

## فقه أعمال المصارف

أ.م.د. عبدالاله نعمة الشبيب

م.م. عبدالسلام مهدي محمد العبودي

### المقدمة :

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام الله على نبيِّنا محمد وآله الطيبين الطاهرين، واللعن الدائم على أعدائهم الى قيام يوم الدين .  
وبعد، فإنَّ من سُنن الخلق، ومن خلال سنَّة الابتلاء العامة والخاصة أن يؤدِّي كلُّ إنسان وظيفةً ولياقةً خاصةً به توقِّرها له هذه السنن ، وعلى قدر ما يؤدِّي هذا الإنسان للإنسانية من خدمة وخير ووظيفة ولياقة يكون موقعه منها وبقاؤه فيها ، وعلى نحو هذا قام قياس الأفضلية بين الناس، وأفضل الخدمات وأخير الخير وأبقاه هو خير العلم وخدمته.

واليوم ونحن نعيش في عصر القرن الواحد والعشرين الذي يكون فيه العالم بأسره وفي كلِّ جوانبه مترابطاً بأشدِّ ما يكون الترابط وخاصة في جوانبه الإقتصادية والمالية والتجارية، تعدُّ ( البنوك ) فيه من أبرز الآليات التي تحرَّك هذا الإقتصاد والمال والواقع التجاري وتنظِّمه بعد المناهج السياسية الحاكمة .

ولقد حفلت حركة البنوك هذه في الوسط العالمي بزواج لم تحظ به سائر المؤسسات الإقتصادية والمالية والتجارية الأخرى . وكان من الطبيعي أن يكون للإسلام العظيم الذي رسم حركة الحياة بكلِّ تفاصيلها موقفه الشرعي من ممارسات هذه الحركة الإقتصادية والمالية الحديثة ، ومن هنا جاءت جهود علمائنا وفقهائنا المخلصة تقديراً منها لهذه الحركة الإقتصادية والمالية والتجارية التي كادت أن تحتوي حركة الواقع عموماً لتضع لها برنامجها الإنساني المنسجم مع حركة الشريعة الإسلامية المباركة . إنَّ البحوث والدراسات والمشاريع الفقهية التي تعالج هذه الخدمات والفعاليات والممارسات المصرفية رغم أنَّها قليلة في نسبتها الى حاجة الواقع وتفصيله المعقَّدة في هذا المجال، إلاَّ أنَّها كانت أساساً راقياً في الإنطلاق به لاحتواء حركته أو تطبيعه والأخذ بيده نحو شواطئ الإسلام الطاهرة المحلَّة .

فمن محاولة إقتصادنا والبنك اللاروي في الإسلام للشهيد محمد باقر الصدر(رض) ، وتداول الثروة في الإسلام لأستاذنا الشيخ الآصفي، وفقه البنوك للشيخ إسحاق الفيّاض، وبحث الربا للمودودي وغيرها من البحوث الفقهية والإقتصادية القيِّمة .

وفي هذا السياق وتنضيجاً للفكرة ذاتها وانهاضاً لها بالمستوى الذي يضع الموقف الشرعي مهيمناً على حركة الواقع المصرفي يأتي بحث أستاذنا الشيخ الآصفي (حفظه الله ) في التخريج الفقهي لأعمال البنوك ، والذي أستوحينا منه فكرت بحثنا الموسوم بـ ( فقه اعمال المصارف ) ليكون حافز خير في إعطاء الثقة بالقدرة

على تغيير السير المالي فيها من الحرام الى الحلال . آملين أن تتضمَّ إليها الجهود المخلصة في أداء هذه الوظيفة والخدمة الفقهية واللياقة العصرية القيِّمة التي يطمح إليها كل مؤمن بالإسلام عقيدة وشريعة ومنهاجاً .  
داعين الله عزَّ وجلَّ أن يمنَّ علينا بتدوين هذه الخدمة وتقديمها كاملة بين يدي دينه العزيز وخالصة لوجهه تعالى راجين منه سبحانه قبولها ورضاها .

### مقدمة في التخرُّج الفقهي لأعمال البنوك :

تقوم البنوك هذا اليوم بدور أساسي ومهمَّ في إقتصاد العالم ، ولا يستغني عن خدماتها سوق من الأسواق على الإطلاق ، إذ لا يمكن أن تتحرَّك هذه الأسواق التجارية والإقتصادية والمالية الكبيرة منها والصغيرة في الوضع الحاضر من غير هذه الآلية الحديثة المسماة بـ (البنوك) .

والأعمال التي تؤدِّيها البنوك اليوم متداخلة بشكل واسع مع الربا الذي حرَّمه الله تعالى . ولهذا كان من الصعب فصلُّ الخدمات التي تؤدِّيها البنوك عن هذا الربا المحرَّم باستثناء بعض المحاولات في هذا الشأن في بعض البلدان الإسلامية ممَّا يقوم على أساس الإجتنب عنه .

وإنَّ شدة هذا التداخل بين خدمات هذه البنوك والممارسات الربوية فيها من جهة ، وضرورة هذه الممارسات في الحياة الإقتصادية والتجارية من جهة أخرى، تجعلنا نفكِّر في معالجة هذه الخدمات ومحاولة تجريبها من الممارسات الربوية دون الحاجة الى تغيير ما قامت عليه هذه المؤسسات من بُنى تخصصية وهيكله فنية ونظامية بعد العجز عن القيام بمشروع فقهيٍّ للنظام المصرفي الإسلامي .

إنَّ تجريد هذه المؤسسات من ممارساتها الربوية ومعاملاتها الأخرى المحرَّمة شرعاً يحتاج إلى دراسة فقهية تخصصية معمَّقة وواسعة ومعاصرة لا تقف عند حدود أطروحة بنك لا ربوي .

ثمَّ إنَّ تشابك النظام المصرفي في العالم مع النظام المصرفي في بعض الدول الإسلامية، ونشوء الوضع المصرفي على أساس غير شرعي من جهة أخرى، لا يدعان المجال في ظل ظروف كهذه إلا بعزل هذا البنك في عمله من هذه الشبكة العلاقتية الواسعة والمعقدة ، وعزل النظام المصرفي حتى في الدول الإسلامية عن الشبكة العالمية للنظام المصرفي، وعليه فلا يمكن في الوقت الحاضر إلا القيام بمحاولات لتجريد أعمال هذه البنوك وخدماتها من الحالة الربوية والمعاملات غير الجائزة شرعاً ، وليس أمامنا إلا هذا الخيار فعلاً، وهو خيار التخرُّج الفقهي لأعمال البنوك ، وإن كانت هناك محاولات مخرجة وجادة من بعض علماء الإسلام ترى إمكانية قيام مؤسسات ومصارف لا ربوية تمارس عملها في ظل هذه الظروف ، من قبيل المحاولات التي سجَّلها كلُّ من الشهيد الصدر الأول والثاني (رضوان الله عليهم)، والشَّيخ إسحق الفياض، والشَّيخ أبي الأعلى المودودي وآخرين غيرهم (١) .

ثمَّ إنَّنا نقصد بالتخرُّج الفقهي الذي يدور البحث في دائرته هو تكييف هذه الأعمال المصرفية بالصورة المشروعة ، فإنَّنا إذا ما حوَّلنا عملية الإيداع الثابت في المصرف مثلاً إلى مضاربة لم نكن قد استبدلنا النظام المصرفي ولكن قد كَيْفنا العمل المصرفي القائم على الربا إلى عملية أخرى جائزة ومحلَّلة شرعاً .

## التخريج الفقهي وشروطه:

ولإيضاح المقصود من التخريج الفقهي الذي هو الأداة الوحيدة لإنقاذ العمل المصرفي القائم على الربا أقول: يشترط فيه ألا يكون متكلفاً، وأن تكون صيغته مقصودة حقيقة للطرفين، ولا تكفي فيه النية، وهذا يعني أن العقد يجب أن يتوفر فيه عنصران: العنصر الذاتي، والعنصر الموضوعي.

ف (العنصر الذاتي) هو القصد، وقد اشتهر لدى الفقهاء (أن العقود بالقصود)، ولا بد أن يتحقق القصد؛ لأن قوام العقد بالقصد المقارن له كما هو الظاهر من هذا المشهور المتقدم (٢)، كما أن قوام العبادة بالنية المقارنة لها، ولاشتهار القاعدة الفقهية عندهم: (ما قُصد لم يقع، وما وقع لم يُقصد) (٣) في بطلان العقد، ولا بد أيضاً من إبراز هذا العقد وإخراجه بصيغة واضحة صريحة أو بألية متعارفة لدى العرف كالتصافح، وتصافق الأيدي الذي يحصل سابقاً في تصديق البيعة بين ولي الأمر والناس، أو الإنتخاب مثلاً، أو أي وسيلة من وسائل إبراز حصول البيعة في تصديقها هذا اليوم.

والعقد لا يختلف أمره عن ذلك في هذه القضية، فإن كان في باب المعاوضات كالبيع والإجارة والشركة فصيغته المتعارفة هي: (بعثت)، و (آجرتك)، و (ملكتك)، و (وكلتلك)، وأمثال ذلك. وفي غير المعاوضات كالنكاح: (زوجت) و (قبلت)، وفي الإيقاعات كالطلاق مثلاً: (أنت طالق).

