

عقد المضاربة بين الشريعة والقانون دعوة إلى تطبيق العمليات المصرفية المعاصرة

للأستاذ الدكتور عبد العظيم شرف الدين

أستاذ في الشريعة الإسلامية

في كلية الحقوق - جامعة بنغازي - بالجمهورية العربية الليبية

التعاون بين المال والعمل يعد من العوامل الأساسية للتقدم الاقتصادي المنشود الذي تبتغيه أمتنا في ظل أحكام الشريعة الإسلامية الغراء . وعقد المضاربة المقررة في الشريعة الإسلامية يعد مظهراً من مظاهر هذا التعاون بين رب المال الذي يملك المال ولا يستطيع استثماره والعامل الذي يجيد العمل ولا يجد ما لا يتجر فيه على أن يقسم الربح بينهما وإذا حدثت خسارة تحملها رأس المال على ألا يتحمل العامل من الخسارة شيئاً سوى ضياع عمله عليه .

فما معنى عقد المضاربة ؟ وما وجه مشروعيتها ؟

تعريف المضاربة :

المضاربة مأخوذة من الضرب في الأرض ، وهو السفر والمشي ، والعامل مضارب - بكسر الراء - قال الرافعي : ولم يشتق للمالك منه اسم فاعل لأن العامل يختص بالضرب في الأرض ، فعلى هذا تكون المضاربة من المفاعلة التي تكون من جانب واحد مثل : عاقبت اللص^(١) وأهل الحجاز يسمون عقد المضاربة القراض - بكسر القاف - من القرض ، وهو التقطع ، سمي بذلك لأن المالك قطع قطعة من ماله ، والعامل قطع لرب المال جزءاً من الربح^(٢) .

وأهل العراق يسمونه المضاربة ، ولا يقولون قراضاً البتة ، وقد أخذوه أهل العراق من قوله تعالى : « وإذا ضربتم في الأرض »^(٣) .

(١) نيل الأوطار : ٢٧٩/٥ ، نتائج الأفكار : ٥٧/٧ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٥١٧/٣ .

(٣) سورة النساء : آية : ١٠١ .

وقوله : « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله » (١) .

وقال رجل من جلساء عمر رضي الله عنه في قصة ولديه عبد الله وعبيد الله حينما كانا في جيش إلى العراق ، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري ، وهو أمير البصرة ، فرحب بهما وسهّل ، ثم أسلفهما مالاً من مال الله ، فابتاعا به متاعاً من متاع العراق ، فلما قدما باعاً فأربحاً ، فلما دفعوا ذلك إلى عمر رضي الله عنه قال : أكلّ الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟

قالا : لا ، فقال عمر بن الخطاب : ابنا أمير المؤمنين ، فأسلفكما ، أديا المال وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا ، لو نقص هذا المال أو هلك لضمناه ، فقال عمر : أدياه ، فسكت عبد الله ، وراجع عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين : لو جعلته قراضاً ، فقال عمر : قد جعلته قراضاً ، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه ، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال (٢) .

فقول الرجل لعمر : لو جعلته قراضاً ، يدل على أنه لغة أهل الحجاز والمعروف عندهم وكان عقد المضاربة في الجاهلية ، فأقره الإسلام ، وقد عمل به الرسول صلى الله عليه وسلم لخديجة قبيل البعثة ، ونقلته الكافة عن الكافة كما نقلت الدية ، ولا خلاف في جوازه (٣) .

والمضاربة شرعاً عقد على الشراكة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر (٤) وقال السمرقندي : وأما تفسير المضاربة فهو دفع المال إلى غيره ليتصرف

(١) سورة المزمل : آية : ٢٠ .

(٢) الموطأ : ٣ / ٣٤٥ ، ٣٤٦ .

(٣) الزرقاني على الموطأ : ٣ / ٣٤٥ .

(٤) نتائج الأفكار : ٥٧ / ٧ .

فيه ، ويكون الربح بينهما على ما شرطاً ، فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لأنه نماء ماله ، وللمضارب باعتبار عمله الذي هو سبب وجود الربح^(١) وتعريف السمرقندي فيه فتور ؛ إذ الظاهر أن المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المذكور ، بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه^(٢) .

ويؤيد هذا ما قاله السبكي : قد يشاح المصنف في قوله : أن يدفع ، ويقال : القراض هو العقد المقتضى للدفع لا نفس الدفع^(٣) .

ومن هذا نرى أن الرأي السائد لدى الفقهاء هو اعتبار المضاربة عقداً يحتاج إلى إيجاب وقبول شأنه في ذلك شأن سائر العقود .

وجه مشروعيتها :

اتفق الفقهاء على جواز المضاربة ، ولا خلاف بينهم في مشروعيتها ، غير أن الجمهور منهم ذهبوا إلى أنها قد شرعت على خلاف القياس ؛ إذ القياس يقضي بعدم جواز الاستئجار بأجر مجهول ، بل بأجر معدوم ، ولعمل مجهول ، وقد ترك القياس بالكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقوله عز شأنه : « وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله »^(٤) والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل ، وأما السنة فما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال : كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع المال مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بجرأ ، ولا ينزل به وادياً ، ولا يشتري به دابة ذات كبدة رطبة ، فإن

(١) تحفة الفقهاء : ١٥/٣ .

(٢) نتائج الأفكار : ٥٧/٧ .

(٣) مفتي المحتاج : ٣١٠/٢ .

(٤) سورة المزمل : آية : ٢٠ .

فعل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأجاز شرطه ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملون بذلك فلم ينكر عليهم ، وهذا تقرير لهم على المضاربة ، والتقارير من رسول الله سنة . وأما الإجماع فهو إجماع الصحابة على جواز المضاربة ، ولم ينكر عليهم أحد ، وقد تعامل الناس بذلك من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم في سائر العصور دون إنكار أحد .

وبهذا الإجماع ترك القياس : أضف إلى هذا أن الحاجة دعت إلى مشروعيتها فالإنسان قد يكون لديه مال ، لكنه لا يهتدي إلى استثماره ، وقد تكون لديه الخبرة الكافية بأمور التجارة ولكنه لا يجد مالا يستثمره ، فكان في تشريع هذا العقد دفع حاجة الغني والفقير ، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم^(١) .

وقد قرر ابن رشد أنه لا خلاف بين المسلمين في جواز القراض ، وأنهم أجمعوا على أن صفته أن يعطى الرجل الرجل المال على أن يتجربه على جزء معلوم ، يأخذه العامل من ربح المال ، وأن هذا استثني من الإجارة المجهولة ، وأن الرخصة في ذلك إنما هي لموضع الرفق بالناس^(٢) .

والجمهور من الفقهاء يرون أن المضاربة شرعت على سبيل الرخصة ، وقد استثنيت من الإجارة بمجهول ، ومن السلف بمنفعة^(٣) .

وأن القراض رخصة يقتصر فيها على ما ورد^(٤) .

والقراض رخصة خارج عن قياس الإجازات كما خرجت المساقاة عن

(١) بدائع الصنائع : ٧٩/٦ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٣٦/٢ .

(٣) حاشية الدسوقي : ٥١٨/٣ .

(٤) الشرح الكبير : ٥١٩/٣ .

بيع ما لم يخلق ، والحوالة عن بيع الدين بالدين ، والقراض عقد غرر إذ العمل فيه غير مضبوط ، والربح غير موثوق به ، وإنما جوز للحاجة ^(١) .

