تضمين الشريك المضارب بالشرط دراسة فقهية

د. مصطفى محمد جهيمة

المقدمة

الحمد لله والصلاة السلام على رسول الله وعلى آله وصحبه ومن سار على نهجه واهتدى بهديه إلى يوم الدين .... أما بعد،،،

فإن عجلت الحياة الاقتصادية تدور بشكل متسارع متجدد مع إشراقة كل صباح، والعمل التجاري عصب الحياة الاقتصادية، ولقد امتن الله عز وجل على العباد بأن سخر لهم ما في الأرض جميعاً للاستفادة منه فيما يخدم مصالحهم في معاشهم، ونظم لهم طرق الكسب الحلال، وجعل المال أحد المقاصد الشرعية الضرورية التي يتخذ إزاءها إجراء الموت أو الحياة؛ بل إن الحياة بدونه تتوقف والموت دونه شهادة.

فكانت الصناعة المالية الإسلامية واحدة من سبل استثمار المال وتنميته ورواجه محققة بذلك مقصد حفز المال إذ ليس حفظه باكتنازه؛ بل باستثماره وتنميته وكانت المصارف الإسلامية هي المغذية للحياة التجارية اليومية بل هي شريان حياتها.

فلما كانت الأمور على هذا الحال وسبل الاستثمار متعددة متنوعة كان من بين هذه الصيغ الاستثمارية صيغة المضاربة المفردة والمشتركة، التي نظم الإسلام أطرها وقوانينها وبين كيفية التعاطي معها واستغلالها لكسب المال وتنميته.

وصيغة المضاربة المشتركة أو الجماعية من الصيغ المستحدثة في التعاملات المصرفية تبعث في النفس الطمأنينة على الاستثمار إذا ما اقترنت بشرط الضمان من المصرف، بل تدفع من لديه رأس مال إلى عدم اكتنازه بل ودفعه للمصارف لاستثماره.

ولأن هذه الصيغة مستحدثة من جهة وكان هذا الشرط يكتنفه شيء من الغموض من الناحية الشرعية جاءت هذه الدراسة لتبين حقيقة هذه الصيغة وتكشف الغموض حول مشروعية هذا الشرط .

وقد جاءت هذه الدراسة في مقدمة ومبحثين وخاتمة على النحو الآتي:

المقدمة وتناولت فيها عنوان الدراسة وأهميتها وإشكاليتها.

المبحث الأول : تناول البحث فيه المفاهيم الأساسية للبحث ومشروعية هذه الصيغة.

المبحث الثاني: تناول فقه التضمين بالشرط على العموم وفي هذه الصيغة على الخصوص.

الخاتمة بينت فيها أهم التوصيات والنتائج.

المبحث الأول: في تعريف المضاربة وأحكامها وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المفاهيم الأساسية للبحث.

أولاً: مفهوم المضاربة:

- **المضاربة لغة:**

مفاعة من المصدر ضَرَبَ يضرب ضرباً؛ في الأَرض وفي سبيل الله، وعنى ضرب: سارَ وأسرع وهو ضَرْباً: مسافرٌ ... وضارَبه في المال من المُضارَبة(ابن منظور). ومنه قوله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: 20] أي: يسيرون في الأرض ويسعون فيها طلباً للرزق؛ قال جلّ وعلا: ﴿ هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا﴾ [الملك: 15]، وهي القِراضُ(ابن منظور).

وفرق بعضهم بين مصطلحي المضاربة والقراض وإن كانا لمسمى واحد؛ بأن المضاربة استعمال عراقي، والقراض استعمال حجازي(الماوردي،1999م، والصاوي ومصلح 1994م).

عليه فموئل المصطلحين واح، بينه الوقوف على معناهما الاصطلاحي.

- **المضاربة اصطلاحاً:**

1- عقد المضاربة بشكل عام:

الفقهاء تداولوا هذا المصطلح و لم يتفقوا على تعريفه ظاهراً، وإنما وضعوا له تعريفات مختلفة ألفاظها، وإن كانت متقاربة المعنى ، وتؤول جميعها إلى موئل واحد؛ ولإطلاع القارئ على صدق الدعوى المتقدمة، أسوق إليه شيئاً من هذه التعاريف كما ذكرته كتب مذاهبهم على النحو الآتي:

- المضاربة عند الحنفية:" عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال، وعمل من جانب المضارب"(ابن عابدين، 1386هـ).
- المضاربة عند المالكية: " تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ الإجارة"(الرصاع،1993م). وعرفها ابن عرفة (الدسوقي:517/3) بأنها: "إجارة على التجر في مال بجزء من ربحه"
- المضاربة عند الشافعية: "هو توكيل مالك يَجْعَلُ ماله بيد آخر ليتجر فيه، والربح مشترك بينهما" (الخطيب الشربيني، 1415هـ). أو: أن يدفع مالاً ليتجر فيه والربح مشترك"(الخطيب الشربيني).
- المضاربة عند الحنابلة:" وهي أن يدفع ماله إلى آخر يتجر فيه والربح بينهما"(ابن قدامة المقدسي).

يتضح مما تقدم أن ألفاظهم مختلفة ومعانيهم متقاربة، واختلاف ألفاظهم مبني على اختلاف أنظارهم لعقد المضاربة وتكييفه الفقهي هل هو شركة أو عقد إجارة، وبما أن عقد المضاربة يتضمن هذه الأمور كلها وغيرها فهو إجارة ابتداء وشركة انتهاء(عمارة، 1994م).

أما الفقهاء المعاصرون على الأغلب فقد درجوا على نقل هذه التعريفات وعزوها للمذاهب الفقهية إلا ان ذلك لا ينفي أن بعضهم حاول الاختيار بين هذه التعريفات مقدماً أحدها على الآخر(الجعبري، 2012م. وهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، 2010م)، كما أن بعضهم حاول أن يجمع بين هذه التعريفات في تعريف واحد(حسن، 2011م. وتبن الضيف، 2013م).

أما الباحث فلم ير الجمع ولا الترجيح بينهما؛ بناء على ما تقدم من أنها متقاربة.

وتقتضي هذه الدراسة بيان الشكل الجديد للمضاربة من حيث هي صيغة استثمارية عاملة في عالم الصناعة المالية وركيزة أساسية في صيغ الاستثمار لدى المصارف الإسلامية العاملة. والمتمثلة في المضاربة المشتركة الناتجة عن حسابات الاستثمار المشترك.

2- المضاربة المشتركة:

وبما أننا بصدد الحديث عن التضمين بالشرط للشريك المضارب خاصة في مجال العمل المصرفي بل هو ما كان السبب في نشوء هذا التساؤل وتطوره؛ فإنه يتوجب علينا بيان ما يخدم هذا البناء حتى يتسنى التوصيف الفقهي الدقيق له ومنه المضاربة المشتركة والحساب الاستثماري المشترك. وعليه:

أ- **المضاربة المشتركة:** وتسمى أيضاً **المضاربة الجماعية**، وهي: "المضاربة التي تكون فيها العلاقة متعددة، فيتعدد أرباب الأموال والمضارب واحد، أو يتعدد المضاربون ورب المال واحد، أو يتعدد أرباب الأموال والمضاربون. وهذه المضاربة ناجمة عن جواز خلط مال المضاربة". (سمحان،2013م).

وعليه فإن أطراف المضاربة المشتركة ثلاثة يكون دور كل منهم وعلاقته بالآخر على النحو الآتي(العاني، 2013م):

- **المصرف:** وهو الجهة الوسيطة بين طرفي المضاربة الآخرين، يعرض خدماته على كل من يرغب في استثمار أمواله، وكذلك على من يريد تمويلاً استثمارياً وفق نظامه الإسلامي، فهذا لا يلتزم بالعمل بوصفه مضارباً لشخص معين فحسب، كما أنه لا يقدم التمويل لشخص واحد فقط.
- **المدخرون (أصحاب أموال الاستثمار):** وهم أصحاب المال الذين يقدمون المال إلى البنك بصورة انفرادية بغرض استثماره بوصفه مضارباً مشتركاً.
- **طالبو التمويل:** وهم الذين يأخذون المال من البنك منفردين؛ ليعمل كل واحد منهم فيما يحصل عليه من مال حسب الاتفاق الخاص به مع البنك.

ب- **الحسابات الاستثمارية:** وهي الأموال التي يودعها أصحابها لدى المصارف الإسلامية بغرض الحصول على عائد نتيجة قيام المصرف الإسلامي باستثمار تلك الأموال، وتخضع هذه الأموال للقاعدة الشرعية الغنم بالغرم"(سمحان،2013م).

ثانياً: مصطلحات تخدم البناء الفقهي لتضمين المضارب بالشرط:

ومن الألفاظ التي تخدم البناء الفقهي لهذه الدراسة والتي لا تقوم الدراسة إلا ببيانها نحو: الأجير الخاص والأجير المشترك وكذا يد الأمانة ويد الضمان:

أ. **الأجير الخاص:** قال (ابن عابدين، 1386هـ): "الأجير الخاص: لواحد أي لمعين واحدا أو أكثر، قال القهستاني: لو استأجر رجلان أو ثلاثة رجلا لرعي غنم لهما أو لهم خاصة كان أجيرا خاصا". أو هو: الذي يستحق الإجارة بتسليم نفسه في المدة عمل أو لم يعمل كراعي الغنم والخادم بالمشاهرة(النكري، 2000م).

