حكم إصدار خطاب الضمان بعقد شركة

أولاً: عرض فكرة البديل، وذكر من قال به:

(أ) تعتمد أصل فكرة هذا البديل على أن يشترك المصرف مع العميل في العملية موضوع الضمان، ويصدر المصرف خطاب الضمان للمستفيد باعتباره شريكًا للعميل، لهما في الغنم، وعليهما من الغرم، وهما ضامنان لمال الشركة، وللتصرفات المالية المتعلقة بذمّتها .

- وممن عرض هذا البديل الدكتور الصديق الضرير، وبيّنه بقوله: "اشتراك البنك مع طالب خطاب الضمان في العملية، إذا كانت قابلة للمشاركة، ويصدر البنك خطاب الضمان في هذه الحالة باعتباره شريكًا أصيلاً، لا ضامنًا ".[1]

(ب) وقد حوّر في هذه الفكرة الدكتور محمد الصاوي، وعلق عليها بعبارة في هامش أحد كتبه، فكتب ما نصّه: "يعتبر البنك من تاريخ وفائه بقيمة الخطاب شريكًا في العملية الاستثمارية، التي صدر من أجلها هذا الخطاب" .[2]

(ج) وتبنت هذا البديل واقعًا هيئة الرقابة الشرعية ببنك فيصل الإسلامي المصري، فأصدرت قرارها: "ترى الهيئة أنه يمكن للبنك، حينما يطلب منه العميل إصدار خطاب أن يشارك هذا العميل في العملية المطلوب من أجلها الضمان، وذلك بعد دراستها، والاطمئنان إلى ظروف مباشرتها" .[3]

وقدّم البنك نموذجًا، تقوم فكرته على تغطية المصرف احتياجات العملية موضوع الضمان، عن طريق فتح حساب مشاركة على النحو التالي:

---

(١) خطابات الضمان في الشريعة، ص(١٩) وقد أشار إلى هذا البديل د. الغريب الناصر، ينظر: أصول المصرفية الإسلامية، ص(٢٠٦)، ود. محمد الموسى، ينظر: نظرية الضمان الشخصي، (٦٠١/٢)، ود. محمد رامز، ينظر: الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية، ص(٤٧٣)، ود. محمد الزحيلي، ينظر: المصارف الإسلامية، ص(٩٢-٩٣)، ود. علاء الدين زعتري، ينظر: الخدمات المصرفية، ص(٣٤٨) .

(٢) مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية، وكيف عالجها الإسلام، هامش ص(٤٨٥) .

(٣) فتوى رقم ٣٢، ص(٣٥)، ضمن دليل الفتاوى الشرعية في الأعمال المصرفية، ص(٩٠-٩١)، وينظر: النظام المصرفي، لمحمد سراج، ص(١٣٣) .

(١) يقدم المصرف للعميل رأس المال التمويلي للعملية، ويقدم كذلك خطاب الضمان، ويحتسب قيمة ٢٥% من قيمة الخطاب؛ كتمويل (رأس مال في العملية)، ويحتسب كذلك قيمة الخدمات المصرفية، التي ينفذها لصالح العملية كأجر مقطوع، أو كنسبة من الأرباح .

(٢) بينما يقوم العميل بإدارة العمل، ويحصل على ٣٠% من الأرباح قبل توزيعها؛ كأجر مقابل إدارته .

(٣) وفي نهاية العملية يتم ردّ أصل خطاب الضمان، ثم تقسم الأرباح بحسب الاتفاق .[٤]

ثانيًا: الحكم الشرعي لهذا البديل:

أ- حكم أصل الفكرة:

إذا كان التمويل من المصرف جزئيًا فالشركة شركة عنان، وإن كان كليًا فالشركة شركة مضاربة،[٥] وكلا الشركتين مشروعة بالإجماع،[٦] وقد سبق الحديث عن بعض الإشكالات، والجواب عنها .[٧]

ب- حكم التحوير الداخل على هذا البديل:

تبرع المصرف ابتداءً بخطاب الضمان، ثم اعتباره من تاريخ الوفاء بقيمته شريكًا في العملية الاستثمارية، التي صدر من أجلها هذا الخطاب تعليقٌ لعقد الشركة بين العميل والمصرف على وفاء الطرف الأخير بقيمة الخطاب للمستفيد .

وتتخرّج هذه المسألة على حكم تعليق إنشاء عقد الشركة ؟ .

