الشرط الجزائي وأثره في المعاملات المالية المعاصرة:المضاربة المشتركة أنموذجاَ

إعداد

عبدالرحمن علي

بحث متطلب مقدم لنيل درجة الماجستير في معارف الوحي والتراث

(قسم الفقه وأصول الفقه)

كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية

الجامعة الإسلامية العالمية– ماليزيا

يوليو ٢٠١٢م

بسم الله الرحمن الرحيم

يقول الله عز وجل:

.﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ لاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ وَلاَ تَقْتُلُواْ أَنفُسَكُمْ إِنَّ اللّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾

(النساء:٢٩).

ويقول تعالى:

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ﴾ (المائدة:١).

وقوله تعالى:

﴿وَأَوْفُواْ بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾ (الإسراء:٣٤).

وقد ذكر الله تعالى الوافين لعهودهم ضمن الصادقين المتقين في قوله:

﴿... وَالْمُوفُونَ بِعَهْدِهِمْ إِذَا عَاهَدُواْ وَالصَّابِرِينَ فِي الْبَأْسَاء والضَّرَّاء وَحِينَ الْبَأْسِ أُولَئِكَ الَّذِينَ صَدَقُوا وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُتَّقُونَ﴾

(البقرة:١٧٧).

خلاصة البحث

من المواضيع التي شهدت تطورا ملحوظا في مجال النشاط الاقتصادي موضوع: "الشروط" ومما استجد منه ما يسمى بـ"الشرط الجزائي" وقد بحثه الفقهاء المعاصرون فكانوا بين مجيز ومحرم ومُفَصل، ولم يزل المجال مفتوحاً لمزيد من البحث والتعقيب. ولذلك يهدف هذا البحث إلى جمع ما أمكن من أقوالهم ودراستها وتحليلها. لقد ركز البحث في موضوع الشرط الجزائي والنظر في مدى شرعيته في الفقه الإسلامي، فضلاً عن ذلك ركز البحث أيضاً في تطبيق الشرط الجزائي في المضاربة المشتركة. وقد استخدم الباحث في تحقيق أهدافه المنهج الإستقرائي، والتحليلي، وذلك بمقارنة أقوال الفقهاء ومناقشتها وترجيح ما يعتبره راجحاً حسب قوة الدليل والتعليل. ومن أهم النتائج التي توصل إليها البحث: جواز الشرط الجزائي في جميع العقود ما عدا العقود التي يكون فيها الإلتزام الأصلي ديناً. عدم جواز تضمين المضارب المشترك شيئاً من رأس مال المضاربة إلا بالتعدي أو التفريط أو مخالفة الشروط المتفق عليها شرعاً، والشرط الجزائي نوع من الضمان، إضافة إلى صعوبة تطبيقه على المضارب المشترك (المصرف الإسلامي)، لأنه هو الذي يضع الشروط بصفة عامة، والشروط الجزائية بصفة خاصة التي تلائم المشروع الاستثماري، وتساهم في جلب الربح الكثير ولا شأن لأرباب الأموال في ذلك.

ABSTRACT

Among the remarkable developments of financial activities is the subject matter known as the 'penalty condition'. Contemporary jurists have intensively studied the one of which penalty condition and held three distinct opinions about it; as permissible, impermissible and subject to elaboration. The area is still open for research and analysis. This suggests that more research needs to be carried out in the area. As such, this study aims to collect and analyse as much as possible jurists' opinions on the matter. Furthermore, the study investigates penalty condition and examines its legality from the Islamic jurisprudence perspective. Moreover, the study also identifies the implementation of penalty condition in collective partnership contracts. Methodologically, both inductive and analytical approaches were employed to analyse, compare and contrast jurists' opinions and project opinions believed to be the best to the best of the researcher's knowledge according to the evidence given. Findings of the study reveal that penalty condition is permissible in all contracts except contracts in which the initial commitment resulted from debt. It is impermissible for the collective partner to guarantee any loss on it, unless it arises as a result of negligence or violation of conditions initially agreed upon. Furthermore, the findings conclude that penalty condition falls under the principle of gain accompanies liability, which is difficult to be implemented on the collective partner (Islamic bank) owing to the fact that the bank often stipulates conditions on general and in penalty conditions in particular, which suit the investment project and assist in generating more profit, which has nothing to do with clients in stipulating those conditions.

APPROVAL PAGE

I certify that I have supervised and read this study and that in my opinion it conforms to acceptable standards of scholarly presentation and is fully adequate, in scope and quality, as a dissertation for the degree of Master of Islamic Revealed Knowledge and Heritage (Fiqh and Uṣūl Fiqh).

……..
Akhtar Zaite Abdul Aziz
Supervisor

I certify that I have read this study and that in my opinion it conforms to acceptable standards of scholarly presentation and is fully adequate, in scope and quality, as a dissertation for the degree of Master of Islamic Revealed Knowledge and Heritage (Fiqh and Uṣūl Fiqh).

……..
Mohamed El-Tahir El-Mesawi
Examiner

This dissertation was submitted to the Department of Fiqh and Uṣūl Fiqh and is acceptable as fulfilment of the requirement for the degree of Master of Islamic Revealed Knowledge and Heritage (Fiqh and Uṣūl Fiqh).

……..
Ahmad Basri Ibrahim
Head,
Department of Fiqh and Uṣūl Fiqh

This dissertation was submitted to the Kulliyyah of Islamic Revealed Knowledge and Human Sciences and is acceptable as fulfilment of the requirement for the degree of Master of Islamic Revealed Knowledge and Heritage (Fiqh and Uṣūl Fiqh).

