

أحكام الضمان في عقود الأمانات

دراسة فقهية مقارنة

Instruction of guarantee in honesty contract

إعداد الطالب

منصور عيسى مشرف الحجازات
الرقم الجامعي: (٠١٢٠١٠٤٠٠٩)

إشراف الدكتور:

فتح الله أكثم تفاحة

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

.....	د. فتح الله أكثم تفاحة
.....	أ.د. قحطان عبد الرحمن الدوري
.....	د. أحمد ياسين القرالة
.....	د. محمد خالد منصور

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في قسم الفقه وأصوله في كلية الدراسات الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت .

نوقشت وأوصي بإجازتها / تعديلها / رفضها بتاريخ :

الإهداء

إلى عائلتي الغالية.....

إلى أمي الحنون التي ما سهرت ليلتها إلا وكانت تعد لحظاتها.....

وما قطعت ذريها إلا وكانت تعد ذراته.....

إلى والدي الحاني الذي ما غبت يوماً عن خلده وفكره.....

إلى شقيقتي الكبرى الغالية التي كانت وما زالت ركننا شديداً طالما أويت

إليهم.....

إلى شقيقتي وشقيقتي.....

أهدي ثمرة جهدي هذا.....

حبا وكرامة، واعترافا بالجميل، ووفاء بالمعروف.

الشكر والتقدير

اللهم لك الحمد ولك الشكر ، إليك يرجع الخير كله وإليك يرجع الفضل كله.
أما بعد:

فلو كان للمعروف جزاء أكثر من الشكر لما بخلت به على كل من كان له كلمة نصح أو إرشاد ساعدت في إخراج هذه الرسالة.
فالشكر الجزيل وخالص التقدير أتقدم بهما إلى أستاذي الفاضل الدكتور فتح الله أكثم تفاحة، على سعة صدره، وطول صبره، ومنتهى حلمه، إضافة إلى تحمله أعباء الإشراف على هذه الرسالة وإضافة إلى نصحه وإرشاده ودقة ملحوظاته ، التي ما كان لهذه الرسالة أن تخرج إلى النور لولاها، فجزاه الله عني خير جزاء ، وأسأل الله تعالى أن يمدّه بالصحة والعافية ، وأن يجعله ذخرا للإسلام والمسلمين ولطلبة العلم والدين.

كما أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان بالجميل لأعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول مناقشة رسالتي هذه . وعلى حسن توجيههم وإرشادهم ممثلين بالأستاذ الدكتور قحطان الدوري والدكتور أحمد قرالة والدكتور محمد خالد منصور . فجزاهم الله عني خير جزاء المالية سائلا الله أن يجعل ذلك في ميزان حسناتهم .

والحمد لله رب العالمين.

قائمة المحتويات

ب	الإهداء
ج	الشكر والتقدير
د	قائمة المحتويات
ط	ملخص البحث
ك	المقدمة
١	الفصل التمهيدي: في معنى الضمان وعقود الأمانات
١	المبحث الأول: معنى الضمان وأسبابه
١	المطلب الأول: معنى الضمان لغة
٣	المطلب الثاني معنى الضمان اصطلاحاً
٦	المطلب الثالث: التعريف المختار
٧	المطلب الرابع: أسباب الضمان
٩	الفرع الأول: ضمان العقد
١١	الفرع الثاني: ضمان الإلتلاف
١٣	الفرع الثالث: ضمان اليد
١٤	المطلب الرابع: كيفية الضمان
١٤	الفرع الأول: الضمان الكلي
١٦	الفرع الثاني: القدر المجزئ في الضمان الكلي
٢١	الفرع الثالث: ضمان الأجزاء
٢٢	المبحث الثاني: في عقود الأمانات
٢٠	المطلب الأول: معنى العقد لغة واصطلاحاً:
٢٠	المطلب الثاني: ماهية عقود الأمانات.
٢٧	الفصل الأول: العقود التي ذكر الفقهاء أنها عقود أمانة
٢٧	المبحث الأول: عقد الإيداع (الوديعة)
٢٧	المطلب الأول: معنى الوديعة لغة واصطلاحاً
٢٨	المطلب الثاني: حكم يد المودع عنده (الوديعة)
٣٣	المبحث الثاني: عقد الوكالة:
٣٣	المطلب الأول: معنى الوكالة لغة واصطلاحاً
٣٤	المطلب الثاني: حكم يد الوكيل.
٣٥	المبحث الثالث: عقد الشركة
٣٥	المطلب الأول: الشركة لغة واصطلاحاً
٣٧	المطلب الثاني: حكم يد الشريك
٣٨	المبحث الرابع: عقد المضاربة
٣٨	المطلب الأول: تعريف المضاربة
٣٩.	المطلب الثاني: حكم يد المضارب
٤٠	المبحث الخامس: عقدي المزارعة والمساقاة
٤٠	المطلب الأول: بيان المقصود بهما

٤٠	المطلب الثاني: حكم يد العامل فيهما.
٤١	المبحث السادس: عقد الإيضاء
٤١	المطلب الأول: معنى الإيضاء
٤٢	المطلب الثاني: حكم يد الوصي
٣٧	المبحث السابع: عقد الإجارة
٤٣	المطلب الأول: معنى الإجارة.
٤٠	المطلب الثاني: حكم يد المستأجر
٤٥	الفصل الثاني : الضمان في عقد الوديعة
٤٥	المبحث الأول : الضمان عند التقصير في حفظ الوديعة
٤٥	المطلب الأول: أثر السفر على الوديعة
٤٩	المطلب الثاني: حكم خلط الوديعة بغيرها
٥١	المطلب الثالث: حفظ الوديعة عند غيره
٥٤	المبحث الثاني : الضمان عند الانتفاع بالوديعة
٥٤	المطلب الأول : الضمان عند نية الخيانة أو التعدي في الوديعة
٥٦	المطلب الثاني : أثر الانتفاع على صفة الأمانة
٥٨	المطلب الثالث: اثر الاستعمال الممنوع على صفة يد الوديع بعد الرد
٦٠	المبحث الثالث: الضمان عند مخالفة شرط المودع
٦٠	المطلب الأول: ما هو الشرط المعتبر في العقود ؟
٦١	المطلب الثاني : هل تعتبر كل مخالفة سبباً للضمان
٦٣	المطلب الثالث: مخالفة أمر المودع في مكان الحفظ عند تعيينه
٦٥	المطلب الرابع: مخالفة شرط المودع في حالة نهيه عن إخراج الوديعة من مكانها الذي عينه
٦٦	الفصل الثالث: أحكام الضمان في عقد الوكالة
٦٦	المبحث الأول: البيع أو الشراء بغير ثمن المثل.
٦٦	المطلب الأول : بيان الضابط في التمييز بين الغبن الفاحش واليسير
٦٧	المطلب الثاني : الضمان عند البيع بالغبن الفاحش
٦٩	المبحث الثاني: الانتفاع بالعين الموكل ببيعها أو بالثمن
٧١	المبحث الثالث: الضمان عند توكيل الغير
٧٤	المبحث الرابع : الضمان عند مخالفة أمر الموكل.
٧٤	المطلب الأول : الضمان عند البيع بأنقص من الثمن المقدر
٧٦	المطلب الثاني : الضمان عند الشراء بأعلى من السعر المحدد
٧٨	المطلب الثالث : الضمان عند مخالفة الوكيل لأمر موكله بصفة البيع
٨١	المطلب الرابع : الضمان عند المخالفة في صفة الشراء
٨٢	المطلب الخامس : الضمان عند مخالفة المكان والشخص والزمان
٨٥	الفصل الرابع: الضمان في عقدي الشركة والمضاربة
٨٦	المبحث الأول: الضمان عند دفع مال الشركة أو المضاربة للغير.
٨٦	المطلب الأول : إيداع مال الشركة
٨٨	المطلب الثاني : إيداع مال الشركة أو المضاربة

٩٠	المطلب الثالث: الضمان عند دفع مال الشركة لمن يضارب فيه	شركة
٩١	المطلب الرابع : الضمان عند دفع مال المضاربة لمن يعمل فيه	
٩٥	المبحث الثاني: التقصير في حفظ مال الشركة أو المضاربة	
٩٥	المطلب الأول : الضمان عند السفر بمال الشركة أو المضاربة	
٩٨	المطلب الثاني : الضمان عند خلط مال الشركة أو المضاربة	
١٠٠	المطلب الثالث : الضمان عند مخالفة شرط الشريك أو رب المال	
١٠٤	المبحث الثالث : ضمان عامل المساقاة عند دفعه الأرض مساقاة	
١٠٦	المبحث الرابع: الضمان عند دفع عامل المزارعة الأرض مزارعة	
١٠٧	الفصل الخامس: الضمان في عقد الإجارة	
١٠٧	المبحث الأول : الضمان عند استخدام العين المؤجرة في غير ما اتفق	عليه
١٠٧	المطلب الأول : الضمان عند مخالفة العرف	
١٠٨	المطلب الثاني : الضمان عند استعمال العين المؤجرة في مثل	المستأجر له
١١٠	المطلب الثالث: الضمان عند إجارة العين المستأجرة	
١١٤	المبحث الثاني : كيفية الضمان في عقد الإجارة	
١١٤	المطلب الأول: الزيادة في الانتفاع من نوع المنفعة المتفق عليها	
١١٦	المطلب الثاني: العدول عن المنفعة المتفق عليها إلى منفعة أخرى	أكثر ضرراً
١١٨	المبحث الثالث: الضمان عند عدم رد العين المستأجرة لصاحبها .	
١٢٠	المبحث الرابع : ضمان الأجير الخاص.	
١٢٠	المطلب الأول: الضمان عند إنبابة الأجير الخاص غيره بالعمل	
١٢١	المطلب الثاني: ضمان تصرف العامل عند الأجير المشترك	
١٢٢	الفصل السادس : ضمان الوصي.	
١٢٢	المبحث الأول: ضمان ما يأخذه الوصي من مال الموصى إليه	
١٢٨	.المبحث الثاني : ضمان الوصي عند معاملة الموصى عليه.	
١٣٠	المبحث الثالث : الضمان عند دفع مال الوصية للغير	
١٣٤	الفصل السابع : التطبيقات المعاصرة	
١٣٤	المبحث الأول : الودائع المصرفية	
١٣٤	الطلب الأول : الودائع الجارية	
١٤١	المطلب الثاني: الودائع المصرفية لأجل	
١٤٣	المطلب الثالث : الودائع الإسلامية في المصارف الإسلامية	
١٤٥	المطلب الرابع : الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين	
١٤٦	المطلب الخامس :ودائع الخزائن الحديدية	
١٤٧	المبحث الثاني : سندات المقارضة	

١٤٧	المطلب الأول: حقيقة سندات المقارضة
١٤٩	المطلب الثاني : التكييف الفقهي لسندات المقارضة
١٥٢	المطلب الثالث: الصورة الشرعية لسندات المقارضة
١٥٣	المطلب الرابع: الضمان في سندات المقارضة
١٥٦	الخاتمة
١٥٨	فهرس المراجع

بسم الله الرحمن الرحيم

ملخص البحث

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وعلى آله وصحبه أجمعين

وبعد:

تناول الباحث في رسالته أحكام الضمان في عقود الأمانات، فجاءت في مقدمة وتمهيد وسبعة فصول وخاتمة، حيث بين في المقدمة أسباب اختياره لهذا الموضوع المتمثلة في حاجة الناس لهذه الأحكام مع عدم وجود كتاب خاص يجمعها ويبين ضوابطها.

وفي الفصل التمهيدي منها عرض الباحث للتعريف بالضمان في المبحث الأول منه، وبين أنه الالتزام بتعويض مالي للغير نتيجة ضرر لحق به. وبين أن أسبابه تنحصر في العقد واليد والإتلاف وأن كيفية هذا التعويض قد تكون برد الشيء أو مثله أو بدله.

وفي المبحث الثاني من هذا الفصل وضح الباحث المقصود من عقود الأمانات. وبين أنها تلك العقود التي تخلو من عنصر المعاوضة بين طرفيها وتقوم على سلامة الأمين فيها من أسباب الضمان في حال هلاك المعقود عليه ما لم يتعد أو يقصر.

وفي هذا المبحث بين الباحث أن عقد الأمانة أكثر تقييداً من يد الأمانة التي لا يشترط في اعتبارها وجود اتفاق بين طرفين.

وفي الفصل الأول من الرسالة عقد الباحث مبحثاً خاصاً لكل عقد من عقود الأمانات عرف فيه بالعقد عند الفقهاء وبين أدلتهم على اعتباره عقداً من هذه العقود. فكانت فيه عقود الأمانة كالاتي: عقد الوديعة، وعقد الوكالة وعقد الشركة وعقد المضاربة وعقد المزارعة والمساقاة وعقد الوصاية وعقد الإجارة.

أما الفصل الثاني فهو فصل خاص بأحكام الضمان في عقد الوديعة، حيث جمعها في ثلاث مباحث كل واحد منها أحتوى على سبب رئيس من أسباب الضمان في الوديعة يندرج تحته الكثير من الأحكام وهذه الأسباب في: التقصير في حفظ الوديعة والانتفاع بها ومخالفة شرط صاحبها.

وفي الفصل الثالث وهو فصل خاص بعقد الوكالة. اشتمل على أربعة مباحث تشمل الأسباب العامة للضمان فيه وقد تمثلت في البيع أو الشراء بغير ثمن المثل، والانتفاع بالعين الموكل ببيعها أو بثمنها وتوكيل الغير ومخالفة أمر الموكل وشرطه.

وفي الفصل الرابع تحدث الباحث عن الضمان في كل من عقد الشركة والمضاربة والمزارة والمساقاة. لاشتراكها جميعاً في معنى الشراكة والانتفاع المتبادل.

فجاء في أربعة مباحث الأول والثاني منها في عقدي الشركة والمضاربة حيث جمع أسباب الضمان فيهما في سببين الأول عند دفع مال الشركة أو المضاربة للغير سواء للإيداع أو التجارة أو غير ذلك والثاني عند التقصير في حفظ مال الشركة أو المضاربة كالسفر أو المخالفة لأمر الشريك أو رب المال أما الثالث والرابع فهما في عقدي المزراعة والمساقاة عند دفع الأرض لغيرهما.

وفي الفصل الخامس تحدث الباحث عن الضمان في عقد الإجارة في أربعة مباحث الأول في استخدام العين المؤجرة في غير ما اتفق عليه والثاني في كيفية الضمان في عقد الإجارة عند تحقق أسبابه والثالث في الامتناع عن رد العين المؤجرة أما في الرابع فقد تحدث عن الأجير الخاص وعن أسباب ضمانه.

وفي الفصل السادس تحدث الباحث عن الحالات التي يضمن فيها الوصي في ثلاث مباحث عند الاتفاق من ما الوصية على نفسه وعياله وعند التعامل مع الموصى عليه وعند دفع المال للغير.

أما الفصل السابع والأخير فهو في التطبيقات الفقهية المعاصرة لتلك الأحكام فاحتوى على مبحثين الأول في الودائع المصرفية وتكييفها الفقهي وبيان أحكامها والثاني في سندات المقارضة وتكييفها الفقهي وبيان مشروعيتها ثم الخاتمة التي بين فيها الباحث أهم ما توصل إليه من نتائج وتوصيات.

والحمد لله رب العالمين

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، الحمد لله الذي هدانا للإسلام وما كنا لنهتدي لولا أن هدانا الله. والصلاة والسلام على سيدنا محمد الهادي البشير النذير وعلى آله وصحبه ومن والاه. أما بعد:

فإن المال عصب الحياة به تكشف معادن الرجال، وتعرف أخلاقهم، عدّه الإسلام واحداً من ضرورات خمسة يجب المحافظة عليها، وقد سنّ لأجل ذلك القوانين وسنّ التشريعات التي تمنع التنازع والاختلاف بين الناس، وتدفعه، أو تفصل من خلالها بينهم إن وقع، ومن هذا ما نراه مسطوراً في كثير من كتب الفقه في أحكام العقود وآثارها بدءاً بأركان العقود وشروطها وانتهاء بالآثار المترتبة على صحتها أو فسادها.

ومن تلك الأحكام أحكام الضمان في مختلف التعاملات بين الناس التي لا بد أن يتعرض لها كل مسلم، فقد لا يخلو من حياة الإنسان أن تتلف عين تم التعاقد عليها بين طرفين – والكل لاشك حريص على ماله – فمن ذا الذي يتحمل تبعه الهالك إن وقع؟ ومتى يتحمل؟

وقد بين الفقهاء والعلماء تلك الأحكام في كثير من دراساتهم، إلا أن جل بحثهم كان منصّباً على أحكام الضمان الخاصة في عقود المعاوضات، أو أحكام الضمان في الجناية والغصب، أما ما يختص بعقود الأمانات من أحكام للضمان فإن الفقهاء لم يخصصوها ببحث جامع لأحكامها، باستثناء ما نجده في كتاب مجمع الضمانات الذي جمع فيه مؤلفه أغلب أحكام الضمان إلا أنه اقتصر فيه على ما يفتى به في المذهب الحنفي صارفاً النظر عن الدليل أو الرأي الآخر.

لذلك رأيت أن أجمع أحكام الضمان الخاصة بعقود الأمانات في كتاب واحد أبحث فيه هذه الأحكام في المذاهب كلها مع المحاولة للخروج برأي راجح من بينها معتمداً في ذلك على ما يوافق الكتاب والسنة وقواعد الترجيح المتبعة عند علماء الأصول.

فقدت ببيان مجمل للضمان وبعض أحكامه ثم خصّصت لكل عقد من عقود الأمانات فصلاً معيناً بحثت فيه ما يتعلق بهذا العقد من أحكام للضمان. ثم عقدت فصلاً لبيان التطبيقات المعاصرة المرتبطة بهذا الموضوع.

مبررات اختيار الموضوع

ومما دفعني لاختيار الكتابة في هذا الموضوع

- تتأثر الأحكام الفقهية الخاصة في هذا الموضوع في كتب وأبواب الفقه في كتب شتى
- اختلاف آراء العلماء في كثير من المسائل المطروحة في موضوع الضمان مما يحتاج إلى الموازنة والترجيح فيما بينها للخروج برأي راجح يسنده الدليل الصحيح.
- اختلاف الأزمان الذي ينتج عنه تجدد العديد من القضايا التي تحتاج إلى الدراسة والنظر.

أدبيات الدراسة

كتب العديد من العلماء عن أحكام الضمان بشكل عام إلا أنني لم أجد أحدا منهم قد خص عقود الأمانات ببحث محدد¹ وفيما يلي بيان موجز لتلك الدراسات:

- الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، للدكتور أحمد حافظ موسى ، وهي رسالة دكتوراة نوقشت في الجامعة الأردنية، جمع فيها المؤلف الأحكام الخاصة في عقود الأمانات ، بشكل واف تقريبا ، تداركت عليه بعض الأحكام مثل كيفية الضمان في هذه العقد ، وبيان حدود المخالفة في كل عقد منها ، ورجعت في كثير من المسائل إلى المذاهب الأخرى غير الأربعة المعروفة .فيما اقتصر هو على المذاهب الأربعة.
- أحكام الضمان دراسة مقارنة ، بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، تأليف الدكتور سيد عواد علي عواد. تحدث فيه عن التعريف بالضمان وأركانه وشروطه وأسبابه ، وآفاقه . وعن محل الضمان وأقسامه وأنواعه وعن تقسيم العقود بحسب الضمان وعدمه وعن قواعد الضمان الفقهية، ثم انتقل في حديثه عن المسؤولية العقدية والتقصيرية والجنايية ومحترزات كل واحدة منها وما يختص بها من أحكام. ومن خلال النظر في محتوى الرسالة نجد أن الدكتور لم يتناول في حديثه أحكام الضمان المتعلقة بعقود الأمانات إلا بإشارة بسيطة عند تقسيم العقود حسب الضمان وعدمه.

¹ هذا الكلام قبل شروعي في كتابة الرسالة وعند اختياري للموضوع ، وأثناء مناقشة رسالتي علمت بمناقشة رسالة أخرى تحمل مثل هذا العنوان (الضمان في عقود الأمانات) وكنت قد رجعت إليها بعد المناقشة وأثناء تعديلي لمطالب رسالتي هذه.

• ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، الدكتور سليمان محمد أحمد، وهو عبارة عن موسوعة شاملة في أحكام الضمان تناول الكثير من الفروع المتعلقة بالضمان في كتب الفقه، تحدث عن الضمان وتعريفه وأحكامه المختلفة وأشار مثل غيره من الكتاب إلى تقسيم الأموال بحسب الضمان وعدمه ، ولم يتناول عقود الأمانات إلا بإشارات بسيطة من هنا وهناك.

• ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، الدكتور محمد أحمد سراج، مثل غيره ممن تحدث عن الضمان لم يتناول في حديثه عقود الأمانات إلا عند تقسيمه للعقود وبعض الأحكام المتناثرة كأمثلة على الضمان في هذه العقود.

إشكالية الموضوع

- يمكننا التعبير عن إشكالية الموضوع من خلال طرح الأسئلة التالية:
- كيف يمكن دفع نزاع وقع بين اثنين نتيجة لعقد أمانة بعد أن تلفت العين المعقود عليها؟
- ماذا يترتب من آثار على تلف عين في عقد أمانة إن كان سبب التلف تعد وتقصير أو آفة سماوية لا علاقة لأحدهما به؟
- هل يلزم الأمين بتعويض الطرف الآخر عن كل تلف يلحق العين المعقود عليها؟
- إن ثبت التعدي والتقصير على أحد الطرفين فما هي الكيفية التي يتم بها التعويض عن الضرر الذي لحق بالطرف الآخر؟

حدود المشكلة

سيقوم الباحث - بإذن الله وعونه - بالحديث عن عقود الأمانات مبينا أن يد القابض فيها يد أمانة لا يضمن إلا في حالات معينة تكون هي موضوع البحث كالتلف بسبب التعدي والتقصير أو غيرهما من الأسباب ثم يتطرق الباحث للحديث عن آثار هذا التلف على كل من الطرفين ومن تكون له علاقة بالعين المعقود عليها .

منهجية البحث

سيقوم الباحث باستخدام المنهج الاستقرائي وذلك من خلال استقراء كل الأحكام المتعلقة بالضمان في عقود الأمانات وتلك الأدلة التي استدل بها الفقهاء على تلك الأحكام .

سيقوم الباحث بالترجيح بين الآراء الفقهية مراعيًا في ذلك قواعد الترجيح عند علماء الفقه والأصول.

- ذكر السورة ورقم الآية بالنسبة للآيات القرآنية.
- تخريج الأحاديث والآثار من مصادرها الأصلية.
- نسبة الآراء إلى أصحابها وقائلها وذلك بتوثيقها من المصادر والمراجع الأصلية وفق الأصول العلمية المتبعة.
- تعريف موجز بالأعلام غير المشاهير الوارد ذكرهم في متن الرسالة.
- إعداد قائمة بأسماء المراجع والمصادر مع ترتيبها حسب الحروف الهجائية لأسماء مؤلفيها.

تحليل المصادر:

اعتمد الباحث في كتابة بحثه هذا على مجموعة من المصادر والمراجع التي لا غنى لأي باحث عنها وقد تنوعت هذه المصادر بين التفسير والحديث والفقہ وفيما يلي أقدم تحليلاً موجزاً لأهمها:

- الجامع لأحكام القرآن الكريم ، لمحمد بن أحمد القرطبي (٦٧١هـ) المشهور بتفسير القرطبي. من أشمل وأجمع ما كتب في التفسير ، يجمع بين التفسير في الرأي والمنقول، ويذكر القضايا الفقهية المتعلقة بالآية المراد تفسيرها ، يقسم تفسير الآية الواحدة إلى مسائل يفصل فيها واحدة تلو الأخرى.

- فتح الباري ، شرح صحيح البخاري، أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، (ت ٨٥٢هـ) من أهم شروح صحيح البخاري، شرح ألفاظ الحديث ، وبين رواياته في كتب الحديث ، بين الأحكام الفقهية المتعلقة بالحديث ذكر آراء الفهاء في المسائل المطروحة وأدلة كل فريق منهم.

- نصب الراية لأحاديث الهداية، عبد الله بن يوسف الزيلعي، (ت ٧٦٢هـ) من أهم كتب تخريج الحديث ، خرج فيه أحاديث كتاب الهداية للمرغيناني الذي يعد عمدة الحنفية، يذكر آراء العلماء في الحديث ومن خرجه منهم ، كما يذكر ما يعضده أو يخالفه من أحاديث في نفس الباب.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع: علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، (ت ٥٨٧هـ) من أجمع كتب الحنفية وأوسعها شرح فيه كتاب تحفة الفقهاء للسمرقندي، ومع ذلك يظهر وكأنه وحدة واحدة، يذكر فيه الأدلة على كل مسألة يطرحها ، كما ويذكر اختلافات الحنفية في المسائل ، ويذكر أيضا رأي الشافعي فيها. يجمع بين المسائل المتعددة في ضوابط محددة يتدرج في المسائل من العام إلى الخاص بكل سلاسة وبساطة وإحكام.

- مجمع الضمانات، أبو محمد غانم بن محمد البغدادي، (ت ١٠٣٠هـ) ، كتاب في الفقه الحنفي تكلم فيه عن أحكام الضمان في الفقه الحنفي ، عن طريق عرض المسائل ، وتتبعها في الكتب المعتمدة في الفتوى عندهم ، لم يذكر الدليل إلا قليلاً، بين القول المفتى به عند الحنفية، لم يتعرض فيه لأقوال غيرهم من الأئمة.

- التاج والإكليل لمختصر خليل، محمد بن يوسف بن أبي القاسم الغرناطي، الشهير بالمواق، (ت ٨٩٧هـ)، كتاب في المذهب المالكي، شرح فيه مؤلفه مختصر خليل،

ض

ينقل عن أئمة المذهب المالكي، ويعزو الأقوال إلى أصحابها، يذكر أحيانا آراء المذاهب الأخرى، لا يذكر الأدلة من الكتاب والسنة.

• حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، (١٢٣٠هـ) وهي عبارة عن تعليقات وتقييدات على الشرح الكبير ، الذي ألفه شيخه أحمد بن محمد الشهير بالدردير، (١٢٠١هـ -) الذي شرح فيه مختصر خليل، وقد بين مؤلف هذا الشرح أقوال أئمة المذهب والراجح الذي تجب الفتوى به.

• مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، محمد الخطيب الشربيني، (٩٧٧هـ) من كتب الفقه الشافعي ، شرح فيه متن منهاج الطالبين للنووي ، يذكر متن المنهاج ثم يأتي بالشرح بشكل واضح غير مخل ولا ممل ، يوضح معاني المفردات الغريبة ويضبطها، يعزو ما استدل به من حديث إلى مظانه.

• أسنى المطالب شرح روض الطالب، أبو يحيى زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، شرح كتاب روض الطالب للشيخ شرف الدين إسماعيل بن المقرئ، وقد امتاز شرحه بالسهولة والخلو عن الحشو والتطويل يحتوي على الدليل والتعليل، ينقل من أئمة المذهب ويعزو الأقوال إلى أصحابها، ويرجح ما بين الأدلة في المسألة الواحدة ، لا يذكر أقوالا للمذاهب الأخرى.

• المغني، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي، (ت ٦٢٠) من كتب الفقه المقارن، لا غنى لطالب علم شرعي عنه، بنى كتابه على مختصر الخرق في المذهب الحنبلي، يذكر نص المختصر ثم يبدأ بشرحه يبدأ بذكر رأي الحنابلة ، ومن قال به من الصحابة والتابعين وأصحاب المذاهب، ثم يذكر رأي مخالفهم ويستدل لهم ، ثم يذكر دليل الحنابلة على ما قالوا، ويرد على المخالفين. يمتاز بالسلاسة والبساطة والسهولة، يعزو الأحاديث إلى مظانها.

• كشاف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، (ت ١٠٥١هـ) من كتب الفقه الحنبلي، شرح فيه كتاب الإقناع للحجاوي، يذكر علل الأحكام وأدلتها بشكل مختصر ، ويذكر الراجح من أقوال الحنابلة.

• المحلى، أبو محمد علي بن حزم الأندلسي، (ت ٤٥٦هـ) أهم كتب الظاهرية وأجمعها، وقد يعد من كتب الفقه المقارن، يذكر آراء الصحابة والتابعين ، وآراء الفقهاء الأربعة، يروي الأحاديث بسنده ، ينتصر لقوله ويرد بسلطة على مخالفه.

- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، محمد بن يحيى بن المرتضى ، (ن ٨٤٠هـ) من كتب الفقه الزيدي ، يذكر المسألة ويشرحها، يذكر الدليل من القرآن والسنة ، لا يذكر درجة الحديث، يذكر آراء الفقهاء من الصحابة والتابعين ، وآل البيت والأئمة الأربعة، وقد وضع لهم رموزا بينها في مقدمة كتابه.
- الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية، زين الدين العاملي، (ت ٩٦٥هـ) من كتب الفقه الإمامي، ، شرح فيه اللمعة لمحمد بن جمال الدين العاملي، يشرح العبارات كلمة كلمة ، لا يهتم بأقوال المخالفين لمذهبه، ولا يعتمد على كتب السنة.
- شرح النيل وشفاء العليل، محمد بن يوسف اطفيش، ت (١٣٣٢هـ) من كتب الفقه الإباضي، شرح فيه كتاب النيل للثميني، سار في ترتيبه على نهج كتب الفقه الأخرى، يذكر الحكم مع الدليل من الكتاب والسنة وأثار الصحابة، يبين درجة الأحايث التي يحتج بها ، يقارن أحيانا بين الفقه الإباضي وغيره.
- درر الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر أفندي (ت ١٣٥٣هـ) شرح فيه مجلة الأحكام العدلية، وقد كانت الدولة العثمانية وضعتها تقنيناً للفقه الحنفي للتيسير ونبذ الاختلاف والارتباك في محكمها . وهو من أوسع شروحها وأجمعها، بدأ بذكر القواعد الفقهية في المذهب الحنفي، وقد قسم الكتاب إلى مواد تشمل جميع أبواب الفقه.

الفصل التمهيدي: في معنى الضمان وعقود الأمانات

المبحث الأول: معنى الضمان وأسبابه

المطلب الأول: معنى الضمان لغة

عند النظر في كتب اللغة نجد أن كلمة الضمان واشتقاقاتها قد وردت في استخداماتهم محتملة معان عدة، تختلف باختلاف ورود هذه الكلمة في السياق. ومن هذه المعاني^١

(١) الكفالة: ضَمِنَ الشيءَ ضَمَانًا وضماناً كَفَلَ به، وضمَّنه إياه كَفَلَهُ، وهو ضامن وضمين، يقال ضَمِنْتُ الشيءَ أَضْمَنُهُ ضماناً، فأنا ضامن وهو مضمون. ومن هذا ما جاء في الحديث: (من مات في سبيل الله فهو ضامن على الله أن يدخله الجنة)^٢. أي ذو ضمان على الله.

(٢) الغرامة: ضَمَّنْتُ الشيءَ تَضْمِينًا فَتَضَمَّنَهُ عَنِّي: أي غرَّمته فالتزمه.

^١ محمد بن مُكْرَم بن علي، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرُّوَيْفِي الإفريقي، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، باب النون، فصل الضاد، مادة ضمن، (٢٥٧/١٣)، محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، ١٩٩٣م. مادة ضمن. (١٥٤٦/).

^٢ أخرجه مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث، بيروت، كتاب الإمارة، باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله (١٤٩٥/٣)، بلفظ " تضمن الله لمن خرج في سبيله لا يخرجه إلا الجهاد في سبيلي وإيمان بي وتصديق برسلي فهو ضامن أن أدخله الجنة". وأخرجه سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الفكر، (١٠/٢ رقم ٢٤٩٤) محمد بن عبدالله أبو عبدالله الحاكم النيسابوري، المستدرک علی الصحیحین، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٠م، (٨٣/٢ برقم ٢٤٠٠). وأخرجه أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، سنن البيهقي الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٩٩٤م، (١٦٦/٩ برقم ١٨٣٢٠) بلفظ (ثلاثة كلهم ذو ضمان على الله عز وجل: رجل خرج غازياً في سبيل الله، فهو ضامن على الله حتى يتوفاه فيدخله الجنة، ورجل راح إلى المسجد فهو ضامن على الله حتى يتوفاه فيدخله الجنة أو يرده بما نال من أجر أو غنيمة ورجل دخل بيته بسلام فهو ضامن على الله).

(٣) وضمّن الشيء الشيء: أودعه إياه كما تودع الوعاء والمتاع والميت القبر، وكل شيء جعلته في وعاء فقد ضمنته إياه، ومنه قولهم في القبر: ليس لمن ضمّته تربيت، أي لا يرثيه قبره^١.

(٤) المضامين : هي ما في أصلاب الفحول ومفردها مضمون ومن هذا ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الملائيح والمضامين^٢
(٥) أما قولهم فهمت ما تضمّنه كتابك : أي ما اشتمل عليه، وأنفذته ضمن كتابي: أي في طيه.

وضابط هذه المعاني كلها كما جاء في مقاييس اللغة: (الضاد والميم والنون أصل صحيح ، وهو جعل الشيء في شيء يحويه ، من ذلك قولهم ضمنت الشيء إذا جعلته في وعائه ، والكفالة تسمى ضمانا من هذا لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته . والمضامين ما في بطون الحوامل)^٣.

١ الخليل بن أحمد الفراهيدي، معجم العين ، تحقيق مهدي المغربي، ود.ابراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال ، مادة ضمن (٥٠/٧)

٢ انظر الإمام مالك بن أنس ، كتاب الموطأ ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي، مصر، كتاب البيوع ، باب ما لا يجوز من بيع الحيوان (٢ / ٦٤٥ رقمه ١٣٣٤) وقد وقفه على سعيد بن المسيب . وقد أخرجه أيضا سليمان بن أحمد بن أيوب الطبراني ، المعجم الكبير، تحقيق : حمدي بن عبدالمجيد السلفي ، مكتبة العلوم والحكم - الموصل، الطبعة الثانية ، ١٩٨٣م، (١١ / ٢٣٠ برقم ١١٥٨١)، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، مصنف عبد الرزاق، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي - بيروت، الطبعة الثانية ، ١٤٠٣ هـ ، كتاب البيوع ، باب بيع الحيوان بالحيوان (٨ / ٢٠ رقم ١٤١٣٧)، وقد صحح ابن حجر والصنعاني رواية عبد الرزاق عن ابن عمر باسناد قوي، أنظر : أحمد بن علي محمد الكناي، ابن حجر العسقلاني، التلخيص الحبير في تخرير أحاديث الرافعي الكبير، مؤسسة قرطبة، (٢٦ / ٣)، ومحمد بن اسماعيل الكحلاني الصنعاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، دار الحديث، (٤٥ / ٢)

٣ ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، باب الضاد والميم وما يتلثهما، ص ٣٧٢

المطلب الثاني معنى الضمان اصطلاحاً

استعمل الفقهاء كلمة الضمان وأرادوا بها معنيين :

الأول: وهو الكفالة حيث نرى أن جمهور الفقهاء من المتقدمين استخدموا كلمة الضمان بمعنى الكفالة، فجعلوا الضمان عنواناً لمبحث الكفالة في معظم كتبهم. وعلى هذا فقد عرفوا الضمان بتعريف الكفالة حسب اختلاف آرائهم ومذاهبهم. فإذا ما نظرنا في كتبهم باحثين عن معنى الضمان وجدنا أنهم يقولون على سبيل المثال:

(أنه شغل ذمة أخرى بالحق)^١ كما جاء في عند المالكية أو (ضم ذمة أخرى)^٢ عند الشافعية، أو (ضم ذمة الضامن ذمة المضمون عنه في التزام الحق فيثبت في ذمتها جميعاً ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما)^٣ عند الحنابلة، وتبعاً لهذا فقد جعلت مجلة الأحكام العدلية الضمان عنواناً لمبحث الكفالة أيضاً فعرفته بأنه: (التزام ما وجب أو يجب على غيره مع بقاءه عليه، أو هو ضم الإنسان ذمته إلى ذمة غيره فيما يلزمه حالاً أو مآلاً)^٤. ولسنا بصدد دراسة هذا المعنى.

المعنى الثاني: وهو يدور حول التعويض عن الضرر أو الغرامة المالية، هو موضوع دراستنا. ولعل أقدم تعريف ورد للضمان بهذا المعنى هو ما جاء في كتاب الوجيز للغزالي^٥،

١ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، دار إحياء الكتب العربية. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٣/٣٣٠).

٢ نصر بن محمد بن أحمد السمرقندي الشيرازي، المهذب، دار إحياء التراث العربي، (١/٣٩٩).

٣ موفق الدين عبد الله ابن قدامة، المغني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ هـ، (٥/٨٠).

٤ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، دار الجيل، ج ١/٢٢٥.

٥ محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، أبو حامد، حجة الإسلام: عالم، فقيه، وأصولي، متكلم، نظار، صوفي. له نحو مائتي مصنف. مولده ووفاته في الطابران (قصبه طوس، بخراسان) رحل إلى نيسابور ثم إلى بغداد فبلاد الشام فمصر، وعاد إلى بلده. من كتبه إحياء علوم الدين، تهافت الفلاسفة، و محك النظر و جواهر القرآن و المستصفي من علم الأصول، و" الوجيز في فروع الشافعية. توفي سنة ٥٠٥ هـ.

الأسنوي، طبقات الشافعية، (٢/٢٤٢)، قحطان الدوري، صفوة الأحكام، (٥٧٣)

حيث قال: (إن الضمان هو وجوب رد الشيء أو أداء بدله بالمثل أو بالقيمة)^١
وقيل أنه عبارة عن (رد مثل الهالك أو قيمته)^٢
وقد جاء في نيل الأوطار بأنه: عبارة عن غرامة التالف^٣.
وفي مجلة الأحكام العدلية نجد المادة: (٤١٦) ونصها: الضمان هو إعطاء مثل
الشيء إن كان من المثليات وقيمه إن كان من القيميات^٤
وقد كتب عدد من العلماء المعاصرين في موضوع الضمان محاولين إيجاد
تعريف جامع مانع للضمان في مقدمة مؤلفاتهم ولعل أبرز هذه التعريفات:
تعريف الشيخ على الخفيف في كتابه: أحكام الضمان في الفقه الإسلامي ولعله
أقدمها ، فقال: هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل^٥.
تعريف الأستاذ مصطفى الزرقا: أنه التزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير^٦
تعريف الدكتور وهبه الزحيلي : الضمان هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه
من تلف المال أو ضياع المنافع أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس
الإنسانية^٧
تعريف الدكتور محمد سراج حيث قال: الضمان هو : شغل الذمة بحق مالي
أوجب الشارع أداءه جبرا لضرر لحق بالغير في ماله أو بدنه أو شعوره سواء نشأ هذا

-
- ١ أبو حامد الغزالي، الوجيز، مطبعة الآداب والمؤيد ، (٢٠٥/١)
 - ٢ أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأنشباة والنظائر ، دار الكتب العلمية، (٦/٤).
 - ٣ محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار التراث، ٢٩٩/٥
 - ٤ مجلة الأحكام العدلية، مادة ٤١٦
 - ٥ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية، ص٥
 - ٦ مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة الإنشاء ، دمشق، الطبعة التاسعة ١٩٦٥م، ١٠٣٢/٢
 - ٧ الدكتور وهبه الزحيلي، نظرية الضمان ، دار الفكر ، الطبعة الأولى، ١٩٧٠م، ص١٥

لضرر بمخالف العقد أو شرط من شروطه أو بارتكاب فعل أو ترك حرمه الشارع ذاتا مآلاً.