ووجه التخريج: أن تعليق العقد هو ربط حصول مضمون جملة، بحصول مضمون جملة أخرى، بأداة من أدوات الشرط،[٨] ومنه قول المصرف: إذا سددتُ عنك قيمة الضمان،

---

(٤) ينظر: خطاب الضمان، لحمدي عبد العظيم، ص(٧٨) .

(٥) ينظر: المصارف الإسلامية، للهيتي، ص(٤٠٥) .

(٦) نقل الإجماع على مشروعية شركة العنان ابن قدامة في المغني، (١٢/٥)، ونقل الإجماع على مشروعية شركة المضاربة ابن حزم في المحلى، (٢٤٧/٨) .

(٧) ينظر: ص(٤٦٩-٤٧٢) .

(٨) ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢/٤) .

فأنا شريكك في محله، قال في الإنصاف: "لو قال: إذا قبضت الدين الذي على زيد، فقد ضاربتك به، لم يصح، وله أجرة تصرفه، قال في الرعاية: قلت: يحتمل صحة المضاربة؛ إذ يصح عندنا تعليقها على شرط".[٩]

مسألة: حكم تعليق عقد المضاربة والشركة:

اختلف أهل العلم في حكم تعليق عقد المضاربة – ومثلها الشركة – على قولين:

القول الأول: لا يصح تعليق عقد المضاربة .

وهو مذهب الجمهور؛ من الحنفية،[١٠] والمالكية،[١١] والشافعية .[١٢]

قال ابن عابدين: "لم أر من صرح بصحة التعليق في المضاربة".[١٣]

وقال الدردير: "أو قراض أُجّل؛ كاعمل به سنة، أو سنة من الآن، أو إذا جاء الوقت الفلاني فاعمل به فيه، ففاسد" .[١٤]

وقال الشربيني[١٥]: "فإن علقه على شرط؛ كأن قال: إذا جاء رأس الشهر فقد قارضتك، أو علق تصرفه؛ كأن قال: قارضتك الآن، ولا تتصرف حتى ينقضي الشهر، لم يصح" .[١٦]

واستدلوا بثلاثة أدلة:

الدليل الأول (من جهة بيان حقيقة العقد): أن الرضا ركن في إنشاء العقد، ولا يتمّ الرضا إلا بشرط الجزم، ولا جزم في التعليق .[١٧]

ويناقش: بأن الجزم يحصل مع التعليق؛ كالوصية .

---

(٩) (٤٣١/٥) .

(١٠)ينظر: البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٠٥/٦)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (١٣٣/٤)، حاشية ابن عابدين، (٢٥٦/٥) .

(١١)ينظر: حاشية الدسوقي، (٥١٩/٣)، حاشية العدوي على الخرشي، (٢٠٦/٦) .

(١٢)ينظر: المهذب للشيرازي، (٢٢٨/٢)، الوسيط، للغزالي، (٢٨٤/٣)، مغني المحتاج، للشربيني، (٤٠٢/٣).

(١٣)حاشية ابن عابدين، (٢٥٦/٥) .

(١٤)الشرح الكبير، مع حاشية الدسوقي، (٥١٩/٣) .

(١٥)هو محمد بن أحمد القاهري الشافعي، المعروف بالخطيب الشربيني، شمس الدين، فقيه، ومفسر، من مصنفاته: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج للنووي، توفي سنة ٩٧٧هـ، راجع في ترجمته: شذرات الذهب، لابن العماد، (٣٨٤/٨)، كشف الظنون، لحاجي خليفة، (١٨٧٥/٢) .

(١٦)مغني المحتاج، (٤٠٢/٣) .

(١٧)ينظر: الفروق، للقرافي، (٣٩٧/١) .

والدليل الثاني (من جهة التخريج على الفروع): أنه عقدٌ يبطل بالجهالة، فلا يصح تعليقه؛ كالبيع والإجارة .[١٨]

ونوقش: أن البيع والإجارة لم يدل الدليل الصحيح على منع تعليقهما، بل قد صحّ تعليق كثير من المعاملات بالأدلة الصحيحة؛ فقد عُلّق الضمان في القرآن بالشرط، قال تعالى: {وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ } ،[١٩] وعُلّق مهر تزويج موسى – عليه الصلاة والسلام – بابنة صاحب مدين، قال تعالى: {قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنْكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِيَ حِجَجٍ فَإِنْ أَتْمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ} ،[٢٠] وعلّق عمر ﷺ ربحه في المزارعة بالشرط، فكان يدفع الأرض إلى من يعمل فيها على أنه إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاؤوا بالبذر فلهم كذا.[٢١]

والدليل الثالث (من جهة منع أسباب الغرر): أن التعليق فيه معنى القمار والمخاطرة؛ حيث يتردد العقد بين الوجود إذا وُجد الشرط، أو العدم إذا لم يوجد .

