الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة
دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي
الماليزي

Permissibility of Third-Party Guarantee for Capital in Mudhārabah
based on Maslahah
A Study In light of the resolution of (SAC-BNM)

موفق نور الدين

Mowaffak Nouredin

طالب دكتوراه، معهد المصرفية والتمويل الإسلامي، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا
PhD Student, Institute of Islamic Banking and Finance, International Islamic
University Malaysia (IIUM) moafaq838@gmail.com

أزمان بن محمد نور

Azman Bin Mohd. Noor

طالب دكتوراه، معهد المصرفية والتمويل الإسلامي، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا
Co-Professor, Institute of Islamic Banking and Finance, International Islamic
University Malaysia (IIUM) azmann@iium.edu.my

عارف علي عارف

Arif Ali Arif

أستاذ في قسم الفقه وأصوله، كلية معارف الوحي، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا
Professor, Department of Fiqh and Usul Al-Fiqh, Kuliyyah of Islamic Revealed
Knowledge, International Islamic University Malaysia (IIUM)
arif.ali@iium.edu.my

ملخص

يتناول هذا البحث دراسة المصلحة ومدى مراعاتها في الشريعة الإسلامية، وأقسامها، وضوابطها، والدور الذي تلعبه في الاستدلال على القضايا الفقهية الحادثة، سيما في حقل التمويل والصيرفة الإسلامية الذي كثرت مسائله وتوسّعت في الآونة الأخيرة، وتم في البحث دراسة واحدة من هذه المسائل وهي مدى جواز ضمان طرف ثالث لرأس المال في عقد المضاربة بناءً على المصلحة العامة، وقد تمّت دراسة المسألة في ضوء القرار الذي اتخذته المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي (SAC-BNM) بهذا الخصوص، واتبع الباحث المنهج الوصفي من خلال الدراسة الوصفية للمسائل ذات الصلة، والمنهج التحليلي من خلال تحليل تلك المسائل ومناقشتها ونقدها وتقويمها، وكان مما توصّل إليه الباحث جواز ضمان الطرف الثالث على أن يكون مستقلاً عن المضارب ورب المال، ومتبرعاً،

وأن يكون هناك تعدي أو تقصير من المضارب، ولا يجوز الضمان إذا ثبت أن رأس المال قد تلف بدون تعدي من المضارب، وإذا تلف رأس المال في الأحوال الطبيعية، فإن أقام المضارب البينة على أن التلف حصل دون تعد أو تقصير منه، لا يضمن؛ حفاظاً على مصلحته، وإن عجز عن تقديم البينة على عدم تعديهِ ضَمِنَ رأس المال حفاظاً على مصلحة أصحاب الأموال، وهذا هو النظر المصلحي.

الكلمات المفتاحية: المصلحة، الضمان، طرف ثالث، عقد المضاربة، المجلس الشرعي.

Abstract

This research studies public interest (*Maslahah*) and its consideration in Shari'ah. its classifications and regulations and the significant role it plays in establishing evidence on the contemporary juristic issues. More especially. in the field of Islamic finance and banking sector which issues are increasingly growing and expanding in recent times. The research studies one of these issues. which is the of permissibility of a third-party guarantee of capital in Mudhārabah transaction based on the notion *Maslahah*. The study was conducted on basis of the resolution adopted by the Shari'ah Advisory Council. Bank Negara Malaysia. (SAC-BNM) on the issue. The researcher used descriptive research method on descriptive related studies to describe the issue. while analytical method was used in analyzing the issue. critically discussing it and providing solution over it. Of the findings arrived at by the researcher are the third-party guarantee is permissible. if he is independent of *Mudarib* and *Rabbul mal*. benefactor and there is misconduct or negligence by him. The guarantee is not permissible if it is proven that the capital has been damaged without misconduct by *Mudarib*. and when the capital is damaged in the normal circumstances. if *Mudarib* establishes evidence that the damage occurred without misconduct or negligence on his part. it is not guaranteed in order to preserve his interest. and if he is unable to provide evidence that he has not violated the capital. it is guaranteed. in order to preserve the interest of *Rabbul mal*. and this is the interest consideration.

Keywords: *Maslahah*. Guarantee. Third Party. Mudhārabah Transaction. Shari'ah Advisory Council.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين، نبينا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

فإن دليل المصلحة المرسله يُعتبر واحدًا من الأدلة أو المصادر الشرعية عند معظم الفقهاء، وبواسطته يمكن الكشف عن الحكم الشرعي لما يستجدُّ من حوادث الحياة، وتدعو إليه حاجات الناس، خاصة الحوادث والنوازل التي تتناول المال وتتعلق بأحكامه، فقد بُنيت العديد من أحكام المعاملات المالية وفتاوى الهيئات والمجالس الشرعية في هذا العصر على دليل المصلحة واستمدّت قوتها منه، مثل مسألة ضمان طرف ثالث لرأس المال في عقد المضاربة.

مشكلة البحث

أصدر المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي (SAC-BNM) مجموعة من القرارات الشرعية في مسائل مالية متعددة، وكان مما أصدر القرار المتعلق بمسألة ضمان طرف ثالث لرأس المال في عقد المضاربة، (قرارات المجلس الشرعي، 2010) وقد بنى قراره هذا على أساس تحقيق المصلحة العامة، لكن المصلحة بابٌ واسع قد يُشتبه فيه بعض الأحكام، فجاء البحث للكشف عن مدى قرب ذلك القرار من النظر المصلحي، والتحقق من الحالات التي يجوز فيها ضمان الطرف الثالث لرأس المال استنادًا إلى المصلحة، ومن ثم السعي لإيجاد البدائل للحالات التي يبدو للباحث بُعدها عن شروط الاستدلال بالمصلحة وضوابط ذلك.

منهج البحث:

يتبع البحث:

- المنهج الوصفي: من خلال الدراسة الوصفية لدليل المصلحة ومواقف العلماء منها، ومسألة ضمان الأمانات والمتمثلة في ضمان رأس مال المضاربة في حالتنا، بالإضافة

إلى وصف لقرارات المجلس الشرعي ذات الصلة.

- المنهج التحليلي: من خلال التحليل والمناقشة لمسألة ضمان الطرف الثالث وأثر المصلحة فيها إضافة إلى تحليل قرار المجلس الشرعي بهذا الشأن.

تقسيم البحث

تم تقسيم البحث إلى مبحثين كما يلي:

- المبحث الأول: المصلحة في الشرع، تعريفها، مدى مراعاتها، أقسامها، ضوابطها
- المبحث الثاني: المصلحة في ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة في ضوء قرار المجلس الشرعي (SAC-BNM).

ويشتمل كل مبحث على عدة مطالب موضحة تباعاً في البحث

- المبحث الأول: المصلحة في الشرع، تعريفها، مدى مراعاتها، أقسامها، ضوابطها
- المطلب الأول: تعريف المصلحة في اللغة والاصطلاح:

أولاً: المصلحة في اللغة: المصلحة واحدة المصالح، وهي مصدر بمعنى الصلاح أو النفع، ونقيضه الفساد، وأصلح الشيء بعد فساد، أي أقام اعوجاجه وجعله نافعاً. (Ibn Manzūr, 1414)

ثانياً: المصلحة في الشرع: للمصلحة تعاريف عديدة في اصطلاح الأصوليين منها:

1. المصلحة عند ابن قدامة: هي: "جلب المنفعة، أو دفع المضرة. (Ibn Qudāmah, 2002).

ونلاحظ أنه لا زيادة في هذا التعريف على المعنى اللغوي للمصلحة، كونها الحصول على المنافع ودرء المفاسد، فهو على إطلاقه اللغوي دون ذكر لأي قيد.

