

نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمانة

أ. د. نزيه كمال حماد

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله في كلية الشريعة بجامعة أم القرى بمكة المكرمة (سابقاً)
والخبير والمستشار الشرعي للعديد من المؤسسات المالية الإسلامية (حالياً)

المقدمة

في إشكالية البحث

لا يخفى أن مبنى عمل المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة وقوامه على جمع أموال المودعين، واستثمارها لحسابهم على أساس عقد المضاربة (القراض) بحيث تكون المؤسسة شريكاً مضارباً بأموالهم، فتسري عليها أحكامه الشرعية، أو عقد الوكالة، بحيث تكون وكيلاً باستثمارها لحسابهم بأجر، فتسري عليها أحكام الوكيل بأجر.

ولا خلاف بين الفقهاء في كلتا الحالتين في أن يد المضارب ويد الوكيل بأجر على أموال المستثمرين يد أمانة، فلا تضمن ما يلحق بأموالهم من توى وخسارة إذا لم تتعد أو تُفطر في المحافظة عليها. وأن الأصل قبول قولهم - كسائر الأمانة - في نفي الضمان عن أنفسهم في حالة هلاك أموال المودعين أو خسارتها، إذ ادّعوا أن ذلك وقع من غير تعد منهم أو تفريط، إلا إذا أقام أصحاب المال البيّنة على تعديهم أو تفريطهم.

غير أن تخريج أحكام الضمان المتعلقة بالمؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة على

أحكام المضاربين والوكلاء بأجر - التي ذكرها الفقهاء السابقون - من حيث الأخذ بقولهم إذا ادّعوا عدم التعدي والتفريط عند ذهاب أموال أرباب الودائع الاستثمارية أو خسارتها من غير تكليفهم بإقامة بيّنة تثبت صدق دعواهم فيه إشكالية خطيرة في هذا العصر، حيث إنه قد يؤدي إلى إغراء مديري الاستثمار في تلك المؤسسات المالية بالتعدي في استثمار أموال المودعين أو التهاون في المحافظة عليها من التوى أو الخسارة، لاطمئنانهم إلى قبول دعواهم المجردة عدم التعدي والتفريط، والحكم ببراءتهم من أي تبعة أو ضمان مالي، مع سلب أرباب الأموال مكنة الانتصاف لأنفسهم في الأعم الأغلب، حيث يتعذر عليهم أو يتعسر - بحسب الواقع المشاهد - إثبات واقعة تعديهم أو تفريطهم إذا جحدوها، وأخفوا أو كتموا كل بيّنة يمكن أن تكشفها وتظهرها. وفي ذلك مفسد عظيم يمكن أن يفضي إليها تنزيل الأحكام الفقهية الاجتهادية السالفة على الوقائع المستجدة، مع وجود الفارق المؤثر بسبب تغيير أحوال الناس، وتبدل الظروف والملابسات، والعوائد والأعراف، والأنظمة والتشريعات، وفشو الكذب والخيانة، وفساد الذمم وضياع الأمانة، وضعف الوازع الديني في الأمناء بصورة عامة ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾ (البقرة: ٢٢٠).

التمهيد

في مفهوم يد الأمانة وحكمها

لقد قسّم الفقهاء اليد المعنوية، التي تعني في اصطلاحهم «حيازة الشيء والتمكّن من التصرف فيه» إلى قسمين: يد ضمان، ويد أمانة.

فأما يد الضمان: فهي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكة عدواناً، كالغاصب والمنتهب، أو يادنه؛ ولكن بقصد تملكه، كالقابض على سَومِ الشراء، والملتقط بنية التملك، ونحو ذلك^(١).

وحكم هذه اليد الضمان مطلقاً؛ أي غُرْمُ ما يتلف تحتها من أعيان مالية للغير، أيّاً كان سبب هلاكها أو ضياعها. وعلى صاحبها ردُّ مثل التالف إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً^(٢).

وأما يد الأمانة: فهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه - لا بقصد تملكه - لمصلحة تعود لمالكة (كالوديع والوكيل بلا أجر والأجير الخاص والولي والوصي على مال اليتيم والناظر على الوقف وبيت المال)، أو مصلحة تعود للحائز (كالمستأجر والمستعير والمرتهن والقابض على سوم النظر)، أو مصلحة مشتركة بينهما (كالمضارب والشريك

(١) حيث ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن يد المستعير يد ضمان أيضاً، كما نصّ الحنفية على أن يد المرتهن يد ضمان كذلك. (انظر الحاوي للماوردي ١٩١/٨، ٢٥٤/٩، ٢٢٥، القواعد للزركشي ٢/٢٢٣، ٣٣٢، ٣٣٩، مغني المحتاج ٢/٢٦٧، الإشراف لابن المنذر ١/٢٧١، القواعد لابن رجب ص ٦٠، المغني ٧/٣٤٢/٩، ٢٧٣، كشف القناع ٤/١٩٦، مختصر اختلاف العلماء للطحاوي ٤/٣٠٩، م/٧٤١، ٧٤٢ من مجلة الأحكام العدلية، م/١٠١٠ من مرشد الحيران).

(٢) المنشور في القواعد للزركشي ٢/٢٢٣ وما بعدها، المذهب ١/٣٦٦، القواعد لابن رجب ص ٥٩ وما بعدها، غمز عيون البصائر للحموي ٢/٢١١، نيل الأوطار ٥/٢٩٧، ٢٩٩، ٣٢٣، م/٤١٦ من مجلة الأحكام العدلية.

والوكيل بأجر والمزارع والمساقى والمغارس)^(٣).

وقد جاء في (م / ٧٦٢) من «مجلة الأحكام العدلية»: «الأمانة: هي الشيء الذي يوجد عند الأمين، سواء أكان أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة، أو كان أمانة ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أو دخل بطريق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد، كما لو أُلقت الريح في دار أحد مال جاره، فحيث كان ذلك بدون عقد، فلا يكون وديعة، بل أمانة فقط».

وحكم هذه اليد أنها لا تتحمل تبعة هلاك ما تحتها من مال الغير، ما لم تتعدَّ أو تُفْرِط في المحافظة عليه^(٤). فإن وقع شيء من ذلك صارت ضامنة، ولزمها غرْمٌ بدل التالف للمالك؛ المثل في المثليات، والقيمة في القيميات. وعلى ذلك نصت (م / ٧٦٨) من «مجلة الأحكام العدلية»: «الأمانة لا تكون مضمونة. يعني: إذا هلكت أو ضاعت بلا صنْع الأمين ولا تقصير منه، فلا يلزمه الضمان».

(٣) الحاوي للماوردي ٣٧١/٧، ١٩١/٨، ٣٩٤، ٢٥٣/٩، المغني ١٨٤/٧، ٢٤٢، الإشراف لابن المنذر ٧١/١، ٢٣٥، ٢٧١، شرح منتهى الإرادات ٣١٥/٢، السيل الجرار للشوكاني ٢١٦/٣، ٢٨٦، الفروق للقراي في ٢٠٧/٢، ٢٧/٤، القواعد لابن رجب ص ٥٩ - ٦٣، المنثور للزركشي ٣٢٢/٢، القوانين الفقهية ص ٢٨٣، ٢٨٨، ٢٤١.

(٤) بدائع الصنائع ٢١٠/٤، ٢١٧/٧، روضة الطالبين ٩٦/٤، ٣٢٥، ٢٢٦/٥، المغني ٢٥٧/٩، المهذب ٣٦٤/١، المنثور للزركشي ٣٢٣/٢، وانظر: م/٢٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٧، ٦١٠، ٨٠٣، ٨١٣، ٨١٤ من مجلة الأحكام العدلية، وم/٦٢٩، ٧٨٩، ٩٥٧، ٨٣٨ من مرشد الحيران، وم/٧٠٤، ٧١٧، ١٠١٩، ١٢٦٥، ١٣٥٩ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

الفرع الأول الأصل قبول قول المضارب والوكيل بأجر في نفي الضمان عن نفسه

أولاً: لا خلاف بين الفقهاء في أنّ الأصل في المضارب والوكيل بأجر عدم ضمان ما تحت يده من أموال من اتّمنه على تنميتها وثمارها إذا لحقها هلاك أو خسارة من غير تعد منه ولا تفريط، وذلك لأنه قبضها بإذن مالکها ورضاه دون قصد تملكها منه، فاعتبر نائباً عن المالك في اليد والتصرف، ومقتضى ذلك أن يكون هلاكها أو نقصانها في يده كهلاكها أو نقصانها في يد مالکها، إذ لم يصدر منه ما يستوجب ضمانها.

أما إذا وقع ذلك الضرر بسبب تعديّه (أي مجاوزته ما ينبغي الاقتصار عليه شرعاً أو عرفاً) أو تفريطه في المحافظة عليها وصونها من التوى أو الخسارة، فإنه يكون ضامناً له، إذ إنه إما مباشرة في وقوع ذلك الضرر الذي لحق أرباب المال بتعديّه، أو متسبب فيه بترك ما وجب عليه شرعاً أو عرفاً في حفظه وصونه.