ب. **الأجير المشترك:** "من يعمل لغير واحد كالخياط والصباغ" (النكري، 2000م)، وسمي بالأجير المشترك: لأنه يتقبل أعمالا لجماعة فتكون منفعته مشتركة بينهم وهو – أي: الأجير المشترك – من قدر نفعه بالعمل بخلاف الأجير الخاص فنفعه مقدر بالزمن وتقدم (البهوتي، 1402هـ).

ج. **يد أمانة:** "والمراد بها في الاصطلاح الفقهي: يد الحائز للشيء بإذن صاحبه-لا بقصد تملكه- لمصلحة تعود لمالكه كالوديع والوكيل والأجير الخاص والولي والوصي على مال اليتيم والناظر على الوقف وبيت المال، أو مصلحة تعود للحائز، كالمستأجر والمرتهن والمستعير والقابض على سوم النظر، أو مصلحة مشتركة بينهما كالمضارب والشريك والمزارع والمساقي" (حماد،2008م).

د. **يد ضمان:** وتعني عند الفقهاء: يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه عدوانا كالغاصب والسارق، أو بإذنه ولكن بقصد تملكه، كالقابض على سوم الشراء والملتقط بنيّة التملك" (حماد،2008م).

ثالثاً: مفهوم الشرط:

- **لغـــــــــــة:** له عدة معان في اللغة، منها: إلزامُ الشيء والتزامه فـــــــي البيع ونحوه (ابن منظور).
- **اصطلاحاً:**هو ما يلزم من عدمهِ العدمُ ولا يلزمُ من وجوده وجودٌ ولا عدم لذاته(القرافي).

وهذا المعنى للشرط إنما هو عند الأصوليين، والذي يقتضي من المكلف وجوب الخضوع والانقياد له؛ لتصح منه الأعمال والعبادات. والشرط الذي يدور حوله البحث هنا هو ما كان من صنيع الإنسان بإرادته، بغية تحقيق مصلحة له. أي: جعل الشيء قيداً في شيء. كشراء الدابة بشرط كونها حاملاً ونحو ذلك (ابن النجار، 1997م). أي الشروط الجعلية.

وهو إطلاق آخر للشرط وهو ما يسمى بالشرط الجعلي؛ والذي يُطلق **على جعل الشيء قيداً في شيء.**

وهذا يحتمل أن يعاد إلى المقصود به عند الأصوليين، بسبب مواضعة المتعاقدين كأنهما قالا: جعلناه معتبرا في عقدنا يعدم بعدمه، كما يحتمل أن يعاد الشرط اللغوي المقترن بإحدى أدوات الشرط كـــ "إنْ"؛ فكأن العاقدين قالا: إن كان كذا فالعقد صحيح، وإلا فلا. (ابن النجار، 1997م).

وهو بهذا هذا الإطلاق محل البحث في مسألة التضمين بالشرط للشريك المضارب على ما سيأتـــــــــــــــــــــــي بيانه إن شاء الله.

رابعاً: حقيقة شرط التضمين للشريك المضارب ومكانه من عقد المضاربة:

بالنظر في مفهوم الشرط بشكل عام وفي شرط التضمين للشريك المضارب يتبين أنه من قبيل الشرط الجعلي.

والشرط الجعلي هو: ما كان مصدره إرادة الشخص، بأن يجعل عقده أو التزامه معلقاً عليه ومرتبطاً به، بحيث إذا وجد الشرط وُجِدَ ذلك العقد أو ذلك الالتزام، وإن لم يتحقق ذلك الشرط، فلا يتحقق المشروط، فيكون المشروط مرتبطاً به وجوداً وعدماً. (حماد،2008م).

وهذا يتحقق في شرط التضمين للشريك المضارب في عقد المضاربة؛ حيث نرى أنه شرط زائد على أصل العقد، اشترطه أحد العاقدين أو كلاهما لتحقيق مصلحة. يعبر عنه بلغة أهل هذه الصناعة بأنه: التزام وارد في التصرف القولي عند تكوينه، زائد عن أصل مقتضاه شرعاً (الدريني، 1994م)[iv].

المطلب الثاني: مشروعية المضاربة والمضاربة المشتركة.

أولاً : مشروعية المضاربة:

يجمع الفقهاء على مشروعية المضاربة، وقد ذكر الإجماع على مشروعيتها غير واحد من الفقهاء:

- قال (ابن رشد الحفيد: 178/2): " ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض".
- وقال (ابن المنذر، 1402هـ: 98): "وأجمعوا على أن القراض بالدنانير والدراهم جائز".
- وقال (الشنقيطي، 1995م: 247/3): "ولكن الصحابة أجمعوا عليها لشيوعها وانتشارها فيهم من غير نكير، وقد مضى على ذلك عمل المسلمين من لدن الصحابة إلى الآن من غير نكير".

ولا يشك الباحث قيد أنملة في أن ما تم نقله من انعقاد إجماع الفقهاء على مشروعية المضاربة ليس عبثياً – معاذ الله – وإنما مبناه ومنطلقه الكتاب والسنة والقياس وإليك التفصيل:

1- **الكتاب:** لم يأتِ في القرآن الكريم ما يدل على مشروعية عقد المضاربة دلالة مباشرة، وإنما هي عموميات ؛ استنبط منها الفقهاء حكم المضاربة، واستدلوا بها على مشروعيتها، من ذلك:

أ- قال تعالى: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾ [البقرة: 198].

قال (الماوردي،1999م):" والأصل في إحلال القراض وإباحته عموم قول الله عز وجل: ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ ﴾، وفي القراض ابتغاء فضل وطلب نماء".

ب- قال تعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ وَاذْكُرُوا اللَّهَ كَثِيرًا لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [الجمعة: 10].

قال (القرطبي: 108/18): " ﴿ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ ﴾ أي: من رزقه، والمضاربة نوع تجارة، فدلّ على جوازها".

وأنت –كما ترى – ان دلالة القرآن على مشروعية عقد المضاربة دلالة عامة.

2- السنة:

- ما روي عن النبي ﷺ أنه ضارب لخديجة بنت خويلد رضي الله عنها بأموالها إلى الشام(ابن كثير، 1971م). ولو قال قائل: إنما هذا قبل البعثة لقلنا له: إلا أنه ﷺ جاء والناس يتعاملون بها وأقرهم عليها، وسيأتي بيان ذلك.
- ما روي عن ابن عباس أن أباه العباس بن عبد المطلب كان يدفع أمواله لمن يتجر بها على سبيل المقارضة[v].
- عن حكيم بن حزام أنه كان يدفع أمواله لمن يضارب بها[vi].

قال (ابن تيمية، 2005م: 195/19): "المضاربة كانت مشهورة بينهم في الجاهلية لا سيما قريش ؛ فإن الأغلب كان عليهم التجارة وكان أصحاب الأموال يدفعونها إلى العمال ورسول الله ﷺ قد سافر بمال غيره قبل النبوة كما سافر بمال خديجة رضي الله عنها..... فلما جاء الإسلام أقرها رسول الله ﷺ وكان أصحابه يسافرون بمال غيرهم مضاربة و لم ينه عن ذلك والسنة : قوله وفعله وإقراره . فلما أقرها كانت ثابتة بالسنة".

قال (الحافظ ابن حجر: 134/7):" بُعث ﷺ والناس يتعاملونها فتركهم عليها وتعاملها الصحابة ﷺ.

3- القياس: قاس الفقهاء المضاربة على عقدي المساقاة والمزارعة وكلاهما ثابت بالنص، كما ذكر ذلك ابن تيمية في فتاواه(ابن تيمية، 2005م).

ثانياً مشروعية المضاربة المشتركة:

الأصل أن تكتسب المضاربة المشتركة مشروعيته من مشروعية المضاربة بشكل عام؛ ولما كان في عقد المضاربة المشتركة خلط لأموال المضاربين سواء عند بدأ العمل أو أثناء العمل استدعى الأمر الوقوف على مشروعية المضاربة المشتركة، فلما كانت **الحكمة مشروعية عقد المضاربة** التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم؛ لاحتياجهم إليه كما قال الزيلعي:" وهي– أي المضاربة – مشروعة لشدة الحاجة إليها من الجانبين فإن من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي إلى التصرف ومنهم من هو بالعكس، فشرعت لتنظيم مصالحهم فإنه ﷺ بُعث والناس يتعاملونها فتركهم عليها وتعاملها الصحابة ﷺ" (الزيلعي، 1313هـ).

وقد أصل لهذه المسألة رائد نظرية التطوير في الأعمال المصرفية (سامي حمود، 1982م: 391): حيث قال عند حديثه عن حكم خلط أموال المضاربة عند الفقهاء:

"إن مسألة خلط أموال المضاربين (الذين هم المودعون) أمر لم يرد فيه- بحسب ما اطلعنا عليه- أي رأي أو قول فيما هو معروف من المذاهب، وأن مرجع ذلك قائم على خاصية العلاقة الفردية التي يتمز بها عقد المضاربة بالشكل المبحوث في كتب الفقه الإسلامي".