والفقهاء قد أولوا مشروعية المضاربة عناية فائقة ، وحشدوا جهودهم لبيان وجه الحاجة إليها ، ومن هذا قول صاحب الهداية : وهي مشروعة للحاجة إليها ، فإن الناس بين غني بالمال عي عن التصرف فيه ، وبين مهتد في التصرف صفر اليد عنه ، فمست الحاجة إلى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الفقير والغني ^(٢) .

وعلماء الحديث قد اهتموا ببيان الأدلة على جوازها ، ومن هذا ما أورده الشوكاني عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به : أن لا يجعل مالي في كبد رطبة ^(٣) ولا تحمله في بحر ، ولا تنزل به بطن مسيل ، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي .

وقال علي : في المضاربة الوضعية على المال ، والربح على ما اصطالحوا عليه ، قال الشوكاني بعد ذكر هذه الآثار : فهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير ، فكان ذلك إجماعاً منهم على الجواز ^(٤) . وقال الباجي : ووجه صحته من جهة المعنى أن كل مال يزكو بالعمل ولا يجوز استئجاره للمنفعة المتصودة منه فإنه يجوز المعاملة عليه ببعض النماء الخارج منه ؛ وذلك أن الدنانير والدراهم لا تزكو إلا بالعمل ، وليس كل أحد يستطيع التجارة ، ويقدر على تنمية ماله ، ولا يجوز له إيجارها ممن

(١) معنى المحتاج : ٣١٠، ٣٠٩/٢ .

(٢) الهداية : ٥٨/٧ .

(٣) أي لا تشتري به حيواناً ، وإنما نهى عن ذلك لأن ما كان له روح عرضة للهلاك .

(٤) نيل الأوطار : ٢٨٢/٥ .

ينميتها ، فالولا المضاربة لبطلت منفعتها ، فلذلك أبيحت المعاملة بها على وجه القراض ، لأنه لا يتوصل من مثل هذا النوع من المال إلى الانتفاع به في التنمية إلا على هذا الوجه ^(١) . فتراه يقرر أن الدراهم والدنانير لا تصح إيجارها للانتفاع بها لأن هذا يعد ربا ، وليس كل أحد يستطيع التجارة بها ، فمست الحاجة إلى القراض بها ، ولولا ذلك لتعطل الانتفاع بها ، وقد أبرز في عبارته الحاجة إلى القراض من جانب رب المال لأن حاجة العامل ماسة وواضحة لا تحتاج إلى بيان .

وإذا كان الجمهور من الفقهاء يرون أن المضاربة قد شرعت على خلاف القياس فإننا نجد ابن تيمية وتلميذه ابن القيم قد ذهبا إلى أنها لا تخالف القياس شأنها شأن غيرها من العقود التي دافعا عن مجيئها على مقتضى القياس ، وقد بين ابن تيمية أن القائلين إن المضاربة على خلاف القياس ظنوا أنها من جنس الإجارة لأنها عمل بعوض ، والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض ، فلما رأوا العمل والربح في المضاربة غير معلومين قالوا : هي على خلاف القياس ، وهذا من غلطهم ، فإن المضاربة من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض ، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات ، وإن كان فيها شوب المعاوضة ، ثم بين الفرق بين المضاربة والإجارة بأن رب المال ليس له قصد في عمل العامل كالمستأجر ، له قصد في عمل العامل ، وإنما المقصود لرب المال هو المال ، ولهذا لو عمل المضارب ما عمل ولم يربح شيئا لم يكن له شيء ، والمضاربة مشاركة : هذا بنفع ماله ، وهذا بنفع بدنه ، وما قسم الله من ربح كان بينهما على الإشاعة ، ولهذا لا يجوز أن يختص أحدهما بربح مقدر لأن هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة ؛ فإن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين ،

(١) المنتقى : ١٥١/٥ .

فإذا خص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن ذلك عدلاً ، بخلاف ما إذا كان لكل منهما جزء شائع ، فإنهما يشتركان في المغنم والمغرم ، فإن حصل ربح اشتركا فيه ، وإن لم يحصل شيء اشتركا في المغرم ، وذهب نفع بدن هذا كما ذهب نفع مال هذا (١) .

وكان الصحابة رضي الله عنهم يدعون إلى التجارة بأموال اليتامى ، وكانوا يضاربون بها حتى لا تأكلها الزكاة ، قال الزرقاني : أجمع العلماء على أن القراض سنة معمول بها ، وقال عمر وابنه وعائشة وابن مسعود : « اتجروا في أموال اليتامى ، لا تأكلها الزكاة » وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : خطب رسول الله صلى الله عليه وسلم الناس فقال : « ألا من ولي مال يتيم فليتجر له فيه ، ولا يتركه فتأكله الزكاة » (٢) .

أركان المضاربة :

المضاربة عقد بين رب المال والمضارب كما بينا ، ولهذا كان لا بد لها من أركان يتوقف وجودها عليها ، شأنها في هذا شأن غيرها من العقود ، وأركانها هي الإيجاب والقبول ، فالإيجاب هو كل لفظ يدل على المعنى المقصود منها ، وهو يتأتى بلفظ المضاربة والمقارضة والمعاملة ، وما يؤدي معناها ، كأن يقول رب المال : خذ هذا المال مضاربة على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا على كذا من نصف أو ربع أو ثلث أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة ، وكذلك لو قال : مقارضة أو معاملة ، والقبول كل لفظ يدل على الرضا بذلك كقول المضارب : أخذت أو رضيت أو قبلت ، ونحو ذلك ، ولفظ المضاربة صريح في إنشاء هذا العقد ، وكذا لفظ المقارضة صريح لدى أهل المدنية ، ولفظ

(١) إعلام الموقعين : ١/ ٣٨٤ ، ٣٨٦ .

(٢) الموطأ : ٣/ ٣٤٧ .

المعاملة يشتمل على البيع والشراء ، وهو معنى عقد المضاربة ، فلو قال : خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله فهو بيننا ولم يزد على هذا ، فأجابه بالقبول تم العقد لأنه أتى بلفظ يؤدي معنى العقد ، والعبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني .

ومن هذا يتبين لنا أن عقد المضاربة يصح إنشاؤه بذكر لفظ المضاربة أو المقارضة أو المعاملة ، وكذلك بذكر البيع والشراء أو ما يدل عليهما مع تحديد جزء شائع للمضارب من الربح إذا ربح .

وإذا ذكر رب المال ما يدل على الشراء فقط لا يتم عقد المضاربة ، فإن كان المسمى للعامل معيناً اعتبر هذا إجازة صحيحة ، فاستحق العامل الأجر على شراء ما أمره به رب المال ، وإن كان المسمى للعامل مجهولاً كانت إجازة فاسدة واستحق أجر مثله ، فلو قال له : خذ هذا المال فاشتر به سيارة لا تعتبر عبارته مضاربة ، فإذا اشترى العامل السيارة كانت ملكاً لرب المال وليس من حق العامل بيعها لأنه أمره بالشراء دون البيع ، فإن باعها توقف بيعه على إجازة رب المال .

وذكر البيع والشراء مع تحديد قدر شائع من الربح كاف لإنشاء عقد المضاربة ، روى بشر عن أبي يوسف في رجل دفع إلى رجل ألف درهم ليشتري بها ويبيع فما ربح فهو بينهما ، فهذه مضاربة لأنه لما ذكر الشراء والبيع فقد أتى بمعنى المضاربة .

