View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk
brought to you by CORE
provided by Journals Of University Of Gezira

ضوابط العمل بالمصلحة المرسلة عند الأصوليين بالتطبيق على ضمان المصرف الإسلامي لودائع الاستثمار بالمضاربة

د. أكرم علي محمد يوسف*

المستخلص

يهدف هذا البحث إلى بيان مدلول المصلحة المرسلة عند علماء الأصول، وحجيتها وشروط العمل بها، بالتطبيق على ضمان المصرف الإسلامي لودائع استثمار المضاربة، وتطرقت الدراسة في المبحث الأول لتعريف المصلحة و توصلت في أن المقصود من المصلحة عند الأصوليين ما كانت راجعة إلى قصد الشارع عز و جل دون قصد المكلفين، و أن المقصود بالمصلحة المرسلة كل مصلحة لم يدل على الأخذ بها أو إلغائها دليل بعينه، فهي التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها و لم يأتِ دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها و سميت بالمرسلة لأنها لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء، ثم تناولت الدراسة حجية المصالح المرسلة، و توصلت الدراسة إلى ترجيح الرأي الأول و هو للقائلين بحجيتها لما أوردوه من أدلة قوية و لما تعطيه نظرية المصالح المرسلة للشريعة الإسلامية من حيوية وصلاحية لكل زمان و مكان. كذلك تناولت الدراسة شروط العمل بالمصلحة المرسلة و خلصت إلى أن أهم شروط العمل بالمصلحة المرسلة تنحصر في ملاءمتها لمقاصد الشارع فلا تتعارض مع أصل أو دليل و أن تكون المصلحة معقولة المعنى و أن تكون مصلحة ضرورية أو حاجية و أن تكون المصلحة كلية و قطعية. و تطرقت الدراسة في المبحث الثاني لتعريف المضاربة في القانون السوداني و تعريفها لدى الهيئة العليا للرقابة الشرعية ببنك السودان. كذلك تناولت الدراسة مسألة ضمان المصرف الإسلامي لرأسمال المضاربة و القاعدة العامة و المقترحات التي وضعت من جانب منظري المصارف الإسلامية لتطوير مسألة الضمان و جعل المصرف ضامناً لكي يكون في وضع يؤهله لمنافسة المصارف الربوية كفكرة تبرع المصرف بالضمان و فكرة الأجير المشترك و خلصت إلى تقرير عدم شرعية القول بضمان المصرف الإسلامي لودائع المستثمرين في عقد المضاربة المصرفي.

* أستاذ مشارك بكلية الشريعة و القانون ، جامعة سنار و المحامي و الموثق ؛ البريد الالكتروني: dr.akrumyosuf@yahoo.com

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة:

تعد نظرية المصلحة المرسلة من أوسع مصادر التشريع الإسلامي في الاجتهاد عند علماء أصول الفقه القائلين بها كأحد الوسائل الشرعية لسد ما لم ينص الشارع عليه بعينه بالاعتبار أو بالإلغاء و لا نظير يقاس عليه و فيه مصلحة راجحة كما أن الأخذ بها يحقق للشريعة الإسلامية الحيوية و الصلاحية لكل زمان و مكان.

و الجدير بالذكر أن الاجتهاد الفقهي جله يقوم على نظرية المصلحة المرسلة ذلك أن غالبية النصوص التشريعية قد جاءت بصورة عامة مفسحة المجال لتطور الأحكام الشرعية حسب مصالح و أعراف العباد المتجددة و المتغيرة إلا أنه مع تطور المجتمع في العصر الحديث ، وظهور المعاملات المالية عبر شركات ومؤسسات مالية ، وتبلور فكرة المصارف الإسلامية في البلاد الإسلامية، كان لا بد من بلورة

وتطوير عقود صيغ التمويل الإسلامي لتتواءم مع مستجدات العصر و لتشارك في المعاملات المصرفية استناداً لنظرية المصلحة المرسلة بسبب تغير و تجدد الحوادث ومحدودية النصوص الشرعية و إيجاد صيغ جديدة تعمل كبديل للفائدة المصرفية التقليدية التي هي رباً محرماً في الديانات السماوية جميعاً.

و لقد برهن التطبيق المصرفي في القرن الأخير على الأهمية الخاصة للمضاربة الفقهية في التحول من التمويل الربوي إلى أساليب التمويل الأخرى المتفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية من جهة ، و التي تضمن الاستخدام الأمثل لمصادر التمويل و تحقق نوعاً من العلاقة العادلة بين أصحاب الأموال، ومستثمريها من جهة أخرى، و قد تهيأت المضاربة للقيام بدورٍ خاصٍ في هذا التحول لطبيعتها الخاصة كنظام يجمع بين جهود أصحاب الخبرة و ثروة أصحاب الأموال لمصلحة الفريقين و المجتمع كله،

وتحتل المضاربة في نظام التمويل الإسلامي مكانة مماثلة للمكانة التي يحتلها القرض بالفائدة الربوية في نظام التمويل التقليدي، بل تتفوق عليها لتيسيرها التقاء الجهود المشتركة لأرباب الأموال و أصحاب الخبرة في مجال الاستثمار, فهي تعتمد على إزكاء روح التعاون في استثمار أموال المسلمين لمصلحتهم و خيرهم في الدنيا و الآخرة[1].

كما أن عقد المضاربة الذي ظهر بالفقه الإسلامي كان موجوداً في النظم القانونية القديمة التي عملت العرب بها في الجاهلية قبل الإسلام و أقر الإسلام التعامل بها ، و كان العرب يتعاملون بها في تجارتهم في الشتاء و الصيف رغم وجود نظام الربا الذي يتضاعف فيه الدين بحلول الحول، فكانت المضاربة هي الأجدر على تحقيق الربح الوفير و إن كان بعض التجار يتعاملون بالربا للدخول في المضاربة مما يدل أن المضاربة هي الأساس في تنمية الأموال في ذلك العصر.

كذلك عرفت القوانين الغربية المضاربة " Commenda " في العصور الوسطى تأثراً بأحكام الفقه الإسلامي ، و تم تعريفها في تلك القوانين بأنها الاتفاق على دفع المال إلى الغير لاستثماره، و لا يختلف هذا التعريف عن نظيره بالفقه الإسلامي, و قد أمدت المضاربة بمفهومها الفقهي القوانين الغربية بحيوية بالغة في استثمار الأموال و تجميعها في ظروف

[1] محمد أحمد سراج ، الفقه الإسلامي بين النظرية و التطبيق، سعد سمك للنسخ و الطباعة 1991م كلية الحقوق جامعة الإسكندرية ، 205 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حاجة التجارة المتنامية إلى ذلك, و قد قامت المضاربة بهذا الدور نفسه في المجتمع الإسلامي و يسرت قيادته للنشاط التجاري العالمي. كما يجب أن نفهم الصلة بين المضاربة الفقهية و تجميع رؤوس الأموال في الشركات الضخمة أما التي قام بعضها باستعمار كثير من البلاد الإسلامية و قيادة الأنشطة التجارية و الصناعية في العالم كله, و لقد اعترف عدد من الباحثين الغربيين بالصلة بين معرفة الغرب بالمضاربة و بين نشأة المؤسسات المالية الضخمة في تلك البلاد[2].

ولذلك قال عنها الدكتور سامي وإذا كانت المضاربة قد استطاعت أن تكون الصورة الطيبة للتلاقي العادل المنظم بين من يملك المال و من يعمل فيه, فإن ذلك أكبر دليل على قدرة هذا النظام –إذا ما تولته يد الصياغة و التطوير- على العودة للوقوف من جديد كحصن الأمان أمام التنظيم الربوي المهذب في ظاهره، و الذي يحيط بعالمنا المضطرب في هذا العصر الحديث[3].

الدراسات السابقة:

هناك بعض الدراسات التي تناولت المصالح المرسلة و المضاربة الفقهية و المضاربة المصرفية الحديثة و لكنها لم توفها حقها من حيث الربط بين علم أصول الفقه الإسلامي و بين العمل المصرفي الإسلامي و هي دراسات مصرفية مالية و دراسات في الفقه المقارن تتعرض لفروع هذا البحث و إن كان ذلك من ناحية قانونية أو اقتصادية بحته, و لذلك عمد الباحث إلى الكتابة في هذا الموضوع لبيان مدى الصلة الوثيقة بين علم أصول الفقه و تطور هذه الصيغة حديثاً استناداً لنظرية المصلحة المرسلة ، و سوف يتناول الباحث ذلك في مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: المصلحة المرسلة عند الأصوليين

أولاً: مدلول المصلحة المرسلة:

المصلحة في اللغة: أورد ابن منظور: "والإصلاح: نقيض الإفساد، والمصلحة: الصَّلاح والمصلحة واحدة المصالح، والاستصلاح: نقيض الاستفساد، وأصلح الشيء بعد فساده أقامه[4] ،والصِّلاح بالكسر مصدر المصالحة، والإصلاح ضد الإفساد والمصلحة واحدة المصالح والاستصلاح ضد الاستفساد[5] ، ومما سبق يخلص الباحث إلى أن المقصود بالمصلحة هو ما كان فيه منفعة وخير؛ لأن المصلحة ضد المفسدة فالمصلحة هي كل منفعة أو خير أو فائدة ترجي من الشيء أو من فعله.

