

## تمهيد

لقد تكفلت الشريعة الإسلامية بتنظيم الحياة الإنسانية بمختلف مجالاتها، بما في ذلك المجال الاقتصادي الذي يجد أساسه في الفقه الإسلامي الاقتصادي، الذي كان وما يزال مساهرا للتطورات الحاصلة وهذه نتيجة طبيعة لما تتنوع به مصادر التشريع الإسلامي، حيث أن أحكام الفقه الإسلامي الاقتصادي، اشتملت أحكام عديدة لتنمية المال واستثماره للنهوض بالاقتصاد الإسلامي. فهيات الأسباب لقيام العديد من الشركات والتي من ضمنها شركة المضاربة، هذه الأخيرة التي تقتضي الإحاطة بأهم جوانبها الفقهية.

ولإعطاء نظرة فقهية على هذه الشركة فسوف نتبع الخطوات التالية:

### المبحث الأول: ماهية شركة المضاربة

المطلب الأول: تعريف شركة المضاربة وحكمها

المطلب الثاني: طبيعة شركة المضاربة

المطلب الثالث: أقسام شركة المضاربة

### المبحث الثاني: أركان عقد المضاربة وتمييزه عن العقود المشابهة

المطلب الأول: أركان وشروط عقد المضاربة

المطلب الثاني: بعض أحكام المضاربة وموضعها من الشركات الحديثة

المطلب الثالث: تمييز عقد المضاربة عن بعض العقود المشابهة له.

## المبحث الأول: ماهية شركة المضاربة

تعد شركة المضاربة من أقدم أنواع الشركات ظهوراً، التي عرفت في العالم، ونظراً لما أحاط هذه الشركة من أهمية فقهية كبيرة، فسوف نحاول إعطاء نظرة عنها، من خلال تعريفها وحكمها وطبيعتها وكذا أشكالها.

## المطلب الأول: تعريف شركة المضاربة وحكمها

نتطرق في هذا المطلب إلى تعريف المضاربة لغة واصطلاحاً في فرع أول، وإلى حكمها ودليل مشروعيتها في فرع ثان.

## الفرع الأول: تعريف المضاربة

### أولاً- تعريف المضاربة لغة:

المضاربة مأخوذة من: ضرب في الأرض، يضرب ضرباً ومضرباً بفتح الراء، أي سار لابتغاء الرزق، وضاربه في المال من المضاربة وهي القراض.<sup>(1)</sup>

ويقال ضرب في الأرض يضرب ضرباً ومضرباً بالفتح: خرج فيها تاجراً أو غازياً وقيل أسرع وقيل ذهب فيها وقيل سافر في ابتغاء الرزق قال الله عز وجل: ((وإذا ضربتم في الأرض))<sup>(2)</sup> أي سافرتم، ضرب في التجارة وفي الأرض وفي سبيل الله، وضاربه في المال من المضاربة وهي القراض.

ويقال: المضاربة أن تعطي مالا لغيرك يتجر فيه فيكون له سهم معلوم من الربح، وهي مفاعلة من الضرب في الأرض والسير فيها للتجارة<sup>(3)</sup> ويؤيد هذا قوله سبحانه تعالى: ((وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله..))<sup>(4)</sup>

(1) الرازي (محمد بن أبي بكر بن عبد القادر) ، مختار الصحاح، الطبعة الأولى، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2003، ص 351.

(2) سورة المزمل، الآية 20.

(3) ابن منظور (جمال الدين أبو الفضل) ، لسان العرب، عني بتصحيحه أمين محمد عبد الوهاب، محمد الصادق العبيدي، الجزء الثامن، الطبعة الثالثة، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1999، ص 36.

(4) سورة المزمل، الآية 20.

وتسمية المضاربة هو إصطلاح العراقيين وتسمى عندهم أيضا معاملة، أما تسمية القراض فهو لفظ الحجازيين<sup>(1)</sup> وذلك من القرض وهو القطع، لأن رب المال يقطع قدرا من ماله ويجعل حق التصرف فيه للمضارب أو المقارض، وهذا الأخير يقطع قطعة من الربح الذي يسعى له، لرب المال.<sup>(2)</sup>

### ثانيا: تعريف المضاربة فقها (شرعا)

اختلف الفقهاء في تعريف المضاربة، وذلك لاختلافهم في تحديد أركانها وشروط صحتها من جهة، وتحديد طبيعتها من جهة أخرى.

فعرف الحنفية المضاربة بأنها: عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر.

أما المالكية فيرون أن المضاربة أو القراض: عقد توكيل صادر من رب المال لغيره على أن يتجر بخصوص النقدين المضروبين ضربا يتعامل به، ولا بد أن يدفع رب المال للعامل القدر الذي يريد أن يتجر فيه عاجلا.

وعرفها الحنابلة بقولهم: المضاربة أن يدفع صاحب المال قدرا معيناً من ماله إلى من يتجر بجزء مشاع معلوم من ربحه.

والمضاربة عند الشافعية: عقد يقتضي أن يدفع شخص لآخر مالا يتجر فيه على أن يكون لكل منهما نصيب من الربح بشروط مخصوصة.

والملاحظ في التعريفات السالفة الذكر أنها لم توضح ما يجب توافره في العاقدین من شروط، إضافة إلى أن تعريفي الشافعية والحنفية لم يبيّنا ما يجب توافره في رأس المال، على خلاف تعريفي المالكية والشافعية.

(1) رشدي شحاتة أبو زيد، شركة المضاربة في ضوء أحكام الاقتصاد الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الوفاء لدنيا الطباعة والنشر، الاسكندرية، 2008، ص 137.

(2) مختار الصحاح، باب القاف، ص 482.

إضافة إلى أن هذه التعريفات لم تبين طبيعة عقد المضاربة فيما عدا تعريف الحنفية.<sup>(1)</sup> ونظرا للانتقادات الموجهة لهذه التعاريف فإن هناك من يعرف المضاربة بأنها: عقد يتضمن دفع مال خاص وما في معناه، معلوم قدره ونوعه وصفته من جائز التصرف لعاقل مميز رشيد يتجر فيه بجزء مشاع معلوم من ربحه له.<sup>(2)</sup> وهناك من عرفها بأنها: عقد على تقديم مال من جانب، وعمل من الجانب الآخر للمتاجرة فيه والربح بينهما حسب الشرط.<sup>(3)</sup> والملاحظ أيضا في هذين التعريفين أنهما لم يعطيا تعريف جامعاً مانعاً للمضاربة، فالتعريف الأول - وإن كان الأقرب في تعريف المضاربة - إلا أنه من ناحية لم يبين شروط صاحب المال واقتصر بيانه لشروط المضارب، ومن ناحية أخرى لم يبين طبيعة هذا العقد أما الثاني فإنه لم يبين شروط وأركان هذا العقد، ولا طبيعته وكذلك حصر نشاط المضارب في التجارة وأخرج الصناعة والزراعة. فالمضاربة بالمعنى السابق تضم طرفين، أحدهما يقدم المال والآخر يقدم جهده وعمله، والربح بينهما حسب الاتفاق، وهي صورة المضاربة بالمعنى التقليدي القديم والتي تسمى بالمضاربة الفردية، وتقابلها المضاربة الجماعية أو المشتركة المعمول بها في المصارف الإسلامية.<sup>(4)</sup> وهو ما سنتناوله - بحول الله - في الفصل الثاني.

(1) عبد الرحمن الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، الجزء الثالث، دون ذكر الطبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1986، ص 35، 37، 42، 44.

(2) رشاد حسن خليل، الشركات في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة، الطبعة الثالثة، دار الرشيد للنشر والتوزيع، دون ذكر بلد النشر، 1981، ص 153-154.