ويصح العقد وإن اشترط على المضارب تحمل الخسارة كلها لأن هذا شرط فاسد ، فيصح العقد ويبطل الشرط . فإذا كانت هناك خسارة لحقت رأس المال عادت على رب المال لا على المضارب .

فإن قال : خذ هذا المال مضاربة على أن لي نصف الربح صحت المضاربة استحساناً ، لأن المضاربة تقتضي الشركة في الربح ، فكانت تسمية أحد

أحد النصفين لنفسه بمنزلة تسمية الباقي للمضارب ، فكأنه قال : خذ هذا المال مضاربة على أن لك النصف ، وهذا يشبه ما ورد في ميراث الأبوين في قوله تعالى : « فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث ^(١) » . فلما كان الميراث للأبوين وقد جعل الله للأم الثلث كان هذا بمنزلة جعل الباقي للأب ، والقياس يقضي فساد المضاربة في هذه المسألة لأن رب المال لم يجعل للمضارب شيئاً معلوماً من الربح ، وإنما سمي لنفسه النصف فقط ، وتسميته لنفسه لغو لعدم الحاجة إليها ، فكانت تسميته لنفسه والسكوت عنها لغواً ، والحاجة إلى التسمية في حق المضارب ، ولم توجد ، فلا تصح المضاربة قياساً ، ولكنها صحيحة استحساناً لما بينا .

أساس استحقاق الربح في المضاربة :

يستحق الربح في المضاربة بالمال أو العمل ، وحيث لا يكون عمل ولا مال ، فلا يستحق ربح في المضاربة ، فلو اشترط لرب المال النصف ، وللمضارب الثلث ، ولأجنبي السدس ، فإن السدس لا يستحقه الأجنبي لأنه ليس له ملك ولا عمل ، وإنما يكون هذا السدس حقاً لرب المال كالمسكوت عنه ، وينطبق هذا على حالات كثيرة منها :

لو دفع رجلان إلى رجل ألف جنيه مضاربة على أن للمضارب ثلث الربح والباقي من الربح ثلثه لأحدهما وثلثاه للآخر وكانا متساويين في رأس المال ، فإن المضارب يستحق ثلث الربح الذي شرط له بالعمل ، والباقي يقسم بين صاحبي المال بالتساوي لأن ماليهما متساويان فيجب التساوي بينهما في الربح ؛ وذلك لأن الذي شرط له ثلثا الباقي لو أعطى ما شرط له لأخذ ربحاً من مال صاحبه دون أن يكون له فيه رأس مال ولا عمل ، وهذا شرط باطل ،

(١) سورة النساء : آية : ١١ .

فيقسم الربح بينهما بالتساوي لتساويهما في رأس المال بعد أن يأخذ العامل حصته من الربح (١).

حسبان التلف من الربح ، والخسارة على رب المال :

إذ تلف مقدار من مال المضاربة حسب في بادئ الأمر من الربح ، ولا يسري إلى رأس المال ، وإذا تجاوز مقدار الربح وسرى إلى رأس المال فلا يضمنه المضارب سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة ، ويشترط أن يكون التلف بلا تعد ، ويعد التلف من الربح لأنه تابع ، ورأس المال أصل ، فينصرف الهالك إلى التابع ، فإن تلف بتعدى المضارب ضمنه ، والمضارب لا يتحمل شيئاً من الخسارة إذا أمكن جعلها ضمن رأس المال ، أما إذا استغرقت الخسارة رأس المال وزادت عليه فلا يطالب رب المال بهذه الزيادة ، وحسبه ما ضاع من رأس ماله قال ابن رشد : ولا أعرف خلافاً بين فقهاء الأمصار أنه إن تكرر العامل على السلع إلى بلد ، فاستغرق الكراء قيم السلع ، وفضل عليها فضلة أنها على العامل ، لا على رب المال لأن رب المال إنما دفع ما له إليه ليتجر به (٢).

أحكام المضاربة :

المضاربة لها شبه بعدة عقود ، ولهذا ثبتت لها أحكام تتناسب مع هذه العقود ، فهي عقد أمانة عند التعاقد ، وعقد وكالة عند التصرف في المال ، وعقد شركة إذا عمل في المال فربح ، وهي عقد جائز لكل منهما فسخه ، ومن أحكامها وجوب تسليم رأس المال إلى المالك قبل تسليم المضارب حصته من الربح ، واستحقاق المضارب النفقة في أثناء السفر متى سافر بمال المضاربة للتجارة فيه ، وإليك تفصيل هذه الأحكام :

(١) المبسوط : ٣٠/٢٢ .

(٢) بداية المجتهد : ٢٤١/٢ .

١ - عقد أمانة :

المضارب أمين عند التعاقد باتفاق الفقهاء ، ورأس المال في يد المضارب قبل أن يشتري به شيئاً يعد أمانة بمنزلة الوديعة ، لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن ، وكل مقبوض كذلك فهو أمانة^(١) .

ولا يجوز لرب المال أن يشترط على الذي دفع إليه المال الضمان ، فإن هذا الشرط يخالف ما وضع القراض عليه ، وما مضى من سنة المسلمين فيه كما قال الإمام مالك ، ولا خلاف بينهم أن المضاربة أمانة^(٢) . وقال ابن قدامة : والعامل أمين في مال المضاربة لأنه يتصرف في مال غيره بإذنه ، لا يختص بنفعه ، فكان أميناً كالوكيل^(٣) .

ولما كان هذا العقد عقد أمانة كان شرط الضمان على العامل إذا تلف المال ، أوضاع بلا تفريط شرطاً فاسداً ، وقد اختلف الفقهاء في جواز اشتراط رب المال الضمان على المضارب .

فقال مالك : القراض فاسد ، وإن تلف المال لم أر على الذي أخذه ضماناً لأن شرط الضمان في القراض باطل^(٤) فإن دفع على الضمان فسخ ما لم يعمل ، فإن عمل بطل الشرط ورد إلى قراض مثله ، وروي عنه أنه يرد إلى أجره مثله^(٥) .

(١) الهداية : ٥٨/٧ ، بدائع الصنائع : ٨٧/٦ .

(٢) شرح الزرقاني : ٣٥٢/٣ .

(٣) المغنى : ٦٩/٥ .

(٤) الزرقاني : ٣٥٢/٣ .

(٥) نفس المرجع .

وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض ففسد، وبهذا قال الشافعي (١).

وقال أبو حنيفة وأصحابه : القراض جائز ، والشرط باطل ، لأنه يشبه الشرط الفاسد في البيع ، فالبيع جائز والشرط باطل اعتماداً على حديث يريرة (٢) وبهذا قال أحمد كما نقله عنه ابن قدامة : متى شرط على المضارب ضمان المال أو سهماً من الوضعية فالشرط باطل ، لا نعلم فيه خلافاً ، والقصد صحيح ، نص عليه أحمد ، وروي عنه أن العقد يفسد به لأنه شرط فاسد ، فأفسد المضاربة ، والمذهب الأول ؛ وذلك أنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به ، كما لو شرط لزوم المضاربة (٣).

وعند المالكية يجب ضمان رأس المال إذا كان الربح للعامل وحده بأن قال له رب المال : اعمل فيه والربح لك لأنه حينئذ صار قرضاً ، وانتقل من الأمانة إلى الذمة ، ولكن هذا مشروط بشرطين :

أولهما : ألا ينفي الضمان عن نفسه ، وألا ينفيه عنه رب المال ، فإن نفي الضمان عن نفسه بأن قال : ولا ضمان عليّ ، أو قال له رب المال : ولا ضمان عليك لم يضمن لأن رب المال قد زاد في إحسانه إلى العامل بقبول نفي الضمان عنه .