ويناقش: أن القمار الممنوع ما يترتب عليه أكلٌ لمال الغير بالباطل، أما تردد العقد ههنا فلا يترتب عليه محظور .

---

(١٨)ينظر: المهذب للشيرازي، (٢٢٨/٢) .

(١٩)[يوسف : ٧٢] .

(٢٠)[القصص : ٢٧] .

(٢١)علقه البخاري في باب المزارعة بالشطر ونحوه، (١٣٧/٣)، ووصله ابن أبي شيبة مرسلاً، (٥٦٤/٨)، ووصله البيهقي مرسلاً كذلك، (١٣٥/٦)، قال الحافظ في الفتح، (١٢/٥): "فيتقوى أحدهما بالآخر"، وينظر: إعلام الموقعين، لابن القيم، (٣٠٠/٣) .

القول الثاني: يصح تعليق عقد المضاربة .

وهو مذهب الحنابلة .[٢٢]

قال البهوتي: "ويصح تعليقها؛ أيّ المضاربة، ولو على شرط مستقبل" .[٢٣]

واستدلوا بدليلين:

الدليل الأول (من جهة التخريج على الفروع): أن المضاربة إذنٌ بالتصرف، فيصح تعليقها على شرطٍ مستقبل؛ كالوصية .[٢٤]

ونوقش: أن الوصية لا يؤثر فيها غرر الجهالة، فلا يؤثر فيها غرر الشرط؛ بخلاف المضاربة.[٢٥]

والدليل الثاني (من جهة التخريج على الأصول): أن الأصل في العقود والشروط الإباحة، وقد تدعو الحاجة إلى التعليق .[٢٦]

القول المختار:

صحة تعليق المضاربة؛ لعدم ترتب المحظور عليه، ولأنه قد توجد الحاجة إلى ذلك، واستئناسًا بتعليق عمر ﷺ الربح في المزارعة بالشرط، مع كونه ركنًا فيها؛ والمضاربة والمزارعة كلاهما من جنس المشاركات .

ج- حكم نموذج خطاب الضمان الصادر من بنك فيصل الإسلامي المصري:

وتتعلق به ثلاث مسائل:

المسألة الأولى: احتساب قيمة خطاب الضمان، أو بعضها ضمن رأس مال الشركة:

ويلاحظ على هذه الصيغة:

(١) أن فيها مخاطرةً وغررًا من وجهين:

---

(٢٢)ينظر: المحرر، لأبي البركات بن تيمية، (٣٥١/١)، الإنصاف، للمرداوي، (٤٣١/٥)، كشاف القناع، للبهوتي، (٥١٢/٣) .

(٢٣)كشاف القناع، (٥١٢/٣) .

(٢٤)ينظر: المصدر السابق، (٥١٢/٣) .

(٢٥)ينظر: المهذب للشيرازي، (٢٢٨/٢) .

(٢٦)ينظر: الوسيط، للغزالي، (٢٨٤/٣) .

(أ) أن نسبة ٧٥% من قيمة خطاب الضمان ليس لها مقابل من الربح، فهي مخاطرة بغير نفع .

(ب) وأن نسبة ٢٥% من قيمة الخطاب تحتسب ضمن قيمة المشاركة، مع أن المصرف قد لا يسدد قيمة الخطاب فعلاً إلى المستفيد، فيحصل بذلك على أرباح أموالٍ قد لا يدفعها .[٢٧]

ويناقش هذا الاعتراض: بأن رصد رأس المال، أو جزء منه تحت طلب العامل كافٍ في صحة عقد الشركة والمضاربة؛ كما سيأتي .[٢٨]

(٢) أن اعتبار خطاب الضمان، أو جزء منه تمويلاً مقدّمًا من المصرف؛ كرأس مال في الشركة، يظهر المنع منه لوجوه:

الأول: أن خطاب الضمان يُعدّ استعدادًا للإقراض – كما سبق في تخريجه –،[٢٩] وإذا كان القرض الفعلي لا يصح أن يكون رأس مال للمشاركة؛ لأنه دين، والدين لا يكون رأس مال في المشاركات،[٣٠] فالاستعداد للإقراض من باب أولى .