(3) نجلاء شكري عبد اللطيف سلمان، سلطة المضارب بعد كسب حق المضاربة، "دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص 44.

(4) وائل عريبات: المصارف الإسلامية والمؤسسات الاقتصادية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 21-22.

## الفرع الثاني: حكم المضاربة والحكمة منها

### أولاً- حكم المضاربة ودليل مشروعيتها

اتفق أئمة المذاهب على جواز المضاربة ومشروعيتها مستدلين عن ذلك من الكتاب والسنة، والإجماع والقياس، والدليل العقلي.

1/ فمن الكتاب: (القرآن الكريم) استدل الفقهاء بعموم الآيات الدالة على مشروعية التجارة، على أساس أن المضاربة تدخل في هذا العموم.<sup>(1)</sup>

ومن بين هذه الآيات قوله سبحانه وتعالى: ((وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله...)) فوجه الدلالة في الآية الكريمة أنها أفادت أن المضاربة نوع من ابتغاء الرزق عن طريق السفر للتجارة وكسب الربح.<sup>(2)</sup>

وقال الله تعالى أيضاً: ((ليس عليكم جناح أن تبتغوا فضلاً من ربكم...))<sup>(3)</sup>. ووجه الدلالة في الآية الكريمة أن الخالق عز وجل رفع الجناح عن المسافرين بقصد الحج، في أن كسب النعمة والرزق عن طريق التجارة، فماذا لو انفردت هذه التجارة، هذه الأخيرة التي يدخل فيها القراض.<sup>(4)</sup>

وهناك من يرى أن أصله من الكتاب قوله تعالى: ((وأحل الله البيع وحرم الربوا...))<sup>(5)</sup> والبيع في الآية من الوجهة الدلالية يشمل بيع المنافع، والقراض بيع منافع بجزء من الربح.<sup>(6)</sup>

2/ واستدل الفقهاء من السنة النبوية الشريفة بأحاديث على جواز المضاربة نذكر منها:

(1) نجلاء شكري عبد اللطيف سلمان، المرجع السابق، ص 48-49.

(2) أحمد محمد حمد المشهداني، شركات العقود في التشريع الإسلامي، "دراسة فقهية مقارنة"، دون ذكر الطبعة، المكتب الجامعي الحديث، الاسكندرية، 2005، ص 181.

(3) سورة البقرة، الآية 198.

(4) أحمد محمد حمد المشهداني، المرجع نفسه، ص 181.

(5) سورة البقرة، الآية 275.

(6) أحمد إدريس عبدة، فقه المعاملات على مذهب الإمام مالك مع المقارنة بالمذاهب الأخرى في أصول المسائل وعيونها، دون ذكر الطبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2000، ص 415.

عن حبيب ابن يسار عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: "كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحرا، ولا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل فهو ضامن فرفع شرطه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه".<sup>(1)</sup>

وكذلك ما روي عن صهيب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل، والمقارضة، وإخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع".<sup>(2)</sup>

كما أنه صلى الله عليه وسلم بعث والناس يتعاملون بالقراض فتركهم عليه وهو ما يدخل في السنة التقريرية أيضا.

3/ أما من الإجماع: فقد روي عن جماعة من الصحابة - رضي الله عنهم - أنهم دفعوا مال اليتيم مضاربة منهم سيدنا عمر، وعثمان وعلي، عبد الله بن مسعود، وعبد الله بن عمر، وعبيد الله بن عمر والسيدة عائشة "رضي الله عنها" ولم ينقل أنه أنكر عليهم من أقرانهم أحد ومثله يكون إجماعا.<sup>(3)</sup>

ومن عمل الصحابة أيضا أنه روي أن عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش العراق فلما قفلا\* مرّا على عامل لعمر، وهو أبو مرسي الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهّل، وقال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت، ثم قال: بلى، ههنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكما فتبتاعان به متاعا من متاع العراق ثم تبيعانه في المدينة وتوفران رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما ربحه. فقالا: وددنا، ففعل؛ فكتب إلى عمر أن يأخذ منهما المال فلما قدما وباعا وربحا، قال عمر: أكلُّ

(1) رواه البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر عطا، كتاب القراض، الجزء السادس، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص 184.

(2) رواه ابن ماجه، السنن، تحقيق شعيب الأرنؤوط وآخرون، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار الرسالة العلمية، دمشق، 2009، ص 768. وإسناده ضعيف.

(3) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الثامن، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، 1987، ص 04.

\* أي رجعا

الجيش قد أسلف كما أسلفكما؟ فقالا: لا. فقال عمر: إنا أمير المؤمنين فأسلفكما أديا المال وربحه.

فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: يا أمير المؤمنين لو هلك المال ضمانه، فقال: أدياه، فسكت عبد الله وراجع عبيد الله، فقال رجل من جلساء عمر: يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا، فرضي عمر وأخذ رأس المال ونصف ربحه، وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف ربح المال.<sup>(1)</sup>

وعن قتادة عن الحسن أن عليًا قال: "إذا خالف المضارب فلا ضمان، هما على ما شرطاً".<sup>(2)</sup>

4/ أخيرا إستدل الفقهاء عن مشروعية المضاربة من القياس والدليل العقلي.

فمن القياس أجاز الفقهاء المضاربة قياسا على المساقاة والتي تعني دفع الشجير لمن يقوم بسقيه ويتعهد حتى يبلغ تمام نضجه، نظير جزء معلوم من ثمره، فهي شركة زراعية على استثمار الشجر، يكون فيها الشجر من جانب والعمل في الشجر من جانب، والثمرة الحاصلة مشتركة بينهما بنسبة يتفق عليها المتعاقدان، كالنصف أو الثلث ونحو ذلك.<sup>(3)</sup>

ووجه القياس أن المساقاة إنما أجبرت للحاجة إليها من حيث مالك الشجر قد لا يحسن تعهدا ولا يتفرغ لها، ومن يحسن العمل قد لا يملك ما يعمل فيه وهذا معنى موجود في المضاربة. وعلى هذا تقاس هذه الأخيرة على المساقاة والمزارعة لثبوتها بالنص.<sup>(4)</sup>

وأما الدليل العقلي: فهو أن المصلحة تقتضي جواز هذه المعاملة لحاجة الناس إليها، فمنهم من يملك المال ولا يعرف التصرف فيه، أو يتاجر به، ومنهم من له الخبرة في التجارة

(1) سيد سابق، فقه السنة، الجزء الثالث، دون ذكر الطبعة، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2007، ص 887-888.

(2) ابن قدامة (أحمد بن محمد بن قدامة الحنبلي)، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد الرحمن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، الجزء السابع، الطبعة الثالثة، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ص 1997.

(3) سيد سابق، المرجع نفسه، ص 928.

(4) رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 147-148.

واستغلال المال ولا يملك المال ليعمل به، وبتشريع المضاربة تعم الفائدة على الطرفين وعلى الاقتصاد بصفة عامة.<sup>(1)</sup>

### ثانيا: الحكمة من تشريع المضاربة

من المعلوم أن الخالق عز وجل ما يشرع شيئا، إلا لحكمة وهو ذات الأمر بالنسبة للمضاربة التي ثبت إتفاق الفقهاء على مشروعيتها - كما سبق بيانه - فالمضاربة تعد من الأساليب الفذة التي شرعها الإسلام لاستثمار أموال المالكين وتحقيق الأرباح لهم، بعيدا عن الطرق المخالفة للشرع (كالربا). فالقصد منها إيجاد فرص من التعاون بين الثروات المالية التي يقدمها المالكون، وبين الخبرات والطاقات البدنية والفكرية والإبداعية، التي يبذلها المضاربون العاملون.

