

بحث محكم

## مبدأ «تغير الأحكام بتغير الأحوال»

ومدى صحة بناء الحكم بضمان الودائع  
الاستثمارية في المصارف الإسلامية عليه

إعداد :  
أ.د. نزيه حماد

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله في كلية الشريعة بجامعة أم  
القرى (سابقاً)، الخبير والمستشار الشرعي للعديد من المؤسسات  
المالية الإسلامية (حالياً)



## ملخص البحث

بالنظر والتأمل في التطبيق المعاصر لعقدي المضاربة والوكالة بالاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية؛ نجد تغيراً كبيراً بين الصورة الحديثة المعقدة والصورة التقليدية القديمة.

والباحث لحظ وجود شبه قوي مؤثر بين أحوال المضاربين والوكلاء في الصورة المستحدثة، وأحوال الصناع والأجراء المشتركين وسماسة البيع الأقدمين.

ولكون الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان، والعوائد والأحوال، وتأسيساً على قاعدة المصالح، ورفعاً للحرز والمشقة، وتحقيقاً لمقاصد الشريعة في حفظ المال، فإن هذا الشبه ربما يقتضي صحة تخريج وبناء الحكم بتضمين المضاربين والوكلاء بالاستثمار في صورتهم المستجدة على القول بتضمين الصناع والأجراء المشتركين وسماسة البيع ضمان تهمة لا ضمان أصالة.

لهذا فقد توصل البحث إلى تضمين المضارب في المضاربة المستحدثة (في صورتها الجماعية المطورة كما تجربها المؤسسات المالية الإسلامية) ما تحت يده من رأس مالها ضمان تهمة لا ضمان عقد، وإن أقام المصرف البيئنة على أن الخسارة وقعت من غير تعديه ولا تغريبه فإن الضمان يرتفع عنه. ومستنده أمران:

انتفاء الوصف الموجب لاعتبار يده يد أمانة.

وجود شبه قوي بين أحوال المضاربين في وضعهم الحاضر وأحوال الصناع والأجراء والسماسة.

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، يتألف هذا البحث من تمهيد ومطلبين وخاتمة.

### التمهيد

قال الإمام ابن القيم: «إنَّ الفتوى تتغيَّر بتغيُّر الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله»<sup>(١)</sup>. وجاء في القواعد الفقهية: «لا يُنكَرُ تغيُّرُ الأحكام بتغيُّر الأزمان»<sup>(٢)</sup>. والمراد (بالأحكام) الأحكام الاجتهادية المبنية على النظر والاجتهاد، و(بتغير الأزمان) ليس مجرد مرور الأيام وتعاقب الدهور، بل تغيُّر الأعراف أو المصالح التي بُنيت عليها الأحكام، أو اختلاف الأحوال والظروف والملابسات، أو تطوُّر وسائل التنظيم الزمني، بحيث تصبح الأحكام التي تأسَّس في ظلها الاجتهاد السالف غير صالحة لتحقيق الغاية الشرعية من تطبيقها في الزمن اللاحق. فعند ذلك يجب أن تتغيَّر إلى الشكل الذي يتناسب مع الأوضاع المستجدة، ويحقق المقصد الشرعي من الحكم الأصلي<sup>(٣)</sup>.

(١) إعلام الموقعين عن رب العالمين ٤/٢٠٥.

(٢) ٣٩/م من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) انظر المدخل الفقهي العام للزرقا ٢/٩٥٧.

ومن صور تغيّرها: العدولُ ببعض المسائل عن حكم نظائرها إلى حكم آخر على خلافه نظراً لضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية، أو سداً للحاجة ورفعاً للخرج عندما يصير إطرادُ بعض القواعد أو الأقيسة مؤدياً لخرج أو جالباً لمفسدة، وذلك لأنّ المسائل التي يُقاسُ بعضها على بعض - وإن كانت من جنس واحد وقائمة على أسس مشتركة - قد تختلف نتائجها وآثارها عدلاً وجوراً، أو عُسراً ويُسراً، أو مصلحةً ومفسدةً باختلاف الأوضاع والظروف والأحوال والعوارض والملايسات<sup>(٤)</sup>.

قال ابن عابدين: "كثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان، لتغير عرف أهله، أو لحدوث ضرورة، أو لفساد أهل الزمان، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً للزم منه المشقة والضرر بالناس، وخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير، ودفع الضرر والفساد. ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نصّ عليه المجتهد في مواضع كثيرة بناها على ما كان في زمنه، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم لقال بما قالوا به أخذاً من قواعد مذهبه"<sup>(٥)</sup>.

وقال القرافي: "والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجَهْلٌ بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين"<sup>(٦)</sup>.

وقال العلامة ابن عاشور: "يتبع تغير الأحكام تغير الأصناف (...). وشريعة الإسلام عامة دائمة، وتغير الأحوال سنة إلهية في الخلق لا تختلف، فبقاء الأحكام مع تغير موجبها لا يخلو من أن يكون إقراراً لنقيض مقصود الشارع من تعليق

(٤) المرجع السابق ١/٩٠، ٩١.

(٥) مجموعة رسائل ابن عابدين ٢/١٢٥.

(٦) الضروق للقراي ١٧٧، ١٠.

ذلك الحكم بذلك الموجب، فيصيرُ أحدَ العَمَلين عبثاً، أو أن يكون مكابرةً في تغييرِ الموجب، وذلك ينافي المشاهدةَ القطعية أو الظنية في أحوال كثيرة، ويؤول ذلك على التقديرين إلى أن تكونَ الأحكامُ مقصودةً لذاتها لا تابعةً لموجباتها“<sup>(٧)</sup>. ثم قال: ”فأما المعاملات؛ فبحاجةٍ إلى اختلافٍ تفاريقها باختلاف الأحوال والعصور، فالحمْلُ فيها على حكم لا يتغير فيه حرج عظيمٌ على كثير من طبقات الأمة“<sup>(٨)</sup>.

وقال ابن القيم: ”إنَّ الشريعةَ مبناها وأساسها على الحِكمِ ومصالحِ العبادِ في المعاش والمعاد. وهي عدْلٌ كُلُّها، ورحمةٌ كُلُّها، ومصالِحُ كُلُّها، وحكمةٌ كُلُّها، فكلُّ مسألةٍ خرجت عن العدلِ إلى الجور، وعن الرحمةِ إلى ضدها، وعن المصلحةِ إلى المفسدة، وعن الحكمةِ إلى العبث، فليس من الشريعة، وإن أُدخلت فيها بالتأويل“<sup>(٩)</sup>.

وقال أيضاً: ”معرفة الناس أصل عظيم يحتاج إليه المفتي والحاكم، فإن لم يكن فقيهاً فيه، فقيهاً في الأمر والنهي، ثم يطبق أحدهما على الآخر، كأن ما يفسد أكثر مما يصلح، فإنه إذا لم يكن فقيهاً في الأمر، وله معرفة بالناس، تصور له الظالم بصورة المظلوم، وعكسه، والمحقُّ بصورة المَبطل، وعكسه، وراج عليه المكر والخداع والاحتيال.. وهو لجهله بالناس وأحوالهم وعوائدهم وعرفياتهم لا يميز هذا من هذا.

بل ينبغي له أن يكون فقيهاً في مكر الناس وخداعهم واحتيالهم وعوائدهم

(٧) مقاصد الشريعة الإسلامية لمحمد الطاهر ابن عاشور ص ٤٠١.

(٨) المرجع السابق ص ٤٠٤.

(٩) إعلام الموقعين عن رب العالمين ١٤/٣.

وعرفياتهم، فإنَّ الفتوى تتغير بتغير الزمان والمكان والعوائد والأحوال، وذلك كله من دين الله<sup>(١٠)</sup>.

وجاء في كتابه "الطرق الحكمية": "فالحاكم إذا لم يكن فقيه النفس في الإمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية والمقالية، كفقهاء في جزئيات وكليات الأحكام: أضاع حقوقاً كثيرةً على أصحابها، وحكّم بما يعلم الناس بطلانه، لا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله.

فها هنا نوعان من الفقه، لا بد للحاكم منهما، فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقع حكمه من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع<sup>(١١)</sup>.

وإننا لو أنعمنا النظر والتأمل في التطبيق المعاصر لعقدي المضاربة والوكالة بالاستثمار في المؤسسات المالية الإسلامية، لوجدنا تغيراً كبيراً وبنواً شاسعاً واختلافاً كبيراً بين هذين العقدين في صورتيهما التقليديتين البسيطتين اللتين كانتا عليهما في العصور التي خلت، حيث كان كل منهما يرم بين شخصين طبيعيين، وكان ربُّ المال فيهما يعمد إلى من يعرفه شخصياً، ويطمئن إلى خبرته ودرأيته بالاتجار بالأموال، ويثق بأمانته، فيدفع إليه ماله، ويأتمنه على الاتجار به على وجه القراض أو الوكالة بالاستثمار، وبين هذين العقدين في صورتيهما المعاصرتين المطورتين المعقدتين، حيث أصبح المضارب أو الوكيل كياناً قانونياً

(١٠) المرجع السابق ٤/٢٠٤، ٢٠٥.

(١١) الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم، ص ٤.

(شركة مساهمة) يتمتع بالشخصية الاعتبارية (الحكومية)، والذمة المالية المستقلة عن ذمم من يقوم بإدارة الأموال أو الاستثمار فيه من الموظفين والمديرين، وصار أرباب المال يدفعون أموالهم إلى مؤسسة تقوم باستثمار أموالهم بصورة جماعية، ويخضع الاستثمار فيها لأنظمة العمل المؤسسي، ويجري التعامل معها وفقاً لقواعد التعامل مع الأشخاص الحكيميين، دون أن يتسنى لأحد منهم أن يتصل بمن يدير الودائع الاستثمارية فيها، فيتعرف على شخصه وخبرته وعمله، حتى إذا ما اطمأن إليه ووثق به ائتمنه على ماله فدفعه إليه ليستثمره لحسابه. بالإضافة إلى وجود فروق ومباينات بين الصورتين فيما يتعلق بموجبات الأمانة والضمان لأيدي المضاربين والوكلاء بالاستثمار تتطلب إعادة النظر في الحكم على أيديهم في الواقع المعاصر بأنها يد أمانة، بعدما ظهرت دواع وموجبات تقتضي انقلابها إلى يد ضمان من نوع خاص، وهو ضمان التهمة.

وقد لاحظت بعد إعمال الفكر في حال هذين العقدين وأوصافهما في عمل المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة وجود شبه قوي مؤثر بين أحوال المضاربين والوكلاء في صورتهم المستحدثة وبين أحوال وأوصاف الصناع والأجراء المشتركين وسماسة البيع الأقدمين، الذين هم في الأصل أجراء، ويدهم على يد من يستأجرهم يد أمانة، غير أن حذاق الفقهاء ومحققهم حكموا بتغيرها إلى يد ضامنة من نوع خاص. وأن ذلك الشبه ربما يقتضي صحة تخريج وبناء الحكم بتضمين المضاربين والوكلاء بالاستثمار في صورتهم المستجدة على القول بتضمين الصناع والأجراء المشتركين وسماسة البيع ضمان تهمة لا ضمان أصالة، نظراً لتغير الظروف وتبدل الأحوال، وطروء جملة من العوارض والملابسات،

تأسيساً على قاعدة المصالح، ورفعاً للحرص والمشقة عن الناس، وتحقيقاً لمقاصد الشريعة في حفظ الأموال. من أجل ذلك اتجه الخاطر وانصرفت المهمة إلى إعداد هذا البحث، مستعيناً بالله سبحانه وسائلاً إياه الهداية إلى صواب القول وسديد النظر، فمنه وحده الاستمرار، وعليه التوكل والاعتماد، وهو حسبنا ونعم الوكيل.