والغرض من ذكر هذا الأمر الذاتي الذي هو قوام العقد كما قلنا هو أنه قد تستعمل هذه الصياغات المتداولة لتصحيح بعض الأعمال الربوية في البنوك، والأمر ليس كذلك؛ لأن روح العقد ليس بذات الصيغة في الإيجاب والقبول، بل بالقصد الذي يقف وراءها، فما لم تتوفر المعاملة على القصد الصحيح من الطرفين لا يكون الإيجاب والقبول كافياً لتصحيحها، ومثال ذلك: القروض الربوية التي يحاول أصحابها تخريج صحتها عن طريق تغيير الصيغة المبرزة لها من الإيجاب والقبول من صيغة القرض إلى صيغة البيع، فمما لا شك فيه أن بيع وشراء الأوراق النقدية من البنك من قبل المشتري جائز وإن كانت فيه زيادة وفائدة؛ لأن الأوراق النقدية ليست من المكيل والموزون الذي تحرم الفائدة فيه. ولكن أتى للتطرفين ذلك وهما يقصدان القرض لا البيع؟

إن شأن المعاملات في ذلك سواء منها ما استحدثه الشارع أو العقود العقلانية التي أقرها شأن العبادات التي لا يمكن تصحيحها بأداء ذات العبادة والعمل الخارجي لها ما لم تكن مقصودة في نوعها ومقررة من قبل الشارع كما لا يمكن تصحيح خصوصياتها التي يتضمّنهما العقد إذا لم تكن هناك إرادة جدية وقصد حقيقي إليها، سواء كانت مما صرح به في متن العقد، أو ظاهرة من إطلاقه، أو مما ينصرف إليه اللفظ.

والدليل على اشتراط هذه الإرادة الجدية وقصد الإنشاء من الصيغة بالإضافة إلى الإجماع هو النظر في أصل حقيقة العقد، فقد ورد في تحقيقها أنه عهد مؤكّد، وهو لا يتحقق من دون القصد والإرادة الجدية أولاً، والإبراز الصريح الخارجي بلفظ مفهم ثانياً، أو بالتعهد كما هو تعبير صاحب الصنائع (٤)، أو بالإلتزام كما هو تعبير القانون الحديث وتعريفه (٥)، سواء كان هذا الإلتزام من طرفين كالبيع والإجارة، أو من طرف واحد وفي مقابل شيء، أو من دون مقابل كالهبة.

إنَّ المطلوب في العقد في قوله تعالى: (أوفوا بالعقود...) (٦) هو الوفاء بهذا الإلتزام والعهد على نحو الجدّ لا لفظ الإيجاب والقبول فحسب. وممّا يؤيّد ذلك مثلاً: ما ورد في باب البيع المعاطاتي من أنّ المعاطاة لا تفيد الملكية وإنما تفيد الإباحة ، وهو رأي غير صحيح ؛ لأنّ المعاطاة إمّا ملغاة شرعاً فلا تفيد إباحة ولا تملكياً، أو مقبولة، وإذا كانت هكذا، فماذا يقصد المتعاطيان منها ؟ هل يقصدان التملك على نحو الجدّ والحقيقة فتكون غير مفيدة للإباحة . أو يقصدان الإباحة ولا جدية في هذا القصد؛ لأنّ قصدهما الجدّي وإرادتهما الحقيقية هي تملك البائع بالمعطاة المثلن للمشتري، وتمليك المشتري الثمن للبائع، وليست إباحة ما عند كلّ طرف للآخر، ولكن إذا قصدا الإباحة على نحو الجدّ هل ينفع ذلك لصحته ؟.

الجواب: يتوقف ذلك على التحقّق من وجود العنصر الثاني وهو (العنصر الموضوعي) في العقد، وهو موافقة ما أجرياه وقصدها للإرتكاز العرفي العقلاني، فما لم يتوافق العقد مع هذا الارتكاز لا يكون صحيحاً ، وان كانت الإرادة الجدية قد تحقّقت من كلا طرفيه. فبيع الأوراق النقدية من قبل البنك ، وشرائها من قبل المشتري، وان تحقّقت فيه الإرادة الجدية والقصد الحقيقي لارادة البيع والشراء، إلا أنّ هذا لا يشفع لصحة المعاملة ما لم تكن مدعومة بموافقة الارتكاز العرفي والمتشعري، وهو هنا لا يعدّ مثل هذه المعاملة بيعاً ، وإنما يعدّها قرضاً بلا شكّ .

إذن فما لم تتوفّر المعاملة على كلا هذين العنصرين لا يعتبر تخريجها تخريجاً فقهياً، بل يُعدّ تخريجها نوعاً من التلاعب والتحايل على أحكام الشريعة ، وبما أنّ الشارع يريد أحكامه ولا يريد التلاعب بها والتجاوز المحرّم عليها ، إذ كيف يرضى وهو الذي يعدّ الربا حرباً لله (٧) بأن ترتفع هذه الحرب بمجرد إضافة علبة كبريت، أو قلم جاف مثلاً، لتصحيح الفائدة الربوية التي يقصدها الدائن، ويريدها من المدين بحجة أنّها ثمن الكبريت أو القلم الجاف ، أو بمجرد بيع قسم من الدار كالحمام أو المرافق الصحية بيعاً خيارياً من أجل تصحيح الفائدة المحرّمة التي يدرّها المال المُقترض من قبل صاحب الدار، والذي يُعدّ حسب الإرتكاز العرفي المتشعري قرضاً لا ثمناً للحمام أو المرافق.

#### أمثلة أخرى من المحاولات التحايلية:

وممّا يشهد لذلك أيضاً من هذه المحاولات الاحتيالية:

(١) أنّه لو ذهب شخص ما الى البنك ليقترض منه مبلغاً ما، ولكيلا يقع في الربا يلجأ الى أن يقصد شراء أوراق نقدية منه بثمن يسلمه إليه بعد أجل محدود.

أقول: إنّ هذه العملية وإن توفرت على نحو من الإرادة الجدية عند الطرفين في بيع هذه الأوراق النقدية من قبل البنك ، وشرائها من قبل الزبون ، إلا أنّ هذا الإرتكاز العرفي لا يُعتبر هذا العمل من صنف البيع والشراء ، بل يعتبره قرضاً ، أي : إنّ هذا العمل لا تصحّحه الإرادة الجدية للمتبايعين ما لم يوافق الإرتكاز العرفي العقلاني ، وهو هنا إعتبار ما صدر قرضاً وليس بيعاً . )

(٢) ما لو عقد رجل على امرأة عقداً مؤقتاً بتسع وتسعين سنة، وصحّت النية منهما على إرادة العقد المؤقت ، فهنا هل يحقّ للزوج حرمان زوجته المتمتّع بها من الإرث لكونها مؤقتة وليست دائمة ؟

الجواب : إنّ قصد العقد المؤقت بينهما لا يكفي ما لم يكن مدعوماً ومؤيداً من قبل الإرتكاز العرفي المتشعري ، وهو لا يرى\_ بلا شك\_ أنّ هذا النحو من التوقيت من أنحاء النكاح المؤقت بل هو نكاح دائم ، فلا يحقّ للزوج طبق التخريج الآنف أن يحرم زوجته المزبورة من الإرث ولا يعدّ التخريج تخريباً فقهيّاً؛ لأنّه لم يتوقّر على موافقة الإرتكاز العرفي المتشعري.

(٣) ما لو أقرض شخص شخصاً آخر مبلغاً معيّناً مثل (مليون) دينار ، هل يصح لهذا المقرض أن يطلب من المقرض فائدة قدرها ثلاثون ألف دينار مثلاً بحجة أنّ القرض عملٌ ، والعمل تصحّ الجعالة عليه ، وأنّ هذه الثلاثين ألفاً جعالة مقابل هذا العمل ؟

الجواب : لا تصحّ مثل هذه الفائدة المطلوبة؛ لأنها بنظر الإرتكاز العرفي المتشعري ليست جعالة بل هي فائدة ربوية ، ولا يصحّحها قصدُ الجعالة من قبل الطرفين ، إذ أنّ هذا القصد لوحده لا يكفي لذلك ما لم يكن مؤيداً بالإتجاز المزبور ، وكيف تصحّ وهما يقصدان في الواقع الفائدة لا الجعالة .

(٤) ما هو محل الإبتلاء حيث تقدّم في عملية الإيجار مبالغ كبيرة تحت عنوان ( الرهنية ) والتي هي في الحقيقة قرض يقدمه المستأجر الى صاحب البيت مقابل تخفيف الإيجار إلى الحدّ الذي يتوافق مع قدرة المستأجر ، فبدلاً من أن يدفع كإيجار مثلاً خمسين ألف تومان يدفع إليه ( خمسة آلاف تومان ) ، نعم هو قرض يصدّق عليه قوله (ع): (كلّ قرض جرّ منفعةً فهو ربا ) (٨) وأيّ فائدة ونفع أظهر من فائدة التخفيف المذكور في المثال؟ ولكن بعض الفقهاء يخرّجون هذه المعاملة ويصحّحونها بطريق بيع المؤجر جزءاً من بيته كالحمام أو المرافق بيعاً خيارياً ويكون المبلغ المعطى إليه تحت عنوان الرهنية من قبل المستأجر قبالة، وبعد نهاية مدة الإجارة وفسخ البيع بلحاظ خياريته يسترجع المشتري (المستأجر) المبلغ الذي أعطاه حقيقةً من أجل تخفيف كلفة الإيجار وإن كان صورة وقع مقابل الجزء المباع.

أقول: إن صحّت النية من المتعاقدين المؤجر والمستأجر ، ولا تصحّ قطعاً ، والنية غير الغاية، فهناك خلل في التخريج المراد منه صحّة المعاملة ، وهو تنافي هذا التخريج مع الارتكاز المتشعري والعرفي . فالمبلغ الذي أخذه المؤجر من المستأجر هو قرض بنظر هذا الإرتكاز ، وليس مقابل الجزء المباع من البيت ، وهذا القرض قد جرّ منفعة بلا شكّ ، وهذا النفع حرام بلا شكّ أيضاً ؛ لأنّه من الرّبا . هذا، إلى غيرها من أمثال هذه المحاولات التي هي من أنحاء التلاعب بحدود الله وأحكامه والتحايل عليها، والشارع يرفع نذيره أمام المرابين والمحتالين بالحرب حيث يقول : {فإن لم تفعلوا فأنذونا بحرب من الله ورسوله} (٩)، ويحاول أصحاب هذا التحايل إطفاء هذه الحرب وتحويلها إلى سلم وأمان بقلم جاف وعلبة كبريت أو بيع خياريّ صوريّ غير واقعيّ، ولعلّ قضية أصحاب السبب أفضل مثال على رفض هذه المحاولات الاحتيالية (١٠).