…….
Mahmood Zuhdi Abdul Majid
Dean,
Kulliyyah of Islamic Revealed
Knowledge and Human Sciences

DECLARATION

I hereby declare that this dissertation is the result of my own investigations, except where otherwise stated. I also declare that it has not been previously or concurrently submitted as a whole for any other degrees at IIUM or other institutions.

Abdul Rahman Ali

Signature…… Date……

الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع © ٢٠١٢م/١٤٣٣هـ محفوظة لـ **عبد الرحمن علي**

الشرط الجزائي وأثره في المعاملات المالية المعاصرة: المضاربة المشتركة أنموزجا

لا تجوز إعادة إنتاج هذا البحث غير المنشور أو استخدامه في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، دون إذن مكتوب من الباحث إلا في الحالات الآتية:

١. يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشور في كتاباتهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مستحقة.
٢. يكون للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا ومكتبتها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسسية وتعليمية وليست تجارية.
٣. يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشور، إذا طلبتها مكتبات الجامعات ومراكز البحوث الأخرى.
٤. سيزود الباحث مكتبة الجامعة الإسلاميّة العالميّة بماليزيا بعنوانه مع إعلامها عند تغير العنوان.
٥. سيتم الاتصال بالباحث لغرض الحصول على موافقته على استنساخ هذا البحث غير المنشور للأفراد من خلال عنوانه البريدي أو الإلكتروني المتوفّر في المكتبة. وإذا لم يستجب الباحث خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة الموجهة إليه، ستقوم مكتبة الجامعة الإسلاميّة العالميّة بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبين به.

أكّد على هذا الإقرار: عبد الرحمن علي

....

التوقيع **التاريخ**

إلى روح والدي الكريمين، وخالي العزيز موسى بن الفضل الذي جعلت أمي ولايتي وتربيتي بيده منذ صغري، فقام بتربيتي وتعليمي أحسن قيام، فجزاهم الله عني خيرا، وأسأله تعالى أن يتغمد الجميع بواسع رحمته في العليين.

وإلى زوجتي الحنون وأولادي الذين فقَدوا عطفي وأنسي سنين في سبيل تحصيل العلم، فصبروا وثابروا على تحمل مشاق الفرقة وتوابعها، فجزاهم الله عني خيرا، وأسأل المولى القدير أن يفتح علينا وعليهم، وعلى المسلمين أبواب فضله ورحمته، إنه جواد كريم.

وإلى كل مرب ومعلم يضحي بالنفس والنفيس في سبيل النهضة بهذه الأمة، ولا سيما طلبة العلم منها نحو التقدم والرقي وفق المنهج الشرعي الإسلامي القويم. إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل المتواضع رغبة أن يكون لبنة في بناء صرح هذا الدين القويم.

شكر وتقدير

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وقد أسبغ علي نعمه ظاهرة وباطنة ومن ذلك إتاحته لي فرصة الدراسة في هذه الجامعة المباركة الميمونة على أيدي علماء ربانيين أجلاء إلى أن وصلت إلى إتمام هذه المرحلة الدراسية بتوفيق من المولى العلي القدير.

وبعد، فإني أقدم شكري وتقديري للجامعة الإسلامية العالمية- ماليزيا، التي فتحت ولا تزال تفتح أبوابها أمام طلبة العلم من شتى أصقاع الأرض، وسهلت لهم طرق التحصيل لينهلوا من معينها الصافي ومن كل فنون العلم والمعرفة المتاحة، لكي يكونوا سند أمتهم نحو الرقي والسؤدد، فالله أسأل أن يبارك في مؤسسيها والقائمين عليها، وأن يجزيهم عنا وعن الإسلام خير الجزاء.

ثم إني أخص بالشكر والتقدير المحترمة الدكتورة أختر زيتي بنت عبد العزيز، المشرفة على هذه الرسالة، على ما بذلتها من الجهد والوقت في توجيهي وإرشادي، وإبداء الملاحظات النفيسة والتصحيحات، اللهم اجزها عني خيراً، واجعل ما بذلتها من الجهد والوقت في ميزان حسناتها، وارزقها ذرية طيبة.

كما لا يفوتني أن أقدم خالص شكري وتقديري لفضيلة الدكتور محمد الطاهر الميساوي الذي امتحن هذه الرسالة، على ملاحظاته الدقيقة، وتوجيهاته الثمينة التي ساهمت كثيرا في إخراج هذه الرسالة على صورة إيجابية، فجزاه الله عني خيرا.

كما أقدم شكري وعرفاني لكل من له يد في هذا العمل من الأساتذة والدكاترة ولا سيما الدكتور حسن الهنداوي، والزملاء، وبخاصة محمد برهان موسى، وعبدالقادر الحسين، ويوسف آدم الذي لم يأل جهدا في مساعدتي ببعض المواد، وأسأل المولى القدير أن يجزل المثوبة للجميع.

وصلى الله على سيد الأولين والآخرين نبينا محمد وآله وصحبه أجمعين وسلم.

محتويات البحث

خلاصة البحث ..... ب

خلاصة البحث باللغة الإنجليزية ..... ج

صفحة القبول ..... د

صفحة الإقرار ..... هـ

صفحة الحقوق ..... و

الإهداء .....