---

[2] المرجع السابق ،ص 248ومابعدها.

[3] سامي حمود ، تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، الطبعة الثالثة مكتبة دار التراث القاهرة 1411هـ/1991م ، 355.

[4] ابن منظور الأفريقي ، لسان العرب، دار صادر بيروت ، الأولى ، 517/2 .

[5] الرازي ، مختار الصحاح ، مكتبة لبنان ناشرون بيروت 1415هـ/1995م ، تحقيق: محمود خاطر, 154/1.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المصلحة في الاصطلاح:

1- تعريف الإمام الغزالي: عرفها بقوله: " نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[6].

2- تعريف الرازي: عرفها بقوله:" المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده من حفظ دينهم ونفوسهم وعقولهم ونسلهم وأموالهم طبق ترتيب معين فيما بينها"[7].

3- تعريف الآمدي: وتناول الآمدي تعريفها بقوله: "المقصود من شرع الحكم إما جلب مصلحة أو دفع مضرة أو مجموع الأمرين بالنسبة إلى العبد لتعالي الرب تعالى عن الضرر والانتفاع وربما كان ذلك مقصوداً للعبد لأنه ملائم له وموافق لنفسه"[8].

4- تعريف الخوارزمي: حيث أورد الشوكاني قول الخوارزمي: "والمراد بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق"[9].

5-تعريف ابن قدامة المقدسي: وقد ذكر أن: "المصلحة هي جلب المنفعة أو دفع المضرة"[10].

6-تعريف الشاطبي: عرفها بقوله:" وأعني بالمصالح ما يرجع إلى قيام حياة الإنسان وتمام عيشه ونيله ما تقتضيه أوصافه الشهوانية والعقلية على الإطلاق حتى يكون منعماً على الإطلاق "[11].

7-تعريف الطوفي: عرفها بقوله: "المصلحة هي السبب المؤدى إلى مقصود الشارع عبادةً أو عادةً"[12].

8- تعريف ابن عاشور: وقد عرفها حديثاً بأنها: "وصف للفعل الذي يحصل به الصلاح أي النفع دائماً أو غالباً للجمهور أو الآحاد"[13].

---

[6] الغزالي، المستصفى، دار الكتب العلمية بيروت 1413هـ الطبعة الأولى ، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي ، 174/1.

[7] الرازي، المحصول، جامعة الإمام محمد الرياض 1400هـ الأولى ، تحقيق : طه جابر العلواني ، 220/5 ومابعدها بتصرف.

[8] الآمدي، الأحكام، دار الكتاب العربي بيروت 1404هـ الأولى ، تحقيق:.سيد الجميلي ، 296/3.

[9] الشوكاني، إرشاد الفحول، دار الفكر بيروت 1412هـ/1992م الأولى ، تحقيق: محمد سعيد البدري ، 403/1 .

[10] ابن قدامة المقدسي، روضة الناظر، جامعة الإمام محمد الرياض 1399هـ الثانية ، تحقيق: محمد حسن هيتو ، 169/1

[11] الشاطبي ، الموافقات ، دار المعرفة بيروت ، تحقيق: عبد الله دراز , 25/2.

[12] الطوفي ، رسالة في المصلحة، الدار المصرية اللبنانية القاهرة الأولى ، تحقيق أحمد عبد الرحيم السائح ،25، نجم الدين الطوفي المتوفى سنة716هـ .

[13] إسماعيل الحسني، نظرية المقاصد عند الإمام ابن عاشور, المعهد العالمي للفكر الإسلامي سلسلة الرسائل الجامعية كتاب رقم 15 1416هـ/1996م , 235 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ومما سبق يستخلص الباحث أن المعنى اللغوي أوسع وأكبر من المعنى الاصطلاحي ذلك أن المصلحة في اللغة تعني ما كان ضد المفسدة مطلقاً بعكس المصلحة اصطلاحاً و هي المصلحة المقصودة عند علماء المسلمين و هي ما كانت راجعة إلى قصد الشارع عز وجل دون قصد المكلفين.

تعريف المرسلة لغة: "يقال جارية رُسُل إذا كانت صغيرة لا تختمر، والمُرسلة: قِلادة على الصدر، وقيل المرسلة القلادة فيها الخرز وغيرها[14]، وكذلك ما ورد في الحديث : "ولرسول (ρ) أجود بالخير من الريح المرسلة"[15] أي المطلقة من أي اعتبار.

تعريف المرسلة في الاصطلاح :أن يوكل أمر تقدير المصلحة إلى العقول البشرية، دون التقيد باعتبار الشارع أو عدم اعتباره لها، وقد يراد به- ألا يتقيد المجتهد في حكمه على ما يستجد من الأحداث المختلفة بالقياس على أصل منصوص عليه، وإن تقيد بالمصالح والأهداف التي رمى إليها الشارع[16]. فالمصلحة المرسلة هي كل مصلحة لم يرد في الشرع نص على اعتبارها بعينها أو نوعها، فهي إنما تدخل في عموم المصالح التي تتجلى في اجتلاب المنافع واجتناب المضار، تلك المصالح التي جاءت الشريعة الإسلامية لتحقيقها بوجه عام، و دلت نصوصها وأصولها على لزوم مراعاتها و النظر إليها، في تنظيم سائر نواحي الحياة، ولم يحدد الشارع لها أفراداً ولذلك سميت: مرسلة، أو مطلقة غير محددة[17].

ومما سبق يمكننا أن نستخلص أن المصالح المسكوت عنها أو المرسلة أو المطلقة هي كل مصلحة لم يدل على الأخذ بها أو إلغائها دليل بعينه، فهي التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها، وسميت مرسلة أو مطلقة لأنها لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء[18]، ذلك أن الشارع قد فوض أمرها لمحض الاجتهاد فيها وفق عقولنا وظروفنا المتبدلة ومصالحنا المتغيرة .

---

[14] ابن منظور، م س ، 285/11 .

[15] البخاري ، صحيح البخاري ، دار ابن كثير اليمامة بيروت 1407هـ/1987م الثالثة ، تحقيق: مصطفى ديب البغا ، 6/1.

[16] علي حسب الله ، أصول التشريع الإسلامي، دار المعارف 1396هـ/1976م الطبعة الخامسة ، 170.

[17] مصطفى أحمد الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، دار القلم دمشق 1418هـ/1998م الطبعة الأولى, 100/1.

[18] خلاف ، أصول الفقه ، دار القلم الطبعة الثامنة ، 84 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ثانياً: حجية المصالح المرسلة:

يتضح لنا من كتب علماء أصول الفقه الإسلامي في شأن حجية نظرية المصالح المرسلة وجود اتجاهين و ذلك كالتالي:

الاتجاه الأول: و هو يقول بحجية المصالح المرسلة وهم الجمهور من المالكية والحنابلة والحنفية والشافعية:

فالإمام مالك سماها بالمصالح المرسلة، وأبو حنيفة سماها بالاستحسان، والشافعي سماها بالقياس أو الاستدلال، وأحمد بن حنبل جعلها من باب القياس، وغير ذلك من التسميات الكثيرة المختلفة، بيد أن النتيجة واحدة وهي جواز بناء الأحكام الشرعية عليها[19].

استدل القائلون بحجية المصالح المرسلة بما يأتي:

1- ما روى أن رسول الله (ص) قال لمعاذ بن جبل حينما بعثه إلى اليمن: "كيف تقضى إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضى بكتاب الله. قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال:فبسنة رسول الله (ص) قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله؟ قال: أجتهد رأيي ولا آلو. أي لا أقصر في الاجتهاد. قال: فضرب رسول الله (ص) على صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى به رسول الله(ρ)"[20].

ووجه الاستدلال إباحة الاستدلال فيما لا نص فيه لمصلحة فض النزاعات و الخصومات بين المتقاضيين .