تعريف الدكتور أحمد حافظ موسى: أن الضمان هو شغل الذمة بتعويض مالي جبراً لضرر لحق في مال الغير أو في نفسه.^٢

١ الدكتور محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي _ دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٩٩٣م، ص٤٧

٢ أحمد حافظ موسى، الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة، إشراف الدكتور عبد المجيد الصلاحين، الجامعة الأردنية، ٢٠٠٥م. ص١١

المطلب الثالث : التعريف المختار

لا شك أن كل تعريف من هذه التعريفات مناسب لما تناوله قائله من مفردات ضمن موضوع بحثه. إلا أنني سأحاول في بحثي هذا الخروج بتعريف ملائم لما تناولت من مفردات فيه من خلال دراسة هذه التعريفات.

فتعريف الغزالي نجده لا يشمل ما تلف جزؤه أو بعضه ، فضيق الضمان على ما تلف كله ونفهم ذلك من خلال قولهما (مثل الهالك).

أما القول بأنه غرامة التالف فهو إشارة إلى أن الضمان هو نفس هذه الغرامة بينما الضمان حقيقة هو الالتزام بهذه الغرامة .

ونجد في تعريف الشيخ علي الخفيف أنه شامل لكل ما وجب في الذمة بما في ذلك الواجبات التعبدية كالصلاة والصيام والزكاة والحج والذور والوعد أتوعد كما أنه لا يحدد الجهة التي يجب دفع الضمان أو التعويض إليها والتي عبر عنها في التعريفات الأخرى بالغير. لكن هذا التعريف جاء مناسباً لما تناوله الشيخ في كتابه فعندما تحدث عن أسباب الضمان ذكر فيها كل ما يؤدي إلى انشغال الذمة^١

أما التعريفات الباقية فنراها متفقة في المقصود والمعنى على الرغم من وجود بعض الاختلاف في المبنى ، فأصحابها متفقون على أن الضمان التزام أو انشغال الذمة ، وأن هذا الالتزام جاء نتيجة ضرر لحق بالغير. وأن هذا الضرر شامل للمال والبدن ، أما الخلاف فكان في زيادة بعض الألفاظ للشرح وعليه فإني أختار التعريف التالي من خلال الجمع بينها وهو : الالتزام بتعويض مالي للغير نتيجة ضرر لحق به. بزيادة لفظة للغير على تعريف الأستاذ الزرقا لتحديد الجهة التي لأجلها الالتزام.

١ علي الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١١

المطلب الرابع: أسباب الضمان

عند النظر في أسباب الضمان التي درسها الفقهاء نجد أنهم قد اختلفوا في تحديدها كما اختلفوا في بيان المقصود منه فنجد بعضهم قد حصرها في ثلاثة أسباب، فيما ذكر بعضهم أسبابا أخرى زيادة عليها، فيما ذكر آخرون أسبابا تختلف عن تلك بالكلية وذلك كالآتي:

يذكر الغزالي أن أسباب الضمان ثلاثة وهي التقويت مباشرة والتسبب واليد^١. ومثل هذه الأسباب يذكرها ابن رشد أيضا فيقول: (وأما الموجب للضمان فهو: إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه، وإما المباشرة للسبب المتلف، وإما إثبات اليد)^٢.

فيما يذكر ابن رجب أن أسباب الضمان ثلاثة: عقد ويد وإتلاف^٣ أسباب ويضيف إليها السيوطي في الأشباه والنظائر سببا آخر وهو الحيلولة^٤ وهذا ما اختاره الزحيلي في كتابه نظرية الضمان^٥، بينما أضاف إليها الدكتور سليمان أحمد سببا خامسا وهو الغرور^٦.

ويذكر الشيخ علي الخفيف أسبابا أخرى مختلفة عن تلك للضمان توافق وجهة نظره وتعريفه الذي اختاره وهي: إلزام الشارع والالتزام والفعل الضار ويد الضمان^٧. إذا نظرنا في هذه الأسباب وجدنا أنه يمكن جمعها في ثلاث مجموعات يمكن حصر الخلاف من خلالها وذلك كالتالي:

المجموعة الأولى وتشمل: الإتلاف والتقويت مباشرة والمباشرة لإتلاف المال، والتسبب في الإتلاف، والفعل الضار، أضف إلى ذلك الغرور الذي يعد سببا للإتلاف فيمكن إرجاعه إليه.

١ الغزالي، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، (٣٧٣/١)

٢ محمد بن أحمد بن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق عبد المجيد طعمة الحابي، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٧م (٣١١/٢)

٣ ابن رجب، القواعد، دار الكتب العلمية (٢١٨)

٤ السيوطي، الأشباه والنظائر (٣٦٢)

٥ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، (٦٣)

٦ أحمد سليمان أحمد، ضمان المتلفات (٤٣)

٧ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (٢٠٨)

المجموعة الثانية وتشمل: اليد وإثبات اليد ويد الضمان حيث أنها هي المقصودة عند إطلاق كلمة اليد ، ويضاف إليها الحيلولة التي يمكن إرجاع أكثر مسائلها إلى يد الضمان .

المجموعة الثالثة: وهي الأسباب المرتبطة بالعقد ويدخل فيها سببين هما العقد والالتزام.

يشذ عن هذه القاعدة السبب الأخير الذي ذكره الدكتور علي الخفيف وهو إلزام الشرع ، وهذا يعود إلى الأصل العام الذي بنى عليه الشيخ حديثه عن الضمان حيث اعتبره شاملا لكل ما يتعلق بالذمة من واجبات تعبدية وكفارات. بناء على ذلك فإن أسباب الضمان يمكن حصرها في ثلاثة أسباب هي: العقد واليد والإتلاف.

الفرع الأول: ضمان العقد:

من المعلوم أن الغاية من العقد ليست محصورة في الضمان فهو يوجب حقوقاً والتزامات يجب الوفاء بها كتسليم المبيع وثمنه أو العين المؤجرة أو حفظ الوديعة ولا يترتب الضمان إلا كأثر لازم لها: يقول الشيخ علي الخفيف: (فعقد البيع مقتضاه تسليم المبيع للمشتري والثمن للبائع، وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه ، فإذا لم يقم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه ، أو كان المبيع أو الثمن مستحقاً لغير صاحبه ، فإن الضمان يكون على من حصل الإخلال من جهته، ويكون الضمان عندها مبنيًا على ما تم الاتفاق عليه^١). أي أن كل واحد من العاقدين ملزم بتنفيذ مقتضى العقد ، فإن قصر في ذلك فإنه يضمن ذلك التقصير ويكون ملتزمًا بتعويض الطرف الآخر عما لحقه من ضرر، ولولا العقد لما وجد هذا الإلزام .

وكذلك الحال إذا كان هناك شرط في العقد لم يلتزم به أحد الطرفين ، بالتالي يلتزم أحدهما بالضمان نتيجة لمخالفته الشرط المقترن بالعقد .

وقد عرف بعض العلماء ضمان العقد بتعريفات مختلفة، منها قولهم: (أنه ضمان العوض المعين في عقد المعاوضة المحضة)^٢ المعاودة ونرى في هذا التعريف أنه مقتصر على عقود المعاوضات المحضة غير شامل للشروط التي قد تقترن في العقد وهذه صور من صور ضمان العقد، كما عرفه الدكتور محمد سراج بأنه: (شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه)^٣. وهذا هو نفس تعريف الضمان إلا أنه بين فيه الحالات التي يكون فيها الضمان بسبب العقد من وجهة نظره وهي: عدم تنفيذ العقد^٤ و الإخلال بشروطه.

١ الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (٢٠)

٢ محمد بن عبدالله الزركشي، المنثور في القواعد، تحقيق تيسير فائق، الكويت، ١٤٠٥ هـ ،

(٣٣٢/٢)

٣ د. محمد سراج، ضمان العدوان ، (٥٦).

٤ وهذه موطن خلاف بين الفقهاء المعاصرين حيث أن الكثير منهم لم يعدوا ذلك من أسباب

الضمان في العقد بخلاف الدكتور محمد سراج، أنظر علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (

١٨)، فتحي الدريني، النظريات الفقهية ، جامعة دمشق، ١٩٩٠م، (٢٢٦)

ويمكن لنا تعريف ضمان العقد بناء على ما جاء في تعريف الضمان نضيف إليه ما يتعلق بالعقد من مفسدة فأقول: إنه (الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من ضرر نتيجة مفسدة اقترنت بعقد)

الفرع الثاني: ضمان الإلتلاف

جاء في القاموس : تلف كفرح : هلك ، وأتلفه : أفناه^١ . ويقرب من هذا المعنى اللغوي استعمالات الفقهاء . يقول الكاساني : إلتلاف الشيء إخراجاه من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة^٢ .

الإلتلاف نوعان :

الأول: إلتلاف حقيقي: بأن يقع على العين ، أو على المنفعة . وعلى كل فإما أن يكون إلتافا للكل أو للجزء ، سواء في العين أو المنفعة . وهذان النوعان الإلتلاف فيهما حقيقي^٣ .

الثاني: قد يكون الإلتلاف معنويا ، ومن ذلك منع تسليم العين المستعارة للمعير بعد طلبها منه ، أو بعد أن قضاء مدة الإعارة . يقول الكاساني : (إن الذي يغير حال المستعار من الأمانة إلى الضمان هو المغير لحال الوديعة ، وهو الإلتلاف حقيقة أو معنى بالمنع بعد الطلب ، أو بعد انقضاء المدة ، وبترك الحفظ ، وبالإلتلاف ، أي استعمال العين والانتفاع بها في غير ما أذن فيه صاحبها)^٤ . فقد اعتبر هذا إلتافا من حيث المعنى وموجبا للضمان .

وقد يكون الإلتلاف إما بالمباشرة وإما بالتسبب . والتسبب يكون بالفعل في محل يفضي تلف غيره عادة . وكلاهما يوجب الضمان ، لأن كل واحد منهما يقع اعتداء وإضراراً أيضا . ويبين ذلك ابن رجب بقوله : (أسباب الضمان ثلاثة) ، فذكر منها الإلتلاف ، ثم قال : (المراد بالإلتلاف أن يباشر الإلتلاف بسبب يقتضيه ، كالقتل والإحراق ، أو ينصب سببا عدوانا فيحصل به الإلتلاف ، كأن يؤجج نارا في يوم ريح عاصف ، فيتعدى إلتلاف مال الغير ، أو فتح قفصا عن طائر فطار ، لأنه تسبب إلى الإلتلاف بما يقتضيه عادة)^٥ ، وأطال في البيان والتفريع . والإلتلاف بالمباشرة هو الأصل . ومعظم صور الإلتلاف من أمثله .

١ الفيروز آبادي، القاموس المحيط ، مادة تلف، (١٠٣٥/١)

٢ علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م، (١٦٤/٧)

٣ د. سليمان أحمد ، ضمان المتلفات، (١٩٣)

٤ الكاساني، البدائع ، (١٥٥/٧)

٥ عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، القواعد ، دار الكتب العلمية. (٢٠٥)

ويشترط في المال المتلف حتى يتم ضمانه :

١. أن يكون الشيء المتلف مالا ، فلا يجب الضمان بإتلاف الميتة والدم وجلد الميتة وغير ذلك مما ليس بمال^١ .

٣ - أن يكون في الوجوب فائدة ، فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي ، ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم ، في دار الحرب ، ولا ضمان على مقاتلي البغاة إذا أتلّفوا مالا لهم ، ولا على البغاة إذا أتلّفوا في المعركة أموال مقاتل ، لأنه لا فائدة في الوجوب ، لعدم إمكان الوصول إلى الضمان ، لانعدام الولاية ، ولأنهم إذا لم يضمنوا الأنفس فالأموال أولى^٢ .

٢ - لا يشترط أن يكون المتلف من أهل وجوب الضمان عليه ، فلو أتلّفت بهيمة مالا أن سان فإنه لا يجب الضمان ، ولو أتلّف الصبي والمجنون نفسا أو مالا لزم الضمان ، لعدم توقف ذلك على القصد ، وإحياء لحق المتلف عليه . وضمان المال يكون في مالهما ، أما ضمان النفس فعلى العاقلة . ونقل صاحب الدر عن الأشباه : (الصبي المحجور مؤاخذ بأفعاله ، فيضمن ما أتلّفه من المال للحال . وإذا قتل فالدية على عاقلته ، إلا في مسائل مستثناة فإنه يضمن فيها : لو أتلّف ما اقترضه ، وما أودع عنده بلا إذن وليه ، وما أعير له ، وما بيع منه بلا إذن)^٣

١ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ٥٧

٢ وهذا الشرط عند الحنفية، أنظر: الكاساني، البدائع، (١٦٨/٧)

٣ محمد أمين بن عمر، رد المختار على الدر المختار (حاشية ابن عاين) ، دار الكتب العلمي،

والنص للحصكفي ، في الدر المختار، أنظر الحاشية (١٤٧/٦)

الفرع الثالث: ضمان اليد

لا يتعدى التعريف بيد الضمان إلا بيان الحالات التي تكون فيه اليد ضامنة وهذه

تشمل ما يلي:

ما كانت اعتداء كيد الغاصب أو من وضع يده على مال غيره من غير ولاية شرعية وإن لم يكن غاصبا. و كل يد حلت محل اليد المعتدية وإن كانت في أصلها أمانة كيد المستودع من الغصب^١.

وما كانت عن ولاية شرعية ودل الدليل على ضمانها: وتشمل يد البائع إذا حبس

المبيع إلى أن يؤدي المشتري الثمن ، ويد المقترض بعد قبض الأعيان التي اقترضها^٢.

أو كانت لمصلحة واضع اليد خاصة مثل يد المستعير عند الشافعية والحنابلة^٣.

١ د. سليمان أحمد ، ضمان المتلفات، ص ٦٤

٢ الشيخ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (١٠٤)

٣ الأستاذ مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة التاسعة، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٦م.

(٤٧٢/١)

المطلب الرابع: كيفية الضمان

إن قواعد الشريعة الإسلامية موضوعة على ضرورة منع الضرر قبل وقوعه ورفع بعد الوقوع ، وقد يكون الضرر الذي لحق بمال الغير كلياً أو جزئياً ، ولرفع هذا الضرر فإن الضمان قد يكون كلياً وقد تحدثت عنه في الفرع الأول، أو جزئياً وقد تحدثت عنه في الفرع الثاني.

الفرع الأول: الضمان الكلي:

(وهو الالتزام بدفع قيمة جميع الشيء المتلف إذا كان التلف كلياً أو جزئياً فاحشاً شبيهاً بالتلف التام)^١ . أي أن الحالات التي يكون فيها الضمان كلياً يمكن الإشارة إليها بالتالي:

- أن تتلف العين تلفاً كلياً
- أن يكون التلف جزئياً فاحشاً بحيث يتعذر الانتفاع بها
- أن يكون التلف حكماً: كأن توضع في مكان يتعذر الوصول إليه ، أو عند الامتناع عن ردها.

وقد يكون برد عين الشيء أو مثله أو قيمته وتفصيل ذلك كالتالي:

أولاً: رد الشيء عينه: يقول ابن رشد : (الواجب على الغاصب إن كان المال قائماً عنده بعينه لم تدخله زيادة ولا نقصان أن يرده بعينه وهذا لا خلاف فيه)^٢.

ويستدل على وجوب رد عين الشيء بمجموعة من النصوص العامة في القرآن والسنة وبالمعقول :

فمن القرآن :

قوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)^٣

وقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقاً من أموال الناس بالإثم وأنتم تعلمون)^٤

١ وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ١٣١

٢ ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ٢٣٧/٢

٣ سورة النساء آية رقم [٢٩]

٤ سورة البقرة آية رقم [١٨٨]

ووجه الاستدلال أن الأكل عام يشمل الانتفاع وهو لازم الحيازة ، فوجبت التخليّة ورد الأموال أصحابها^١.

ومن السنة:

قوله صلى الله عليه وسلم : (لا يأخذن أحدكم متاع أخيه جادا ولا لاعبا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه)^٢.

وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه)^٣ ومن المعقول^٤:

أن الأصول موضوعة على أنه لا ضرر ولا ضرار .
المبدأ العام في حرمة دم المسلم وعرضه وماله .

أن في الرد إعادة العين إلى صاحبها، وليس هناك وجه أتم في دفع الضر ورفعته عن المتضرر من رد عين الشيء، ولا يصار إلى غيره إلا إذا تعذر رده. يقول السرخسي: (واليد لصاحب المال في ماله مقصود، به يتوصل إلى التصرف والانتفاع ، ويحصل ثمرات الملك ، فعلى المفوت بطريق العدوان نسخ فعله ليندفع به الضرر والخسران عن صاحبه ، وأتم وجوهه رد العين إليه ، ففيه إعادة العين إلى صاحبه كما كان فهو الواجب الأصلي لا يصار غيره إلا عند العجز عنه)^٥.

١ محمد سراج، ضمان العدوان ٣٨٥

٢ أبو داود ، السنن، ٧١٩/٢ ، كتاب الأدب ، باب ما أخذ على وجه المزاح، رقم، (٥٠٠٣)، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي ، الجامع الصحيح سنن الترمذي ، تحقيق : أحمد محمد شاکر وآخرون، دار إحياء التراث العربي - بيروت ، كتاب الفتن، (٤/٤٦٢، ٢١٦٠) وقال حسن غريب، البيهقي، السنن الكبرى، ٩٢/٦، كتاب الغصب ، باب تحريم الغصب، رقم (١١٢٧٩)، وقال اسناده حسن و قال الألباني، صحيح.

٣ البيهقي ، السنن ١٨٢/٨، رقم ١٦٥٣٣ كتاب قتال أهل البغي. و١٠٠/٦ رقم (١١٣٢٥) كتاب الغصب، أحمد بن حنبل أبو عبدالله الشيباني، المسند ، مؤسسة قرطبة - القاهرة، ٧٢/٥، (٢٠٧١٤)، علي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، سنن الدارقطني، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يمانى المدني، دار المعرفة - بيروت ، ١٩٦٦م، كتاب البيوع، (٣/٢٦) ، وخرجه الزيلعي في نصب الرامية، وقال إسناده جيد ٣٢٢/٤.

٤ محمد سراج ، ضمان العدوان. ٣٨٥

٥ السرخسي، الميسوط ٥٠/١١

الفرع الثاني: القدر المجزئ في الضمان الكلي

هو رد العين كاملة الأوصاف والذات فإن كان فيها نقص جبر بالقيمة^١.
 وإن كانت العين كاملة الذات والأوصاف ناقصة القيمة بسبب انخفاض الأسعار
 اختلف الفقهاء في جبر نقص القيمة على رأيين :
 الرأي الأول: أنه يضمن ما نقص من قيمتها وحكي عن أبي ثور؛ لأنه يضمنه إذا
 تلفت العين ، فيلزمه إذا ردها ، كالسمن^٢.
 مناقشة دليله: فلأنه وجبت قيمة العين أكثر ما كانت قيمتها ، فدخلت في التقويم،
 بخلاف ما إذا ردها ؛ فإن القيمة لا تجب ، ويخالف السمن ، فإنه من عين المغصوب ،
 والعلم بالصناعة صفة فيها ، وها هنا لم تذهب عين ولا صفة^٣.
 الرأي الثاني: أنه لا يضمن ما نقص من قيمتها وهو رأي الجمهور ، واستدلوا من
 المعقول:

أنه لم يفت شيء من أجزائها ولا من أوصافها والفائت رغبات الناس وهي غير
 متقومة في الشرع.^٤
 أنه رد العين بحالها لم ينقص منها عين ولا صفة ، فلم يلزمه شيء ، كما لو لم
 تنقص^٥.
 أنه لا حق للمغصوب منه في القيمة مع بقاء العين ، وإنما حقه في العين ،
 وهي باقية كلها كما كانت.^٦

١ ابن قدامة ، المغني، ١٥٢/٥ السرخسي، الميسوط ٥٠/١١ عز الدين بن عبد السلام ، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، ١٨٠/١ بتصرف، وانظر د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ٥٦٩

٢ ابن قدامة ، المغني، ١٥٢/٥

٣ ابن قدامة، المصدر السابق ١٥٢/٥

٤ عز الدين بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ، ١٨٠/١ بتصرف، وانظر د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ٥٦٩

٥ ابن قدامة، المغني ١٥٢/٥

٦ ابن قدامة المصدر السابق ١٥٢/٥

أن الغاصب يضمن ما غصب ، والقيمة لا تدخل في الغصب ، بخلاف زيادة العين ، فإنها مغصوبة وقد ذهبت^١
الترجيح :

من خلال استعراض الأدلة يظهر لنا رجحان الرأي الثاني لقوة أدلتهم وصحة أصولهم التي استندوا في البناء عليها..
ويظهر مثل هذا الحكم في عقود الأمانات عند منع المعار بعد طلبه عند من قال بأنه عقد أمانة ، أو جدد الوديعة مع بقاء عينها ، أو بعد المخالفة في حفظها وغير هذا من الحالات التي تكون فيها العين ما زالت قائمة كما إذا تعدى في العين الموكل ببيعها ثم ردها إلى صاحبها.

ثانياً: ضمان المثل في المثلي

قد تتلف العين المعقود عليها في بعض الحالات كأن تسرق الوديعة من غير حرزها أو أن تتلف الدابة المستعارة بسبب المخالفة في الشرط ، أو أن تتعيب عيباً فاحشاً يزيل المنفعة المقصودة منها ، وعليه فإنه لا يمكن رد المعقود عليه عينه فيصار إلى المثل أو القيمة. لكن إلى أيهما يصار أولاً ؟

وقبل الإجابة على هذا التساؤل لا بد من بيان الفرق بين المثلي والقيمي. فالمال ينقسم مثلي وقيمي، والمثلي ما يوجد له مثل في الأسواق بلا تفاوت يعتد به ، كالمكيات كالقمح والشعير والموزونات كالسمن والزيت ، والذريعات كالقماش والأراضي، والعدديات المتقاربة كالبيض والجوز وكالمصنوعات المتماثلة كالكووس والصحون أما القيميات ليس له مثل في الأسواق أو يوجد لكن مع تفاوت معتد به في القيمة أو ما تفاوتت أفراده فلا يقوم بعضها مكان بعض بلا فرق، كالدرور والأشجار والحيوان والمفروشات^٢

وفيما يخص الضمان فإن المال إذا كان من ذوات الأمثال فإنه يجب في ضمانه

مثله^٣

١ ابن قدامة المصدر السابق ١٥٢/٥

٢ استطراد في بيان ذلك وتوضيحه الدكتور وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان، ٩٣

٣ الكاساني، البدائع ، ١٥٢/٧، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ٢٢٣/٥، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، أنوار البروق في أنواع الفروق، عالم الكتب، ٢١٥/١، ابن قدامة، المغني، ١٦٢/٥، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ١/١٨١. زكريا

ويستدل على ذلك بالقرآن والسنة والمعقول:

فمن القرآن :

قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)^١ وقوله

تعالى:(وجزاء سيئة سيئة مثلها)^٢ وقوله تعالى(فجزاء مثل ما قتل من النعم)^٣

وجه الدلالة: لا يخفى ما في هذه الآيات من إشارات واضحة على الاعتداد

بالمثلية في الشريعة الإسلامية، سواء كان ذلك فيما بين الناس من حقوق ومعاملات كما

يظهر في الآيتين الأوليين، أو في الكفارات كما في الآية الأخيرة.

ومن السنة:

قوله عليه السلام للسيدة عائشة : (طعام بطعام وإناء بإناء)^٤

وجه الدلالة: أن الطعام هلك ولا يمكن رده بعينه، وكذلك الإناء، وكأن النص

يقول طعام مثل طعام وإناء مثل إناء.

أما من المعقول^٥:

أن حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بإيجاب المثل.

الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، دار الكتاب الإسلامي، ٣٤٦/٢، سليمان محمد أحمد ،

ضمان المتلفات ٥٧٠ د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ٩٣

١ سورة البقرة [194]

٢ سورة الشورى [٤٠]

٣ سورة المائدة [٩٨]

٤ رواه الترمذي عن أنس رضي الله عنه بلفظ: (عن أنس قال : أهدت بعض أزواج رسول الله صلى

الله عليه وسلم إلى النبي صلى الله عليه وسلم طعاما في قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما

فيها فقال النبي صلى الله عليه وسلم طعام بطعام وإناء بإناء

قال أبو عيسى هذا حديث حسن صحيح كتاب الأحكام باب فيمن يكسر له شيء ج ٦٤٠/٣ رقم ١٣٥٩

وأصله متفق عليه .

٥ الكاساني، البدائع ، ١٥٢/٧، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٢٣/٥، القرافي، الفروق، ٢١٥/١، ابن

قدامة، المغني، ١٦٢/٥، العز بن عبد السلام ، قواعد الأحكام ١/١٨١. زكريا الأنصاري، أسنى

المطالب، ٣٤٦/٢. سليمان محمد أحمد ، ضمان المتلفات ٥٧٠ د.وهبة الزحيلي، نظرية الضمان ٩٣.

أن مثل الشيء أقرب إليه من غيره واسمه ينبئ عن ذلك وحيث تعذرت العين وجب المصير الأقرب.

أنه أتم وأقرب رد العين الذي هو الأصل من القيمة فإيجابه أولى منها لمماثلته له من طريق الصورة والمشاهدة والمعنى ، والقيمة مماثلة من طريق الظن والاجتهاد، فكان ما طريقه المشاهدة مقدما.

أن المثل أعدل وأتم في جبر الفائت وأدفع للضرر لما فيه من مراعاة الجنس والمالية المالية ولقيامه مقامه من جميع الوجوه وجميع الأغراض فإن الأعيان إذا تساوت في قدر المالية وفي الأوصاف الخلقية فقد حصل الجبر بما يقصده العقلاء من المالية والأوصاف وجميع الأغراض ولا التفات إلى تغير العين فإنه لا يتعلق بها غرض عاقل بعد الفوات.

ثالثا : رد القيمة

وهذه هي الوسيلة الثالثة لدفع الضرر ولا يصار إليها إلا عند تعذر الوفاء بالمثل في المثليات حقيقة كانقطاع وجود المثل في السوق بعد البحث عنه أو حكما كأن لم يوجد إلا بأكثر من ثمن المثل أو إذا كان المتلف من القيميات كالذور والشجر وقد اتفق الفقهاء على هذا القدر من وجوب الضمان في القيمة ، لكنهم اختلفوا في تقدير القيمة هل تكون في وقت التلف أم في وقت الغصب أو أعلى قيمة يصل لها المغصوب^١ . وفي الحقيقة أن هذا الخلاف وقع عند تقدير القيمة في المغصوبات أي إذا كان التلف بسبب غصب أما إذا كان بسبب تلف ناتج عن عقد فإنهم قد اتفقوا على أنه يصار إلى القيمة يوم التلف وقال بذلك كل من الحنفية^٢ والمالكية^٣ والشافعية^٤ والحنابلة^٥ .

١ الكاساني، البدائع ٢١٣/٤، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٢٤/٥، أبو بكر محمد بن عبدالله الأندلسي المعروف بابن العربي، أحكام القرآن ، دار الكتب العلمية، ١٩٢/٢، الدسوقي، الحاشية ٤٤٨/٣، أحمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، ٢٧/٦، محمد بن شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج شرح المنهاج ، دار الفكر ١٦٧/٥ زكريا الأنصاري، ع، ٣٤٥/٢، ابن قدامة ، المغني ١٦٢/٥، ابن مفلح ، الفروع، ٥٠٨/٤، المحقق الحلبي، شرائع الإسلام ١٣٩/٢

٢ الكاساني، البدائع ٢١٣/٤، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٢٤/٥

٣ ابن العربي أحكام القرآن ١٩٢/٢، الدسوقي، الحاشية ٤٤٨/٣

هذا هو الواجب في الضمان بشكل عام ولبعض العقود تفصيلات نبحثها في
موطنها بإذن الله .

١ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ٢٧/٦، الرملي، نهاية المحتاج ١٦٧/٥ زكريا الأنصاري،
أسنى المطالب، ٣٤٥/٢،

٢ ابن قدامة، المغني ١٦٢/٥، ابن مفلح، الفروع، ٥٠٨/٤

الفرع الثالث: ضمان الأجزاء

اتفق الفقهاء على أن أجزاء العين المؤتمنة غير مضمونة إن تلفت دون تفريط أو نعيدي ، كما هو حال أصلها ، ومثال ذلك العين المعارة ؛ فقد قالوا بعدم ضمان أجزائها إن تلفت بالاستعمال المأذون فيه.^١

الحال الذي هو مساو للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب فلذلك إذا أنكر المستودع الوديعة يكون في حكم الغاصب وإذا تلفت الوديعة في يده بعد ذلك يكون ضامناً^٢ وبناء على ذلك فإن تلف الأجزاء غير المأذون بالانتفاع بها له حكم الغصب فيضمن ضمان غصب.

أما كيفية ضمانها فقد قالوا:

يخير المالك في النقصان الفاحش بين ترك العين المتعدى عليها للمتعدى وأخذ قيمتها جميعاً ، وبين أن يأخذ العين وما نقص من قيمتها بفوات جزئها، أما إذا كان النقص يسيراً فإن المالك يأخذ العين ويضمن الأمين النقصان^٣. ولا بد في ذلك من توفر شرطين اثنين هما:

أن يؤدي النقص في العين إلى نقص في القيمة ، وإلا لم يجب الضمان.
أن يكون النقص بوجه معتبر شرعاً

أما عن كيفية التقويم فإنه يكون يتقويمها قبل تلف أجزائها وبعد التلف والفرق بين القيمتين يكون ضماناً للأجزاء^٥.

١ الشريبي ، مغني المحتاج ، ٣/٣٢١ ، ابن قدامة /، المغني ، ٥/١٣٠

٢ الشريبي ، مغني المحتاج ، ٣/٣٢١ ، ابن قدامة /، المغني ، ٥/١٣٠

٣ السرخسي ، المبسوط ١١/٥٢

٤ الرملي ، نهاية المحتاج ٥/١٧٨

٥ ابن قدامة ، المغني ، ٥/١٣٠

المبحث الثاني : في عقود الأمانات
المطلب الأول: معنى العقد لغة واصطلاحاً:
الفرع الأول:العقد لغة:

الربط والشد والعهد^١ ، قال في القاموس : (عَدَّ الحبلُ والبِعُ والعهدُ : شدّه . ويطلق أيضاً على الجمع بين أطراف الشيء ، يقال : عقد الحبل إذا جمع أحد طرفيه على الآخر وربط بينهما)^٢ وفي المصباح : (عَدَّتْ الحبلُ عَدًّا من باب ضرب فأنعقدَ والعقدُ ما يمسكه ويوثقه ومنه قيل عَدَّتْ البِعُ ونحوه و عَدَّتْ اليمينُ وعَدَّتْهَا بالتشديد توكيد وعَاقَدْتُهُ على كذا وعَدَّدْتُهُ عليه بمعنى عاهدته ومَعَدُّ الشيء مثل مَجْلِسٍ موضع عَدَّهِ وعَقْدَةُ النكاح و غيره إحكامه و إبرامه و العَقْدُ بالكسر القلادة و الجمع عَقُودٌ مثل حِمْلٍ و حُمُولٍ واعتقدتُ كذا عَدَّتْ عليه القلب و الضمير حتى قيل العَقِيدَةُ ما يدين الإنسان به وله عَقِيدَةٌ حسنة سالمة من الشكِّ و اعتقدتُ ما لا جمعته)^٣

١ ابن منظور ، لسان العرب، مادة عقد ، ١٧٨/٣

٢ الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ٣٨٣/١

٣ أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي،

المكتبة العلمية - بيروت ٤٢١/٢

الفرع الثاني: العقد اصطلاحاً:

عرف الفقهاء العقد بأنه: (ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً)^١ أو هو: (ارتباط الإيجاب بالقبول)^٢ والقبول وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: (التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول)^٣. وعرفه آخرون (بأنه الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما صادرين من شخصين على وجه يترتب أثرهما)^٤.

والذي يظهر للباحث أن العقد إيجاب من طرف وقبول من طرف آخر يجمع بينهما بصيغة محددة تختلف باختلاف طبيعة العقد، وبالتالي فإن الرأي بأن العقد هو ربط إيجاب بقبول هو الأرجح والأقرب للصواب.

١ ابن عابدين ، الحاشية، (١٠/٣)

٢ الزركشي ، المنثور في القواعد، (٣٩٨/٢)

٣ مجلة الأحكام العدلية، المادة(١٠٣) ، ص١٨

٤ الشيخ علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ط٣، دار الفكر العربي (١٧٠)

المطلب الثاني: ماهية عقود الأمانات.

الفرع الأول: التعريف بعقود الأمانات

تتضح لنا ماهية عقد الأمانة من خلال ذكر تقسيمات الفقهاء للعقود بحسب الأمانة أو الضمان حيث جرت العادة على تصنيف العقود نظرا اعتبارات عديدة ومختلفة ووفقا لخاصية أو ميزة تشترك فيها مجموعة من العقود تختلف فيها عن عقود أخرى كالتسمية وعدمها ، والمشروعية والصحة والشكلية واللزوم وغيرها من الاعتبارات^١.

وتبعا لهذا التصنيف فإنهم قد صنفوا العقود بحسب الضمان وعدمه أو الأمانة ورفعها ثلاثة أقسام هي^٢.

عقود أمانة : وتشمل كلا من عقد الإيداع والشركة والوكالة والإعارة والوصاية والهبية.

عقود ضمان: وتشمل كلا من البيع والقسمة والصلح عن مال بمال والمخارجة والقرض .

١ مصطفى الزرقا ، المدخل الفقهي ، ج ١ / ٥٦٧-٥٨٧

٢ ذكر الإمام ابن رجب الحنبلي مثل هذا التقسيم في كتابه القواعد عند حديثه عن قبول قول الأمين في الرد وعدمه فقال: (وأما الرد فالأمانة ثلاثة أقسام . الأول من قبض المال لمنفعة مالكه وحده فالمذهب أن قولهم في الرد مقبول. القسم الثاني : من قبض المال لمنفعة نفسه كالمرتهن فالمشهور أن قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير وخرج أبو الخطاب وأبو الحسين وجها آخر بقبول قوله في الرد لأنهم في الجملة وكذلك الخلاف في المستأجر . القسم الثالث : من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمضارب والشريك والوكيل بجعل والوصي كذلك ففي قبول قولهم في الرد وجهان معروفان لوجود الشائبتين في حقهم) ابن رجب الحنبلي، القواعد ، ٦٢ . يقول ابن حزم : (وقالوا : وجدنا كل ما يقبضه بعض الناس من بعض من الأموال ينقسم ثلاثة أقسام - أحدها - قسم منفعة للدافع دون المدفوع إليه ، كالوديعة ، والوكالة - فهذا غير مضمون ، فواجب أن يكون كل ما في هذا الباب كذلك وثانيها - قسم منفعته للدافع والمدفوع إليه معا ، كالقراض ، وقد أتقنا على أنه غير مضمون ، فوجب أن يكون الرهن وكل ما في هذا الباب كذلك . وثالثها - ما منفعته المدفوع إليه دون الدافع كالقرض ، وقد صح الإجماع على أنه مضمون فوجب أن تكون العارية وكل ما في هذا الباب كذلك) المحلى ، ١٤٥/٨

عقود تحتمل الوجهين: وتشمل كلا من عقد الإجارة والرهن والصلح عن مال بمنفعة.

يذكر الدكتور مصطفى الزرقا أن الضابط في تقسيم العقود حسب الضمان هذه الأقسام الثلاثة هو وجود عنصر المعاوضة حيث يقول: (والمبدأ الشرعي الذي يقوم على أساسه التمييز بين عقود الأمانات وعقود الضمانات، بحسب ما يوحي به استقراء الأحكام واستنتاج عللها الفقهية في شتى المناسبات هو أن فكرة الضمان في العقد تدور مع معنى المعاوضة فيه ولو نهاية ومآلاً، وحينئذ يكون العقد عقد ضمان في الناحية التي تتعلق بها المعاوضة ويكون القابض ضامناً في هذه الناحية . أما فيما سوى ذلك فيعتبر العقد عقد أمانة ، وتنفيذ بالتسليم والتسليم يجعل القابض أميناً)^١.

والأصل في هذه العقود - عقود الأمانات - أن ما تلف منها في يد الأمين لا يضمنه إلا إذا تعدى في استخدامه أو قصر في حفظه أو بأي صورة تجاوز فيها حدود أمانته ، كما أن دعواه في الهلاك تقدم على غيرها. باستثناء بعض الصور التي نحن في صدد دراستها والتي تتحول فيها صفة يده من الأمانة الضمان.

وبناء على ذلك التقسيم فإن عقود الأمانات التي تجتمع على تلك الصفة التي ذكرها الفقهاء في التقسيم هي : عقد الوديعة والوكالة والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والإجارة والوصاية. وهذه هي العقود التي سأتناول أحكامها في رسالتي.

١ مصطفى الزرقا، المرجع السابق ٥٨١/١

الفرع الثاني : الفرق بين عقد الأمانة ويد الأمانة

يد الأمانة كما يعرفها الشيخ علي الخفيف هي: (ما كان عن ولاية شرعية ولم يدل الدليل على ضمان صاحبها) ^١. ويعرفها الدكتور عبد الجليل ضمرة بأنها : (اليد الحائزة للعين بولاية شرعية ابتدائية من الشارع للحفاظ أو نيابية بإذن المالك ، والتي تنتفي التبعية في الذمة لحيازتها) ^٢ . وكلا التعريفان متفقان في كثير من قيودهما غير أن الدكتور عبد الجليل أخرج يد المالك من التعريف بقيد للمحافظة بناء على أن المالك لا يضمن ماله.