ز

شكر وتقدير ..... ح

الفصل الأول: التمهيدي: خطة البحث وهيكله العام

المقدمة ١

مشكلة البحث ٣

أهمية البحث ٤

أسئلة البحث ٥

أهداف البحث ٥

حدود البحث ٥

منهج البحث ٦

الدراسات السابقة ٦

هيكل البحث ١٩

الفصل الثاني: الشرط الجزائي: مفهومه، وأنواعه، وأحكامه

المبحث الأول: مفهوم الشرط، والشرط الجزائي

المطلب الأول: الشرط لغة واصطلاحاً..... ٢٢

المطلب الثاني: لجزاء لغة واصطلاحاً ٢٦

المطلب الثالث: تعريف الشرط الجزائي ٢٩

المطلب الرابع: أنواع الشرط ٣٢

المبحث الثاني: أنواع الشرط الجزائي وصوره:

أولاً: أنواع الشرط الجزائي وصوره باعتبار محله وموقعه في العقد ٣٣

ثانياً: الشرط الجزائي باعتبار موضوعه في العقد ٣٤

ثالثاً: صور الشرط الجزائي باعتبار المعوض عنه ٣٥

رابعاَ: أنواع الشرط الجزائي باعتبار العقود التي يمكن تطبيقه فيها ٣٧

المبحث الثالث: تكييف الشرط الجزائي ٣٧

المطلب الأول: اختلاف الفقهاء في الأصل في الشروط وأدلتهم ٣٨

المطلب الثاني: مناقشة الأدلة مع الترجيح ٤٦

المبحث الرابع: أقوال الفقهاء القائلين بلزوم الوفاء بالشرط الجزائي وأدلتهم.... .. ٥٠

المبحث الخامس: أقوال الفقهاء المانعين للشرط الجزائي وأدلتهم ٥٢

- مناقشة الأدلة مع الترجيح ٥٤

المبحث السادس: المسائل الفقهية المتعلقة بالشرط الجزائي ٦٠

المطلب الأول: ضوابط استحقاق الشرط الجزائي عند من يقول به ٦١

المطلب الثاني: تعديل الشرط الجزائي ٦٤

المطلب الثالث: أقوال الفقهاء في الشرط المتقدم ٦٥

- الترجيح ٦٨

المطلب الرابع: قولهم في الشرط المتأخر ٦٨

- الترجيح ٧٠

المبحث السابع: العربون والشرط الجزائي:-

المطلب الأول: تعريف العربون لغة واصطلاحاً..... ٧١

المطلب الثاني: أوجه التشابه والاختلاف بين الشرط الجزائي والعربون:-
الفرع الأول: أوجه الشبه بينهما ٧٢
الفرع الثاني: أوجه الاختلاف بينهما ٧٣

الفصل الثالث: المضاربة المشتركة: تكييفها الفقهي و أحكامها..... ٧٦
المبحث الأول: تعريف المضاربة:
المطلب الأول: تعريف المضاربة لغة واصطلاحاً ٧٨
المطلب الثاني: حكم المضاربة ٨٠
المطلب الثالث: أنواع المضاربة ٨٢
المطلب الرابع: شروط المضاربة ٨٢
المطلب الخامس: أركان المضاربة ٨٤
المبحث الثاني: تعريف المضاربة المشتركة وأنواعها:
المطلب الأول: تعريف المضاربة المشتركة ٨٥
المطلب الثاني: صور المضاربة المشتركة ٨٧
المبحث الثالث: تعريف العائد والفرق بينه وبين الربح:-
المطلب الأول: تعريف العائد ٨٨
المطلب الثاني: الفرق بين الربح وعائد الاستثمار ٩٠
المبحث الرابع: في تعريف التنضيض، والتخارج، والاسترداد، ومفهوم توزيع الأرباح بطريق (النَّمِر)
المطلب الأول: تعريف التنضيض لغة واصطلاحاً ٩١
المطلب الثاني: تعريف التخارج لغة واصطلاحاً ٩٢
المطلب الثالث: تعريف الاسترداد لغة واصطلاحاً ٩٣٠
المطلب الرابع: مفهوم توزيع الأرباح بطريق "النَّمِر"..... .. ٩٣
المبحث الخامس: المسائل الفقهية المتعلقة بالمضاربة المشتركة :
المطلب الأول:في مسألة خلط أموال أرباب المال، أو تخليط المضارب ماله بمال المضاربة ٩٤

المطلب الثاني: دخول الشخصية الاعتبارية (المصرف، المؤسسة) في المضاربة المشتركة ٩٧
المطلب الثالث: في مسألة التخارج (السحب) الكلي أو الجزئي قبل التصفية.... ٩٩
الفرع الأول: الخروج من الصناديق الاستثمارية ١٠٢
الفرع الثاني: قرار ندوة البركة في التخارج ١٠٣
المطلب الرابع: في مسألة التنضيض التقديري، وتوزيع الأرباح بطريق (النَّمِر):
الفرع الأول: التنضيض التقديري (التقويمي) ١٠٦
الفرع الثاني: فتوى ندوة البركة، وقرار المجمع الفقه الإسلامي في التنضيض الحكمي ١٠٧
المطلب الثالث: توزيع الأرباح بطريق "النَّمِر" ١٠٨

الفصل الرابع: الشرط الجزائي في المضاربة المشتركة

المبحث الأول: الضمان وعلاقته بالشرط الجزائي:
المطلب الأول: تعريف الضمان في اللغة والاصطلاح ١١٠
المطلب الثاني:أسباب الضمان ١١٢
المطلب الثالث: العلاقة بين الضمان والشرط الجزائي ١١٣
المبحث الثاني: اختلاف الفقهاء المعاصرين في مسألة تضمين المضارب رأس مال المضاربةأو ما ينتسب إليه ١١٦
المبحث الثالث: حجة من يقول بتضمين المضارب أو الاشتراط عليه بضمان رأس مال المضاربة أو جزءاً منه. وحجة المانعين كذلك:-
المطلب الأول: أدلة أصحاب القول الأول (القائلين بجواز تضمين المضارب أو اشتراط الضمان عليه ١٢٠
المطلب الثاني: أدلة أصحاب القول الثاني (القائلين ببطلان اشتراط الضمان على المضارب) ١٢٣
المبحث الرابع: مناقشة أدلتهم ثم الترجيح وسبب الترجيح ١٢٥

