

# تفعيل آليات ضمان المضارب والمشارك

## في ضوء مقصد حفظ المال

د/ حسام الدين الصيفي<sup>1</sup>

محمد غالب دخني<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> استاذ مشارك في الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا

<sup>2</sup> طالب دكتوراه، في الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا

## الملخص.

من مقاصد الشريعة مبدء حفظ المال وعدم إتلافه، لأن به قوام الحياة، ومع أنه مقصد إسلامي فهو أيضا فطرة بشرية، ولهذا فقد اشتمل الدين الإسلامي العديد من التشريعات التي تؤسس أحكاما كثيرة تقصد كلها إلى تحقيق حفظ المال، وبعد ما أحجمت كثير من البنوك الإسلامية عن تطبيق منتج المضاربة أو المشاركة لعدم ضمان رأس المال فقد ظهرت إلى الساحة دعوات لابتكار أساليب متعددة لحفظ المال وحمايته من الضياع، ولهذا ينوي الباحثان في هذا المبحث أن يتطرقا إلى مسألة في غاية الأهمية بالنسبة لسير العملية الاستثمارية في المصارف الإسلامية، وهي مسألة تفعيل الضمان سواء من المضارب أو الشريك، وهذه المسألة مما اختلفت فيه آراء الباحثين المعاصرين، منهم من ركز الجانب الاقتصادي ومتطلباته المعاصرة فاتجه إلى إيجاب ضمان المضارب المشترك قياسا على الأجير المشترك، وأما المعارضون لمسألة التضمين فقد بنوا رأيهم على النظرة الفقهية التي تقوم على قاعدة الغنم بالغرم قائلين أن المضارب أو المشارك لا يضمن إلا أن يكون ذلك بالتعدي أو بالتقصير، وبناء على هذا، جاء هذا البحث محاولة لتفعيل آليات ضمان المضارب أو المشارك لتكون هذه المنتجات من الصيغ المعتمدة عند البنوك الإسلامية، ولأجل تناول الموضوع بالدراسة والتحليل .

الكلمات المفتاحية: تفعيل، الضمان، المضاربة، المشاركة، البنوك الإسلامية.

## المقدمة

المبحث الأول: القائلون بضمان المضارب والمشارك

المبحث الثاني: المانعون من الضمان

المبحث الثالث : مناقشة أدلة الفريقين.

المبحث الرابع: مدى إمكانية تطوع المضارب أو الشريك بالضمان

## المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، وبعد فإن الناظر لتعاليم الإسلام يستشعر بأن الإسلام قد أعطى المال قيمة عظيمة ومكانة مرموقة وجعله جيلة بشرية حتى قال: ﴿وَإِنَّهُ لِحُبِّ الْخَيْرِ لَشَدِيدٌ﴾ [العاديات: 8]، وقد وردت أدلة كثيرة تنادي إلى تحقيق مقصد حفظ المال ليقوم بدوره في تنمية الحياة البشرية من جهات مختلفة، فمثلا حفظ بالاستثمار والكسب ليزداد المال نماء، وحفظ أيضا بصيانتته من التلف والتعدي والترف، وحفظ من الغصب بإثبات الملكية، وعند اجتماع هذه العناصر يكون المال عاملا أساسيا من العوامل الناهضة بالإنسان<sup>3</sup>، وقد تناول فقهاء الإسلام أهمية حفظ المال حتى ابتكروا أساليب وحيلا تعنى بحفظ المال، وعلى هذا، فقد اعتمدت البنوك الإسلامية بنسبة ملحوظة على صيغة المراجعة للامر بالشراء وابتعدت عن الصيغ الأخرى من المضاربة والمشاركة والتي إن طبقت لساهمت كثيرا في حل العديد من المشكلات الاقتصادية الحالية من التضخم والاحتكار وسوء توزيع الثروات ولكانت لها تعزيزا لأداء مهامها في تنمية الأنشطة الاقتصادية على الصعيد المحلي والإقليمي والدولي، وما ذاك إلا لتدني مخاطر المراجعة مقارنة بالصيغ الأخرى لأن الخسارة لا يتحملها إلا صاحب المال ولا تقع الخسارة على المضارب ما لم يثبا إهماله، وهذا من الصعوبة بمكان.

<sup>3</sup> انظر بتصرف: عبد المجيد النجار، مقاصد الشريعة بأبعاد جديدة، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط2، 2008)، ص

## المبحث الأول: القائلون بتضمين المضارب أو المشارك

أصحاب هذا الاتجاه يرون أن العمل الاقتصادي قد قفز قفزة نوعية في جميع الجوانب مما يتطلب إيجاد حلول تتناسب مع عجلة الاقتصاد المتجدد يوماً وعدم الجمود عند بعض آراء الفقهاء، وهذا من علامات صلاحية الشريعة لكل زمان ومكان.