## المطلب الأول

### التضمين الاستثنائي للأمناء

### وموجباته في النظر الفقهي

١- لقد قسم الفقهاء اليد المعنوية، التي تعني في اصطلاحهم الاستيلاء على الشيء بالحيازة<sup>(١٢)</sup>، إلى قسمين: يد ضمان، ويد أمانة. فأما يد الضمان: فهي يد الحائز للشيء بدون إذن مالكة (عدواناً) كالغاصب والسارق، أو بإذنه، ولكن بقصد تملكه، كالمقبض على سوم الشراء والملتقط بنية التملك<sup>(١٣)</sup>.

وحكم هذه اليد الضمان؛ أي غرم ما يتلف تحتها من أعيان مالية مطلقاً، أي كان

(١٢) المنتور في القواعد للزركشي ٣/٣٧٠.

(١٣) وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن يد المستعير يد ضمان، ووافقهم المالكية فيما يغاب عليه من الأعيان (وهي ما يمكن إخفاؤها كالحلي والثياب). كما ذهب الحنفية إلى أن يد المرتهن يد ضمان، وهي كذلك عند المالكية فيما يغاب عليه من الأحوال. (انظر الحاوي للماوردي ٨/١٩١، ٩/٢٥٤، ٢٥٥، الفروق للقرافي ٢/٢٠٧، المنتور في القواعد ٢/٣٢٣، ٣٣٢، ٣٣٩، القواعد لابن رجب ص ٦٠، مغني المحتاج ٢/٢٦٧، الإشراف لابن المنذر ١/٢٧١، بداية المجتهد ٢/٢٦٣، ميارة على التحفة ١/١٠٧، مختصر اختلاف العلماء للحكاوي ٤/٣٠٩، كشاف القناع ٤/١٩٦، م/٧٤١، ٧٣٢، من المجلة العدلية، م/١٠١٠ من مرشد الحيران.

سبب هلاكها أو ضياعها، وعلى صاحبها رد مثل التالف إن كان مثلياً، وقيمتها إن كان قيمياً<sup>(١٤)</sup>. جاء في ”شرح الحموي على الأشباه والنظائر“: ”الضمان عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثلياً، وقيمتها إن كان قيمياً“<sup>(١٥)</sup> أي الالتزام بذلك. وأما يد الأمانة: فهي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه - لا بقصد تملكه - لمصلحة تعود لمالكه (كالوديع والوكيل والأجير الخاص والولي والوصي على مال اليتيم)، أو مصلحة تعود للحائز (كالمستأجر والمستعير والمرتهن)، أو مصلحة مشتركة بينها (كالمضارب والشريك والمزارع والمساقى)<sup>(١٦)</sup>.

وقد جاء في (م/ ٧٦٢) من ”مجلة الأحكام العدلية“: الأمانة: هي الشيء الذي يوجد عند الأمين، سواء أكان أمانة بقصد الاستحفاظ كالوديعة، أم كان أمانةً ضمن عقد كالمأجور والمستعار، أم دخل بطريق الأمانة في يد شخص بدون عقد ولا قصد، كما لو ألفت الريح في دار أحد مال جاره، فحيث كان ذلك بدون عقد، فلا يكون وديعة، بل أمانة فقط“.

وحكم هذه اليد أنها لا تتحمل تبعة هلاك ما تحتها من أموال المؤتمنين ما لم تتعد أو تفرط في المحافظة عليها<sup>(١٧)</sup>. فإن وقع منها شيء من ذلك صارت ضامنة،

(١٤) انظر م/ ٤١٦، من مجلة الأحكام العدلية، المنشور للزركشي ٣٢٣/٢، المهذب ٣٦٦/١، القواعد لابن رجب ص ٥٩ وما بعدها، نيل الأوطار ٥/٢٩٧، ٢٩٩، ٣٢٣.

(١٥) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٢١١/٢.

(١٦) الحاوي للماوردي ٦٧١/٧، ٣٩٤/٨، ٢٥٣/٩، الإشراف لابن المنذر ٧١/١، ٢٣٥، ٢٧١، السيل الجرار ٢١٦/٣، المغني ٧/١٨٤، ٣٤٢، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣١٥/٢، القواعد لابن رجب ص ٥٩-٦٣، المنشور ٣٢٣/٢، القوانين الفقهية ص ٢٨٣، ٢٨٨، ٣٤١، الفروق ٢/٢٠٧، ٢٧/٤.

(١٧) بدائع الصنائع ٤/٢١٠، ٢١٧/٧، روضة الطالبين ٤/٩٦، ٣٢٥، ٢٢٦/٥، المغني ٩/٢٥٧، المهذب ١/٣٦٤، المنشور للزركشي ٣٣٣/٢، وانظر م/ ٢٩٩، ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٧، ٦١٠، ٨٠٣، ٨١٣، ٨١٤، من المجلة العدلية وم/ ٦٢٩، ٧٨٩، ٩٤٢٢، ٩٥٧، ٨٣٨ من مرشد الحيران وم/ ٧٠٤، ٧١٧، ١٠١٩، ١٢٦٥، ١٣٥٩، من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

ولزمها غرم بدل التالف لصالحه، المثل في المثليات، والقيمة في القيمات. وعلى ذلك نصت (م/ ٧٦٨) من «المجلة العدلية»: «الأمانة لا تكون مضمونة. يعني: إذا هلكت أو ضاعت بلا صنع الأمين ولا تقصير منه، فلا يلزمه الضمان».

٢- هذا هو حكمها الأصلي في النظر الفقهي الاجتهادي، إذ إنه لم يثبت في شيء من نصوص الكتاب والسنة ما ينهض حجةً على عدم تضمين الأمانة من غير جنائية أو تقصير<sup>(١٨)</sup>، ولهذا انحصر استدلال الفقهاء على أصل عدم تضمينهم في أمرين:

أحدهما: استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز الأمين، وذلك يقتضي عدم ضمانه، لأن ماله معصوم بعصمة الإسلام، فلا يلزم منه شيء إلا بحجة شرعية<sup>(١٩)</sup>.

والثاني: اعتبار ذلك الحائز نائباً عن المالك الذي ائتمنه في اليد والتصرف، وذلك يقتضي أن يكون هلاك العين أو ذهاب المال أو خسارته في يده في حكم

(١٨) أما ما روى الدارقطني والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا ضمان على مؤتمن» فهو غير ثابت. قال الحافظ ابن حجر: إسناده ضعيف. (التلخيص الحبير ٩٧/٣، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ١٩٠/٢، السنن الكبرى للبيهقي ٢٨٩/٦، السيل الجرار ٣٤٢/٣، نيل الأوطار ٢٩٦/٥). وأما ما روى ابن ماجه وابن حبان والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه» فقد قال الحافظ ابن حجر عن إسناده: «وفيه المثني بن الصباح، وهو متروك. وتابعه ابن ثبيبة فيما ذكره البيهقي». (التلخيص الحبير ٩٧/٣، السنن الكبرى للبيهقي ٢٨٩/٦، سنن ابن ماجه ٨٠٢/٢، الدراية للحافظ ابن حجر ١٨١/٢). وأما ما روى الدارقطني والبيهقي من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان» فقد ضعفه الدارقطني وقال: إنما يرون هذا من قول شريح. وقال الحافظ ابن حجر: في إسناده ضعيفان. (التلخيص الحبير ٩٧/٣، الدراية لابن حجر ١٨١/٢، السنن الكبرى للبيهقي ٢٨٩/٦، سنن الدارقطني ٤١/٣، نيل الأوطار ٢٩٦/٥، السيل الجرار ٣٤٢/٣، إثار الإنصاف لسبط ابن الجوزي ص ٤٦٢).

(١٩) السيل الجرار ٣/٢٠٠، ٣٤٢.

وقوع ذلك في يد مالكة، حيث إنه قبضه بإذنه ورضاه دون قصد تملكه منه، وذلك يستلزم عدم تضمينه من غير جناية ولا تفريط<sup>(٢٠)</sup>.

٣- ومع أن الفقهاء اختلفوا في بعض الأيدي، كيد المستعير والمرتمن، هل هي يد ضمان أم يد أمانة، فقد اتفقت كلمتهم على أن الأصل في يد الأجير والمضارب والوكيل بالاستثمار على أموال أربابها أنها يد أمانة، فلا تضمن هلاك أو ذهاب أو خسارة شيء منها من غير تعد منهم أو تفريط. واستثنى بعض حذاقهم ومحققهم بعضاً منهم في حالات خاصة، فحكموا بتضمينهم لموجبات شرعية تسوغ استثناءهم من عمومهم، وهذه الموجبات تعتبر في النظر الفقهي عللاً للحكم بانقلاب يد الأمانة إلى يد ضمان في حق سائر الأمانء، فإذا وجدت العلة وجد المعلول، وهو الضمان.

وبيان ذلك في الأمثلة الآتية:

### المثال الأول: (تضمين الصانع)

٤- الصُّنَاع في الاصطلاح الفقهي: هم الأجراء الذين ينتصبون لحرفة أو صناعة لعامة الناس، فيدفع الناس إليهم أمتعتهم، ويتعاقدون معهم على صنع شيء أو إصلاحه لهم منها في غيبتهم، كالحياط والطراز والصباغ والصواغ والقصار والخراز ونحوهم<sup>(٢١)</sup>.

والأصل في الصناعات أنهم مؤتمنون على ما بيدهم من متاع من استأجرهم، غير ضامنين لها باعتبارهم أجراء، وكون يد الأجير عموماً يد أمانة، فلا تضمن ما

(٢٠) بدائع الصناعات ٣٤/٦، شرح منتهى الإرادات ٣١٥/٢.

(٢١) البهجة شرح التحفة ٢٨٢/٢، ٢٨٣، ميارة على التحفة ١٩٥/٢، عدة البروق ص ٥٤٦، ٥٥٨، كشف القناع عن تضمين الصناعات ص ٧٣ وما بعدها، المعونة على مذهب عالم المدينة ١١١/٢، الذخيرة ٥٠٢/٥.

تحتها ما لم تتعد أو تفرط في المحافظة عليها<sup>(٢٢)</sup>.

٥- وذهب الإمام مالك وأصحابه إلى تضمينهم ما يتلف في أيديهم منها، إلا أن تقوم لهم بينة على أن تلفه وقع من غير صنعهم أو تسبيهم<sup>(٢٣)</sup>. قال القلشاني في «شرح الرسالة»: «والعموم يحتمل الخصوص، فخصص أهل العلم من ذلك الصناعات، وأخرجوهم عن حكم الأجراء في الائتمان، وضمنوهم نظراً واجتهاداً»<sup>(٢٤)</sup>.

وحكى القاضي عبدالوهاب والقاضي أبو الوليد ابن رشد إجماع الصحابة على تضمينهم<sup>(٢٥)</sup>، وروي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصَّبَاغَ والصَّوَاغَ. ويقول: لا يصلح الناس إلا ذلك<sup>(٢٦)</sup>. وروى ابن وهب عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كان يضمن الصُّنَاعَ الذين في الأسواق، وانتصبوا للناس ما دُفِعَ إليهم<sup>(٢٧)</sup>.