الخاتمة:

نتائج البحث والتوصيات ١٣٧

المصادر والمراجع ١٤١

الفصل التمهيدي
خطة البحث وهيكله العام

المقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ونتوب إليه ، ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لاإله إلاالله وحده لاشريك له، القائل في محكم تنزيله: ﴿فَمَنْ يُرِدِ اللَّهُ أَنْ يَهْدِيَهُ يَشْرَحْ صَدْرَهُ لِلْإِسْلَامِ وَمَنْ يُرِدْ أَنْ يُضِلَّهُ يَجْعَلْ صَدْرَهُ ضَيِّقًاحَرَجًا كَأَنَّمَا يَصَّعَّدُ فِي السَّمَاءِ﴾[الأنعام:١٢٥]، ثم الصلاة والسلام على رسوله الأمين محمد بن عبدالله القائل: «مَن يُرِد الله بهِ خَيْراً يُفَقِّهه في الدِّين» صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد:

فبمرور السنين والدهور وتقلباتها يتطور الإنسان فكريا وعلميا، فتنمو قدراته ويزداد خبرة وتعقلا بمجريات عصره، وأثرها في حياته اليومية، فيعمل جاهدا باختراع آلات ومعدات، وفنون وأساليب متعددة في محاولة التغلب على الظروف الصعبة التي تعرض حياته للخطر؛ ولاسيما ما يتعلق بالظروف المعيشية التي هي قوام الحياة والعنصر الأساسي فيها، كما أنه لا يملك كل حاجياته بيده، بل بعضها في يد الآخرين. والطريق الذي يُتحصل به الرغبات من بعض حقوق الغير من غير جور ولا ظلم هو البيع والشراء المبني على المنهج الرباني، والتشريع الإسلامي، ولذلك جاء النداء من العليم الخبير بمصالح عباده تحقيقا لهذا الهدف النبيل قائلا: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[البقرة:٢٧٥]. وقال: ﴿يَاأَيُّهَاالَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[النساء:٢٩).

---

[1] محمد بن فتوح الحميدي (ت:٤٨٨هـ)، **الجمع بين الصحيحين البخاري ومسلم**، تحقيق: علي حسين البواب (بيروت: دار ابن حزم، ط٢، ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م)، ج٣، ص٣٠٩، رقم: "٢٨٩٧"؛ مسلم بن الحجاج (ت:٢٦١هـ)، **الجامع الصحيح المسمى ــ صحيح مسلم**، (بيروت: دار الجيل، د.ت)، رقم :"١٤٦٢" ج٣، ص٩٩.

فقرر بذلك مبدأ المعاملات، وبَيَّن ما يحل منها وما يحرم، فكان البيع والشراء هو الطريق لتمليك ما في يد الغير من غير ظلم ولاجور ولا عدوان، ولكن بعض الناس تحايلوا لتجاوز أحكام الشرع وأكل أموال الناس بالباطل، وكان من صور هذا التحايل التوسع والتفنن في الشروط التي يؤدي بعضها إلى إحلال الحرام، وأكل أموال الناس بالإثم والعدوان، بَيْد أن الشرع لهم بلم يترك لهم الحبل على الغارب، بل كلما أحدثوا شروطا تخالف قواعده الثابتة أومقاصده العامة أبطلها وأبدلها بما هو خير منها في تحقيق مصالح العباد حتى﴿لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾[البقرة:٢٧٩].

ومن الشروط التي يشترطها الناس في معاملاتهم: "الشرط الجزائي" وكل شرط له أثر في العقد ويترتب عليه حكم من حيث اللزوم وعدمه، والصحة والبطلان أوالفساد، فللشرط أثر مهم في حركة الاقتصاد، كما يمكن أن يكون مطية إلى الربا والظلم والعدوان المحرمة في الإسلام، فمن الضروري الاهتمام بالشروط في العقود عامة وفي المعاملات خاصة، لأن الشروط ليست كلها موافقة لقواعد المعاملات الشرعية الإسلامية. و"الشرط الجزائي" من مستجدات العصر الحديث، إذ لم يكن معروفا في الفقه الإسلامي القديم، بل في القوانين المدنية الوضعية فقط، ثم أخذه المسلمون منها، فصار معروفا بعد ذلك في الفقه الإسلامي المعاصر عصر ازدهار الاقتصاد الإسلامي، من حيث البنوك والشركات والمؤسسات التجارية الإسلامية في شكل تنظيمي دقيق، تأخذ أموالا هائلة من مستثمرين كُثُر ، ثم تقوم بخلطها وتشغيلها على جزء مشاع متفق عليه قبل الشروع في العمل، وهذا ما يسمى عند الفقهاء المعاصرين بـ "المضاربة المشتركة" وهي مصطلح جديد، وإن كان للفقهاء القدامى إشارة إليه عند ما تحدثوا في المضاربة الثنائية عن منع خلط مال المضاربة بعد تشغيل المال. والمضاربة لا تختلف عن العقود الأخرى من حيث الشروط والتأثير، والقول بتضمين المضارب لرأس مال المضاربة شبيه بالشرط الجزائي في العقود الأخرى.