إضافة إلى ذلك حماية رأس المال من التآكل والضياع، وزيادة رأس المال في حال استثماره، وتوجيه المال للإعمار والتنمية والإستفادة من الطاقات الإنتاجية والحد من البطالة.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثاني: طبيعة شركة المضاربة

إن التنوع الشديد لآراء الفقهاء حول المضاربة جعل تحديد طبيعتها أمر فيه بعض الصعوبات، سيما أنه بالرجوع لكتب الفقه الإسلامي فإننا نجد أن هناك من يدرجها ضمن باب الإيجازات، وهناك من يصنفها ضمن باب الشركات، أما البعض الآخر فيفرد لها بابا خاصا بها.<sup>(3)</sup>

إضافة إلى أن هناك مراجع تحدد الطبيعة من حيث الصفة الشرعية، وهناك مراجع أخرى تحدد طبيعتها من حيث التكيف الفقهي لها.

---

(1) عبد العزيز الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، دار البشير، عمان، 1994، ص 53-54.

(2) حسن عبد الغني أبو غدة، التمويل بالمضاربة في المعاملات المالية المعاصرة (عقد السلم والاستصناع نموذجا)، "دراسة فقهية تأصيلية"، يوم 2011/04/27 <http://-islammessage.com> اطلع عليه يوم 2014/04/29 الساعة 45: 21.

(3) الجيلالي عجة، عقد المضاربة (القراض) في المصارف الإسلامية بين الفقه الإسلامي والتقنيات المصرفية، دون ذكر الطبعة، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2006، ص 121.



ونظرا لهذا الاختلاف نتطرق لطبيعة المضاربة من حيث الصفة الشرعية لها في فرع أول، أما الفرع الثاني فنتطرق فيه لطبيعتها من حيث التكييف الفقهي لها.

### الفرع الأول: طبيعة عقد المضاربة من حيث الصفة الشرعية

يقصد بالصفة الشرعية: حكم عقد المضاربة من حيث اللزوم والجواز فالعقد اللازم ما ليس لأحد عاقيه فسخه بإرادته المنفردة دون رضا الآخر، والجائر بخلافه لذلك نميز بين حالتين<sup>(1)</sup>:  
أولا- إذا لم يشرع العامل (المضارب) في القراض (المضاربة):

أجمع الفقهاء على أن عقد المضاربة في هذه الحالة عقد جائر، وأن اللزوم ليس من موجباته، وبالتالي يمكن لكل طرف فسخه والتحلل منه، والعلة في ذلك أن العقود قسمان قسم يستلزم لمصلحته عند العقد، كالبيع مثلا فبمجرد التعاقد يحصل كل من البائع والمشتري على الانتفاع المرجو من العقد، وقسم ثان لا يستلزم لمصلحته بمجرد العقد كالقراض (المضاربة)، إذ أن القصد من وراء التعاقد هو تحقيق الربح، وهذا الأخير لا يتحقق بمجرد التعاقد، لذلك جعل هذا العقد على الجواز (أي جواز فسخه).<sup>(2)</sup>

### ثانيا- إذا شرع المضارب في المضاربة:

فقد اختلف الفقهاء حول صفة العقد إن كان جائزا فسخه أو لازم، فأما الحنفية فذهبوا إلى أن القراض جائز فسخه من كلا طرفيه شرط أن يُعلم كل منهما الآخر إذا أراد الفسخ، غير أنه في هذه الحالة لا تنتهي المضاربة بمجرد الفسخ بل تنتهي عندما يصبح المال ناضا - أي نقودا - ويتبين نصيب كل طرف في الربح، وعليه إذا كان رأس المال عروض بعد شروع العامل في القراض فله التصرف فيها بالبيع لينض رأس المال، ولا يمكن لصاحب رأس المال منعه من ذلك وهو محل اتفاق بين الفقهاء<sup>(3)</sup>.

(1) نجلاء شكري عبد اللطيف سلمان، المرجع السابق، ص 98.

(2) أحمد إدريس عبده، المرجع السابق، ص 431.

(3) علي الخفيف، الشركات في الفقه الإسلامي "بحوث مقارنة"، دون ذكر الطبعة، دار الفكر العربي، القاهرة، 2009، ص

غير أن المالكية ذهبوا إلى أنه إذا شرع العامل في السفر من أجل العمل في القراض، فيلزم صاحب المال بإبقاء المال تحت يد المضارب إلى غاية نضوضه وليس لأحدهما فسخه إلا بالتراضي.<sup>(1)</sup>

والفرق بين موقف المالكية وغيرهم من جمهور الفقهاء أن المالكية أجلوا إنهاء العقد عن طريق الفسخ إلى أن ينض رأس المال، أما جمهور الفقهاء فيرون بأن العقد ينتهي بمجرد الفسخ وبعدها يتم تنصيب رأس المال لمعرفة حق المضارب من الربح.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: طبيعة عقد المضاربة من حيث التكيف الفقهي

اختلف الفقهاء حول تحديد طبيعة عقد المضاربة إلى إتجاهات، منهم من جعلها من الإيجارات، ومنهم صنفها ضمن باب الشركات ومنهم من جاء بصيغة أخرى، غير تلك التي جاء بها الفقه الإسلامي.

#### أولاً - عقد المضاربة عقد إيجار

ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية، المالكية والشافعية) إلى اعتبار عقد المضاربة هو عمل بعوض وذلك بالقياس على الإجارة.<sup>(3)</sup> إلا أن هذا الرأي منتقد لاختلاف المضاربة عن الإجارة.

ثانياً - عقد المضاربة عقد شركة:

ذهب إلى هذا الاتجاه الحنابلة، حيث رأوا أن المضاربة تدخل ضمن باب الشركات، لا باب الإيجارات على أساس أن المضاربة تخالف أركان الإجارة، ولكنها وفق القياس تتماشى مع أحكام الشركة التي يكون فيها العمل غير معلوم على وجه لتحديد وكذلك الربح غير موجود بعد وليس معلوم المقدار كالأجرة، إلا أن الإجارة يكون الثمن والمنفعة معلومان فيها مسبقاً.

والرأي الراجح لدى المصارف الإسلامية وهيئاتها هو ما ذهب إليه الحنابلة وكذلك ابن تيمية وابن القيم، في أن المضاربة نوع من الشركات، لاشتراك المالك والمضارب في الربح، أي

(1) أحمد ادريس عبده، المرجع السابق، ص 432.

(2) رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص 174.

(3) الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء الخامس، ص 108.

خضوعها لقاعدة المغنم والمغرم، وليست من عقود الإجارة التي تستلزم تحديد العمل وصفته وقيمة الأجرة المستحقة من هذا العمل.<sup>(1)</sup>

كما أن مجلة الأحكام العدلية أخذت بهذا الرأي واعتبرت عقد المضاربة نوع من الشركات في مادتها 1404 رغم أنها مقننة حسب المذهب الحنفي.

### ثالثا - عقد المضاربة عقد وديعة ناقصة:

فرض البحث عن تكييف مناسب للمضاربة ظهور رأي ثالث يرى أن عقد المضاربة يعد من قبيل الوديعة الناقصة، خاصة بعد قيام المصرف بعملية المضاربة عن طريق الودائع الاستثمارية التي يودعها أصحابها لدى البنك.

علما أن الوديعة الناقصة تعرف بأنها "عقد يودع فيه شخص مبلغ من النقود لدى شخص آخر، ويأذن له في استعماله" ومن بين الحجج التي يبرز بها هذا الاتجاه رأيه أن عقد المضاربة لا ينقل ملكية رأس المال للمضارب، وإنما له الحق في الانتفاع به والتصرف فيه، وهو ذات الأمر بالنسبة لعقد الوديعة الناقصة.

