ضمان المضارب رأس المال
في المضاربة المصرفية وبدائله المقترحة
دراسة فقهية معاصرة

إعداد الدكتور
علي منصور عثمان حبيب
أستاذ الفقه المساعد
كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – القاهرة

ضمان المضارب رأس المال في المضاربة المصرفية وبدائله المقترحة (دراسة فقهية معاصرة)

علي منصور عثمان حبيب
قسم الفقه العام، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، مصر.
البريد الإلكتروني: alimansour.2212@azhar.edu.eg

ملخص البحث:

تهدف هذه الدراسة إلى إبراز أهمية الضمان في حماية أموال المستثمرين في المصارف الإسلامية، وبيان أثر تضمين المضارب بالشرط على عقد المضاربة، وعرض البدائل المقترحة لتضمين المضاربين، والترجيح بين المختلف فيه منها. واتبع الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي، والمنهج المقارن وذلك من خلال عرض آراء الفقهاء في مسائل الموضوع الفقهية، ومناقشة الأدلة ثم ذكر الرأي المختار. وقد خلصت الدراسة إلى أن العلاقة بين أصحاب الودائع والمصرف علاقة مضاربة مطلقة، يجوز فيها للمصرف دفع رأس مال المضاربة إلى من يرى أن لديه القدرة على استثمار هذه الأموال، وأنه لا يجوز إلزام المضارب بالضمان، لأنه يتفق مع الأصل في المسألة من أن يد المضارب على ما تحت يده من مال المضاربة يد أمانة، ويمكن تعويض ذلك ببدائل أخرى مثل ضمان الطرف الثالث، أو تبرع المضارب بالضمان، أو التأمين التعاوني بين المستثمرين. وأوصت الدراسة بضرورة أن تقوم المصارف الإسلامية بتفعيل المضاربة المصرفية كأداة استثمارية مرنة ومتطورة تساعد على علاج الكثير من المشكلات الاقتصادية، مع الأخذ بعين الاعتبار بالبدائل المقترحة التي شرحتها الدراسة لتحقيق الضمان ولحماية أموال المستثمرين.

الكلمات المفتاحية: الضمان، المضاربة، المصارف الإسلامية، رأس المال، البدائل، التبرع.

Mudarib (Speculator) Guarantee Capital in Mudaraba[1] (Speculation) Banking And its proposed alternatives (a contemporary jurisprudence study)

Ali Mansour Othman Habib.

Department of General Fiqh (Jurisprudence), Faculty of Sharia and Law, Al-Azhar University, Cairo, Egypt.

Email: alimansour.2212@azhar.edu.eg

Abstract:

This study aims to highlight the importance of guarantee in protecting investors' funds in Islamic banks, and to indicate the impact of having speculators to incur the guarantee in the speculation contract, and to present the proposed alternatives to include speculators, and the weighting between the different ones. In his study, the researcher followed the descriptive, analytical, and comparative method, by presenting the opinions of jurists on jurisprudential issues, discussing the evidence and then stating the chosen opinion. The study concluded that the relationship between the owners of deposits and the bank is an absolute speculative relationship, in which the bank may pay the speculative capital to whoever it deems to have the ability to invest this money, and that the speculator may not be obligated to guarantee, because it agrees with the principle that the speculative money under the control of the speculator is a trust, and this can be compensated by other alternatives such as the guarantee of a third party, or the speculative donation of the guarantee, or the cooperative insurance between investors.The study recommended that Islamic banks activate banking speculation as a flexible and advanced investment tool that helps treat many economic problems, taking into account the proposed alternatives explained by the study to achieve guarantee and protect investors' money.

Keywords: guarantee, speculation, Islamic banks, capital, alternatives, donation.

([1]) Mudharabah is a profit-sharing arrangement that is widely used in Islamic finance.

المقدمة

الحمد الله رب العالمين، وأشهد أن لا إله إلا االله وحده لا شريك له ولي المتقين، وأشهد أن سيدنا محمدا عبد االله ورسوله، أرسله ربه رحمة للعـــالمين، ﷺوصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد...

فإنه على الرغم من أهمية عقد المضاربة في معالجة الكثير من المشاكل الاقتصادية والاجتماعية، فلا يزال اعتماد المصارف الإسلامية عليه محدودا، نتيجة غياب الضمان، وخوف أصحاب الأموال من المخاطر الناجمة عن الاستثمار بصيغة المضاربة؛ فالمصرف يسلم رأس المال إلى المضارب الذي يتولى بدوره الإدارة والعمل، ولا يكون ضامنا للمال إلا في حالة التعدي أو التقصير، لأن يده – كما يقول الفقهاء– يد أمانة وليست يد ضمان.

وإذا كان نظام العمل في المضاربة الفردية مؤسسا على افتراض توافر الأمانة في المُضارب الذي يقوم بالعمل في رأس المال، فهل يمكن في ضوء المتغيرات المعاصرة وطبيعة الاستثمارات الجماعية ونظام العمل بالمصارف الإسلامية الاعتماد على العامل الشخصي والعلاقة المباشرة على النحو السابق؟

للإجابة عن ذلك أقول: إن مبدأ الأمانة الذي أُسست عليه المضاربة الفردية (غير المصرفية) لقيامها على علاقة شخصية مباشرة بين رب المال والمضارب وتحقيقها للضمان اللازم لصاحب المال، لا يمكن للمؤسسات المصرفية التي تتعامل مع آلاف العملاء من ذوي السلوكيات والأخلاقيات والنوايا المختلفة أن تعتمد عليها في الوقت الحالي.

أهمية الدراسة: تتمثل أهمية الموضوع في أن المضاربة المصرفية رغم أهميتها كصيغة استثمارية معاصرة تحوي الكثير من المميزات التي لا توجد في غيرها من الصيغ، إلا أنها لم تتبوأ المكانة المناسبة لها بين صيغ الاستثمار وأدوات

التمويل في المصارف الإسلامية، ولعل السبب الأبرز لذلك المخاطر المتعلقة بضمان رأس الأمر الذي جعل من مسألة الضمان وبدائله الشرعية في المضاربة المصرفية مادة خصبة للباحثين، ليدلي من أراد منهم بدلوه، لإبراز مواقف الفقهاء القدامى والمعاصرين من هذا الضمان، وطرح البدائل الشرعية القابلة للتطبيق العملي في الواقع المصرفي، مع الأخذ بعين الاعتبار أنه لم تخل مسألة من مسائل المضاربة – ومنها الضمان– من الاختلافات والاعتراضات، ولعل السبب في ذلك أن جل أحكام المضاربة مردها إلى الاجتهاد والاستنباط والتخريج على أصول مشابهة، وذلك لندرة النصوص الشرعية المفصلة لأحكام المضاربة.

لذا رغب الباحث في دراسة مسألة ضمان المضارب، والبدائل المقترحة لهذا الضمان، محاولا المزج بين أقوال الفقهاء السابقين، واجتهادات الفقهاء المعاصرين، لعله يسهم في تقديم الحلول المناسبة لهذه الظاهرة.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا إلى أن ضمان المضارب الذي يتناوله البحث يشمل تضمين أصحاب الودائع الاستثمارية للمصرف الإسلامي باعتباره مضاربا مشتركا أو مضاربا مطلقا، ويشمل أيضا تضمين المصرف للمتعاملين معه بصيغة المضاربة، سواء كانوا أفرادا أو شركات.

مشكلة الدراسة: تتركز مشكلة الدراسة في الإجابة عن الأسئلة البحثية التالية:

١– ما أهمية الضمان في الأنشطة الاستثمارية في المصارف الإسلامية؟

٢– ما مدى مشروعية تضمين المضارب؟

٣– ما أثر تضمين المضارب على عقد المضاربة؟

٤– ما البدائل المقترحة لتضمين المضارب في المضاربة المصرفية؟

٥– ما مدى إمكانية تطبيق هذه البدائل في النظام المصرفي؟

أهداف الدراسة: تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق ما يلي:

١- إبراز العلاقة بين حماية أموال المستثمرين واستمرار مسيرة المصارف الإسلامية.

٢- توضيح أهمية الضمان في حماية أموال المستثمرين في المصارف الإسلامية.

٣- تحديد موجبات تضمين المضاربين.

٤- بيان أثر تضمين المضارب بالشرط على عقد المضاربة.

٥- عرض البدائل المقترحة لتضمين المضاربين، والترجيح بين المختلف فيه منها.

منهج الدراسة: يتبع الباحث المنهج الوصفي التحليلي للموضوعات محل البحث، وبالنسبة للدراسة الفقهية اتبع الباحث المنهج المقارن وذلك من خلال عرض آراء الفقهاء في مسائل الموضوع الفقهية، ومناقشة الأدلة ثم ذكر الرأي المختار.

خطة البحث: ينقسم البحث إلى مقدمة وخمسة مباحث وخاتمة:

المبحث الأول: الإطار العام للضمان والمضاربة.

المبحث الثاني: مسؤولية الضمان في المضاربة المصرفية وموجبه.

المبحث الثالث: اشتراط ضمان رأس المال وأثره على عقد المضاربة.

المبحث الرابع: البدائل الشرعية لضمان رأس مال المضاربة.

المبحث الأول

الإطار العام للضمان والمضاربة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول : مفهوم الضمان

أولا: تعريف الضمان لغة: الضمان مصدر (ضَمِن)، مشتق من الضَّمْن، فتصير ذمة الضامن في ذمة المضمون عنه، وقيل: هو مشتق من الضَّمْ؛ لأن ذمة الضامن، تنضم إلى ذمة المضمون عنه، والصواب الأول؛ لأن "لام" الكلمة في الضم "ميم" وفي الضمان "نون"، وشرط صحة الاشتقاق، كون حروف الأصل موجودةً في الفَرْعِ(١).

وضَمِنَ الشَّيءَ وضَمِنَ بِهِ، ضَماناً وضَمْناً، فَهُوَ ضامِنٌ وضَمِينٌ: كَفَلَهُ، وضَمَّنْتُهُ الشَّيءَ تَضْمِيناً فَتَضَمَّنَهُ عَنِّي: أَي غَرَّمْتُهُ فالتَزَمَهُ، وضَمَّنَه إِياه: كَفَّلَه(٢)، وللضامن في اللغة سبعة أسماء، وهي: زعيم، وكفيل، وقبيل، وأذين، وحميل، وصبير، وضامن(٣).

ثانياً: تعريف الضمان اصطلاحاً:

يُطلق الضمان في الفقه الإسلامي ويراد به معنيان:

المعنى الأول: الكفالة، وبهذا المعنى عرفه الفقهاء بتعريفات متعددة، منها: (شغل ذمة أخرى بالحق)(٤)، ومنها: "(ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق)(٥).

---

(١) شمس الدين البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، ص ٢٩٨، (باب الضمان).

(٢) تاج العروس ٣٥ / ٣٣٣، مادة: (ضمن)، لسان العرب ١٣ / ٢٥٧، مادة: (ضمن).

(٣) ابن رشد القرطبي، المقدمات الممهدات ٢ / ٣٧٣.

(٤) منح الجليل شرح مختصر خليل ٦ / ١٩٨.

(٥) المبدع في شرح المقنع ٤ / ٢٣٣.

والضمان بهذا المعنى له باب يجمع أحكامه، وهو باب الكفالة، وهذا المعنى للضمان غير مراد هنا.

والمعنى الثاني: تعويض التلف أو الهلاك أو النقص، ويشمل التعويض المالي المشتمل على تحمل تبعة هلاك المال، ويشمل ضمان الجناية على النفس والأعضاء بالقصاص أو الدية، وقد تباينت عبارات الفقهاء في تحديد ماهية هذا الضمان.

فعرفه الحنفية بأنه: "رد مثل الهالك أو قيمته إذا كان مثليا أو قيميا"[١]، وبمثل هذا المعنى عرفته مجلة الأحكام العدلية[٢].

وعرف الشوكاني الضمان بأنه: (عبارة عن غرامة التالف)[٣].

ولعل أوجز التعريفات وأوضحها دلالة للتعبير عن الضمان بمعنى التعويض، تعريف الضمان بأنه: **"التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"**[٤].

والضمان بهذا المعنى مُفرَّق في أبواب الفقه، لاختلاف أبوابه وأسبابه، فهناك ضمان المال، كضمان العقد من بيع وإجارة، وضمان اليد بسبب الحيازة كيد الغاصب، وضمان الإتلاف سواء كان بالتسبب أو المباشرة، وهناك ضمان آخر غير المال كضمان النفس، ويدخل فيها ضمان الأطراف ومنافعها، ويتمثل في الديات والأروش المقدرة وغير المقدرة[٥].

والكلام في الضمان في عقد المضاربة هو في الضمان المالي فقط، ولا يدخل فيه ضمان النفس.

---

(١) غمز عيون البصائر ٤ / ٦.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١ / ٨٩.

(٣) نيل الأوطار ٥/ ٣٥٧.

(٤) محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ١ / ٤٧٢، دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.

(٥) دبيان محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ٩ / ٤٠٢، مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٣٢ هـ.

والمقصود بضمان رأس مال المضاربة: أن يلتزم المضارب أو المصرف – أو أي جهة أخرى – بتعويض ما نقص من رأس مال المضاربة، في حالة التلف الجزئي، أو تعويض كله في حالة التلف الكلي.

المطلب الثاني: أهمية ضمان الودائع الاستثمارية

تُعد المصارف الملاذ الآمن لحفظ أموال الناس واستثمارها؛ لذا يلجأ إليها الأفراد من أجل تأمين أموالهم وتنميتها، ويُعد ضمان الودائع المصرفية عموما من أبرز التحديات التي تواجه العمل المصرفي المعاصر، إذ أنه قبل عام ١٩٢٩م لم يكن هناك نظام مصرفي يُعني بضمان أي نوع من الودائع، وكانت البداية الحقيقية لضمان الودائع في أعقاب الأزمة المالية الكبرى التي ضربت العالم عام ١٩٢٩م، فكانت الولايات المتحدة الأمريكية الدولة الأولى عالميا التي استحدثت نظام ضمان للودائع المصرفية عام ١٩٣٣م(١).

وعلى إثر الأزمات المالية العالمية المتعاقبة خلال العقدين الأخيرين من القرن الماضي، انهار المئات من المصارف التجارية في العالم، بلغت في الولايات المتحدة وحدها (٣٠٣٥) مصرفا، وقد كشفت ورقة بحثية أن الأزمة المالية العالمية الأخيرة في عام (٢٠٠٨) أضرت بأداء جميع البنوك على حد سواء، حيث إن جميع البنوك بلا استثناء، إسلامية كانت أو تقليدية شهدت تراجعا ملحوظا في أدائها، وهو ما يوضح مدى خطورة الأزمة المالية على النظام المالي الدولي(٢).

(١) محمد عبد الأول، تضمين البنك الإسلامي للودائع الاستثمارية (دراسة فقهية مقارنة)، ص ١٦، عبد الله علي الصيفي، التأمين على الودائع المصرفية في البنوك الإسلامية، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد ٢، سنة ٢٠١٣م، ص ٥٠٢.

(٢) عبدوس عبد العزيز، العرابي مصطفى، إنعكاسات الأزمة المالية العالمية على المصارف الإسلامية، ص٧، جامعة بشار، الجزائر.

ومِن ثَمّ بدأت البلدان العربية والإسلامية تدرك مدى الحاجة إلى تقديم الضمانات المناسبة للمودعين في البنوك الإسلامية؛ لاستقرار المعاملات المصرفية الإسلامية؛ ذلك لأن أي ضرر يطرأ على الودائع المصرفية ستكون له آثار سلبية على النظام المصرفي وثقة المودعـــين، وعلى فكرة المصرفية الإسلامية نفسها.

وقد كانت لبنان الدولة الأولى عربيا التي أدخلت نظام ضمان الودائع في مصارفها عام ١٩٦٧م، حيث أنشئت مؤسسة وطنية لضمان الودائع بالقانون رقم (٢٨ / ٦٧)، تلتها مملكة البحرين والتي أنشأت مجلس حماية الودائع عام ١٩٩٣م، ثم السودان بإنشاء صندوق الودائع المصرفية عام ١٩٩٦م، كما قام الأردن بإنشاء مؤسسة ضمان الودائع المصرفية عام ٢٠٠٠م، وقامت جمهورية مصر العربية بتقديم قانون لإنشاء صندوق التأمين على الودائع المصرفية[١].

ويشتمل النظام المصرفي اليوم على ثلاثة أنظمة لضمان الودائع، هي:

١-**الضمان الضمني غير المقنن:** والذي يتمثل في التزام سياسي عام من الدولة بضمان الودائع حال إفلاس المصارف المحلية، وعجزها عن رد أموال المودعين، وهذا النوع من الضمان غير محدد المعالم، ولا توجد له قواعد محددة يعرفها المودعون.

٢- **الضمان المقنن الكامل:** ففي ظل هذا النظام تقوم الحكومة بضمان الودائع المصرفية بكاملها في حالة انهيار أي من المصارف المحلية، وقد طبقته عدة دول منها اليابان، والمكسيك، وتركيا، وغيرها.

٣- **الضمان الجزئي المقنن:** ويرجع هذا النظام إلى مشاركة ومساهمة المودعين والمصارف في الخسارة، بحيث يخسر رب الأموال بعض ماله، بينما يخسر البنك جهده، وتتبني أكثر الدول هذا النوع من الضمان؛ لأنه أقل كلفة، وأبعد

(١) تضمين البنك الإسلامي للودائع الاستثمارية (دراسة فقهية مقارنة)، ص ١٦، مصدر سابق.

عن احتمالات إساءة الاستعمال الناتجة عن ضعف الرقابة، وعن المخاطر الأخلاقية(١).

ويتضح مما سبق أن ظهور مؤسسات ضمان الودائع في معظم الدول وتعدد أنظمته جاء إثر أزمات مالية تعرضت لها المصارف الصغيرة والكبيرة، وفقدت بسببها أموالا طائلة، وكان الغرض من هذه المؤسسات هو بث الثقة بالنظام المالي والمصرفي عموما، وتشجيع الادخار، وإضفاء مرونة على السياسات النقدية.

والبنوك الإسلامية ليست استثناء من ذلك، فهي أحوج ما تكون لمثل هذا النوع من مؤسسات ضمان الودائع، لأنها الأحدث في محيط العمل المصرفي، ولأنها تفتقد السند الذي تقدمه المصارف المركزية للمصارف التي تحت إشرافها(٢).

يضاف إلى ذلك أن عدم الضمان قد يُعرِّض أموال المصارف وأموال المستثمرين للخطر، والذي سيؤدي حتما إلى إحجام المستثمرين عن إيداع أموالهم لدى المصارف الإسلامية خوفا من ضياعها، وينتج عن ذلك فقدان الثقة بالنظام المصرفي الإسلامي، وفشل تجربة المصارف الإسلامية، لعجزها عن توفير بديل إسلامي للمصارف الربوية.

المطلب الثالث : مفهوم المضاربة المصرفية

أولا: تعريف المضاربة في اللغة:

المضاربة في اللغة مفاعلة من الضَّرْب، والضَّرْبُ يَقَعُ عَلَى جَمِيعِ الأَعمال، إِلا قَلِيلًا، يُقال: ضَرَبَ فِي التِّجَارَةِ، وَفِي الأَرض، وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ، وضارَبه فِي الْمَالِ، مِنَ المُضارَبة: وَهِيَ القِراضُ، والمُضَارَبة من الضَّرْبِ فِي الأَرْضِ لطَلَب

(١) د منذر قحف، ضمان الودائع المصرفية وتطبيقه في الأردن، ص ٤.

(٢) د عثمان بابكر أحمد، نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، ص ١١، ١٢، الناشر: البنك الإسلامي للتنمية، ١٤٢١ه.

الرِّزْق[١]، قَالَ اللهُ تَعَالَى: ﴿وَءاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِى الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللَّهِ﴾[٢].

