شرط ضمان المضارب لرأس المال في الفقه والمصرفية الإسلامية

الدكتور سيد حسام الدين حسيني (الكاتب المسؤول)
استاذ مساعد ـ جامعة آزاد الإسلامية ـ فرع الأهواز ـ إيران
shesamhosseini@yahoo.com
الدكتور حسن حيدري
استاذ مساعد ـ جامعة آزاد الإسلامية ـ فرع الأهواز ـ إيران
dr.hasanheidari@yahoo.com
طالب الدكتوراه سلمان غبيشي
قسم الفقه ومبادئ الشريعة الإسلامية ـ جامعة آزاد الإسلامية ـ فرع الأهواز ـ إيران
ghobeyshi1355@gmail.com

The condition for guaranteeing Mudarib capital in Islamic jurisprudence and banking

Dr. Seyed Hessam Aldin Hosseini
Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law Sciences (Assistant Professor) , Islamic Azad University of Ahwaz , Ahwaz , Iran (corresponding author)
Dr. Hassan Heydari
Department of Jurisprudence and Principles of Islamic Law Sciences (Assistant Professor) , Islamic Azad University of Ahwaz , Ahwaz , Iran
Phd student. Salman Ghobeishi
Phd student of Jurisprudence and Principles of Islamic Law Sciences , Islamic Azad University of Ahwaz , Ahwaz , Iran

الملخص:-

يميل الرجل دائمًا لكسب المال و زيادته إما من ثروته أو بسبب مشاركته مع الآخرين. و إن وجود المخاطر في الأنشطة الاقتصادية قد تدفع أصحاب رأس المال إلى طلب نوع من الضمان لرأس المال. هذا مهم بشكل خاص لأصحاب الأعمال الصغيرة مثل المودعين في المصارف. بالنظر إلى حرمة الربا في الإسلام، فإن فكرة إستخدام شرط ضمان رأس المال في العقود الاقتصادية، ولا سيما شرط ضمان العامل في عقد المضاربة، تهمّ المفكرين الإسلاميين والمصممين الماليين. على الرغم من أن بعض الفقهاء اعتبروا شرط ضمان العامل صحيحًا، و يرى البعض الآخر أن هذا الشرط يتعارض مع مقتضيات العقد و هو باطل، واعتبر آخرون أن شرط الضمان هو سبب لتحويل عقد المضاربة إلى القرض و شراكة المالك في الربح كالربا.

و في حكم شرط ضمان رأس المال؛ يعتقد البعض أن شرط ضمان العائد على الإستثمار هو عقد جديد لم يسبق له مثيل في الماضي. في حالة عقود الإستثمار، المباشرة و غير المباشرة، لا يقدم المستثمِر رأس ماله للمستثمَر بدون ضمانات كافية، لذلك يتم تضمين شرط ضمان رأس المال في معظم عقود الإستثمار. السؤال هنا: ما حكم شرط ضمان رأس المال وفق الأحكام و القواعد الاسلامية؟ يحتمل لأي شرط من حيث الحكم أن يبطل العقد، لاغياً أو نافذاً.

نظراً لأهمية و تطبيق شرط ضمان المضارب (العامل) واختلاف الآراء الفقهية في هذا الصدد، فقد حاولت هذه المقالة تحقيق و إبحاث حجج المؤيدين والمعارضين من الفقهاء و علماء القانون.

الكلمات المفتاحية: المصرفية الإسلامية، ضمان رأس المال، العامل، شرط الضمان، التعويض، الربا، مقتضيات العقد.

Abstract:-

Men always tend to earn money and increase it either from his wealth or because of his sharing with others. And the presence of risks in economic activities may lead the owners of capital to ask for some kind of guarantee for the capital. This is especially important for small business owners like bank depositors. In view of the prohibition of usury in Islam, the idea of using the condition of guaranteeing capital in economic contracts, especially the condition of guaranteeing the worker in the contract of speculation, is of interest to Islamic thinkers and financial designers. Although some jurists considered the condition of guaranteeing the worker correct, and others see that this condition conflicts with the requirements of the contract and is void, others considered that the condition of the guarantee is a reason for converting the mudaraba contract into a loan and the owner's partnership in profit as interest.

In the provision of a capital guarantee clause, some believe that the return on investment clause is a new contract that has not been seen in the past. In the case of investment contracts, direct and indirect, the investor does not provide his capital to the investor without adequate guarantees. Therefore, the capital guarantee requirement is included in most investment contracts. The question here is: What is the ruling on the condition of guaranteeing the capital according to Islamic rules and regulations? Any condition in terms of the ruling may void the contract, void or enforceable.

Given the importance and application of the requirement to guarantee the worker and the difference in jurisprudence in this regard, this article has attempted to criticize the arguments of supporters and opponents of jurists and legal scholars.

Key words. Islamic banking, capital guarantee, worker, guarantee clause, compensation, usury, contract requirements.

تمهيد:

تعتبر المصارف والمعاملات المصرفيه من الثوابت الضرورية في اقتصاد البلدان في عصرنا الحاضر، ومن الخطأ أن يتصور أحد أنّه يمكن حذف المصارف والإستغناء عن دورها الأساسي في الحياة الاجتماعية والاقتصادية للشعوب والمجتمعات البشرية، لأنّه لولا وجود المصارف لأمست إدارة الإقتصاد في الحواضر المعاصرة ضرباً من المحال، ولتوقفت جميع المشاريع الاقتصادية و واجهنا مشكلات كبيرة في هذا المجال. فعلى هذا لا يصّح، بل لا يمكن حذف المصارف من الحياة الإقتصادية، وعلينا مسؤولية إصلاحها و تبيين شئونها و دورها في تحقق مقاصد الإقتصادية للشريعة.

أفراداً في المجتمع يمتلكون القدرة الكافية في إدارة الأمور الإقتصادية على مختلف المستويات والموارد، ولكنّهم يفتقدون الى رأس المال (على عكس الفرض السّابق وهم الأفراد المتموّلين الذين يفتقدون الى المديرية والتدبير اللازم) هنا يقوم المصرف بأسلاف هؤلاء الأفراد مبالغ من رؤوس الأموال و يعقد معهم عقوداً شرعية (نظير المضاربة و الجعالة و المشاركة و الإجارة بشرط التمليك و غيرها) و بهذه الوسيلة يستطيع المصرف الحد من هدر الطاقات البشرية وتعطيل هذه القدرات الانسانية، وتشغيلها في ما ينفع الناس و ينفع المجتمع الإسلامي.

هنا لا نواجه أي مشكل شرعي في هذا المجال، إذ قام المصرف بواجبه و تمّ تنفيذ العقود والمعاملات بصورة شرعية، يعني أنّ المصرف و المستثمرين يقومون بالإستفادة من رؤوس الأموال هذه في مسير الإنتاج و الاستفادة منها وفقاً للعقود الممضات بينهم، ويقوم البنك بالإشتراك معهم في هذا السبيل.

ولكن مع الأسف نجد أن الكثير من النّاس لا يلتزمون بمفاد العقود ولا يستعملون رؤوس الأموال التي إستلموها من المصارف على وجهها الصحيح ومسارها السليم، وتكون نتيجة ذلك أن تبقى العقود و المعاملات هذه لها جنبة صورية وشكلية فحسب، فتكون القروض هذه في النتيجة قروضاً ربوية، و بدلا من أن تبعث على سعادة الناس وتنمية إقتصادهم، تقع سبباً في الإضرار بهم و تدمير معيشتهم.

