

مدى مسؤولية المضارب والشريك - البنك ومجلس الإدارة - عن الخسارة

بقلم

د. علي محيي الدين القره داغي
جامعة قطر - كلية الشريعة

أبيض

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين
وعلى آله وصحبه ومن تبع هداه إلى يوم الدين.

أما بعد،،،

فان عصرنا يمتاز بوجود الشركات الضخمة، وتنظيم الأعمال المالية
بصورة جماعية فلم تعد صور المشاركة البسيطة أو المضاربة الفردية (أو في
حدود ضيقة) هي السائدة، بل تكونت الشركات الضخمة التي تضم عشرات
الالاف بل مئات الالاف من المساهمين، والمتعاملين معها، كما نظمت أعمال
المضاربة وأصبح لها شكلها الجماعي كما أنها نظمت أمورها من خلال
شركات استثمارية عملاقة وبنوك إسلامية تتعامل مع الالاف، بل مئات
الالاف من أرباب الأموال.

وهذا التطوير في أعمال الشركات والمضاربات والتغيير في أساليبها
القديمة قد أديا إلى مواقف متباينة بين بعض أهل الفقه والاقتصاد حيث
إن منهم من ذهب إلى الاكتفاء بما في كتب الفقه القديمة ولم يتجاوز بصره
غيرها وحينئذ وقف موقفا سلبيا من هذه التطويرات، ومنهم من انبهر بها
ورأى - بحسن نية وتلهف - ضرورة إيجاد مبررات لكل جديد في عالم
الاقتصاد حتى ولو أدت إلى الخروج عن خصائص هذا الفقه العظيم
وثوابته، بل قام بلي عنق النصوص ليتحقق المقصود.

وأمام أولاء وأولئك نجد فئة من أهل العلم الذين يعيشون واقعهم المتغير
ويهتمون بكل ما فيه من خير وشر، وحق وباطل وموافقة ومخالفة للشرع،
وينظرون إلى أصول النظريات السائدة ومن وقف وراءها وما السبب في
نجاحها، ثم يرجعون كرة أخرى إلى نصوص الكتاب والسنة، وإلى تراثنا

الفقهي فيحافظون على خصائصه وثوابته فيكونون - كما يقول إقبال - أشد من الحديد أمام الثوابت والكليات وألين من الحرير في الجزئيات والوسائل التي لم يرد بها نص ثابت فيجتهدون على ضوء الضوابط الأصولية، معتمدين على مقاصد الشريعة العامة والخاصة.

ومن أهم هذه القضايا التي اختلف فيها الناس مسؤولية المضارب والشريك، أو بعبارة أخرى واقعية مسؤولية البنوك والشركات الإسلامية أو من تضارب معه عن الخسارة التي تلحق أموال المودعين المستثمرين (أرباب الأموال)، فهل هي ضامنة لها كما يحاول البعض سواء كان بحجة اختلاف البنوك اليوم عن المضارب في السابق / أم بحجج واهية أخرى، أم أنها أيضاً بمنأى عن الضمان وبالتالي تذهب أموال الناس سدى وتستغل من قبل ضعاف النفوس فيجدون ثغرة كبيرة في عدم الضمان، أم أننا نضع ضوابط لعدم الضمان، وللضمان من خلال ميزان العقود، وميزان الحماية للأموال هذا ما نبخته في هذا البحث سائلاً الله تعالى أن يلهمنا السداد والصواب، ويسدد خطانا على طريق الحق والخير، وسنعمد في بحثنا هذا على الأدلة المعتبرة من الكتاب والسنة والاجماع والقياس والمصالح المرسله ومقاصد الشريعة كما أننا نرجع إلى مصادرنا الاصلية وجهود الباحثين المعاصرين في كتبهم القيمة وبحوثهم الجادة.

ونتطرق في البحث إلى التعريف بالمسؤولية بنوعيتها المدني والجنائي بإيجاز وإلى التعريف بالمضارب، والشريك، ومجلس الإدارة، وإلى الشخصية المعنوية ومن يمثلها؟ ثم نتطرق إلى ضمان المضارب والشريك، والقواعد الحاكمة.

التعريف بمسؤولية المضارب والشريك عن الخسارة

أولاً: التعريف بالمسؤولية ونوعيتها والدليل على اثباتهما:

المسؤولية لغة: نسبة إلى المسؤول وهم اسم مفعول «سأل» وجاء في المعجم الوسيط «المسؤولية (بوجه عام حال أو صفة من يسأل عن أمر تقع عليه تبعته، يقال: أنا برئ من مسؤولية هذا العمل، وتطلق (أخلاقياً) على التزام الشخص بما يصدر عنه قولاً أو عملاً، وتطلق قانوناً على الالتزام بإصلاح الخطأ الواقع على الغير طبقاً لقانون» وقد أشار المعجم إلى أن هذه الكلمة بهذا المعنى أقرها مجمع اللغة العربية^(١).

فالمسؤولية في عرف القانون: يعني أن يكون الشخص مسؤولاً عما صدر منه، بحيث يسأل عن تصرفاته فإذا وقع منه ضرر فانه مسؤول عنه جنائياً فيعاقب عليه إن كان عمله يستوجب عقوبة، ومدنياً حيث يطلب منه التعويض إن كان مما يقتضيه^(٢).

فالمسؤولية الدنيوية نوعان:

١- المسؤولية الجنائية:

وهي الركن الأدبي لكل جريمة، أي أن يكون الجاني مكلفاً مسؤولاً عن الجريمة، ومعنى ذلك أن يتحمل الإنسان نتائج أفعاله الضارة مادام مكلفاً. وقد كانت القوانين الوضعية في العصر الروماني، والعصور الوسطى بل إلى ما قبل الثورة الفرنسية تجعل الإنسان، والحيوان، والجماد محلاً للمسؤولية الجنائية، فكان الجماد والحيوان يعاقبان كالإنسان، وكان الإنسان أيضاً يعاقب حتى ولو كان صغيراً، أو مكرهاً، أو فاقد الإرادة كما كان يعاقب على فعل غيره، بل كان يعاقب وهو ميت، وبعد الثورة الفرنسية أقرت مبادئ جديدة تقوم على أساس العدالة حيث اشترطت ثلاثة أسس هي:

(١) المعجم الوسيط ط. قطر (١/٤١١).

(٢) موانع المسؤولية الجنائية، د. عبد السلام التونسي ط. معهد البحوث والدراسات العربية بالقاهرة ١٠٧١ ص ١١ وما بعدها، والتشريع الجنائي الإسلامي للأستاذ: عبد القادر عوده ط. دار التراث بالقاهرة (٣٨٠/١)، والجنائية بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي لمسفر غرم الله، ط. دار طيبة بالرياض ص ٨٨.

إتيان الفعل المحرم، وكون الفاعل مختاراً، وكونه مدركاً^(١).

ولا شك أن هذه الاسس الثلاثة سبق بها الاسلام بعدة قرون، حيث دلت عليها النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، وأجمع عليها الفقهاء، حيث قال الأمدى: «اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكلف، لأن. التكلف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة...»^(٢). ثم ذكر ضمن موانع التكليف الجنون والصغر، وعدم فهم الخطاب، وعدم وجود الرسالة (أي بالتعبير القانوني عدم وجود نص قانوني على الجريمة أي لا جريمة إلا بنص) ولذلك لا يكلف الصبي والمجنون والغافل عما كلف به، والسكران الذي لا يعي شيئاً، وكذلك المكره الملجأ والمضطر، ولذلك أجمعوا أيضاً على أن الإنسان هو المكلف دون الجماد والحيوان^(٣). وللمسؤولية الجنائية درجات مختلفة من حيث القوة والضعف حسب العمل، والقصد الجنائي فالعقوبة على العمد أشد من العقوبة على شبه العمد، والخطأ، وهي على شبه العمد أشد منها على الخطأ وما يجري مجراه.

وهناك موانع للمسؤولية الجنائية هي:

الجنون، والصغر حيث لا يعاقب أبدا مادام غير مميز (أي إلى السن السابعة تقريبا) وهذا ما نص عليه قانون العقوبات المصري في مادته ٦٤ حيث قالت: «لا تقام الدعوى على الصغير الذي لم يبلغ من العمر سبع سنين كاملة» وكذلك الأمر في معظم القوانين وأما الصغير المميز فلا يعاقب أيضاً وإنما يؤدب بالتوبيخ والضرب البسيط ونحو ذلك من وسائل التأثير والتهديب، وقد دعا فقهاء القانون إلى مواجهة الاحداث بوسيلتين:

١- وسيلة قانونية تنحو نحو تدبير إصلاحي بهدف التهذيب، لا إلى العقاب.

(١) التشريع الجنائي (١/٣٨١ - ٣٨٢) والمراجع السابقة.

(٢) الأحكام في أصول الأحكام للأمدى ط. مكتبة محمد علي صبيح بالقاهرة (١/١١٤).

(٣) المصدر السابق (١/١١٥-١١٦) والتشريع الجنائي (١/٢٨٨-٢٨٩) والجنائية ص ٩٤.

٢- وسيلة اجتماعية تنحو نحو علاج المجتمع واستئصال العوامل التي تدفع الصغار إلى الاجرام^(١).

٢- المسؤولية المدنية:

وهي أن يترتب على تصرفات الإنسان تعويض وضمنان لما أتلفه من أموال غيره.

وهذه المسؤولية لا تنتفي بكون الإنسان مجنوناً، أو صبيّاً، أو سكراناً، أو مكرهاً أو مخطئاً، أو حتى في حالات الضرورة والالغاء، بل حتى يكون الإنسان مسؤولاً عن اتلافات حيواناته، أو آباره، أو نحو ذلك بشروط وضوابط لا يسع البحث أن يفصل فيها، ولكن لا مانع من ذكر بعض ضوابط لها:

معيار الضرر:

فقد دلت الأدلة المعتبرة من الكتاب والسنة والاجماع والقياس، والمعقول على أن الضرر هو المعيار للضمنان والتعويض، ذلك لأن كل ضرر محرم ايقاعه على الدين، أو النفس، أو المال أو العقل، أو العرض والشرف والنسل، فالحفاظ على الضروريات الخمس أو الست فرض بالكتاب والسنة والاجماع، وان التعدي عليها حرام كذلك لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَفْسُدُوا فِي الْأَرْضِ بَعْدَ إِصْلَاحِهَا﴾ [الأعراف: ٥٦] وقوله تعالى: ﴿... وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾ [البقرة: ١٩٠] وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَحْسَبَنَّ اللَّهَ غَافِلًا عَمَّا يَعْمَلُ الظَّالِمُونَ﴾ [إبراهيم: ٤٢] بل أفضاه الفساد والتعدي والظلم قد تكررت مع مشتقاتها مئات المرات، بين الله تعالى فيها حرمة التعدي والفساد والظلم، وأن عاقبة من يتقرب منها الخزي والخسران.

وفصلت السنة النبوية المشرفة ذلك فقال النبي (صلى الله عليه وسلم) في يوم النحر بمنى في حجة الوداع: (إن دماءكم وأموالك وأعراضكم حرام

(١) موانع المسؤولية الجنائية ص ١٦٤، ١٧٢.

عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا»^(١)، وقال أيضاً: «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه»^(٢) وقد سأل رسول الله (صلى الله عليه وسلم) صحابته من المفلس؟ فقالوا: المفلس هو: من لا درهم له ولا دينار، فقال: «المفلس من أمتي من يأتي يوم القيامة بصلاة وصيام وزكاة وأتى وقد شتم هذا وقذف هذا، وأكل مال هذا، وسفك دم هذا، وضرب هذا فيعطي هذا من حسناته، وهذا من حسناته، فإن فنيت حسناته قيل أن يقضى ما عليه أخذ من خطاياهم فطرحت عليه، ثم طرح في النار»^(٣).

العقوبة والتعويض:

ولم يقف الاسلام عند القول بحرمة الاعتداء والاضرار والظلم والايذاء بل فرض لأجله الحدود والقصاص والتعويض والكفارة وغيرها - كما هو معروف - وفي جانب التعويض فهناك قاعدة أساسية في الشريعة الإسلامية انه لا يطل دم في الاسلام، وكذلك لا يذهب الاعتداء على المال والعرض ونحوها سدى بل يفرض الاسلام عليه العقوبات والتعويضات معا، فإذا كان القصاص لا يجتمع مع الدية، فإن التعويض يجتمع مع العقوبات إذا كان الاعتداء على المال على تفصيل فيه^(٤) فكل مال يتلف من قبل الغير بدون وجه حق فلا بد فيه من التعويض، ويدل على ذلك أقوال النبي صلى الله عليه وسلم واقضيته وأقضية الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم أجمعين والجامع لذلك قول النبي: (لا ضرر ولا ضرار)^(٥) يقول الاستاذ الجليل الشيخ مصطفى الزرقا (في ضوء ما سلف من شرح لحديث) لا ضرر ولا ضرار نخلص إلى تحديد نتائجه المباشرة في موضوعنا عن الفعل الضار وهي:

(١) الحديث متفق عليه انظر: صحيح البخاري - مع الفتح - كتاب العلم (١٥٧/١)، ومسلم، كتاب القسامة (١٣٠٥/٢).

(٢) الحديث رواه مسلم في صحيحه، كتاب البر (١٩٩٧/٤) وأحمد في مسنده (٢٧٧/٢، ٣٦٠، ٤٣١).

(٣) الحديث رواه مسلم في صحيحه كتاب البر (١٩٩٧/٤) وأحمد في مسنده (٣٠٢/٢، ٣٣٤) والترمذي في سننه - مع تحفة الاحوذى - كتاب القسامة (١٠١/٧).

(٤) يراجع: التشريع الجنائي للأستاذ عبد القادر عوده (٣٨١/١).

(٥) الحديث رواه مالك في الموطأ كتاب الأفضية ص ٤٦٤، وأحمد في مسنده (٣١٣/١، ٢٢٧/٥) وابن ماجه في سننه كتاب الأحكام (٧٨٤/٢).

(أ) أن الشطر الأول «لا ضرر» هو عام في الأموال والحقوق والاشخاص فلا يجوز لأحد أن يضر بمال غيره أو حقه، أو مصالحه المشروعة، أو شخصه (ولا ما أذن به الشرع كما في القصاص وسائر العقوبات).

(ب) من أضر بغيره كان مسؤولاً، ومسؤوليته تخضع لقاعدة «لا ضرار» فلا يقابل بمثل ضرره، بل يلزم بإزالة الضرر أما عينا أو بطريق التعويض.

(ج) أن الشطر الثاني «لاضرار» مجاله في وجوب التعويض المالي انما هو في الأموال والحقوق (دون الاشخاص) وهو المجال الاساسي لضمان الفعل الضار، أما العدوان والاضرار بذات الاشخاص وكرامتهم فيخضع لتدابير جزية أخرى، ثم أورد الشيخ عدة نصوص شرعية لاثبات الضمان في كل فعل ضار^(١).

ثانياً: التعريف بالمضارب، والشريك:

المضارب عند اهل العراق، والمقارض عند اهل الحجاز وهو العامل الذي يقوم باستثمار مال صاحبه (رب المال) ليكون الربح بينهما حسب الاتفاق، والخسارة على رأس المال أو بعبارة أخرى هو أحد طرفي عقد المضاربة والقراض، وسمى بالمضارب لأنه يضرب في الارض لأجل التجارة^(٢) كما في قوله تعالى: ﴿وَأَخْرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...﴾ [المزمل: ٢٠]

وأما الشريك فهو المساهم بالمال، أو بالبدن، أو بالوجهة مع آخر أو آخرين لأجل الشراكة في الربح المتحقق منه وتكون الخسارة على رأس المال.

والمضاربة تعني:

الشراكة بالمال والعمل والخبرة سواء كان العمل في التجارة حيث يطلق عليه المضاربة أو القراض في الغالب، أو العمل في السقي فيسمى المساقاة

(١) الفعل الضار، والضمان فيه للأستاذ مصطفى الزرقا ط. دار القلم بدمشق ص ٢٤ وما بعدها.
(٢) يراجع: المعجم الوسيط مادة «ضرب» و«قراض»، والشركات في الشريعة الإسلامية لد. عبد العزيز الخياط (١/) ومصادره المعتمدة والتعريفات للسيد ص ١٨ حيث قال: «المضاربة مفاعلة من الضرب وفي الشرع: عقد شركة في الربح بمال من رجل وعمل من آخر».

أو في الزرع فيسمى المزارعة، أو في الصناعة فيسمى المصانعة فهي تشمل كل جوانب التعاون بين المال والخبرة والعمل، كما أن الشركة تعني الشراكة بالأموال فقط، أو بالأموال والعمل معا، أو بالابدان أو الوجاهة - كما هو مفصل في كتب الفقه - وبذلك تستوعب المضاربة والشركة كل أنواع التعاون الممكن بين الأموال، والأعمال والابدان والوجاهة^(١).

ومن هنا فالمضارب يشمل في الواقع المساقى والمزارع ونحوهما، أو انهم مثل المضارب في الاحكام كما سيأتي، لأن كل واحد منهم يسمى العامل.

ثالثا: مجلس الإدارة أو المدير، وتكليفهما الشرعي:

مجلس الإدارة هو:

الهيئة التي تختار من قبل الجمعية العامة للمساهمين، وعادة يتعين في بداية الشركة من المؤسسين، ثم يختار أعضاؤه بعد ثلاث سنوات أو أكثر حسب نظام الشركة من قبل الجمعية العامة للمساهمين، وحسب القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ تنص مادته ٧٧ / ١ على أن «يتولى إدارة الشركة مجلس إدارة يتكون من عدد من الاعضاء لا يقل عن ثلاثة تختارهم الجمعية العامة لمدة ثلاث سنوات ووفقا للطريقة المبينة بنظام الشركة..» ثم يقوم مجلس الإدارة بتعيين رئيس لمجلس الإدارة، ونائب له، وعضو منتدب، ومدير، والمدير قد يكون من أعضاء مجلس الإدارة، وقد يتعين من خارجه.

ومن المعروف أن الشركات الان في عصرنا الحاضر تتكون لها شخصية اعتبارية (أو معنوية، أو قانونية) بمجرد تكوينها إلا شركة المساهمة حيث تكتسبها بعد اتخاذ اجراءات الشهر وهي القيد في السجل التجاري (المادة ٢٢ من قانون ١٥٩ المصري لسنة ١٩٨١) وتنتهي بانتهاء تصفيتها، وهذه الشخصية لها أهلية، ولها ذمة مستقلة عن ذمم الشركاء، ولها اسم وموطن، وجنسية باعتبار مركز إدارتها الرئيسي الذي يقع في الدولة، ويترتب على

(١) يراجع لتفصيل ذلك: مجمع الانهر (٧٢٢/١) وأقرب المسالك (٩٩/٢) ومواهب الجليل (١١٧/٥) والافتناع (٢٩١/٢) والروض المربع (٢٢٠٩/٢) ويراجع: د. الخياط المرجع السابق (٤١٠٥١/١).

تحقق ذمة مستقلة للشركة كشخص قانوني نتائج قانونية في غاية من الأهمية، نذكر أهمها هنا بإيجاز:

١- انتقال ملكية الحصص والاسهم التي يقدمها المساهمون إلى الشركة حيث يكون لها الحق في التصرف فيها، وأن الشريك ليس له الحق إلا في الحصول على نصيب من الأرباح والموجودات عند تصفية الشركة إضافة إلى حق بيع حصته.

٢- تخصص ذمة الشركة للوفاء بديونها، كما تخصص ذمة الشريك لديونه الخاصة.

٣- يعتبر حق الشريك حقا من طبيعة منقولة.

٤- لا يكون للشريك الحق في طلب الحجز على موجودات الشركة، أو طلب تثبيت ملكيته شيوعا فيها^(١).

والذي يظهر أن الشخصية المعنوية وان أصبحت مالكة لهذه الحصص والاسهم لكنها ليست على سبيل الاصاله والحقيقة وإنما هي على سبيل الحكم والاعتبار، ولذلك سيظل المساهمون هم المالكون الحقيقيون وكونهم لا يملكون التصرف المباشر في موجودات الشركة لا ينفي كونهم مالكين مثل الراهن بالنسبة للرهن^(٢).

وكذلك يترتب على أن لهذه الشخصية الاعتبارية أهلية وجوب وأداء كاملة في الحدود التي يعينها سند إنشائها عدة نتائج من أهمها:

١- لها الحق في التعاقد والتملك بعوض، أو بغير عوض، وأن تتصرف في أموالها طبقا للنظم المقررة في عقد تأسيسها، ولها الحق كذلك في التملك، وفي الهبة، وحق التقاضي ورفع الدعاوي باسمها، كما يحق للغير رفع الدعوى عليها.

(١) يراجع: الوسيط ل. د. السنهوري ط. النهضة (٢٩٢/٥) ود. أبو زيد رضوان: الشركات التجارية ط. دار الفكر العربي ص ١٣١، ١٣٢، وأستاذنا الدكتور: ثروت عبد الرحيم: الوجيز في القانون التجاري ط. دار النهضة العربية بالقاهرة ص ٢٢٩.

(٢) شركة المساهمة في النظام السعودي للدكتور صالح البقمي ط. مكة المكرمة ص ٢١٦.

٢- انها مسؤولة مسؤولية مدنية عن تصرفاتها التعاقدية، وغير التعاقدية، وهي مسؤولة مسؤولية مباشرة عن تصرفاتها التعاقدية بلا جدال، وكذلك لا جدال في مسؤوليتها غير مباشرة عن الأعمال غير المشروعة لتابعيها تطبيقاً لأحكام المادة ١٧٤ من المجموعة المدنية المصرية أو مسؤولية الشركة عن اثارها بلا سبب مشروع، أو التزامها بدفع غير المستحق، أو تعويض الفضولي طبقاً لأحكام الفضالة^(١).

٣- مساءلة الشخصية المعنوية عن جرائم المدير عند بعض القانونيين، حيث يقولون: ان الحكم عليها بحل الشركة بمثابة الاعدام للشخص الطبيعي، والحكم عليها بالحراسة بمثابة عقوبة الحبس، أو السجن، إضافة إلى عقوبات الغرامة لكن غالبية الفقه المدني والقضاء لا ترى هذا الرأي بل تذهب إلى عدم إمكانية مساءلة الشركة مساءلة جنائية وان كانت تسأل عن الجرائم التي لا تتعدى العقوبة فيها الغرامات كالمخالفات الضريبية^(٢).