وبادئ ذي أمر، فرقوا بين المضاربة الخاصة والمضاربة المشتركة، وذكروا أنه مما تميز به المضاربة المشتركة عن المضاربة الخاصة مسألة اشتراط الضمان، حيث تعتبر من المسائل الهامة بالنسبة للمضارب المشترك، وهذا من العناصر الدافعة التي تشجع المستثمرين على استثمار أموالهم لدى شركات الحوالة والصرف الصومالية، بناء على ما أفتى بعض الفقهاء مثل قتادة وعثمان البتي، وداوود الظاهري، وأحمد في رواية عنه، والمالكية في غير المشهور، والحنفية في المرجوح، وهو المذهب الذي رجحه الشوكاني من المتأخرين، حيث قال: إن الأمين قد رضي لنفسه بذلك التزام ما لم يكن يلزمه واختاره، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد والمسلمون على شروطهم<sup>4</sup>، على غرار تضمين الأجير المشتر الذي نادى به بعض الفقهاء مثل أبي يوسف ومحمد حيث قالوا: إن الأجير المشترك يضمن إلا إذا هلك الشيء بأمر لا يمكن التحرز عنه<sup>5</sup>.

واستدلوا كذلك كلام ابن قدامة في المغني نقلاً عن أحمد حيث سئل عن شرط ضمان ما لا يجب ضمانه، هل يصيره الشرط مضموناً؟ فقال: المسلمون على شروطهم، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه، ووجوبه عند شرطه، لقوله صلى الله عليه وسلم: المسلمون على شروطهم

4 نزيه حماد، قضايا فقهية معاصرة في المال والاقتصاد، (بيروت: الدار الشامية، ط1، 1421هـ-2001)

5 حمودة، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص401.

وقال ابن رشد في بداية المجتهد: وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن، وسواء عمل بأجر أو بغير أجر، ويتضمن الصانع قال علي وعمر، وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك<sup>6</sup>، ولكن الفقيه الأصولي أبو إسحاق الشاطبي بين هذه المسألة فقال: "إن الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم قضوا بتضمن الصانع. قال علي رضي الله عنه: لا يصلح الناس إلا ذاك، ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصانع، 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 التضمن، هذا معنى قوله: لا يصلح الناس إلا (ذاك)"<sup>7</sup>.

وتمتاز النظرة الفقهية التي نادى بها المالكية في مسألة تضمين الأجير المشترك بواقعيتها وصلاحيتها لحفظ أموال الناس، وإذا كان هذا هو حال الأجير المشترك وهو أقل شأنًا من المضارب المشترك من جهة التفريط، فإن المضارب المشترك لا يقل شأنًا عنه، حيث تدخل تحت إرادته أموال ضخمة ويقوم باستثمارها، وبالتالي فلو لم يكن ضامنًا لهذه الأموال ربما يؤدي به الحال جريًا وراء الربح الوهمي إلى مغامرات ومخاطر لا تحمد عقبها وربما تؤدي إلى ضياع وخسارة الأموال بل وفقدان الثقة العامة مما يمكن أن يتحول حجر عثرة أمام المستثمرين الجدد.

وعلى هذا يمكن تلخيص وجهات النظر القائلين بالتضمن والأسس التي اعتمد عليها القائلون على ما يأتي:

(أ) أن ضمان رأس المال يكون على أساس تبرع البنك أو الشركة لأصحاب الأموال، ولا إشكال فيها مادام قد حصل هذا الضمان من باب التبرع وليس من باب العقد

---

6 محمد بن أحمد الشهير بابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، (القاهرة: دار الحديث، د.ط، 1425هـ - 2004 م) ج4، ص17.

7 إبراهيم بن موسى الشاطبي، الاعتصام، تحقيق: محمد الشقير، سعد آل حميد، هشام الصيني، (المملكة العربية السعودية: دار ابن جوزي للنشر والتوزيع، ط1، 1429هـ - 2008م) ج3، ص18.

ب) إن ضمان البنك لرأس مال المضاربة يستند إلى قياس المضاربة المشتركة على الأجير المشترك، حيث لاحظوا أن الشركة باعتبارها المضارب المشترك تضمن كما يضمن الأجير المشترك.

ج) وذهب الرأي الثالث إلى أنه يجوز للبنك أن يتعهد بضمان رأس المال على أساس التكافل التعاوني بين المستثمرين من خلال إنشاء صندوق تكافلي يمول باقتطاع جزء من أرباح المضاربة لمواجهة مخاطر الاستثمار.