ثانيهما : ألا يذكر لفظ القراض بأن يقول : اعمل فيه ، والربح لك فإن سمي قراضاً بأن قال له : اعمل فيه قراضاً ، والربح لك لم يضمن ، وإن شرط عليه الضمان حينئذ كان لغواً ، وكان القراض فاسداً يفسخ قبل العمل (٤).

(١) بداية المجتهد : ٢٣٨/٢ .

(٢) نفس المرجع .

(٣) المغني ٥/٦٢ .

(٤) الشرح الصغير : ٤/١٤٠ .

ويرى المالكية أن لرب المال منعه من السفر قبل تصرفه في المال ، فإن خالف وسافر ضمن ، أما إذا لم يمنعه من السفر أصلاً أو منعه بعد تصرفه في المال فيجوز له السفر ، ويرون كذلك أن له أن يشترط عليه ألا ينزل وادياً معيناً ، أو لا يمشي بالمال ليلاً خوفاً من اللصوص أو ألا ينزل به بحراً أو ألا يبتاع به سلعة معينة ، فإن خالف في ذلك وتلف المال أو بعضه ضمن ما تلف ، كما يرون أن عليه الضمان إن عمل بموضع جور للعامل بأن كان لا حرمة له فيه ولا جاه ، كما يرون الضمان عليه أيضاً إن عمل في المال بعد علمه بموت المالك متى كان المال عيناً لأن المال صار لغير صاحبه الذي أبرم العقد معه ، ولا يضمن إذا لم يعلم بموته ، ولا إذا كان المال عرضاً فباعه بعد علمه بموت صاحبه ، إذ ليس للورثة أن يمنعه من التصرف فيه ، ويرون ضمانه أيضاً إذا شارك عاملاً آخر فيه بغير إذن رب المال لأن ربه لم يستأ من سواه ، وكذا إذا باعه بدين بدون إذن صاحبه أو دفعه قراضاً بدون إذن صاحبه أيضاً ، وحينئذ يكون الربح بين رب المال والعامل الثاني ، ولا ربح للعامل الأول ، وعليه الزيادة للثاني إن زاد له في الربح على ما جعله له رب المال كما لو جعل له الثلث في الربح ، فقارض آخر بالنصف فالربح بين ربه والعامل الثاني على الثلث والثلثين وعلى العامل الأول للثاني تمام النصف فإن دخل معه على أقل كالربع كان الزائد لرب المال ، وإن نهي رب المال العامل عن العمل قبل العمل وانحل العقد حينئذ فخالف وعمل فله الربح وحده وعليه الخسر ، وليس لرب المال عليه إلا رأس ماله^(١) .

ومن هذا يظهر لنا أن مال المضاربة في يد المضارب في حكم الوديعة في بعض الأحكام ، وليس وديعة لأن المودع ليس له أن يودع الوديعة عند آخر ، ولكن المضارب له أن يودع رأس مال المضاربة عند آخر ، وهو في

(١) الشرح الصغير : ٤/١٤١، ١٤٢ .

حكم الوديعة لأنه قبض المال بإذن مالكة لا على وجه المبادلة والوثيقة ، فهو قبل التصرف إيداع ابتداء سواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة ، فلو تلف رأس المال في المضاربة الفاسدة في يد المضارب بلا تعد ولا تقصير فلا يلزمه ضمان لأن المضارب أمين .

وقد اهتدى الحنفية إلى وسيلتين يمكن اتباع إحداهما لجعل المضارب ضامناً :

١ - الوسيلة الأولى : أن يقرض رب المال رأس المال للمضارب ، ويسلمه إياه ، ثم يأخذه منه مضاربة ، ثم يسلمه إياه مضاربة ليعمل فيه ، فإذا عمل المضارب وربح كان الربح بينهما مشتركاً على الوجه المشروط ولرب المال حق في أخذ النقود التي أقرضها ، ولو تلف رأس المال فإنه يكون مضموناً على العامل المستقرض .

٢ - الوسيلة الثانية : أن يقرض رب المال القسم الأعظم من رأس المال للمضارب ويسلمه إياه ، والمضارب يتخذ المبلغ الذي اقترضه مع المبلغ الذي في يد رب المال ، ويكون الكل رأس مال للشركة ، ويعقد معه شركة عنان ، ثم يعمل المقترض ، والمبلغ الذي اقترضه يكون ديناً في ذمته لرب المال ، وفي حالة تلفه يكون مضموناً ، وهذه ليست مضاربة ولكنها شركة عنان^(١) .

٢ - المضاربة وكالة :

تعتبر المضاربة كالوكالة إذا تصرف العامل في مال المضاربة لأنه تصرف في مال غيره بأمره ، وعلى هذا يكون شراؤه على المعروف في الوكالة ،

(١) شرح درر الحكم : ٤٦٣/٣ وبدائع الصنائع : ٨٧/٦ .

وهو أن يكون بمثل القيمة أو بما يتغابن الناس في مثله ، وأما بيعه فهو محل خلاف :

فعند أبي حنيفة إذا كان البيع مطلقاً يراعى فيه الإطلاق ، فيملك البيع بالقليل والكثير ، وعند الصاحبين لا يملك البيع إلا بما يتغابن الناس في مثله لأن مطلق البيع ينصرف إلى البيع المتعارف ، والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف فلا ينصرف إليه كالتوكيل بالشراء .

وقال أبو حنيفة : الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولا يجوز تقييد المطلق بالعرف لتعارض العرف في البيع ؛ وذلك أن البيع بغبن فاحش بغية التوصل بثمنه إلى ما هو أربح منه متعارف أيضاً ، أما التوكيل بالشراء فجوازه ثبت على خلاف القياس لما فيه من الأمر بالتصرف في مال الغير ، وقد جوز للحاجة ، فينصرف الأمر بمطلق الشراء إلى ثمن المثل لجرىان التعارف به ، وأيضاً فالمشتري متهم بالشراء لنفسه ، فلما تبين الغبن أظهر الشراء للموكل ، وهذه التهمة منعدمة في البيع^(١) .

والفرق بين تصرف المضارب والوكيل أن الوكيل لو اشترى ما وكل في شرائه ، ثم دفع إليه الثمن فتلف في يده فليس له الرجوع على الموكل ، ويلزمه دفع الثمن من ماله^(٢) . أما المضارب إذا اشترى سلعة ، وتلف النقد الذي في يده فله الرجوع على رب المال مرة ثانية وثالثة وهكذا على أن يكون رأس المال جميع ما دفعه رب المال إليه ، فلا يظهر الربح إلا بعد استيفاء المالك جميع رأس المال ، والسبب في ذلك أن الوكيل إذا اشترى صار مديناً للبائع ، وبالتالي يصير الموكل مديناً للوكيل ، وما قبضه الوكيل حينئذ من الموكل بعد

(١) بدائع الصنائع : ٢٧/٦ .

(٢) الهداية : ٨٤/٧ .

استيفاء لحقه ، فإذا تلف تلف عليه هو ، ولا يعود إلى الموكل — أما المضارب فإنه إذا قبض رأس المال كان أمانة في يده ، فإذا تلف كان له الرجوع على رب المال ، وهكذا مهما تكرّر التلف مع اعتبار كل ما يدفعه رب المال رأس مال المضاربة فلا يحسب ربح إلا بعد حصوله على رأس ماله^(١) .