2. المصلحة عند الغزالي: "أما المصلحة فهي عبارة في الأصل عن جلب منفعة، أو دفع مضرة، ولسنا نعني به ذلك، فإن جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم لكننا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود

30 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

الشرع من الخلق خمسة، وهو: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمّن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يُفوّت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة". (Al-Ghazālī, 1993)

قيّد الغزالي معنى المصلحة بلزوم المحافظة على مقصود الشارع في العباد، فلا اعتبار للمصلحة المخالفة لمقاصد الشرع، ولو اتفقت مع أعراف الناس وعاداتهم، وقد بيّن مقصود الشارع في الخلق في حفظ: دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم. (Al-Būtī, 1982)

3. **المصلحة عند الشاطبي:** هي "ما فهم رعايته في حق الخلق من جلب المصالح ودرء المفاسد على وجه لا يستقل العقل بدركه على حال، فإذا لم يشهد الشرع باعتبار ذلك المعنى، بل برده كان مردوداً باتفاق المسلمين". (Al-Shātibī)

فالمصلحة عند الشاطبي ما راعاه الخالق في حق العباد، وهي مُحالّة إلى الشارع ليشهد لها بالاعتبار أو بالإلغاء، أما العقل فلا يستقل وحده بإدراك المصلحة أو المفسدة، بل لابد من النظر الشرعي في ذلك.

وبناءً على ما سبق لابدّ أن تكون المصلحة الشرعية:

- راجعة إلى مقاصد الشريعة، ومحققة لها، لأن المصلحة أمر نسبي، فما يراه أحدهم مصلحة ربما لا يراه الآخرون كذلك، فوجب ضبطها بضوابط الشرع، وإرجاعها إلى مقاصده.

- منطلقة من النظر الشرعي، ومبنية على المعنى الذي أراده الشارع لعباده، فلا تصح للخبرات الإنسانية والموازن العقلية وحدها أن تقرر مصالح العباد وتميزها مما هو فاسد.

المطلب الثاني: رعاية المصالح في الشريعة وخصائصها

قام التشريع الإسلامي على حفظ مصالح الناس، والعناية بها وتحقيقها، وأولى ذلك اهتماماً كبيراً، فلا يُطلب من العباد عملٌ إلا إذا كان فيه مصلحتهم ونفعهم، ولا يُنهون عن شيء إلا إذا رُجحت مفسدته على مصلحته، ولو خلت أحكام الله من المصلحة، لما كان

للتكليف بها معنى. (Al-'Amīdī).

وعند استقرار آيات الأحكام نجد الكثير منها معللة بتحقيق مصالح العباد، مثل قوله تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ، وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ﴾ (المائدة:6)، فرفع الحرج والمشقة عن العباد وإسباغ النعم عليهم مصلحة لهم. (Al-Shātibī).

واتبعت الشريعة في مراعاتها للمصالح منهجاً تميزت به عن باقي الفلسفات الأخلاقية والنظم الوضعية، كونها شريعة ربانية من لدن رب العالمين، فاختصت المصلحة في الشريعة بأنها:

1. من هدي الشرع، وليس من هوى النفس، فعلى المؤمن أن يكون في جميع أحواله مع الشريعة، لا مع بواعث الهوى والعواطف.
2. غير مقتصرة على الحياة الدنيوية، بل جاءت لتحقيق صلاح الناس وسعادتهم في الدنيا والآخرة.
3. جمعت بين المصلحة المادية والمعنوية، أي الروحية والجسدية، وحافظت عليهما معاً، فلم تغلب جانباً على آخر (Al-Būtī, 1982).

المطلب الثالث: أقسام المصلحة ودرجاتها

المصالح الشرعية على درجات مختلفة، ولها أقسام عديدة باعتبارات مختلفة، وتأتي الفائدة من تقسيم المصالح حالة حدوث التعارض بينها، أو عند ترجيح بعضها على بعض بتقديم المصلحة الأقوى على الأدنى، وهنا ثلاثة أقسام أساسية للمصلحة باعتبارات مختلفة كما يلي:

أولاً: تقسيم المصالح من جهة رعاية الشارع لها: وتنقسم بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنواع:

1. المصلحة المرعية: وهي المصلحة التي شهد الشرع لها بالاعتبار، أي جاء الدليل الشرعي باعتبارها، وهذا النوع حجة، ولا خلاف في حجيتها، ولا إشكال في إعمالها (Al-Zuhailī, 1986).
2. المصلحة الملغاة: وهي المصلحة التي شهد الشرع لها بالإلغاء، أي جاء الدليل الشرعي

32 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

ببطلانها، ووردت الأحكام بإلغائها وعدم اعتبارها. (Hassān, 1981)

ومن الأمثلة على هذا النوع من المصلحة: القول بالتسوية بين الابن والبنت في الميراث، بدعوى تساويهما في درجة القرابة من المورث، وتحقيق المساواة بين الرجل والمرأة، فهي مصلحة ملغاة لا اعتبار لها، ويدل على إلغائها قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾ (النساء: 11).

3. **المصلحة المرسلة:** وهي المصالح الملائمة لمقاصد الشارع الإسلامي، ولا يشهد لها أصل خاص بالاعتبار أو الإلغاء. (Abū Zahrahzain)

فالمصلحة المرسلة لا يوجد نص خاص يعتبرها، ولا آخر يلغيها، ولكنها مظنة لتحقيق مقاصد شرعية، ودلت بعض الأدلة والقواعد العامة عليها، وهو ما يمكن تسميته بالجنس البعيد للمصلحة، وعليه فالمصلحة المرسلة ليست مجردة من أي دليل، بل مستندة إلى دليل ما، غير أن هذا الدليل لا يتناول عين هذه المصلحة، وإنما يتناول الجنس البعيد لها. (Uthman Zain, 2008)

ومن الأمثلة عليها جمع أبو بكر للقرآن الكريم بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم، فليس هناك دليل خاص يأمر بذلك ولا دليل آخر يمنعه، ولكن في جمع القرآن مظنة لتحقيق مقصد هام وكني وهو حفظ الدين وأحكامه. (Al-Būtī, 1982)

وقد اشتهر بالاحتجاج بهذا النوع من المصلحة المالكية فاعتبروها دليلاً مستقلاً ما لم تُصادم نصاً أو إجماعاً، (Al-Qarāfī, 1973)، ويليهم الحنابلة، فالناظر في فقههم يجد أنهم كثيراً ما عللوا الأحكام بما دعت إليه الحاجة التي تحقق مصلحة الناس (Ibn Al-Qayyim, 1428).

أما الشافعية والحنفية فلم يعتمدوا المصلحة المرسلة دليلاً مستقلاً، لكنهم أحقوها بأدلة أخرى لديهم ولم ينكرونها، فالشافعية بنوا الأحكام عليها إذا كانت شبيهة بالمعتبرة وقرينة منها، (al-Juayni. 1997). أما الحنفية فأدخلوها ضمن دليل آخر امتاز به مذهبهم، وهو دليل الاستحسان، (Al-Sarkhasī, 1993).

وبذلك نرى التقارب بين مواقف الفقهاء في الاستناد إلى دليل المصلحة المرسلّة، إذ لا مناص من الاعتماد عليه؛ لأن الأصول محدودة، والحوادث والنوازل متجددة لا حصر لها، واعتبار المصلحة المرسلّة يجعل باب الاجتهاد مفتوحاً للحكم في المسائل لمستجدّة بما يوافق مقاصد الشارع وقواعدها العامة، وبذلك تبقى الشريعة صالحة ومرنة لكل زمان ومكان. (Ibn al-Qayyim, 1428)

ثانياً: تقسيم المصالح باعتبار القوة، أو الدرجة، تنقسم المصالح بهذا الاعتبار إلى أقسام ثلاثة:

1. **المصلحة الضرورية:** وهي المصلحة التي لا بدّ منها لقيام حياة العباد، وتُعتبر أقوى المصالح وأولاها بالحفظ، وإذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهاجر. (Al-Shātibī). وتتجسد هذه المصلحة في الحفاظ على ضرورات وأمر كلية بما قوام العباد في الدنيا والآخرة، وهي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، ولا خلاف بين العلماء في ضرورة المحافظة عليها، لذا قُدمت على سواها من المصالح (Amir al-Haj, 1983)

2. **المصلحة الحاجية:** وهي المصلحة التي لا تفوت الحياة من دونها، ولكن فقدانها يسبّب للمكلفين الضيق، ويوقعهم في المشقة والخرج. (Al-Shātibī) وبما أن الشريعة مبنية على رفع الحرج والمشقة وطلب اليسر، راعت المصالح الحاجية للعباد أيضاً، ورعايتها تظهر في أحكام كثيرة كالرخص في العبادات، وأنواع المعاملات المشروعة. (Ibn 'Āshūr, 2004).