وانتقد هذا الرأي من حيث أن الأصل في الوديعة أمانة تحفظ عند المستودع ولا يجوز له التصرف فيها، وهذا هو الغرض منها بخلاف المضاربة التي يكون الغرض منها، الذي توجهت له نية الأطراف هو تنمية المال واستثماره لتحقيق الربح.<sup>(2)</sup>

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري حسم طبيعة الوديعة الناقصة في نص المادة 598 من القانون المدني وجعل منها قرضا<sup>(3)</sup>، وعليه لا يمكن أن تكون المضاربة قرضا.

(1) أبو بكر هاشم أبو بكر النبل، المضاربات الشرعية في المصارف الإسلامية وأثرها على التنمية الاقتصادية، (رسالة دكتوراه) في الاقتصاد، الجامعة الأمريكية المفتوحة، كلية الدراسات الإسلامية، القاهرة، 2003، ص 96.

(2) الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 128، 130، 131، 132.

(3) القانون رقم 58/75 المعدل والمتمم للقانون رقم 05/07 المؤرخ في 13/05/2007، المتضمن القانون المدني الجزائري، الجريدة الرسمية رقم 31 بتاريخ 13/05/2007.

يعد الرأي القائل بأن المضاربة عقد شركة هو الرأي الراجح والمعمول به في المصارف الإسلامية - كما سبق الإشارة لذلك - وهذا ما يؤيده العديد من الفقهاء والكتاب الذي صنفوا المضاربة ضمن باب الشركات.

وباعتبار المضاربة شركة فإنها بذلك تخضع للقواعد العامة التي تخضع لها شركات، وتطبق عليها أحكام خاصة بها مثلها مثل باقي الشركات.

### المطلب الثالث: أقسام شركة المضاربة (أنواعها/أشكالها)

يقسم الجانب الفقهي عقد شركة المضاربة أخذاً بمعيار العمل إلى مضاربة مطلقة، وأخرى مقيدة لذلك سنتطرق لهذين القسمين - بشيء من التفصيل - في الفرعين التاليين:

#### الفرع الأول: تعريف المضاربة المطلقة وتصرفات المضارب فيها أولاً- تعريف المضاربة المطلقة:

هي التي لم تقيد بزمان ولا مكان، ولا يبين العمل فيها ولا صفته، ولا من يتعامل معه المضارب، فيكون فيها للعامل حرية التصرف، في البيع والشراء بما يراه من مصلحة، من غير تحديد لزمان، ولا مكان، ولا نوع العمل.<sup>(1)</sup>

أو هي بعبارة أخرى: أن يدفع المال مضاربة من غير تعيين العمل والمكان والزمان، وكذا صفة العمل ومن يعامله المضارب.<sup>(2)</sup>

#### ثانياً- تصرفات المضارب في المضاربة المطلقة

ويمكن تقسيم هذه التصرفات إلى ثلاثة أقسام:

1/ تصرفات جائزة ونميز فيها حالتين: ما يجوز للمضارب أن يعمل بمقتضى عقد المضاربة من بيع وشراء وفي شتى الأمكنة، ومن جميع الناس.<sup>(3)</sup> وفيما يجوز للمضارب أن يعمل إذا

(1) رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 195.

(2) عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المضاربة كما تجرّيها المصارف الإسلامية وتطبيقاتها المعاصرة، دون ذكر الطبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص 19.

(3) رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص 167.

أطلق العمل لرأيه، فله أن يعمل ما يدخل تحت التجارة من الأعمال، وله أن يشارك غيره ويضارب بمال المضاربة، وله خطه بماله لأن ذلك بمقتضى تفويض التصرف.

2/ تصرفات ممنوعة: وهي كل ما يدخل ضمن المحرمات كشراء الميتة والدم، لحم الخنزير، الخمر. لأن الربح يحصل بالبيع والشراء<sup>(1)</sup> وبذلك يكون الربح ناتج عن شيء محرم ومنه قوله تعالى : ((حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير...))<sup>(2)</sup>

3/ تصرفات موقوفة على إذن صاحب المال: ويدخل في نطاق هذه التصرفات أنه ليس للمضارب الإستدانة على مال المضاربة أو أن يقرض منه لأنه تبرع في مال الغير، وهذا الأخير لا يقبل التبرع، وكذلك الصدقة، العتق، الهدية لأنها أمور لا تدخل في التجارة، ويتوقف قيام المضارب بهذه التصرفات على إذن صاحب المال.<sup>(3)</sup>

إضافة للتصرفات السالفة الذكر فإن هناك تصرفات في المضاربة المطلقة هي محل خلاف بين الفقهاء منها مسألة السفر بالمال والشراء بأكثر من رأس المال. ففي مسألة المسافرة برأس المال فذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز المسافرة بمال القراض لأن في السفر مخاطرة بالمال.<sup>(4)</sup>

إلا إذا كان السفر بإذن صاحب رأس المال، فإذا سافر المضارب بلا إذن فضاع المال أو تلف لزمه الضمان لتعديه.

وأما الإمام مالك وأحمد وحكي عن أبي حنيفة أن للمضارب السفر بالمال إن لم يكن في السفر خوف، لأن العمل بمال المضاربة مطلق ينصرف إلى ما جرت عليه العادة، منها المسافرة بالمال للتجارة، ولأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض.

وهذين الرأيين في المضاربة المطلقة دون بيان من صاحب المال بمعنى السفر لطلب الرزق رأيه في الإذن بالسفر أو المنع منه، أما إذا وجد إذن بالسفر أو نهى عنه، أو قرينة دالة

(1) أحمد محمد حمد المشهداني، المرجع السابق، ص 199.

(2) سورة المائدة، الآية 03.

(3) رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص 168.

(4) محمد ادريس عبده، المرجع السابق، ص 457.

على أحدهما، لزم المضارب ذلك شرط أن يكون النهي قبل أن يشتغل بالمال كسواء سلع به مثلاً، فإذا حدث المنع بعد تحريك المال وضاع المال أو تلف فليس على العامل ضمان والعكس صحيح.

وأما المسألة الثانية والمتعلقة بالشراء بأكثر من رأس المال، فقد اتفق فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة على أنه لا يجوز للمقارض الشراء بأكثر من مال القراض إلا بإذن صاحب المال، لأن في هذا التصرف استدانة على مال القراض وهي غير جائزة لعدم الاتفاق عليها وقت التعاقد بخلاف الحنفية الذين جعلوا الاستدانة بإذن صاحب المال تدخل في باب شركة الوجوه.<sup>(1)</sup>

مع العلم أن المضارب في المضاربة المطلقة يبذل عناية الرجل صاحب اليد الأمانة - كما يسميه فقهاء الشريعة الإسلامية - أو عناية الرجل العادي كما يسميه رجال القانون الوضعي. وبالتالي كل تفريط عمدي في أموال المضاربة يترتب عنه مسؤولية المضارب في ضمان ما هلك.<sup>(2)</sup>

ونشير في الأخير إلى أن العمل بالمضاربة كآلية للتمويل، لا ينحصر في الأعمال التجارية فقط، بل أن العمل في المضاربة يشمل جميع الأنشطة الهادفة للربح سواء كانت تجارية أو صناعية أو زراعية أو حتى خدمية، وذلك للطبيعة التي فرضها المحيط المصرفي بشكل عام.<sup>(3)</sup>

(1) المرجع السابق، ص 457.

(2) الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 99.

(3) عيسى ضيف الله المنصور، نظرية الأرباح في المصارف الإسلامية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 180.