وكذلك الأمر في الفقه الإسلامي حيث إن العقوبات البدنية شخصية خاصة بمرتكب الجريمة، وأما المسؤولية المدنية (من التعويض والضمان) فتكون على الشركة إذا لم يكن المرتكب متعدياً، أو مقصراً، أو نحو ذلك على ضوء التفصيل الذي سنذكره.

من الممثل للشخصية المعنوية؟

الممثل (أو الوكيل أو النائب) لهذه الشخصية المعنوية هو مجلس الإدارة، حيث يتولى إدارة الشركة باعتباره وكيلاً عن المساهمين^(٣) وأما المدير فإن كان عضواً في المجلس فقد فوضه الآخرون لتنفيذ قرارات مجلس الإدارة، وأما إذا لم يكن عضواً فيه، فيكون ممثلاً لمجلس الإدارة في حدود صلاحياته، ويكون أجييراً خاصاً أو بتمثابة الوكيل بأجر.

(١) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ١٣٥.

(٢) المرجع السابق ص ١٣٦، والوسيط للسنهوري ٢٩٤/٥ / ٢٩٥ ود. البقمي ص ٢٢٦.

(٣) د. أبو زيد: المرجع السابق ص ٦٢٨ - ٦٢٩ والمراجع السابقة.

وتعتبر البنوك الإسلامية الممثلة في الإدارة بمثابة المضارب فيما يخص الودائع الاستثمارية، والمودعون هم أرباب الأموال.

ومن هنا فمجلس الإدارة وكيل عن بقية المساهمين فيما يخص الاسهم، ومضارب في الوقت نفسه فيما يخص الودائع الاستثمارية.

عدم ضمان المضارب والشريك في الفقه الإسلامي كمبدأ:

أجمع الفقهاء قاطبة على أن المضارب أو الشريك أمين لا يضمن إلا عند التعدي والتقصير ومخالفة شروط العقد أو مقتضى العقد، وإليك بعض أحكام المضاربة بإيجاز:

فقد أجمع الفقهاء على جواز المضاربة، وعلى أنها عقد جائز غير ملزم قبل الشروع في العمل، واختلفوا فيما بعد العمل، وعلى أن النقود صالحة لها واختلفوا في غيرها، وعلى وجوب تسليم رأس المال إلى المضارب، واتفقوا على أن المضارب له الحق في البيع والشراء والرد بالعيب دون الحاجة إلى مشورة صاحب المال، وأنه ليس له الحق في دفع المال إلى شخص آخر للمضاربة إلا بأذن صاحب المال، وعلى أن لرب المال الحق في تقييد تصرفات المضارب، كما أجمعوا على أنه لا ضمان عليه إلا عند التعدي والتقصير ومخالفة الشروط، وعلى أن تحديد جزء محدد (كعشرة ريالات) لأحدهما باطل وأن الربح بينهما حسب الاتفاق، وأن الخسارة تكون على مال المضاربة، وأن المضارب لا يستحق الربح إلا بعد اكتمال رأس المال المدفوع وأن المضاربة الفاسدة يكون الربح فيها لرب المال والخسارة على ماله، وأن المضارب له أجر المثل، أو قراض المثل^(١).

(١) يراجع: فتح القدير ط. مصطفى الحلبي (١٠٦/٦) وبدائع الصنائع ط. زكريا يوسف (٣٥٦٧/٨) والنتف في الفتاوى للقاضي السعدي تحقيق د. الناهي، ط. مؤسسة الرسالة (٥٣٨/١) وبداية السبكي، ط. دار المعرفة بيروت (٣٨٧/١) والمدونة ط. دار الباز (٨٦/٥) وبداية المجتهد (٢٥٣/٢) والغاية القصوى ط. دار الإصلاح (٦١١/٢) والمغني لابن قدامة وموسوعة الاجماع لسعدي أبو جيب ط. قطر (٥٦٦/١، ٥٧٠) وموسوعة فقه إبراهيم النخعي لـ د. محمد رواس قلعه جي ط. جامعة الملك عبد العزيز بمكة (١/١٠٠٣٥١) وموسوعة عمر بن الخطاب لـ د. محمد رواسي قلعه جي ص ٣٨٩.

تأصيل القضية:

إن المضارب بمثابة الوكيل ولكنه وكيل مستمر كما أنه بمثابة الأجير والشريك والمودع عنده، وقد قال في ذلك صاحب المحيط: (وأما أحكامه - أي المضارب - فصيورته أمينا بعد الدفع، ووكيلاً عند الشروع في العمل، وشريكاً عند الربح)^(١).

ولذلك فالقاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن المضارب أو الشريك أمين غير ضامن من حيث المبدأ، وهذا ما يقضيه ميزان الحق والعدالة، وذلك لأن «الغرم بالغنم» وأن (الخراج بالضمان)^(٢)، وتوضيح ذلك أن صاحب المال مادام يربح لا بد أن يكون مستعداً لأن يخسر كما أن صاحب القرض لما كان لا يأخذ، أو لا يستحق شيئاً من الربح حتى لو تحقق ذلك للمدين يكون قرضه مضموناً مهما كانت الظروف والاحوال، فالميزان الإسلامي الحق له كفتان متعادلتان، فلا يمكن أن يعطي الربح لشخص مع أنه لا يشترك في الخسارة، ولذلك لما حدث الخلل في ميزان الربا سماه الله تعالى بالظلم فقال: ﴿وَإِنْ تَبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢٧٩] حيث إن ضمان المقترض للمال يقتضي عدم مطالبته الزيادة، كما أن هذه الزيادة (الفائدة الربوية) قد لا تتحقق فعلاً، بل قد تتحقق الخسارة أو أن المبلغ كان أساساً للاستهلاك وليس للتجارة، وحيث يتحقق ظلم أكبر فيما لو أخذ من المدين زيادة مهما كانت.

الميزان وقاعدة الحماية:

فإذا كان الميزان الإسلامي يقتضي عدم ضمان المضارب والشريك لما

(١) المحيط الرضوي ج ٥ لوحة ١٨٣، وموجبات الأحكام وواقعات الأنام لابن قطلوبغا الحنفي، تحقيق محمد سعود المعيني ط. الإرشاد ببغداد ١٩٨٣ ص ٩٢.

(٢) الحديث رواه هكذا رواه أبو داود، والحاكم، ورواه البخاري تعليقاً، وبصيغة الجزم، ورواه الترمذي والبخاري بسندهما بلفظ: «... والمسملون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً» قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

انظر: صحيح البخاري مع الفتح كتاب كتاب الإجارة (٤/٤٥١) وسنن أبي داود مع عون المعبود (٩/٥١٦) والترمي - مع تحفة الاحوذى - كتاب الأحكام، باب الصلح بين الناس (٤/٥٨٤).

ذكرنا فإن في مقابل ذلك قاعدة أخرى وهي قاعدة حماية أموال الناس، ووضع ضوابط لحمايتها، وتشريع روادع تردع الذين تسول لهم أنفسهم أن يتساهلوا في أكل أموال الناس بالباطل، ولذلك نص الفقهاء على أن المضارب والشريك يضمنان الخسارة في حالات التعدي والتقصير ومخالفة مقتضى العقد، وفصلوا في جزئياتها وتوسعوا في الاستثناءات حتى نستطيع القول بأن الاستثناءات تكاد تشكل قاعدة جيدة تحمي أموال الناس من الاعتداء والاضرار، وهذا ما نحن نسير عليه، حيث إننا من خلال هذا التوسع المقبول في ظل ميزان العدل والحماية نستغنى عن القول بضمان المضارب مطلقاً، ومحاولة ايجاد حيل وشبه دليل سواء كان بدافع الحرص على أموال الناس أو كان بدافع الخضوع لضغوط الواقع المفروض من قبل البنوك الربوية.

فعلينا نحن المهتمين بالفقه الإسلامي أن نحافظ على خصائصه ومبادئه ونظرته وفلسفته وأن لا نخضع لضغوط الواقع فنبرره وإن كان فاسداً، ثم في سبيل ذلك نأخذ بعنق النصوص فنحرفها عن حقيقتها، فهذا منهج خطير غير مقبول لأنه يؤدي إلى إذابة خصائص هذا الفقه العظيم، والتنازل عن المبادئ الراسخة فيه.

الميزان وقاعدة الحماية:

لا يعني كون المضارب أو الشريك أميناً أن يترك الحبل على الغارب، بل نص الفقهاء أن ذلك يعني أن يبذل كل ما في طاقته ويستقرغ جهده لتحقيق الربح الذي هو الغرض والهدف والغاية من المضاربة والمشاركة، كما أنه يجب عليه الاحتياط في التصرفات والحذر والاختذ بكل الوسائل المضمونة، ولذلك نصوا على أن المضارب إذا لم يشهد على المعاملة ثم ضاع جزء من رأس المال بسبب عدم وجود وسائل إثبات فإن يضمن^(١).

ومن هنا فهو أمين لأنه قد أوّتمن على المال (محل العقد) فيجب أن يتصرف كما يتصرف لنفسه، بل أكثر من ذلك من ناحية الحفاظ عليه

(١) يراجع: منتهى الارادات (١/٤٦١).

وتثميته وتتميته، وقدرته على ذلك، ومن هنا إذا ادعى المضارب أن له خبرة في مجال التجارة فدفع له رب المال مال المضاربة، أو ادعى الشريك ذلك فترك له الآخر حق الإدارة والتجارة ثم تبين أنه على خلاف ذلك فإنه يضمن، لأن ذلك داخل في الغش الذي يستوجب المسؤولية المدنية والجنائية ولذلك نصوا أيضاً على أن المضارب والشريك إذا باع بأقل من ثمن المثل، أو اشترى بأقل منه فإنه يضمن - كما سيأتي - .

ولا يختلف الفكر القانوني في ذلك حيث ينص على ضرورة أن يبذل مجلس الإدارة والمدير ما في استطاعتهم، أو حسب المادة (٧٠٤م) بذل الجهد لتحقيق أهداف الشركة عناية الرجل المعتاد^(١).

هل يوجد فرق بين المضارب المشترك والخاص؟ وهل يمكن قياس المضارب على الأجير المشترك؟
أثار أحد الباحثين^(٢) موضوع المضارب الخاص الذي يختص باستثمار مال شخص واحد، أو اثنين مثلاً، والمضارب المشترك الذي يقوم بالمضاربة بأموال لأشخاص كثيرين بعد خلطها بعضها مع بعض، كالبنوك الإسلامية فقال: بضمان المضارب المشترك قياساً على الأجير المشترك، وعدم ضمان المضارب الخاص كما أنه اعتمد على نص لابن رشد الحفيد في بداية المجتهد يدل حسب فهمه على ضمان المضارب وعلى هذا فمستند هذا الرأي هو أمران:

الأمر الأول: قياس المضارب المشترك على الأجير المشترك:

وهذا يمكن أن يناقش مما يلي:

أولاً:

إن ضمان الأجير المشترك (المقيس عليه) ليس متفقاً عليه بين الفقهاء، بل هو مختلف فيه^(٣) ومن المقرر في أصول الفقه: أن القياس إنما يكون معتبراً إذا كان حكم المقيس عليه ثابتاً بنص أو إجماع، وهنا فالمقيس عليه

(١) د. ثروت عبد الرحيم عبد الرحيم: الوجيز في القانون التجاري ص ٢٨٧.

(٢) د. سامي حسين حمود: تطوير الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية ط. دار الاتحاد العربي بالقاهرة ص ٤٣١.

(٣) يراجع: المغني لابن قدامة ط. الرياض الحديثة (٥٢٤/٥، ٥٢٦).

(ضمان الأجير) لم يثبت حكمه لا بنص ولا اجماع، وإنما هو قول لبعض الفقهاء خالفهم الآخرون، يقول الأسنوي في شروط الاصل المقيس عليه: (أن يكون ذلك ثابتاً بدليل من الكتاب، أو السنة، أو اتفاق الامة)^(١).

ثانياً:

إن هذا القياس قياس مع الفارق، لأن طبيعة عمل الأجير المشترك وظروفه مختلفة تماماً عن طبيعة عمل المضارب، وذلك لأن الأجير المشترك هو الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب، وبناء حائط ونحو ذلك^(٢).

وأما المضارب المشترك فهو الذي يودع عنده الأموال للتجارة.

والفرق بين طبيعة العقدين واضح جداً، حيث إن:

محل العقد في الإجارة المشتركة: مال وضع عند الأجير لصنع شيء منه، فهو ليس عرضة للخسارة، فإذا وجدت فتكون في الغالب بسبب إهمال أو تقصير.

أما المال الذي وضع عند المضارب فإنما يوضع للتجارة وهي في حد ذاتها قابلة للربح والخسارة كما هو معروف لدى الجميع^(٣).

ثم أن رب المال في المضارب قد يربح الكثير (بل الربح هو الغالب) فلا بد إذن أن يتحمل الخسارة على عكس رب المال في الإجارة المشتركة حيث يدفع أجرة الأجير، ولا يتوقع الربح أبداً، فإذا ضاع قماشه الذي أتى به للخياط (مثلاً) فإن العدالة تقتضي أن لا يخسره، وقد أوضح ابن تيمية الفرق الكبير بين الإجارة والمضاربة فذكر:

(إن المقصود في الإجارة - هو العمل - أو المنفعة فقط، وأما المقصود بالمضاربة هو: ما يتولد من اجتماع المنفعتين (أي المال والعمل)، بحيث إذا

(١) شرح الاسنوي على منهاج الوصول في علم الأصول للبيضاوي ط. محمد علي صبيح (١١٩/٣) بل قد اختلف الأصوليون في صحة القياس فيما لو كان حكم الاصل ثابتاً بالاجماع، حيث اشترط جماعة من الأصوليين أن يكون ثابتاً بالكتاب والسنة الصحيحة فقط. انظر المصدر السابق نفسه، وأصول الفقه الإسلامي لـ د. محمد مصطفى شلبي ط. دار النهضة ببيروت (٢١١/١).

(٢) المغني (٥٢٤/٥).

(٣) د. حسن عبد الله الأمين: الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ط. دار الشروق ص

حصل نماء اشتركا فيه، وإن لم يحصل نماء ذهب على كل منهما منفعتة فيشتركان في المغنم والمغرم كسائر المشتركين في نماء الأصول التي لهم ثم قال: (وهذا جنس من التصرفات يخالف في حقيقته ومقصوده وحكمه الإجارة المحضة، وما فيه من شوب المعاوضة من جنس ما في الشركة من شوب المعاوضة)^(١).

ثالثاً:

إن هذا المصطلح (المضارب المشترك والمضارب الخاص) لم يعهد في الفقه الإسلامي على الرغم من أن الفقهاء ذكروا جواز أن يكون المضارب مضارباً لأكثر من مال شخص مادام هناك أذن من المضارب الأول عند بعض الفقهاء، ولم يشترط الآخرون أذنه^(٢) والسبب في ذلك يعود إلى عدم ترتب أي أثر على كون المضارب خاصاً، أو مشتركاً، ولذلك أجمع الفقهاء على عدم ضمانه إلا في حالات التعدي والتقصير، والإهمال والمخالفة (كما سيأتي).

رابعاً:

إن سيدنا علياً رضي الله عنه الذي استند على قوله في ضمان الأجير المشترك قد نقل عنه أنه قال: (لا ضمان على من شورك في الربح) كما روى معنى ذلك عن الحسن والزهري^(٣).

الأمر الثاني: الاستناد على نقل لابن رشد فهم منه ضمان المضارب الخاص الذي يدفع المال لمضارب آخر

ولكن في فهمه هذا يناقش بأن النص لا يدل على ذلك، وهذا هو النص بعينه: قال ابن رشد: (واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة، والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير أذن رب المال، فقال هؤلاء كلهم ماعدا مالكا: هو تعد ويضمن وقال مالك: ليس بتعد، ولم يختلف هؤلاء المشاهير

(١) فتاوى الإمام ابن تيمية ط. كردستان العلمية بالقاهرة (٣/٣١٠).

(٢) المغني (٥/٥١-٥٢).

(٣) المغني (٥/٥٤).

من فقهاء الأمصار أنه ان دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسران^(١).

فالنص واضح في أن الضمان على المضارب إنما يكون في المسألتين (خلط أموال المضاربة بأمواله، أو دفع المضارب أمواله لآخر) إذا لم يتم اذن من صاحب المال.

وعلى فرض دلالة هذا النص على عدم اشتراط الأذن لضمان المضارب في مسألة دفع لمضارب آخر، فإن هذا النص ليس فيه حجة، لأنه ينقل عن هؤلاء، وحينئذ يجب الرجوع إلى أقوالهم في كتب أخرى للثبوت من هذا النص، كما أن مؤلفه وناسخه إنسان معرض للسهو والنسيان، وعند الرجوع إلى نصوص هؤلاء المشاهير نراها تدل بوضوح على أن المضارب إنما يضمن إذا أعطى مال المضاربة لشخص آخر دون إذن رب المال، وإليك نصوصهم:

يقول الكاساني الحنفي: (ولو دفع إلى إنسان مالاً مضاربة وأمره أن يعمل برأيه، ودفعه المضارب الأول إلى آخر مضاربة على أن يعمل معه، أو يعمل معه رب المال فالمضاربة فاسدة...)^(٢).

وجاء في الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقي: (أو شارك العامل غيره بمال القراض بلا إذن فيضمن، لأنه عرضه للضياع، لأن ربه لم يستأمن غيره)^(٣).

وجاء في المذهب للشيرازي الشافعي: (ولا يجوز للعامل أن يقارض غيره من غير إذن رب المال، لأن تصرفه بالأذن...)^(٤).

وجاء في المغني لابن قدامة الحنبلي:
(وليس للمضارب دفع المال إلى آخر مضاربة، نص عليه أحمد في رواية الاثرم وحرب وعبد الله قال: «إن اذن له رب المال، وإلا فلا»)^(٥).

(١) بداية المجتهد، ط. مصطفى الحلبي (٢٤٢/٢).

(٢) بدائع الصنائع (٣٦٠١/٨).

(٣) حاشية الدسوقي ط. عيسى الحلبي (٥٢٦/٣).

(٤) المذهب للشيرازي ط. عيسى الحلبي بالقاهرة (٣٨٦/١).

(٥) المغني (٤٨/٥).

ومن خلال هذه النصوص: رأينا أن هؤلاء المشاهير كلهم قالوا: إن المضارب لا يجوز له أن يدفع مال المضاربة إلى آخر، فإذا فعل ذلك فإنه يكون ضامناً لمخالفته موجبات عقد المضاربة إلا إذا كان بإذن رب المال فلا يكون حينئذ ضامناً.

ومن جانب آخر:

أن لازم المذهب ليس بمذهب، كما أن النص الذي ذكره ابن رشد على فرض دلالته على قول هذا الباحث الكريم إنما هو في مسألة واحدة فلا يمكن تعميم الحكم فيها وأخذ نظرية متكاملة منه تخالف ما نص عليه الفقهاء، وتخالف ميزان الشرع في هذه العقود.

ونحن لا نشك في صدق نية هذا الباحث وأن الدافع وراءه هو البحث عن الحلول الشرعية لقضايانا المعاصرة، واعطاء الحوافز لدى أصحاب الأموال لاستثمارها في البنوك الإسلامية إذا قرر ضمان المضارب المشترك^(١) ولكننا نرى أننا لو دققنا النظر في حالات الضمان التي ذكرها الفقهاء، وأصلناها وفرعنا عليها لتحقق لنا ميزان العدالة والحماية ولما احتجنا إلى هذه المحاولات التي تقضي على خصائص الاقتصاد الإسلامي وفقه المعاملات التي تقوم على العدالة، ونوع المخاطرة في مقابل الربح - كما سيظهر ذلك فيما بعد -.

عدم ضمان المضارب والشريك في القانون إلا عند التعدي والتقصير

فقد نصت القوانين والأنظمة المالية في الدول العربية (في غيرها) على أن الشريك وكيل وأنه لا يضمن إلا عند التعدي والتقصير، وأنه إذا وقعت خسارة فإنها تغطي من الاحتياطي أولاً، ثم من رأس المال بعد ذلك^(٢).

(١) ويراجع: د. سامي حمود: المرجع السابق نفسه، ود. حسين عبد الله: المرجع السابق ٣٢٣.
(٢) انظر: قوانين الشركات في دول مجلس التعاون الخليجي لـ د. سعيد يحيى ط. المكتب العربي الحديث بالإسكندرية ص ١٧٠، ود. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ٦٣٥، ود. البقمي: المرجع السابق ص ٤٤٣ ود. ثروت عبد الرحيم: الوجيز في القانون التجاري ص ٣٨٩.

بطلان شرط الضمان :

وكما اتفق الفقهاء على أن المضارب والشريك غير ضامنين كقاعدة وأصل إلا في حالات استثنائية (نذكرها) اتفقوا أيضاً على بطلان شرط الضمان^(١).
جاء في المغني (متى شرط على المضارب ضمان المال، أو سهما من الوضيعة فالشرط باطل، لا نعلم فيه خلافاً، والعقد صحيح نص عليه احمد وهو قول أبي حنيفة ومالك وروى عن أحمد أن العقد يفسد به وحكى ذلك عن الشافعي، لأنه شرط فاسد فأفسد المضاربة كما لو شرط لأحد هما فضل درهم، والمذهب الأول^(٢)).

وجاء في المدونة: (وسألت مالكا عن رجل يدفع إلى الرجل مالا قراضا على أن العامل ضامن للمال؟ قال: قال مالك: يرد إلى قراض مثله ولا ضمان عليه)^(٣).
وقال السمرقندي الحنفي: (أن الربح هو المقصود فجهالته توجب فساد العقد، فكل شرط يؤدي إلى جهالة الربح يفسد المضاربة، وان كان لا يؤدي إلى جهالة الربح يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن تكون الوضيعة على المضارب، أو عليهما فالشرط يبطل ويبقى العقد صحيحا، والوضيعة في مال المضاربة)^(٤) وكذلك الأمر عند غيرهم قال ابن رشد: (إذا شرط رب المال الضمان على العامل فقال مالك: لا يجوز القراض وهو فاسد، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه: القراض جائز والشرط باطل)^(٥) والحنابلة على المذهب يتفقون مع رأي أبي حنيفة وأصحابه^(٦).

وقد تبنت القوانين العربية، بل الغربية أن مجلس الإدارة لا يكون ضامنا إلا في حالات التعدي والتقصير^(٧).