ثانيا: تعريف المضاربة اصطلاحا:

تعددت عبارات الفقهاء في تعريف المضاربة بمعان متقاربة: فقد عرفها الحنفية بأنها: "إعارة المال إلى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطا"[٣].

وعرفها المالكية بأنها: "وكالة على تجرٍ في نقد مسلم معين بجزء ربحه إن علم قدرهما ولو مغشوشاً على الأصح، أو غير مسكوك يتعامل به وإن حليا على المعروف"[٤].

وعرفها الشافعية بأنها: "أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه، والربح مشترك بينهما"[٥].

وعرفها الحنابلة: "بأن يدفع ماله إلى إنسان ليتجر فيه، ويكون الربح بينهما بحسب ما يتفقان"[٦].

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها تناولت نوعا واحدا من أنواع المضاربة، كان هو الأعم الأغلب في تلك العصور والأزمنة، وهي المضاربة الثنائية التي يكون طرفاها صاحب المال والمضارب، دون النظر إلى المضاربة المشتركة التي يتعدد فيها أصحاب الأموال والمضاربون، والمضاربة المشتركة هي التي تعتمدها المصارف الإسلامية كأداة استثمارية.

---

(١) لسان العرب ١ / ٥٤٤، مادة: (ضرب).

(٢) سورة المزمل، من الآية: ٢٠.

(٣) البناية شرح الهداية ١٠ / ٤٢.

(٤) الشامل في فقه الإمام مالك ٢ / ٧٦١، مختصر خليل ص ١٩٨.

(٥) مغني المحتاج ٣ / ٣٩٨، المجموع ١٤ / ٣٥٨.

(٦) منار السبيل ١ / ٤٠٠.

ويمكن جمع المعاني التي تضمنتها تعريفات الفقهاء للمضاربة بما يشمل نوعيها في تعريف واحد، وهو تعريف المضاربة بأنها: عقد يعطي بموجبه شخص أو جهة مالا، لشخص أو جهة، بقصد التجارة، على أن يكون الربح مشاركة بنسبة شائعة متفق عليها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الفقهاء قد اختلفوا في تسمية هذا العقد: فسماه الحنفية(١) والمالكية(٢) "مضاربة"، بنما سماه الشافعية(٣) والحنابلة(٤) "مقارضة".

وإنما اخترت اللفظ الأول وهو المضاربة؛ لأنه موافق لما في كتاب الله تعالى، ولأنه التعبير الأشهر تداولا في النظام المصرفي الإسلامي المعاصر.

ثالثا: معنى المضاربة المصرفية: المضاربة المصرفية معاملة مالية يتعدد فيها صاحب المال، والعامل (المضارب)، ويعرض فيها المضارب المشترك – المصرف – خدماته على من يرغب من أصحاب الأموال استثمار أموالهم– باعتبارِه مضارباً – كما يعرض على أصحابِ المشروعات الاستفادةَ بما لديه من أموالٍ – باعتباره رب مالٍ أو وكيلاً عن أربابِ الأموالِ – وتوزع الأرباح بين الأطراف الثلاثة حسب الاتفاق، والخسارةُ تكونُ على رب المال(٥).

وتُعد المضاربة التي تجريها المصارف الإسلامية في العصر الحالي صورة من صور الاستثمار الجماعي المعاصر، وهي منبثقة عن المضاربة الفردية التي كانت معروفة في السابق وتتناسب مع طبيعة المال والزمان والمكان والأشخاص، حيث كانت الأموال قليلة نسبيا، وظروف الزمان والمكان لا تسمح بنقل الأموال

(١) المبسوط للسرخسي ٢٢ / ١٨.

(٢) الشامل في فقه الإمام مالك ٢ / ٧٦١، مختصر خليل ص ١٩٨.

(٣) فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب ١ / ٢٨٦.

(٤) نيل المآرب بشرح دليل الطالب ١ / ٤١٤.

(٥) طلال أحمد النجار، المضاربة المشتركة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية في فلسطين، ص ٣٢، رسالة ماجستير بالجامعة الإسلامية بغزة، ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م.

بسهولة ويسر، والأشخاص يعرف بعضهم بعضا غالبا، ومع اختلاف هذه المعطيات، وتعاظم حاجة أرباب الأموال إلى استثمار مشروع ظهرت المضاربة المصرفية.

المطلب الرابع : التكييف الفقهي للمضاربة المصرفية

تعددت التكييفات الفقهية للمضاربة المصرفية تبعا لتوصيف العلاقة بين أطراف المضاربة الثلاثة: (أصحاب الأموال – المصرف الإسلامي – المضاربون)، وللفقهاء المعاصرين في توصيف هذه العلاقة ثلاثة آراء:

الرأي الأول: اعتبار العلاقة بين المستثمرين أرباب الودائع والأموال، وبين المصرف الإسلامي علاقة مضاربة مطلقة، واعتبار المودعين في مجموعهم رب المال، والمصرف الإسلامي هو المضارب مضاربة مطلقة، والتي تخول له حق توكيل غيره في استثمار هذه الأموال، وبذلك يقوم المصرف بتقديم المال لرجال الأعمال وأرباب التجارة، موجهاً كل ما لديه من فطنة ودراية مالية وخبرة سوقية في اختيار المشروعات ومن يقوم عليها(١).

أما علاقة المصرف بالمضاربين من رجال الأعمال وأرباب التجارة، فإن المصرف هو صاحب رأس المال، وأن هؤلاء المستثمرين من رجال الأعمال ومن على شاكلتهم مضاربون(٢).

(١) د محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٣٤٦، ط: دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، ١٤٢٧ه، ٢٠٠٧م، محمد أحمد حسين، المضاربة في المصارف الإسلامية، ص٥، ٦، بحث مقدم إلى مؤتمر بيت المقدس الإسلامي الدولي الخامس بعنوان: "التمويل الإسلامي – ماهيته، صيغه، مستقبله "وزارة الأوقاف والشؤون الدينية رام الله - فلسطين ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.

(٢) د عادل سالم محمد الصغير، المضاربة المشتركة من أهم صيغ التمويل المصرفي الإسلامي، ص٢، د حسين حسين شحاته، صيغ التمويل الإسلامي كما تقوم بها المصارف الإسلامية، ص ١٥.

وبناء على هذه العلاقة فالمضاربة هنا ثنائية بين أرباب الأموال والمصرف، يقوم فيها المصرف بدفع مال المضاربة إلى مضارب آخر، والمستند الفقهي لهذا الرأي ما ذهب إليه الحنفية من أنه يجوز للمضارب في المضاربة المطلقة المضاربة بمال المضاربة والاشتراك في الربح(١).

الرأي الثاني: أن المصرف الإسلامي يُعد وكيلاً عن أصحاب الأموال، وهو ليس عنصراً أساسياً في عقد المضاربة؛ لأنه ليس صاحب رأس المال ولا صاحب

(١) لا خلاف بين الفقهاء في أنه لا يجوز للمضارب دفع مال المضاربة إلى مضارب آخر إذا منعه صاحب المال من ذلك صراحة، فإن خالف في ذلك وضارب غيره بالمال، فقد تعدى وصار ضامنا للمال بعدوانه، وحكمه فيما حصل له من الربح كحكم الغاصب فيما حصل له في المال المغصوب من ربح، لأن تصرف المضارب مرتبط بإذن المالك، ومالا يأذن به رب المال لا يملكه المضارب، لأن رب المال رضي بشركته ولم يرض باشتراك غيره في الربح فلا يجوز الاشتراك.

واتفق الفقهاء كذلك على أنه يجوز للمضارب أن يضارب بمال المضاربة إذا أذن له رب المال بذلك إذنا صريحا، ويكون المضارب الأول وكيل رب المال في ذلك.

وأما إذا قال له (اعمل فيه برأيك) فقد اختلف الفقهاء في حكم دفع المضارب ما تحته من مال المضاربة إلى مضارب آخر على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية والحنابلة في وجه إلى أن للمضارب ذلك، وأن المضارب الأول في هذه الحالة يقوم مقام رب المال، لأنه مفوض إلى رأيه فجاز أن يضارب به لأنه من رأيه، ولأنه قد يرى أن يدفعه لمن هو أبصر منه.

القول الثاني: ذهب الشافعية والحنابلة في وجه إلى أنه لا يجوز للمضارب دفع مال المضاربة إلى مضارب آخر إذا قال اعمل له رب المال (اعمل فيه برأيك)، لأن قوله اعمل فيه برأيك يقتضي أن يكون عمله فيه موكولا إلى رأيه، فإذا قارض به كان العمل لغيره، ولأنه لو قارض بجميع المال لم يجز وإن كان ذلك من رأيه لعدوله بذلك عن عمله إلى عمل غيره، فكذلك إذا قارض ببعضه.

الترجيح: لعل الراجح مما سبق أن قول رب المال للمضارب (اعمل فيه برأيك) لا يعد إذنا للمضارب بالمضاربة بالمال، لأن المضاربة شُرعت على خلاف القياس لما فيها من الغرر والجهالة، فلا تحتمل المزيد من الجهالة، ولأن قوله (اعمل برأيك) يحتمل أن يعمل برأيه في كيفية المضاربة والبيع والشراء وأنواع التجارة، فلزم الإذن الصريح.

(تبيين الحقائق ٥ / ٥٨، المبسوط للسرخسي ٢٢ / ٦٦، التاج والإكليل ٧ / ٤٥٥، الحاوي الكبير ٧ / ٣٣٦، مغني المحتاج ٢ / ٢٢٩، الشرح الكبير لابن قدامة ٥ / ١٥٤).

العمل، وإنما هو وسيط بين أصحاب الأموال وأصحاب الأعمال، ويتمثل دوره في تجميع أموال المودعين، ثم دفعها إلى رجال الأعمال والاتفاق معهم مباشرة على استثمار أي مبلغ بعد تأكد المصرف من نجاح المشروع المعروض عليه(١).

وهذه الوساطة من قبل المصرف تعتبر خدمة محترمة يقدمها المصرف لرجال الأعمال، ومن حقه أن يطلب مكافأة عليها على أساس الجَعالة، والجعالة هنا أجر ثابت يحصل عليه المصرف مقابل ما يقوم به من عمل، ويجوز للمصرف بالإضافة لهذه الجعالة أن يحصل على حصة مرنة من الربح الذي يحصل عليه العامل في المضاربة(٢).

وهذا التكييف مبني على جواز الجمع بين الشركة والمضاربة.

الرأي الثالث: أن المصرف له صفة مزدوجة، تتمثل في كونه مضاربا مرة، وصاحب المال مرة أخرى، فبالنظر إلى المضاربين فهو صاحب المال، وبالنظر إلى المستثمرين أصحاب الودائع فهو مضارب(٣).

الترجيح

ولعل الراجح من الآراء السابقة الرأي الأول الذي يقرر أن العلاقة بين أصحاب الودائع والمصرف علاقة مضاربة مطلقة، يجوز فيها للمصرف دفع رأس مال المضاربة إلى من يرى أن لديه القدرة على استثمار هذه الأموال، فهذا ما

---

(١) د محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٣٤٧، ط: دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، ١٤٢٧ه، ٢٠٠٧م.

(٢) د محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص ٤١، ٤٢، دار التعارف للمطبوعات ـ لبنان ١٤٤١ه – ١٩٩٤م، محمد أحمد حسين، المضاربة في المصارف الإسلامية، ص٥ ، ٦، بحث مقدم إلى مؤتمر بيت المقدس الإسلامي الدولي الخامس بعنوان: "التمويل الإسلامي – ماهيته، صيغه، مستقبله "وزارة الأوقاف والشؤون الدينية رام الله ـ فلسطين ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.

(٣) د سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص ٣٩٣، مطبعة الشرق، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٠٢ه – ١٩٨٢م.

تقتضيه طبيعة الاستثمار الجماعي في العصر الحاضر، فإذا كانت المضاربة في الأصل شرعت على خلاف القياس مراعاة لحاجة الناس في تنمية أموالهم واستثمارها، في زمن كانت فيه الأموال محدودة، والفرص الاستثمارية محصورة في مجالات معينة، فإن الحاجة إلى استثمار الأموال في العصر الحاضر صارت أعظم، لا سيما مع كثرة الأموال، واتساع أفق الاستثمار وتشعب مجالاته، كل ذلك يقتضي تخفيف القيود التي ذكرها بعض الفقهاء للمضاربة التقليدية، طالما روعيت القواعد العامة للشريعة، والمباديء الأساسية للاقتصاد الإسلامي.

يقول الدكتور سامي حمود – وهو من أشد المناصرين لتطوير الاجتهاد الفقهي المتعلق بالمضاربة: "إن تطبيق هذه القواعد الخاصة بعقد المضاربة بشكله المبين في المؤلفات الفقهية أمر متعذر تطبيقه عملياً في مجال الاستثمار الجماعي على النسق المصرفي، ولكن الحل لا يكون بالتغاضي عن التقيد بالشروط والأحكام التي قال بها الفقهاء، وإنما يكون الحل بالتبصر فيما يلزم تقريره من أحكام لهذا الوضع الجديد الذي يختلف عما كان معروفا من أشكال"(١).

المطلب الخامس: حجم التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية

تم طرح صيغة المضاربة في أول مسيرة الصيرفة الإسلامية على أن تكون البديل عن التمويلات الربوية، إلا إن الواقع جاء أقل من هذه الآمال، فسرعان ما انحسر التعامل بها، لتحل محلها عقود وأدوات أخرى، وقد قامت بعض الدراسات بتمحيص وتحليل البيانات الصادرة عن بعض المصارف الإسلامية، ومن خلالها أمكن التوصل إلى صورة تقريبية عن حجم التمويل بالمضاربة في هذه المصارف في التطبيق العملي خلال فترة ما قبل سنة ٢٠٠٠م، وما بعدها من عمر التجربة المصرفية الإسلامية، ويمكن إجمال نتائج هذه الدراسات في النقاط التالية:

أولا : التراجع الحاد لحجم التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية:

(١) المصدر السابق، ص ٣٩١.

ففي البنك الإسلامي الأردني بلغت نسبة الاستثمار بصيغة المضاربة إلي إجمالي استثمارات البنك ١,٤%، ٥%، ٣%، ٢,٦%، ٣%، للأعوام(١٩٨٠م) إلي (١٩٨٤م) علي التوالي بمتوسط عام ٢,٥% عن هذه الفترة، ولم تتوفر أي بيانات عن التمويل بالمضاربة في البنك من عام (١٩٩٢م) و (١٩٩٩م)، ثم ظهرت في العام (٢٠٠٠م)، وعادت واختفت في العام (٢٠٠٥م)، وهذا يدل على أن التمويل بالمضاربة يكاد يكون معدوما[١].

وفي المصرف الإسلامي الدولي للاستثمار والتنمية بالقاهرة بلغت نفس النسبة ٥٠%، ٧,٤% ،٤% ،٢%، ٢,٨% عن الفترة من (١٩٨٢م) إلي (١٩٨٦م) علي التوالي، بمتوسط عام ٣,٢% عن هذه الفترة، وقد اقتصر عمل المصرف بصيغة المضاربة علي تلك الفترة فقط.

وفي بنك فيصل السوداني كانت نسبة الاستثمار بالمضاربة إلي إجمالي استثمارات البنك صفر، ١%، ٨%، ٥%، ٣%، صفر، وتلك الأعوام من (١٩٨٠م) إلي (١٩٨٦م)، وفي الفترة من (١٩٩٩م) إلى (٢٠١١م) سجل التمويل بالمضاربة في السودان تدنيا ملحوظا، فلم يتجاوز متوسط النسبة ٥ %، وكان أعلى معدل ٧ % في عام (٢٠١٠م)[٢].

وقد أظهرت دراسة تحليلية صدرت في مارس(٢٠٠٨م) أن التمويل بالمضاربة لا يمثل سوى٢% من سوق التمويل الإسلامي في المملكة العربية السعودية.

---

(١) إلياس عبد الله أبو الهيجاء، تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية، ص ١٠٢، رسالة دكتوراة جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠٠٧م، ١٤٢٨ه.

(٢) د أحمد مجذوب، التمويل المصرفي الإسلامي بين صيغ المشاركات والمداينات، ص ٢١١، ضمن بحوث ندوة البركة الرابعة والثلاثين للاقتصاد الإسلامي، في الفترة من ٨ -٩ رمضان ١٤٣٤هـ - الموافق ١٦ - ١٧ يوليو ٢٠١٣م، جدة.

وفي مصرف قطر الإسلامي شهد التمويل بالمضاربة تذبذبا، فتارة معدلات نمو متناقصة وتارة متزايدة، ففي الفترة من (٢٠١١-٢٠١٣م) عرف التمويل بالمضاربة معدلات نمو سالبة حيث قدرت قيمة الانخفاض بـــ (٧١٨٢٥٩) ألف ريال قطري أي بمعدل – ٧٨,٤٢ %، وعرفت (٢٠١١م) أعلى نسبة تمويل خلال الفترة المدروسة، وفي سنة (٢٠١٩م) عرف التمويل بالمضاربة في مصرف قطر الإسلامي أدنى مستوياته حيث قدر بقيمة (١٨٣١١) ألف ريال قطري، حيث انخفض بنسبة – ٧٣.٣٣ % مقارنة مع سنة (٢٠١٨م)، وقدرت قيمة الانخفاض من سنة (٢٠١٧م-٢٠١٩م) بنسبة -٩٦.٧٩%[١].

وفي بنك فيصل الإسلامي المصري، ذكر الدكتور محمد عبد المنعم أبو زيد أنه في مقابله له مع رئيس قطاع الاستثمار بالبنك أفاد بأن المبالغ المستثمرة من خلال أسلوب المضاربات حوالي ٣% تقريبا، وأن قدرا كبيرا من استثمارات البنك تظهر في الميزانية السنوية تحت مسمى مضاربات مع البنك المركزي، متسائلا عن مدى صحة قيام البنك المركزي في العمل في المال المودع لديه على أساس المضاربة الشرعية.

كما ذكر أنه لم يعثر من خلال ما أتيح له من بيانات – علي أي نسبة مرتفعة للاستثمار بصيغة المضاربة خلال أي سنة من هذه السنوات في أي مصرف من تلك المصارف باستثناء بيت الاستثمار الإسلامي الأردني حيث تخطت هذه النسبة ٥٠% من جملة استثماره في عام (١٩٨٥م) وقد تبين أن هذا المصرف قام بتصفية نشاطه عام (١٩٨٧م)[٢].

---

(١) صوالحي خيرة، عامر بشير، الاستثمار بالمضاربة في البنوك الإسلامية: دراسة مصرف قطر الإسلامي، مجلة الإبداع، الجزائر، المجلد ١١ / العدد : A01 (٢٠٢١م)، ص ٣٧٦.

(٢) د محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، ص ٧٠، بتصرف واختصار، ط: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.

ثانيا: بعض المصارف الإسلامية لم تستخدم صيغة المضاربة خلال فترة عملها مطلقا: ومن هذه المصارف بنك دبي الإسلامي، وبنك البحرين الإسلامي، وبنك قطر الإسلامي، وبنك البركة البحرين، والبنك الإسلامي لغرب السودان، وكذلك بنك البركة الموريتاني وبنك بنجلاديش الإسلامي، وتبين من خلال البيانات المصرفية أن بيت التمويل المصري السعودي لم يستخدم مطلقا صيغة المضاربة لتوظيف موارده منذ بداية نشاطه في عام (١٩٩٠م)، وحتى عام(٢٠٠٠م)[١].