والمرجع في تحديد التعدي والتفريط في النظر الفقهي هو ما يقرره أهل الخبرة والدراية والاختصاص في تنمية الأموال واستثمارها، فهم الذين يوكل إليهم البت بوقوع ذلك أو عدمه، وتقدير ما يترتب عليه من ضمانات تلحق الأمانة بحسب العرف الجاري بين الناس في أسواقهم ومعاملاتهم التجارية ومؤسساتهم المالية^(٥).

(٥) رد المحتار ٤/٤٩٤، ٥٠٣، بدائع الصنائع ٦/٢١٣، المبسوط ٢٣/١٢٨، شرح المجلة للأتاسي ٣/٢٤٤، مغني المحتاج ٢/٢٦٧، ٣/٧٩، روضة الطالبين ٤/٩٦، القوانين الفقهية ص ٣٧٩، الزرقاني علي خليل ٦/١١٤، الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤١٩، الكافي لابن قدامة ٢/٢٠٢، حاشية الحسن بن رجال على شرح ميارة ٢/١٨٨، كشف القناع ٣/٤٧٤، ٤/١٦٦، ١٧٩، ١٩٦، المغني لابن قدامة ٩/٢٧٣. وقد جاء في (م/٧١٤) من «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد»: «يرجع في معرفة التعدي من عدمه عند الاختلاف إلى ذوي الخبرة».

ثانياً؛ وقد رتب الفقهاء على ما تقدم أن أولئك الأئمة على استثمار أموال المودعين إذا ادّعوا هلاكها أو نقصانها أو خسارتها من غير تعدد منهم أو تفريط، وادّعي أصحاب المال عكس ذلك، فإن القول قول الأئمة في نفي الضمان عن أنفسهم، ولا يتحملون تبعه ما لحق بأرباب المال من ضرر، ما لم يُقم المودعون البيّنة على أن ذلك إنما وقع بسبب تعديهم أو تفريطهم، إذ الأصل «أن الأمين مُصدّق في قوله، حتى يثبت تعديه أو تقصيره»^(٦).

قال الزركشي: «ائتمان المالك يوجب تصديق المؤمن. ولهذا لو اختلف المالك وعامل القراض، وجب عليه تصديقه، وكذلك الوكيل بالجعل والمودع لا ئتمانه إياه»^(٧). وقال ابن قدامة: «العامل أمين، لا ضمان عليه فيما تلف بغير تعدد منه، لأنه متصرف في المال بإذن المالك، ولا يختص بنفعه، فأشبهه الوكيل»^(٨). وقال الخرشي: «إن العامل إذا ادّعى تلف مال القراض، أو أنه خسر فيه، فإنه يُقبل قوله في ذلك مع يمينه، ولو كان غير أمين في نفسه، لأن ربّ المال رضي بأمانته»^(٩). وجاء في «كشاف القناع»: كل من كان بيده شيء لغيره على سبيل الأمانة، كالأب والوصي وأمين الحاكم والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والمودع، يُقبل قولهم في التلف وعدم التفريط والتعدي»^(١٠).

(٦) المدخل الفقهي العام للزرقا ١٠٦٨/٢.

(٧) المنثور في القواعد ٢٠٨/١.

(٨) الكافي ٢٠٢/٢.

(٩) شرح الخرشي على خليل ٢٢٣/٦، وانظر منح الجليل ٧٠١/٣.

(١٠) كشاف القناع ٤٧٤/٣.

واحتجوا على ذلك بأمرين:

(أحدهما) استصحاب البراءة الأصلية للأمين الحائز، إذ الأصل براءة ذمته من كل ضمان أو التزام تجاه غيره^(١١). وذلك يقتضي عدم رفع البراءة عنه تجاه أرباب المال إلا إذا أقاموا البيّنة على ما يوجب رفعها عنه، وهو تعديه أو تفريطه. وهذا هو ما عناه الفقهاء بقوله: «الأصل أن القول قول الأمين في براءة نفسه». قال الزركشي: «المراد بالأصل: القاعدة المستمرة، أو الاستصحاب»^(١٢). وهو الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني بناءً على ثبوته في الزمان الأول.

(والثاني) ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: «البيّنة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»^(١٣). قال ابن العربي: «إن قاعدة الشريعة أن البيّنة على من ادعى، واليمين على من أنكر، حكماً شرعه الله لحكمة هي مصلحة الخلق... وليس في هذه القاعدة خلاف، وإن كان الخلاف في تفاصيل الوقائع التي تتخرج على هذه القاعدة»^(١٤). وقال الونشريسي: «وإنما جعل الفقهاء القول قول المدعى عليه، ولم يجعلوا القول قول المدعي، مع أن كذب كل منهما ممكن، لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه من الحقوق، وبراءة جسده من القصاص والحدود والتعزيرات، وبراءته

(١١) المبسوط ٢٩/١٧. وقد جاء في القواعد الفقهية: «الأصل براءة الذمة». انظر م/٨ من مجلة الأحكام العدلية، وم/٢٣١٥ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد، غمز عيون البصائر للحموي ٢٠٣/١، الفروق للقراي ٣٨/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣، شرح المنهج المنتخب للمنجور ص ٥٥٣.

(١٢) المنشور في القواعد ٣١١/١.

(١٣) أخرجه الترمذي والدارقطني من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وذكر الترمذي أن في إسناده مقالاً، والبيهقي من حديث ابن عباس، والطبراني من حديث ابن عمر، وحسن إسناده الحافظ ابن حجر في «الفتح»، وقال السرخسي عنه: «وهذا، إن كان من أخبار الأحاد، فقد تلقاه العلماء بالقبول، والعمل به، فصار في حيز التواتر وعُدَّ من جوامع الكلم». (عارضه الأهودي ٨٧/٦، سنن الدارقطني ١١٠/٣، ١١١، السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٢٥٢، فتح الباري ٥/٢٨٣، المبسوط ١٧/٢٨، التلخيص الحبير ٤/٢٠٨، إرواء الغليل ٨/٢٦٤ - ٢٦٧).

(١٤) عارضة الأهودي ٨٦/٦.

من الانتساب إلى شخص معين، ومن الأموال كلها، والأفعال بأسرها»^(١٥).
 والمدّعي: هو من يدعي أمراً خلاف الأصل^(١٦). ولذلك كُفِّ بالحجة القوية، وهي
 البيّنة، وجُعِل عليه عب الإثبات بها، اعتباراً لضعف جانبه، وافتقاره إلى ما يقوِّيه
 ويرفع الوهن عنه^(١٧). وقد جاء في (م / ٧٧) من «مجلة الأحكام العدلية»: «البيّنة
 لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل»^(١٨). وقد فسّر العلامة أحمد الزرقا كلمة
 (خلاف الظاهر) في المادة بأنه خلاف الأصل. ثم قال: «إذا تمسك أحد المتخاصمين بما
 هو الأصل، وعجز الآخر عن إقامة البيّنة على ما ادّعاه من خلافه، يكون القول قول
 من يتمسك بالأصل بيمينه»^(١٩). وقال شارح المجلة علي حيدر: «لأن الأصل يؤيده
 ظاهر الحال، فلا يحتاج لتأييد آخر»^(٢٠).

وقال القرافي: «قال الأصحاب: المدّعي من خالف قوله أصلاً، كدعوى الدّين، أو
 عرفاً، كالوديعة المشهود بها، فإنّ العادة أن من أشهد عليه، لا يُعطي إلا بيّنة»^(٢١).
 أما المدعى عليه: فهو المتمسك بالأصل. فكان القول قوله في نفي ما يوجب ضمانه،
 إذ الأصل فراغ ذمته في كل التزام أو مسؤولية تجاه غيره، ولذلك اكتفي منه باليمين

(١٥) عدة البروق للونشريسي ص ٤٨٢.

(١٦) وقال ابن شاس: «المدّعي: هو من تجردت دعواه عن أمر يُصدِّقه، أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة
 على الصدق، أو اقترن بها ما يوهنها عادة، وذلك كالخارج عن معهود، والمخالف لأصل، وشبه ذلك.
 ومَنْ ترجَّح جانبه بشيء من ذلك، فهو المدعى عليه». (عقد الجواهر الثمينة ٣/٢٠٠). وقال غيره: هو
 من يدعي أمراً عارضاً. وقال بعض الفقهاء: هو الذي يدعي أمراً خفياً يخالف الظاهر. وقيل: هو من إذا
 سكت ترك. وقيل غير ذلك. (انظر فتح الباري ٥/٢٨٣، المبسوط ١٧/٢٩، ٣١، روضة الطالبين ١٢/٧،
 كشف القناع ٦/٣٧٨، الإنصاف للمرداوي ٢٩/١٢٠).

(١٧) شرح ميارة على تحفة ابن عاصم ٢/٢٦.

(١٨) وهي من القواعد الفقهية في مذهب الحنفية. (انظر: قواعد الفقه للبركتي المجددي ص ٦٦).

(١٩) شرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقاء ص ٣٢٣.

(٢٠) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام ١/٦٧.

(٢١) الذخيرة ١١/٨، الفروق ٤/٧٦.

عند إنكار خصمه - وهي حجة ضعيفة - نظراً لقوة جانبه^(٢٢). قال ابن القيم: «لما قوي جانب المدعى عليه بالبراءة الأصلية، كانت اليمين في حقه، وكذلك الأمانة، كالمودع والمستأجر والوكيل والوصي، القول قولهم، ويُحلفون لقوة جانبهم بالأيمان. فهذه قاعدة الشريعة المستمرة»^(٢٣).