ومن خلال هذا التعريف يظهر الفرق بين يد الأمانة وعقد الأمانة حيث أن الأول أعم وأشمل حيث يندرج تحتها يد الملتقط والوالي أو القاضي على مال اليتيم أو المحجور عليه وهذه التي عبروا عنها في التعريف بما كانت عن ولاية شرعية بشرعية أما عقد الأمانة فإنه يكون بولاية نيابية بإذن المالك.

و لا بد من الإشارة إلى أنه يترتب على الرأي بأن اليد أمانة: أن على صاحبها حفظ ما تحتها من أموال وصيانتها عن أسباب التلف والضياع بقدر الإمكان ، فإذا أدت اليد هذا الواجب الشرعي برئت من الانشغال بتبعية الضمان ^٣.

١ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (١٠٣)

٢ الدكتور عبد الجليل ضمرة – اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامي، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن عشر ، العدد الرابع ، ٢٠٠٢. (ص١٤٩٠)

٣ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، (١٠٣)

الفصل الأول: العقود التي ذكر الفقهاء أنها عقود أمانة

المبحث الأول: عقد الإيداع (الوديعة)

المطلب الأول: معنى الوديعة لغة واصطلاحا

الفرع الأول: معنى الوديعة لغة

الوديعة لغة: أصل الوديعة في اللغة من قولهم ودعت الشيء أي تركته ، فالأصل ودع ، فالواو والdal والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية ١ . ومنها قول النبي صلى الله عليه وسلم : (لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن الله على قلوبهم) ٢ .

وقد ذكر الفقهاء لأصل اشتقاقها أكثر من رأي منها:

من ودع الشيء :إذا تركه ، أي هي متروكة عند المودع . وقيل من السكون . يقال : ودع ، يدع . فكأنها ساكنة عند المودع . مستقرة . وقيل : هي مشتقة من الخفض والدعة ، فكأنها في دعة عند المودع ٣ .

الفرع الثاني: الوديعة اصطلاحا

تتقارب تعريفات الفقهاء للوديعة حتى تكاد تتفق على تعريف واحد يبين ركانها والغاية منها ويميزها عن غيرها من العقود . فقالوا أنها توكل أو (عقد تبرع) أو (استئابة) لفظ مال بغير تصرف ٤ وقيل أيضا: أنها وكالة في الحفظ ٥ ، وأنها وضع عين عند غير صاحبها أمانة ٦ ، أو التسلط على حفظ المال ١ .

-
- ١ ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، دار احياء التراث العربي ، القاهرة ، ١٣٨٦هـ (٩٦/٦) .
 - ٢ مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الجمعة ، باب التعليل في ترك الجمعة (٥٩١/٢) ، البيهقي ، السنن الصغيرى ، كتاب الصلاة ، باب فرض الجمعة رقم (٦٢٨) (٣٦٧/١ - ٣٦٨) ، النسائي ، احمد بن شعيب ، سنن النسائي ، كتاب الجمعة ، باب التشديد في التخلف عن الجمعة ، تحقيق عبد الفتاح ابو غدة ، ط ٢ ، مطبعة المطبوعات الإسلامية ، حلب ، رفق (١٣٧٠) (٣ / ٨٨) .
 - ٣ ابن قدامة ، المغني ، (٣٠٠/٦) .
 - ٤ المرادوي ، الإصناف ، (٣١٧/٦) .
 - ٥ ابن مفلح ، الفروع ، (٤٧٩/٤) .
 - ٦ شهاب الدين قليوبي وعميرة ، الحاشية على شرح المنهاج للسيوطي ، دار إحياء الكتب العربية ، (١٨٢/٣) .

المطلب الثاني : حكم يد المودع عنده (الوديع)

الرأي الأول : أنها عقد أمانة لا يضمنها إن هلكت إلا بتعد أو تفريط . وقد روي عن : أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم^٢ وقال به كل من : (شريح^٣ والنخعي^٤ وأبو الزناد^٥ والثوري^٦ والأوزاعي^٧)^٨ وهو قول: الحنفية^٩ والمالكية^{١٠}

- ١ محمد بن محمود البابرتي، العناية على الهداية، (٤٨٤/٨)
- ٢ ابن قدامة، المغني، ٣٠٠/٦
- ٣ شريح بن الحارث بن قيس الكندي الكوفي النخعي، القاضي ، من كبار التابعين، قيل له صحبة، مات سنة ٧٨هـ وهو ابن ٢٠ سنة.
- تذكرة الحفاظ (٥٩/١) رقم ٤٤، الشيرازي، طبقات الفقهاء (٨٠) ، قحطان الدوري، صفوة الأحكام (٥٥٤)
- ٤ النخعي: ابراهيم بن يزيد بن قيس ، أبو عمران ، أخذ عنه حماد بن سلمان، ثقة ، قال الأعمش: كان صيرفيا في الحديث، مات سنة ٩٥هـ، وهو متوار عن الحجاج ودفن ليلا.
- تذكرة الحفاظ، (٧٣/١)، البخاري، التاريخ الكبير، (٣٣/١/١) ، ابن سعد ، الطبقات الكبرى، (٢٧٠/٦)، قحطان الدوري، صفوة الأحكام (٥٨٩)
- ٥ عبد الله بن ذكوان القرشي المدني، محدث كبير قال فيه مصعب الزبيري: كان فقيه المدينة وكان صاحب كتابة وحساب. توفي سنة ١٣١هـ
- تذكرة الحفاظ، (١٣٤/١)، الشيرازي، طبقات الفقهاء، (٦٥) ، قحطان الدوري، ٥٤٣
- ٦ سفيان بن سعيد بن مسروق بن ثور ولد ٩٧هـ ، ثقة مأمونا ثبتا ، كثير الحديث، توفي بالبصرة سنة ١٦١هـ
- ابن حجر ، تهذيب التهذيب (١١١/٤)، قحطان الدوري، صفوة الأحكام، (٥٤٩)
- ٧ الأوزاعي: عبد الرحمن بن عمرو، ولد ببعلبك وربي يتيما، قال ابن حبان هو أحد أئمة الدنيا فقهوا علما وورعا، وفضلا وعبادة . مات ببيروت مرابطا سنة ١٥٧ هـ
- الشيرازي، طبقات الفقهاء (٧٦) ، تذكرة الحفاظ (١٧٨/١)، قحطان الدوري، (٥١٨)
- ٨ نقل هذه الأقوال: ابن قدامة ، المغني، ٣٠٠/٦.
- ٩ الكاساني، البدائع، ٢١٣/٦، الزيلعي، تبيين الحقائق 5/87
- ١٠ الدسوقي ، الحاشية ، ٤٢٠/٣، محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر خليل، در الفكر ١١٠/٦، الإمام مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية. ٤٣٠/٤

والشافعية^١ والحنابلة^٢ والزيدية^٣ والإمامية^٤ ويستدل لهم من الكتاب والسنة وأقوال الصحابة والمعقول:

أولا : من الكتاب

قوله تعالى: (فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي أؤتمن أمانته) ° ، فالذي يعطي ماله لشخص آخر لكي يحفظه يكون قد أمنه عليه ، ولقد سمي الشارع المال الموضوع للحفظ أمانة والأمانة لا يكون الضمان فيها إلا بالتعدي أو بالتفريط ° .
ثانيا: من السنة النبوية :

ما رواه ابن الزبير عن جابر رضي الله عنهما ، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المودع غير المغل ضمان" ° . فهذه فهذه النصوص واضحة الدلالة في أن عقد الوديعة عقد أمانة.

- ١ زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ٧٥/٣، شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ١٢٩/٤
- ٢ ابن قدامة ، المغني، ٣٠١/٦، منصور بن يونس بن إدريس البهوتي ، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية ، ١٧٧/٤، علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، دار إحياء التراث العربي، ٦ / ٣٣٢،
- ٣ أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، دار الكتاب الإسلامي، (١٧٠/٥)

- ٤ أبو القاسم جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي، ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان ١٣٢/٢
- ٥ سورة البقرة (٢٨٣) .

٦ ابن مفلح ، المبدع (٢٢٣/٥).

٧ السرخسي، المبسوط ١٠٩/١١

الحديث: أخرجه علي بن عمر البغدادي الدارقطني، السنن، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني، دار المعرفة - بيروت - ١٩٦٦م، رقم ١٦٨، ج٣/٤١. بلفظ: (ليس على المستودع غير المغل ضمان). وقد وقفه أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني، المصنف، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي المكتب الإسلامي - بيروت الطبعة الثانية ، ١٤٠٣هـ ج٨/١٧٨ وقفه على القاضي شريح ، والبيهقي ، أحمد بن الحسين ، السنن الكبرى، تحقيق : محمد عبد القادر عطا، مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ، ١٩٩٤ ، ٩١/٦ ، وقد ضعفه كل من الزيلعي، جمال الدين عبد الله بن يوسف، نصب الرأية في تخريج

ما رواه عمرو بن شعيب^١ عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :
(من أودع وديعة فلا ضمان عليه)^٢

فقالوا أن هذا الحديث نص في المسألة يبين أن يد المودع عنده يد أمانة ولا
ضمان عليها^٣ .

ما رواه الدارقطني عن عمرو بين شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : (لا ضمان على مؤتمن)^٤ ، فالوديع مؤتمن والحديث قد نص على نفي
الضمان عنه .

استدلوا بإجماع علماء الأمصار على أن عقد الوديعة عقد أمانة لا تضمن إلا
عند التعدي أو التفريط^٥ .

أحاديث الهداية، دار الحديث ، ١٥٦/٤ ، وابن حجر ، أحمد بن علي بن محمد العسقلاني ، مؤسسة
قرطبة، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ٩٧/٣ .

١ عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص ، ثقة صدوق ، روى عن أبيه وعمته ،
توفي سنة ١١٨ هـ والده شعيب ذكره ابن حبان في الثقات ، روى عن جده وابن عباس وابن عمر
ومعاوية .

ابن حجر ، تهذيب التهذيب ، ٤٨/٨ ، الذهبي ، ميزان الاعتدال، ٢٦٣/٣

٢ البيهقي ، السنن الكبرى (٢٨٩/٦) رقم (١٢٤٨٠) ، كتاب الوديعة ، باب لا ضمان على مؤتمن ، ،
محمد بن يزيد بن ماجة ، سنن ابن ماجة ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر ، بيروت ،
(٨٠٢/٢) رقم (٢٤٠١) ، كتاب الصدقات ، باب الوديعة ، اللفظ للبيهقي ، والحديث ضعيف فيه رجل
متروك ، ابن حجر ، أحمد بن علي ، تلخيص الحبير ، شركة الطباعة الفتية ، مصر ، ١٣٧٣ هـ .
الزيلعي في نصب الرأية . أنظر ج ٤/١٥٦ .

٣ ابن قدامة، المغني ٣٠٠/٦ ، السرخسي ، المبسوط، دار المعرفة ١٠٩/١١ البهوتي ،
كشاف القناع (١٦٧/٤) ، الشيرازي ، المهذب (٣٥٩/١) .

٤ الدارقطني ، علي بن عمر ابو الحسن ، سنن الدارقطني ، تحقيق عبد هاشم ، دار المعرفة ، بيروت
، ١٣٨٦ هـ كتاب الوديعة رقم (١٦٧) (٤١/٢) ، والحديث ضعيف ضعفه ابن حجر ، ابن حجر ،
أحمد بن علي العسقلاني ، الدارية في تخريج أحاديث الهداية ، تحقيق عبد الله هاشم ، دار المعرفة ،
بيروت (١٩٠/٢) ، الشوكاني ، محمد بن علي ، نيل لأوطار شرح منقلى الاخبار ، دار الجبل ، بيروت
، ١٩٩٢ م (٣٧/٦) .

٥ ابن قدامة ، الكافي (٣٧٣/٢) ، الشيرازي ، المهذب (٣٥٩/١) .

ثالثا: من أقوال الصحابة

ما جاء عن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر وأبي بكر وعلي وابن مسعود وجابر - رضي الله عنهم - بان الوديع لا ضمان عليه^١ ، ولم يأت عن غيرهم خلاف ذلك فكان إجماعا منهم^٢ .

ما روي عن عمر بن الخطاب أنه قال : العارية بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها إلا أن يتعدى. كما روي عنه أن رجلا استودع رجلا وديعة فهلكت فلم يضمنه عمر^٣ .

رابعا : من المعقول

أن المودع متبرع في حفظها لصاحبها والتبرع لا يوجب ضمانا على المتبرع للمتبرع عليه فكان هلاكها في يده كهلاكها في يد صاحبها وهو معنى قول الفقهاء يد المودع كيد المودع^٤ .

أن المستودع إنما يحفظها لصاحبها متبرعا من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع وذلك مضر^٥ .

الرأي الثاني: أن الوديع يضمن الوديعة إذا هلكت من بين ماله أو إذا اشترط صاحبها ذلك، وروي ذلك عن الحسن البصري^٦

١ عبد الرزاق ، المصنف ، ط ٢ ، باب الوديعة ح رقم (١٤٨٠) (١٨٢/٨) ، البيهقي ، السنن الكبرى ، كتاب الوديعة ، باب لا ضمان على مؤتمن ، ح رقم (١٢٤٨٧) (٢٨٩/٦) وما جاء عن أبي بكر ضعيف ، تلخيص الحبير (٩٨/٢)

٢ الشيرازي ، المهذب (٣٥٩/١) .

٣ ، أبو بكر عبد الله بن محمد الكوفي ابن أبي شيبة ، المصنف في الأحاديث والآثار، تحقيق: كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد - الرياض، الطبعة الأولى ، ١٤٠٩هـ - ، ج ٥ / ١٧١ ، عبد الرزاق، المصنف ، ١٧٩/٨

٤ ابن قدامة، المغني 6/300

٥ ابن قدامة ، المصدر السابق

٦ الصنعاني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، دار الحديث ، ١٥٩/٢

الحسن البصري ، ولد لسنتين خلنا من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، ونشأ بوادي القر، سيد التابعين في زمانه بالبصرة، رأى عليا وطلحة وعائشة رضي الله عنهم، يقول ابن سعد : كان عالما فقيها ثقة مأمونا عابدا ، ناسكا، جميلا وسيما. توفي رحمه الله ١١٠هـ .

الذهبي، ميزان الاعتدال (٥٢٦/١) ، ابن سعد ، الطبقات، (١٥٦/٧) قحطان الدوري (٥٣٢)

عند الحنابلة^١. ويستدل لهم من أقوال الصحابة:

ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه ضمن أنس بن مالك وديعة

ذهبت من بين ماله^٢.

مناقشته: أنه محمول على التفريط من أنس في حفظها وقد اتفق الفقهاء على أنه

إن قصر في ذلك أو فرط ضمن^٣.

من خلال هذه الأدلة نقلية كالأحاديث والآثار والإجماع أو عقلية ومن خلال الرد

على من ادعى ضمان المودع فإن الرأي القائل بأن عقد الإيداع عقد أمانة مما لا مجال

للشك في رجحانه

١ ابن قدامة ، المغني ، ٦/٣٠٠

٢ ابن أبي شيبة ، المصنف ، ٥/١٧٠

٣ ابن قدامة ، المغني ، ٦/٣٠٠

المبحث الثاني: عقد الوكالة:

المطلب الأول: معنى الوكالة لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: الوكالة لغة :

اصلها وكل ويقال وكله الأمر توكيلاً ، والاسم الوكالة بفتح الواو وكسرهما^١ والوكالة في اللغة تذكر ويراد بها : الحفظ ، قال الله - عز وجل : ﴿وَقَالُوا حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ أي الحافظ ، وتذكر ويراد بها : الاعتماد وتفويض الأمر قال الله تع: ﴿وَعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ﴾^٢

الوكالة اصطلاحاً :

تباينت تعريفات الفقهاء للوكالة على النحو التالي :

تفويض التصرف الغير وتسليم المال إليه ليتصرف فيه^٣ ، وقيل : إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم^٤ .

وعرفها المالكية بأنها : نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته^٥ .

أما الشافعية فقالوا أنها : تفويض شخص ماله فعله بما يقبل النيابة غيره ليفعل حال حياته^٦ .

تعريف الحنابلة : هي عبارة عن استنابة الجائر التصرف مثله فيما له فعله حال الحياة. وقيل هي عبارة عن استنابة الغير فيما تدخله النيابة^٧ .

١ ابن منظور ، لسان العرب (١١/٧٣٤) ، الرازي ، مختار الصحاح (١/٣٠٦).

٢ سورة آل عمران ، آية رقم ١٧٣

٣ السرخسي ، المبسوط، (٣/١٩)

٤ محمد عبد الواحد بن الهمام السيواسي ، شرح فتح القدير ، ط٢ ، دار الفكر ، بيروت (٧/٥٠) زين الدين بن إبراهيم بن محمد ابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي (٧/١٣٩) .

٥ الخرخشي ، شرح مختصر خليل (٦/٣٩٢) .

٦ الشربيني ، معنى المحتاج (٢/١١٧) ، الشروائي ، حواشي الشروائي (٥/٢٩٤) .

٧ المرادوي ، الإنصاف، (٥/٣٥٥) ابن مفلح ، المبدع (٣/١٤٠) ، يوسف ، مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب ، ط٢ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٣٨٩هـ (١/١٣٢) .

والناظر في هذه التعريفات يجدها كلها وافية في تعريف الوكالة باستثناء تعريف الحنفية الذي يؤخذ عليه إدخال الإيصاء في حدود التعريف .

المطلب الثاني حكم يد الوكيل.

اتفق الفقهاء على أن يد الوكيل يد أمانة لا يضمن ما تحت يده إلا بالتعدي أو التفريط^١ .

واستدلوا لقولهم هذا :

أولاً : بأن الوكيل نائب عن الموكل في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلا يضمن^٢ .

ثانياً : أن التوكل هو عقد إرفاق ومعونة فإذا جعلنا على الوكيل الضمان خرج الوكالة عن مقصود الإرفاق والمعونة ، وكانت يد الوكيل كيد الغاصب وهو ما لم يقل به أحد^٣

١ الخرشبي ، شرح مختصر خليل (٣٩٧/٦) ، المرغيناني ، الهداية (١٤١/٧) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢٣٥/٢) ، الرملي ، محمد بن احمد الرملي ، شرح ابن رسلان ، دار المعرفة ، بيروت (٢١٠) ، المرادوي ، الانصاف (٣٩٦/٥) ، البهوتي ، منصور بن يونس ، الروض المربع ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ١٣٩٠هـ (٣٥٦/٢) .

٢ ابن مفلح ، المبدع (٣٨١/٤) ، الشيرازي ، المهذب (٣٦٤/١) .

٣ المطبعي ، محمد نجيب ، تكملة المجموع ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٩٥ م (٢٩٨/١٤) .

المبحث الثالث: عقد الشركة

المطلب الأول: تعريف الشركة

الشركة لغة :

الشركة بالكسر فالسكون ، أو الشركة بالفتح فالكسر ، مأخوذة من الفعل شرك ، وهي تعني مخالطة الشريكين^١ ، يقال شرك الرجل الرجل في البيع والميراث شركا ، أي خلط نصيبه بنصيبه^٢ .

الشركة اصطلاحا :

يقتصر حديثنا في هذا المطلب عن الشركة كعقد وليس ملك فإن الشركة عند جمهور الفقهاء من الحنفية وغيرهم تقسم إلى شركة ملك وعقد . فشركة الملك هي : شركة الملك أن يملك اثنان عينا، إرثا أو شراء أو استيلاء أو اتهابا أو وصية أو اختلاط مال بغير صنع أو بصنعهما بحيث لا يتميز أو يعسر كالجنس بالجنس أو المائع بالمائع أو خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان واقعا في زمنه عليه الصلاة والسلام كالشركة في الموارد والغنائم ونحوهما^٣.

أما شركة العقد فقد تباينت تعريفات الفقهاء لها بما يتواءم مع نظرة كل منهم لطبيعة عقد الشركة ، وجاءت تعريفاتهم لها على النحو التالي :

- عرف الحنفية الشركة بأنها : (عقد بين المتشاركين في الأصل والربح) ٤ .
 وعرفها ابن عرفة من المالكية : (بيع مالك كل بعبضه ببيع كل آخر موجب صحة تصرفهما في الجميع) ٥ .
 وعرفها الشافعية بقولهم : (ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوخ) ٦ أو (ثبوت الحق شائعا في شيء واحد أو عقد يقتضي ذلك) ٧ .

١ ابن منظور ، لسان العرب (٤٤٨/١٠) .

٢ الرازي ، مختار الصحاح (١٣١٩/١ - ١٣٢٠) ، ابن منظور ، لسان العرب (٤٤٩/١٠) .

٣ الزيلعي، تبين الحقائق ٢١٣/٣

٤ الحصفي ، علاء الدين ، الدر المختار ، ط٢ ، دار الفكر ، بيروت ١٣٩٨هـ (٢٩٩/٤) .

٥ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٣٥٦/٦) ، المواق ، التاج والاكليل (١١٧/٥) .

٦ الشربيني ، مغني المحتاج (٢١٣/٢) .

٧ الرملي ، نهاية المحتاج (٣/٥)

ويظهر من خلال هذا التعريف أن الشافعية يشترطون الشيوع في رأس المال الذي تقوم عليه الشركات لذلك وجدناهم يشترطون الخلط بين أموال الشركاء لانعقاد الشركة عندهم^١

تعريف الحنابلة :

عرف الحنابلة عقد الشركة بأنها : (اجتماع في تصرف)^٢ .

ومما يؤخذ على هذا التعريف عدم دخول المضاربة إذ التصرف فيها يكون من جانب واحد مع أن الحنابلة يعتبرون المضاربة من الشركة^٣ .

والناظر في هذه التعريفات يجد :

أنها لا تدخل عقد المضاربة في عقود الشركات بناء على أنها عقد خاص له أحكامه الخاصة وهذا في التعريفات كلها.

كما أنها لم تقيد عدد الشركاء بعدد معين.

تعريف الحنفية عبر عن رأس المال بالأصل وفي هذا شمول لشركة الوجوه والأعمال.

تعريف المالكية أكد على صحة التصرف من الطرفين

الشافعية اشترطوا الشيوع في تعريفهم وهذا غير متفق عليه.

أما الحنابلة فقد كان تعريفهم أكثر عموما حيث يشمل كل اشتراك بين اثنين أو أكثر ، فدخل في أفراد شركة الملك التي تختلف في مضمونها وأحكامها عن شركة العقد التي نحن في صدد الحديث عنها.

وبعد النظر في تعريفات الفقهاء فإن الذي أراه مناسباً لتعريف الشركة كلا من

تعرفي الحنفية والمالكية وهو الموافق للدراسات المعاصرة عن الشركة.

أقسام شركة العقد

(١) شركة الأموال : وتقسم قسمين :

الأول : شركة عنان .

الثاني : شركة مفاوضة .

(٣) شركة وجوه

(٢) شركة أعمال أو أبدان

١ الشربيني ، معني المحتاج (٢/٢١٣)

٢ ابن قدامة ، المعني (٣/٥) البهوتي ، كشاف الفتاوى (٣/٤٩٦) . ابن مفلح ، المبدع (٣/٥) .

٣ المراجع السابقة .

المطلب الثاني : حكم يد الشريك

اتفق الفقهاء على أن يد الشريك في مال الشركة يد أمانة^١ ، فلا يضمن مال الشركة إلا في حالة التعدي أو التقصير ، واستدلوا لرأيهم :
أولا : بأن الشريك نائب عن المالك في الحفظ والتصرف ، فكان الهالك في يده كالهالك في المالك^٢ .

ثانيا : لأن الشريك قد قبض المال على وجه البذل فصار كالوديعة^٣ .

١ ابن الهمام ، شرح فتح القدير (١٨٥/٦) ، الصاوي ، احمد بن محمد الصاوي ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ، دار المعارف ، القاهرة (٤٦٩/٣) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢١٦/٢٣) ، ابن مفلح ، المبدع (١٧/٥) .
٢ النووي ، روضة الطالبين (٢٨٦/٤) .
٣ المرغيناني ، الهداية (١٠/٣) .

المبحث الرابع: عقد المضاربة
المطلب الأول: تعريف المضاربة
المضاربة لغة

مأخوذة من الضرب في الأرض حيث يقال ضرب في الأرض ضرباً أي سار فيها لابتغاء الرزق^١، وفي لغة أهل الحجاز تسمى المضاربة مقارضة أو قراضاً، وهي مأخوذة من القرض أي القطع^٢.
وسميت قراضاً لأن رب المال يقتطع جزءاً من ماله للعامل ليعمل فيه، وجزءاً من ربح هذا المال ليختص به^٣.

المضاربة اصطلاحاً: تتقارب تعريفات الفقهاء للمضاربة وعل ذلك يعود لاتفاقهم على الكثير من أحكامها فقالوا في تعريفها: (دفع مال من شخص لآخر ليتجر فيه والربح بينهما)^٤ أو (المضاربة عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الطرفين وعمل من الطرف الآخر)^٥.
وكذلك تعريف المالكية حيث قالوا (أنها توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه)^٦.

١ ابن منظور، لسان العرب (٥٤٤/١)، الرازي، مختار الصحاح (١٥٩/١).

٢ ابن منظور، لسان العرب (٢١٧/٧)، الرازي، مختار الصحاح (٣٢١/١).

٣ الزرقاني، شرح الزرقاني (٣٨٤/٦)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢٨٠/٥).

٤ لشربيني، مغني المحتاج (٣٠٩/٢)، النووي، روضة الطالبين (١١٧/٥)، ابن مفلح، المبدع (١٨/٥)، المرادوي، الانصاف (٤٢٧/٥).

٥ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٧٧/٨)، المرغيناني، الهداية (٣٠٢/٣).

٦ الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢٨٠/٥)، الخرشي، شرح مختصر خليل (١٤٥/٧).

المطلب الثاني: حكم يد المضارب

اتفق أهل العلم على أن يد المضارب يد أمانة واستدلوا على ذلك بالإجماع وأقوال الصحابة والمعقول

أولاً : الإجماع. حيث لم يرو خلاف ذلك عن أحد من العلماء. يقول ابن المنذر (أجمع كل من نحفظ عنهم من أهل العلم أن القول قول العامل في قدر رأس المال)^١
ثانياً : من أقوال الصحابة علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - حيث جاء عنه (من قاسم الربح فلا ضمان عليه)^٢.

ثالثاً : من المعقول

بالقياس على المودع عنده الذي أخذ المال لمصلحة رب المال فلا يضمن^٣.
أن الشريك نائب عن رب المال في التصرف فلا يضمن^٤.
أن المضارب قد قبض المال بإذن من صاحبه لا لمحض منفعته ، فهو أمين كالوكيل^٥

لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البذل والوثيقة^٦.

١ ابن قدامة ، **المغني**، (٤٥/٥)

٢ ابن ابي شيبة ، **مصنف ابن أبي شيبة** ، باب في المضاربة والعارية والوديعة ، رقم (٢١٤٥٧) . (٢٩٨/٤)

٣ ابن عابدين ، **حاشية ابن عابدين** (٣٨٨/١) .

٤ الشيرازي ، **المهذب** (٣٨٨/١) .

٥ المرادوي ، **الانصاف** (٤٥٧/٥) .

٦ الكاساني ، **بدائع الصنائع**، (٨٧/٦)

المبحث الخامس: عقدي المزارعة والمساقاة

المطلب الأول: بيان المقصود بهما

فالمساقاة: القوام على الشجر المثمر بجزء معلوم من ثمره القائم^١
وأما المزارعة: فهي العمل في الأرض بجزء مما يخرج منها، والبذر من مالك
الأرض^٢.

المطلب الثاني: حكم يد العامل فيهما.

هل هي يد أمان أم يد ضمان؟

اتفق الفقهاء على أن يد العامل في المساقاة يد أمانة، فلا يضمن إلا في ماله
تعديه وتقصيره لأن المالك قد ائتمنه على شجرة بدفعه إليه فكان كالمضارب فلا يضمن
إلا عند التعدي أو التقصير^٣.

يقول الغزالي: (العامل أمين فيما يدعي من هلاك ويدعي عليه من خيانة)^٤.
ويقول ابن مفلح: (حكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد لأن
رب المال قد ائتمنه فأشبهه المضارب)^٥.

وكذلك العامل في المزارعة فان يده يد أمانة لا يضمن إلا عند التعدي أو
التقصير^٦.

فلو قصر كل من المعامل في المساقاة والمزارعة فيما يجب عليه من عمل
وأدى ذلك هلاك الزرع فانه يكون ضامنا لما أهلك.

فلو قصر عامل المساقاة - مثلا - في سقى الزرع وأدى ذلك هلاكه فانه يكون
ضامنا لأن سقى الزرع وجب عليه ولم يقم به^٧.

١ أ.د. قحطان الدوري، صفوة الأحكام من نيل الأوطار وسبل السلام، دار الفرقان، عمان،
٢٠٠٣م، ط ٤ (٢١٣)

٢ أ.د. قحطان الدوري، المرجع السابق، (٢١٣)

٣ ابن قدامة، المغني ٥/٥٧٤.

٤ الغزالي، الوسيط ٤/١٤٨.

٥ ابن مفلح، الفروع ٤/٣١٣.

٦ خليل، مختصر خليل ٢٤٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ٦/٢٨٣، ابن مفلح، المبدع

٩٥/٥

٧ لزركشي، خبايا الزوايا، ٣٠٤.

المبحث السادس: عقد الإيصال

المطلب الأول: معنى الإيصال

أوصى الرجل ووصّاه عهداً إليه وأوصيت له بشيءٍ وأوصيت إليه إذا جعلته وصيكاً . وأوصيته ووصيته إيصالاً وتوصيةً ، وتواصي القوم أي أوصى بعضهم بعضاً والوصية أيضاً ما أوصيت به. والوصي الذي يُوصى والذي يُوصى له . وهو من الأزداد والأنثى وصيٌّ وجمعهما جميعاً أوصياء^١.

أما في اصطلاح الفقهاء ، فالإيصال بمعنى الوصية ، وعند بعضهم هو أخص من ذلك^٢ ، فقالوا أنه إثبات تصرف لما بعد الموت^٣ وقيل أنه عقد يوجب نيابة عن عاقده عاقده بعد موته^٤. وهذا يقتضي إقامة الإنسان غيره مقامه بعد وفاته في تصرف من التصرفات ، أوفي تدبير شئون أولاده الصغار ورعايتهم ، وذلك الشخص المقام يسمى الوصي .

أما إقامة غيره مقامه في القيام بأمر في حال حياته ، فلا يقال له في الاصطلاح إيصال عندهم ، وإنما يقال له وكالة .

١ ابن منظور ، لسان العرب، باب الياء ، فصل الواو (٣٩٤/١٥)

٢ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٧٢٣/٦) ، قلابوي وعميره ، حاشيتا قلابوي وعميرة (١٧٩/٣)

٣ سليمان بن محمد البجيرمي ، تحفة الحبيب على شرح الخطيب (حاشية البجيرمي) ، دار الفكر ، بيروت ، (٣٥٠/٣)

٤ محمد بن أحمد بن محمد ، عليش ، منح الجليل شرح مختصر خليل ، دار الفكر ، بيروت ، (٥٠٣/٩)

المطلب الثاني : حكم يد الوصي

فإذا كان الوصي معيناً من قبل الأب سمي وصياً مختاراً^١ ، وإذا كان معيناً من قبل الحاكم أو القاضي، سمي وصياً منصوباً^٢ ، وقد عد كثير من الفقهاء هذا الوصي المنصوب من قبل القاضي وكيلاً خاصاً تجري عليه أحكام الوكالة^٣ .

ويقول ابن نجيم : (وصي القاضي لا يجوز بيعه من نفسه بحال لأنه وكيل)^٤ . ويخالفه وصي الأب والجد لأنه يقوم مقامها في الولاية فتصرفاته أقرب ما تكون للوكيل المفوض^٥ .

وقد اتفق الفقهاء على أن الوصي المختار أميناً في تصرفاته تجري عليه ما يجري على الأمانة من أحكام^٦ .

يقول السرخسي : (لو قال الوصي أنفقت عليهم كذا درهما فإن كان ذلك نفقة مالهم تلك المدة أو زيادة شيء قليل فهو مصدق فيه وعليه اليمين إن اتهموه لأنه أمين)^٧

ويقول الغزالي : (أن تنازعا في مقدار الحاجة للنفقة صدق الوصي لأنه أمين)^٨ ويقول ابن مفلح : (ويقبل قول الوصي بيمينه ولا يشترط الإشهاد لأنه أمين كالمودع)^٩

-
- ١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٧٢٣/٦) ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ٣٦٥ .
 - ٢ قلوبوي وعميره ، حاشيتنا قلوبوي وعميرة (١٧٩/٣) .
 - ٣ ابن نجيم ، البحر الرائق (٥٣٣/٨) ، حطاب ، مواهب الجليل (٧٢/٥) ، المرادوي ، الانصاف (٨٤/٨) .
 - ٤ ابن نجيم ، البحر الرائق . (٥٣٣/٨)
 - ٥ الحطاب ، مواهب الجليل ، (٧٢/٥) ، النووي (٤٩٧/٣) .
 - ٦ السرخسي ، المبسوط (٢٩/٢٨) ، ابن نجيم ، البحر الرائق (٥٣٥/٨) ، الحطاب ، مواهب الجليل ، (٧١/٥) ، حاشية البجيرمي (٢٩٠/٣) ، ابن مفلح ، المبدع (٣٤٧/٤) .
 - ٧ السرخسي ، المبسوط ٢٩/٢٨ .
 - ٨ الغزالي ، الوسيط (٤٩٢/٤) .
 - ٩ ابن مفلح ، المبدع (٣٤٧/٤) .

المبحث السابع: عقد الإجارة
المطلب الأول: تعريف الإجارة
الإجارة لغة :

وهي مأخوذة من أجر بأجر ، والإجارة والأجرة واحد ، وهي ما يعطى من أجر جزاء على العمل^١ .

الإجارة اصطلاحاً :

تتفق تعريفات الفقهاء للإجارة على أنها : (عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبذل والإباحة بعوض معلوم)^٢ . أو أنها : (عقد على منفعة مباحة مدة معلومة بعوض معلوم)^٣ . فيما استبدل بعضهم لفظ العق بالتمليك فقالوا أنها: (تمليك منافع مباحة مباحة مدة معلومة بعوض)^٤

وقد تحدث الفقهاء عن الإجارة في مطلبين الأول في الإجارة على الأعيان أو المنافع وهذه مثل استئجار بيت للسكنى ، أو دابة أو سيارة للركوب^٥ . وإجارة أعمال وقسموها أجير مشترك وهو الذي يقع العقد معه على عمل معين كخياطة ثوب في مدة لا يستحق جميع نفعه فيها^٦ ، وأجير خاص أو منفرد وهو الذي يقع العقد معه في مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها كالراعي أو الخادم^٧ .

- ١ ابن منظور ، لسان العرب (١٠/٤-١١) ، الفراهيدي ، العين (١٧٣/٦) .
- ٢ الشربيني ، مغني المحتاج (٣٣٢/٢) ، الانصاري ، أسنى المطالب (٣٧٩/٥) .
- ٣ المرادوي ، الإنصاف (٣/٦) .
- ٤ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٢١٦/٧) ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٣٢٤/٥) .
- ٥ الكاساني ، البدائع ٢١٠/٤ ، الحطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ٤٢٨/٥ ، زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب ٤٢٥/٢ ابن قدامة ، المغني ٣١١/٥ ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ١٦٣ ،
- ٦ الماوردي ، الحاوي الكبير ٤٢٥/٧
- ٧ ابن قدامة ، المغني، (٣٠٧/٥)

اتفق الفقهاء على أن يد المستأجر يد أمانة فلا يضمن المستأجر العين المستأجرة إلا في حالة التعدي أو التفريط^١
 كما اتفقوا على أن يد الأجير الخاص يد أمانة كذلك.^٢

١ الكاساني ، البدائع ٢١٠/٤ ، الخطاب، محمد بن محمد بن عبد الرحمن ، مواهب الجلبفي
شرح مختصر خليل، دار الفكر، ٤٢٨/٥ ، زكريا الأنصاري ، أسنى المطالب ٤٢٥/٢ ابن قدامة ،
 المغني ٣١١/٥ ، وهبة الزحيلي ، نظرية الضمان ١٦٣ ،
 ٢ الكاساني ، البدائع، وقد ادعى الاجماع على ذلك ، ٢١٢/٤ ، الزيبي ، تبيين الحقائق، ١٣٩ ،
 العبادي ، الجوهرة النيرة، ٢٦٥/١ ، ابن عابدين ، الحاشية، ٧١/٦ ، الصاوي ، الحاشية على الشرح
الصغير، ٤٤/٤ ، المواق ، التاج والأكليل، ٥٥٤/٧ ، الشربيني ، مغني المحتاج، ٤٧٨/٣ ، ابن قدامة ،
 المغني، ٣٠٧/٥ ، المرادوي ، الإصناف، ٧٢/٦ ،

الفصل الثاني : الضمان في عقد الوديعة.

المبحث الأول: الضمان عند التقصير في حفظ الوديعة

المطلب الأول: أثر السفر على الوديعة

ارتبط حكم السفر بالوديعة بين الجواز وعدمه بأكثر من عامل ، وكل واحد منها ذو أثر على الحكم ، وهذه العوامل هي :حال المودع عند السفر ، وحال الوديعة و حال الطريق ووجود النهي من المودع عن السفر أو عدمه. وحتى نستطيع ضبط هذه المسائل لا بد أن نفصل فيها ومن ثم نبين حكم كل واحدة منها:

وتفصيل هذه الحالات كالتالي:

الحالة الأولى: أن يكون المالك قد نهاء عن السفر بالوديعة، وفي هذه الحالة فإنه ضامن باتفاق الفقهاء لأنه مخالف لصاحبها من جهة ، ومضيع لها من جهة أخرى حيث أن السفر مظنة الهلاك والتلف وموضع الخطر.^١

الحالة الثانية: إن لم يكن نهاء ، لكن الطريق مخوف أو البلد الذي يسافر إليه مخوف، فيمنع من السفر باتفاق أيضا، وإن سافر ضمن ، لأنه فرط في الحفظ.^٢

الحالة الثالثة: إذا كان الطريق آمنا ولم ينهه عن السفر. وفيها صورتان المرجع فيهما لحال الوديعة كأن تكون مما يحتاج حمولة ومؤنة أو مما لا يحتاج ذلك. الصورة الأولى :إذا كان الطريق آمنا ولم ينهه عن السفر و كانت الوديعة مما لا حمل له ومؤنة ، وهذه فيها الخلاف على رأيين :

الرأي الأول: له السفر بها سواء كان به ضرورة للسفر أو لم يكن. وقال به الحنفية^٣

والحنابلة ويستدل لهم :

▪ أنه نقلها موضع مأمون فلم يضمنها كما لو نقلها في البلد^٤

١ ابن قدامة، المغني، ٣٠٣/٦، الكاساني، البدائع، ٢٤/٦، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٨٠/٥، النووي ، روضة الطالبين ، ٢٩٠/٥، الدسوقي، الحاشية، ٤٢١/٣.