### المبحث الثاني: المانعون بالتضمين

يرى أصحاب هذا القول بأن هذا الاشتراط بالتضمين باطل لمنافاته لمقتضى العقد، وهو قول الجمهور من الحنفية، والشافعية، والمالكية، والحنابلة في المعتمد المشهور من مذاهبهم<sup>8</sup> ، وعلى هذا قعدوا القواعد الفقهية: حيث قالوا: اشتراط الضمان على الأمين باطل<sup>9</sup> ، وقال القاضي عبد الوهاب: لأن أصل العقد موضوع على الأمانة، فإذا شرط فيه الضمان، فذلك خلاف موجب أصله، والعقد إذا ضامه شرط يخالف موجب أصله أوجب بطلانه<sup>10</sup>

وأصحاب هذا الرأي شيدوا أساسهم على قاعدة " الغنم بالغرم" معلنين ذلك بأن ميزان الحق والعدالة يوجب عدم تضمين المضارب عند الخسارة، وهذا من الفروق الأساسية بين عقد المضاربة والقرض، حيث أن صاحب القرض لما كان لا يشارك شيئاً من أرباح المدين كانت أمواله مضمونة مهما كانت الظروف والأحوال، ولكن صاحب المال في المضاربة مادام يشارك في الربح فمن الطبيعي أن يشارك في تحمل الخسارة، لأن الميزان الإسلامي له كفتان متعادلتان، فلا يمكن أن يعطى الربح لشخص مع أنه لا يشترك في الخسارة<sup>11</sup> ،

---

8 نزيه حماد، ص 399.

9 السرخسي، المبسوط، ص 157.

10 نزيه حماد، قضايا معاصرة في المال والاقتصاد، ص 399.

11 القره داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص 239.

## المبحث الثالث : مناقشتهم لأدلة المجيزين

أصحاب هذا الاتجاه يرون بأن المجيزين قد أجازوا التضمين بناء على أمرين:

- (1) قياس المضارب المشترك على الأجير المشترك
- (2) الاستناد على نقل لابن رشد فهم منه ضمان المضارب الخاص الذي يدفع المال لمضارب آخر
- (3) وفيما يلي أهم الردود التي ردوا بها<sup>12</sup> في المسألة الأولى:

**أولاً:** أن ضمان الأجير المشترك (المقيس عليه) ليس متفقا عليه بين الفقهاء، بل هو مختلف فيه وأضافوا أن من المقرر في أصول الفقه إن القياس إنما يكون معتبرا إذا كان حكم المقيس عليه ثابتا بنص أو إجماع، وهنا فالمقيس عليه (ضمان الأجير) لم يثبت حكمه لا بنص ولا إجماع، وإنما هو قول لبعض الفقهاء خالفهم الآخرون.

**ثانياً:** ذكروا أن طبيعة عمل المضاربة يختلف عن الإجارة معتمدين على الفروق التي ذكرها ابن تيمية حيث قال: " أن المقصود في الإجارة - هو العمل - أو المنفعة فقط، وأما المقصود بالمضاربة هو ما يتولد من اجتماع المنفعتين ( أي المال والعمل) ، بحيث إذا حصل نماء اشتركا فيه، وإن لم يحصل نماء ذهب على كل منهما منفعتيه، فيشتركان في المغنم والمغرم كسائر المشتركين في نماء الأصول التي لهم إلى أن قال " وهذا جنس من التصرفات يخالف في حقيقته ومقصوده وحكمه الإجارة المحضة، وما فيه من شوب المعاوضة من جنس ما في الشركة من شوب المعاوضة<sup>13</sup>.

12 المرجع السابق ص 241.

13 أحمد بن عبد الحلیم، الفتاوى الكبرى لابن تيمية، ( د.م: دار الكتب العلمية، ط1، 1408هـ - 1987م) ج4، ص60.

1) **ثالثا:** أن هذا المصطلح -المضارب المشترك- لم يعهد في الفقه الإسلامي على الرغم من أن الفقهاء ذكروا جواز أن يكون المضارب مضاربا لأكثر من شخص ما دام هناك إذن من المضارب الأول في حين لم يشترط الآخرون إذنه، ولذلك أجمعوا على عدم ضمانه إلا في حالات التعدي والتقصير.

**رابعا:** أن سيدنا عليا رحمه الله الذي استند على قوله في ضمان الأجير المشترك قد نقل عنه أنه قال: « لا ضمان على من شورك في الربح».