وقد بحث فقهاؤنا المعاصرون هذين الموضوعين في المجامع الفقهية وغيرها من المؤتمرات العلمية، وقرروا ما يرونه مناسباً بقواعد الشرع ومقاصده السامية. ويريد هذا البحث المتواضع أن يساهم في تحرير وتحقيق بعض مسائل هذا الموضوع وذلك يجمع أقوال الفقهاء المعاصرين

حول هذا الموضوع، ومناقشة آرائهم وأدلتهم، ثم يرجح القول الذي يعتقده الأقرب إلى الصواب وإلى تحقيق العدالة بين الناس.

مشكلة البحث:

لتغيرات العصر الحديث دور وأثر بالغ في تقرير الأحكام الشرعية للأمور المستجدة التي لم يكن فيها قول لفقهائنا القدامى، وذلك لكونهم لم يعاصروها ولم تقع في زمانهم ما يشبهها حتى تقاس عليها. ولا يمكن أن يقع في هذا الكون أمر وليس لله فيه حكم، ومن هنا يظهر وجوبية بحث الأمور المستجدة واستنباط أحكام مناسبة لها وِفق أصول وقواعد وضوابط الشريعة الإسلامية الحنفية السمحة لاسيما الأمور المتعلقة بالمعاملات المالية حيث يتعلق بها عامة حياة الناس، ويكثر فيها الغلط من أكل أموال الناس بالباطل، والوقوع في الربا والغرر والجهالة وغيرها مما يؤدي إلى النزاع والشقاق والشحناء بين الناس التي نهى عنها الإسلام بل حرمها.

ومن الأمور التي تؤدي إلى ما سبق ذكره، شروط يشترطها الناس بعضهم على بعض في العقود المبرمة بينهم، للتأكيد والتوثيق في الوفاء بالالتزامات، ولا سيما في المعاملات، إذ يكثر فيها الغش والخداع. ومن تلك الشروط ما يصح اشتراطه ومنها ما يفسد به العقد، ومنها ما يبطل ولا يبطل العقد، ومنها اللازم والجائز؛ ومن الشروط التي يشترطها الناس: "الشرط الجزائي"، وهو شرط مستحدث إذ لم يكن معروفا في الفقه الأسلامي، ونما أخذه المسلمون من القوانين المدنية الوضعية، ثم تطور في الفقه الإسلامي مع تطور وازدهار الاقتصاد الإسلامي في العصر الحديث، بدأً من أواخر الدولة العثمانية حيث اتسع العمل التجاري في الدولة مع الدول الخارجية مثل أوروبا، فازدهرت معه أساليب وفنون التجارة والتكسب، من ذلك "الشرط الجزائي" و "المضاربة المشتركة أو الجماعية". وقد بحثهما فقهاؤنا المعاصرون ولم يصلوا فيها إلى رؤيا واحدة لحسم الموضوع، بل اختلفوا في بعض مسائل، يراها البعض بعكس ما يراها البعض الآخر، أي: يجيزه بعض الفقهاء، ويمنعه بعض الفقهاء.

ويهدف هذا البحث إلى دراسة بعض مسائل المضاربة المشتركة أو الجماعية وأثر الشرط الجزائي فيها دراسة فقهية مقارنة، وذلك بجمع أقوال الفقهاء المعاصرين بصددها، والنظر فيها وترجيح ما يراه هو متماشياً مع ضوابط ومقاصد الإسلام وواقع العصر. مستعيناً بالله وكفى، وهو وراء القصد.

أهمية البحث:

وتظهر أهمية هذا الموضوع بالنظر إلى العصور المتقدمة والعصر الحديث، حيث تجد أنه لا يزال بضاعة الإنسان مزجاة، أي: علمه وفهمه وإدراكه لبعض الأمور التي يشهدها أو يمارسها قليل، ويدرك ذلك جيدا عند ما يزداد علما وفهما لشيء كان يجهله من قبل؛ فمهما أوتي من علم فلا يجاوز قوله تعالى: ﴿وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلًا﴾[الإسراء:٨٥]، وقوله: ﴿وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾ [يوسف:٧٦]. وإنما مطلق العلم للباري جل وعلا العليم الخبير. فلا يستغني الإنسان عن شرع سماوي ينير له الطريق، لأن العقل له حدود لا يجاوزها، لأنه قاصر.

فالإنسان بحاجة ماسة إلى إحراز بعض ما في يد الغير حيث يكون عنده فضل مال ويريد أشياء ولكن في حيازة شخص آخر، وكذلك الشخص الآخر عنده بضاعة يريد بدلها مالاً في يد الآخر فشرع الله لهم البيع والشراء بأنواعها المختلفة من المعاملات والعقود المالية لتبادل الحقوق كالإجارة، والمضاربة، والمشاركة وغيرها من غير ظلم ولابغي، وأمرهم بالوفاء بالعهود قال تعالى: ﴿يَاأَيُّهَاالَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[المائدة:١]. ومن الوفاء بالعقود الالتزام بشرائطها، إلا أن من الشروط ما هو لازم أو جائز أو فاسد ويترتب عليه الحكم الخاص به، ومن هنا تظهر أهمية بحث الشروط لاسيما الشرط الجزائي من أي الشروط يمكن تصنيفه ويترتب عليه آثاره من صحة أو بطلان أو فساد.

وكذلك المضاربة المشتركة التي توسعت فيها المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية المعاصرة. وقد قدم الفقهاء المعاصرون في هذا الصدد بحوثا، واختلفوا في بعض مسائلها التي سيقوم هذا البحث بمناقشتها مع الترجيح إن أمكن؛ كل ذلك لتصفية عقود المسلمين من

شبهات الربا والغرر والجهالة وتسهيل سير المعاملات المالية وتصحيحها على وِفق شريعتنا الغراء.