وقد فرق الفقهاء بين ما إذا كان هذا الخلط يتم قبل البدء في العمل أو بعد بدء العمل به:

أ- **إذا تم خلط مال المضاربة بمال آخر قبل الشروع في العمل بالمضاربة:**

فإن النظر الفقهي جوز لرب المال – المصرف – أن يضيف مالاً جديداً إلى مال المضاربة قبل أن يشرع العامل في العمل واعتبر كمن دفع المالين دفعة واحدة، وهذا من جهة أخرى هو من باب المضاربة الفردية(حسن، 2011م).

ومما يؤثر من كلام السابقين في هذه المسألة ما يلي:

- ❖ عند المالكية قال (الدردير): "وجاز للعامل خلطه من غير شرط وإلا فسد كما مر وإن كان الخلط بماله ... وكان الخلط قبل شغل أحدهما فيمنع خلط مقوم أو بعد شغل أحدهما".
- ❖ عند الشافعية قال (النووي، 1405هـ: 124/5) :" فلو دفع إليه ألفًا قراضًا ثم ألفًا، وقال: ضمه إلى الأول، فإن لم يكن تصرف بعد في الأول جاز، وكأنه دفعهما إليه معًا".
- ❖ عند الحنابلة قال (ابن قدامة، 1405هـ: 36/5):" وإذا دفع إليه ألفًا مضاربة، ثم دفع إليه ألفًا آخر مضاربة، وأذن له في ضم أحدهما إلى الآخر قبل التصرف في الأول جاز، وصارا مضاربة واحدة، كما لو دفعهما إليه مرة واحدة".

ب- **إذا تمّ خلط مال المضاربة بمال آخر بعد الشروع في العمل بالمال الأول:**

فقد اختلف الفقهاء في ذلك بين مانع ومجوز، على النحو الآتي:

- ❖ قال (ابن شاس، 2003م: 900/3):" ولا يجوز أخذ الثاني على الخلط بعد الشغل، كان الجزء متفقاً أو مختلفاً".
- ❖ قال (النووي، 1405هـ: 148/5):" فلو دفع إليه ألفًا قراضًا ثم ألفًا وقال ضمه إلى الأول فإن لم يكن تصرف بعد في الأول جاز وكأنه دفعهما إليه معًا وإن كان تصرف في الأول لم يجز القراض في الثاني ولا الخلط؛ لأن الأول استقر حكمه بالتصرف ربحًا وخسرانًا وربح كل مال وخسرانه يختص به".
- ❖ قال ابن قدامة:" وإن كان بعد التصرف في الأول في شراء المتاع لم يجز لأن حكم الأول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصا به فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر"(ابن قدامة، 1405هـ: 36/5).

ويعلل سامي حمود سبب المنع بعد البدء بالعمل بالمال الأول إلى استقرار العقد الأول، فكان الربح والخسارة مختصة به لاغير، فضم الثاني له بعد العمل في الأول يوجب جبران خسران أحدهما بربح الآخر. (حمود، 1982م).

وبما أن المنع يدور على عدم القدرة على الفصل بين الفترات الاستثمارية، كما صرح بذلك (شبير، 2007: 347)، وعدم الفصل بين الحسابات، والوعاء الاستثماري الواحد، فإن هذه العلة يمكن إزالتها، والحكم يدور مع علته، فأن واقع العمل المصرفي يقوم على أساس نظم محاسبة متطورة، يمكن لها حساب الوعاء الاستثماري – ربحاً وخسارة – في أي لحظة واستخراج حصة كل شريك.

المطلب الثالث: أركان المضاربة وشروطها.

1- أركان المضاربة:

اقتصر الأحناف في ركنية عقد المضاربة على ركن واحد –كما هي عادتهم في العقود وأركانها، ألا وهو: الصيغة، ويقصد بها: الصيغة التي تنعقد بها المضاربة، وهي: الإيجاب والقبول. (العبادي، 1301هـ. الكاساني، 1986م. ابن نجيم الحنفي).

وخالفهم في ذلك جمهور الفقهاء حيث جعلوا الأركان: الصيغة والعاقدان ورأس المال والعمل والربح. (ابن شاش، 2003. الخطيب الشربيني).

2- شروط المضاربة:

عند الحديث عن شروط المضاربة يمكننا تفصيل ذلك على النحو الآتي:

أولاً: الشروط المتعلقة بالصيغة:

المقصود بالصيغة – كما ذكرت سابقاً – الإيجاب والقبول، واشترط الفقهاء لانعقاد المضاربة أن يحصل بين العاقدين إيجاب من رب المال وقبول من العامل: المضارب"؛ كأن يقول رب المال للعامل: قارضتك أو عاملتك أو ضاربتك، أوخذ مالي مضاربة أو مقارضة، ويقبل العامل بلفظ يدل على القبول والرضا متصلاً بالإيجاب. (الكاساني، 1986م. النووي، 1405هـ. الغزالي، 1417هـ).

اشتراط اللفظ الدال على الإيجاب والقبول:

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1986م)، والأصح عند الشافعية (النووي، 1405هـ)[vii] إلى اشتراط اللفظ في كل من الإيجاب والقبول.

وذهب بعض الفقهاء منهم الحنابلة(البهوتي،1402هـ. ابن مفلح، 1400هـ)[viii] إلى أنه لا يشترط في القبول قوله: "قبلت" أو التلفظ به، بل القبول بالفعل، وتكون مباشرته قبولاً للمضاربة.

وذهب فريق آخر منهم ابن الحاجب إلى أنه لا يشترط التلفظ بصيغة المضاربة إذا وجدت القرينة على ذلك، فهي تنعقد بكل ما يدل على الرضا من الطرفين؛ لأن المضاربة عندهم إجارة على التجر بمال بجزء من ربحه، والإجارة تكفي فيها المعاطاة كالبيع، فتكفي المعاطاة في انعقاد المضاربة كذلك. (الدردير).

ثانياً: الشروط المتعلقة برأس المال:

1- **النقد:** اشترط الفقهاء أن يكون رأس مال المضاربة من الأثمان؛ أي: الدنانير والدراهم والفلوس الرائجة. (الكاساني، 1986م. الدردير. ابن شاش، 2003م. الغزالي، 1417هـ. ابن قدامة، 1405هـ).

وعليه تقرر لدى الفقهاء منع أن يكون رأس مال المضاربة عروضاً(ابن قدامة، 1405هـ)، أو عقاراً، واستثنوا من ذلك:

- أن تقوّم العروض أو العقار وقت العقد وتكون قيمتها رأس مال المضاربة. وبه أخذت المعايير الشرعية(هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، 2010م) حيث نصت على أن الأصل في رأس مال المضاربة أن يكون نقداً(ابن قدامة، 1405هـ). ويجوز أن تكون العروض رأس مال للمضاربة. وتعتمد في هذه الحالة قيمة العرض عند التعاقد باعتبارها رأس مال المضاربة ويتم تقويم العروض حسب رأي ذوي الخبرة أو باتفاق الطرفين.
- أن يدفع رب المال العروض إلى العامل ويأمره ببيعها على أن يضارب بثمنها، فيكون وكيلاً في البيع، مضارباً بعد تسلم ثمن المبيع.(الكاساني، 1986م)[ix].
- ذكر بعض المعاصرين أنه يجوز أن يكون رأس مال المضاربة عروضاً في بلاد لا تتعامل بالنقود. (بن الضيف، 2013م).

2- أن يكون حاضراً لا ديناً، وهذا الشرط محل اتفاق بين الفقهاء إذا كان الدين على العامل(وزارة الأوقاف الكويتية، 1994م). أما إذا كان الدين على ثالث فأمر ربُّه العامل قبضه والمضاربة به، فقد أجازه بعضهم. (ابن قدامة، 1405هـ).

3- أن يكون معلوماً؛ إذ الجهالة مفضية إلى فساد عقد المضاربة. (الكاساني، 1986م. الدردير. ابن شاش، 2003م. الغزالي، 1417هـ. ابن قدامة، 1405هـ).

4- أن يتسلم العامل من رب المال رأس مال المضاربة وقت العمل. (السرخسي. ابن نجيم. الكاساني، 1986م. ابن شاش، 2003م. الغزالي، 1417هـ. ابن قدامة، 1405هـ).

ثالثاً: الشروط المتعلقة بالربح

اشترط الفقهاء في الربح في عقد المضاربة أن يكون معلوماً وأن يكون شائعاً، وأن يكون مشتركاً، وأن تكون النسبة متعلقة بالربح لا برأس المال. على تفصيل في ذلك ذكره الفقهاء. (الزيلعي، 1313هـ. الغزالي، 1417هـ. المرداوي).

كما أن الفقهاء اختلفوا في تضمين العامل بالشرط في غير التعدي أو التقصير أو مخالفة الشرط وهو محور هذا البحث.

المبحث الثاني: تضمين الشريك المضارب بالشرط

إن البحث في هذه المسألة يتطلب تحديد مفهوم الضمان والتضمين كما يتطلب تحديد مفهوم الشرط وحقيقته وموقعه من عقد الضمان حتى يتسنى وصف الحكم الشرعي المناسب لهذه الواقعة، وعليه فسيكون البحث في هذا المحور كما يلي:

1- يد الضمان ويد الأمانة ودورهما في العملية التجارية.
2- مفهوم الضمان والتضمين:
3- الشرط حكمه وموقعه من هذه العملية.

