » فى بعض المصارف
والمؤسسات المالية الاسلامية ثم شاع استعمال مصطلح « التعويض »
باعتباره الأصوب والأدق .

● مصطلح غرامة التأخير :

ان مصطلح غرامة التأخير بشقيه من لفظي « الغرامة والتأخير » مجتمعين مصطلح مستحدث ويرجع أساسا الى الممارسات العملية في المصارف اللاربوية .

وان كان لفظ الغرم يرجع الى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الزعيم غارم » ، ولفظ التأخير يدخل بمعناه في حديث الرسول صلى الله عليه وسلم : « مظل الغنى ظلم » .

واذا كان التنظيم القانوني الوضعي يفرق بين مصطلحي « الغرامة » و « التعويض » اذ الأول من مستخدمات القانوني الجنائي كعقوبة جنائية والثاني من مستخدمات القانون المدني كتعويض عن الضرر .

كما أن مصطلح « التأخير » من مستخدمات القانون المدني في الفوائد القانونية على وجه الخصوص ولهذا لزم التنويه والتنبيه .

ولهذا تؤثر مصطلح « التعويض » أو « الضمان » في الاستخدام الفقهي في المصارف والمؤسسات المالية الاسلامية لجبر الأضرار التي تحيق بها بسبب مطاطة المتعاملين معها في الوفاء بالتزاماتهم المالية والتعاقدية مما يعوق مسيرتها ويعرض الأموال للمخاطر ويدخلها في المشاكل القانونية والادارية وما يترتب عليها .

(ج) موقف القانون والفقهاء من الدائن والمدين :

اذا كان التنظيم القانوني يمم وجهه شطر التعويض ومقداره وأسبابه وكيفية اقتضائه وكذلك الفوائد ، فان التنظيم الشرعي والفقهي يمم وجهه شطر المدين وفرق بين حالتين هما :

(أ) حالة المدين الغنى المماطل .

(ب) حالة المدين المعسر .

كما يسم وجهه شطر الدائن المضار أو المضرور وفرر حقه في جبر الضرر لحديث الرسول صلى الله عليه وسلم : «لا ضرر ولا ضرار»^(١) .

والحديث يحمل في معانيه الضرر وأسبابه من المباشرة والتسبب وأنه من المنهيات في الشرع .

(١) المدين الغنى الماثل :

١ - عقوبته :

وبخصوص المدين الغنى الماثل أوجب الشرع عقوبته ، وتقدير العقوبات هنا من باب التعزيرات التي يضعها ولي الأمر وبخاصة في النواحي المالية والاقتصادية ، وهذا الشق يعتبر من النظام العام لضرورة المحافظة على سلامة الأسواق من الماثلين وتطهير المعاملات كذلك من اللدد والخصومات ، بما لا يتحملة اظام التعامل في المال والاقتصاد^(٢) .

٢ - تضمينه :

وهناك وجه آخر لماطلة المدين الغنى يمس الدائن وما قد يصيبه من ضرر من جراء ماطلة المدين الغنى وعدم تنفيذه لالتزامه وتأخره في الوفاء به ، وفي هذا الخصوص فإن القانون اشترط لاستحقاق الدائن للتعويض في هذه الحالة حصول خطأ من المدين واعتبر أن مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدى يعتبر في ذاته خطأ يرتب المسؤولية ولا يغنى عن توافر هذا الشرط أن يكون التعويض مقدرا في العقد ، لأن هذا التقدير ليس هو السبب في استحقاق التعويض وإنما ينشأ الحق

(١) انظر في معاني الحديث : ابن رجب الحنبلى - جامع العلوم والحكم

ص ٢٨٨ ، الأخ المرحوم أ.د. حسن عنانى - لا ضرر ولا ضرار ص ٨

(٢) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم ص ١٤٤

اذ يقرر ان جاحد الحق أو الممتنع عن ادائه مع قدرته ظالم يستحق العقوبة شرعا لانتزاع ما عليه من دين .