## الفرع الثاني: تعريف المضاربة المطلقة وتصرفات المضارب فيها

### أولاً- تعريف المضاربة المطلقة:

يقصد بها المضاربة المرتبطة بمجموعة من القيود والشروط التي يضعها صاحب المال ويلزم المضارب باتباعها عند ممارسة أعمال المضاربة.<sup>(1)</sup>

أو هي المضاربة التي يشتمل عقدها على بعض الشروط التي تقيد حرية المضارب في التجارة. واتفق الفقهاء على اعتبار القيد ووجوب إلزام المضارب به متى كان مفيداً.<sup>(2)</sup> لقوله تعالى: ((يأيها الذين ءامنوا أوفوا بالعقود...))<sup>(3)</sup>

### ثانياً- تصرفات المضارب في المضاربة المقيدة

تنص المادة 1407 من مجلة الأحكام العدلية أن المضاربة المطلقة هي التي لم تنقيد بزمان أو مكان، أو بنوع تجارة، أو بتعيين بائع أو مشتر. وإذا تنقيدت بأحد هذه القيود فتكون عندئذ مضاربة مقيدة.<sup>(4)</sup>

ومن خلال هذه المادة فإن تصرفات المضارب تكون مقيدة من حيث المكان، والزمان، والعمل ونوعه، والشخص المتعامل معه.

### 1/ التقييد من حيث المكان:

إذا دفع صاحب المال إلى المضارب ماله مضاربة، على أن يعمل به في مدينة معينة - مثلاً - فإن الفقهاء اختلفوا في هذا القيد، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن المضارب ملزم بهذا الشرط المقيد، لأن الأماكن تختلف بالرخص والغلاء.<sup>(5)</sup>

(1) الجليلي عجة، المرجع السابق، ص 88.

(2) رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص 169.

(3) سورة المائدة، الآية 60.

(4) فوزي عطوي، الشركات التجارية في القوانين الوضعية والشريعة الإسلامية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2005، ص 622.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء السادس، ص 99-100.

ويلزم المالكية المقارض بهذا الشرط إذا كان المكان المقيد به مما لا تعدم التجارة فيه، أما إذا سبب هذا الشرط التضيق على المضارب فهو غير حائز.

وذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز التضيق على المضارب بتقييده بمكان معين يمارس القراض فيه ما يحول بينه وبين تحقيق هدف الربح.<sup>(1)</sup>

## 2/ التقييد من حيث الزمان (المدة):

ويصطلح على هذا القيد بالقراض المؤجل، أي الذي يضرب له أجل كأن يقال: خذ من هذا المال مضاربة إلى سنة. فالقراض بهذا المعنى جائز عند أبي حنيفة وأحمد ومنعه الشافعية والمالكية لأنهم رأوا في ذلك تضيق على العامل.

والراجح - في عصرنا - ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة لأنه يتمشى مع طبيعة المصارف الإسلامية.

## 3/ التقييد من حيث العمل ونوعية (السلعة):

ذهب الشافعية والمالكية إلى عدم جواز هذا التقييد لذات السبب منع التقييد من الزمان، والمتمثل في التضيق على المضارب.

أما الحنفية فذهبوا إلى أن الشرط الذي يقيد المضارب من حيث نوع السلعة مثلاً يلزم المقارض وإذا تصرف خارج إطار هذا الشرط اعتبر ضامناً.<sup>(2)</sup>

## 4/ التقييد من حيث الأشخاص:

والمقصود بذلك أن يقيد صاحب المال المضارب بأن لا يتعامل في المضاربة مع شخص معين بذاته أو بصفته.<sup>(3)</sup>

(1) رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 209-210.

(2) ابن رشد (محمد بن أحمد الأندلسي)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، شرح وتحقيق وتخريج عبد الله العبادي، الطبعة الأولى، دار اسلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، الغورية، 1990، ص 1836-1837.

(3) الجيلاني عجة، المرجع السابق، ص 96.



فإذا قال صاحب المال للمضارب على أن يشتري من فلان ويبيع منه كان ذلك جائز عند الأحناف وبالتالي ليس له أن يبيع أو يشتري من غيره لأنه شرط مقيد لاختلاف الناس في الثقة والأمانة.

أما الإمام الشافعي فذهب إلى أن المضاربة فاسدة لأن فيها تضيق على المضارب في الوصول إلى تحقيق القصد من القراض وهو الربح.<sup>(1)</sup>

ونشير أيضا إلى المضاربة تنقسم من حيث أطرافها إلى مضاربة فردية وهي المضاربة المعروفة في الفقه الإسلامي بصورتها التقليدية التي يدفع فيها الشخص ماله لشخص آخر ليتجر فيه والربح بينهما، وهي قليلة التطبيق في المصارف الإسلامية، وإلى مضاربة مشتركة التي تعدد فيها العلاقة بين أصحاب المال والمضاربين، سواء كان التعدد من أحد أطرافها أو كليهما، وهذه الصورة هي المستعملة كصيغة من صيغ التمويل والاستثمار في المصارف الإسلامية<sup>(2)</sup> كما سيأتي التفصيل فيها في الفصل الثاني.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، الجزء السادس، ص 100.

(2) وائل عريبات، المرجع السابق، ص 21-22.

## المبحث الثاني: أركان عقد شركة المضاربة وتمييزها عن العقود المشابهة لها

لكل عقد من العقود أركان يقوم عليها يتحقق بوجودها وينعدم بانعدامها. ولكل من هذه الأركان شروط يجب توافرها، ليكون العقد صحيح نافذ، وهو ذات الأمر بالنسبة لعقد المضاربة<sup>(1)</sup>، هذا الأخير الذي له كيانه واستقلاله التي تجعل منه عقدا مميزا عن العقود القريبة منه.

لذلك سنحاول الإحاطة بأركان وشروط عقد المضاربة في المطلب الأول، ونتطرق في مطلب ثان لبعض أحكام المضاربة وموضعها من الشركات التجارية الحديثة، أما المطلب الثالث فسنتناول فيه تمييز عقد المضاربة عن بعض العقود المشابهة.

### المطلب الأول: أركان وشروط عقد شركة المضاربة

ثبت من خلال العرض السابق أن شركة المضاربة مشروعة بإجماع الفقهاء رغم الاختلافات العديدة بينهم من بين ما اختلف الفقهاء فيه هو كيفية تقسيم الأركان التي يقوم عليها عقد شركة المضاربة.

لذلك سنعرض في الفرع الأول موضوع أو محل خلاف الفقهاء حول أركان المضاربة وسبب هذا الخلاف وفي الفرع الثاني نعرض أركان وشروط عقد المضاربة.

### الفرع الأول: محل خلاف الفقهاء في تقسيم أركان عقد المضاربة وسببه

أولاً: محل الخلاف: اختلف الفقهاء في عدد أركانها، فذهب الأحناف إلى أن ركن المضاربة هو الإيجاب والقبول (الصيغة) عن طريق الألفاظ الدالة على القراض<sup>(2)</sup>، وهو نفس الموقف الذي تبنته مجلة الأحكام العدلية بنصها في المادة 1305 "أن ركن المضاربة الإيجاب والقبول"<sup>(3)</sup> أما غير الحنفية، فإنهم لم يقصروا أركان العقد على الصيغة فقط بل ضمو إليها أركان أخرى.

(1) زيد محمد الرماني، المرجع السابق، ص 47.

(2) رشاد حسن خليل، المرجع السابق، ص 159.

(3) فوزي عطوي، المرجع السابق، ص 614.

فقسم المالكية أركان المضاربة إلى: الصيغة، لعاقدان المال، جزء من الربح للعامل.