ثالثا: توقف بعض المصارف الإسلامية عن التمويل بالمضاربة: تبين أن المصرف الإسلامي الدولي بالقاهرة، وبيت التمويل المصري لم يتعاملا بصيغة المضاربة منذ عام ١٩٨٦م، وكذلك تبين أن بنوك السودان الإسلامية قد أوقفت التعامل بهذه الصيغة منذ عام ١٩٨٦م بسبب قيام بنك السودان المركزي بحظر التعامل بها بحجة كثرة مخاطرها، وكذلك البنك الإسلامي الأردني الذي أوقف التعامل بالمضاربة منذ عام ١٩٨٤م[٢].

وتعود أسباب تراجع التمويل بالمضاربة في المصارف الإسلامية إلى أنها تتعرض لنوعين من المخاطر:

أولا: المخاطر الأخلاقية: حيث تعد أكثر ظهوراً في المضاربة من غيرها من الصيغ، بأن يقوم بعض العملاء بإخفاء الربح الحقيقي، وادعاء الخسارة، أو إظهار الأرباح بأقل من حقيقتها، ولأن يد المضارب يد أمانة فهو لا يضمن إلا عند التعدي

(١) المصدر السابق.

(٢) د أحمد محيي الدين، تطبيق المضاربة والمشاركة الثابتة والمتناقصة في التمويلات المصرفية، ص ١٠، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، في الفترة من ٣ – ٤ أكتوبر ٢٠٠٤م بمملكة البحرين.

والتقصير، وهذا يجعل المصرف عرضة لتحمل خطر الخسارة وأعباء المال المضارب به تجاه المودع(١).

ثانيا: مخاطر التشغيل: بسبب سوء اختيار المشروع الممول بالمضاربة لضعف كفاءة العاملين في دراسة المشروعات وتقييمها بصورة سليمة(٢).

يضاف إلى ما سبق سيطرة العقلية التقليدية على المستثمرين في الودائع إلى دفع المصارف للبحث عن مجالات الاستثمار المضمون الذي لا يتضمن أي مخاطر، فتضطر المصارف الإسلامية للبحث عن الاستثمارات قليلة المخاطر ذات العائد المرتفع، وبالتالي أصبحت تتوسع في صيغ المداينات أكثر من صيغ المشاركات لانخفاض درجة مخاطرها(٣).

(١) صادق أحمد السبئي، مخاطر صيغ التمويل والاستثمار الإسلامي من وجهة نظر العاملين في المصارف الإسلامية، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد ١٥، العدد ٢، ربيع الثاني١٤٤٠هـ/ ديسمبر ٢٠١٨م، ص ٤٨.

(٢) أحمد شوقي سليمان، المخاطر المحيطة بصيغة المضاربة وكيفية الحد منها، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، العدد ٦٢، يوليو، ٢٠١٧م، ص ٥٠.

(٣) د أحمد مجذوب، التمويل المصرفي الإسلامي بين صيغ المشاركات والمداينات، مقال بموقع الاقتصاد الإسلامي، بتاريخ ١١ نوفمبر ٢٠١٤م.

المبحث الثاني

مسؤولية الضمان في المضاربة المصرفية وموجبه

يُعد الضمان ركنا أساسيا وهاما لتطبيق ونجاح المضاربة المصرفية، ليس فقط من أجل تلبية رغبة أصحاب الأموال في توافر الضمان لأموالهم وتحقيق أكبر قدر من الربح – وهي رغبة مشروعة لا يمكن إنكارها –ولكن أيضا حرصا على نجاح تجربة المصارف الإسلامية من خلال المحافظة على هذه الأموال من الضياع، والعمل على نموها وتثميرها، وهو أمر تقره مقاصد الشريعة وقواعدها وأحكامها(١).

وعلى اعتبار أن المضارب هو من يحوز المال، ويقع على عاتقه حفظه وصيانته، وهو من يوجه إليه الاتهام عند الخسارة، مما يستلزم بيان مسؤوليته عن الضمان، وموجب هذا الضمان، ومسؤولية إثبات التعدي والتفريط الموجبين للضمان، ومدى مشروعية تحمل المضارب لهذه المسؤولية، وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول : مدى مسؤولية المُضارب عن الضمان في المضاربة المصرفية

ترتكز المضاربة على مبدأين يتميز بهما هذا العقد عن غيره من العقود الأخرى، وهما: شيوع الربح، وعدم ضمان المضارب(٢).

وبدون هذين المبدأين أو أحدهما، تتخلف أحكام المضاربة ومقاصدها، ويتحول عقد المضاربة من صيغة استثمارية مشروعية إلى عقد ربوي محرم.

---

(١) د محمد عبد المنعم أبو زيد، تطوير نظام المضاربة، ص ١٤٠، بتصرف واختصار.

(٢) د يوسف بن عبد الله الشبيلي، الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ / ٧، رسالة دكتوراة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ١٤٢٤ه.

ومن ثَمَّ أجمع الفقهاء على أن المضارب أمين على ما تحت يده من مال المضاربة، وليس مسؤولا عن الضمان في المضاربة الفردية – وكذلك في المضاربة المشتركة (المصرفية)، إلا بالتعدي أو التفريط(١).

وحجتهم في ذلك السنة والأثر والمعقول:

أما السنة: فبما رواه الدار قطني، عن عمرو بن عبد الجبار، عن عبيدة بن حسان، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، أن النبي ﷺ قال: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ، وَلَا عَلَى الْمُسْتَوْدِعِ غَيْرِ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»(٢).

وجه الاستدلال: الحديث يدل على أنه لا ضمان على من كان أمينا على عين من الأعيان(٣)، فقد نفى النبي ﷺ الضمان عن المستعير غير المُغِل، أي غير الخائن، ومثله المستودع غير الخائن، ويفهم من ذلك أنه إذا كان مغلاً وخائنا فقد ضمن، والمضارب إذا لم يكن خائنا فلا يعد خائنا، فلا ضمان عليه قياساً على المستعير والمستودَع، بجامع أن اليد في الجميع يد أمانة.

وأما الأثر: فقد روى عبد الرزاق في مصنفه، عن علي – رضي الله عنه – قال: «من قَاسم الربح فلا ضمان عليه»(٤).

وروى ابن أبي شيبة في مصنفه، عن عطاء: في الرجل يدفع إلى الرجل مالا مضاربة أنه ضامن قال: «ليس بضامن»(٥)، فالأثران يدلان صراحة على أن المضارب لا يضمن.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار ٣ / ٢٤، المبسوط ٢٢ / ١٩، الشامل في فقه الإمام مالك ٢ / ٧٩٥، مغني المحتاج ٣ / ٤١٩، المجموع ١٤ / ٣٨٣، المغني ٥ / ٢٧، المحلى ٧ / ٩٨.

(٢) رواه الدار قطني في سننه ٣ / ٤٥٦، رقم: (٢٩٦١)، (كتاب البيوع)، وفيه قال الدار قطنى: "عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع".

(٣) نيل الأوطار ٥ / ٣٥٤.

(٤) مصنف عبد الرزاق ٨ / ٢٥٣، رقم: (١٥١١٣)، مصنف ابن أبي شيبة ٤ / ٣٩٨، رقم: (٢١٤٥٦).

(٥) مصنف ابن أبي شيبة ٤ / ٥١٢، رقم: (٢٢٦٥٣) .

وأما المعقول: فقد دل على عدم مسؤولية المضارب عن الضمان من وجوه:

الأول: أن المضارب قبض المال بإذن مالكه، لا على وجه يختص به، فلا يضمن[١].

الثاني: أن المضارب لو ضمن بغير تعد ولا تفريط، لرغب الناس عن المضاربة، لكثرة ما يلحقهم من المغارم، ولا يخفى ما في العزوف عن المضاربة من إلحاق الضرر بالكثير من القطاعات الاقتصادية، كتعطيل الإنتاج، وإهدار الأيدي العاملة، وتجميد رؤوس الأموال..

الثالث: أن المضارب إما أنه أمين، أو أجير، أو وكيل، أو شريك، فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه، وأجير فيما يباشره بنفسه من العمل، وشريك إذا ظهر فيه الربح[٢]، وكل هؤلاء لا يضمنون؛ لأنهم أمناء، وقياس عقد المضاربة على هذه العقود يقتضي عدم ضمان المضارب، كسائر الأمناء[٣].

ولأهمية الضمان في عقد المضاربة، وعلى الرغم مما ذهب إليه عامة الفقهاء من أن المضارب لا يضمن ما في يده من مال المضاربة إلا بالتعدي والتفريط – على ما سيأتي تفصيله – ولإدراك الفقهاء لحاجة الناس الملحة للحفاظ على أموالهم، ولنظرهم إلى المصلحة العامة في ضمان الأموال غير المضمونة بالعقد، فقد لجأ بعض الفقهاء من الحنفية والحنابلة إلى الترخص بالحيل الفقهية لتضمين المضاربين، والأشهر منها حيلتان:

الحيلة الأولى: أن يُقْرِضَ صاحب المال المضاربَ ما يريد دفعه إليه، ثم يخرج من عنده درهمًا واحدًا، فيشاركه بالمضاربة على أن يعملا بالمالين – القرض والدرهم– جميعًا على أن ما رزقه اللَّه فهو بينهما نصفين، فإن عمل أحدهما بالمال

---

(١) تحفة الفقهاء ٣ / ٢١.

(٢) زاد المعاد في هدي خير العباد ١ / ١٥٥.

(٣) د يوسف الشبيلي، الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها ١ / ٢٧٣، مصدر سابق.

بإذن صاحبه فربح كان الرِّبح بينهما على ما شرطاه، وإن خسر كان الخسران على قدر المالين، على رب المال بقدر الدرهم، وعلى المضارب بقدر رأس المال، وإنما جاز ذلك لأن المضارب هو الذي ألزم نفسَه بالضمان بدخوله في المضاربة بمال القرض(١).

الحيلة الثانية: أن يُقرض صاحب المال مبلغا من المال للمضارب ويُشهد على ذلك، ثم يقبضه المضارب منه، فإذا قبضه دفعه إلى مالكه الأول مضاربة، ثم يدفعه رب المال إلى المضاربِ بضَاعةً، فإن هلك رأس المال فهو من ضمان المضارب؛ لأنه قد صار مضموناً عليه بالقَرْض(٢).

واستنادا إلى ذلك ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بتضمين يد الأمانة(٣)، اعتمادا على استنباطات فقهية يفهم منها توجه الضمان إلى الأمناء في العقود المالية رعاية للمصلحة، وصيانة للأموال، وحفظا للحقوق، بينما توجه بعض الفقهاء المعاصرين إلى البحث عن بدائل شرعية يمكن من خلالها حفظ أموال المضاربة، بما لا يتعارض مع التوجه الفقهي العام القاضي بعدم تضمين يد الأمانة.

المطلب الثاني : مُوجِب الضمان في المضاربة

يُوجب الضمان في المضاربة أمران: التعدي، والتفريط.

ولم يُعْن الفقهاء قديما بتحديد معيار واضح وتفصيل دقيق لمصطلحي التعدي والتفريط، وقد عبروا عنهما بعبارات وألفاظ أخرى تفيد معناهما، مثل: التضييع، والجناية على المال، والإتلاف، والخيانة.. ويفيد كل ذلك معنى واحدا، وهو العدوان على المال المؤتمن عليه بما يؤدي إلى هلاك المال كليا أو جزئيا، أو نقص منافعه،

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٥ / ٥٣، المخارج في الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني، ص ١٣٥.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦ / ٨٧، إعلام الموقعين ٥ / ١٣٢.

(٣) د نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، ص ٤٧، ٤٨.

أو انخفاض قيمته، وسواء كان المتسبب في ذلك ما قام به المضارب من فعل لممنوع، أو ترك لمطلوب، عمدا أو خطأ، مباشرة أو تسببا، طالما وجدت العلاقة السببية بين الفعل والضرر الذي لحق برأس المال(١).

ويقصد بالتعدي الموجب للضمان: كل فعل مخالف لحكم رتَّبه الشرع، أو نص عليه عقد المضاربة، فإذا فعل المضارب ما يخالف ذلك فقد تعدى ووجب عليه ضمان كل ما يترتب على فعله من أضرار، كالضياع، والهلاك، والتلف، والسرقة، والحريق، والغرق، ونحو ذلك من كل ما يلحق الضرر بالمال، وهذا التعدي هو ما يعبر عنه في القانون (الفعل الضار) الذي يرتب عليه القانون استحقاق المتضرر للتعويض(٢).

ويقصد بالتفريط: إذا ترك المضارب ما يجب عليه فعله حفاظا على المال، فنتج عن ذلك الترك هلاك المال كليا أو جزئيا، أو فقد منافعه، أو نقص قيمته.

ولا خلاف بين الفقهاء في الجملة في وجوب الضمان على المضارب بالتعدي والتفريط(٣)، على اختلاف بينهم في بعض الأفعال هل تدخل في التعدي والتفريط، أو في الفعل المأذون فيه أم لا، وحجتهم في ذلك الأثر والمعقول:

أما الأثر: فبما روي عن أبي هريرة – رضي الله عنه – قال: «إذا اشترط عليه رب المال أن لا ينزل بطن واد فنزله فهلك، فهو ضامن»(٤).

---

(١) د حسين حامد حسان، انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين، ص ٣، ضمن بحوث المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية، شركة شورى للاستشارات الشرعية، ٣-٤ نوفمبر ٢٠٠٩.

(٢) المصدر السابق، ص ٢.

(٣) المبسوط ٢٢ / ١٩، الشامل في فقه الإمام مالك ٢ / ٧٩٥، مغني المحتاج ٣ / ٤١٩، منار السبيل ١ / ٤٢٤، المحلى ٧ / ٩٨.

(٤) كنز العمال ٣ / ٩٢٢، رقم: (٩١٧)، (كتاب الإجارة من قسم الأقوال)، مصنف عبد الرزاق ٨ / ٢٥٣، رقم: (١٥١١٥)، (باب: ضمان المقارض إذا تعدى، ولمن الربح؟).

وروي عن أنس بن مالك – ﷺ– قال: " استودعت ستة آلاف فذهبت، فقال لي عمر: " ذهب لك معها شيء؟ قلت: لا، قال: فضمنني"(١).

وروي عن الشعبي في مضارب قال له صاحب المال: لا تجاوز مكان كذا وكذا، قال: «ضمن إن جاوزه»(٢).

حيث تدل هذه الآثار في مجموعها على أن المضارب يضمن إذا صدر منه ما يعد تفريطا أو تعديا، وتسبب ذلك في خسارة رأس المال أو نقصه.

وأما المعقول، فمن وجهين:

الأول: أن المضارب في حال تعديه وتفريطه، إما أن يكون ظالما، أو غاصبا، وكلاهما يتوجه إليه الضمان.

الثاني: أن عدم تضمين المضارب حال تعديه وتفريطه يُلحق الضرر بالمستثمرين، ويؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل.

صور التعدي والتفريط: من أمثلة التعدي والتفريط الموجبين للضمان والتي نص عليها الفقهاء ما يلي:

- إذا خالف المضارب ما شرطه عليه رب المال(٣).
- إذا دفع المضارب مال المضاربة إلى من يضارب به بغير إذن مالكه(٤).
- إذا أمر صاحب المال العامل أن لا يسافر بماله، فخالف، فهو متعد"(٥).
- إذا اشترى بمال القراض ما لا يحل، كالخمر والخنزير، ضمن(٦).

---

(١) مصنف ابن أبي شيبة ٤/ ٣٩٨، رقم: (٢١٤٥٤)، (باب: في المضاربة والعارية والوديعة).

(٢) المصدر السابق.

(٣) مجمع الأنهر ٢ / ٣٢٢.

(٤) الشرح الكبير للدردير ٣ / ٥٢٦، المجموع ١٤ / ٣٧٣.

(٥) المجموع ١٤ / ٣٧٣، مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات لابن حزم الظاهري، ص ٩٣.

(٦) نهاية المطلب في دراية المذهب ٧ / ٥٢٨.

- إذا خلط المضارب مال المضاربة بماله، ولم يتميزا[١].

ومن الصور المعاصرة للتعدي والتفريط في المضاربة المصرفية:

- مخالفة الأنظمة والقوانين والأعراف المصرفية والتجارية الصادرة من الهيئات الإشرافية المسؤولة عن تنظيم شؤون العمل المصرفي، ما لم تكن متعارضة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

- عدم إجراء دراسات الجدوى التمويلية الكافية للمتعاملين.

- اختيار الصيغ والآليات غير المناسبة للعمليات.

- عدم اتباع التعليمات والإجراءات المنصوص عليها في البنك.

- عدم أخذ الضمانات الكافية وفق ما تقتضيه الأعراف المعمول بها في هذا الخصوص[٢].

- أن يخاطر المضارب بمال المضاربة في أسواق المضاربات المالية، أو أن يلزمه المصرف بعدم التعامل مع جهات معينة أو مؤسسات معينة ثم يتعامل معها، .. [٣].

- أن يدلي بمعلومات غير صحيحة يترتب عليها تغرير المصرف، أو تقييم المشروع بناء على هذه المعلومات المغلوطة.

والمرجع في تحديد التعدي والتفريط ما يقرره أهل الخبرة والدراية في استثمار الأموال وتنميتها، فهم المنوط بهم البت بوقوع التعدي والتفريط من عدمه، وتقدير ما يترتب عليه من ضمانات تلحق الأمناء بناء على العرف السائد بين الناس في أسواقهم التجارية ومؤسساتهم المالية[٤].

---

(١) البيان للعمراني ٧ / ٢٢٠.

(٢) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي رقم: ٢١٢(22/8)

(٣) د يوسف الشبيلي، الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ١ / ٢٧٤.

(٤) د نزيه حماد، نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء، ص ٥.

وإذا ثبت تعدي المضارب أو تفريطه، ضَمِن المال، ولا أجرة له، وربحه لمالكه، لحصول الربح من مال غير مأذون فيه(١).

المطلب الثالث : مسؤولية إثبات التعدي والتفريط

إذا هلك مال المضاربة أو نقص، وادعى المضارب هلاكه دون تعد أو تقصير منه، فإن ما قرره الفقهاء في ذلك أن القول قول العامل، ويتحمل صاحب المال عبء إثبات تعدي المضارب وتفريطه، فإذا لم يستطع رب المال إثبات ذلك فلا ضمان على المضارب، بناء على أن المعهود في الشرع أن الأمين مصدق في قوله، حتى يثبت تعديه أو تقصيره(٢).

قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال"(٣).

واستدلوا على ذلك بالسنة، والمعقول:

أما السنة: فبما روى الإمام مسلم في صحيحه، عن ابن عباس – رضي الله عنهما– أن النبي ﷺ قال: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»(٤).

وجه الاستدلال: الحديث ظاهر الدلالة في جعل البينة على المدعي – وهو هنا رب المال – وذلك لضعف جانبه بدعواه خلاف الأصل، فلزمته البينة لكونها حجة قوية، لبعدها عن التهمة في جانبه تقوية له، واليمين على من أنكر – وهو هنا المضارب – لقوة جانبه لموافقته الأصل، وهو براءة ذمته، فكفاه اليمين – لكونها

---

(١) مطالب أولي النهى ٣ / ٥١٠.

(٢) الشرح الكبير للدردير ٤ / ١٤٤، مغني المحتاج ٣ / ٤١٩، مطالب أولي النهى ٣ / ٤٨١.

(٣) المغني لابن قدامة ٥/ ٥٥.

(٤) صحيح البخاري ٦ / ٣٥، رقم: (٤٥٥٢)، (كتاب تفسير القرآن - بَابُ "إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا، أُولَئِكَ لاَ خَلاَقَ لَهُمْ")، صحيح مسلم ٣ / ١٣٣٦، رقم: (١٧١١)، (كتاب الأقضية – باب اليمين على المدعى عليه)، واللفظ لمسلم.

حجة ضعيفة لقربها من التهمة– في جانبه، فتعادلا، والمدعي: من يذكر أمرا خفيا، والمدعى عليه: من يذكر أمرا ظاهرا(١).