في التعويض عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخير في تنفيذه كما أنه لا يكفي لاستحقاق التعويض ولو كان اتفاقيا مجرد توافر ركن الخطأ في جانب المدين بالالتزام وانما يشترط أيضا توافر ركن الضرر في جانب الدائن فاذا أثبت المدين انتفاء الضرر سقط الجزاء المشروط^(١)، وعلى هذا النحو فاذا كان القانون اعتبر عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو تأخره في ذلك خطأ يترتب عليه مسؤوليته عن تعويض الدائن عما أصابه من ضرر فإن الفقه الاسلامي اعتبر حصول الضرر بالدائن مقدم على خطأ المدين في استحقاق التعويض ومن هنا لا بد أن تتمخض ملاحظة المدين عن ضرر يقع بالدائن فعلا وعليه اثباته فعلا لا ظنا ولا تخميناً أو تقديرًا أو حكماً أو جزافاً .

٣ - الأساس العادل لتقدير التعويض أو للضمان :

هنا ينفذ اجتهاد الفقهاء في استخراج الأساس العادل لتقدير التعويض : ففي ضمان المتلفات يضمن المال المثلّي بثله والقيمي بقيمته ، وفي تقدير تعويض الضرر الذي يلحق بالبنك من جراء تأخر المدين في السداد ، مناط للبحث والتقصي ؛ ونرى في هذا الصدد مجموعة من الاعتبارات التي تؤخذ في الحسبان :

الأول في ذلك : هو أن تكون أموال البنك في حالة تشغيل كامل وأنها تحقق ربحاً حتى يمكن أن يتخذ الربح الفعلي الذي حققه البنك في المدة التي تأخر فيها المدين عن الوفاء أساساً للتعويض وإذا لم يتمكن البنك من ذلك ففي المسألة نظر .

الاعتبار الثاني : هو أنه يمكن أن تؤخذ في اعتبار تقدير التعويض

(١) انظر نقض مدني ١٤/١١/١٩٦٧ - مجموعة المكتب الفني السنة ١٨ رقم ٢٥٢ ص ١٦٦٨ ، نقض مدني ٥/١٢/١٩٦٨ - مجموعة أحكام النقض السنة ١٩ رقم ٢٢٧ ص ١٤٩٠ ، نقض مدني ٢٥/١/١٩٧٩ - مجموعة المكتب الفني السنة ٣٠ رقم ٧٥ ص ٣٨٥ ، استاذنا د. عبد الودود يحيى - أحكام الالتزام ص ٤٩ - مرجع سابق .

ما حققه المدين من ربح — اذا كان تاجرا — من المال الذى آخر الوفاء به فى مدة التأخير^(١) .

الاعتبار الثالث : ومن ناحية ثالثة فان نوع النشاط الذى تستثمر فيه الأموال يكون محل اعتبار فى تقدير التعويض المستحق للبنك .

الاعتبار الرابع : أنه اذا تعذر أو استحال ذلك فيكون متوسط الأرباح فى عمليات الاستثمار فى البنك بشرط أن تكون أمواله فى حالة تشغيل كامل كما سلف .

الاعتبار الخامس : وهو ما لحق البنك من خسارة وما فاتته من كسب بسبب امتناع المدين بغير عذر قهرى عن الوفاء بالتزاماته أو تأخره فى ذلك وهذا الاعتبار درج على القول به كثير من الباحثين^(٢) الذين تعرضوا لبحث مسألة الضمانات والتعويض فى ممارسات البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية وهذا الاعتبار أو المعيار هو ما أخذ به القانون الوضعى بضوابطه فى المادة (٢٢١) مدنى اذ اشترط أن يكون ما لحق الدائن من خسارة وما فاتته من كسب نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر فى الوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية اذا لم يكن فى استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، وليس الأمر على هذا الاضطراب فى البنوك أو المؤسسات المالية الاسلامية بمعنى أنه فى الحالات التى لا يكون فى استطاعتها توقي الضرر ببذل جهد معقول وبخاصة تلك الحالات التى تعاني فيها من فائض سيولة فتتخزم القاعدة المنصوص عليها فى المادة (٢٢١) مدنى^(٣) وهو ما يجب أن يؤخذ فى

(١) انظر : د. محمد الشحات الجندى — عقد المراجعة ص ٢٣١ ، ط . دار النهضة ١٤٠٦ هـ (١٩٨٦ م) .