٢ المراجع السابقة

٣ الكاساني، البدائع، ٢١٠/٦، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٨٠/٥

٤ ابن قدامة ، المغني، ٣٠٣/٦

٥ ابن قدامة ، المغني، ٣٠٣/٦

▪ أنه سافر بها سفرا غير مخوف أشبه ما لو لم يجد أحدا يتركها عنده.^١

▪ أن الأمر بالحفظ صدر مطلقا عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين إلا بدليل.^٢

الرأي الثاني: ليس له السفر بها فإن فعل ضمن إلا إذا عجز عن دفعها مالكاها أو وكيله أو الحاكم أو القاضي أو الأمين على الترتيب المذكور. وقال به المالكية^٣ والشافعية^٤ ويستدل لهم بالسنة والمعقول:

أن المسافرة بالمال تضييع له، لقوله عليه السلام: (المسافر وأهله على قلت إلا ما وقى الله)^٥

مناقشة الدليل:

أولا: من حيث السند: أن هذا الحديث ضعيف وقد صرح النووي بذلك وقال أنه من كلام بعض السلف وبالتالي فلا تقوم به حجة.

ثانيا من حيث المتن: على فرض صحة الحديث فإنه يمكن حمله على بداية الإسلام حيث كانت الغلبة للكفار ، يقول الكاساني: (قوله المفازة مضيعة ممنوع أو نقول إذا كان الطريق مخوفا ، أما إذا كان آمنا فلا ، والحديث محمول على ابتداء الإسلام حيث كانت الغلبة للكفرة وكانت الطريق مخوفة)^٦.

١ ابن قدامة ، المغني ، ٣٠٣/٦

٢ الكاساني ، البدائع ، ٢١٠/٦

٣ الدسوقي ، الحاشية ، ٤٢١/٣ ، الخرشي ، شرح مختصر خليل ، ١٠٩/٦ .

٤ النووي ، روضة الطالبين ، ٢٩٠/٥ ، الجمل ، حاشية الجمل ، ٧٨/٤ .

٥ يقول ابن حجر في تلخيص الحبير: (حديث أن المسافر وماله لعل على قلت إلا ما وقى الله رواه السلفي السلفي في أخبار أبي العلاء المعري أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو علم الناس رحمة الله بالمسافر لأصبح الناس وهم على سفر أن المسافر ورحله على قلت إلا ما وقى الله قال الخليل والقلت الهلاك قلت وكذا أسنده أبو منصور الديلمي في مسند الفردوس). وقد أنكره النووي في شرح المذهب فقال: (ليس هذا خبرا عن النبي صلى الله عليه وسلم وإنما هو من كلام بعض السلف قيل أنه علي بن أبي طالب قلت وذكره بن قتيبة في غريب الحديث عن الأصمعي عن رجل من الأعراب) ابن

حجر ، التلخيص الحبير ٢١٢/٣

٦ الكاساني ، البدائع ، ٢١٠/٦

الترجيح: إن ما أميل ترجيحه هو الرأي الأول الذي ينص على جواز السفر بالوديعة إذا كانت مما لا حمل ولا مؤنة له . وذلك لأن الوديع غير ملزم بالإقامة حيث تكون وديعته لا بدليل شرعي أو قيد عقدي؛ و إنما المطلوب منه حفظها فإن أمن الطريق وأمن الرفقة ولم يكن في السفر بمثل هذه الوديعة حرج فلا أرى بأسا في السفر بها.

الصورة الثانية: إذا كان للوديعة حمل ومؤنة: وذلك كأن يحتاج استئجار ما ينقلها عليه ، أو مكان ليضعها فيه . ففي هذه الحالة للفقهاء قولان :
الرأي الأول : لا يملك السفر بها وقال به صاحبان أبو يوسف ومحمد من الحنفية^١ ويستدل لهم:

أنه بالمسافرة بما له حمل ومؤنة ضرر بالمالك لجواز أن يموت الوديع بالسفر فيحتاج استرداد الوديعة من موضع لا يمكنه ذلك إلا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ولا كذلك إن لم يكن لها حمل ومؤنة^٢.

مناقشة الدليل: أن هذا النوع من الضرر ليس بالغالب، فلا يجب دفعه على أنه إن كان فهو الذي أضر بنفسه حيث أطلق الأمر ومن لم ينظر لنفسه لم ينظر له^٣.
الرأي الثاني: له السفر بها وقال به أبو حنيفة ويستدل له:

أن الأمر بالحفظ صدر مطلقا عن تعيين المكان فلا يجوز التعيين إلا بدليل^٤.
الترجيح: قد لا يعني الإطلاق في العقود ملك كل التصرفات والأفعال ، فمن المعتاد أن العقد يتقيد بالعرف والعادة وليس من المعتاد أن ينتقل الإنسان بالوديعة ذات المؤنة حيث ذهب خاصة إذا كانت مما يكون له تكلفة ومؤنة . كما أن الوديع غير ملزم برد الوديعة مالكا عند طلبها فكيف به إذا زاد في مشقة ردها ما ليس منها.

١ الكاساني المصدر السابق ٢١٠/٦

٢ الكاساني المصدر السابق ٢١٠/٦

٣ الكاساني المصدر السابق ٢١٠/٦

٤ الكاساني المصدر السابق ٢١٠/٦

الحالة الرابعة: أن يكون هناك عذر للسفر موجب:

له السفر ويتمثل العذر بجلاء أهل البلد أو هجوم عدو أو حرق أو غرق^١. وفي هذه الحالة يلزم بالسفر بها إن استطاع وإلا فإنه يعد ضامناً لأنه قصر في حفظها.

الحالة الخامسة: إذا أودعه إياها في سفر يجوز السفر لأنه رضي بحاله تلك^٢.

١ المرادوي ، الإصاف، ٣٢٨/٦ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ١٠٨/٧

٢ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج، ١٠٨/٧ ، الدسوقي ٤٢٤/٣

المطلب الثاني: حكم خلط الوديعة بغيرها

اتفق الفقهاء على أن الوديع إن خلط الوديعة بما لا يتميز منه فإنه يضمنها سواء خلطها

بماله أو بمال غيره^١. وقد عدوا الخلط بمنزلة الإلتلاف^٢ ويمكن أن يستدل لهم بما يلي:

- أنه إذا خلطها بما لا يتميز فقد فوت على نفسه إمكان ردها فلزمه ضمانها كما لو ألقاها في لجة بحر^٣
- أنه إذا كان لا يتميز فقد عجز المالك عن الانتفاع بالوديعة فكان الخلط منه إلتافا فيضمن^٤.

لكن متى يعتبر الخلط سببا للضمان؟

وقد يكون الخلط مما يتعذر التمييز بعده وآخر يتيسر معه التمييز وخط

يتعسر معه التمييز. يقول السرخسي: الخلط أنواع ثلاثة^٥:

- خلط يتعذر التمييز بعده كخلط الشيء بجنسه فهذا موجب للضمان ؛ لأنه يتعذر به على المالك الوصول عين ملكه .
- وخط يتيسر معه التمييز كخط السود بالبيض ، والdraهم بالدنانير فهذا لا يكون موجبا للضمان ؛ لتمكن المالك من الوصول عين ملكه ، فهذه مجاورة ليس بخط.
- وخط يتعسر معه التمييز كخط الحنطة بالشعير فهو موجب للضمان ؛ لأنه يتعذر على المالك الوصول عين ملكه ، إلا بخرج ، والمتعسر كالمتعذر.

١ الكاساني، البدائع، ٢١٣/٦، الزيبي، تبيين الحقائق، ٧٨/٥، الدسوقي، الحاشية، ٤٢٠/٣، الخرخشي، شرح مختصر خليل، ١١٠/٦، الإمام مالك، المدونة، ٤٣٠/٤، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ٨١/٣، الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ٨١/٣، ابن قدامة، المغني، ٣٠١/٦، البهوتي، كشف القناع، ١٧٧/٤، المرداوي، الإنصاف، ٣٣٢/٦، ابن رجب، القواعد، ٣١، زين الدين العاملي، شرائع الإسلام، ١٣٢/٢، ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٧٠/٥،

٢ الزركشي، المنثور في القواعد، ١٢٤/٢

٣ ابن قدامة، المغني، ٣٠١/٦

٤ الكاساني، البدائع، ٢١٣/٦

٥ السرخسي، لمبسوط، ١١١/١١

إذا اختلطت الوديعة بغير فعل الوديع فهل يضمن؟ وصورة هذه المسألة أن تكون الوديعة في كيس ثم يحفظ الوديع الكيس في صندوق فينشق الكيس ويختلط ما فيه مع غيره فلا ضمان عليه في هذه الصورة ويكونان في المختلط شركاء.^١

هذه هي الصور التي ذكرها الفقهاء لخلط الوديعة، وقد جاءت أحكامها مختصرة لأن الفقهاء متفقون على معظمهما. إلا أن هناك خلافاً سورياً في واحدة منها وهي عند خلط ما يتعسر تمييزه بجنسه فهم متفقون على حق المودع بالضمان، لكنهم اختلفوا في تمييزه بين الضمان أو الشركة.

١ ابن قدامة، المغني، ٣٠١/٦، الزيلعي، تبين الحقائق، ٧٨/٥

المطلب الثالث: حفظ الوديعة عند غيره

الفرع الأول: أن يودعها من جرت العادة بحفظ ماله عنده من أهله.

وصورة ذلك بأن يودعه عينا ما فيعطيها لزوجته لتحفظها بما تحفظ به ماله ، فهل يترتب على مثل هذا التصرف الضمان ، وهل يعد الوديع مقصرا إن فعل مثل ذلك. للفقهاء فيها رأيان :

الرأي الأول: يضمن ، وقال به الشافعية^١ والإمامية^٢. ويستدل لهم من المعقول:

بأنه سلم الوديعة من لم يرض به صاحبها كما لو سلمها أجنبي^٣.

الرأي الثاني: لا يضمن ويدهم كيده وقال به الحنفية^٤ والمالكية^٥ والحنابلة^٦ والزيدية^٧ ،

ويستدل لهم من المعقول:

بأن المطلوب منه أن يحفظها بما يحفظ به ماله ، وهو يحفظ ماله عند عياله من زوجته وولده ووالديه وغيرهم والمعتبر والضابط في ذلك المساكن لا النفقة^٨. أي أنه يحق للوديع حفظ ماله عند كل من يسكن بيته من أهله.

وأنه لا بد له من الدفع عياله ، فلا يمكنه ملازمة بيته ولا استصحاب الوديعة معه ، فكان المالك راض بذلك دلالة^٩.

الترجيح: أن الإيداع مبني على التعاون والتسامح. وفي إلزام الوديع بحفظ المال بعيدا عن عياله وأهل بيته الذين يعلمون مدخله ومخرجه تضيق عليه وإلزام له بما لا يطيق. لذلك فإني أرجح الرأي الأول الذي ينص على جواز إيداع الوديعة عند الأهل والعيال.

١ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ١٢٩/٤، النووي ، روضة الطالبين ٤٩٠٠/٥، الرملي ، نهاية

المحتاج، ١١٥/٦

٢ العاملي، الروضة البهية، ٢٤١/٤

٣ الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، ١٢٩/٤، النووي ، روضة الطالبين ٤٩٠٠/٥، الرملي ، نهاية

المحتاج، ١١٥/٦

٤ الزيلعي، تبيين الحقائق، ٧٧/٥، الكمال بن الهمام ، فتح القدير ، ٤٩٥/٨

٥ الخرشبي، شرح مختصر خليل ٧٧/٥، الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، ٥٥٩/٥

٦ ابن قدامة ٣٠١/٦، ابن مفلح ، الفروع، ٤٨٢/٤، المرادوي، الإتصاف ٣٢٥/٦

٧ ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٦٩/٥،

٨ الكاساني، البدائع، ٢٠٨/٦، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٧٧/٥

٩ الكاساني، البدائع، ٢٠٨/٦

الفرع الثاني: أن يودعها غيره بغير عذر ودون إذن المودع.

وللفقهاء في هذه المسألة رأيان

الرأي الأول: أنه إذا أودع الوديع الوديعة بغير عذر ولا إذن من المودع يضمن وقال بهذا الرأي جمهور الفقهاء من الحنفية^١ والمالكية^٢ والشافعية^٣ والحنابلة^٤ والزيدية^٥، والإمامية^٦.
والإمامية^٦. ويستدل لهم:

- أن المستودع رضي بأمانته لا أمانة غيره ولم يسلطه على أن يودعها غيره وكان متعديا ضامنا إن تلفت^٧.
- أنه خالف المودع فيضمنها كما لو نهاه عن إيداعها^٨.
- أن الشيء لا يتضمن مثله^٩.

الرأي الثاني: أنه إذا أودعها غيره فلا ضمان عليه وقال به ابن أبي ليلى^{١٠} ويستدل له بما

يلي^{١١}:

- أن عليه حفظها وإحرازها وقد أحرزها عند غيره وحفظها به.
- أنه يحفظ ماله بإيداعه، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله، فلم يضمنها كما لو حفظها في حرزه.

١ الكمال بن الهمام، فتح القدير، ٤٩٥/٨، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٧٧/٥، ابن عابدين، رد المحتار

المحتار ٦٦٤/٥

٢ الخرشي، شرح مختصر خليل ٧٧/٥، الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، ٥٥٩/٥

٣ الشربيني، مغني المحتاج، ١٢٩/٤، قلوبوي، حاشية على شرح جلال المحلي، ١٨٤/٣

٤ ابن قدامة ٣٠١/٦، ابن مفلح، الفروع، ٤٨٢/٤، المرادوي، الإنصاف ٣٢٥/٦

٥ ابن المرتضى، البحر الزخار، ١٦٩/٥

٦ العامل، الروضة البهية، ٢٤٢/٤

٧ الشافعي، الأم ١٢٣/٧

٨ ابن قدامة، المغني ٣٠١/٦

٩ الزيلعي، تبيين الحقائق، ٧٧/٥

١٠ ابن قدامة، المغني ٣٠١/٦

١١ ابن قدامة، المصدر السابق

الرأي المختار: أن الغاية من الوديعة هي حفظ المال المودع، ووسيلة حفظه تكون بما يحفظ به ماله عادة، والوديعة يحفظ ماله عند غيره فيحقق له إذا أن يحفظ الودائع التي عنده عند غيره إذا رضي أمانته. كما أن المودع لم ينفذ الوديعة عن الإيداع وليس في الشرع ما يمنعه من ذلك فلا يترتب على إيداع عند غيره الضمان. وبالتالي فإني أرجح الرأي بجواز الإيداع من الوديعة ما لم ينهه المالك عن ذلك.

الفرع الثالث: أن يودعها غيره بعذر :

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للمودع أن يودع الوديعة عند غيره في حالات محددة وبأعذار معينة وهي : المرض والخوف من الغرق والحرق، والسفر. وقد خالف الحنفية في السفر فلم يعتبروه عذرا يبيح الإيداع عند الغير.^١
كما اتفق الفقهاء على أن الغير الذي يجوز له الإيداع عنده عند توفر العذر يجب أن يكون حسب التسلسل التالي^٢:

أولاً: أن يردها صاحبها أو وكيله.

ثانياً: الحاكم الأمين أو من يقوم مقامه كالقاضي الثقة.

ثالثاً: أن يودعها الثقة.

وإن خالف في أي منهم ضمن^٣.

١ الصاوي، حاشية على الشرح الصغير، ٥/٥٥٩، الكاساني، البدائع، ٦/٢٠٨، الخطيب الشربيني،

مغني المحتاج، ٤/١٢٩، ابن المرتضى، البحر الزخار، ٥/١٦٩، ابن قدامة، المغني، ٦/٣٠١

٢ المراجع السابقة

٣ المراجع السابقة، زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، ٣/٧٧

المبحث الثاني : الضمان عند الانتفاع بالوديعة

المطلب الأول : الضمان عند نية الخيانة أو التعدي في الوديعة

قد يأخذ المودع الوديعة بريد استخدامها ثم يمتنع عن ذلك ويردها مكانها ، كما لو أودع شخص عند آخر نقوداً فأخذ المودع عنده هذه النقود يريد أن يصرفها ثم امتنع عن ذلك وردها مكانها ، فهل تصبح يده ضمان ؟

اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

ذهب المالكية والحنفية إلى أن المودع عنده لا يضمن بمجرد الأخذ ، فإذا الوديعة ليستعملها ثم امتنع عن ذلك مكانها فإن يده تظل يد أمانة ، لا يضمن هلاك الوديعة إلا في حالة التعدي أو التفريط^١ ، واستدلوا لرأيهم :

أولاً : بما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم (إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم)^٢ ، فمن أخذ الوديعة لكي يعتدي عليها ، ثم امتنع عن ذلك ، فهو لم يحدث منه عمل ، فهو داخل في نطاق المعفو عنه ، فلا ضمان عليه .

ثانياً : قالوا أن نفس الأخذ ليس بإتلاف ، كما أن نية الأخذ ليس إتلافاً – فلا يجب الضمان^٣ .

الرأي الثاني :

يعتبر الشافعية والحنابلة مجرد أخذ الوديعة من مكانها ليستعملها المودع عنده أمراً يوجب الضمان ، ويصبح يد المودع عنده يد ضمان لا يد أمانة^٤ .

١ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (١٢٣/٥) ، العيني ، محمد بن احمد بن موسى ، البنية شرح الهداية ، تحقيق احمد صالح ، دار الكتب العلمية ، بيروت (١١٥/١٠) .

٢ البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الطلاق ، باب الخطأ والنسيان في العتاق والطلاق رقم (٤٩٦٨) (٢٠٢٠/٥) ، مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الايمان ، باب تجاوز الله عن حديث النفس رقم (١٢٧) (١١٦/١) .

٣ لكاساني ، بدائع الصنائع (٢١٣/٦) .

٤ النووي ، المنهاج (٩٣/١) ، البجيرمي ، حاشية البجيرمي (٢٩٢/٢) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٣٥٧/٢) ، ابن مفلح ، المبدع (٣٤٠/٥) .

واستدلوا لرأيهم بأن الوديع قد أخذ الوديعة على وجه التعدي ، فيضمن كما لو انتفع بها فكان إخراجها على هذه الحالة خيانة للوديعة يستوجب الضمان^١ .

الرأي الراجح :

من الواضح ضعف استدلال الفريق الثاني القائل بوجود الضمان بمجرد النية ، ولا يصح استدلالهم هذا في مقابل أدلة الفريق الأول التي تقوم عليها أصول عامة في الشريعة الإسلامية.

١ النووي ، روضة الطالبين (٦/٣٣٤) .

المطلب الثاني : أثر الانتفاع على صفة الأمانة

ومن المسائل المهمة في استعمال الوديعة ، حد الاستعمال غير المأذون به الذي يستوجب ضمان الوديعة فلو أودع شخص عند آخر آلة كهربائية أو سيارة ثم استعمالها المودع عنده ، فما هو الاستعمال الذي يستوجب الضمان في هذه الحالة ؟
اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية^١ والشافعية^٢ والحنابلة^٣ إلى أن المودع عنده إذا استعمل الوديعة ، فتلفت من هذا الاستعمال فإنه يضمنها^٤ ، إلا أن الشافعية والحنابلة قد استثنوا استعمال الوديعة لمصلحة الوديعة^٥ نفسها إذا احتاج الأمر ذلك ، كما لو أودع شخص عند آخر ثوبا وكان من مقتضيات حفظه أن يلبسه حتى يزيل العفن ، أو أودع شخص عند آخر آلة معينة لا بد من تشغيلها حتى لا يصيبها الصدأ أو تصاب بخلل .

يقول ابن مفلح : (وان تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردها ضمنها إن تلفت)^٦ .

وتظهر الغاية من هذا القيد في أن الاستعمال الذي لمصلحة الوديعة هو من مقتضيات العقد ولا بد منه لحفظ الوديعة من الهلاك .

الرأي الثاني : يرى المالكية^٧ أن الاستعمال الذي يوجب الضمان هو الاستعمال الذي تعطب الوديعة بمثله عادة فإذا استعمالها المودع عنده هذا الاستعمال ، فتلفت بسببه أو بأفة سماوية فإنه يضمن الوديعة .

١ العيني ، النيابة (١١٦/١٠)

٢ الشربيني ، مغني المحتاج (١١٦/٣)

٣ البهوتي ، شرح المنتهى (٣٥٦/٢) .

٤ العيني ، النيابة (١١٦/١٠) ، الشربيني ، مغني المحتاج (١١٦/٣) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٣٥٦/٢) .

٥ النووي ، المنهاج (٩٣/١) ، الجبرمي ، حاشية الجبري (٢٩٤/٣) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٣٥٦/٢) ، ابن مفلح ، المبدع (٢٣٩/٥) .

٦ ابن مفلح ، المبدع (٢٣٩/٥) .

٧ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (١٢٢/٥) ، الخرشي ، شرح مختصر خليل (٤٧٢/٦)

أما إذا استعمل المودع عنده الوديعة استعمالاً لا تعطب الوديعة بمثله فلا ضمان عليه إذا تلفت عند الاستعمال بأفة سماوية اتفاقاً عندهم ، وأما إذا كان التلف بسبب الاستعمال فلا يضمنها المودع عنده على الأرجح عندهم .
ولعلمهم رأوا أن هذا الاستعمال مأذون به ضمناً ؛ لأن الوديعة لا تتضرر منه .

الرأي الراجح :

والذي يترجح هو قول الشافعية والحنابلة ، وهو الرأي بتضمين المودع عنده إذا هلك الوديعة باستعماله إلا في الاستعمال الذي تقتضيه مصلحة الوديعة .
لأن الرأي بعدم التضمن في الاستعمال الذي لا تعطب الوديعة في مثله يؤدي تضييع الأموال ولأنه يجعل الناس يتهاونون في استخدام الودائع التي عندهم عندما يعلمون أنهم لا يضمنون إذا هلك الوديعة بسبب استخدامهم هذا ، وبالتالي فإنه يعود على مقصد المودع من الإيداع بالنقض والإبطال .
وأما عدم الضمان في حالة الاستعمال لمصلحة الوديعة ، فلان المودع عنده في هذه الحالة قد استعمل الوديعة استعمال اقتضاه عقد الوديعة ، فهو عقد على الحفظ والرعاية للوديعة ، ومن مقتضيات الحفظ هذا الاستخدام ، فلا ضمان على المودع عنده باستخدام اقتضته طبيعة العقد .

المطلب الثالث : اثر الاستعمال الممنوع على صفة يد الوديع بعد الرد

وقد اختلف العلماء في زوال الضمان بزوال التعدي أو التقصير على ثلاثة آراء: الرأي الأول : لو تعدى فلبس الثوب وركب الدابة أو أخذ الوديعة ليستعملها أو اتجر بالdraهم ثم ردها موضعها بنية الأمانة لم يبرأ من الضمان وقال بهذا زفر من الحنفية^١ والشافعية^٢ والحنابلة^٣ والإمامية^٤ ويستدل لهم من المعقول:

(١) أنه ضمنها بعدوان فبطل الاستئمان كما لو جردها ثم أقر بها.^٥ مناقشته: أن ارتفاع عقد الوديعة عند التعدي جاء للضرورة ، والضرورة تقدر بقدرها ، فإذا زال التعدي زالت الضرورة ، فيزول الضمان وترجع يد المودع الأمانة^٦ . ويجب على ردهم هذا أن الضرورة ما زالت قائمة بعد تغير حال المودع بهذا الاستخدام، ولا يرفعها إلا الرد.

(٢) أنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد متجدد ، ولم يوجد فصار كمن جدد الوديعة.^٧ مناقشته: بأنه قياس مع الفارق ؛ لأنه بالجحود يفسخ العقد ، فلا يعود إلا بعقد جديد ؛ لأن مطالبة المودع للوديعة هي عزل للمودع عنده^٨ .

(٣) أنه صار بمنزلة الغاصب، فيستصحب حكم الضمان إلى أن يحصل من المالك ما يقتضي زواله برده عليه ثم يجدد له الوديعة أو يجدد له الاستئمان بغير رد كأن يقول له أودعتكها أو استأمنتك عليها ونحوه على الأقوى.^٩ مناقشته: بأنه قد تحقق الرد حكماً ؛ إذ أن المودع عنده وكيل عن صاحب الوديعة في الحفظ .

١ الكاساني، البدائع ٢١٣/٦

٢ ابن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج ، ٣٣٤/٥، الشربيني، مغني المحتاج ، ١٣٩/٤.

٣ ابن قدامة ، المغني ، ٥٩١/٥، ابن رجب ، القواعد ، ٦٥ ، البهوتي ، كشاف القناع ١٧٦/٤

٤ زين الدين العملي، الروضة البهية ، ٢٥١/٤، المحقق الحلي، شرائع الإسلام ، ١٣٢/٢

٥ ابن قدامة ، المغني ، ٥٩١/٥

٦ العيني ، البنية (١١٧/١٠) .

٧ ابن رجب ، القواعد ، ٦٥ ،

٨ الزيلعي ، تبيين الحقائق (٢٣/٦) .

٩ زين الدين العملي، الروضة البهية ، ٢٥١/٤

ويرد على هذا أنه بالاستعمال لم يعد وكيلا عن صاحب الوديعة لما تبين عدم أهليته لحفظ الوديعة كما كان يظن المودع ، فلا يتحقق الرد حكما ولا حقيقة .

الرأي الثاني: إن تعدى فيها ثم أزال التعدي زال الضمان بشرط أن لا يعزم على العود وقال به الحنفية^١ والمالكية^٢ ويستدل لهم من المعقول:

- لأنه مأمور بالحفظ وقد وجد^٣
- أن الأمر باق لإطلاقه عن التقييد بوقت فيوجب بقاء المأمور به وهو الحفظ على وجه الأمانة .

مناقشته : فهو مبني على الرأي بأن الأمر يقتضي التكرار^٤ ، وهو محل خلاف خلاف ، والكثير من أهل العلم على خلافه^٥ ، كما أن الأمر بالحفظ كان مبنيا على علم صاحب الوديعة بأمانة المودع وباستعماله لها دون صاحبها تبين عدم أمانة المودع عنده ، ولا أظن المودع يرضى ببقاء الوديعة عنده بعد ذلك .

- ارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الضمان بالمخالفة ، والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع بإثباته ما دامت المخالفة باقية فلا يتعدى ما بعد ارتفاعه ، فإذا ارتفع عاد حكم العقد^٦

١ ابن عابدين ، الحاشية ٦٧٠/٥ ، الزيلي ، تبيين الحقائق ، ٧٩/٥

٢ الإمام مالك ، المدونة ، ٤٣٥/٤ ، الدسوقي ، ٤٢٤/٣ ، النفراوي ، الفواكه الدواني ، ١٧١/٢ .

٣ الزيلي ، تبيين الحقائق ٧٩/٥ .

٤ القرافي ، الذخيرة (٣٣٩/٧) .

٥ صالح ، محمد أديب ، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، المكتب الإسلامي ، ط٤ ، بيروت ، ١٩٩٣م (٢٨٤/٢ - ٢٨٧) .

٦ البابرني ، العناية على الهداية ٤٩٠/٨

المبحث الثالث: الضمان عند مخالفة شرط الموعد

المطلب الأول: ما هو الشرط المعتبر في العقود؟

قد يقترن بالعقد مجموعة من الشروط فهل تعد الشروط كلها نافذة ولا يجوز مخالفتها أم أن هناك قيوداً على الشرط حتى يتم اعتباره؟
وللفقهاء في هذه المسألة رأيان :
الرأي الأول: أن الشرط الذي لا تجوز مخالفته لا بد أن يتوافر فيه أمران لا ينفك أحدهما عن الآخر .

الأمر الأول: أن يكون من الممكن اعتباره ، ومثاله: أن يأمره بالحفظ ويشترط عليه أن يمسكها ليلاً ونهاراً ، فالشرط باطل حتى لو وضعها في بيته أو فيما يحرز فيه ماله عادة فصاعت فلا ضمان عليه . لأن إمساك الوديعة ليلاً ونهاراً أصلاً غير مقدور له عادة فكان شرطه لا يمكن مراعاته.

والثاني: أن يكون مفيداً. مثاله: أن يقول له احفظ هذه الوديعة في دارك هذه فحفظها في دار له أخرى فإن كانت الداران في الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لا تدخل في ضمانه لأن التقييد غير مفيد ، وإن كانت الثانية أقل حرزاً دخلت في ضمانه لأن التقييد عند تفاوت الحرز يفيد . وقال بهذا الرأي الحنفية^١

الرأي الثاني: تجب مراعاة الشروط في المواضع كلها، لأن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك هذا الأصل إلا لضرورة.^٢
الترجيح: أرجح الرأي الأول بالاعتداد بالشرط إذا كان مفيداً ويمكن اعتباره. ويرجع في تقييد ذلك إلى العرف والعادة الجارية.

١ الكاساني، ٦/٢٠٩

٢ النووي، روضة الطالبين، ٥/٣٨٩، ٣٩٢.

المطلب الثاني: هل تعتبر كل مخالفة سببا للضمان

هل تعتبر كل مخالفة سببا للضمان؟ أقول: الإجابة على هذا السؤال واضحة بينة عند كل من الحنفية والشافعية وتحتاج بعض الاستقراء والتأمل في المذاهب الأخرى ويمكن حصر أقوالهم في ثلاثة أقوال هي:

الرأي الأول: إذا خالف الأمين الشرط الذي يمكن اعتباره ويفيد فهو ضامن وقال به الحنفية^١. وقد سبق بيانه .

الرأي الثاني: أن التلف إذا كان بسبب المخالفة أو الجهة المعدول إليها ضمن، لأن الواجب مراعاة الشروط في المواضع كلها والوجه في هذا القول: أن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي أوقعه فلا يترك الأصل إلا لضرورة. وإن تلفت بسبب آخر فلا ضمان وقال بهذا الشافعية^٢ و المالكية في ظاهر مذهبهم^٣، والظاهرية^٤.

المناقشة: أن تصرف العاقل يعتبر إذا تعلق به عاقبة حميدة، أما إذا خرج مخرج السفه والعبث فلا. لأن التعيين عند عدم التفاوت في الحرز يجري مجرى العبث كما إذا قال احفظ بيمينك ولا تحفظ بشمالك أو احفظ في هذه الزاوية ولا تحفظ في الأخرى فلا يصح التعيين لانعدام الفائدة حتى لو تفاوتتا في الحرز يصح^٥.

الرأي الثالث: أن المخالفة إذا كانت إلى ما هو أحرز من الشرط أو أكثر نفعاً وحصل التلف لم يضمن، أي أن المخالفة إذا كانت لما فيه مصلحة فإنها لا تعد سببا للضمان وإليه ذهب الحنابلة^٦ وهو ظاهر مذهب الزيدية^٧ والإمامية^٨. وبناء على هذا فإنه لا يعتد بالمخالفة حتى لو كانت سببا للضمان.

١ الكاساني، البدائع، ٢٠٩/٦، الزيلعي، تبيين الحقائق، ٨١/٥،

٢ النووي، روضة الطالبين، ٣٩٢/٥، الشافعي، الأم، ١٤٤/٤، أبو يحيى زكريا الأنصاري، أسنى

المطالب، ٨١/٣.

٣ أنظر متن الشيخ خليل عند المالكية وقوله: (وبقلل بنهي أو بوضع بنحاس في أمره بفخار) الخرشبي، شرح المختصر، ١١٢/٦. الدسوقي، الحاشية ٤٢٣/٣.

٤ ابن حزم، المحلى، ١٣٨/٧.

٥ الكاساني، البدائع، ٢٠٩/٦.

٦ المرادوي، الإصناف، ٣١٨/٦، ابن قدامة، المغني، ٣٠٤/٦، البهوتي، كشاف القناع، ١٦٨/٤.

٧ الشيخ المرتضى، البحر الزخار، ١٧١/٥، الصنعاني، التاج المذهب ٣٣٧/٣.

٨ الإمام الحلبي، الروضة البهية ٢٣٩/٤.

الرأي المختار: من خلال ما سبق فإنني أرى أن الرأي الثاني أدعى للقبول وفيه مراعاة لكلا الطرفين فلما كانت المخالفة هي سبب الضمان، فمن غير المعقول أن يقع التلف ويترتب عليه الضمان محتجين بالمخالفة مع أن مخالفة الشرط لم تكن السبب في التلف، وذلك كأن يأمره أن يضع الوديعة مثلا في غرفة ولا يدخل عليها أحد فخالفه ثم تلفت الوديعة بأن سقط عليها الحائط أو غيره فهل نلزمه بالضمان لأنه خالف الشرط^١.

كما أن اعتراض الكاساني على هذا الاعتبار بقوله أنه يمكن اعتباره إذا لم يخرج مخرج السفه فيه تأييد لهذا القول، حيث أن الشافعية ومن قال بقولهم جعلوا الدليل على أن هذا الشرط لم يخرج مخرج السفه من خلال أن التلف كان بسبب هذه المخالفة مما يعني أن الشرط كان مفيدا وليس من باب السفه.

١ ابن قدامة، المغني، ٦/٣٠٦، ابو زكريا الأنصاري، أسنى المطالب ٣/٨١

المطلب الثالث: مخالفة أمر المودع في مكان الحفظ عند تعيينه

إذا عين المودع للوديع مكانا للحفظ ، وقام الوديع بتغيير هذا المكان ، وهلكت الوديعة بعد ذلك ، فهل يضمن ؟

اتفق الفقهاء على جواز النقل من المكان المعين للضرورة كالحريق أو هدم البيت واتفقوا على تضمين الوديع إذا قام بنقل الوديعة حرز أقل من المكان الذي عينه المودع^١ ، ولكنهم اختلفوا فيما لو قام المودع عنده بنقلها حرز مماثل للمكان المعين أو أعلى منه ، على عدة آراء :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية هي المعتمدة في المذهب إلى أن المودع عنده لا يضمن إذا قام بنقل الوديعة حرز مساو للحرز المعين من صاحب الوديعة أو أعلى منه^٢ .
واستدلوا لرأيهم :

أولا : بالقياس على من استأجر أرضا ليزرع فيها حنطه ، فله زرعها وزرع مثلها في الضرر ، والمودع عنده هنا موكل إليه الحفظ في حرز معين ، فله أن يضع الوديعة فيما هو مماثل لذات الحرز المعين ، أو أعلى منه في الحرزية ، لو زرع الأرض مما هو أقل ضررا من الحنطة^٣ .

ثانيا : أن التقيد بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله في الحرزية^٤ .

الرأي الثاني :

ذهب الشافعية^٥ إلى أن الوديع إذا نقل الوديعة من المكان الذي عينه صاحبها مكان مثله أو حرز منه فانه لا يضمن بشرط سامة العاقبة ، فإذا هلكت الوديعة بسبب يتعلق بالنقل كانهدام البيت المنقول إليه أو سرقت فانه يضمن ؛ لأن ضياع الوديعة كان

١ المرغيناني ، الهداية (٢١٨/٣) ، الدسوقي حاشية الدسوقي (١٢٩/٦) ، البجيرمي ، حاشية

البجيرمي (٤٧٦/٣) البهوتي ، شرح منتهى الإرادات ٣٥٣/٢

٢ المرغيناني ، الهداية (٢١٨/٣) ، الخرشي ، شرح المختصر (٤٧٦/٦) ، البهوتي ، شرح منتهى

الإرادات ٣٥٣/٢

٣ البهوتي ، شرح منتهى الإرادات (٣٥٣/٢) .

٤ ابن مفلح ، المبدع (٣٣٥/٥) .

٥ الشربيني ، مغني المحتاج (١١١/٣) ، النووي ، المنهاج (٩٣/١) .

بسبب مخالفة أمر المودع ، وأما إذا كان الهلاك بسبب لا يتعلق بالنقل ، فلا يضمن المودع عنده .

ويدل على قول الشافعية بان الجواز ينافي الضمان ، فكيف يجوز له النقل ثم ترتب عليه الضمان بعد ذلك ؟

الرأي الثالث :

ذهب الحنابلة في رواية ثانية تضمين الوديع في حالة تعيين الحرز المعين ، سواء أكان النقل لحرز مماثل للحرز المعين أو أعلى منه ؛ لأنهم رأوا في هذا التصرف تعديا من قبل الوديع ، إذ الأمر بالشيء يقتضي تعيينه^١ .
والحقيقة أني لا أرى في هذا تعيينا لذات المكان ، وإن كان هناك تعيين فهو تعيين للمثلية في الإحراز .

الترجيح

والذي يترجح في المسألة هو عدم الضمان في النقل إلى حرز مماثل للحرز المعين ، أو أعلى منه ، لأن أمر المودع بوضع الوديعة في مكان لا يدل دلالة واضحة على إرادة ذات المكان ، بل غاية ما فيه تعيين المثلية في الحرز ، فإذا قام الوديع بنقل الوديعة حرز مماثل فإنه لا يكون قد قصر في الحفظ ، فلا ضمان عليه ، ومن باب أولى لو قام بالنقل مكان أحرز من المعين .

١ المرادوي ، الانصاف (٣١٨/٦) ، ابن تيمية ، المحرر (٣٦٢/١) .

المطلب الرابع: مخالفة شرط المودع في حالة نهيه عن إخراج الوديعة من مكانها الذي عينه

ومن المسائل التي تتعلق بمخالفة شرط المودع ما لو قام المودع عنده بنقل الوديعة من مكانها الذي نهاه صاحب الوديعة عن إخراجها منه .
وقبل ذكر أقوال الفقهاء أشير إلى أن المودع عنده لو قام بنقل الوديعة حرز مماثل أو أعلى منه في حالة الضرورة فإنه لا يضمن ولو قام بالنقل حرز أقل من المكان المعين فإنه يضمن^١ .
وأما إذا قام بقل الوديعة في غير حال الضرورة حرز مساو أو أعلى منه ، اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية إلى أن المالك لو نهى المودع عنده عن نقل الوديعة من مكانها ، وقام بنقلها مكان مماثل أو أحرز منه ، فإنه لا يضمن ، وعللوا رأيهم بأن هذا الشرط غير مفيد فلا يلزم المودع عنده الالتزام به^٢ .