2- ما أُثر عن الصحابة من الأحكام التي كان أساسها المصالح المرسلة ومن ذلك جمع أبوبكر الصحف المتفرقة التي كتب فيها القرآن في مصحف واحد، واستخلاف أبي بكر لعمر بن الخطاب وترشيحه لولاية أمر الأمة من بعده، وإبقاء عمر الأراضي المفتوحة في أيدي أهلها وعدم توزيعها على الفاتحين وإنشائه الدواوين وترتيبها وتنظيمها بحيث تشمل كل مصالح الدولة، وأمر عثمان بكتابة المصاحف وتوزيعها على الأمصار وجمع الناس على مصحف واحد وحرق ما عداه ، والحكم بتوريث الزوجة التي طلقها زوجها ثلاثاً في مرض موته فراراً من أرثها ، والحكم بتضمين الصناع ، إلى غير ذلك من الأحكام التي بنوها على المصالح المرسلة[21].

3-لقد ثبت بالاستقراء أن الله تعالى إنما بعث الرسل عليهم الصلاة والسلام لتحقيق مصالح العباد، وأن الأحكام الشرعية إنما شرعت لتحقيق مصالح الناس بجلب النفع لهم ودفع الضرر عنهم، ومما لا شك فيه أن مصالح الناس تتجدد بتجدد الزمان والمكان، ولو اقتصرنا التشريع عند المصالح التي قام الدليل المعين على اعتبارها ولم نعتبر المصالح المتجددة، ولم نشرع لها الأحكام الملائمة المعاصرة، لضاع على الناس كثير من مصالحهم ووقع الناس في حرج ومشقة كما أدى ذلك إلى جمود الشريعة الإسلامية وعدم قدرتها في المسايرة مع تطورات حياة الإنسان، وغير ذلك مما هو مخالف تمام

---

[19] د. أحمد فرقان إشراف عبد المحمود بلال منير، رسالة دكتوراة في أصول الفقه بعنوان: المصالح المرسلة عند الإمام احمد بن حنبل وأثرها في فتاواه ، بجامعة أم درمان الإسلامية 1403هـ/2003م ،ص 152.

[20] البيهقي ، سنن البيقهي الكبرى ، مكتبة دار الباز مكة المكرمة 1414هـ/1994م ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا , 114/10.

[21] محمود محمد الطنطاوي ، أصول الفقه الإسلامي، مكتبة وهبه ، الطبعة الثالثة ، 1422هـ/2001م ، 301 وما بعدها.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المخالفة لما هو مقرر لهذه الشريعة من خلودها ومرونتها وملاءمتها لكل زمان ومكان. وحينئذ لابد من إصدار أحكام جديدة تتلاءم مع مقاصد الشريعة الإسلامية العامة وأهدافها الكلية حتى يتحقق خلود الشريعة وصلاحيتها الدائمة[22].

الاتجاه الثاني: وهم من يقولون بعدم حجية المصالح المرسلة ورفض بناء الأحكام استناداً عليها، فيضم كلاً من: ابن حزم الظاهري وذلك بسبب إنكاره للقياس وإبطال القول به[23]، وابن الحاجب بقوله: "المختار أنه غير معتبر مطلقاً" أورده الإسنوي[24]، والآمدي بقوله: "عدم اعتباره مطلقاً هو الحق الذي اتفق عليه الفقهاء"[25] و كذلك القاضي الباقلاني ،واستدلوا على ذلك بالآتي:

1-نقل إمام الحرمين الجويني احتجاج القاضي الباقلاني على عدم الأخذ بالمصالح المرسلة بأن قال "الكتاب والسنة متلقيان بالقبول والإجماع ملتحق بهما والقياس المستند إلى الإجماع هو الذي يعتمد حكماً وأصله متفق عليه، أما الاستدلال فقسم لا يشهد له أصل من الأصول الثلاثة وليس يدل لعينه دلالة أدلة العقول على مدلولاتها فانتفاء الدليل على العمل بالاستدلال دليل انتفاء العمل به".

وكذلك ما نقل عنه في موضع آخر: "لو قيل به لصارت الشريعة فوضى بين العقلاء يتجاذبون بظنونهم أطرافها من غير التفات إلى الشريعة ولزم تغيير الأحكام عند تبدل الأشخاص وتغيير الأوقات واختلاف البقاع عند تبدل المصالح[26]".

2-احتج الآمدى على عدم الأخذ بالمصالح المرسلة بقوله: "المصالح المرسلة مترددة بين ما عهد من الشارع اعتبارها وما عهد منه إلغائها، وليس إلحاقه بأحدهما أولى من الآخر، فامتنع الاحتجاج به دون شاهد بالاعتبار يعرف أنه من قبيل المعتبر دون الملغي"[27] و أتفق في ذلك مع من أجاب على ذلك بقوله: بأن اشتمال الوصف على مصلحة راجحة ومفسدة مرجوحة يجعل اعتباره أرجح من إلغائه، لأن الشارع قد اعتبر جنس المصلحة، وذلك يغلب على الظن اعتبار المناسب المرسل، فيجب العمل به، لأن العمل بالظن واجب"[28].

كما أن المصالح التي ألغاها الشارع قليلة بالنسبة للمصالح التي اعتبرها، فإذا وجدت مصلحة لم يقم دليل على اعتبارها ولا على إلغائها بذاتها وفيها فائدة تعود بالنفع على الناس، كان الظاهر إلحاقها بالأعم الأغلب دون القليل النادر[29].

3-ما ورد من إنكار الفقهاء للتعليل خاصة ما ورد عن الشافعي في إنكاره للاستحسان بقوله: "من استحسن فقد شرع"[30] فبعد التحقيق في ما قيل عن إنكار الشافعي للعمل بالاستحسان بوصفه أحد صور الأخذ بالمصلحة نجد أن ما أشيع من ذلك

---

[22] أحمد فرقان، م س، 154

[23] ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الحديث القاهرة 1404هـ الأولى ، 370/7

[24] البيضاوي ، نهاية السؤل في شرح منهاج الأصول ، عالم الكتب ، 386/4 .

[25] البيضاوي ، م س , 386/4، الآمدى ، م س , 315/3 .

[26] الغزالي ، المنخول، دار الفكر دمشق 1400هـ الطبعة الثانية ، تحقيق: محمد حسن هيتو ، 355/1 وما بعدها. الآمدى , م س , 168/4.

[27] الآمدى , م س , 168/4.

[28] الشيخ محمد أبو النور زهير ، أصول الفقه ، المكتبة الأزهرية للتراث 1425هـ/2004م ، 155 .

[29] أصول الفقه الإسلامي أحمد فراج حسين ود.رمضان السيد الشرنباصي، دار الجامعة الجديدة 2004م، 141 .

[30] الشاطبي، الآمدى، م س، 162/4، م س، 137/3، الرسالة ، الشافعي، القاهرة 1358هـ/1939م ، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، 504/1 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

ليس له وجود البتة بل إن الإمام الشافعي كان مقصوده بالاستحسان هو مطلق الحكم بالهوى وهو غير متحقق في مذهبه بل إن الإمام الشافعي قد أخذ بالاستحسان في كثير من فتاويه ومن أمثلة ذلك:" أنه قال: استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهماً واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام واستحسن ترك شئ للمكاتب من نجوم الكتابة" وقال في السارق " إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمني فقطعت القياس أن تقطع يمناه والاستحسان أن لا تقطع "[31].

ومن كل ما سبق فإن الباحث يستخلص ويقول بصحة ترجيح الاتجاه الأول وهم من يقولون بحجية المصالح المرسلة و ذلك لقوة الأدلة التي أوردوها.

ثالثاً::شروط العمل بالمصالح المرسلة:

اشترط الأصوليون عدة شروط لتشريع الأحكام استناداً لنظرية المصالح المرسلة و هي كالتالي:

1-الملاءمة لمقاصد الشرع بحيث لا تنافي أصلاً ولا دليلاً من دلائله [32] وهو ما ذكره الشاطبي ثم أضاف: "أن كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين وكان ملائماً لتصرفات الشرع ومأخوذاً معناه من أدلته فهو صحيح يبنى عليه ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعاً به، لأن الأدلة لا يلزم أن تدل على القطع بالحكم بانفرادها دون انضمام غيرها إليها كما تقدم، لأن ذلك كالمتعذر ويدخل تحت هذا ضرب الاستدلال المرسل الذي اعتمده مالك والشافعي فإنه وإن لم يشهد للفرع أصل معين فقد شهد له أصل كلي والأصل الكلي إذا كان قطعياً قد يساوي الأصل المعين وقد يربي عليه بحسب قوة الأصل المعين وضعفه، كما أنه قد يكون مرجوحاً في بعض المسائل حكم سائر الأصول المعينة المتعارضة في باب الترجيح ، وكذلك أصل الاستحسان على رأي مالك ينبني على هذا الأصل لأن معناه يرجع إلى تقديم الاستدلال المرسل على القياس[33]" أي أن الضابط لتشريع حكم استناداً على المصلحة المرسلة أن تكون هذه المصلحة متفقة مع المصالح التي قصد الشارع تحصيلها بأن تكون من جنسها وليست غريبة عنها وإن لم يشهد لها دليل خاص بها [34]، بالإضافة إلى عدم تعارض هذه المصلحة مع دليل من الأدلة القطعية في دلالتها على المراد منها سواء أكان نصاً أم إجماعاً.