ثمّ إنّنا لو أجرينا التخريج الفقهي على المعاملة ، وشككنا في سلامة هذا التخريج بعد إجرائه، فالأصل الأوليّ في كلّ معاملة هو الفساد، وعليه فلا يترتّب على هذا التخريج الأثر الشرعي المترقّب، ولا نخرج من هذا الأصل إلّا بدليل شرعي مثل قوله تعالى : (أوفوا بالعقود)(١١).

وقوله تعالى: ( تجارة عن تراض ) (١٢). أو قوله (ص): (المؤمنون عند شروطهم) (١٣)، وغيرها من نصوص العموم اللفظي.

وهذه القضية ليست تعبدية وإنما عقلانية تلقاها العقلاء بالقبول ولم يرد إنكار الشارع لها ، وبهذا يفسر بطلان إفادة المعاطاة الإباحة ؛ لأنها إما أن تكون ملغاة شرعاً فلا تُفيد لا الإباحة ولا التملك، وإما أن تكون مقبولة ولم يرد إنكار لها من الشارع فتفيد التملك.

نعم كلّ المحاولات الآنفة إنّما نحتاجها في العمل بخصوص الأموال المودعة بنحو ثابت أو ما يعبر عنه بالمصطلح المصرفي بـ (الحساب الثابت)، أما الحسابات الجارية أو الودائع المتحركة فلا نحتاج إليها؛ لأنّ الأموال في هذا الحقل لا تلتقي بالربا إطلاقاً.

ومن هنا نستطيع أن نقسم البحث الذي نحن بصدده بعد هذه المقدمة إلى فصلين:

الفصل الأول: علاقة البنك بالمودعين والمستثمرين في عملية الإيداع والإقراض.

وتتضح منهجة هذا الفصل تارة من خلال بحث العلاقة في الودائع الثابتة ، وأخرى في الودائع المتحركة

(تحت الطلب). ففي الودائع الثابتة يجري البحث على نحوين من البدائل في فقه النظام المصرفي ، وهما :

(١) المضاربة: وهي البديل الأساسي الذي ثبتت جدارته وكفاءته من الناحية الفقهية والاقتصادية والمتطابق مع روح العملية المصرفية.

(٢) البدائل الأخرى وسيأتي ذكرها في محلّها إن شاء الله تعالى.

وروح البديل الأساسي في هذا البحث تتلخص في إخراج علاقة البنك بالمودعين والمستثمرين من

العلاقتين إلى العلاقة الواحدة ؛ وذلك لأن النظام المصرفي الربوي يقوم من الزاوية القانونية لا الاقتصادية على أساس علاقتين منفصلتين ، هما:

(١) العلاقة بالموودع

(٢) العلاقة بالمستثمر

ويجني البنك هنا أرباحه من الفارق بين الفوائد التي يتقاضاها من المستثمرين والفوائد التي يعطيها للمودعين أحياناً.

أمّا العلاقة في النظام المصرفي الفقهي غير الربوي فهي كما قلنا قبل قليل علاقة واحدة ، وهي العلاقة بين المودع والمستثمر والتي يقوم البنك بدور الوسيط بينهما أو الوكيل عنهما ، ويكون دخله من خلال ما يقدمه من جهة كوسيط أو وكيل للطرفين.

الفصل الثاني

ويتناول هذا الفصل دراسة الخدمات الأخرى للبنوك ، وهي كثيرة ، ومثالها :

(١) ما لو فرض أنّ تاجراً ما يريد أن يشتري عشرة آلاف مسجّلة صوت يابانية) بـ (مليون تومان )،

فالشركة التي يراد إجراء العقد معها قد لا تعرف الشخص وصدقه ووفاءه وقدرته المالية وما الى ذلك ، وكذلك

الشخص قد لا يعرف الشركة ومدى وثاققتها وحسن سمعتها ومدى الاعتماد عليها ، فلأجل تيسير وإنجاز هذه المعاملة بشكل قائم على الإطمئنان والوثاقة يتدخل البنك في دولتي الطرفين كوسيط ، فالبنك في اليابان في المثال يقدّم من خلال الموثيق والأنظمة التي تربطه مع شركات البنوك في العالم \_ الى البنك الإيراني مثلاً تعهداً بوصول البضاعة الى المشتري خلال فترة ثلاثة أشهر. وإن لم تصل البضاعة أو تأخر في الدفع يكون البنك ضامناً ،يقوم البنك بتقديم هذا التعهد عادةً بعد أن يُنجز معاملته الأولى مع المصدرّ للبضاعة في إعطائه الضمان بوصول ثمنها خلال تلك الفترة ، ويكون ضامناً له أيضاً إن لم تصل خلالها. يقدّم ذلك مقابل ما يقدّمه المصدرّ من عمولة محدّدة للبنك ، وهكذا نفس الكلام في البنك وخدمته مع المشتري المزبور في إيران (بلد المشتري).

(٢) ما لو فرضَ أن دولة ما طلبت من أحد المقاولين أن يقوم ببناء مستشفى مثلاً ،فهنا يأتي سؤال كالسابق مفاده : أنّ الدولة كيف تعتمد على هذا المقاول ؟ وكيف تثق به وبقدرته وكفاءته؟ وكذلك المقاول كيف يطمئن إلى أن الدولة ستفي له بكل التكاليف المطلوبة، فهنا يأتي دور البنك في التضمين للطرفين وأخذ العمولة أو الفائدة منهما مقابل تلك الخدمات التي يقدمها كوسيط ضامن لسير العمل بين الطرفين. وهذه الخدمات وأمثالها متشابهة بلا شكّ مع الرّبا المحرّم. وللکلام في هذا الفصل تفصيل ومناقشات سنأتي إليها في حينها إن شاء الله تعالى.

لقد ذكرنا أنّ الودائع في البنوك إيمان تكون ودائع ثابتة تودع فيها لأجل الفائدة لعدة سنين أو بشكل ثابت دائم، أو متحركة تسمّى بالحساب الجاري ولا يستحق المودع عليها فائدة، وذكرنا أيضاً أن التخريج الفقهي إنما تبرز الحاجة إليه في الودائع الثابتة منها دون المتحركة ، والذي نريد أن ينصبّ البحث فيه تحت هذا العنوان هو تصوير هذا التخريج لأعمال البنوك في حقل الودائع الثابتة.

أقول: لقد ذكر هنا مشروعان فقهيّان لهذا التخريج هما:

الأول: المشروع الذي تظافر عليه الفقهاء وتقبلوه ، وهو المضاربة.

الثاني: البدائل الأخرى ، وفيها نقاشات كثيرة من قبلهم.

إذن يقع الكلام أولاً في التخريج الأساسي المنفق عليه وهو المضاربة، ثم عن تلك البدائل الأخرى .

### المشروع الأساسي ( المضاربة ):

لا شك أنّ المضاربة هي الأطروحة الفقهيّة لحماية البنك وصيانته من الممارسات الربوية التي ينشط بها البنك الربوي. وتتمثّل في تحويل الفوائد الربوية التي يقوم عليها البنك الربوي الى عمولات يقدّمها إليه المستثمر والعامل مقابل ما يبذله نفس البنك من خدمة ووساطة أو وكالة في إنجاز عمل الطرفين المتعاقدين وتيسيره.

وقد حدّد السيد الشهيد الصدر(رض) في كتابه البنك اللاروي في الإسلام معالم هذا المشروع الفقهي باعتباره أحد أبرز أدوات البنك اللاروي في نقطتين هما :

أولاً: الإتجاه الى إبراز عنصر العمل البشري في النشاطات المصرفية بوصفه مصدر دخل، والإتجاه عكسياً إلى الحدّ من دخل رأس المال.

فبينما يمارس البنك الربوي عمله بوصفه شخصيّة رأسمالية ، ويركّز على دخله بهذا الوصف ، يتجّه البنك اللاربوي الى التأكيد على صفته كعامل ، ويركّز على دخله المستمر من خلال هذا الوصف. ويتمثّل هذا الإتجاه من ناحية، في تأكيد البنك اللاربوي على العمولة بوصفها أجرة عمل ، واهتمامه بتوسيع نطاق دخله القائم على العمولات ، ومن ناحية أخرى في تعفّفه عن فائدة القرض بوصفها أجرة رأس المال والمتمثّلة بسلطانه الربوي.

ثانياً: الإتجاه الى الإحتفاظ\_مهما أمكن \_ بروح الوساطة في الدور الذي يمارسه البنك بين المودعين والمستثمرين ، وصياغة موقفه القانوني منهم بصورة تجسّد الوساطة (١٤).

والمضاربة (الأطروحة) تعني فقهيّاً أن يدفع الإنسان مالاً إلى غيره ليتجر فيه على أن يكون الربح بينهما بالنصف أو الثلث، أو نحو ذلك (١٥). ودور البنك في هذه المعاملة هو دور الوساطة بين المتعاقدين أو الوكالة عن المودع في التفاهم مع المستثمر على العمل وتحديد الربح وطمأنة المودع بأمانة المستثمر وكفائه ومتابعة العمل ومراقبته.

#### الإشكالات الفقهية على هذه الأطروحة المصرفية:

هناك إشكالان على عمل البنك بهذه الأطروحة التي يراد منها تحريك أعماله باتجاه اللاربا وإحداث البديل الشرعي عن العملية الربوية المحرّمة ، وهما :

١- إنّ المضاربة لا تجوز بالأوراق النقدية.

٢- ضمان الخسائر على صاحب رأس المال.