(٢٢) البيان والتحصيل ٣٣٥/١٥، التوضيح شرح جامع الأمهات ٢١٧/٧، المقدمات الممهديات ٢٤٣/٢، تبصرة الحكام ٢٢٧/٢، مسالك الدلالة على مسائل متن الرسالة ص ٢٤١.

(٢٣) المدونة ٣٨٨/٤، ٣٩١، ٣٩٤، التوضيح ٢١٧/٧، ٢٢١، المعونة ١١٠/٢، عقد الجواهر الثمينة ٨٥٣/٢، تبصرة الحكام ٢٢٧/٢، بداية المجتهد ٢٣٢/٢، الكافي لابن عبد البر ص ٣٧٦، الذخيرة ٥٠٢/٥، ٥٠٤، التفريع ١٨٩/٢، مسالك الدلالة ص ٢٤١، وخالفهم أشهب في سقوط الضمان عنهم إذا أقاموا البينة على أن التلف وقع من فعلهم أو تسبيهم، وذهب إلى تضمينهم مطلقاً. (كشف القناع ص ٧٥، المقدمات الممهديات ٢٤٤/٢، بداية المجتهد ٢٣٢/٢).

(٢٤) مسالك الدلالة ص ٢٤١.

(٢٥) المعونة ١١١/٢، الإشراف على نكت مسائل الخلاف ٦٦٥/٢، المقدمات الممهديات ٢٤٥/٢.

(٢٦) قال الحافظ ابن حجر: أخرجه الشافعي من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن علي، ومن طريق خلاص عن علي. قال البيهقي: وله طرق أخرى عن جابر الجعفي عن الشعبي عن علي رضي الله عنه، وهذه الطرق يقوي بعضها بعضاً. (الدرية في تخريج أحاديث الهداية ١٩٠/٢). وجاء في المحلى لابن حزم (٢٠٢/٨): «وصح من طريق ابن أبي شيبة عن علي أنه كان يضمن القَصَارَ والصَّوَاغَ. ويقول: لا يصلح الناس إلا ذلك». (وانظر المصنف لابن أبي شيبة ٦٠٣، ٦٠٠/١٠، السنن الكبرى للبيهقي ١٢٢/٦، التلخيص الحبير ٦١/٣، المحلى ٢٠٢/٨).

(٢٧) المدونة ٣٨٨/٤، وانظر المقدمات الممهديات ٢٤٥/٢، وقال الحافظ ابن حجر: «أخرجه عبدالرزاق بسند منقطع عنه». (التلخيص الحبير ٦١/٣) وانظر المصنف لعبدالرزاق ٣٧٦/١٠.

وقال يحيى بن سعيد: ما زال الخلفاء يضمنون الصناعات<sup>(٢٨)</sup>. قال ابن رشد: ”ولم يكن الخلفاء ليضمنوهم والصحابة متوافرون إلا بعد مشورتهم واجتماع رأيهم على ذلك“<sup>(٢٩)</sup>. وجاء في ”كفاية الطالب الرباني“: ”والصناعات ضامنون لما غابوا عليه. وبهذا قضى الخلفاء الأربعة، ولم ينكر عليهم أحد، فكان ذلك إجماعاً“<sup>(٣٠)</sup>. وروي عن شريح أنه كان يقضي بذلك<sup>(٣١)</sup>. وقال ابن وهب: ”وأخبرني رجال من أهل العلم عن عطاء بن يسار ويحيى بن سعيد وربيعة وابن شهاب وشريح مثله“<sup>(٣٢)</sup>. وقال الباجي: ”وضمانهم في الجملة مما أجمع عليه العلماء“<sup>(٣٣)</sup>. واستدلوا على تضمينهم:

#### (أولاً) بالمصلحة:

٦- المصلحة في الأصل تعني جلب منفعة أو دفع مضرّة<sup>(٣٤)</sup>. وفي الاصطلاح الفقهي عرفها القاضي ابن العربي بقوله: ”هي كل معنى قام به قانون الشريعة، وحصلت به المنفعة العامة في الخليقة“<sup>(٣٥)</sup>.

٧- وقد روى ابن وهب عن الإمام مالك أن موجب تضمين الصناعات مصلحة الناس<sup>(٣٦)</sup>. وقال صاحب ”بداية المجتهد“ في معرض كلامه عن تضمين الأجراء: ”الضمان عند الفقهاء على وجهين: بالتعدي، أو لمكان المصلحة وحفظ

(٢٨) المدونة ٣٨٨/٤، المقدمات الممهدة ٢٤٥/٢.

(٢٩) المقدمات الممهدة ٢٤٥/٢.

(٣٠) كفاية الطالب الرباني ٢٠١٨٣. وقال العدوي في حاشيته عليه: أي إجماعاً سكوتياً.

(٣١) الداربية لابن حجر ١٩٠/٢، المصنف لابن أبي شيبة ٦٠٠/١٠، المدونة ٣٨٨/٤.

(٣٢) المدونة ٣٨٨/٤.

(٣٣) المنتقى ٧١/٦.

(٣٤) شفاء العليل للغزالي ص ١٥٩.

(٣٥) القيس على الموطأ ٧٧٩/٢.

(٣٦) المدونة ٣٨٨/٤.

الأموال<sup>(٣٧)</sup>. ثم ذكر أن القول بتضمين الصانع ”لا دليل عليه إلا النظر إلى المصلحة وسد الذريعة“<sup>(٣٨)</sup>. أي إلى إتلاف الأموال.

(أ) قال الشاطبي: ”وجه المصلحة فيه: أن الناس في حاجة إلى الصانع، وهم يغيثون على الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفریط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ميسر الحاجة إلى استعمالهم، لأفضى ذلك إلى أحد أمرين:

- إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق.

- وإما أن يعملوا ولا يضمنوا عند دعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة في التضمين. وهذا معنى قول علي: لا يصلح الناس إلا ذلك<sup>(٣٩)</sup>.

(ب) وقال القاضي أبو الوليد ابن رشد (الجد): ”وضمنوهم - أي الصنّاع - نظراً واجتهاداً، لضرورة الناس إلى استعمالهم. فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يُضمّنون، ويصدّقون فيما يدعون من التلف، لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، واجترؤوا على أكلها، فكان ذلك ذريعةً إلى إتلاف الأموال وإهلاكها، وللحق أرباب السلع في ذلك ضررٌ شديد“<sup>(٤٠)</sup>.

ولا يخفى أن سدّ الذريعة إلى إتلاف الأموال نوع من العمل بالمصلحة، وإفراده

(٣٧) بداية المجتهد ٢/٢٣١.

(٣٨) بداية المجتهد ٢/٢٣٢.

(٣٩) الاعتصام ٣/١٩.

(٤٠) المقدمات الممهّدة ٢/٢٤٣، ونحو ذلك جاء في كلام القاضي عبدالوهاب البغدادي في المعونة

(١١١١/٢) والإشراف (٢/٦٦٥) والونشريسي في عدة البروق ص ٥٥٨.

باسم خاص إنما كان لأجل التمييز بين أنواعها<sup>(٤١)</sup>.

٨- فإن اعترض على قولهم بتضمين الصنّاع للمصلحة بأنهم إنما راعوا مصلحة الزبائن المتعاملين مع الصنّاع، ولم يراعوا الفساد الذي قد يلحق بالصنّاع إذا كانوا أبرياء... فقد أجابوا عليه بأن المتعاملين مع الصنّاع أعداد غفيرة لا تحصى من الناس، فكانت مصلحتهم من قبيل المصلحة العامة، بينما مصلحة فئة الصنّاع المتضمنين للعمل في الأسواق تعدُّ في مقابلتها من قبيل المصلحة الخاصة، و"اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكمل من اعتناؤه بالمصالح الخاصة"<sup>(٤٢)</sup>، ولهذا رجحت عليها<sup>(٤٣)</sup>. يؤكد ذلك ما جاء في القواعد الفقهية أن "المصالح العامة مقدمة على المصالح الخاصة"<sup>(٤٤)</sup>. أي عند تعارضهما. وأن "المصلحة العامة كالضرورة الخاصة"<sup>(٤٥)</sup>. أي في إباحة المحظور.

قال ابن ناجي التنوخي في شرحه على "الرسالة": "فغلبوا رعي المصلحة العامة، وهي الضمان، على رعي المصلحة الخاصة، وهي سقوط الضمان، كما روعي ذلك في تلقي الركبان وغيره"<sup>(٤٦)</sup>.

وقال الشاطبي: "ولا يُقال: إنَّ هذا نوع من الفساد، وهو تضمين البرئ، إذ لعله ما أفسد ولا فرط، فالتضمين مع ذلك كان نوعاً من الفساد. لأننا نقول: إذا تقابلت المصلحة والمضرة فشأن العقلاء النظر إلى التفاوت، ووقوع التلف

(٤١) تعليل الأحكام للدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٣٨٢.

(٤٢) القواعد الكبرى للعز بن عبدالسلام ١٥٨/٢.

(٤٣) التوضيح شرح جامع الأمهات ٢١٨/٧.

(٤٤) الموافقات للشاطبي ٣٥٠/٢، ٣٧٦.

(٤٥) القواعد الكبرى ٣١٤/٢.

(٤٦) شرح الرسالة لقاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي ١٥٣/٢.

من الصنّاع من غير تسبب ولا تفريط بعيد، والغالب عند فوات الأموال أنها لا تستند إلى التلف السماوي، بل ترجع إلى صنع الفساد على وجه المباشرة أو التفريط. وفي الحديث ”لا ضرر ولا ضرار“، وتشهد له الأصول من حيث الجملة، فإن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يبيع حاضر لباد. وقال: دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض. وقال: لا تلقوا الركبان بالبيع حتى يُهبط بالسلع إلى الأسواق. وهو من باب ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، فتضمن الصنّاع من ذلك القبيل“<sup>(٤٧)</sup>.

٩- وقد عد ابن فرحون القضاء بتضمن الصنّاع من باب السياسة الشرعية<sup>(٤٨)</sup>، حيث إنه عرفها بأنها ”السياسة العادلة التي تخرج الحق من الظالم، وتدفع كثيراً من المظالم، وتردع أهل الفساد، ويتوصل بها المقاصد الشرعية“<sup>(٤٩)</sup>. وقال ابن عقيل: ”هي ما كان فعلاً يكون معه الناس أقرب إلى الصلاح وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم ولا نزل به وحي“<sup>(٥٠)</sup>.

ولا يخفى أن ”السياسة الشرعية“ هي نوع من العمل بالمصلحة، ونظراً إلى الصلة الوثيقة بينهما فإن الأمثلة على أحدهما تصلح غالباً أمثلة على الآخر<sup>(٥١)</sup>.

### ثانياً بالتهمة:

١٠- والمراد بالتهمة هاهنا: رجحان الظن وغلبة الاحتمال بدلالة الحال في كذب ادعاء الصانع هلاك ما في يده من أمتعة الناس بدون صنّعه أو تسببه.

(٤٧) الاعتصام ٢٠/٣-٢٣.

(٤٨) تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام ٢٢٧/٢.

(٤٩) تبصرة الحكام ١٠٤/٢.

(٥٠) الطرق الحكمية ص ١٢، بدائع الفوائد لابن القيم ١٥٢/٣.

(٥١) المدخل الفقهي العام للزرقي ١٣٧/١، ١٣٩.