2-أن تكون معقولة المعنى: و هو ما ذكره الشاطبي بقوله: "إن عامة النظر فيها إنما هو فيما عقل منها وجرى على دون المناسبات المعقولة التي إذا عرضت على العقول تلقتها بالقبول فلا مدخل لها في التعبدات ولا ما جرى مجراها من الأمور الشرعية لأن عامة التعبدات لا يعقل لها معني على التفصيل كالوضوء والصلاة والقيام في زمان مخصوص دون غيره والحج ونحو ذلك"[35] ،أي أن تشريع الأحكام استناداً إلى المصلحة المرسلة إنما يكون نطاقه فقط في أمور العادات دون أمور التعبدات التي لا يجوز الاجتهاد أو تشريع الأحكام فيها استناداً إلى المصلحة المرسلة.

---

[31] الآمدى، م س، 162/4 وما بعدها .

[32] الشاطبي ، الاعتصام، المكتبة التجارية مصر ، 129/3 .

[33] الشاطبي، الموافقات، م س ، 39/1 وما بعدها .

[34] وهبة الزحيلي ، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي , مطبعة دار الكتاب 1398/1397هـ, 1978/1977م الطبعة الثالثة ، 349 .

[35] الشاطبي، الاعتصام، م س، 129/3 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

3- أن تكون المصلحة ضرورية كلية قطعية: وهو ما يشترطه البيضاوي والسبكي والغزالي بقولهم: "إن كانت المصلحة ضرورية قطعية كلية كتترس الكفار الصائلين بأسرى المسلمين اعتبر وإلا فلا"[36]. "وإن فات أحد هذه القيود الثلاثة لم تعتبر، والضرورية ما تكون في الضروريات الخمس أعني الدين والعقل والنفس والمال والنسل، والقطعية التي تجزم بحصول المصلحة فيها ، والكلية هي التي تكون موجبة لفائدة تعم جميع المسلمين ومثل ذلك بما إذا تترس الكفار حال التحام الحرب بأسرى المسلمين وقطعنا بأنا لو امتنعنا عن التترس لعدمونا واستولوا على ديارنا وقتلوا كافة المسلمين ولو رمينا الترس لقتلنا مسلماً من دون جريمة صدرت منه فيجوز والحالة هذه رميه" ؛ وهذا التفصيل مأخوذ من الغزالي رحمه الله[37].

والجدير بالذكر أن شرط الغزالي أن تكون المصلحة ضرورية، فقد يحصر نطاق العمل بالمصلحة المرسلة على مرتبة الضروريات دون سائر المراتب الأخرى "الحاجيات والتحسينات" و يصح هذا إذا اقتصرنا على أحد مؤلفاته "المستصفى" لكن هذا الظن يتبدد إذا رجعنا إلى سائر مؤلفاته، ولعل ما جاء في المستصفى كان بياناً لما هو موضع اتفاق بين الجميع، إذ يعمل بالمصلحة الضرورية عند جميع الفقهاء بلا استثناء، وذلك في ظننا راجع إلى قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، وما ضربه الغزالي مثلاً دليلٌ على ذلك فهو يضرب مثلاً بحالة تترس الكفار ببعض المسلمين، فنحن إزاء مصلحتين: الحفاظ على حياة المسلمين الذين تترس بهم الكفار، ثم الحفاظ على الدين بهزيمة هؤلاء الكفار ؛ وفي مراتب المصالح تتقدم المصلحة الأخيرة على المصلحة الأولى لأنها ضرورية وقطعية "أي حقيقية" وكلية "أي عامة"[38]، وكونها قطعية أي أنها من المصالح المحققة التي يقطع بحصولها إذا شرع من أجلها الحكم، فلو كانت غير مقطوع بحصولها بأن كانت متوهمة قد تحصل وقد لا تحصل فلا يجوز العمل بها[39] .

ومعنى هذا؛ أن يتحقق من بناء التشريع على هذه المصلحة المرسلة جلب مصلحة أو دفع مفسدة، وذلك مثل تسجيل العقود فإنه يقلل شهادة الزور، وتسعير السلع في وقت الأزمات فإنه يمنع من جشع بعض التجار ويرفع الحرج عن الناس[40] . وكونها كلية أي أنها عامة للناس وليست لمصلحة فردية أو طائفة معينة، لأن أحكام الشريعة موضوعة لتطبق على الناس جميعاً، فمثلاً تشريع الأحكام لصالح أمير أو رئيس أو لحاشيته لا يصح الأخذ به شرعاً، ومثله قتل مسلم تترس به الكفار في قلعة لا يصح تجويزه متى أمكن حصارهم ولا يخشى منهم التسلط على بلاد المسلمين[41].

---

[36] الإبهاج ، السبكي ، البيضاوي ، م س ، 385/4، دار الكتب العلمية بيروت 1404هـ الطبعة الأولى ، تحقيق جماعة من العلماء ، 177/3، المستصفي، الغزالي، م س ، 175/1 .

[37] السبكي ، م س ، 178/3 .

[38] على محمد جريشة ، المصلحة المرسلة محاولة لبسطها ونظرة فيها، مجلة الجامعة الإسلامية المدينة المنورة العدد 39 , 15.

[39] احمد فراج حسين ، رمضان السيد الشرنباصي، مرجع سابق ، 143وما بعدها .

[40] محمود محمد الطنطاوي ، مرجع سابق ، 305 .

[41] د. وهبة الزحيلي، م س ، 350 .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

4- أن يكون في الأخذ بها حفظ أمر ضروري ورفع حرج لازم في الدين، وهو ما ذكره الشاطبي بقوله: "ومرجعها إلى حفظ الضروري من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهي إذاً من الوسائل لا من المقاصد ورجوعها إلى رفع الحرج راجع إلى باب التخفيف لا إلى التشديد"[42] .

ومن كل ما ورد أعلاه نستخلص أن ضوابط العمل بالمصلحة الشرعية تنحصر في أن يكون مجالها العادات و هي المعاملات سواء بين الأفراد و الجماعات و الدول، و مثالها في عصرنا الحالي المعاملات المالية و التجارية و المعاهدات و الاتفاقيات بين الأفراد فيما بينهم و بين الدول فيما بينها، أو بين الأفراد و الدول و تحكمها قوانين خاصة حيث يمكن لهذه الدول تعديل أو تغيير هذه القوانين بما يحقق مصالحها و مصالح رعاياها, أما العبادات و هي القواعد و الطرق التي شرعها الله لتنظم علاقة الفرد بربه عز و جل فلا مجال لتشريع الأحكام فيها وفق نظرية المصالح المرسلة فتترك وفق ما شرعه الله؛ علاوة على أن الطاعة لله إنما تكون وفق ما شرع، و شروطها أن تكون المصلحة المرسلة ملائمة لمقاصد الشارع فلا تتعارض مع أصل أو دليل، و أن تكون معقولة المعنى، و أن تكون المصلحة ضرورية أو حاجية ؛ لأن الحاجة تنزل منزلة الضرورة و كلية و قطعية، و أن يكون الأخذ بها يحفظ الضروري والحاجي.

و من الأمثلة على الأخذ بالمصلحة المرسلة في العصر الحديث سن جميع القوانين لتحقيق أهداف (مصالح) معينة ،فيسن القانون و يضمن بنود و مواد توجه نشاط الأفراد نحو وجهة محددة، أو يحرم القانون أو يضع عقبات معينة ليصرف نشاط الأفراد عن نشاط معين كإصدار قوانين للاستثمار وللإعفاءات الجمركية لجذب رؤوس الأموال من خارج السودان لتحقيق التنمية بالبلاد و استيعاب العمالة المحلية. كذلك ، إصدار قوانين العمل بما يمنع رب العمل من الفصل التعسفي للعاملين معه بعقد عمل غير محدد المدة و تعويض العامل بما يساوي مرتب ستة أشهر إذا رفض رب العمل إرجاعه للعمل و غيرها كثير.

المبحث الثاني: ضمان المصرف الإسلامي لودائع استثمار المضاربة

عملت المصارف الإسلامية و منظورها على تطوير و بلورتها صيغة المضاربة لتتواءم وتتوافق مع الحاجات المتجددة للإنسانية كل ذلك و فق اجتهاداتهم بما لا يخالف الشريعة الإسلامية استناداً لنظرية المصالح المرسلة حتى لو خالفت هذه الاجتهادات الحديثة بعض الضوابط التي نص عليها الفقهاء في ذلك الزمان إذ أنه ليس في علم أصول الفقه أن من شروط العمل بالمصلحة المرسلة شرطاً يقضي بعدم مخالفة رأي الفقهاء السابقين، و إن اشترط عدم مخالفة النصوص القطعية في الشريعة الإسلامية، كما أن الفقه الإسلامي لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان و المكان و العادات.