وعلى هذا الأساس، فإنّه لو عمل هؤلاء الأفراد بمضمون العقود والمعاملات التي وقعوها مع المصرف، و بشركة المصارف و المستثمرين بالربح و الخسارة مع العاملين فإن هذه الخدمة من المصارف لا تواجه إشكالا شرعياً. أحد العقود المحدد التي تتم مناقشة قواعده وشروطه في احكام الشريعه هو عقد المضاربة و في جوهره يوجد نوع من التعاون والوحدة والمشاركة.

مناقشة هذه العقود، و خاصة عقد المضاربة، ذات أهمية خاصة؛ لأنه من وجهة نظر الإقتصادي، تشير هذه العقود إلى دور العمل و رأس المال في مجال النشاط الإقتصادي. وأهمية ما نناقشه (شرط ضمان المضارب) هو أن المناقشة تجيب على السؤال بشكل صحيح؛ هل يمكن - في عقد المضاربة - أن يكون المضارب (أي العامل) مسؤولاً عن خسارة رأس المال أو الضرر؟ بعبارة أخرى، هل من الممكن ضمان رأس مال المالك في المضاربة، بحيث يمكن للمالك إيداع رأس ماله للعامل بأمان و حماية من المخاطر الإقتصادية مثل العيوب و الخسائر أو الإفلاس؟ أو في هذه الشراكة، لا يمكن ضمان رأس المال، ولكن إذا أراد مالك رأس المال تحقيق هذا الهدف - على الأقل من خلال إدراج شرط ضمان المضارب في عقد المضاربة- فلا يمكنه تحقيق هدفه؟ أي هل يمكن اعتبار الأمين(العامل) ضامنًا و مسئولاً لتعويض الخساره المحتملة مطلقا أو إلّا في حالات الإسائة و سوء السلوك و التعدي؟

أصحاب رأس المال بموجب العقود الشرعية و بإستخدام رأس مالهم في أنشطة الإنتاج و الخدمات، يكسبون الأموال بما يتناسب مع نوع النشاط والأرباح التي يحققونها. بالطبع، في كل هذه العقود، لا يتم نقل الملكية، ولهذا السبب، بالإضافة إلى الربح، هناك أيضًا إمكانية فقدان مبدأ رأس المال. و هذا الإحتمال لوقوع الخسارة يدفع أصحاب رأس المال إلى وضع شروط خاصة لهذه العقود، وأهمها ضمان مبدأ رأس المال.

لقد جعل دين الإسلام صحة استعمال الشروط مشروطة بوضع قواعد معينة. أحد معايير صحة الشرط هو أن الشرط لا يتعارض مع مقتضيات ذات العقد. إن شرط ضمان مبدأ رأس المال في عقد المضاربة - وفقًا لمجموعة من الفقهاء و علماء القانون - يتعارض مع مقتضيات العقد بذاته ولاغي. كما اعتبروا بعض من الفقهاء أن هذا الشرط هو تغيير في

طبيعة عقد المضاربة بذاته، ترى مجموعة أخرى أن هذا الشرط صحيح و لا يتعارض مع مقتضي العقد بذاته بل يتعارض مع إطلاقه و لابأس بإستعماله. نظراً لأهمية المناقشة، من الضروري فحص الحجج الخاصة بصحة أو بطلان هذا الشرط.

١ـ حول شرط ضمان رأس المال

نظراً لخطر فقدان رأس المال في الأنشطة الاقتصادية والتجارية الذي يهدد دائماً أصول أصحاب رأس المال، فإن فكرة ضمان رأس المال وتأمينه تستخدم منذ فترة طويلة بأشكال مختلفة في العقود المالية. أحد أبسط هذه العقود وأكثرها شيوعاً هو الربا، حيث يضمن المقترض رأس المال و فائدته المعينة للمالك. بسبب تحريم الربا في الإسلام، حاول أصحاب رأس المال إستخدام طرق أخرى لضمان العقود الإقتصادية. ومن أهم هذه الشروط؛ شرط ضمان رأس المال الذي يفرض على العامل في عقد المضاربة.

العامل في عقد المضاربة هو الوصي الأمين، وليس الأمين مسئولاً عن أي إضرار يلحق بالعقد إلّا إذا ارتكب خطأ[١]. لذلك لا يصبح المضارب (أي العامل) ضامن لأموال المضاربة للآية الشريفة ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾[٢] وللقاعدة الفقهية ((ما للأمين الّا اليمين[٣]))، إلّا في حالة الإنحراف أو التعدي. فالضمان يتحقق باليد أو الإتلاف، أمّا اليد فلا ضمان؛ إذ المفروض أن المالك-في الفرض- قد دفع ماله إلى الأمين بطيب نفسه و رضاه، و حينئذ فلا تكون هذه اليد يد عدوان و تعدي. و أمّا الإتلاف فأوضح من سابقه؛ إذ المفروض عدمه، فحينئذ لا تعدي و لا تقصير في البين. الآن يجب أن نرى، هل يمكن أن يشترط في المضاربة أن العامل على أي حال هو الضامن للمضاربة؟ أي حتي مع عدم تعديه و تفريطه بل يجب عليه تعويض الأضرار التي لحقت براس المال؟

يبدو أن اختلاف الفقهى الحالى بشأن الحكم و وضع شرط ضمان رأس المال يرجع إلى اختلاف الخبراء حول معناه و مفهومه، ومن أجل توضيح حكمه، من الضروري توضيح معناه ومفهومه العرفي. في الفقه، أثيرت العديد من الاحتمالات فيما يتعلق بمفهوم ضمان رأس المال. لذلك، من الضروري توضيح المعنى العرفي لضمان رأس المال من أجل توضيح وضعه القانوني و حكمه.

١-١- ضمان التصرف في رأس المال

مفهوم الضمانة التعاقدية هي أحد المعاني الممكنة لشرط ضمان رأس المال في الفقه. الضمانة بمفهوم عقد أو بسبب عقد الضمان في الفقه الإمامية هي أخذ أموال تقع على عاتق الغير. من خلال إبرام عقد الضمان أو إدراج شرط الضمان أثناء العقد، يتم نقل المضمون به من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن. لهذا السبب، إحتمل البعض -من أجل تبرير ضمان العامل لرأس المال و امتثاله للقواعد القانونية- بأنه من الممكن أن يكون شرط الضمان هو أن يأخذ المالك ثمن العقار أو قيمة ماله. لأن رأس المال، يختلف عن رأس المال الخارجي المنقول، حتي ستحملها ذمة. وقد أوضح آخرون، في مقابل هذا المعنى من شرط ضمان رأس المال و حددوا أن معنى ضمان رأس المال ليس نقل المضمون به إلى ذمة الضامن. لأن في ضمان العقدي، المضمون به دين في ذمة المديون و إن هذه الديون تحال إلى الضامن بإبرام عقد الضمان أو شرط الضمان. في حين أن العلاقة بين المستثمِر والمستثمَر ليست علاقة الدائن والمديون، و رأس المال لا يعتبر دينًا على ذمة شخص. لذلك، فإن مراد العرف من شرط ضمان رأس المال ليس بالتأكيد الضمان الناشئ عن عقد الضمان.

الاحتمال الآخر الذي يمكن تخيله عن شرط ضمان رأس المال على العامل هو الضمان الناشئ عن قاعدة اليد، الذي بموجبه يكون تصرف الضامن في المضمون به حرامًا من حيث الحكم و هو الضامن من حيث الوضعي لتسليمه إلى المالك. أولئك الذين يعتبرون الشرط مخالفاً لمقتضيات العقد قد اعتبروا هذا المعنى للشرط، لأنهم قدموا أمانية التصرف -على سبيل المثال التاجر في المضاربة- من المتضيات لذات العقد و من الواضح أن تصرف الأماني في الفقه مقابل تصرف الضماني. هذا معنى من الضمان، لا يمكن أن يكون شرطًا لضمان رأس المال، لأن المالك، بإذنه ورغبته، يعطي ماله للعامل.