وهذا المعنى مرتبط في النظر الفقهي بنشر فساد الذمم، وكثرة الطمع، وفقدان الورع، وضعف الوازع الديني عن أكل أموال الناس بالباطل. قال الدكتور شلبي في "تعليل الأحكام": "كان الناس في زمن الوحي يعطون الصنّاع ما يصنعون، وكانت الأمانة عامة شاملة، فإذا ما أخبر الصّانع بهلاك الشيء المصنوع عنده صدّقه صاحبه، ولم يكن ثمة نزاع حتى يشرع التضمين. ثم حدث في زمن الخلفاء رضي الله عنهم أن دخل في بعض النفوس حب الخيانة، طمعاً في أموال الناس، فكثرت الدعاوى التي لو ترك الأمر فيها على ما كان من عدم التضمين لعم التعدي، ووقع الناس في الحرج، لأنهم بين أمرين، كلاهما يصعب احتمالاه: إما أن يتركوا الاستصناع، وفيه من ضياع المصالح وتعطيل المعاش ما لا يخفى، وإمّا أن يفعلوا، فتضيع عليهم أمتعتهم، وهو فساد كبير. إزاء هذا رأى الصحابة رضي الله عنهم تضمين الصنّاع حفظاً لمصالح الناس، ودفعاً للعدوان عنهم"<sup>(٥٢)</sup>.

١١ - وقد نبّه إلى هذا المعنى الموجب للتضمين كثير من فقهاء المذهب، فقال القاضي عبدالوهاب: "...فلو قبلنا قولهم في الإلتلاف - مع علمهم بضرورة الناس إليهم - لتسرعوا إلى ادعائه، واجترؤوا على أكل أموال الناس، وللحق أرباب السلع أشد الضرر، فكان الحظ للجميع دفعها على التضمين"<sup>(٥٣)</sup>. ثم قال: "ووجه إسقاط الضمان عنهم فيما يعلم بالبيئة صدقهم فيه... لأن التهمة زائلة مع قيام البيئة"<sup>(٥٤)</sup>.

(٥٢) تعليل الأحكام للدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٥٩.

(٥٣) المعونة ١١١/٢.

(٥٤) المعونة ١١٢/٢.

وقال ابن رشد: ”... فضمنوهم نظراً واجتهاداً لضرورة الناس إلى استعمالهم، فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يضمنون، ويصدقون فيما يدعون من التلف، لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس، واجترؤوا على أكلها“<sup>(٥٥)</sup>.

وقال الشاطبي: ”إن الناس لهم حاجة إلى الصناعات، وهم يغيبون على الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفريط وترك الحفظ“<sup>(٥٦)</sup>.

وقال القرافي: ”ويضمن الصانع إلا أن تقوم بينة بالهلاك من غير سببهم، لأنهم إنما ضمنوا للتهمة“<sup>(٥٧)</sup>.

وجاء في ”التوضيح“ لخليل: ”فإن قامت بينة على تلفه عند الصانع من غير صنعه (...). فمذهب ابن القاسم وروايته عن مالك السقوط، بناءً على أن الضمان للتهمة، وقد زالت بقيام البينة“<sup>(٥٨)</sup>.

١٢- ويلاحظ في نصوص الفقهاء هذه أن المعنى الباعث على الحكم بتضمين الصانع إنما هو التهمة المرتبطة بفساد الذمم، وضعف الوزع الديني في نفوس الناس، وما يستتبع ذلك من شيوع الكذب والخيانة والجرأة على أكل أموال الغير بالباطل. والتضمين بسبب التهمة سائغ في النظر الفقهي، حيث إن مرجعه المصلحة.

قال العلامة الزرقا: ”وكم من نظر أو حكم اجتهادي قد كان يمكن قبوله لما كان الدين غضباً في النفوس، يثمر التقوى فيها، وكان الورع حاجزاً لها، ثم تبدل وجه النظر والحكم لما فشا الفساد، وسادت الأطماع، وأصبح الأمر محتاجاً إلى

(٥٥) المقدمات الممهدة ٢/٢٤٣.

(٥٦) الاعتصام ٣/١٩.

(٥٧) الذخيرة ٥/٥٠٤.

(٥٨) التوضيح شرح جامع الأمهات ٧/٢٢١.

وازع من التبعات المادية والسلطان لما ضعف وازع الإيمان<sup>(٥٩)</sup>.

### المثال الثاني: (تضمين الأجير المشترك)

١٣- الأصل في يد الأجير المشترك<sup>(٦٠)</sup> أنها يد أمانة، فلا يضمن ما يتلف ما في يده من متاع مَنْ استأجره إلا بالتعدي أو التفريط. وهو قول الشافعي في الأظهر وأبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد من أصحابه، وهو القياس كما جاء في كتب الحنفية<sup>(٦١)</sup>.

وذهب الشافعي في قول له إلى تضمين الأجير المشترك مطلقاً، ولو لم يقع منه تعدٍ أو تفريط<sup>(٦٢)</sup>. قال الربيع: "كان الشافعي يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير

(٥٩) المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ص ٢١٩.

(٦٠) الأجير المشترك: هو الذي يعمل لا لواحد مخصوص ولا لجماعة مخصوصين، أو يعمل لواحد مخصوص أو لجماعة مخصوصين عملاً غير مؤقت، أو عملاً مؤقتاً بلا اشتراط التخصيص عليه. فلو استأجرت منجداً للفرش غير مشترط عليه أن لا ينجد لغيرك، فهو أجير مشترك، سواء كان عمله في منزلك أو في محله، وسواء عينت له مدة النجادة أم لا. كما أن إعطاء القماش للخياط ليخيطه لك ثوباً إجارة على العمل، والخياط أجير مشترك. (انظر م/٤٢٢، ٤٢٣ من المجلة العدلية، وم/٦٠٢، ٦٠٤، من مرشد الحيران، وم/٥٢٢، ٥٢٣، من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد) وقسيمه الأجير الخاص، وهو الذي يعمل لواحد معين أو أكثر عملاً مؤقتاً مع التخصيص، فتكون منفعته مقدرة بالزمن، لاختصاص المستأجر بمنفعته في مدة الإجارة دون أن يشاركه فيها أحد.

أما الفرق بين الصنّاع والأجراء، فقد عرفنا أن الصانع هو من لعمله تأثير في عين المصنوع وذاته، كالخياط والطراز والصبّاغ والصائغ والنجار ونحوهم. أما الأجير، فقد يكون كذلك، وقد لا يكون لعمله تأثير فيما استؤجر عليه كالراعي والسمسار وأجير الحفظ. وعلى ذلك:

أ- فقد يكون الصانع خاصاً؛ وهو من لم ينتصب للعمل لعموم الناس، وإنما شأنه أن يعمل لنفسه، وقد يستأجره بعض الناس على العمل الذي يحسنه. وهو بهذه الصفة بمعنى الأجير الخاص.

ب- وقد يكون الصانع منتصباً لعموم الناس، ومن تلك الصنعة معاشه، سواء أكان يصنع في داره أم حانوته أم غير ذلك. وهو بهذه الصفة أخص من الأجير المشترك مطلقاً، لأن الأجير المشترك نوعان: نوع لعمله تأثير في المصنوع (وهو الصانع المشترك)، ونوع ليس لعمله تأثير فيما استؤجر عليه، كالراعي المشترك والحارس المشترك والسمسار المشترك (وهذا لا يُعد من الصنّاع). (انظر البهجة ٢/٢٨٣، المقدمات الممهدة ٢/٢٤٥، كشف القناع ص ٧٥، ٧٨، ٧٩، ٨٠، ١٠٤).

(٦١) المبسوط ١٥/١٠٣، بدائع الصنائع ٤/٢١٠، تبيين الحقائق ٥/١٣٤، مجمع الضمانات ص ٢٧، رد المحتار ٥/٤٠، الفتاوى الهندية ٤/٥٠٠، روضة الطالبين ٥/٢٢٨، المهذب ١/٤١٥..

(٦٢) الحاوي الكبير ٩/٢٥٤، المهذب ١/٤١٥، روضة الطالبين ٥/٢٢٨، البيان للعمرائي ٧/٣٨٤.

(المشترك) ولكنه لا يفتي به لفساد الناس<sup>(٦٣)</sup>.

وذهب الصحابان أبو يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني إلى أن العين تدخل في ضمان الأجير المشترك بالقبض احتياطاً لأموال الناس. فإن هلكت في يده ضمن هلاكها، ولو بدون تعديه أو تفريطه استحساناً، إلا أن يكون هلاكها من غير صنعه بسبب لا يمكن التحرز منه كحريق غالب وغرق غالب ولصوص مكابرين ونحو ذلك<sup>(٦٤)</sup>. قال الزيلعي في «تبيين الحقائق»: «وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس. وبه تحصل صيانة أموالهم<sup>(٦٥)</sup>».

وحجة الصحابين أبي يوسف ومحمد بن الحسن على تضمين الأجير المشترك

ما يلي:

#### أولاً الاستحسان:

١٤- ومرادهم بالاستحسان ها هنا «العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر على خلافه لوجه يقتضي هذا العدول<sup>(٦٦)</sup>». أو «إخراج فرد من أفراد العموم وتخصيصه بحكم آخر تحصيلاً لمصلحة أو دفعاً لمفسدة<sup>(٦٧)</sup>».

وهذا النوع من الاستحسان يسميه الحنفية «استحسان الضرورة<sup>(٦٨)</sup>»، وقد شرحه الشيخ الزرقا بقوله: «وأما استحسان الضرورة: فهو ما خولف فيه

(٦٣) المهذب ١/٤١٥، البيان للعمرائي ٧/٣٨٥.

(٦٤) بدائع الصنائع ٤/٢١٠، الفتاوى الهندية ٤/٥٠٠، المبسوط ١٥/١٠٣، رد المحتار ٥/٤٠، تكملة البحر للطوري ٨/٣١، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٥/١٣٤، الطحاوي على الدر ٤/٣٥.

(٦٥) تبيين الحقائق ٥/١٣٤، وانظر الفتاوى الهندية ٤/٥٠٠، تكملة البحر ٨/٣١، الطحاوي على الدر المختار ٤/٣٥.

(٦٦) وهو تعريف الإمام أبي الحسن الكرخي له. (كشف الأسرار على أصول البزدوي ٤/٣، الاعتصام للشاطبي ٣/٦٣).

(٦٧) تعليل الأحكام للدكتور محمد مصطفى شلبي ص ٣٤٤.

(٦٨) فتح الغافر لابن نجيم ٣/٣٠، المدخل الفقهي العام ١/٨٨، ١٢٠.

حكم القياس نظراً إلى ضرورة موجبة أو مصلحة مقتضية، سداً للحاجة أو رفعاً للخرج. فمحلّه عندما يكون اطراد الحكم القياسي مؤدياً لخرج أو مشكلة. وذلك لأن المسائل التي يقاس بعضها على بعض - وإن كانت من جنس واحد وقائمة على أسس مشتركة - قد تختلف نتائجها عدلاً وجوراً، أو عسراً ويسراً، باختلاف موضوعاتها، وما يكتنفها من عوارض وملابسات. فالاستحسان يكون في مثل هذا طريقاً للفقهاء إلى الأحكام المصلحية التي تتفق مع المنطق الفقهي ومقاصد الشريعة، عندما يلوح في اطراد القياس سوء النتائج<sup>(٦٩)</sup>.  
 ووجه الاستحسان في هذه المسألة يتضح في الأمرين الآتين:

### (ثانياً) فساد الذم:

١٥- وبيان ذلك في قول الكاساني: "إن هؤلاء الأجراء الذين يسلم المال إليهم من غير شهود، تخاف الخيانة منهم، فلو علموا أنهم لا يضمنون هلكت أموال الناس، لأنهم لا يعجزون عن دعوى الهلاك، وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب والغرق الغالب والسارق الغالب"<sup>(٧٠)</sup>. فخوف الخيانة منهم الذي نوّه به منوط بفساد ذمم الأجراء، وضعف الوازع الديني الذي يحجزهم عن الكذب في ادعاء التلف من غير تعد منهم ولا تفریط.