ولقد عرف قانون المعاملات المدنية لسنة (1984) المضاربة بقوله: "هي عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح"[43].

---

[42] الاعتصام ، الشاطبي، م س ، 133/3 .

[43] المادة 266 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 السوداني .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

وعرفتها الهيئة العليا للرقابة الشرعية ببنك السودان بأنها: "هي شركة في الربح بمال من جانب رب المال, و عمل من جانب المضارب، و صفتها أن يدفع رب المال إلى العامل (المضارب) مالاً ليتجر فيه,

ويكون الربح مشتركاً بينهما بنسبة مشاعة حسب ما يشترطان، أما الخسارة فهي على رب المال وحده و لا يتحمل المضارب من الخسارة شيئاً إلا إذا تعدى أو قصر"[44].

و لعل مسألة الضمان في المضاربة المصرفية لدى المصارف الإسلامية تعتبر بحق من الأمور التي تم تطويرها لتتوافق مع دور المضاربة لتحقيق مصالح المتعاملين مع هذه المصارف ووضع هذه المعاملة وفق صيغة مقبولة شرعاً، ذلك أن المضارب كقاعدة عامة في المضاربة لا يضمن رأس المال حتى لو شرط عليه رب المال ذلك فالقاعدة في الفقه الإسلامي أنه لا ضمان عليه و إن كان هناك خلاف حول أثر هذا الشرط بين من يقول بفساد المضاربة كالمالكية و الشافعية و من يقول بصحة المضاربة و بطلان الشرط كالحنفية حيث أورد ذلك ابن رشد الحفيد بقوله: " ومنها إذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك لا يجوز القراض وهو فاسد وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة وأصحابه: القراض جائز والشرط باطل وعمدة مالك أن اشتراط الضمان زيادة غرر في القراض نفسه وأما أبو حنيفة فشبهه بالشرط الفاسد في البيع على رواية أن البيع جائز والشرط باطل[45]، كما أن ظروف الواقع المعاصر و الرغبة في أن تكون المصارف الإسلامية منافساً قوياً للبنوك الربوية قد دعا منظري المصارف الإسلامية إلى التفكير في إعادة النظر في أحكام الضمان في صيغة المضاربة ، نظراً لأن البنك الربوي إنما يضمن أصل المال و فوائده للمودعين لديه[46]، و تقرير ذلك الضمان دعا بعض العلماء إلى القول بأنها ليست مضاربة شرعية إذ المضارب باتفاق فقهاء المذاهب لا يضمن رأس المال إلا بالتعدي أو التفريط، مما يجعل هذه المعاملة تخرج عن أحكام المضاربة المعروفة في الفقه الإسلامي.

وقد تناول ذلك حمود بقوله: " تعتبر مسألة ضمان المضارب المشترك (المصرف الإسلامي) لما يُسلم إليه من أموال لغايات الاستثمار، من المسائل المهمة على الصعيد العملي، وذلك باعتبار أن هذه المسألة تشكل -في حقيقتها-عنصراً مهماً في إنجاح عمل المضارب المشترك – كوسيط مؤتمن في مجال الاستثمار المالي، بحيث لا يجد المتعامل مع المصرف الربوي نفسه في وضع أحسن حالاً من الوضع الذي يتحقق له في تعامله مع المصرف الإسلامي الذي يسير في استثمار الأموال على نظام المضاربة المشتركة[47].

فالمصرف الإسلامي لا يضمن عائداً ثابتاً لأحد، بل يعطي جزءاً من الربح يزيد في سنة و ينقص في أخرى، و يخضع لما تخضع له الاستثمارات عامةً من تقلبات و مفاجآت، فكيف إذا أعلن أنه لا يضمن إلا بتفريط أو عدوان، فإن هذا

---

[44] الرقابة الشرعية ،المراشد الفقهية، الهيئة العليا للجهاز المصرفي و المؤسسات المالية ، دار السداد 1327هـ/2006م ، 95.
[45] ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد، دار الفكر بيروت ، 179/2.
[46] محمد صلاح محمد الصاوي، مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية و كيف عالجها الإسلام، دار الوفاء المنصورة 1410هـ/1990م الأولى ، 580.
[47] سامي حمود، م س، 399.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مما يضر بمركزه التنافسي إلى حد بعيد و بذلك ربما انفض الناس من حوله, و لذا جاء القول بتضمين المصرف لما لديه من أموال المودعين، حتى لا يضعف المركز التنافسي للمصرف الإسلامي في مواجهة المصارف الربوية[48].

وقد حاول القائلون بذلك الضمان من علماء الاقتصاد الإسلامي و منظرو المصارف الإسلامية رد مسألة الضمان و تأصيلها بردها إلي فكرة تستند عليها في الفقه الإسلامي و في ذلك خرجها الصدر بقوله: "إن نرد مسألة ضمان المصرف اللاربوي للودائع المسلمة إليه لغايات الاستثمار، على أساس التبرع بالضمان من جانب البنك، لأنه ليس العامل في المال بل هو الوسيط بين أصحاب المال والعاملين فيه، على اعتبار أن (لا يجوز أن يضمن العامل رأس المال)، وبذلك يتوفر للمودعين العنصر الأول من عناصر الدافع الذي يدفعهم إلى الإيداع"[49] .

أما حمود فقد قال فيها:" إن المدخل الذي نراه سليماً من هذه الناحية، إنما يتمثل في النظر للمضارب المشترك على غرار ما نظر به أهل الفقه للأجير المشترك، فيما قرروه له من أحكام -على الخلاف في ذلك -مغايرة لما يطبق على الأجير الخاص، مع أن المقصود واحد في الحالين"[50]، و نستعرض فيما يلي آراء الفقهاء حول مسألة الأجير المشترك كالتالي:

قال الكاساني ، وهو من الحنفية: "وأما المستأجر فيه كثوب القصارة والصباغة والخياطة والمتاع المحمول في السفينة أو على الدابة أو على الجمال ونحو ذلك فالأجير لا يخلو أما إن كان مشتركاً أو خاصاً وهو المسمى أجير الواحد فإن كان مشتركاً فهو أمانة في قول أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو أحد قولي الشافعي (رأي لا يضمن) وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه إلا حرق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين, و لقد روي أن عمر (رضي الله عنه) كان يضمن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس وهو المعني في المسألة وهو أن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود تخاف الخيانة منهم فلو علموا أنهم لا يضمنون لهلكت أموال الناس ؛ لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك"[51].

كذلك ذكره ابن رشد الحفيد وهو من المالكية بقوله: " و أما الذين اختلفوا في ضمانهم من غير تعدٍ إلا من جهة المصلحة فهم الصناع ولا خلاف عندهم أن الأجير ليس بضامن لما هلك عنده مما استؤجر عليه إلا أن يتعدى ، وأما تضمين الصناع ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم فإنهم اختلفوا في ذلك فقال مالك ، وابن أبي ليلى ، وأبو يوسف يضمنون ما هلك عندهم وقال أبو حنيفة لا يضمن من عمل بغير أجر ولا الخاص ويضمن المشترك ومن عمل بأجر وللشافعي قولان في المشترك والخاص عندهم هو الذي يعمل في منزل المستأجر وقيل هو الذي لم ينتصب للناس وهو مذهب مالك في الخاص وهو عنده غير ضامن وتحصيل مذهب مالك على هذا أن الصانع المشترك يضمن وسواء عمل بأجر أو بغير أجر وبتضمين الصناع قال علي وعمر وإن كان قد اختلف عن علي في ذلك وعمدة من لم ير الضمان عليهم أنه شبه الصانع بالمودع عنده والشريك والوكيل وأجير الغنم ومن ضمنه فلا دليل له إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة ، وأما من فرق

---

[48] محمد صلاح محمد الصاوي، مرجع سابق، 580 ومابعدها.
[49] محمد باقر الصدر البنك اللاربوي في الإسلام، 32ومابعدها.
[50] سامي حمود، مرجع سابق، 400.
[51] الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العربي بيروت 1982م الثانية ، 210/4.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بين أن يعملوا بأجر أو لا يعملوا بأجر فلأن العامل بغير أجر إنما قبض المعمول لمنفعة صاحبه فقط فأشبه المودع وإذا قبضها بأجر فالمنفعة لكليهما ، فغلبت منفعة القابض أصله القرض والعارية عند الشافعي وكذلك أيضاً من لم ينصب نفسه لم يكن في تضمينه سد ذريعة"[52].