(١) يراجع: المغني لابن قدامة (م/٦٨، ٧٠، ٧٦، ٣٧، ٦٨) وبداية المجتهد (٢/٢٣٩) وموسوعة الاجماع (١/٥٦٩).
(٢) المغني (٥/٦٨).
(٣) المدونة (٥/١٠٩) ويراجع الموطأ (٢/٦٩٢) وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٥٢٠).
(٤) تحفة الفقهاء تحقيق: د. محمد زكي عبد البر، ط. قطر (٣/٢٥).
(٥) يراجع: بداية المجتهد (٢/٢٣٨)، والغاية القصوى (٢/٢٣٦).
(٦) المغني (٥/٦٨).
(٧) أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ٦٣٥، ود. البقمي: المرجع السابق ص ٤١٦.

كما نصت بعض القوانين العربية التي ذكرت المضاربة على عدم ضمان المضارب، مثل القانون المدني العراقي في مادته (٦٧٠) نص على أن: الخسارة يتحملها رب المال وحده وإذا شرط على المضارب أن يشترك في الخسارة فإن الشرط لا يعتبر.

ونصت المادة (٦٩٦) من القانون الاماراتي على أنه: (لا يجوز لرب المال اشتراط الضمان لرأس المال على المضارب إذا ضاع، أو تلف بغير تفريط منه). ونصت القوانين العربية (والغربية أيضاً) على أن الشريك وكيل وأن مجلس الإدارة لا يضمن إلا عند التعدي والتقصير، وأنه إذا وقت خسارة فانها تغطي من الاحتياطي أولاً، ثم من أموال الشركة حيث حصص رأس المال كما اتفقت القوانين العربية على أنه لا يجوز الاتفاق على اعفاء احد من الشركاء من تحمل نصيب من الخسارة، وإذا وجد ذلك فان عقد الشركة باطل (م ٥١٥ مدني مصري) مع أنها تعطي الحق لتنظيم الربح والخسارة حسب الاتفاق، وكذلك نصت على بطلان الشركة إذا وجد فيها شرط فاسد، لكن العقد قد يحول إلى عقد القرض، أو العارية إذا توافرت فيه أركانه واتجهت اليه نيته وذلك طبقاً للمادة (١٤٤ مدني مصري)^(١).

وبذلك عرف أن عدم ضمان المضارب والشريك مما اتفق عليه الفقهاء والقانونيين، ويبدو أن هذا الاجماع يقوم على مقاصد الشريعة وموازن الشرع، كما أن هناك بعض الاثار المرفوعة في هذا الصدد لكنها ضعيفة، منها حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعاً بلفظ: (ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع المغل ضمان).

رواه الدار قطني، وقال الحافظ ابن حجر: (وفي اسناده ضعيفان، قال الدار قطني: وانما يروى هذا عن شريح غير مرفوع، ورواه من طرق اخرى ضعيفة بلفظ: «لا ضمان على مؤتمن»^(٢).

(١) يراجع: الوسيط للسنيوري (٢٢٢/٥) والحصة بالعمل ل د . السيد علي السيد ط. الشؤون الإسلامية بمصر ص ١٥٥ .
(٢) انظر: تلخيص الحبير ط. الطباعة الفنية بالقاهرة (٩٧/٣) وجاء فيه: والمغل هو الخائن كذا فسر في آخر رواية الدار قطني، (وقيل: هو مدرج) وقيل: القابض.

ومنها حديث: (من أودع وديعة فلا ضمان عليه) رواه ابن ماجه عن طريق عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، قال الحافظ ابن حجر: (وفيه المثني بن الصباح وهو متروك، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي^(١)) ولكن ابن لهيعة نفسه (وهو عبد الله بن لهيعة بن عقبة الحضرمي مات ١٧٤ هـ) ضعيف عند ابن معين، ويحيى بن سعيد وأبي زرعة، وأبي حاتم، والجوزجاني وغيرهم، بينما وثقه الآخرون، وقال بعضهم يقبل حديثه قبل احتراق كتبه، ولا يقبل بعده^(٢) ومثل هذا لا يتابع به.

غير أنه روى عن أبي بكر وعلي وابن مسعود وجابر أنه: (ليس على المؤتمن ضمان)^(٣) ولم يعرف لهم مخالف فكان ذلك اجماعاً سكوتياً (ان لم يكن صريحاً) وأصبح مستنده إجماع الفقهاء الصريح.

وإذا كان تضمين المضارب مخالفاً للاجماع فيكون باطلاً حتى ولو اشترطه رب المال، أو اشترط المضارب على نفسه، بل ان جماعة مع الفقهاء (منهم المالكية والشافعية) ذهبوا إلى ان اشتراط ضمان المضارب في العقد يؤدي إلى بطلان العقد نفسه، بينما اكتفى الحنفية والحنابلة ببطلان الشرط فقط، وقد نص الفقهاء على أن الشريك وكيل عن الآخر وان يده يد الامانة فلا يضمن إلا بالتعدي والتقصير فعقد الشركة قائم على الوكالة والامانة بالاجماع^(٤) وزاد الحنفية في شركة المفاوضة فقالوا: انها تقوم على الوكالة والكفالة معاً^(٥) يقول ابن رشد: (ولا يضمن أحد الشريكين ما ذهب من مال التجارة باتفاق)^(٦).

(١) تلخيص الحبير (٩٨/٣ - ٩٩).

(٢) يراجع: حاشية الدسوقي (٣٥٤/٥) والروضة (٢٧٥/٤) والمغني لابن قدامة (٢٠/٥) والعدة شرح العمدة ص ٢٥٦ - ٢٥٧.

(٣) يراجع: فتح القدير (١٥٦/٦) وبدائع الصنائع (٣٥٤٤/٧).

(٤) بداية المجتهد (٢/٢٥٦) وأما عند التعدي والتقصير فهو ضامن وضرب مثلاً جيداً فقال ابن رشد: «وأما من قصر في شيء، أو تعدى فهو ضامن مثل أن يدفع مالاً من التجارة فلا يشهد وينكره القابض فإنه يضمن، لأنه قصر إذا لم يشهد».

(٥) نيل الأوطار (/).

(٦) المهذب (١/٣٨٥) ويراجع: المغني (٥/٧٨).

وهذا ما يقتضيه ميزان العقود - بل وميزان العقل والمنطق، لأن من يساهم في الربح لابد أن يكون مستعداً للخسارة، وإلا فقد ظلم صاحبه، لأن هذه الدنيا كلها ليست على كفة واحدة (وهي الخسارة فقط أو الربح فقط) وإنما على الزوجية والكفتين هما الخسارة والربح ولذلك قال عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما: (لو تلف المال كان ضمانه علينا، فكيف لا يكون ربحه لنا)^(١).

ومن جانب آخر فإن اشتراط الضمان على المضارب أو الشريك يؤدي إلى تغيير طبيعة العقد نفسه من القراض إلى عقد القرض الذي يكون فيها المقترض ضامناً، ولكنه في مقابل ذلك لا يدفع أي ربح للمقرض، وإذا تحول إلى عقد القرض فإن أية فائدة زائدة تعتبر من الربا المحرم، لأن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

وقد نص الفقهاء على أنه لو دفع ماله إلى عامل وقال: اتجر فيه ولك كل أرباحه فإنه قرض، أو أنه مقارضة فاسدة على خلاف بينهم قال الشيرازي: (وان قال: قارضتك على أن الربح كله لي، أو كله لك بطل القراض، لأن موضوعه على الاشتراك في الربح فإذا شرط الربح لأحد هما فقد شرط ما ينافي مقتضاه فبطل، وان دفع إليه ألفاً وقال: تصرف فيه والربح كله لك فهو قرض لا حق لرب المال في الربح، لأن اللفظ مشترك بين القراض وقد قرن به حكم القرض فأنعقد القرض به كلفظ التملك لما كان مشتركاً بين البيع والهبة إذا قرن به الثمن كان بيعاً وان قال: تصرف فيه والربح كله لي فهو بضاعة، لأن اللفظ مشترك بين القراض والبضاعة وقد قرن حكم البضاعة فكان بضاعة..)^(٢).

وقال الكاساني: (ولو شرط جميع الربح للمضارب فهو قرض عند أصحابنا (الحنفية) وعند الشافعي: هي مضاربة فاسدة وله أجرة مثل ما إذا عمل «وقد ذكرنا ان فيه تفصيلاً» وجه قوله ان المضاربة عقد شركة في

(١) بدائع الصنائع (٣٦٠٤/٨).

(٢) يراجع: معين الحكام ط. عيسى الحلبي القاهرة (٥٤٢/٢) ويراجع: المضاربة الشرعية، إعداد عز الدين محمد خوجه، ويراجع د. عبد الستار أبو غدة، ط. دلة البركة ص ١٢٥.

الربح فشرط قطع الشركة فيها يكون شرطا فاسدا، ولنا أنه لم يكن تصحيحها مضاربة فتصح قرضا، لأنه أتى بمعنى القرض والعبرة في العقود لمعانيها، وعلى هذا إذا شرط جميع الربح لرب المال فهو ابضاع عندنا لوجود معنى الابضاع^(١).

تطوع المضارب أو الشريك (البنك) بالضمان :

إذا لم يكن هناك اتفاق من الطرفين على اشتراط الضمان، ولكن المضارب أراد أن يطمئن رب المال فتطوع بالضمان فما الحكم في هذه المسألة. للجواب عن ذلك نقول: لهذه المسألة حالتان:

الحالة الأولى : أن يدخل المضارب هذا الشرط التطوعي في العقد فهذا لا يجوز، لأنه يدخل ضمن المسألة السابقة حيث رأينا أن الفقهاء قد اتفقوا على عدم جواز أن يضمن عقد المضاربة اشتراط الضمان.

الحالة الثانية : أن يتطوع المضارب باشتراط الضمان على نفسه بعد العقد أو بعد الخسارة دون أن يربط العقد به، فهذه اجازة بعض فقهاء المالكية قياسا على جواز تطوع الوديع، والمكترى بضمان ما في يده إذا كان هذا التطوع غير مشروط في العقد^(٢)، جاء في معين الاحكام: (إذا طاع العامل بضمان المال امتنع ذلك عند الاكثرين، واجازة القاضي ابو المطرف، ووافقه عليه ابن عتاب)^(٣) وذكر التجيبي أن في هذه المسألة قولين: أحدهما: نعم يلزمه، لتبرعه به، لأنه معروف التزمه، والاصل أن من التزم شيئا لزمه، والثاني لا يلزمه لأنه شرط مناف لمقتضى العقد، ثم ذكر التجيبي أن القول المشهور هو عدم الضمان^(٤).

(١) معين الحكام (٥٤٢/٢).

(٢) حاشية أبي الشتاء الصنهاجي (٢٧٩/١).

(٣) حدث ذلك بخصوص مصرف قطر الإسلامي الذي تتكون هيئة الرقابة الشرعية من فضيلة الأستاذ الجليل الدكتور: يوسف القرضاوي، والأستاذ الدكتور: علي السالوس، والشيخ عبد القادر العماري، كما حضر الباحث أيضاً، وجاء في محضر الاجتماع المشترك بتاريخ ١٥/١٢/١٤١٣هـ الموافق ١٩٩٣/٦/٥م «... واسترشاداً برأي فضيلة الدكتور يوسف القرضاوي».

(٤) بدائع الصنائع للكاساني (٣٦٠٥/٨ - ٣٦٣٠) بإيجاز شديد.

والخلاف هنا في لزوم هذا الشرط على المضارب كما يظهر من عبارات المالكية حيث جاءت بعض نصوصهم (وطوع بغرم في قراض نعم، ولا... أي في لزوم غرمه قولان: أحدهما نعم يلزمه، لتبرعه به، لأنه معروف التزمه، والاصل أن من التزم شيئاً لزمه، والثاني لا يلزمه..)^(١).

ومن هنا فلو تم العقد بين المضارب ورب المال ولم يوجد بينهما شرط، ثم حدثت الخسارة فطاب نفس المضارب بتعويض رب المال رأس ماله فلا أرى أن فيه مانعاً شرعياً، وذلك يجده بأن يكون المضارب تاجراً كبيراً، ورب المال كان ذا مال قليل، أو له حاجة وظروف خاصة، فدفع له رأس ماله دون شرط فهذا جائز بل هو بمثابة الهبة غير المشروطة وكذلك الأمر لو رأى المضارب أنه في حالة تضمين أرباب الأموال الصغيرة سيقع ضرر كبير على مصالحه التجارية، واندفع وهو قادر على ذلك لتحمل هذه الخسارة فلا مانع منه شرعاً، مثل ما حدث من خسائر لبعض البنوك الإسلامية جراء انهيار بنك الاعتماد والتجارة - كما هو معروف - فاجتمع مجالس الإدارة مع الجمعيات العام لتلك البنوك وبعد المناقشات المستفيضة رأى المساهمون أن في تحميل أرباب الأموال (المودعين) مفاصد كبيرة قد تهدد البنك بالانهيار، ففوضوا مجلس الإدارة، وبعد عرض الموضوع على هيئة الرقابة الشرعية وافقت على ذلك ووعد مجلس الإدارة هيئة الرقابة الشرعية على ذلك من باب التبرع، ورعاية المصالح ودرء المفاصد^(٢).

الحالات التي يجب فيها الضمان :

قلنا: ان الاصل المجمع عليه بين الفقهاء هو أن المضارب والشريك غير ضامنين، وأن يدهما يد أمانة من حيث المبدأ، ولكن الفقهاء ذكروا حالات كثيرة ومسائل فرعية يكونان ضامنين لأثارهما من الخسارة، وذلك مثل التعدي والتقصير، والخيانة والإهمال، وعدم حفظ الأموال، ومخالفة شروط

(١) النتف في الفتاوى للإمام السغدري (١/٥٣٧ - ٥٤٣).

(٢) بدائع الصنائع (٧/٣٥٦١).

العقد (اللوائح والأنظمة المرعية)، وعدم بذل الجهد المطلوب لتحقيق الربح، ومخالفة مقتضى عقدي المضاربة والشركة.

وهذه الحالات يمكن تلخيصها في: التعدي والإهمال، ولكننا نذكر هذه الحالات كلا على انفراد لتأصيلها الشرعي، ثم نقوم بتلخيصها في آخر البحث:

أولاً: مخالفة التصرفات التي يقتضيها عقدا المضاربة والشركة:

وقد ذكر فقهاؤنا التصرفات التي يقتضيها عقد المضاربة وعقد الشركة، فبينوا ما يجوز منها، وما لا يجوز، فإذا خالف المضارب أو الشريك هذه التصرفات فيكون ضامناً، وقد أجاد العلامة الكاساني في ذكر ما يجوز للمضارب وما لا يجوز في حالة المضاربة المطلقة، والمضاربة المفيدة نذكر بإيجاز ذلك حيث ذكر:

أن المضاربة نوعان: مطلقة ومقيدة

فالمضاربة المطلقة:

أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان وصفة العمل ومن يعامله. مثل أن يقول خذ هذا المال وأعمل به على أن ما رزق الله من ربح فهو بيننا.

والمضاربة المقيدة:

أن يعين شيئاً من ذلك.

وتصرف المضارب في كل واحد من النوعين ينقسم أربعة أقسام:

قسم منه للمضارب أن يعمل من غير الحاجة إلى التصييص عليه ولا إلى قول اعمل برأيك فيه، وقسم منه ما ليس له أن يعمل ولو قيل له أعمل فيه برأيك إلا بالتصييص عليه، وقسم منه ماله أن يعمل إذا قيل له اعمل فيه برأيك وان لم ينص عليه، وقسم منه ما ليس له ان يعلمه رأساً وان نص عليه.

أما القسم الذي للمضارب ان يعلمه في غير التنصيص عليه ولا قول اعمل برأيك:
(أي المضاربة المطلقة عن الشرط والقيود): فهو ان يشتري به ويبيع لأنه اجره بعمل هو سبب حصول الربح وهو الشراء والبيع، وكذا المقصود في عقد المضاربة هو الربح والربح لا يحصل إلا بالشراء والبيع.

أما القسم الذي ليس للمضاربة ان يعمله إلا بالتنصيص عليه :

في المضاربة المطلقة فليس له أن يستدين على مال المضاربة ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله لأن الاستدانة اثبات زيادة في رأس المال في غير رضا رب المال بل فيه اثبات زيادة ضمان على رب المال في غير رضاه لأن ثمن المشتري رأس المال ثم هلك المشتري قبل التسليم فان المضارب يرجع إلى رب المال بمثله فلو جوز بالاستدانة على المضاربة لألزمناه زيادة ضمان لم يرض به وهذا لا يجوز.

أما القسم الذي للمضارب ان يعمله إذا قيل له اعمل برأيك وان لم ينص عليه :

فالمضاربة والشركة والخلط فله ان يدفع مال المضاربة مضاربة إلى غيره، وان يشارك غيره في مال المضاربة شركة عنان. وان يخلط مال المضاربة بمال نفسه إذا قال له رب المال اعمل برأيك وليس له ان يعمل شيئاً من ذلك إذا لم يقل له ذلك.

أما القسم الذي ليس للمضاربة ان يعمله اصلاً :

فشراء ما لا يملك بالقبض (مثل المحرمات كالميتة والدم والخمر والخنزير) وما لا يجوز بيعه فيه إذا قبضه.

وأما المضاربة المقيدة :

فحكمتها: حكم المضاربة المطلقة في جميع ما وصفنا لا تفارقها إلا في قدر القيد. والاصل فيه ان القيد ان كان مقيداً يثبت لأن الاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن وإذا كان القيد مفيداً كان يمكن الاعتبار فيعتبر لقول النبي صلى الله عليه وسلم: (المسلمون عند شروطهم) فيتقيد بالمذكور ويبقى مطلقاً

فيما وراءه على الاصل المعهود في المطلق إذا قيد ببعض المذكور انه يبقى مطلقاً من وراءه كالعالم إذا خص منه بعضه انه يبقى عاماً فيما وراءه وان لم يكن مفيداً لا يثبت بل يبقى مطلقاً لأن ما لا فائدة فيه لغو وملحق بالعدم.

وإذا عرفنا هذا فنقول: إذا دفع رجل إلى رجل مالاً مضاربة على ان يعمل به في الكوفة فليس له ان يعمل في غير الكوفة لأن قوله (على ان) من الفاظ الشرط وانه شرط مفيد لأن الاماكن تختلف بالرخص والغلاء وكذا في السفر خطر فيعتبر^(١).

وقد لخص الإمام السعدي الحنفي (ت ٤٦١ هـ) التصرفات الجائزة وغير الجائز للشريك والمضارب تلخيصاً طيباً فقال:

ويجوز للشريك ان يضع في مال الشركة ستة عشر شيئاً :

أحدهما: ان يبيع ويشتري.

والثاني: ان يرهن ويرتهن.

والثالث: ان يؤجر ويستأجر.

والرابع: ان يقبل البيع والشراء.

والخامس: ان يولي انسانا السلعة بما اشتراه.

والسادس: ان يشرك انسانا فيما اشترى.

والسابع: ان يودع المال من الشركة.

والثامن: ان يعير شيئاً من مال التجارة.

التاسع: ان يستبضع مالاً من مال الشركة.

العاشر: ان يبيع بالنقد والنسيئة.

والحادي عشر: ان يبيع بالاثمان والعروض.

والثاني عشر: ان يأذن للعبد من مال الشركة في التجارة.

(١) بدائع الصنائع (٢٥٦١/٧) ويراجع بقية المذاهب في بداية المجتهد (٢٥٥/٢٢) والقوانين الفقهية ص ٢٧٩ والروض (٢٨٢/٤) والمغني (٣٠٠/٥).

- والثالث عشر: ان يوكل في البيع والشراء.
- والرابع عشر: ان يدعو احدا إلى الطعام.
- الخامس عشر: ان يهدي الشئ اليسير.
- السادس عشر: ان يتصدق بشئ يسير.

ولا يجوز للشريك ان يفعل في مال الشركة اثني عشر شيئا :

- احدهما: ان لا يشارك فيه انسانا.
- والثاني: ان يدفعه إلى آخر مضاربة.
- والثالث: ان لا يقرض منه احدا.
- والرابع: ان لا يخلطه مع ماله.
- والخامس: ان لا يحابي فيه احدا.
- والسادس: ان لا يشتري ما لا يقدر على بيعه مثل الرحم المحرم لشريكه ونحوه. والبقية تخص العبيد.

ولخص أيضاً بخصوص المضاربة ما يجوز للمضارب وما لا يجوز فقال:

ويجوز للمضارب ان يعمل في مال المضاربة سبعة عشر شيئا :

- منها ما ذكرناه في كتاب الشركة انه يجوز للشريك ان يفعله في مال الشركة.
- والسابع عشر: يجوز للمضارب ان ينفق على نفسه من مال المضاربة إذا سافر بمال المضاربة قليلا كان المال أو كثيرا، في اكله وشربه وركوبه ولا ينفق منها في احتجامة ودخوله الحمام وفي ثمن الادوية ونحوها.
- وليس له ان ينفق منها مادام مقيما.
- وقال مالك والليث بن سعد إذا كثر المال واحتمل انفق وإذا قل لم ينفق إلا من مال نفسه وما انفق فانه لا يحسب من حصة ربحه.

ولا يجوز للمضارب ان يعمل في مال المضاربة ثلاثة عشر شيئا :

- اثني عشر ما ذكرناه في كتاب الشركة انه لا يجوز للشريك ان يفعله في مال الشركة.