#### الأمر الثاني: الاستناد على نقل لابن رشد في مسألة الضمان

وهذا هو الأساس الثاني الذي تم اعتماده من قبل المؤيدين ولكن المعارضين قالوا إن النص لا يدل على ذلك وذكروا النص بعينه: «واختلف مالك، والشافعي، وأبو حنيفة، والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال، فقال: هؤلاء كلهم ما عدا مالكا: هو تعد، ويضمن. وقال مالك: ليس بتعد، ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسرا»<sup>14</sup>، وبناء على هذا، فالنص واضح في أن الضمان على المضارب إنما يكون في المسألتين ( خلط أموال المضاربة بأمواله، أو دفع المضارب أمواله لآخر) إذا لم يتم إذن من صاحب المال.

#### مناقشة آراء الفريقين

من خلال الاطلاع على آراء الفريقين ومناقشتهم يبدو للمتعمّن بأن كل واحد منه ركزا جانبا مهما في المسألة، فمثلا المنادون بالتضمنين مثل الأستاذ محمد باقر الصدر في كتابه "البنك اللاروي في الإسلام" وسامي حمود في كتابه "تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية" حاولوا قدر الإمكان إيجاد بدائل شرعية تحل محل المنتجات التقليدية وهم مشكورون في جهودهم وبحوثهم، ولا شك أن النفس البشرية مجبولة بحب الغنم والابتعاد عن الأخطار والمغامرات،

14 ابن رشد، بداية المجتهد، ج 4، ص 23.

وبالتالي ربما تتشوق إلى المنتجات المحرمة التي تضمن لهم رؤوس أموالهم مع الربح، ومن هنا جاء هولاء الباحثون ففتشوا عن الشريعة ليجدوا شئما يعلقون به ما يدور في نواياهم من بدائل شرعية، فوجدوا ضالتهم في الأجير المشترك، ولا يعني ذلك أن هذه المسألة - تضمن الأجير المشترك - متفق عليها بين المذاهب، بل الغالبية العظمى تقف موقفًا سلبيًا من تقرير هذه المسألة، ولكن ربما يرجح المسألة المرجوحة إذا هي أصلح من غيرها بالنسبة للواقع، وهذا ما شجعهم في الماضي قدما في تقرير هذه المسألة وهي حاجة الناس إلى ضمان أموالهم، ولا أدل على هذا من قولهم بأن هذا الزمن قد ضعف فيه الإيمان والثقة مما يعرض أموال الناس إلى الإضاعة وما قد يترتب على ذلك من إحجام الناس عن دفع أموالهم للاستثمار، وهو الأمر الذي يعود على المجتمع كله نتيجة ذلك الإحجام، وفي المقابل، إذا تم بلورة السند القائل بضمان المضارب المشترك على نظير ما هو مقرر بالنسبة لضمان الأجير المشترك، يساعد-ولاشك- على تدعيم أركان المضاربة المشتركة باعتبارها نظاما قادرا على الوقوف موقف الندد أمام التنظيم المصرفي الحديث فيما يقدمه من مزايا للمودعين

وأما الجانب الآخر وهم القائلون بعدم تضمن المضارب المشترك مثل علي القره داغي انطلقوا من الإجماع الفقهي على جواز المضاربة، وعلى أن المضارب أو الشريك لا يضمن إلا عند التعدي والتقصير ومخالفة شروط العقد، ومع هذا أدركوا بأن عدم ضمان رأس المال يعد مشكلة في ظل النظام الربوي الذي تربي عليه الناس منذ عقود، بل قرون عدة، فالذين تعودوا التعامل مع البنوك التقليدية يريدون ضمان أموالهم عندما يدعونها لدى البنوك الإسلامية، وكذلك يسعى بعض المسؤولين عن بعض البنوك الإسلامية لضمان أموالها، وعلى هذا، جاءو بحلول قد تؤدي نفس النتيجة لدى الطرف الآخر وهو ضمان رأس المال،

إلا أنهم لم يصرحوا بل ضمنوا هذا المعنى في اقتراحاتهم آملين أن تؤدي إلى تخفيف المخاطر ، وتوفير نوع من جَوّ الأمان والاطمئنان ، وهي بايجاز شديد كالاتي<sup>15</sup> :

1. الدراسات ، والمعلومات ، والضمانات الكافية . من الرهن ، والكفالة . لحالات التعدي ، او التقصير ، أو مخالفة الشروط .

2. ضمان طرف ثالث . كما صدر بذلك قرار رقم 30(4/3) من مجمع الفقه الإسلامي الدولي حيث نص على أنه : ( 9 . ليس هناك ما يمنع شرعاً من النص في نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ محدد لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بما يسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به، بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد).