ونتيجة لذلك، فإن المفهوم العرفي لضمان رأس المال في الاستثمار غير المباشر، لا يشمل المفهوم الإستنباطي للقاعدة على اليد، ولكن في الاستثمار المباشر، أي في الحالات التي يكون فيها رأس المال باختيار المالك، فإن المفهوم العرفي لضمان رأس المال هو التزام الضامن بعدم التصرف في رأس المال و عدم إزعاج استثمار المستثمر. التي إلى حد ما قريبة بالمفهوم الإستنباطي للقاعدة على اليد. لأنه في هذا النوع من الشرط، يتعهد الضامن بعدم

الاستيلاء على رأس المال و التصرف به وعدم إزعاج المستثمر. على الرغم من حيث المبدأ؛ قاعدة على اليد هي حكم شرعي و شرط الضمان هو إرادة وموافقة الضامن و المضمون له على الموضوع، لكن كلاهما لهما نفس المفهوم والأثر من حيث وضع الملكية. قد يكون شرط ضمان رأس المال في الاستثمار المباشر مطلقاً أو مشروطاً؛ شرط الضمان المطلق هو شرط يتعهد الضامن بعدم التعرض لرأس مال المالك تحت أي ظرف من الظروف. شرط الضمان المشروط هو الشرط الذي يتعهد الضامن بتعويض ودفع الضرر للمستثمَر بشكل عادل وعلى أساس الإنصاف في حالة تعرض رأس مال المستثمِر.

هذا النوع من شرط الضمان، الذي ينطبق على حكومات وشركات المستثمرين الأجانب، لا يتعارض مع القواعد القانونية الإسلامية، بل يطابق مع عمومات قاعدة لا يحل - التي لا تسمح بتصرف بمال الغير - لذلك، فإن شرط ضمان رأس المال، إذا تم تضمينه في عقد الإستثمار غير المباشر، لن يكون له مفهوم استنباطي لقاعدة على اليد، ولكن لو انذكر في عقد الإستثمار المباشر، سيكون له مفهوم مماثل و قريب للقاعدة بالنسبة لرأس المال، وهو لايتعارض مع الشريعة الإسلامية، بل يناسبها.

٢-١- عدم إلحاق الخسارة بالمالك

معنى آخر يستخدم لضمان رأس المال هو عدم إلحاق الأضرار الناشي عن فقدان أو خسارة رأس المال على المالك ودخوله على الضامن. وقد استشهد به أيضا في الفقه. كما في النظريات الفقهية، يعتبر البعض أن هذا المفهوم غير معقول ويعتقدون أن شرط ضمان رأس المال هو أن خسارة الممتلكات من الممتلكات والأصول الأخرى، وهذا غير معقول. يعتقد البعض الآخر أنه في المعاملات المالية، يكون الضرر الذي يلحق بالممتلكات هو على المالك، وشرط ترتب الضرر على غير المالك مخالف للكتاب والسنة.

على الاصول، يخضع ظهور العبارة والكلمات إلى رأي العرف، وهذا المفهوم والمعنى من شرط الضمان ليس مطلوب العرف و مقصود أطراف المعاملة. ومثل هذا الشرط لا يسري من وجهة نظر القواعد القانونية، لأن القاعدة العقلانية هي أن الممتلكات في ملك من تكون، الضرر الناشي عن خسارتها يُلحق بها أيضًا. من المستحيل أن تضيع الأموال الموجودة في ممتلكات المستثمِر من ممتلكات و اموال المستثمَر. و نتيجة لذلك، فإن هذا

المفهوم لضمان رأس المال ليس مألوفًا ومطلوبا للعرف، وإذا كان مقصودًا، فلن يكون صالحًا من الناحية القانونية، لأنه شرط غير معقول و غير مقدور، في حين أن أحد شروط صحة الشرط هو أنه مقدور و معقول.

٣-١- التملك الحر(المجاني) المعادل للضرر الناتج

معنى آخر تم التعبير عنه لشرط ضمان رأس المال هو التملك الحر لما يعادل الضرر الذي يلحق بالمالك من قبل ضامن رأس المال. تستند هذه النظرية إلى التبرير القائل بأنه إذا كان الضرر الذي لحق بالممتلكات من قبل المستثمَر، فهو الضامن للتعويض على أساس قاعدة الإتلاف[٤] أو التسبيب، وليس هناك حاجة إلى شرط الضمان. ونتيجة لذلك، فإن شرط ضمان رأس المال لا يشمل الضرر الذي تسبب فيه العامل، لأنه وفقاً للقواعد، هو المسؤول عن تعويضه. وبالتالي، فإن شرط الضمان من حيث الموضوع يشمل الضرر الذي يلحق برأس المال من حيث الحوادث القهرية أو الغير. بالنظر إلى أن المستثمَر لا يتحمل مسؤولية مثل هذا الضرر، لا يمكن إجباره على تعويضه. ومع ذلك، إذا أسند للمستثمِر بحرية مقدار الضرر الذي لحق برأس المال من ممتلكاته، فلا يوجد مانع قانوني في صحته و سيكون الشرط نافذاً. لهذا السبب، استخدم البعض عبارة طيب النفس في التمليك.

رأى البعض أن هذا المفهوم من شرط الضمان هو خدعة قانونية للهروب من عدم صحة شرط ضمان رأس المال. ومع ذلك، لا يمكن أن يتوافق هذا المفهوم مع المفهوم العرفي لشرط ضمان رأس المال، لأنه أولاً وقبل كل شيء، فإن عقد الاستثمار هو عرفا عقد معوض تغابني و العلاقة بين الطرفين تقوم على كسب المزيد من الربح وإعطاء الأقل منه. لذلك، لا تستند علاقة التملك مجانا حتي على أساسها نعتبر الشرط صحيحًا. ثانياً، من الضروري استيفاء الشرط من المشروط عليه، وإذا لم يتم ذلك، فسيتم فرضه، في حين أن شرط التملك الحر ليس لازم الوفاء لمملِك، ولكن المشروط له سيكون له الحق في فسخ المعاملة الرئيسية في فرض عدم تمليك الضامن. ونتيجة لذلك، يعد هذا المفهوم حلاً يوائم الشرط مع القواعد القانونية، ولا يتوافق مع مفهوم شرط الضمان العرفي.

٤-١- تعهد الضامن عن الأضرار المحتملة

معنى آخر لشرط ضمان رأس المال، والذي يعتبر أيضًا مطلوبا للعرف، هو الالتزام

وتعهد المضارب أو المستثمَر بالتعويض عن الضرر المحتمل لرأس المال المستثمِر. بالنظر إلى أن المستثمِر المعاصر غير مستعد لإعطاء رأس ماله لآخر بدون ضمانات كافية، أيضا، من حيث سوق رأس المال، فإن إدراج هذا الشرط في العقد، عقلاني و إعطاء رأس المال إلى الآخرين من غير أخذ الضمانات الكافية ينعد نوع من السفاهة. لأنه في الماضي، كان المستثمِرون يعتمدون على الصدق والإحسان والخصائص الشخصية المستثمَرين، وكان من حيث العرف الضمان لأعادة رأس المال هو خصوصيات الأخلاقية و الصدق و الذات الواعي في المستثمَر أو العامل، ولكن في المجتمع المعاصر تستثنى الشركات المالية الكبرى في سوق الاستثمار، التي تنتفي لها ضمانات الماضي موضوعا من ناحية، و التوسع في الحياة الحضرية ونقص المعرفة والثقة في بعضهما البعض والتربح المفرط للرأسمالية في المجتمعات، حتى في المجتمعات الإسلامية من ناحية أخرى، أدي إلى ظهور و تعقيد عرفا يعد إعطاء رأس المال إلى الآخرين من غير أخذ الضمانات الكافية، نوع من السفاهة. و وفقًا للقواعد القانونية؛ فإن معاملات السفهية و الغبية غير نافذة. لذلك، من حيث عرف الاستثمار، فمن المعقول إدراج هذا الشرط في العقد.