والثالث عشر: لايجوز له ان يستدين على مال المضاربة أكثر من مال المضاربة.
ولو قال له رب المال اعمل برأيك فيجوز له ان يشارك فيها انسانا
ويدفعها إلى غيره مضاربة في قول أبي حنيفة وأصحابه .
ولا يجوز ذلك في قول الشيخ ويقول ان معنى قوله: اعمل برأيك أن يبيع
بالنقد والنسيئة وبالاثمان والعروض ونحوها .
وإذا نهى رب المال المضاربة عن البيع والشراء فلا يجوز له بعد ذلك .
وأما بيع ما اشترى وليس له ان ينهيه عن ذلك .
وللمضارب ان يبيع حتى يتحصل المال فيعرف رأس المال والربح .
وسواء نهاه أو مات في قول أبي حنيفة وأصحابه .
وفي رواية عن أبي حنيفة انه قال: له ان ينهاه وإذا (مات رب المال)
فليس له ان يبيع، وهو قول الشيخ .
فان لم يكن في تلك العروض ربح فهي تكون لرب المال، وان كان فيها
ربح اقتسماه بينهما^(١) .
وكذلك الأمر في بقية المذاهب حيث ان هناك تصرفات يجوز للمضارب
ان يقوم بها دون اذن خاص، وتصرفات لا يجوز له الاقدام عليها إلا بموافقة
رب المال، وسنذكر ذلك عند كلامنا عن ضمان المضارب إذا خالف مقتضى
العقد أو شروط العقد .
ولا يكاد الأمر يختلف في الشركة حيث ان الشريك والمضارب كلاهما
وكيل - كما سبق - وأن القاعدة العامة فيما يجوز للشريك ان يعمل في
الشركة المطلقة هي أن الشركة تتعقد على عادة التجار، جاء في بدائع
الصنائع:(وله أن يعمل في مال الشركة كل ما للمضارب أن يعمل في مال
المضاربة.. لأن تصرف الشريك أقوى من تصرف المضارب وأعم منه، فما
كان للمضارب أن يعمل فالشريك أولى)^(٢) .

(١) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ٦٢٠ - ٦٢١ .

(٢) د. ثروت عبد الرحيم: الوجيز في القانون التجاري، ط. النهضة العربية بالقاهرة ص ٣٨٥-٣٨٦ .

ومن جانب آخر فإن الشريك أقوى من الوكيل، ولذلك يجوز له من التصرفات في حالة الشركة المطلقة أكثر مما يجوز للمضارب والوكيل في المضاربة المطلقة والوكالة، فمثلا لا يجوز للمضارب أن يدفع المال لمضارب آخر (عند الجمهور) إلا باذن خاص، بينما يجوز للشريك ذلك، كما أن الوكيل بالشرء لا يملك أن يوكل غيره بينما يجوز للشريك ان يوكل غيره بالبيع والشرء^(١).

ما يجب وما يجوز، وما لا يجوز لمجلس الإدارة أو المدير أن يعمله في القانون

أولاً: مجلس الإدارة

لقد نصت القوانين والأنظمة العربية (والغربية) على حقوق والتزامات مجلس الإدارة والمدير، فإذا تجاوزها وخالفها سواء كان عمدا وبسوء نية أم لا يكون مسؤولاً عن نتائج أعماله، كما أن عليه أن يسير حسب لوائح الشركة ونظامها الاساسي، كما أن التشريعات العربية والاجنبية تستلزم توافر شروط تتعلق بنزاهة العضو، ووجود مصلحة مباشرة وذات اهمية في الشركة فضلا عن الشروط الأخرى المتعلقة بتعدد العضوية وجنسية الاعضاء، ومن هذه الشروط ألا يكون العضو قد حكم عليه بعقوبة جنائية، أو عقوبة جنحة عن سرقة، أو نصب، أو خيانة أمانة، أو تزوير، أو تقالس أو نحو ذلك (م ٨٩ من قانون ١٥٩ المصري لعام ١٩٨١) وان يكون العضو مالكا لعدد معين من الاسهم، ونحو ذلك.

(ومجلس الإدارة كل السلطات المتعلقة بإدارة الشركة بكافة الأعمال اللازمة لتحقيق غرضها وذلك فيما عدا ما استثني بنص خاص في القانون، أو نظام الشركة من أعمال، أو تصرفات تدخل في اختصاص الجمعية العام (م ٥٤ من ق ١٥٩ لسنة ١٩٨١) وهذا النص يقتضي أن لمجلس الإدارة الحق في مباشرة جميع التصرفات التي يقتضيها غرض الشركة وأن لمجلس الإدارة الحق في مباشرة جميع التصرفات التي يقتضيها غرض الشركة وأن له

(١) د. ثروت عبد الرحيم: المرجع السابق ص ٢٨٩، ٢٩٣.

سلطة واسعة مادامت قراراته لا تخالف نصا في القانون، أو النظام الاساسي، ولا تتعارض مع غرض الشركة^(١).

ويمكن تلخيص مهمة مجلس الإدارة في رسم السياسة التخطيطية والتنفيذية للشركة للوصول إلى الاغراض التي من اجلها انشئت الشركة مستهدية في ذلك بقرارات وتوصيات الجمعية العامة.

ونصت القوانين على ان اعضاء مجلس الإدارة وكلاء مؤتمنون، وأن عليهم أن يبذلوا في سبيل سلامة ادارتها وانجاح غرضها كل مافي وسعهم، أو حسب المادة ٧٠٤ م عناية الرجل المعتاد، ومن ثم فان عليهم حضور جلسات المجلس، ومراقبة نشاط الشركة والعاملين بها للتأكد من انتظام العمل، واعداد وبحث ودراسة المشروعات التي تهدف إلى تحقيق غرض الشركة، وانجاح مشروعها وزيادة أرباحها، وتنفيذ ما يوجبه قانون الشركة، واللوائح الخاصة بها، كما تضمنت قوانين الشركات أحكامها تهدف إلى ضمان إدارة الشركة على الوجه الصحيح، ومنع شبكات استغلال اعضاء مجلس الإدارة سلطة مناصبهم لا يسع البحث للخوض في تفاصيل ذلك^(٢).

ومن المتفق عليه فقها وقانونا انه لا يجوز لأعضاء مجلس الإدارة، وللمدير الاهمال والتقصير، والتعدي والخيانة ولذلك إذا وقع منهم خطأ أدى إلى اضرار بالشركة، أو بالغير فانهم مسؤولون عنه، ومن صور هذا الخطأ مخالفة هؤلاء لأحكام قانون الشركات، والنظام الاساسي للشركة، والعرف التجاري، ونحو ذلك، وذلك مثل عدم قيام أعضاء مجلس الإدارة بايداع أسهم الضمان في أحد البنوك المعتمدة، وحصول أحدهم على قرض من الشركة أو مكافآت تزيد على ما هو المقرر، وكالمغامرة بأموال الشركة، أو اهمالهم تحصيل ما للشركة من حقوق لدى الغير، أو توزيع أرباح صورية على المساهمين، أو المودعين أو اصدار بيان يتضمن تصوير للمركز المالي للشركة على غير حقيقته، أو نحو ذلك^(٣).

(١) يراجع لتفصيل ذلك: د. أبو زيد: المرجع السابق ص ٦٢٧.

(٢) أحكام المعاملات المالية لـ د. محمد زكي عبد البر، ط. دار الثقافة ص ٣٤٥، ٣٤٦ ويراجع: الروضة (٢٢٨/٥) والمهذب (٤٠٨/١).

(٣) بدائع الصنائع (٣٦٢١/٨).

ثانياً: المدير العام

قد تشترط بعض القوانين أن يكون المدير في شركات المساهمة من غير أعضاء مجلس الإدارة، ولكن بعضها الآخر لا تشترط ذلك، وأيا كان فان المدير العام يتولى رئاسة الجهاز التنفيذي للشركة ويكون مسؤولاً أمام العضو المنتدب، أو رئيس مجلس الإدارة حسب الاحوال، وهو يستمد سلطاته - في واقع الأمر - من رئيس الإدارة، وتقوم العلاقة بين المدير العام والشركة على عقد العمل (الأجير الخاص)، وتأخذ حكمه.

والخلاصة: ان على المدير بذل كل ماوسعه لتنفيذ اللائحة والقوانين وتحقيق أغراض الشركة بكل الوسائل المشروعة وله صلاحيات تنفيذية في حدود صلاحياته الممنوحة له من خلال اللائحة، أو قرارات مجلس الإدارة^(١)، كما أن يد المدير يد أمانة وانه بمثابة الأجير الخاص حسب الاصطلاح الفقهي، لأنه الذي وقع العقد عليه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها، ويستحق هو أجره مقابل ذلك وهو لا ضمان عليه، لانه نائب عن المالك في صرف منافعه فيما أمر به فلم يضمن كالوكيل إلا إذا تعدى، أو قصر فانه يضمن والقول بعدم ضمان الأجير الخاص هو قول جماهير العلماء ماعدا قولاً للأمام الشافعي قال فيه بضمان الأجير الخاص مطلقاً^(٢).

أنواع تصرفات المضارب والشريك وعلاقتها بالضمان:

رأينا أن معظم الفقهاء قسموا المضاربة إلى نوعين، المضاربة المطلقة، والمضاربة المقيدة.

فالمضاربة المطلقة: هي ان يدفع رب المال المال إلى المضارب من غير تعيين العمل والمكان والزمان، وصفة العمل، ومن يتعامل معه.

وأما المقيدة: فهي أن يقيد بنوع من التصرفات: ان لا يتاجر في الحرير،

(١) سورة المائدة الآية ١ .

(٢) الحديث سبق تخريجه .

أو أن يتاجر في القماش فقط، أو بزمان معين كالثمن، أو في فصل من الفصول دون الآخر، أو يوقت له وقتاً محدداً للمضاربة كسنة أو شهر، أو يقيد بالمكان كالتجارة في الدوحة مثلاً دون غيرها، أو التجارة في المدن دون القرى، أو يقيد بأشخاص معينين مثل أن يتعامل مع أحمد فقط، أو أن يتعامل مع فئة معينة من التجارة أو نحو ذلك، فالقيود اذن أربعة هي: قيد نوع العمل، والزمان، والمكان، والمتعامل معه.

فهذه القيود جائزة من حيث المبدأ، وأن الاصل فيها الإفادة قال الكاساني: (والاصل فيه أن القيد إذا كان مفيداً يثبت، ان الاصل في الشروط اعتبارها ما أمكن)^(١) وذلك للدلالة المعتبرة شرعاً من الكتاب والسنة على اعتبار الشروط حيث أمرنا الله تعالى بالحفاظ على الالتزامات جميعاً فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] ^(٢) وقال النبي صلى الله عليه وسلم: (المؤمنون عند شروطهم)^(٣) وغير ذلك^(٤).

غير أن الفقهاء مع اقرارهم بتقييد المضاربة بقيود، واعتبارهم أن الاصل فيها هو الإفادة قد اختلفوا في الشرط المفيد توسعاً وتضييقاً، فمنهم من اعتبر التقييد بصنف معين، أو بمتعامل معين، أو بمكان معين من القيود النافعة في حين ذهب بعضهم إلى أنها من القيود الضارة فتلغى وهل يبطل معها العقد أيضاً؟ على خلاف فيما بينهم^(٥).

وبالنظر في أقوال الفقهاء يظهر لنا نوعان آخران:

أولهما: المضاربة المفوضة تفويضاً عاماً، وذلك بأن يفوض رب المال المضارب في كل مما يراه بأن يقول له: فوضت إليك أمر المضاربة في مالي

(١) وقد فصلنا القول في هذه المسألة في رسالتنا: مبدأ الرضا في العقود ط. دار البشائر (١١٦٤/٢)، (١٢٦١).
(٢) تراجع: بدائع الصنائع (٣٦٣١/٨) وبداية المجتهد (٢٢٨/٢) وتكملة المجموع (٣٧٩/١٤) والمضاربة الشرعية، إعداد: عز الدين محمد خوجه، ط. دلة البركة ص ٨٠.
(٣) بدائع الصنائع (٣٦٢٥/٨).
(٤) المصادر السابقة.
(٥) بدائع الصنائع (٣٦٠٦/٨) وحاشية الدسوقي (٥٢٢٤/٣) والروضة (٢٧/٥) والمغني (٣٩/٥).

هذا لتعمل فيه حسب ما تراه، فيدخل في هذا التفويض كل ما هو متعارف عليه بين التجار فيه مصلحة للمضاربة، وذلك يدخل فيه مشاركة الغير أو مضاربه وحفظ مال المضاربة بمال نفسه^(١).

والثاني: المضاربة المأذونة بإذن صريح مثل أن يدفع رب المال المال إلى المضارب ليعمل فيه، ويقول له أذنت لك بالهبة، والصدقة، والاستدانة والاقراض وحينئذ يكون للمضارب الحق في المأذون فيه مع الحفاظ على حقوقه في المضاربة المطلقة والمفوضة.

والتحقيق أن المضاربة المفوضة تفويضاً عاماً تؤدي إلى أن يكون للمضارب حق أكثر من حقه في المضاربة المطلقة، وأما المضاربة المأذون فيها بأذن صريح فليست مضاربة مطلقة، لأن المضاربة المطلقة تعنى عدم وجود أي قيد لا بالتوسع، ولا بالتضييق، ومن هنا فالأنواع الثلاثة المضاربة المطلقة والمضاربة المقيدة بقيود تضييق من دائرة تصرفات المضارب.

والمضاربة المفوضة تفويضاً عاماً، أو المأذون بها التي توسع دائرة تصرفات المضارب حتى تعطى له الحق أن يتصرف تصرفات كالهبة والاستدانة ما كان له الحق لو كانت المضاربة مطلقة.

الضمان في هذه الأنواع الثلاثة:

أما في المضاربة المقيدة فإذا خالف المضارب ما اشترطه عليه رب المال فخسر فإنه يكون ضامناً بالاتفاق، لأن هذا التصرف يدخل ضمن التعدي على حق رب المال^(٢) وفي غير القيود تبقى أحكام المضاربة المطلقة.

وأما في المضاربة المفوضة: فإن ما فوضه فيه رب المال وخسر دون تعد أو تقصير فلا يضمن وفي غير المأذون فيه يكون حكمه حكم المضاربة المطلقة.

وأما في المضاربة المطلقة فتذكر أهم التصرفات التي يجوز لها بمطلق

(١) بدائع الصنائع (٣٦٠٣/٨) وبداية المجتهد (٢٦٧/٢) والمغني (٣٩/٥) والمدونة (١١٦/٥) والمهذب (٣٨٧/٢).
(٢) بدائع الصنائع (٣٦٠٦/٨) والمغني (٣٩/٥) والروضة (١٢٧/٥) وبلغت السالك (٨٨/٣ - ٨٩) والبيان والتحصيل ط. دار الغرب ببيروت (٣٢٢/١٢) وبداية المجتهد (٢٦٧/٢).

العقد والتي لا يجوز وهي:

١- البيع والشراء لسائر أنواع التجارات في سائر الامكنة مع سائر الناس لاطلاق العقد مادام نقداً سواء كان المعقود عليه سليماً، أم معيباً، وبثمن المثل، وهذا جائز بالاتفاق، لأن المقصود من المضاربة هو الربح، وهو لا يتحقق إلا بالبيع والشراء^(١).

٢- وهل يمكن البيع نسيئة بمطلق المضاربة؟ فيه اختلاف بين، فذهب المالكية والشافعية، والحنابلة في رواية وصاحباً أبي حنيفة إلى أنه لا يملك ذلك في حين ذهب أبو حنيفة، وأحمد في رواية إلى أنه يملك ذلك^(٢).

والراجح هو: قول الجمهور القاضي بأن المضارب لا يملك في المضاربة المطلقة البيع بالنسيئة إلا إذا أذن له فيه اذناً خاصاً، وعلى ضوء ذلك إذا خالف فيكون ضامناً للخسارة التي تحققت لان مقتضى العقد تحقيق الربح، والثمن المؤجل قد لا يحصل، فيكون المضارب هو المسؤول عنه فقط كالوكيل فيما لو باع نسيئة حيث لا يجوز له، لأن النائب لا يجوز له التصرف إلا على وجه الخط والاحتياط، وفي النسيئة تغرير بالمال.

٣- وهل يمكن المضارب البيع والشراء بالغبن الفاحش (أي الغبن الذي لا يتغابن الناس في مثله)^(٣).

أما الشراء به فليس من حقه عند الجميع، وأما البيع فعلى خلاف، حيث ذهب الجمهور إلى أنه لا يمكن ذلك وعليه يكون ضامناً لقدر النقص وعند بعضهم يكون البيع باطلاً لأنه يكون مثل بيع الاجنبي، وعلى هذا أيضاً إذا لم يمكن الرد فعليه النقص أيضاً، وذهب أبو حنيفة إلى أنه يملك ذلك^(٣) قال الكاساني: (فإن اشترى بما لا يتغابن الناس في مثله كان مشترياً لنفسه لا على المضاربة، لأنه بمنزلة الوكيل بالشراء، وأما بيعه فعلى الاختلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في التوكيل بمطلق البيع: أنه يملك البيع نقداً ونسيئة،

(١) بدائع الصنائع (٣٦٠٦/٨) ويراجع الحاوي للماودي (٣٢٢/٧).

(٢) بدائع الصنائع (٣٦٠٨/٨) والروضة (١٣٤/٥) والمدونة (٩٣/٥).

(٣) المغني (٤١/٥).

وبغبن فاحش في قول أبي حنيفة فالمضارب أولى.. وعندهما: لا يملك البيع بالنسيئة، ولا بما لا يتغابن الناس في مثله^(١).

٤- السفر بالمال، فلا يجوز له السفر بالمال إلا إذا أذن له، هذا هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة في وجهه، لأن في السفر بالمال خطراً وتغيراً به، في حين ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في وجهه إلى جواز السفر به مادام سفره إلى جهة آمنة لا يتعرض فيها، أو في الطريق إليها لا خطر وفق ظنه^(٢).

ونرى رجحان القول بعدم جواز السفر بمال المضاربة في عصرنا لما يترتب عليه من هلاك إضافة إلى أن بإمكانه القيام بالتحويلات عن طريق البنوك مما يدفع الحاجة إليه، فكان الأمر في السابق صعباً حيث لم تكن هناك شبكات بنوك متصلة، فكأن المضارب يضطر، أو يحتاج إلى أخذ المال معه، أما اليوم فلم تعد الحاجة إليه، ولذلك ينبغي الاحتياط فلا يسافر بالمال وإذا سافر به وتعرض المال للسرقة، أو الهلاك فإنه يكون ضامناً عنه، ولذلك نرى العلماء في السابق شددوا في هذه المسألة مع عدم وجود البنوك في عصرهم يقول ابن قدامة: (وليس له السفر في موضع مخوف جميعاً، وكذلك لو أذن له في السفر مطلقاً لم يكن له السفر في طريق مخوف، ولا إلى بلد مخوف، فإن فعل فهو ضامن لما يتلف، لأنه متعد بفعل ما ليس له فعله^(٣)).

٥- البيع والشراء بغير نقد البلد لا يجوز عند جماعة من الفقهاء، منهم الحنابلة على رواية، فعلى هذا وأجازته الآخرون بناء على أن الربح قد يتحقق به، وعليه أحمد في روايته الثانية^(٤) وعلى القول إذا فعل المضارب ذلك وخسر فإنه هو وحده يتحمل هذه الخسارة مادامت المضاربة مطلقة، أما في المفوضة فيجوز وتكون الخسارة على المال، جاء في المغني: (فإذا قلنا: لا

(١) المغني (٤٣/٥).

(٢) المغني (٤٣/٥).

(٣) بدائع الصنائع (٣٦١٢/٨) والمدونة الكبرى (...). والروضة (١٣٣/٥) والمغني (٤٧/٥) وقد جاء في المدونة: "أرأيت إن دفعت إلى رجل ألف درهم مقارضة فذهب فاشتري عبدين صفقة واحدة بالفين؟ قال: يكون شريكاً مع رب القراض يكون نصفها على القراض ونصفها للعامل عند مالك".

(٤) بدائع الصنائع (٣٦١٦/٨) والمغني (٤٧/٥) والقوانين الفقهية ص ٢٨٠ والروضة (١٣٢/٥).

يملك ذلك فضله فحكمه حكم ما لو اشترى، أو باع بغير ثمن المثل، وإن قال له: أعمل برأيك فله ذلك^(١).

وهذا الرأي الذي يمنعه له وجاهته ولاسيما إذا نظرنا في عصرنا الحاضر إلى تقلبات النقود وتذبذبها، ومن هنا فعلى المضارب (أو الشريك ومجلس الإدارة) أن يحتاط في هذه المسألة من خلال النظر في العملات وقوتها وضعفها، وتذبذبها، ومن خلال إيجاد سلة العملات، بحيث لا يكون جميع معاملاته بعملة واحدة فإذا هبطت خسر كثيراً.

٦- الاستدانة، والشراء بأكثر من رأس المال:

فلا يجوز للمضارب الشراء بأكثر من رأس المال، لأن الأذن لم يتناول أكثر من رأس المال، وإذا اشترى شيئاً في ذمته صح الشراء ويكون متحملاً نتائجه، ولا يجوز كذلك الاستدانة، لأنها خارج مقتضى عقد المضاربة^(٢) هذا إذا لم يأذن له أما إذا أذن له بالاستدانة واشترى بأكثر من رأس المال، أو استدان لأجل التجارة فقد اختلف فيه الفقهاء فذهب بعضهم (منهم الحنفية) إلى أن الاستدانة صحيحة: (وأن ما يستدينه يكون شركة بينهما شركة وجوه، وكان المشتري بينهما نصفين، لأنه يمكن أن يجعل المشتري بالدين مضاربة، لأن المضاربة لا تجوز إلا في مال عين، فتجعل شركة وجوه، يكون المشتري بينهما نصفين، لأن مطلق الشركة يقتضي التساوي، وسواء كان الربح بينهما في المضاربة نصفين أو ثلاثاً، لأن هذه شركة على حده فلا يتشبه على حكم المضاربة...، وإذا صارت هذه شركة وجوه صار الثمن دينا عليهما من غير مضاربة)^(٣).

وذهب آخرون إلى أن ذلك لا يخرج عن المضاربة وأن الدين يكون على ذمة رب المال مادام قد أذن له وحينئذ يلحق بالمضاربة، لأن العبرة بالاساس وبالغلبة ولأن المضارب قد أقدم على ذلك باذن رب المال فكأنه هو الذي

(١) انظر:

(٢) بدائع الصنائع (٣١٧/٨).

(٣) بدائع الصنائع (٨/٨٠٠) والروضة (١٣٥/٥).

استدانه وحينئذ لا تتغير طبيعة العقد من المضاربة إلى شركة الوجوه، وهذا هو الذي يظهر رجحانه.

٧- الاقراض للغير:

وهذا غير جائز بالاتفاق^(١)، لأن ذلك يخالف مقتضى العقد من تحقيق الربح، كما أن فيه الحاق ضرر برب المال من خلال عدم استثمار هذا القدر المقرض، قال الكاساني: (وليس له أن يقرض مال المضاربة، لأن القرض تبرع في الحل، إذ لا يقابله عوض الحال، وإنما يصير مبادلة في الثاني، ومال الغير لا يحتمل التبرع)^(٢).