أولاً: يد الأمانة ويد الضمان ودورهما في العملية التجارية:

الأصل أن يد الشريك المضارب يد أمانة[x]على المال الذي بين يديه، ولا تنقلب إلى يد ضمان[xi] إلا في حالات التعدي أو التقصير أو مخالفة شروط عقد المضاربة، وقد نصت المعايير الشرعية على أن: "المضاربة من عقود الأمانات، والمضارب أمين على ما في يده من مال المضاربة إلا إذا خالف شروط عقد الأمانة فتعدى على مال المضاربة أو قصر في إدارة أموال المضاربة أو خالف شروط عقد المضاربة؛ فإذا فعل واحداً أو أكثر من ذلك فقد أصبح ضامناً لرأس المال"(هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، 2010م).

ومع تطور الحياة التجارية وتعدد سبل الاستثمار استجابة لأمر الشارع بالحث على العمل، والضرب في الأرض، والبحث عن الرزق، فهو الذي قال: ﴿هُوَ الَّذِي جَعَلَ لَكُمُ الْأَرْضَ ذَلُولًا فَامْشُوا فِي مَنَاكِبِهَا﴾[الملك: 15] ومن هذه السبل صيغة المضاربة والتي غالباً ما تأخذ شكل المضاربة المشتركة؛ وذلك وفق صيغة حسابات الاستثمار المشترك المعمول بها في المصارف الإسلامية حالياً، الأمر الذي يؤدي إلى تنمية المال ورواجه. (الدماغ، 2012م. زغيبة، 2010م).

لذا كان مدير الاستثمار – الوسيط المالي أو الشريك المضارب – محور العملية الاستثمارية وحجر الزاوية في نجاح العملية الاستثمارية وعدم تعرضها للخسارة، فطلب منه بذل قصارى جهده في ذلك وهذا ما أكدته المعايير الشرعية حيث نصّت على أنه: "يجب على مدير الاستثمار سواء أكان مضارباً أم وكيلاً في الاستثمار أم شريكاً مديراً، بصفته مؤتمناً على المال أن يبذل العناية المناسبة لوقاية المال من الخسارة أو النقصان أو التلف، وإذا لم يتخذ الوسائل المعتادة للحماية عُدّ مقصراً وترتب عليه الضمان"(هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، 2010م).

الأمر الذي يستدعي ابتكار وسائل لحماية رأس المال والاستثمارات بما لا يخالف النصوص الشرعية ويتماشى مع مقصود الشارع من حفظ أموال الناس وتنميتها واستثمارها (زغيبة، 2010م). فقد عدّ الشارع الحكيم حفظ المال من المقاصد الضرورية؛ قال (الأسنوي، 1999م: 364/1): وهي أعظم المقاصد وأجلها، وهي ما كانت لحفظ أمور خمسة: وهي: الدين والنفس والعرض والعقل **والمال**، والضروري يعني: ما لَا بدَّ منه في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إِذَا فُقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة. (الشاطبي، 1997م).

ثانياً: مفهوم الضمان والتضمين:

وتعني الدراسة – هنا – الضمان والتضمين لا بمعنى الكفالة، فبعيد عن خلاف الفقهاء في مفهوم الضمان بمعنى الكفالة – كونه ليس موضوع الدراسة – فإنني سأبحث في مفهوم ضمان الشريك المضارب وتضمينه بمعنى تغريمه.

لغة: وهو مشتق من ضمن: الضَّمِينُ الكفيل ضَمِنَ الشيءَ وبه ضَمْناً وضَمَاناً كَفَل به وضَمَّنَه إياه كَفَّلَه ... يقال: ضَمِنْتُ الشيءَ أَضْمَنُه ضَماناً فأَنا ضامِنٌ وهو مَضْمون... وضَمَّنته الشيءَ تَضْمِيناً فتَضَمَّنه عني مثل غَرَّمْتُه(ابن منظور)، وفي القاموس: "وضَمَّنْتُهُ الشيء تَضْمِيناً، فَتَضَمَّنَهُ عَنِّي: غَرَّمْتُهُ فالتَزَمَهُ"(الفيروزآبادي، 2005م).

فالتضمين لغة يدور حول فكرة الغرامة تعويضاً.

اصطلاحاً:

– استعمل اصطلاحاً بمعنى "الالتزام بتعويض مالي عن ضرر الغير"(حماد، 2008)، فقالوا: الضمان عبارة عن ردّ مثل الهالك إن كان مثليّا أو قيمته إن كان قيميّا(ابن عابدين، 2000م). وصرح بهذا التعريف في "الكليات"(أبو البقاء، 1998م)[xii].

– استعمل بمعنى أعمّ، وهو "موجب الغرم مطلقا" (حماد، 2008م)؛ أي: موجب تحمل تبعة الهلاك. وبهذا المعنى جاء قوله ﷺ: "الخراج بالضّمان".

– استعمل بمعنى: "الالتزام بأداء البدل في معاوضة مالية". ومن ذلك قول الزيلعي: "استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان، والضمان بقدر الملك في المشترى"(الزيلعي، 1313هـ)؛ أي: إنّ استحقاق كلّ شريك الربح في شركة الوجوه في مقابل ضمانه؛ أي التزامه بدفع ثمن حصته في ملك العين المشتراة. (حماد، 2008م).

– وجاء شرح حدود ابن عرفة ما يمهد لفكرة التضمين للأجير وغيره، حيث قال عن التضمين: ": صفة حكمية توجب عدم الشيء جائزة بتلفه بسببه لا بسبب غيره ... الصانع هو بائع منفعته من غيره ....وقيل: المنتصب لبيع صنعته بمحله وهذا يصلح أن يكون تعريفا للصانع الضامن "(الرصاع، 1993م).

فالعلاقة بين المعنيين اللغوي والاصطلاحي متلازمة فكلاهما دلّ في أحد وجوهه على فكرة الغرامة تعويضاً.

ثالثاً: حكم هذا الشرط وأثره على العقد:

وقبل الخوض في بيان التوصيف الشرعي لهذه الصيغة من الاستثمار حريٌّ بنا أن نبيّن المقصود بهذه الصيغة حتى لا تلتبس بصيغة القرض؛ إذ قد يتبادر للذهن من أن رب المال يشترط على شريكه المضارب أن يضمن هذا الشريك مال المضارب أن هذه صيغة قرض؛ إذ أن هذا الفهم يجعل من هذا الاستثمار استثمار بالربا إذ يظهر فيه أنه قرض جر فائدة للمقرض.

في حين أن المقصود بهذه الصيغة هي اشتراط الضمان حال التلف والضياع لا في كل الأحوال كالقرض؛ فيلتزم عندها المضارب برد مثل الهالك إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً وإلا "لتحوّل الأمناء عند اشتراط الضمان عليهم إلى مقترضين وذلك امر لا سبيل إلى قبوله شرعاً لما فيه من تفريغ عقود الأمانة من مضمونها وتعريتها عن حقيقتها، والتوسل بها على القروض الربوية". "(حماد، 2001م).

فما المقصود بتضمين المضارب بالشرط في هذه الصيغة؟

إذا افترضنا أن المصرف الإسلامي هو الشريك المضارب في مقابل أرباب الأموال؛ فإن المقصود بالمسألة أن يتعهد المصرف الإسلامي بضمان رأس المال ورد قيمة الوديعة الاستثمارية كاملة حالة خسارة المشروع. (شبير، 2007م).

وبعد تصور واقع هذا الشرط وتجسيد حقيقته تبين أن دراسة هذه المسألة تقوم على رسم وتحديد مفهومي: الأجير الخاص والأجير المشترك[xiii]؛ ليتسنى ابتناء التوصيف الشرعي المناسب للمسألة؛ إذ بالنظر في مناط المسألة تبين أن المصرف في هذه عملية المضاربة المشتركة (الجماعية) بوصفه مضارباً من جهة ورب مال من جهة أخرى قد اشترك مع الواقعين (الخاص والمشترك)، الأمر الذي استدعى بيان حقيقة المفهومين؛ وعليه:

1- سنداً لما قدمناه من بيان لمفهوم وواقع المضاربة المشاركة؛ يتبين أن لها أطراف ثلاثة:

- الطرف الأول: المستثمر الذي يدفع ماله للمصرف بوصفه رب للمال والمصرف مضارب.
- الطرف الثاني: المصرف الذي يتسلم المال من المستثمرين بوصفه شريكاً مضارباً لهم، ويدفعه للتجار والصناع وغيرهم بوصف رب مال والتجار والصناع شركاء مضاربون .
- الطرف الثالث: التجار الذين يتسلمون المال من المصرف بوصفهم مضاربين.

فكأن المصرف وفق هذا التوصيف أصبح يلعب دور الوسيط (السمسار) أكثر منه دور الشريك المضارب[xiv]، إذ يقترب عمله من صيغة : المضارب يضارب أو الصانع يصانع أو المؤجر يؤجر؛ فهو وسيط بين طرفي المعادلة (العقد أياً كان) بما يملكه من معلومات عن السوق فهو يوفر بيئة عمل واستثمار مناسبة لرواد هذا المضمار؛ وقريب من هذا عمل المصرف وفق صيغة المضاربة المشتركة[xv].

ومع هذا فأن للمعاصرين في توصيف المصرف وفق هذه الصيغة آراء ثلاثة :

أ. أن المصرف مضارب مضاربة مطلقة؛ وذلك في مقابل المستثمرين، فهو يأخذ هذه الأموال ويقوم بدفعها مضاربة لمن يتجر بها استثماراً سندا للإذن الذي تحصل عليه من المستثمرين. (شبير، 2007م).