وتوضيح ذلك: أنّ الإشكال الأول الذي يواجه تصحيح السلف والقروض المصرفية بالمضاربة هو عدم جواز المضاربة بالأوراق النقدية والعروض، فقد ادّعى ذلك القاضي ابن البرّاج أحد فقهاءنا القدامى ، وعن صاحب جواهر الكلام من المتأخرين الإجماع أيضاً، فقال:

الأمر الثاني : (في مال القراض)

((ومن شرطه أن يكون عيناً) فلا يجوز بالدين ( وأن يكون دراهم أو دنانير ) بلا خلاف أجده في شيء منه، بل الإجماع بقسميه مضافاً إلى ما قيل من أصالة الفساد هنا ، السالمة عن معارضة (أوفوا بالعقود)و) المؤمنون عند شروطهم ( ونحو ذلك مما عرفت إرادة العقود اللازمة منه، وعن الإطلاقات التي لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربة ، وإتّما هي في معرض أحكام آخر ، وإن كان لا يخلو من تأمّل ، ضرورة الإكتفاء بـ ( تجارة عن تراض) ونحو ذلك بعد الإغضاء عن دعوى عدم إطلاق صالح، ولكن الأمر سهل بعد الإجماع المزبور) (١٦).

على أنّ من شروط المال الذي يدخل في المضاربة أن يكون من الدراهم والدنانير المسكوكة بسكّة المعاملة . أي لو ضارب شخصٌ ما معملاً دفع إليه قطناً ليصنع منه قماشاً على أن يكون الربح بينهما

بالنصف لا تصح المضاربة ، وكذلك لو ضارب شخص ما بالفلوس (العملة الورقية) فلا تصح أيضاً ؛ لأنّ المال ليس بمال المضاربة . فإذا صحّنا عمل البنك فكيف نصّحه في عمليات المضاربة على هذه الأموال التي هي ليست من مال المضاربة المجمع عليه فقهياً؟

إنّ الزبون الذي يراجع البنك إن لم يتأكد من سلامة رأس المال الذي يضارب به من الخسارة لا يراجع البنك . فإذا كانت البنوك تتعامل مع رأس المال هذا فقهياً بأن تجعل الخسارة على رأس المال في المضاربة فإنّها تحيل نفسها بهذا الأسلوب إلى الإهمال والترك من قبل الراغبين في الإيداع، وعليه فإنّها إن لم تهتد إلى أسلوب وتخريج يؤمّن على رؤوس الأموال على الأقل فسوف لن تتجح من خلال تبني الأطروحة الشرعية في التسليف والاستلاف . فهل يمكن اشتراط الخسارة على العامل أو تخصيصها بالنسبة بينه وبين المضارب كحلّ لهذه المشكلة أو لا ؟

### مناقشة الإشكال الأول:

إنّ هذا الإشكال مما تبناه صاحب الجواهر حيث مرّت الإشارة الى ذلك من عدم صحة المضاربة في غير الذهب والفضة (١٧)، كما ذهب جملة من الفقهاء المعاصرين مذهبه، وكان دليله كما ذكرنا هو الإجماع بقسميه بالإضافة إلى ما قيل من أصالة الفساد هنا ، وقد ورد الإجماع في كلمات المعاصرين بهذه الصيغة : (أن يكون من الذهب والفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً أو ديناراً فلا تصحّ بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف بينهم وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع ) (١٨) ، ومن تأمل في هذا الإجماع (مثل صاحب العروة من متأخري المتأخرين ، والسيد الحكيم (١٩) والسيد الخوئي (٢٠) قول عند البعض الآخر بما ينفي التأمل فيه بلحاظ تعبدية هذا الإجماع وكاشفيته لرأي المعصوم عنده، على خلاف من تأمل فيه فاعتبره منقولاً كما ورد هذا لدى صاحب فقه الصادق (ع) (٢١).

وفي ضوء عدم التأمل فيه وحجيّته كان مقتضى عمومات الأدلة من قبيل قوله تعالى: (أوفوا بالعقود) و (تجارة عن تراض) وقوله (ص): (المؤمنون عند شروطهم) صحة المضاربة بدون فرق على المضارب بين أن يضارب بالعروض والفلوس أو بالذهب والفضة المسكوكين .

ومن أجل الإعتقاد على هذا الإجماع المانع من تطبيق هذه العمومات ينبغي دراسته تاريخياً لمعرفة متى انعقد ، وما هو معقده، فإنّ القضية المترتبة على ثبوته مهمّة جداً، إذ لو صحّ لا يمكن التعامل مع البنوك الحالية اليوم ، كما هو واقع الإشكال؛ لأنّ أغلب المعاملات الحالية تجري من خلال الأوراق النقدية .

ولكي نتوقّر على دراسة هذا الإجماع ينبغي أن نطلّع على نصوصه أولاً من كلمات الفقهاء القدامى ، حيث يكون حجّة فيها لا في كلمات المتأخرين والمعاصرين ، وهذه هي:

١- كلمات القاضي ابن البرّاج :

يقول: (إذا دفع إنسان إلى حائك غزلاً و قال له: إغزل ثوباً أو إزاراً على أن يكون الفضل بيننا ، هل

يكون ذلك مضاربة صحيحة أم لا ؟

الجواب : لا يكون ذلك مضاربة صحيحة ؛ لأنّ المضاربة لا تكون إلاّ بالأثمان التي هي الدنانير و الدراهم . و إنّما قلنا لأنّه لا خلاف في أنّ ما ذكرناه مضاربة صحيحة وليس كذلك ما يخالفه ( ٢٢).

٢-كلمات السيّد ابن زهرة (رحمه الله) :

يقول (رحمه الله) : (ومن شروط ذلك أن يكون رأس المال فيه دراهم أو دنانير معلومة مسلمة إلى العامل ولا يجوز القراض بالفلوس ولا بالوزن المغشوش؛ لأنّه لا خلاف في جواز القراض مع حصول ما ذكرنا و ليس على صحته إذا لم يحصل دليل) (٢٣).

وهناك كلمات بعض آخر ذكرت الشرط ولم تذكر الإجماع ، من أمثال كلمات حمزة بن علي في الوسيلة (٢٤)، والكيدري في مصباح الشريعة (٢٥)، وابن البرّاج في المهذب (٢٦).

وأما المتأخرون من فقهاءنا فقد اختلفوا فيه فصاحب الجواهر أكّده ، و صاحب العروة لم يقطع به ، و صاحب الحدائق تأمّل فيه وأفتى بجواز المضاربة بالفلوس والعروض ، و السيّد الخوئي لا يراه كاشفاً عن رأي المعصوم (ع)، و يرى أن المسألة مشمولة للعمومات بلا إشكال، ويقول السيد الطباطبائي في العروة الوثقى : ( من شروط المضاربة أن يكون من الذهب والفضة المسكوكين بسكة المعاملة بأن يكون درهماً أو ديناراً ، فلا يصحّ بالفلوس ولا بالعروض بلا خلاف بينهم وإن لم يكن عليه دليل سوى دعوى الإجماع ، نعم تأمّل فيه بعضهم وهو في محلّه ؛ لشمول العمومات إلاّ أن يتحقق الإجماع وليس ببعيد فلا يترك الاحتياط ) (٢٧) ، وأما كلمات صاحب الجواهر (ره) فهذه هي :

( و من شرطه أن يكون عيناً فلا يجوز بالدين وأن يكون دراهم أو دنانير بلا خلاف أجده في شيء منه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، مضافاً إلى ما قيل : من أصالة الفساد هنا ، السالمة عن مصارحة (أوفوا بالعقود) و (المؤمنون عند شروطهم) و نحو ذلك مما عرفت إرادة العقود اللازمة منه ، وعن الإطلاقات التي لم تسق لبيان ما تجوز به المضاربة ، و إنّما هي في معرض أحكام آخر، و إن كان لا يخلو من التأمل ضرورة الاكتفاء بـ (تجارة عن تراض) و نحوه في ذلك بعد الإغضاء عن دعوى عدم اطلاق صالح ، ولكنّ الأمر سهل بعد الإجماع المزبور) (٢٨).

وأما كلمات صاحب فقه الصادق (ع) فهذه هي :

(ولكن عند التأمل في كلمات المتقدمين التي ورد فيها الإجماع نجده بوضوح أنّه من المنقول لا المصحّل ، وعلى فرض حجّيته فهو غير الذي نراه في الكتب . فعدم الخلاف الوارد في عبارة ابن البرّاج قام على صحّتها في الدراهم والدنانير المسكوكة لا على بطلانها في غيرها).

وأما عبارة السيد ابن زهرة في الغنية فالإجماع فيها كذلك على صحّة المضاربة لو كان المال من الدراهم والدنانير المسكوكة وأما غيرها فقد نفى وجود دليل على صحّة المضاربة فيه ، و لم يقل بأنّ الإجماع قائم على بطلان المضاربة فيه أيضاً . و عليه فالمرجع في المسألة العمومات ولا موجب لرفع اليد عنها ، و قد ذهب صاحب الحدائق الناضرة (ره) إلى عدم اعتبار هذا الشرط ، و نحن نقول: لم يرد فيه دليل خال من المناقشة، ولهذا نرى عدم الاشتراط. انتهى الكلام في الإشكال الأول و مناقشته .

### الإشكال الثاني:

و إما منهجية البحث في الإشكال الثاني فيتمنهج البحث فيه على ثلاثة نقاط هي :

١- مقتضى قاعدة الأمين غير ضامن

٢- النظر في أدلة المضاربة

٣- إمكان اشتراط الخسارة على العامل في المضاربة و عدمه .

والآن يقع الكلام في القاعدة الفقهية المعروفة (الأمين غير ضامن) و مناقشتها و علاقتها بضمان

العامل في المضاربة و عدم ضمانه .

النقطة الاولى: بحث قاعدة الأمين لا يضمن

أقول : إن مقتضى القاعدة الفقهية أنه لا ضمان على الأمين من غير تعدد أو تفریط أو اهمال ؛ لأنه بها يخرج عن كونه أميناً، والمقصود بالأمين الأعم من الأمين الذي استأمنه صاحب المال فيشمل المستعير، والمستأجر، والأجير على حمل المتاع، و العامل في المضاربة، والمرتهن، و الذي استأمنه الشارع مثل الحاكم الشرعي على أموال اليتامى والفُصّر، والقيّم على أموال الصغار، والوكيل من قبل المالك أو الشارع، وأيدي هؤلاء أيد أمانية إما من قبل المالك، أو من قبل الشارع (٢٩).