وأما المعقول، فمن وجوه:

الأول: أن صاحب المال يدعي أمرا خلاف الأصل، وهو لزوم الضمان على المضارب، ولذلك كُلف الحجة القوية، وهي البينة، ووجب عليه تحمل عبء إثبات تعدي المضارب وتفريطه، اعتبارا لضعف جانبه، وافتقاره إلى ما يقويه ويرفع عنه الوهن(٢).

الثاني: أن المضارب نائب عن رب المال في التصرف، فلا يضمن من غير تفريط كالمودع(٣).

الثالث: أن المضارب أمين، وأجير، ووكيل، وشريك، فأمين إذا قبض المال، ووكيل إذا تصرف فيه، وأجير فيما يباشره بنفسه من العمل، وشريك إذا ظهر فيه الربح(٤).

المطلب الرابع : تحمل المضارب مسؤولية إثبات عدم التعدي والتفريط

إذا كان الأصل الذي قرره الفقهاء قديما هو أن يتحمل صاحب المال مسؤولية إثبات التعدي والتقصير عند هلاك رأس المال أو نقصه، فإن ذلك مما ينبغي إعادة النظر فيه في الاستثمار بالمضاربة المصرفية، فإن المؤسسات المالية صارت تلزم المتعاملين معها بضرورة الإفصاح عن بياناتهم المالية، وأعمالهم الاستثمارية،

(١) شرح الأربعين النبوية للمناوي ص ١٦٥، ١٦٦.

(٢) د نزيه حماد، نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء، ص ٨.

(٣) المجموع ١٤ / ٣٨٣.

(٤) زاد المعاد ١ / ١٥٤، ١٥٥.

وأساليب مواجهتهم لمخاطر الاستثمار، صيانة لأموال المودعين، إذ البنك هو المسؤول الأول عن التعامل المباشر مع المضاربين، وهو الملزم بفرض ما يراه من ضمانات وإجراءات تحفظ أموال المستثمرين، ومن ثم صار ادعاء المضاربين الخسارة أو الإفلاس من غير دون تقديم الحجج والبراهين والوثائق المؤيدة لذلك دعوى يخالفها الواقع، ولا تتناسب مع طبيعة الاستثمار في العصر الحاضر.

واستنادا إلى ذلك فقد ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى القول بنقل عبء إثبات عدم التعدي والتقصير إلى المضاربين، وإلا توجه إليهم الضمان(١).

وفيما يلي بيان الأدلة والأسباب التي جعلت من القول بتحمل المضارب عبء إثبات عدم التعدي والتفريط ضرورة معاصرة لحماية أموال المستثمرين، وذلك على فرعين:

الفرع الأول

أدلة تحمل المضارب مسؤولية إثبات عدم التعدي والتفريط

استدل القائلون بذلك ببعض الأدلة المستمدة من مقاصد الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة المتعلقة بحفظ الأموال، وصيانتها عن الإهدار والتضييع، ومن هذه الأدلة ما يلي:

الدليل الأول: الاستناد إلى قاعدة: (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)(٢)، وتوضيح ذلك، أن العرف الذي كان سائدا في الأزمة السابقة هو قبول قول الأمناء – ومنهم المضاربون – وعدم تضمينهم، أما في هذا الزمان فقد تغير هذا العرف، وأصبحت جميع المصارف والمؤسسات المالية وما يلحق بها من مضاربين وعملاء

(١) د نزيه حماد، نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء، ص ٨، د حسين حامد حسان، انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين، ص ٣.

(٢) د محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة ١ / ٣٥٣، دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.

ملزمون بتقديم كافة البيانات عن أنشطتهم المالية، وأعمالهم الاستثمارية، وأساليبهم في مواجهة مخاطر الاستثمار، والضمانات التي تأخذها من المضاربين والعملاء صيانة لأموال المودعين، وأضحى ادعاء هذه المؤسسات أو هؤلاء المضاربين خسارة رأس المال دون تقديم الوثائق والأدلة والبراهين على الخسارة لا قيمة له عرفا ولا قانونا(١).

الدليل الثاني: الاستدلال بقاعدة: (ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين)(٢)، واليقين هنا إما رد المال إلى صاحبه، عملا بقول النبي ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"(٣)، وإما إقامة البينة على عدم التعدي والتفريط في حال ادعاء التلف والخسارة.

الدليل الثالث: القياس على طلب البينة من الصناع على عدم التعدي إذا تلفت الأموال في أيديهم، بناء ما قرره المالكية(٤)، والحنابلة(٥)، ولا فرق بين الصناع والمضاربين في لزوم البينة على عدم التعدي عند دعوى التلف أو الخسارة، سيما في هذا الزمان الذي تفشى فيه الكذب، وانتشرت الخيانة، وضعف فيه سلطان الدين على النفوس، والجامع بين الصناع والمضاربين، أنهم يحوزون المال لمصلحة مشتركة بينهم وبين أصحاب الأموال، فيعامل المضارب معاملة الصانع في نقل عبء الإثبات(٦).

---

(١) د نزيه حماد، نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط ، ص ١٣، مصدر سابق.

(٢) المنثور في القواعد الفقهية ٣ / ١٣٥، قواعد الفقه لمحمد عميم الإحسان المجددي ص ١١٤.

(٣) رواه الترمذي في سننه ٢ / ٥٥٧، رقم: (١٢٦٦)، (أبواب البيوع – باب ما جاء في أن العارية مؤداه)، وقال الترمذي: "هذا حديث حسن".

(٤) المدونة ٤ / ١٣٧، الكافي في فقه أهل المدينة ٢ / ٧٥٨.

(٥) المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين لأبي يعلى ١/ ٤٢٩.

(٦) د حسين حامد حسان، انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين،ص ١٥،مصدر السابق.

الفرع الثاني

أسباب تحمل المضارب مسؤولية إثبات عدم التعدي والتفريط

ثمة أسباب وقرائن تتعلق بتلف رأس مال المضاربة أو خسارته تؤكد مسؤولية المضارب عنهما، وتبرهن على تعديه وتفريطه، ومن ثم يضعف جانب المضارب في دعوى الخسارة، ويتحول من كونه مدعيا عليه يكتفى بيمينه، إلى مدع مطالب بإقامة البينة على عدم التعدي والتفريط، وأهم هذه الأسباب ما يلي:

السبب الأول: التهمة: المقصود بالتهمة هنا تكذيب دعوى المضارب هلاك مال المضاربة أو خسارته دون تعد منه، بناء على غلبة الظن المستندة إلى أسباب مقبولة يقدرها أهل الخبرة والدراية بالمعاملات المالية، وقد نص الفقهاء على أن التهمة سبب شرعي يوجب انتقال عبء إثبات عدم التعدي إلى الأمين في مسائل فقهية كثيرة(١).

فإذا ادعى المضارب بعد ذلك الخسارة أو التلف فإنه يكون متهما بالكذب والخيانة لنفي الضمان عن نفسه، وقد جاء في القواعد الفقهية أن "قول المتهم ليس بحجة"(٢)، وتعتبر هذه التهمة سببا كافيا لتحملهم عبء إثبات عدم التعدي والتفريط، فإن أقاموا البينة على ذلك، قُبِل قولهم وبرئت ذمتهم من الضمان، وإلا ضمنوا(٣).

السبب الثاني: تكذيب التجار: إذا ادعى المضارب التلف أو الخسارة دون تعد منه، فقد جعل بعض الفقهاء تكذيب التجار له سببا لعدم قبول دعواه، ومن ثم يصير ملزما بإقامة البينة على صدق ما يدعيه، جاء في حاشية العدوي:"ويقبل قول العامل أي مع يمين، وإن لم يكن متهما في تلفه المال وخسره وضياعه، إلا أن يكذبه التجار"(٤).

---

(١) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣ / ٣٣٦، شرح مختصر خليل للخرشي ٥ / ٢٥٦، التمهيد ٦/ ٤٣٩.

(٢) محمد عميم الإحسان المجددي البركتي، قواعد الفقه، ص ٩٩.

(٣) د نزيه حماد، نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط، ص ١٨، مصدر سابق.

(٤) حاشية العدوي على كفاية الطالب ٢ / ٢٠٨.

ويُلحق بالتجار في عقود المضاربة المعاصرة أصحاب المهن المماثلة للأنشطة الاقتصادية التي يقوم بها المضارب، حيث يُعد تكذيب أصحاب المصانع، أو المزارع، أو الشركات للمضارب الذي يدعي التلف أو الخسارة سببا لعدم قبول دعواه، طالما أنهم يشتركون في العمل بأنشطة اقتصادية مماثلة.

السبب الثالث: دلالة الحال: والمقصود بدلالة الحال في الاصطلاح الفقهي: "قرائن وشواهد وأمارات ظاهرة قائمة تُنبيء بحدوث أمر يغير حالة الأصل، وهي بمثابة دليل على كذب من يتمسك بهذا الأصل"(١)، ودلالات الأحوال مقدمة في النظر الفقهي على الأصل عند التعارض في أبواب فقهية متعددة، اعتمادا على ما قرره الفقهاء من أن الأمارات الظاهرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل(٢).

ويُعد أيضا من دلالة الحال الموجب لنقل عبء الإثبات، تقارير الجهات الرقابية، كتقارير البنك المركزي، ووزراة الاستثمار، وتقارير التدقيق الداخلي والخارجي الشرعي والمالي التي يقوم بها المصرف على نشاط مدراء الاستثمار، فدعوى المضارب الخسارة على خلاف هذه التقارير سبب موجب لنقل عبء إثبات عدم التعدي للمضارب، لمخالفة دعواه لدلالة الحال.

السبب الرابع: ادعاء المضارب خلاف نتائج دراسة الجدوى: دراسة الجدوى هي عبارة عن كافة الدراسات القانونية والمالية والتسويقية والاقتصادية، التى تُمكِّن من توفير قدر من البيانات أو المعلومات التي تساعد متخذ القرار الاستثماري في اتخاذ قراره بما يحقق أهدافه(٣).

---

(١) د مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام ٢ / ١٠٦٨.

(٢) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية ١ / ٥١، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام٢ / ٧٠.

(٣) د أحمد عيد عبد الحميد، ضمان جهات إصدار الصكوك الشرعية لنتائج دراسات الجدوى، ص ٢٥، مجلة كلية الشريعة والقانون جامعة الأزهر بالقاهرة، العدد السابع، ٢٠١٤ م.

وتُعد دراسة جدوى المشروع المستند الشرعي والقانوني الذي يتم على أساسه قيام المصرف بمنح التمويل للمضارب، فهي بمثابة العقد الملزم الموجب للمسؤولية عند الإخلال ببنوده، نظرا لما تتضمنه هذه الدراسة من بيانات وافية قائمة على أسس من الخبرة والدراية.

فإذا ادعى المضارب هلاك رأس المال أو خسارته على خلاف نتائج دراسة الجدوى التي أعدها بنفسه وأقر نتائجها، وفقا للأصول الفنية، والدراسة السوقية المتضمنة لفرص تحقيق الأرباح، ومواجهة المخاطر المحتملة للاستثمار، كان متهما في دعوى الخسران دون تعد أو تفريط، وبالتالي يكون المضارب ملزما بإقامة الدليل على أن نشاطه لم يحقق النتائج المثبتة في دراسة الجدوى لأسباب لا يد له فيها، وادعاء المضارب ما يخالف نتائج دراسة الجدوى من باب التغرير بالقول، والتغرير بالقول كالتغرير بالفعل موجب بالضمان، فلا أقل من أن يكون هذا التغرير سببا ينقل عب إثبات عدم التفريط للمضارب(١).

هذه هي أهم الأسباب الموجبة لتحمل المضارب المسؤولية عن إثبات عدم تعديه وتقصيره، بحيث إذا توفر واحد أو أكثر من هذه الأسباب لم يصدق في دعواه المجردة بعد التعدي حتى يثبت ذلك بالفعل.

(١) د حسين حامد حسان، انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين، ص ٢٨، ٢٩.

المبحث الثالث

اشتراط ضمان رأس المال وأثره على عقد المضاربة

سبق أن الأصل أن المضارب أمين، لا يضمن رأس مال المضاربة إلا إذا هلك بجناية منه أو تفريط أو تضييع، وأن يده على رأس المال يد أمانة لا يد ضمان، ومعنى كون يد المضارب يد أمانة، أنه أمين لا يتحمل ما يقع من خسارة أو تلف ما تحت يده من الأموال، إلا بالتعدي أو التقصير، وهذا إذا لم يشترط صاحب المال الضمان على المضارب لما تحت يده من مال المضاربة، ولم يلزمه بذلك.

والكلام في هذه المسألة عن حكم إلزام المضارب بالضمان، وأثر اشتراط ضمان رأس المال على عقد المضاربة، وبيان ذلك في هذين المطلبين:

المطلب الأول

حكم إلزام المضارب بالضمان في عقد المضاربة

اختلف الفقهاء في حكم إلزام المضارب بضمان رأس مال المضاربة، واشتراط ذلك عليه على قولين:

القول الأول: لا يجوز إلزام المضارب بالضمان، واشتراط ذلك عليه باطل، وبه قال جمهور الفقهاء من الحنفية[١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة في المعتمد المشهور من المذهب[٤]، والظاهرية[٥]،وبهذا قال الثوري، وإسحاق، وابن المنذر[٦]، وبذلك صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة[٧].

---

(١) الجوهرة النيرة ١/ ٢٩١، بدائع الصنائع ٦ / ٨٠.

(٢) الشرح الكبير ٣ / ٥٢٣، بداية المجتهد ٤ / ٢٢، المنتقى شرح الموطأ ٥ /١٥٣.

(٣) المجموع ١٤ / ٣٨٣.

(٤) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل ٢ / ١٥٩، المغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٧.

(٥) المحلى ٧ / ٩٨.

(٦) المغني لابن قدامة ٦/ ٤٣٧.

(٧) قرار رقم: ٣٠ (٣/٤).

واستدلوا على ما ذهبوا إليه بالسنة، والأثر، والمعقول:

أما السنة: فاستدلوا بعموم قول النبي ﷺ: "إن دماءكم وأموالكم حرام عليكم.."[١].

وجه الاستدلال: أن اشتراط الضمان على المضارب، وتغريمه عند التلف ولو لم يكن متعديا استحلال لمال حرمه الله تعالى.

وأما الأثر:

١- فقد روى ابن أبي شيبة، عن الحسن، أنه سُئل عن رجل دفع إلى رجل مالا مضاربة وضمنه إياه، قال: الربح بينهما، ولا يلتفت إلى ضمانه[٢].

٢- وروي عن عكرمة، قال: «كل شرط في مضاربة فهو ربا» وهو قول قتادة[٣].

فدل ذلك على أن شرط الضمان على المضارب باطل، ولا ينفذ.

واستدلوا من المعقول على ما ذهبوا إليه بما يلي:

أولا: أن اشتراط الضمان على المضارب ينافي مقتضى العقد في المضاربة الذي هو الأمانة، وكل شرط يخالف مقتضى العقد باطل؛ لأنه مفوّت لموجَب العقد[٤].

ونوقش هذا الاستدلال: بأنه إن أريد بذلك أنه ينافي العقد المطلق، فهذا لا يضر؛ لأن هذا حال كل شرط زائد، وإن أريد أنه ينافي العقد المطلق والمقيد (أي ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد)، فهذا يحتاج إلى دليل، ولا يوجد دليل من كتاب

---

(١) رواه مسلم في صحيحه ٢ / ٨٨٦، رقم: (١٢١٨)، (كتاب الحج – باب حجة النبيﷺ)، والترمذي في سننه ٤ / ٣١، رقم: (٢١٥٩)، (أبواب الفتن - بَابُ مَا جَاءَ دِمَاؤُكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ)، وقال الترمذي: "وَهَذَا حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ".

(٢) مصنف ابن أبي شيبة ٤ / ٥١٣، رقم: (٢٢٦٥٥)، (باب شرط الضمان في المضاربة).

(٣) المصدر السابق.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٢ / ١٩.

أو سنة أو قياس صحيح على أن اشتراط الضمان على الأمين ينافي مقصود الشارع أو مقصود العقد(١).

ثانيا: أن اشتراط الضمان على المضارب يوقعه في غرر زائد على غرر القراض نفسه(٢)، ووجه زيادة الغرر: أن المضارب في حالة طروء الخسارة يخسر مرتين، الأولى: يخسر بتفويت جهوده وعمله بلا عائد، والأخرى: يتحمل خسارة رأس المال(٣).

ثالثا: أن اشتراط الضمان على المضارب يعتبر إخلالا بمبدأ المخاطرة في الاستثمار، الذي أساسه العدل بين الحقوق والالتزامات، والموازنة بين المغانم والمغارم، فالمضارب حال إلزامه بالضمان يجتمع عليه مغرمان: خسارة جهده وعمله، وتعويض رأس المال، بينما رب المال يتمتع بالمغنمين؛ ضمان رأس ماله، وحصول العائد(٤).

القول الثاني: يجوز إلزام المضارب بالضمان واشتراط ذلك عليه، فلو اشترط صاحب المال الضمان على المضارب يصح ولزمه الضمان، وإليه ذهب الإمام أحمد في رواية(٥)، واختاره الشوكاني(٦)، وبه قال من المعاصرين الدكتور نزيه حماد(٧)، والدكتور سامي حمود(٨)، **واستدلوا على ذلك من السنة والمعقول:**

---

(١) د نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، ص ٤٨، ٤٩.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٢ / ١٩.

(٣) د أشرف محمد هاشم، التمويل بعقد المضاربة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة، ص ٦.

(٤) المصدر السابق، ص ٧.

(٥) المغني ٥ / ٣٩٧.

(٦) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ص ٥٨٧.

(٧) د نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، ص ٤٧، ٤٨.

(٨) د سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٤٠٠.

أما السنة: فبما رواه الإمام أحمد في مسنده عن أُميَّةَ بن صفوان بن أمية عن أبيه أن النبي ﷺ استعار منه أدراعا يوم حنين، فقال: "أغصب يا محمد؟ فقال: لا، بل عارية مضمونة، قال: فضاع بعضها، فعرض عليه رسول الله ﷺ أن يضمنها له، قال: أنا اليوم يا رسول الله في الإسلام أرغب"(١).

وجه الاستدلال: أن النبي ﷺ جعل لفظ (مضمونة) صفة مخصصة، أي أستعيرها منك عارية مشروطا فيها الضمان، مما يدل على أن اشتراط ضمان العارية على المستعير الأمين صحيح وملزم، فكذلك المضارب(٢).

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن الحديث مضطرب الإسناد، فإن فيه شريكا القاضي، وهو متهم بالتدليس(٣)، وفيه العمري، وهو ضعيف(٤).

وأجيب: بأن الحديث له شواهد من طرق أخرى، فقد أخرجه الحاكم من طريق جابر ابن عبد الله – رضي الله عنهما– وقال: " صحيح الإسناد ولم يخرجاه"، أي البخاري ومسلم(٥).

الوجه الثاني: التفريق بين ضمان العارية والمضاربة، فالعارية ليست من عقود المعاوضات، والجهالة فيها مغتفرة، بينما المضاربة من عقود المعاوضات، والتزام الضمان فيها يحولها إلى قرض، ويوقع في صريح الربا(٦).

أما المعقول، فاستدلوا به على ضمان المضارب بالشرط من وجوه:

---

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٤٥ / ٦٠٦، ٦٠٧، رقم: (٢٧٦٣٦)، (حديث صفوان بن أمية، والحاكم في المستدرك على الصحيحين ٣ / ٥١، رقم : (٤٣٦٩)، وقال: " صحيح الإسناد ولم يخرجاه".

(٢) د نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، ص ٥٠، مصدر سابق.

(٣) خلاصة البدر المنير ٢ / ٩٧.

(٤) التلخيص الحبير ٣ / ١١٧.