والثاني: لما يترتب على ذلك من أخذ الأجر على الضمان، وسبق منعه .[٣١]

والثالث: أن التزام المصرف في هذا الجزء من رأس المال سيصبح التزاماً تابعاً لالتزام العميل، وليس التزامًا أصليًا، فعاد إلى كونه ضامناً للعميل، لا شريكًا معه، واستتر الضمان تحت عباءة المشاركة .[٣٢]

---

(٢٧)ينظر: خطاب الضمان، لحمدي عبد العظيم، ص(٧٩) .

(٢٨)ينظر: ص(٤٨١، ٤٨٣) .

(٢٩)ينظر: ص(٤٦٥) .

(٣٠)وهو مذهب الجمهور، ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٨٣/٦)، موطأ مالك، (٩٩٥/٤)، الحاوي، للماوردي، (٣٠٨/٧)، الإنصاف، للمرداوي، (٤٣١/٥)، وذكر رواية عن الإمام أحمد بالجواز .

(٣١)ينظر: ص(٤٦٥)، وقد عثرتُ بعد كتابة ما سبق على فتوى تؤكد المنع لهذين السببين، ينظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، لبيت التمويل الكويتي، فتوى رقم (٤٠٤)، ضمن فتاوى الخدمات المصرفية، ص(٨٦) .

(٣٢)ينظر: أساسيات العمل المصرفي الإسلامي، لعبد الحميد البعلي، ص(٤٠)، موسوعة الاقتصاد الإسلامي، (١٥٦/٢-١٥٧)، خطاب الضمان، لحمدي عبد العظيم، ص(٧٩) .

والرابع: أن احتساب قيمة خطاب الضمان من رأس المال سيؤدي إلى عدم تسليم رأس المال، أو جزء منه للعامل، فهل يصح هذا الإجراء ؟ .

والجواب: فيه تفصيل، ويتّضح في الآتي:

(أ) إن كانت الشركة بين المصرف والعميل شركة عنان، فقد اختلف أهل العلم في اشتراط تسليم رأس مال الشركة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: يشترط حضور المالين حال عقد الشركة .

وهو مذهب الشافعية،(٣٣) والحنابلة .(٣٤)

ففي مغني المحتاج: "ويشترط خلط المالين بحيث لا يتميزان ... ولا بدّ من كون الخلط قبل العقد، فإن وقع بعده في المجلس لم يكفِ على الأصح، أو بعد مفارقته لم يكفِ جزمًا" .(٣٥)

وفي كشاف القناع: "ومنها؛ أيّ شروط الشركة: حضور المالين ... فلا تصح الشركة على مال غائب، ولا على مال في الذمّة" .(٣٦)

واستدلوا بدليلين:

الدليل الأول (من جهة مقصود العقد): أن المقصود من الشركة الربح، ولا يحصل إلا بالتصرف، ولا يمكن التصرف في المال الغائب .(٣٧)

ويناقش: أنهما قد يعملان ببعض المال، مع تأخر مال أحدهما، أو بعضه، فيحصل التصرف لصالح الشركة .

والدليل الثاني (من جهة أخصّ أحكام العقد): أنه لا يتصور خلط المالين قبل عقد الشركة مع غيابهما، أو غياب أحدهما، والخلط شرطٌ لصحة الشركة .(٣٨)

---

(٣٣)ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (٢٧٧/٤)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، (٢٥٤/٢)، مغني المحتاج، للشربيني، (٢٢٥/٣) .

(٣٤)ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (٤٠٨/٥)، كشاف القناع، للبهوتي، (٤٩٧/٣)، مطالب أولي النهى، للرحيباني، (٤٩٩/٣) .

(٣٥)(٢٢٥/٣) .

(٣٦)(٤٩٧/٣) .

(٣٧)ينظر: كشاف القناع، للبهوتي، (٤٩٧/٣) .

(٣٨)ينظر: روضة الطالبين، للنووي، (٢٧٧/٤) .

ويناقش: أنه وقع الخلاف في اشتراط خلط مالي الشركة؛ إذ مقتضى الشركة الإذن بالتصرف، والمشاركة في الربح، والخلط شرط زائد عليهما، فلا يجب .[٣٩]

القول الثاني: لا يشترط تسليم المالين حال العقد، ويكفي تسليمهما عند الحاجة إليهما.