### (ثالثاً) التهمة:

١٦- والمراد بها هنا: غلبة الظن ورجحان الاحتمال بدليل الحال - وهو هلاك متاع من استأجره في يده بسبب يمكن التحرز منه - في أنه قصّر في

(٦٩) المدخل الفقهي العام ١/٩٠، ٩١.

(٧٠) بدائع الصنائع ٤/٢١٠.

المحافظة عليه<sup>(٧١)</sup>.

### المثال الثالث: (تضمن السماسرة)

١٧- السمسار في الاصطلاح الفقهي: هو الدَّلال الذي يتوسط بين الناس لإمضاء بيع ونحوه. وهو في النظر الفقهي أجير يتقاضى أجراً مقابل سعيه في ترويج السلع بأوفر سعر ممكن. فهو ينادي معرفاً بالسلعة المعروضة للبيع، ذاكراً آخر ما عرض فيها من ثمن، باحثاً عن زيادة أخرى. وقد يطوف بالسلعة على التجار وغيرهم لإغرائهم بالشراء<sup>(٧٢)</sup>.

١٨- وقد نص فقهاء المالكية على أن الأصل في السماسرة المنتصبين للعمل أنهم أمناء، فلا يضمنون ما بيدهم مما ولوا بيعه وتسويقه من أمتعة الناس، ما لم يتعدوا أو يفرطوا في المحافظة عليها<sup>(٧٣)</sup>. قال ابن فرحون: "المعروف من قول مالك وأصحابه في السماسرة عدم الضمان، لأنهم أمناء، سواء أكانوا بحوانيت أم لا"<sup>(٧٤)</sup>.

١٩- غير أن كثيراً من حذاقهم ومحققهم ذهبوا إلى تضمينهم ما لم تقم بينة على أن الهلاك لم يكن بصنعهم ولا تسبيهم، قياساً على الصُّنَّاع. قال ابن عبد البر: "والسَّمْسَار يُجْرَى مجرى الصُّنَّاع"<sup>(٧٥)</sup>. وقال أيضاً: "وتحصيل مذهب مالك في السماسرة أنه لا ضمان عليهم إلا فيما تعدوا وضيعوا. والذي

(٧١) مجمع الضمانات للبغدادى ص ٢٧.

(٧٢) شرح غريب ألفاظ المدونة ص ٧٤، مسائل السماسرة للألباني ص ٦٧، كشف القناع ص ١٠٠، الإشارة إلى محاسن التجارة ص ٩٥، المبسوط ١٥/١١٥، العقود الدرية لابن عابدين ٢/١٠٧.

(٧٣) المعيار ٣١٧/٨، الكافي لابن عبد البر ص ٣٧٦، كشف القناع ص ٨٤.

(٧٤) تبصرة الحكام ٢/٢٣٣.

(٧٥) الكافي ص ٣٧٦.

أذهب إليه أنهم ضمانون إلا أن يبتين صدقهم<sup>(٧٦)</sup>.  
وجاء في ”الفواكه الدواني“: ”وأما الدلال الجالس في الحانوت، وتوضع عنده الأمتعة للبيع، فهذا كالصانع يضمن“<sup>(٧٧)</sup>.

وجاء في ”المعيار“ للونشريسي: ”وحكى الفضل بن عياض عن سحنون أنه كان يضمن السمسارة قياساً على الصنّاع، واستحسنه. وله وجه في القياس، لأنهم قد نصبوا أنفسهم لذلك، فصار لهم حرفةً وصناعةً“<sup>(٧٨)</sup>. ”وكان القاضي عياض يحكم بتضمين السمسارة إذا ادعوا الهلاك. واستحسنه ابنه. قال: ولا سيما في وقتنا هذا، إذ كثروا وقلّ المؤمن. واختاره عبدالرحيم، وقال: وهو قول ابن عبدالحكم“<sup>(٧٩)</sup>.

وقال ابن راشد القفصي: ”رأيت بعض قضاة الإسكندرية ضمن السمسار، وكأنه ذهب إلى أن ذلك من مصالح الناس العامة لفساد الزمان“<sup>(٨٠)</sup>.  
وقال الحسن بن رحال المعداني: «وأما السمسار الذي نصّب نفسه، ويسمى ما غاب عليه، فالضمان عليه على حسب ما جرى العمل به»<sup>(٨١)</sup>. ثم قال: ”والذي يقتضيه الوقت وخيانة أهل الوقت من السمسارة هو الضمان“<sup>(٨٢)</sup>.

٢٠- وجماع القول في المسألة أن الأصل في مذهب المالكية أن يد السمسارة

(٧٦) العقد المنظم للحكام لابن سلمون ١/٢٩١، كشف القناع ص ٩٣، الكافي ص ٣٧٦.

(٧٧) الفواكه الروائي شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٢/١١٨.

(٧٨) المعيار ٨/٣١٧.

(٧٩) المعيار ٨/٣٦١.

(٨٠) ميارة على التحفة ٢/١٩٠، شرح المنهج المنتخب للمنجور ص ٥٤١، كشف القناع عن تضمين الصانع ص ١٠٦.

(٨١) كشف القناع ص ١١١.

(٨٢) كشف القناع ص ١١١.

المنتصبين لهذا العمل على متاع من استأجرهم على بيعها وتسويقها يد أمانة باعتبارهم أجراء، غير أن حُذِّقَ فقهاءهم ومحقيهم ذهبوا إلى تضمينهم ما غابوا عليه منها نظراً واجتهاداً، لشيوع فساد الذمم، وخيانة أهل الوقت من السماسرة، وقلة المؤتمن منهم من باب العمل بالمصلحة وتقديماً لها على مقتضيات الأقيسة والقواعد العامة، حيث يؤدي طرد الأخذ بها إلى غلّو في الحكم ومبالغة فيه أو فوت مصلحة معتبرة أو جلب مفسدة كذلك.

## المطلب الثاني

### تخريج تضمين المضاربين والوكلاء بالاستثمار

#### على تضمين الصناع والأجراء المشتركين

٢١- لقد انتهينا في المطلب الأول إلى أن مبدأ عدم تضمين الأمانة، واعتبار يدهم غير ضامنة ما لم يثبت تقديمهم أو تفریطهم أصلٌ فقهيٌّ اجتهاديٌّ مقررٌ، غير أنه غير مطرد في جميع الفروع والتطبيقات، حيث إن الفقهاء استثنوا منه بعض الصور والحالات نظراً واجتهاداً، ونهبوا إلى أن عمومها محتمل للتخصيص<sup>(٨٣)</sup>، وخصصوا بعض أفرادها بحكم على خلافه لدواعٍ وموجبات شرعية تقتضي ذلك. وضر بنا على ذلك بعض الأمثلة، كالحكم يتضمن الصناع والأجراء المشتركين والسماسرة على البيع، وبيناً أدلتهم على ذلك التخصيص

(٨٣) قال القلشاني في «شرح الرسالة»: «إن الأصل في الصناع عدم الضمان، لأنهم مؤتمنون، لأنهم أجراء.... والعموم يحتمل الخصوص، فخصص أهل العلم من ذلك الصناع، وأخرجوهم عن حكم الأجراء في الائتمان، وضمنوهم نظراً واجتهاداً». (مسالك الدلالة ص ٢٤).

والاستثناء، وهي ترجع في الجملة إلى أربعة أسباب:

الأول: فساد الذم، وكثرة الطمع، وضعف الوازع الديني الذي يحجز عن الكذب والخيانة والتعدي على أموال الناس والتفريط في المحافظة عليها. حيث إنَّ الصُّنَّاع والأجراء المشتركين ومن هو في حكمهم إذا علموا أن يدهم يد أمانة، ولا ضمان عليهم، وأن الناس في حاجة إلى عملهم وصناعتهم، فإنه يسهل عليهم التفريط وعدم الحفظ، فيقل احترازهم، ويتطرق إليهم الخيانة، وذلك يؤدي إلى ضياع أموال الناس وفساد أحوالهم.

والثاني: قيام التهمة بدلالة الحال - وهي تفردهم بمتاع من استعملهم وعملهم فيه في غيبة أربابه - على كذبهم في ادعاء تلفه في يدهم من غير تعدد منهم ولا تفريط. قال الشاطبي: "ووقوع التلف من الصُّنَّاع من غير تسبب ولا تفريط بعيد، والغالب عند فوات الأموال أنها لا تستند إلى التلف السماوي، بل ترجع إلى صنع الفساد على وجه المباشرة أو التفريط"<sup>(٨٤)</sup>.

والثالث: احترافهم الصنعة أو العمل لجميع الناس، وهو ما عبّر عنه الفقهاء بـ "انتصابهم للصنعة في الأسواق"، حيث إن ذلك قرينة قوية على أن الصانع إنما قبض أمتعة الناس لغرضه ومصصلحة نفسه، فأشبهت يده يد المستعير ويد المرتهن ويد المقترض، فوجب تضمينه.

وقد نبه إلى ذلك المعنى القاضي عياض في "التنبيهات" فقال: "يجب الضمان على الصانع، لأنه قد قبض لغرض نفسه، وجلس لجميع الناس، ونصب نفسه للصنعة في مكانه الذي عرف به"<sup>(٨٥)</sup>. وقال ابن بشير: "وجميع الأجراء أمناء

(٨٤) الاعتصام ٢٠/٣، ٢١.

(٨٥) كشف القضاء، ص ٨٠.

على ما عملوه إلا الصناعات عندنا. والذي عول عليه أهل المذهب أن تضمينهم مصلحة لجميع الناس، فإنهم نصبوا أنفسهم لأخذ أموال المسلمين لأغراضهم، فأشبهوا المرتهين فيما يقبضونه من الرهان<sup>(٨٦)</sup>.

فإن قيل: الصناعات إنما قبضوا أمتعة الناس لمنفعة أنفسهم ومنفعة أربابها، وليس لمنفعتهم على الخصوص! قال ابن رشد: "قلنا: إنا لأنسلم أنهم قبضوا المنفعة أنفسهم ومنفعة أرباب السلع، بل إنما قبضوا المنفعة أنفسهم خاصة، بدليل أنهم نصبوا أنفسهم لذلك، إلا أن انتفاع المالك شرط في حصول المنفعة للقباض"<sup>(٨٧)</sup>.

والرابع: حاجة الناس إلى استعمالهم مما يجعلهم مضطرين إلى دفع أموالهم إليهم، ولو لم تنهياً لهم معرفة أحوالهم، ولم تتحقق لهم الطمأنينة إلى رعايتهم للأمانة وتحرزهم عن الخيانة والتفريط فيها، حتى يصيروا محل ثقتهم، فيأتمنواهم على متاعهم وأموالهم. قال ابن وهب: قال لي مالك: "إنما ضمن الصناعات ما دفع إليهم مما يستعملون فيه على وجه الحاجة إلى أعمالهم، وليس ذلك على وجه الاختيار والأمانة"<sup>(٨٨)</sup>.