كذلك ذكره الشاطبي وهو من المالكية بقوله: "إن الخلفاء الراشدين قضوا بتضمين الصناع، قال علي رضي الله عنه لا يصلح الناس إلا ذاك ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصّناع وهم يغيبون عن الأمتعة في غالب الأحوال والأغلب عليهم التفريط ، وترك الحفظ فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم لأفضى ذلك إلى أحد أمرين إما ترك الإستصناع بالكلية وذلك شاق على الخلق وإما أن يعملوا ولا يضمنوا ذلك بدعواهم الهلاك والضياع فتضيع الأموال ويقل الاحتراز وتتطرق الخيانة فكانت المصلحة التضمين ، هذا معنى قوله لا يصلح الناس إلا ذاك، ولا يقال إن هذا نوع من الفساد وهو تضمين البريء، إذ لعله ما أفسد ولا فرط فالتضمين مع ذلك كان نوعاً من الفساد، لأنا نقول إذا تقابلت المصلحة والمضرة فشأن العقلاء النظر إلى التفاوت ووقوع التلف من الصّناع من غير تسبب ولا تفريط بعيد والغالب فوت الأموال وأنها لا تستند إلى التلف السماوي بل ترجع إلى صنع العباد على المباشرة أو التفريط"[53].

و أورده الشيرازي وهو من الشافعية بقوله: "فإن كان الأجير مشتركاً وهو الذي يعمل له ولغيره كالقصار الذي يقصر لكل أحد والحمّال الذي يحمل لكل أحد ففيه قولان أحدهما يجب عليه الضمان لما روى الشعبي عن أنس (رضي الله عنه) قال استحملني رجل بضاعة فضاعت من بين متاعي فضمننيها عمر بن الخطاب (رضي الله عنه) وعن خلاس بن عمرو أن علياً رضي الله عنه كان يضمن الأجير وعن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي كرم الله وجهه أنه كان يضمن الصباغ و الصواغ وقال لا يصلح الناس إلا ذلك ولأنه قبض العين لمنفعته من غير استحقاق فضمنها كالمستعير، والثاني لا ضمان عليه وهو قول المزني وهو الصحيح . قال الربيع كان الشافعي رحمه الله يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ولكنه لا يفتي به لفساد الناس والدليل عليه أنه قبض العين لمنفعته ومنفعة المالك فلم يضمنه كالمضارب"[54] .

و أما ابن قدامة وهو من الحنابلة فأورد فيه: "الأجير على ضربين خاص ومشترك والمشترك: الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب وبناء حائط وحمل شيء إلى مكان معين أو على عمل في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها كالكحل والطيب ،و سمي مشتركاً لأنه يتقبل أعمالاً لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد ويعمل لهم فيشتركون في منفعته واستحقاقها فسمي مشتركاً لاشتراكهم في منفعته، فالأجير المشترك ضامن لما جنت يده فالحائك إذا أفسد حياكته ضامن لما أفسد. وقد نص أحمد على هذه المسألة في رواية ابن منصور والقصار ضامن لما يتخرق من دقه أو مده أو عصره أو بسطه والطباخ ضامن لما أفسد من طبيخه والخباز ضامن لما أفسد من خبزه والحمال يضمن ما يسقط من حمله عن رأسه أو تلف من عثرته والجمال يضمن ما تلف بقوده وسوقه وانقطاع حبله الذي شد به حمله والملاح يضمن ما تلف من يده أو جذفه أو ما يعالج به

---

[52] ابن رشد، م س، 175/2.
[53] الشاطبي ، الموافقات ، 119/3.
[54] الشيرازي ، المهذب، دار الفكر بيروت ، 408/1.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

السفينة، وروى ذلك عن عمر وعلي وعبد الله بن عتبة و شريح والحسن والحكم وهو قول أبي حنيفة ومالك وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر لا يضمن ما لم يتعد , و أن علي رضي الله عنه كان يضمن الصباغ و الصواغ و قال لا يصلح الناس إلا ذلك"[55]. و استناداً لتضمين الأجير المشترك عند الفقهاء يقول حمود(1991): وإذا كان انفراد الأجير المشترك بالعمل في الشيء الذي استؤجر عليه وترجيح جانب الهلاك نتيجة تفريطه المفترض، هما من العوامل التي دعت المالكية لاعتباره ضامناً، فإن المضارب المشترك لا يقل شبهاً في وضعه بالنسبة للمستثمرين، عن الأجير المشترك، حيث ينفرد المضارب المشترك بإدارة المال وإعطاءه مضاربة كيف يشاء ولمن يشاء، فلو لم يكن ضامناً لأدى به الحال – جرياً وراء الكسب السريع – إلى الإقدام على إعطاء المال للمضاربين المقامرين دون تحفظ أو مراجعة للموازين، مما يؤدي إلى إضاعة المال وفقدان الثقة العامة وما قد يترتب على ذلك من إحجام الناس عن دفع أموالهم للاستثمار، وهو الأمر الذي يعود على المجتمع كله – نتيجة لذلك الإحجام من التعامل مع المصرف الإسلامي – بالضرر والخسران[56]،" وإن تمكنا من بلورة السند الذي عرضناه بالنسبة للقول بضمان المضارب المشترك، على نظير ما هو مقرر بالنسبة لضمان الأجير المشترك، يساعد – ولا شك على تدعيم أركان المضاربة المشتركة بالمصارف الإسلامية باعتبارها نظاماً قادراً على الوقوف موقف الند للند أمام التنظيم المصرفي الربوي الحديث فيما يقدمه من مزايا للمودعين"[57].

ويذكر حمود صورة أخرى كأساس لضمان المصارف الإسلامية لرأس مال المضاربة وهي صورة دفع المضارب مال المضاربة لمضارب آخر استناداً لما ذكره ابن رشد في أحكام الطوارئ بقوله: "ولم يختلف هؤلاء المشاهير (أبو حنيفة و مالك و الشافعي و الليث) من فقهاء الأمصار أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسراناً وإن كان ربحاً فذلك على شرطه ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه فيوفيه حظه مما بقي من المال"[58].

و هنالك من يرى أن ما ذكره القائلون بضمان المصارف الإسلامية لرأس مال المضاربة لا تخرج عن كونها اجتهادات حاول أصحابها ربطها باجتهادات السابقين ، فالمضاربة لا تقوم أصلاً على سند نصي سواء في القرآن أو السنة، و إنما استمر العمل بها لعدم اعتراض الرسول (ص) عليها، و كانت تستعمل طبقاً لما عرف بين الناس من أحكام قبل البعثة، إلا فيما يخالف الإسلام من حيث المبادئ العامة في المعاملات ، و لذلك فإن الأحكام و الشروط التي أعطاها الفقه لهذه المعاملة جاءت سداً لمتطلبات الحياة و التعامل في كل مجتمع، فهي اجتهاد قابل للاجتهاد فيه، نظراً لتغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية, و الاجتهاد المناسب هو المطلوب من أجل تطبيق المضاربة من طرف البنوك الإسلامية، خاصة و أن عقدها يقوم على مبادئ و عقود مقبولة في الشريعة الإسلامية، و هي الأمانة و الوكالة والشركة، و الضمان و جلب المصالح, فالبنك عندما يتلقى الأموال من المودعين تكون يده عليها يد أمين, و عندما يستخدمها، فإما أن يكون مضارباً بها إذا عمل بها بنفسه،

---

[55] ابن قدامة ، المغني، دار الفكر بيروت 1405هـ الطبعة الأولى ، 305/5.
[56] سامي حمود، مرجع سابق، 402.
[57] سامي حمود، مرجع سابق، 405 ومابعدها.
[58] ابن رشد، مرجع سابق، 182/2.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

حيث يتصرف كوكيل عن أصحابها و هي وكالة بأجر يتمثل في نصيبه من الأرباح التي يصبح شريكاً فيها، أو أن يكون أجيراً إذا قدمها لغيره لاستغلالها، و يكون ضامناً إذا وقعت خسارة ما، بخطأ منه أو إهمال أو خروج عن شروط العقد، فإذا أضفنا إلى هذا كله أنها تحقق مصلحة الجميع مُمِولين و مُمَولين و بنوكاً، فهمنا ضرورة الخروج من القيود المعنوية التي تفرض التمسك باجتهادات قديمة تجاوزتها الظرفية الاقتصادية و الاجتماعية[59].

يتضح لنا أن غاية ماقاله حمود و من سانده الرأي لا يخرج عن القياس بتطبيق نظرية الأجير المشترك أو نظرية دفع المضارب لمال المضاربة لمضارب آخر دون إذن رب المال كأساس لضمان المصارف الإسلامية لرأس مال المضاربة المطّورة لديها و لما يحققه ذلك من مصالح مرسلة بجعل المصرف الإسلامي يتماهى مع المصرف الربوي على الأقل في مسألة ضمان رأس المال و إن كان لا يضمن العائد الثابت بعكس الأخير.