(٥) المستدرك على الصحيحين ٣ / ٥١، رقم : (٤٣٦٩).

(٦) نصب الراية ٣ / ٣٧٧، البدر المنير ٦ / ٧٤٨.

الوجه الأول: أن هذا الاشتراط مبناه التراضي بين الطرفين، إذ إن هذا المضارب قد رضي لنفسه بقبول شرط الضمان عليه، والتزام ما لم يكن يلزمه، فيجوز؛ لأن التراضي هو المناط في تحليل أموال العباد(١).

الوجه الثاني: أنه إذا جاز تضمين الأمناء جبرا بدون رضاهم عند جريان العرف بذلك، كما قرره بعض الحنفية(٢)، والمالكية(٣)، فلأن يجوز تضمينهم بالشرط أولى، لأن مبنى تضمينهم بمقتضى العرف إنما هو اعتباره بمنزلة الشرط، فحيث ثبت الحكم بالتضمين في المقيس، فإنه يكون ثابتا ومقررا في المقيس عليه لا محالة(٤).

الوجه الثالث: تخريج القول بتضمين المضارب بالشرط على ما جاء عند بعض الفقهاء من جواز تضمين الأجير المشترك(٥).

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ص ٥٨٧.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦ / ٦٧.

(٣) الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤ / ٢٧.

(٤) د نزيه حماد، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي، ص ٥٠، ٥١.

(٥) **الأجير المشترك**: هو الذي يكون عمله في يد نفسه لمستأجره، مع عمله لمستأجر آخر، كالقصابين، والخياطين في حوانيتهم.. ولا خلاف بين الفقهاء في وجوب الضمان على الأجير المشترك إذا تلف المال في يده بجنايته وعدوانه؛ لأن الأمانات تضمن بالجنايات.

وإن تلف ما في يده بغير جنايته ولا عدوانه ففي وجوب ضمانه قولان:

القول الأول: ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية، والمالكية في المشهور من المذهب، والشافعية في قول، والحنابلة في رواية، إلى أن ضمان الأجير المشترك ثابت ولو شرط نفيه، وسواء عمل بأجرة أو بغير أجرة، إلا أن تقوم بينة على تلفه بغير تفريط ولا تعد، لما روي عن عمر وعلي - رضي الله عنهما - أنهما كانا يضمنان الأجير المشترك؛ ولأن الحفظ مستحق عليه، ولأنه تصرف في ملك غيره لمنفعة نفسه، فوجب أن يكون من ضمانه كالمستعير، ولأن المصلحة العامة تقتضي تضمينهم.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة وزفر، والشافعية في قول ثان، والحنابلة في الرواية الأصح في المذهب، والظاهرية، إلى أن الأجير المشترك لا يضمن؛ لأنه لا يجب الضمان إلا على المتعدي لقوله عز وجل: **{فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ}** [البقرة: ١٩٣]، ولم يوجد التعدي من الأجير؛ ولأنه مأذون في القبض، والهلاك ليس من صنعه فلا يجب الضمان عليه، ولأن الأجير أخذ المال لمنفعة نفسه ومنفعة مالكه، فوجب أن لا يضمنه.

ووجه الاتفاق بين تضمين المضاربين وتضمين الأجير المشترك هو المصلحة، ومسيس الحاجة إلى تضمينهم، لانفرادهم بالعمل، وترجيح جانب التفريط في حقهم(١).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن قياس تضمين المضارب على تضمين الأجير المشترك قياس فاسد لسببين:

السبب الأول: أن حكم تضمين الأجير المشترك قال به بعض الفقهاء، ولم يثبت بنص أو إجماع(٢)، ومن القواعد المقررة في أصول الفقه أن الحكم الذي يصح القياس عليه يجب أن يكون ثابتا في نفسه، وأن يكون دليل ثبوته نصا أو إجماعا(٣).

السبب الثاني: أن من شروط القياس أن تكون العلة متساوية في تحققها بين الفرع والأصل(٤)، وهذا غير متحقق في مسألتنا: فعلة الضمان في الأجير المشترك على القول به هو أن الصناع يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ، فإذا لم يضمنوا حملهم ذلك على تضييع تلك الأعيان.

الترجيح

وبعد النظر في قولي الفقهاء في إلزام المضارب بالضمان، وما استدلوا به، يترجح لدي رأي الجمهور بعدم جواز إلزام المضارب بالضمان، وذلك لما استدلوا

ينظر في تفصيل المسألة المراجع الآتية: (بدائع الصنائع ٤ / ٢١٠، حاشية ابن عابدين ٦ / ٦٧، أسهل المدارك٢/ ٣٣٧، ٣٣٨، الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤ / ٢٧، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٤٤/٤، الحاوي الكبير ٧ / ٤٢٦، ٤٢٧، المغني لابن قدامة ٥ / ٣٩٥، المحلى ٤ / ٢٢).

(١) د سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ص ٤٠٢.

(٢) د حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، ص ٣٥، من منشورات البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ١٤٢١ه، د محمد المختار المهدي، مقال بعنوان: " بيان من بعض علماء الأزهر عن حرمة معاملات البنوك"، منشور بمجلة البيان ٤٥ / ١٦.

(٣) شرح مختصر الأصول من علم الأصول، للمناوي، ص ١٠٢.

(٤) تيسير التحرير ٣ / ٢٩٥.

به، ولأنه يتفق مع الأصل في المسألة من أن يد المضارب على ما تحت يده من مال المضاربة يد أمانة.

وبعدم جواز اشتراط ضمان رأس مال المضاربة صدرت عدة قرارات من هيئات شرعية معاصرة، منها ما يلي:

- قرار من مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨-٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ه، الموافق ٦- ١١ شباط (فبراير) ١٩٨٨م، وكان من بين قرارات هذه الدورة: "لا يجوز أن تشتمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بَطَلَ شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل"(١).

- فتاوى ندوات البركة: ندوة البركة الخامسة، الفتوى رقم(١)، بعد استعراض البحوث المقدمة للندوة، وبعد الاستماع إلى المناقشات التي دارت بشأنها، قررت اللجنة أن شرط ضمان العامل لرأس المال ينافي مقتضى العقد فلا يجوز(٢).

المطلب الثاني : أثر اشتراط ضمان رأس المال على عقد المضاربة

اختلف الفقهاء القائلون بمنع إلزام المضارب بالضمان واشتراطه عليه في أثر هذا الشرط على عقد المضاربة من حيث صحة العقد وفساد الشرط، أو فسادهما معا، والحاصل من ذلك قولان:

---

(١) قرار رقم: ٣٠ (٣/٤).

(٢) قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي، ص ٧١، قرار رقم: (١/٥).

القول الأول: يصح العقد ويبطل الشرط، **وبه قال** الحنفية[١]، والحنابلة[٢]، واستدلوا على بطلان الشرط بعموم الأدلة السابقة على عدم جواز اشتراط الضمان على المضارب.

واستدلوا على صحة عقد المضاربة رغم بطلان شرط الضمان بالسنة والمعقول:

أما السنة: فقد روى البخاري، عن عائشة – رضي الله عنها – قالت: جاءت بريرة، فقالت: إني كاتبت أهلي على تسع أواق، في كل عام أوقية، فأعينيني، فقالت عائشة: إن أحب أهلك أن أعدها لهم عدة واحدة، وأعتقك فعلت، ويكون ولاؤك لي، فذهبت إلى أهلها فأبوا ذلك عليها ... فسمع بذلك رسول الله ﷺ فسألني، فأخبرته، فقال: خذيها، فأعتقيها، واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق، قالت: عائشة، فقام رسول الله ﷺ في الناس، فحمد الله، وأثنى عليه، ثم قال: أما بعد، ما بال رجال منكم يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، فأيما شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، وإن كان مائة شرط، فقضاء الله أحق، وشرط الله أوثق ..."[٣].

وجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ أبطل الشرط وحده، وأبقى العقد صحيحًا، فدل الحديث على أن الشرط الذي يخالف مقتضى العقد يبطل وحده، ولا يبطل معه العقد، ومنه هذه المسألة، حيث تطرق البطلان إلى الشرط الذي وضعه المتعاقدان، فيبطل الشرط وحده، فوجوده كعدمه، ويصح العقد[٤].

---

(١) الجوهرة النيرة ١/ ٢٩١، بدائع الصنائع ٦ / ٨٠، البحر الرائق ٢٧٤/٧، فتح القدير ٨ / ٤٥١.

(٢) المغني ١٦٥/٥، المبدع ١٠/٥، الإنصاف ٦ /١١٣.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٣ / ٧٣، رقم: (٢١٦٨)، (كتاب البيوع - بَابُ إِذَا اشْتَرَطَ شُرُوطًا فِي البَيْعِ لاَ تَحِلُّ)، ومسلم في صحيحه ٢ / ١١٤٢، رقم : (١٥٠٤)، (كتاب العتق - باب إنما الولاء لمن أعتق).

(٤) دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ١٥ /٨٠، مصدر سابق.

ونوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن قول الرسول ﷺ "اشترطي لهم الولاء": بمعنى عليهم، فاللام بمعنى على، ومثله قوله تعالى {ولهم اللعنة} أي عليهم اللعنة(١).

وأجيب: بأن الولاء ثابت للمعتق، فلا حاجة لاشتراطه(٢).

الوجه الثاني: أن قياس الشروط المالية على شرط غير مالي وهو اشتراط الولاء غير صحيح، فالولاء ليس مالاً، ولا يصح بيعه، بخلاف اشتراط الضمان فإن اشتراطه سيكون له قيمة في العقد؛ لأن نصيب العامل الضامن من الربح سيكون أكبر من نصيبه مع عدم الضمان، فكان الضمان مقابلًا جزء من الربح، فإذا أبطلنا الشرط فلا بد أن نبطل عوضه(٣).

وأما المعقول: فلأن الشرط الفاسد الذي يؤدي لبطلان العقد هو الذي يؤدي إلى جهالة الربح، لأن الجهالة تفضي إلى التنازع، وما عدا ذلك فلا يفسد العقد، وشرط الضمان لا يؤدي لجهالة الربح، فلا يفسد العقد(٤).

القول الثاني: إذا شرط على المضارب ضمان رأس المال، بطل العقد والشرط معا، ويستحق المضارب أجرة المثل، وإلى ذلك ذهب المالكية(٥)، والشافعية(٦)، **واستدلوا على ذلك بالسنة والمعقول:**

---

(١) مجموع الفتاوى ٢٩ / ٣٣٧.

(٢) د يوسف الشبيلي، الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ ١٠، مصدر سابق.

(٣) دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ١٥ /٨٠، مصدر سابق.

(٤) د يوسف الشبيلي، الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ / ١١.

(٥) الشرح الكبير ٣ / ٥٢٣، بداية المجتهد ٤ / ٢٢، المنتقى شرح الموطأ ٥ /١٥٣.

(٦) المجموع ١٤ / ٣٩٢، الحاوي الكبير ٧ / ٣٣٢.

أما السنة: فقد روى البخاري ومسلم، عن عائشة – رضي الله عنها– أن النبي ﷺ قَالَ: "مَا بَالُ أُنَاسٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ، مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطًا لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ، وَإِنِ اشْتَرَطَ مِائَةَ شَرْطٍ، شَرْطُ اللَّهِ أَحَقُّ وَأَوْثَقُ"(١).

وجه الاستدلال: أن اشتراط الضمان على الأمين شرط ليس في كتاب الله تعالى، أي في حكمه، فيكون باطلا(٢).

ونوقش من وجهين:

الوجه الأول: أنه لم يثبت دليل من الكتاب أو السنة على تحريم اشتراط الضمان في

الأمانات، وإذا لم يثبت فإن التزام مثل هذا الشرط لا يكون ممنوعا، ولا يؤثر في صحة العقد؛ لأن الأصل في الشروط الصحة والجواز(٣).

الوجه الثاني: أن بطلان الشرط لا يستلزم بطلان العقد، فقد يبطل الشرط ويصح العقد.

وأما المعقول، فمن وجوه:

الأول: أن اشتراط ضمان رأس المال على المضارب يقلب العقد من كونه مضاربة إلى كونه قرضا، ويحوّل المضارب من كونه وكيلا أمينا إلى كونه مقترضا ضامنا فلا يجوز، لأن هذه المعاملة في حقيقتها قرض يجرُّ نفعا، وقد عُلِم بالضرورة من قواعد الفقه وأصوله أن العبرة في العقود بحقائقها ومعانيها، لا بصورها وألفاظها(٤).

---

(١) صحيح البخاري ٣ / ٧١، رقم: (٢١٥٥)، (كتاب البيوع - بَابُ إِذَا اشْتَرَطَ شُرُوطًا فِي البَيْعِ لاَ تَحِلُّ)، صحيح مسلم ٢ / ١١٤٢، رقم: (١٥٠٤)، (كتاب العتق)، (باب إنما الولاء لمن أعتق) .

(٢) دبيان بن محمد الدبيان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة ١٥ /٧٠، مصدر سابق.

(٣) المصدر السابق ١٥ /٧١.

(٤) زاد المعاد ٥ / ١٨٢.

الثاني: أن اشتراط الضمان على المضارب يعني اشتراط دراهم معلومة لصاحب المال، واشتراط دراهم معلومة لصاحب المال لا يجوز، قال ابن المنذر: "وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة"(١).

الثالث: أن شرط الضمان على المضارب نقل للضمان عن محله، فاقتضى ذلك فساد العقد والشرط، كما لو اشترى شيئا وشرط على البائع ضمانه أبدا(٢).

الترجيح

والذي يتبين رجحانه مما سبق ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من أن اشتراط الضمان على المضارب يفسد الشرط والعقد معا، وذلك لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارضة.

ويضاف إلى ما استدلوا به أن شرط الضمان على العامل يؤدي إلى زيادة الغرر في المضاربة، وذلك لأن نصيب المضارب من الربح مع شرط الضمان أكبر من نصيبه مع عدم الضمان، فإذا فسد شرط الضمان وصح العقد فقد جهل كل من المضارب ورب المال نصيبه من الربح، والجهالة بالربح تفسد العقد، لأن من شروط العقد أن يكون نصيب كل منهما من الربح معلوما.

وعليه فإذا شرط صاحب المال على المضارب ضمان رأس المال فقد فسد الشرط والعقد معا، واستحق المضارب أجرة المثل، وتثبت هذه الأجرة في ذمة المالك، سواء حصل ربح أم لا(٣).

---

(١) الإقناع في مسائل الإجماع ٢ / ١٩٩، المغني ٥ / ٢٨.

(٢) المنتقى شرح الموطأ ٥ / ١٥٣.

(٣) المنتقى شرح الموطأ ٥ / ١٥٣، الشرح الكبير للدردير ٣ / ٥٣٠.

المبحث الرابع

البدائل المقترحة لضمان رأس مال المضاربة

إن رفض بعض صيغ الضمان التي تجريها بعض المصارف الإسلامية في مضارباتها لا يعني رفض مبدأ الضمان من أساسه، وإنما يعني ضرورة البحث عن الأساليب والوسائل التي تحقق الضمان لهذه الأموال وفق المباديء والقواعد الشرعية(١).

ونظرا لأهمية الضمان ودوره في حماية أموال المستثمرين عموما، والمضاربين في القطاع المصرفي خصوصا، ونظرا لما تم ترجيحه من أن المضارب لا يضمن، ظهرت مقترحات متعددة مبنية على تخريجات فقهية تتضمن إيجاد بدائل شرعية لمشكلة الضمان في المضاربة المصرفية، وأبرز البدائل المقترحة ما يلي:

١-إلزام المصرف بضمان رأس مال المضاربة.

٢-تبرع المضارب بالضمان.

٣-تبرع طرف ثالث بالضمان.

٤-التأمين التعاوني بين المستثمرين.

وفيما يلي عرض هذه المقترحات، والتحليل الفقهي لها.

المطلب الأول

إلزام المصرف بضمان رأس مال المضاربة

يتم بمقتضى هذا المقترح إلزام المصرف الإسلامي المتلقي للودائع الاستثمارية بضمان رأس المال، ورد قيمة الوديعة الاستثمارية كاملة حال خسارة المشروع.

وثمة قولين للفقهاء المعاصرين في مسألة تضمين المصرف في المضاربة المصرفية:

(١) د محمد عبد المنعم أبو زيد، نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية، ص ١٤٠.

القول الأول: لا يجوز تضمين المضارب مطلقا، لا فرق بين كون هذا المضارب شخصا أو جهة، ولا بين أن تكون المضاربة خاصة أو مشتركة، ويعتمد هذا الاتجاه على ما أجمع عليه الفقهاء القدامى من أن يد المضارب يد أمانة، وأن إلزامه بالضمان باطل لمخالفته لمقتضى العقد.

وقد سبق تفصيل ذلك بأدلته في المبحث الثاني من هذا البحث.

القول الثاني: يجوز تضمين المصارف الإسلامية للودائع الاستثمارية التي تمثل رؤوس أموال المضاربة، وممن قال بذلك، الدكتور سامي حمود(١)، والدكتور محمد باقر الصدر(٢).

ومبنى هذا الاتجاه، تحقيق مصلحة كل من المصرف والمودعين من أصحاب الأموال؛ فمن جهة المصرف يؤدي ذلك إلى نجاح عمل المصارف الإسلامية كوسيط مؤتمن في مجال الاستثمار المالي، ومن جهة المودعين – وهم أصحاب الأموال– فإن الضمان مهم كي لا يجد المتعامل مع المصرف الربوي نفسه أحسن حالاً من الوضع الذي يمكن أن يتحقق له في تعامله مع المصرف الإسلامي، الذي يسير في استثمار الأموال على نظام المضاربة المشتركة(٣).

وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه في التخريج الفقهي لهذا الضمان على ثلاثة آراء:

(١) د سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص٣٩٩، مصدر سابق.

(٢) د محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص ٣١، ٣٢، دار التعارف للمطبوعات ـ لبنان ١٤٤١ه ـ ١٩٩٤م.

(٣) د سامي حسن أحمد حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص٣٩٩، د محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٣٥١، ط: دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، ١٤٢٧ه، ٢٠٠٧م، د محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص ٣١، ٣٢، دار التعارف للمطبوعات ـ لبنان ١٤٤١ه ـ ١٩٩٤م.

الرأي الأول: تخريج ضمان المصرف لرأس مال المضاربة المشتركة على ما قرره الفقهاء من جواز تضمين الأجير المشترك، (وهو ما يسمى بضمان الصُّناع)(١).

ووجه الشبه بين تضمين المصرف وتضمين الأجير المشترك: هو انفرادهم بالعمل، وترجيح جانب التفريط في حقهم، فإذا كان انفراد الصانع بالعمل في الشيء المستأجر عليه من أسباب القول بتضمينه، فإن المضارب المشترك (المصرف) لا يقل شبها في وضعه بالنسبة للمستثمرين عن الصانع، حيث ينفرد المصرف بإدارة المال وإعطائه مضاربة لمن يشاء وكيف يشاء(٢).

ونوقش هذا التخريج: بأن قياس تضمين المصرف على تضمين الصُّنَّاع قياس فاسد، لسببين:

السبب الأول: أن المال في المضاربة عرضه للربح أو الخسارة بطبيعة الحال، سواء كانت مضاربة خاصة أم مشاركة، ولذلك لا يجب ضمانه على المضارب أو المصرف إلا إذا فرَّط في المال أو تعدى، أما المال الذي يوضع عند العامل المشترك لصنعه فليس عرضه للضياع بطبيعته، وإنما ضياعه دليل التعدي أو التفريط فيه، بعكس مال المضاربة، فافترقت الجهة، وبالتالي يجب اختلاف الحكم عليها(٣).