(٢) نفس المرجع السابق .

(٣) ولا يجوز الاحتجاج فى هذا الصدد بفكرة الضرر المباشر الذى يقتصر عليه التعويض فى المسؤولية العقدية وان وجود فائض سيولة يشكل ضررا غير مباشر اذ أنه من العسير بل أنه يحتاج الى الحقيقة التى يقوم عليها البنك الاسلامى وهو أنه بنك استثمار لا تتجزأ أمواله فالضرر فى جميع الاحوال وفى النهاية واحد وهو لحرق الخسارة وفوات الكسب .

الحسبان طبقاً للمادة (١٧٠) من القانون المدني التي نصت على أن القاضى يقدر مدى التعويض عن الضرر الذى لحق المضرور مراعيًا فى ذلك الظروف والملابسة • ومما يجب التنبيه إليه فى هذا الخصوص أيضا ما تنص عليه المادة (٢١٦) مدنى من أن اشتراك الدائن بخطئه فى أحداث الضرر أو زيادته يجيز للقاضى أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم به ، ولا شك عندى أن تقاعس البنك فى اتخاذ الضمانات الكافية والمناسبة للحفاظ على حقوقه وكذلك إهماله فى تشغيل واستثمار أمواله يعتبر خطأ لا نستطيع أن نجرده منه يؤخذ فى الاعتبار عند تقدير التعويض على أساس قاعدة ما لحق الدائن من خسارة أو فاته من كسب والمنصوص عليها فى المادة (٢٢١) مدنى •

وهذه الاعتبارات السابق سردها بتعدددها وتنوعها تجعلنا نقول ان الاعتماد على معيار واحد منها قد يقدر فيه قاذح مما سبق ذكره ومن ثم يجب فى نظرنا عند تقدير التعويض أن تبحث كل حالة بحسب الظروف والملابسة لها ويقدر التعويض على ضوءها حتى يأتى تقدير التعويض على أساس صحيح وعادل ؛ ومن هنا تكون الأسس السابقة لتقدير التعويض محل اعتبار فيه كل بحسبة منفردة أو مجتمعة •

(ب) المدين المعسر :

أما المدين الذى يتأخر فى السداد بسبب ضائقة مالية عارضة أو عسر مالى مؤقت لا يخل بسلامته المالية فيجب انظاره الى ميسرة يحدد العرف التجارى مدتها لقوله تعالى : ﴿وَأِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ (البقرة : ٢٨٠) (١) •

وجيهور الفقهاء على عدم مطالبة المدين المعسر ولا يكلف أن يقضى بما فيه عليه ضرر كمسكنه المحتاج اليه وما يحتاج الى التجارة به لنفقتة ونفقة عياله •• هذا مذهب الامام أحمد رحمه الله (٢) •

(١) انظر : دليل الفتاوى الشرعية فى الأعمال المصرفية ص ١٢٧ -

ادارة البحوث - مركز الاقتصاد الاسلامى - بالمصرف الاسلامى الدولى •

(٢) انظر : الأخ المرحوم أ.د حسن الصناني - لا ضرر ولا ضرار

وحالة الاعسار التي يمر بها الشخص بمضايقة مالية تختلف عن

حالة الافلاس التي تستغرق فيها ديونه جميع أمواله فيعجز عن تأديتها ومن ثم فلا فائدة في هذه الحالة من نظرة الميسرة بل قسمه أمواله بين غرمائه بحسبها وبحسبهم .

ونظرة المدين المعسر أصل من أصول المعاملات المالية في الاسلام على حين أنها استثناء في المعاملات التجارية في التشريعات الوضعية بحوط القاضى فى القضاء بها قيود عديدة (١) ، بل ان من القوانين ما يمنع اعطاء مهلة لدفع الكمبيالة (مادة ١٥٦ من قانون التجارة المصرى) .