٣ - المضارب شريك إذا ربح :

إذا ربح المضارب صار شريكاً لرب المال في الربح حسب الشرط . ما دامت المضاربة صحيحة ، لأن الربح حصل بسبب المال والعمل ، فصارا شريكين ، فإن كانت المضاربة فاسدة صار أجيراً ، وعاد الربح كله لرب المال ، وأخذ المضارب أجر مثله ، فإن خالف المضارب رب المال كان غاصباً لأنه تصرف في مال الغير بلا إذن ، وعاد الربح على المضارب وكان المضارب ضامناً رأس المال غير أن الربح لا يطيب له في قول أبي حنيفة محمد ، فهما يريان أن من غصب شيئاً فاستغله كان عليه أن يتصدق بغلته لأنها حدثت بسبب غير صحيح وهو التصرف في ملك الغير دون إذن منه ، وما كان هذا شأنه فسيبيله التصدق لما ورد عن أبي موسى رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم كان في ضيافة أنصاري ، فقدم إليه شاة مصلية (مشوية) فأخذ منها لقمة ، فجعل يلوكها ولا يسيغها ، فقال النبي عليه السلام : إنها تخبرني أنها ذبحت بغير حق ، فقال الأنصاري : كانت شاة أخي ، ولو كانت أعز من هذه لم يضمن عليّ بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع ، فقال عليه السلام : أطعموها الأسارى^(٢) .

فأمر الرسول عليه السلام بالتصدق بها دليل على زوال ملك صاحبها ،

(١) شرح درر الحكم : ٤٦٤/٣ ، وبدائع الصنائع : ١١٣/٦ .

(٢) العناية : ٣٧٨/٧ .

وعلى منع الغاصب من التصرف - وقال أبو يوسف : يطيب للغاصب ربحه .
 من مال المضاربة إذا خالف أمر رب المال لأنه يرى أنه لا يجب عليه التصديق
 بالغلة ، لأنها حدثت في ضمانه وملكه ، فالمضمون يملك بأداء الضمان مستنداً
 إلى وقت الغصب^(١) . وقد بين السرخسي أحكام المضاربة في إيجاز بقوله : ولهذا
 العقد أحكام شتى من عقود مختلفة ، فإنه إذا أسلم رأس المال للمضارب فهو
 أمين فيه كالمودع ، وإذا تصرف فيه فهو وكيل في ذلك يرجع بما يلحقه
 من العهدة على رب المال كالوكيل ، فإذا حصل الربح كان شريكه في الربح ،
 وإذا فسد العقد كانت إجارة فاسدة حتى يكون للمضارب أجر مثل عمله ،
 وإذا خالف المضارب كان غاصباً ضامناً للمال^(٢) .

٤ - المضاربة عقد جائز :

يرى جمهور الفقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة أن عقد المضاربة جائز
 لكل من الطرفين فسخه ، فهو كالوكالة ، وهو عقد جائز عندهم في كل حال
 سواء تصرف المضارب في المال أم لم يتصرف فهو في ابتدائه وكالة ، وفي
 انتهائه إما شركة وإما جعالة ، وكلها عقود جائزة^(٣) .

فإذا انفسخ والمال موجود لا ربح فيه أخذه صاحبه ، وإن كان فيه ربح
 قسما الربح على ما شرطاً ، وإن انفسخت والمال عرض فاتفقا على بيعه أو
 قسمه جاز لأن الحق لهما لا يعدوهما ، وهو عقد لا يورث عندهم ، بل يبطل
 بموت أحد الطرفين^(٤) . وإذا انفسخت المضاربة والمال دين لزم المضارب
 تقاضيه سواء ظهر في المال ربح أم لم يظهر ، وهذا قول الشافعية والحنابلة
 لأن المضاربة تقتضي رأس رد المال على صفته ، والديون لا تجري مجرى

(١) الهداية : ٣٧٢/٧ .

(٢) المبسوط : ١٩/٢٢ ، وكشاف القناع : ٥٠٨/٣ .

(٣) مغنى المحتاج : ٣١٩/٢ .

(٤) الهداية : ٧٤/٧ .

الناض ، فلزمه أن ينضه ويجمعه ، حتى يرده إلى حالته الأصلية ، كما لو كان رأس المال عرضاً^(١) . وقال الحنفية ؛ إذا كان في المال ربح ولو قليلاً كان على المضارب حتماً تحصيل الديون لأنه كأنه أجير يعمل بالأجرة ، ويعتبر تحصيل الديون من تمام العمل ، ونفقة طلب الديون تكون على المضارب إذا كان الدين في نفس المدينة وإلا كانت من مال المضاربة .

وإذا لم يكن هناك ربح لا يجبر المضارب على اقتضاء الديون لأن المضارب في هذه الصورة يكون وكيلاً محضاً ومتبرعاً ، نعم على المضارب رد ما أخذه ولكن هذا الرد يتم برفع الموانع والتخلية وهو غير مكلف بالتسليم حقيقة ، وحينئذ يجب على المضارب أن يوكل رب المال في قبض الدين حيث ان المالك غير عاقد ، فلا ترجع إليه حقوق العقد ، وليس له بدون توكيل من المضارب الادعاء والمطالبة بالدين .

وإذا عزل رب المال المضارب لزم إعلامه بعزله ، وتكون تصرفات المضارب معتبرة حتى يقف على العزل ، ويتحقق العلم بالعزل بالمشافهة أو إخبار رجلين مستوري الحال ، أو إخبار عدل فضولي أو إخبار رسول مميز ، أو كتابة كتاب إليه - ولا يجوز له بعد وقوفه على العزل التصرف في النقود التي في يده متى كانت من نوع مال المضاربة ، فإن كان مال المضاربة ذهباً ، وتم العزل وعلمه المضارب ، ومال المضاربة ذهب في يده فليس له التصرف فيه ، فإن كان ما بيده فضة كان له بعد العلم بالعزل التصرف فيها وإبدالها ذهباً لأن الواجب على المضارب أن يرد لرب المال مثل رأس المال ، فأصبح من الضروري تبديل الفضة ذهباً ، وإن كان في يده أموال غير النقود كان له أن يحولها إلى النقد ببيعها^(٢) ولا يمنعه العزل من ذلك لأن ظهور الربح يتم

(١) المغنى : ٥/٥٩، ٥٣ وكشاف القناع : ٣/٥٢١ .

(٢) المجلة : مادة ١٤٢٤ ، بدائع الصنائع : ٦/١٠٩ .

بذلك ، والمضارب مجبر على إعادة رأس المال إلى النوع الذي أخذه .

والحاصل أن مال المضاربة يحتمل :

١ - أن يكون من نوع مال المضاربة ، فلا يتصرف فيه المضارب متى علم بالعزل .

٢ - أن يكون من نوع آخر من النقود فيحوّله إلى نفس النوع الأصلي ، فالفضة يحولها إلى ذهب متى كان رأس المال ذهباً .

٣ - أن يكون ما بيده عروضاً ، فيبيعها حتى يحولها إلى نوع مال المضاربة ليظهر الربح .