3. الوكالة بالاستثمار بالمراجحة بضوابطها الشرعية مع تحديد جهة التعامل وطريقته ، ، فهذه الطريقة لا تؤدي إلى الضمان ، ولكن تقلل فترة تحمل المخاطر .

4. الاعتماد على دراسات الجدوى الاقتصادية في عدم تصديق مدعي الخسارة ، أو عدم تحقيق الربح إلا ببينة ، فهذه الدراسات ليست ضماناً ، ولكنها قرينة قوية تجعل العميل المدعي للخسارة ، او لعدم تحقيق الربح المتوقع حسب الدراسة في محل الشك والريبة ، وحينئذ يكون عليه الاثبات لما يدعيه بالبينة ، إلا إذا كانت هناك أسباب ظاهرة واضحة تدل على تحقيق الخسارة ، أو عدم تحقيق الربح المذكور .

وهذا بعض ما صرح به أصحاب الاتجاه الثاني، ولكن من خلال قراءة متوازنة لاقتراحاتهم لتخفيف تحمل المخاطر يظهر أنهم لا يبتعدون كثيرا عن أصحاب الاتجاه الأول ولكنهم جرأة منهم.

## رأي الباحثان

وبعد الوقوف على آراء الفريقين واتجاهاتهم ومناقشتها، يمكن القول بأنه لا يجوز أن يترك الحبل على الغارب بسبب إطلاق القول بأن المضارب أمين ولا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير لأنه لا يمكن ضبط التعدي والتقصير في هذا الزمن، بالإضافة إلى أن هذه المسألة من الأحكام الفرعية والجزئية، وهي دائرة رحبة قابلة للاجتهاد والتجديد والتطور بغية البحث عن حلول شرعية لما وقع فيه الناس من الإقبال على البنوك اللاربوية بحجة أنها أكثر أمنا وأمانا من البنوك والشركات الإسلامية، وعلى هذا، يمكن الجمع بين الفريقين بأن المضارب يضمن إذا خالف الإجراءات أو الشروط أو لم يثبت أمام المحكمة ادعاءه الخسارة.

وعلى هذا يمكن إدراج كثير من الشروط في اتفاقية العقد حتى تخفف تحمل أعباء الخسارة، مع تأسيس إدارة من المستثمرين مكلفة بالمتابعة من لحظة التصديق على العقد إلى نهايته متابعة شاملة أولا بأول، وذلك للاطلاع على الاجراءات القانونية وكيفية صياغة العقود وتحديد الهيكل الإداري للمشروع وعمل دراسة جدوى كاملة، وكذلك القيام بالزيارات الميدانية المكثفة والبحث عن التقارير الشهرية ليتمكن أصحاب القرار من وضع حد للمشروع في الوقت المناسب.

بالإضافة إلى أنه يجوز للبنك أن يتعهد بضمان رأس المال على أساس التكافل التعاوني بين المستثمرين من خلال إنشاء صندوق تكافلي يمول باقتطاع جزء من أرباح المضاربة لمواجهة مخاطر الاستثمار.

ولا شك أن هذا إذا طبق سيزيد قدرة المنتجات الإسلامية على التكيف مع مستجدات العصر، لأن الخسارة كثيرا ما تحدث بسبب اللامبالاة وعدم الخوف من المحاسبة والمسائلة، ولكن مع تطبيق هذا الإجراء، لا شك أن المضارب أو الشريك يحسب ألف حساب قبل أن يعلن بخسارة المشروع أو

نقصان رأس المال. وجددير بالذكر أنه في ضوء المناقشات بين الفريقين في حكم اشتراط تضمين يد الأمانة مثل المضارب يمكن اعتبار الأمور التالية:<sup>16</sup>

(1) لا يوجد نص ينهض للاحتجاج على أن يد الأمانة لا تضمن إلا عند التعدي أو التقصير إلا الاعتماد على استصحاب دليل البراءة الأصلية، وبأنه لا تضمن إلا أخذ مال معصوم بعصمة الإسلام، ولكن بما أن الأصل في العقود رضى المتعاقدين، فلا غرو إذا ألزم الأمين شيئاً لم يكن يلزمه أن يكون التزاماً نافذاً، قال الشوكاني: « فحيث رضى لنفسه بذلك، كان هذا الرضا الصادر منه محللاً لماله الذي يدفعه في ضمان الأمانة، ولا حجر في مثل هذا، ولا وجه لقول من قال: إنه لا يصح»<sup>17</sup>، ثم لسائل أن يتساءل إذا كان الأمين لا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير فكيف تجرء بعض الفقهاء القول بتضمين الأمين للتجهيل أو للتهمة أو للمصلحة أو للعرف والعادة.