ثانيا - الضمانات فى حقوق الله :

ان صيانة حقوق الله وحفظها والمحافظة عليها راجع أو مآله الى انتظام حقوق العباد فى الجملة ، فالله جل وعلا لا تنفعه طاعة ولا تضره معصية ، وانما أضاف الله طائفة من الحقوق الى نفسه سبحانه وتعالى لأهميتها البالغة فى استقامة أمر الناس فى دينهم ودنياهم وأخراهم .

(١) هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية :

وفى نطاق العمل المصرفى اللاربوى أو العمل المصرفى الاسلامى القائم أساسا على رعاية حقوق الله وحقوق عباده ومن ثم الحرص الشديد على تطبيق أوامر الله وتجنب نواهيه أى تحريم حرامه واعمال حلاله ومن هنا كانت الأهمية القصوى لدور هيئات الفتوى والمتابعة الشرعية لأعمال المصارف الاسلامية ، فهذه الهيئات هى المستحدث الأهم فى تنظيم البنوك الاسلامية وما يجب أن يكون لها من وضع مؤثر ومتميز فى البناء التنظيمى للمصارف الاسلامية تلتجى من خلاله بالممارسات العملية اليومية فى المصارف اللاربوية وتتقدح من خلال ذلك عقول علماء الاسلام فى هذا الكم الهائل الزاحف من الأنظمة

(١) انظر المادتين ٥١٧ ، ٥١٨ من النظام التجارى السعودى المعروف بنظام المحكمة التجارية للمملكة العربية السعودية رقم ٢٢ لسنة ١٣٥٠ هـ .

والصين والأساليب المالية والاقتصادية والمصرفية وليس هذا فحسب بل وإخراج أنماط إسلامية جديدة في الممارسات العملية في نطاق العمل المصرفي الإسلامي لمواجهة مستعصيات المسائل والمشاكل المعاصرة على المستويين الإقليمى المحلى والعالمى فعالمية الإسلام هو التحدى الصعب الذى لا مفر لعلماء الإسلام منه .

(ب) ضوابط وأنماط عمل الهيئة الشرعية :

كل ذلك يفرض مجموعة من الضوابط والمعايير والأنماط في هيئات الفتوى والمتابعة الشرعية فيما يتعلق بالنواحي الآتية^(١) :

- ١ - موقع الهيئة في الهيكل التنظيمى للبنك بما يحقق المقصود منها وأهدافها المرجوة .
- ٢ - اختصاصاتها .
- ٣ - شروط ومواصفات أعضائها .
- ٤ - تشكيلها وبخاصة الكيفية والعدد .
- ٥ - ضمانات فعالية الهيئة .
- ٦ - ضرورة وجود الهيئة في كافة مراحل وجود البنك ونشاطاته .

فإذا تصورنا أن الهيكل التنظيمى للبنك الإسلامى دائرى الشكل وليس هرمى الشكل وهو ما تمليه طبيعة العمل المصرفى الإسلامى من مسئولية الجميع عن سلامة التطبيق الشرعى سواء في ناحية الممارسة الفعلية للنشاط أو ناحية السلوك الشخصى في التعامل وفي المظهر وفي الأداء للعمل المنوط بالشخص فضلا عن أن هذه الدائرة تعكس الاطار العام للبنك الإسلامى من تجسيد مبدأ الشورى في التعامل والعمل والشورى لا تكتمل ثمارها ما لم تنفذ من المستويات العليا الى الدنيا والعكس وصولا للأصح والأصوب وكما يقول سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « الحكمة ضالة المؤمن أنى وجدها فهو أحق الناس بها » .

(١) انظر في تفاصيل ذلك كتابنا : المدخل لفقه البنوك الإسلامية الكتاب السادس منه ص ١٤٣ وما بعدها .