أما عند المالكية : فالأصل في عقد المضاربة الجواز من الجانبين ، وقد يلزم من جانب دون آخر ، وقد يلزم من الجانبين ، فيكون جائزاً من الجانبين قبل الشروع في شراء السلع بالمال ، فإن تزود العامل من مال القراض ، ولم يشرع في السفر كان لازماً من جانب العامل ، وليس له حينئذ فسخه ، بل الحق في فسخه حينئذ لرب المال ، وإذا التزم العامل لرب المال بما اشترى به الزاد كان له فسخ العقد .

وإن تزود العامل من ماله كان له الفسخ ، وليس لرب المال فسخه ، إلا إذا دفع له ما غرمه في شراء الزاد ، ويكون لازماً من الجانبين إذا عمل في الحضر أو ظعن في السفر منعاً للضرر عن الجانبين^(١) .

وهذا العقد يورث عند المالكية ، فمن أخذ قراضاً ، فعمل به ثم مات ، فإن كان ورثته مأمونين قيل لهم : تقاضوا الديون وبيعوا السلع ، وأنتم على سبيلهم وليكم ، فإن لم يؤمنوا وأتوا بأمين ثقة كان ذلك لهم ، وإن لم يأتوا

(١) الشرح الصغير : ١٤٧/٤ .

بأمين ولم يكونوا مأمونين سلموا ذلك إلى ربه ولا ربح لهم^(١) .

قال مالك : الأمر المجتمع عليه عندنا في رجل دفع إلى رجل مالا قراضاً ، فاشترى به سلعة ، ثم باع السلعة بدين ، فربح في المال ، ثم هلك الذي أخذ المال قبل أن يقبض المال ، إن أراد ورثته أن يقبضوا ذلك المال ، وهم على شرط أبيهم من الربح فذلك لهم إذا كانوا أمناء على ذلك المال ، وإن كرهوا أن يقتضوه وخلوا بين صاحب المال وبينه لم يكلفوا أن يقتضوه ، ولا شيء عليهم ولا شيء لهم إذا أسلموه إلى رب المال ، فإن اقتضوه فلهم فيه من الشرط والنفقة مثل ما كان لأبيهم في ذلك هم فيه بمنزلة أبيهم ، فإن لم يكونوا أمناء على ذلك فإن لهم أن يأتوا بأمين ثقة ، فيقتضي ذلك المال ، فإذا اقتضى جميع المال وجميع الربح كانوا في ذلك بمنزلة أبيهم^(٢) .

ومن هذا البيان يتجلى أن هذا العقد جائز عند جمهور الفقهاء دائماً ولا يورث بل يبطل بوفاة المضارب أو رب المال ما عدا مالكاً فإن العقد عنده جائز قبل العمل ، وبعد العمل يكون لازماً ، فإن تزود العامل من مال المضاربة كان لازماً من جهته ، وإن تزود من مال المضارب نفسه كان لازماً من جانب رب المال ، وأنه يورث عند مالك كما بينا .

عقد المضاربة والقانون التجاري :

هناك تشابه بين عقد المضاربة في صورة من صورته وشركة التوصية البسيطة المقررة في القانون التجاري (انظر المادة ٢٣ من القانون التجاري المصري ، والمادة ٤٦٦ من القانون التجاري الليبي ، والمادة ٢٣ من قانون الشركات العراقي) ولهذا آثرت أن أبين في إيجاز الأحكام الخاصة بشركة

(١) التاج والاكلیل : ٣٧٠/٥ .

(٢) الموطأ : ٣٥٧/٣ .

التوصية البسيطة المقررة في القانون التجاري حتى يمكن على ضوءها بيان وجه التشابه بينها وبين المضاربة في صورة من صورها المقررة في الفقه الإسلامي ، وإليك بيان ذلك :

تعريف شركة التوصية البسيطة :

عرفت المادة ٢٣ من القانون التجاري المصري شركة التوصية البسيطة بأنها الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر مسئولين ومتضامين وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها وخارجين عن الإدارة ، ويسمون موصين . ومن الملاحظ أن مسؤولية الشريك الموصى محدودة بقدر حصته في الشركة ، أما الشركاء المتضامنون في شركة التوصية فإن مسئوليتهم عن ديون الشركة تتعلق بكل أموالهم ، فشركة التوصية البسيطة تشتمل على نوعين من الشركاء شركاء متضامين يسألون في كل أموالهم عن ديون الشركة ، وشركاء موصين لا يسألون إلا بمقدار الحصص التي قدموها في رأس مال الشركة .

وقد نصت المادة ٢٧ من القانون التجاري المصري على الشركاء الموصون لا يلزمهم من الحسارة التي تحصل إلا بقدر المال الذي دفعوه ، أو الذي كان يلزمهم دفعه إلى الشركة .

ويقبل الكثيرون على شركات التوصية لسببين :

١ - أن الشريك الموصى يكون في مأمن من شهر الإفلاس إذا توقفت الشركة عن دفع ديونها .

٢ - أن الشركاء المتضامين لا يكونون عادة من أرباب الأموال الذين يخشون عليها مخاطر الاستغلال ، وهم يعتمدون في الغالب على نشاطهم ومجهودهم .

مسئولية الشركاء الموصين والشركاء المتضامنين :

الشريك الموصى يسهم بنصيب في رأس مال الشركة بغية اقتسام ما ينشأ عن الشركة من ربح على أن يتحمل الخسارة في ماله الذي دفعه في رأس مال الشركة ، ويتكون رأس مال شركة التوصية من مجموع الحصص التي يقدمها الشركاء الموصون والشركاء المتضامنون .

والشركاء المتضامنون يسألون عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية في كل أموالهم ، أما الشريك الموصى فيقتصر التزامه على تقديم حصته للشركة ، ومتى قدمها فلا يسأل عن شيء بعدها إلا إذا تدخل في أعمال الإدارة أو أذن في إدخال اسمه في عنوان الشركة .

ويقوم الشركاء المتضامنون بإدارة الشركة أما الشركاء الموصون فلا يتدخلون في إدارتها ، وذلك لحماية الغير الذي يتعامل مع الشركة حتى لا يظن الشريك الموصى شريكاً متضامناً ، ولحماية الشركة ذاتها ، فالشريك الموصى لا يسأل عن التزامات الشركة إلا بمقدار حصته ، وقد يندفع في عمليات شديدة الخطر طالما كان مطمئناً إلى تحديد مسؤوليته ، مما يعرض الشركة في كثير من الأحيان لأسوأ العواقب^(١) .

ومن هذا يتبين لنا أن القانون التجاري قد أقر شركة رأس مالها يشترك فيه شركاء بعضهم عاملون وبعضهم غير عاملين ، وأن العاملين ملزمون بالضمان في جميع أموالهم ، وأن غير العاملين لا يلزمهم ضمان في غير ما أسهموا به من أموال في تكوين رأس مال هذه الشركة ، فهل لهذا نظير في الفقه الإسلامي ؟

لقد اعترف الفقه الإسلامي بهذا النوع واعتبره شركة ومضاربة في وقت

(١) الشركات التجارية للدكتور علي حسن يونس : ٢٨٤ - ٢٩٥ .

واحد ، ومن هذا ما قرره السرخسي من أنه إذا دفع رجل إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن يخلطها المضارب بألف من قبله ، ثم يعمل بهما جميعاً على أن الربح بينهما ، للمضارب ثلثاه ، وللدافع ثلثه فهو جائز على ما اشترط ، لأنه قد اشترط للعامل ربح ماله ، وثالث ربح مال الدافع ، فكأنه أخذ منه الألف مضاربة بثالث الربح ، وهذا جائز .