أما لو كانت اليد عادية، أو غير مأذونة لا من قبل المالك و لا من قبل الشارع فكلاهما ضامنتان ويجب عليهما إرجاع عين ما وقع تحت اليد أو صار في الذمة و العهدة إلا مع الفقدان و التلّف فيجب عليهما الإنتقال الى المثل و القيمة، ودليل الضمان هنا قاعدة (على اليد) المستفادة من النبوي المشهور (على اليد ما أخذت حتى تؤدّي)، وأما الأدلة على عدم ضمان اليد الأمانية غير قاعدة (الأمين لا يضمن) فهي كالتالي :

#### ١- إنتفاء سبب الضمان

فقد استدلت على عدم ضمان اليد الأمانية بعدم وجود دليل على الضمان في موردها، و معلوم أنّ الضمان حكم وضعي يترتب عليه حكم تكليفي وهو التّغريم بالمثل أو بالقيمة، و إنّ كلّ من يدعي حكماً وضعياً أو تكليفيّاً هو المطالب بالدليل على إثبات الحكم لا الذي ينفي ذلك .

ومن خلال ما تقدّم نستطيع القول: بأنّ الدليل قد قام على إثبات الضمان في المعاملات التي تُضمّن بصحتها وفسادها، وعلى اليد العادية وعلى اليد غير المأذونة من المالك أو من الشارع وهو (أي الضمان) على التوالي إما لقوله: ( ما يضمن بصحيحه يضمن بفساده )، أو لقاعدة (على اليد ما أخذت حتى تؤدّي)، وقاعدة (من أتلف مال الغير فهو له ضامن) بالمثل أو القيمة، و اليد الأمانية غير هذه الموارد، فيد الأمين، و المستعير، والأجير، والمستأجر، والمضارب، التي هي من مصاديق اليد الأمانية غير ضامنة ؛ لعدم وجود دليل يوجب الضمان عليها.

## ٢- الإجماع:

فقد ذكر صاحب الجواهر (ره) في كتاب المضاربة أنه لا اختلاف ولا إشكال في أن العامل أمين، ثم قال : بل هو إجماعي : (فلا يضمن حينئذ ما يتلف إلا عن تفریط أو خيانة أو للتعدّي فيه بأن فعل فيه ما لم يأذن له شرعاً فيه) (٣٠).  
أقول : إلا أنه إجماع لا يكشف عن رأي المعصوم(ع)؛ لاحتمال استناده إلى الأدلة الروائية التي سنذكرها بعد قليل .

٣- قوله تعالى : (ما على المحسنين من سبيل) (٣١) .

## وتقريب الاستدلال فيها على عدم الضمان كالاتي :

إن السبيل الوارد فيها نكرة، والنكرة في سياق النفي تفيد العموم ، وقد نفى الله السبيل من المحسنين ، و هو هنا الضمان . و الأمين محسن فلا ضمان على الأمين .  
و يمكن تقريره بالحكم العقلي واستقبح تغريمه، إذا الآية تقرير لحكم عقلي .  
أقول : إلا أنه استدلال غير واضح ؛لعدم وضوح مفهوم الإحسان في عامل المضاربة ، ولوضوح أن مقتضى عقد المضاربة هو التسليط لا الإستئمان فلا يتقرّر الحكم العقلي المشار إليه في التقريب .

## ٤- الروايات

وهي منتشرة في كتابي المضاربة والعارية من كتاب وسائل الشيعة و هذا بعضها :

## ١- صحيحة الحلبي :

محمد بن يعقوب ، عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن حماد ، عن الحلبي ، عن أبي عبدالله(ع) في حديث - قال : ( إذا هلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلا أن يكون قد اشترط عليه ) (٣٢).

و رواه الشيخ في التذهيب عن علي بن إبراهيم مثله .

## ٢- رواية أبي بصير المرادي :

عن أبي عبدالله(ع) قال سمعته يقول : بعث رسول الله (ص)

الى صفوان ابن أمية فاستعار منه سبعين درعاً بأطراقها فقال: أغصباً يا محمد ؟ فقال النبي(ص): بل عارية مضمونة) (٣٣).

ورواه الشيخ محمد بن الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن النضر، عن عاصم بن حميد مثله.

## ٣- صحيح الحلبي :

محمد بن يعقوب الكليني، عن بن أبي عمير، عن حماد، عن الحلبي، عن أبي عبدالله(ع) قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان، وقال: ليس على مستعير عارية ضمان، وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (٣٤).

النقطة الثانية: النظر في أدلة المضاربة

رواية محمد بن قيس:

محمد بن يعقوب، عن علي بن إبراهيم، عن ابن أبي نجران عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس عن أبي جعفر (ع) قال: قال أمير المؤمنين (ع) من أتجر مالا واشترط نصف الربح فليس عليه ضمان... الحديث (٣٥).

وروى محمد بن الحسن بإسناده عن الحسين بن سعيد عن النضر بن عاصم بن حميد مثله.

٢- وعنه، عن فضالة، عن أبان، عن محمد بن سالم، عن أبي جعفر (ع) قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى

صاحبه ضمان؟ فقال: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً" (٣٦).

٣- وبإسناده عن الحسن بن محمد، عن سماعة، عن صفوان، عن عاصم بن حميد، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (ع) قال: قضى علي (ع) في تاجر أتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضاربة ضمان... الحديث (٣٧).

٤- وعنه، عن عبدالله بن جبلة، عن اسحاق بن عمار، عن أبي الحسن (ع) قال: سألته عن مال المضاربة؟ قال: الربح بينهما، والوضيعة على المال (٣٨).

وكلها واضحة الدلالة في عدم الضمان، ولو قيل إن روايات العارية واردة في العارية لا في المضاربة وفيها استثنائات في الذهب والفضة كما في رواية اسحاق بن عمار عن أبي عبد الله (ع) أو أبي إبراهيم (عليهما السلام) قال: (العارية ليس على مستعيرها ضمان إلا ما كان من ذهب أو فضة فإنهما مضمونان اشترطا أو لم يشترطا) (٣٩).

قلنا: القاعدة الفقهية لمسلميتها لا تتوقف على هذه الروايات، وموارد تطبيق القاعدة الكثيرة تشير الى هذه المسلمية، ومن جملة هذه التطبيقات من جهة اذن المالك، تلف المال عند الوكيل في مختلف موارد الوكالة، والمستأجر أو المضارب أو المستعير ومن جهة اذن الشارع كاللقطة من الطريق، ويد الحاكم الشرعي، أو وكيله أو مأذونه على أموال القصر وصاحب المال الذي تعلق به الخمس أو الزكاة الى حصول المستحق، والمال الذي انقذ من الغرق والحرق أو من السارق وغير ذلك، هذا إضافة الى وجود روايات المضاربة الدالة على ما دلت عليه القاعدة بالالتزام، وأما الآية الكريمة، والقاعدة العملية فهما في مورد الإحسان، وليس في مورد يد المستأجر والمستعير والمضارب والأجير إحسان، وعدم وجود سبب للضمان ليس دليل لعدم لما تعارف من أن عدم الدليل ليس دليل عدم، وأما الاجماع فمستند إلى هذه الأدلة وليس كاشف عن رأي المعصوم (ع).

وعليه فالضمان على ضوء القاعدة على صاحب رأس المال وهو حكم لا يغري أصحاب رؤوس الأموال بالإيداع، بل يعيقهم عنه فضلا عن أنهم يبحثون عن الربح من خلال هذا الإيداع، وعلى الأقل الحد الأدنى منه، فللخروج من هذه المشكلة يأتي هذا السؤال: هل يجوز أن يشترط صاحب رأس المال (المضارب) الخسارة على المستثمر (العامل) أو لا؟ ولإجابة عن هذا السؤال يفتح الكلام على اشكال الشرط في العقود. النقطة الثالثة: إمكان اشتراط الخسارة على العامل في المضاربة.

## ١ - اشكال الشرط في العقود :

هناك إشكال معروف يرد على الشرط في العقود وهو أنه يخرج العقد عن التجيز الذي هو شرط في صحته (٤٠). حيث أن العقد بالشرط يصبح معلّقاً، والعقد المعلّق انشاء معلّق، والإنشاء المعلّق ليس بإنشاء، فلو قال: أوكلتك في بيع داري يوم الجمعة وكان يوم الجمعة ظرفاً للتوكيل لا يصح؛ لعدم التجيز، وكذا لو قال: أوكلتك بيع داري إذا جاء ابني من السفر .

نعم لو كان التعليق في المنشأ لا في الإنشاء صحّ العقد، فلو قال: أوكلتك بيع داري يوم الجمعة وكان التوكيل الآن وظرف البيع يوم الجمعة لصحّ العقد.

وقبل الإجابة عن الإشكال نبين أنحاء الشروط في العقود لنرى أن شرط الخسارة على العامل من أيّ نحوٍ منها، وهل يرد الإشكال عليه أو لا ؟

أنحاء الشرط في العقود :

للشروط في العقود ثلاثة أنحاء هي :

النحو الأول : شرط الفعل، كما لو قال: أبيعك داري بشرط أن تهني كتابك، أو بشرط أن توكلني ، أو تبيعني بستانك ، أو تزوجني ابنتك، وأمثال ذلك .

النحو الثاني: شرط الصفة ، كما لو قال : أبيعك التمر بشرط أن يكون بساً ، أو أبيعك البيت بشرط أن يكون ذا طابقين .

النحو الثالث : شرط النتيجة ، كما لو قال : أبيعك داري بشرط أن أكون وكيلك.

ثرى هل تصح هذه الشروط في العقد؟ وهل تسلب منه التجيز أو لا؟

الجواب: أما شرط الفعل فإنّ العقد يتحوّل من خلال أخذ شرط الفعل فيه الى قضية مستقبلية قد تتحقق

أو لا تتحقق، أو يتحول من إنشاء الى إنشاء فيكون باطلاً.