إذا تصورنا هذه الدائرة فان مركزها سيكون بالقطع هو الجمعية العامة للمساهمين والتي ينبثق منها كل من :

١ - مجلس ادارة البنك ثم اداراته المختلفة .

٢ - هيئة الفتوى والمتابعة الشرعية .

وهذا الموقع التنظيمى للهيئة يعكس طريقة عملها واختصاصاتها ومسئوليتها وضمائنها وبما يجعل العلاقة بين ادارة البنك والهيئة على قدم وساق بما يجعلنا لا نتخرج من القول بضرورة تواجد هيئة الفتوى فى مجلس الادارة ولا يوجد ثمة تعارض - من وجهة نظرنا - فى ذلك فالهيئة تستطيع أن تبدى رأى سابقا وآتيا ولاحقا - عند متابعة التنفيذ - فى قرارات المجلس دون أن يحسب عليها اشتراكها فى اتخاذ القرار ، فلا بأس أن يخضع القرار مرة أخرى للدراسة الشرعية من قبل الهيئة بكامل أعضائها بل ان مشاركة الهيئة ممثلة فى رئيسها فى مجلس الادارة يوجد تلاحما واندماجا حقيقيا فى نشوء معرفة شرعية مصرفية اقتصادية حقيقية تخدم الواقع العملى وهو الهدف المنشود المفقود حتى الآن .

ومن موقع الهيئة فى الهيكل التنظيمى للبنك على النحو السابق تمكن من متابعة التنفيذ فى الدائرة الأكبر والأشمل ، هى دائرة التطبيق العملى من خلال العاملين وجمهور المتعاملين وهؤلاء وهؤلاء يعبرون عن الشكل الحقيقى للعمل المصرفى الاسلامى والانطباع العام المأخوذ عنه .

وتحديد موقع الهيئة فى الهيكل التنظيمى للبنك يعكس أثره المباشر على كل ما سوى ذلك من مسائل مثل اختصاصات الهيئة وكيفية ممارستها لهذه الاختصاصات ، فمن حيث الاختصاص يمتد ليشتمل على المشاركة الفعلية فى صنع القرار وفى ابداء الرأى الشرعى فيه وفى متابعة تنفيذه حتى تمام التنفيذ رضا أو قضاء .

ومن حيث كيفية ممارسة الاختصاص المنوط بالهيئة فانها تتحدد في طريقة التشكيل وفي العدد الأمثل لأعضاء الهيئة .

١ - طريقة التشكيل :

لا شك أن انبثاق الهيئة من الجمعية العمومية التي يجب أن تحكمها الجدية والموضوعية والشعور بالمسئولية وأن يحكمها عدد أشخاص المساهمين لا عدد الأسهم التي تحكم أصوات المساهمين وبخاصة في تشكيل الهيئة الشرعية للبنك - على الأقل - من أهم الضمانات والفعاليات المطلوبة والمؤثرة والتصحيحية لأن مشاعر جماهير المساهمين بالاطمئنان والثقة في أشخاص أو أعضاء هيئة الفتوى من أهم ما يجب أن تحرص عليه البنوك الاسلامية في مسيرتها الاسلامية دفعا للتهم وقطعا للشك وما نقترحه ليس بالأمر السهل في قبوله وتنفيذه ، اذ يحتاج الى درجة مقبولة من التجرد والحرص على المستقبل وكلاهما يحتاج الى نظر ثاقب وبعيد في تأمين مسيرة العمل المصرفي الاسلامي . وكذلك تعديل النظم الأساسية للبنوك والمؤسسات المالية الاسلامية بما يحقق ذلك ويكفل تنفيذه .

٢ - عدد أعضاء الهيئة :

ان عدد أعضاء الهيئة تحكمه عدة اعتبارات منها :

(أ) موقع الهيئة في الهيكل التنظيمي للبنك يفرض ألا يقل عدد أعضائها عن ثلاثة لايجاد نوع من التناسب بين عدد أعضائها وعدد أعضاء مجلس الادارة .