أما الشافعية فقسموها إلى خمس أركان وهي ذات الأركان السابقة للمالكية ويزداد عليها ركن العمل<sup>(1)</sup>، وهو ذات الموقف الذي قال به بعض فقهاء المذهب المالكي.<sup>(2)</sup>

**ثانياً - أما عن سبب خلاف الفقهاء:** في تحديد أركان عقد المضاربة، فيرجع إلى أن الركن قد يكون أصلياً، وهو ما كان داخلاً في حقيقة الشيء وماهيته، مثل ما هو الحال بالنسبة للحنفية الذين اعتمدوا الصيغة كركن أساسي، وقد يكون غير أصلي وهو ما لا يتوقف حصول العقد المعلوم عليه، وهو ما اعتمده باقي الفقهاء في الأركان الأخرى، لأنه ما دام وجود العقد متوقفاً عليها، فلا بد من اعتبارها جميعاً.<sup>(3)</sup>

### الفرع الثاني: شروط عقد المضاربة

**أولاً - الصيغة وشروطها:** والمتمثلة في الإيجاب والقبول، وتكون بكل ما يدل على معناها كأن يقول رب المال خذ هذا المال فضارب فيه، على أن يكون لك من الربح ثلثه، أو اتجر فيه أو اعمل فيه ونحوه، والقبول كأن يقول العامل قبلت أو رضيت ويتسلم المال فيعمل فيه.<sup>(4)</sup>

وذكر الفقهاء وسائل أخرى للتعبير عن الرغبة - غير اللفظ - بصدد الحديث عن العقود ومن بينها عقد المضاربة وهي الإشارة والكتابة وغيرهما من وسائل التعبير على خلاف بينهم ومن أهم شروط الصيغة أن يقصد كل من المتعاقدين اللفظ مع فهم المراد منه، وأن يتصل الإيجاب بالقبول بأن يكون كل منهما في مجلس واحد، وهذا شرط جمهور الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في معنى الإتصال، فذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أن المراد بالإتصال أن يصدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ولا يشترط صدور القبول عقب الإيجاب فوراً لأن القابل

(1) نجلاء شكري عبد اللطيف سلمان، المرجع السابق، ص 59.

(2) أحمد محمد حمد المشهداني، المرجع السابق، ص 191.

(3) رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 152.

(4) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 87.

يحتاج إلى تأمل وروية، أما الشافعية فيرون أن المقصود بالاتصال ليس إتحاد مجلسهما، بل صدور القبول عقب الإيجاب على الفور.<sup>(1)</sup>

ويشترط أيضا المذهب المالكي والشافعي أن تكون صيغة المضاربة مطلقة ولا يقيد المضارب بالقيود الكثيرة التي تقوت عليه فرص الربح. أما الحنابلة والحنفية فلم يشترطا ذلك.<sup>(2)</sup>

**ثانياً - العاقدین وشروطهما:** وهما رب المال والمضارب ويشترط فيهما أهلية التوكل والوكالة، وبناء عليه فلا يصح التوكيل من المجنون والصبي الذي لا يعقل أصلاً، لأن العقل من شرائط الأهلية وهو ذات الأمر بالنسبة للوكيل.

ويرى جمهور الفقهاء أن المضاربة لا تصح إلا من جائز التصرف، فلا تجوز من السفیه والمحجور عليه ولا العبد إلا بإذن سيده، ويجوز لولي السفیه والمحجور عليه والمجنون أن يضارب عنهم الولي، والعلة في ذلك أن عقد المضاربة عقد على التصرف في المال.<sup>(3)</sup>

أما عن البلوغ فقد اختلف الفقهاء في إنشاء الصبي المميز لعقد المضاربة إذا كان صاحب المال بعد اتفاقهم على عدم صحة إنشاء الصبي غير المميز لعقد المضاربة.

فعند الأحناف والمالكية ورواية عن الحنابلة أنه يصح للصبي المميز المأذون له في التجارة إنشاء عقد مضاربة في ماله، لأنها من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر كالبيع، وإن كان محجور عليه لصغر سنه، كان العقد متوقف على إجازة وليه وإذنه له بالتجارة، والراجح عن الشافعية والرواية الثانية عن الحنابلة عدم صحة العقد المالي من الصبي المميز قبل بلوغه ولو أذن له الولي. وأما شرط البلوغ بالنسبة للمضارب فقد اشترطه الشافعية لأنه سبب التكليف وذهب الجمهور لعدم اشتراط البلوغ واشتراطوا التمييز، وأضاف الحنابلة مع هذا الشرط إذن الولي.<sup>(4)</sup>

(1) نجلاء شكري عبد اللطيف سلمان، المرجع السابق، ص 62، 63، 65.

(2) سيّد سابق، المرجع السابق، ص 888.

(3) عبد المطلب عبد الرزاق حمدان، المرجع السابق، ص 32-33.

(4) رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 159، 161.

ثالثاً - رأس المال وشروطه: لقد اختلف الفقهاء في تعريفهم لرأس المال فعرّفه الحنفية أنه: "ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة"، وذهب المالكية إلى أنه: "ما يقع عليه الملك ويستند به المالك عن غيره إذا أخذ من وجهه"، أما الشافعية فعرّفوه بأنه: "ماله قيمة يباع بها وتلزم متلفه وإن قلت" وذهب الحنابلة إلى أن "المال ما فيه منفعة مباحة لغير حاجة أو ضرورة".<sup>(1)</sup>

وأهم ما يشترط في رأس المال كمحل لعقد المضاربة عدّة شروط منها أن يكون رأس المال من الدراهم أو الدينار وهو قول أغلب الفقهاء، إلا أن الإمام مالك أجاز أن يكون من العروض، وأن يكون رأس المال معلوماً وهو قيد يخرج المجهول، لأن جهالة رأس المال تؤدي لجهالة الربح. وأن يكون رأس المال عينا لا ديناً، وأخيراً تسليم رأس المال، ويكون ذلك بالتخلية ولا يصح بقاء يد الدافع (المالك) على المال.<sup>(2)</sup>

رابعاً - العمل وشروطه: وهو الأصل في شركة المضاربة لأن الغرض منه تنمية المال واكتساب الأرباح، ولا بد على المالك من أن يعطي للمضارب سعة في الحركة والعمل وعدم التضييق عليه.<sup>(3)</sup>

ومن شروط العمل أن يكون تجارة (كالبيع والشراء لتحصيل الربح)، فلا يصح القراض من غير تجارة من الأعمال كالطبخ.<sup>(4)</sup>

كما يشترط فيه استقلال العامل بالتصرف، وهذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء وهو الأصل (حنفية، مالكية، شافعية...) ولو اشترط المالك على العامل أن يعمل معه بنفسه فسد عقد المضاربة.<sup>(5)</sup>

(1) نجلاء شكري عبد اللطيف، المرجع السابق، ص 82-83.

(2) فتحي زناكي، شركة المساهمة في القانون الوضعي والفقه الإسلامي "تأسيس، إجراءات، نشاط"، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 66-67.

(3) أحمد محمد حمد المشهداني، المرجع السابق، ص 193.

(4) أحمد إدريس عبده، المرجع السابق، ص 25، 41.

(5) نجلاء شكري عبد اللطيف سلمان، المرجع السابق، ص 123.