٨- التبرع بالمال هبة، أو صدقة:

وهذا غير جائز بالاتفاق^(٣)، لأن كل مخالف لمقتضى عقد المضاربة والمشاركة، لأن مال الغير لا يحتمل التبرع والتبرع ليس من عمل المضاربة، لأن المضاربة يقصد بها تحقيق الربح.

أما إذا أذن له رب المال فهذا حقه، وقد تنازل عنه.

٩- الاستئجار:

وللمضارب الحق في الاستئجار، لأنه من عادة التجار وضروريات التجارة أيضاً، لأن الإنسان قد لا يتمكن من جميع الأعمال بنفسه فيحتاج إلى الأجير، واستئجار البيوت، ونحوها^(٤).

١٠- التوكيل:

أجاز الحنفية، والحنابلة في رواية للمضارب أن يوكل شخصاً آخر في كل ما يحق له أن يعمل به بنفسه لأنه من عادة التجار، في حين ذهب المالكية

(١) بدائع الصنائع (٣٦٠٧/٨).

(٢) بدائع الصنائع (٣٦٠٧/٨) والروضة (١٢٢٧/٥) وما بعدها) والمغني لابن قدامة (٥/٥...).

(٣) بدائع الصنائع (٣٦٠٧/٨) والروضة (١٣٢/٥).

(٤) بدائع الصنائع (٣٦١٧/٨) والمغني (٤٨/٥) وبلغت السالك (٨٨/٣) والبيان والتحصيل (٣٢٢/١٢) والمدونة

(١٠٤/٥) والدسوقي على الشرح الكبير (٥٢٦/٣) والمجموع (٣٧٤/١٤) والحاوي للمواردي (٣٣٥/٧)

والروضة (١٣٢/٥).

والشافعية، وأحمد في رواية إلى عدم جواز التوكيل^(١)، وهذا هو الراجح في نظري، لأن الشخص رضي به ولم يرض بغيره، كما أن العنصر الشخصي في المضاربة معتبر، فلا يجوز تجاوزه إلا إذا أذن له رب المال ومن هنا فإذا وكل شخصاً فتسبب في الخسارة فإن المضارب يتحملها، إلا أن التوكيل جائز فيما لو قال: اعمل برأيك (أي في المضاربة المفوضة)^(٢).

١١ - مضاربتة للغير:

ليس للمضارب الحق في أن يتضارب المضارب شخصاً آخر عند الجمهور^(٣) إلا باذن ماعدا وجهاً للحنابلة خرج القاضي حيث يقول بجواز ذلك^(٤)، لكن الحنفية قالوا: لو قال له: اعمل في ذلك برأيك جاز له المضاربة، أما إذا لم يقل ذلك فليس له الحق، قال الكاساني: (أما المضاربة، فلان المضاربة مثل المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله، ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد، كذا هذا)^(٥).
ومن هنا فإذا ضارب شخصاً آخر وترتب عليه خسارة فإن المضارب ضامن له.

١٢ - مشاركته بمال المضاربة مع الغير:

فليس له أيضاً هذا الحق إلا إذا أذن له، أو فوضه قال الكاساني: (وأما الشركة فهي أولى أن لا يملكها بمطلق العقد، لأنها أعم من المضاربة، والشيء لا يستتبع مثله، فما فوّه أولى)^(٦) ولذلك فإذا ترتبت عليها خسارة فإن المضارب ضامن له، وفيه تفصيل وخلاف بين الفقهاء ولاسيما بين فقهاء الحنفية أنفسهم^(٧).

(١) المغني (٤٨/٥).

(٢) بدائع الصنائع (٣٦١٧/٨، ٣٦٢٥) والمدونة (٩٠/٥).

(٣) بدائع الصنائع (٣٦٢٥/٨).

(٤) بدائع الصنائع (٣٦٢٨، ٣٦٣٥/٨).

(٥) بدائع الصنائع (٣٦٢٥/٨) والمغني (٥٠/٥) والمدونة (١٠٢/٥).

(٦) المغني (٥٠/٥).

(٧) المغني (٦١/٥).

١٣- خلط ماله بمال المضاربة:

الجمهور على أنه ليس للمضارب الحق في أن يخلط المضاربة بمال نفسه، (لأنه يوجب في مال رب المال حقاً لغيره، فلا يجوز إلا بإذنه)^(١) قال ابن قدامة: (وليس له أن يخلط مال المضاربة بماله، فإن فعل ولم يتميز ضمنه، لأنه أمانة وإن قال له: اعمل برأيك جاز له ذلك وهو قول مالك والثوري وأصحاب الرأي وقال الشافعي: (ليس له ذلك، وعليه الضمان إن فعله لأن ذلك ليس من التجارة)^(٢)).

١٤- خلط مال المضاربة بمال آخر:

إذا كان المال الأول لا يزال نقداً فقال له رب المال: خذ ألفاً آخر جاز ذلك، ويضمه المضارب إلى الأول ويكون حكمها واحداً وصار مضاربة واحدة، أما إذا بدأ العمل والتصرفات في المال الأول ولم يصبح ناضاً، فلا يجوز له الضم عند الحنابلة، لأن حكم الأول استقر فكان ربحه وخسرانه مختصاً به فضم الثاني إليه يوجب جبران خسران أن أحجها بربح الآخر، فإذا شرط ذلك في الثاني فسد، أما إذا أصبح المال الأول نقداً فيجوز ضمن مال آخر إليه، لزوال هذا المعنى، وإن لم يأذن له رب المال في ضم الثاني إلى الأول لم يجز له ذلك هذا ما نص عليه أحمد، وقال اسحاق له ذلك قبل أن يتصرف في الأول^(٣) والحنفية أيضاً منعوا خلط مال المضاربة بمال آخر^(٤) وكذلك الشافعية^(٥) وأما المالكية فقد أجازوا الخلط إذا كان العامل قادراً على التجارة بالمالين ولم يكن ذلك شرطاً في العقد، وإن شرطه فسد العقد^(٦).

وأما إذا أراد خلط ماله بمال المضاربة بعد بدء العمل فقد منعه الجمهور، لكنهم لم يمنعوه من أن يعمل في مال نفسه أيضاً.

(١) تحفة الفقهاء (٢٧/٣) حيث جاء فيه المنع من خلط مال المضاربة بماله وبمال غيره.

(٢) الحاوي للماوردي (٣٢٠/٧).

(٣) الشرح الكبير مع الدسوقي (٥٢٣/٣).

(٤) بدائع الصنائع (٣٦٣٠/٨) والروضة (١٤٧/٥) والمغني (٥١/٥) والحاوي (٣٢٠/٧).

(٥) تحفة الفقهاء (٢٦/٣) وكنز الدقائق للزيلعي (٥٣/٥).

(٦) بدائع الصنائع (٣٦٠٦/٨) والمدونة (١٠٣/٥).

١٥- بيع وشراء المحرمات كالخمر والخنزير ونحوهما:

فهذا ليس من حقه حتى ولو أذن له في ذلك فالأذن باطل، وإذا قام المضارب بذلك فإنه يكون ضامنا للثمن المدفوع، ولكن أبا حنيفة قال: ان كان العامل ذميا صح شراؤه للخمر وبيعه اياه، لأن الملك عنده ينتقل إلى الوكيل، وحقوق العقد تتعلق به، وقال ابو يوسف ومحمد يصح شراؤه اياها، ولا يصح بيعه^(١).

١٦- الرهن والارتهان:

لاشك أن من حق المضارب أنه في حالة ما إذا باع بالدين، أو اقترض (ما باذن، أو عند بعض الفقهاء كما سبق) أن يطلب الرهن في مقابلة. ولكن ليس من حقه أن يرهن مال المضاربة، لأنه احتباس له عن التجارة، وفيه خطر ومجازفة، وهذا هو الراجح الذي عليه جماعة من الفقهاء منهم المالكية والشافعية في حين ذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز الرهن والارتهان في المضاربة المطلقة.

١٧- الابضاع:

وهو لغة: جعل الشيء بضاعة، وفي الاصطلاح هو: استعمال الشخص في المال بغير عوض، أي أن يدفع المال لشخص ليتجر به لصاحب المال، ويكون كل الربح لصاحب المال فيكون المستبضع وكيلا متبرعا^(٢).

وقد اختلف الفقهاء في أنه هل من حق المضارب الابضاع أم لا؟

فذهب بعضهم (منهم الحنفية) إلى جواز ذلك لأنه من عادة التجار في حين ذهب الآخرون إلى انه ليس من حقه، لأنه ليس من مقتضى المضاربة^(٣) وأنه ليس من حق المضارب، لأن مقتضى عقد المضاربة التجارة لأجل الربح، وهذا ليس فيه ربح لرب المال فلا يجوز إلا باذن صريح، أو بتفويض عام إلى رأيه.

(١) بدائع الصنائع (٣٦٥٢/٨).

(٢) الحاوي للماوردي (٣٣٥/٧) والانصاف (٤٢٧/٢٢)، وتكملة رد المختار (٣١٥/٨) والمغني (١١٦٢/٥) والمبسوط (٣٧٤/١٤).

(٣) المرجع السابقة وبلغه السالك (١٠٢-١٠١/٣).

١٨- المقايضة:

وهذا جائز عند الجمهور ما عدا الحنفية حيث ذهبوا إلى عدم جواز ذلك^(١).

١٩- مضاربه بمال رب مال آخر:

اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب جمهور الفقهاء (منهم المالكية والشافعية والحنابلة) إلى منع ذلك إلا باذن خاص، وذهب جماعة منهم الحنفية إلى جواز ذلك في المضاربة المفوضة، بينما قيد فريق ثالث المنع بما إذا تحقق ضرر من مضاربه بمالين أو إذا كان قد حدد له أجر معين لنفقاته^(٢) والذي يظهر رجحانه هو الرأي الأول، لأن أداء الشخص حينما يكون متفرعا يختلف فيما لو عمل لشخص آخر، فلا يجوز له ذلك إلا مع اذن.

٢٠- التولية: (البيع نفس الثمن السابق أي بدون ربح) حيث منعه الجمهور إلا إذا خاف من الرخص والخسارة^(٣).

وفي جميع هذه الحالات إذا وقعت من المضارب مخالفة يكون ضامنا. ولا تختلف هذه الأنواع من حيث الضمان فيها عن الشركة لأنها أيضا تقوم على الوكالة والامانة، ومن هنا فإذا خالف الشريك مقتضيات العقد، أو شروط العقد فيكون ضامنا للخسارة.

القاعدة في ضبط هذه الجزئيات :

القاعدة العامة في ضبط هذه المسائل والجزئيات الخاصة بمقتضيات عقدي الشركة والمضاربة تنحصر في ثلاثة أمور أساسية هي: حفظ المال، وتمميته لتحقيق الربح، والتقيد بالمصلحة. فعلى المضارب الحفاظ على مال المضاربة بكل الوسائل المتاحة، بحيث لا يعرضه للخسارة بأي صورة من الصور، كما أن عليه بذل كل جهده لتحقيق الربح، وإفادة رب المال.

(١) الروضة (١٢٧/٥).

(٢) مجموع الفتاوى (٤٠٦/٢٩ - ٤٠٧).

(٣) المغني لابن قدامة (١٣٤/٥).

ومن هنا فإذا قصر في تحقيق هذين الواجبين، فإنه يكون ضامنا، بأن لم يحافظ على المال، أو ترك التصرف الذي اقتضاه العقد وأن المعيار في هذا المجال هو كما يقول النووي: (تقيد تصرف العامل بالمصلحة كتصرف الوكيل)^(١)، ويقول ابن تيمية في ما سبق: (وأما وجوب التصرف عليه بحيث يكون العامل في المضاربة والمزارعة والمساقاة إذا ترك التصرف الذي اقتضاه العقد.. مفرطا، فهذا هو الظاهر)^(٢) وقد بين العلامة ابن قدامة هذه الحقيقة أيضا فقال: (ان المقصود من المضاربة الربح لا دفع الحاجة)^(٣).

ويقول ابن تيمية أيضا: (فان العقد وان كان جائزا فما دام موجودا فله موجبان: الحفظ بمنزلة الوديعة، والتصرف الذي اقتضاه العقد، وهذا قياس مذهبنا، لأننا نوجب على أحد الشريكين من المعارضة بالبيع والعمارة ما يحتاج إليه الآخر في العرف مثل عمارة ما استهدم، هذا في شركة الاملاك، فكذلك في شركة العقود، فان مقصودها هو التصرف، فترك التصرف في المضاربة والمساقاة والمزارعة قد يكون أعظم ضررا من ترك عمارة المكان المستهدم في شركة الاملاك).

وقال: (ومن ترك بيع العين والمنفعة المشتركة، لأنه هناك يمكن الشريك أن يبيع نصيبه، وهنا غره وضيع عليه منفعة ماله)^(٤).

تطبيقا لذلك فإذا لم يقيم المضارب (البنك) أو الشريك بحفظ المال في مكان أمين، كما إذا أودعه في مكان غير أمين، فسرقة، أو تلف، أو أتلف فهو ضامن، والمرجع في ذلك عرف التجار والعرف المصرفي.

ومن هنا فإذا كان المضارب (البنك) لم يقيم بواجبه من البيع والشراء، والأعمال التجارية والاستثمارية المطلوبة وركن إلى الخمول وعدم الجدية، فخسر البنك بهذا السبب فإنه يكون مسؤولا عن الخسارة التي لحقت

(١) مجموع الفتاوى (٤٠٧/٢٩).

(٢) المرجع السابق.

(٣) بدائع الصنائع (٣٦٠٥/٨).

(٤) يراجع: أبو زيد رضوان: الشركات التجارية ط. دار الفكر العربي القاهرة ص ٦٣٤.

بالمودعين وضامنا لها . والمرجع في ذلك العرف التجاري والمصرفي .
وأجاب شيخ الاسلام في سؤال يوضح الضمان عند ترك التصرف مؤداه
أن رجلا حلف بالطلاق الثلاث ليأخذن عوضه - هو ثلث الزرع - من المزارع
الذي زرعه لكنه فرط في نصف فدان .
فأجاب: (المزارع بثلاث الزرع، أو ربعه، أو غير ذلك من الاجزاء الشائعة
جائز بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وإذا كان العامل قد فرط حتى
فات بعض المقصود، فأخذ المالك مثل ذلك من أرض أخرى، وجعل ذلك له
بحيث لا يكون فيه عدوان ولم يحنث في يمينه، ولا حنث عليه)^(١) .
ويلحق بما سبق كل ما يقتضيه العرف التجاري أو المصرفي بما لا
يتعارض مع أحكام الشريعة .

تشوف الفقهاء إلى حماية أموال المستثمرين :

وقد بذل الفقهاء جهودا كبيرة لحماية أموال المستثمرين مع قولهم بأن
يد المضارب يد أمانة يدل على ذلك نصوصهم الكثيرة في أن الغرض من
المضاربة والمشاركة هو تحقيق الربح، لا دفع الحاجة، بل أن بعض الفقهاء
الكبار ذكروا حيلة لضمان المضارب، نذكر منها على سبيل المثال ما ذكره
العلامة الكاساني حيث قال: (ولو أراد رب المال أن يجعل المال مضمونا على
المضارب، فالحيلة في ذلك أن يقرض المال من المضارب، ويشهد عليه
ويسلمه اليه، ثم يأخذ منه مضاربة بالنصف، أو بالثلث ثم يدفعه إلى
المستقرض فيستعين به في العمل حتى لو هلك في يده كان القرض عليه،
وإذا لم يهلك وربح يكون الربح بينهما على الشرط وحيلة أخرى)^(٢) .
وغرضي من نقلي هذه الحيلة - مع أن لا أوافق عليها - أن الفقهاء لا
حظوا خطورة التهاون في حماية المال وأرادوا الحفاظ عليه بكل الوسائل .

(١) يراجع في تفصيل ذلك وتأصيله: رسالتنا الدكتوراه: مبدأ الرضا في العقود دراسة مقارنة ط. دار البشائر
(١٢١٣، ١١٤٨/٢)

(٢) المغني لابن قدامة (٣٩/٥ - ٤٠) وغيره .

بعض الأمثلة المعاصرة لتصرفات البنوك (المضارب):

١- إذا باع البنك بالدين، أو بالتقسيط وترتب على ذلك أن العميل لم يرد الدين فإنه ضامن مطلقا إلا إذا كان وجد نص في العقد على اجازة البيع بالتقسيط بناء على ما قاله جمهور الفقهاء من عدم جواز التعامل بالدين - كما سبق - .

٢- إذا باع بالدين أو التقسيط ووجد الأذن الصريح بذلك ولكن البنك لم يأخذ الاحتياطات الكافية لحماية أموال المستثمرين كأن لم يقيم بدراسة هذا العميل وقدرته على الاداء، أو لم يأخذ بالضمانات الكافية حسب عرف البنوك... فإنه يكون ضامنا لتلك الخسارة التي تتحقق مهما بلغت.

٣- إذا ضارب البنك مع شخص آخر بأموال المودعين المستثمرين ولم يكن في العقد الأذن الصريح فإنه يكون ضامنا، وكذلك لو شارك أو ارتهن، أو حول عليه، أو ضمن، أو نحو ذلك مما ذكرنا من الأمور السابقة.

٤- وكذلك لو قام بهذه الأمور وهو مأذون فيها لكنه لم يقيم بالاحتياطات اللازمة فإنه يكون ضامنا.

وفي نظرنا ان البنوك الإسلامية التي تجمعت لديها الأموال الكثيرة، ومع ذلك لم يقيم مجلس ادارتها باستكمال الشعب الفنية، ومركز لدراسات والبحوث والمعلومات فان ذلك يعتبر تقصيرا يترتب عليه الضمان.

ثانيا: التعدي وضوابة:

التعدي لغة: هو التجاوز.

وفي الاصطلاح: هو كل تصرف يراد به أو من شأنه الاضرار بالآخرين.

وهذا يشكل ما يأتي:

(أ) مخالفة اللوائح والنظام الاساسي، والأنظمة المتبعة والمطلوبة في

البنك سواء كانت ممثلة في النظام الاساسي للبنك، أم اللوائح المطلوبة - قانونا - بما لا يتعارض مع الشريعة فمثلا مخالفة النصوص:

فمثلا لو لم يلتزم المدير، أو مجلس الإدارة بالنظام الاساسي، واللوائح المتبعة في البنك فانه يكون ضامنا، فلو نص النظام الاساسي والقانون على منع تقديم القروض لأعضاء مجلس الإدارة، فخالف المدير، أو المجلس فانه ضامن لهذا التصرف، مثل القانون المصري المادة (٩٦ م م) فمنع ذلك (وكذلك منع لعضو مجلس الإدارة، الإجارة لحسابه، أو لحساب الغير في احد فروع النشاط التي تزاولها الشركة (المادة ٩٨ م مصري) وكذلك نصت المادة ٩٩ م م على أنه لا يجوز لأي عضو من أعضاء مجلس إدارة الشركة في أي وقت على أن يكون طرفا في أي عقد من عقود المعارضة التي تعرض على هذا المجلس لقرارها إلا إذا رخصت الجمعية العامة مقدما باجراء هذا التصرف، ويعتبر باطلا كل عقد يتم على خلاف ذلك، وكذلك يجوز لمجلس الإدارة، أو أحد المديرين (وفقا للمادة ١٠٠ م م) أن يبرم عقدا من عقود المعارضة مع شركة اخرى يشترك فيها أحد اعضاء هذا المجلس، أو أحد هؤلاء المديرين في مجلس ادارتها، أو يكون لمساهمي الشركة أغلبية رأس المال فيها^(١).

وكذلك لو اشترط النظام الاساسي، أو القانون أن لا يتعامل البنك مع أقارب المدير، أو أعضاء مجلس الإدارة فتعامل معهم، فيعتبر حينئذ ضامنا للضرر الذي حدث، وكذلك مخالفة اللوائح الداخلية الادارية الخاصة بحدود الصلاحيات التي تمنح لمجلس الإدارة، وللمدير، ومدراء الفروع فلو تجاوز المدير، أو مجلس الإدارة هذه الحدود فانه يكون مسؤولا عن ذلك، إذا حدثت خسارة فانه يضمنها.

وقد أقر القانون المصري (المادة ١٠٢ / ١، والمادة ١٦١ / ١ من قانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، وكذلك قانون الشركات التجارية العراقي في مادتيه ١٤٩، ١٥٠، والقانون التجاري السوري في مادتيه ١٩٥، ١٩٦، والقانون اللبناني في مواده ١٦٦، ١٦٧، ١٦٨، ١٦٩، وقانون الشركات الكويتي في

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ط. الرياض (٢٩/٤٠٦ - ٤٠٧).

مادتيه ١٤٨، ١٤٩، وقانون الشركات الفرنسي في مادتيه ٢٤٤، ٢٥٠ - أقرت هذه القوانين - وغيرها مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة عن كل مخالفة لأحكام القانون، واساءة استعمال السلطة وعن الاخطاء التي يرتكبها هؤلاء والتي تسبب أضرار للشركة نفسها، أو للمساهمين، أو للغير من المودعين ونحوهم إضافة إلى المسؤولية الجنائية ان توفرت أركانها وشروطها وفي ضوء ذلك يمكن أن تستند دعوى المسؤولية المدنية على أي عمل، أو تصرف يتم على خلاف النصوص التشريعية الآمرة - بما لا يتعارض مع مبادئ الشريعة الغراء - أو على خلاف أحكام النظام الاساسي للبنك، كالتصرف بلا مبرر في بعض أصول البنك، أو اساءة استعمال أمواله، أو تبديده، أو التنازل عن حقوقه لدى الغير، أو اساءة ائتمان الشركة بالموافقة على قرض لشخص ظاهر الاعسار.

(ب) مخالفة الشروط المقترنة بالعقد :

وقبل أن تدخل في بيان الضمان عند مخالفة الشروط لا بد أن نبين قاعدة في جواز الشروط المقترنة بعقد المضاربة، وهي الاصل في الشروط الاباحة إلا شرطاً مخالفاً لنص الكتاب والسنة، والاجماع، أو شرطاً يؤدي إلى غرر وجهل فاحش، أو ضرر على أحد العاقدين، أو شرطاً يخالف مقتضى العقد^(١).