وقال القرافي: «المدعى عليه هو من وافق قوله أصلاً أو عرفاً»^(٢٤). وقال بعض الفقهاء: هو من وافق قوله الظاهر. وقيل: هو من إذا سكت لم يُترك. وقيل غير ذلك^(٢٥).
غير أن تنزيل الأصل الذي ذكره الفقهاء، وهو «قبول قول الأمين مطلقاً في دفع الضمان عن نفسه»^(٢٦) على المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة باعتبارها شريكاً مضارباً أو وكيلاً بأجر، بحيث يُثمر براءتها من كل ضمان أو تبعة أو مسؤولية مالية تجاه أرباب الأموال، بمجرد ادعائها هلاك أموالهم أو خسارتها بدون تعدٍ منها أو تفريط غير مُسلّم، إذ إنه قد يؤدي إلى قلب موازين العدالة، وجلب المفسد وتضييع المصالح، وذلك لما يوفره للمؤسسات المالية من حماية قد تغريهم بالتعدي أو التفريط أو التهاون في المحافظة على أموال المودعين، طمعاً في كثرة الأرباح والمكاسب، وبخاصة في هذا الزمان الذي فسدت فيه الذمم، وكثر فيه الطمع والجشع، وفشا فيه الكذب والخيانة، وضعف فيه الوازع الديني عن تضييع حقوق الناس وأكل أموالهم بالباطل.. وذلك يستوجب إعادة النظر في هذا التخريج أو الإسقاط الفقهي الجامد.

فالمفتي والحاكم - كما قال ابن القيم - إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات، ودلائل

(٢٢) فتح الباري ٢٨٣/٥.

(٢٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٦٧.

(٢٤) الفروق ٧٦/٤، الذخيرة ٣٢٩/٥، ٨/١١، تهذيب الفروق والقواعد السنوية ١١٩/٤، ترتيب الفروق للبقوري ص ٤٢٢.

(٢٥) روضة الطالبين ٧/١٢، فتح الباري ٢٨٣/٥، أصول الكرخي (مطبوع مع تأسيس النظر للديبوسي) ص ٨٠.

(٢٦) الهداية مع فتح القدير ٢٦٩/٨.

الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهاء في جزئيات وكتليات الأحكام، أضع حقوقاً كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم الناس بطلانه، لا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر، لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله^(٢٧). وقال أيضاً: «معرفة الناس أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً فيه، فقيهاً في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر، كان ما يُفسد أكثر مما يُصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر، وله معرفة بالناس، تصوّر له الظالم بصورة المظلوم، وعكسه، والمحق بصورة المبطل، وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال... وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا، بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإن الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله»^(٢٨).

وبناء على ذلك، وبعد النظر في أصول الشريعة وقواعدها الكلية، والتأمل في مقاصدها العامة في جلب المصالح ودرء المفساد، والنظر إلى مآلات الأفعال، وسد الذرائع إلى الظلم والفساد، والتعمق في فهم الأشباه والنظائر الفقهية المتناثرة في تضاعيف الفصول والأبواب المتعددة من مدونات فقه المذاهب الإسلامية المختلفة، ظهر لي في هذه الواقعة - محل البحث - بظروفها وملابساتها وأحوالها الراهنة صواب القول بنقل التكليف بإقامة البيّنة على صدق ادعاء التلف والخسارة من أرباب الأموال (أصحاب الودائع الاستثمارية) إلى المضاربين والوكلاء بأجر الذين يتولون إدارتها؛ لأنه السبيل الأمثل والحلّ الأفضل لرفع الجور والظلم عن أصحاب المال من جهة، وإنصاف المضاربين والوكلاء من جهة ثانية.. وعلى ذلك فبدلاً من أن يكون القول النافذ المحكوم بموجبه للأمناء بدعواهم المجردة عن أي بيّنة أو حجة أو برهان

(٢٧) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٤.

(٢٨) إعلام الموقعين عن رب العالمين ٤/٢٠٤، ٢٠٥.

صحيح تلف الأموال أو خسارتها من غير تعديهم أو تفريطهم، ما لم يُقم أرباب المال البيّنة على تعديهم أو تفريطهم - وذلك أمرٌ متعذرٌ أو متعسرٌ عليهم، أو خارج عن وسعهم ومقدورهم من الناحية العملية إذا كانوا محقين - يكون القول المعتبر لأرباب المال عند ادعائهم تعدي أولئك الأمانة في استثمار أموالهم أو تفريطهم في المحافظة عليها، ما لم يقيم الأمانة البيّنة على نفي ذلك عن أنفسهم - والبيّنة: «هي اسمٌ لكل ما يبيّن وجه الحق ويظهره، كما قال ابن القيم^(٢٩)، أو: «هي كل معنى يبيّن به للقاضي وجه الحكم والفصل بين المتنازعين، كما قال ابن العربي^(٣٠)، وذلك أمر سهل يسير عليه إذا لم يكونوا مبطلين في ادعائهم.

(٢٩) الطرق الحكمية ص ١١.

(٣٠) عارضة الأحوذى ٨٧/٦، وجاء في (م/٢١٤٥) من «مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد»: «البيّنة: هي العلامة الواضحة التي يترجّح بها صدق أحد المتداعيين».

الفرع الثاني الموجبات الشرعية لنقل عبء الإثبات إلى المضاربين والوكلاء بأجر

وهي أربعة: العرف، والتهمة، والمصلحة، ودلالة الحال

الموجب الأول / العرف

إنّ مما يجدر التنويه به ويلزم التنبيه إليه أن الأصل الفقهي الذي قرّره علماؤنا السابقون، وهو أنّ القول قول الأمين في براءة نفسه من الضمان عند ادعائه تلف ما تحت يده من أموال الناس أو خسارته بغير فعله أو تسببه - باعتباره مدّعي عليه لا مدّعيًا في النظر الفقهي - مُقيّدٌ بكون ذلك متسقاً مع عرف الناس المستقر وعاداتهم الجارية.

أما إذا جرت عاداتهم بعدم قبول قوله حتى يقيم البيّنة على صدق دعواه تلف تلك الأموال بدون تعديّه أو تفريطه، فينقلب حاله وحكمه الشرعي من مدّعي عليه غير مطالب بالبيّنة، لتمسكه بالأصل، إلى مدّعٍ أمراً خلاف الأصل، فلا يقبل قوله حتى يقيم البيّنة على صدق دعواه، لأن دلالة العرف أقوى وأظهر من استصحاب أصل براءة الذمة عند تعارضهما، فصار مقتضى العرف هو الأصل، والتمسك به هو المدّعي عليه، وصار استصحاب مبدأ براءة الذمة خلاف الأصل، والتمسك به هو المدّعي، وهو المطالب بالبيّنة.

وهذه القاعدة الشرعية مقررة في نصوص الفقهاء، على اختلاف مذاهبهم. ومن ذلك:

(أ) قول ميارة في شرحه على تحفة ابن عاصم: «إذا اختلف الخصمان، فادعى أحدهما الأصل، وادعى الآخر خلافه، فالقول قول مدّعي الأصل، إلا أن يكون في

ذلك الشيء المدعى فيه عُرف جارٍ قد استقر على خلاف الأصل، فإنه يرجع القول قول مدعي مقتضى ذلك العرف الجاري على خلاف الأصل»^(٣١).

(ب) قول التاودي في شرح قول ابن عاصم:
والقَوْلُ قَوْلُ مُدَّعٍ لِلأَصْلِ أَوْ صَحَّةٍ فِي كَلِّ فِعْلٍ فِعْلٍ
مَا لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ عُرْفٌ جَارٍ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ ذُو اسْتِقْرَارٍ
وَلأنه إذا جرى العُرفُ بشيء، صار هو الأصل، إذ الأصل عند الفقهاء بمعنى الغالب»^(٣٢).

(ج) قول ابن شاس: «إذا ادعى أحد الخصمين ما يخالف العرف، وادعى الآخر ما يوافقه، فالأول المدعي»^(٣٣).

(د) ما جاء في القواعد الفقهية على مذهب الحنابلة: «يُقْبَلُ قول الأمانة في التصرفات أو التلف ما لم يخالف العادة»^(٣٤).

(هـ) قول الزركشي في «قواعده»: «إذا أطردت عادة قُدِّمت على الأصل مطلقاً»^(٣٥).

(و) قول العلامة محمد العزيز جعيط: «ذُكِرَ في المدعي والمدعى عليه تعريفات، أقربها: أن المدعي من تجرد قوله عن الأصل والعرف، والمدعى عليه من عضده أحدهما، فإن شهد لأحدهما الأصل، وللآخر العرف، كان من شهد له العرف هو المدعى عليه»^(٣٦).

(٣١) شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم ٢/٢٦.

(٣٢) حلي المعاصم ٢/٩١.

(٣٣) عقد الجواهر الثمينة ٣/٢٠٠.

(٣٤) القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص ٦٩.

(٣٥) المنشور في القواعد ١/٣١٢.

(٣٦) الطريقة المرضية في الإجراءات الشرعية على مذهب المالكية ص ٤٣، ٤٤.