٢٢- ثم إنه ظهر لي بعد النظر والتأمل في العلل والمعاني والأوصاف الموجبة لتضمين الصناعات والأجراء المشتركين والسماسرة صحة تخريج الحكم بتضمين المضاربين في صورتهم المستجدة وحالتهم الراهنة (سواء أكان المضارب هو المؤسسة المالية الإسلامية وأرباب المال هم أصحاب الودائع الاستثمارية فيها، أم كان المضارب هو الشخص الاعتباري أو الطبيعي الذي يقوم باستثمار بعض

(٨٦) كشف القناع، ص ٨٣-٨٤.

(٨٧) المقدمات الممهدة، ٢/٢٤٥.

(٨٨) المدونة ٣٨٨/٤.

الأموال المودعة لدى المؤسسة المالية على وجه المضاربة، وتكون المؤسسة المالية الإسلامية رب المال) على مذهب الإمام مالك وأصحابه في تضمين الصُّناع، وكذا صواب تخريج الحكم بتضمين الوكلاء بالاستثمار في واقعهم المعاصر على قول المالكية بتضمين السماسرة وقول أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني صاحبني أبي حنيفة - وهو المفتى به في مذهب الحنفية على ما صرح به بعض محققهم - بتضمين الأجير المشترك (سواء أكان الوكيل بالاستثمار شخصاً معنوياً كالمؤسسة المالية الإسلامية، والموكل هم أصحاب الودائع الاستثمارية فيها، أم كان الوكيل بالاستثمار شخصاً حكماً أو طبيعياً يعهد إليه باستثمار الأموال المودعة لدى المؤسسة المالية الإسلامية على أساس عقد الوكالة بأجر، وتكون المؤسسة المالية هي الموكل) حيث إن الوكيل بالاستثمار في الحالتين أجيرٌ مشترك في النظر الفقهي، لأنه يعمل باستثمار أموال موكله بأجر، فكان حكمه حكم الأجير، ونظراً لكونه يعمل لا لوحد مخصوص ولا لجماعة مخصوصين، أو يعمل لوحد مخصوص أو لجماعة مخصوصين عملاً غير مؤقت بلا اشتراط التخصيص عليه، كان أجيراً مشتركاً<sup>(٨٩)</sup>. وبيان ذلك:

#### (أولاً): تخريج الحكم بتضمين المضاربين المعاصرين:

٢٣- لا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في يد المضارب على مال المضاربة يد أمانة، فلا يضمن هلاكه أو خسارته إلا بتعديه أو تفريطه، كسائر الأمانة.

(أ) غير أن هذا الحكم الأصلي ليده مبني في الأساس على وصف (الائتمان) بمعنى أن رب المال قد عرف المضارب، ووثق به، واطمأن إلى أمانته، فائتمنه في

(٨٩) انظر تعريف الأجير المشترك في م/٤٢٢، ٤٢٣، من مجلة الأحكام العدلية، وم/٦٠٤ من مرشد الحيران، وم/٥٢٣ من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.

الاتجار بهاله، ولو لا ذلك لما دفعه إليه مضاربةً. كما أن لا أحد يضع ماله وديعة عند آخر ما لم يكن واثقاً من أمانته، ولا يوكل أحد شخصاً ببيع ماله وقبض ثمنه، أو باستيفاء ديونه من غرمائه إلا إذا كان مطمئناً إلى أمانته، كذلك لا يدفع رب مال ماله لآخر على وجه المضاربة أو الشركة إلا بعد التحقق من أمانته والوثوق به<sup>(٩٠)</sup>.

وقد نبّه الفقهاء إلى هذا المعنى في ثنايا كلامهم عن الأمانة والائتمان، فقال الزركشي في "قواعده": "ائتمان المالك يوجب تصديق المؤمن. ولهذا لو اختلف المالك وعامل القراض؛ وجب عليه تصديقه، وكذلك الوكيل بالجعل والمودع، لائتمانه إياه"<sup>(٩١)</sup>.

وقال الونشريسي: "الأصل أمانة العامل بائتمان الدافع إليه"<sup>(٩٢)</sup>.

وجاء في "الشرح الكبير" للدردير: "والقول للعامل في دعوى تلفه، كله أو بعضه، لأن ربه رضيه أميناً، وإن لم يكن أميناً في الواقع"<sup>(٩٣)</sup>.

كذلك أشار المالكية في معرض احتجاجهم على تضمين الصناع إلى أن من موجبات انقلاب يدهم من الأمانة إلى الضمان انتفاء وصف (الائتمان) فيهم، إذ إن هؤلاء الصناع المنتصبين لحرفة أو صناعة يسلم الناس إليهم أمتعتهم لإقامة العمل أو الصنعة المطلوبة فيها بعيداً عن نظرهم ورقابتهم على غير

(٩٠) فإن قصر رب المال في الاحتياط لنفسه في أي عقد من عقود الأمانة، فدفع ماله - من غير ضرورة ولا حاجة ماسة - إلى من لا يعرف عن أمانته شيئاً، وكان بوسعه التحقق من أمره والتثبت من كونه أهلاً للائتمان قبل الدفع إليه، فإن حال يد القابض لا يتغير، ولا تصير يد ضمان، لأن صاحب المال يتحمل وحده حينئذ تبعه إهماله وتقصيره. انظر المعيار للونشريسي ٣٦٠/٨.

(٩١) المنثور في القواعد ٢٠٨/١.

(٩٢) المعيار ٢١٢/٨.

(٩٣) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٥٣٦/٣، ومثل ذلك جاء في البهجة ٢١٩/٢.

وجه الائتمان والاختيار، نظراً إلى حاجتهم الماسة إلى عملهم وصنعتهم، فإن تركوا استصناعهم لعدم الائتمان لم يجدوا أحداً يعمل لهم تلك الأعمال غيرهم، فحكّموا بضمانهم للمصلحة العامة.

قال ابن وهب: "قال لي مالك: إنما ضمن الصنّاع ما دفع اليهم مما يستعملون فيه على وجه الحاجة إلى أعمالهم، وليس ذلك على وجه الاختيار لهم والأمانة"<sup>(٩٤)</sup>. وقال الشاطبي: "ووجه المصلحة فيه: أنّ الناس في حاجة إلى الصنّاع، وهم يغيبون على الأمتعة في غالب الأحوال، والأغلب عليهم التفریط وترك الحفظ، فلو لم يثبت تضمينهم مع مسيس الحاجة إلى استعمالهم، لأفضى ذلك إلى أحد أمرين: إما ترك الاستصناع بالكلية، وذلك شاق على الخلق، وإما أن يعملوا ولا يضمنوا عند دعواهم الهلاك والضياع، فتضيع الأموال، ويقل الاحتراز، وتتطرق الخيانة، فكانت المصلحة في التضمين"<sup>(٩٥)</sup>.

ولا يخفى أن وصف (الائتمان) منتف في التعامل بعقود المضاربة المستحدثة مع المؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة، إذ لا يتصور إمكان وجوده وتحقيقه إلا بين الأشخاص الطبيعيين في عقود المضاربة التقليدية، حيث تتوافر معرفة رب المال للمضارب، والثقة به، والطمأنينة إلى رعايته للأمانة، فيأتمنه ويدفع إليه ماله ليتجر له به على وجه القراض.

أما المؤسسة المالية الإسلامية المعاصرة، فهي شخص حكمي (اعتباري) يتعامل معها أرباب المال، ويدفعون أموالهم إليها على وجه المضاربة - كما أنها تدفع بعض ما بيدها من أموال المضاربة إلى مؤسسة مالية أخرى لتستثمرها لها

(٩٤) المدونة ٤/٣٨٨.

(٩٥) الاعتصام ٣/١٩.

على أساس عقد المضاربة، وتكون هي فيه بمثابة رب المال - دون أن يتسنى لرب المال الراغب في تعامله معها أن يتعرف عليها حتى يطمئن إليها ويثق بها فيأتمنها كما هو الحال في تعامله مع الشخص الطبيعي، حيث إن مدير الاستثمار فيها غير معروف لأرباب المال، وهو عرضة للتغير والاستبدال في غالب الأحوال، بالإضافة إلى أنه ليس هو المضارب في عقد المضاربة بحسب طبيعة تلك الشخصية الحكمية (الاعتبارية) ونظام العمل المؤسسي فيها.

غير أن أصحاب المال في عصرنا في حاجة ماسة إلى التعامل معها على ما هي عليه، ولا يجدون مفرًا منها ولا بديلاً عنها بصورة عامة، ولو لم يتحقق وصف (الائتمان) فيها بعد أن تطور عقد المضاربة في العصر الراهن من صورته التقليدية المبنية على المعاقدة بين شخصين طبيعيين إلى المضاربة المستحدثة التي تُجرى مع الأشخاص الحكميين.

أضف إلى ذلك أن مقتضى الائتمان في عقد المضاربة - في النظر الفقهي - قبول قول عامل المضاربة مع يمينه إذا ادعى تلف أو خسارة مال المضاربة بدون تعديه أو تفریطه، وادعى رب المال عكس ذلك. حيث قال التسولي: ”إذا ادعى العامل التلف، وادعى ربه عدمه، فالقول قول العامل اتفاقاً بيمينه“<sup>(٩٦)</sup>. وجاء في ”الشرح الكبير للدريوي وحاشية الدسوقي عليه: القول للعامل في دعو تلف المال وخسره بيمينه“<sup>(٩٧)</sup>. وقال ابن نجيم: ”القول قول الأمين فيما يدعيه مع اليمين“<sup>(٩٨)</sup>. وذلك غير ممكن التطبيق في التعامل بالمضاربة مع المؤسسات المالية

(٩٦) البهجة شرح التحفة ٢/٢١٩.

(٩٧) حاشية الدسوقي ٣/٣٥٦.

(٩٨) الفوائد الزينية لابن نجيم ص ١٠٤.

الإسلامية، إذ لا يعرف من هو عامل المضاربة فيها؟! وإلى مَنْ يتوجه طلب اليمين؟! ومن الذي يلزمه حلف اليمين بأنه لم يتعد ولم يفرط؟! وحيث كان الأمر كذلك، فلا بد من تقرير أنه لما انتفى وصف (الائتمان) في المضارب ذي الشخصية الحكيمة انتفى موجه وهو يد الأمانة، وصارت يده يد ضمان فيلزمها ضمان تلف أو خسارة ما تحتها من مال المضاربة، ما لم تقم البيّنة على أن ذلك وقع بدون تعد منها ولا تقصير.

(ب) لقد عرفنا أن من موجبات تضمين الصّناع - وكذا الأجراء المشتركين والسّماسة - شيوع فساد الذم، وكثرة الطمع، وضعف الوازع الديني الذي يحجّز صاحبه عن الكذب والخيانة والتعدي والتفريط في أموال الناس، فلو علم هؤلاء أن يدهم يد أمانة ولا ضمان عليهم، والناس في حاجة إلى عملهم وصنعتهم، فإنه يسهل عليهم التفريط وترك الحفظ، فيقل احترازهم، وتتطرق إليهم الخيانة، وذلك يفضي إلى ضياع أموال الناس وهلاكها، فلزم تضمينهم للمصلحة العامة، وحفظاً لأموال الناس.