السبب الثاني: لو صح هذا القياس للزم القول به في كافة العقود المالية، كالوكالة، والوديعة ونحوها،لأن هذه العقود قد تكون خاصة، وقد تكون مشتركة،

(١) بدائع الصنائع ٤ / ٢١٠، أسهل المدارك٢/ ٣٣٧، ٣٣٨، شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢٤٤/٤، الحاوي الكبير ٧ / ٤٢٦، ٤٢٧، المغني لابن قدامة ٥ / ٣٩٥، المحلى ٤ / ٢٢.

(٢) د سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص٤٠٢.

(٣) د حسن الأمين، المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة، ص ٣٥، مصدر سابق.

ولم يقل أحد من الفقهاء أن الوكيل المشترك أو الوديع المشترك يضمن إن لم يتعد أو يفرط[١].

الرأي الثاني: تخريج ضمان المصرف على اعتبار أنه يدفع مال المضاربة إلى غيره من المضاربين[٢]، وهذا هو المسوغ لاستحقاق المصرف للربح، فالربح كما قرره فقهاء الحنفية يستحق بواحد من ثلاثة، إما المال، وإما العمل، وإما الضمان[٣].

والمال والعمل ليس لهما وجود بالنسبة للمصرف، فإن طبيعة عمله في المضاربة المصرفية تدور حول تلقيه أموال المستثمرين، ودفعها للمضاربين، فتعين التزامه بالضمان كسبب لاستحقاق الربح.

ونوقش هذا التخريج : بأن استحقاق الربح بالضمان المجرد لا يصح إطلاقه على عمومه، فالضمان سبب تابع وليس سببا مستقلا لاستحقاق الربح[٤]، يؤيد ذلك ما ذكره ابن قدامة بقوله: " وإن شرط لنفسه شيئا من الربح لم يصح، لأنه ليس من جهته مال ولا عمل، والربح إنما يستحق بواحد منهما"، فلو كان ضامنا فقط لا يستحق الربح[٥].

الرأي الثالث: تخريج ضمان المصرف لرأس مال المضاربة على أساس الوساطة في الاستثمار؛ لأن المصرف ليس العامل في المال؛ بل هو الوسيط بين أصحاب المال والعاملين فيه، فهو إذن جهة ثالثة يمكنها أن تلتزم بالضمان، ويقرر البنك هذا الضمان على نفسه بالصيغة الشرعية التي تلزمه بذلك[٦].

---

(١) د يوسف الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢/ ٢٢.

(٢) د سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص٤٠٢.

(٣) الدر المختار وحاشية ابن عابدين ٤ / ٣٢٤، تبيين الحقائق ٥ / ٦٤، ٦٥.

(٤) د يوسف الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ / ٢٩، ٣٠.

(٥) المغني ٥ / ٣٦.

(٦) د محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص ٣١، ٣٢، مصدر سابق.

ونوقش هذا التخريج من وجوه:

الوجه الأول: أن الضامن إنما صح ضمانه لما هو مضمون على الأصيل، كالقرض وثمن المبيع، وأما ما لم يكن مضموناً على الأصيل فلا يصح ضمانه، مثل الوديعة، ورأس مال المضاربة(١).

الوجه الثاني: أن اعتبار المصرف وسيط بين المودعين والمضاربين فقط، لا يخرجه عن كونه مضاربا، فهو يجمع بين الصفتين، الوساطة والمضاربة(٢)، وكونه مضاربا يمنعه من الضمان، لأنه إذا ضمن فلا فرق حينئذ بين الودائع في المصارف الإسلامية والمصارف التجارية(٣).

الوجه الثالث: أن المصرف يأخذ نسبة من عوائد الأموال المستثمرة، ولو كان أجنبيا أو وسيطا، فلا يوجد سبب لاستحقاق هذه النسبة(٤).

الترجيح

بعد عرض قولي الفقهاء المعاصرين في حكم تضمين المصرف لرأس مال المضاربة، وبعد بيان آراء القائلين بتضمينه في التخريجات الفقهية لضمان المصرف، ومناقشة ما استندت إليه هذه التخريجات، أرى أن الراجح من مما سبق عدم جواز إلزام المصرف بالضمان، وذلك لما سبق تقريره من أن العلاقة بين أصحاب الودائع والمصرف علاقة مضاربة مطلقة، يجوز فيها للمصرف دفع رأس مال المضاربة إلى من يرى أن لديه القدرة على استثمار هذه الأموال، بناء ما تقتضيه طبيعة الاستثمار الجماعي في العصر الحاضر، ويترتب على تقرير هذه

(١) النهر الفائق في شرح كنز الدقائق ٣ / ٥٦٩، العناية ٧ / ١٩٢، درر الحكام ١ / ٧٦٢.

(٢) د سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ص ٤٠٠.

(٣) د محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ص ٣٥١، ٣٥٢، مصدر سابق.

(٤) د يوسف الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ / ٣١.

العلاقة أن المصرف مضارب كسائر المضاربين، لا فرق بينه وبين مضارب آخر في مضاربة فردية أو خاصة.

وإذا كان التخريج الفقهي الأبرز للقائلين بتضمين المصرف قياسه على مسألة تضمين الصناع والأجير المشترك، فقد سبق بيان بطلان هذا القياس لقيام الفارق بين تضمين الصناع والأجراء، وتضمين المضاربين، كما أن قياس المصرف باعتباره مضاربا مشتركا على المضارب غير المشترك في عدم وجوب الضمان دون تعد أو تفريط، أولى بالاعتبار من قياسه على الأجير المشترك في وجوب الضمان، لقوة الارتباط ووضوح العلاقة في القياس الأول دون الثاني.

المطلب الثاني : تبرع المضارب بالضمان

المقصود بتبرع المضارب بالضمان، التزام المضارب بضمان رأس مال المضاربة في حالة التلف الكلي أو الجزئي، على أن يكون هذا الالتزام طواعية من المضارب دون أدنى إلزام له بذلك، والمضارب المتبرع بالضمان هنا قد يكون فردا، وقد يكون شركة، وقد يكون مؤسسة مالية كالمصارف وشركات الاستثمار..

ولم ترد هذه المسألة في أي من المذاهب الفقهية سوى مذهب المالكية، حيث تناولوها تحت ما يسمى (تطوع العامل بالضمان)، وقد اختلفوا فيها ما بين قائل بالجواز، وقائل بالمنع، وقائل بالتفصيل[1]، وتبعا لذلك اختلف الفقهاء المعاصرون في مشروعية تبرع المصرف أو المضارب بالضمان، والحاصل من هذا الاختلاف ثلاثة أقوال:

القول الأول: يجوز التبرع بالضمان سواء من المضارب أو من المصرف قبل الشروع في المضاربة وبعده، وبه قال بعض المالكية[2].

---

(١) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ١ / ٤١٤، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك، ص ١٢٥.

(٢) المصدرين السابقين.

جاء في شرح المنهج المنتخب: "ونقل ابن عتاب عن شيخه أبى المطرف بن بشر: أنه أملى عقدًا بدفع الوصى مال السفيه قراضا إلى أجل على جزء معلوم، وأن العامل طاع بالتزام ضمان المال وغرمه، وصحح ابن عتاب مذهبه في ذلك.."[١].

وإلى جواز تبرع المضارب أو المصرف بالضمان من غير أن ينص على ذلك في لائحة الاستثمار، ذهب بعض الفقهاء المعاصرين، منهم الدكتور محمد باقر الصدر[٢]، والدكتور عبد الستار أبو غدة[٣]، وبهذا القول أخذت بعض المؤسسات المالية الإسلامية، كمجموعة البركة[٤].

واستدل القائلون بذلك بقياس التبرع بالضمان على النذر، فإذا كان الناذر قد ألزم نفسه بالنذر بما لا يلزمها عادةً، ولم يقل أحد بمنع النذر، فيجوز للمضارب التبرع بالضمان كذلك[٥].

ونوقش: بأن قياس التبرع بالضمان على النذر قياس فاسد، لقيام الفارق بين المقيس والمقيس عليه، فالنذر قربة يتقرب بها الناذر لله تعالى، فيجوز لانتفاء التهمة، بخلاف تبرع المضارب بالضمان فلا يجوز، لقيام التهمة.

القول الثاني: لا يجوز تبرع المضارب بالضمان لا قبل العقد ولا بعده، وهو قول أكثر المالكية[١].

---

(١) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ١ / ٤١٤.

(٢) د محمد باقر الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص ٣١، ٣٢، مصدر سابق.

(٣) د عبد الستار أبو غدة، القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣ / ١١١١.

(٤) د محمد محمود الجمال، عمليات التحوط وتطبيقاتها في المصرفية الإسلامية، ص ١١، مصدر سابق.

(٥) د قطب مصطفى سانو، المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣ / ١٢٤٢، د التيجاني عبد القادر أحمد، تبرع المضارب بضمان رأس المال في الودائع المصرفية، ص٢، مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ٢٠٠١م.

جاء في حاشية الصاوي: "وأما لو تطوع العامل بالضمان ففي صحة ذلك القراض وعدمها خلاف"(٢).

وإلى ذلك ذهب بعض الفقهاء المعاصرين، منهم الدكتور محمد المختار السلامي(٣)، والدكتور يوسف الشبيلي(٤).

وحجتهم في ذلك ما يلي:

أولا: أن التبرع بالضمان قبل العقد لا يجوز، لأن العقد غير لازم فهو كاشتراطه في العقد، ولا يجوز بعد العقد أيضا، لأنه في حكم الهدية، والهدية في المضاربة لا تجوز(٥).

ثانيا: أن المعـــاملات المصـــرفية تقوم على الإفصاح الكامل، وتبرع المصرف أو المضارب بعد العقد وقد نال مقصوده بالعقد نفسه، يدعو لاتهامه بأن تبرعه بالضمان مرتبط بمصلحة مؤكدة هي استمرار العقد أو تكراره في معاملات جديدة(٦).

القول الثالث: ذهب بعض المالكية إلى أن تطوع المضارب بالضمان يصح بعد إتمام العقد، ويحرم إذا كان مشروطا في العقد أو متعارفا عليه(٧).

---

(١) البهجة في شرح التحفة ٢ / ٣٥٨، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣ / ٦٨٧.

(٢) حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣ / ٦٨٧.

(٣) محمد المختار السلامي، سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي ٤/ ١٤٧٣.

(٤) د يوسف الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ / ٣٣.

(٥) البهجة في شرح التحفة ٢ / ٣٥٨.

(٦) د محمد محمود الجمال، عمليات التحوط وتطبيقاتها في المصرفية الإسلامية، بحث مقدم إلى: الندوة العلمية: "التحوط في المعاملات المالية"، التي يعقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بالتعاون مع منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي في الفترة: ٢٦ – ٢٧ إبريل ٢٠١٦م، ص ١١.

(٧) شرح الزرقاني على مختصر خليل ٥ / ٤٠٧، شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ١ / ٤١٤.

ومثله إذا أعلن البنك أمام المستثمرين تبرعه بالضمان فإنه لا يجوز[١].

واستدلوا بما يلي: بقياس تبرع المضارب بالضمان على تطوع الوديع والمكتري (الأجير) بضمان ما بيده بعد العقد، وتطوع الوديع والمكتري بالضمان جائز بعد العقد، فكذلك المضارب[٢].

ونوقش: بأنه قياس مع الفارق، لأن التبرع بالضمان في الوديعة والكراء بعد العقد لا محذور فيه، أما المضاربة فتبرعه بالضمان متهم فيه بأنه إنما تبرع بالضمان لأجل أن يستمر المال بيده في مضاربة جديدة بعد انتهاء المضاربة الحالية، فصار التبرع في حكم الهدية، وتحرم الهدية في المضاربة[٣].

الترجيح

أرى أن الراجح مما سبق جواز تبرع المضارب بالضمان سواء تم ذلك قبل العقد أو بعده، وذلك لأن الممنوع في المضاربة مما يتعلق بالضمان اشتراط ذلك على المضارب وإلزامه به، أما إذا تطوع المضارب بتحمل ما نقص من رأس المال المسلَّم إليه مضاربة دون مطالبة من أرباب الأموال أو مدراء الاستثمار، فإن ذلك يعد من قبيل الهبة المشروعة، طالما أن المتبرع قد تحققت فيه أهلية التبرع.

يضاف إلى ذلك أن التصرفات المالية أساسها الرضا ما لم تخالف نصا أو إجماعا، وقد تحقق الرضا بين طرفي العقد، قال الإمام الشوكاني عن المضارب والوديع:".. وإذا ضَمَنوا ضُمِّنوا؛ لأنه قد اختاروا ذلك لأنفسهم، والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد"[٤].

والتفريق بين التبرع بالضمان قبل العقد وبعده لا دليل عليه.

---

(١) د يوسف الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ / ٣٣.

(٢) شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب ١ / ٤١٤. شرح الزرقاني على مختصر خليل ٥ / ٤٠٧، د يوسف الشبيلي، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء وأحكامها في الفقه الإسلامي ٣٢/٢.

(٣) محمد المختار السلامي، سندات المقارضة وسندات التنمية والاستثمار، ٤ / ١٤٧٣، مصدر سابق.

(٤) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأخبار ص ٥٨٧.

ومن لوازم ترجيح هذا القول تحقق الشروط الآتية:

الأول: أن يكون تبرعا حقيقيا، وهو الذي ينشأ عن إرادة صادقة من المضارب، أما إذا تواطأ عليه أطراف عقد المضاربة، أو كان جزءا متمما للعملية الاستثمارية، فليس تبرعا حقيقيا، وإن سمي كذلك(١)، جاء في مواهب الجليل في باب الضمان: " والتبرع ما كان من غير سؤال"(٢).

الثاني: إذا رجع المضارب عن التبرع بالضمان فليس لرب المال أن يلزمه بشيء، لأن التبرع كالهبة لا يلزم إلا بالقبض(٣).

الثالث: الفصل بين عقد المضاربة وتبرع أحد العاقدين بالضمان، بحيث لا يترتب على انفساخ أحدهما انفساخ الآخر(٤).

المطلب الثالث : ضمان الطرف الثالث

من البدائل التي اقترحها بعض الفقهاء المعاصرين لضمان رأس مال المضاربة، أن يلتزم طرف ثالث بالضمان، وقد يكون الطرف الثالث فرداً أو شركة أو جهة، والغالب أن تقوم الحكومة ذاتها بهذا الضمان، والتي تهدف من ذلك إلى تشجيع الناس على الإسهام والمشاركة في مشروعات استثمارية تعتمد في تمويلها على صيغ المضاربة ضمن الخطة التنموية للدولة، والتي قد يحجم عنها كثير من المستثمرين بسبب عدم توفر الضمان.

وضمان الطرف الثالث لرأس مال المضاربة له حالتان:

الحالة الأولى: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان مقابل أجر:

---

(١) د محمد علي القري، آليات التحوط في العمليات المالية الإسلامية، ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، ص ١٢ .

(٢) مواهب الجليل شرح مختصر خليل ٥ / ٨٩.

(٣) د محمد علي القري، آليات التحوط في العمليات المالية الإسلامية، ص ١٣، مصدر سابق.

(٤) المصدر السابق.

ولا خلاف بين الفقهاء في عدم جواز أخذ الأجر على الضمان، بل هو محرم باتفاق(١)، وقد حكى الإجماع على ذلك ابن المنذر، حيث قال: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الحِمالة بجعل يأخذه الحميل، لا تحل، ولا تجوز"(٢).

الحالة الثانية: أن يكون التزام الطرف الثالث بالضمان تبرعا دون أجر:

ويقصد بالتبرع بالضمان هنا الالتزام بتعويض ما نقص من رأس مال المضاربة على سبيل التطوع، وهو ما يطلق عليه (الوعد الملزِم)، وذلك بأن يتضمن عقد المضاربة المبرم بين المصرف والعميل (المضارب) موافقة طرف ثالث خارج عن أطراف عقد المضاربة على ضمان رأس المال(٣).

وقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم قيام طرف ثالث بالتبرع بضمان رأس المال في المضاربة على قولين:

القول الأول: يجوز التزام طرف ثالث في عقد المضاربة بالضمان، بشرط أن تكون الجهة الضامنة مستقلة استقلالا تاما عن طرفي عقد المضاربة(٤)، وإلى هذا ذهب مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة(٥)، ودورته الحادية

(١) المبسوط للسرخسي ٢٠ / ٣٢، التاج والإكليل ٧ / ٥٣، التوضيح في شرح مختصر ابن الحاجب ٦/ ٢٩٦، الحاوي الكبير ٦ / ٤٤٣، مسائل الإمام أحمد وإسحاق بن راهويه ٦ / ٣٠٥٥.

(٢) الإشراف على مذاهب العلماء ٦ / ٢٣٠.

(٣) د حسين حامد حسان، ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤ / ١٤٥٨.

(٤) د منذر قحف، سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتهما في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية، ص ٥٧، بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز للاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، (١٤٠٩ه / ١٩٨٩م)، د حسين حامد حسان، ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤ / ١٤٦٠ ، د سامي حمود، تصوير حقيقة سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤ / ١٥٠٥.

(٥) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشان سندات المقارضة، رقم ٣٠ (٤/٥)، الصادر في دورة المؤتمر الرابع المنعقد في جدة بالمملكة العربية السعودية في الفترة من ١٨ إلى ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ ه، الموافق ٦ إلى ١١ فبراير ١٩٨٨م.

والعشرين، وعدد من الهيئات الشرعية في البنوك الإسلامية، والمنتديات الاقتصادية[١]، **واستدلوا على ذلك بما يأتي:**

أولا: قياس جواز ضمان الطرف الثالث على مشروعية عقد الجعالة، بجامع أن كلا مهما التزام معلن ليس محددا بشخص معين، الغاية منه غاية تشجيعية للقيام بعمل معين[٢].

ثانيا: أن الالتزام الممنوع في عقد المضاربة هو ضمان العامل للخسارة، حتى لا تجتمع عليه خسارة الربح الذي كان يسعى لتحقيقه، وخسارة رأس المال بسبب لا يد له فيه، وضمان الطرف الثالث لا يوجد فيه شيء من ذلك فيجوز[٣].

ثالثا: أن ضمان الطرف الثالث هنا بالتبرع ليس ضماناً بمعنى الكفالة، لأنها لا تكون إلا في دين صحيح ثابت حاضرًا أو مستقبلًا، فيكون هناك مدين أصيل وكفيل بالدين، وهنا الأصيل (المضارب) ليس مديناً لأنه بطبيعة المضاربة لا تصح مسؤوليته، فالضمان هنا يراد به التحمل للتبعة وليس الكفالة[٤].

القول الثاني: يحرم ضمان رأس المال المستثمَر بالمضاربة، سواء أكان الضامن هو العامل أو طرف ثالث ، وممن قال بذلك من المعاصرين الدكتور محمد تقي العثماني ، والدكتور الصديق الأمين الضرير ، والدكتور يوسف الشبيلي .[٥]

---

(١) منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي، دورته الثانية، بعنوان: "التحوط في المعاملات الإسلامية"، بالتعاون بين: مجمع الفقه الإسلامي الدولي، التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، ودائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، في إمارة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، في الفترة من: ١٩ – ٢٠ رجب ١٤٣٧هـ، الموافق: ٢٦ – ٢٧ أبريل ٢٠١٦م.

(٢) د سامي حمود، تصوير حقيقة سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤ / ١٥٠٥.

(٣) المصدر السابق.

(٤) د عبد الستار أبو غدة، القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حسابات الاستثمار)، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٣ / ١١١٠.

(٥) د محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص ٢٢٩، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٤ه – ٢٠٠٣م، د الصديق محمد الأمين الضرير، سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٤ / ١٤١٠، د يوسف الشبيلي، الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ / ٣٥.

واستدلوا بالأدلة الآتية:

الدليل الأول: اتفاق الفقهاء على أن الضامن إنما صح ضمانه لما هو مضمون على الأصيل، كالقرض وثمن المبيع، وأما ما لم يكن مضموناً على الأصيل فلا يصح ضمانه، مثل الوديعة، ورأس مال المضاربة(١).