نعم لو كان التعليق ليس على الفعل وإنما على التزامه، أي بشرط أن يلتزم المشتري للبائع بأن يجعل البائع وكيلاً له في تجارته فيما باعه الدار فالعقد على هذا الفرض صحيح؛ لأن الالتزام أمر حالي لا مستقبلي حتى يقال إنّ العقد فقد التجيز فلا يصحّ، إذ المشتري في المثال إما أن يلتزم أو لا يلتزم فإنّ التزم صحّ البيع لتتجزّه وكان الشرط إلزاماً في التزم، وترتب عليه أثره، وهو أنه يحقّ للبائع أن يلزم المشتري بتنفيذ التزامه عملاً بقوله (ص) ( المؤمنون عند شروطهم )، وهو شرط ضمن العقد والتزام فيه ، ويحقّ له أن يفسخ العقد ان امتنع المشتري من التنفيذ عملاً بخيار تخلف الشرط . هذا في مثل العقود التي فيها خيار تخلف الشرط، أما مثل عقد الزواج الذي ليس فيه ذلك، فلو تخلف الزوج عن تنفيذ الشرط الذي اشترطته الزوجة عليه أثناء إجراء العقد فليس لها أن تفسخ العقد . اذن فشرط الفعل اذا كان التعليق فيه على الفعل فلا يصحّ، وان كان التعليق فيه على الالتزام فلا اشكال في أخذه في العقد ويصحّ بلا اشكال . هذا عن شرط الفعل وأما شرط الصفة ، كما لو قال أبيعك السيارة بشرط أن لا تكون قد قطعت أكثر من (٣٠٠٠ كم) ، فالمشتري هنا له حقّ خيار الفسخ؛ لأنّ



العقد عُلق على أمرٍ حاصلٍ منجَزٍ، فاذا تبَيَّنَ فقدان ما تعلَّقَ به الشرط كما لو كانت السيارة قد قطعت (٥٠٠٠ كم) ثبت له الخيار .

ومن هذا يظهر أن شرط الصفة لا اشكال في أخذه في العقد، وإن العقد المتضمن له صحيح .  
وأما شرط النتيجة : مثل بعثك داري بشرط أن يكون بستانك ملكين او أكون مالكا لسيارتك ، أو ضاربتك بشرط أن تكون ضامنا للخسارة .

الإشكالات على شرط الضمان في عقد المضاربة  
الإشكال الأول: يرد على شرط الضمان في عقد المضاربة أنه شرط نتيجة، وقد ذكر الشيخ الأعظم على شرط النتيجة إشكالين هما : (ره)

اشكالا الشيخ الانصاري(ره) على شرط النتيجة

الإشكال الاول: تحقق المسبب بدون سبب

وتوضيحه أنّ شرط النتيجة في مثل قول المضارب ضاربتك بمالي على أن تكون ضامناً للخسارة، يعني أنّ العامل لو قال: قبلت، فقد ثبت الضمان في ذمته، وصار الضمان مملوكاً للشارط على المشروط عليه، ولا حاجة لإثبات ملكية هذا الشرط الى إجراء آخر بعد الصيغة الأنفة، كما لو نذر أنّ ما عندي من الدنانير صدقة قريبة الى الله، فقد اصبح ما عنده صدقة ولا حاجة لكي يتصدق بها أن يقول: أتصدق بها قريبة الى الله تعالى، على خلاف ما لو كان النذر نذر فعل لا نذر نتيجة فان النادر يحتاج لكي يتصدق بما نذره الى صيغة التصدق . وهذا معناه ان المسبب في نذر النتيجة قد تحقق بدون سببه؛ لأنّ التصدق سببه الخاص صيغة الصدقة، والضمان سببه حكم الشارع، والوكالة سببها قول الموكل وكلتك وقول الوكيل قبلت ، والملكية سببها قول المملّك مملّكتك وقول المملّك قبلت، والزواج زوجتك وقول الرجل قبلت، والطلاق أنت طالق، والمعتق أنت حرّ لوجه الله .... وتحقق المسبب بدون سبب محال عقلاً.

### جواب الإشكال

وقد أفاد الشيخ الأعظم في الإجابة عن هذا الإشكال بأنّ أمره هيّن؛ لأنّ السبب الذي هو أصل المشكل إنّما يحصل في نفس العقد المشروط، وإنّ الوكالة والوصاية والملكية يكفي الشرط في تحققها بخلاف الطلاق والزواج فهما يحتاجان الى سبب مستقل عن العقد لتحقيقها (٤١) ، ولهذا يعدّ شرط النتيجة المتعلّق بهما لاغياً .

### الإشكال الثاني :

التقريب الأول: إنّ معنى شرط النتيجة تمليك الشرط الذي هو الغاية للمشروط له على المشروط عليه، أي أن الشارط عليك الشرط على ذمة المشروط عليه، وتمليك الغاية (النتيجة) محال لأنّ النتيجة لا تُملك كما يُملك الفعل فكيف يُمكن الوفاء به .

### التقريب الثاني :

إنَّ معنى عموم (المسلمون عند شروطهم) و (أوفوا بالعقود) إيجاب الوفاء بالشرط ، وهو معنى معقول إذا كان من قبيل الأعمال . وأمَّا الغايات فكيف تكون على ذمة المشروط عليه للمشروط له وكيف يفى بها . وفي الجواب عنه أفاد (ره): إنَّ وفاء كلِّ شيء بحسبه، فالوفاء بشرط العمل بالعمل به وإيجاده، والوفاء بشرط النتيجة بترتيب الآثار عليها (٤٢)، فإذا قال: بعتك الدار بشرط أن توكلني في تجارتك صحَّ بالسبب ، وهو الإيجاب والقبول، والوفاء به يتحقق بممارسة الوكالة في تجارة المشتري، ولو قال: بعتك الدار بشرط أن أكون وكيلك في التجارة يصحَّ بترتب الآثار على الغاية وتملَّك المشروط له للغاية على المشروط عليه، فتقع الملكية بترتيب آثارها بالسبب وآثار الوكالة بالشرط وكلاهما بعقد واحد.

ولو قال بعتك داري بشرط أن تكون خياطة هذا الثوب ملكي فإن المشروط له لا يملك النتيجة وهي خياطة الثوب ولا يمكن تملكها له كما يمكن تملك الفعل، إلا أنه يصح أن يملك أثر النتيجة كبيع ما تملكه بالشرط في محل الخياطة ولا إشكال (٤٣).

### الخلاصة:

إنَّ المشكلة الأساسية في الشروط أنَّ العقد إنشاء، والإنشاء يتطلَّب التنجيز أي الجزم ، والشروط تنافي التنجيز فلا معنى للإنشاء المعلق فإنَّه يساوق عدم الإنشاء .

وعليه يجب توجيه الشرط بحيث لا ينافي التنجيز المجمع على شرطيته في صحة العقد، وذلك بأن يكون معنى الشرط إناطة الإلتزام بالإلتزام، وهذا أمر حاصل فعلاً فإنَّه أن يحصل الإلتزام فيكون العقد صحيحاً أو لا يحصل فيكون باطلاً.

فإذا صحَّ العقد عندئذٍ يصحَّ له الفسخ عند تخلف الشرط فيؤول معنى الشرط في الحقيقة الى

### الشرطين:

الأول: شرط الإلتزام وهو إلزام الشارط بالعمل أو بما تعلَّق به شرطه وهو لا ينافي التنجيز.

والثاني: شرط الخيار عند التخلف عن الإلتزام وهو لا ينافي التنجيز في العقد أيضاً، لأنَّ الإلتزام أمر فعلي لا مستقبلي.

نعم في النكاح حيث لا فسخ ولا خيار وإنما يُلزم قضائياً بتنفيذ الشرط.

والشروط إمَّا أن تكون شرط فعل أو شرط صفة أو شرط نتيجة.

ومآل شرط الفعل أمران: إناطة الإلتزام بالإلتزام أو الخيار عند التخلف، ومآل شرط الصفة الى شرط

الخيار ولا معنى له غير ذلك.

ومآل شرط النتيجة الى تحقق متعلِّقه في الشركة والوكالة، أمَّا الطلاق والزواج فله أسباب اخرى.

وأما شرط الضمان الذي نحن بصدده فهو شرط النتيجة الذي إنتهينا الى صحة أخذه في العقد ولا يرد

الاشكالان اللذان ذكرهما الشيخ الأعظم .



هذا كله في فرض العلم بالسبب المحقق للنتيجة، وهو إما العقد وشرطه كما في الوكالة والوصاية ، أو السبب المستقل كما في الزواج والطلاق والعتق .

وأما شرط هذه الامور في هذه العقود الأخيرة فلا يحققها ويعدّ الشرط فيها لاغياً وفساداً لكونه خلاف الكتاب والسنة؛ لأن العتق والطلاق والنكاح في الشرع يحصل بسبب خاص مستقل لا ضمن شرط في عقد من العقود .

أمّا في فرض الشك في هذا السبب المحقّق لها هل هو السبب الخاص المستقل أم نفس العقد والشرط، ومثاله: لو قال بعنك داري على أن تكون أموالك ما عدا الثمن صدقة أو ملكا لي. فهنا نشك في أن حصول الصدقة هل هو بالشرط الذي ورد في العقد أم بسببها الوارد في الشريعة، وبعبارة أخرى هل إنّ الغاية تتحقق في هذا الفرض أو لا تتحقق.

رأي الشيخ الأنصاري (ره) في المسألة :

يقول الشيخ في المكاسب في عدم تحقق الغاية إلا بما علم كونه سبباً لها : (ومن أنّ الوفاء لا يختص بفعل ما شرط ، بل يشمل ترتب الآثار عليه نظير الوفاء بالعقد ... مضافاً الى كفاية دليل الوفاء بالعقود في ذلك بعد صيرورة الشرط جزءاً للعقد ، ثم يقول (ره) : وكيف كان ، فالأقوى صحة اشتراط الغايات التي لم يعلم في الشارع إناطتها بأسباب خاصة ، كما يصحّ نذر مثل هذه الغايات بأن ينذر كون المال صدقة ، أو الشاة أضحية ، أو كون هذا المال لزيد ، وحينئذٍ فالظاهر عدم الخلاف في وجوب الوفاء بها بمعنى ترتيب الآثار .) انتهى كلام الشيخ الأعظم (ره) (٤٤).