وهذا الوصف فاش في عصرنا الحاضر في الناس عامة، وفي الأشخاص الذين يديرون أموال المضاربة في المؤسسات المالية الإسلامية خاصة، فوجب حماية ما بأيديهم من أموال الناس بجعلها في ضمان المضارب، ما لم تقم البيّنة على أن هلاكها أو خسارتها وقع من غير تعد منه أو تفريط.

(ج) كما عرفنا أن من موجبات تضمين الصّناع والأجراء المشتركين: قيام التهمة بدلالة الحال - وهي انتصابهم للحرفة أو الصنعة لجميع الناس في مكانهم الذي عرفوا به، وغياهم على متاع من استأجرهم - على كذبهم في ادعاء تلفه من

غير تعديهم أو تفريطهم، وهي تهمة قوية مؤثرة، إذ إن ”وقوع التلف من الصُّنَاع من غير تسبب ولا تفريط بعيد، والغالب عن فوات الأموال أنه لا يستند إلى التلف السماوي، بل يرجع إلى صنع الفساد على وجه المباشرة أو التفريط“ كما قال الشاطبي<sup>(٩٩)</sup>.

وهذا المعنى متحقق في المضاربين المعاصرين، حيث إنهم يقبضون أموال الناس، ويقومون باستثمارها والتجر فيها بعيداً عن نظرهم ورقابتهم، وذلك قد يحملهم على التهاون أو التفريط أو الخيانة، ثم ادعاء عدم تعديهم أو تفريطهم عند وقوع الخسارة أو الهلاك فيها، فوجب قياسهم عليهم، والحكم بتضمينهم، ما لم يقيموا البيّنة على أن ذلك وقع من غير فعلهم ولا تسببهم، إذ التهمة تزول بالبيّنة.

وقد سبق لفقهاء المالكية أن نبهوا إلى ذلك، فقال التسولي: ”العامل إذا لم يبين وجه الخسارة في القراض فهو ضامن“<sup>(١٠٠)</sup>. وقال الحسن بن رحال المعداني: ”إذا ادعى عامل القراض خسارة عُرف وجهها صدق، وإن ادعى من ذلك ما لا يعرف فهو ضامن“<sup>(١٠١)</sup>.

ووجه ذلك التضمين: أن عامل المضاربة إذا ادعى هلاك المال أو خسارته بدون تعد منه أو تقصير، ولم يبين وجه وكيفية وقوع ذلك من غير فعله ولا تسببه، فإن أصابع التهمة تتوجه إليه بأنه كاذب في ادعائه، لأن إقامة البيّنة على نفي التهمة عن نفسه أمر ممكن ويسير عليه إن كان صادقاً فيما ادعى، والتهمة

(٩٩) الاعتصام ٢٠/٣.

(١٠٠) البهجة شرح التحفة ٢١٩/٢.

(١٠١) حاشية ابن رحال على شرح ميارة علي تحفة ابن عاصم، ١٣٢/٢.

موجب شرعي لتضمين الأمانة في النظر الفقهي. وقد جاء في القواعد الفقهية: ”يسقط قول المؤتمن عند ظهور كذبه أو قوة تهمته“<sup>(١٠٢)</sup>.

(د) وبناءً على تحقق الأوصاف الباعثة على الحكم بتضمين الصُّنَاع والسَّماسرة والأجراء المشتركين في المضاربين المعاصرين في صورتهم المستحدثة، فإنه يتخرج عليه الحكم بضمانهم ما يحدث في أموال الودائع الاستثمارية من تلف أو خسارة عملاً بالمصلحة وتحقيقاً لمقاصد الشريعة في حفظ الأموال، وتقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة كما قال الإمام مالك وأصحابه، واستحساناً بالضرورة كما قال الحنفية، وذلك ما لم تقم بينة على أن ذلك وقع من غير فعل المضاربين ولا تسببهم، حيث إن من القواعد والأصول المرعية في استنباط الأحكام الشرعية للوقائع والنوازل المستجدة قياس الأمور بأشباهها ونظائرها. قال الإمام المزني: ”إنَّ الفقهاء من عصر رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا أجمعوا على أنَّ نظير الحقِّ حقٌّ، ونظير الباطل باطل“<sup>(١٠٣)</sup>.

وجاء في خطاب عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري في أصول الإفتاء والقضاء: ”... ثم اعرف الأشباه والأمثال، فقس الأمور بنظائرها، واعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى فاتبعه“<sup>(١٠٤)</sup>. وقد علق على ذلك الإمام نجم الدين النسفي فقال: ”إذا وقعت واقعة لا تعرف جوابها، فردها إلى أشباهها من الحوادث تعرف جوابها“<sup>(١٠٥)</sup>.

وجاء في القواعد الفقهية: ”شبه الشيء في الفقهيات كالشيء، فما لزم في الشيء

(١٠٢) كتاب الأجوبة لابن عثوم ٤٢٢/٣.

(١٠٣) المدخل الفقهي العام للزرقا ٧٥/١.

(١٠٤) المدخل الفقهي العام ٨٦/١.

(١٠٥) طلبية الطلبة ص ١٣٠.

لزم في شبهه<sup>(١٠٦)</sup>.

وجاء في كلام ابن تيمية: ”إن المعاملات جارية على قانون واحد، وإن الشريعة متناسبة معتدلة، تسوي بين المتماثلات، وتفرق بين المختلفات“<sup>(١٠٧)</sup>.

وقال الإمام ابن القيم: ”وقد استقرت شريعته سبحانه أن حكم الشيء حكم مثله، فلا تفرق شريعته بين متماثلين أبداً، ولا تجمع بين متضادين. ومن ظن خلاف ذلك، فإما لقله علمه بالشريعة، أو لتقصيره في معرفة التماثل والاختلاف، وإما لنسبته إلى شريعته ما لم ينزل به سلطاناً“<sup>(١٠٨)</sup>.

وقال العلامة الطاهر بن عاشور: ”لا يظن بالشارع أن يفرق في الأحكام بين أشياء متماثلة في الصفات“<sup>(١٠٩)</sup>.

وقال أيضاً: ”وإنما هرع الفقهاء في التشريع والتفريع إلى القياس على النظائر والجزئيات (...) لأنهم رأوا دلالة النظر على نظيره أقرب إرشاداً إلى المعنى الذي صرح الشارع باعتباره في نظيره، أو أوماً إلى اعتباره فيه، أو أوصل الظن بأن الشارع ما راعى في حكم النظر إلا ذلك المعنى، فإن دلالة النظر على المعنى المرعي للشارع حين حكم له بحكم ما دلالة مضبوطة ظاهرة مصحوبة بمثالها، فقد قال بعض أساطين علمائنا: ولاستحضار العلماء المثل والنظائر شأن ليس بالخفي في إبراز خفيات المعاني، ورفع الأستار عن الحقائق“<sup>(١١٠)</sup>.

وقال أيضاً: ”إن استقراء الشريعة في تصرفاتها قد أكسب فقهاء الأمة يقيناً

(١٠٦) كتاب الأجوبة لابن عثوم ١٧٩/٧.

(١٠٧) نظرية العقد لابن تيمية ص ١٧٢.

(١٠٨) زاد المعاد من هدي خير العباد ٢٦٩/٤.

(١٠٩) التحرير والتنوير للإمام ابن عاشور ٣٤٣/٢.

(١١٠) مقاصد الشريعة الإسلامية ص ٣٥٠، ٣٥١.

بأنها ما سوت في جنس حكم من الأحكام بين جزئيات متكاثرة إلا ولتلك الجزئيات اشتراك في وصف يتعين عندهم أن يكون هو موجب إعطائها حكماً متماثلاً<sup>(١١١)</sup>.

### (ثانياً) تخريج الحكم بتضمين الوكلاء بالاستثمار:

٢٤- لقد سبق أن بينا أن التكييف الفقهي للوكلاء بالاستثمار المعاصرين أنهم أجراء مشتركون، ولا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في يد الأجير على مال من استأجره أنها يد أمانة، فلا يضمن هلاكه أو خسارته إلا بتعديه أو تفريطه. غير أن الفقهاء على الراجح من أقوالهم ذهبوا إلى تضمين الأجراء المشتركين والسماسة على البيع استثناءً لداعي المصلحة على مذهب المالكية والاستحسان على مذهب الحنفية. وقد عرضنا بالتفصيل حججهم على تضمينهم، وموجبات ذلك التضمين؛ وبعد النظر في الأدلة والموجبات التي قدموها ظهري قوة أدلتهم، وصح براهينهم على التضمين، وسلامتها من الإيراد عليها، وانطباق الموجبات والأوصاف الباعثة على الحكم بتضمينهم (وهي فساد الذمم والتهمة مع حاجة الناس الماسة إلى عملهم) على الوكلاء بالاستثمار المعاصرين، فلزم الحكم بتضمينهم، ما لم تقم بينة على أن الخسارة التي وقعت أو الهلاك كان بغير تعد منهم ولا تفريط تخريجاً على قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن الشيباني والإمام الشافعي في أحد قوليه بتضمين الأجير المشترك، وعلى قول المالكية بتضمين السماسرة على البيع. والله تعالى أعلم.

٢٥- ومن الجدير بالبيان في هذا المقام أن هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل

(١١١) المرجع السابق، ص ٣٥٠.

الإسلامي السوداني أصدرت قراراً (فتوى) بخصوص الاستفتاء الذي ورد إليها من البنك حول النقصان الذي يحدث في خزائن الصيارفة أثناء العمل اليومي، ومدى مشروعية ما هو مُتَّبَع في البنك من تضمين الصّراف ما يحدث في خزينته من نقصان، مع أنه أمين، والأصل أنه لا ضمان عليه فيما يحدث في خزينته من فروق، ما لم يقم المصرف البيّنة على أن ذلك إنما وقع بسبب تعديه أو تفريطه. وقد جاء في القرار:

”الصراف أمين على المال الذي تحت يده، والقاعدة العامة أن الأمين لا يضمن إلا إذا فرّط في الحفظ أو تعدى فيما أوّتمن عليه... وكان الناس في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم يأتمن بعضهم بعضاً، وكان العامل يُصدّق إذا ادّعى هلاك ما في يده بلا تفريط منه.

وقد روي عن علي بن أبي طالب أنه قضى بتضمين الأجير والغسال والصبّاغ، وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك. وذهب شريح القاضي مذهب علي في تضمين الأجراء والصبّاغ، ولعل علياً وشريحاً إنما فعلا هذا ليحملا الأجير والصبّاغ على الحرص في حفظ الأمانة وعدم التفريط فيها، وخوفاً من كذب الصانع والأجير فيما يدعيه من هلاك ما استودع بلا تعدّ منه، وسداً للذريعة.

وترى الهيئة أن يستمر البنك على ما درج عليه من مطالبة الصّراف بدفع الفروقات التي تحدث بخزينته. أي أن يكون الأصل هو الضمان، إلا إذا ثبت للبنك ثبوتاً لا شبهة فيه أن الصراف لم يتعد ولم يفرط فيما ضاع من مال البنك، فإنه لا يضمن حيثئذ<sup>(١١٢)</sup>.

(١١٢) فتاوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني (جواب الاستفسار رقم ٢٢) ص ٨٤.

٢٦- والجدير بالملاحظة في هذا القرار أن هيئة الرقابة الشرعية للبنك أفتت بتضمين الصراف ما نقص من مال البنك الذي تحت يده، ما لم تقم البيئة على أن النقص حصل من غير تعديه ولا تفريطه، عملاً بالمصلحة، وسداً لذريعة الفساد في الأموال، مع أنه أجبر خاص، فكان الإفتاء بتضمين الوكلاء بالاستثمار المعاصرين، وهم إجراء مشتركون، من باب أولى. فليتأمل .