و هناك اتجاه آخر يتبناه الصاوي (1990): يقول بعدم شرعية ضمان المصرف الإسلامي لرأس مال المضاربة المطّورة حيث يرون أن قياس ضمان المصرف الإسلامي على مسألة ضمان الأجير المشترك لا تسعف القائلين بتضمين العامل (المصرف) في المضاربة و ذلك لما بين الصورتين من فوارق متعددة منها:[60]

1-أن العلة التي أوجبت الاستناد إلى المصلحة في القول بتضمين الأجير المشترك عند من قال بذلك هي الإهمال الذي يترتب عليه ضياع الحقوق، و هذه علة لا يمكن القول بها في أصول و طبيعة المصارف التي تقوم على الحرص و الدقة، و هو ما استقر عليه العمل المصرفي الذي يعتبر الثقة والسمعة الطيبة هي رأس ماله الحقيقي، فلا يتصور التضحية بهما بسهولة.

2- أن البنك غالباً ما يشارك بجزء من رأس ماله الخاص في عمليات الاستثمار المختلفة و حينئذ تجمعه مع فريق المودعين وحدة المصالح، فإهماله سوف ينعكس عليه و تفريطه سوف يشارك في تحمل عواقبه و هذا مما يضعف علة الإهمال التي يراد أن يُبنى الحكم بالتضمين على أساسها.

3-إذا كان الأمر في عملية الإجارة واسعاً، فإن الأمر في مجال المضاربة ليس كذلك، لأن القول بتضمين المصرف لما لديه من الودائع الاستثمارية يقترب بالمسألة من حافات الخطر، لأنه قد ينتقل بنا من دائرة القراض إلى دائرة القرض، و من نطاق الربح الحلال إلى نطاق الربا الحرام، كحال المصارف الربوية حيث تصبح الودائع في الحقيقة قروضاً وليست بودائع.

4- وإذا أضفنا إلى ما سبق أنه يشترط في القياس أن يثبت الحكم في الأصل بنص أو إجماع حتى يمكن تعديته إلى الفرع المقيس عرفنا اهتزاز الأمر من أساسه لأن تضمين الأجير المشترك لم يكن في يوم من الأيام موضع اتفاق بين الفقهاء فكيف يمكن قياس المضارب عليه ؟.

---

[59] عائشة الشرقاوي المالقي، البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق، المركز الثقافي العربي 2000م الأولى ، 326ومابعدها بتصرف .

[60] محمد صلاح محمد الصاوي، مرجع سابق، 591.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

كما أن قياس الضمان على المضارب الخاص استناداً إلى ما أورده ابن رشد الحفيد عندما يدفع المضارب الخاص أموال المضاربة إلى مضارب آخر بدون إذن رب المال، هو حالة لم يختلف أحد من الفقهاء فيها لتضمين المضارب لأنه يمثل حالة من حالات التعدي من قبل العامل المضارب سواء كان مصرفاً بمفهوم اليوم أو غيره[61].

أما القول بالضمان على أساس التبرع به من جانب البنك باعتباره أجنبياً عن العقد، لأنه يقوم فقط بدور الوسيط بين المودعين و المستثمرين و ليس بدور العامل في المال، فنقول إن هذا التخريج غير صحيح لأن البنك لم يخرج بذلك عن كونه مضارباً و عن كونه طرفاً أصيلاً في هذا العقد و ليس أجنبياً عنه، و هب أننا جعلناه وكيلاً عن جماعة المودعين .... ألا يكون ضمانه حينئذ لمصلحتهم، وتنصرف آثاره إليهم ؟ فمتى صح أن الوكيل يضمن لموكله شيئاً قد ائتمنه عليه وعهد إليه بمهمة الاتجار فيه؟ أو متى كان الوكيل – فيما وكل فيه - أجنبياً عن موكله؟[62].

ويخلص أصحاب هذا الاتجاه إلى أن البنك إما مضارب في المال و يكون حينئذ طرفاً أصيلاً في هذا العقد, و إما وكيل عن المودعين في إدارة أموالهم و استثمارها، فلا يصح القول بتضمينه بالاتفاق لأنه مؤتمن، و لم يختلف في عدم تضمينه كما اختلف في مسألة الأجير المشترك[63].

و من كل ما ورد أعلاه نتفق مع ما توصل له أصحاب الرأي الثاني القائل بعدم شرعية ضمان المصرف الإسلامي لودائع المستثمرين في عقد المضاربة المصرفي لعدة أسباب إضافة لما ذكر أصحاب الرأي الثاني منها:

1-صحة ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الإسلامية بقولهم بعدم تضمين العامل بالمضاربة إلا في حالة التعدي أو التقصير، و إن كان لا قدسية لأقوالهم لأنه ليس من شروط العمل بالمصالح المرسلة عدم مخالفة أقوال الفقهاء، و لكن ما وضعوه من شروط و ضوابط ومن أهمها قولهم بعدم ضمان العامل هو الأكثر تحقيقاً لمصلحة المصرف الإسلامي و المتعاملين معه.

2-إن القاعدة الذهبية التي تقوم عليها كل عقود الفقه الإسلامي هي الغنم بالغرم فلو قلنا بضمان المصرف لودائع الاستثمار بالمضاربة التي عمل بها المصرف وحدثت خسارة في رأس مال المضاربة لأي سبب كان ففي هذه الحالة و حسب رأي من يقول بضمان المصرف للودائع فإن المصرف الإسلامي سوف يخسر مرتين مرة يخسر الجهد الذي بذله من خلال عمله في المضاربة و مرة أخرى يخسر رأس المال و يجبر ما نقص منه لصالح المودعين دونما أي مشاركة من جانب المودعين ، و تلك الخسارة الكبيرة سوف تعيق المصرف الإسلامي في مسيرته، أما في حالة حدوث ربح بالمضاربة يكون المودعين مستحقين للربح مع المصرف ، ومن ثم يتبين لنا عدم صحة القول بضمان المصرف ، كما أن القول بالضمان لا يحقق ما يسمى التعادل في الأداءات بين المصرف و المودعين بل أن المودعين يكون لهم ما

---

[61] محمد صلاح محمد الصاوي، مرجع سابق، 592ومابعدها بتصرف.
[62] المرجع السابق، 592.
[63] محمد صلاح محمد الصاوي، مرجع سابق،592.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يسمى بشرط الأسد الرابح دائماً في حالة الربح و كذلك في حالة الخسارة و هو ما تأباه العدالة و الوجدان السليم، بل تأباه الشريعة الإسلامية في نصوصها و مقاصدها .

3-إن المصلحة التي يدعيها القائلون بتضمين المصرف الإسلامي هي مصلحة غير حقيقية لأنها لا تلائم مقاصد الشارع ، فهي تؤدى لظلم طرف المصرف المضارب بتحميله التزامات أكبر من الطرف الآخر (المودعين) كما أن الأخذ بها لا يحقق مصلحة ضرورية أو كلية أو قطعية، بل إن الأخذ بها يؤدي إلى إعاقة المصرف الإسلامي في مسيرته, كما أنها تعمل على زيادة الغني غنىً و زيادة الفقير فقراً أي أنها تشابه نفس العلة الموجودة في الربا المحرم بالنصوص القطعية، لذلك نقول بعدم صحة ضمان المصرف الإسلامي لودائع استثمار المضاربة المصرفية بل الصحيح أن يطبق المصرف شروط وضوابط الفقهاء فيما يتعلق بمسألة الضمان دون الخروج عليها .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

النتائج و التوصيات:

1- إن المقصود بالمصالح هو ما كان فيه منفعة وخير لأن المصلحة ضد المفسدة فالمصلحة هي كل منفعة أو فائدة ترجى من الشيء أو من فعله.

2-المصلحة المقصودة عند علماء أصول الفقه هي ما كانت راجعة إلى قصد الشارع ، دون قصد المكلفين، فالشارع عز وجل هو من يحدد المصالح من المفاسد ، باعتبار أن درء المفسدة عن المكلفين هو في حد ذاته مصلحة.

3-إن المصالح المرسلة أو المسكوت عنها أو المطلقة هي كل مصلحة لم يدل على الأخذ بها أو إلغائها دليل بعينه، فهي التي لم يشرع الشارع حكماً لتحقيقها ولم يدل دليل شرعي على اعتبارها أو إلغائها، وسميت مرسلة أو مطلقة لأنها لم تقيد بدليل اعتبار أو دليل إلغاء، لسكوت الشارع عنها.

4- صحة القول بحجية المصالح المرسلة والعمل بها، ومن أسباب اتفاقنا مع أصحاب القول بحجية المصالح المرسلة هو أن كثيراً من الأمور والوقائع مستجدة ومتغيرة والنصوص الشرعية محدودة فكان لابد من التحقق من توفر المصلحة المرسلة في الواقعة المستجدة حتى نحكم بشرعيتها أو عدمها، أما في ترك الأخذ بها فتضييق للشريعة الإسلامية مع عالميتها لقوله تعالي: "وما أرسلناك إلا رحمة للعالمين" (سورة الأنبياء الآية107.).