3. **المصالح التحسينية:** وهي المصالح المتعلقة بمكارم الأخلاق ومحاسن العادات، وتقع هذه المصلحة موقع التزيين والتحسين، في العبادات، والمعاملات، والعادات، والأخلاق. (Al-Ghazālī, 1993).

ويمثل لهذا النوع آداب الأكل، والشرب، ومحاسن العادات، والأخلاق. (Ibn 'Āshūr, 2004).

ثالثاً: تقسيم المصالح من حيث شمولها: والمصالح بهذا الاعتبار ثلاثة أقسام هي:

34 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

1. **المصلحة العامة أو الكلية:** وهي ما فيها صلاح جميع الأمة، كحفظ أصل الدين من الزوال، وحماية مقدسات المسلمين، والحفاظ على كرامة الأمة فهذه الأمور تُعد مصلحة ضرورية غلبا تتعلق بالمسلمين جميعاً. (Ibn 'Āshūr, 2004).
2. **المصلحة المتعلقة بأغلب الناس:** وهي المصلحة المتعلقة بفئة من فئات المجتمع مثل الطلاب أو الصناع أو التجار، ويمثل لها بتضمين الصناع ما يتلف في أيديهم من السلع، فهذه الأمر متعلق بفئة معينة من المجتمع وهم الصناع. (Al-Ghazālī, 1993).
3. **المصلحة الخاصة أو الجزئية:** وهي المصلحة المتعلقة بفرد واحد أو عدد قليل من الأفراد، مثل حفظ مال السفينة من الضياع بالحجر عليه فترة سفينه. (Al-Ghazālī, 1993).

المطلب الرابع: الضوابط الموضوعية للأخذ بالمصلحة

وضع الفقهاء ضوابط لا بدّ منها كي يصح الاستدلال بالمصلحة وهي:
أولاً: اندراجها في مقاصد الشريعة:

ومقاصد الشريعة هي الغايات والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من الأحكام من أجل تحقيق مصالح العباد. (Al-Yūbī, 1998; Al-Fāsī, 1993)
وترمي هذه المقاصد إلى الحفاظ على خمسة أمور كليات في الخلائق، وهي: الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، وتندرج تحت هذه الكليات الخمسة، مقاصد خاصة وجزئية كثيرة موضوعة عند كل حكم فرعي، تهدف بمجموعها تحقيق مصالح الناس
لذا فإمكانية بناء الأحكام على المصلحة منوطة بمدى ملائمة هذه الأحكام ومناسبتها لمقاصد الشارع، ولا يستقيم بناء الأحكام عليها إذا خالفت مقصداً من مقاصد الشريعة. (Al-Ghazālī, 1993).

ثانياً: عدم معارضة المصلحة للكتاب أو السنة أو الإجماع:

فلا مجال للمصلحة أن تعارض النصوص الصريحة والقطعية في مدلولها بالاعتبار أو الإلغاء، وإن وجدت مصلحة معارضة لنص قطعي فهي ليست إلا مصلحة وهمية ولا تُشرع الأحكام

على أساسها، ولا بدّ في هذه الحالة إهمال المصلحة وإعمال النص. (Al-Ghazālī, 1993). ومن الأمثلة على ذلك قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾ (النساء: 11)، وهذه الآية تدلّ أن الولد الذكر يأخذ ضعف الأنثى فيما ترك الميت، ودلالاتها قاطعة لا تحتمل التأويل بدعوى المصلحة مهما تغيرت الأزمان والأماكن. (Al-Būtī, 1982).

وأما الإجماع فهو الآخر كالنصوص القطعية فلا تُقدم المصلحة عليه؛ وذلك لأن دليل المصلحة ظنيّ، ودليل الإجماع قطعي، ولا يقوى الظني من الأدلة على معارضة القطعي منها. (Al-Khādimī, 1419).

ثالثاً: عدم معارضتها للقياس:

القياس مراعاة مصلحة في فرع، بناءً على مساواته لأصل في علة حكمه المنصوص عليه. فالقياس يجمع بين شيئين: العلة والمصلحة، وبينهما العموم والخصوص المطلق، أي أنّ كل قياس مراعاة للمصلحة، وليس كل مراعاة للمصلحة قياس. والفرق الذي بينهما أن المصلحة لا تستند إلى دليل خاص، وإنما تستند إلى دليل يتناول الجنس البعيد لها، كجنس حفظ النفوس، والعقول، أما القياس فهو يتناول الجنس القريب وقام الدليل المباشر على اعتباره. (Al-Būtī, 1982).

رابعاً: عدم تفويتها مصلحة أهم منها أو مساوية لها:

المصالح على رُتب ودرجات مختلفة، وقد تتعارض أحياناً، وهنا يجب التوفيق بينها إن أمكن، أو ترجيح بعضها على البعض، فإذا تعارضت مصلحتان وجب النظر إليهما من النواحي الآتية:

1. النظر إلى رتبة المصلحة في الأهمية، وبموجب ترتيب المصالح في الأهمية تُقدم مصلحة حفظ الدين، وتليها مصلحة حفظ النفس، ثم مصلحة العقل، فالنسل فالمال، ومثالها عمل المرأة، ففيها مصلحة مالية، ولكن لو أصبح عملها سبباً للقصور في واجبها

36 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي

الأسري، لا بدّ من ترجيح الحفاظ على مصلحة الأسرة على مصلحة العمل. وهذا تقديم لمقصد حفظ النسل على مقصد حفظ المال.

2. النظر إليها حسب الدرجة، والمصالح تنقسم إلى ثلاث درجات هي: الضرورية والحاجية والتحسينية، ومن الأمثلة: كشف العورة للطبيب، فإن سترها أمر تحسيني، لكن أيج كشفها للعلاج الذي يُصلح النفس ويحافظ عليها، وهذا أمر ضروري.

3. النظر إليها من ناحية الشمول، فتقدم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. أو فئة قليلة، وكلما توسعت طبقة المستفيدين من المصلحة ترجحت على سواها، ولهذا وضع الفقهاء القاعدة المعروفة "المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة" ومن الأمثلة: ترجيح مصلحة عامة أهل السوق على مصلحة الواحد منهم في تلقيه للركبان والشراء منهم خارج البلدة. (Uthmān Zain, 2008).

هذا ما يتعلق بدليل المصلحة في الشريعة وأقسامها وضوابط بناء الأحكام عليه.

المبحث الثاني: المصلحة في ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة في ضوء قرار المجلس الشرعي (SAC-BNM)

وننظر في هذا المبحث مدى إمكانية تطبيق دليل المصلحة على مسألة ضمان طرف ثالث لرأس المال في عقد المضاربة من خلال قرار المجلس الشرعي وذلك في المطالب الآتية:

المطلب الأول: نشأة المجلس الشرعي ودوره في مجال التمويل الإسلامي في ماليزيا
تأسس المجلس الشرعي (SAC) تحت إشراف البنك المركزي الماليزي (MNB) في أيار عام 1997م، ليتولّى مهمّة النظر في المعاملات المالية المستجدة، وضمان توافقها مع الشريعة، ولتحقيق التقارب بين وجهات النظر والآراء كونه محطة للاجتهاد الجماعي وأتمودجاً له. (Muhammad, 2012)

ويتكوّن المجلس من رئيس، وعدد من الأعضاء من علماء الشريعة ودارسيها البارزين في

البلد، وعدد من رجال القانون وخبراء الاقتصاد، وجميعهم ذو خبرة في مجال التمويل والصيرفة.