وهو مذهب الحنفية .[٤٠]

ففي درر الحكام: "يشترط أن يكون رأس المال حين عقد الشراء حاضرًا؛ أيّ غير غائب، ولا يشترط حضوره عند عقد الشركة" .[٤١]

واستدلوا (من جهة حقيقة العقد): أن الشركة انعقدت على العمل من الجانبين، فشرط زوال يد رب المال عن ماله، يناقض مقتضى العقد .[٤٢]

ويناقش: أن مقتضى العقد أن يشتركا في التصرف في المالين، ولا بدّ من حضورهما .

القول الثالث: يكفي حضور أحد المالين، بشرط أن لا يتاجر بالحاضر إلا بعد قبض المال الغائب، وأن تكون غيبته قريبة؛ كاليومين .

وهو مذهب المالكية،[٤٣] واختاره أبو يعلى،[٤٤] ولم يشترط الشرطين .[٤٥]

ففي الشرح الكبير للدردير: "وشرط جوازها مع غيبة نقد أحدهما؛ كلاً، أو بعضاً أمران: الأول: إن لم يبعد؛ بأن قرب كاليومين، والثاني: إن لم يتجر بالحاضر".[٤٦]

---

(٣٩)ينظر: المبسوط، للسرخسي، (١٦٣/١١)، مواهب الجليل، للحطاب، (١٢٥/٥)، الإنصاف، للمرداوي، (٤١٢/٥) .

(٤٠)ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٨٤/٦)، الهداية، للمرغيناني، (٢٠١/٣)، الفتاوى الهندية، (٣٠٦/٢) .

(٤١)(٣٧٤/٣) .

(٤٢)ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٨٤/٦) .

(٤٣)ينظر: الشرح الكبير، للدردير، مع حاشية الدسوقي، (٣٥٠/٣)، شرح الخرشي، (٤٢/٦)، منح الجليل، لعليش، (٢٥٧/٦)، وفي اعتبار الشرطين عندهم خلاف .

(٤٤)هو محمد بن الحسين بن محمد بن خلف البغدادي الحنبلي، أبو يعلى الفراء القاضي، شيخ الحنابلة، محدث، وفقيه، وأصولي، ولد سنة ٣٨٠هـ، تخرّج به جماعة، من مصنفاته: الأحكام السلطانية، والتبصرة في الفقه، توفي سنة ٤٥٨هـ، وترجم له ولده في طبقات الحنابلة، (١٩٣/٢-٢٣٠)، وتنظر ترجمته أيضًا في شذرات الذهب، لابن العماد، (٣٠٦/٣) .

(٤٥)ينظر: الإنصاف، للمرداوي، (٤٠٨/٥) .

(٤٦)مع حاشية الدسوقي، (٣٥٠/٣) .

وفي الإنصاف: "ومن شرط صحتها أيضًا: حضور المالين على الصحيح من المذهب... وعليه أكثر الأصحاب، وقيل: أو حضور مال أحدهما، اختاره القاضي في المجرد[٤٧]" .[٤٨]

واستدلوا بدليلين:

الدليل الأول (من جهة التخريج على الفروع): أن غياب النقدين مبطل للشركة؛ كبيع الدين بالدين، ويكفي حضور أحدهما؛ كبيع الغائب، والسلم، مع شرط تأخر التصرف حتى يحضر المال الغائب؛ ليحصل التكافؤ والمساواة .

ويناقش: بأن باب المشاركات أوسع من باب المعاوضات؛[٤٩] فلا يصح القياس عليه .

والثاني (من جهة التخريج على القواعد): أن تغيّب المال لمدّة قريبة يجعله في حكم الحاضر؛ لأن ما قرب من الشيء أعطي حكمه .[٥٠]

القول المختار:

أن الشركة تنعقد مع تأخر تسليم المالين، ويشترط لصحة نفاذها توفر المال عند الحاجة إليه؛ لأن الأصل في التصرفات والشروط الإباحة، ما لم يترتب عليها محظورٌ شرعي، أو مانعٌ من تحقق مقتضى العقد، ولم يحصل أيّ منهما .

(ب) وإن كانت الشركة بين العميل والمصرف مضاربة، فقد اختلف أهل العلم في اشتراط تسليم رأس مال المضاربة للعامل على قولين:

القول الأول: لا تصح المضاربة إلا إذا تسلّم العامل مال المضاربة .

وهو مذهب الجمهور؛ من الحنفية،[٥١] والمالكية،[٥٢] والشافعية،[٥٣] واختاره بعض الحنابلة.[٥٤]

---

(٤٧) هو كتاب المجرد في المذهب، للقاضي أبي يعلى، ينظر: طبقات الحنابلة، لابن أبي يعلى، (٢٠٥/٢) .