ب. أن المصرف وكيلاً بالاستثمار عن المستثمرين، فهو ليس عنصرا اساسياً في عقد المضاربة؛ إذ هو وكيل عن أصحاب المال.(الصدر، 1994م).

ج. أن للمصرف صفة مزدوجة مضارب من جهة ورب مال من جهة. (حمود 1982م).

مع التنبيه أن هذه الدراسة لن تتناول مسألة إذن رب المال من عدمه والخلاف الفقهي فيه؛ إذ الخلاف الفقهي فيه بين منحصر بين التفويض والتصريح وعلى كلا الحالين فإنه بالمضاربة المشترك فإن المصرف يضع ذلك شرطاً يوفع العميل عليه في عقد الاستثمار وفق صيغة المضاربة المشتركة. فالمصرف يمتلك الإذن الشرعي الذي يسمح له في الاستثمار وفق هذه الصيغة.

فما الموقف الفقهي للمصرف في هذه الصيغة، وما التكييف الشرعي له حينها فتأسيساً على ما تقدم فإن للفقهاء في هذه المسألة أقوال ثلاثة:

القول الأول: أن هذا الاشتراط باطل لمنافته لمقتضى العقد؛ إذ عقد المضاربة عقد تجاري قابل للربح والخسارة، والاشتراط على المضارب الضمان – وهو الأمين – مناف لمقتضاه؛ إلى هذا الرأي ذهب الجمهور من الحنفية (ابن نجيم الحنفي)، والمالكية (القاضي عبد الوهاب)، والشافعية (الدميري، 2004م)، والحنابلة (المرداوي).

قال (ابن عابدين من الحنفية، 1386هـ: 68/6): "اشتراط الضمان على الأمين باطل".

وقال (القاضي عبد الوهاب من المالكية، 1999، 646/2-647): "إذا شرط رب المال على العامل الضمان فالقراض فاسد، ....؛ فدليلنا أن القراض عقد غرر مجوز مستثنى من الأصول، فلم يجز فيه إلا قدر ما ورد به الشرع، ولأن موضوعه على الأمانة، فإذا شرط فيها الضمان فقد عقد على خلاف موضوعه فوجب أن يفسد، أصله الصرف إذا شرط فيه ترك القبض، ولأن القراض موضوع على التساوي، فإذا شرط الضمان فذلك زيادة لا يقتضيها العقد، فوجب فساده كما لو شرط ربحا معلوما".

وقال (الماوردي من الشافعية، 1999م: 253/6): "ولأن للعقود أصولا مقدرة وأحكامها معتبرة لا تغيرها الشروط عن أحكامها في شرط سقوط الضمان وإيجابه كالودائع والشركة لما كانت غير مضمونة كالعقود لا تعتبر مضمونة بالشروط والقروض والعواري لما كانت مضمونة بالعقد لم يسقط الضمان بالشرط".

ومن الحنابلة نورد قول (البهوتي، 1996م: 293/2): "ويلغو شرط عدم ضمانها أي العارية كالغاء شرط ضمان أمانة كوديعة لأن مقتضى العقد في العارية الضمان وفي الأمانة عدمه فإذا شرط خلافه فسد لمنافاته مقتضي العقد".

وبتتبع أقوال الفقهاء السابقة نجد أن مبنى المنع عندهم يقوم على نظرية عدم ضمان يد الأمانة، وأن تضمينها بالشرط ينافي مقتضى العقد، وعليه فاستقر رأيهم على المنع.

وبهذا أخذت نصت المعايير الشرعية(هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، 2010م: المعيار رقم (45) حماية رأس المال والاستثمارات فقرة فقرة 4/3) على أن: "يد مدير الاستثمار على المال يد أمانة ولا يضمن رأس المال إلا في حال تعديه أو تقصيره أو مخالفته الشروط". ونصّت (في المعيار رقم (45) حماية رأس المال والاستثمارات فقرة فقرة 6/3) على أنه: "لا يجوز في عقد الاستثمار أن يتحمل المدير ضمان المال مطلقاً أي في غير حالات التعدي أو التقصير أو مخالفة الشروط "، بل أكدت عدم جواز تضمينه بالشرط حيث نصت (في المعايير الشرعية المعيار رقم (5) الضمان فقرة 1/2/2) على أنه: "لا يجوز اشتراط الضمان على المضارب أو وكيل الاستثمار أو أحد الشركاء سواء كان الضمان للأصل أو للربح".

القول الثاني: إذا اشترط الضمان على الأمين لأمر خافه صاحب العين من طريق مَخُوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك، فيلزم الشرط إن تلفت لهذا السبب ويلزم الضمان، بخلاف ما تلفت بأي سبب آخر غير ما نص عليه رب المال من هذه، وبه قال مطرف من المالكية[xvi](ابن رشد، 1998م: 334/15)؛ حيث قال: "إن كان شرط عليه الضمان لأمر خاف من طريق مخوفة أو نهر أو لصوص أو ما أشبه ذلك فالشرط لازم إن عطبت في الأمر الذي خافه واشترط الضمان من أجله".

ولم أقف على سبب هذا الاستثناء تصريحاً في تلك المصادر التي نقلت هذا الحكم عن مطرف – رحمه الله – غير أني كأني به غلب مصلحة صاحب المال فيما لم يضيق فيه على الشريك المضارب؛ إذ لم يمنعه من كل الطرق ولا أغلبها ولا من كل الأنهر ولا أغلبها؛ بل باستثناء لا يحد من إرادة المضارب العقدية ولا من نشاطه التجاري، والله أعلم.

القول الثالث: ذهب فريق من العلماء إلى القول بصحة هذا الشرط ولزومه، وإليه ذهب قتادة والعنبري وداود الظاهري وعثمان البتي (البدر العيني، 2000م. القاضي عبد الوهاب، 2009م. النووي مع تكملة السبكي والمطيعي. الماوردي، 1999م. ابن

قدامة ، 1405هـــ. ابن حزم)، ورأي عند الحنفية (ابن نجيم، 1999م)، والمالكية في إحدى الروايتين(ابن الحاجب، 2000م) ، ورواية عن الإمام أحمد(المروزي، 2002م. المرداوي. ابن قدامة، 14905هـــ)؛ حيث قالوا: إذا اشترط المعير على المستعير الضمان، صارت مضمونة عليه بالشرط، وإن لم يشترط الضمان عليه لم يضمن.

فقد روي عن قتادة؛ في ضمان العارية أنه قال: "أنها لا تضمن إلا أن يشترط ضمانها فيجب"(ابن قدامة، 1405هـــ). وفي لفظ آخر أنه قال: "أن المعير إن شرط الضمان في العارية، فهي مضمونة، وإن لم يشترط فليس بشيء"(ابن المنذر، 2004م).

المناقشة والترجيح:

يتضح مما سبق أن المسألة موضع اختلاف لا موضع اتفاق مع أن الأغلب على المنع ولعلي من خلال تتبع الآراء أجد أن البحث منصب حول موافقة أو منافاة مقصود العقد ومقتضاه؛ الأمر الذي يفتح الباب أمام من ذهب برأيه مخالفاً الجمهور ومستنداً في ذلك إلى ما أقره الشرع من مقتضى المصلحة فغلب مصلحة على مصلحة بناء على أن ما كان مصلحة في عرف ذاك الزمان الذي قال به الجمهور بالمنع فلا يعد مصلحة في هذا الزمان الذي تطور وتسارع بشكل ملحوظ حتى أصبح المال الركيزة الأساسية للحياة المجتمعية والاستثمار عبر جملة من الصيغ الاستثمارية والتمويلية والتي من بينها المضاربة والمضاربة المشترك يعدّ عصب العمل التجاري وعصب الصناعة المالية الإسلامية.

في ضوء ما تقدم؛ يتضح أن المقصد الأعظم للمال يندرج تحت المصالح الضرورية، وذلك من حيث الحرص على حفظ هذا المال بشكل عام. وكذلك في سنّ الشارع الحكيم للتشريعات الخاصة والجزئية الكفيلة بحفظ المال – تملكاً واستثماراً وإنفاقاً– يجعل من الصناعة المالية تندرج تحت المصالح الخاصة[xvii] والجزئية[xviii].

وخير شاهد على اعتبار الشرع لمصالح العباد وما يسد حاجات الناس فيسهل الحراك المالي في الأسواق: عقد السلم[xix] فقد شُرِع على خلاف القياس، إذ الأصل عدم جواز بيع المعدوم أو ما ليس عند الإنسان[xx]، غير أنه لحاجة الناس له جاء الشرع بجوازه، فقد قال (ابن قدامة، 1986: 318/4): "ولأن بالناس حاجة إليه؛ لأن أرباب الزرع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكتمل، وقد تعوزهم النفقة؛ فجوز لهم السلم ليرتفقوا ويرتفق المسلم بالاسترخاص"..