ومرّ المجلس منذ نشوئه بعدة مراحل صيغت له خلالها تشريعات عديدة حددت إطاره القانوني، وأسندت إليه مهام تمثّلت في تقديم المشورة للبنك المركزي في مسائل والمعاملات المالية التي تحتاج إلى بياناً لحكمها الشرعي، والنظر في المنتجات المالية المقترحة من المؤسسات المالية الإسلامية، والتحقق من حكمها الشرعي. (Anonymous, 2010)

وبهذا أصبح المجلس يمثل أعلى هيئة شرعية في الدولة، تُقدم المشورة وتقوم بالنظر في المستجدات المتعلقة بالمؤسسات المالية الإسلامية ومنتجاتها وخدماتها.

المطلب الثاني: ضمان طرف ثالث لرأس المال في عقد المضاربة بناءً على المصلحة (الكفالة في عقود الأمانة)

صدر عن المجلس الشرعي قراراً بشأن ضمان طرف ثالث لرأس المال في عقد المضاربة بناءً على المصلحة، وبيان ذلك فيما يلي:

أولاً: مضمون القرار رقم (28) ومستنده الشرعي:

1. ضمان طرف ثالث لرأس المال و/أو الأرباح في عقد المضاربة:

تمت الإحالة إلى المجلس الشرعي مسألة مدى جواز ضمان طرف ثالث لرأس المال و/أو الأرباح المتوقعة من عقد المضاربة، وقد قرر المجلس في اجتماعه الواحد والتسعين، الموافق لـ 2009/10/1، السماح لطرف ثالث بضمان رأس المال و/أو الأرباح المتوقعة في عقد المضاربة، على أن يكون الطرف الثالث مستقلاً، وليس لديه أي علاقة مباشرة أو غير مباشرة بالمضارب.

2. المستند الشرعي للقرار:

يستند مضمون هذا القرار على تحقيق مصلحة عامة تكمن في كسب ثقة المستثمرين، والاستمرار في الاستثمار في المشاريع الكبيرة في الدولة.

38 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

وبالإضافة إلى القرار السابق، فقد أشار القرار رقم (25) إلى مسألة مدى جواز الاستعانة بطرف ثالث يضمن الالتزامات المترتبة على المضارب في عقد المضاربة. وكذلك جاء في القرار (105) بأن شركة دناجامين (Danajamin) تضمن رأس المال لأصحاب المال والمستثمرين في الصكوك التي تستند إلى عقود المشاركة كالمضاربة والوكالة بالاستثمار. (Anonymous, 2010)

وحاصل هذه القرارات أنّ المجلس قد أجاز تدخل طرف ثالث مستقل عن طرفي عقد المضاربة بصفته كفيلاً عن المضارب حالة عجز المضارب عن إعادة رأس المال إلى رب المال، وأسند هذا الحكم إلى دليل المصلحة، علماً بأنّ المضاربة من عقود الأمانة التي لا ضمان فيها على المضارب في الأصل

ثانياً: تكييف المجلس للطرف الثالث

إنّ الطرف الثالث وبحسب تكييف المجلس له يُعتبر كفيلاً عن المضارب، فيضمن رأس المال حالة خسارة المشروع. (Anonymous, 2010)

ولكن من المعلوم فقهاً أنّ الكفالة لا بدّ لانعقادها من وجود دين مستحق على الأصيل (المكفول عنه)، وهذا مفقود هنا، لأنّ المضاربة من عقود الأمانة، والمضارب في الأصل أمين لا يضمن ما وقع تحت يده مالم يكن هناك تعدٍ أو تقصير منه، أي لا يوجد دين لربّ المال على المضارب كي يتمّ تقديم طرف ثالث بصفته كفيلاً عنه.

وقد أقرّ المجلس بعدم تضمين المضارب، واعتبره أميناً، وهذا في القرار (25) فبموجبه لا يضمن المضارب رأس المال لرب المال لمن يتعامل معهم في عقد المضاربة، وهم أرباب الأموال. (Anonymous, 2010) وبذلك يمكن القول إنّ المجلس قد أقرّ:

بأنّ المضارب أمين لا ضمان عليه، وذلك بموجب القرار رقم (25)، وهذا هو الأصل. إلا أنه:

أجاز تدخل طرف ثالث بصفته كفيلاً عن المضارب في القرار رقم (28) علماً بأنّ

المضارب أميناً لا دين مستحق عليه لرب المال. وهنا تبرز المشكلة في تصوّري. وقد بني هذا الحكم على أساس من مصلحة عامة كامنة في الحفاظ على ثقة أصحاب الأموال والمستثمرين في المشاريع الكبيرة للدولة، وتحليل المسألة ومناقشتها في الفقرات الآتية.

ثالثاً: حكم يد الأمانة ويد الضمان في العقود المالية: إن وضع اليد على مال الغير:

1. إما أن يكون بإذن من المالك، فتسمى اليد في هذه الحالة يد أمانة، وصاحبها أمين، مثل يد الوديع أو المضارب، ولا ضمان على يد الأمانة، فلو هلك المال بيد الأمين بدون تعدٍ أو تقصير منه فلا ضمان عليه.
2. أو بدون إذن المالك، فتسمى يد الحائز يد الضمان، مثل يد الغاصب والسارق، ووضع اليد على أموال الغير بدون إذن منهم، أو من الشارع يجعلها مضمونه على الواضع، فإذا تلفت هذه الأموال ضمنها الواضع سواءً كان ذلك بتعدٍ أو تقصير منه أم لا. (Anonymous)

رابعاً: صفة يد المضارب بين الأمانة والضمان

تُعتبر المضاربة نوع من أنواع الاشتراك في استثمار المال وتنميته. وبموجبها يعطي صاحب مالٍ لآخر من ماله بنيةً الاتجار والعمل فيه، على أن يكون الربح بينهما بنسبة معلومة. (Al-Zuhailī, 1986). وهي من أشهر صيغ المشاركة في استثمار المال في المؤسسات المالية الإسلامية.

والمضاربة مشروعة باتفاق الفقهاء، وبأدلة عقلية ونقلية عديدة، (Al-Zuhailī, 1986). والحاجة داعيةٌ إليها، وتمثلةً في إنّ شخصاً ما قد يملك مالاً ولا يهتدي إلى سبل نماءه، وآخر يمتلك الخبرة والحيل، ولكن لا يملك رأس المال، واجتماع هذان العاملين (المال

40 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

والخبرة) على صعيد واحد يؤديان إلى حفظ المال وتنميته، الأمر الذي قصده الشرع ودعا إليه.

هذا وعلى رب المال أن يُسلم المال للعامل بغية استثماره، إذ أن المال والعمل هما بمثابة المعقود عليه في عقد المضاربة، (Al-Hattāb, 1992) ويترتب على هذا التسليم صفة ليد المضارب على ما وقع تحت يده. فما صفة يد المضارب على المال، الأمانة أم الضمان: لا خلاف بين الفقهاء كون المضارب أميناً، أي أن رأس مال المضاربة أمانة في يده ولا ضمان عليه، ولا يتحمل تبعه هلاك ما تحت يده من الأموال. (Al-Sarkhasī, 1993;) (Al-Shirbaynī, 1994; Al-Hattāb, 1992; Ibn Taymiyah, 1995) وهذا هو الأصل ويُستثنى من ذلك حالة وقوع شيء من التعدي أو التفريط من المضارب، فتتقلب صفة اليد هنا لتصبح يد ضمان، ويلزم بدل التالف لرب المال. (Al-Shirbaynī, 1994)

خامساً: حكم كفالة الأمانات في المذاهب الفقهية

الكفالة هي إحدى طرق التوثيق الهامة في العقود على صعيد الأفراد والمؤسسات، وهي في الشرع: ضمّ ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الدين. (Ibn ‘Ābidīn, 1992;) (Ibn Qudāmah, 1968) فإذا ترتّب دين لشخص على آخر فقام ثالث بضمانه للدائن حالة تخلف المدين أو مماطلته، كانت الكفالة.