اذن الدليل عنده (ره) على صحة هذا الشرط الذي لم يعلم من الشارع إناطته بأسباب خاصة هو عموم (المؤمنون عند شروطهم ) الشامل لهذا الشرط ولو من خلال ترتّب أثره وإطلاق (أوفوا بالعقود) الشامل أيضاً لكلّ عقد بما فيه من أجزاء بعد صيرورة الشرط جزءاً .

الملاحظة الواردة على رأي الشيخ الأعظم (ره) :

ويلاحظ على كلامه (ره) انه من باب التمسك بالعام في موارد الشبهة المصدقية . فإنّ التمسك بعموم الشرط في صحة (المسلمون عند شروطهم ) لا يثبت صحة النتيجة في فرض عدم العلم بالسبب المحقق لها هو تمسك بالعام في مورد الشبهة المصدقية ، وهو غير جائز حتى على نظره هو (ره) وذلك لأن نصّ الرواية هكذا .

محمد بن يعقوب بإسناده عن الحسين بن سعيد عن حماد عن النضر بن سويد عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله (ع) قال: (المسلمون عند شروطهم إلاّ كل شرط خالف كتاب الله عزّوجلّ فلا يجوز ) (٤٥).  
ورواه الصدوق بإسناده عن عبد الله بن سنان مثله ، فالرواية فيها مستثنى وهو (إلاّ كل شرط خالف كتاب الله عزّوجلّ فلا يجوز ) ، ومستثنى منه ( المسلمون عند شروطهم ) ، ونحن لا نعلم أنّ شرط (أن يكون مالك صدقة ) هل هو من المستثنى حتى يكون باطلاً ، أو من المستثنى منه حتى يكون صحيحاً . والتمسك

بالعام لاثبات صحة هذا الشرط المشكوك انما هو من التمسك بالعام في مورد الشبهة المصدقية .وعليه فلا بد من توجيه كلام الشيخ الاعظم (ره),لانه ليس من القائلين بجواز التمسك هذا .

### التوجيه :

من المعلوم أنّ العام إذا اتّصل به مخصّص فانه لا يكون دالاً بالدلالة التصديقية على معناه , فلو قال الأمر : اكرم العلماء الا الفاسق فان الدلالة التصديقية لهذا العام على معناه غير باقية , نعم , الدلالة التصورية باقية , واما اذا كان المخصّص منفصلاً فإنّ دلالة العام على معناه تتعقد ولكنه يسقط عن الحجية . وعليه فلو كان هناك عام قد اتصلت به قرينة مثل (اكرم العلماء الا الفاسق) ونعلم ان مرتكب الكبيرة من الفساق قطعاً ولكننا نشكّ في مرتكب الصغيرة هل هو من الفساق فلا نكرمه أم ليس منهم فنلحقه بالعام . في مثل هذا المورد يقال بعدم التمسك بالعام في موارد الشبهة المصدقية، الاّ أنّه لو كان بيدنا عام آخر لم تتصل به قرينة مخصصة، كما لو ورد (المسلمون عند شروطهم) بدون المستثنى فما المانع من التمسك به في موارد الشك .وبهذا التوجيه نستطيع أن نصحّ شرط النتيجة المشكوك في أنه يحصل بسببه الخاص بعد العقد أو يحصل بنفس العقد الذي وقع فيه , فنحن نعلم انه يحصل بسببه الخاص قطعاً ونشك في انه يحصل بنفس العقد الذي وقع فيه أم لا يحصل , فنتمسك بالعام الذي لم يرد فيه مخصص متصل ونترك التعامل مع العام المجمل أي: المخصّص بما يوجب الاجمال . فان القاعدة عند وجود دليلين احدهما مخصص بما يوجب اجماله , والاخر ليس مخصصاً بمخصص متصل هو عدم التعامل مع الدليل الآخر معاملة المجمل كما لو ورد ( اكرم الشعراء إلا من يهجو الناس) , وورد دليل اخر يقول (اكرم الشعراء) من دون استثناء , فاذا شكنا في الهجاء هل يشمل ذكر العيوب الظاهرة أم لا .

فهنا نأخذ بالتخصيص في مورد العيوب المستورة؛ لأنّها قطعاً من الهجاء . وفي مورد العيوب الظاهرة حيث نشك في شمول الهجاء لها نأخذ بالعام الذي لم يرد فيه مخصص متصل.

وفي موردنا إذا كان عموم (المسلمون عند شروطهم ) إلاّ كل شرط خالف كتاب الله عزّوجلّ مجملاً تجاه شرط النتيجة فإنّ عموم (أوفوا بالعقود ) سالم من الإجمال لعدم وجود مخصص متصل فيه فنأخذ بعمومه ويشمل المورد المشكوك فيصح شرط النتيجة في موردنا. هذا اذا لم نظفر بعموم (المسلمون عند شروطهم) بدون مخصص وإلاّ اذا ظفرنا به بدون مخصص نأخذ به .

وبهذا نستطيع القول بصحة اشتراط المضارب الخسارة على العامل على القول بأن شرط الضمان من شرط النتيجة، وهي مشكوكة الحصول فيما لو أخذت في نفس العقد . ولكن ترد في المقام شبهة أخرى وهي الشبهة الحكمية , وتوضيحها: أن يقال إنّ المستفاد من الدليل هو انحصار السبب المملّك بالبيع أو بالهبة مثلاً أو عدم الانحصار فيهما بل بهما وباشتراطهما ضمن عقد آخر فتكون الشبهة حكيمة لا مصداقية وفي مورد الشبهة الحكيمة نأخذ بالقدر المتيقن وهو حصول الملك بالسبب الخاص وفي غيره نتمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم).

الإشكال الثاني على شرط ضمان الخسارة على العامل :

إنّ هذا الشرط ينافي مقتضى العقد؛ لأنّ المضاربة تقتضي تسليط العامل على العين وهو بمعنى الاستئمان، وبد الأمين غير ضامنة ، وتغريم أو تضمين العامل الخسارة على خلاف مقتضى العقد، فيبطل الشرط وعلّة ذلك ان الشرط الذي يتم على خلاف مقتضى العقد يوؤل الى التناقض في الانشاء، مثل بعثك بشرط أن لا تملك المبيع، أو اشتريت وقبلت بشرط أن لا تملك الثمن ومقتضى عقد البيع التملك، وهذا الشرط مناف للملك فيكون الشرط مناقضاً للعقد ، وفيما نحن فيه كذلك .

**جواب الإشكال :**

ويقال في جواب الإشكال : ان الشرط الذي يتنافى مع العقد هو ما ينافي مدلوله كما لو قال البائع للمشتري أبيعك بشرط أن لا تملك، اذ العقد يقتضي التملك والشرط يقتضي عدمه . وشرط ضمان الخسارة ليس من هذا القبيل الذي يكون فيه الشرط منافياً لمقتضى العقد؛ لأنّ المضاربة تقتضي تسليط العامل على العين ليتاجر بها ولا تقتضي الضمان ، بل هي مطلقة بالنسبة إليه كالبيع فهو وإن كان يقتضي التملك إلاّ أنّه من جهة اللزوم وعدمه مطلق .ولهذا جاز للمشتري ان يشترط الخيار ويسقط بذلك لزوم البيع أو لا يشترطه فيثبت . نعم عقد المضاربة بما أنّ مدلوله تسليط العامل على المال ليتاجر به يلزم من ذلك أن يكون مستأماً من قبل المضارب ، وإذا كان كذلك فهو غير ضامن حسب القاعدة والروايات الخاصة، فشرط الضمان يتنافى مع لازم المدلول لا مع نفس المدلول وشتان بينهما ، اذ منافاته مع اللزوم منافاة مع حكم شرعي فيكون مخالفاً للسنة لا لمقتضى العقد . ومثال ذلك لو قالت المرأة للرجل: زوجتك نفسي بشرط أن لا أحلّ لك ولا أكون زوجة لك، فهذا الشرط مخالف لمقتضى العقد ،أمّا لو قالت له :زوجتك نفسي ،وقال :قبلت بشرط أن لا ترثيني، فهذا الشرط مناف لكتاب الله لا لمقتضى العقد ، وعليه فما المانع من اشتراطها اذا كان لا يتنافى مع مقتضى العقد، أليس المشتري يستطيع أن يرفع اللزوم باشتراط الخيار، واللزوم من لوازم العقد لا من مقتضياته، ولو كان من مقتضياته لما جاز شرط الخيار والفسخ للزوم التناقض . فإذا كان الأمر كذلك في البيع فلم لا يكون الأمر نفسه في المضاربة ؟

وخلاصة الجواب أنّ مقتضيات العقود قسم منها يقتضيه العقد على نحو العليّة التامة فلا ينفك عنه، وشرط خلافه خلاف مقتضى العقد ،وقسم آخر لا يقتضيه العقد بل العقد باطلاقه يقتضيه فشرط الخلاف مناف للعقد المطلق لا لمطلق العقد .

**الإشكال الثالث :**

إنّ شرط ضمان الخسارة على العامل في المضاربة ينافي مقتضى الكتاب والسنة ؛لما سبق من أن العامل أمين، والأمين لا يضمن حسب القاعدة ،ولما ذكرناه من الروايات الناصّة على عدم جواز تضمين العامل بالخسارة . وبناءً على ذلك فإذا اشترط المضارب الضمان يكون شرطه مخالفاً لمقتضى الكتاب والسنة كما هو واضح ،والشرط المخالف لهما باطل وغير جائز . ولمعالجة هذا الإشكال يقع الكلام في نقطتين:

الأولى: بحث في الأدلة التي يستدل بها على بطلان كل شرط مخالف للكتاب والسنة.