(ز) أن ابن فرحون عقد في «تبصرة الحكام» باباً في القضاء بقول المدعي لرجحانة بالعوائد^(٣٧)، كما عقّد باباً آخر في القضاء بالعرف والعادة^(٣٨)، وذكر فيه أن القول قول من شهد له العرف والعادة من المتداعيين عند اختلافهم^(٣٩)، لأن العرف كالشاهد للمدعي. بل إن بعض فقهاء المالكية قال: العرف بمثابة الشاهدين^(٤٠).

وإنه ليس بخافٍ على أحد أن العرف الذي كان جارياً في معظم البلدان فيما سلف من الزمان هو قبول قول الأمانة - ومنهم المضاربون والوكلاء بأجر - عند ادعائهم تلف ما تحت أيديهم بدون تعديهم أو تفریطهم، وعلى ذلك نص جماهير الفقهاء، على أن رب المال هو الذي يتحمل عبء إثبات تعدي أو تفریط المضارب أو الوكيل بأجر أو غيرهم من الأمانة إذا ادّعى ذلك، وإلا كان القول قولهم المجرد في نفيهما.

أما في عصرنا الحاضر، فقد تغيّر ذلك العرف، وأصبحت جميع المؤسسات المالية مُطلبة بالشفافية ومُلزمة بالإفصاح والكشف عن بياناتها المالية وأعمالها الاستثمارية، وأساليبها في إدارة مخاطر الاستثمار، والاحتياطات التي تتخذها في ممارسته، والضمانات التي تأخذها من الغرماء والعملاء لحفظ وصيانة ودائع الناس لديها من التوى والخسارة، وغير ذلك مما يجب عليها كشفه وبيانه وإظهاره في العرف الجاري، ومن ثم صار مجرد ادعاء المؤسسة المالية إفلاسها أو خسارتها من غير تعدٍّ منها أو تفریط بدون تقديم الأدلة والحجج والبراهين المعتبرة عليه لا قيمة له، ولا يؤخذ به، ولا يُعوّل عليه عرفاً. وبناءً على ذلك، فلا يصح في هذا الزمان الأخذ أو التخرّيج على الأصل الفقهي الذي قرره الفقهاء السابقون بقبول قول المضاربين والوكلاء بالاستثمار

(٣٧) الباب الخامس والعشرون من التبصرة ٢٤٩/١ وما بعدها.

(٣٨) الباب السابع والخمسون من التبصرة ٦٣/٢ - ٦٩.

(٣٩) تبصرة الحكام في أصول الأفضية والأحكام ٦٤/٢.

(٤٠) تهذيب الفروق والقواعد السننية في الأسرار الفقهية ١٢١/٤.

المجرد في نفي الضمان عن أنفسهم من غير تكليفهم عبء إثبات ادعائهم عدم التعدي والتفريط، نظراً لتغير العرف والعادة في القضية.

يشهد لذلك ويوضحه قول العلامة ابن عابدين: «كثيراً من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه، للزم منه المشقة والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به، أخذاً من قواعد مذهبه»^(٤١).

وكذا قول الإمام القرافي: «الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، وتبطل معها إذا بطلت... فمهما تجدد في العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على السطور في الكتب طول عمرك... فهذا هو الحق الواضح. والجمود على المنقولات أبداً ضلالاً في الدين، وجهلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين»^(٤٢).

وقوله أيضاً: «إن إجراء الأحكام التي مدرکہا العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع. وجهالة في الدين. بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد بتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة، وليس هذا تجديداً للاجتهاد من المقلدين، حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد، بل هذه قاعدة اجتهاد فيها العلماء وأجمعوا عليها، فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهاد»^(٤٣).

كذلك نبّه - رحمه الله - إلى خطورة الغفلة عن هذا الحكم بقوله: «... وقد غفل عنه كثير من الفقهاء، ووجدوا الأئمة الأول قد أفتوا بفتاوى بناءً على عوائد لهم، وسطروها

(٤١) رسالة نشر العرف، ضمن رسائل ابن عابدين ١٢٥/٢.

(٤٢) الفروق ١٧٦/١.

(٤٣) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٢٣١.

في كتبهم بناءً على عوائدهم، ثم المتأخرون وجدوا تلك الفتاوى فأفتوا بها، وقد زالت تلك العوائد، فكانوا مخطئين خارقين للإجماع، فإنّ الفتيا بالحكم المبني على مدرك بعد زوال مدركه خلاف الإجماع»^(٤٤).

الموجب الثاني / التهمة

المراد بالتهمة ههنا: رجحان الظن، وغلبة الاحتمال - بدلالة القرائن - في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة أو خسارتها بدون تعديه أو تفريطه.

وهي موجب شرعي لنقل عبء الإثبات (إقامة البينة على صدق الادعاء) من صاحب المال إلى الأمين الحائز على المشهور في مذهب المالكية في مسائل متعددة، منها:

المسألة الأولى:

أنّ يد المستعير والمرتهن في كل ما لا يُغاب عليه من الأموال (أي ما يظهر هلاكه ولا يخفى كالدور والأرضين والحيوان) يد أمانة، فلا يضمن هلاكها بدون تعديه أو تفريطه، ويكون القول قوله في دعوى التلف بغير فعله أو تسببه، اعتباراً للأصل في يد الأمانة.

أما إذا كان المستعار أو المرهون مما يُغاب عليه (وهو ما يخفى هلاكه، كالحلي والثياب والجواهر والنقود) فإنه لا يقبل قوله في دعوى التلف بدون تعدّ منه ولا تفريط، إلا إذا أقام البينة على صدق دعواه^(٤٥).

(٤٤) الفروق ١٦٢/٣.

(٤٥) المقدمات الممهدة ٣٦٧/٢، ٣٦٨، ٤٧١، ميارة على التحفة ١٠٧/١، ٩١/٢، شرح التجور على المنهج ص ٥٣٩، عدة البروق للونشريسي ص ٥٤٦، القوانين الفقهية ص ٣٤٠، الفروق لقراي في ٢٠٧/٢، تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص ٢٩٣، الإشراف للقاضي عبدالوهاب ٣٩٥٧/٢، المعونة على مذهب عالم المدينة ١١٥٦/٢، ١١٥٧، ١٢٠٨، ١٢٠٩، التفريع ٢٥٩/٢، ٢٦٨، الذخيرة ١١٣/٨، حاشية الحسن بن رحال على ميارة ١٨٥/٢، تهذيب الفروق والقواعد السننية ٢٠٥/٢.

وأساس التفرقة بين الحالتين: قيام التهمة في دعوى هلاك ما يُغاب عليه، حيث إنه موجب لنقل عبء الإثبات إلى الأمين، وانتفاؤها فيما لا يُغاب عليه، حيث يُستصحب عندئذ الحكم الأصلي في يد الأمانة.

وقد نبّه إلى هذا المناط ابن رشد (الحفيد) بقوله: «وأما تفريق مالك بين ما يُغاب عليه وبين ما لا يُغاب عليه، فهو استحسان، ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه، ولا تلحق فيما لا يُغاب عليه»^(٤٦).

وبناءً على ذلك قالوا: إذا أقام الأمين البيّنة فيما يُغاب عليه من المتاع أنّ الهلاك لم يكن بسببه، فلا ضمان عليه. قال القاضي عبد الوهاب: «لأن التهمة قد انتفت عنه بقيام البيّنة على أنه لا صُنِعَ له بتلف، فلم يلزمه الضمان»^(٤٧). وقال ابن رشد (الجد): «لأن قيام البيّنة ينفي التهمة بالتعدي والتفريط، وذلك معنى يُسقط الضمان»^(٤٨). ثم بسط القاضي عبد الوهاب التعليل بقوله: «إذ سبب الضمان معدومٌ، لأنه إنما يُضمن لثلاث يكون قد أتلّفه وادّعى أنه تلف بغير صنّعه، فإذا علم صدّقه فلا ضمان»^(٤٩).

المسألة الثانية:

أنّ الأجراء على حَمَل المتاع ونقله من مكان لآخر، إذا هلك في أيديهم، ولم يكن طعاماً، وادّعوا وقوع ذلك من غير تعديهم أو تفريطهم، فإنه يُقبل قولهم، لأنّ يدهم عليه يد أمانة، استصحاباً للحكم الأصلي في الأمانة.

أمّا إذا كان المتاع طعاماً، فإنه لا يُقبل قولهم في دعوى التلف بدون تعدّد منهم أو تفريط، إلا إذا أقاموا البيّنة على صدق دعواهم»^(٥٠).

(٤٦) بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٢٧٨.

(٤٧) المعونة ٢/١٢٠٩.

(٤٨) المقدمات الممهّدة ٢/٤٧٢.

(٤٩) المعونة ٢/١١٥٨.

(٥٠) بداية المجتهد ٢/٢٣٢، تهذيب الفروق والقواعد السنّية ٢/٢٠٥، المعونة ٢/١١٠٧.

قال القرافي - في الفرق السابع والمتين بين قاعدة ما يضمنه الأجراء إذا هلك وبين قاعدة ما لا يضمنونه - : «ما هلك بقولهم من الطعام لا يُصدّقون فيه لقيام التهمة، وما هلك بأيديهم من العروض يُصدّقون فيه لعدم التهمة»^(٥١).