والكفالة مشروعة باتفاق الفقهاء، وبأدلة عديدة من الكتاب والسنة، وللحاجة إليها في التعاملات المالية ولا شك في الكفالة من ضرورة وجود مكفول به أي الحق أو الدين الذي وقع عليه الضمان، إذ هو ركن من أركان الكفالة، (Anonymous, 1427) وتفرع عند الفقهاء من هذا الركن مسائل عديدة منها مسألة مدى جواز كفالة الأمانات، أي الأموال التي لا ضمان فيها على صاحب اليد، كالوديعة ورأس مال المضاربة، ولفقهاء المذاهب أقوال في ذلك مبيّنة فيما يلي:

1. الحنفية: وقسموا الأموال التي تُعد أمانة في يد الشخص إلى قسمين هما:

- الأموال التي يجب على صاحب اليد تسليمها لمالكها، كالعارية في يد المستعير، والعين المستأجرة في يد المستأجر، وهذا القسم من الأمانة جاز كفالته، وذلك بتسليمه، لوجوب التسليم على صاحب اليد.

- الأموال التي لا يجب على صاحب اليد تسليمها، وعلى المالك أن يسعى إلى استلامها، كالودائع وأموال المضاربة، وهذا القسم من الأموال لا تجوز الكفالة بتسليمها، أو الكفالة بقيمتها؛ وذلك لأنه لا شيء منهما مضموناً أو واجب التسليم على صاحب اليد، ولا كفالة إلا بما هو واجب من الحقوق والديون. (Anonymous, 1310).

2. المالكية: وذهبوا إلى عدم جواز ضمان الودائع والعواري ومال المضاربة، وذلك لأنها من الأمانات، ولكن إذا تلفت بتعد أو تقصير من صاحب اليد، تحولت يده إلى يد ضمان وأصبحت هذه الأموال بتعديده أو تقصيره ديناً في ذمته فجاز الضمان ولزم. (Al-Dasūkī).
3. الشافعية: وقالوا إن العين إذا لم تكن مضمونة على من في يده، كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل، فلا يصح ضمانها؛ لأن الواجب فيها التسليم أو التخلية. (Al-Ramlī, 1984)

4. الحنابلة: وذهبوا إلى أن الأمانات، كالوديعة والعين المؤجرة ومال المضاربة لا ضمان فيها؛ لأنها ليست مضمونة على من في يده، فكذلك غير مضمونة على الكفيل، أما لو ضمنت الأمانات حالة تعدٍ أو تقصير في حفظها جاز الضمان. (Ibn Qudāmah, 1968).

ويُستفاد من مجموع هذه الأقوال أنّ الأمناء لا يحتاجون إلى كفيل، فذمة المضارب مثلاً -وهو أمين- ليست مشغولة بدين، فلم يتحقق ركن الكفالة في ضم ذمة الكفيل إلى الأصل في المطالبة بالدين، ويبقى هذا الأصل مالم يتعدى المضارب أو يقصر، فلو تلف المال بتعديده أو تقصيره تحول يده حينها من الأمانة إلى الضمان، وأصبح رأس المال ديناً في ذمته، وعليه أدأؤه بنفسه أصالة أو عن طريق طرف ثالث كفالةً.

12 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

سادساً: الاستدلال بالمصلحة في ضمان طرف ثالث لرأس المال في عقد المضاربة (كفالة الأمانة).

إن الإشكالية التي تبدو لي في مسألة ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة أنه ضمان ناقص الأركان، فلا دين على المضارب هنا، لأن يده يد أمانة، فما الذي يضمنه الكفيل، إن لم يكن هناك دين على الأصيل (المضارب).

وقال الفقهاء: إن التزام الكفيل تابع لالتزام الأصيل، وإذا سقط الأصل سقط التبع. (Anonymous, 1427)

وفي حديث سلمة بن الأكوع رضي الله عنه: أن النبي صلى الله عليه وسلم أُتي بجنابة ليصلي عليها، فقال: «هل عليه من دين؟»، قالوا: لا، فصلّى عليه، ثم أُتي بجنابة أخرى، فقال: «هل عليه من دين؟»، قالوا: نعم، قال: «صلّوا على صاحبكم»، قال: أبو قتادة عليّ دينه يا رسول الله، فصلّى عليه (Al-Bukhārī, 1422)

وهذه من الأحاديث التي استدلت بها على جواز الكفالة في الشريعة، ودلالة الحديث بيّنة في أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد امتنع عن الصلاة على الرجل الثاني بسبب الدين الذي عليه، إذ قال: «صلّوا على صاحبكم»، حتى تقدّم واحد من الصحابة وتكفل بالدين الذي على الرجل، فصلّى عليه الرسول صلى الله عليه وسلم.

فالحديث يدلّ دلالة صريحة على ضرورة وجود دين حتى تتم الكفالة.

ولذلك فإن تكليف المضارب بإحضار كفيل وهو أمين على المال الذي معه مخالف لما اتضح من دلالة النص السابق في ضرورة وجود حق أو دين يتكفل به الكفيل، ولا دين هنا على المضارب.

وعليه فالاستدلال بالمصلحة لا سبيل له هنا في تقديري، لمعارضة المسألة أدلة نصية صريحة. وقد جاء في بحث للدكتور عبد الستار أبو غدة: "وهذا الالتزام -أي التزام الطرف الثالث- ليس ضماناً بمعنى الكفالة، لأنها لا تكون إلا في دين صحيح ثابت حاضراً أو مستقبلاً

فيكون هناك مدين أصيل وكفيل بالدين، وهنا الأصيل (المضارب) ليس مدينًا لأنه بطبيعة المضاربة لا تصح مسؤوليته". (Abū Ghuddah)

ثم إن الكفيل المفترض في مسألتنا وبعد أداء المال إلى رب المال سيطالب المضارب بما أدى وهو أمين لا دين عليه. فلا مصلحة للمضارب أن يُطالب بما ليس عليه.

المطلب الثالث: تضمين المضارب بناءً على المصلحة كبديل عن مطالبة بتقديم كفيل
المقترح في تقديري هو البحث عن سبيل شرعي يُمكن من خلاله تضمين الأمين أولاً، والنظر في مدى جواز ذلك، فإن أمكن تضمينه لرأس المال بصيغة شرعية ما، احتُمل أن يصبح مدينًا لما ضَمِن حالة تلف المال، وما أن يصبح مدينًا حتى يصح تقديمه لطرف ثالث يكفل عنه ذلك الدين.

وللبحث عن هذا يجدر بنا النظر فيما ذكر الفقهاء من العقود والحالات التي تقبل تحويل يد الأمانة فيها إلى يد ضمان، ومنها مسألة تضمين الصناع استنادًا إلى المصلحة، -وهم أمناء في الأصل- وتم اختيار هذه المسألة لأنها قابلة للتطبيق على العديد من عقود الأمانة ومنها مسألة -يد المضارب- للشبه بين المسألتين كما سيتضح معنا.

أولاً: تضمين الصناع بالمصلحة:

الصانع أو (الأجير المشترك) هو الذي يعمل لأكثر من شخص، فيعمل للمؤجر ولغيره، ويقابله الأجير الخاص، وهو الذي يعمل لشخص معين عملاً مؤقتاً. (Anonymous, 1427)

والأصل أن الأجير المشترك أمينٌ لا يضمن، ما لم يتعدَّ أو يقصِّر، وذلك كون الأموال تقع تحت يده بإذن أصحابها.

ولكن اشتهر على ألسنة العديد من فقهاء المذاهب، وخاصة المالكية، تضمين الصناع استنادًا إلى المصلحة العامة المتمثلة في الحفاظ على أموال الناس التي تقع تحت أيدي

الصناع، (Al-Ma'danī, 1986) وبيان ذلك:

44 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي

إن الصنّاع في الأصل مؤتمنون لا ضمان عليهم، وقد سار الناس على هذا الأصل في زمن النبوة، والخلافة الراشدة، وذلك لسلطان الدين على النفوس، وقلة الخيانة بين أفراد هذه الطائفة آنذاك، فقضى الفقهاء بأنهم لا يضمنون ما هلك تحت أيديهم.