فالقيود أو الشروط المشروعة التي اتفق عليها المضارب ورب المال أو الشريكان، إذا خالفها المضارب، أو الشريك العامل فهي مضمونة على تفصيل في الامثلة لدى المذاهب الفقهية.

فمثلاً: لو اشترط رب المال أن لا يمشي المضارب بالمال ليلاً، خوفاً من اللصوص، أو لا ينزل ببحر، أو لا يتاجر في سلعة معينة، أو لا يبيع بدين وسلف، أو أن لا يسافر بالمال، بل يتاجر داخل البلد، أو أن لا يرهن، أو لا يعمل كذا - كما سبق - فيجيب على العامل (والشريك) التقيد به، وإذا

(١) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ٦٣٦ - ٦٣٧.

خالف فيكون هو متحملاً هذه المسؤولية فإذا وجدت خسارة فان المضارب، أو الشريك هو الذي يتحملها وحده دون رب المال، أو الشريك الآخر.

(ج) مخالفة العرف التجاري :

فمثلاً يقتضي العرف التجاري الحذر واليقظة، والاستفسار عن الشركات، أو البنوك، وعدم التعامل في مناطق غير مأمونة للأموال، وعدم التعامل مع الأشخاص الذين سمعتهم سيئة، أو البنوك أو الشركات التي على وشك الافلاس.

فمن واجب المضارب (البنك) تكوين قاعدة من المعلومات، ومراجعتها بين حين وآخر، فإذا قصر في هذه الأمور، أو غص الطرف لأي سبب كان فهو ضامن، ويدل على ذلك تعليقات الفقهاء في الجواز، أو على العرف التجاري، أو ما يسمى عندهم بعرف التجار^(١) فالتاجر دائماً حذر يقظ يعرف مع من يتعامل؟ كيف يتعامل؟ وكيف يحقق الربح؟ فإذا قصر أو أهمل، أو غص الطرف لأي سبب كان فهو مسؤول وفي اعتقادي ان من مقتضيات العرف المصرفي اليوم بالنسبة للبنوك الإسلامية وجود بنك للمعلومات، ومركز - ولو كان متواضعاً - للبحوث والدراسات، فإذا قام بنك إسلامي وتضخمت ودائعه الاستثمارية ومع ذلك لم يقم بأي إجراء من هذا القبيل، وبدأ يسير أموره (على البركة) مثل التاجر الفرد، ثم دخل صفقة مع بنك آخر، أو شركة، أو فرد آخر وخسر فيه، هذا البنك ضامن لكل الخسائر التي تحققت. كذلك من العرف المصرفي السؤال عن العميل عن طريق البنوك الأخرى، أو بعبارة موجزة البحث عن شبكة اتصالات واسعة داخليا وخارجيا لمعرفة كون العميل معسراً، أو موسراً، مماطلاً، أو لا غير ذلك، فالبنك اليوم لا بد أن يكون له مزكون في الداخل والخارج كما هو الحال في المحاكم الشرعية في السابق.

فمعرفة العملاء جزء أساسي اليوم من مهمة البنوك والشركات، وبدونها

(١) يراجع لتفصيل هذه المسائل في رسالتنا الدكتوراه: مبدأ الرضا في العقود من ص ٦٠٠ .

تقع في صفقات وهمية، وخاسرة، بل مشوهة، ولذلك نرى الشركات العالمية (التي تحترم نفسها) تخصص نسبة كبيرة للدراسات والبحوث والمعلومات، والاتصالات وهي حماية في المرتبة الأولى وتفاعل وتطوير في المرتبة الثانية. فإذا أهمل البنك، أو الشركة ذلك فيكون وحده يتحمل كل ما يترتب عليه من نتائج سلبية، ويكون بذلك قد قصر في أداء واجب.

ثالثاً: الخيانة وضوابطها :

الخيانة لغة: تشمل الغدر والغش، وعدم أداء الامانة.

وفي الاصطلاح هي: كل نية سيئة للمضارب يراد بها الاضرار بمال المضاربة، وترجم هذه النية من خلال التلاعب والاختلاس، والتأمر على مصلحة البنك.

فهذه الأمور كما يقول فقهاؤنا محرمة في حد ذاتها، موجبة للضمان في كل مال ائتمنه أحد لدى الآخر، لكنه هنا توثقت الحرمة والضمان بالعقد الذي تم بين الطرفين^(١).

ويدخل في الخيانة ما يأتي:

- ١- الغش، والاختلاس، والتلاعب بأموال البنك.
- ٢- التأمر ضد مصالح البنك، وأموال المودعين.
- ٣- اعطاء معلومات مضللة، وبيانات خاطئة.
- ٤- نشر ميزانية خاطئة بقصد تضليل الآخرين، وتصوير الخسائر فيها كأنها أرباح، أو نحو ذلك من وسائل الخداع التي تؤثر في قرار المودع سلبيًا وإيجابيًا.
- ٥- التزوير في الأوراق، أو في المعلومات المؤثرة.
- ٦- التحايل على النظام الاساسي، أو القانون المتبع لدى الشركات - بما لا يتعارض مع الشريعة - بحيث يتجاوزهما من خلال الحيل، والعقود الشكلية، والصورية ونحوها.

(١) المغني لابن قدامة (٢٩/٥-٤٠) وغيره.

وقد نصت مجموعة من القوانين العربية، والاجنبية مثل القانون المصري رقم ١٥٩ لعام ١٩٨١ في مادتيه (١٠٢، ١٦١) وقانون الشركات التجارية العراقي في مادتيه (١٤٩، ١٥٠) والقانون التجاري السوري في مادتيه (١٩٥، ١٩٦) وقانون الشركات التجارية الفرنسية في مادتيه (٢٤٤، ٢٥٠) قد نصت على مسؤولية رئيس وأعضاء مجلس الإدارة عن أعمال الغش واساءة استعمال السلطة ونحوها مسؤولية جنائية ومدنية عند توافر أركانها وشروطها، حيث يمكن رفع دعوى المسؤولية المدنية عند تحققها مثل نشر ميزانية تحتوي على بيانات خاطئة، أو غير حقيقة، أو مغرصة.

ومن المعلوم أن هذه الدعوى يمكن أن ترفع من كل من لحقه الضرر، حتى يعتبر باطلا كل شرط في نظام الشركة - يقضي بالتنازل عن الدعوى، أو بتعليق مباشرتها على اذن مسبق من الجمعية العامة (م ١٠٢ / ٣ قانون ١٥٩ المصري لعام ١٩٨١).

كما أنه من حق الجمعية العامة أن ترفع هذه الدعوى، وكذلك لمجلس الإدارة الجديد أن يرفعها على مجلس الإدارة السابق الذي صدرت منه هذه التصرفات الضارة.

وكذلك يمكن أن توجه الدعوى إلى رئيس مجلس الإدارة، أو أي عضو من اعضاء منفردين، أو متضامنين، لان مسؤوليتهم المدنية تضامنية إلا إذا أثبت المعارضون منهم أنهم قد اعترضوا على ذلك القرار وكتب اعتراضهم في محضر الجلسة^(١).

وقد فصل العلماء في تأثير الخيانة والغش والتدليس، والتصيرية، والنجش في كافة العقود ليس هذا مجال بحثها وانما الاتفاق فيما بينهم على أن المضارب أو الشريك إذا خان فانه يصبح مثل الغاصب فيكون ضامنا، يقول الكاساني: «صار - أي المضارب - بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع...، فيكون شراؤه على المعروف.. فإذا خالف شرط رب المال صار بمنزلة

(١) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ٢٦٦ - ٦٢٧.

الغاصب ويصير المال مضمونا عليه..»^(١) وقال أبو الوليد القرطبي: «ولا ضمان على العامل فيه، لأنه أمانة بيده، إلا أن يتعدى فيه، أو يخالف إلى شيء مما نهى عنه»^(٢) ويقول الشيرازي: «والعامل أمين فيما في يده فان تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن...»^(٣) وقال ابن قدامة: «والعامل أمين في مال المضاربة»^(٤) وقال أيضا: «ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعدية وتفريط»^(٥). ومستند هذا الاجماع على ضمان المضارب والشريك عند التعدي والخيانة هو الادلة الكثيرة الدالة على حرمة الغش والخيانة والدليل الخاص المتمثل في الحديث القدسي: «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبة...» كما سبق.

من المصدق في دعوى الهلاك؟ وهل يحتاج المضارب، أو الشريك إلى بينة؟

اتفق الفقهاء (من حيث المبدأ) على أن المضارب أو الشريك (مجلس الإدارة أو المدير) أمين بمثابة الوكيل، ولذلك فهو مصدق مع يمينه في دعوى الهلاك والخسارة، وفي دعوى عدم التقصير والخيانة^(٦) ولكن المهم هو هل يصدق بدون بينة سواء كانت التهمة قوية أم ضعيفة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: أن المضارب أو الشريك لا يحتاج إلى بينة، وانما على رب المال أن يقيم البينة إذا لم يقتنع بكلامه، وهذا هو مذهب الحنفية، والحنابلة^(٧)، ولكن الحنفية قالوا: لا حاجة إلى اليمين أيضا فيما لو كانت دعوى الخيانة مبهمة، وجاء في حاشية ابن عابدين، ان القول قول الشريك

(١) يراجع لتفصيل هذه المسائل في رسالتنا الدكتوراه: مبدأ الرضا في العقود من ص ٦٠٠ إلى ٧٤٧، ط. دار البشائر الإسلامية ببيروت.

(٢) بدائع الصنائع (٨/٣٧٠٤، ٣٦٠٥) وتحفة الفقهاء (٣/٢٦).

(٣) المقدمات الممهدة لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد القرطبي، ط. دار احياء التراث الإسلامي بدولة قطر (٨/٣).

(٤) المهذب (١/٣٨٨).

(٥) المغني (٥/٧٦).

(٦) المرجع السابق.

(٧) الأشراف (١/١٠٦)، والمغني (٥/٧٦) والمبسوط (٢٢/٩١) والمهذب (١/٣٨٩).

والمضارب في مقدار الربح والخسران مع يمينه، ولا يلزمه أن الأمر مفصلاً، والقول قوله في الضياع والرد على الشريك...، قلت: بقي ما لو ادعى على شريكه خيانة مبهمة ففي قضاء الاشياء، لا يحلف، ونقل الحموي عن قارئ الهداية، أن يحلف وان لم يبين مقداراً لكن إذا نكل عن اليمين لزمه أن يبين مقدار ما نكل فيه^(١).

والرأي الثاني: أن المضارب، أو الشريك لا يصدق في جميع الحالات، وانما على تفصيل في ذلك على تفصيل بين المالكية والشافعية.

فالمالكية قالوا: ان المقارض، أو الشريك أمين يصدق بيمينه إلا إذا وجدت قرينة على كذبه مثل أن يسأل رب المال تجار بلد تلك السلع: هل خسرتم فأجابوه بعدم الخسارة، وحينئذ يكون ضامناً إلا إذا أقام بينة على أن الهلاك قد تحقق دون تعد منه^(٢).

وأما الشافعية فقد قالوا: «ان ادعى الهلاك فان كان بسبب ظاهر لم يقبل حتى يقيم البينة عليه فإذا أقام البينة على السبب فالقول قوله في الهلاك مع يمينه، وان كان بسبب غير ظاهر فالقول قوله مع يمينه من غير بينة، لأنه يتعذر اقامة البينة على الهلاك فكان القول قوله مع يمينه، وان ادعى عليه الشريك خيانة، وأنكر فالقول قوله، لأنه الاصل عدم الخيانة...»^(٣).

والذي يظهر لنا رجحانه هو أن لا يقبل قول المضارب، أو الشريك في الهلاك وعدم التعدي، والتقصير إلا ببينة مادامت هناك قرينة بكذبه، أو أن دعواه غير معقولة حسب عرف التجار، فالرأي الاخير هو الاوفق والاعدل، والاوسط والاكثر تناسبا مع مقاصد الشريعة في حماية الأموال وفي انصاف الطرفين، كما ان عصرنا الحاضر قد كثرت فيه الدعاوي الباطلة وفسدت

(١) حاشية ابن عابدين (٣٤٦/٢) وبدائع الصنائع (٣٦٥٥/٨) والفتوى الهندية (٢/٣١٥) والمغني لابن قدامة (٧٦/٥).

(٢) حاشية ابن عابدين (٣٤٧/٣).

(٣) حاشية الدسوقي (٥٣٦/٢) وشرح الخرشي (٤٦/٦)، ويراجع شركة العنان في الفقه الإسلامي.

ذمم الكثيرين، فلا ينبغي أن يترك هذا المجال، ولذلك يرى العلامة ابن عابدين الحنفي أنه عند وجود التهمة ضرورة التفصيل من القاضي، وذلك عندما يكون الشخص غير معروف بالأمانة فيجبره القاضي على التعيين والتبين شيئاً فشيئاً، ويهدده، ويحلفه، بل يرى أيضاً أن اطلاق القول في المضارب والمشارك يجب أن يحمل عند عدم وجود تهمة^(١).

والميزان في ذلك أنه لا بد من التفرقة بين الامناء حيث: ان منهم من يقبض المال لمنفعة مالكة وحده حيث يقبل قوله مثل المودع عنده، ومع ذلك اختلف الفقهاء فذهب بعض علماء الحنابلة إلى عدم قبول قوله في الرد إذا كانت الوديعة تثبت بينة حيث لا تقبل دعوى الرد بدون بينة، وخرجها ابن عقيل على أن الاشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب فيكون تركه تفريطاً فيجب فيه الضمان.

٢- من قبض المال لمصلحة نفسه كالمرتهن فالمشهور في مذهب أحمد أن قوله في الرد غير مقبول.

٣- من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكة كالمضارب والشريك والوكيل بجعل والوصي كذلك ففي قبول قولهم وجهان أحدهما عدم القبول ونص عليه أحمد في المضارب في رواية ابن منصور أن عليه البينة بدفع رأس المال^(٢).

وهذا مانراه راجحاً في الرد والتلف وادعاء عدم الخيانة والتقصير حيث لا بد من اقامة البينة ولا سيما عند وجود تهمة قوية.

ضمانات لرب المال :

بعد العرض السابق وجدنا أن الفقه الإسلامي قد أعطى ضمانات كافية لحماية أموال أرباب الأموال الذين يدفعون بأمواله نحو المضاربة، أو المشاركة من خلال تضمين المضارب، أو الشريك في الحالات السابقة كما أعطى

(١) المهذب للشيرازي (١/٣٤٧).

(٢) القواعد لابن رجب ط. المكتبة الأزهرية ص ٦٣٦٢.

ضمانات للمضارب، أو الشريك من خلال جعل يده يد أمانة، وبذلك يتحقق التوازن ويصبح الميزان دقيقا لا زيادة فيه ولا شطط، كما أن ذلك يدفع أرباب الأموال للدخول في مجالات الاستثمار عن طريق المشاركة والمضاربة تلعب الأموال دورها في التنمية الصناعية والتجارية والزراعية، كما ان حرية المضارب التي أعطها اياه الفقه الإسلامي والحماية التي أصلها له تجعلانه ينطلق انطلاقة جيدة ويخوض في غمار عالم التجارة دون خوف ولا وجل مادام قد أخذ بزمam الحذر والحيطه والاخذ بالاسباب الظاهرة، وبالدراسات العلمية والمعلومات الدقيقة التي يقتضيها عصرنا الحاضر ومع كل ذلك فقد أعطى الفقه الإسلامي حمايات اخرى لأرباب الأموال، لأن المال عزيز على النفس، وصاحبه خائف حذر من الخسارة، تكمن هذه الحماية (اضافة إلى التوسع في الضمان الذي سبق) في الاتي:

١- أن يضمن رأس المال شخص ثالث، أو جهة ثالثة كالحكومة، أو مؤسسة اخرى، وهذا ما صدر فيه قرار رقم ٤٥٥ / ٠٨ / ٨٨ من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي، ونصه ما يأتي:

١- ليس هناك ما يمنع شرعا من النص في نشرة الاصدار أو صكوك المقارضة على وعد طرف ثالث منفصل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد بالتبرع بدون مقابل بمبلغ مخصص لجبر الخسران في مشروع معين، على أن يكون التزاما مستقلا عن عقد المضاربة بمعنى أن قيامه بالوفاء بالتزامه ليس شرطا في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بني اطرافه ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو عامل المضاربة الدفع ببطلان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها بسبب عدم قيام المتبرع بالوفاء بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد .

٢- اشترط رب المال على المضارب أن تكون جميع مصاريف المضارب وادارته ونفقاته على المضارب، وهذا الشرط جائز بلا شك، حيث نص الفقهاء على أن التفقة على العامل^(١).

(١) بدائع الصنائع (٣٦٤٧/٨) والمهذب (٣٨٦/١) والدسوقي على الشرح الكبير (٥٣٠/٣) والمغني (٧٩/٥) ويراجع في الشروط مبدأ الرضا في العقود (١١٦٤/٢).

وفائدته تكمن في تقليل الخسارة، كما أنه أيضا يفيد أن المضارب ينفق من ماله فيكون أحرص على تثميره وعدم تعرضه للخسارة فيما لو كان غير ذلك، كما أنه لو حدثت خسارة فإن أموال المضاربة وان كانت تتحملها، ولكنها لا تكون كبيرة إذ أن الأموال التي صرفها المضارب لا تحسب أيضا.

٣- التطوع من المضارب بالتعويض عن خسائر أرباب الأموال:

وهذا ما حدث في بعض البنوك الإسلامية عندما أصابته خسائر بسبب انهيار بنك الاعتماد والتجارة، فارتأت مجالس ادارتها أنها لو وزعت الخسائر على المودعين المستثمرين لأدى ذلك إلى انهيار البنك نفسه، فعرضت هذه المسألة على الجمعية العامة فوافقت على هذا التوجه، فتحمل البنك الخسارة من خلال احتياطيته، وما يتكون له من أرباح مع مرور الزمن، وهذا ما أفتى به هيئة الرقابة الشرعية بمصرف قطر الإسلامي^(١) وغيرها.

ومن هنا فالمؤسسات الكبرى يسعها أن تتطوع بحمل هذه الخسائر التي تقع عليها لما لها من حجم كبير، وقدرة على تكوين الاحتياطي، والأرباح الكبيرة على عكس المودعين الذين قد لا يجدون سوى هذه المبالغ الصغيرة التي أودعوها على أمل أن يعيشوا هم وأولادهم على أرباحها والتطوع بالضمان أجازته بعض المالكية، ولا مانع من ذلك مادام غير مشروط في العقد والله أعلم.

مدى امكانية عقوبة المضارب والشريك والشخصية المعنوية

(المسؤولية الجنائية):

ذكرنا فيما سبق أن المضارب، أو الشريك (أو مجلس الإدارة، أو البنك) ضامن في الحالات السابقة وأن عليه التعويض عما فات صاحب المال من حقوق مادية ومعنوية، وهذا ما يسمى في القانون المدني بالمسؤولية المدنية - كما سبق - وأنه لا جدال في القانون حول مسؤولية الشركة مسؤولية غير

(١) الهيئة تتكون من أصحاب الفضيلة: أ.د يوسف القرضاي و أ.د علي السالوس، والشيخ عبد القادر العماري.

مباشرة عن الأعمال غير المشروعة لتابعيها، تطبيقا لاحكام المادة ١٧٤ من القانون المدني المصري أو مسؤولية الشركة عن اثرائها بلا سبب مشروع، أو نحو ذلك^(١).

وهنا يثور التساؤل حول مدى امكانية ايقاع العقوبة على المضارب، أو الشريك، أو نحوهما .

وقبل أن ندخل في الحوار نقول: إذا كان المضارب أو الشريك عبارة عن الشخصية المعنوية فان العقوبة البدنية لا يمكن ايقاعها عليها إلا على رأي اصحاب نظرية «حقيقة الشخصية المعنوية» الذين يقولون: ان العقوبات التي يحكم بها على الاشخاص الطبيعيين يمكن توقيع أشباهها على الشركة، فيمكن مثلا الحكم بحل الشركة وهو متواز مع عقوبة الاعدام، أو الحكم على الشركة بالحراسة، وهي تتوازي مع الحبس أو السجن^(٢) .

غير أن معظم القانونيين لا يرون امكانية معاقبة الشخصية الاعتبارية معاقبة بدنية، ولكن يجوز ايقاع العقوبات المالية (الغرامات) عليها^(٣) لذلك يمكن معاقبة المدير واعضاء مجلس الإدارة إذا صدرت جرائم النصب، أو التزوير، أو خيانة الامانة، كما نصت على ذلك ٣٤١ من قانون العقوبات المصري، وكذلك يعاقبون في حالة افلاس الشركة بعقوبة الافلاس بالتدليس إذا وقع منهم أمر من الأمور المنصوص عليها في المادة (٣٢٢٨ ع م) وقد يعاقبون بعقوبة الافلاس بالتقصير إذا وقع منهم أمر من الأمور المنصوص عليها في المواد ٣٣٠، ٣٣١، ٣٣٢ ع م^(٤) كما نص قانون الشركات المصري رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤ على عقوبات بدنية، ومالية لأعضاء مجلس الإدارة في موادها: ٣٤، ٤١، ٤٤، ١٠٣، ١٠٤، ١٠٥ .

ونص القانون القطري المرقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ الخاص بانشاء مصرف

(١) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ١٣٦ .

(٢) د. أبو زيد رضوان ص ١٣٦، وإبراهيم صالح: المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتبارية، رسالة دكتوراة القاهرة ١٩٧٣م.

(٣) إبراهيم صالح: المرجع السابق.

(٤) د. ثروت عبد الرحيم: الوجيز في القانون التجاري ط. دار النهضة بالقاهرة ص ٣٩١ - ٣٩٥ .

قطر المركزي في مادته (٥٨) على أن أعضاء مجلس الإدارة والمديرين يسألون بصفة شخصية عن الخسائر والاضرار التي تصيب البنك، أو تصيب الغير نتيجة اهمالهم، أو تقصيرهم في أداء أعمالهم، ويكون البنك مسؤولاً بالتضامن معهم عن الخسائر والاضرار التي تصيب الغير «ثم نص في مادته ٦١٠ على انه مع عدم الاخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر يعاقب كل من يخالف هذا الخطر بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تتجاوز عشرة آلاف ريال، أو باحدى هاتين العقوبتين.

ونصت المادة ٧٧ من نظام الشركات السعودي على مسؤولية اعضاء مجلس الإدارة عن الغش والتزوير، وأنهم مسؤولون عن الاضرار التي ترتبت على ذلك^(١).