### شبهة القرض الربوي

٢٧- فإن قيل: إن تضمين المضارب (في المضاربة المصرفية) مع استحقاق رب المال نصيباً من الربح الحاصل يُفَرِّغُ عقد المضاربة من مضمونه، ويحوّله إلى قرض ربوي!

قلت: هذا فهمٌ غير سديد لما أوضحنا في المسألة، وفيه مغالطة من وجهين: (أحدهما) أن ضمان المقترض للمال الذي يقترضه ضمان عقد، أي ضمان مترتب على عقد من عقود الضمان<sup>(١١٣)</sup>، وهو القرض. وهذا الضمان أصليٌّ فيه، إذ تنشغل به ذمته بمجرد دخوله في ملكه بالقبض.

بخلاف ضمان المضارب ما تحت يده من مال المضاربة للتهمة، فإنه ليس بضمان عقد، لترتبه على عقد أمانة<sup>(١١٤)</sup>، إذ إن موجب عقد المضاربة صيرورة المال

(١١٣) عقود الضمان في الاصطلاح الفقهي: هي التي يعتبر المال المنتقل بناءً على تنفيذها من يد إلى يد مضموناً على الطرف القابض له. فبمجرد تنفيذها بالتسليم، يصبح المال الذي نفذت فيه مضموناً على العاقد القابض له. فما يصيبه من تلف فما دونه، ولو بأفة سماوية، يكون على مسؤوليته وحسابه. ومثالها: القرض والبيع والصلح عن مال بمال والمخارجة. (المدخل الفقهي العام للزرقا ٦٤١، ٦٣١/١).

(١١٤) عقود الأمانة: هي التي يكون المال المقبوض في تنفيذها أمانةً في يد قابضه لحساب صاحبه، فلا يكون القابض مسؤولاً عما يصيبه من تلف أو خسارة إلا إذا تعدى عليه أو قصر في حفظه. ومثالها: المضاربة والشركة بأنواعها والإيداع والوكالة والوصاية. (المدخل الفقهي العام للزرقا ٦٤١، ٦٣١/١).

بيده أمانة لا مضموناً، كما أنه ليس ضماناً أصلياً، لعدم ترتبه على عقد من عقود الضمان، بل هو ضمان عارض في عقد أمانة بسبب التهمة اللاحقة بالمضارب - بدلالة الحال - في أن ما وقع من التلف أو الخسارة كان بسبب تعديه (أي تجاوزه الحد المأذون به شرعاً في استثمار رأس المال) أو تفريطه (أي تهاونه في حفظه من التلف والخسارة)<sup>(١١٥)</sup>، وكلاهما موجب لما يسمى بضمان العدوان أو الضمان الناشئ عن المسؤولية التقصيرية، لا العقدية.

وهذا الضمان يطلق عليه في الاصطلاح الفقهي "ضمان التهمة"، وهو بطبيعته يزول ويرتفع بالبيّنة كما نص الفقهاء. وعلى ذلك؛ فإذا قامت البيّنة على أن وقوع التلف أو الخسارة كان بغير تعديه ولا تفريطه، فلا ضمان عليه.

(والثاني) أن الزيادة على رأس المال في القرض الربوي محققة (أي غير احتمالية) ومضمونة في ذمة المقترض، إذ هو إقراض بزيادة مشروطة على رأس المال بخلاف ضمان المضارب رأس المال ضمان تهمة في المضاربة المصرفية، فليس فيه زيادة محققة ثابتة ومضمونة لرب المال في ذمة المضارب، بل زيادة احتمالية متوقفة على حصول الربح في ماله الموجود في يد المضارب، ومقدرة بحصة نسبية معلومة من الربح الفعلي المتحقق بفعل المضارب، لا في ذمة المضارب. فافترقا. وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

(١١٥) مثله في ذلك - كما أسلفنا - مثل ضمان الصنّاع ما تحت أيديهم من متاع من استصنعهم، وضمان الأجير المشترك ما تحت يده من متاع من استأجره، وضمان سمسار البيع ما تحت يده من المتاع الذي قبضه لترويجه وبيعه بأوفر ثمن ممكن.

## الخاتمة

لقد انتهينا في هذا البحث إلى تقرير الأحكام الشرعية الآتية:

١- عدم تضمين المضارب تلف أو خسارة ما بيده من مال المضاربة بدون تعديه أو تفريطه في المضاربة التقليدية بصورتها البسيطة القائمة على أساس العلاقة الثنائية المباشرة بين شخصين طبيعيين، يعرف فيها رب المال عامل المضاربة معرفةً جيدة، ويثق بأمانته، ويطمئن إلى درايته وخبرته في استثمار الأموال، فيدفع إليه ماله ليتجر به على أساس عقد المضاربة، وبناءً على ائتمانه شخصياً على ذلك تعتبر يده القابضة للمال يد أمانة، فلا يضمن خسارته لو وقعت ما لم يقع منه تعدّ أو تفريط في إدارته، شأنه في ذلك شأن سائر الأمان من وديع ووكيل بلا أجر وولي ووصي وناظر وقف... إلخ.

٢- تضمين المضارب في المضاربة المستحدثة (في صورتها الجماعية المطورة كما تجريها المؤسسات المالية الإسلامية) ما تحت يده من رأس مالها ضمان تهمة، لا ضمان عقد. وهذا النوع من الضمان يزول بالبيّنة في النظر الفقهي، فإن أقام المصرف البيّنة على أن الخسارة وقعت من غير تعديه ولا تفريطه، فإن الضمان يرتفع عنه. ومستند ذلك التضمين أمران:

(أحدهما) إنتفاء الوصف الموجب لاعتبار يده يد أمانة، وهو كونه مؤتمناً من قبل المودعين على أموالهم، نظراً لتغير حاله في الواقع المعاصر، وصورته شخصية حكومية (اعتبارية) تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم من يقوم بإدارة الاستثمار فيها، إذ لا يمكن ولا يتصور في رب المال - وهم آلاف المودعين -

في تعاملهم معها أن يتعرّف كل منهم عليها كما يتعرف على الشخص الطبيعي في المضاربة التقليدية، حتى إذا ما اطمأنَّ إليه ووثق به، ائتمنه، فدفع إليه ماله، إذ إن مدير الاستثمار فيها غير معروف للمودعين، وهو شخصياً عرضة للتغيير والاستبدال في غالب الأحوال، بالإضافة إلى أنه ليس هو المضارب في عقد المضاربة المصرفية بحسب طبيعة وخصائص الشخصية الحكومية للمؤسسة المالية ونظام العمل المؤسسي فيها.

(والثاني) وجود شبه قوي مؤثر بين أحوال المضاربين في وضعهم الحاضر وبين أحوال الصنّاع والأجراء المشتركين وسماسة البيع والشراء في العصور التي خلت، إذ إنهم في الأصل أجراء، ويدهم على أمتعة من استأجرهم يدُ أمانة، غير أن جهابذة الفقهاء وحقاقهم حكموا بتغييرها إلى يد ضمان من نوع خاص، وهو ضمان التهمة، نظراً لتغير الظروف والأحوال، وقيام التهمة الناشئة عن شيوع فساد الذمم، وكثرة الطمع، وفقدان الورع، وضعف الوازع الديني في نفوس في ادعائهم كذباً وزوراً تلف ما بيدهم من أموال من استأجرهم بدون تعدّ منهم ولا تفريط، حيث إنهم يعملون فيها بعيداً عن نظر أو مراقبة أربابها، حمايةً لأموال أصحابها من الضياع، واعتباراً لقاعدة المصالح، وتحقيقاً لمقاصد الشريعة في حفظ المال، وتقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة. والله تعالى أعلم.

## خلاصة البحث

لقد انتهينا في هذا البحث إلى تقرير الأحكام الشرعية الآتية:

١- عدم تضمين المضارب تلف أو خسارة ما بيده من مال المضاربة بدون تعديّة أو تفريطه في المضاربة التقليدية بصورتها البسيطة القائمة على أساس العلاقة الثنائية المباشرة بين شخصين طبيعيين، يعرف فيها رب المال عامل المضاربة معرفةً جيدة، ويثق بأمانته، ويطمئن إلى درايته وخبرته في استثمار الأموال، فيدفع إليه ماله ليتجر به على أساس عقد المضاربة، وبناءً على ائتمانه شخصياً على ذلك تعتبر يده القابضة للمال يد أمانة، فلا يضمن خسارته لو وقعت ما لم يقع منه تعدّ أو تفريط في إدارته، شأنه في ذلك شأن سائر الأمان من وديع ووكيل بلا أجر وولي ووصي وناظر وقف... إلخ.

٢- تضمين المضارب في المضاربة المستحدثة (في صورتها الجماعية المطوّرة كما تجرّيها المؤسسات المالية الإسلامية) ما تحت يده من رأس مالها ضمان تهمة، لا ضمان عقد. وهذا النوع من الضمان يزول بالبيّنة في النظر الفقهي، فإن أقام المصرف البيّنة على أن الخسارة وقعت من غير تعديده ولا تفريطه، فإن الضمان يرتفع عنه. ومستند ذلك التضمين أمران:

(أحدهما): انتفاء الوصف الموجب لاعتبار يده يد أمانة، وهو كونه مؤتمناً من قبل المودعين على أموالهم، نظراً لتغير حاله في الواقع المعاصر، وصورته شخصية حكومية (اعتبارية) تتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمم من يقوم بإدارة الاستثمار فيها، إذ لا يمكن ولا يتصور في رب المال - وهم آلاف المودعين -

في تعاملهم معها أن يتعرف كل منهم عليها كما يتعرف على الشخص الطبيعي في المضاربة التقليدية، حتى إذا ما اطمأن إليه ووثق به، ائتمنه، فدفع إليه ماله، إذ إن مدير الاستثمار فيها غير معروف للمودعين، وهو شخصياً عرضة للتغير والاستبدال في غالب الأحوال، بالإضافة إلى أنه ليس هو المضارب في عقد المضاربة المصرفية بحسب طبيعة وخصائص الشخصية الحكومية للمؤسسة المالية ونظام العمل المؤسسي فيها.

(والثاني) وجود شبه قوي مؤثر بين أحوال المضاربين في وضعهم الحاضر وبين أحوال الصُنَاع والأجراء المشتركين وسماسرة البيع والشراء في العصور التي خلت، إذ إنهم في الأصل أجراء، ويدهم على أمتعة من استأجرهم يد أمانة، غير أن جهابذة الفقهاء وحذاقهم حكموا بتغيرها إلى يد ضمان من نوع خاص، وهو ضمان التهمة، نظراً لتغير الظروف والأحوال، وقيام التهمة الناشئة عن شيوع فساد الذمم، وكثرة الطمع، وفقدان الورع، وضعف الوازع الديني في نفوس في ادعائهم كذباً وزوراً تلف ما بيدهم من أموال من استأجرهم بدون تعدد منهم ولا تفريط، حيث إنهم يعملون فيها بعيداً عن نظر أو مراقبة أربابها، حماية لأموال أصحابها من الضياع، واعتباراً لقاعدة المصالح، وتحقيقاً لمقاصد الشريعة في حفظ المال، وتقديماً للمصلحة العامة على المصلحة الخاصة. والله تعالى أعلم.