ولكن تغير الحال بعد ذلك، بأن ضعف سلطان الدين في النفوس وتفشى الكذب، وعمت الخيانة، فوجب تضمينهم، وقد قال علي بن أبي طالب رضي الله عنه: "لا يصلح الناس إلا ذاك" سيما أن الحاجة إلى الصنّاع مؤكدة، ولا غنى لعموم الناس عنهم، فقضت المصلحة تضمينهم حفاظاً على أموال الناس من الضياع. (Hassān).

وهذا الأمر يدخل ضمن قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وهي تقديم مصلحة عامة الناس من أرباب السلع على فئة منهم وهم الصنّاع.

لكن تحقيق مصلحة طرف أو جماعة ما في الشريعة لا يعني البتة إهمال مصلحة الطرف الآخر، بل هو توازن بين المصلحتين، وعدل بين الفريقين، وهذا هو مقصد الله الأهم في خلقه، لذا فإن فساد الدم، وضعف الوازع الديني عند معظم الصنّاع وأمثالهم، قد يبرّر تضمينهم، ولكن لا يكون التضمن على إطلاقه وفي كل الأحوال، بل هو موقوفٌ على إثبات التعدي من الصانع، إذ أن التعدي هو مناط التضمن وسببه. (Hassān).

وقد جاء في كتاب المقدمات الممهدات لابن رشد، وبعد أن برّر تضمين الصنّاع بسبب فسادهم: "فلو علموا أنهم يؤتمنون ولا يضمنون، ويصدّقون فيما يدّعون من التلف؛ لتسارعوا إلى أخذ أموال الناس... وللحقّ أرباب السلع في ذلك ضرر شديد... فكان هذا من الأمور العامة الغالبة التي يجب مراعاتها والنظر فيها للفريقين جميعاً، فكان الحضر في دفعها إليهم على التضمن حتى إذا علم إهلاكها بالبينة من غير تضييع، لم يضمنوا، لإزالة الضرر عنهم، كما إذا لم يعلم الهلاك والتلف ضمنوا لإزالة الضرر عن أهل الأموال. هذا قول مالك... وتابعه على ذلك جميع أصحابه" (Ibn Rushd. 1988)

وملخص هذا القول، إذا هلك المال بيد الصانع فلا يضمن المال مطلقاً وبمجرد حصول التلف، بل لا بدّ من وجود بَيِّنة على أن التلف حاصل منه.

فلو تلف المال بيد الصانع وحصلت خصومة بينه وبين مالك السلعة، فلا بدّ من تحديد الطرف الضامن، وهنا تُطبّق القاعدة الشرعية المتعلقة بحالات الخصومة، وهي واردة في حديث ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر)). (Al-Bayhaqī, 2011)

فهذا أصل شرعي يُعتد به عن الخصام، وقال النووي: "وهذا الحديث قاعدة كبيرة من قواعد أحكام الشرع، ففيه أنه لا يقبل قول الإنسان فيما يدعيه بمجرد دعواه، بل يحتاج إلى بَيِّنة أو تصديق المدعي عليه، فإن طلب يمين المدعي عليه فله ذلك". (Al-Nawawī, 1392)

ونبيّن هنا معنى أن يكون الشخص مدّعياً أو مدعى عليه، أو متى يكون مدّعياً ومتى يكون مدعى عليه:

لقد عرّف الفقهاء كلاً من المدعي والمدعى عليه بتعريفات متقاربة منها:

1. **المدعي:** هو من يدعي خلاف الأصل، أو الظاهر، أو العرف، أو الكثير الغالب، أو من يكذب دعواه أصل أو عرف أو ظاهر أو كثير غالب، ولا يشهد له.
2. **المدعى عليه:** وهو خلاف المدعي، أي من يشهد لدعواه أصل أو عرف أو ظاهر أو كثير غالب. (Al-Qarāfī, 1994).

وبناءً على ما سبق: لو حدثت خصومة بين شخصين أو فريقين فإن الاتيان بالحجة أو البينة على المدعي؛ لأنه يدعي خلاف الظاهر والواقع، والأصل براءة الذمة، وكانت اليمين على المدعى عليه؛ لأنه يدعي ما وافق الأصل والظاهر، وهو براءة الذمة. فإذا قال زيدٌ لعمرو: لي في ذمتك مئة درهم، فأنكر عمرو ذلك، كان على زيد أن يأتي ببَيِّنة، فإن عجز، قيل لعمرو: احلف على نفي ما ادعاه، فإن حلف برئ.

(Al-Qarāfī, 1994)

46 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

هذا هو الأصل الشرعي عند التحكيم في النزاعات، فمن هو المدعى ومن هو المدعى عليه، في مسألة الصانع وأرباب الأموال عند حصول الخلاف حالة التلف:

- في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين، وعندما كان للدين أثر في النفوس، وقد غلب على طبقة الصانع الأمانة، وشهد للصانع الظاهر والكثير الغالب، فكان مدعى عليه، ولم يلزمه - عند دعوى التلف - إلا اليمين، وعلى صاحب السلعة الذي يدعي خلاف الظاهر والواقع من حال الصانع أن يقيم الدليل على أن الهلاك كان بتعدّد أو تقصير من الصانع، وإلا فلا ضمان عليه، بل يبقى على الأصل أميناً.

- ولكن ما إن تغيّر الحال بعد عهد الخلفاء الراشدين، وضعف أثر الدين في النفوس وغلبت الخيانة على طائفة الصانع، فانقلب الحال بهم وأصبح الصانع مدعياً، لأنه يدعي خلاف الظاهر والكثير الغالب من حال طبقة الصانع في الكذب أو الخيانة، فوجب عليه الإثبات وإقامة البينة على عدم التعدي أو التقصير. (Hassān).

فإن أقام الصانع البينة أن التلف حصل دون تعدّد أو تقصير منه، سلّم من التضمين حفاظاً على مصلحته، وإن عجز عن تقديم البينة على عدم تعدّيه ضمن المال حفاظاً على مصلحة صاحب السلعة.

هذا هو النظر المصلحي عند من ضمن الصانع بموجبها في حدود اطلاعنا، فالمصلحة العامة تُقدّم على الخاصة، ومصلحة عامة الناس مقدّمة على مصلحة طائفة من الناس، وهم الصانع هنا. ولكن تقديم المصلحة العامة لا يعني إهمال الخاصة، وللحفاظ على مصلحة الطرفين لا يجوز تضمين الصانع مطلقاً وفي كل الأحوال، بل لابدّ من إتاحة الفرصة له فإن أثبت عدم تعديه برأ من الضمان، إذ أن مناط الضمان هو التعدي، وإن عجز عن ذلك ضمن وهذه هي المصلحة.

ثانياً: تضمين المضارب بالمصلحة:

يستلم المضارب - وقد يكون فرداً أو مؤسسة - بموجب عقد المضاربة رأس المال ليستثمره

في مشروع معين على أن يشترك مع رب المال في الربح بنسبة شائعة، ومعلومة لهما، ومن هنا يتضح أن في العقد مصلحة مشتركة للمضارب ولرب المال، لأن كلا منهما يستحق حصة معلومة من الربح، وفي المقابل يتحملان معًا مخاطر الاستثمار، فرب المال يخاطر بماله في الوقت الذي يخاطر المضارب بعمله.

ويمكن هنا قياس المضارب على الصانع بأن يضمن ما يهلك تحت يده، وذلك تحقيقًا لمصلحة عامة، ويؤيد هذا أن المضارب يشترك مع الصانع في أن كلا منهما يضع يده على المال لمصلحة مشتركة بينه وبين صاحب المال، فيختلفان عن المستودع الذي يقبض المال لمنفعة المودع فقط. (Hassān).

وجريًا على القاعدة المطبقة على مسألة تضمين الصانع يمكن القول هنا: يد المضارب يد أمانة، فلو تلف مال المضاربة وخسر المشروع، ثم ادّعى رب المال أن التلف أو الخسارة قد حصلت بفعل المضارب وتعديده، وجب عليه الإثبات، لأنه يدّعي خلاف الأصل والظاهر الغالب من حال الأمانة، أي أن رب المال في مركز المدّعي، وعليه الإثبات بأن المال قد تلف بفعل المضارب وتعديده، وإن لم يثبت ذلك سلّم المضارب من الضمان، فهو في مركز المدّعي عليه.