(٤٨)(٤٠٨/٥) .

(٤٩)ينظر: فتوى ندوة البركة، برقم (٤/١١)، ضمن موسوعة فتاوى المعاملات المالية، (١٦٠/٢) .

(٥٠)ينظر: شرح الخرشي، (٤٢/٦) .

(٥١)ينظر: المبسوط، للسرخسي، (٨٤/٢٢)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (٥٦/٥)، البحر الرائق، لابن نجيم، (٢٦٧/٧) .

(٥٢)ينظر: المنتقى، للباجي، (١٥١/٥)، شرح الخرشي، (٢٠٧/٦)، حاشية الدسوقي، (٥١٧/٣) .

(٥٣)ينظر: الوسيط، للغزالي، (١٠٧/٤)، أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، (٣٨١/٢)، مغني المحتاج، للشربيني، (٣٩٩/٣) .

ففي بدائع الصنائع: "ومنها [أيّ من شروط صحة المضاربة] تسليم رأس المال إلى المضارب؛ لأنه أمانة فلا يصح إلا بالتسليم، وهو التخلية كالوديعة، ولا يصح مع بقاء يد الدافع على المال؛ لعدم التسليم مع بقاء يده، حتى لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة" . (٥٥)

وفي المدونة: "قلت: هل يجوز لرب المال أن يحبسه عنده، ويقول للعامل: اذهب واشتر، وأنا أنقد عنك، واقبض أنت السلع، فإذا بعتَ، قبضتُ الثمن، وإذا اشتريتَ نقدتُ الثمن؟ قال: لا يجوز هذا القراض عند مالك، وإنما القراض عند مالك أن يسلم المال إليه" . (٥٦)

وفي روضة الطالبين: "الشرط الرابع: أن يكون رأس المال مسلّمًا إلى العامل، ويستقل باليد عليه، والتصرف فيه" . (٥٧)

واستدلوا بدليلين:

الدليل الأول (من جهة شكل العقد، وأخصّ أحكامه): أن صورة المضاربة أن يكون المال بيد العامل، ومعناها أن يكون مؤتمنًا عليه، فما أخرج المضاربة عن صورتها، ومعناها منع من صحتها . (٥٨)

ونوقش: أن مقتضى عقد المضاربة الإذن بالتصرف في المال، فإذا حصل فهو كافٍ . (٥٩)

والثاني (من جهة حقيقة العقد، واعتبار محله): أن المضاربة انعقدت على رأس مالٍ من طرف، وعملٍ من طرف آخر، والمال هو محل عمل العامل، فيجب تسليمه؛ ليتحقق العمل. (٦٠)

ويناقش: أنه قد يعمل العامل ببعض المال، ويؤخر له بعضه الآخر، وقد يشتري نسيئة ويبيع، ويتأخر وقت السداد، فلا يمنع ذلك من صحة المضاربة .

---

(٥٤)ينظر: الكافي، لابن قدامة، (٢٨١/٢)، المبدع، لبرهان الدين بن مفلح، (٢٣/٥) .

(٥٥)(٨٤/٦) .

(٥٦)(٦٤٩/٣) .

(٥٧)(١١٨/٥) .

(٥٨)ينظر: تبيين الحقائق، للزيلعي، (٥٦/٥)، المنتقى، للباجي، (١٥١/٥) .

(٥٩)ينظر: الكافي، لابن قدامة، (٢٨١/٢) .

(٦٠)ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٨٤/٦)، تبيين الحقائق، للزيلعي، (٥٦/٥) .

القول الثاني: أنه لا يشترط في المضاربة تسلّم العامل لرأس المال .

وهو مذهب الحنابلة .[٦١]

ففي مطالب أولي النهى: "ولا يعتبر لمضاربةٍ قبض عامل رأس مال، فتصحّ، وإن كان بيد ربّه" .[٦٢]

واستدلوا بدليلين:

الدليل الأول (من جهة حقيقة العقد): أن مقتضى المضاربة إطلاق الإذن في التصرف، والمشاركة في الربح، وقد يحصل ذلك بغير تسلّم المال، فلا يشترط .[٦٣]

ونوقش: أن في بقاء المال في يد ربّه تضييقًا على العامل،[٦٤] فقد لا يجد ربَ المال عند الحاجة إلى المال، أو لا يساعده على رأيه؛ فيفوت التصرف الرابح .[٦٥]

ويجاب: بأنه قد يكون مع رب المال من الدراية والخبرة ما يحتاج إليه العامل، وما يكون أنفع للمضاربة .