لهذا السبب، يعتقد الخبراء - الذين درسوا حالة الشرط وفقًا للمفهوم العرفي- أن شرط ضمان رأس المال صحيح. لأن هذا المفهوم من الشرط هو عقلاني، وليس فقط لا يوجد دليل لإبطاله، بل من مقتضي القواعد صحته؛ كقاعدة الشروط[٥] و قاعدة السلطة[٦]. لأنه، وفقاً لمقتضي قاعدة الشروط؛ المستثمِر، شرط الضمان و التزام المستثمَر بالتعويض عن الأضرار المحتملة لرأس المال و هو قبله. و مثل هذا الشرط لا يحلل حراما ولا يحرم حلالا لذلك نافذ.

وفقا لقاعدة السلطة، لم يعط المالك رأسماله للعامل مطلقا، بل يلزمه بضمانه والتزامه بالتعويض عن الأضرار المحتملة و تقتضي قاعدة السلطة الإنتباه إلى كيفية انتقال و تسليم المالك. كما هو الحال مع تنقيح المناط من ادلة ضمان المستعير في عارية الذهب والفضة، يعتبر شرط ضمانه بالنسبة إلى القضايا الآخر صحيحا و يعتبر المستعير ضامناً للتعويض عن الضرر الذي لحق بأموال العارية. لذلك مقتضي الأدلة هو صحة الشرط و لا مانع لثبوته.

وفي النتيجة، إن شرط ضمان رأس المال هو الالتزام التعاقدي المستثمَر لتعويض

الأضرار المحتملة لرأس المال الذي اعطي له للاستثمار. و مثل هذا الشرط لا يتعارض مع قواعد الفقهية و القانونية، بل ضروري وفقًا للعرف الحاكم على علائق أفراد المجتمع و يعتبر مطابقا لقواعد القانونية.

٢ـ المضاربة وخصائصها

المضاربة هي عقد واقع بين شخصين على أن يكون رأس المال في التجارة من أحدهما و العمل من الآخر، و لو حصل ربح يكون بينهما. و إن الحقيقية للمضاربة هي شركة رأس المال (النقد) و العمل، و في التعبير عن حقيقتها لا يوجد فرق تقريبًا بين الفقهاء العظماء، وقد حددهم جميعًا بفارق طفيف في العبارة و هي؛ أَنْ يَدْفَعَ مَالًا إِلَى غَيْرِهِ لِيَعْمَلَ فِيهِ بِحِصَّةٍ مُعَيَّنَةٍ مِنْ رِبْحِهِ[٧]. أي أن الشخص (مالك العقار أو صاحب رأس المال) يعطي من ماله لشخص آخر (الوكيل - المقارض - المضارب) بحيث يتعامل و يتاجر الشخص الثاني بهذا العقار و يحدد و ينقسم الربح بنسبة معينة، وفقًا للعقد الذي أبرموه.

وقد أشار بعض المؤلفين أيضًا إلى أنه في المضاربة، يتعرض أي خطر أو ضرر لرأس المال إلى مالك العقار و لن يتحمل الوكيل(المضارب) أي شيء. كما قال الفقهاء و بالتالي كتّاب القانون، المضاربة ليس لها طبيعة قانونية بسيطة ومستقلة، ولكنه عمل قانوني خاص يتكون من عدة عقود، لأن تفويض رأس المال إلى الوكيل يجعله مسؤولاً كالأمين، وفي نتيجة الوكيل يوجد عنوان "الودعي "و "الأمين" (عقد الوديعة). من ناحية أخرى، يمنح مالك العاصمة الوكيل توكيلًا وتمثيلًا للتداول على حسابه ونتيجة لذلك، سيكون العامل -نيابة عن المالك- وكيلا في التصرف برأس المال، وسيتعامل الوكيل نيابة عن مالك العقار (عقد الوكالة). بالإضافة إلى ذلك، إذا تم تحقيق ربح من التجارة، فإن المالك والوكيل يساهمان في الربح، وستكون النتيجة لكلا الطرفين (الشركة). و غني عن القول أنه إذا لم يتم إبرام العقد بشكل صحيح لسبب ما، فإن الوكيل هو أجير مالك العقار محسوب ومقابل ما فعله يحصل على أجرة(الإجارة). مع هذا التفسير، يشتمل عقد المضاربة لأحكام العقود؛ الوديعة، الوكالة، الشركة و الإجارة[٨].

إن عقد المضاربة له سمات وخصائص تجعل من الضروري ذكر بعض منها، والتي لها صلة بالموضوع. بعض هذه الميزات على النحو التالي.

٢-١- حرية الإنسحاب من عقد المضاربة

من خصائص المضاربة أنه عقد جائز أي ليس من الضروري إستمراره. لهذا السبب، لا يفرض أي التزام على الطرفين، فإن استمرار التعاون بين العامل والمالك يحتاج إلى رغبتهم. على هذا يمكن لأي واحد من الطرفين الإلغاء في أي وقت يشعر فيه احدهم أنه ليس من مصلحته الإستمرار بالعقد[٩]. يترتب على الطبيعة غير الإجبارية للعقد أنه إذا حددوا مهلة زمنية لأداء العقد، يجوز لأطراف العقد إنهاء و فسخ العقد حتى قبل انتهاء المدة. جواز عقد المضاربة أيضًا يحتوي على هذه الخاصية التي ينفسخ العقد بسبب وفاة أو جنون أو سفه أحد أطراف العقد[١٠]. و نتيجة بذلك، فإن الوراث أو نائب الطرفين غير ملزم بإتمام المعاملة.

يمكن للمتعاقدين إلغاء حرية الخروج من المضاربة و حق الفسخ، إذا كانت تتضمن على ضرر، بالوسائل القانونية. كما تتوقع البنوك قيوداً على عملائها منذ البداية، و في ضمن عقد الصلح[١١] - وهو عقد لازم - يلتزم العامل بعدم فسخ العقد. ومع ذلك، يحتفظون بحقهم لإعمال السيطرة و المراقبة على المعاملة. بحيث كلما لاحظوا انتهاكات من العامل، يمكنهم التصرف لإعادة رأس المال بفسخ العقد.

٢-٢- دفع الضرر من رأس المال

يتم تقسيم الربح حسب النسبة المتفق عليها في عقد المضاربة. لكن الخسارة تتوفر من رأس المال فقط. لذلك، فإن ممتلكات المضاربة ليست مضمونة مقابل الأضرار و العامل غير مسؤول إلّا إذا فشل العقد، يبقى نشاط العامل بغير أجرة. في سواء هل هذه الميزة من مقتضيات ذات العقد المضاربة أو من مقتضيات اطلاقه، اختلاف. و هل يمكن أخذ التضمينات من العاملين أو المصارف لدفع خطر الخسارة عن رأس المال، فهو الموضوع الذي سنفحصه.