خامسا - الربح وشروطه: هو الهدف الذي أسست من أجله شركة المضاربة، إذ أن هذه الأخيرة لا تعدوا عن كونها شركة في الربح، وهذا الأخير في الأصل يكون مشتركا بين العامل ورب المال بموجب عقد المضاربة، ويشترط في الربح أن يكون معلوما مقداره، حيث اتفق الفقهاء أن يكون لكل من الشريكين جزء معلوما شائعا من الربح، كالنصف أو الثلث أو الربع أو أقل أو أكثر. لأن اشتراط مبلغ محدد ومقدر يجعل المضاربة فاسدة.<sup>(1)</sup>

وهذا الشرط الذي أكدته المادة 1411 من مجلة الأحكام العدلية بنصها (... ) وتعيين حصة العاقدين من الربح جزءا شائعا، بالنصف والثلث، ولكن إذا تركت الشركة على الإطلاق بأن قيل مثلا: الربح مشترك بيننا، فإنه يُصرف إلى المساواة.<sup>(2)</sup>

ويشترط فيه كذلك أن يكون جزء العامل في شركة المضاربة من ربح الشركة لا من رأس مالها، وأن الربح الناتج عن المضاربة هو مختص لطرفيها دون غيرها فلو اشترط جزء منه لأجنبي غير عامل في المضاربة والشرط فاسد باتفاق فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة، أما المالكية فأجازوه واعتبرون من باب التبرع.<sup>(3)</sup>

(1) أحمد محمد حمد المشهداني، المرجع السابق، ص 195.

(2) فوزي عطوي، المرجع السابق، ص 618.

(3) أحمد محمد حمد المشهداني، المرجع نفسه، ص 196.

## المطلب الثاني: بعض أحكام المضاربة وموضعها من الشركات التجارية الحديثة

لما كانت المضاربة فيها شبه بعدة عقود تثبت لها أحكام تتناسب مع ما يشبهها من تلك العقود في مراحل من التعاقد، أو لغياب شرط من الشروط، وهو ما نتطرق له في فرع أول، ولما كانت المضاربة تدخل تحت باب الشركات فإن لها علاقة بالشركات التجارية الحديثة وهو ما نتعرض له في فرع ثاني.

### الفرع الأول - بعض أحكام شركة المضاربة:

#### أولاً - تأخذ المضاربة حكم الوديعة والوكالة:

فتأخذ المضاربة حكم الوديعة في حال قبض المضارب المال بعد العقد وقبل الشروع في العمل، فرأس المال في يد المضارب حينئذ أمانة عنده يجب حفظه ورده عند طلب المالك، وليس عليه الضمان إذا فقد منه شيء، لأنه أمين ولا ضمان على مؤتمن.<sup>(1)</sup>

وتأخذ المضاربة حكم الوكالة عند تصرف العامل في مال المضاربة، لأن تصرفه بإذن المالك لذا كان وكيلًا عنه وعلى هذا الاعتبار إتفق الفقهاء على كون المضارب وكيلًا.<sup>(2)</sup>

#### ثانياً - تأخذ المضاربة حكم الإجارة والقرض:

قد تأخذ المضاربة حكم الإجارة، فيكون المضارب كالأجير، وذلك إذا فسدت المضاربة، ويكون الربح عندئذ لرب المال، كما أنه يتحمل ما يترتب على ذلك من خسارة وللمضارب أجر مثله.

وقد تأخذ المضاربة حكم القرض، وذلك إذا اشترط أن يكون الربح للمضارب كله، وإذا قبض المال وعمل فيه فإنه يكون مسؤولاً عنه وحده، وله ربحه وعليه خسارته ويجب عليه ضمانه.<sup>(3)</sup>

(1) زيد محمد الرماني، المرجع السابق، ص 35.

(2) أحمد محمد حمد المشهداني، المرجع السابق، ص 208.

(3) زيد محمد الرماني، المرجع نفسه، ص 35-36.

### ثالثاً - حق التصرف يكون للمضارب:

الأصل في المضاربة أن التصرف يكون من حق المضارب لأن العمل من حق المضارب  
ليتمكن من تحقيق الربح فهو من يتحمل مسؤولية التصرف.<sup>(1)</sup>  
إلا أن الفقهاء أجازوا تصرف رب المال بإذن من المضارب، أما إذا لم يؤذن له، فالمالكية  
على المنع، وغيرهم أجازوا ذلك على سبيل الإعانة للمضارب.<sup>(2)</sup>

### الفرع الثاني: موضع شركة المضاربة من الشركات التجارية الحديثة

#### أولاً - مدى اعتبار شركة المضاربة شركة مساهمة

لقد وصل الفقهاء المسلمون إلى نتيجة، أن الوضع في شركات الاموال قد انتهى إلى  
نوعين من الشركة، شركة يساهم في رأس مالها جميع الشركاء ولهم جميعاً حق العمل في رأس  
المال والتصرف فيها، ويسمى هذا النوع عند الفقهاء بشركة العنان<sup>(3)</sup> وتعرف هذه الأخيرة بأن  
"يشترك إثنان أو أكثر في نوع من أنواع التجارة أو في عموم التجارات، وهي عقد يلتزم بمقتضاه  
المتعاقدين بأن يدفع كل منهم حصة معينة في رأس المال ويكون الربح بينهم بحسب ما يتفقون  
عليه".<sup>(4)</sup>

أما النوع الثاني فهو شركة لا يكون لبعض من ساهم في رأس مالها الحق في العمل، بل  
يكون العمل للغير ويسمى هذا النوع بشركة المضاربة، وعلى هذا فإن شركة المساهمة من قبيل  
النوع الثاني لشركات الاموال، وهو ما يؤكدّه الشيخ علي الخفيف في تكييفه لشركة المساهمة  
أنها شركة مضاربة، وهو ذات الأمر الذي ذهب إليه الدكتور أحمد زكي في اعتبار أن أحكام  
شركة المساهمة لا تخرج عن أحكام شركة المضاربة باستثناء ما يتعلق بإصدار السندات التي

(1) رشدي شحاتة أبو زيد، المرجع السابق، ص 228.

(2) عبد العزيز الخياط، المرجع السابق، ص 63.

(3) محمد شكري جميل العدوي، أسهم الشركات في ميزان الشريعة الإسلامية "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الفكر  
الجامعي، الاسكندرية، 2011، ص 85-86.

(4) عبد المنعم موسى إبراهيم، الإعتبار الشخصي في شركات الاموال وقانون تملك الأجانب للعقارات، الطبعة الاولى، منشورات  
الحلبي الحقوقية، لبنان، 2008، ص 31.



في جوهرها قروض بفائدة<sup>(1)</sup>، وبمفهوم المخالفة فإنه يمكن اعتبار شركة المضاربة شركة مساهمة.

### ثانياً - مدى اعتبار شركة المضاربة شركة محاصة:

تعرف شركة المحاصة بأنها: عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة، وتتميز هذه الشركة بأنها شركة مخفية عن الجمهور ولا تتمتع بالشخصية المعنوية والذي يبرز فيها شريك واحد يتعامل في الظاهر باسمه وتبقى شخصية الشريك الثاني مستترة، وشركة المحاصة من الناحية العملية تميل إلى شركة المضاربة لأسباب منها عملية تقديم المال للشريك الظاهر هي بعملة مضاربة حيث ينوي من ورائها الشركاء تحقيق الربح، وأن الشريك المتصرف في شركة المحاصة هو شريك مضارب بأموال الشركاء المستترون.<sup>(2)</sup>

كما قد يتناول نشاط شركة المحاصة مجال التجارة والمضاربة على الأسهم والسندات ومقولات البناء والخدمات<sup>(3)</sup> وفي هذه الحالة يكون موضوع شركة المحاصة في مجال المضاربة وليس شكل شركة المحاصة.

ورغم محاولة الفقهاء المسلمون إدماج الشركات التجارية الحديثة في شركة المضاربة، وبمفهوم المخالفة إدماج شركة المضاربة في الشركات التجارية الحديثة تبقى لكل شركة ما يميزها عن غيرها.