هذا هو الأصل في المضارب، ولكن وبسبب ضعف سلطان الدين في النفوس، وانتشار الخيانة وفساد الذمم في هذا الزمن -وبدرجة لا تقارن بفئة الصانع في خلافة علي- قد زاد من الحاجة إلى تضمين المضارب؛ وذلك حماية للمال وتحقيقًا للمصلحة العامة، وهي مصلحة أصحاب الأموال، في مقابلة مصلحة خاصة، هي مصلحة الأفراد أو شركات الاستثمار.

ولكن تضمين المضارب لا يكون على إطلاقه، بل ضمن القاعدة السابقة في أنه يتحول من مركز المدّعي عليه إلى مركز المدّعي كونه يدعي خلاف الواقع والظاهر الغالب من حال المضاربين في هذا الزمن، فلو تلف مال المضاربة وخسر المشروع فلا يضمن المضارب في كل الأحوال، لكن يقع عليه عبء الإثبات، بأن التلف قد حصل بدون تعديده وتقصيره،

48 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

لأنه يدعي خلاف الظاهر والكثير الغالب من حال المضاربين من الفساد والخيانة في هذا الزمن، فهو في مركز المدعي.

فإن أقام البيئة على أن التلف حصل دون تعد أو تقصير منه، سلم من التضمن حفاظاً على مصلحته، وإن عجز عن تقديم البيئة على عدم تعديّه ضمن المال حفاظاً على مصلحة أصحاب الأموال.

وكما ذكر سابقاً فإن مناط الضمان وسببه هو التعدي فلو أثبت المضارب بأن التلف قد حصل بدون تعدٍ منه كبعض الظروف القاهرة أو الحالات غير المتوقعة مثل نشوب حرب أو انتشار وباء عام فلا وجه لتضمينه؛ لأنه لم يتحقق سبب الضمان، فهذه الأسباب أو غيرها من الحالات تدل على أن الخسارة كانت خارج عن إرادته وحدود قدرته. وإن عجز المضارب عن الإثبات بأن التلف أو الخسارة قد حصلت دون تعديّه فإن مهمة التعدي والتقصير توجه إليه لفساد الذمم وكثرة الخيانة في هذا الزمن فيضمن المال.

ثالثاً: مدى جواز تضمين المضارب بالصورة المذكورة ضمن الضوابط الموضوعة للمصلحة:

وفي نهاية الموضوع نُخضع مسألة تضمين المضارب بالصورة المذكورة إلى ضوابط المصلحة وهي:

1. ألا تخالف النصوص القطعية: إن تضمين المضارب بالصورة المذكورة لا تخالف النصوص القطعية في تصوري، ولو قيل إن المضارب لا يضمن باتفاق الفقهاء، نقول: إن الفقهاء استثنوا من مسألة تضمين المضارب حالة تعديّه، فالتعدي مناط الضمان وسببه، فلا يضمن المضارب دون تعد على أموال المضاربة أو تفريط في حفظها، وبالصورة المذكورة سابقاً لا يضمن المضارب إن أثبت عدم تعديّه، وغاية ما هنالك

أنه مدعٍ في هذا الحالة ويقع عليه واجب الإثبات. ثم إن انتقال واجب الإثبات إليه كان أيضاً ضمن الأصول الشرعية في الحديث السابق "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، أي إذا ادعى المضارب في هذا الزمن أن التلف لم يكن بتعديه فهذا خلاف الغالب والظاهر من حال المضاربين فعليه إثبات ذلك وإلا ضمن.

2. تحقيق مقاصد الشريعة: إن المقصد الشرعي من المعاملات المالية عامة ومنها المضاربة هو الحفاظ على المال وتنميته، وتضمن المضارب بالصورة المذكورة فيه توازن بين الطرفين وتحقيق لمصلحتهما دون أن تغطي مصلحة على أخرى، فضعف الدين في النفوس، وكثرة الخيانة في هذا الزمن زادت من الحاجة إلى تضمين المضارب، حفاظاً على مصلحة أصحاب الأموال، ولكن دون إلحاق الضرر به هو الآخر، فمُنح فرصة إثبات عدم تعديه فإن أثبت سليم، وإلا ضمن. وفي هذه الصورة توازن بين المصلحتين وحفاظ على مال الطرفين وهذا هو المقصد الذي نحن بصدد.

3. عدم تفويتها مصلحة أهم منها: تُقدم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد أو فئة قليلة، وكلما توسعت طبقة المستفيدين من المصلحة كلما ترجحت على ما سواها، وبالنظر إلى مصلحة المضاربين وأرباب الأموال كانت مصلحة عامة أرباب الأموال مقدمة على مصلحة المضاربين، ولكن لا بدّ من إتاحة الفرصة للمضارب فإن أثبت عدم تعديه برأ من الضمان، وإن عجز عن ذلك ضمن، وبهذا لا تفويت لمصلحة على حساب مصلحة أخرى، بل هو توازن بين المصلحتين، وعدل بين الفريقين.

أما نوع المصلحة وبالصورة المذكورة للمسألة فهل هي مصلحة معتبرة أم مصلحة مرسلّة أم مُلغاة، فنقول لا يوجد نص بعينه يؤيد المسألة بالصورة المذكورة، بل هي مرسلّة من أي دليل قريب يؤيدها، أي لا يوجد نص خاص يتناول عين المصلحة، ولكن وُجدت اعتبارات وقواعد شرعية عامة أيّدتها، وهو ما يسمّى بالجنس البعيد للمصلحة، منها:

الاعتبار الأول: قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة: وهي هنا تقديم مصلحة أصحاب الأموال على مصلحة المضاربين بالصورة المذكورة.

50 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي

الاعتبار الثاني: قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، فهذا أصل شرعي يُعتد به في الخصام، والمدعي هو الذي يدعي خلاف والظاهر الغالب، وهو هنا وفي هذا الزمن المضارب لأنه يدعي خلاف الظاهر والغالب من المضاربين في هذا الوقت. الخاتمة والنتائج:

وفي نهاية البحث وبعد دراسة المسألة وتحليل مفرداتها أختتم بالنتائج الآتية:

1. ضَمِنَ التشريع الإسلامي تحقيق مصالح الناس، شريطة أن تنسجم هذه المصالح مع مقاصد الشريعة، وتُبنى على المعنى الذي أراده الشارع.
2. المصالح في الشريعة تنقسم إلى أقسام عديدة مُتدرّجة ومتفاوتة في الاعتبار.
3. بناء الحكم الشرعي على أساس المصلحة يتمُّ ضمن ضوابط محددة أهمها عدم مخالفة نصوص الكتاب والسنة، وعدم مخالفة الاجماع والقياس، بالإضافة إلى عدم تفويتها لمصلحة أهمّ منها.
4. يُمثّل المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي أعلى هيئة شرعية على مستوى الدولة تُقدّم المشورة، وتقوم بواجب الفتوى لمستجدات المالية الإسلامية ومنتجاتها وخدماتها.
5. إن ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة بدون تعدي أو تقصير من المضارب ضمان ناقص الأركان، لأنه لا دين على المضارب، ورأس المال أمانة في يده.
6. إذا تلف رأس مال المضاربة بتعدّد أو تقصير من المضارب، فهو ضامن له، ويجب عليه أدائه لرب المال.
7. الاستدلال بالمصلحة في ضمان طرف ثالث لرأس المال في المضاربة لا سبيل إليه إذا لم يكن هناك تعدي أو تقصير من المضارب، لأن التعدي هو مناط الضمان وسببه.
8. إنّ انتشار الخيانة وفساد الذمم في هذا الزمن زاد من الحاجة إلى تضمين المضارب؛ حماية للمال وتحقيقاً للمصلحة العامة، لكنّ المضارب لا يضمن في كل الأحوال، بل

يصبح مدّعياً للتلف، وعليه واجب الإثبات بأنّ التلف قد حصل دون تعديه أو تقصيره، فإن أثبت ذلك سليم، وإلا ضمن، وهذه هو النظر المصلحي.