٢-٣- العامل (المضارب) أمين

العامل أمين فلا ضمان عليه لو تلف المال أو تعيب تحت يده إلّا مع التعدّي أو التفريط، كما أنّه لا ضمان عليه من جهة الخسارة في التجارة، بل هي واردة على صاحب المال، و لو

اشترط المالك على العامل أن يكون شريكا معه في الخسارة- كما هو شريك في الربح- ففي صحّته وجهان، أقواهما العدم[١٢]. و لو كان مرجعه إلى اشتراط أنه على تقدير وقوع الخسارة على المالك خسر العامل نصفه مثلا من كيسه لا بأس به، و لزم العمل به لو وقع في ضمن عقد لازم، بل لا يبعد لزوم الوفاء به و لو كان في ضمن عقد جائز ما دام باقيا. و له فسخه و رفع موضوعه، كما أنه لا بأس بالشرط- على وجه غير بعيد- لو كان مرجعه إلى انتقال الخسارة إلى عهدته بعد حصولها في ملكه بنحو شرط النتيجة[١٣].

١-٣-٢- إنقلاب المضاربة إلى القرض

إختار بعض من الفقهاء القول بإنقلاب عقد المضاربة عند اشتراط الضمان على العامل إلى القرض، و عندهم سيكون جميع الربح للعامل و لا يكون للمالك إلّا رأس المال، مستندا إلى مثل صحيحة محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السّلام في حديث أنّ عليا عليه السلام قال: ((مَنْ ضَمَّنَ تَاجِراً فَلَيسَ لَهُ إِلَّا رَأْسُ مَالِهِ وَ لَيسَ لَهُ مِنَ الرِّبْحِ شَيءٌ)). فتوفر عنصر المخاطرة بالنسبة إلى صاحب المال، و عدم ضمان العامل لماله، شرط أساسي في صحة عقد المضاربة، و بدونه تصبح العملية قرضا لا مضاربة، و يكون الربح كله للعامل[١٤].

و لكنّها و إن كانت صحيحة لكن الإنقلاب المذكور مخالف لما هو المشتهر من كون ((العقود تابعة للقصود))، فإذا كان المقصود المضاربة، فلا وجه للإنتقال إلى القرض، غاية الأمر البطلان، دون الإنقلاب، إلّا أنّها لا ارتباط لها بالمقام، لورودها في التضمين من أوّل الأمر، لا اشتراط الضمان عند التلف، بل لم يفرض فيها الضرر و الخسران، و كلمة التضمين لا دلالة لها على ذلك، بل المفروض فيها حصول التجارة و تحقّق الربح، مع أنّ أصل الإنقلاب يكون على خلاف القاعدة؛ لأنّ العقود تابعة للقصود، و بطلان الشرط على تقديره إنّما يؤثّر في خصوص بطلان الشرط، أو مضافا إلى أصل المعاملة أيضا، و لا مجال للإنقلاب إلى غير ما هو المقصود. بعبارة أخرى؛ أنّها واردة في القرض ابتداء الذي يعبّر عنه بالضمان المطلق، لا في إنقلاب المضاربة إلى القرض بالاشتراط الملازم للحكم بصحّة الاشتراط.

و الإشكال الوارد على هذا الاحتمال أنّه يلزم أن تكون الرواية دالّة على حكم ضروري، لأنّ التاجر المقترض لرأس المال يكون مالكا لما إقترضه، و لا محالة يكون الربح

له؛ لأنّه نماء ملكه و ثمرة رأس ماله، غاية الأمر أنّه يجب عليه ردّ رأس المال فقط إلى المقرض؛ لفرض كونه قرضا، فهذا المعني من هذه الجهة بعيد.

اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّها لدفع توهّم أنّ رأس المال حيث يكون للمقرض أوّلا؛ لأنّ المفروض أنّ التاجر يكون فاقدا له، فلا محالة يكون الربح أو بعضه راجعا إلى المقرض، فهي بصدد بيان أنّ تمام الربح يكون للتاجر؛ لأنّه تابع لرأس المال الذي يكون هو ملكه و خارجا عن ملك المقرض بسبب القرض.

و يمكن أن يقال؛ بأنّه من الواضح عدم ثبوت شيء من الربح للمقرض، بل جميعه للمقترض، بل في غير صورة القرض من الهبة و غيرها أيضا، فمقصود المولي عليه السّلام أنّ اشتراط التضمين في صورة التلف أو الخسران في المضاربة يؤثّر في عدم الضمان إلّا بمقدار رأس المال، و في المقابل يكون الربح للعامل، و هذا أمر مخالف للقاعدة لم يلتزم به أحد من أصحابنا، فالرواية معرض عنها[١٥].

هذا، و أمّا ما أفاده في الذيل من أنّه لا بأس بالشرط- على وجه غير بعيد- لو كان مرجعه إلى انتقال الخسارة على عهدته بعد حصولها في ملكه بنحو شرط النتيجة، ففي غاية البعد، خصوصا بعد كونه خلاف مقتضي العقد، و عدم الدليل على الانتقال في أمثال هذه الموارد.

و دعوي أنّ إطلاق دليل لزوم الشرط يشمله، مدفوعة بمنع ذلك بعد كونه مستلزما لتحريم الحلال، فصحّة هذا النحو من شرط النتيجة أيضا مشكلة.

فإنّ الانتقال المزبور لا بدّ و أن يكون له سبب، كبيع الدين على من هو عليه الذي يؤثّر في الإبراء و سقوط الدّين، و أمّا ما له سبب خاصّ كالانتقال البيعي من دون السبب القولي أو الفعلي فلا يكاد يتحقّق بمجرّد الشرط إلّا أن يكون الشرط بنحو شرط الفعل لا النتيجة، فحصول الانتقال المزبور بمجرّد الشرط في غاية البعد[١٦].

٣ـ وجوه شرط ضمان المضارب

بشكل عام شرط ضمان المضارب من وجهة نظر الفقهي و اختلاف الآراء الموجوده ما بين الفقهاء يمكن أن ينقسم إلى موارد متعدده و منهن:

١-٣- إن شرط ضمان العامل في عقد المضاربة يخالف مع مقتضيات ذات العقد.

من الواضح أن نتيجة هذا الموقف ستكون عدم تحقق العقد. ولذلك، فإن إدراج مثل هذا الشرط يبطل العقد وبالتالي يعبر عنه أنه "شرط مبطل".

و كما قال المرحوم الشيخ موسى الخوانساري في منية الطالب: ((أنّ مقتضيات العقد تارة ما يقتضيه بذاته بمعنى أنّ سلب ذلك المقتضي عنه يكون مساوقا لنفيه و إبطاله و أخرى ما يقتضيه بإطلاقه سواء كان من آثاره المترتّبة عليه عرفا مثل اقتضائه للتّسليم و التسلّم و كون الثمن نقدا و كونه نقد البلد و ما يشبه ذلك أو من الأحكام الثّابتة له شرعا[١٧])).