وقال الونشريسي: «وإنما ضَمَّن مالك حامل الطعام، إذا لم تُقَمْ له بيّنة على أن التلف من غير سببه - ولم يُضَمِّن حامل غيره حتى تقوم عليه البيّنة بالتفريط والإضاعة - لأنّ العادة جارية أنّ الأكرياء يُسرعون إلى الطعام الذي في أيديهم لدناءة نفوسهم، ولما يعلمون أنّ نفوس أهل الأقدار والمروءة تأنف من مطالبتهم بمثل المأكولات، لاسيما العرب مع كرمها وعزّة نفوسها، فضمّنوا نظراً للفريقين»^(٥٢).

وحيث كان مناط نقل عبء الإثبات إلى الأجراء على حمل الطعام هو التهمة لا غير، فإنه يُستصحب الحكم الأصلي للأمناء، وهو قبول قولهم من غير إقامة بيّنة على وقوع التلف بدون تعديهم أو تفريطهم إذا انتفى هذا المنط. وقد عبّر عن ذلك القرافي بقوله: «لا يضمن - أي الأجير على حمل الطعام - إذا كنت معه على الدابة أو السفينة، وإلا فلا يُصدّق في الطعام والإدام للتهمة في امتداد الأيدي إليه إلا بيّنة أن التلف من غير فعلهم، ويُصدّقون في العروض»^(٥٣).

نظائر فقهية أخرى:

ثم إنّ من الأشباه والنظائر الفقهية في مسألة أثر التهمة في عدم قبول الأقوال والشهادات والدعاوى المجردة عن البيّنات:

(أ) ردّ شهادة الأصول للفرع، والفروع للأصول، والأقارب لبعضهم للتهمة، إذ كان الحكم في عصر الصحابة والتابعين جواز شهادة القريب لقريبه من ولد ووالد

(٥١) الفروق ١١/٤.

(٥٢) عدة البروق للونشريسي ص ٥٥٨.

(٥٣) الذخيرة ٥٢٩/٥.

وزوج، لأن النفوس كانت سليمة، ولم يكونوا يُتهمون في شهادة بعضهم لبعض. فلما كان عصر تابعي التابعين ردّ الولاة شهادتهم للتهمة^(٥٤).

وقد نبّه إلى هذا المعنى ابن شهاب الزهري بقوله: «كان من مضي من السلف الصالح يُجيزون شهادة الوالد لولده والأخ لأخيه، ويتأولون في ذلك قول الله سبحانه: ﴿يَتَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰ أَنفُسِكُمْ أَوِ الْوَالِدِينَ وَالْأَقْرَبِينَ﴾» (النساء: ١٣٥)، فلم يكن أحدٌ يُتهم في ذلك من السلف الصالح، ثم ظهرت من الناس أمور حملت الولاة على اتهامهم، فتركت شهادة من يُتهم، وصار ذلك لا يجوز في الولد والوالد والأخ والزوج والمرأة^(٥٥). قال ابن العربي: «وهو مذهب الحسن والنخعي والشعبي وشريح ومالك والثوري والشافعي وأحمد بن حنبل أنه لا تجوز شهادة الوالد للولد»^(٥٦). وقال ابن القيم: «وكذلك شهادة القريب لقريبه لا تقبل مع التهمة، وتقبل بدونها. وهذا هو الصحيح»^(٥٧).

(ب) إلغاء إقرار المريض مرض الموت بمال لوارثه، لانعقاد سبب التهمة، واعتماداً على قرينة الحال في قصد تخصيصه به^(٥٨). قال ابن القيم: «الإقرار للوارث في مرض الموت لا يصح للتهمة عند الجمهور، بل مالك يردّه للأجنبي إذا ظهرت التهمة. وقوله هو الصحيح»^(٥٩).

وقد جاء في القواعد الفقهية: «شَبَّهُ الشَّيْءُ فِي الْفَقْهِيَّاتِ كَالشَّيْءِ، فَمَا لَزِمَ فِي الشَّيْءِ لَزِمَ فِي شَبْهِهِ»^(٦٠).

(٥٤) الاجتهاد بالرأي في مدرسة الحجاز الفقهية للدكتور خليفة بابكر الحسن ص ٣٨٢.

(٥٥) أحكام القرآن لابن العربي ١/٥٠٧.

(٥٦) أحكام القرآن لابن العربي ١/٥٠٧.

(٥٧) إعلام الموقعين ١/١١١.

(٥٨) إعلام الموقعين ٤/٣٧.

(٥٩) إعلام الموقعين ٣/٣١٤، الطرق الحكمية ص ٥.

(٦٠) كتاب الأجوبة لأبي القاسم بن عظم ٧/١٧٩.

فبناءً على ما تقدم، وتخريجاً على القول المشهور في مذهب مالك في المسائل الألفية الذكر بأن التهمة موجب لنقل عبء الإثبات إلى الأمانة إذا ادعوا تلف مال من أئمتهم عليه بغير تعدٍ منهم أو تفريط، فإنه يترجح في نظري القول بنقل عبء الإثبات من أرباب المال إلى المضاربين والوكلاء بالاستثمار (المؤسسات المالية الإسلامية) عند ادعائهم المجرّد ذهاب أموال أصحاب الودائع الاستثمارية أو خسارتها بدون تعديهم أو تفريطهم، نظراً لقيام التهمة بهم عند عدم تقديمهم الأدلة والحجج على صدقه، إذ إن من المفترض فيهم والمتوقع منهم - بحسب المعهود وقرائن الحال والدلالات العرفية الظاهرة - المحافظة على رؤوس الأموال، وتحقيق المكاسب والأرباح، واجتناب الخسائر والأضرار، لأنّ المودعين لم يأتمنّوهم إلا على أساس أنّهم من أهل الخبرة والدراية والمهارة والكفاية المتميزة في تنمية أموالهم، وإدارة مخاطر استثمارها بصورة علمية وفنية تكفل المحافظة عليها وصونها من التوى والخسارة، وكذا التزامهم باجتنب أي إهمال أو تهاون أو مخالفة أو تجاوز للأصول والقواعد التي تجب مراعاتها لحمايتها من كل ضرر يمكن أن يلحق بها نتيجة ما قد يحصل في الأسواق من تغييرات أو طوارئ... فإذا ادّعى المضارب أو الوكيل بالاستثمار بعد ذلك توى مال المودعين أو خسارته كلياً أو جزئياً بدون تعدٍ منه ولا تفريط، فإنه يكون محل ريبة وتهمة قوية بالكذب والخيانة في ادعائه المجرّد نفي الضمان عن نفسه، و«قول المتهم ليس بحجة» كما جاء في القواعد الفقهية^(٦١)، وجاء فيها أيضاً: «يسقط قول المؤتمن عند ظهور كذبه أو قوة تهمة»^(٦٢). وتعدّ هذه التهمة موجباً كافياً لنقل عبء الإثبات إليهم، فإن أقاموا البينة على صدق ادعائهم عدم التعدي والتفريط، قبل قولهم، وحكم ببراءة ذمتهم من أي ضمان أو تبعة أو مسؤولية، وذلك أمرٌ ممكن ويسير عليهم إن كانوا صادقين

(٦١) القواعد الفقهية للبركتي المجددي ص ٩٩، وانظر شرح السير الكبير للسرخسي ١/١٩٨، ٢٠٩.

(٦٢) كتاب الأجوبة ٣/٤٢٢.

في دعواهم، وإلا كانوا ضامين، لأن الظاهر وشاهد الحال يكذب ادعائهم، وقد جاء في القواعد الفقهية: «الأصل قبول قول الأمانة إلا حيث يكذبهم الظاهر»^(٦٣). وقال العلامة ابن القيم: «سائر من قلنا (القول قوله) إنما يُقبل قوله إذا لم يكذبه شاهد الحال، فإن كذبه لم يُقبل قوله»^(٦٤).

فتوى معاصرة ذات علاقة :

إن من الجدير بالبيان في هذا المقام أن هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني أصدرت قراراً (فتوى) بخصوص الاستفتاء الوارد إليها من البنك حول النقصان الذي يحدث في خزائن الصيارفة أثناء العمل اليومي، ومدى مشروعية ما هو متبع في البنك من تضمين الصراف ما يحدث في خزنته من نقصان، مع أنه أمين، والأصل أنه لا ضمان عليه فيما يحدث في خزنته من فروق، ما لم يُقم المصرف البيّنة على أن ذلك إنما وقع بسبب تعديه أو تفريطه. وقد جاء في القرار:

«الصراف أمين على المال الذي تحت يده، والقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن إلا إذا فرط في الحفظ أو تعدّى فيما أوّتمن عليه... وكان الناس في زمن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - يأتمن بعضهم بعضاً، وكان العامل يُصدّق إذا ادعى هلاك ما في يده بلا تفريط منه. وقد روي عن علي بن أبي طالب أنه قضى بتضمين الأجير والغسّال والصّبّاغ، وقال: «لا يُصلح الناس إلا ذلك»، وذهب شريح القاضي مذهب علي في تضمين الأجراء والصنّاع، ولعلّ علياً وشريحاً إنما فعلاً هذا ليحملا الأجير والصنّاع على الحرص في حفظ الأمانة وعدم التفريط فيها، وخوفاً من كذب الصانع والأجير فيما يدّعيه من هلاك ما استودع بلا تعدّد منه، وسداً للذريعة.