فإن اشترط الدافع لنفسه ثلثي الربح ، وللعامل ثلثه كان الربح بينهما مناصفة حسب مال كل منهما ، لأن الدافع شرط لنفسه جميع ربح ماله ، فيكون دافعاً للمال على وجه البضاعة ، وشرط لنفسه جزءاً من ربح مال العامل ، وهذا منه طمع في غير مطمع لأنه ليس له في مال العامل رأس مال ولا عمل ، فبطل الشرط ، وكان الربح بينهما على قد مالهما نصفين^(١) .

ومن هذا ما قرره ابن قدامة الحنبلي من جواز اشتراك مالين ويدن صاحب أحدهما ، فهذا يجمع شركة ومضاربة ، وهو صحيح ، فلو كان بين رجلين ثلاثة آلاف درهم : لأحدهما ألف وللآخر ألفان ، فأذن صاحب الألفين لصاحب الألف أن يتصرف فيهما على أن يكون الربح بينهما نصفين صح ، ويكون لصاحب الألف ثلث الربح بحق ماله ، والباقي وهو ثلثا الربح بينهما ، لصاحب الألفين ثلاثة أرباعه ، وللعامل ربعه ، وذلك لأنه جعل له نصف الربح ، فجعلنا الربح ستة أسهم ، منها ثلاثة للعامل — حصة ماله سهمان ، وسهم يستحقه بعمله في مال شريكه — وحصة مال شريكه أربعة أسهم : للعامل سهم وهو الربع والباقي ثلاثة أسهم لصاحب الألفين .

وإذا دفع إليه ألفا مضاربة ، وقال : أضف إليه ألفا من عندك واتجر بها ، والربح بيننا ، لك ثلثاه ، ولي ثلثه جاز وكان شركة وقراضاً ، لأنهما

(١) المبسوط : ٣٢/٢٢ .

تساويا في المال ، ونفرد أحدهما بالعمل ، فجاز أن ينفرد بزيادة الربح ، كما لو لم يكن له مال ، فإن شرط غير العامل لنفسه ثلثي الربح لم يجز لأنه اشترط لنفسه جزءاً من الربح لا مقابل له ، فلا يصح ، وبهذا قال الشافعي ، وقال مالك لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة ، كما لا يجوز أن يضم إليه عقد إجارة ، والمذهب الحنبلي يجوز هذا لأنهما لم يجعل أحدهما العقد شرطاً للآخر فلا مانع من الجمع بينهما^(١) .

وفي موضع آخر يعترف ابن قدامة صراحة بجواز الجمع بين الشركة والمضاربة مع مراعاة ألا يقل نصيب العامل عن حصته من الربح مقابل ماله ، ويظهر هذا من قوله :

وأما المضاربة التي فيها شركة ، وهي أن يشترك مالان ، ويدن صاحب أحدهما : مثل أن يخرج كل واحد منهما ألفاً ، ويأذن أحدهما للآخر في التجارة بهما ، فمهما شرطاً للعامل من الربح إذا زاد على النصف جاز لأنه مضارب لصاحبه في ألف ، ولعامل المضاربة ما اتفقا عليه بغير خلاف ، وإن شرطاً له دون نصف الربح لم يجز لأن الربح يستحق بمال أو عمل ، وهذا الجزء الزائد عن النصف المشروط لغير العامل لا مقابل له ، فبطل شرطه ، وإن جعل الربح بينهما نصفين فليس هذا شركة ولا مضاربة لأن شركة العنان تقتضي أن يشتركا في المال والعمل ، والمضاربة تقتضي أن للعامل نصيباً من الربح في مقابلة عمله ، ولم يجعل له ههنا في مقابلة عمله شيئاً ، وإنما جعل الربح على قدر المالين ، وعمله في نصيب صاحبه تبرع ، فيكون ذلك إبطاعاً ، وهو جائز إن لم يكن ذلك عوضاً عن قرض ، فإن كان العامل اقترض الألف أو بعضها من صاحبه لم يجز لأنه جعل عمله في مال صاحبه عوضاً عن قرضه ، وذلك غير جائز^(٢) .

(٢) نفس المرجع : ٢٨/٥ .

(١) المغنى : ٢٤، ٢٣/٥ .

وهذا دليل على جواز تكوين شركة رأس مالها مكون من مال طائفتين من الشركاء ، طائفة عاملة ، والأخرى غير عاملة ، وللطائفة العاملة حصة من الربح نظير عملها إلى جانب ما ينحصها من ربح نظير رأس مالها ، وهذا الاتفاق قد جمع بين الشركة والقراض ، وهو جائز عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، وقد منعه مالك لأنه لا يجوز أن يضم إلى القراض شركة ، وقد قرر ابن قدامة أن الوضعية والضمان أحد موجبي الشركة ، فتعلقا بالشريكين كالربح^(١) فاعتبار الضمان بناء على الشركة يقتضي إلزام الشريك العامل في المال بالضمان في جميع أمواله لتعلق الضمان بالذمة .

وإذا كان القانون التجاري قد اعترف بالشركة في رأس المال على أن يقوم أحد الشركاء بالعمل في رأس المال المشترك فإننا نجد أن بعض صور عقد التوصية البسيطة يصح أن يكون حظ الشريك المتضامن فيها هو العمل فقط ، وهذه الصورة هي صورة عقد المضاربة المتفق عليه لدى الفقهاء المسلمين على أساس أن يكون المال من جانب والعمل من جانب آخر مع ملاحظة الفرق بين النظامين حيث لا ضمان على العامل في الفقه الإسلامي في حين أن شركة التوصية البسيطة فيها إلزام الشريك العامل بالضمان في ذمته وفي جميع أمواله .

ونخلص من هذا إلى أن شركة التوصية البسيطة لو أدخل عليها تعديل فيما يتعلق بتضمين الشركاء المتضامين بحيث أصبح موقفهم يشبه موقف الشركاء الموصين في أن الضمان لا يتجاوز رأس مال الشركة ، وعدم إلزام الشريك بالضمان إذا عمل ولم يكن له رأس المال ، وتحميل الخسارة على رأس المال ، وحسب العامل أنه خسر عمله — لو أدخل هذا التعديل على نظام شركة التوصية البسيطة لكانت معاملة يقرها الفقه الإسلامي تماماً .

(١) المغنى : ١٧/٥ .

ومما يدل على الصلة الوثيقة بين عقد المضاربة وشركة التوصية البسيطة ما قاله الدكتور أحمد البسام في كتابه (الشركات التجارية في القانون العراقي) بصدد كلامه عن شركة التوصية البسيطة :

ومن المرجح أن يجد هذا العقد بذرته الأولى في عقد المضاربة الذي عرفه البابليون وغيرهم من الشعوب السامية ، وأخذه فقهاء الشريعة الإسلامية عن العرب الجاهليين ، فهدبوه وفصلوا أحكامه^(١) .

دعوة إلى تطبيق عقد المضاربة في العمليات المصرفية المعاصرة :

وبعد هذه الدراسة التي قدمتها حول عقد المضاربة في الفقه الإسلامي ، والتي ظهر منها تحديد العلاقة بين رب المال والمضارب وحقوق كل منهما وواجباته وبيان أحكام المضاربة بالتفصيل ، أرى من الضروري عقد الصلة بين عقد المضاربة والعمليات المصرفية المعاصرة ومحاولة تعديل هذه العمليات التي يشوبها الربا بحيث تتفق مع عقد المضاربة المشروع في الفقه الإسلامي ، والذي يضمن تحقيق مصلحة كل من أرباب الأموال ، ومن هم في حاجة إلى الأموال لاستثمارها بطريق مشروع .