والخلاصة:

أن المدير، أو أعضاء مجلس الإدارة إذا صدرت منهم جنایات يكونون مسؤولين عنها شخصياً، فيعاقبون بدنياً، وذلك مثل الغش، والخيانة في أموال الشركة، أو اغتصاب علامة تجارية مملوكة للغير، أو ارتكابه لجرائم التزوير، أو القتل، أو نحو ذلك أما المسؤولية المدنية فتلتزم بها الشركة أمام الغير طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية^(٢).

كيفية تنفيذ الضمان والتعويض ومن الذي يتحمل :

لاشك أنه في حالات التزوير والغش ونحوهما مما يدخل في المسؤولية الجنائية فإن العقوبة تنفذ في حق المرتكب سواء كان المضارب، أو الشريك، أو المدير أو عضو مجلس الإدارة، أو اعضاء منفردين، أم متعاونين على ضوء الانظمة المرعبة في هذا المجال.

(١) يراجع د. البقمي المرجع السابق ص ٤٤٣ - ٤٤٥ وذكر أن المادة يلاحظ عليها أنها تدل على اسقاط حق الدعوى بعض انقضاء سنة على تلك الموافقة فقال: ينبغي ألا يترتب عليه حرمان الدعوى من القضاء فيها أصلاً لأنه يؤدي على إخلاء نوع من دعاوى عن الفصل فيه، كما أن ابراء الجمعية العامة أعضاء مجلس الإدارة لا يبرئهم عن حق الله تعالى مثل الغش والتزوير.

(٢) د. أبو زيد رضوان ص ١٥٧.

ولكن إذا اثبتت المسؤولية المدنية على أحد هؤلاء فكيف ينفذ التعويض؟ يؤخذ من الاشخاص فقط، أم يؤخذ من الشركة نفسها؟
تنص القوانين في البلاد العربية على أن اعضاء مجلس الإدارة والمدير إذا أدوا ما عليهم من واجبات نحو الشركة، ولم يقصروا في إدارة اعمال الشركة ومع ذلك وقعت خسارة عليها فان الشركة هي التي تتحمل هذه المسؤولية عنهم في جميع تصرفاتهم التي جرت وفق اللوائح والعرف التجاري السليم^(١).

ومن هنا تلتزم الشركة (أو البنك الإسلامي) بكافة الأعمال القانونية التي يقوم بها المدير بشرطين اساسيين هما:
١- أن يتم التعامل مع الغير باسم الشركة ولحسابها أي بصفته ممثلاً لها، أما إذا تعامل باسمه الخاص فان الشركة لا تكون مسؤولة عن نتائج تصرفاته.

أما إذا استعمل اسم الشركة بأن اقترض مثلاً باسمها ولكن بقصد انفاقه على حاجياته الخاصة فان هنالك احتمالين: الاحتمال الأول أن الغير حسن النية لا يعلم بحقيقة الأمر فحينئذ تكون الشركة مسؤولة أمام هذا الغير ثم تعود هي على المدير.

والاحتمال الثاني: أن ذلك الغير كان سئ النية حيث أثبتت الشركة ذلك مثل أن يستخدم المدير اسم الشركة لأبرام تأمين على حياته ولصالح ورثته، ومثل أن يبرئ المدير ذمة مدين الشركة من دين واجب عليه، أو قيام أحد البنوك بصرف مبالغ بمقتضى شيك موقع من شخص واحد مع أنه مبلغ بأن لا يصرف إلا بعد وجود توقيع شخصين، أو نحو ذلك فحينئذ لا تكون الشركة مسؤولة، وانما على الغير أن يرجع على المدير شخصياً^(٢).

٢- أن يكون التعامل قد تم في حدود الصلاحيات المرسومة له في

(١) د. ثروت عبد الرحيم ص ٣٩١ ود. أبو زيد رضوان ص ١٥١ ود. البقمي ص ٤١٦.

(٢) د. أبو زيد رضوان ص ١٥١ - ١٥٥ وقد أشار إلى عدد من قرارات محاكم النقض المصرية والفرنسية بهذا الصدد، ود. ثروت عبد الرحيم ص ٣٩١.

العقد، أما إذا خرج عن دائرة سلطاته فإن المتعامل معه لا يستطيع - كقاعدة عامة - إلا الرجوع على المدير شخصياً، وهذا يتطلب - كما هو المعمول به في الشركات التجارية - صلاحيات المدير للاحتجاج بها على الغير.

وهذا مانراه متفقاً مع قواعد الوكالة والمضاربة، والشركات في الفقه الإسلامي، لأن المدير إذا كتبت له صلاحياته فإنه يكون بمثابة المضارب المقيد، أو الوكيل المقيد، وحينئذ يكون ملتزماً بالقيود التي وضعت فإذا خالفها فيكون ضامناً متحملاً لمسؤوليته وحده دون الشركة وقد اتجه القضاء الفرنسي الحديث حتى قبل صدور قانون الشركات سنة ١٩٦٦ نحو التخفيف من هذه القاعدة وارتأى أن الشركة مسؤولة عن جميع أعمال المدير مادامت في نطاق غرض الشركة، ثم تكريس ذلك من خلال المادة ١٤ من القانون الانف الذكر ويبدو أن القانون المصري رقم ١٥٩ قد انتصر لذلك أيضاً في مواد ٥٦، ٥٧، ٥٨، ولكن هذا لا يمنع من رجوع الشركة بعد ذلك على المدير، لأن الهدف من توجه القوانين الحديث للزام الشركة بذلك في مواجهة الغير مادامت تصرفات المدير لم يخرج عن اطار غرض الشركة... هو استقرار المعاملات التي تتم حسب الظاهر المشروع^(١).

والخلاصة أن القوانين العربية قد أقرت بمسؤولية الشركة مسؤولية تعاقدية عن تصرفات الإدارة في حدود صلاحياته في مواجهة الغير إلا في حالات خاصة يثبت فيها أن الغير كان سيء النية، ثم إذا كانت الإدارة (الممثلة في مجلس الإدارة، أو المدير) كانت قد أساءت إلى الشركة، أو قصرت، أو تعدت فإن لمجلس الإدارة، أو المساهمين الحق في رفع دعوى التعويض ضد المخطئ كما سيأتي.

ومن المتفق عليه هنا أن أعضاء مجلس الإدارة يسألون بالتضامن في مواجهة الشركة والمساهمين، والغير سواء كانت مسؤوليتهم مدنية أم جنائية،

(١) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ١٥٦، وموسوعة القضاء في المواد التجارية لعبد المعين جمعة ص ٥٥١، ود. ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق ص ٣٩١ - ٣٩٥.

فإذا وقع الخطأ منهم جميعاً بأن كان قد صدر بالاجماع فان جميع الاعضاء يسألون مسؤولية تضامنية وفقاً للمادة ٧٠٧ م م ثم ان الاصل التساوي في المسؤولية، ولكن للحكمة الحق في أن تقرر نصيب كل منهم في المسؤولية حسب جسامة الخطأ الذي ارتكبه، وما يقابله من اضرار وآثار، ولكن إذا لم يشترك أحد في التصويت على القرار وسجل مخالفة في محضر الاجتماع فانه لا يكون مسؤولاً عن آثاره، كما انه إذا صدر قرار خاطيء من العضو المنتدب فان بقية الاعضاء يسألون عنه تضامنياً إذا ثبت أنهم لو قاموا بواجبهم في الاشراف والرقابة لحال ذلك دون وقوع هذا الخطأ^(١).

ومن الجدير بالتنبيه عليه أن القوانين الحديثة تتجه نحو حماية الغير الذين يتعاملون مع الشركة اعتماداً على الظاهر المشروع، بحيث تصح تصرفاتهم مع الشركة حتى ولو تجاوز مجلس الإدارة صلاحياته، أو خالف بعض القرارات مادام الغير حسن النية، غير أن عبء الاثبات هنا يقع على الغير الذي يريد التمسك في مواجهة الشركة بالتصرف، أو بالعقد الذي تم على خلاف الأصول المتبعة والمرعية، بينما يعتبر سيء النية إذا علم بالتجاوز، أو المخالفة^(٢).

وهذه المبادئ والأحكام تتفق مع قواعد الوكالة في الفقه الإسلامي تماماً^(٣).

من يرفع الدعاوي؟

للشركة باعتبارها شخصياً قانونياً الحق في رفع الدعوى ضد المدير، وكذلك ضد رئيس وأعضاء مجلس الإدارة منفردين، أو مجتمعين عن التصرفات والقرارات الضارة التي باشرها، أو اتخذها المجلس، وترتب عليها اضرار بالشركة أو ثبت لها الاهمال الجسيم في الإدارة أو التهاون في حقوقها، أو اساءة استخدام أموالها، أو تبديدها أو الاضرار بسمعته المالية،

(١) د. ثروت عبد الرحيم: المرجع السابق ص ٣٨٩ - ٣٩٠.

(٢) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ٦٢٤ - ٦٢٥.

(٣) انظر: الوكالة في الشريعة والقانون لـ د. محمد رضا العاني، مطبعة العاني ببغداد.

أو تتعامل معها، إضافة إلى مخالفة نصوص القوانين المنظمة للشركات، واللوائح المرعية، والنظام الاساسي، ومخالفة العرف التجاري، وكل تصرف خاطئ من شأنه تفويت مصالح مؤكدة للشركة^(١) وترفع الدعوى ضد المدير من مجلس الإدارة، وإذا كانت ضد مجلس الإدارة فهذا لا يتصور إلا بعد عزله، وتعيين مجلس جديد يقوم هو بمباشرة الدعوى ضد المجلس السابق، وفي جميع الاحوال فان من حق الجمعية العامة للمساهمين مباشرة هذه الدعوى الجماعية، كما أنه من حق المصفي مباشرة هذه الدعوى، ومن حق السنديك في حالة افلاس الشركة باعتباره وكيلًا من جماعة الدائنين.

وحماية لأصحاب الأموال المتضررين مما يترتب على براءة ذمة مجلس الإدارة من اضرار بحقوقهم نصت معظم القوانين على أنه: «لا يترتب على أي قرار يصدر من الجمعية العامة سقوط دعوى المسؤولية المدنية ضد اعضاء مجلس الإدارة بسبب الاخطاء التي تقع منهم في تنفيذ مهمتهم» (المادة ١٠٢ / ١ من قانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١) حيث يمكن أن تتم موافقة الجمعية العامة دون علم بحقيقة ما قترفه المجلس من غش أو تدليس، وذلك لأن الجمعية قد توافق بالاغلبية لأي سبب كان فربما يهضم فيها حقوق الاغلبية، ولكن القانون اشترط أن لا تمضي سنة على المصادقة على قرار مجلس الإدارة محل المساءلة إلا إذا كان يتمثل جناية أو جنحة فلا تسقط حينئذ دعوى المسؤولية إلا بسقوط الدعوى الجنائية^(٢).

وإضافة إلى ذلك فان لكل مساهم بمفرده الحق في رفع دعوى الشركة ضد الإدارة إذا لم تباشر هذه الدعوى من قبل الشركة لاي سبب كان، وذلك لأن مسؤولية مجلس الإدارة عن حسن إدارة الشركة هي مسؤولية بحكم الشرع، أو القانون ولذلك لا يجوز الاعفاء منها، أو التخفيف فيها، ويكون من حق المساهم بمفرده مباشرة هذه الدعوى بقصد حماية الشركة وحماية حقوق الاقلية، وحقوقه.

(١) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ٦٢٧ ود. ثروت عبد الرحيم: المرجع السابق ص ٣٩٤ - ٣٩٥.

(٢) د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق ص ٦٤٠ ود. ثروت عبد الرحيم: المرجع السابق ص ٣٩١.

وكذلك للغير المتضرر (دائنوا الشركة) رفع دعوى ضد مجلس الإدارة مادام قد تضرر بقرارته^(١).

وهذه الاجراءات والمسؤوليات تخالف أحكام الشريعة وقواعدها، ومقاصدها.

أحكام المضاربة الفاسدة:

أولاً: إذا فسد عقد المضاربة بسبب تخلف، أو اختلال شرط من شروطه فإنه يترتب عليه ما يأتي:

١- بقاء الامانة ما لم يتعد المضارب أو يقصر...

٢- فسخ عقد المضاربة.

قال ابن رشد: «واتفقوا على أن حكم القراض الفاسد فسخه ورد المال إلى صاحبه ما لم يفت بالعمل»^(٢).

٣- تصرفات المضارب نافذة، لأنه مأذون فيها، قال ابن قدامة: فإذا بطل العقد بقي الأذن فملك به التصرف كالوكيل»^(٣).

٤- أن الربح جميعه يكون لرب المال وأن المضارب له أجره المثل عند الجمهور (أي الحنفية والمالكية في رواية عبد الوهاب، والشافعية والحنابلة^(٤)) قالوا: لأن الربح نماء ماله، وإنما يستحق العامل بالشرط فإذا فسدت المضاربة فسدت الشروط فلم يستحق منه شيئاً فكان له أجر مثله.

وذهب أبو الشريف (من فقهاء الحنابلة): أن الربح بينهما على ما شرطاه، وهذا مبني على مذهبه في أن المضاربة الفاسدة تأخذ حكم المضاربة الصحيحة في الربح ونحوه^(٥).

(١) المرجع السابق ص ٦٤٢ - ٦٤٤.

(٢) بداية المجتهد (٢/٢٤٢).

(٣) المغني (٥/٧٢).

(٤) يراجع: بدائع الصنائع (٨/٣٦٤٥) وبداية المجتهد (٢/٢٤٢) والقوانين الفقهية ص ٢٨٠ والروضة للنووي

(٥/١٢٥) والمغني لابن قدامة (٥/٧٢).

(٥) المغني لابن قدامة (٥/٧٢).

وذهب المالكية في رواية ابن الماجشون عن مالك أنه يرد إلى قراض مثله، وقد خرج قول آخر لهم وهو: أنه يرد إلى مثله ما لم يكن أكثر مما سماه، وإنما له الأقل مما سمى، أو من قراض مثله ان كان بب المال هو مشترط الشرط على المقارض، أو الاكثر من قراض مثله، أو من الجزء الذي سمى له ان كان المقارض هو مشترط الشرط الذي يقتضي الزيادة التي من قبلها فسد القراض، وهناك قول آخر (وهو الرابع داخل المذهب المالكي) مؤداه: «انه يرد إلى قراض مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين على صاحبه في المال مما ليس ينفرد أحدهما بها عن صاحبه، وإلى اجازة مثله في كل منفعة اشترطها أحد المتقارضين خالصة اشترطها مما ليس في المال وفي كل قراض فاسد من قبل الغرر والجهل، وهو قول مطرف وابن نافع وابن عبد الحكم وأصبغ، واختاره ابن حبيب» وأما ابن القاسم من المالكية فاختلف قوله في القراضات الفاسدة على تفصيل ليس هنا محل بحثها^(١).

والفرق بين أجره المثل، وقراض المثل هو:

أن أجره المثل في القراض (المضاربة) تعنى أن نعطي قدرًا من المال للمضارب بقدر عمله بحيث يوازي أجره عمل مثله، ولذلك لا يقتضي أن يكون هناك ربح، أو منفعة لرب المال، وبالمقابل لا ينظر إلى قدر الربح الحاصل لرب المال، بل ينظر إلى قدر العمل، وأما قراض المثل فيعني أن يعطى للمقارض بقدر الربح في مثل هذا القراض، يقول ابن رشد: «أن الأجرة تتعلق بذمة رب المال سواء كان في المال ربح أو لم يكن، واقراض المثل هو على سنة القراض ان كان فيه ربح كان للعامل منه والا فلا شيء له»^(٢) والذي نرى رجحانه هو أن المضاربة الفاسدة التي قام فيها المضارب بعمل لا بد أن تعاد إلى مضاربة المثل كما هو الرأي الراجح في المذهب المالكي، لأن عقد المضاربة عقد مستقل عن بقية العقود، فلا ينبغي أن يحول عند فساده

(١) بداية المجتهد (٢/٢٤٢ - ٢٤٣).

(٢) بداية المجتهد (٢/٢٣٤).

إلى عقد آخر كما هو المطرد في جميع العقود^(١)، ومن جانب آخر أن القول بأجرة المثل قد يؤدي إلى إلحاق ضرر بأحد العاقدين، ففي حالة وجود خسارة فعليه لو قلنا بأجرة المثل يترتب عليه وقوع ضرر على رب المال لأنه يدفعها مع تحملها الخسارة، وبذلك تخرج عن ميزان «الغرم بالغنم» و «الخراج بالضمان» كما أنه في حالة الربح الكثير يؤدي إعطاء أجرة المثل للمضارب إلى إلحاق غبن به^(٢).

٥- أن الضمان في المضاربة الفاسدة مثل الضمان في المضاربة الصحيحة فلا يضمن المضارب الا بالتعدي والتقصير^(٣) وقال بعض الفقهاء منهم أبو يوسف ومحمد: أن المضارب ضامن، قال الكساني: «وعندهما يضمن كما في الأجير المشترك إذا هلك المال من يده»^(٤).

وهذا الرأي له وجهته، لأن العقد إذا فسد فيجب على المضارب أن يرد المال إلى صاحبه فوراً، وإذا لم يرجعه فوراً فيكون ضامناً كالفاصل.

ثانياً: إذا فسد عقد المضاربة يتعدي المضارب ومخالفته لشروط من الشروط المقترنة بالعقد فإن المضارب لما يترتب عليه من الخسارة، لأنه حينئذ

(١) يراجع للأقوال الخمسة الواردة في هذه المسألة: قاعدة المثلي والقيمي واثراها على الحقوق والالتزامات لـ د. علي القره داغي، ط. دار الاعتصام ص ١١٠ - ١١٦ ويراجع: المضاربة والمشاركة ضمن سلسلة أبحاث الفكر الإسلامي المعاصر الصادرة عن شركة بارك لين عام ١٩٩٣ ص ١٠٦ - ١٠٩.

(٢) وقد رجعت هذا الرأي، ثم فرحت كثيراً حينما رأيت شيخ الإسلام ابن تيمية (رحمه الله) يذهب على هذا الرأي، وهو أنه في حالة كون المضاربة، أو المساقاة، والمزارعة فاسدة فإن للعامل نصيب المثل حيث قال: في الاختبارات الفقهية ط. دار المعرفة ببيروت ص ١٥١: وإذا فسدت المزارعة أو المساقاة أو المضاربة استحق العامل نصيب المثل وهو ما جرت به العادة في مثله، لا أجرة المثل وقد أوضح ذلك كثيراً في القواعد النورانية الفقهية ص ١٦٧ فقال: والصواب أنه يجب في المضاربة الفاسدة ربح المثل وهو ما جرت به العادة أن يعطاه مثله، إما نصفه، أو ثلثه فأما أن يعطيشيئاً مقدوراً مضموناً في ذمة رب المال كما يعطى في الإجارة والجمالة فهذا غلط مما قاله، وسبب غلطة ظنه أن هذه إجارة فأعطاه في فاسدها عوض المثل كما يعطيه في الصحيح المسمى، ومما يبين غلط هذا القول أن العامل قد يعمل عشر سنين، أو أكثر، فلو أعطي أجرة المثل أعطي أضعاف راس المال، وهو في الصحيحة لا يستحق إلا جزءاً من الربح إن كان هناك ربح فكيف يستحق في الفاسدة أضعاف ما يستحقه في الصحيحة. ويراجع: د. السيد علي السيد: المرجع السابق ص ٢٧٨.

(٣) جاء في المغني (٧٣/٥) ولا ضمان عليه فيما يتلف بغير تعديه وتفريطه لأن ما كان القبض في صحيحه مضموناً كان مضموناً في فاسده.

(٤) بدائع الصنائع (٣٦٥٥/٨).

يكون الغاصب حيث تنتهي الأمانة كما صرح بذلك الفقهاء، وعلى ضوء ذلك إذا تحقق ربح فإنه يكون لرب المال بناء على أنه ليس لزيد الظالمة حق فيه. هذا في الربح الذي تحقق في العملية التي تعدى فيها المضارب، أما الربح السابق فيكون حسب الاتفاق وقد سبق تفصيل ذلك. وقد لخص الحافظ الفقيه ابن المنذر أقوال الفقهاء فقال: «واختلفوا في الرجل يدفع إلى الرجل مالاً مضاربة، فيخالف ما أمره به رب المال، فقال طائفة: هو ضامن، والربح لصاحب المال، روي هذا القول عن أبي قلابة، ونافع، وبه قال أحمد، وإسحاق.

وفيه قول ثان: وهو أن الربح على ما اشترطنا عليه، وهو ضامن للمال.

وروي هذا القول عن إياس بن معاوية، وبه قال مالك بن أنس.

وقالت طائفة ثالثة: هو ضامن، ويتصدق بالفضل، روينا هذا القول عن

الشعبي، والنخعي، والحكم، وحماد.

وقال أصحاب الرأي: الربح له، ويتصدق بالفضل، والوضيعة عليه وهو

ضامن لرأي المال.

وقال الأوزاعي: إذا خالف وربح، فالربح له في القضاء، وهو في الورع

والفتيا يتصدق به، ولا يصلح لواحد منهما.

وفيه قول خامس: وهو أن لا ضمان عليه، وأن خالف، روينا عن علي

رضي الله عنه أنه قال: «لا ضمان على من شورك في الربح».

وروينا معنى ذلك عن الحسن والزهري.

وفيه قول سادس وهو أن من ضمن فله ربحه، روي هذا القول عن شريح^(١).

أحكام الشركة الفاسدة:

أولاً: وإذا فسدت الشركة بسبب مخالفة شرط من شروط صحة العقد

فإن جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة)^(٢) على أن الشريكين

(١) الإشراف على مذاهب أهل العلم للنيسابوري ص ١٠٥ - ١٠٦.

(٢) يراجع بدائع الصنائع (٧/٢٥٨٠، ٨/٣٦٥٤) والروضة للنووي (٤/٢٨٥) ونهاية المحتاج (٤/٩) والمدونة (١٢/٥) والمغني (٥/٢١٢٠).

يقتسمان الربح على قدر رأس أموالهم، ويرجع كل واحد منهما على قدر رأس أموالهما ويرجع كل واحد منهما على الآخر بأجر عمله، لأن المسمى يسقط في العقد الفاسد واشتراط البعض وجود الربح.