الرأي الثاني :

ذهب الشافعية والحنابلة تضمين المودع إذا خالف نهى المودع ، ووضع الوديعة في حرز آخر مثل حرزها المنهي عن الإخراج منه أو أحرز منه ، وعللوا رأيهم بمخالفة شرط المودع^٣ .

الرأي الرابع :

والذي يترجح هو وجود الالتزام بشرط المودع في هذه الحالة ، إذ فيه دلالة واضحة على رغبة المودع إبقاء الوديعة في نفس المكان المعين ، فلا يجوز مخالفة الشرط المتفق عليه ، إذ المسلمون عند شروطهم ، فالمودع عنده لما أخذ الوديعة أخذها بناء على هذا الشرط ، فيجب عليه الالتزام به سواء أكان مفيدا أو غير مفيد .

١ المرغيناني ، الهداية (٤١٨/٣) ، الشربيني ، مغني المحتاج (١١١/٣) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٣٥٣/٢) .

٢ المرغيناني ، الهداية (٤١٨/٣) ، الزيلعي ، تبين الحقائق (٢٥/٦) .

٣ الشربيني ، مغني المحتاج (١١١/٣) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٣٥٣/٢) ، المرادوي ، الانصاف (٣١٧/١) .

الفصل الثالث: أحكام الضمان في عقد الوكالة

المبحث الأول: البيع أو الشراء بغير ثمن المثل.

يظهر أثر الحديث عن هذا الحكم في الوكالة المطلقة أي عند عدم تحديد الثمن للبيع أو الشراء ، فقد عبر الفقهاء عن ذلك بالغبن الفاحش . أي أن هناك غبنا يسيرا قد يعفى عنه

المطلب الأول: بيان الضابط في التمييز بين الغبن الفاحش واليسير

ذهب الفقهاء إلى أن الغبن نوعان : غبن يسير وغبن فاحش . وللفقهاء في تحديد كل من الغبن الفاحش واليسير أقوال :

الرأي الأول : أن اليسير : ما يدخل تحت تقويم المقومين . والفاحش : ما لا يدخل تحت تقويم المقومين ، وقال به الحنفية^١ واستدلوا على ذلك :

لأن القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد ، فيعذر فيما يشتبه؛ لأنه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ، ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه .

ولإمكان الاحتراز عنه ، لأنه لا يقع في مثله عادة إلا عمداً^٢ .

الرأي الثاني : أن الغبن عبارة عن بيع السلعة بأكثر مما جرت العادة أن الناس لا يتغابنون بمثله، وهي الزيادة على الثلث وقيل : الثلث وأما ما جرت به العادة فلا يوجب الرد باتفاق^٣. وقال به المالكية

الرأي الرابع: : الغبن اليسير هو ما يحتمل غالبا فيغتفر فيه ، والغبن الفاحش هو ما لا يحتمل غالبا ، والمرجع في ذلك عرف بلد البيع والعادة^٤ . وقال به الشافعية والحنابلة^٥ .
الرأي الرابع :
الراجح :

يظهر لنا بوضوح اتفاق الآراء في هذه المسألة وتقاربها بحيث يمكن الجمع بينها على أن الغبن الفاحش هو ما اتفقت العادة على اعتباره غبنا فاحشا ويمكن الرجوع في ذلك لأهل الخبرة من التجار وأمثالهم.

هذا كله إذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه تقويم المقومين ، وأما إذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز لا يعفى فيه الغبن وإن قل .

١ الكاساني، بدائع الصنائع (٣٠/٦) ، الزيلعي، تبيين الحقائق، (٣٧٢/٤)

٢ الكاساني، بدائع الصنائع (٣٠/٦) ، الزيلعي، تبيين الحقائق، (٣٧٢/٤)

٣ الخطاب ، مواهب الجليل، (٤٦٩/٤)

٤ الرملي، نهاية المحتاج، (٣١٥/٥) ، الخطيب الشربيني، مغني المحتج، (٢٤٤/٣)

٥ ابن قدامة ، المغني، (١٥٣/٠)

المطلب الثاني : الضمان عند البيع بالغبن الفاحش

إذا وكله ببيع سلعة ما دون أن يحدد سعرها ويُعرف ثمن مثلها في السوق فباعها الوكيل بأقل من ثمن المثل ، فإذا كان الغبن يسيرا عفي عنه باتفاق الفقهاء^١
 أما إذا كان الغبن فاحشا فالفقهاء في تضمينه رأيان:
 الرأي الأول: أن الوكيل يكون ضامنا للموكل فيه ، وقال به المالكية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية والشافعية والحنابلة في رواية عندهم^٢ ، ويستدل لهم من المعقول :
 أولا : أن الوكيل مأمور بالعمل لمصلحة موكله ومنهي عن الإضرار به ، وفي حالة البيع بغبن فاحش إضرار بالموكل وترك لمصلحته^٣ .
 ثانيا : أن الإطلاق في البيع محمول على العرف ويقيد به ، والبيع بغبن فاحش ليس متعارفا عليه^٤ .
 ثالثا : أن البيع بغبن فاحش كأنه يعري جزء من المبيع عن الثمن^٥ ، والوكالة بالبيع وليس بالهبة .
 ويرد عليه بأن تصرف الوكيل هذا بيع محض ويدل عليه أن الوكيل لو حلف ألا يبيع وقام بهذا البيع فإنه يحنث ولو لم يكن تصرفه هذا بيعا لما كان حائثا^٦ .
 الرأي الثاني : جواز البيع بغبن فاحش ، ولا شيء على الوكيل بذلك ، وقال به الإمام أبو حنيفة^٧ واستدل لرأيه :

-
- ١ المرغيناني ، الهداية (١٤٧/٣) ، الدردير ، الشرح الصغير (١٤٨/٢) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢٢٤/٢) ، البهوتي ، شرح منتهى الإرادات (١٩٦/٢)
 - ٢ الكاساني بدائع الصنائع (٢٦/٥) الشربيني ، مغني المحتاج (٢٢٤/٢) ، المرداوي ، الإصناف (٣٧٩/٥) .
 - ٣ الشيرازي ، المهذب (٣٥٤/١) .
 - ٤ الشيرازي ، المصدر السابق . (٣٥٤/١)
 - ٥ المرغيناني ، الهداية (١٤٥/٣) .
 - ٦ المرغيناني ، الهداية (١٤٥/٣)
 - ٧ الكاساني ، البدائع (٢٦/٥)

أولاً: أن التوكيل بالبيع مطلق فالموكل لم يقيد بثمن المثل أو بما يتغابن فيه الناس عادة بل وكل الوكيل بمطلق البيع ، فإذا قام بالبيع بغبن فاحش فإنه يدخل تحت مطلق البيع ، ويكون منفذاً لما أمره الموكل ^١ .

ويرد عليه بأن الوكالة وإن كانت مطلقة باللفظ إلا أنها مقيدة بالعرف ضمناً ، والعرف يمنع أن يبيع الوكيل بغبن فاحش فتتقيد الوكالة به ^٢ .

ثانياً: أن البيع وإن لم يكن متعارفاً فعلاً ، فهو متعارف ذكرًا أو تسمية فمن حلف أن لا يأكل لحماً أكل لحم آدمي فإنه يحنث وإن لم يكن أكله متعارفاً عليه لكونه متعارفاً إطلاقاً وتسمية ^٣ .

ويرد على هذا الدليل بأنه منقوض بعدم جواز الشراء بغبن فاحش عند الإمام أبي حنيفة.

الرأي الراجح :

وبعد النظر في أدلة الرأيين يترجح الرأي القائل بضمان الوكيل في هذه الحالة لأن البيع بغبن فاحش إضراراً بالموكل وخروج عن مصلحته التي يجب على الوكيل مراعاتها ، إلا أنني أرى إعطاء الموكل الخيار في ضمان الموكل فيه وبين إجازته للبيع إذا رأى ذلك ، لن الضمان قد وجب لحق الموكل فإذا أراد أن يتنازل عن خالص حقه فله ذلك .

١ المرغيناني ، الهداية (١٤٧/٣) .

٢ المرغيناني ، الهداية (١٤٧/٣) .

٣ الكاساني ، البدائع (٢٧/٦) .

المبحث الثاني: الانتفاع بالعين الموكل ببيعها أو بالثمن

اتفق الفقهاء على أن الوكيل إن تعدى فلبس الثوب الذي وكل ببيعه أو ركب الدابة أو اتجر بالثمن لمصلحة نفسه صار ضامنا إن تلفت تلك العين^١ فإذا أزال الوكيل التعدي وعاد الحفظ فهل ترجع يده صفة الأمانة؟
اختلف العلماء في المسألة على رأيين :
الرأي الأول :

أن الوكيل لو تعدى على الموكل فيه بالاستعمال ثم باعه وقبض الثمن يصبح الثمن الذي في يده أمانة ولا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط ، وقال به : الحنفية والمالكية^٢ والشافعية في قول هو المعتمد^٣ ، والحنابلة في الرواية الراجحة^٤ . يقول الشربيني عن حالة تعدي الوكيل عن عل ما في يده : (ولو باعه وسلمه المبيع زال الضمان عنه لأنه أخرجها من يده بإذن مالكها ولا يضمن الثمن لأنه لم يتعد فيه) ، ويبدو أن مبنى رأيهم هذا على :
أن الثمن الذي قبضه هو غير الذي تعدى عليه كما أن الوكالة في التصرف تظل قائمة ولا تنتقل بالتعدي ، لأن عقد الوكالة يتضمن الأمانة والإذن بالتصرف فإذا بالتصرف فإذا اختلفت الأمانة فإن الأذى بالتصرف يضل قائما^٥ .

الرأي الثاني : بطلان الوديعة بمجرد التعدي وقل به الشافعية في قول والحنابلة في رواية^٦ .

كما هو الحال في الوديعة تبطل بالاستعمال وتصبح يد المودع يد ضمان ويجب على المودع ردها للمودع فكذلك هنا^٧ .

- ١ الشافعي ، الأم ، (٢١١/٨) ، ابن قدامة ، المغني ، (٧٢/٥) ابن مفلح ، الفروع (٢٦٢/٤) ، .
- ٢ لم أجد للحنفية أو المالكية نص في هذه المسألة لكن يمكن بناء هذا على الأصل العام أن الوكالة كالوديعة في الحفظ وهذا تعدى في الحفظ. فوجب الضمان.
- ٣ الشربيني ، مغني المحتاج (٢٢٢/٢)
- ٤ ابن تيمية ، المحرر في الفقه
- ٥ الشيرازي ، المهذب (٣٥٧/١) ، ابن تيمية ، المحرر في الفقه (٣٤٩/١) .
- ٦ الشيرازي ، المهذب (٣٥٧/١) ، ابن تيمية ، المحرر (٣٤٩/١) ، المردأوي ، الانصاف (٣٦٩/٥) .
- ٧ ابن مفلح ، المبدع (٣٦٤/٤) .

وفي هذا يقول ابن مفلح: (الوجه الثاني أنها تبطل لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة)^١ .

فإذا تصرف الوكيل بالموكل فيه يكون تصرفه كالأجنبي ، لأن الوكالة بطلت بالتعدي وتكون يده على الذي قبضه يد ضمان لا يد أمانة .

الرأي الراجح :

والحقيقة أن التعدي على الموكل فيه لا يبطل الوكالة ، لأن عقد الوكالة يتضمن الإذن بالتصرف ، والأمانة بخلاف الوديعة التي هي مجرد أمانة ، وعليه فإذا تصرف الوكيل بالعين الموكل فيها ، وفق إرادة الموكل بعد استعمالها لمصلحته الخاصة ، فإنه يكون قد تصرف وفق الإذن من الموكل ، فيصح تصرفه ، ولا تكون يده على البديل يد ضمان ، لأن هذا البديل الذي قبضه لم يعقد عليه وقد قبضه قبضا مآذونا فيه .

وبناء على الرأي المرجوح عند الشافعية والحنابلة ، لو قام الوكيل بالتعدي على العين الموكل فيها قم قام ببيعها ، وقبض بدلها ثم هلكت عنده بلا تعد أو تفريط ، فإنه يضمنها بخلاف الرأي الآخر فإنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط .

١ ابن مفلح ، المصدر السابق .

المبحث الثالث: الضمان عند توكيل الغير

هل يعد توكيل الغير سببا من أسباب الضمان في الوكالة ، أم أن هناك حالات يختلف الحكم باختلافها:

اتفق الفقهاء على جواز توكيل الغير عند الإذن^١ ، وعلى عدم الجواز عند المنع^٢ ، واختلفوا في الإطلاق وفيما يلي تفصيل ذلك

لو قام الوكيل بتوكيل شخص آخر ليقوم مقامه في عمل ما وكل به فهل يجوز ذلك ؟
اختلف الفقهاء في ذلك على عدة آراء:

الرأي الأول : عدم جواز التوكيل في حالة الإطلاق واستثنوا من ذلك بعض الحالات^٣
وقال به المالكية والشافعية والحنابلة وهي :

الأولى : أن يكون العمل لا يليق بالوكيل فيوكل غيره ليقوم به ، يقول ابن مفلح : ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه^٤ . ويشترط المالكية لجواز التوكيل في الحالة الأولى أن يكون الموكل بعلم حال الوكيل أو أن يكون حاله مشهورا في السوق ولو لم يعمله الموكل ، وفي حال عدم العلم بحال الوكيل أو عدمت الشهرة فان الوكيل يضمن^٥ .

الثانية : أن لا يقدر الوكيل على القيام بالأعمال التي وكل بها لكثرتها . يقول الشربيني : (ولو كثر الموكل فيه وعجز الوكيل عن الإتيان بكله والمذهب أنه يوكل فيما زاد على الممكن)^٦
الثالثة : أن يكون ما وكل به لا يحسنه الوكيل فيوكل من يحسنه^٧

١ ابن مفلح ، المبدع (٣٦٠/٤) ، المرادوي ، الانصاف (٣٩٢/٥) ، خرشي ، شرح مختصر خليل (٤١١/٦) ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٧٠/٥) ، المرغيناني ، الهداية (١٤٨/٣) ، ابن نجيم ، البحر الرائق (١٧٦/٧) ، الشيرازي ، المهذب ، (٣٠٥/١) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢٢٦/٢) .
٢ سيأتي بيانه عند الحديث عن مخالفة شرط المودع.
٣ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٤١١/٦) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢٢٦/٢) ، المرادوي ، الانصاف (٣٩٢/٥) .

٤ ابن مفلح ، المبدع ، ٣٦٠/٤ .

٥ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٧٠/٥) .

٦ الشربيني ، مغني المحتاج ٢٢٦/٢ .

٧ الشيرازي ، المهذب (٣٥١/١) .

واستدلوا لرأيهم عدم جواز التوكيل في غير الحالات المستثناة :

أولاً : أن الموكل قد رضي بعمل الوكيل ولم يرض بعمل غيره فلم يجز له التوكيل ^١ .

ثانياً : ولأنه استئمان فيما يمكنه القيام به فلم يكن له أن يوليه من لا يأمنه عليه كالوديعة ^٢ .

و أما استدلالهم لجواز التوكيل في الحالات المستثناة التي ذكروها ، فهو بالعرف الذي يقتضي جواز التوكيل في تلك الحالات ^٣ .

الرأي الثاني: عدم جواز التوكيل في حالة الإطلاق إلا في بعض الحالات التي لا يختلف الفعل فيها باختلاف الأشخاص مثل:

الأولى: إذا وكل شخصاً آخر في دفع ما عليه من زكاة ، فللوكيل في هذه الحالة أن يوكل عنه بغير إذن موكله .

الثانية: أن يوكل شخصاً آخر في قبض دين له ، فيقوم الوكيل بتوكيل واحد من عياله ليقبض الدين بدلاً عنه لأن يده كيده .

الثالثة: أن يحدد الموكل ثمناً معيناً للوكيل فيجوز للوكيل أن يوكل غيره .

يقول التمرتاشي : " الوكيل لا يوكل إلا بإذن أمره إلا في دفع زكاة وفي قبض الدين وإلا عند تقدير الثمن " ^٤ .

واستدلوا لرأيهم بعدم جواز التوكيل ^٥ .

-
- ١ ابن مفلح ، الفروع (٢٦٤/٢) ، الشرواني ، حواشي الشرواني (٣٢٣/٥) .
- ٢ ابن مفلح ، المبدع (٣٦٠/٤) .
- ٣ الشيرازي ، المهذب (٣٥٠/١) ، ابن مفلح ، المبدع (٣٦٠/٤) .
- ٤ التمرتاشي ، تنوير الأبصار ٥٢٧/٥ .
- ٥ المرغيناني ، الهداية (١٤٨/٣) ، الشيباني ، محمد بن الحسن الشيباني ، الجامع الصغير ، ط ١ ، عالم الكتب ، بيروت / ١٤٠٦هـ (٤١٢/١) ، الحصكفي ، الدار المختار (٥٢٧/٥) ابن مفلح ، الفروع (٢٦٤/٢) ، الروقي ، حواشي الشرواني (٣٢٣/٥) .
- ٥ ابن مفلح ، المبدع (٣٦٠/٤) .
- ٥ الشيرازي ، المهذب (٣٥٠/١) ، ابن مفلح ، المبدع (٣٦٠/٤) .
- ٥ التمرتاشي ، تنوير الأبصار ٥٢٧/٥ .
- ٥ المرغيناني ، الهداية (١٤٨/٣) ، الشيباني ، محمد بن الحسن الشيباني ، الجامع الصغير ، ط ١ ، عالم الكتب ، بيروت / ١٤٠٦هـ (٤١٢/١) ، الحصكفي ، الدار المختار (٥٢٧/٥) .

أولاً : قالوا أن الموكل قد أذن للوكيل بالتصرف هو ولم يأذن له بالتوكيل .
ثانياً : لأن الموكل قد أذن للوكيل بالتصرف ارتضاء لرأيه والناس متفاوتون في الرأي .

الرأي الراجح : نجد أن الفقهاء متفقون على أن الوكيل لا يجوز له التوكيل،إنما الخلاف في الحالات المستثناة فنجد الجمهور قد توسعوا في تلك الحالات بعض التوسع بينما ضيق الحنفية إطارها وأنا أميل هذا التضييق مراعاة لرغبة الموكل في أنه ارتضى أمانة الوكيل وتصرفه على علم بحاله وإلا لما ائتمنه على ماله ولا عبءة بالعرف الذي استندوا إليه ، كما أن الأدلة التي ساقها الفريقان على عدم جواز التوكيل ابتداء أقوى من تلك التي ساقوها على الحالات التي يجوز فيها الاستثناء.

المبحث الثالث : الضمان عند مخالفة أمر الموكل

قد يقيد الموكل وكيله بمجموعة من الشروط أو القيود التي تضمن له بيعا أو شراء أو تصرفا يأمن فيه الخسارة ، وقد تتعلق هذه الشروط بالثمن أو بالشخص أو بالسوق أو غير ذلك من أطراف معاملته ، وفيما يلي بيان أحكام الالتزام بهذه القيود

المطلب الأول : الضمان عند البيع بأنقص من الثمن المقدر

إذا وكل شخص ببيع بيته بسعر محدد ثم قام الوكيل ببيع البيت بأقل من السعر المحدد ، فهل يجوز للوكيل ذلك ولا ضمان عليه أم أنه لا يجوز له فعل ذلك ويكون ضامنا لفعله هذا ؟
اتفق الفقهاء على عدم جواز البيع بأقل من السعر المحدد في حالة نهي الموكل عن ذلك وأما إذا وكله ببيع شيء ما بسعر محدد ولم ينهه عن البيع بأقل منه ، فهل يجوز له أن يبيع السلعة بأقل من السعر المحدد ؟

اختلفت آراء العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

منع الوكيل من البيع بأقل من السعر المحدد مطلقا و ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية ^١ ، وعليه فإنه يكون ضامنا للبيع إلا أن المالكية أعطوا الموكل حق الخيار في قبول البيع وتضمين الوكيل ^٢ .
واستدل الجمهور لقولهم بالمنع بأن على الوكيل أن يلتزم بأمر موكله ولا يخالفه ، فإذا باع بأنقص من الثمن المقدر ، فإنه يكون مخالفا لأمر موكله فلا يجوز تصرفه ^٣ .

الرأي الثاني :

جواز البيع بأنقص من الثمن المقدر ، ويكون ضامنا للنقص في هذه الحالة عن الثمن المقدر . وقال به الحنابلة ^٤ في معتمد المذهب عندهم وعللوا رأيهم :
أنه جاز أن يبيع بالثمن المقدر جاز أن يبيع بما نقص منه ^٥ .

١ الكاساني / البدائع (٢٩/٦) ، الخرشي ، شرح مختصر خليل (٤٠٢/٦) ، الشربيني ، معنى المحتاج

(٢٢٨/٢-٢٢٩) ، المرادوي ، الانصاف (٣٨٠/٥) ، ابن مفلح المبدع (٣٦٩) .

٢ الزرقاني ، شرح الزرقاني (١٤٤/٦) .

٣ الكاساني ، البدائع (٢٩/٦) .

٤ البهوتي ، شرح المنتهى (١٩٦/٢) .

٥ البهوتي ، شرح المنتهى (١٩٦/٢) .

ويرد على قولهم هذا بان البيع ما نقص من الثمن المقدر فيه مخالفة لأمر الموكل و
 إضرار به خلافا لما لو باع بالثمن المحدد من قبل الموكل .
 وعللوا إيجاب الضمان على الوكيل بقدر الناقص عن الثمن المقدر بوجود التفريط منه
 وحفظا لحق الموكل^١ .

الرأي الراجح :

والذي يترجح هو الرأي بعدم جواز البيع بأنقص من الثمن المقدر لوجود المخالفة
 العرفية لأمر الموكل في هذه الحالة ، وبالتالي فإنه يكون ضامنا للموكل فيه ، فيضمن القيمة إن
 كان قيميا أو المثل إن كان مثليا لأن تصرف الوكيل هذا ليس مأذونا به فيصبح كالذي يتصرف
 في مال الغير بغير إذنه ، ويمكن أن يعطيه الموكل حق إجازة فعل الوكيل كما يرى المالكية لأن
 الضمان كان حفظا لحق الموكل وله التنازل عنه .

١ ابن مفلح ، المبدع (٣٦٩/٤) .

المطلب الثاني : الضمان عند الشراء بسعر أعلى من السعر المحدد

إذا وكل شخص بشراء سلعة بسعر محدد ، ثم قام الوكيل بشراء السلعة بأعلى من السعر الذي حدده الموكل ، فهل يجوز للوكيل ذلك ، ولا ضمان عليه ؟ أم أنه يجوز له ذلك وعليه الضمان ؟

اختلفت آراء العلماء في المسألة على ثلاثة أقوال :

الرأي الأول :

عدم جواز ذلك وبالتالي فإن الوكيل يكون متعديا بفعله ، وعليه الضمان . وذهب إليه الحنفية والشافعية^١ وعللوا رأيهم:

بأنه على الوكيل أن لا يخالف أمر موكله وعليه أن يلتزم به ، فلما حدد له سعرا معيناً في الشراء وقام بالشراء بأعلى منه فإنه يكون مخالفاً لأمر موكله^٢ .

الرأي الثاني :

انه لا يجوز للوكيل أن يزيد على سعر الشراء مبلغاً لا يتغابن به الناس ، وإلا فإنه ضامناً لمال الموكل إذا أراد الموكل تضمينه ولم يوافق على الشراء بالزيادة التي لا يتغابن بها الناس . وقال به المالكية^٣

ولعل مبنى هذا الرأي عندهم في التسامح في اليسير ، أن هـ مما يصعب التحرز عنه ومما يتساهل في عادة على الخلاف في الزيادة الكبيرة التي لا يتسامح فيها .

الرأي الثالث :

جواز الشراء بأزيد من السعر المحدد ، ويكون الوكيل ضامناً للزائد عن السعر المحدد ، وقال به الحنابلة^٤ واستدلوا لرأيهم :

بأن من جاز شراؤه بالثمن المحدد جاز شراؤه بأعلى منه^٥ ، ولكن يرد على قولهم هذا أن الشراء بأعلى من السعر المحدد فيه مخالفة لأمر الموكل وإضرار به خلافاً للشراء بالسعر المحدد الذي لا إضرار فيه .

١ الكاساني ، البدائع (٢٩/٦) ، الشريبي ، مغني المحتاج (٢٢٩/٢) .

٢ الشيرازي ، المهذب (٣٥٥/١) .

٣ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٤٠٢/٦) ، زرقاني ، شرح الزرقاني (١٤٣/٦ - ١٤٤) .

٤ البهوتي ، شرح المنتهى (١٩٦/٢) .

٥ المصدر السابق .

و أما بالنسبة لإيجاب الضمان في الزائد فإنه حفظ لحق الموكل ، إذ أن الوكيل لما أقبل على هذا الشراء كان مفرطاً في حق الموكل فلزمه ضمان الزائد^١ .

الرأي الراجح :

والذي يترجح هو الرأي بعدم جواز الشراء بأعلى من السعر المحدد و إذا أقبل الوكيل على ذلك فإنه يكون ضماناً لمال الموكل لخالفته أمره ، وتصرفه تصرفاً لا يحق له ، ولا فرق بين الزيادة اليسيرة والكثيرة لوجود المخالفة الصريحة لمر الموكل وأما بالنسبة لقول المالكية في التفريق بين اليسير وغيره فهو منقوض بالبيع بأنقص من السعر المحدد حيث أوجدوا الضمان في حالة البيع بأي نقصان عن السعر المحدد في الوكالة .

ولا مانع من إعطاء الموكل الخيار في التضمن وعدمه عند الشراء بأزيد من السعر المحدد في الوكالة ، لأن الضمان حق خالص له وله التنازل عنه .

١ ابن مفلح ، المبدع (٣٦٩/٤) .

المطلب الثالث : الضمان عند مخالفة الوكيل لأمر موكله في صفة البيع

سأتحدث في هذا المطلب عن ثلاثة فروع

الفرع الأول: البيع نقدا عند الأمر بالبيع نسيئة

فلو وكل شخص آخر ببيع سلعة له نسيئة فهل يجوز الوكيل أن يبيعها نقدا إذا لم ينهه

الموكل عن ذلك ؟

اتفق الفقهاء على عدم جواز البيع نقدا في هذه الحالة بأقل من السعر المحدد ، ويكون

الوكيل ضامنا للموكل فيه ^١ .

ولكنهم اختلفوا إذا باعه بنفس سعره أو بالسعر الذي حدده الموكل نقدا .

الرأي الأول :

جواز البيع حالا، وقال به الحنفية والمالكية والحنابلة في الأصح عندهم وعللوا رأيهم:

بأن الوكيل قد زاد الموكل خيرا ، كما لو قال له بع بعشرة دنانير وباع الوكيل بأعلى

منها ^٢ .

ويرد على هذا بأن الموكل قد يكون له غرض في البيع نسيئة فيكون الوكيل قد فوت

غرضه .

الرأي الثاني :

عدم جواز مخالفته أمر موكله في هذه الحالة. وقال به الشافعية والحنابلة في رواية ^٣

وعللوا رأيهم بأن الموكل قد يكون له غرض في البيع بنسيئة كأن يكون المال في ذمة

مليء فيفوت عليه ذلك ^٤ .

الرأي الثالث :

جواز البيع حالا ما لم يتضرر الموكل من ذلك ، كأن يكون في وقت لا يأمن الشخص

فيه من السرقة أو النهب . وقال به الشافعية في قول ثان والحنابلة في قول آخر عندهم ^٥

١ ابن نجيم ، البحر الرائق (١٦٧/٧) ، يوسف بن عبد البر ، الكافي ، فقه أهل المدينة ، تحقيق محمد

بن محمد ، مكتبة الرياض ، الرياض ، ١٣٩٨هـ (٧٩٠/٢) ، الشيرازي ، المهذب (٣٤٥) ، ابن مفلح

، المبدع (٣٧١/٤) .

٢ ابن مفلح ، المبدع (٣٧١/٤) ، الخرشي ، شرح المختصر (٤٠٧/٦) .

٣ الشيرازي ، المهذب (٣٥٤/١) ، المرادوي ، الإصناف (٣٨١/٥) .

٤ المرجعان السابقان .

٥ الشرواني ، حواشي الشرواني (٣١٨/٥) ، البهوتي ، الروض المربع (٣٤٩/٢) .

وعللوا قولهم بان الوكيل في حالة الأمن يكون قد زاد الموكل وفي حالة عدم الأمن فإنه يكون قد أضر به ^١ .

الرأي الراجح :

وبعد النظر في الأدلة فالذي يترجح هو جواز البيع نقدا لأن الوكيل قد نظر مصلحة موكله في هذا التصرف فلقد زاد موكله خيرا ؛ فالبيع نقدا أفضل من البيع نسيئة إلا إذا خاف أن يضيع المال عند قبضه في حالة عدم الإذن لأن في ذلك تعريضا للمال للهلاك فلا يجوز عندها .

الفرع الثاني : البيع نقدا عند النهي عنه :

ومن المسائل المتعلقة بهذا الفرع :

لو أمر الموكل الوكيل أن يبيع سلعة ما نسيئة ، فهل يجوز للوكيل أن يبيع السلعة نقدا بنفس السعر المحدد نسيئة إذا نهاه الموكل عن البيع نقدا .

كأن يقول شخص لآخر بع هذا البيت بعشرة آلاف نسيئة ولا تبعها نقدا فهل يجوز للوكيل أن يبيع السيارة بعشرة آلاف نقدا مع وجود النهي ؟
اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

جواز البيع في هذه الحالة ولا شيء على الوكيل ، ويلزم البيع الموكل . قال به الحنفية ^٢ وعللوا رأيهم:

بان هذا الشرط ليس مفيدا فلا يلزم الوكيل التقيد به حتى لو نهاه الموكل عن البيع نقدا . ويرد على هذا الرأي بأن هذا الشرط قد يكون مفيدا إذ قد يكون غرض الموكل هو الحفاظ على المال وعدم صرفه إذا كان بين يديه ، كما أن المال للموكل وله التصرف في خالص حقه كيف يشاء ، فإذا باع الوكيل الغرض نقدا فإنه يكون مخالفا لرغبة المالك و إرادته التي قبل الوكيل الوكالة على أساسها .

١ علي بن محمد الماردوي ، الحاوي الكبير ، تحقيق علي محمد وعادل احمد ، دار الكتب العلمية ، بيروت (٥٥٥/٦) .

٢ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٨٣/٧) .

الرأي الثاني :

عدم جواز مخالفة نهي الموكل في هذه الحالة . وقال به المالكية والشافعية والحنابلة^١ ، وعللوا :

بوجود المخالفة الصريحة لأمر الموكل^٢ وبالتالي فإنه يكون ضامنا للمبيع .

الرأي الرابع :

والذي يترجح هو الرأي بعدم جواز مخالفة أمر الموكل ، لأن الوكيل لما التزم بالوكالة كان ملتزما بالقيود الذي عينه الموكل ونهى الوكيل عن مخالفته وهو عدم البيع نقدا ، فإذا أقدم على البيع نقدا ، فإنه يكون ضامنا للمبيع فعليه رده أن أمكنه ذلك أو قيمته .

المسألة الثالثة : البيع نسيئة عند الأمر بالبيع نقدا :

لو أمر الموكل الوكيل ببيع سلعة له نقدا ثم قام ببيعها نسيئة فهل يجوز للوكيل فعل ذلك؟ اتفق الفقهاء على عدم جواز ذلك لمخالفته أمر موكله .

وعليه فإنه يكون ضامنا للموكل فيه فيلزمه رده إذا أمكن أو قيمته أو مثله .

إلا أن المالكية قالوا بضمان النقص الحاصل في البيع نسيئة عما لو باعه نقدا ما لم يدرك الموكل البيع بفسخه^٣ .

ويقدر المالكية النقص بأن يباع النقد بعرض نقدا ثم يباع العرض بمال نقدا ، فإذا كان ذلك مثل القيمة أو التسمية كان ذلك الموكل ، وإن نقص عن التسمية أو القيمة ضمنه الوكيل للموكل^٤ .

والصحيح أن يكون الوكيل ضامنا للمثل أو القيمة ، لأن الوكيل إذا تصرف المبيع على غير إذن الموكل فإنه يكون كالأجنبي في التصرف ، وتصرف الأجنبي في ملك غير يستوجب ضمان ما تصرف فيه إن كان مثليا أو القيمة إن كان قيميا .

١ ابن عبد البر ، الكافي (٢/٧٩٠) ، النووي ، روضة الطالبين (٤/٣١٧) ، المرادوي ، الانصاف (٥/٣٨٢) .

٢ المرادوي ، الانصاف (٥/٣٨٢) ، ابن عبد البر ، الكافي (٢/٧٩٠) .

٣ مواق ، التاج والاكليل (٥/٢٠٤) .

٤ المواق ، المصدر السابق . (٥/٢٠٤)

المطلب الرابع : الضمان عند المخالفة في صفة الشراء

لو أمر الموكل الوكيل بشراء سلعة بمبلغ معين حالاً ثم خالف الوكيل أمر موكله واشترى السلعة بنفس الثمن مؤجلاً .

اختلفت آراء العلماء المسألة على المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

عدم جواز ذلك وعللوا رأيهم بوجود المخالفة لأمر الموكل . وذهب إليه الحنابلة في قول والشافعية في قول عندهم^١

الرأي الثاني :

جواز الشراء في هذه الحالة . وقال به الحنفية والحنابلة في المعتمد عندهم والشافعية في

قول ثان

وعللوا رأيهم بأن الوكيل مكلف بالعمل لمصلحة الموكل وهذا عمل لمصلحته وزاده

خييراً .

ويرد على أصحاب هذا الرأي بأنه وان كان الوكيل قد زاد الموكل ظاهراً ، لكنه قد

يتسبب بإضراره عند الشراء نسيئة ، لأنه قد يكون من دأب الموكل أنه يصرف ما عنده ما مال ويصعب عليه الادخار .

الرأي الراجح :

وبعد النظر في أقوال أهل العلم فإن الذي يترجح هو الرأي بعدم الجواز لمخالفته شرط

الموكل الذي قبل الوكيل بناء عليه ، ولأنه قد يكون للموكل غرض من الشراء حالاً، فنكون قد

فوتنا عليه غرضه بالشراء نسيئة ، وبالتالي المشتري يكون ضامناً لمال الوكالة إذا وقع جزء

منه قسطاً من الثمن ، فان أمكن رده فعليه رده وإلا يضمن مثله .

١ ابن قدامة ، المغني (٧٧/٥) ، الشيرازي ، المهذب (٣٥٤/١) .

المطلب الخامس : مخالفة المكان والشخص والزمان في الوكالة

سأتحدث في هذا المطلب عن ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : مخالفة الوكيل للمكان المقيد به .

لو وكل شخص بالبيع في سوق معين ثم قام الوكيل بالبيع في سوق آخر غير الذي عينه الموكل فهل يجوز ذلك ، ولا ضمان على الوكيل ؟ أم أنه يمنع من هذا ويكون ضامنا للمبيع ؟
اتفق الفقهاء على عدم جواز مخالفة أمر الموكل عند نهيه الوكيل عن مخالفة السوق أو المكان المحددين ، واتفقوا على عدم جواز الشراء من غير المكان المحدد إذا كان هناك تفاوتاً بين المكان المحدد و الأماكن الأخرى في الأسعار أو الجودة^١ .

و أما في غير ذلك فقد اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال :

الرأي الأول :

جواز مخالفة الوكيل أمر موكله إذا حدد له سعراً معيناً لكي يبيع به و أما إذا لم يحدد سعراً ، فصحيح الرأي عند الشافعية^٢ ومفهوم قول الحنابلة^٣ بالمنع ، وعدم جواز البيع في غير المكان المحدد ، ويكون ضامناً إذا خالف المكان .
وعلوا رأيهم بعدم التضمن إذا حدد السوق بأن المقصود بيعه بالسعر المحدد فيكون بيعه في أحد السوقين كبيعة في الآخر^٤ .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية^٥ عدم جواز المخالفة للمكان المحدد و إذا خالف الوكيل فإنه يكون ضامناً ويكون الخيار للموكل بين الإمضاء والتضمن بعد ذلك ، ويبدو أن مبنى الرأي عندهم هو مجرد المخالفة لأمر الموكل .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٨٣/٧) ، الخرشي ، شرح مختصر خليل (٤٠٢/٦) ، النووي ، روضة الطالبين (٣١٥/٤) الشربيني ، مغني المحتاج (٧٢٧/٢) ، البهوتي ، شرح المنتهى (١٩٧/٢) .

٢ الشربيني ، مغني المحتاج (٢٢٧/٢) ، البهوتي ، شرح المنتهى (١٩٧/٢) .

٣ الشرواني ، حواشي الشرواني (٣٢٩/٥) ، النووي ، روضة الطالبين (٣١٥/٤) البهوتي ، شرح المنتهى (١٩٧/٢) .

٤ الشيرازي ، المهذب (٣٥٢/١) ، البهوتي ، شرح المنتهى (١٩٧/٢) .

٥ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٤٠٢/٦) ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٦٢/٥) .

الرأي الثالث : ذهب الحنفية^١ جواز مخالفة أمر الموكل في هذه الحالة ؛ لأن تحديد المكان عندهم من الشروط التي قد تكون مفيدة ، وقد لا تكون كذلك فهي لا تتأكد عندهم إلا بالنهي .

ويرد على هذا الرأي بان الوكيل لما قبل الوكالة قبلها على أساس البيع في المكان المحدد ، والمسلمون عند شروطهم ، فان باع في غير المكان المحدد فإنه يكون ضامنا لفعله أمرا لا يجوز له فعله .

الرأي الرابع :

أن الغاية من الوكالة تتحقق بالالتزام بأمر الموكل ، وبما أنه قيد أو اشترط شرطا معيننا فلا يحق لنا إهماله ، فقد يكون في نفسه رغبة في هذا البيع غير ما يعرف الوكيل لذا فإن الذي يترجح هو الرأي بوجود الالتزام بالمكان المحدد إذا ذكر المكان على سبيل التعيين ، فإذا خالف الوكيل وباع في غير المكان المحدد فإنه يكون ضامنا مع بقاء حق الخيار للموكل بين التضمين وإجازة الفعل ؛ لأن من الواجب على الوكيل الالتزام بالشروط المتفق عليه في العقد .

المسألة الثانية : مخالفة الوكيل للشخص المقيد به .