وإذا استجيب لهذه الدعوة فإننا نوفر لمجتمعنا التقدم الاقتصادي المنشود في إطار ما شرعه الله من أحكام كفيلة بتحقيق مصالح البشر دون أن تشوبها شائبة الربا المحرم ، والذي قال فيه منزل الكتاب الكريم : « يأيا الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين ، فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله ، وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم ، لا تظلمون ولا تظلمون » تقوم المصارف في البلاد الإسلامية بالقرض نظير فائدة ثابتة ، كما تقوم بتقبل

(١) انظر ص ٨٤ من الكتاب المذكور .

الودائع نظير فوائد ثابتة أيضاً ، وهذه القروض ذات الفائدة الثابتة ، وكذلك الودائع ذات الفائدة الثابتة لا ينبغي إقرارها بهذه الصورة في بلد إسلامي .

فهل من الممكن الإفادة من نظام المضاربة في تحقيق حاجة الناس سواء في هذا أصحاب الأموال والمحتاجون إليها دون أن تشوب معاملتهم الفائدة الثابتة التي تدخل تصرفهم في نطاق الربا المحرم ؟

ولتوضيح هذا أقول : إن المصارف يتكون رأس مالها من أموال المؤسسين لها مضافاً إليها الودائع إلى أجل ، وتقدم المصارف لأرباب هذه الودائع فوائد ثابتة ضئيلة ، ثم تقوم بإقراض الأموال بفوائد مرتفعة سواء في هذا القروض الاستهلاكية والقروض الإنتاجية ، والفرق بين الفائدتين يكون مصدراً لثرواتها الضخمة .

وإلى جانب هذا فإنها تستخدم جزءاً كبيراً من الودائع الجارية لديها في القروض الربوية لما أظهره التطبيق العملي من أن أصحاب هذه الودائع الجارية لا يطلبونها جملة واحدة في وقت واحد ، وهي في الغالب تستغل ثلاثة أرباع هذه الودائع الجارية في قروض ربوية ، وهي في مأمن من مواجهة أوامر الدفع التي ترد إليها من أصحاب الودائع الجارية التي لا تزيد عن ربع هذه الودائع ، كما أثبتت الإحصاءات الدقيقة في هذا المجال .

والقروض الربوية التي يقدمها المصرف ، ويقتضي عليها فوائد ثابتة قد تكون سلفة مالية يقترضها الإنسان لغرض استهلاكها ، وقد تكون قرضاً يقدمه البنك لمشروع إنتاجي يتقاضى عليه فائدة ثابتة بغض النظر عن نجاح هذا المشروع أو فشله ، وقد يتأتى القرض في صورة فتح اعتماد بمبلغ محدد يسحب منه الشخص تبعاً على أن يفرض البنك عليه فائدة ربوية ثابتة .

هذه القروض التي توجب فوائد ثابتة على المقرضين تعتبر ربا محرماً ،

ومن الممكن الإفادة من أحكام المضاربة على نحو ما بينت بتفصيل وافٍ ،
ولبيان هذا ينبغي أن نضع موضع الاعتبار :

المودعين الذين أودعوا ودائعهم في البنوك بغية تحصيل فوائد ثابتة .
والمؤسسين الذي أسهموا بنصيب من أموالهم في تكوين رأس مال المصرف
والموظفين والعمال الذين يسهرون على حساب المصارف وأداء خدماتها ،
وأصحاب المشروعات الإنتاجية الذين يقرضون القروض بفوائد ثابتة كي
يستخدموها في تنفيذ مشروعاتهم .

والمحتاجين الذين يلجئون إلى البنوك لأخذ القروض بفوائد ثابتة .

أما المودعون والمؤسسون فلهم رءوس أموال يستحقون عليها نسبة معينة
من الأرباح التي يمكن أن يحصل عليها البنك من معاملاته مع أصحاب القروض
الإنتاجية على أن يكون أصحاب هذه القروض بمثابة المضاربين ، فهم يقومون
باستثمار الأموال ، فإذا ربحوا أخذوا الحصة المشروطة لهم من الربح ، والباقي
يكون حصة تعود على البنك نظير الأموال التي قدمها لأصحاب هذه
المشروعات مع ملاحظة أن لا تكون أرباح البنك فوائد ثابتة بغض النظر عن
نجاح المشروع أو فشله .

وإنما الأرباح تكون نسبة من الربح كالنصف أو الثلث مثلاً إذا ما
ربحت المشروعات ، فإذا خسرت المشروعات كانت الخسارة من رءوس
الأموال كما هو الشأن في المضاربة .

على أن يؤخذ من حصة البنك من الربح ما أنفقه البنك على الموظفين
والعمال الذين يأخذون أجورهم نظير الخدمات التي يؤدونها ، وكذلك ما أنفقه
من إيجار على مقره ونفقات المياه والإضاءة ، والباقي منها يقسم على أرباب
الأموال ، وهم المودعون والمؤسسون بنسبة أموالهم ، ونسبة الزمن الذي
بقيته أموالهم تحت تصرف البنك ، على ألا يؤخذ مؤسسو البنك الإسلامي

أكثر من نسبة حصص أموالهم ، ويكون شأنهم شأن المودعين .
وعلى هذا يمكن تكييف العلاقة بين المودعين والمساهمين من جانب
وأصحاب القروض الإنتاجية من جانب آخر على اعتبار أن المودعين
والمؤسسين أرباب أموال ، وأن أصحاب القروض الإنتاجية بمثابة المضاربين ،
فإذا أصيبت مشروعاتهم بخسارة فلا شيء عليهم تطبيقاً لأحكام المضاربة
المقررة في الفقه الإسلامي .

أما فيما يتعلق بالقروض الاستهلاكية فما دام المصرف سيكون مصرفاً
إسلامياً فلا يحق له أخذ فائدة ، وينبغي اعتبار هذه القروض من قبيل القرض
الحسن دون فائدة مادية ، وإذا كان المودعون والمؤسسون قد أقروا التعامل
على أساس عقد المضاربة ، فما أحرأهم أن يقرروا أيضاً القروض الاستهلاكية
دون فائدة بغية التقرب إلى الله بهذا القرض الحسن للمحتاجين .

ومما يساعد على تنفيذ مثل هذا المشروع الإسلامي ما تمتلكه البلاد
الإسلامية من أموال مودعة في خزائن الدول الأجنبية ، فإن هذه الأموال
يمكن الإفادة منها في إنشاء مصارف إسلامية تقوم بهذه الأعمال المصرفية التي
تحقق الربح المشروع دون فائدة ثابتة .

إننا إذا فعلنا ذلك عملنا على خلق التقدم الاقتصادي المنشود في حدود ما
شرعه الله من أحكام كفيلة بتحقيق مصلحة الفرد والجماعة ، وحيثما تكون
المصلحة فتم شرع الله .

والله يهدي إلى الحق وإلى طريق مستقيم .
« وما توفيتي إلا بالله ، عليه توكلت ، وإليه أنيب » .

الدكتور عبد العظيم شرف الدين

أستاذ الشريعة الإسلامية في كلية الحقوق — جامعة القاهرة — فرع الخرطوم
وأستاذ الشريعة في كلية الحقوق — جامعة بنغازي

بنغازي في ١٠ من مايو سنة ١٩٧٤ م .