ونوقش: بأن الشرط الذي ذكره الفقهاء وهو أن تكون العين مضمونة وارد لحق المضمون عنه؛ إذ لا يصح للضامن أن يضمن حقاً ليس ثابتاً، ثم يطالب المضمون عنه بذلك الحق. أما التزام طرف ثالث هنا فإنه قائم على محض التبرع(٢).

الدليل الثاني: أن طبيعة المضاربة تقتضي أن لا يضمن لأحد الطرفين برأس المال ولا بالربح، لأن ما يحصل لهما من ربح ليس بفائدة ربوية، وإنما يستحق الربح نتيجة تحمل الأخطار، فإذا كان رأس المال مضمونا لرب المال، فقد خرج العقد عن طبيعة المضاربة المعهودة في الشريعة الإسلامية(٣).

ونوقش هذا الاستدلال: بأن الممنوع شرعا ضمان رأس المال من أحد طرفي عقد المضاربة، والضامن هنا طرف ثالث لا علاقة له بالعقد، فلا يضر(٤).

الدليل الثالث: أن ضمان الطرف الثالث ذريعة إلى الوقوع في الربا، فيحرم، عملاً بقاعدة "سد الذرائع"(٥)، وذلك أن الطرف الثالث إذا جاز له ضمان الأصل فيجوز له ضمان نسبة من الربح، وبذلك يفتح باب الربا(٦).

---

(١) البحر الرائق ٦ / ٢٥٦، حاشية الدسوقي ٣ / ٥٢٠، مغني المحتاج ٣ / ٢٠٥، نهاية المطلب في دراية المذهب ٧ / ١٧، الممتع في شرح المقنع ٢ / ٥٨٧، الفقه الإسلامي وأدلته ٦ / ٤١٥٧.

(٢) د عبد الله محمد العمراني، ضوابط التحوط في المعاملات المالية وآثاره وبدائله، ص ١٧، ضمن بحوث منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي، بعنوان :"التحوط في المعاملات المالية الضوابط والأحكام"، التي يعقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بالتعاون مع منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي خلال الفترة من: ٢٦– ٢٧ إبريل ٢٠١٦م.

(٣) د محمد تقي العثماني، بحوث في قضايا فقهية معاصرة، ص ٢٢٩.

(٤) المصدر السابق.

(٥) ينظر في تقرير القاعدة: مُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة للبورنو ٥ / ٣٠.

(٦) د عبد الله محمد العمراني، ضوابط التحوط في المعاملات المالية وآثاره وبدائله، ص ١٧، مصدر سابق.

ونوقش: بأن ضمان الطرف الثالث لا يتناول الربح المتوقع الذي فات (الكسب الفائت أو الفرصة الضائعة) بل يقتصر على أصل المال، لأن حاجة الناس في المحافظة على أصل المال لتشجيعهم على استثماره، وليست هناك حاجة تدعو إلى ضمان حصة من الربح[١].

الترجيح

وبعد عرض قولي الفقهاء في حكم ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، وما استدلوا، وما نوقشت به بعض هذه الأدلة، يترجح لدي ما ذهب إليه أصحاب القول الأول القائلون بجواز تبرع طرف ثالث بضمان رأس مال المضاربة، وذلك لما استدلوا به.

يضاف إلى ذلك أنه ليس في مقاصد الشريعة العامة وقواعدها الكلية، وأحكامها الجزئية ما يمنع من صحة تبرع شخص بجزء من ماله، حتى لو كان تبرعه معلقا على شرط معين، فغاية الأمر في ضمان الطرف الثالث هنا أن المتبرع يعلق التزامه على شرط، هو تلف رأس المال أو بعضه، ويُعد ذلك من قبيل الوعد الملزِم الذي يجب الوفاء به.

ولذلك نظائر قررها الفقهاء، منها ما يلي:

– لو قال شخص لآخر: داين فلانا، أو بِعْ له، أو عامله، وأنا ضامن له، فإذا مات المدين أو أفلس، أو هرب المشتري، ضمنه[٢].

– ضمان نفقات الزوجات، إذا ضمنها أجنبي عن الزوج، لزمه ضمانها، وإن كان ضمانه قبل وجوب النفقة[٣].

---

(١) د عبد الستار أبو غدة، القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية ١٣ / ١١١٠، مصدر سابق.

(٢) حاشية الدسوقي والشرح الكبير ٣ / ٣٣٣.

(٣) الحاوي الكبير ٦ / ٢١.

– لو قال شخص لآخر: ألق متاعك في البحر، وعليَّ ضمانه، أو قال: ادفع ثيابك إلى هذا الحائك، وعليَّ ضمانه، صح الضمان ولزِم(١).

وقياس ذلك في مسألة ضمان الطرف الثالث: لو قال شخص لآخر استثمر مالك في هذا المشروع، أو خذ مال هذا الشخص مضاربة، فإن هلك رأس مالك أو نقص، فأنا ضامن، أي ملتزم بأدائه، صح الضمان ولزم(٢).

وقد صدر قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي مجيزا ضمان الطرف الثالث على سبيل التبرع، وفيما يلي نص القرار: " 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 مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاماً مستقلاً عن عقد المضاربة، .."(٣).

وتطبيقا لذلك يستحسن أن تخصص الدولة ميزانية خاصة بعيدا عن الميزانية العامة للدولة، تقوم على أساس التبرع لضمان مخاطر الاستثمار في المشروعات الهامة، أو ذات النفع العام الممولة من سندات المضاربة، أو أن تفرض آلية خاصة لهذا الغرض تحدد بنسبة معينة من أرباح المشروعات والشركات العامة في الدولة، ويمكن أن يحقق هذا الصندوق أهداف التوازن بين النشاطات المختلفة في داخل الدولة(٤).

---

(١) المغني لابن قدامة ٤ / ٤٠١.

(٢) د حسين حامد حسان، ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤ / ١٤٦٠.

(٣) قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي بشان سندات المقارضة، رقم ٣٠ (٤/٥)، الصادر في دورة المؤتمر الرابع المنعقد في جدة بالمملكة العربية السعودية في الفترة من ١٨ إلى ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ ه، الموافق ٦ إلى ١١ فبراير ١٩٨٨م.

(٤) د حسين حامد حسان، ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ٤ / ١٤٥٩.

أما عقود المضاربة في المصارف الخاصة فيمكن للدولة أن تقوم بضمانها عن طريق التبرع المحض، ومن مقترحات تمويل هذا الضمان أن تؤسس الدولة جهازا عاما، مثل التأمينات الاجتماعية للعمال[١]، على اعتبار أن المضاربة من المشروعات الاقتصادية التي تواجه البطالة، والتي توفر فرص عمل لأعداد هائلة من العاملين.

المطلب الرابع : التأمين التعاوني بين المستثمرين

لتعويض ما نقص من رأس مال المضاربة

يُعد التأمين التعاوني[٢] أو التكافلي بين المستثمرين من الصيغ الأولية لإدارة المخاطر، ويعتبر ذلك من أنواع الضمانات المقدمة للمستثمرين بصيغة المضاربة، وذلك بأن يتم إنشاء صندوق للتأمين التعاوني (جمعية تعاونية)، بحيث تقتطع نسبة معينة من رؤوس أموال المضاربة، أو من الأرباح، وتُودع في هذا الصندوق، ويتم الإفصاح في نشرة الإصدار عن كون جزء من الموجودات سيتم دفعه كاشتراك في تأمين تعاوني على الأصول[٣].

ويهدف هذا الصندوق إلى حماية رأس المال من مخاطر الاستثمار المحتملة، وكذلك مواجهة أي انخفاض مستقبلي في الأرباح، وتتناسب قوة المركز المالي للصندوق التعاوني هذا مع رؤوس الأموال المستثمرة، فكلما زادت قيمة الأموال المجمعة في الصندوق التعاوني كلما قوي المركز المالي للاستثمار، وقد تصل نسبة

---

(١) د منذر قحف، سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتهما في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية، ص ٥٩، مصدر سابق.

(٢) **التأمين التعاوني:** أن يتفق عدة أشخاص على أن يدفع كل منهم اشتراكاً معيناً، لتعويض الأضرار التي قد تصيب أحدهم إذا تحقق خطر معين. **(الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٤١٥)**.

(٣) د يوسف الشبيلي، الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي ٢ / ٦٩.

الأموال المجمعة في الصندوق التعاوني إلى ما يعادل ضعف المال المستثمر بصيغة المضاربة لدى البنك(١).

ومن الناحية الفقهية: فإن حُكم هذه الصيغة ينبني على جواز صيغة التأمين التعاوني المستجمع للضوابط الشرعية، وقد حَكى جمعٌ عدم الخلاف بين العلماء المعاصرين على جواز التأمين التعاوني، الذي يقصد به التعاون على تخفيف آثار المخاطر، والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث، وهو يتماشى مع الأصول والقواعد الشرعية ولا يخالفها، وهو مبني على التبرع والتكافل، ويغتفر فيه الغرر؛ لأنه لا يهدف إلى تحقيق الأرباح(٢).

ومن أدلة إباحة التأمين التعاوني: ما روي في الصحيحين، عن أبي موسي الأشعري – رضي الله عنه – قال: قال النبي ﷺ: «إن الأشعريِّين إذا أرملوا في الغزو أو قل طعام عيالهم بالمدينة، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية، فهم مني وأنا منهم» (٣).

وجه الدلالة: أن جمع الأشعريين لما عندهم تبرع، واقتسامه بينهم مواساة، وذلك عند وقوع خطر محتمل، فلما كان القصد منه الإحسانَ وليس المعاوضةَ

(١) المصدر السابق.

(٢) قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، ص ٣٩، قرار رقم (٥)، الدورة الأولى ١٣٩٨ه، عبد الله عمر حسين طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، ص ٢٥٣، ٢٥٤، ط: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع – الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣ م، حمد حماد عبد العزيز، عقود التأمين حقيقتها وحكمها، ص ٩٣، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة: السنة السابعة عشر - العدد الخامس والستين، السادس والستين - محرم -جماد الأخرة ١٤٠٥ه، د وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته ٥ / ٣٤٢٢.

(٣) صحيح البخاري ٣ / ١٣٨، رقم: (٢٤٨٦)، (كتاب الشركة - باب الشركة في الطعام والنهد والعروض)، رقم: (٢٤٨٦)، صحيح مسلم ٤ / ١٩٤٤، رقم: (٢٥٠٠)، (كتاب فضائل الصحابة رضي الله تعالى عنهم – باب من فضائل الأشعريين رضي الله عنهم).

اغتفر فيه الغرر والتفاضل بين ما يدفعه وما يأخذه كل واحدٍ منهم؛ لأن المقصود منه التعاون لا الربح [١].

ويدل ذلك دلالة واضحة على مشروعية التأمين التعاوني في الجملة، ومن جملة ما يجوز فيه ذلك، التأمين التعاوني على الودائع الاستثمارية.

وقد صدر بذلك قرار المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة، بشأن حماية الحسابات الاستثمارية في المصارف الإسلامية، ونص القرار[٢]: "يجوز لأرباب الأموال أصحاب الحسابات الاستثمارية التأمين على حساباتهم الاستثمارية تأميناً تعاونيًا بالصيغة الواردة في القرار الخامس للمجمع في دورته الأولى من عام ١٣٩٨"[٣].

وتطبيقا لهذا المقترح من الممكن أن تقوم المصارف الإسلامية بإنشاء صندوق مستقل له صفة المال الوقفي، أو التعاقد مع إحدى شركات التأمين التعاوني للتأمين على أصول الصكوك أو الوحدات الاستثمارية[٤] لضمان مخاطر الاستثمار بصيغة المضاربة في هذه المصارف، ويتم تمويله بجزء من عائدات المصارف من العمليات المصرفية المختلفة، ويجب أن يخضع هذا الصندوق منذ تأسيسه لهيئة الرقابة الشرعية في البنك لوضع التقييم الشرعي اللازم المتعلق بتمويل الصندوق وأنشطته، والتأكد من مدى موافقتها لأحكام الشريعة الإسلامية، بالتعاون مع إدارة التدقيق الداخلي والخارجي للمصارف المشتركة في الصندوق.

---

(١) عبد الله عمر حسين طاهر، العقود المضافة إلى مثلها، ص ٢٥٤، مصدر سابق.

(٢) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، قرار رقم (٣)، الدورة السادسة عشرة ١٤٢٤ه - ٢٠٠٤م.

(٣) ينظر: قرارات المجمع الفقهي الإسلامي الدولي، قرار رقم (٥)، الدورة الأولى ١٣٩٨ه.

(٤) د عبد الله محمد العمراني، ضوابط التحوط في المعاملات المالية وآثاره وبدائله، ص ٢١، مصدر سابق.

وحرصا على أموال الصندوق وضمانا لاستمراره في أداء الدور المنوط به من حماية أموال المستثمرين، فإنه ينبغي أن يتبع في تعويض الخسائر أسلوب الضمان الجزئي الذي يتم من خلاله ضمان نسبة من الخسائر، ويقترح بعض الباحثين أنه في حال تغطية الصندوق للخسائر، يمكن أن تكون التغطية بنسبة ٣٠% من ودائع المضاربة المطلقة، و ٥٠% من الودائع التي تأخذها المصارف الإسلامية على أساس المضاربة المقيدة، على اعتبار أن رأس المال في المضاربة المطلقة أكثر عرضة للخطر، مما يوجب على المصرف اتخاذ إجراءات أكثر تحوطا، مقارنة بالمضاربة المقيدة، فكان من المناسب أن تتفاوت نسبة التعويض بناء على اختلاف نوع المضاربة(١).

وبعد العرض المفصل للبدائل المقترحة لضمان المضارب لرأس مال المضاربة، وما ارتكزت عليه هذه المقترحات من تخريجات فقهية، وما استندت إليه من أدلة نُوقش بعضها وسلم بعضها من المناقشة، أسأل الله – تعالى – أن تكون قد اتضحت الصورة واكتملت الفكرة وتحقق الهدف من هذا البحث، وهو الوصول إلى بدائل مباحة – بناء على ما ترجح من اختلاف الفقهاء – لضمان المضارب الذي توافقت كلمة الفقهاء على تحريمه وعدم جوازه.

(١) د عثمان بابكر أحمد، نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، ص ١٠٧، ١٠٨، الناشر: البنك الإسلامي للتنمية، ١٤٢١ه.

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على من ختم الله تعالى به الرسالات، سيدنا محمد، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم.

أما بعد فقد خلصتُ من دراسة هذا الموضوع إلي بعض النتائج والتوصيات، أجملها فيما يلي:

أولا: النتائج:

١-يُعد الضمان ركنا أساسيا وهاما لتطبيق ونجاح المضاربة المصرفية، ليس فقط من أجل تلبية رغبة أصحاب الأموال في توافر الضمان لأموالهم، ولكن أيضا حرصا على نجاح تجربة المصارف الإسلامية

٢-لا يجوز إلزام المضارب بالضمان، لأنه يتفق مع الأصل في المسألة من أن يد المضارب على ما تحت يده من مال المضاربة يد أمانة.

٣-اشتراط الضمان على المضارب يفسد الشرط والعقد معا، لأنه يؤدي إلى زيادة الغرر في المضاربة.

٤-رفض بعض صيغ الضمان التي تجريها بعض المصارف الإسلامية في مضارباتها لا يعني رفض مبدأ الضمان من أساسه، وإنما يعني ضرورة البحث عن الأساليب والوسائل التي تحقق الضمان لهذه الأموال وفق المباديء والقواعد الشرعية.

ثانيا: التوصيات:

١- قيام المصارف الإسلامية بتعظيم الاستفادة من المضاربة الشرعية كأداة استثمارية مهمة في تنمية المال واستثماره، وذلك بتفعيل الاجتهادات الفقهية المعاصرة، التي تضمن حفظ الأموال من جهة، ومنح الحرية للمضاربين في طريقة إدارة المال واستثماره من جهة أخرى.

٢- ضرورة إعادة النظر في الأصل الفقهي القاضي بعدم تحمل المضارب مسؤولية إثبات عدم التعدي والتقصير، إلى القول بوجوب نقل عبء إثبات التعدي والتقصير إلى المضاربين لا إلى أرباب الأموال.

٣- تفعيل البدائل الشرعية لضمان رأس مال المضاربة، والتي منها أن يلتزم طرف ثالث بالضمان، وقد يكون الطرف الثالث فرداً أو شركة أو جهة، والغالب أن تقوم الحكومة ذاتها بهذا الضمان، كما يُعد التأمين التعاوني أو التكافلي بين المستثمرين من الصيغ الأولية الفعالة في إدارة مخاطر الاستثمار.

(وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين)

فهرس المصادر

١- القرآن الكريم.

٢- أبو الهيجاء، إلياس عبد الله، **تطوير آليات التمويل بالمشاركة في المصارف الإسلامية**، رسالة دكتوراة جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠٠٧م، ١٤٢٨ه.

٣- أبو زيد، محمد عبد المنعم، **نحو تطوير نظام المضاربة في المصارف الإسلامية**، ط: المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى ٢٠٠٠م.

٤- أبو غدة، عبد الستار، **القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حسابات الاستثمار)**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

٥- إسماعيل، طلال أحمد، **المضاربة المشتركة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية في فلسطين**، رسالة ماجستير كلية الشريعة، الجامعة الإسلامية، غزة ١٤٢٣ه – ٢٠٠٢م.

٦- الأمين، حسن الأمين، **المضاربة الشرعية وتطبيقاتها الحديثة**، من منشورات البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ١٤٢١ه.

٧- بابكر، عثمان أحمد، نظام حماية الودائع لدى المصارف الإسلامية، ط: البنك الإسلامي للتنمية، ١٤٢١ه.

٨- حسان، حسين حامد، **انتقال عبء الإثبات في دعوى التعدي والتفريط إلى الأمين**، بحوث المؤتمر الفقهي الثالث للمؤسسات المالية، شركة شورى للاستشارات الشرعية، ٣-٤ نوفمبر ٢٠٠٩.

٩- حسان، حسين حامد، **ضمان رأس المال أو الربح في صكوك المضاربة أو سندات المقارضة**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

١٠- حسين، محمد أحمد، **المضاربة في المصارف الإسلامية،** بحث مقدم إلى مؤتمر بيت المقدس الإسلامي الدولي الخامس بعنوان: "التمويل الإسلامي – ماهيته، صيغه، مستقبله "وزارة الأوقاف والشؤون الدينية رام الله – فلسطين ١٤٣٥هـ / ٢٠١٤م.

١١- حماد، نزيه، **نقل عبء الإثبات في دعاوى التعدي والتفريط في المضاربة والوكالة بالاستثمار إلى الأمناء،** د.ط ، د.ت.

١٢- حماد، نزيه، **مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي،** ط: المعهد الإسلامي، البنك الإسلامي للتنمية بجدة، الطبعة الثانية ١٤٢٠ه، ٢٠٠٠م.

١٣- حمود، سامي حسن أحمد، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية،** مطبعة الشرق، عمان، الأردن، الطبعة الثانية، ١٤٠٢ه – ١٩٨٢م.

١٤- خيرة، صوالحي خيرة، عامر بشير، **الاستثمار بالمضاربة في البنوك الإسلامية:** دراسة مصرف قطر الإسلامي، مجلة الإبداع، الجزائر، المجلد ١١ / العدد : A01 (٢٠٢١م).

١٥- التيجاني، عبد القادر أحمد، **تبرع المضارب بضمان رأس المال في الودائع المصرفية٢،** مركز أبحاث الاقتصاد الإسلامي، جامعة الملك عبد العزيز، السعودية، ٢٠٠١م.