لو عين الموكل للوكيل شخصا لكي يتعامل معه فخالف الوكيل أمر موكله وباع لغيره أو اشترى من غيره فهل يجوز له ذلك بذلك ذهب المالكية والشافعية والحنابلة^٢ عدم جواز ذلك فإذا تعامل مع غير المعين فإنه يكون أمينا إلا أن المالكية أعطوه الخيار بين التضمين وإجازة الفعل وهذا ما أراه مناسبا لن الضمان من حق الموكل وله أن يفعل ما يشاء في خالص حقه .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٨٣/٧) .

٢ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٤٠٢/٦) ، النووي ، روضة الطالبين (٣١٥/٤) ، مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب ، ط٢ ، المكتب الاسلامي ، بيروت ، ١٣٨٩هـ (ص١٣٤) .

المسألة الثالثة : مخالفة الوكيل الزمان المقيد به .

إذا عين الموكل زمانا يتصرف الوكيل فيه فهل يجوز التصرف في غير الزمان المحدد

اختلفت آراء العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول : ذهب المالكية والشافعية والحنابلة^١ ، عدم جواز مخالفة الزمان المحدد و

إذا تصرف في غير الزمان المحدد فإنه يكون ضامنا ، إلا أن المالكية قد أعطوا الموكل الخيار بين التضمين و إجازة الوكيل على فعله .

وعلى أصحاب هذا الرأي رأيهم^٢ :

بأن الموكل قد يكون له غرض من وراء تحديد الزمان إذ أن الأسعار قد تكون في ذلك

الوقت منخفضة أو مرتفعة أو قد يكون أراد مراعاة حاجة الناس للشيء الذي يريد أن يبيعه .

الرأي الثاني :

ذهب الحنفية في الصحيح عندهم^٣ إلى أن الموكل إذا قال الوكيل تصرف في هذا

الشهر أو في هذا اليوم أو الأسبوع لم يصح تصرفه بعده لن الذكر عندهم هنا للتوقيت ، بينما لو

قال تصرف غدا أو الشهر القادم جاز بعده .

ويرد على هذا بأن الوكيل لما حدد التصرف بالشهر القادم أو الغد فإنه التوقيت كما لو

قال اليوم أو هذا الشهر فلا يجوز التصرف بعده .

الرأي الرابع :

والذي يترجح عدم جواز مخالفته أمر الموكل فإذا حدد له الموكل زمانا فعلى الوكيل

الالتزام به ، لن المسلمين عند شروطهم ، ولأنه قد يكون له غرض من هذا الشرط ، فلا يجوز

للكيل أن يتصرف قبله ولا بعده وإلا فإنه يكون ضامنا .

١ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٦٢/٥) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢٢٧/٢) ، البهوتي ،

كشاف القناع (٤٨٠/٣) .

٢ النووي ، روضة الطالبين (٣١٥/٤) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢٢٧/٢) .

٣ ابن نجيم ، البحر الرائق (١٤١/٧) .

الفصل الرابع: الضمان في عقدي الشركة والمضاربة

تتفق الشركة مع المضاربة في كثير من الأحكام ، بل إن الكثير من الفقهاء عدوا المضاربة فرعاً للشركة وعندما قمت بدراسة كل واحد من العقدين على حدة وجدت أن الكثير من الأحكام قد تكررت بينهما خاصة، لذلك فإني ارتأيت أن أجمع بينهما في فصل واحد مع الإشارة والتبويه عندما يكون هناك بعض الاختلاف.

كما أنه لا يخفى على أحد ارتباطهما بالوكالة، لذلك نجد أيضاً مجموعة من الأحكام كالبيع أو الشراء مع الغبن الفاحش أو بأقل من ثمن المثل قد تتكرر لذلك فإني تجاوزت الحديث عنها وبدأت بما يختص به هذان العقدان دون غيرهما.

المبحث الأول: الضمان عند دفع مال الشركة أو المضاربة للغير.

لا بد من الإشارة إلى أن هذه الأحكام عندما يكون العقد مطلقا ، أما عندما يكون مقيدا فله مبحث خاص عند الحديث عن مخالفة أمر الشريك أو رب المال.

المطلب الأول: إيداع مال الشركة أو المضاربة

قد يحتاج الشريك أو المضارب لإيداع المال عند آخر فترة من الزمن فهل يملك ذلك بمطلق العقد دون حاجة لإذن من الشريك أو رب المال؟ وهل يعد ضامنا إن فعل ذلك؟

للفقهاء في هذه المسألة أكثر من رأي وهي كالتالي:

الرأي الأول : جواز إيداع المضاربة أو الشركة مطلقا وقال به الحنفية^١ ، ويستدل لهم

بما يلي :

أن العقد ينعقد على ما يصنعه التجار ، والإيداع هو من صنيعهم ، فيكون مأذونا به ضمن العقد^٢ .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية إلى أن الشريك له أن يودع المال للغير كوجوده في محل مخوف ، وان أودع المال من غير عذر فانه يضمن^٣ .

الرأي الثالث : عدم جواز إيداع المال من قبل المضارب أو الشريك وقال به الحنابلة في

رواية عندهم^٤ ، ويستدل لهم :

أولا : أن الإيداع ليس من أمور التجارة والتي انعقد عليها عقد المضاربة^٥

ويرد عليه بأن الإيداع من الأمور التي لا يستغني عنها التجار في تجارتهم .

ثانيا : أن الإيداع فيه تعريض المال للضياع^٦

ويرد على هذا الدليل بأن الإيداع حفظ وصيانة للمال لا تضييع فيه .

الرأي الرابع : جواز إيداع مال الشركة والمضاربة بشرط الحاجة^١ وقال به الحنابلة في

في المعتمد من مذهبهم ويستدل لهم :

١ المرغيناني الهداية (٢٠٢/٣) ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء (٢٢/٣) .

٢ الكاساني ، بدائع الصنائع (٨٧/٣) ، المرغيناني ، الهداية (٢٠٢/٣) .

٣ الدردير ، الشرح الصغير (٨٧/٦) ، المواق ، التاج والاكلیل (٢٨/٥) .

٤ ابن مفلح ، المبدع (١٠/٥) ، المرداوي ، الانصاف (٥١٥/٥) .

٥ ابن قدامة ، المغني (١٤/٥) .

٦ ابن قدامة ، المصدر السابق . (١٤/٥) .

بان الإيداع عند الحاجة هو من عادة التجار^٢ ، والمعروف عرفا يكون كالمشروط شرطا .

الرأي الراجح :

أرى أن رأي المالكية أدهى للقبول وهو جواز الإيداع عند الحاجة، وإن لم أجد دليلا لهم في كتبهم إلا أن أدلة الفريق الأول والثالث، يمكن الرد عليها كما رأينا فهي أصول عامة لم يتفق الفقهاء عليها . فالرأي الأول يترتب على القول به كساد المال وإلحاق الضرر بكل من الطرفين ، أما الثالث وهو المنع مطلقا ففيه إضرار بالشريك أو المضارب وبالشركة نفسها ، أما الرأي الثاني والذي رجحته ففيه مصلحة لكلا الطرفين ومن المعلوم أن المصلحة المرسله مما اتفق الفقهاء على الاستدلال به في وقتنا الحاضر .

١ البهوتي ، كشاف ال قناع (٥١٠/٣) ، البهوتي ، شرح منتهى الارادات (٢٠١/٢) .

٢ البهوتي ، شرح منتهى الارادات (٢١١/٢) .

المطلب الثاني: الضمان عند إبطاع مال الشركة والمضاربة أو استئجار من يقوم

مقامه.

الإبطاع كما يعرفه الفقهاء: هو إعطاء المال لشخص آخر ليعمل فيه تبرعا ، والربح الحاصل فيه يكون لرب المال والخسارة عليه^١ . وبناء على ذلك فهل يملك الشريك أو المضارب هذا التصرف؟ ومثل الإبطاع استئجار من يقوم مقامه في العمل مقابل أجر معين، فهل يحق له ذلك؟

اختلف العلماء في المسألة على عدة آراء على النحو التالي :

الرأي الأول : جواز الإبطاع والاستئجار ولا ضمان على الشريك أو المضارب إذا قام بهما وقال به الحنفية والحنابلة في رواية عندهم^٢. ويستدل لهم بما يلي:
أنهما من عادة التجار والعقد ينعقد على ما هو متعارف ومعتاد من أمر التجارة والإبطاع منها ، فيجوز للشريك أو المضارب أن يبضع المال^٣ .

الرأي الثاني : جواز دفع الشريك مال الشركة إبطاعا بقيد اتساع المال^٤ ، ومنع المضارب من إبطاع المال إلا بإذن من رب المال^٥ . وقال به المالكية ولعلمهم بنوا وجهة نظرهم في الشركة أن الشريك لم يرض غير بد الشريك في الشركة ، فلا يجوز للشريك دفع مال الشركة لشخص لم يرضه الشريك إلا في حالة اتساع المال وكثرت له الحاجة ولعلم منعوا المضارب مطلقا إلا بإذن من رب المال لكون المضارب أقل من الشريك ، إذ أن المضارب في الربح فحسب ، خلافا للشريك هو شريك في الأصل والربح .

١ المبدع (١٠/٥) ، الحصكفي ، الدر المختار (٣١٦/٤) ، النووي ، روضة الطالبين (٢٨٣/٤) .
وعند المالكية سواء كان أجر أو بغير أجر سمي إبطاعا. أن ظر الخرخشي ، شرح مختصر خليل (٣٤٥/٦)

٢ المرغيناني ، الهداية (٩/٣) ، الكاساني ، بدائع الصنائع (٨٧/٦) ، ابن مفلح ، المبدع (١٠/٥) ،
المرداوي ، الانصاف (٤١٦/٥) .

٣ ابن مفلح ، المبدع (١٠/٥) ، ابن الهمام ، ش رح فتح القدير (١٨٣/٦) .

٤ الخرخشي ، شرح مختصر خليل (٣٤٥/٦) ، الأبي ، جواير الاكليل (١٧٥/٢) .

٥ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٢٨٦/٥) ، الزرقاني ، شرح الزرقاني (٣٩١/٦) .

الرأي الثالث : عدم جواز إبطاع مال الشركة أو المضاربة وقال به الحنابلة في المعتمد عندهم^١ ، والشافعية^٢ عندما تحدثوا عن تصرفات الشريك فمنعوه من إبطاع مال الشركة ، فإذا قام الشريك أو المضارب بالإبطاع فإنه يضمن المال ، وعللوا رأيهم أن في إعطاء المال لشخص آخر تعريضا للمال للضياع .

الرأي الرابع : إذا اعتاد التجار على هذه الأفعال فلا بأس فيها ، لأن العامل في السوق سواء كان شريكا أو مضاربا قد يتعذر عليه الحصول على الإذن في كل تصرف ، ولا بد له من التعامل مع غيره من التجار بما اعتادوا عليه ، لذلك فإني أرى ترجيح الرأي الأول بناء على تحكيم العادة السائدة بين التجار .

١ المرادوي ، الانصاف (٤١٦/٥) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٢١٢/٢) .

٢ النووي ، روضة الطالبين (٢٨٣/٤) .

المطلب الثالث: الضمان عند دفع مال الشركة لمن يعمل فيه مضاربة

إذا أراد الشريك أن يدفع مال الشركة لمن يعمل فيه مضاربة بموجب عقد الشركة فهل له ذلك؟ أم لا بد من الإذن، أم أنه يكفي بتفويض الشريك في أمور الشركة؟
اختلف العلماء في المسألة على أربعة آراء:

الرأي الأول: جواز دفع مال الشركة لآخر مضاربة بموجب عقد الشركة وقال به الإمام أبو حنيفة في رواية^١، وعلل رأيه بالقياس على جواز استئجار من يقوم بعملية البيع والشراء^٢ ويرد على هذا بأن الاستئجار محل خلاف بين العلماء فلا يسلم القياس عليه من الرد.
الرأي الثاني: عدم جواز دفع مال الشركة لمن يضارب فيه إلا بإذن الشريك بذلك.
وقال به الإمام أبو حنيفة في رواية^٣ والشافعية ويستدل لهم:
أن الشريك لم يرض بغير يد شريكه وإذا أراد الشريك دفع مال الشركة لشخص آخر فلا بد من إذن شريكه في ذلك^٤.

الرأي الثالث: يجوز للشريك بموجب عقد الشركة أن يدفع مال الشركة لمن يعمل فيه مضاربة عند اتساع مال المضاربة وإلا فإنه يضمن ما دفعه^٥. وقال به المالكية
الرأي الرابع: لا يملك دفع مال الشركة مضاربة لشخص آخر، إلا بالتفويض في أمور التجارة وإليه ذهب الحنابلة^٦، فهم يرون أن إطلاق العقد لا يكفي لدفع مال الشركة مضاربة لشخص آخر، لما يترتب عليه من مشاركة المضارب الشريك في حقه في الربح، فلا بد من التفويض في أمور الشركة حتى لا يضمن الشريك.

الرأي الرابع:

والذي يترجح هو عدم جواز دفع مال الشركة مضاربة لشخص آخر بموجب العقد، لأن في ذلك اخراجا عن اليد التي ارتضاها الشريك أن تعمل في ماله، ولا يكفي بالتفويض لأن فيه إشراك رجل آخر أو أكثر في الربح وهذا مما لا يرتضيه الشريك. ولا يقال أنه مما اعتاده التجار أو مما يضطر إليه الشريك لأن في الإجارة عوضا عن ذلك.

١ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣١٧/٤).

٢ الكاساني، بدائع الصنائع (٦٨/٦).

٣ ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣١٧/٤)، الكاساني، بدائع الصنائع (٦٨/٦).

٤ الشربيني، مغني المحتاج (٢١٥/٢)، الرملي، نهاية المحتاج (١٠/٥).

٥ الخرشي، شرح مختصر خليل (٣٤٥/٦)، المواق، التاج والاكليل (١٢٧/٥).

٦ البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢١٢/٢)، المرادوي، الانصاف (٤١٤/٥).

المطلب الرابع: الضمان عند دفع مال المضاربة لمن يعمل فيه مضاربة :

إذا أخذ شخص مالا ليضارب فيه فهل يملك المضارب دفعه لآخر في مضاربة ثانية ، أم لا بد من الإذن بذلك أم يكتفي بالتفويض ؟

اختلف العلماء في المسألة على عدة آراء :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية^١ ، والحنابلة في معتمد مذهبهم^٢ إلى أن المضارب لا يملك دفع مال المضاربة لشخص آخر ، إلا بالتفويض ، ولا ضمان عليه عند ذلك .

ويستدل لهم بأن التفويض في أمور التجارة عام ، يدخل فيه كل ما كان من التجارة ودفع مال المضاربة في مضاربة أخرى من التجارة ، فيملكها المضارب فلا ضمان عليه^٣ .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية^٤ والشافعية^٥ إلى أن رب المال إذا أذن للمضارب بدفع المال في مضاربة مضاربة أخرى ، لا ضمان عليه حينئذ ، وذهبوا الرأي بتضمينه في حالة التفويض .

واستدلوا برأيهم بأن رب المال لم يرض بغير المضارب فدفع المال لمضارب ثان دفع بغير إذن يستوجب الضمان ، فلا بد فيه من الإذن بذلك ، ولا يكتفي بالتفويض^٦ .

ويرد عليه بان التفويض إذن كاف لدفع المال في مضاربة أخرى ، لأن التفويض يقع تحته كل ما كان من التجارة ودفع المال لمضارب آخر منها .

الرأي الثالث :

ذهب الحنابلة في قول عندهم جواز دفع المال مضاربة لشخص آخر بموجب عقد المضاربة ، ولا ضمان على المضارب حينئذ .

ويستدل لهم بالقياس على توكيل الوكيل ، فما أنه يجوز للوكيل توكيل غيره ، فيجوز للمضارب دفع مال المضاربة لمضارب آخر بجامع الوكالة في كل منهما^٧ .

١ الكاساني ، بدائع الصنائع (١٣/٦)

٢ المرادوي ، الانصاف (٤١٩/٥) .

٣ الكاساني ، بدائع الصنائع (١٣/٦) ، المرادوي ، الانصاف (٤١٩/٥) .

٤ الصاوي ، حاشية الصاوي (٦٩٦/٣)

٥ الشيرازي ، المهذب (٣٨٦/١)

٦ الشيرازي ، المهذب (٣٨٦/١) ، الصاوي ، حاشية الصاوي (٦٩٦/٣) .

٧ ابن مفلح ، الفروع (٢٩١/٤) .

ويرد على هذا الدليل :

أولاً: أن الحكم في الأصل مختلف فيه ولا نسلم لكم به ، فلا يصح القياس عليه .
ثانياً: إذا سلمنا لكم الحكم في الأصل ، إلا أننا نسلم لكم القياس ، فهو قياس مع الفارق ،
لأن دفع مال المضاربة لمضارب ثان يترتب عليه إثبات حق في المال لآخر ، بخلاف الوكالة
التي لا يترتب عليه شيء من ذلك ^١ .

الرأي الراجح :

وبعد النظر في الأدلة فإن الذي يترجح هو عدم الضمان في حالة التفويض ؛ لأن
التفويض ينصرف كل ما يتعلق بالتجارة والذي يحقق النفع والفائدة للمال ، ومعلوم أن المضاربة
تدخل في هذا الباب .

١ ابن مفلح ، الفروع (٤/٢٩١) .

المطلب الخامس : الضمان عند دفع مال الشركة أو المضاربة في شركة أخرى

لو أراد الشريك أو المضارب أن يدفع المال في شركة أخرى فهل يملك هذا التصرف بموجب العقد ، أم لا بد من الإذن في ذلك ، أم يكفي بالتفويض ؟

اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول : جواز دفع مال المضاربة والشركة في شركة أخرى عند التفويض ، وإن فعل ذلك دون تفويض فإنه يضمن المال وقال به الحنفية والحنابلة. ويستدل لهم:

بان الشركة تستوجب حقوقاً في المال والشريك ، أو رب المال لم يكن ليرضاها بإطلاق العقد ، فلا بد من إذنه ، وبالتفويض يحصل الإذن ، لأن التفويض يتناول كل ما كان من أمور التجارة ، ودفع المال في شركة أخرى من التجارة^١

الرأي الثاني : عدم جواز دفع الشريك أو المضارب المال مشاركة لشخص آخر ، إلا بالإذن الخاص في ذلك ، وقال به المالكية^٢ ووافقهم في ذلك الشافعية^٣ عند تحديثهم عن تصرفات المضارب ، حيث منعوا الخلط إلا بالإذن ، ومعلوم أن الشركة عند الشافعية لا تنعقد إلا بالخلط فإذا دفع المال في شركة أخرى بلا إذن خاص ، فإن ذلك يستوجب ضمان المال المدفوع .

وعللوا رأيهم بأن دفع المال مشاركة يستوجب تملك التصرف لشخص آخر لم يرضه رب المال ، أو الشريك فلا بد من الإذن الخاص بذلك^٤ .

ويرد على هذا الدليل بأن التفويض كاف لجواز دفع المال في شركة أخرى ، لأنه يدخل فيه ما كان من التجارة ، والشركة من التجارة .

الرأي الرابع :

والذي يترجح هو جواز دفع مال المضاربة أو الشركة في شركة أخرى عند التفويض ، فلا يضمن الشريك أو المضارب عند ذلك ، وإنما يضمن دفع المال مشاركة عند إطلاق العقد ،

١ المرغيناني ، الهداية (٢١٠/٣) ، الحصفي ، الدر المختار (٣١٨/٤) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٢١٢٣/٢) ، البهوتي ، كشف القناع (٥٠٢/٣) .

٢ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٣٤٧/٦) ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي (١١/٥) ، الصاوي ، حاشية الصاوي (٦٥٩/٣) ، الزرقاني ، شرح الزرقاني (٤٠١/٦) .

٣ الشربيني ، مغني المحتاج (٣٢٢/٢) ، المطيعي ، تكملة المجموع (١٩٤/١٥) .

٤ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (١١/٥) ، الخرشي ، شرح مختصر خليل (٣٤٧/٦) .

لأن التفويض كاف في حصول الإذن في دفع المال مشاركة لأنه يدخل فيه كل ما يتعلق بالتجارة والتي منها دفع المال لشخص آخر مشاركة .

المبحث الثاني: التقصير في حفظ مال الشركة أو المضاربة

مما اتفق عليه الفقهاء أن الشريك أو المضارب مطالب بحفظ مال الشركة بما يحفظ ماله فإن قصر ضمن. لكنهم اختلفوا في بعض الصور التي يكون فيها نوع من التضييع ، أو أنها مظنة التضييع ، كالسفر وخط المال بغيره.

المطلب الأول: الضمان عند السفر بمال المضاربة والشركة

المقصود بالسفر هنا لأجل تنمية مال المضاربة ، فهل للشريك والمضارب أن يسافرا بالمال من أجل التجارة فيه بموجب العقد ؟ اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال :

الرأي الأول: أن ه يجوز لكل من الشريك والمضارب السفر من أجل التجارة بموجب العقد .وقال به المالكية ومحمد بن الحسن في الرواية الصحيحة ، وأبو يوسف في رواية عنه ^١ ، ويستدل لهم :

أولاً: أن العقد مطلق في التجارة فيتناول ما إذا كانت داخل البلد أو خارجاً ^٢ .
وقد يرد على هذا الدليل بأن العقد وإن كان مطلقاً ، إلا أنه يفيد بما يترتب عليه إضرار بالمال ، والذي منه السفر به ، لأن فيه تعريض المال للضياع .
ثانياً: أن المودع عنده يحق له السفر بالوديعة عند إطلاق العقد ، فمن باب أولى أن يحق للشريك والمضارب ، فهما موكول إليهما التصرف لأجل تنمية المال علاوة على الحفظ والأمانة ^٣ .

ويرد على هذا الدليل بأن جواز السفر بالوديعة أمر مختلف فيه ، فلقد منعه الشافعية ^٤ .
ثالثاً: أن لفظ المضاربة والذي هو مأخوذ من الضرب في الأرض يدل على جواز السفر فالمسافر الذي يضرب في الأرض من أجل التجارة يدخل ضمن المضاربة في اللغة ^٥ .
والحقيقة أن لا تلازم بين المعنى اللغوي وجواز السفر ، لأن الذي يضرب في الأرض في داخل المدينة ضاربا في الأرض .

١ المرغيناني ، الهداية (٢٠٢/٣) ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٨) ، الكاساني ، بدائع الصنائع (٧٠/٦) .

٢ الكاساني ، بدائع الصنائع (٧٠/٦) .

٣ المرغيناني ، الهداية (٢٠٢/٣) .

٤ الهيثمي ، تحفة المحتاج (١١٩/٢) .

٥ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٨) .

الرأي الثاني : لا يجوز للشريك أو المضارب السفر ، وقال به أبو حنيفة و أبو يوسف في الرواية الصحيحة عنه والشافعية والحنابلة في رواية عندهم ^١ ، إلا أن الشافعية استثنوا حالة الضرورة كان يقول في البلد عدو غاشم ، أو إذا عقد الشريك أو المضارب العقد في سفره ، فلا يضمن بالسفر مقصده ؛ لدلالة الحال بجواز السفر ، وكذلك التجار الذين يعرفون بحاجتهم السفر ^٢ ، لدلالة العرف بجواز ذلك .

ويستدل لهم بالأثر الذي جاء فيه " (إن المسافر وأهله لعلى قلت) ^٣ ، فقالوا : أن المسافر يكون ماله معرضا للهلاك والضياع فلا يجوز للشريك أو المضارب أن يعرض المال لخطر الضياع ^٤ .

ويرد على هذا الدليل بأنه أخص من الدعوى ، وعليهم إذا أرادوا أن يستدلوا بالخطر الذي يتعرض له المال أثناء السفر أن يكون قولهم هو المنع من السفر عند خوف الطريق ، لا المنع مطلقا .

الرأي الثالث : جواز السفر بشرط أن يكون الطريق آمنا ^٥ . وقال به الحنابلة في معتمد

مذهبهم

ويستدل لهم بجواز السفر بما جاء عن أصحاب الرأي الأول ، و أما تقييدهم بان يكون الطريق آمنا فهو واضح أنه من أجل الحفاظ على المال ، فكأن دلالة الحال تفيد إطلاق العقد فيمنع المضارب والشريك من السفر خاصة عدم أمن الطريق ^٦ .

الرأي الرابع :

١ المرغيناني ، الهداية (٢٠٤/٣) ، الكاساني ، بدائع الصنائع (٧٠/٦) ، الرملي ، نهاية المحتاج

(١٠/٥) الشربيني ، معني المحتاج (٣١٧/٢) ، ابن قدامة ، المغني (٢٤/٥) .

٢ الشربيني ، معني المحتاج (٣١٧/٢) ، ابن قدامة ، المغني (٢٤/٥) .

٣ يقول ابن حجر في تلخيص الحبير : (رواه السلفي في أخبار أبي العلاء ، وكذا أسنده أبو منصور الديلمفي مسند الفردوس ، وقدج أنكره النووي في شرح المهذب ، فقال : ليس هذا خبر عن النبي صلى الله عليه وسلم . وإنما هو من كلام بعض السلف ، قيل إنه علي بن أبي طالب ، قلت وذكره ابن قتيبة في غريب الحديث عن الأصمعي عن رجل من الأعراب) ابن حجر ، تلخيص الحبير (٢١٢/٣)

٤ النووي ، روضة الطالبين (١٣٤/٥) ، العزالي ، الوسيط (١٢٠/٤) .

٥ البهوتي ، شرح المنتهى (٢١١/٢) ، ابن مفلح ، الفروع (٢٩٠/٤) .

٦ ابن قدامة ، المغني (٢٥/٥) .

والذي يترجح جواز السفر من أجل تنمية المال إذا كان الطريق آمناً ، لأن غاية ما استدل به المانعون من السفر هو الخوف على المال من الهلاك أو الضياع ، وحيثما كان الطريق آمناً كانت حجته مردودة .

ولأن السفر من أجل تنمية المال مما يحتاجه التجار في أمور تجارته ، وعقد الشركة والمضاربة عقدان: عقد على التوكيل في التصرفات التي يحتاجها التجار لتنمية المال ، والتي منها السفر ، ولا يحل السفر عند عدم أمن الطريق ، لأن في ذلك تعريض المال للضياع وهو أمر لا يرضاه صاحب المال إلا إذا أذن بذلك .

وعليه فإذا خالف وسافر بالمال عند خوف الطريق ، فإنه يكون ضامناً للمال .

المطلب الثاني : الضمان عند خلط مال المضاربة والشركة

قد يقدم الشريك أو المضارب على عقد صفقة تجارية في ذلك حصول الربح إلا أن رأس المال الذي في يديه للشركة أو المضاربة لا يكفي ، فهل يستطيع أن يضيف مالا آخر لمال الشركة أو المضاربة ، ثم يعقد الصفقة بموجب عقد الشركة أو المضاربة ، أم لا بد من التفويض ، أو الإذن الخاص ؟

الرأي الأول : عدم جواز خلط مال الشركة أو المضاربة بغيره حالة إطلاق العقد ، ولا بد من التفويض في أمر التجارة حتى يصح منه ذلك الخلط ، ولا يضمن .
وقال به الحنفية والحنابلة^١ ويستدل لهم:

بأن الخلط يستوجب حقا في المال لم يكن ليرضاه المالك ، والخلط أمر عارض لا تتوقف عليه التجارية فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التثمين ، فمن هذا الوجه يوافق عقد الشركة والمضاربة فيدخل في العقد عند الدلالة عليه ، والرأي للشريك أو المضارب اعلم برأيك يدل عليه^٢ .

الرأي الثاني : جواز أن يخلط الشريك أو المضارب مال الشركة أو المضاربة بماله ، أو بمال غيره بموجب عقد الشركة المطلق إذا رأى في ذلك مصلحة متحققة من هذا الخلط بل ذهبوا وجوب الخلط إذا كانت المصلحة متيقنة وأوجبوا على المضارب ضمان الخسران أن لم يخلط . وقال به المالكية^٣ ، إلا أن هم اشترطوا لجواز الخلط أن يكون المال مثليا^٤ .
ولعلمهم رأوا في الخلط مصلحة تجارية ، والعقد أن عقد على التوكيل في أمور التجارة ، فيدخل الخلط هنا ضمن إطلاق عقد المضاربة .

الرأي الثالث : عدم جواز خلط مال المضاربة بغيره من الأموال وقال به الشافعية عند تحدثهم عن تصرفات المضارب إلا بإذن خاص من رب المال ، وإلا فإنه يضمن المال^٥ .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٨٩/٨) ، الشيباني ، الجامع الصغير (ص٤٢٥) ، الكاساني ، بدائع الصنائع (٦٨/٦) ، البهوتي ، كشاف القناع (٥٠٢/٣) ، ابن قدامة ، المغني (١٤/٥) .

٢ المرغيناني ، الهداية (٢١٠/٣) ، الكاساني ، بدائع الصنائع (٩٣/٦) .

٣ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٢٩٠/٥) ، الزرقاني ، حاشية الزرقاني (٣١٥/٦) .

٤ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٢٩٠/٥) .

٥ الرملي ، نهاية المحتاج (٢٣٥/٥) ، المطبعي ، تكملة المجموع (١٩٤/١٥) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٣٢٢/٢) .

ويبدو جليا أن هم لا يرون في التفويض كافية لما يترتب على الخلط من حقوق أخرى في مال الشركة أو المضاربة فلا بد فيها من الإذن .

الرأي الراجح

لا يفهم من خلط المال خلط النقود فقط فقد يكون رأس المال من الماشية أو الملابس ، ولو قلنا بعدم جواز الخلط مطلقا لألحقنا المشقة بالمضارب أو الشريك ، حيث أنه سيكون ملزما برعاية مال الشركة فقط ولو كان عنده مال من نفس الصنف لما وسعه رعايته ، لذلك فإني لا أجد مانعا من جواز خلط المال مع بعضه بشرط عدم الإخلال بحق غيره.

المطلب الثاني : الضمان عند مخالفة شرط الشريك أو المضارب

كنت قد بينت معنى الشرط ومتى يعتد به وحد المحالفة التي توجب الضمان في مطالب سابقة ، والشركة والمضاربة كغيرهما من العقود من الممكن أن يقرنا بشروط محددة ، على الشريك والمضارب الالتزام بها ومن هذه الشروط ما اتفق الفقهاء على أن مخالفتها توجب الضمان كالمنع من السفر والبيع نسيئة^١ ومنها ما حصل فيه الخلاف وفيما يلي نبين ذلك.

الفرع الأول : اشتراط سلعة معينة للعمل فيها

فلو عين رب المال للمضارب سلعة ما للعمل فيها فهل يصح مثل هذا الشرط ؟ اتفق الفقهاء على أنه يصح اشتراط العمل في سلعة يعم وجودها ، وإذا خالف المضارب هذا الشرط فإنه يكون ضامنا^٢ .

واختلفوا في اشتراط العمل في سلعة يقل وجودها على رأيين :
الرأي الأول :

ذهب الحنفية^٣ والحنابلة^٤ جواز اشتراط هذا الشرط .
وعللوا رأيهم بالقياس على الوكالة ، فكما أنه يجوز أن يتقيد الوكيل فكذلك الحال هنا بجامع قياس العقد في المضاربة على الوكالة^٥ .
وقد يرد على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق ، لأن تقيد المضارب بسلعة معينة فيه إضرار بالمضارب بخلاف الوكالة .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية والشافعية^٦ عدم جواز اشتراط مثل هذا الشرط .

-
- ١ ابن الهمام ، شرح فتح القدير (١٨٥/٦) ، الخرشي ، شرح مختصر خليل (١٦٥/٧) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢١١/٢) ، البهوتي ، كشف القناع (٣٠٤/٥) .
 - ٢ الزرقاني ، شرح الزرقاني (٣٨٩/٦) ، حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٨) ، الشيرازي ، المهذب (٣٨٦/١) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٢١٣/٢) .
 - ٣ حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٨)
 - ٤ البهوتي ، شرح المنتهى (٢١٣/٢) .
 - ٥ ابن مفلح ، المبدع (١٥/٥) .
 - ٦ الخرشي ، شرح مختصر خليل ، (١٥٢/٧) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٣١١/٢) .

وعللوا رأيهم بان المقصود من المضاربة هو الربح ، وبهذا التعيين قد يتعذر الربح لعدم وجود السلعة .

الرأي الراجح :

والذي يترجح هو جواز اشتراط هذا الشرط ، لأن صاحب المال قد يعلم أن في هذا النوع من السلع ربحا وفيرا لا يتحقق في غيرها من السلع كما أن الخوف من قلة الربح أو عدمه لا يعتبر مانعا من جواز اشتراط مثل هذا الشرط طالما أن العقد قد تم بتراضي الطرفين ، بما كان يحق للشخص أن يأخذ مال غيره ، ويعمل فيه بلا أجر ، فجاز أن يأخذه مع علمه الربح وعليه فإن مخالفة هذا الشرط تستوجب الضمان على المضارب ، لأن يكون قد تصرف في المال تصرفا لم يؤذن له فيه .

المسألة الثانية : التقييد بالمكان

إذا اشترط صاحب المال على المضارب أن يعمل في مكان معين ، فهل يصح مثل هذا الشرط ؟

اتفق الفقهاء^١ على صحة التقييد بقطر من الأقطار ، و إيجاب الضمان عند المخالفة .
واختلفوا في جواز التقييد بالسوق والمدينة على النحو الآتي :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة^٢ جواز هذا التقييد ، إلا أن الحنفية لا يرون تعيين السوق إلا بالنهي عن العمل في خارجه^٣ .
وعللوا رأيهم بان صاحب المال قد يكون لع غرض وهدف من وراء هذا القيد ، فإذا لم يلتزم به المضارب فانه يكون قد ضيع عليه غرضه^٤ .

١ المرغيناني ، الهداية (٣٠٤/٢) ، الدردير ، الشرح الصغير (٦٩٣/٣) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٣١١/٣) البهوتي ، المنتهى (٢١٣/٢) .

٢ المرغيناني ، حاشية ابن عابدين (٣٠٤/٢) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٣١١/٢) ، البهوتي ، كشف القناع (٥٠٤/٣) ، البهوتي ، شرح المنتهى (٢١٣/٢) .

٣ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٩٣/٨) ، الكاساني ، بدائع الصنائع (٩٩/٦) ، والذي جعل الحنفية يشترطون النهي عند التقييد بالسوق هوانهم يرون أن هذا الشرط قد يكون فيه غرض لرب المال وقد لا يكون بالنهي تحقق وجود الغرض فيجب الالتزام به ، فهم لا يرون تعيين الشرط المحتمل الفائدة.

٤ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٩٣/٨) .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية^١ عدم جواز اشتراط مثل هذا الشرط ، ولعلمهم رأوا أن في هذا الشرط تقليلا للربح الذي قد يحصل عليه المضارب .

الرأي الرابع :

والذي يترجح جواز اشتراط مثل هذا الشرط ،، لأنه قد يكون لصاحب المال عرض من وراء هذا الشرط ولا يوجد محذور شرعي في هذا الشرط .

وعليه فإن المضارب يكون ضامنا إذا خالف هذا الشرط ولو لم يكن بصيغة النهي ، لأن اشتراطه في العقد يدل على رغبة صاحب المال على أن يلتزم به المضارب ، فإذا خالفه المضارب فإنه يكون قد تصرف في مال الغير على غير إرادة صاحبه .

المسألة الثالثة : تقييد التعامل بجهة معينة .

لو اشترط صاحب المال على المضارب ألا يتعامل مع جهة معينة في البيع أو الشراء فهل يصح هذا الشرط ؟

اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية والحنابلة^٢ جواز اشتراط مثل هذا الشرط .

وعللوا رأيهم بأن صاحب المال قد يعلم أن معاملة هذه الجهة أو تلك يتحقق الربح الوفير ، وأو قد يكون التعامل معها أسهل وأفضل من غيرها^٣ .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية والشافعية عدم جواز اشتراط مثل هذا الشرط .

وعللوا رأيهم بأن المضارب قد لا يجد عند تلك الجهة الربح الجيد ، وقد يبيعه ولا يحصل على الربح^٤ .

الرأي الرابع :

والذي يترجح هو جواز اشتراط مثل هذا الشرط ، لأن صاحب المال قد يكون له غرض منه ، و أما بالنسبة لاحتمال عدم تحقق الربح فإن الغالب من أحوال الناس أنهم يحيلون

١ الدردير ، الشرح الصغير (٢/٦٩٣) .

٢ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٨/٢٩٣) ، البهوتي ، كشاف القناع (٣/٥٠٤) .

٣ ابن نجيم ، البحر الرائق (٧/٣٩٣) ، الكاساني ، بدائع الصنائع (٦/١٠٠) .

٤ الشربيني ، مغني المحتاج (٢/٣١١) .

جهة التي يعلمون أن الربح متحقق في التعامل معها ، و أما إذا علم المضارب أنه لن يحصل على الربح ، فبإمكانه أن يفسخ العقد ويرفع عن نفسه الضرر .
وعليه فغن المضارب يعد ضامنا للمال إذا خالف شرط صاحبه في معاملة جهة معينة ،
لنه تصرف المال على غير إرادة صاحبه .

المبحث الثالث : ضمان عامل المساقاة عند دفعه الأرض مساقاة

إذا أعطي شخص أرضه لشخص ما مساقاة فهل يستطيع العامل في المساقاة دفعها لشخص آخر على سبيل المساقاة ؟

اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية والحنابلة عدم جواز دفع الأرض لشخص آخر على سبيل المساقاة^١ وعللوا رأيهم :

أولاً : بالقياس على المضارب بجامع أنه قد عامل غيره على مال مقابل جزء من نماءه ، فكما أنه لا يجوز للمضارب دفع المال لمضارب آخر فلا يجوز لعامل المساقاة أن يدفع الشجر لعامل آخر^٢ .

ثانياً : القياس على الوكيل ، إذ أن كل واحد منهما يعمل في مال الغير بموجب إذن صاحبه ، فكما أنه لا يجوز للوكيل دفع مال موكله ل شخص آخر فكذلك المساقى^٣ .

ثالثاً : أن الدفع لشخص آخر يستوجب إثبات الشركة في مال الغير بغير أذنه فلا يجوز^٤ الرأي الثاني : ذهب المالكية جواز دفع العامل الشجر لعامل آخر على وجه المساقاة^٥ ، وعللوا رأيهم بأن التصرف بالبستان أمر ظاهر وليس خفياً بخلاف المقارض فإن تصرفه في المال أمر خفي فقارب الحكم في المساقاة الحكم في القراض^٦ .

ويرد عليهم بأن البستان وان كان مما يخفي عليه إلا أن صاحب البستان قد ارتضى أن يعامل الشخص الذي تعاقد معه ولم يرتض لما يعلم فيه من صفات فلا يجوز دفع البستان لشخص لم يترضه .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٩٣/٦) ، المرادوي ، الانصاف (٤٣٣/٥) .