اعتبر البعض أن تأثير العرف لا يمكن تمييزه عن ذات العقد و طبيعته و يعتبرونه أكثر تأثيرا من حيث الدلالة إلى مضمون الإنشاء و تراضي الطرفين -كما ذكرنا سابقًا، في دور و تأثير العرف- لكن إعتبروا القاعدة العامة في جميع الحالات هي العرف و القانونين الموضوعة. و هم يعتقدون أنه لا توجد قاعدة ثابتة بهذه الطريقة ويعتمد تحديد الأثر الأساسي للعقد على طريقة تفكير محددة لكل الأفراد في كل الجوامع. كما اعتبر العرف عند بعض الفقهاء بالمرجع لمعرفة مقتضيات العقد و أن بالرجوع إلى العرف يتسهل تحقيق الآثار الرئيسية والأساسية للعقد. لأن معظم المعاملات تتحقق من قبل الناس، وليس من قبل الشارع. بشكل عام، فإن طبيعة المعاملات وتأثيراتها الخارجية وملحقاتها هي شيء تحدد مفاهيمها حسب العرف و مع مراعاته. تعتقد البعض بأن من أجل تحديد مقتضيات العقد، من الضروري الإشارة إلى قصد المشترك للطرفين. كما و قد إعتبر بعض آخر الإشارة إلى الشرع والعرف كمعيار.

٢-٣- إن شرط ضمان العامل في عقد المضاربة يخالف مع مقتضيات اطلاق العقد.

إذا نص الطرفان في عقدهما على أن الخسارة لا تؤثر على رأس المال -كما قال البعض- لم ينصوا على شرط مخالف للأثر الطبيعي و مقتضي العقد. بل التزموا بشرط لا يوافق مع اطلاق العقد، فقط و لا إشكال في هذا الشرط. كما جاء في جواهر الكلام: ((شرط ضمان المضارب لا ينافي كون الشيء أمانة، فإن كثيرا من الأمانات مضمونة كعارية الذهب و الفضة، و العارية المشترط فيها ذلك، و المقبوض بالسوم، و غير ذلك، بل ستسمع ضمان العامل في كثير من صور المضاربة، بل و كذا الكلام في اشتراط إلزام العامل حصة

من الخسارة، فإن جميع هذه الأمور من الاحكام، أو مما هو مقتضى إطلاق العقد، لا أنها من منافيات مقتضاه التي تعود عليه بالنقض[١٨])). فلذلك، في جميع الحالات التي يكون فيها الشرط مخالفًا مقتضي اطلاق العقد، و ليس مقتضي العقد بذاته، يكون الشرط صحيحاً.

٣-٣- يصح شرط ضمان المضارب إذا كان شرط فعل.

معظم الفقهاء الذين يقولون أن ضمان العامل غير صحيح يعتقدون أنه إذا كان شرط الضمان في شكل شرط الفعل، فهو صحيح (كما أشرنا إلى بعض آرائهم في مبحث؛ العامل أمين). أي، في حالة حدوث الضرر، على الرغم من أن الخسارة هي خسارة رأس المال -بما هي مضاربة- لكن يمكن أن يلتزم العامل بالتعويض.

ولأن شرط ضمان المضارب كشرط النتيجة، فإن صحة ذلك مردد فيها. لأن تحقق ضمان المضارب ليس سوى شرط للعقد، مثل شرط النتيجة، ولأن تحقق الضمان يتوقف على خلق سبب الضمان، مثل التعدي و التفريط أو ما شابه و اسباب الضمان مرقمة ومحسوبة حصرا، ولا يكون الإشتراط من أسبابها لذلك، لا يمكن اعتباره ضماناً للمضاربة بمجرد الإشتراط. من ناحية أخرى، لا يمكن اعتبار شرط ضمان المضاربة خاضعاً للأدلة العامة على لزوم الوفاء بالشرط. لأن الوفاء بالشرط يصدق إذا كان متعلق الشرط أداء فعل أو عمل. مع أن النتائج ليست هكذا يلزم المشروط عليه بأدائها. في المقابل و بمساعدة اصل عدم انحصار أسباب الضمان، من الممكن أن نعتبر ضمان العامل في حالة شرطه في العقد، و يكون الشرط المذكور صحيحاً. كما إعتبر بعض الفقهاء شرط ضمان المضارب و إنتقال الضرر إلى العامل؛ إذا كان عودة الشرط- بعد العثور على الضرر في ممتلكات المالك- في حالة شرط النتيجة أي ((لا بأس بالشرط (أي بالشرط الضمان) على وجه غير بعيد لوكان مرجعه إلى انتقال الخسارة إلى عهدته بعد حصولها في ملكه بنحو شرط النتيجه))[١٩].

٤- شرط الضمان في المصرفية الإسلامية

لابدّ من تشغيل أموال النّاس و إستثمار رؤوس الأموال المودعة في المصارف الإسلامية برعاية احكام الشرعية و حفظ مصالح المالكين و الناشطين في الإقتصاد الإسلامي. في أحد العقود المصرفية التي توجد لها الكثير من الاهتمام في جانب التخصيص و التجهيز للمصارف الإسلامية هو عقد المضاربة. ولأن العامل أمين، إذن ادعائه -بتدمير رأس المال

دون افراط و تفريط- مقبولة، على هذا الفرض لن يكون للعقد تبرير اقتصادي في العمليات المصرفية. و لهذا السبب، حاول العلماء و الخبراء على حفظ عقد المضاربة في العقود المصرفية. و من أجل حل هذه المشكلة لقد اقترحوا حلولاً مثل إدراج شرط الضمان في عقد خارجي لازم.

من ناحية، يقف المصرف الإسلامي أمام المودع (أي المستثمِر)، الذي يجب أن يضمن إيداعه و يجعل له طمأنينة من هذا الإستثمار، ومن ناحية أخرى، يواجه المقترض(أي المستثمَر و هو العامل في عقد المضاربة). هنا، يجب على المصرف الإسلامي، إثناء إنشاء الثقة و الحصول عليها للمستثمِرين و المجتمع، أن يقوم أيضاً على الدراية بالأحكام الفقهية للعقود و العمل بها. و أن يقوم المصرف الإسلامي بإعطاء التسهيلات و القروض المصرفية بالإشراف الكامل على المستثمرين الذين إستلموا رؤوس الأموال من المصرف، بأن يستثمروها في النّشاطات المفيدة والبنّاءة، وتشغيلها في مفاد العقود الموقّعة مع المصرف، ولا يصح مطلقاً أن يكتفي المصرف بأخذ الأرباح من طرق الشرعية، وتكون الأرباح من طريقها حلال. و هكذا يسار المجتمع من خلال العمل بأوامر الشارع إلى الإقتصاد الاسلامي الناجح.

إذا استشكل بأن صاحب رأس المال في المضاربة (المالك) يشترك مع المستثمر -وهو الطرف الآخر في المضاربة، أي الطرف المنتج- في نسبة الربح والخسارة، فيشتركان في الفائدة والضرر، في حين أنّ الأمر في المعاملات التي يجريها المصرف مع المستثمرين لا يكون بهذا الشكل، حيث يختص المقرض - وهو البنك والمودع - بالربح فقط، ويشترك مع البنك بالأرباح دون أن يشترك بنسبة معينة من الربح في جميع الحالات، بينما ينفرد العميل بالخسارة، وهذا المعنى خلاف ما يلحظ في عقد المضاربة. أي يقوم المصرف الإسلامي، بوصفه العامل المضارب، بضمان أموال المودعين، بحيث إذا ربحت المضاربة فلصاحب رأس المال والمودع حصة من الربح، وإذا خسرت تحمل المصرف الخسارة دون المودع.