5- شروط العمل بالمصالح المرسلة تنحصر في:

أ- ملاءمة المصلحة المرسلة لمقاصد الشارع فلا تتعارض مع أصل أو دليل.

ب- أن تكون المصلحة المرسلة معقولة المعنى.

ث- أن تكون المصلحة ضرورية كلية قطعية.

ج- أن يكون الأخذ بها يحفظ الضروري والحاجي.

6- عرف قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 السودان المضاربة بقوله: هي عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال ، والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح، و عرفتها الهيئة العليا للرقابة الشرعية ببنك السودان بأنها: هي شركة في الربح بمال من جانب رب المال، و عمل من جانب المضارب، و صفتها أن يدفع رب المال إلى (المضارب) مالاً ليتجر فيه، و يكون الربح مشتركاً بينهما بنسبة مشاعة بحسب ما يتفقان، أما الخسارة فهي على رب المال وحده و لا يتحمل المضارب من الخسارة شيئا إلا بالتعدى أو التقصير.

7-عدم شرعية القول بضمان المصرف الإسلامي لودائع المستثمرين في عقد المضاربة المصرفي.

8-اعتماد ما ذهب إليه فقهاء المذاهب الإسلامية بقولهم بعدم تضمين العامل بالمضاربة إلا في حالة التعدي أو التقصير فذلك أكثر تحقيقاً لمصلحة المصرف الإسلامي و المودعين.

9- إنّ القول بضمان المصرف الإسلامي لودائع الاستثمار بالمضاربة يخالف قاعدة الغنم بالغرم و يؤدي لخسارة المصرف مما يعيقه في مسيرته و لن يستطيع الصمود، علاوة على أنه لا يحقق التعادل في الأداءات بين المصرف و المودعين.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بل إن المودعين يكون لهم ما يسمى بشرط الأسد الرابح دائماً في حالة الربح وكذلك في حالة الخسارة وهو ما تأباه العدالة و الوجدان السليم، بل تأباه الشريعة الإسلامية في نصوصها ومقاصدها.

10- إنّ القول بضمان المصرف الإسلامي لودائع الاستثمار بالمضاربة لا يحقق مصلحة ضرورية أو كلية أو قطعية بل على العكس إنّ العمل بذلك سوف يؤدي لزيادة الغني غنىً و زيادة الفقير فقراً أي أنها تطابق نفس العلة الموجودة في الربا المحرم بالنصوص القطعية.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

المصادر و المراجع:

1. القرآن الكريم
2. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق ، **المهذب**، دار الفكر بيروت.
3. إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الغرناطي الشهير بالشاطبي ، **الموافقات**، دار المعرفة بيروت، تحقيق: د. عبد الله دراز .
4. ابن حزم الأندلسي أبو محمد علي بن أحمد ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، دار الحديث القاهرة 1404هـ الأولى.
5. ابن قدامة المقدسي أبو محمد عبد الله بن أحمد ، **المغني**، دار الفكر بيروت 1405هـ الأولى.
6. أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني علاء الدين ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، دار الكتب العربي بيروت 1982م الثانية.
7. أحمد فرج حسين ود.رمضان السيد الشرنباصي، **أصول الفقه الإسلامي**، دار الجامعة الجديدة، 2004م.
8. أحمد فرقان (طالب) إشراف د.عبد المحمود بلال منير،، رسالة دكتوراة في أصول الفقه بعنوان: المصالح المرسلة عند الإمام احمد بن حنبل وأثرها في فتاواه ، بجامعة أم درمان الإسلامية 1403هـ/2003م
9. إسماعيل الحسني ،**نظرية المقاصد عند الإمام ابن عاشور**، المعهد العالمي للفكر الإسلامي سلسلة الرسائل الجامعية كتاب رقم 15 1416هـ/1996م .
10. الإسنوي الإمام جمال الدين عبد الرحيم ، **نهاية السؤل شرح منهاج الوصول**، دار الكتب العلمية –بيروت–لبنان الطبعة الأولى 1420هـ-1999م .
11. الإمام أبي حامد محمد بن محمد بن محمد الغزالي ، **المنخول**، دار الفكر دمشق 1400هـ الثانية، تحقيق: د.محمد حسن هيتو.
12. الآمدي أبو الحسن علي بن محمد ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، دار الكتاب العربي بيروت 1404هـ الأولى ، تحقيق: د.سيد الجميلي.
13. البخاري محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة ، أبو عبد الله ، **صحيح البخاري** ، دار ابن كثير اليمامة بيروت 1407هـ/1987م الثالثة ، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا .
14. بن قدامة المقدسي أبو محمد عبد الله بن أحمد ، **روضة الناظر**، جامعة الإمام محمد الرياض 1399هـ الثانية ، تحقيق: د. محمد حسن هيتو.
15. البيهقي أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر ، **سنن البيهقي الكبرى** ، مكتبة دار الباز مكة المكرمة 1414هـ/1994م ، تحقيق: محمد عبد القادر عطا.
16. الرازي محمد بن أبي بكر بن عبد القادر ، **مختار الصحاح** ، مكتبة لبنان ناشرون بيروت 1415هـ/1995م ، تحقيق: محمود خاطر.
17. الرازي محمد بن عمر بن الحسين ، **المحصول** ، جامعة الإمام محمد الرياض 1400هـ الأولى، تحقيق : طه جابر العلواني.
18. سامي حمود ، **تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية**، الطبعة الثالثة مكتبة دار التراث القاهرة 1411هـ/1991م .
19. السبكي علي بن عبد الكافي ، **الإبهاج** ، دار الكتب العلمية بيروت 1404هـ الأولى، تحقيق جماعة من العلماء.
20. سليمان بن عبد القوي الطوفي ، **رسالة الطوفي في المصلحة**، الدار المصرية اللبنانية القاهرة الأولى ، تحقيق د.أحمد عبد الرحيم السائح.
21. الشاطبي أبو إسحاق ، **الاعتصام**، المكتبة التجارية مصر.
22. الشافعي محمد بن إدريس ، **الرسالة** ، القاهرة 1358هـ/1939م ، تحقيق: أحمد محمد شاكر.
23. الشوكاني محمد بن علي بن محمد ، **إرشاد الفحول**، دار الفكر بيروت 1412هـ/1992م الأولى ، تحقيق: محمد سعيد البدري.
24. الشيخ محمد أبو النور زهير ، **أصول الفقه** ، المكتبة الأزهرية للتراث 1425هـ/2004م.
25. الصاوي محمد صلاح محمد ، **مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية و كيف عالجها الإسلام**، دار الوفاء، المنصورة الأولى 1410ه/1990م .

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

26. الطنطاوي محمود محمد ، **أصول الفقه الإسلامي**، مكتبة وهبه ، الطبعة الثالثة، 1422هـ/2001م .
27. عائشة الشرقاوي المالقي، **البنوك الإسلامية التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق**، المركز الثقافي العربي الأولى2000م .
28. عبد الوهاب خلاف ، **أصول الفقه** ، دار القلم الطبعة الثامنة.
29. على محمد جريشة ، **المصلحة المرسلة محاولة لبسطها ونظرة فيها**، مجلة الجامعة الإسلامية المدينة المنورة العدد 39 .
30. علي حسب الله ، **أصول التشريع الإسلامي**، دار المعارف 1396هـ/1976م الطبعة الخامسة.
31. الغزالي أبو حامد محمد بن محمد ، **المستصفى**، دار الكتب العلمية بيروت 1413هـ الأولى ، تحقيق: د. محمد عبد السلام عبد الشافي.
32. قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 السوداني.
33. القرطبي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد الشهير بابن رشد الحفيد ، **بداية المجتهد و نهاية المقتصد**، دار الفكر بيروت.
34. محمد أحمد سراج ، **الفقه الإسلامي بين النظرية و التطبيق**، سعد سمك للنسخ و الطباعة 1991م كلية الحقوق جامعة الإسكندرية.
35. محمد باقر الصدر ، **البنك اللاربوي في الإسلام**.
36. محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري ، **لسان العرب**، دار صادر بيروت ، الأولى .
37. المراشد الفقهية، الهيئة العليا للرقابة الشرعية للجهاز المصرفي و المؤسسات المالية ، دار السداد ردمك الأولى 1327هـ/2006م.
38. مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام** ، دار القلم دمشق الطبعة الأولى1418ه/1998م.
39. وهبة الزحيلي، **الوسيط في أصول الفقه الإسلامي**، مطبعة دار الكتاب 1398/1397ه، 1978/1977م الطبعة الثالثة.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com