وذهب بعض الفقهاء (منهم الشريف أبو جعفر من فقهاء الحنابلة)^(١) إلى انهما يقتسمان الربح على ما شرطاه ولا يستحق احدهما على الآخر أجر عمله، وبذلك أجرى أبو جعفر المشاركة الفاسدة مجرى المشاركة الصحيحة في جميع أحكامها وهذا غير صحيح لأنه يؤدي إلى التساوي بين الصحيح والفاسد وهذا مخالف لميزان الشرع. والراجح هو الرأي الأول، لأن الأصل هو كون ربح مال كل واحد لمالكه، لأنه نماؤه، وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح، فإذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الأصل كما أن البيع إذا كان فاسداً لم ينقل ملك كل واحد من المتابعين عن ماله^(٢) وهذا بخلاف المضاربة الفاسدة حيث أن المضارب لم يشارك بمال ولكن بذل كل جهده وعمله، ولذلك لا بد أن تعاد إلى قراض المثل كما سبق، أما في الشركة فقد بقيت آثار الشركة في مشاركة الشريكين الربح الحاصل من المالين، ثم يأخذ كل منهما أجر مثل عمله.

وكذلك الأمر إذا تمادى الشريك.

ثانياً: إذا كان الفساد بسبب مخالفة الشريك للقيود الواردة في العقد، أو بسبب الخيانة ونحوها، فإن الشريك المتسبب يتحمل كل الأضرار الناتجة على عمله، ثم أن بقي ربح يوزع حسب نسبة المال، وإن لم يوجد ربح فيؤخذ بمقدار الخسارة من ماله^(٣).

(١) المغني لابن قدامة (٢١/٥).

(٢) المغني (٢١/٥) وبدائع الصنائع (٣٦٥٤/٨).

(٣) المصادر السابقة.

خلاصة البحث والتوصيات

- ١- ان العقوبات (المسؤولية الجنائية) تعتمد على ثلاثة أسس هي:
اتيان الفعل المحرم، وكون الفاعل مختارا، وكونه مدركا فاهما ولذلك
لا عقوبة على المجنون، والصغير ونحوهما، وأما الضمان والتعويض
(المسؤولية المدنية) فيعتمد على الاضرار بالآخر واتلاف ماله، ولذلك لا
يشترط فيه الاسس السابقة تطبيقا لقول النبي (صلى الله عليه وسلم):
لا ضرر ولا ضرار
- ٢- لا مانع شرعا من الاعتراف بالشخصية الاعتبارية (المعنوية،
القانونية) للشركات والمؤسسات مادام يتم ذلك في اطار التنظيمات الادارية
التي تدخل ضمن المصالح المرسله، ولا تخرج عن مقاصد الشريعة وهذه
الشخصية الاعتبارية للشركات تنتقل اليها في الظاهر ملكية الحصص
والاسهم، وتكون لها ذمة للوفاء بديونها، بل بجميع حقوق الشركة وواجباتها،
غير ان الملكية الحقيقية للاسهم والحصص هي لاصحابها، وأن كونهم لا
يتصرفون فيها لا يمنع من هذه الملكية مثل الراهن بالنسبة للعين المرهونة.
وان هذه الشخصية الاعتبارية للشركة لها اهلية كاملة في الحدود التي
بعينها سند انشاء الشركة، او البنك، ولذلك لها حق التمليك والتمليك
بعوض، أو بغير عوض وانها مسؤولة مدنية عن تصرفات الشركة، ولكن
الراجح هو انها ليست مسؤولة عن جنایات وجرائم المدير، او مجلس الادارة.
- ٣- الممثل والنائب للشخصية الاعتبارية هو مجلس الادارة واما المدير
فهو وكيل عن مجلس الادارة في حدود صلاحياته، سواء كان بأجرة، ام
بمكافأة، ام بدونهما، او هو اجير خاص، واما أعضاء الجمعية العامة فهم
أرباب الاموال المساهمة لهم دور الرقابة والاشراف والمحاسبة فهم مالکوا
تلك الاسهم.
- ٤- البنوك الاسلامية (او الشركات التي تعمل في الاستثمار) بمثابة
المضارب فيما يخص الودائع الاستثمارية، والمودعون هم ارباب الاموال ومن

هنا فمجلس الادارة وكيل عن بقية المساهمين فيما يخص الاسهم، فهو بمثابة الشريك الذي فوض شريكه الآخر اليه جميع التصرفات، وهو في الوقت نفسه مضارب فيما يخص الودائع الاستثمارية.

٥- اجمع الفقهاء على ان المضارب والشريك امين لا يضمن الا عند التعدي والتقصير ومخالفة شروط العقد، او مقتضيات العقد والخيانة، ومبنى هذا الاجماع على بعض الاثار بميزان الشريعة في الغرم والغنم.

٦- بجانب هذا الميزان توجد قواعد حماية الاموال التي تقتضيها مقاصد الشريعة من خلال التشدد في الضمان، حيث نرى ان الفقهاء ذكروا حالات كثيرة استثناء من مبدأ عدم ضمان الشريك والمضارب حتى يمكننا استثناء من مبدأ عدم ضمان الشريك والمضارب حتى يمكننا صياغة قاعدة اخرى من هذه الاستثناءات ردعا للطامعين في اموال الناس عن طريق مثل هذه العقود، وحسما لمادة الفساد بالتبنيه لاولئك الذين تسول لهم أنفسهم أكل أموال الناس، ومن خلال التوسع في دائرة المستثنات نستطيع ان نصل الى كل النتائج الايجابية للضمان وعدمه معا، كما نحافظ من خلال هذا المنهج على خصائص فقهننا دون التفريط بها ودون الحاجة الى الاخذ بعنق النصوص وليها.

٧- لا يوجد فرق جوهري بين المضارب المشترك والمضارب الخاص، وان قياس المضارب المشترك على الاجير المشترك قياس فاسد، وان النقل عن ابن رشد في هذا الباب نقل غير دقيق.

٨- كل شرط من طرف المضارب أو الشريك (البنك) بضمان الاموال شرط باطل وهل يبطل العقد نفسه؟

فيه رأيان: الرأي الاول: العقد صحيح وهذا هو ما ذهب اليه ابو حنيفة، ومالك وأحمد في الرواية الراجعة. والرأي الثاني: ان العقد باطل ايضا وهذا هو ما ذهب اليه الشافعي وأحمد في رواية وان الذي يظهر لنا رجحانه هو القول الاول.

٩- اذا تطوع المضارب، او الشريك (البنك) بالضمان فان ادخل ذلك في العقد فيكون حكمه الى عدم لزوم ذلك في حين رأى بعض المالكية لزوم هذا الشرط

اما اذا طابت نفس المضارب، او الشريك بعد وقوع الخسارة بتحمل خسارة رأس المال أو الشريك فلا مانع من ذلك شرعا، ولا سيما اذا كان المضارب مؤسسة كبيرة، ورب المال مستثمرا صغيرا أو فقيرا لا يملك الا هذا المال المودع عندها للاستثمار فيفاجأ لأي سبب قاهر قد فقد كل ما لديه.

١٠- الحالات التي يجب فيها الضمان تتخلص بايجاز الفقهاء في التعدي، والتقصير ولكن بما أن فيهما نوعا من الاجمال والاحتمال نفصل ذلك من خلال الضوابط العملية الواقعية وهي:

اولا: مخالفة التصرفات التي يقتضيها عقد المضاربة والشركة.

وهذه التصرفات تختلف من كون عقد المضاربة مطلقة، وكذلك الحال في الشركة، ومعرفة ما يجوز للمضارب في المضاربة المطلقة، أو للشريك في الشركة المطلقة، وما يجوز لهما في المضاربة غير المطلقة، والشركة غير المطلقة، وما لا يجوز لهما في الحالتين، ويمكن تلخيص ذلك في ان المضاربة او الشركة قسمناها الى ثلاثة اقسام:

(أ) المضاربة المطلقة، وهي ان يدفع رب المال المضارب من غير تعيين العمل، والمكان والزمان، والمتعامل معه.

(ب) المضاربة المقيدة وهي ان يقيد المضارب بنوع من التصرفات، أو بزمان معين، أو مكان معين، أو بأشخاص معينين، أو بقية من التجار لاغير

(ج) المضاربة المفوضة التي يفوض فيها رب المال كل الأمور الي المضارب تفويضا عاما، أو بالتصميم على اجازته في بعض الأمور التي قد لا تقتضيها المضاربة المطلقة.

ومن هنا فالمضارب في المضاربة المقيدة مقيد بجميع القيود المعتبرة

شرعا التي اشترط عليها رب المال وفيما سواها يبقي حكم المضاربة المطلقة، فاذا خالف أحد هذه القيود فيكون ضامنا لما يترتب عليه من خسارة.

واما المضاربة المطلقة فيكون المضارب ملتزماً بما يقتضيه عقد المضاربة ويعطيه الحق في انواع التصرفات فاذا تجاوز هذه الحدود فيكون ضامنا.

وأما المضارب في المضاربة المفوضة فهو اكثر اطلاقاً لليد، فما أذن فيه رب المال فلا يكون ضامنا لما يترتب عليه من نتائج الا اذا وجد سبب اخر، وما لم يصرح فيه باذن يسير حسب عرف التجار.

ولذلك نذكر هنا التصرفات التي لو قام بها المضارب في المضاربة المطلقة يكون ضامنا على الراي الراجح في نظري:

- ١- البيع والشراء بالنسيئة الا اذا وجد أذن خاص، أو تفويض عام.
- ٢- البيع والشراء بالغبن الفاحش (أي الغبن الذي لا يتغابن التاجر في مثله) حيث يكون ضامنا له الا اذا اذن له رب المال لسبب من الاسباب كالخوف ومن هلاك الشيء كله.
- ٣- السفر بالمال حيث لا يجوز له الا باذن خاص، وفي عصرنا الحاضر لا يجوز للمضارب أبدا أن يحمل بنفسه المال مع امكانية التحويلات والتسهيلات المعاصرة، فاذا فعل ذلك وهلك المال فهو ضامن له مطلقا.
- ٤- البيع والشراء بغير نقد البلد.

ويظهر أثر ذلك في عصرنا الحاضر حيث نرى تباين أسعار العملات، وتذبذبها الخطير مما يعرض صاحب المال الى مخاطر، ولذلك لا ينبغي للبنك الاسلامي أن يبيع أو يشتري

الا في العملة المحلية، او العملة التي ربطت بها العملة المحلية كالدولار بالنسبة للريال القطري، والسعودي، واذا باع أو اشترى بالعملات الأخرى كاليين الياباني، أو الاسترليني، او المارك، أو نحو ذلك فلا بد أن يغطي نفسه من خلال معاملات متوازية أو قروض من البنوك الاسلامية التي تتعامل بهذه العملات، أو من خلال سلة العملات.

أما اذا أقدم على ذلك دون هذه التغطية المشروعه وترتب على تصرفاته
خسارة فانه يكون ضامنا .

٥- الاستدانة:

فلا يجوز للمضارب الاستدانة على رب المال بأكثر من رأس المال،
وكذلك لا يجوز الشراء بأكثر مما لدية من أموال، واذا فعل ذلك فيكون في
ذمته، ويتحمل وحده نتائج عمله من خسارة، وهذا مطابق لنظرية الشركات
المحدودة السائدة في عصرنا الحاضر.

٦- الاقراض للغير:

لا يجوز للمضارب بالاتفاق أن يقرض اخر من مال المضاربة لأنه
مرصود للتجارة، والاقراض يقطع ذلك، فاذا فعل فهو اثم، ويترتب عليه
الضمان عن كل ما يحدث من خسارة.

٧- التبرع بالمال هبة أو صدقة:

وهذا غير جائز بالاتفاق، لأن ذلك مخالف لمقتضى عقد المضاربة، فاذا
فعل فيكون من ماله الخاص، وليس من مال المضاربة، الا اذا اذن له رب المال.

٨- التوكيل للغير:

لم يجز جمهور العلماء الا باذن، أو تفويض عام لأن رب المال قد رضي
به وحده، ولم يرض بغيره، والعناصر الشخصية معتبرة في عقدي المضاربة
والمشاركة، فاذا فعل وترتبت على ذلك خسارة فهو يتحملها.

٩- مضاربهته للغير:

ليس من حق المضارب عند الجمهور أن يضارب شخصا اخر فاذا فعل
فهو يتحمل نتائج عمله من خسارة، الا اذا اذن له اذنا خاصا، او فوضه
تفويضا مطلقا .

١٠- مشاركته بمال المضاربة:

فليس من حقه عند الكثير من الفقهاء، الا اذا اذن له رب المال، أو
فوضه، تفويضا مطلقا، واذا فعل ذلك وترتب عليه خسارة فانه ضامن لها .

١١- خلط ماله بمال المضاربة:

لم يجز الجمهور ذلك، ويلحق به انه لا يضارب بماله الخاص مع مال المضاربة الا اذا اذن له رب المال، او فوضه تفويضا مطلقا.

١٢- بيع وشراء المحرمات حيث يكون ضامنا لما يترتب عليه من خسارة بالاتفاق اضافة الى ارتكابه المحرمات.

١٣- الإبضاع حيث لا يجوز له ذلك على الراجح.

١٤- رهن مال المضاربة:

لا يجوز للمضارب ان يرهن مال المضاربة لدى اخر، لأن ذلك احتباس له عن التجارة، فاذا فعل ذلك بدون اذن خاص فهو ضامن لما يترتب عليه من خسارة الا اذا كان لديه اصول ثابتة ليست معدة للبيع الفوري فيجوز له ان يرهنها الي ما قبل وقت البيع كانت المضاربه مفوضة.

١٥- مضاربتة لشخص اخر:

وهذا لا يجوز عند الجمهور الا اذا اذن له رب المال، ولذلك ينص على ذلك في العقود النمطية السائدة في البنوك الاسلامية في وقتنا الحاضر لان المضاربة الان ليست خاصة بشخص واحد.

ولا تختلف الشركة في هذه الانواع من حيث الضمان فيها عن المضاربة لانها ايضا تقوم على الوكالة.

القاعدة الاساسية في ضبط هذه الجزئيات الخاصة بمقتضيات عقدي الشركة والمضاربة تعود إلى ثلاثة امور اساسية وهي: حفظ المال، وتنميته لتحقيق الربح، والتقييد بالمصلحة والعرف التجاري.

وتطبيقا لذلك نقول:

١- اذا لم يقم المضارب (البنك) او الشريك بحفظ المال في مكان امين فتلف، او تلف، او سرق فهو ضامن والمرجع في ذلك العرف التجاري والعرف المصرفي.

٢- اذا باع بالدين ووجد الاذن الصريح بذلك ولكن البنك مثلاً لم ياخذ الاحتياطات الكافية لحماية اموال المستثمرين كأن لم يقيم بدارسة هذا العميل وقدرته على الاداء او لم يأخذ بالضمانات الكافية حسب عرف البنوك فانه يكون ضامناً لتلك الخسارة.

ويلحق بذلك ما بذلك ما اذا صدرت بعض تحذيرات من الجهات المالية والاقتصادية ضد احد البنوك ماحدث ذلك بخصوص بنك الاعتماد والتجارة ومع ذلك تعامل معه المضارب (البنك) فضاعت الاموال الكثيرة فإنه يكون ضامناً لهذه الخسارة.

٣- إذا توفرت الأموال الكثيرة لدى البنك الاسلامي (مثلاً) ومع ذلك لم يقيم مجلس الادارة بترتيب الشعب الفنية المتخصصة، ومركز الدراسات والبحوث والمعلومات ذلك تقصيرا يترتب عليه الضمان.

ثانياً: التعدي وضوابطه:

التعدي لغة: التجاوز وفي الاصطلاح هو كل تصرف يراد به، او من شأنه الاضرار بأموال الآخرين.

وهذا يشمل ما يأتي:

(أ) مخالفة قوانين الشركات المعمول بها في البلد واللوائح، والنظام

الاساسي والانظمة المتبعة بما لا يتعارض مع احكام الشريعة الغراء.

(ب) مخالفة الشروط والقيود المقترنة بالعقد .

(ج) مخالفة ما يقتضيه العرف التجاري والعرف المصرفي وفي كل

هذه الحالات يكون المضارب ضامناً لنتائج عمله.

ثالثاً: الرخاينة وضوابطها:

وهي كل نية سيئة للمضارب يراد بها الاضرار بمال المضاربة وتترجم هذه النية من خلال التلاعب والاختلاس والتآمر على مصلحة البنك واعطاء معلومات مضللة وبيانات خاطئة ونشر ميزانية خاطئة بقصد تضليل الآخرين

والتزوير في الاوراق او في المعلومات المؤثرة والتحايل على النظام الاساسي ونحو ذلك.

١٠- يصدق المضارب والشريك مع يمينه من حيث المبدأ في دعوى الهلاك والخسارة ودعوى عدم التقصير والخيانة ولكن الراجح انه لا يصدق الا مع البينة في الحالات الآتية:

(أ) اذا قويت التهمة.

(ب) اذا وجدت قرينة دالة على عدم صدقه.

(ج) اذا ادعى ان الهلاك كان بسبب ظاهر ومع ذلك لم يظهر فيما بعد .

وذلك لأن المضارب او الشريك وان كان امينا لكنه يختلف عن الامين الذي اخذ المال لمصاحبة صاحبه بل هو قد اخذ المال لمصلحة نفسه مع مصلحة صاحبه، وحينئذ لا يصدق مطلقا بل لا بد من البينة ويكفي لتكوين هذه القرينة ان يكون كلامه غير معقول حسب عرف التجار، بأن الجميع قد ربحوا في تلك البضاعة الا هو، او نحو ذلك.

١١- ضمانات لرب المال:

اولا: ان الفقه الاسلامي قد اعطي ضمانات كافية لحماية اموال ارباب الاموال في المضاربة والشركة ونحوهما من خلال تضمين المضارب أو الشريك في الحالات السابقة وكذلك عقابه العقوبة المناسبة اذا توفرت في تصرفه اركان الجريمة كما سبق.

ثانيا: ضمان طرف ثالث كالحكومة ونحوها لرؤوس الاموال تشجيعا على الاستثمار كما اجاز ذلك مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الاسلامي ولا مانع في مقابل ذلك ان يكون للدولة نوع من الاشراف والمراقبة لضمان سير العمل سيرا حسنا .

ثالثا: أن يشترط رب المال أن تكون جميع نفقات المضاربة ومصاريفها على المضارب، وهذا جائز.

وفي ذلك فوائد جملة حيث يضطر المضارب أن ينفق على المضاربة جزءا

من المال فيحافظ عليه، لأنه في حالة الخسارة يخسر هذا الجزء مع جهده، فيكون أدهى للحفاظ على أموال المضاربة وتتميتها، كما أن ذلك يقلل من نسبة الخسارة.

١٢- مدى امكانية عقاب الشريك، والمضارب، والشخصية المعنوية؟
أما الشريك أو المضارب فاذا وقع منه تصرف تتوفر فيه أركان الجريمة فانه يعاقب شرعا وقانونا بعقوبة تعزيرية ان لم يوجد لها عقوبة مقدره.
وأما الشخصية المعنوية الممثلة بمجلس الادارة فهل يمكن أن تعاقب؟
الرأي الراجح فقها وقانونا عدم امكانية ذلك، ولكن المرتكب الفعلي (مجلس الادارة منفردا أو مجتمعا) يعاقب اذا صدر منه فعل تتوفر فيه عناصر الجريمة

١٣- كيفية تنفيذ الضمان والتعويض:

ينفذ التعويض والضمان من مال أو المتسبب للضرر سواء كان شريكا، أم مضاربا، وفي الشركات يكون التعويض من أموالها الا اذا كان المتعامل معها سيء النية بأن كان عالما بمخالفة المدير، أو مجلس الادارة ومع ذلك أقدم على التصرف معه، وفي كل الاحوال يكون للشركة الحق بعد ذلك العودة على المدير، أو مجلس الادارة، ويكون الضمان على جميع أعضائه الا اذا سجل أحدهم معارضته، في الحضر فحينئذ لا يكون ضامنا لذلك.

١٤- من له حق رفع الدعوى:

١- للمتضرر الحق في رفع الدعوى ضد المضارب، أو الشريك في المضاربات الفردية.

٢- بخصوص الشركة يكون لمجلس الادارة الجديد الحق في رفع الدعوى ضد مجلس الادارة القديم صدر منه من التصرفات ما يترتب عليها من خسارة.

وللمجلس الادارة الحق في رفع الدعوى ضد المدير.
وللجمعية العامة هذا الحق، وكذلك لجميع المساهمين منفردين، أو مجتمعين.

١٥- المضاربة اذا فسدت يجب على المضارب الاسراع برد الاموال الى أربابها، واذا ظهر فسادها بعد العمل، فيجب الاسراع بالتضيض ثم اذا ظهرت خسارة وريح فان الذي نرى رجحانه هو الرأي الراجح لدى المالكية، والقول المختار لدى شيخ الاسلام ابن تيمية، القاضي باعادة المضاربة الى مضاربة المثل، وليست الى اجرة المثل.

ولكن اذا ظهر فساد المضاربة، ومع ذلك استمر المضارب في المضاربة دون الاسراع بالتضيض فانه يكون ضامنا، والريح يكون لصاحب المال، لأنه ليس لعرق ظالم أثر حق.

هذا اذا كان الفساد بسبب تخلف شرط من شروط العقد.

أما اذا كان الفساد بسبب تعدي المضارب، ومخالفته لشرط من الشروط المقترنة فان المضارب ضامن لما يترتب عليه من خسارة واذا وجد ربح فانه يكون لصاحب المال، لأنه ليس لعرق ظالم حق وأثر.

١٦- واذا فسدت الشركة بسبب مخالفة شرط من شروط صحة العقد فان جمهور الفقهاء على أن الشريكين يقتسمان الربح على قدر ربح رأس أموالهما حتى ولو كان الاتفاق على عدم التساوي في الربح بقدر المال (كما يجيزه الحنفية والحنابلة) ثم يرجع الذي عمل على مال الشركة بأجرة مثله، أما اذا ظهر فساد عقد الشركة، ومع ذلك تمادى الشريك في الشركة فانه ضامن لما يترتب عليه خسارة.

هذا والله أعلم بالصواب وهو المسؤول أن يجعل أعماننا كلها خالصة لوجهه الكريم، وان يعصمنا من الخطأ والزلل في القول والعقيدة والعمل.

والله المستعان،،