١٦- الجمال، محمد محمود، **عمليات التحوط وتطبيقاتها في المصرفية الإسلامية وأحكامها الشرعية،** بحث مقدم إلى: الندوة العلمية: "التحوط في المعاملات المالية: الضوابط والأحكام"، التي يعقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بالتعاون مع منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي في الفترة: ٢٦ – ٢٧ إبريل ٢٠١٦م.

١٧- الدبيان، دبيان محمد، **المعاملات المالية أصالة ومعاصرة**، ط: مكتبة الملك فهد الوطنية، الرياض، المملكة العربية السعودية، الطبعة: الثانية، ١٤٣٢ هـ.

١٨- الزحيلي، محمد مصطفى، **القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة**، دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.

١٩- الزحيلي، وَهْبَة مصطفى ، **نظرية الضمان**، ط: دار الفكر، بيروت، ٢٠١٢م.

٢٠- الزرقا، أحمد بن الشيخ محمد، **شرح القواعد الفقهية**، ط : دار القلم ، دمشق ، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، الطبعة الثانية، تحقيق: صححه وعلق عليه مصطفى أحمد الزرقا.

٢١- الزرقا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٨ه، ١٩٩٨م.

٢٢- السبئي، صادق أحمد، **مخاطر صيغ التمويل والاستثمار الإسلامي من وجهة نظر العاملين في المصارف الإسلامية**، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد ١٥، العدد ٢، ربيع الثاني١٤٤٠ه/ ديسمبر ٢٠١٨م.

٢٣- السلامي، محمد المختار، **سندات المقارضة وسندات التنمية والاستثمار**، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي.

٢٤- سليمان، أحمد شوقي، **المخاطر المحيطة بصيغة المضاربة وكيفية الحد منها**، مجلة الاقتصاد الإسلامي العالمية، العدد ٦٢، يوليو، ٢٠١٧م.

٢٥- شبير، محمد عثمان، **المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي**، ط: دار النفائس، الأردن، الطبعة السادسة، ١٤٢٧ه، ٢٠٠٧م.

٢٦- الشبيلي، يوسف بن عبد الله، **الخدمات الاستشارية في المصارف وأحكامها في الفقه الإسلامي**، رسالة دكتوراة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عام ١٤٢٤ه.

٢٧- شحاته، حسين حسين، **صيغ التمويل الإسلامي كما تقوم بها المصارف الإسلامية**، د.ط، د.ت

٢٨- الصدر، محمد باقر، **البنك اللاربوي في الإسلام**، دار التعارف للمطبوعات – لبنان ١٤٤١ه – ١٩٩٤م.

٢٩- الصغير، عادل سالم محمد ، **المضاربة المشتركة من أهم صيغ التمويل المصرفي الإسلامي**، د.ط، د.ت.

٣٠- الصيفي، عبد الله علي، **التأمين على الودائع المصرفية في البنوك الإسلامية**، مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٠، العدد ٢، سنة ٢٠١٣م.

٣١- الضرير، الصديق محمد الأمين، **سندات المقارضة**، بحث منشور بمجلة مجمع الفقه الإسلامي، ٤ / ١٤١٠.

٣٢- طاهر، عبد الله عمر حسين، **العقود المضافة إلى مثلها**، ط: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع – الرياض، الطبعة: الأولى، ١٤٣٤هـ – ٢٠١٣ م.

٣٣- عبد الحميد، أحمد عيد، **ضمان جهات إصدار الصكوك الشرعية لنتائج دراسات الجدوى**، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بالقاهرة.

٣٤- عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، **المصنف**، دار النشر: المكتب الإسلامي – بيروت – ١٤٠٣، الطبعة: الثانية، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.

٣٥- عبد الستار أبو غدة، **القراض أو المضاربة المشتركة في المؤسسات المالية (حسابات الاستثمار)**، مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

٣٦- عبد العزيز، حمد حماد، **عقود التأمين حقيقتها وحكمها**، مجلة الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، الطبعة: السنة السابعة عشر – العدد الخامس والستين، السادس والستين – محرم –جماد الأخرة ١٤٠٥ه،

٣٧- عبدوس، ومصطفى، عبد العزيز، العرابي، **إنعكاسات الأزمة المالية العالمية على المصارف الإسلامية**، جامعة بشار، الجزائر.

٣٨- العثماني، محمد تقي، **بحوث في قضايا فقهية معاصرة**، ط: دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٢٤ه – ٢٠٠٣م.

٣٩- علي، عبد الكريم، وآخران، **مخاطر تطبيقات المضاربة في البنوك الإسلامية وطرق إدارتها**، مجلة البصيرة للدراسات، الجزائر، العدد ٨، يونيو ٢٠١٨م.

٤٠- العمراني، عبد الله محمد، **ضوابط التحوط في المعاملات المالية وآثاره وبدائله، ضمن بحوث منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي**، بعنوان :"التحوط في المعاملات المالية الضوابط والأحكام"،التي يعقدها مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي بالتعاون مع منتدى فقه الاقتصاد الإسلامي،الفترة من: ٢٦–٢٧إبريل ٢٠١٦م.

٤١- قحف، منذر، **سندات القراض وضمان الفريق الثالث وتطبيقاتهما في تمويل التنمية في البلدان الإسلامية**، بحث منشور بمجلة جامعة الملك عبد العزيز للاقتصاد الإسلامي، المجلد الأول، (١٤٠٩ه / ١٩٨٩م).

٤٢- قحف، منذر، **ضمان الودائع المصرفية وتطبيقه في الأردن**، د.ط، د.ت.

٤٣- **قرارات وتوصيات ندوات البركة للاقتصاد الإسلامي**، قرار رقم: (١/٥).

٤٤- القري، محمد علي، **آليات التحوط في العمليات المالية الإسلامية،** ورقة بحثية مقدمة إلى المؤتمر السابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية.

٤٥- المجددي، محمد عميم الإحسان المجددي، **قواعد الفقه،** ط: الصدف ببلشرز – كراتشي، د.ط، د.ت.

٤٦- مجذوب، أحمد مجذوب، **التمويل المصرفي الإسلامي بين صيغ المشاركات والمداينات،** ضمن بحوث ندوة البركة الرابعة والثلاثين للاقتصاد الإسلامي، في الفترة من ٨ –٩ رمضان ١٤٣٤هـ – الموافق ١٦ – ١٧ يوليو ٢٠١٣م، جدة.

٤٧- **مجلة مجمع الفقه الإسلامي** التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بجدة، تصدر عن منظمة المؤتمر الاسلامي بجدة.

٤٨- محمد المختار السلامي، **سندات المقارضة وسندات التنمية والاستثمار،** مجلة مجمع الفقهي الإسلامي ٤/ ١٤٧٣.

٤٩- محيي الدين، أحمد، **تطبيق المضاربة والمشاركة الثابتة والمتناقصة في التمويلات المصرفية،** ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر الرابع للهيئات الشرعية للمؤسسات المالية الإسلامية، في الفترة من ٣ – ٤ أكتوبر ٢٠٠٤م بمملكة البحرين.

٥٠- المغربي، عبد الفتاح عبد الحميد، **الإدارة الاستراتيجية في المصارف الإسلامية،** المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، جدة ١٤٢٥ه.

٥١- المهدي، محمد المختار، مقال بعنوان: " **بيان من بعض علماء الأزهر عن حرمة معاملات البنوك**"، منشور بمجلة البيان العدد السادس عشر.

٥٢- النجار، طلال أحمد، **المضاربة المشتركة ومدى تطبيقها في المصارف الإسلامية في فلسطين**، رسالة ماجستير بالجامعة الإسلامية بغزة، ١٤٢٣هـ – ٢٠٠٢م.

٥٣- هاشم، أشرف محمد، **التمويل بعقد المضاربة للمنشآت الصغيرة والمتوسطة**، د.ط، د.ت.

References

1- The Ever-Glorious Quran

2- Abu Al-Hayajaa, Ilias Abdullah, Tatweer Aleyat At-Tamweel Bil Musharakah fi Al-Masaref Al-Islamiyyah, PhD, Yarmuk University, Jordan, 2007 AD, 11428 AH.

3- Abu Zayd, Muhammad Abd Al-Moneim, Nahw Tatweer Nizam AL-Mudarabah fi Al-Masaref Al-Islamiyyah, edition of International Institute of Islamic Thought, Cairo, 1st edition, 2000 AD.

4- Abu Ghaddah, Abd As-Sattar, Al-Qirad Aw Al-Mudarabah Al-Mushtarakah fi Al-Muassassat Al-Maliyyah (Hisabat Al-Istithmar), International Islamic Fiqh Academy Magazine.

5- Ismaeel Talal Ahmad, Al-Mudarabah Al-Mushtarakah wa Mada Tatbeeqiha fi Al-Masaref Al-Islamiyyah, MA, Faculty of Shariah, Islamic University, Gaza, 1423 AH, 2002 AD.

6- Al- Amin, Hassan Al-Amin, Al-Mudarabah Ash-Shariyyah wa Tatbeeqatuha Al-Hadithah, Islamic Development Bank Publications, Jeddah, 1421 AH.

7- Ba Bakr, Uthman Ahmad, Nizam Himayat Al-Wadaea Lada Al-Masaref Al-Islamiyyah, Islamic Development Bank edition, 1421 AH.

8- Hassan, Hussien Hamed, Intqal Eiba Al-Ithbat fi Dawa At-Taadi wa At-Tafreet Ila Al-Amin, researches in Third Islamic Jurisprudence Conference for Financial Institutions, Shura Sharia Consultancy, November, 2009 AD.

9- Hassan, Hussien Hamed**,** Daman Raas Al-Mal Aw Ar-Ribh fi Sokouk Al Mudarabah aw Sanadat Al-Muqaradah, International Islamic Fiqh Academy Magazine.

10- Hussien, Muhammad Ahmad, Al-Mudarabah fi Al-Masaref Al-Islamiyyah, A Research Paper in the Fifth International Islamic Conference held in Jerusalem under the title "At-Tamweel Al-Islami – Ma Heyatuh, Seeghatuh, Mustakbaluh" Ministry of Endowments and Islamic Affairs, Ramallah , Palestine, 1435 Ah/ 2014 AD.

11- Hammad, Nazeeh, Naql Eiba Al-Ithbat fi Dawa At-Taadi wa At-Tafreet fi Al-Mudarabah wa Al-wikalah ila Al-Umanaa, no date, no edition.

12- Hammad, Nazeeh, Mada Sehat Tadmeen Yadd Al-Amanah bi Ash-Shart fi Al-Fiqh Al-Islami, Islamic Development Bank, Jeddah, 2nd edition, 1420AH, 2000AD.

13- Hamoud, Sami Hassan Ahmad, Tatweer Al-Amaal Al-Masrifiyyah bima Yatafiq wa Ash-Shariah Al-Islamiyyah, Sharq Press, Uman, Jordan, 2nd edition, 1402AH/ 1982AD.

14- Khayrah, Sawalhi, Amer Bashir, Al-Istithmar bil Mudarabah fi Al-Bonouk Al-Islamiyyah, A Study by Qatar Islamic Bank, Al-Ibdaa magazine, Algeria, vol.11, issue 1A, 2021AD.

15- At-Tigani, Abd Al-Qader Ahmad, Tabarua Al-Mudarib bi Daman Raas Al-Maal fi Al-Wadaea Al-Masrifiyyah, Islamic Economy Research Council, King Abdulaziz University, Saudi Arabia, 2001AD.

16- Al-Gamal, Muhammad Mahmoud, Amaliyyat At-Tahwout wa Tatbeeqatuha fi Al-Masrifiyyah Al-Islamiyyah wa Ahkamuha Ash-Shariyyah, A Research Paper submitted in the seminar "At-Tahwout fi Al-Muamalaat Al-Maliyyah: Ad-Dawabet wa Al-Ahkam" held by Islamic Economy Fiqh Forum, April, 2016AD.

17- Ad-Dubyan, Dubyan Muhammad, Al-Muamalaat Al-Maliyyah Asalah wa Muassarah, King Fahad National Library edition, 1432AH.

18- Az-Zuheili, Muhammad Mustafa, Al-Qawaed Al-Fiqhiyyah wa Tatbeeqatuha fi Al-Mazaheb Al-Arbaha, Dar Al-Fikr, Damascus, 1st edition, 1427AH, 2006AD.

19- Az-Zuheili, Wahba Mustafa, Nazariyyat Ad-Daman, Dar Al-Fikr edition, Beirut, 2012AD.

20- Az-Zurqa, Ahmad Bin Ash-Sheikh, Sharh Al- Qawaed Al-Fiqhiyyah, Dar Al-Qalam edition, Damascus, 1409AH, 1989AD, 2nd edition,

21- Az-Zurqa, Mustafa Ahmad, Al-Madkhal Al-Fiqhi Al-Aam, Dar Al-Qalam edition, Damascus, 1st edition, 1418AH- 1998AD.

22- As-Sabaei, Sadeq Ahmad, Makhater Seyagh At-Tamweel wa Al-Istithmar Al-Islami min Wijhat Nazr Al-Amileen fi Al-Masaref Al-Islamiyyah, University of Sharjah Journal, vol 15, issue 2, 1440AH/2018AD.

23- As-Salami, Muhammad Al-Mukhtar, Sandat Al-Muqradah wa Sanadat At-Tanmiyyah wa Al-Istithmar, International Islamic Fiqh Academy Magazine

24- Suliman, Ahmad Shawqi, Al-Makhater Al-Muhitah bi Seyagh Al-Mudarabah wa Kayfiyyat Al-Hadd Minha, International Islamic Economy Magazine, issue 62, 2017AD.

25- Shubeir, Muhammad Uthamn, Al-Muamalaat Al-Maliyyah Al-Muaserah fi Al-Fiqh Al-Islami, Dar An-Nafaes, Jordan, 6th edition, 1427AH, 2007AD.

26- Ash-Shebeili, Yusuf Ibn Abd Allah, Al-Khadamat Al-Istishariyyah fi Al-Masaref wa Ahkamuha fi Al-Fiqh Al-Islami, PhD, Imam Mohammad Ibn Saud Islamic University, 1424AD.

27- Shihatah, Hussein Hussein, Seyagh At-Tamweel Al-Islami kama Taqoum biha Al-Masaref Al-Islamiyyah, no date, no edition.

28- As-Sadr, Muhammad Baqer, Al-Bank Al La Rabawi fi Al-Islam, Dar At-Taruf, Lebanon, 1441AH-1994AD.

29- As-Sagheer, Adel Salem, Al-Mudarabah Al-Mushtarakah min Ahm Seyagh At-Tamweel Al-Masrafi Al-Islami, no date, no edition.

30- As-Seifi, Abd Allah Ali, At-Tameen ala Al-Wadaea Al-Masrifiyyah fi Al-Bonouk Al-Islamiyyah, Journal of Dirasat Shariah and Law Sciences, vol 40, issue 2, 2013AD.

31- Ad-Dareer, As-Sedeeq Muhammad, Sanadat Al-Muqaradah, a Research in Islamic Fiqh Academy Magagzine, 4/1410AH.

32- Taher, Abd Allah Umar, Al-Okoud Al-Mudafah ila Mithliha, Dar Kounouz Eshbelia, Riyadh, 1st edition, 1434AH -2013AD.

33- Abd Al-Hamid, Ahmad Eid, Daman Gihat Isdar As-Sokouk Ash-Shariyyah li Nataeg Dirsat Al-Jadwa, a Research in Shariah and Law Faculty Journal, Cairo.

34- Abd Ar-Raziq, Abu BakrBin Hammam, Al-Musannaf, Al-Maktab Al-Islami, Beirut, 1403AH, 2nd edition.

35- Abd As-Sattar Abu Ghudah, Al-Qirad aw Al-Mudarabah Al-Al-Mushtarakah fi Al-Moassassat Al-Maliyyah (Hisabat Al-Istithmar), Islamic Fiqh Academy Magazine.

36- Abd Al-Aziz, Hamad Hammad, Okoud At-Tameen Haqeeqatuha wa Hukmuha, Madinah Islamic University Journal, 17th year edition, issue 65, 1405AH.

37- Abdous wa Mustafa Abd Al-Aziz, Al-Urabi, Inikasat Al-Azmah Al-Maliyyah Al-Alamiyyah ala Al-Masaref Al-Islamiyyah, Bashar University, Algeria.

38- Al-Uthmani, Muhammad Taqi, Bohouth fi Qadaya Fiqhiyyah Moasirah, Dar Al-Qalam 2nd edition, Damascus, 1424AH-2003AD.

39- Ali Abd Al-Karim, et al, Makhater Tatbeeqat Al-Mudarabah fi Al-Bonouk Al-Islamiyyah wa Turuq Idaratiha, Al-Basirah: Journal of Islamic Studies, Algeria, issue 8, 2018AD.

40- Al-Umrani, Abd Allah Muhammad, Dawabet At-Tahwout fi Al-Muamalaat Al-Maliyyah wa Atharuh wa Badaeluh, A Research Paper submitted in the seminar "At-Tahwout fi Al-Muamalaat Al-Maliyyah: Ad-Dawabet wa

Al-Ahkam" held by Islamic Economy Fiqh Forum, April, 2016AD.

41- Qahaf, Munzir, Sandat Al-Qirad wa Daman At-Taraf Ath- thalith wa Tatbeeqatuhuma fi Tamweel At-Tanmiyyah fi Al-Buldan Al-Islamiyyah, a research in Journal of King Abdul Aziz Economics Islamic University, vol 1, (1409AH-1989AD)

42- Qahaf, Munzir, Daman Al-Wadea Al-Masrifiyyah wa Tatbeequh fi Al-Urdun, no date, no edition.

43- Resolutions and recommendations of Al-Barakah seminars for Islamic Economy, Resolution No. (5/1)

44- Al-Qerri, Muhammad Ali, Aaliyyat At-Tahwout fi Al-Amaliyyat Al-Maliyyah Al-Islamiyyah, a research paper in the 7th conference of Shariah Authorities of Islamic Financial Institutions.

45- Al-Mugaddedi, Muhammad Amim, Qawaed Al-Fiqh, Sadaf Publishers, Karachi, no date, no edition.

46- Majzoub, Ahmad**,** At-Tamweel Al-Masrefi Al-Islami Bayn Seyagh Al-Musharakat wa Al-Mudaynat, a research submitted at Al-Barakah 34th Seminar for Islamic Economy, 1434AH-2013AD, Jeddah.

47- Islamic Fiqh Academy Magazine, affiliated with the Organization of Islamic Conference, Jeddah.

48- Muhammad Al-Mukhtar As-Salami, Sanadat Al-Muqaradah wa Sandat At-Tanmiyyah wa Al-Istithmar, Islamic Fiqh Academy Magazine 4/1473.

49- Muhyee Ad-Deen Ahmad, Tatbeeq Al-Mudarabah wa Al-Musharakah Ath-Thabitah wa Al-Mutanaqisah fi At-

Tamweelat Al-Masrefiyyah, a worksheet submitted to the 4th conference of Shariah Authorities of Islamic Financial Institutions, October 2004, Bahrain.

50- Al-Magharabi, Abd Al-Fattah Abd Al-Hameed, Al-Idarah Al-Istratijiyyah fi Al-Masaref Al-Islamiyyah, Islamic Institute for Research and Training, Jeddah, 1425AH.

51- Al-Mahdi, Muhammad Al-Mukhtar, an article titled "Bayan min BaAd Ulamaa Al-Azhar an Hurmat Muamalaat Al-Bonouk", Al-Bayan Magazine, issue 16.

52- An-Najjar, Talal Ahmad, Al-Mudarabah Al-Mushtarakah wa Mada Tatbeeqiha fi Al-Masaref Al-Islamiyyah in Palestine, MA at The Islamic University in Gaza, 1423AH, 2002AD.

53- Hashim, Ashraf Muhammad, At-Tamweel bi Akd Al-Mudarabah li Al-Munshaat As-Sagheerah wa Al-Mutawasitah, no date, no edition.