فلم يكن القول حديثا بالجواز وصحة العقد المتضمن لشرط الضمان بدعاً من القول لوجود من قال به سابقاً كما أظهر تتبع أقوال الفقهاء آنفاً ومن جهة أخرى لابتناء المسألة على المصلحة ومقصود الشارع من الحفاظ المال واستثماره؛ فمما قرره أهل العلم أنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان أو المكان بل إن ابن عابدين رحمه الله عدّ ذلك واجباً وإلا للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة، حيث قال (ابن عابدين): "اعلم ان المسائل الفقهية إما ان تكون ثابتة بصريح النص ...، وإما ان تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأي، **وكثير منها ما يبينه المجتهد على ما كان في عرف زمانه بحيث لو كان في زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قاله أولاً**، ولذا قالوا في شروط الاجتهاد أنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس، فكثير من الاحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد اهل الزمان، **بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه؛ أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ودفع الضرر والفساد. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص 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).**

ومما يعضد ما ذهب إليه القائلون بهذا الرأي غير ما ذكرنا ومبنيٌ على النظرة المقاصدية ما يلي:

أولاً: عدم قيام الدليل على أن يد الأمانة لا تضن بالشرط من جهة أو لا تضمن إلا في حالتي التعدي والتقصير(حماد، 2001م). مع العلم أن مناط التحليل في العقود ونشأتها هو التراضي.

قال (ابن تيمية، 1399هـــ: 203) في توصيف هذه القاعدة في التشريعات: "فإن الأصل في العقود رضا المتعاقدين، وموجبها هو ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد؛ لأن الله قال في كتابه العزيز: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ [النساء: 29]، وقال: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيئًا مَرِيئًا﴾ [النساء: 4]، فعلق جواز الأكل بطيب النفس تعليق الجزاء بشرطه، فدل على أنه سبب له، وهو حكم معلق على وصف مشتق مناسب. فدل على أن ذلك الوصف سبب لذلك الحكم. وإذا كان طيب النفس هو المبيح لأكل الصداق، فكذلك سائر التبرعات، قياسا عليه بالعلة المنصوصة التي دل عليها القرآن. وكذلك قوله: ﴿ إِلَّا أَنْ تَكُونَ

تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29] ، لم يشترط في التجارة إلا التراضي، وذلك يقتضي أن التراضي هو المبيح للتجارة. وإذا كان كذلك فإذا تراضى المتعاقدان بتجارة أو طابت نفس المتبرع بتبرع، ثبت حله بدلالة القرآن، إلا أن يتضمن ما حرمه الله ورسوله، كالتجارة في الخمر ونحو ذلك".

والتضمين بالشرط ما هو إلا بتراضي المتعاقدين وتبرع من المضارب.

ثانياً ما جاء في حديث: أمية بن صفوان عن أبيه أن رسول الله ﷺ استعار منه يوم حنين أدراعاً " فقال: أغصباً يا محمد؟ فقال: " **بل عارية مضمونة**"[xxi].والأصل أن يد المستعير يد أمانة وهنا قد اشترط على نفسه ﷺ الضمان، فلو لم يكن تضمين يد الأمانة بالشرط جائز لما فعله ﷺ.

يوضح ذلك ما قاله (الصنعاني، 1960م: 68/3): "فإن وصفها بمضمونة يحتمل أنها صفة موضحة وأن المراد من شأنها الضمان فيدل على ضمانها مطلقا ويحتمل أنها صفة للتقييد وهو الأظهر لأنها تأسيس ولأنها كثيرة ثم ظاهره أن المراد عارية قد ضمناها لك وحينئذ يحتمل أن يلزم ويحتمل أنه غير لازم بل كالوعد وهو بعيد فيتم الدليل بالحديث للقائل إنها تضمن وهو الأظهر بالتضمين إما بطلب صاحبها له أو بتبرع المستعير".

قال (الشوكاني، 1416هـ: 181/2): "إن العارية لا تُضمن إلاّ بأحد أمور ثلاثة: الأول: التعدي· والثاني: الاستهلاك· والثالث: اشتراط الضمان، لما في حديث صفوان، وإن كان فيه مقال، فهو لا يقصر عن الانتهاض للاحتجاج به، ولا سيّما إذا كان شارط الضمان هو المستعير على نفسه، فإنه ألزم نفسه باختياره، وكذلك إذا كان الشارط المعير ورضي المستعير، فإنه رضي بإلزام نفسه".

ثالثاً: الأصل في الشروط اعتبارها والأصل في المعاملات الإباحة والأصل في العقود الحل والإباحة(السرخسي. الكاساني، 1986م. ابن أمير الحاج، 1983م. التسولي، 1998م. الهيتمي. البهوتي، 1996م. ابن مفلح، 2003م. ابن تيمية، 1399م. ابن قيم الجوزية، 1968م.).

وهذا الشرط من هذا القبيل ومن هنا أسس ابن تيمية رحمه الله قاعدة في بابل التشريعات الخاصة بالمعاملات بين الناس؛ حيث قال: "إن ما احتيج إلى بيعه فإنه يُوَسَّعُ فيه ما لا يُوَسَّعُ في غيره؛ فيبيحه الشارع للحاجة، مع قيام السبب الخاص"(ابن تيمية، 2005م).

رابعاً: تكييفات من قال به من المعاصرين (أبو الهول، 2012م. حسن، 2011م):

التكييف الأول: التبرع بالضمان من جانب المصرف:

ذهب إلى هذا التكييف (باقر الصدر، 1994م: 22-23) بوصف المصرف وسيطاً بين المستثمرين والتجار؛ الأمر الذي نحى بالمصرف للخروج عن حقيقته كمضارب إلى وصفه وسيطاً تجارياً؛ مما يوفر للمودعين الدافع للإيداع وعدم الالتفات إلى المصارف التجارية.

ويؤخذ على هذا التكييف أنه:

أ- إن كان المصرف متبرعاً قبل العقد، فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً؛ فلا يخرج عن كونه ضمان بالشرط.
ب- إن كان المصرف تطوع بعد العقد فهذا ما نص عليه المالكية ويبقى المصرف على توصيفه بأنه مضارب.

التكييف الثاني: المصرف أجير مشترك:

وممن ذهب إلى القول بذلك رائد نظرية تطوير الأعمال المصرفية سامي حمود رحمه الله حيث خرج المسألة على ما قال به صاحبا أبي حنيفة (العيني، 2000) والمالكية في المشهور عندهم (القاضي عبد الوهاب، 1999م. التسولي، 1998م) والشافعي في قول (الماوردي، 1999م) وأحمد في رواية(المرداوي).

واستدلوا ب: ما روي عن عمر وعلي – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا – أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك[xxii]. وعن علي ﷺ" أنه كان يضمن الصباغ والصائغ وقال: لا يصلح للناس إلا ذلك"(الشاطبي، 2008م: 18/3).

وروي عن خلاس عن على – رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ – أنه كان يضمن الأجير.

بل نقل ذلك الشاطبي عن الخلفاء الراشدين معللاً ذلك بالمصلحة حيث قال (الشاطبي، 2008م: 18/3): "إن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قضوا بتضمين الصناع. قال علي ﷺ: لا يصلح الناس إلا ذاك. ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصناع، وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط، وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا عند دعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة في التضمين، هذا معنى قوله: لا يصلح الناس إلا ذاك"[xxiii].

وقد نقل عن أعلام المذاهب القول بتضمين يد الأمانة أذكر منها هنا:

1- مما أثر من كلام الحنفية في ضمان المستعير بالشرط قول (الزيلعي، 1313هـ: 85/5): "والعارية إذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية".

وما يشير إلى رواية التضمين بالشرط – عند الحنفية – ما ذكره (ابن نجيم، 1999م: 85)؛ حيث قال: "... ورد عليّ سؤال فيمن آجر مطبخا لطبخ السكر وفيه فخار، أذن للمستأجر في استعمالها فتلف ذلك، وقد جرى العرف في المطابخ بضمانها على المستأجر. فأجبت بأن المعروف كالمشروط فصار كأنه صرح بضمانها عليه. والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا في رواية، ذكره الزيلعي في العارية وجزم به في الجوهرة ولم يقل في رواية، لكن نقل بعده فروع البزازية عن الينابيع"(الحموي، 1985).

2- ومن نصوص المالكية في ذلك ما أوضحه ابن الحاجب من أنها إحدى الروايتين عند المالكية حيث قال (ابن الحاجب، 2000م :408): "الضمان: إن كانت مما لا يغاب عليه لم يضمن إلا أن يظهر كذبه، وإن كانت مما يغاب عليه ضمن إلا ببينة على تلفه. وقال أشهب: ولو قامت. وما علم أنه بغير سببه كالسوس في الثوب – يحلف أنه ما أراد فسادا ويبرأ، وإذا اشترط إسقاط الضمان فيما يضمن، أو إثباته فيما لا يضمن – ففي إفادته: قولان".

و"نقل ابن عتاب عن شيخه أبي المطرف بن بشر: أنه أملى عقدًا بدفع الوصي مال السفيه قراضا إلى أجل على جزء معلوم، وأن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك، ونصره بحجج بسطها وأدلة قررها ومسائل استدل بها، وقال بقوله فيها، واعترض غيره من الشيوخ ذلك وأنكره، وقال التزامه غير جائزوفي سماع ابن القاسم ما يؤيد صحة قوله" وفى سماع ابن القاسم ما يشهد لصحة الاعتراض على ابن بشر وفى رسم الجواب" (الونشريسي. منجور).

وموضع الشاهد فيه قوله (منجور: 413/1): "وأن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه" إشارة إلى أن التطوع تم عند العقد لا بعده كما هو منصوص في أصول المالكية على الجواز ما دام بعد العقد".