(٦٣) الطرق الحكمية ص ٢٢، الفوائد الزينية لابن نجيم ص ١٠٤.

(٦٤) الطرق الحكمية ص ٢٢.

وترى الهيئة أن يستمر البنك على ما درج عليه من مطالبة الصرّاف بدفع الفروقات التي تحدث بخزيرته. أي أن يكون الأصل هو الضمان، إلا إذا ثبت للبنك ثبوتاً لا شبهة فيه أن الصرّاف لم يتعد ولم يُفَرِّط فيما ضاع من مال البنك، فإنه لا يضمن حينئذٍ^(٦٥). ويلاحظ في هذا القرار أن هيئة الرقابة الشرعية للبنك ذهبت إلى تضمين الصرّاف الذي هو أمين ما نقص من مال البنك الذي تحت يده، ما لم يثبت عدم تعديّه وتفريطه للتهمة، خلافاً للحكم الأصلي في الأمانة، وهو قبولهم بدون إثبات أو بيّنة عند ادعائهم تلف ما تحت أيديهم من أمانات من غير تعدّد منهم ولا تفريط.

الموجب الثالث / المصلحة

المصلحة في الأصل عبارة عن جلب منفعة أو دفع مضرّة^(٦٦). وفي الاصطلاح الشرعي: «هي السبب المؤدي إلى مقصود الشارع، عبادة أو عادة»^(٦٧). وقال القاضي ابن العربي: «المصلحة هي كل معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة»^(٦٨). وجاء في «شرح تنقيح الفصول» للقرافي: «إن الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحصيل مصالح العباد عملاً بالاستقراء، فمهما وجدنا مصلحة، غلب على الظن أنها مطلوبة للشرع»^(٦٩).

والمصلحة موجبٌ معتبرٌ شرعاً لننقل الإثبات من أرباب الأموال إلى المضاربين والوكلاء بالاستثمار (المؤسسات المالية الإسلامية) عند ادعائهم ذهاب الأموال التي اتّمنوا على إدارتها واستثمارها أو خسارتها، وذلك لحمايتها من التوى والخسارة في

(٦٥) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني ص ٨٤ (جواب الاستفسار رقم ٢٢).

(٦٦) شفاء الغليل للغزالي ص ١٥٩.

(٦٧) التعيين في شرح الأربعين للطوشي ص ٢٣٩.

(٦٨) القبس شرح الموطأ ٢/٧٧٩.

(٦٩) شرح تنقيح الفصول ص ٤٤٦.

هذا الزمن الذي فسدت فيه الذمم، وكثر الطمع، وضعف الوازع الديني الذي يحجز جُلَّ الأمانة عن ادعاء التلف أو الخسارة مع عدم تعديهم أو تفريطهم زوراً، إذا علموا أن القول قولهم في نفي الضمان عن أنفسهم، من غير تكليفهم إثبات صدق ذلك الادعاء، استصحاباً لأصل براءة ذمتهم من كل ضمان أو مسؤولية تجاه الغير، لأن من الشاق العسير أو غير الممكن لأصحاب المال إثبات خلاف ذلك، وإدانتهم بالبينة على ما يوجب ضمانهم من تعدٍ أو تفريط، كما أن استصحاب أصل براءة الذمة، وقبول قولهم عند ادعائهم المجرد تلف ما تحت أيديهم من أموال الناس بدون تعدٍ منهم أو تفريط إنما يُسوغ الأخذ به والتعويل عليه إذا غلب في الناس الصدق والأمانة والورع عن أكل مال الغير بالباطل، أما إذا فشا الكذب والخيانة والجشع والشح، فإن هذا الظاهر يُقدّم على الأصل عند تعارضهما، كما هو مقررٌ في قواعد الفقهاء^(٧٠).

يشهد لصحة هذا الموجب قول الإمام مالك وجميع أصحابه - إلا أشهب^(٧١) - بتضمين الصنّاع (وهم الأجراء الذين ينتصبون لحرفة أو صناعة، فيدفع الناس إليهم أمتعتهم، ويتعاقدون معهم على صنّاع شيء، أو إصلاحه لهم منها في غيبتهم، كالخياط والنجار، الخراز والقصار والطراز والصبّاغ ونحوهم) ما يتلف تحت أيديهم منها، ما لم يُقيموا البينة على أن التلف وقع بغير فعلهم أو تسببهم - مع أن يدهم يد أمانة - استثناء لداعي المصلحة^(٧٢).

(٧٠) جاء في القواعد الفقهية: «استصحاب الأصل دليلٌ ضعيفٌ يُدفعُ بكل دليل يخالفه، ولهذا يُدفعُ بالنكول واليمين المردودة واللوث والقرائن الظاهرة» (الطرق الحكيمة ص ٦٧) وإن منّ ساعده الظاهر بالقول قوله، والبينة على منّ يدعي خلاف الظاهر». (القواعد الفقهية للمجددي البركتي ص ١٢٩).

(٧١) حيث ذهب أشهب إلى تضمين الصنّاع مطلقاً، حتى ولو قامت البينة على أن التلف لم يكن بسببهم. (كشف القناع للمعداني ص ٨٥، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، المقدمات الممهدة ٢/٢٤٤).

(٧٢) الذخيرة ٥/٥٠٢، المعونة ٢/١١١١، ميارة على التحفة ٢/١٩٥، بداية المجتهد ٢/٢٣٢، عدة البروق ص ٥٤٦، ٥٥٨، البهجة للتسولي ٢/٢٨٢، ٢٨٣، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٧٥، كشف القناع عن تضمين الصنّاع ص ٧٣ وما بعدها.

قال الونشريسي: إن الصُّنَاعَ إِنَّمَا ضُمَّنَا لِتَأْثِيرِ عَمَلِهِمْ فِي عَيْنِ الْمَصْنَعِ وَذَاتِهِ.. لِأَنَّ السَّلْعَةَ إِذَا تَغَيَّرَتْ بِالصَّنْعَةِ لَا يَعْرِفُهَا رَبُّهَا إِذَا وَجَدَهَا قَدْ بَاعَتْ فِي الْأَسْوَاقِ، فَكَانَ الْأَصْلَحُ لِلنَّاسِ بِهَذَا التَّضْمِينِ^(٧٣).

وأيضاً في تضمينهم مصلحةً ونظراً للصُّنَاعِ وأرباب السلع، وفي ترك الضمان عليهم ذريعة إلى إتلاف الأموال، وذلك لأن بالناس ضرورة إلى الصُّنَاعِ، إذ ليس كل واحد من الناس يُحسن أن يخيط ثوبه أو يقصره أو يطرزه، فلو قبل قولهم في التلف، مع علمهم بضرورة الناس إليهم، لأوشك أن تنبسط أيديهم على أموال الناس. فلا بُدَّ من الضمان إن لم تقم البيِّنة على المشهور^(٧٤).

وقال ابن رشد (الجد): «الأصل في الصُّنَاعِ أَنَّهُ لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ، لِأَنَّهُمْ أَجْرَاءُ، وَإِنَّمَا ضُمَّنَا الْمَصْلِحَةَ الْعَامَةَ»^(٧٥). وقال أيضاً: «الأصل في الصُّنَاعِ أَن لَا ضَمَانَ عَلَيْهِمْ، وَأَنَّهُمْ مُؤْتَمِنُونَ، لِأَنَّهُمْ أَجْرَاءُ، وَقَدْ أَسْقَطَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ الضَّمَانَ عَنِ الْأَجْرَاءِ فِي الْإِثْمَانِ، وَضَمَّنُوهُمْ نَظْرًا وَاجْتِهَادًا، لِضُرُورَةِ النَّاسِ إِلَى اسْتِعْمَالِهِمْ. فَلَوْ عَلِمُوا أَنَّهُمْ يُوْتَمِنُونَ وَلَا يُضَمَّنُونَ، وَيُصَدَّقُونَ فِيمَا يَدَّعُونَ مِنَ التَّلْفِ، لَتَسَارَعُوا إِلَى أَخْذِ أَمْوَالِ النَّاسِ، وَاجْتَرَّوْا عَلَى أَكْلِهَا، فَكَانَ ذَلِكَ ذَرِيْعَةً إِلَى إِتْلَافِ الْأَمْوَالِ وَإِهْلَاكِهَا، وَلِلْحَقِّ أَرْبَابِ السَّلْعِ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ شَدِيدٌ»^(٧٦).

كذلك بين الشاطبي وجه المصلحة في تضمين هؤلاء الصُّنَاعِ إِذَا لَمْ يُقِيمُوا الْبَيِّنَةَ عَلَى أَنَّ تَلْفَ تِلْكَ الْأَمْوَالِ لَمْ يَكُنْ بِسَبَبِ تَعْدِيهِمْ أَوْ تَفْرِيطِهِمْ بِمَثَلِ مَا أَوْضَحَ ابْنُ رَشْدٍ وَالْوَنْشَرِيْسِيُّ، ثُمَّ قَالَ: «وَلَا يُقَالُ: إِنَّ هَذَا نَوْعٌ مِنَ الْفَسَادِ، وَهُوَ تَضْمِينُ الْبَرِيِّ، إِذْ لَعَلَّ مَا أَفْسَدَ وَلَا فَرَطَ، فَالتَّضْمِينُ مَعَ ذَلِكَ كَانَ نَوْعًا مِنَ الْفَسَادِ! لِأَنَّا نَقُولُ: إِذَا تَقَابَلَتْ

(٧٣) عدة البروق ص ٥٤٦، وانظر الفروق للقراي ٢/٢٠٧.