فكذا يجاب عنه اولا؛ صحيحٌ بأن المودع لابد وأن يكون شريكا في الضرر والخسارة مع شريكه، وهو المصرف، و عليه أن يتحمل جزءً من الضرر فيما لو تضررت المشاريع التي قام بها المصرف، ولكن هذا المعنى يكون له واقعية فيما إذا تحمل المصرف ضرراً واقعاً، في حين أن المصارف و البنوك ترى أنها لا تتعرض للخسارة والضرر عادةً، لأن النشاطات

الإقتصادية لا تنحصر بمورد واحد أو موردين حتى يرد إحتمال الخسارة في أحديهما أو كليهما، بل أن نشاطاته متعددة وكثيرة فعلى فرض أنه تعرض للضرر في مورد أو موارد محدودة، فأن الموارد الأخرى تتكفل بجبران هذه الخسارة فتكون مجموع النشاطات الإقتصادية مربحة.

ثانياً؛ فلو إعتقد البعض بحرمة إستعمال هذا الشرط ولكن كانوا يحتالون على حرمة هذا الضمان، لأنهم كانوا يرون ضرورته والحاجة إليه، و يحتج أيضا بأن السلطات الرقابية والإشرافية تمنع تعريض أموال المودعين لخطر الخسارة. فيدعون إلى أن يكون هذا الضمان من المصرف قائم على التبرع و التطوع، لا على الشرط والاتفاق. فيستطيع المصرف أن يتعهد أخلاقياً (وليس بصورة الزام شرعي) بالضمان لرؤوس الأموال المودعة لديه، وجبران الضرر الوارد عليها، وبهذا الترتيب ينتفي موضوع إشتراك المودع، في الضرر و الخسارة. يعني أنّ المصرف يقول لصاحب المال: أنّنا شركاء في الرّبح والخسارة في جميع العمليات الاقتصادية، ولكن كن مطمئناً بأنّ الضرر هذا ليس له جانب عملي، فلا تخسر عملا[٢٠].

و المخلص أنّه لو قام البنك بتشغيل رؤوس الأموال على شكل استثمارات وعقود شرعية و إسلامية، فمضافاً الى أن ثروات الناس ورؤوس أموالهم سوف تستثمر بطريقة صحيحة و مشروعة، فيستفيدون منها و ينتفعون بها حيث يتم تفعيلها وإخراجها عن حد العطالة، و كذلك يتخلص البنك من الرِّبا، وينتفع برؤوس الأموال هذه منافع و يحصل على فوائد مشروعة، وكذلك يتصاعد مستوى الإنتاج الصناعي و الزراعي والحيواني في البلاد، و من جهة أخرى ستكون إستثمارات المصرف هذه باعثة على إيجاد فرص العمل و إبتكار مشاغل جديدة للعاطلين والقوى العاملة في البلاد.

النتيجه و الختام:

بسبب تهديد مخاطر الخسارة لرأس المال دائمًا و بسبب تحريم الربا في الإسلام، حاول أصحاب رأس المال استخدام طرق أخرى لضمان العقود الإقتصادية. أحد أهم هذه التضمينات هو شرط ضمان رأس المال الذي يفرض على العامل في عقد المضاربة. ليس للفقهاء رأي واحد حول هذه المسألة. كما تعتبر إحدى المجموعات أن شرط ضمان العامل

يتعارض مع اطلاق العقد فتعتبره جائزا و مسموحًا به، مجموعة أخرى من الفقهاء اعتبرت هذا الشرط مخالفاً مقتضي العقد بذاته و تنقسم هذه المجموعة إلى فئتين عامتين؛ يعتبر البعض منهم أن شرط الضمان يتعارض مع مقتضي العقد بحيث مخالفته مع قاعدة الإستئمان (عدم ضمان الأمين). و يرى البعض الآخر أن هذا الشرط هو سبب لتحويل طبيعة العقد إلى القرض الربوي، و من هذا الحيث يعدوه باطلاً. من خلال فحص الأدلة المقدمة في هذا الصدد، يمكن الوصول إلى الإستنتاجات التالية؛ اولاً: مع أن شرط ضمان العامل يجعل عقد المضاربة مشابهًا للقرض، لكن مع ذلك، فإنه يختلف عن الإقتراض. ففي عقد المضاربة، حتى مع وجود شرط الضمان، لا يتم نقل جميع آثار الملكية؛ لذلك، لا يمكن اعتباره دينًا(قرضاً). بالطبع، في كلا العقدين (المضاربة المضمونة و القرض الربوي) يكون رأس المال تحت تصرف العامل و هو يتحمل كل مخاطر رأس المال و يعطي أيضًا جزءًا من الربح لمالك رأس المال؛ ثانياً: إن أهم سبب لمعارضة شرط الضمان مع مقتضي المضاربة هو الروايات المتضمنة في هذا الصدد، و الحجج الأخرى لا تملك القوة اللازمة. و أعتبر بعض الفقهاء هذه الروايات على أنها تشير إلى شرط النتيجة و فضمان العامل بشكل شرط الفعل صحيح.

من الطرق المطروحة لضمان رأس المال و ضمان المضارب هي أن يجوز لأطراف المضاربة الإتفاق على ضمان رأس المال كالتزام مستقل(عقد خارج لازم). يجب أن يكون هذا الإلتزام و التضمين بشكل إلزامي. و لهذا السبب تستخدم بعض المصارف الإسلامية "عقد الصلح" في عقد المضاربة مع عملائها. التي تشمل على شرط التملك الحر(المجاني) لمقدار الخسارة أو الضرر. و ايضا يلزمون العملاء على أخذ ((التأمين)) لرأس المال و المخاطر للخسارة.

هوامش البحث

(١) . العامل أمين لا يضمن ما يتلف إلّا بتعدّ أو تفريط، حلّى، علامه، حسن بن يوسف بن مطهر الاسدى، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، ج٢، ص ٣٤٧.

(٢) . آية٩١سورة التوبة. قد تمسك بعض الفقهاء على قاعدة الإحسان لتبيين قاعدة الإستيمان، قائلين إن الأمين هو محسن دائماً، أي أنه في حوزته من أجل الخير لمالك العقار و صاحب رأس المال، و بالتالي، وفقاً للآية ﴿ما عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ ليس علي هؤلاء الناس أي ضمان. مع من أن بعض حالات اليد الأمانية هي من مصاديق لقاعدة الإحسان، ليكن لا يمكن اعتبار جميع حالات اليد الامانية أمثلة على هذه القاعدة، لأنه عند الاقتراض، يمتلك المستفيد خاصية أخرى لمصلحته الخاصة، وليس من أجل الخير. ولخدمة صاحب العقار و رأس المال، وفي قاعدة الإحسان؛ أن حكم الإحسان هو في حالة لا ينوي فيه الشخص كسب مكاسب شخصية.

(٣) . تُعرف هذه القاعدة بإسم قاعدة الإستيمان (عدم ضمان الأمين) المأخوذة من الأخبار الشهيرة "ليس علي الأمين الّا اليمين" وخبر "ليس علي المؤمن ضمان" و "ما علي الأمين الّا اليمين" وهذا يعني أنه لا شيء سوى القسم بالأمين. وتنص أحكام هذه القاعدة على أنه في حالة فقدان الممتلكات الموكلة إلى الأمين أو عدم اكتمالها أو عيبها، لا توجد مسؤولية أو ضمان بالأمين ويكفي له أن يؤدي اليمين لإلغاء أي مطالبة ضمان ضده. لدراسة هذه القاعدة، الرجوع إلى؛ المصطفوي، سيد محمد كاظم، القواعد، ص١٧ و ١٨.

(٤). من جملة القواعد الفقهية المشهورة التي تمسك بها الفقهاء في موارد الضمان هي قاعدة ((من أتلف مال الغير بلا إذن منه فهو له ضامن))؛ لدراسة هذه القاعدة، الرجوع إلى؛ البجنوردى، سيد حسن، القواعد الفقهية، ج٢، ص٢٥.