أسئلة البحث:

هذا البحث يعتبر محاولة من الباحث للإجابة على مجموعة من الأسئلة أهمها ما يلي:

١- ما مفهوم الشرط الجزائي فقهياً؟

٢- ما أقوال الفقهاء في تكييف الشرط الجزائي, وما أدلتهم؟

٣- ما أثر الشرط الجزائي في صحة العقود المالية ولزومه؟

٤- ما مفهوم المضاربة المشتركة وتكييفها الفقهي ؟

٥- ما صور الشرط الجزائي في المضاربة المشتركة، وما أحكامها؟

أهداف البحث:

يهدف هذا البحث الإجابة على هذه الأسئلة وغيرها بقدر الإمكان، وذلك بجمع أقوال بعض الفقهاء في هذا الموضوع والنظر فيها، ومناقشتها ثم ترجيح ما يراه الباحث راجحاً بناء على الأدلة والنظر، بمشيئة المولى جلت قدرته وتعالى جَدُهُ. والأهداف كالتالي:

١- بيان مفهوم الشرط الجزائي فقهياً.

٢- ذكر أقوال الفقهاء في تكييف الشرط الجزائي، وأدلتهم، ومناقشتها.

٣- بيان أثر الشرط الجزائي في صحة العقود المالية ومدى لزومه.

٤- توضيح مفهوم المضاربة المشتركة، وتكييفها الفقهي.

٥- بيان صور الشرط الجزائي في المضاربة المشتركة وأحكامها.

حدود البحث:

الاشتراط أمر طبيعي والشروط متوفرة في جميع العقود المالية، بيد أن البحث يتحدد في دراسة الشرط الجزائي وأثره في المضاربة المشتركة.

منهج البحث:

سيسير الباحث في تحقيق أهداف هذا البحث وفق ثلاثة مناهج ، وهي كالآتي:

الأول: المنهج الاستقرائي: ذلك، بتتبع واستقراء النصوص ذات الصلة بالموضوع من المصادر الأولية والمجلات وعبر الوسائل الحديثة لمعرفة حقيقة الشرط الجزائي، والاطلاع على أقوال الفقهاء حوله، وكذلك المضاربة المشتركة وما يتعلق بها من ملابسات في جزئيات من مسائلها، ومدى إمكانية تطبيق الشرط الجزائي فيها في الفقه الإسلامي.

الثاني: **المنهج المقارن:** وذلك بالمقارنة بين أقوال الفقهاء في هذا الصدد وأدلتهم ومناقشتها، ثم الترجيح.

الثالث: المنهج التحليلي: وذلك بعد جمع أقوال الفقهاء في هذا الموضوع مع أدلتها، يقوم الباحث بمناقشة الأدلة، وما أورد عليها من انتقادات، ثم يرجح ما يراه راجحًا حسب قوة الأدلة وضعفها أمام المناقشة ما أمكنه ذلك.

الدراسات السابقة:

وبعد اختيار الباحث للموضوع واطلاعه على ما تيسر من الكتب المتعلقة بالموضوع تم تقسيم الدراسات السابقة إلى محورين أساسيين:

المحورالأول: الدراسات السابقة المتعلقة بالشرط الجزائي:

وقد تيسر بفضل الله الإطلاع على الكتب الآتية:

وفي مؤتمر مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في مدينة الرياض ، **"مجلة مجمع الفقه الإسلامي"** من يوم ٢٥ جمادى الآخرة إلى غرة رجب١٤٢١هـ-٢٣-٢٨ سبتمبر٢٠٠٠م، قدمت فيها بحوثا حول "الشرط الجزائي" من طرف الفقهاء التالية أسماؤهم، وهم:

الدكتور الصديق محمد الأمين الضرير، يقول في بحثه: إنه لا يرى وجها حقيقيا يسمح بقياس الشرط الجزائي على العربون، للفوارق الكثيرة بينهما. وعن- أثر ابن سيرين:

---

[٢] انظر: **مجلة المجمع الفقه الإسلامي**، الدورة الثانية عشرة، العدد الثاني عشر، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، ج٢، ص٩-٢٢٤.

"قال رجل لكريّه ادخل ركابك فإن لم ارحل معك يوم كذا وكذا فلك مائة درهم، فلم يخرج، فقال شريح: من شرط على نفسه طائعاً غير مكره فهو عليه" ، الذي قال عنه الأستاذ[٣] مصطفى الزرقا: وهذا النوع من الاشتراط المروي عن القاضي شريح في ضمان التعويض عن التعطل والانتظار هو ما يسمى في الفقه الأجنبي الحديث: الشرط الجزائي . يقول المؤلف: إنه[٤] لا يرى بين هذه المسألة والشرط الجزائي شبهاً يبرز قياسه عليها، وإنما يرى بينهما أوجه اختلاف، كما هو الحال بينه وبين العربون، إضافة أن حكم شريح في هذه المسألة خالفه فيه جمهور الفقهاء ، وبيع العربون منعه جمهور الفقهاء؛ كما لا يتضح له بين الشرط الجزائي والرهن والكفيل وجه تشبيه كما يقول، لأن الرهن ليس فيه تعويض عن ضرر، ولصاحب الرهن حق الخيار، وليس لصاحب الشرط الجزائي إلا الأرش ولا خيار له .[٦]

أما الشيخ محمد علي التسخيري، فقد تحدث في هذا الموضوع عن الشرط وتقسيماته، والشرط الصحيح والفاسد، ثم عرف الشرط الجزائي، وأمثلة له، من ضمنها العربون الذي يدفعه المشتري عند نكوله عن إتمام البيع، وكذلك الضمان الذي يشترطه الزبون على البائع عند بيعه مالاً غير منقول خارج دائرة الطابو ، ويقول: إن الشرط الجزائي ضمان للناس على العقود التي يعقدونها أو يلتزون به ضمن العفود التي عقدوها خوفا من نكول أحدهم عما عقد عليه أو التزم به، ويكون الشرط الجزائي من حيث الصحة والفساد مرتبطاً بذلك العقد أو الالتزام المتفق عليه .[٨]

---

[٣] محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري، **الجامع الصحيح المختصر**، تحقيق: مصطفى ديب البغا (بيروت: دار ابن كثير، ط٣، ١٤٠٧هـ- ١٩٨٧م)، ج٢، ص٩٨١.