3- ومن نصوص الحنابلة: ما نقل عن سفيان: كل شيء، أصله ضمان فاشترط: أن ليس عليه ضمان: فهو ضامن. قال أحمد: إذا اشترط له فالمسلمون عند شروطهم، قال إسحاق: كما قال أحمد؛ ألا ترى أن أنس بن مالك بعد ما ضَمَّنه عمرُ الوديعةَ، كان لا يأخذ بضاعة إلا يشترط أنه بريء من الضمن". (المروزي، 2002م: 6/3012-3013).

ونقل (ابن قدامة، 1405هـ: 311/5) عند الحديث عن ضمان المستأجر للعين ما نصه: "وإن شرطه لم يصح الشرط؛ لأن ما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونا، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه. **وعن أحمد، أنه سئل عن ذلك، فقال: المسلمون على شروطهم. وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه بشرطه؛ لقوله ﷺ: "المسلمون على شروطهم"**[xxiv].

والله أعلم بالصواب

الخاتمة

النتائج:

1- أن صيغ المضاربة المشتركة من الصيغ الفاعلة في الاستثمار.

2- أن المضاربة المشتركة توصف المصرف على أنه أجير مشترك وليس أجيراً خاصاً.

3- أن ضمان المضارب بالشرط مسألة مختلف فيها.

4- أن ضمان المصرف للمال أسلوب تحفيز للاستثمار عبر الصناعة المالية الإسلامية.

التوصيات:

1- تعميق الدراسات حول هذه المسألة من الناحية الشرعية ومن الناحية المحاسبية.

2- تفعيل دور ضمان رأس المال لتحقيق الطمأنينة للمستثمرين.

3- سن التشريعات الكفيلة لحماية الاستثمارات وتنميتها.

المصادر والمراجع:

1. ابن الحاجب، (2000م) جامع الأمهات ط2، بيروت، اليمامة للطباعة والنشر والتوزيع، تحقيق: أبو عبد الرحمن الأخضر الأخضري.
2. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم (1402هـ)؛ الإجماع، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد، دار الدعوة الإسكندرية، ط3، 1402هـ.
3. ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، (2004م)، الإشراف على مذاهب العلماء، ط1، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، مكتبة مكة الثقافية، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد.
4. ابن النجار (1997م)، شرح الكوكب المنير، ط2، الرياض، مكتبة العبيكان، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد.
5. ابن أمير حاج، (1983م)، التقرير والتحبير، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية.
6. ابن تيمية، (1399هـ)، القواعد النوارنية الفقهية، بيروت، دار المعرفة، تحقيق: محمد حامد الفقي.
7. ابن حجر، (1989م)، التلخيص الحبير للحافظ ابن حجر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.
8. ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، بيروت، دار المعرفة، تحقيق: محب الدين الخطيب.
9. ابن حزم، المحلى ، بيروت، دار، الفكر.
10. ابن رشد: أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار الفكر.
11. ابن رشد، أبو الوليد محمد بن رشد القرطبي، (1982م)، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، ط2، بيروت، دار الغرب الإسلامي، تحقيق: محمد حجي وآخرون.
12. ابن شاش، عبد الله بن نجم ، (2003م)، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ط1، بيروت، دار الغرب الإسلامي، تحقيق: حميد لحمر.
13. ابن عابدين، محمد أمين (1386هـ) رد المحتار شرح تنوير الأبصار المعروف ب حاشية ابن عابدين، ط:2، بيروت: دار الفكر.
14. ابن قدامة ، الشرح الكبير، على هامشه المغني لابن قدامة المقدسي، القاهرة، مطبعة المنار، تحقيق: محمد رشيد رضا.
15. ابن قدامة، (1405هـ)، المغني، ط1، بيروت، دار الفكر.
16. ابن قيم الجوزية ، (1968م)، إعلام الموقعين عن رب العالمين، القاهرة، مكتبة الكليات الأزهرية، دراسة وتحقيق: طه عبد الرؤوف سعد.
17. ابن كثير، أبو الفداء إسماعيل بن كثير، (1971م)، السيرة النبوية لابن كثير، بيروت، دار المعرفة، تحقيق: مصطفى عبد الواحد.
18. ابن مفلح، (2003م)، الفروع، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي.
19. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن مفلح الحنبلي (1400هـ)، المبدع في شرح المقنع، بيروت، المكتب الإسلامي.
20. ابن منظور، لسان العرب، بيروت، دار صادر.
21. ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، بيروت، دار المعرفة.
22. أبو الهول، محي الدين يعقوب، (2012م) تقييم أعمال البنوك الإسلامية الاستثمارية : دراسة تحليلية مقارنة ، ط1، عمان، دار النفائس.
23. ارشيد، محمد عبد الكريم، (2015م)، مخاطر السمسرة وعلاقتها بالوساطة وتحديد أجور السمسار في الأسواق دراسة فقهية، ط1، عمان، دار النفائس.
24. الأسنوي، (1999م) نهاية السول شرح منهاج الوصول، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.
25. البدوي، يوسف (2000م)، مقاصد الشريعة عند ابن تيمية، ط1، عمان، دار النفائس.
26. بن الضيف، محمد عدنان، (2013م)، مقومات الاستثمار في سوق الأوراق المالية الإسلامية، ط1، عمان، دار النفائس.
27. البهوتي، (1996م)، شرح منتهى الإرادات. بيروت، عالم الكتب.

28. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (1402هـ)، كشاف القناع عن متن الإقناع، بيروت: دار الفكر، تحقيق: هلال مصيلحي مصطفى هلال
29. البيهقي، (1352هـ)، السنن الكبرى للبيهقي ، حيدر أباد الهند، دائرة المعارف العثمانية.
30. التسولي، (1998م)، البهجة في شرح التحفة، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ضبطه وصححه: محمد عبد القادر شاهين.
31. الجعبري، د. محمد طارق محمود، (2012م)، تطور الأحكام الفقهية في القضايا المالية، ط1، ، دار النفائس، عمان.
32. حسن، علي عبد الستار علي (2011م)، الأرباح التجارية من منظور الفقه إسلامي، ط1، عمان، دار النفائس.
33. حماد، نزيه، (2001م)، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، ط1، دمشق، دار القلم.
34. حماد، نزيه، (2008م)، معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ط1، دمشق، دار القلم.
35. حمود، سامي (1982م)، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ط2، عمان، مطبعة الشرق.
36. الحموي، (1985م)، غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.
37. الدارقطني، (2004م) السنن، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة ، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وآخرون.
38. الدردير، أحمد، الشرح الكبير، بيروت، دار الفكر، تعليق : محمد عليش.
39. الدردير، الشرح الصغير ، مكتبة بالحلبيي.
40. الدسوقي، ابن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير على مختصر خليل، بيروت، دار الفكر، تعليق: محمد عليش.
41. الدماغ، جلال، (2012م)، الصكوك الإسلامية ودورها في التنمية الاقتصادية، ط1، عمان، دار الثقافة.
42. الدميري، (2004)، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ط1، جدة، دار المنهاج، تحقيق: لجنة علمية.
43. رسائل ابن عابدين، رسالة نشر العرف. بدون اسم دار النشر ولا الطبعة ولا سنة الطبع
44. الرصاع، ابن عرفة، (1993م)، شرح حدود ابن عرفة الموسوم: الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، بيروت، دار الغرب الإسلامي، تحقيق: محمد أبو الأجفان–والطاهر المعموري.
45. زيدان، عبد الكريم، (1969م)، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مصر–الإسكندرية ، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع.
46. الزيلعي، (1313هـ)، تبيين الحقائق شرح كتر الدقائق ط1، القاهرة، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق.
47. السرخسي، شمس الدين، المبسوط ، بيروت، دار المعرفة.
48. سمحان، حسين محمد (2013م) أسس العمليات المصرفية، ط1، عمان، دار المسيرة.
49. الشاطبي، (1997م)، الموافقات، ط1، دار ابن عفان، تحقيق: أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان.
50. الشاطبي، (2008م)، الاعتصام، ط1، الرياض، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع ، الجزء الذي حققه: هشام بن إسماعيل الصيني.
51. شبير، محمد عثمان، (2007م)، المعاملات المالية المعاصرة، ط6، عمان، دار النفائس.
52. الشربيني، محمد الخطيب، (1415هـ) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، بيروت، دار الفكر، تحقيق : مكتب البحوث والدراسات.
53. الشربيني، محمد الخطيب،مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، بيروت، دار الفكر.
54. الشنقيطي، محمد الأمين(1995م)، أضواء البيان في إيضاح القرآن بالقرآن، بيروت، دار الفكر، مكتب البحوث والدراسات.
55. الشوكاني(1416هـ)، ويل الغمام على شفاء الأُوَام، ط1، مكتبة ابن تيمية القاهرة، ومكتبة العلم جدة، تحقيق: محمد صبحي حسن الحلاق.
56. الشوكاني، محمد بن علي، (1434هـ)، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، ط2، الرياض، دار ابن الجوزي، تحقيق: محمد صبحي حلاق.
57. الصاوي والمصلح، (2005م)، ما لا يسع التاجر جهله، ط1، بيروت، مؤسسة الرسالة.
58. الصدر، محمد الباقر،(1994م)، البنك اللاربوي في الإسلام، بيروت، دار التعارف للمطبوعات.