(٧٤) عدة البروق ص ٥٥٨، وانظر المعونة للقاضي عبد الوهاب ٢/١١١.

(٧٥) البيان والتحصيل ١٥/٣٣٥.

(٧٦) المقدمات الممهديات ٢/٢٤٣.

المصلحة والمضرة، فشان العقلاء النظر إلى الغالب، ووقوع التلف من الصناع من غير تسبب ولا تفريط بعيداً، والغالب عند فوات الأموال أنها لا تستند إلى التلف السماوي، بل ترجع إلى صنْع الفساد على وجه المباشرة أو التفريط»^(٧٧).

ومن الملاحظ أنّ هذا المعنى الذي علّل به المالكية - في القول المشهور في المذهب - وجوب نقل عبء الإثبات من أرباب الأموال إلى الأجراء الصناع، مع أنهم أمناء - وهو المصلحة اعتباراً لفساد الزمان - متحقّق في المضاربين والوكلاء بالاستثمار في العصر الراهن، فوجب أن يسري عليهم الحكم الاجتهادي المصلحي المنوّه به، إذ لا يخفى على أحد أنّ قعود الهمم، وفساد الذمم، وقلة الورع، وكثرة الطمع، وضعف الوازع الديني في هذا الزمن أورثت انحلالاً في الأخلاق، يُضعف الثقة بهؤلاء الأمانة، ويجعل الحكم الذي أسسه الاجتهاد السابق، في ظروف وأحوال مختلفة عن الواقع الراهن - وهو قبول قولهم بمجرد ادعائهم التلف أو الخسارة من غير تعدّد منهم ولا تفريط - غير صالح لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقه، فلزم أن يتغير إلى الشكل الجديد، الذي يتناسب مع الأوضاع الحادثة، ويُحقّق الغاية الشرعية من الحكم الأصلي^(٧٨).

قال الأستاذ مصطفى الزرقا: «إنّ الأحكام الشرعية التي تتبدل بتبدل الزمان، مهما تغيّرت باختلاف الزمن، فإن المبدأ الشرعي فيها واحد، وهو إحقاق الحق، وجلب المصالح ودرء المفاسد، وليس تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع»^(٧٩). وقال الشيخ أحمد إبراهيم: «وبالجملّة، فأحكام الدنيا ينبغي أن تُبنى على رعاية المصالح التي تظهر لنا بالتجارب والعادة، مع الاحتكام إلى العقل والأصول الكلية للشرع. وعلى هذا الأساس تُبنى القوانين الشرعية الدنيوية»^(٨٠).

(٧٧) الاعتصام ١٩/٣.

(٧٨) انظر المدخل الفقهي العام ٩٥٧/٢.

(٧٩) المدخل الفقهي العام ٩٤٢/٢.

(٨٠) الالتزامات في الشرع الإسلامي ص ١٢.

الموجب الرابع / دلالة الحال

المراد بدلالة الحال في الاصطلاح الفقهي: الأمارات الظاهرة التي تدلُّ على صورة الحال.

وهي مُقدّمة في النظر الفقهي على الأصل عند تعارضهما، لأنها قرائن قوية، وشواهد قائمة تنبئُ بحدوث أمر يُغيّر حالة الأصل، فتكون بمثابة دليل على عدم صدق من يتمسك بذلك الأصل^(٨١).

وهي مرتبطة بقاعدتي المصالح والذرائع، وذات صلة بالعرف الجاري والعادة المستمرة، إذ «العلم الحاصل عن حكم العادة مرتّب على قرينة حالية»^(٨٢)، كما أنها مرآة لواقع الحال، ولهذا يترجّح في الحكم جانب من شهدت له من المتداعيين على من شهد له استصحاب الأصل، حيث جاء في القواعد الفقهية: «مجرد استصحاب الأصل دليل ضعيف يدفع بكلّ دليل يخالفه، ولهذا يُدفع بالنكول واليمين المردودة واللّوث والقرائن الظاهرة»^(٨٣). وجاء فيها أيضاً: والعلم الحاصل اعتماداً على الأمارات الظاهرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل»^(٨٤).

ونظراً لأهمية دلالة الحال في إصدار الفتاوى والأحكام قال العلامة ابن القيم: «ينبغي للمفتي أن يكون فقيهاً في معرفة مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم وعرفياتهم، فإنّ الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كلّ من دين الله»^(٨٥).

وبناءً على ذلك نَبّه جمعٌ من محققي فقهاء المالكية إلى أن قبول قول عامل القراض

(٨١) المدخل الفقهي العام ١٠٦٨/٢.

(٨٢) كما قال إمام الحرمين الجويني في البرهان ١/٣٧٣.

(٨٣) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ص ٦٧.

(٨٤) تبصرة الحكام لابن فرحون ٦٥/٢، الطرق الحكمية ص ٢٠.

(٨٥) إعلام الموقعين ٤/٢٠٥.

إذا ادعى ضياع مال المضاربة أو خسارته قد وقع بغير تعدٍّ منه أو تفريط يجب تقييده بما إذا لم تكذبه دلالة الحال. وذكر الحسن بن رحال المعداني أنّ هذا القيد لا بد منه، ومن لم يذكره فقد أخطأ، وأن تصديق العامل في دعاوى التلف والخسارة، والحكم بقوله من غير مراعاة ذلك مُفَضِّ إلى أكل الأموال بغير حقٍّ، وذلك فساد لا ريب فيه^(٨٦).

وبيان ذلك في النصوص الفقهية الآتية: (أ) جاء في «الشرح الصغير» وحاشية الصاوي عليه: «والعامل أمين، فالقول له في دعوى تلفه، أي المال، ودعوى خُسْرِهِ، وردّه لربّه، يمين في الكل^(٨٧)، ما لم تقم على كذبه قرينة أو بيّنة. والقرينة بأن سئل تجار بلد تلك السلع، هل خسرت في زمان كذا التجارة الفلانية؟ فقالوا: لا نعلم خسارة تجارة في تلك السلع»^(٨٨).

(ب) وقال الباجي: «مسألة: فإن ادعى خسارة، وكان وجه ما ادّعه معروفًا، بأن يكون من سافر مثل سفره أو تجرّ مثل تجارته، أصابه ذلك، وكان وجهه معروفًا، فهو مُصدّق. وإن ادعى من ذلك ما لا يُعرف، فروى ابن أيمن عن مالك أنه ضامن»^(٨٩).

(ج) وقال التاودي: «كذلك القول للعامل في ادّعائه الخسارة، إلا أن يظهر كذبه فيها. قال اللخمي: يُقبَلُ قوله في الخسران إن أتى بما يُشبهه، ويُعرف بسؤال التجار في بلد السلعة في تلك المدة»^(٩٠).

(د) وجاء في «الشرح الكبير» للدردير: «والقول للعامل في دعوى تلفه، كلّه أو بعضه، لأن ربّه رضيه أمينًا، وإن لم يكن أمينًا في الواقع، وهذا إذا لم تقم قرينة على

(٨٦) حاشية الحسن بن رحال على شرح ميارة على تحفة ابن عاصم ١٣٢/٢.

(٨٧) أي في دعاوى تلف المال وخُسْرِهِ وردّه لربه.

(٨٨) الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٧٠٦/٣، ٧٠٧.

(٨٩) المنتقى ١٦٤/٥، وانظر حاشية الحسن بن رحال على ميارة ١٣٢/٢.

(٩٠) حلى المعاصم على تحفة ابن عاصم ٢١٩/٢.

كذبه، وإلا ضمن، وفي دعوى خُسْرِهِ بيمين، ولو غير متهم على المشهور، إلا لقرينة تكذبه»^(٩١).

(هـ) وجاء في «الفواكه الدواني»: «العامل في القراض أمين، فالقول قوله في تلف المال أو ضياعه أو خُسْرِهِ، إلا أن يكذبه التجار»^(٩٢).

(و) وقال اللخمي في «تبصرته»: «وإن ادعى خسارة لأجل نزول الأسواق، سُئِلَ أهل تلك الصنعة: هل أتى بما يُشبهه أن يُخسره في مثل ذلك في المدة التي يقول: إنه خسر ذلك فيها؟ فقد يعمل المدة الطويلة، وهو على الاستظهار على ما في يديه، ثم يدعي الخسارة في مدة بعد ذلك. وكذلك إن سافر به سُئِلَ أهل الثقة ممن سافر معه عن السّفَر الذي كانت عليه البياعات، في مثل ما مضى به، فإن أتى بما يُشبهه، وإلا لم يُصدّق، ورُدَّ إلى ما يُشبهه»^(٩٣).

وبناءً على ما تضمنته هذه النصوص من معانٍ ودلالات أقول: «إن المضارب والوكيل بالاستثمار إذا ادعى تلف المال الذي تحت يده أو خسارته بدون تعديه أو تفريطه، فإنه يُقبل قوله في نفي الضمان عن نفسه إذا كانت قرائن الحال والأمارات الظاهرة شاهدة على صدق دعواه، استصحاباً للأصل في الأمانة - وهو براءة الذمة من أي ضمان أو تبعة أو مسؤولية تجاه أرباب المال - ما لم يُقِم خصمه البيّنة على كذب ما ادعاه.