٢ ابن قدامه ، المغني ٥٧٨/٥ .

٣ ابن قدامة ، المصدر السابق .

٤ الكاساني ، البدائع (١٨٥/٦) .

٥ الحطاب ، مواهب الجليل (٣٨٣/٥)

٦ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٢٣٤/٦) .

الرأي الثالث : ذهب الشافعية جواز دفع العامل الشجر شخص آخر إذا كانت المساقاة في الذمة وعدم الجواز إذا كانت المساقاة على عين العامل^١ .

ويبدو أنهم قد رأوا أن صاحب الشجر لما ساقى العامل في الذمة قد أراد أن جاز العمل بعض المنظر عن العامل ، فلو دفع العامل الأول الشجر بعامل آخر فإنه يكون قد أنجز العمل المطلوب منه ، بخلاف ما لو عاقد العامل على العين فإنه يكون قد أراد إنجاز العمل وأراد إنجاز العمل من نفس العامل الأول وبدفعه لعامل آخر فإنه يكون قد خالف إرادة المالك .
والحقيقة أن اختيار العامل في كلتا الحالتين يدل على إرادة العامل الأول بنفسه ؛ لن الإنسان لا يقدم على دفع ماله إلا لشخص يعرفه من حيث الأمانة والمعاملة فإذا قام العامل بدفع الشجر لشخص آخر فإنه قد قام بالدفع لشخص لا يرضاه المالك .

الرأي الرابع :

وبعد النظر في أقوال الفقهاء فإن الذي يترجح عدم جواز دفع الشجر لعامل آخر لأن الإنسان لا يقدم على دفع ماله إلا لشخص يعرفه من حيث الأمان والمعاملة فإذا قام العامل بدفع الشجر لشخص آخر فإنه قد قام بالدفع لشخص لا يرضاه المالك .
وعليه فإن العامل الأول يكون ضامنا عند الهلاك مطلقا لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه .

بينما ذهب الحنفية عدم إيجاب الضمان على كلا العاملين عند هلاك التمر على رؤوس شجر لانعدام الغصب من واحد منهما ، وذهبوا إلى إيجاب الضمان على العامل الثاني دون الأول إن كان الهلاك بسبب عمل العامل الثاني في أمر خالف فيه أمر العامل الأول^٢ .
والحقيقة أن تصرف العامل الأول في مال الغير بغير إذنه هو الذي جعل يده يد ضمان فاستحق أن يكون ضامنا عند الهلاك في الحالة الأولى والثانية ، لتسببه في الهلاك في الحالة الثانية ، إذ لو دفع للعامل الثاني لما حصلت المخالفة منه.

١ الشربيني ، مغني المحتاج ٤٠٩/٣ .

٢ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٩٣/٦) .

المبحث الرابع : الضمان عند دفع عامل المزارعة الأرض مزارعة

إذا أراد العامل في المزارعة أن يدفع الأرض ل شخص آخر مزارعة فهل يملك هذا التصرف ولا ضمان عليه أم أنه لا يملكه ويضمن عند فعله ؟

اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

يجوز للعامل أن يدفع الأرض ل شخص آخر على وجه المزارعة إذا كان البذر من العامل ولا يملك دفعها لآخر إذا كان البذر من صاحب الأرض ويكون عندها عاصبا للأرض ويضمن أجرتها وهو قول الحنفية^١ .

ويبدو أن هم جواز الدفع في الحالة الأولى لأن المزارعة أقرب ما تكون للإجارة والتي يكون المستأجر فيها يملك دفع الأرض ل شخص ليستفيد منها ، بينما المزارعة في الحالة الثانية أقرب المضاربة والمضارب لا يملك دفع الأرض لغيره على وجه المضاربة وكذلك العامل في المزارعة .

الرأي الثاني :

لا يجوز دفع الأرض لشخص آخر على وجه المزارعة وهو قول الحنابلة لأن المزارع عامل في المال بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل غيره كالمضارب^٢ .

الرأي الرابع :

والذي يترجح عدم جواز دفع الأرض لشخص آخر على سبيل المزارعة إلا بإذن صاحبها ؛ لأن العامل عمل في الأرض بالإذن كالوكيل فلا يجوز دفعها لآخر إلا بإذن ، ولأن المالك ما رضي دفع أرض إلا للعامل الأول فلا يجوز دفعها لشخص آخر لم يرض به المالك ، ولا يصح القياس على الإجارة عندما يكون القدر من العامل لأن الأجر معلوم في الإجارة بخلاف المزارعة ، فالأجر جزء شائع من نماء المزروع بما يجعلها أقرب إلى المضاربة . وعليه فإن العامل يكون ضامنا للزرع عند هلاكه إذا كان البذر من صاحب الأرض فيضمن قيمة الزرع عند هلاكه ، وأما إذا كان البذر من العامل فإنه يضمن أجرة الأرض .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٢٩٣/٦) ، ابن نجيم ، البحر الرائق ، ١٨٩/٨ .

٢ المرادوي ، الانصاف ٤٣٣/٥ .

الفصل الخامس : الضمان في عقد الإجارة .

المبحث الأول : الضمان عند استخدام العين المؤجرة في غير ما اتفق عليه

المطلب الأول: الضمان عند مخالفة العرف في استيفاء المنفعة

يتفق الفقهاء على أن عقد الإجارة ينضبط بالعرف والعادة عند الإطلاق^١ ، فالذي يتعاقد مع شخص على استئجار شيء ما فإنه من الواجب عليه أن يتصرف فيه ضمن نطاق العرف السائد عند إبرام العقد تماما كما لو نص على ذلك في العقد .

فلو استأجر شخص بيتا ولم يحدد المقصود من استئجاره لهذا البيت فإنه يحمل على السكنى ، لأنه هو المتعارف من إجارة البيوت ، فلا يحق للمستأجر أن يستخدم البيت للحدادة أو النجارة فتصير يده يد ضمان ، لتصرفه في البيت على غير إرادة صاحبه فيكون كالغاصب .

وكذلك الحال فيمن استأجر عقارا أو سيارة أو غيرها من الأعيان ، وكان العرف يقضي بعدم إجارة المستأجر العين المؤجرة لغيره مطلقا ، فإذا خالف المستأجر هذا العرف وقام بتأجير العين فإنه يكون ضامنا لها ، لمجاوزه ما يحق له من تصرف في العين المستأجرة .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٣٦٤/٤) ، الحرشي ، شرح مختصر خليل (٣٠٣/٧) ، المرادوي ، الانصاف (٥/٦) ، ابن مفلح ، المبدع (٦٣/٥) .

المطلب الثاني : الضمان عند استعمال العين المؤجرة في مثل المستأجرة له في

الضرر

إذا استأجر شخص داراً أو مخزناً لمنفعة معينة ، فهل يحق لهذا الشخص أن يستخدم هذه العين المستأجرة لغير المنفعة المتفق عليها ؟

اتفق العلماء على منع المستأجر من استخدام العين المؤجرة في منفعة أكثر ضرراً من المنفعة المتفق عليها ، لأن في ذلك مخالفة لرغبة مالك العين واستخداماً في غير ما اذن له فيه فيصير المستأجر كالعاصب يده يد ضمان .

فلو استأجر شخص سيارة ليذهب فيها مكان معين باستخدام طريق معينة ، فلا يجوز له أن يسلك طريقاً أخرى أد وعورة أو صعوبة من الطريق المتفق عليه .

وكذلك الحال فيمن استأجر داراً للسكنى فلا يجوز أن يستخدم الدار فيما هو أكثر ضرراً على الدار من السكن ، كأن يستخدمها للحدادة مثلاً .

وأما لو أراد المستأجر أن يستخدم العين المؤجرة في مثل المنفعة المتفق عليها أو فيما هو أقل ضرراً منها .

فلقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة جواز ذلك^١ ، وعللوا رأيهم بأن الرضاء بالشيء رضا بما هو مثله عادة^٢ ، ومن باب أولى ما هو دونه .

ولم أجد للمالكية قاعدة عامة تتعلق بالمسألة التي نحن بصدد البحث فيها ، إلا أنني وجدت لهم كلاماً في استئجار وسيلة النقل .

فهم يرون أن من استأجر وسيلة للحمل أو الركوب فله أن يستخدمها فبمثل المستأجر له قدراً وضرراً ، وكذلك دونه ضرراً أو قدراً ، ولا يجوز استخداماً فيما هو أكثر قدراً ولو كان أقل ضرراً^٣ .

والحقيقة أن هذا الغرض يراعى عند الجمهور ، لأن الطريق الأقل أمناً تعتبر أكثر ضرراً لا يجوز سلوكها ، وإذا سلكها المستأجر يعتبر ضامناً .

١ المرغيباني ، الهداية (٣٣٦/٢) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٣٥٠/٢) ، المرادوي ، الانصاف (٥٠/٦) .

٢ السمرقندي ، تحفة الفقهاء (٣٥٨/٢) .

٣ الزرقاني ، شرح الزرقاني (٥٩/٧) ، الدردير ، الشرح الكبير (٣٧/٤) .

والذي يترجح أن العبرة في جواز استيفاء المنفعة هو مقدار الضرر الحاصل عند الانتفاع بالعين المؤجرة دون غيره ، فإذا كانت أقل أو مساويا لضرر المنفعة المتفق عليها فإنه يجوز للمستأجر ذلك الانتفاع ، ولا ضمان عليه ؛ لأن غاية ما يهم صاحب العين المؤجرة الحفاظ على ملكه ، فإذا أذن بمنفعة فيها قد معين من الضرر فإنه يكون قد رضي بمثلها أو دونها ضررا .

المطلب الثالث: الضمان عند إجارة العين المستأجرة:

فلو استأجر شخص دارا أو سيارة - مثلا - من شخص ما دون أن يطلب صاحب العين المراد تأجيرها من المستأجر أن ينتفع من السيارة بنفسه ، فهل يجوز للمستأجر في هذه الحالة أن يدفع السيارة لغيره على سبيل الإجارة ؟

الفرع الأول: إجارة العين لمثله في المنفعة.

اتفق العلماء على أن المستأجر إذا قام بتأجير العين المستأجرة لمن ينتفع بها انتفاعا اكبر من الانتفاع المتفق عليه فإنه يكون ضامنا^١ ، و أما إذا أجرها فبانتفاع مساو أو أقل من المنفعة التي استأجر العين لها فقد اختلف أهل العلم في المسألة على عدة آراء :

الرأي الأول :

التفرقة بين العين التي يختلف الضرر الحاصل عليها من الانتفاع باختلاف المستعمل كالثوب للبس ، والعين التي لا يختلف الضرر الحاصل عليها باختلاف المستعمل كاستئجار الدار للسكن واستئجار وسيلة النقل لحمل معين ، فأجازوا في الثانية ومنعوا في الأولى ، وقال به الحنفية^٢

فالواضح أن الذي جعل الحنفية يقولون بالتفصيل هو التفاوت الكبير بين الناس مما يؤدي التفاوت في الضرر الحاصل على العين المؤجر نتيجة لاختلاف المنتفع .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية كراهة أن يقوم مستأجر وسيلة النقل للركوب بتأجيرها لمثله، وكذلك الحال فيمن استأجر ثوبا للبس، ولكنهم لا يعتبرون هذا الفعل تعديا يستوجب الضمان^٣ .

وذهب المالكية جواز إجارة وسيلة النقل للمستأجرة للحمل في مثل الحمل المتفق عليه^٤

١ الخرشي ، شرح الخرشي (٢٩٠/٧) ، ابن نجيم ، البحر الرائق (١٤/٨) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٣٥٠/٢) .

٢ الكاساني ، بدائع الصنائع (٢٠٦/٤ - ٢٠٧) ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء (٣٤٩/٢) .

٣ الخرشي ، شرح مختصر خليل (٢٤٦/٧) ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٢٥٩/٥) .

٤ الزرقاني ، شرح الزرقاني (٣٥/٧) ، الدردير ، الشرح الكبير (١٨/٤) .

الرأي الثالث :

ذهب الشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم^١ جواز إجارة المستأجر للعين التي استأجرها لمن يقوم مقامه في الانتفاع أو دونه .

وعللوا رأيهم بأن المستأجر قد ملك منفعة العين المستأجرة فانه يملك أن يبيعها ، كما لو ملك المشتري المبيع فانه بحق له أن يبيعه^٢ .

وقد يرد على هذا الدليل بان القياس لا يصح لن الحكم في الأصل أعم منه في الفرع .
فالمشتري يحق له أن يبيع لمن انتفاعه بالعين أكثر ضررا منه بينما لا يجوز ذلك للمستأجر .

والحقيقة أن هذا الاعتراض لا يستقيم لن طبيعة المنفعة التي ملكها المستأجر مقيدة ، والذي يجوز للمستأجر التصرف به هذه المنفعة المقيدة .

الرأي الرابع :

ذهب الحنابلة في رواية عندهم عدم جواز إجارة العين المؤجرة لمن يقوم مقام المستأجر في الانتفاع دونه^٣ .

واستدلوا لرأيهم بالقياس على بيع المكيل قبل قبضه ، فكما أن الوكيل لا يجوز بيعه قبل قبضه ، وكذلك المنافع لا يجوز بيعها قبل قبضها^٤ .

ويرد على الدليل بأن قبض العين المؤجرة مقام قبض المنافع^٥ .

الترجيح :

وبعد النظر في أقوال أهل العلم وأدلتهم فان الذي يترجح جوازه إجارة المستأجر للعين التي استأجرها لمن هو مثله في الانتفاع أو أقل منه ذلك لضعف أدلة المانع من ذلك ولكون العقد يقتضي تملك المنفعة للمستأجرة ، وهذه المنفعة مقيدة كما ذكرت سابقا مما يضعف وجهة نظر الحنفية ، إلا إذا دل العرف على عدم جواز ذلك فيجب الإلزام بالعرف عندها .

١ النوي ، روضة الطالبين (٢١٦/٥) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٣٥/٢) ، البهوتي ، شرح

منتهى الإرادات (٢٥٩/٢) ، المرادوي ، الانصاف (٤٩/٦) .

٢ ابن مفلح ، المبدع (٨/٥) ، البهوتي ، الروض المربع (٣٠٨/٢) .

٣ المرادوي ، الانصاف (٣٤/٦) .

٤ ابن مفلح ، المبدع (٨/٥) ، ابن قدامة ، المغني (٥٨/٦) .

٥ ابن مفلح ، المبدع (٨/٥) .

الفرع الثاني : إجارة المستأجر للعين التي استأجرها عند اشتراط الانتفاع من

المستأجر بنفسه

اختلف أهل العلم في المسألة على عدة أقوال :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية إلى أن كل عين يختلف الضرر الحاصل من الانتفاع منها باختلاف المستعمل لا يجوز مخالفة الشرط فيها ، ويعد المستأجر ضامنا عند تأجيرها لغيره ^١ .

ويبدو جليا أن الحنفية يرون أن صاحب العين له غرض صحيح من هذا الشرط ولذلك لا يجوزون مخالفته ويعد المستأجر ضامنا إذا قام بتأجير العين لغيره .

ومثل الحنفية لرأيهم هذا بتأجير الثوب ووسيلة النقل للركوب ، فإن الناس يتفاوتون في اللبس والركوب ، فلو شرط على المستأجر أن ينتفع من العين بنفسه ، وقام بتأجيرها لغيره ، فإنه يعتبر متعديا ويستوجب فعليه الضمان ^٢ .

و أما أن كانت العين لا يختلف الضرر الحاصل من الانتفاع منها باختلاف الأشخاص ، فيجوز للمستأجر أن يؤجرها لغيره ، ولا ضمان عليه ولو شرط عليه الانتفاع من العين بنفسه ومثلوا لرأيهم هذا بتأجير الدار للسكنى ^٣ .

ويبدو أنهم يرون أن لا فائدة أو لا غرض للمستأجر من هذا الشرط عدم التفاوت في الضرر الحاصل من الانتفاع باختلاف الأشخاص .

ويرد على هذا بأن المستأجر قد يكون له غرض صحيح من هذا الشرط لأن الناس متفاوتون في أمانته و أخلاقهم وتعاملهم مع الناس ، وهذا أمر يهم المؤجر كما يهمه الحفاظ على عينه المؤجرة .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية والشافعية في قول ^٤ عدم جواز تأجير العين عند اشتراط استيفاء المنفعة من قبل المستأجر نفسه ، ويعتبر المستأجر ضامنا عند مخالفته لهذا الشرط .

وعللوا قولهم بأن المستأجر قد ملك المنافع من جهة المؤجر ، فلا يملك أن ينفع من لم يرض به المؤجر ^١ .

١ المرغيناني ، الهداية (٣٣٦/٢) .

٢ ابن نجيم ، البحر الرائق ، (١٤/٨) .

٣ المرغيناني ، الهداية (٣٣٦/٢) ، ابن نجيم ، البحر الرائق (١٤/٨) .

٤ الدردير ، الشرح الكبير (١٨/٤) ، النووي ، روضة الطالبين (٢١٧/٥) .

الرأي الثالث :

ذهب الشافعية في قول ثان معتمد عندهم والحنابلة جواز مخالفة شرط المالك في هذه الحالة ، فيجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجرها وزلا بعد متعديا بفعله هذا .

وعللوا رأيهم بأن هذا الشرط لا يتعلق به غرض ، فيعتبر هذا الشرط لاغيا كأن لم يكن

والواقع أن هذا الدليل ضعيف ، لأن المؤجر قد يكون له غرض أو فائدة من الشرط ،

لأن الناس متفاوتون في الأمانة والخلق والمعاملة مع الناس .

الترجيح :

وبعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم فإن الذي يترجح عدم جواز مخالفة شرط المالك

في هذه الحالة ، لأن المؤجر له غرض فيمثل هذا الشرط إذ الناس يتفاوتون في أخلاقهم

وتعاملهم مع الناس ، فلا ي جوز مخالفة هذا الشرط لأن المسلمين على شروطهم .

وحيثما قضى العرف بعدم جواز العين المستأجرة من قبل المستأجر فإنه يجب الالتزام

بهذا العرف كما لو اشترط في العقد .

المبحث الثاني : كيفية الضمان في عقد الإجارة

تتبع هذه الجزئية لأصل عام عند الفقهاء في ضمان المنافع حيث اتفقوا على أن المنافع تضمن ، والمستأجر عندما استغل العين لأكثر من المنفعة المحددة فقد أتلّف منفعة يستحقها المؤجر، بالتالي فإن عليه ضمانها وصورة ذلك كالتالي.

المطلب الأول : الزيادة في الانتفاع من نوع المنفعة المتفق عليها .

إذا استأجر شخص سيارة لحمل خمسة أطنان من نوع معين فقام المستأجر بحمل ستة أطنان من نفس النوع المعين في العقد، أو استأجر شخص سيارة لتحمله مكان معين فتجاوز المتسأجر المكان المتفق عليه ، فما مقدار الأجرة التي يدفعها المستأجر نتيجة لمخالفته هذه ؟ اختلفت أقوال العلماء في المسألة على عدة آراء:

الرأي الأول :

ذهب الحنفية ^١ إلى إيجاب الأجر المسمى فقط ، ولا شيء عليه في مقابلة الانتفاع الزائد عن المتفق عليه في العقد .

ويبدو أن الحنفية قد بنوا قولهم هذا على رأيهم في ضمان منافع المغصوب ، فهم يرون أن المنافع لا تضمن في الغصب ^٢ ، فلما كان المستأجر قد انتفع بالعين انتفاعاً متفقاً عليه وانتفاعاً غير متفق عليه ، فكان عليه الأجر المسمى في مقابلة المتفق عليه ، وأما غير المتفق عليه فإنه يكون كالغاصب فيه لا أجر له عليه مقابلة .

ويرد على هذا بأن الراجح في مسألة غصب المنافع أنها مضمونة على الغاصب ، وهذا مذهب الجمهور ^٣ كما أن قول الحنفية فيه ضياع للحقوق وتسليط للظلمة على منافع الأعيان التي هي ملك لغيرهم ، كما أن الحنفية قالوا بضمان المنفعة في حالة غصب مال الوقف ومال اليتيم ^٤ ، مما يدل على قوة رأي الجمهور وضعف رأي الحنفية .

١ ابن نجم ، البحر الرائق (١١/٨) ، السرخسي ، المبسوط (١١٦/١٥) ، شيخ زاده ، مجمع لانهر شرح ملتقى الأبحر ، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان ، ط ١ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٨ م (٥٢٥/٣) .

٢ المرغنياني ، الهداية (٢٠/٤) .

٣ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٤٥٣/٣) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢٨٦/٢) ، بهوتي ، كشاف القناع (١١١/٤) .

٤ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (١٢/٦ - ٢١) .

الرأي الثاني :

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية المعتمدة عندهم إلى أن المستأجر يدفع الأجر المتفق وأجرة المثل في الزائد عن المتفق عليه في العقد .
وعللوا قولهم بأن هذا الشخص قد استوفى المنفعة المتفق عليها ، فاستحق الأجر المتفق عليه ، ولكنه تعدى فيما فوق المتفق ، فكان كالعاصب فيما زاد ، فكان من الواجب عليه أن يدفع ثمن المثل للمنفعة الزائدة^١ .

الرأي الثالث :

ذهب الحنابلة في رواية إيجاب أجرة مثل الانتفاع جميعه^٢ . وعللوا رأيهم بأن المتعاقد قد عدل عن المعقود عليه غيره ، فيكون كالعاصب الذي ينتفع بالعين بغير رضا صاحبها ، فيجب عليه أجرة مثل ذلك الانتفاع^٣ .
ويرد على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن جزءا من هذا الانتفاع قد وقع عليه العقد بخلاف العاصب ، فإن انتفاعه ليس مأذونا بجميع أجزائه .

الرأي الرابع :

وبعد النظر في أقوال الفقهاء فإننا

الذي يترجح القول بوجود الأجرة المسماة ، بالإضافة إلى أجر المثل في الزائد ، لأن جزءا من الانتفاع قد وقع ضمن الإذن فوجب المسمى مقابلة ، و إنما حصل الاعتداء في جزء آخر فوجب فيه أجرة المثل بخلاف العاصب الذي يعتبر متعديا في جميع أجزاء انتفاعه .

١ ابن تيمية ، المحرر (٣٥٧/١) ، البهوتي ، شحر المنتهى (٢٦١/٢) .

٢ المرادوي ، الانصاف (٥/٦) ، ابن مفلح ، المبدع (٩٥/٥) .

٣ المرادوي ، الانصاف (٥/٦) ، ابن مفلح ، المبدع (٩٥/٥) .

المطلب الثاني: العدول عن المنفعة المتفق عليها إلى منفعة أخرى أكثر ضررا من

الأولى:

فلو استأجر شخص دار للسكنى ، فقام بعمل الحدادة فيها ، فما مقدار الأجر الذي سيدفعه ؟ هل سيدفع الأجر المسمى ؟ أم سيضمن الفرق بين الأجرتين بالإضافة إلى المسمى ؟ أم سيدفع أجره المثل فحسب ؟

اختلفت أقوال العلماء في هذه المسألة على عدة آراء :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية إيجاب الأجر المسمى في العقد فقط ^١ ، والذي يبدو أنهم قد بنوا رأيهم هذا على ما يرونه من أن إيقاع العقد على منفعة ما هو إذن بما يساويها في الضرر ^٢ ، فيكون المستأجر الذي خالف جنس المنفعة المتفق عليها قد أتى بما هو مأذون وما ليس مأذونا ، فيجب عليه الأجر في المأذون وهو الأجر المسمى في العقد ، وأما المنفعة غير المأذون بها فيكون غاصبا لها ، لا ضمان عليه فيها .

ويرد على هذا بان الحنفية قد بنوا رأيهم على عدم ضمان المنافع عند غصبها ، وقد ذكرت ضعف هذا الرأي سابقا .

الرأي الثاني :

ذهب الشافعية في المعتمد عندهم والحنابلة في رواية ^٣ وجوب أجره المثل في هذه الحالة ، فينظر أجره مثل المنفعة التي عدل المستأجر إليها ، فإذا استأجر الدار للسكنى وقام باستعمالها للحدادة - مثلا - ، فإن الواجب على المستأجر أن يدفع أجره مثل هذه الدار أو أجره للحدادة .

وعللوا رأيهم بأن المستأجر قد انتفع بالدار انتفاعا ليس مأذونا به ، لانه خالف المعقود

عليه فيكون كالغاصب الذي ينتفع بالدار بغير إذن ، فالواجب عليه دفع أجره المثل ^٤ .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٣٦/٦) ، ابن نجيم ، البحر الرائق (١١/٨) .

٢ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٣٦/٣) .

٣ الشربيني ، مغني المحتاج (٣٥٣/٢) ، ابن مفلح ، المبدع (٩٥/٥) ، المرادوي ، الانصاف (٥٠/٦) ، النووي ، روضة الطالبين (٢١٧/٥) .

٤ النووي ، روضة الطالبين (٢١٧/٥) ، المرادوي ، الانصاف (٥٠/٦) .

الرأي الثالث :

ذهب الشافعية في قول آخر والحنابلة في المعتمد عندهم إيجاب الأجرة المسماة بالإضافة الفرق بين أجرة المنفعة المعول إليها وأجرة المنفعة المتفق عليها^١ .

فلو كان المستأجر قد استأجر بيتا للسكن وقام باستخدام البيت للحدادة ، فتحسب أجرة البيت فيما لو استؤجر للحدادة ، ومن ثم يطرح منها الأجر المسمى في العقد ، فلو كانت أجرة البيت لو استؤجر للحدادة منه والأجرة المسمى ثمانون ، فإننا نطرح الثمانين من المئة ، فيكون الواجب عشرين بالإضافة إلى الأجرة المسماة .

ولعل وجهة النظر عندهم مبينة على أن الإذن بمنفعة هو إذن يماثلها في الضرر ، ولو كانت من غير جنسها ، فيكون المستأجر في هذه الحالة قد أتى بما هو مأذون وال س مأذونا فيتحمل الأجرة المسماة ثم قيمة المنفعة الزائدة عن المتفق عليه .

الرأي الرابع :

ذهب بعض الشافعية^٢ تخيير المؤجر بين أجرة مثل المنفعة المعدول إليها من جهة وبين الأجرة المسماة مضافا إليها الفرق بين المنفعتين من جهة أخرى .

وعللوا رأيهم بوجود الشبهة في هذه الحالة بين الزيادة في الانتفاع من نوع المنفعة المتفق عليها وبين استئجار أرض للزراعة وزراعة غيرها^٣ .

الترجيح :

وبعد النظر في أقوال العلماء فإنها تنقسم أجمالا إلى رأيين ، رأي يوجب الأجرة في الزائد وهم الشافعية والحنابلة ، ورأي لا يوجبها و إنما يقتصر على الأجر المسمى في العقد .

وقد بينت وجهة نظر الحنفية في المسألة ، فيبقى لدينا أقوال الرأي الثاني المذكورة سابقا ، والحقيقة أن لا فرق بين هذه الأقوال من الناحية العملية التطبيقية .

١ البهوتي ، شرح منتهى الإرادات (٢١٦/٣) .

٢ الشيرازي ، المهذب (٤٠٣/١) .

٣ السرخسي ، البسيط (١٤٧/٥) ، ابن نجيم ، البحر الرائق (١١/٨) ، ابن عابدين ، حاشية

ابن عابدين (٣٦/٦) .

المبحث الثالث: الضمان عند عدم رد العين المستأجرة لصاحبها

فلو استأجر شخص من آخر عقارا أو سيارة أو ثوبا ، فهل يلزم المستأجر رد العين المستأجرة لصاحبها بعد انتهاء الإجارة ؟

يرى الفقهاء من استأجر بيتا أو مخزنا فان الواجب على المستأجر أن يسلم المفتاح لصاحب ذلك البيت أو المخزن ، وإذا لم يقم بذلك فانه يعد غاصبا لتلك العين ، وتكون يده يد ضمان^١ .

أما لو استأجر شخص ما سيارة ، فهل يلزمه ردها بعد انتهاء مدة الإجارة ؟ أم أنه لا يلزمه ردها وتظل يده يد أمانة ؟

قبل ذكر أقوال الفقهاء أود الإشارة إلى أن قيام المستأجر بالانتفاع بالسيارة بعد انتهاء مدة الإجارة يعد تعديا يستوجب تحويل يد المستأجر يد ضمان .

أما لو لم يستعملها وأبقاها عنده ولم يرجعها لصاحبها ، فهل يحق له ذلك ولا ضمان عليه ؟ أم أنه لا يحق له هذا التصرف وتصبح يده يد ضمان لتعديه بابقاء السيارة عنده ؟
اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية والشافعية في قول والحنابلة في رواية أنه يجب على المستأجر رد السيارة إلى صاحبها بعد انتهاء مدة الإجارة ، وان لم يقم بردها يكون معتديا .
وعللوا رأيهم بان المستأجر مأذون له إمساك السيارة بمقتضى عقد الإجارة ، فإذا انتهى العقد انتهى الإذن بالإمساك فإذا أمسكها فانه يكون معتديا^٢ .

الرأي الثاني :

ذهب الشافعية في قول آخر عندهم والحنابلة في رواية معتمدة^٣ إلى أن المستأجر لا يجب عليه رد العين المستأجرة وتظل في يده يد أمانة لا يد ضمان .

١ الكاساني ، بدائع الصنائع (٣٠٩/٤) ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء (٣٥١/٢) ، الهيثمي ، تحفة المحتاج (٣٠٨/٥) ، ابن قدامة ، المغني (١٣١/٦) .

٢ الشربيني ، مغني المحتاج (٣٥١/٢) .

٣ النووي ، روضة الطالبين (٢٢٦/٥) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٣٥١/٢) ، المرادوي ، شرح المنتهى (٢٧٦/٢) ، ابن قدامة ، المغني (١٣١/٦) .

وعللوا رأيهم بالقياس على الوديعة يد المودع يد أمانة ولا يجب عليه رد الوديعة صاحبها ، فكذاك المستأجر فإن يده يد أمانة فلا يجب عليه رد العين المستأجرة صاحبها^١ .

الرأي الراجح

وبعد النظر في الأدلة فالذي يتبين أن مستند القائلين بعدم وجوب رد السيارة المستأجرة لصاحبها هو القياس على المودع عنده ، والواقع أنه قياس مع الفارق لأن المودع عنده قد قبض الوديعة لمصلحة صاحبها الخالصة ، بينما الأمر في الإجارة مختلف تماما فالمستأجر قد قبض العين المؤجرة لمصلحة نفسه .

كما أن المؤجر لم يرض بيد المستأجر على العين المؤجرة إلا مدة الإجارة ، وبقاء العين تحت يد المستأجر هو بقاء بغير إذن صاحبها ، وبالتالي فإن المستأجر يكون ضامنا للعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة إذا تلفت عنده .

١ الهيثمي ، تحفة المحتاج (٣٠٨/٥) ، ابن قدامة ، المغني (١٣١/٦) .

المبحث الرابع : ضمان الأجير الخاص

المطلب الأول: الضمان عند إنابة الأجير الخاص غيره في العمل

إذا أراد العامل لدى جهة معينة أن يكلف شخصا آخر لكي يقوم بعمله ، فهل يملك ذلك ؟
 أم أنه لا يملكه ويكون ضامنا إذا فعل ذلك ؟

اختلف الفقهاء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

ذهب جمهور الحنفية والحنابلة^١ إلى أن الأجير لا يملك الإنابة في عمله ، ويعتبر ضامنا عند التلف .

وعللوا رأيهم بأن العقد قد وقع على منافع الأجير نفسه ولم يقع على منافع غيره ، فإذا دفع عند التلف .

وعللوا رأيهم بان العقد قد وقع على منافع الأجير نفسه ولم يقع على منافع غيره ، فإذا دفع العمل لغيره يكون مخالفا لما تم عليه الاتفاق لذلك فإنه يكون ضامنا^٢ .

الرأي الثاني :

ذهب بعض الحنفية^٣ إلى جواز دفع الأجير الخاص غيره إذا كان الشخص المدفوع إليه أكثر اتقانا ومهارة للعمل من الأجير الخاص المتعاقد معه .

والذي يبدو أنهم قد بنوا رأيهم على المصلحة الحاصلة للمستأجر من هذه الإنابة . ويرد على هذا بأن الشخص الآخر إن كان اتفاقا فقد يكون أقل أمانة إذ الناس يتفاوتون في أمانتهم وتعاملهم مع الناس .

الترجيح :

والذي يترجح إيجاب الضمان على الأجير الخاص عند إنابة غيره مكانه ؛ لأن العقد وقع على منفعه دون غيره ، ولأن الناس يتفاوتون في أمانتهم وخلقهم وتعاملهم مع الناس فقد يرضى المستأجر شخصا ولا يرضى غيره .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (١٨/٦) ، البهوتي ، كشاف القناع (٣٣/٤) .

٢ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (١٨/٦) .

٣ ابن عابدين ، المصدر السابق . (١٨/٦) .

المطلب الثاني : ضمان تصرف العامل عند الأجير المشترك

يرى الفقهاء أن الشخص العامل لدى الأجير المشترك لا يضمن ما تلف تحت يده أثناء عمله ما لم يتعدى أو يقصر ، ويكون الضمان على الأجير المشترك^١ .
 وعللوا قولهم بأن العامل عند الأجير المشترك يعتبر أجيرا خاصا عنده ، لأن منافعه متمخضة له فلا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير^٢ .
 وكذلك الحال في التلميذ الذي يعمل لدى الأجير المشترك لا يضمن إلا في حالة التعدي أو التقصير منه .

وفي هذا يقول الكاساني : (ولو وقع من يده سراج فاحرق ثوبا من القصاراة فالضمان على الأستاذ ولا ضمان على التلميذ ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله الاستاذ كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه)^٣ .

١ ابن نجيم ، البحر الرائق (٣١/٨) ، السمرقندي ، تحفة الفقهاء (٣٥٣/٢) ، الخري ، شرح مختصر خليل (٢٦٣/٥) ، الدردير ، الشرح الكبير (٢٨/٤) ، المرادوي ، الانصاف (٧٤/٦) ، البهوتي ، كشاف القناع (٣٣/٤) .

٢ ابن عابدين ، الشرح الكبير (٢٨/٤) ، المرادوي ، الانصاف (٧٤/٦) ، البهوتي ، كشاف القناع (٣٣/٤) .

٣ الكاساني ، دبائع الصنائع (٢١٢/٤) .

الفصل السادس : ضمان الوصي

المبحث الأول: ضمان ما يأخذه الوصي من مال الموصى عليه .

المطلب الأول: إذا عمل الوصي في مال وصيه فهل يملك أن يأخذ من ماله ؟ أم أنه لا

يحق له ذلك ويكون ضامنا لما أخذ ؟

اختلف أهل العلم في المسألة على عدة أقوال :

الرأي الأول :

يجوز للموصي أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف إذا كان فقيرا ، وهو قول الحنفية

المفتى به ، والرأي المعتمد عند المالكية والشافعية والرواية المعتمدة عند الحنابلة ^١ .

واستدلوا لرأيهم بعدد من الأدلة :

أولا : قوله تعالى: (ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف) ^٢

وجه الدلالة: أن الله قد أمر القائم على مال اليتيم ألا يأكل من مال اليتيم إذا كان غنيا ،

وأجاز للفقير أن يأكل بالمعروف ^٣ .

ثانيا : ما روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلا أتى النبي صلى الله

عليه وسلم فقال : إني فقير ليس لي شيء ولي يتيم ، فقال : (كل من مال يتيمك غير مسرف

ولا مبادر ولا متأثل) ^٤

وجه الدلالة : أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أجاز لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم

بلا تعد أو تفريط وهذا نص في المسألة .ولو كان الأخذ محرما لمنعه النبي عليه السلام .

رابعا : القياس على القضاة الذين يأخذون الأجرة مقابل عملهم فكما أنه يصح للقضاة أن

يأخذوا أجرة مقابل عملهم فكذلك الأوصياء ^١ .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٧١٣/٦) ، الحطاب ، ٣٩٩/٦ ، الشربيني ، معني المحتاج ،

١٧٦/٢ ، البهوتي ، كشف القناع (٤٥٥/٣٠) .

٢ سورة النساء ، آية ٦ .

٣ النووي ، روضة الطالبين (١٨٩/٤) ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٧١٣/٦) .

٤ النسائي، السنن ، كتاب الوصايا، باب ما للوصي من مال اليتيم إذا قام عليه، ٢٥٦/٦، رقم

٣٦٦٨، أبو داود، السنن، كتاب الوصايا، باب ما جاء فيما لولي اليتيم أن ينال منه، ١٢٨/٢، رقم (

٢٨٧٢)، ابن ماجة، السنن، كتاب الوصايا، باب قوله تعالى (ومن كان فقيرا فليستعفف) ٩٠٧/٢، رقم

٢٧١٨، والبيهقي في السنن، كتاب البيوع، باب الولي يأكل من مال اليتيم مكان قيامه عليه بالمعروف

إن كان فقيرا. ٤/٦، رقم ١٠٧٧٥ .

ويرد على هذا الدليل بان القياس لا يصح لأن القاضي الغني يجوز له أن يأخذ الأجرة مقابل عمله بخلاف الوصي الغني فلا يجوز له ذلك ^٢ .

الرأي الثاني :

يجوز للوصي أن يأكل من مال اليتيم مقابل عمله سواء أكان غنيا أم فقيرا ، وهو رواية مرجوحة عند الحنابلة وقول مرجوح عند المالكية ^٣ ، وأيدوا وجهة نظرهم بالقياس على العامل في أموال الزكاة إذ يحق له أن يأخذ الأجرة على عمله مع غناه فكذاك الوصي ^٤ .

ويرد على هذا الدليل بأنه اجتهاد في مورد النص إذ أن النص الشرعي قد جاء أمرا الغني بان يستعف وان لا يأخذ من مال الموصى عليه فإذا أخذ الموصى مع غناه فإنه يكون آثما ويجب عليه رده .

الرأي الثالث :

يجوز للوصي المحتاج أن يأخذ من مال وصيه على سبيل القرض ، ثم يرده إذا أيسر وهذا قول الشافعية في قول ضعيف والحنابلة في رواية مرجوحة ^٥ ، ويوافق هذا الرأي الأوزاعي ومجاهد والشعبي وأبو العالية ^٦ ، واستدلوا لرأيهم :

أولا : بقوله تعالى : (ومن كان غنيا فليستعفف ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) ^٧ .

قالوا أن الله لما أمر الفقير بأن يأكل من مال اليتيم بالمعروف أعقبه بقوله : (فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم) فالوصي إذا أكل من مال اليتيم مأمور بدفع ما أخذه لليتيم .