[٤] مصطفى أحمد الزرقا، **المدخل الفقهي العام**، (دمشق: دار القلم، ط١، ١٤١٨هـ ١٩٩٨م)، ج١، ص٥٦٦.

[٥] أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، **فتح الباري**، تحقيق: المؤلف نفسه (بيروت: دار المعرفة، ١٣٧٩هـ)، ج٥، ص ٣٥٤.

[٦] الصديق محمد الأمين الضرير، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، العدد١٢، ١٤٢١هـ= ٢٠٠٠م، ج٢، ص٥٧-٥٨.

[٧] الْوَثِيقَة الَّتِي تُوَضِّح حَقّ مِلْكِيَّة عَقَّار؛ انظر: **قاموس فرنسي- عربي- انجليزي**، ج١، ص٤٥١٠.

[٨] محمد علي التسخيري، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٢، ج٢، ص١٧١-١٧٧.

وأما الأستاذ علي أحمد السالوس، ففي حديثه عن هذا الموضوع حرر القول بأن الأصل في الشروط الجعلية الإباحة لا الحظر لحديث: «المسلمون على شروطهم.. » وقال: إن حديث النهي عن بيع وشرط لايصح. ثم تحدث عن مسألة فوائد- الشرط الجزائي- بسبب التأخير في أداء الديون والحقوق، أنها باطل، لأن فوائد التأخير من الربا المحرم. ويقول عن الاعتماد المستندي: حيث يأخذ المصرف أجراً من العميل مقابل العمل والتكاليف. وفي المرابحات الخارجية، يكون الاعتماد باسم المصرف. وقد يلغى الاعتماد ولا يتم الاستيراد، فإذا كان الالغاء من المصرف، فلا شيء على العميل، أما إذا كان الالغاء بسبب العميل فيلزمه الشرط الجزائي، لإزالة الضرر الذي لحق بالمصرف، لأن العميل هو المتسبب في هذا الضرر. ولا يجوز تضمين عقد المناقصة شرطا جزائياً ينص على غرامة مالية على المشتري إذا تأخر عن سداد الثمن، لأنه مثل غرامة التأخير في الربا المحرم [١].

والقاضي محمود شمام، أيضاً تحدث عن هذا الموضوع فقرر: بأن الأصل في الشرط الجزائي هو قول القاضي شريح: من اشترط على نفسه غير مكره فهو عليه. أي أن الأصل الجواز، لأن الناس عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالاً، وأيد هذا بأثر عمر رضي الله عنه- أنه أقر هذا الشرط التغريمي (شرط جزاء) لما اشترى له نافع بن الحارث داراً وكان لمصلحة البائع إن لم يرض عمر فللبائع كذا من المال [١]؛ والشرط الجزائي لا ينافي العقد ولا يناقضه ولا يفسده ولا يبطله ضرورة، وأنه يسعى لإتمام العقد ويصون نفاذه، وتحقق الوفاء به، والشرط بهذه الصفات يجوز شرعا وعرفا وأخلاقا، لحديث جابر باع النبي عليه السلام بعير واشترط الحمل عليه إلى أهله فأقره صلى الله عليه وسلم ونقده ثمنه، رواه الشيخان. ثم فصَّل في بيان حكم الشرط شرعا وفقها [٢].

---

[٩] محمد بن عيسى الترمذي (ت:٢٧٩هـ)، **سنن الترمذي**، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ت)، ج٣، ص٦٣٤؛ أبوبكر بن أحمد البزار (ت:٢٩٢هـ)، **مسند البزار**، (...)، ج٢، ص٤١١.

[١٠] علي أحمد السالوس ، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٢، ج٢، ص١٥٥- ١٦٤.

[١١] أبوبكر عبد الرزاق بن همام، **مصنف عبد الرزاق**، تحقيق: حبيب عبد الرحمن الأعظمي (بيروت: المكتب الإسلامي، ط٢، ١٤٠٣هـ)، ج٥، ص١٤٧.

[١٢] القاضي محمود شمام، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٢، ج٢، ص٢٢٩- ٢٣٥.

أما الدكتور ناجي شفيق عجم، فقد بدأ حديثه في هذا الموضوع بتعريف الشرط وبيان أقسامه، ثم عرف الشرط الجزائي، والشروط الصحيحة والفاسدة عند كل مذهب من المذاهب الأربعة. ويرى وجوبية الوفاء بالشرط الجزائي وفق ضوابط ذكرها منها: أن فيه سد لأبواب الفوضى والتلاعب بأموال الناس، وأنه من أسباب الحفز على الوفاء بالوعود والعهود، لأن مهوم الضرر في قوله عليه السلام «**لا ضرر ولا صرار**» ، عام وشامل لكل ما يتأذى به المرء في جسده وماله ونفسه وحقوقه الأخرى التي كفلها له الشرع، وقال: وهذا دليل على مشروعية الشرط الجزائي، لأن الأضرار الناشئة عن عدم تنفيذ الالتزامات والعقود أو التأخر فيها، إذاً كان مشروعا بدلالة العموم الواردة في الحديث. ويرى قياس الشرط الجزائي على شرط العربون في الصحة، وبالتعزير بالمال..إلخ .