9. إذا ثبت أن تلف المال حصل بتعدّد أو تقصير من المضارب، أصبح رأس المال ديناً في ذمته ويجب عليه أدائه لرب المال، ولا مانع من أداء الدين بنفسه، أو عن طريق كفيل (طرف ثالث)، وبوجود الكفيل يضمن رب المال حقه بصورة أفضل.

التوصيات: يوصي الباحث الطلاب والباحثين في حقل الصيرفة والتمويل الإسلامي بتوصيات هي:

- 1- البحث في مدى إمكانية توظيف دليل المصلحة بضوابطه في مزيد من النوازل والقضايا المالية والبنكية المعاصرة.
- 2- النظر في قرارات وفتاوى الهيئات والمجالس الشرعية المعنية بالأموال المالية، ورفدها بالمخارج والحلول الممكنة لمشكلاتها.
- 3- دراسة المزيد من قرارات المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي، ومن المسائل البحثية المقترحة من الباحث:
- منهج الاستدلال في قرارات المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي.
- مسائل القياس في قرارات المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

References

Al-Qur'ān Al-Karīm.

Abū Ghuddah, 'Abdulsattār. *Al-Mudhārabah Al-Mushtarakah Fī Al-Mu'assasat Al-Māliyyah*. Majallah Majma' Al-Fiqh Al-Islāmī Al-Duwali.

52 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي الماليزي

Abū Zahrahzain, Muhammad. *Usūl Al-Fiqh*. Cairo. Dār Al-Fikr Al-‘Arabī.

Al-‘Amīdī, ‘Alī Bin Abī Alī. *Al-Ihkām Fī Usūl Al-Ahkām*. Al-Maktab Al-Islāmī. Beirut.

Al-Bayhaqī, Ahmad Bin Al-Husayn. 2011. *Al-Sunan Al-Kubrā*. Markaz Hajar.

Al-Bukhārī, Muhammad Bin Ismā’īl. 1422h. *Sahīh Al-Bukhārī*. Beirut. Dār Tawq Al-Najāh.

Al-Būtī, Muhammad Sa’īd Ramadhan. 1982. *Dhawābit Al-Maslaha*. Muassasat Al-Risālah. Beirut.

Al-Dasūkī, Muhammad Bin Ahmad. *Hāshiyat Al-Dasūkī*. Dār Al-Fikr.

Al-Fāsī, Alāl. 1993. *Maqāsid Al-Sharī’ah Al-Islāmiyyah Wa Makārimahā*. Muassasat Alāl Al-Fāsī.

Al-Ghazālī, Muhammad Bin Muhammad. 1993. *Al-Mustafā*. Beirut. Dār Al-Kutub Al-Ilmiyyah.

Al-Hattāb, Muhammad Bin ‘Abdīrahmān. 1992. *Mawāhib Al-Jalīl*. Damascus. Dār Al-Fikr.

Al-Khādimī, Nūruddin. 1419h. *Al-Ijtihād Al-Maqāsidī Hujjiyyatuhu Dhawābituhu*. Ministry Of Religion Affairs. Doha.

Al-Ma’danī, Al-Hasan Bin Rahhāl. 1986. *Kashf Al-Qinā’a ‘An Tadhīmīn Al-Sunnā’a*. Tunisia. Al-Dār Al-Tunīsiyyah.

Al-Nawawī, Yahyā Bin Sharaf. 1392h. *Al-Minhāj Sharh Sahīh Muslim Bin Hajjāj*. Beirut. Dār Ihyā Al-Turāth Al-‘Arabi.

Al-Qarāfī, Ahmad Bin Idrīs. 1994. *Al-Dhakhīrah*. Beirut. Dār Al-Gharb Al-Islāmi.

Al-Ramlī, Muhammad Bin Abī Al-‘Abbās. 1984. *Nihāyat Al-Muhtāj Ilā Sharh Al-Minhāj*. Beirut. Dār Al-Fikr.

Al-Sarkhasī, Muhammad Bin Ahmad. 1993. *Al-Mabsūt*. Beirut. Dār Al-Ma’rifah.

Al-Shātībī, Ibrāhīm Bin Mūsā. *Al-Muāfaqāt*. Cairo. Dār Ibn ‘Affān.

Al-Shirbaynī, Muhammad Bin Ahmad Al-Khatīb. 1994. *Mughnī Al-Muhtāj*. Beirut. Dār Al-Kutub Al-Ilmiyyah.

Al-Yūbī, Muhammad Sa’d. 1998. *Maqāsid Al-Sharī’ah Al-Islāmiyyah Wa Alāqatahā Bi Al-Adillah Al-Shar’iyyah*. Dār Al-Hijrah.

Al-Zuhailī, Wahba. 1986. *Usūl Al-Fiqh Al-Islāmī*. Damascus. Dār Al-Fikr.

Anonymous. *Majallah Al-Ahkām Al-Adliyyah*. Karkhanah Tijārat Kutub. Karachi.

Anonymous. 1310h. *Al-Fatāwā Al-Hindiyyah*. Dār Al-Fikr. Beirut.

Anonymous. 1427h. *Al-Mawsū’ah Al-Fiqhiyyah Al-Kuwaytiyyah*. Ministry Of Religion Affairs. Kuwait.

54 الاستدلال بالمصلحة في جواز ضمان طرف ثالث لرأس مال المضاربة، دراسة تأصيلية في ضوء قرار المجلس الشرعي في البنك المركزي المالي

Anonymous. 2010. *Shariah Resolutins in Islamic Finance*. Central Bank. Malaysia.

Hassān, Husayn Hamad. *Muqaddimah Fī Ma'nā Al-Dhamān Wa Al-Ta'ādi Wa Ib'ī Al-Ithbāt Wa Al-Maqsūd Bi Naqlihī Ilā Al-Amīn*.

Hassān, Husayn Hamad. 1981. *Nazariyyat Al-Maslahah Fī Al-Fiqh Al-Islāmī*. Cairo. Al-Matba'ah Al-'Alāmiyyah.

Ibn 'Ābidīn, Muhammad Amīn Bin 'Omar. 1992. *Hāshiyyat Ibn 'Ābidīn*. Beirut. Dār Al-Fikr.

Ibn 'Āshūr, Al-Tāhir Bin Muhammad. 2004. *Maqāsid Al-Sharī'ah Al-Islāmiyyah*. Ministry Of Religion Affairs. Doha.

Ibn Al-Qayyim, Muhammad Bin Abī Bakr. 1423. *'Ālam Al-Mūqi'in*. Al-Dammām. Dār Ibn Al-Jawzī.

Ibn Al-Qayyim, Muhammad Bin Abī Bakr. 1428. *Al-Turuq Al-Hukmiyyah Fī Al-Siyāsah Al-Sharī'ah*. Dār 'Ālam Al-Fawā'id. Mecca.

Ibn Manzūr, Muhammad Bin Mukarram. 1414. *Lisān Al-'Arab*. Beirut. Dār Sādir.

Ibn Qudāmah, 'Abdullah Bin Muhammad. 2002. *Rawdhat Al-Nāzir*. Muāsasat Al-Risālah. Beirut.

Ibn Rushd, Muhammad Bin Ahmad. 1988. *Al-Muqaddimah Al-Mumahhidah*. Beirut. Dār Al-Gharb Al-Islāmī.

Ibn Taymiyyah, Ahmad Bin ‘Abdulhalīm. 1995. *Majmū’ Al-Fatāwā*. King Fahd Complex for Printing the Holy Quran. Al-Madīnah.

Muhammad, ‘Abdulhamīd; Trakic, ‘Adnān. *The Sharia Advisory Council’s Role in Resolving Islamic Banking Disputes in Malaysia*. Isra Research Paper (No. 47/2012).

‘Uthmān Zain, Muhammad Bin Ismā’īl. 2008. *Al-Istidlāl Bi Al-Masālih Al-Mursalah Fī Al-Qadhāyā Al-Māliyyah Al-Mu’āsirah*. Ummu Al-Qura University. Mecca.