(2) وقد ورد في بعض النصوص ما يفيد ضمان مالم يكن مضموناً عند التزامه، مثل حديث أمية بن صفوان بن أمية، عن أبيه، أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعا يوم حنين فقال: أغضب يا محمد؟ قال: «لا، بل عارية مضمونة»<sup>18</sup>، قال الخطابي<sup>19</sup>: وهذا يؤكد ضمان العارية، وفي قوله: "عارية مضمونة" بيان ضمان قيمتها إذا تلفت، لأن الأعيان لا تضمن، ومن تأوله على أنها تؤدى ما دامت باقية فقد ذهب عن فائدة الحديث. وقال قوم: إذا اشترط ضماناً صارت مضمونة، فإن لم يشترط لم يضمن.

وقال الشوكاني: إن العارية لا تضمن إلا بأحد ثلاثة أمور: الأول التعدي، والثاني الاستهلاك، والثالث: اشتراط الضمان، لما في حديث صفوان، وإن كان فيه مقال، فهو لا يقصر عن الانتهاض للاحتجاج به، ولا سيما إذا كان شارط الضمان هو المستعير على نفسه، فإنه ألزم

<sup>16</sup> نزيه حماد، ص402.

17 محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ( د.م: دار ابن حزم، ط1، د.ت) ج1، ص574.

18 أبو عبد الله، الحاكم محمد بن عبد الله، المستدرک على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، ( بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، 1411 - 1990) ج2، ص54.

19 سليمان الأشعث، سنن أبوداود، ج5، ص414.

نفسه باختياره، وكذلك إذا كان الشارط المعير ورضي المستعير، فإنه رضي بإلزام نفسه، وجميع هذه الأسباب داخلة تحت قوله صلى الله عليه وسلم: على اليد ما أخذت حتى تؤديه<sup>20</sup>.

(3) أجازت المالكية تضمين الأمانة في المشهور عندهم بالتهمة، والمراد بها " رجحان الظن وغلبة الاحتمال بشهادة العرف في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعديه أو تفريطه " فإنه يجوز تضمين الأمانة بالشرط، إذا المناط وهو التهمة موجود في معظم حالات اشتراط الضمان على الأمين، وخاصة مع فساد الزمان وعدم مبالاة الناس بأكل الحرام بل الحرص على جمع المال بكل وسيلة مما يجعل إثبات تعدي الأمين من الصعوبة بمكان، وهو ما أدى إلى اشتراط الضمان.

(4) ما تم نقله من السادة المالكية من تضمين الصانع معللين بالتعدي أو لمكان المصلحة وحفظ المال حيث قالوا: «والضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي، أو لمكان المصلحة، وحفظ الأموال. <sup>21</sup>»، وبناء عليه، فالقصد من التضمين ليس تقولا على الله بغير علم، بل إنما هو النظر إلى المصلحة وسد الذريعة<sup>22</sup>.

وبما أن اعتبار المصلحة أدت إلى تضمين يد الأمانة بدون رضاه، فلا إشكال من تضمينه برضاه، لأنها تحقق مصلحة راجحة للطرفين، وهو أرفق بالناس، فكل شيء أرفق بالناس فالأخذ به أولى، لأن الحرج مرفوع<sup>23</sup>.

ومما يزيد الأمر وضوحا بأن هذا الاتجاه من حماية أموال الناس قد سبق إليه جلة من العلماء حتى اخترعوا حيلة لضمان رأس المال.

---

20 محمد بن عيسى، سنن الترمذي، ج3، 558. وقال محققه أحمد شاكر: حديث حسن، وقد ذهب بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم إلى هذا، وقالوا: يضمن صاحب العارية، وهو قول الشافعي، وأحمد، وقال بعض أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم: ليس على صاحب العارية ضمان إلا أن يخالف، وهو قول الثوري، وأهل الكوفة، وبه يقول إسحاق

21 ابن رشد، بداية المجتهد، ج4، ص16.

22 المصدر السابق، 17

23 نزيه حماد، ص408.

**أولاً:** يقول الكاساني : ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب، فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب ويشهد عليه ويسلمه إليه، ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف أو بالثلث، ثم يدفعه إلى المستقرض فيستعين به في العمل، حتى لو هلك في يده كان القرض عليه، وإذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى أن يقرض رب المال جميع المال من المضارب إلا درهما واحداً، ويسلمه إليه ويشهد على ذلك، ثم إنهما يشتركان في ذلك شركة عنان على أن يكون رأس مال المقرض درهما ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعمل جميعاً وشرطاً أن يكون الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال، فإن هلك المال في يده كان القرض على حاله، ولو ربح كان الربح بينهما على الشرط<sup>24</sup>.