أما إذا لم يظهر من القرائن والأمارات ما يشهد على صدق دعواه، أو ظهر منها ما يدلُّ على كذبه، فإن دلالة الحال هذه تُقدّم على الأصل المنوّه به، ويترجّح بها جانب من شهدت له، وهم أصحاب المال المدّعون تلفها أو خسارتها بتعدي المضارب أو تفريطه.

(٩١) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي عليه ٣/٢٥٦.

(٩٢) الفواكه الدواني في شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٢/٢٤، وانظر حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني ٢/١٩١.

(٩٣) نقلاً عن حاشية الحسن بن رحال على ميارة ٢/١٣٢.

قال التسولي في «البهجة»: «إذا ادّعى العامل التلف، وادّعى ربّه عدَمَه، فالقول للعامل اتفاقاً بيمينه، لأنّ ربّه رضيه أميناً، ولو لم يكن أميناً في الواقع، وسواء ادّعاه قبل الشُّغل أو بعده، ما لم يظهر كذبه... كذاك في ادّعائه الخسارة، ما لم يظهر كذبه أيضاً، كأن يدّعي الخسارة في سلعة لم يُعلم ذلك فيها، لشهرة سعرها، ونحو ذلك، فإنه ضامن. ونقل ابن عبدالسلام عن البادي أنّ العامل إذا لم يبيّن وجه الخسارة في القراض، فهو ضامن»^(٩٤).

(٩٤) البهجة شرح التحفة ٢/٢١٩.

الخاتمة

في أهم نتائج البحث

لقد انتهينا بعد الدراسة الفقهية المفصلة لأقوال الفقهاء ومذاهبهم، والنظر والتأمل فيما قدموه من أدلة وحجج في الموضوع ومتعلقاته في ضوء الواقع المعاصر، والأعراف السائدة فيه، ووجوه المصالح، والقرائن ودلائل الحال إلى الأمور الآتية:

١ - تنقسم اليد المعنوية، التي تعني في الاصطلاح الفقهي، «حيازة الشيء والتمكن من التصرف فيه» إلى قسمين: يد ضمان، ويد أمانة.

(أ) فأما يد الضمان: فهي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكة عدواناً، كالغاصب والمنتهب، أو بإذنه، ولكن بقصد تملكه، كالقابض على سوم الشراء، والملتقط بنية التملك، ونحو ذلك.

وحكم هذه اليد الضمان مطلقاً، أي غرم ما يتلف تحتها من أعيان مالية للغير، أيّاً كان سبب هلاكها أو ضياعها. وعلى صاحبها ردّ مثل التالف إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً.

(ب) وأما يد الأمانة: فهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه - لا بقصد تملكه - لمصلحة تعود لمالكة (كالوديع والوكيل بلا أجر والأجير الخاص والولي والوصي على مال اليتيم والناظر على الوقف وبيت المال) أو مصلحة تعود للحائز (كالمستأجر والمستعير والمرتهن والقابض على سوم النظر) أو مصلحة مشتركة بينهما (كالمضارب والشريك والوكيل بأجر والمزارع والمساقى والمغارس).

وحكم هذه اليد أنها لا تتحمل تبعه هلاك ما تحتها من مال الغير، ما لم تتعدّ أو تُفَرِّط في المحافظة عليه. فإن وقع شيء من ذلك صارت ضامنة.

٢ - الأصل في المضارب والوكيل بأجر عدم ضمان ما تحت يده من أموال من

اتّمنه على تنميتها وثمارها إذا لحقها هلاك أو خسارة من غير تعدّد منه ولا تفريط .

٣ - المرجع في تحديد التعدي والتفريط شرعاً هو ما يقرره أهل الخبرة والدراية

والاختصاص في تنمية الأموال واستثمارها، فهم الذين يوكل إليهم البت بوقوع ذلك

أو عدمه، وتقدير ما يترتب عليه من ضمانات تلحق الأمانة بحسب العرف الجاري بين

الناس في أسواقهم ومعاملاتهم.

٤ - الأصل في الأمانة أنهم مصدّقون في ادعائهم نفي الضمان عن أنفسهم ما لم

يُقم أرباب المال البيّنة على أنّ التلف أو الخسارة إنّما وقع بسبب تعديهم أو تفريطهم.

٥ - غير أنّ تنزيل هذا الأصل الفقهي على مديري الاستثمار في المؤسسات المالية

الإسلامية باعتبارهم مضاربين أو وكلاء بأجر، بحيث يفضي إلى براءتهم من كل ضمان

أو تبعة أو مسؤولية مالية تجاه أرباب الأموال بمجرد ادعائهم هلاك أموالهم أو خسارتها

بدون تعدّد منهم أو تفريط غير مُسلم؛ إذ إنه قد يؤدي في كثير من الأحوال إلى قلب

موازين العدالة، وجلب المفسد وتضييع المصالح، وذلك نظراً إلى ما يوفره لهم من

حماية يمكن أن تغريهم بالتعدي أو التفريط في إدارة أموال المودعين، طمعاً في كثرة

الأرباح وزيادة المكاسب في هذا الزمن الذي فسدت فيه الذمم، وفشا فيه الكذب

والخيانة، وأكل أموال الناس بالباطل.

٦ - وإنّه بعد النظر في أصول الشريعة وقواعدها الكلية، والتأمل في مقاصدها

العامة في جلب المصالح ودرء المفسد، وسدّ الذرائع إلى الظلم والفساد، والنظر إلى

مآلات الأفعال، والتعمق في فهم الأشباه والنظائر الفقهية ذات الصلة بالموضوع في

المذاهب الفقهية المختلفة، ظهر لي صواب الرأي والقول بنقل عبء إثبات ما يوجب

رفع الضمان في حالات التلف والخسارة من أرباب الأموال إلى المضاربين والوكلاء

بأجر الذين يتولون إدارتها، حيث إنه السبيل الأمثل، والحل الأفضل لإحقاق الحق ورفع الجور والظلم عن أصحاب المال من جهة، وإنصاف المضارين والوكلاء من جهة ثانية.

٧ - أما الموجبات الشرعية لنقل عبء الإثبات إلى هؤلاء الأمناء، فهي أربعة: أحدها: العُرف. وذلك لأن الأصل الفقهي بقبول قول الأمين في براءة نفسه من الضمان عند ادعائه تلف ما تحت يده من أموال الناس أو خسارته بغير فعله أو تسببه - باعتباره مدعى عليه لا مدعى - مقيّدٌ بكون ذلك متسقاً مع عرف الناس المستقر وعاداتهم الجارية. أما إذا جرى العرف بعدم قبول قوله حتى يُقيم البيّنة على صدق دعواه تلف تلك الأموال بدون تعدّ منه أو تفريط، فينقلب حاله وحكمه الشرعي من مدعى عليه، غير مطالب بالبيّنة، لتمسكه بالأصل إلى مدعى أمراً خلاف الأصل، فلا يُقبل قوله حتى يقيم البيّنة على صدق مدعاه.

والثاني: التهمة والمراد بها هنا: رجحان الظن وغلبة الاحتمال - بشهادة العرف - في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة أو خسارتها بدون تعديه أو تفريطه. وهي موجب لنقل عبء الإثبات (إقامة البيّنة على صدق الادعاء) من صاحب المال إلى الأمين الحائز على المشهور في مذهب المالكية في نظائر عديدة، كما أنها موجب لعدم قبول الأموال والشهادة والدعاوى المجردة عن البيّنات في كثير من الأشباه والنظائر الفقهية.

والثالث: المصلحة. وهي «كل ما قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة».

وهي موجب لنقل عبء الإثبات من أرباب الأموال إلى المضارين والوكلاء بالاستثمار، عند تغيير أحوال الناس، وتفشي الكذب والخيانة، والشح والطمع وقلة

الديانة، وضعف الوازع الديني الذي يحجز الأمانة عن ادعاء التلف أو الخسارة بدون تعديهم أو تفريطهم زوراً، إذا علموا أن قولهم مقبول معتد به في نفي الضمان عن أنفسهم من غير تكليفهم إثبات صدق ذلك الادعاء.

ويشهد لذلك قول الإمام مالك وأصحابه بتضمين الصنّاع - وهم في الأصل أمانة - ما يتلف تحت أيديهم من أمتعة الناس، ما لم يُقيموا البيّنة على أن التلف وقع بغير فعلهم أو تسببهم استثناء لداعي المصلحة.

والرابع: دلالة الحال. وهي الأمانة الظاهرة التي تدلُّ على صورة الحال. وقد نصَّ الفقهاء على أنها مقدمة على الأصل عند تعارضهما، لأنها قرائن قوية، وشواهد قائمة تنبئ بحدوث أمر يغيّر حالة الأصل، فتكون بمثابة دليل على عدم صدق من يتمسك بذلك الأصل. وهي مرتبطة بقاعدتي المصالح والذرائع، وذات صلة بالعرف الجاري والعادة المستمرة، كما أنها مرآة لواقع الحال، ولهذا يترجّح في الحكم جانب من شهدت له من المتداعين على من شهد له استصحاب الأصل.