(ب) الاختصاصات والمهام المنوطة بالهيئة وبخاصة المسائل الشرعية وأغلب أحكامها ظنية وموضوعاتها ومسائلها اجتهادية^(١) ، ومن

(١) وأورد هنا حكاية عبد الوارث بن سعيد حين قدم مكة فوجد

ثم فإن تعدد الآراء والاجتهادات ثم اعمال قواعد الترجيح فيها يقتضى أيضا ألا يقل العدد عن ثلاثة بأية حال اذا صدقت النية وصح العزم ، وهذا فضلا عن الضمانات الادارية والسلوكية التى يكفلها تشكيل الهيئة من ثلاثة على الأقل وتنوع التخصصات بينهم اذا أخذنا فى الاعتبار والاهتمام مسألة واقعية هى المناخ الذى تعمل فيه البنوك والمؤسسات المالية الاسلامية والذى تحكمه القوانين والأنظمة الوضعية .

(ج) ضرورة تواجد الهيئة فى مواقع العمل والمسئولية أمام الله والناس لتحقيق أمرين جوهرين هما :

بها ثلاثة من أئمة الفقه وهم أبو حنيفة وابن أبى ليلى وابن شبرمة . قال عبد الوارث بن سعيد : فسألت أبا حنيفة : ما تقول فى رجل باع بيعا وشرط شرطا ؟ قال : البيع باطل والشرط باطل . فسألت ابن أبى ليلى فقال : البيع جائز والشرط باطل . ثم سألت ابن شبرمة فقال : البيع جائز والشرط جائز . فقلت : يا سبحان الله ثلاثة من فقهاء العراق اختلفوا على ، فأتيت أبا حنيفة فأخبرته ، فقال : لا أدري ما قالا ، حدثنى عمر بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه وسلم « نهى عن بيع وشرط » البيع باطل والشرط باطل .

ثم أتيت ابن أبى ليلى فأخبرته فقال : لا أدري ما قالا ، حدثنى هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة : أمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اشتري بريرة وأعتقها . البيع جائز والشرط باطل .

ثم أتيت ابن شبرمة فأخبرته فقال : لا أدري ما قالا ، حدثنى مسعر بن كدام عن محارب بن دثار عن أبى اليزيد عن جابر بن عبد الله الانصارى : بعث النبى صلى الله عليه وسلم ناقة وشرطت حملانا الى المدينة . البيع جائز والشرط جائز .

— رواها الطبرانى فى الأوسط وناقش الحكاية الامام السرخسى المتوفى سنة ٤٣٨ هـ . وانتصر لراى الامام — أبى حنيفة وما استدلل به وضح عنه ورد على مخالفه من الأئمة .

انظر : المبسوط ج ١٣ ص ١١ ، ١٥ ، فتح القدير ج ٥ ص ٢١٤

١ - الوقوف على حقيقة ما يجرى من معاملات وتصرفات ورؤيتها
رأى العين ، فليس الرأى كمن سمع ، حتى يأتى الحكم مطابقا لمحلّه مبرئاً
للذمة فعلاً ، فالأمر فى النهاية مرده الى الدين والشرعة •

٢ - الاطمئنان الى سلامة التطبيق والتنفيذ ومعالجة ما يجد
من مشاكلها منعاً من مجاوزة الحكم أو اساءة تطبيقه •

وعلى نحو ما تقدم تبدأ محاولة جادة لايجاد رقابة شرعية فعالة
ومن ثم ضمانه عملية لحدود الله ورسوله من خلال استنباط الأحكام
الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية وتقديم الحاول الشرعية للمشاكل
والمسائل المثارة فى حياة الناس اليومية ، وتندفع البنوك والمؤسسات
المالية الاسلامية فى مسيرتها الاقتصادية متجاوزة حدود الاقليمية
أو المحلية الى العالمية كهدف وغاية حاكمة على مستقبلها وقدرتها
على مغالبة ما يواجهها من تحديات عاتية منظورة وغير منظورة •

والله الهادى الى سواء السبيل •