الثانية: بحث في معنى الشرط المخالف للكتاب والسنة .

وهنا نودّ أن نشير الى المخالفة المنهجية في التقدّم والتأخّر في هاتين النقطتين أعلاه، وذلك لأننا

سنعتمد في تفسير معنى الشرط المخالف على النصوص الدالة على بطلان الشروط المخالفة للكتاب.

### الهوامش:

- (١) سبق وأن أشرنا في المقدمة أن الشيخ الأستاذ (حفظه الله) لديه محاولة فريدة في هذا المجال دونها في كتابه (النظام المالي وتداول الثروة في الإسلام) طبع /١٩٦٣م. وهذه المحاولة التي نقرّها لبحثه هي في هذا السياق.
- (٢) راجع : الكركي ، جامع المقاصد : ج٤ ص ٦٢
- (٣) راجع : النجفي ، محمد حسن، جواهر الكلام: ج٣٣ ص ٢١٣
- (٤) راجع: بدائع الصنائع : ج٧ ص ١٠٣
- (٥) راجع : .....
- (٦) المائدة : ١
- (٧) سورة البقرة : ٢٧٨-٢٧٩ وهو قوله تعالى: ( يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين . فإن لم تفعلوا فأذنوا بحرب من الله ورسوله وإن ثبتم فلكم رعوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون.)
- (٨) السنن الكبرى: ج٥ ص ٣٥٠، الطوسي ، الخلاف : ج٣ ص ١٧٤
- (٩) البقرة: ٢٧٩
- (١٠) ورد عن داود بن الحصين ، عن عكرمة مولى ابن عباس ، قال : قال ابن عباس : إن الله إنما افترض على بني إسرائيل اليوم الذي افترض عليكم في عيدكم يوم الجمعة ، فخالفوا إلى السبت فعظموه وتركوا ما أمروا به ، فلما أبوا إلا لزوم السبت ابتلاهم الله فيه ، فحرّم عليهم ما أحلّ لهم في غيره . وكانوا في قرية بين أيلة والطور يقال لها " مدين " ، فحرّم الله عليهم في السبت الحيتان صيدها وأكلها ، وكانوا إذا كان يوم السبت أقبلت إليهم شراً إلى ساحل بحرهم ، حتى إذا ذهب السبت ذهبن ، فلم يروا حوتاً صغيراً ولا كبيراً. حتى إذا كان يوم السبت أتت إليهم شراً ، حتى إذا ذهب السبت ذهبن . فكانوا كذلك ، حتى إذا طال عليهم الأمد وقرموا إلى الحيتان(اشتهوا أكلها) ، عمد رجل منهم فأخذ حوتاً سرّاً يوم السبت فخرمه (شكّه وثقبه) بخيط ، ثم أرسله في الماء ، وأوطد له وتدًا في الساحل ، فأوثقه ثم تركه . حتى إذا كان الغد جاء فأخذه ، أي إني لم أخذه في يوم السبت ، ثم انطلق به فأكله . حتى إذا كان يوم السبت الآخر عاد لمثل ذلك . ووجد الناس ريح الحيتان . فقال أهل القرية : والله لقد وجدنا ريح الحيتان . ثم عثروا على ما صنع ذلك الرجل. قال : ففعلوا كما فعل ، وأكلوا سرّاً زماناً طويلاً، لم يعجل الله عليهم بعقوبة حتى صادوها علانية وباعوها بالأسواق.
- (١١) المائدة : ١
- (١٢) النساء: ٢٩
- (١٣) الطوسي ، محمد بن الحسن ، التهذيب : ج٧ ص ٣٧١، حديث ١٥٠٣
- (١٤) راجع: الصدر ، محمد باقر ، البنك اللاروي في الإسلام: ص ١١
- (١٥) الخوئي ، علي أكبر، منهاج الصالحين : ص ١٣٧ / كتاب المضاربة
- (١٦) النجفي ، محمد حسن ، جواهر الكلام : ج٢٦ ص ٣٥٦
- (١٧) النجفي ، محمد حسن ، جواهر الكلام : ج٢٦ ص ٣٥٦
- (١٨) اليزدي ، العروة الوثقى(ط.ق) : ج ٢ ص ٦٣٩
- (١٩) الحكيم ، محسن ، مستمسك العروة : ج ١٢ ص ٢٤٤
- (٢٠) الخوئي ، كتاب المضاربة ( الأول): ص ٢٠
- (٢١) الروحاني ، محمد صادق، فقه الصادق(ع): ج ١٩ ص ٢٧٩

- (٢٢) سلسلة الينابيع الفقهية، كتاب جواهر الفقه : ج ١٧ ص ٥٣
- (٢٣) نفس المصدر، كتاب غنية النزوع: ج ١٧ ص ٦٧
- (٢٤) نفس المصدر، كتاب الوسيلة: ج ١٧ ص ٦٩
- (٢٥) نفس المصدر، كتاب مصباح الشريعة: ج ١٧ ص ٧١
- (٢٦) المصدر السابق، المهذب، ج ١٧ ص ٥٧
- (٢٧) الطباطبائي، العروة الوثقى، كتاب المضاربة : ج ٢ ص ٤٢٦
- (٢٨) النجفي، محمد حسن، جواهر الكلام، كتاب المضاربة : ج ٢٦ ص ٣٥٦
- (٢٩) راجع الضمان في الفقه الاسلامي : ص ٦٨-٦٩ ، ص ٢١٢-٢٣٥
- (٣٠) النجفي محمد حسن ، جواهر الكلام : ج ٢١ ص ٢٧٨-٢١٢
- (٣١) التوبة: ٩١
- (٣٢) وسائل الشيعة : كتاب العارية : ج ١٩ ص ١٩١ الرواية ١ ط آل البيت
- (٣٣) وسائل الشيعة : كتاب العارية : ج ١٩ ص ١٩٢ الرواية ٤ ط آل البيت
- (٣٤) نفس المصدر: ج ١٩ ب ١ ص ٩٣ الرواية ٦
- (٣٥) نفس المصدر: ج ١٩ ب ٣ ص ٢٠ الرواية ٢
- (٣٦) نفس المصدر: ج ١٩ ب ٣ ص ٢١ الرواية ٢
- (٣٧) نفس المصدر: ج ١٩ ب ٣ ص ٢٠ الرواية ٤
- (٣٨) نفس المصدر: ج ١٩ ب ٣ ص ٢١ الرواية ٥
- (٣٩) نفس المصدر: ج ١٩ ب ٣ ص ٩٧ الرواية ٤
- (٤٠) قال في المكاسب :ومن جملة الشرائط التي ذكرها جماعة : التتجز في العقود بأن لا يكون معلقاً على شيء بأداة الشرط ،بأن يقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة في صورة وجود ذلك الشيء ،لا في غيرها .راجع ج ٧ ص ٩٦-٩٧ استشهاد الشيخ بكلام العلامة على عدم جواز التعليق .
- (٤١) المكاسب
- (٤٢) المكاسب
- (٤٣) المكاسب
- (٤٤) المكاسب
- (٤٥) وسائل الشيعة : ج ١٢ ب ٦ ثبوت خيار الشرط بحسب ما يشترطانه، ر ٢ ص ٣٥٣ ط القديمة .

### المصادر:

- ١\_ القرآن الكريم
- ٢\_ نهج البلاغة ، الشريف الرضي.
- ٣\_ بحار الانوار ، محمد باقر المجلسي، بيروت .
- ٤\_ وسائل الشيعة، محمد بن الحسن الحر العاملي، بيروت ، لبنان.
- ٥\_ كتاب المكاسب، الشيخ مرتضى الأنصاري، قم: مجمع الفكر الإسلامي ١٤٢٠ ق.
- ٦\_ غرر الحكم ودرر الكلم، عبد الواحد بن محمد التميمي، ٥١٠ هـ .
- ٧\_ المحجة البيضاء في تهذيب الأحياء، الفيض الكاشاني، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات/بيروت لبنان.



- ٨\_ جامع المقاصد في شرح القواعد، المحقق الشيخ علي بن الحسين الكركي، تحقيق مؤسسة ال البيت عليهم السلام لاحياء التراث.
- ٩\_ جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، الشيخ محمد حسن النجفي، حققه الشيخ عباس القوجاني، الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت لبنان.
- ١٠\_ بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي، (المتوفى: ٥٨٧هـ)، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت/لبنان، الطبعة الثانية.
- ١١\_ السنن الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرُوْجِردِي الخراساني، أبو بكر البيهقي (المتوفى: ٤٥٨هـ)، المحقق: محمد عبد القادر عطا، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت / لبنان.
- ١٢\_ تهذيب الأحكام، أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، (٣٨٥ - ٤٦٠ هـ).
- ١٣\_ البنك اللاربوي في الاسلام، محمد باقر الصدر، دار التعارف للمطبوعات، ط١/١٩٩٤م.
- ١٤\_ منهاج الصالحين، علي أكبر الخوئي، النجف الاشرف.
- ١٥\_ جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام، محمد حسن النجفي، حققه وعلق عليه: الشيخ عباس القوجاني، الناشر: دار احياء التراث العربي - بيروت لبنان.
- ١٦\_ العروة الوثقى، محمد كاظم اليزدي، مؤسسة السبطين العالمية.
- ١٧\_ مستمسك العروة الوثقى، السيد محسن الطباطبائي الحكيم قدس سره، الناشر: مؤسسة دار التفسير، عدد الاجزاء: ١٤، مطبعة الآداب في النجف الأشرف.
- ١٨\_ فقه الصادق عليه السلام، السيد محمد صادق الحسيني الروحاني، اشراف: الشيخ قاسم محمد مصري العاملي، الناشر: منشورات الاجتهاد.
- ١٩\_ سلسلة الينابيع الفقهية، علي اصغر مرواريد، الناشر: مؤسسة فقه الشيعة، الدار الاسلامية، الطبعة: الاولى ١٩٩٠م.