والدكتورحمداتي شبيهنا ماء العينين أيضاً، بحث هذا الموضوع بدأ بحثه بعد المقدمة بتعريف الشرط الجزائي من خلال تعريف الشرط لغة واصطلاحاً، وبيان أنواعه، والأحوال التي يمكن أن تطبق عليه الشرط بصفة عامة، ثم بي أن الشرط تتوقف عليه أوضاع كثيرة بالنسبة للتصرفات وأهم ما يميز حالاته الصفة الجزائية التي تصاحب إحدى صوره، ثم تحدث المؤلف عن الشط الجزائي بين القانون والشريعة، ويقول: أن جميع صنوف الشرط الجزائي التي لا تصطدم بنص إسلامي ولا تبيح محرمًا، ما هي إلا تطبيق من تطبيقات المباح ما لم يرد نص بالنهي عنها، فهو (الشرط الجزائي) إجراء شرعي يرتبط أحيانًا بالمعاملات وليس فيه حرج ولا شبهة، ما دام لم يخرج عن مقتضى قواعد المباح الواسع في الشريعة الإسلامية الغراء، فهو شرط صحيح كلما احترم استبعاد المعاملات المنهي عنها . وسيقوم الباحث بالنظر في أقوال هؤلاء الجهابزة من العلماء، والاستفادة منها في هذه الرسالة التكميلية إن شاء الله تعالى.

---

[١٣] علي ين عمر الدار قطني، **سنن الدار قطني**، تحقيق: السيد عبد الله هاشم يماني (بيروت: دار المعرفة، ١٣٨٦هـ- ١٣٨٦هـ- ١٩٦٦م)، ج٤، ص٢٢٧؛ أحمد بن الحسين البيهقي، **سنن البيهقي الكبرى**، تحقيق: محمد عبد القادر عطا (مكة المكرمة: مكتبة دار الباز، ١٤١٤هـ- ١٩٩٤م)، ج٦، ص٦٩.

[١٤] ناجي شفيق عجم، **مجلة مجمع الفقه الإسلامي**، ١٢، ج٢، ص١٨٧- ٢١٤.

[١٥] حمداتي شبيهنا ماء العينين، المرجع السابق، ج٢، ص٩- ٤٦.

٦ **"الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة دراسة فقهية مقارنة"** وهذا الكتاب للباحث الدكتور محمد بن عبدالعزيز اليمني، ويحتوي هذا الكتاب على تمهيد، وثلاثة أبواب، وخاتمة. تحدث في التمهيد عن: معنى الشرط الجزائي وأسماؤه، ونشأته وطبيعته، والأسباب الداعية إليه ومميزاته، وأنواعه وصوره في القوانين القديمة والحديثة، الغربية والعربية. وفي الباب الأول تكلم عن معنى الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي وذلك في ثلاثة فصول وهي:

الفصل الأول: معنى الشرط الجزائي في الفقه الإسلامي. الفصل الثاني: الشروط المقترنة بالعقد والأصل فيها. الفصل الثالث: طبيعة الشرط الجزائي وتكييفه الفقهي. وتحدث في الباب الثاني: عن حكم الشرط الجزائي وأثره والوفاء به وهي أيضاً على ثلاثة فصول هي:

الفصل الأول: التعويض عن الضرر. الفصل الثاني: حكم الشرط الجزائي وأثره. الفصل الثالث: الوفاء بالشرط الجزائي وأثر الاعذار الطارئة . وفي الباب الثالث: تحدث عن الشرط الجزائي والعقود المعاصرة وذلك في فصلين هما: الفصل الأول: عن معنى العقد وأقسامه ومدى حرية العاقدين. الفصل الثاني: عن الشرط الجزائي في عقود المعاوضات المالية المعاصرة وأثره فيها. وفي الخاتمة ذكر أهم النتائج والتوصيات.جزاه الله خيرا،إلا أنه لم يتحدث عن المضاربة، فضلاً عن بيان الشرط الجزائي فيها، وهذا الذي سيقوم هذا البحث المتواضع بدراسته إن شاء الله تعالى.

١ **"الشروط التعويضية في المعاملات المالية"** هذا الكتاب للدكتور[٧]عياد بن عسّاف بن مقبل العنزي، بحث فضيلته في كتابه هذا، الشرط ومتعلقاته بدءا بتعريفه لغة واصطلاحا، وحكم الشروط في العقد، وأن الأصل في الشروط الجواز والصحة لا المنع والحظر، ثم تحدث المؤلف عن أقسام الشروط عند كل مذهب من المذاهب الأربعة مع إضافة المذهب الظاهري، ثم بحث الشرط الجزائي تعريفا وتكييفا، وشروط استحقاقه، ويرى المؤلف عدم جواز الشرط الجزائي في الديون، وأنه الزام المماطل بتعويض الدائن عن ضرر المماطلة والتأخر في السداد.

---

[١٦] محمد بن عبد العزيز بن سعدي اليمني، **الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة**، (الرياض: دار كنوز إشبيليا للنشر والتوزيع،١٤٢٧هـ- ٢٠٠٦م).

[١٧] عباد بن عسّاف بن مقبل العنزي، **الشروط التعويضية في المعاملات المالية**، (الرياض: دار كنوز إشبيليا، ط١، ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م)، ج١، ص١-٤٨٤.