**ثانياً:** وقال أيضاً إذا رهن عنده رهناً، ولم يثق بأمانته، وخاف أن يدعي هلاكه ويذهب به، فالحيلة في أن يجعله مضموناً عليه أن يعيره إياه أولاً، فإذا قبضه رهنه منه بعد ذلك؛ فإذا تلف كان في ضمانه؛ لأن طريان الرهن على العارية لا يبطل حكمها؛ لأن المرتهن يجوز له الانتفاع بما بعد الرهن كما كان ينتفع بما قبله، ولو بطل لم يجز له الانتفاع.

**ثالثاً:** وقال الزيلعي: في كتاب المضاربة من أنه إذا أراد رب المال أن يجعل المال مضموناً على المضارب أقرضه كله إلا درهماً منه وسلمه إليه وعقد شركة العنان ثم يدفع إليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض، فإن ربح كان بينهما على ما شرطاً، وإن هلك هلك عليه<sup>25</sup>.

وعلى هذا، فالقول الذي ترجح لدى الباحث هو جواز تضمين الأمين بالشرط، وهذا ليس عاماً بل إنه ينحصر في دائرة المتلفات يعني الهلاك الكلي أو الجزئي مهما كان سببه، وهذا لا يشمل ضمان المضارب شيئاً من الخسارة أو النقصان جراء عمليات التجارة الصحيحة، لأن ذلك خارج متطلبات ذلك الشرط بالإضافة إلى أنه غير جائز شرعاً.

24 الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج6، ص87.

25 ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ( بيروت: دار الفكر، ط2، 1412هـ - 1992م) ج4، ص312

على أنه ينبغي إزالة اللثام عن مسألة هامة وهي ما إذا تطوع المضارب أو الشريك بضمان رأس المال فهل من علة؟ وهذا ما يتم تناوله في هذه النقطة.

### المبحث الرابع: مدى إمكانية تطوع المضارب أو الشريك بالضمان

ولاشك أن الذين أباحوا الضمان من الأساس لا يرون بأسا من هذه المسألة، لأن الغاية التي إليها يسعون قد تحققت وهي ضمان رأس المال بخلاف المانعين فقد قسموا المسألة إلى قسمين<sup>26</sup>.

1) أن يدخل المضارب هذا الشرط التطوعي في العقد فهذا لا يجوز لأنه مخالف لاتفاق الفقهاء على عدم جواز أن يتضمن عقد المضاربة اشتراط الضمان

2) أن يتطوع المضارب باشتراط الضمان على نفسه بعد العقد أو الخسارة دون أن يربط العقد به، فهذا أجازته بعض فقهاء المالكية قياسا على جواز تطوع الوديع والمكثري بضمان ما في يده إذا كان هذا التطوع غير مشروط في العقد<sup>27</sup>، يقول ابن رشد: «إن العقد إذا سلم من الشرط، وكان أمرا طاع به بعده على غير وأي ولا مواطأة، فذلك جائز، لأنه معروف أوجبه على نفسه، والمعروف عند مالك لا زم لمن أوجبه على نفسه»<sup>28</sup>، وقال ابن زرب: «فلو تبرع بالضمان وطاع به بعد تمام الاكتراء لجاز ذلك. قيل له: فيجب على هذا القول الضمان في مال القراض إذا طاع به قابضه بالتزام الضمان فقال: إذا التزم الضمان طائعا بعد أن شرع في العمل فما يبعد أن يلزمه»<sup>29</sup>، بمعنى أنه لو تم العقد بين المضارب ورب المال ولم يوجد بينهما شرط، ثم حدثت خسارة فطاب نفس المضارب بتعويض رب المال رأس ماله خاصة عندما يكون المضارب تاجرا كبيرا، ورب المال ذا مال قليل، أو له حاجة وظروف خاصة، فهذا جائز بمثابة الهبة غير المشروطة، وهو ما حدث لمصرف قطر الإسلامي حيث أفتت هيئة الرقابة الشرعية بأن يتحمل البنك من باب التبرع ورعاية المصالح ودرء المفاسد<sup>30</sup>.

26 القره داغي، بحوث في الاقتصاد الإسلامي، ص252.

27 المرجع السابق نفسه

28 نزيه حماد، ص381.

29 المرجع السابق

30 المرجع السابق، 254.

وهذا بحد ذاته خطوة جريئة من المانعين، وبما أن الأمر لا يمكن تركه على هذه الحالة، فلا بد من تقنين هذه المسألة حتى يكون الجميع على علم واسع بأحكام الضمان، ومتي يضمن؟، وما هي الحالات التي يمكن أن تدخل تحت الضمان؟، والجهة التي تنظر في القضية، أهى المحكمة أم هيئة أخرى لها مواصفات خاصة.