والدليل الثاني (من جهة التخريج على الفروع): أن رب المال لو دفع ماله إلى اثنين مضاربة صحّ، مع أنه لم يحصل تسليم المال إلى أحدهما .[٦٦]

ويناقش: أنه قد حصل تسليم المال لهما بالمجموع .

القول المختار:

إن كان العامل يقدر على التصرف في مال المضاربة، والعمل فيه دون تسلّمه، صحّ ذلك، فالمراد بالتسليم هنا التخلية؛ بحيث لا يمنعه منه رب المال إن احتاج إليه، ولا يضيق عليه في ذلك، قال في مغني المحتاج: "وأن يكون مسلّمًا إلى العامل، وليس المراد اشتراط تسليم

---

(٦١)ينظر: المغني، لابن قدامة، (٢١/٥)، المبدع، لبرهان الدين بن مفلح، (٢٣/٥)، شرح منتهى الإرادات، للبهوتي، (٢١٦/٢) .

(٦٢)(٥١٤/٣) .

(٦٣)ينظر: الكافي، لابن قدامة، (٢٨١/٢) .

(٦٤)ينظر: الوسيط، للغزالي، (١٠٧/٤) .

(٦٥)ينظر: أسنى المطالب، لزكريا الأنصاري، (٣٨١/٢) .

(٦٦)ينظر: المغني، لابن قدامة، (٢١/٥) .

المال إليه حال العقد، أو في مجلسه، وإنما المراد أن يستقل العامل باليد عليه، والتصرف فيه" [٦٧].

وصورة مسألتنا كذلك، فيصحّ بقاء المال بيد المصرف على أن يحجزه عن الأموال التي يتصرف فيها، ومتى ما احتاجه العامل لتسديد قيمة الخطاب دفعه له .

وإن كان الاختيار قد وافق القول بالجواز في المسألتين الأخيرتين، إلا أن الوجوه الثلاثة السابقة كافية في المنع، ومع منع أن يكون خطاب الضمان رأس مال المشاركة، أو جزءًا منه، فلا مانع أن يجعل لخطاب الضمان قيمة اعتبارية، لها أثر في رفع حصّة المصرف من ربح العملية موضوع الضمان؛[٦٨] كاعتبار سائر الخصائص التي تخوّل لأحد الشريكين زيادة في حصته من الربح؛ كالخبرة مثلاً، أو السمعة التجارية، والضمان في هذه الحالة تابع للمال والعمل، لا أصليّ، فلا يرتبط به منع أخذ الأجر على الضمان .

المسألة الثانية: أن تكون أجرة العامل نسبة من الربح:

جعلت الهيئة الشرعية لبنك فيصل المصري الإسلامي في نموذجها لخطابات الضمان للعامل مقابل إدارته للمشروع، وللمصرف مقابل تقديم خدماته أجرةً، وقدرتها بنسبة مئوية، تؤخذ قبل توزيع الأرباح، فما حكم ذلك ؟ .

والجواب: أنه لا حرج في هذا الإجراء، وقد سبق اختيار جواز أن تكون الأجرة نسبةً مما ينتج عن عمل الأجير . [٦٩]

المسألة الثالثة: اجتماع الأجر والربح:

حيث جعلت هذه الصيغة للعامل أجرًا، يستحقه قبل توزيع الأرباح، ثم هو –بعد ذلك– يقتسم مع المصرف الأرباح، ولهذه المسألة حالتان:

الحالة الأولى: أن تكون الشركة بينهما شركة مضاربة:

---

(٦٧)(٣٩٩/٣-٤٠٠) .

(٦٨)ينظر: أصول المصرفية الإسلامية، للغريب الناصر، ص(٢٠٦)، موسوعة الاقتصاد الإسلامي، (١٥٧/٢) .

(٦٩)ينظر: ص(٢٣٩-٢٤٢) .