وبذلك فإن شركة المضاربة كما عبر عنها أحد الفقهاء أنها الهدية الممتازة من الفقه الإسلامي إلى الأنظمة القانونية المعاصرة، بحيث تجمع بين الاعتبار المالي في تقديم رأس

(1) محمد شكري جميل العدوي، المرجع السابق، ص 87.

(2) الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 352-353.

(3) إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1996، ص 236.

المال وتحدد المسؤولية بقدر هذا المال، والاعتبار الشخصي الذي يظهر في مساهمة المضارب بحصة من عمل.<sup>(1)</sup>

وقبل أن نختم هذا المطلب نشير إلى أن هناك من يرى أن شركة المضاربة (القراض) يمكن أن تكون شركة ذات مسؤولية محدودة، إذا عيّنها لها مدير أجنبي، أما إذا كان من الشركاء كان عمله في مال غيره قراضاً.<sup>(2)</sup>

### المطلب الثالث: تمييز عقد المضاربة عن بعض العقود المشابهة

إن تمييز عقد المضاربة عن العقود المشابهة له هو أمر منطقي لأصالة واستقلالية عقد المضاربة عن العقود الأخرى، وهو الدليل على الطبيعة المميزة لهذا العقد سواء كان العقد المقارن به مصدره القانون الوضعي أو الفقه الإسلامي.

ولذلك سنميز عقد المضاربة عن بعض عقود القانون الوضعي في فرع أول، وأما الفرع الثاني نتعرض فيه لتمييز عقد المضاربة عن بعض عقود الفقه الإسلامي.

### الفرع الأول - تمييز عقد المضاربة عن بعض عقود القانون الوضعي

#### أولاً - تمييزه عن عقد العمل:

عرّف الفقه عقد العمل على أنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص يسمى بالأجير أو العامل بالقيام ببعض النشاط لفائدة شخص آخر، يكون تابعا له ويسمى رب العمل أو المعلم مقابل عوض نقدي يسمى الأجر".

ومن خلال هذا التعريف يلاحظ أن كلا العقدين يرد على العمل، لكن هذا لا يعني جعل عقد المضاربة عقد عمل، إذ تظهر نقاط اختلاف بينهما في كون العامل تابع لرب العمل، وخاضع لإشرافه بينما المضارب في عقد المضاربة مستقل عن صاحب المال وغير خاضع لإشرافه. كما أن العامل هو مجرد أجير، يعمل عند صاحب العمل، أما المضارب فهو شريك لصاحب المال، في نتائج المضاربة.

إضافة إلى أن العامل يتلقى مقابل مادي يسمى الأجرة بينما المضارب يحصل على جزء من الأرباح.<sup>(3)</sup>

(1) الجليلي عجة، المرجع السابق، ص 353-354.

(2) علي الخفيف، المرجع السابق، ص 127.

(3) الجليلي عجة، المرجع السابق، ص 151-152.

## ثانياً - تمييزه عن عقد المقاولة:

يعرف عقد المقاولة على أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين بأن يضع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

من خلال تعريف عقد المقاولة قد يختلط أو يقترب هذا الأخير من عقد المضاربة في أن كلاهما يرد على العمل، فالمقاول والمضارب كلاهما طرف في العقد، ومع أنهما متشابهان إلا أن هناك ما يميز عقد المضاربة عن عقد المقاولة.

إذ أن علاقة المقاول برب العمل علاقة عمل، بينما علاقة المضارب برب المال علاقة اشتراك. وأن المقاول يتلقى أجراً على عمله. بينما المضارب يتلقى جزءاً من أرباح المضاربة. يعد المقاول ضامناً لسلامة المشروع وبذلك فيده يد ضمان، أما المضارب فيده يد أمانة وليس عليه ضمان - كأصل عام - وبالتالي فعناية الأول عناية الرجل المحترف أو الحريص بينما عناية الثاني عناية الرجل العادي.<sup>(1)</sup>

## الفرع الثاني - تمييز عقد المضاربة عن بعض عقود الفقه الإسلامي:

### أولاً - تمييزه عن عقد الاستصناع:

يعرّف عقد الاستصناع أو ما يعرف بشركة الصنائع أنه: "عقد على عمل بين شخصين والربح بينهما.. فيكون باتفاق الصناعيين بالإشتراك في الخياطة والنجارة مثلاً.<sup>(2)</sup>

فكلا العقدین يردان على العمل ومع ذلك توجد فروق بينهما، فمن حيث الأطراف فإن طرفي عقد الاستصناع هو الصانع وطالب الصنع أما طرفا عقد المضاربة فهما المضارب وصاحب المال، وأما من حيث المحل فإن محل عقد الاستصناع هو صناعة شيء والعمل معاً، أي تحويل المادة الأولية إلى منتج مصنع موجه للإستهلاك، بينما محل المضاربة هو

(1) المرجع نفسه، ص 153-154.

(2) فتحي زناكي، المرجع السابق، ص 68.

المال المقدم من صاحب المال وحصة العمل التي يقوم بها المضارب أي تمويل مشروع تجاري أو صناعي لتنمية المال وتحقيق الربح.<sup>(1)</sup>

ثانياً - تمييزه عن عقد المزارعة:

يعرّف عقد المزارعة بأنه: "إعطاء الأرض لمن يزرعها على أن يكون له نصيب مما يخرج منها كالنصف أو الثلث أو الأكثر من ذلك أو الأدنى حسب الاتفاق".<sup>(2)</sup>

ومن خلال هذا التعريف فإن العقدين يختلفان من حيث رأس مال كل منهما، فالمضاربة رأس المال فيها من النقود (عند جمهور الفقهاء كما سبق الذكر) بينما رأس مال المزارعة هو قطعة أرض وبذور الزرع ومجهود المزارع، أما أطراف المضاربة فهما المضارب وصاحب المال، أما أطراف المزارعة فهما المزارع ومالك الأرض.

ونظراً للتطور الذي عرفه عقد المزارعة، وتم استعماله في المصارف الإسلامية، أصبح يعرف باسم المضاربة الزراعية وهو بذلك عقد يجمع بين خصائص عقد المضاربة من جهة، وخصائص عقد المزارعة من جهة أخرى.<sup>(3)</sup> أي تم دمج عقد المضاربة والمزارعة معاً.

(1) فلاك حورية، عقد الاستصناع وتطبيقاته المعاصرة، (رسالة ماجستير)، جامعة المسيلة، كلية الحقوق، (2012/2013)، ص 31-32.

(2) سيّد سابق، المرجع السابق، ص 876.

(3) الجيلالي عجة، المرجع السابق، ص 157.

## خلاصة الفصل الأول

إن عقد المضاربة أو ما يعرف بالقراض هو من العقود التي تجمع بين جانب من المال وجانب من العمل، المعروف في الفقه الإسلامي.

ويعتبر هذا العقد من العقود التي حدد الفقهاء تعريفه وأركانه وشروطه، وكذا طبيعته أين ذهب البعض إلى اعتباره من عقود المعاوضات، مثل الإجارة وذهب البعض الآخر من عقود الشركات، أين ذهب رأي آخر إلى اعتباره من قبيل الوديعة الناقصة.

ورغم اختلاف الفقهاء في أمور عديدة حول هذا العقد إلا أنهم يقسمون هذا المضاربة إلى مضاربة مطلقة ومضاربة مقيدة وفصلوا في المسائل الخاصة لكل منهما.

وفي محاولة إيجاد مكانة لشركة المضاربة، بين الشركات التجارية الحديثة أدخلها البعض في نطاق شركة المساهمة، وأدخلها البعض الآخر في نطاق المحاصة، إلا أن للشركة ميزاتها وخصائصها التي تجعل منها شركة مستقلة عن باقي الشركات.