## الخاتمة

وبعد هذه الجولات ، فلا بد من الإشارة بأن هناك عقبات كثيرة أمام تمويل المصارف بعض المنتجات التي لها علاقة مباشرة بالاقتصاد مثل المضاربة والمشاركة، والتي لو تم تفعيلها لشملت كثيرا من أصحاب الخبرات والأيدي العامة الرخيصة، ومن تلك العقبات عدم ضمان رأس مال المضاربة خاصة في هذا الزمن والذي قل فيه الوازع الديني وكثر فيه الجري وراء الأرباح الوهمية، ولذا قدمنا هذا الورقة لتقدم ولتشارك في تفعيل عجلة المنتجات المتوقفة لأسباب قانونية ولوجستية، والتي ستؤدي إلى تحقيق وظيفة حيوية في تحقيق الهدف الذي يسعى إليه كل انسان وهي السعادة، وبناء على هذا، يرجى تخفيف المنتجات المبنية على المديونية والتي ربما تؤدي إلى ما يعرف بالهرم المقلوب حيث تتراكم مديونيات ضخمة على قاعدة ضئيلة من الثروة والدخل والأصول الحقيقية.

## المصادر والمراجع:

ابن سلامة، عبد العزيز محمد. (1430-1431هـ). الحوالة المصرفية دراسة فقهية. (د ط). د م . د ن.

ابن منيع، عبد الله بن سليمان. (1-6 ذي القعدة 1415هـ-1995م). الصرف وبيع الذهب والفضة. (دط).

- ابن منيع، عبد الله بن سليمان. (1416هـ-1996م). *بحوث في الاقتصاد الإسلامي*. (ط1). بيروت: المكتب الإسلامي.
- البخاري، محمد بن إسماعيل. (1422هـ). *الجامع الصحيح*. (ط1). تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر. د. م. دار طوق النجاة.
- البوطي، محمد بن بلعيد. (1427هـ-2006م). *الأوراق التجارية المعاصرة*. (د ط) بيروت: دار الكتب العلمية.
- الجوزية، محمد بن أبي بكر. (1417هـ-1996م). *إعلام الموقعين عن رب العالمين*. تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم. (د ط) بيروت: دار الكتب العلمية.
- الحجة، أمير أحمد فتوح. (2008). *آثار عقد الحوالة المدنية، دراسة مقارنة*. (د ط). د. م. د. ن. الختلان، سعيد بن تركي بن محمد. (1425هـ-2004م). *أحكام الأوراق التجارية في الفقه الإسلامي*. (ط1). د. م. دار ابن الجوزي.
- الزيدي، مرتضى الحسيني. (1369هـ). *تاج العروس من جواهر القاموس*. (د ط). الرياض: دار عالم الكتب للطباعة والنشر.
- الشربيني، عبد الهادي السيد. (2013م). *التكييف الفقهي المعاصر للحوالات المصرفية*. (ط1). مصر: مكتبة الوفاء القانونية.
- العف، بسام حسن. (1420هـ 1999م). *الحوالة والسفحة بين الدراسة والتطبيق*. (د ط). د. م. د. ن.
- الغرياني، الصادق عبد الرحمن. (1423م-2003هـ). *فتاوي المعاملات الشائعة*. (ط2). د. م. دار السلام.
- القره داغي، على محيي الدين. (1423هـ-2002م). *بحوث في الاقتصاد الإسلامي*. (ط1). بيروت: دار البشائر الإسلامية.

المصري، رفيق يونس . ( 1430هـ-2009م). بحوث في الاقتصاد الإسلامي. (ط2). سورية: دار المكتبي.

بطرس، سامر . (1429هـ-2008). البنوك والنقود. (ط1). عمان: دار البداية.

حسن، أحمد. (1999م). الأوراق النقدية في الاقتصاد الإسلامي قيمتها وأحكامها. (ط1). بيروت: دار الفكر المعاصر.

حمودة، سامي حسن. ( 1402هـ-1982م). تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية. (ط2). د م . مطبعة الشرق.

عبد الكريم، محمود. (1421هـ-2001م). الشامل في معاملات وعمليات المصارف الإسلامية. (ط1). الأردن: دار النفائس.

مفيض الرحمن. (2006م). دراسات الجامعة الإسلامية العالمية شيتاغونغ. (د.ط). د. م. د.ن.

وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية - الكويت، (1404-1427هـ). الموسوعة الفقهية الكويتية. (ط 1). مصر: مطابع دار الصفوة.