فاستحق العامل الأجر والربح لأجل عمله في المضاربة، واجتماع الربح والأجر في هذه الحالة ممنوع لثلاثة أمور:

(١) أن الأجر إن كان مقطوعًا قد يستغرق الربح كله، ويؤدي إلى انقطاع الشركة في الربح، وهو خلاف مقتضى العقد .[٧٠]

(٢) أن العامل قد يتوانى عن العمل، لما كان له أجر مقطوع على عمله، فيتضرر ربّ المال، وقد نبّه ابن قدامة على هذين المسلكين في المنع: "متى جعل نصيب أحد الشركاء دراهم معلومة، أو جعل مع نصيبه دراهم، مثل أن يشترط لنفسه جزءًا، وعشرة دراهم، بطلت الشركة، قال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض، إذا شرط أحدهما، أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة ... وإنما لم يصح ذلك لمعنيين: أحدهما: أنه إذا شرط دراهم معلومة، احتمل أن لا يربح غيرها، فيحصل على جميع الربح، واحتمل أن لا يربحها، فيأخذ من رأس المال جزءًا، وقد يربح كثيرًا، فيستضرّ من شُرطت له الدراهم .... ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة، ربما توانى في طلب الربح؛ لعدم فائدته فيه، وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء من الربح" .[٧١]

(٣) وإن كان الأجر نسبة من الربح (وليس مبلغًا مقطوعًا) -كصورة المسألة - مُنع منه أيضًا؛ لأن العامل قدّم عمله في عقد المضاربة كركن فيه، إن ربح ربح بعمله، وإن خسر خسر عمله، فلا يحل له أن يأخذ على عمله أجرًا، بل اشتراط ذلك مخالف لمقتضى عقد المضاربة، قال السرخسي: "وإذا دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف، على أن للمضارب بما عمل في المال أجر؛ عشرة دراهم كل شهر، فهذا شرط فاسد، ولا ينبغي له أن يشترط مع الربح أجرًا؛ لأنه شريك في المال بحصته من الربح، وكل من كان شريكًا في مالٍ، فليس ينبغي له أن يشترط أجرًا فيما عمل؛ لأن المضارب يستوجب حصة من الربح على رب المال باعتبار عمله له، فلا يجوز أن يستوجب باعتبار عمله أيضًا أجرًا مسمّى عليه، إذ يلزم عوضان لسلامة عمل واحد له، وإن اعتبرنا معنى الشركة في المضاربة كان رأس

---

(٧٠)ينظر: بدائع الصنائع، للكاساني، (٨٦/٦)، شرح ميارة، (١٣١/٢)، روضة الطالبين، للنووي، (١٢٣/٥).

(٧١)المغني، (٢٨/٥) .

مال المضاربة عمله، ورأس ماله، فلا يجوز أن يستوجب باعتبار عمله على رب المال أجرًا" [٧٢].

الحالة الثانية: أن تكون الشركة بينهما شركة عنان:

فيأخذ الشريك الربح لقاء حصته من رأس المال، ويأخذ الأجرة لقاء عمله وإدارته، وهو أولى بالعمل والأجرة من الأجير الأجنبي،[٧٣] فحقيقة اجتماع الأجر والضمان في هذه الحالة عقدٌ مركبٌ من اجتماع شركة وإجارة، وحيث إنه لا يترتب على ذلك محظور من غرر، أو ربا، ولا يوجد تنافٍ بين أحكام العقدين؛ إذ يمكن اجتماع أحكامهما، فلا حرج في ذلك .[٧٤]

وفي حاشية القليوبي: "ولو جمع في صفقة مختلفي الحكم؛ كالإجارة وبيع، أو إجارة وسلم؛ كقوله: بعتك عبدي، وآجرتك داري سنة بكذا، وكقوله: آجرتك داري شهرًا، وبعتك صاع قمح في ذمّتي سلمًا بكذا، صحّا في الأظهر، قال القليوبي: أفاد أنه لا بدّ أن يكونا في عينين بعوض واحد، فإن كانا في عين واحدة بطل جزمًا، وبعوضين صحّ جزمًا" .[٧٥]

خلاصة الرأي في هذا البديل المقترح:

ومما سبق يظهر جواز هذا البديل في أصل فكرته، وجوازه كذلك في صورته المعلقة، وأما ما طرحه بنك فيصل المصري الإسلامي كنموذج لهذا البديل فلم يسلم من الإشكالات؛ كما تبين، والله تعالى أعلى وأعلم .

---

(٧٢)المبسوط، (١٤٩/٢٢-١٥٠) .

(٧٣)ينظر: الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية، لبيت التمويل الكويتي، رقم (٢١٩)، ص(٢١٣-٢١٤) .

(٧٤)ينظر: ص(٢٩٨-٣٠١)، ويراجع: العقود المالية المركبة، للعمراني، ص(٣١١) .

(٧٥)حاشية القليوبي على شرح المحلي للمنهاج، (٢٣٣/٢)، وينظر: كشاف القناع، للبهوتي، (١٧٩/٣-١٨٠).