(٥) المؤمنون (المسلمون) عند شروطهم، لدراسة هذه القاعدة، الرجوع إلى؛ اليزدي، سيد مصطفي محقق داماد، القواعد الفقهية، ج٢، ص٣٩.

(٦) انّ النّاس مسلّطون على اموالهم، لدراسة هذه القاعدة، الرجوع إلى؛ نفس المصدر، ج٢، ص١١٦.

(٧) . العاملى، شهيد الأول، محمد بن مكى، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، كتاب المضاربة، ص١٤٥.

(٨) لأنّ العامل مع صحّة العقد و عدم ظهور ربح ودعي أمين، و مع ظهوره شريك، و مع التعدّي غاصب، و في تصرّفه وكيل، و مع فساد العقد أجير؛ العاملى، شهيد الثانى، زين الدين بن على، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، ج٤ ،ص٣٤٤.

(٩) . لو اشترطا فيها عدم الفسخ، فإن كان المقصود لزومها بحيث لا تنفسخ بفسخ أحدهما- بأن جعل ذلك كناية عن لزومها مع ذكر قرينة دالّة عليه- بطل الشرط دون أصل المضاربة علي الأقوي؛ الفاضل الموحدي اللنكراني، محمد، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، ص٣٤.

(١٠) تبطل المضاربة بموت كل من المالك و العامل؛ الموسوى الخوئى، سيد ابو القاسم، منهاج الصالحين، ج٢، ص١٢٩.

(١١) الّا إذا جعلا هذا الشرط في ضمن عقد خارج لازم كالبيع و الصلح و نحوهما؛ الإصفهانى، سيد ابوالحسن، وسيلة النجاة، ج٢، ص١٣٢.

(١٢) إذا اشترط المالك على العامل أن يكون الخسارة عليهما كالربح أو اشترط ضمانه لرأس المال ففي صحته وجهان أقواهما الأول لأنه ليس شرطا منافيا لمقتضى العقد كما قد يتخيل بل إنما هو مناف لإطلاقه إذ مقتضاه كون الخسارة على المالك و عدم ضمان العامل إلا مع التعدي أو التفريط؛ الطباطبايى اليزدي، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى فيما تعم به البلوى، ج٢، ص٦٤٦.

(١٣) الفاضل الموحدي اللنكراني، محمد، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، ص٣٨.

(١٤) الصدر، سيدمحمد باقر الشهيد، اقتصادنا، ص٥٧١.

(١٥) الفاضل الموحدي اللنكراني، محمد، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، ص٤١.

(١٦) نفس المصدر، ص٤٢.

(١٧) النائينى الغروي، ميرزا محمد حسين، منية الطالب في حاشية المكاسب، المقرر؛ الخوانسارى النجفي، موسى بن محمد، ج٢، ص١١١.

(١٨) النجفى، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج٢٦، ص٣٤٢.

(١٩) الموسوي الخميني، سيد روح الله، تحرير الوسيلة، الطبعة الاولي، ج١، ص٦١٢.

(٢٠) المكارم الشيرازي، ناصر، الربا و البنك الاسلامي بحوث فقهية، ص١٥٤.

قائمة المصادر و المراجع

إن خير مانبتدىء به القرآن الكريم

- الإصفهانى، سيد ابوالحسن، وسيلة النجاة، الشارح: الموسوي الگلپايگانى، سيد محمدرضا، الطبعة الأولى، مطبعة المهر، قم، ١٣٩٣ ه ق.
- البجنوردى، سيد حسن، القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، نشر الهادي، قم، ١٤١٩ ه ق.
- الحلّى، العلامه، حسن بن يوسف بن المطهر الاسدى، قواعد الأحكام في معرفة الحلال و الحرام، الطبعة الأولى، مكتب النشر الاسلامى لجامعه المدرسين الحوزه العلمية في قم، قم، ١٤١٣ ه ق.
- الصدر، سيد محمد باقر الشهيد، اقتصادنا، محقق/مصحح: ضياء، عبد الحكيم و ناجى، على اكبر و حسينى، سيد محمد و اكبرى، صابر، الطبعة الأولى، مكتب تبليغات الإسلامى، قم، ١٤١٧ ه ق.

- الطباطبايى اليزدي، سيد محمد كاظم، العروة الوثقى فيما تعم به البلوى، الطبعة الثانية، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، ١٤٠٩ ه ق.
- العاملى، شهيد الأول، محمد بن مكى، اللمعة الدمشقية في فقه الإمامية، الطبعة الأولى، دار التراث- الدار الإسلامية، بيروت، ١٤١٠ ه ق.
- العاملى، شهيد الثانى، زين الدين بن على، مسالك الأفهام إلى تنقيح شرائع الإسلام، الطبعة الأولى، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ١٤١٣ ه ق.
- الفاضل الموحدي اللنكراني، محمد، تفصيل الشريعة في شرح تحرير الوسيلة، مركز فقه الائمة الاطهار عليهم‌السلام، قم، ١٤٢١ ه ق.
- المصطفوي، سيد محمد كاظم، القواعد، النشر الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٤١٢ ه ق.
- المكارم الشيرازي، ناصر، الربا و البنك الإسلامي بحوث فقهية، اعداد و تنظيم؛ العليان‌نژادي، ابوالقاسم، مدرسة الامام على بن ابي طالب عليه‌السلام، قم، ١۴٢٢ ه ق.
- الموسوي الخميني، سيد روح الله، تحرير الوسيلة، الطبعة الأولى، مؤسسه مطبوعات دار العلم، قم، ١٤٠٩ ه ق.
- الموسوى الخوئى، سيد ابوالقاسم، منهاج الصالحين، الطبعة الثامنة والعشرون، المطبعة مدينة العلم، قم، ١٤١٠ ه ق.
- النائينى الغروي، ميرزا محمد حسين، منية الطالب في حاشية المكاسب، مقرر؛ الخوانسارى النجفي، موسى بن محمد، الطبعة الأولى، المكتبة المحمدية، طهران، ١٣٧٣ ه ق.
- النجفى، محمد حسن، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، محقق/مصحح: القوچانى، عباس و الآخوندى، على، الطبعة السابعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ه ق.
- اليزدي(محقق داماد)، سيد مصطفى، القواعد الفقهية، الطبعة الثانية عشرة، مركز نشر العلوم الإسلامية، طهران، ١٤٠٦ ه ق.
- الباريكلو، عليرضا، شرط ضمان رأس المال في الشريعة الإسلامية، سنة الأولى، العدد١، مجلة فقه و حقوق اسلامي، ايران، ١٤٣٢ ه ق.
- الصفار، محمد جواد، التحليل القانوني للمادة ٥٥٨ من القانون المدني حول شرط ضمان المضارب، العدد١٤، فصلية المفيد، ١٤١٩ ه ق.

- العلوي الرضوي، سيديحيي، شرط ضمان العامل في عقد المضاربة، سنة التاسعة، العدد٣٣، فصلية الإقتصاد الإسلامي، ايران، ١٤٣٠ هـ ق.
- برنامج جامع فقه اهل البيت عليهم السلام، مركز إبحاث الكمبيوتر للعلوم الإسلامية(نور)، قم، ١٤٣٥ هـ ق.
- برنامج مكتبة اهل البيت عليهم السلام والمعجم الفقهي، مركز المصطفي للدراسات الإسلامية، ١٤٣٩ هـ ق.