59. الصنعاني، (1960م) سبل السلام، ط3، القاهرة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي.
60. العاني، قتيبة عبد الرحمن، (2013م) التمويل ووظائفه في البنوك الإسلامية والتجارية: دراسة مقارنة، ط1، عمان، دار النفائس.
61. العبادي، أبو بكر بن علي، (1301هـ)، الجوهرة النيرة شرح مختصر القدوري، باكستان، مكتبة حقانية – ملتان.
62. عمارة، محمد، (1994م)، قاموس المصطلحات الاقتصادية، دار الشروق، 1994م.
63. العيني، بدر الدين، (2000م)، البناية شرح الهداية، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية.
64. الغزالي، (1417هـ) الوسيط في المذهب، ط1، القاهرة، دار السلام، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر.
65. القاضي عبد الوهاب، (1999م)، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، ط1،بيروت، دار ابن حزم، تحقيق: الحبيب بن طاهر.
66. القاضي عبد الوهاب، (2009م)، عُيُونُ المَسَائِل، ط1، بيروت، دار ابن حزم للطباعة والنشر والتوزيع، دراسة وتحقيق: علي محمَّد إبراهيم بورويبة.
67. القاضي عبد الوهاب، المعونة على مذهب عالم المدينة، مكة المكرمة، المكتبة التجارية، تحقيق: حميش عبد الحقّ.
68. القرافي، الفروق ، بيروت، عالم الكتب.
69. القرطبي ، أبو عبد الله، الجامع لأحكام القرآن، القاهرة، دار الشعب.
70. الكاساني، (1968م) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتب العلمية.
71. لابن نجيم (1999م)، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات.
72. لمرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، بيروت، دار إحياء التراث العربي ، تحقيق: محمد حامد الفقي،
73. الماوردي، (1999م)، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي للماوردي، بيروت، دار الكتب العلمية، تحقيق: علي معوض – عادل عبد الموجود، دار الكتب العلمية.
74. مجموع الفتاوى لابن تيمية. تحقيق: أنور الباز وعامر الجزار، دار الوفاء، ط3 ، 2005م
75. المروزي، (2002م)، مسائل الإمام أحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه للمروزي، ط1، المدينة المنورة، دراسة وتحقيق: عمادة البحث العلمي، الجامعة الإسلامية.
76. المعايير الشرعية هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية (2010م) البحرين.
77. المنجور، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب: دراسة وتحقيق: محمد الشيخ محمد الأمين أصل الكتاب: أطروحة دكتوراة (الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، شعبة الفقه)، بإشراف الدكتور: حمد بن حماد بن عبد العزيز الحماد، دار عبد الله الشنقيطي.
78. النكري، القاضي عبد رب النبي بن عبد رب الرسول الأحمد، (2000م) دستور العلماء المعروف بـــــــــ جامع العلوم في اصطلاحات الفنون، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، عرب عباراته الفارسية: حسن هاني فحص.
79. النووي، (1405هـ)، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ط3، بيروت، المكتب الإسلامي.
80. النووي، المجموع شرح المهذب ((مع تكملة السبكي والمطيعي)) بيروت، دار الفكر.
81. الهيتمي، ابن حجر، الفتاوى الكبرى الفقهية، بيروت، دار الفكر.
82. الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب للونشريسي، خرجه جماعة من الفقهاء، بإشراف الدكتور محمد حجي.

(1)–ويتضح المقصود بما يلي:

والالتزام هو كل تصرف يتضمن إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهاءه سواء أكان صادراً من شخص واحد كالوقف والإبراء والطلاق على غير مال، أم من شخصين كالبيع والإجارة والطلاق على مال. ينظر: الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته 436/4.

ويقصد بالتصرف هو: كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب الشارع نتائج حقوقية. أو هو: كل ما صدر عن الشخص بإرادته من قول أو فعل، يرتب عليه الشرع أثراً من الآثار، سواء أكان في صالح ذلك الشخص أم لا. ينظر: زيدان: د. عبد الكريم ، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، دار عمر بن الخطاب للطباعة والنشر والتوزيع، مصر–الإسكندرية، 1969م. الصحيفة رقم 286–285

(1) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى 313/8 كتاب الصلح، حيدر أباد الهند، دائرة المعارف العثمانية، 1352هـ.

(1) أخرجه الدارقطني في السنن24/4، تحقيق: شعيب الأرناؤوط وآخرون، ط:1، مؤسسة الرسالة ، بيروت، 2004م) ، باب: القراض، وقال الشوكاني: إسناده صحيح. ينظر: نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، لمحمد بن علي الشوكاني 375/10 ، تحقيق: محمد صبحي حلاق، ط:2، دار ابن الجوزي ، الرياض،1434هـ.

(1)– ينظر: النووي، روضة الطالبين 124/5، وفيه ما نصه:" ولو قال: قارضتك على أن نصف الربح لي وسكت عن جانب العامل لم يصح على الأصح".

(1)– ينظر: البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، 508/3، وفيه:" وتكفي مباشرته، أي: العمل قبولاً، فلا يعتبر نطق العامل بالقبول كالوكالة".

(1)– وجعل فقهاء المالكية هذه الصورة مضاربة فاسدة، للعامل أجرة مثله. الشرح الصغير للدردير 3/ 686.

(1)– والمراد بها في الاصطلاح الفقهي: يد الحائز للشيء بإذن صاحبه–لا بقصد تملكه– لمصلحة تعود لمالكه، وقد سبق بيانه.

(1)– "وتعني عند الفقهاء: يد الحائز للشيء بدون إذن مالكه (عدوانا) كالغاصب والسارق، أو بإذنه ولكن بقصد تملكه، كالقابض على سوم الشراء والملتقط بنيّة التملك ، وقد سبق بيانه.

(1)– ينظر: الكليات لأبي البقاء ص: 575؛ حيث قال: "وهو عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلِيا، أَو قِيمَته إِن كان قيميا"

(1)– وقد سبق بيان حدودهما في المطلب الأول من المحور الأول.

(1)–السّمسرة كلمة فارسية معرّبة تعني لغة: التوسط بين البائع والمشتري لإمضاء البيع. وتطلق في المصطلح الفقهي على عمل الدلاّل الذي يتوسط بين الناس لإمضاء صفقة تجارية كبيع وإجارة ونحو ذلك. ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ص: 249.

(1)– ينظر للتوسع في هذا التوصيف: ارشيد: محمد عبد الكريم مخاطر 2015م، السمسرة وعلاقتها بالوساطة وتحديد أجور السمسار في الأسواق دراسة فقهية ص: 189–190، دار النفائس، عمان، ط1.

(1)– مطرّف بن عبد الله بن مطرّف بن سليمان بن يسار أبو مصعب، ويقال: أبو عبد الله، اليساري، الهلالي . ينظر: ترجمته في جمهرة تراجم الفقهاء المالكية 1254/3.

1– المقاصد الخاصة: فقد وصفها ابن عاشور بدقة متناهية؛ حيث قال: "هي الكيفيات المقصودة للشارع لتحقيق مقاصد الناس النافعة، أو لحفظ مصالحهم العامة، في تصرفاتهم الخاصه.... ويدخل في ذلك كلّ حكمةٍ رُعيت في تشريع أحكام تصرفات الناس". ينظر: ابن عاشور، مقاصد الشريعة الإسلامية ص:415.

1– يقصد بالمصالح الجزئية: ما يقصده الشارع من خطابه من حكم تكليفي: (إيجاب أو تحريم أو ندب أو كراهة أو إباحة.....). ينظر: البدوي: يوسف مقاصد الشريعة عند ابن تيمية ص: 130، دار النفائس، عمان، ط1، 2000م.

2– السلم لغة: يُطلقُ في اللغة على عدة معانٍ منها: السلف. لسان العرب لابن منظور مادة (س ل م). واصطلاحاً: "السلم: شراءُ آجلٍ بعاجلٍ". ينظر: ابن عابدين الحاشية 209/5.

1– فقد أخرج الترمذي في سننه حديث رقم (1234). وأبو داوود في سننه حديث رقم (3504)،والنسائي في سننه حديث رقم (4631) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: "... ولا بيع ما ليس عندك". وقال الترمذي بإثره: وهذا حديث حسنٌ صحيحٌ.

(1)- أخرجه أبو داود في سننه برقم (3562) 318/2، في كتاب الإجارة، باب: تضمين العارية. وأشار الحافظ إلى تحسين ابن حزم له في التلخيص الحبير 3/ 127، دار الكتب العلمية، ط1، 1989م حبث قال: ". وأعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث زاد ابن حزم: أن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية يعني الذي رواه أبو داود".

(1)-قال البدر العيني في البناية شرح الهداية 10/ 312: "والمتاع أمانة في يده، فإن هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة - رَحِمَهُ اللَّهُ -، وهو قول زفر - رَحِمَهُ اللَّهُ ... ويضمنه عندهما.. إلا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر "

(1)- ينظر تمام تخريج الأقوال عن عمرﷺوعليﷺ في التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير لابن حجر 3/ 147.

(1)- الحديث أخرجه أبو داود في سننه برقم(3594) 304/3 في كتاب الأقضية، باب: في الصلح، الترمذي في جامعه برقم (1352) في كتاب الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله ﷺ في الصلح بين الناس، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.