والحقيقة أن الدفع الذي جاء في نهاية الآية مربوطة بالدفع الذي جاء في بداية الآية والدفع الذي جاء في نهاية الآية مربوط ببلوغ النكاح ولا علاقة له باليسار مما يدل على أن

١ حمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، (٤٤/٥) .

٢ علي بن أحمد الجصاص ، ، أحكام القرآن ، دار احياء التراث ، بيروت (٣٦٣/٢) .

٣ الحطاب ، مواهب الجليل ، ١٩٩/٦ ، المرادوي ، الانصاف ٣٣٨/٥ .

٤ ابن مفلح ، المبدع (٣٤٥/٤) .

٥ النووي ، روضة الطالبين ، ١٨٩/٤ ، الشيرازي ، التنبيه (١٠٣) ، ابن مفلح ، المبدع ، ٣٤٥/٤ .

٦ محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح أبو عبد الله القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، (٤٢/٥) ، ابن

أبي شيبه ، مصنف ابن أبي شيبه ، باب الاكل من مال اليتيم ، (٣٩١/٤) .

٧ النساء ، آية رقم ٦ .

الدفع الذي جاء في نهاية الآية لا علاقة له بالمال الذي يأخذه الوصي من مال اليتيم في مقابل عمله وإما يتعلق بدفع مال اليتيم الذي هو نمت وصايته عند بلوغه النكاح .

الرأي الرابع :

لا يجوز للوصي أن يأخذ من مال الموصى عليه شيئاً مطلقاً وهو قول عند الحنفية^١ .
واستدلوا لرأيهم :

أولاً: قوله تعالى (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)^٢ قالوا: أن الله قد حرم أكل مال الناس بالباطل إلا أن يكون عن تراض ، وأخذ مال يتيم من قبل الوصي لا تراض فيه فهو أكل للمال بالباطل^٣ .

ثانياً : قوله تعالى: (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً)^٤ ، قالوا: أن الآية قد حرمت الأكل من مال اليتامى لما أن هذه قد نسخت الآية التي أجازت الأكل بالمعروف^٥ .

ويرد على استدلالهم بأن الآية قد حرمت الأكل الموصوف بالظلم بينما المال الذي يأخذه الوصي من مال اليتيم فهو مقابل عمله وقيامه فيه وقد أجازته سبحانه وتعالى حينما قال : (ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف)^٦ .

وأما بالنسبة للنسخ فهو دعوى ولا دليل عليها كما أن إعمال الدليل أولى من إهماله فيكون الجمع بين الآيتين أولى من إهمال إحداهما ، فيكون الأكل من مال اليتيم محرماً في غير الموضع الذي دلت عليه الآية الأولى .

ولقد رد المانعون على الاستدلال بقوله تع: (ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف) بأن المقصود في الآية هو أن يأكل الوصي من ماله الخاص بقدر حاجته ، ولا يزيد عن حاجته مما يضطره الاعتداء على مال اليتيم^٧ . وأيدوا فهمهم بما جاء عن ابن عباس^١ موافقاً لقولهم هذا .

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ٧١٣/٦ ، الجصاص ، أحكام القرآن (٣٦٠/٢) .

٢ النساء آية رقم (٢٩) .

٣ الجصاص ، أحكام القرآن ، (٣٦٠/٢) .

٤ النساء ، آية رقم ٩ .

٥ الجصاص ، أحكام القرآن ، ٣٦٠/٢ ، القرطبي ، جامع أحكام القرآن ، (٤٣/٥) .

٦ سورة النساء ، آية ٦ .

٧ القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ٤٣/٥ .

ويرد على اعتراضهم هذا بأنه قد جاء عن ابن عباس خلاف هذا الرأي حيث نقل عنه جواز الأكل^٢ كما أنه قد جاء عن عائشة رضي الله عنها في تفسير الآية أنها قد نزلت في ولي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلحه إذا كان محتاجاً فيأكل بالمعروف^٣.

الرأي الراجح :

وبعد النظر في أقوال العلماء فإن الذي يترجح الرأي بجواز الأكل من مال اليتيم بالمعروف عند القيام عليه ورعاية شؤونه وبالتالي فلا ضمان على الوصي فيما يأخذه من مال ، وذلك لوجود الدليل الصحيح الذي يدل على جواز الأخذ من مال اليتيم سواء كان هذا الدليل حديثاً نبوياً أو آية قرآنية ، وأما بالنسبة للاعتراضات التي وجهت على الآية القرآنية فهي اعتراضات ضعيفة ، لأن ظاهر الآية يدل على جواز الأكل من مال اليتيم وأيده ما جاء عن عائشة رضي الله عنها في تفسير الآية^٤.

ويوافقها ما جاء عن عمر رضي الله عنه بجواز ذلك ، وأما بالنسبة للقول بأن الآية منسوخة دعوى لا دليل عليها .

والحقيقة أن هذا الأكل لا بد وأن يكون بإشراف من القاضي حفظاً لأموال اليتامى من الضياع والاعتداء عليها بغير حق^٥.

وبعد أن تعرفنا على أقوال العلماء في جواز الأخذ من مال اليتيم لا بد من الإشارة إلى أن الوصي لا ينبغي أن نريد ما نأخذه عن أجره مثله^٦.

١ **مصنف** ابن أبي شيبة ، باب الأكل من مال اليتيم (٣٩١/٤) .

٢ ابن حجر ، **فتح الباري** (٢٤١/٨) .

٣ مسلم ، **صحيح مسلم** ، كتاب التفسير (٢٣١٥/٤) .

٤ المصدر السابق .

٥ ابن حجر ، **فتح الباري** ١٣/١٥١ ، وصححه ابن حجر .

٦ ابن نجيم ، **البحر الرائق** (٥٣٥/٨) ، الحطاب ، **مواهب الجليل** (٣٩٩/٦) .

المطلب الثالث : ضمان المال عند دفعه للغير للتجارة

إذا أراد الوصي أن يستثمر مال اليتيم عن طريق التجارة فهل يستطيع دفعه للغير

مشاركة أو مضاربة لاستثماره ، ولا ضمان عليه عند الخسارة إذا تصرف هذا التصرف ؟

اتفق أهل العلم على جواز استثمار مال الموصى عليه من قبل الوصي نفسه ^١ ، ولكنهم

اختلفوا في جواز دفعه للغير مشاركة أو مضاربة على رأيين :

الرأي الأول :

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة جواز دفع مال الموصى عليه للغير مضاربة ^٢

، واستدلوا لرأيهم :

أولاً : قوله تعالى (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده) ^٣ ، قالوا

أن الله قد نهى عن الاقتراب من مال اليتيم إلا بالأحسن ودفع مال الموصى عليه للغير مضاربة

هو قربان بالتي هي أحسن لما يعود على مال الوصي عليه بالنماء ^٤ .

ثانياً : قوله تعالى (ويسألونك عن اليتامى قل إصلاح لهم خير) ^٥ .

قالوا أن الله قد أباح التصرف بمال اليتيم بما فيه إصلاح له ودفع مال اليتيم للغير على

سبيل المضاربة من الإصلاح ^٦ .

ثالثاً : أن هذا الفعل مما يفعله الأب في مال ولده طلباً للربح ولا وصي نائب عنه

فيما فيه مصلحة الموصى عليه وهذا الفعل من مصلحة مال الموصى عليه فجاز له فعله ^٧ .

رابعاً : استدلوا بالأثار التي جاءت عن صحابة رسول الله مثل عمرو وعلي وعائشة

رضوان الله عليهم أن هم كانوا يدفعون أموال اليتامى للغير مضاربة .

١ السرخسي ، المبسوط (٢٨/٢٨) ، الزرقاني ، شرح الزرقاني ، ١٤٣/٢ ، الشربيني ، مغنى

المحتاج (١٧٤/٢) ، البهوتي ، كشاف القناع ، (٤٤٩/٣) .

٢ السرخسي ، المبسوط ، ٢٨/٢٨ ، الشرح الكبير ، ٤٥٥/٤ ، النووي ، روضة الطالبين (٣٢٣/٦) ،

البهوتي ، كشاف القناع ، (٤٤٩/٣) .

٣ الاسراء ، آية ٣٤ .

٤ السرخسي ، المبسوط ٢٨/٢٨ .

٥ البقرة ، آية ٢٢٠ .

٦ السرخسي ، المبسوط ٢٨/٢٨ .

٧ ابن قدامة ، الكافي ، ١٩٠/٢ .

الرأي الثاني :

عدم جواز دفع مال الموصى عليه للغير مضاربة ، وقال به ابن أبي ليلى ^١ ، وعلل رأيه بأن الموصى قد جعله قائما مقامه في التصرف في المال ليكون المال محفوظا عنده و إنما يتحقق هذا المقصود إذا كان الوصي هو الذي يتصرف فيه بنفسه ^٢ . ويرد عليه بأن الوصي قائم مقام الموصى في التصرف ولما كان الموصى له أن يدفع مال الصبي للغير مضاربة كان لوصيه ذلك .

الرأي الرابع :

وبعد النظر في أقوال العلماء فان الذي ترجح الرأي بجواز دفع مال الموصى عليه للغير مضاربة وذلك لدخول هذا التصرف فبعموم الآيات التي تجوز قربان مال اليتيم بالتالي هي أحسن وبعد دفع المال للغير مضاربة من اجل تنميته من القربان بالأحسن ثم أن الآثار التي جاءت عن عمر وعلي وعائشة رضي الله عنهم والتي لم يخالفهم فيه أحد من الصحابة يدل على جواز هذا التصرف .

١ السرخسي ، المبسوط ، ٢٨/٢٨ .

٢ المصدر السابق .

المبحث الثاني : ضمان الوصي عند معاملة الموصى عليه

يملك الوصي التصرف بأموال الموصى عليه بيعة وشراء ، ولكن هل يستطيع أن يشتري الوصي لنفسه السلعة من مال الموصى عليه؟ أو هل يستطيع الوصي أن يبيع الموصى عليه سلعة من ماله ؟

اختلف العلماء في المسألة على :

الرأي الأول :

ذهب أبو حنيفة و المالكية والحنابلة في رواية مرجوحة جواز مثل هذا التصرف إذا كان فيه مصلحة ونفع ظاهر للموصى عليه ^١ .

ويرى المالكية أن المصلحة تتحقق إذا تمت بثمن المثل ^٢ بينما يرى الإمام أبو حنيفة والحنابلة في الرواية المرجوحة ^٣ أن المصلحة تتحقق إذا كان البيع بأكثر من ثمن المثل وأن يكون الشراء بأقل من ثمن المثل واستدلوا برأيهم :

أولا : قوله تعالى : (ولا تقربوا مال اليتيم آلا بالتتي هي أحسن) ^٤

قالوا : أن الله حرم القربان من مال اليتيم آلا إذا كان في هذا القربان خير له وعند البيع بأعلى من ثمن المثل أو بالمثل فإننا نكون قد حققنا الخير للموصى عليه ^٥ .

ثانيا : أن الأب هو الذي وضع هذا الوصي فالظاهر أنه ما وضعه إلا لوفور شفقتة على الصغير مما يجعل الوصي أكثر شبها بالأب - الذي يجوز له هذا التصرف - منه بالوكيل .

الرأي الثاني :

ذهب الشافعية والحنابلة في الرواية المعتمدة عندهم وعمد من الحنفية عدم ^٦ جواز بيع الوصي سلعته للموصى عليه أو شرائه السلعة من مال الموصى عليه وأعليه ويكون ضامنا للمال الموصى عليه إذا تصرف هذا التصرف ^٧ ، واستدلوا بما يلي :

١ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ٤/٤٥٥ ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ٦/٧٠٩ ، ابن تيمية ، المحرر في الفقه ، ٣٤٩ .

٢ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٤/٤٥٥) .

٣ ابن نجيم ، البحر الرائق ، ٥/٢٧٨ ، ابن تيمية ، المحرر (٣٤٩) .

٤ سورة الاسراء .

٥ الكاساني ، بدائع الصنائع (٥/١٣٦) .

٦ الكاساني ، المصدر السابق .

٧ الشربيني ، مغني المحتاج ٢/١٧٦ ، البهوتي ، كشاف القناع ٣/٤٤٨ .

أولا : بالقياس على الوكيل بجامع التصرف بالإذن لا بالملك ، فكما أن الوكيل لا يحق له هذا التصرف فكذلك الوصي .

ويرد على هذا بان الوصي قد أقامه الولي مقامه في التصرف الذي يملكه بحكم ولايته الشرعية فكان الوصي مالكا لما يملكه الأب أو الولي من تصرف والذي منه البيع أو الشراء من مال الموصى عليه للوصي^١ .

ثانيا : قالوا أن الإنسان لما يشتري أو يبيع فانه يحاول دائما أن يكون هو المستفيد مما يجعل مظنة التهمة قائما في مثل هذا تصرف مع الموصى عليه^٢ .

ويرد على هذا الدليل بأن التهمة تكون معدومة إذا تم البيع بأكثر من ثمن المثل

الرأي الراجح

والذي يترجح بعد النظر في كلام الفقهاء جواز البيع أو الشراء من مال الموصى عليه للوصي إذا كان بأكثر من ثمن المثل لانتفاء التهمة حينئذ ولأننا نكون قد حققنا الخير للموصى عليه .

١ الجبرمي ، حاشية الجبرمي (٣٢٠/٥) .

٢ البهوتي ، كشف القناع (٤٤٨/٣) .

المبحث الثالث : الضمان عند دفع مال الوصية للغير.

المطلب الأول: الضمان عند إقراض مال الموصى عليه

إذا قام الوصي بدفع مال الموصى علي لشخص آخر على سبيل الإقراض فهل يحق له ذلك ولا ضمان عليه أعليه أم أنه لا يحق له مثل هذا التصرف ويكون ضامنا للمال ؟
اختلف أهل العلم في المسألة على رأيين :
الرأي الأول :

ذهب الحنفية والمالكية عدم جواز إقراض مال الموصى عليه مطلقا^١ ، وإذا قام بإقراضه فإنه يكون ضامنا وعللوا رأيهم :
أولا : أن الوصي مأمور بالتصرف في مال الموصى عليه بما يحقق الدفع والمصلحة له ولا نفع في إقراضه للغير^٢ .

ويرد على هذا الدليل بأن إقراض المال عند الخوف عليه من النهب يحقق الدفع والخبر لمال الموصى عليه فلا يكون الإقراض عندها تضييعا للمال .
ثانيا : أن إقراض مال الموصى عليه يشبه التبرع فهو إزالة للملك بلا عوض في الحال فلا يجوز الإقدام عليه^٣ .

ويرد عليه بان العوض يثبت على المستقرض في ذمته بمجرد إبرام العقد بخلاف الهبة.
الرأي الثاني :

ذهب الشافعية والحنابلة جواز إقراض مال الموصى عليه للضرورة كالخوف عليه من النهب أو الحريق ويجب أن يكون المستقرض أمينا مليئا وآلا فان الوصي يضمن المال^٤ .
وعللوا رأيهم بأن الوصي مأمور بالتصرف في مال اليتيم بما يحقق الدفع والجبر له ويعتبر إقراضه عند الخوف عليه تصرفا مفيدا يحقق الخبر .
والنفع لمال الموصى عليه^٥ .

١ المرغيناني ، الهداية ١٠٨/٣ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٤/٤٥٥) .

٢ الحطاب ، مواهب الجليل (٦/٤٠٠) .

٣ الكاساني ، بدائع الصنائع ، ١٣٥/٥ .

٤ الشربيني ، مغني المحتاج ١٧٥/٢ ، البهوتي ، كشاف القناع (٣/٤٤٩) .

٥ البهوتي ، كشاف القناع (٣/٤٤٩) .

الرأي الراجح :

وبعد النظر في أقوال الفقهاء يتبين أن قول الشافعية والحنابلة هو الرأي الراجح فيجوز للوصي أن يعرض مال الموصى عليه للضرورة لأن الوصي مأمور بالتصرف في مال الموصى عليه بما يحقق له المصلحة ، ودفع المال عند الخوف عليه على سبيل الإقراض يحقق النفع للمال بالمحافظة عليه ، وعدم تعريضه للضياع .
ولا بد أن يكون المستقرض أميناً مليئاً حتى يكون قادراً على السداد غير مماطل وآلا
فإن الوصي يضمن المال .

المطلب الثاني : الضمان عند توكيل الغير

من المعلوم أن الوصي يملك أن يتصرف بمال الموصى عليه عليه لكن هل يملك الوصي توكيل غيره فيما يصح له من تصرف في مال الموصى عليه ؟

اختلف العلماء في المسألة على رأيين :

الرأي الأول :

جواز توكيل الغير مطلقا وذهب هذا الرأي الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية راجحة والشافعية في قول مرجوح^١ .

وعلّلوا رأيهم بأن الوصي أقام الموصي مكانه فهو يتصرف بالولاية لا بالوكالة فكان من الطبيعي أن يملك توكيل الغير لأن الموصي يملك هذا التصرف بحكم ولايته وقت أن تقلت هذه الولاية للوصي^٢ .

الرأي الثاني :

ذهب الحنابلة في رواية مرجوحة والشافعية في الرأي الراجح عدم جواز توكيل الوصي غيره إلا عند كثرة الأعمال على الوصي وعجزه عن القيام بها وعند الحاجة لعمل لا يتولاه مثله بنفسه^٣ ، وعلّلوا رأيهم بالقياس على الوكيل بجامع التصرف بالإذن لا بالملك فكما أن الوكيل لا يحق له توكيل غيره إلا في الحالات المستثناة فكذلك الوصي^٤ .

ويرد على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن الموكل قد أقام الوكيل ليتصرف له في شيء معين ، بينما الموصي في حالة الوصاية قد أقام الوصي مقامه ف يما يحق له من التصرف ولما كان الموصي يملك توكيل غيره فكذلك الوصي .

الرأي الراجح :

والذي يترجح بعد النظر في أقوال العلماء وأدلتهم جواز توكيل الوصي غيره مطلقا ولا ضمان عليه عند ذلك ، لأن الموصي قد أقام الوصي مكانه فيما يحقق له من تصرف ، ولما كان الموصي يملك الغير فمن الطبيعي أن يملك الوصي ذلك .

ولا بد أن يكون الوكيل منصفًا بالأمانة وإلا فإن الوصي يضمن ما يدفعه للوكيل

١ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٧٠٦/٦) ، الحطاب ، مواهب الجليل ٤٠٣/٦ ، الشربيني ، مغني المحتاج ٧٨/٣ ، المرادوي ، الانصاف ، ٣٦٢/٥ .

٢ المرادوي ، الانصاف (٣٦٢/٥) .

٣ ابن مفلح ، المبدع ٣٦٠/٤ ، البجيرمي ، حاشية البجيرمي ، ٤٩/٣ .

٤ البجيرمي ، حاشية البجيرمي ٤٩/٣ .

المطلب الثالث : الضمان عند مخالفة المصلحة

تعتبر المصلحة القاعدة الأساسية التي يجب أن تبنى عليها تصرفات الوصي فلا يحق له أن يقدم على تصرف فيه إضرار بمال الموصى عليه ، وذلك لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه الكريم : (ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتي هي أحسن) ^١ ، فأبي تصرف لا يحقق الخير والنفع لمال الموصى عليه يعتبر تصرفا محرما شرعا بنص الآية الكريمة ويستوجب الضمان على الوصي باتفاق الفقهاء ^٢ .

فلا يملك الوصي أن يتصرف في مال الموصى عليه بما لا حظ فيه .
فلا يملك إقراضه على وجه المعروف وبلا سبب ، ولا يملك أن يهب المال أو يتبرع به أو يحابي فيه و إذا فعل ذلك فإنه يكون ضامنا ^٣ .

ولا يملك الوصي الإقدام على أي من التصرفات التي يملكها إذا علم أن فيها أضرارا بمال الموصى عليه فلا يجوز الإقدام على التجارة بمال الموصى عليه إذا غلب ظن الوصي أنه إذا قام بهذه الصفقة فإنه ستخسر فإذا أقدم على هذه الصفقة على علمه باه سيسخر فعليه ضمان المال الذي يخسره .

وكذلك الحال لو أراد الوصي أن يوكل غيره في تصرف ما أو أراد أن يدفع مال الموصى عليه لشخص آخر مضاربة فإنه لا يملك دفع المال لشخص غير أمين لأن في هذا التصرف تعريف المال للضياع ويعتبر متافيا مع مصلحة المال .

١ سورة الاسراء آية رقم .

٢ السرخسي ، الميسوط ٢٨/٢٨ ، الحطاب ، موهب الجليل ٦٠/٥ ، الشربيني ، مغني المحتاج

١٧٤/٢ ، ابن قدامة ، الكافي ١٨٨/٥ .

٣ ابن قدامة ، الكافي ١٨٨/٥ .

الفصل السابع : التطبيقات المعاصرة

المبحث الأول : الودائع المصرفية

المطلب الأول : الودائع الجارية

الفرع الأول: تعريف الودائع الجارية اصطلاحاً:

الودائع الجارية أو تحت الطلب وهي المبالغ النقدية التي يعطيها أصحابها للمصرف على أن يحق لهم ردها عند طلبها متى شاءوا دون أن يأخذوا فوائد ربوية عليها^١.

الفرع الثاني: تخريجها الفقهي:

ولقد تباينت التخريجات الفقهية لهذا النوع من الودائع في ثلاث تخريجات .

التخريج الأول :

ذهب غالبية الفقهاء المعاصرين^٢ اعتبار عقد الوديعة الجارية عقد قرض فصاحب المال المقرض والمصرف هو المقرض .
ولقد بناوا وجهة نظرهم على ما يأتي :

أولاً : بالنظر طبيعة العقد المبرم في مثل هذا النوع من الودائع ، فاعطاء المال للمصرف ليقوم باستهلاكه واستعماله ينطبق تماماً على طبيعة عقد القرض ، وإن كان إبراماً لعقد بغير لفظ الإقراض لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني^٣ .

١ حسن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الفقه الإسلامي، ط١، دار الشرق ، جدة. ١٣٦٧هـ، (ص٢٠٩) ، أحمد حسن أحمد الحسيني، الودائع المصرفية أنواعها- استخدامها- استثمارها- دراسة شرعية اقتصادية، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ١٩٩٩م، (ص٧١) ، جمال الدين عوض ، عمليات البنوك والوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، (ص٣١) ، السالوس ، الاقتصاد الإسلامي (١/١٦٢) ، محمد رامز العريزي ، الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك الإسلامية، دار الفرقان ، عمان، ٢٠٠٤م، ص٤٤٣ .

٢ الحسيني ، الودائع المصرفية (ص١٠٢) ، الشنقيطي (١/٢٧٤) ، سامي حسن أحمد حمود ، تطور الاعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ط٢، مطبعة الشرق، عمان، ١٩٨٢م (ص٢٩٠) ، محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان ١٩٩٦م (ص٢٢٢) .

٣ حمود ، تطور الاعمال المصرفية (ص٢٨٨) ، الشنقيطي ، دارسة شرعية (١/٢٧٣) .

ثانياً: أن مقصد الحفظ والرعاية للمال معدوم بمجرد إذن صاحب المال للمصرف باستخدام المال لمصلحته مما يتعارض مع المقصد الأصلي فيعقد الوديعة^١.

ثالثاً: أن يد المصرف على هذه الودائع يد ضمان كيد المقترض على المال الذي اقترضه مما يجعل العقد يتوافق في أحكامه مع عقد الإقراض ويختلف في أحكامه عن عقد الوديعة.

رابعا: أن الكثير من قوانين الدولة العربية قد نصت على اعتبار هذه الودائع قروضا حقيقة، فلقد جاء في المادة (٨٨٩) من القانون المدني الأردني: إذا كانت الوديعة من النقود أو شيئاً يهلك بالاستعمال وإذن المودع للمودع ليده في استعماله اعتبر قرضاً^٢.

ولقد نصت المادة (٧٢٦). من القانون المصري، والمادة (٤٠٢) من القانون السوري المدني والمادة (٢٢٣) من القانون المدني الليبي، والمادة (٦٧٠) من القانون المدني التونسي على ما جاء في القانون المدني الأردني^٣

ويمكن الرد على هؤلاء

مناقشة الأدلة:

أن أدلتهم مبينة على كون المودع قد أذن باستخدام الوديعة، والحقيقة أن المودع لم يأذن باستخدامها وإنما استخدمها المصرف بلا إذن، ويرد على هذا بأن الوديعة وان لم يصرح بالإذن فإن العرف يسمح له بذلك والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

التخريج الثاني:

ذهب الجمال إلى اعتبار هذا النوع من الإيداع عقد وديعة ناقصة يسمح فيه المودع للمودع عنده بالتصرف في الوديعة على أن يرد مثلها عند الطلب وان كان هذا العقد لم يعرفه الفقه الإسلامي من قبل إلا أنه جائز شرعاً^٤.

١ سامي حمود تطور الاعمال المصرفية (ص ٢٨٨).

٢ القانون المدني الاردني، قسم البحوث والدراسات القانونية، ط ١، دار الثقافة، عمان ١٩٩٩م (ص ٢٤٣).

٣ حمود، تطور الاعمال المصرفية (ص ٢٩٠)، عوض عليّات البنوك (ص ٤١٠)، الأمين الودائع المصرفية (ص ٢٢٤).

٤ غريب الجمال، المصارف والاعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، القاهرة، دار الإتحاد العربي، ١٩٧٢م (ص ٦٣، ٨٦)، حطاب كمال توفيق، التكليف الفقهي للحساب الجاري، بحث منشور في مجلة دراسات اقتصادية اسلامية في العدد الثاني، ٢٠٠١، ص ٤٧.

و يمكن الرد عليه بأنه من الممكن إلحاق هذا العقد بإحدى العقود الفقهية المسماة ، وقد ألحق بالقرض لانطباق أحكامه عليه كما جاء عند أصحاب التخريج الأول .
التخريج الثالث :

اعتبار هذا النوع من الودائع وديعة حقيقة . ولقد بنوا رأيهم هذا على عدة أمور : وقال به الأمين^١، والدكتور كمال خطاب^٢

أولاً : أن العقد يظل عقد وديعة ولو استعمل المصرف هذا المال ؛ لأن المالكية لا يرون بأساً في استعمال الوديعة المثلية وخاصة النقدية .

ويرد عليه بأن المالكية لا يجعلون الاستعمال أمراً مباحاً بل أمراً مكروهاً عندهم ، كما أن حكم استعمال الوديعة عند الجمهور هو أمر غير جائز وهو الرأي الراجح كما ذكرته في فصل الوديعة.

ولا أعتقد أن رأي المالكية ينطبق على عقد الوديعة الجارية ، والذي يدفع فيه المال للمصرف يقصد استعماله بالدرجة الأولى ؛ لأن كلام المالكية عن الوديعة إنما هو الوديعة التي تدفع للمودع عنده بقصد الحفظ والرعاية أولاً ثم يعطى للمودع عنده الحق في استعمال الوديعة . كما أن المالكية قد نصوا أن الوديعة عند التلف تصبح ديناً في الذمة ، حيث جاء عند الدسوقي : " وأما التسلف الجائر المأخوذ بإذن ربه ، فلا يبرأ إلا برد ما أخذ لأن تسلفه حينئذ إنما هو من ربه فانقل من أمانته ذمته فصار كسائر الديون^٣ .

ثانياً : يجب تكييف العقد وفق إرادة العاقدين المشتركة و إرادة المودع هنا لم تتصرف إلى تقديم القرض للبنك ، كما أن إرادة المصرف لم تتجه للاقتراض من العميل^٤ .

ويرد عليه بأن المصرف لما يأخذ المال يأخذه بقصد استخدامه ، وأما بالنسبة للمودع فإن عليه ما يريده هو فتح حساب يمكنه من الحصول على ماله وقت يشاء ، دون الإشارة منه بالإذن باستخدام المال أو عدمه ، ولكن العرف الجاري يسمح بجواز استخدام هذا المال للمودع فينقذ العقد على جواز الاستخدام بالإذن العرفي ، لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً .

١ الأمين ، الودائع المصرفية النقدية (ص ٢٣٣ ، ٢٢٧) .

٢ خطاب التكييف الفقهي للحساب الجاري ، ٤٤ .

٣ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٣/٤٢٢) .

٤ الجمال ، الودائع المصرفية النقدية (ص ٢٢٨) .

كما أن نية و إرادة المتعاقدين في عقد الوديعة الجارية لا تختلف عن نية واردة العاقدين في عقد الوديعة لأجل ، ولا تأثير لطول مدة استخدام المال المودع أو قصرها ؛ لأن إعطاء المال من اجل استخدامه من قبل الآخذ يعد قرضا ولو كانت المدة المأذون باستعمال المال فيه ساعة أو شهرا ، فليت شعري كيف تعتبر الوديعة لأجل قرضا^١ ، ولا تعتبر الوديعة الجارية كذلك!

ثالثا: أن ما يتفق عليه عند إبرام عقد الوديعة الجارية من وجوب رد الوديعة ولو هلكت بقوة قاهرة لا يلتفت إليه في الشريعة لأنه شرط باطل شرعا وتظل يد المصرف عليه أمانة .

رابعا: أن المصرف يلتزم الحذر الشديد في استعمال هذا النوع من الودائع ، كما أن المصرف يبادر برد الوديعة عند طلبها مما يدل على أنه حينما يفعل ذلك لا يستند إلى مركز قانوني كمركز المقترض الذي لا يهتم بأي طلب قبل حلول أجل القرض^٢ . ويرد عليه بأن التزام المصرف الحذر الشديد في استعمال الوديعة لا يجعل العقد عقد وديعة حقيقية لمخالفته لأحكام الوديعة ، والمقصد منه ولا يخرج عن عقد القرض لموافقته له في الحكم والمقصد .

خامسا: أن المصرف يتصرف بالوديعة من موقف لا يستند مركز قانوني كمركز المقترض أو المودع ليس له حق الاسترداد عند إفلاس المصرف و إنما له الحق في أن يصبح دائئا من الدائنين والمصرف لم يخبر المودعين بهذا الشيء^٣ .

ويرد عليه بأن المصرف يتصرف بالمال بإذن القانون الذي ينظم علاقة المصرف مع المودعين و يعتبر علاقة دائن ومدين ويأذن العرف الذي يقضي بأن المصرف يأخذ الأموال لينتفع بها ويردها عند الطلب مع العلم بأنه يحتاج تصريح من المودع يمنع المصرف من استخدام المال و إنما يريد المودع هو فتح حساب جار يمكنه من الحصول على ماله في أي

١ الأمين ، الودائع المصرفية النقدية (ص٢٣٢) .

٢ الجمال ، المرجع السابق (ص٢٢٨) .

٣ كمال حطاب التكليف الفقهي للحساب الجاري ، ٤٤ .

٤ النمري ، مبادئ العلوم المصرفية ، ص١٧٨ .

وقت شاء بل قد جاء النص في عقد الحساب الجاري لدى بعض المصارف إعطاء المصرف حق التصرف بالمال^١.

وأما بالنسبة لاعتبار المودع دائناً كبقية الدائنين عند إفلاس المصرف فهو نتيجة طبيعية لأي قرض، ولا يشترط علم المقرض بهذا الحكم حتى يصير العقد عقد قرض. سادساً: أن القرض شرعاً هو عقد إرفاق و القصد منه هو مساعدة المحتاجين والحصول على الثواب وهذا لا يتحقق من خلال الإيداع في المصرف، فالمصرف ليس فقيراً أو محتاجاً، ولا يمكن التسليم لفصل العقود عن مقاصدها^٢.

ويرد عليه بأنه وإن سلم أن من مقاصد القرض هو الاحتساب وتحصيل الأجر والثواب لكن هذا لا يمنع من الإقراض للغني، فلو أعطى شخص لغني ما لا ينتفع به ثم يردّه لا يخرجّه عن كونه فرضاً لأن القرض هو إعفاء المال للغني لينتفع به^٣، ولو أن إعطاء المال للغني لينتفع به لا يعد فرضاً لجاز إعطاء المال للغني لينتفع به ثم يرد مبلغاً زائداً على ما أخذ ولا أظن أحداً قال بذلك.

سابعاً: أن اعتبار الحساب الجاري وديعة حقيقة معناه إعطاء المودع أولية على سائر الغرماء لأن الأولوية تكون لأصحاب الأمانات على سائر الغرماء بينما القانون ينص صراحة على أن المودع يصبح دائناً عن إفلاس المصرف كبقية الغرماء^٤.

ويمكن مناقشته بأن ذلك يؤكد الرأي بأن الحساب الجاري ليس إلا فرضاً لأن جعل العميل دائناً كبقية الدائنين، هو حكم من أحكام القرض وعدم علم العميل بهذا الحكم لا يغير حكم العلاقة بين العميل والمصرف.

ثامناً أن اعتبار الحساب الجاري فرضاً يؤدي إلى مفاصد عظيمة متعرض البلاد لموجات تضخيمية أو إرباك كبير في الأسواق العالمية، مما يؤدي إفلاس قطاع كبير من البنوك والشركات وغيرها من المصادر^٥.

ويرد عليه بأن الحل لا يكون بأن نجعل العقد الذي تنطبق عليه أحكام القرض عقد وديعة، فالعقد الذي ينطبق عليه أحكام عقد القرض يجب إعطاؤه حكم القرض، وإنما الحل أن نغير

١ هذا في نص العقد الذي يوقعه المودع لفتح الحساب الجاري ف بالمصرف الاسلامي الاردني

٢ كمال خطاب التكليف الفقهي للحساب الجاري، ٤٤ .

٣ ابن مفلح، الفروع (٢٤/٤) .

٤ كمال خطاب التكليف الفقهي للحساب الجاري، ٤٥ .

٥ كمال خطاب التكليف الفقهي للحساب الجاري، ٤٦ .

الأحكام والقوانين التي تحكم عقد الحساب الجاري حتى تتوافق مع الوديعة ، وعندما نطبق عليه حكم الوديعة ، ولكن إذا استمر في تطبيق أحكام القرض على الحساب الجاري فإنه يظل قرضاً ويكون الحل عندها بحض الناس على عدم الإقدام على هذا النوع من الحسابات لأن المفاصد إذا عظمت فإنه يصبح درؤها أولى من جلب المنافع

تاسعا: أن اعتبار هذا النوع من الحسابات قرضاً يمنع الوديع من الامتيازات التي يملكها العميل جراء احتفاظه بهذا الحساب لأنه يعتبر نوعاً من الربا^١.

ويرد عليه بأن العقد إذا تحققت فيه أحكام عقد من العقود الفقهية المعروفة فإنه يصبح من الواجب تطبيق أحكام ذلك العقد الفقهي عليه ، ولما تحققت أحكام القرض على الحساب الجاري كان من الواجب تحريم كل نفع يعود على صاحب القرض .

كما أن القانون الذي ينظم أمور المصارف يعتبر العلاقة بين المصرف والوديع علاقة دائن ومدين^٢.

كما أن غاية ما يريده العميل هو فتح حساب يمكنه من أخذ المال وقت يشاء دون الإشارة إلى الإذن بالاستخدام وعدمه ، فيحمل الاستخدام على الإذن العرفي الذي يسمح بهذا الاستخدام .

الرأي الراجح :

بعد النظر في أقوال أهل العلم وأدلتهم فإن الذي يترجح اعتبار الحساب الجاري قرضاً لانطباق أحكام القرض عليه ، فالمصرف يأخذ المال لينتفع به بناء على القانون الذي يعطيه هذه الصلاحية ولوجود الإذن العرفي ، فالوديع لم يمنع المصرف من استخدام المال بل غاية ما يريده المودع فتح حساب يمكنه من الحصول على ماله في أي وقت شاء ، كما أن هذا الأمر ينطبق على عامة أحكام القرض عند إفلاس المصرف ، وكذلك فيما يتعلق بضمان المال فالعقد عقد قرض مهما كانت تسميته لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني .

ولقد كان قرار المجمع الفقهي هو اعتبار هذا النوع من الودائع قرضاً وينص على ذلك القرار ٨٦. حيث جاء فيه :

١ كمال خطاب المرجع السابق ، ٤٥ .

٢ مادة ١١٣ من القانون التديجاري الاردني ، أنظر احمد نبيل النمر ، ، مبادئ العلوم المصرفية ، ط١ ، ١٩٨١ ، ولقد نص عقد فتح الحساب الجاري في المصرف الاسلامي الاردني اعطاء المصرف الحق في استخدام المال المودع .

الودائع تحت الطلب (الحساب الجاري) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي حيث أن المصرف المستلم لهذه الودائع يده يد ضامن وهو ملتزم شرعا بالرد عند الطلب ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقترض) مليئاً .

المطلب الثاني : الودائع المصرفية لأجل وبإخطار سابق في المصارف غير الإسلامية
 سأتكلم في هذا المطلب عن نوعين من الودائع ، الودائع لأجل ، والودائع بإخطار سابق
 وسأقوم في البداية بالتعريف بهما ومن ثم التكيف الفقهي لهما

الفرع الأول: الودائع لأجل :

وهي النقود التي تعطى للمصرف لأجل معين قد يكون سنة أو ستة أشهر أو ثلاثة
 شهور، ولا يلتزم المصرف بردها إلا بعد انتهاء الأجل المتفق عليه ، وتعطي المصارف عليها
 فوائد ربوية تزداد كلما زادت مدة الأجل^١ .

الفرع الثاني : الودائع بإخطار سابق :

وهي النقود التي تعطى للمصرف من دون تحديد مدة معينة لبقائها عنده ولا يستطيع
 صاحب هذه النقود سحبها أو سحب جزء منها إلا بعد مدة معينة من إخطار المصرف بذلك^٢ .
 وأما بالنسبة للتخريج الشرعي لهذه الودائع المصرفية فإنه ينحصر في ثلاثة تخريجات .
 التخريج الأول :

أن هذه الودائع هي عبارة عن قروض وليست ودائع حقيقة بالمعنى الشرعي . وذهب
 إليه من العلماء المعاصرين سامي حمود ومحمد شبير والشنقيطي وحسن الأمين وعلى السالوس
 ومحمد العزيزي ويستدل لهم بما يلي:

أولا : طبيعة العقد الذي يعقده صاحب النقود مع المصرف ، حيث يقتضي أن يستفيد
 المصرف من هذا المال بالتصرف فيه ، وإعطاء الشيء ليستعمله الآخذ يعد عارية ؛ لأن العبرة
 في العقود المعاني لا الألفاظ والمباني ، ولما كان المأذون باستعماله من المصرف نقودا وهي
 تهلك بالاستعمال فإن العقد يعتبر عقد قرض^٣ .

ثانيا : أن المقصود من عقد الوديعة الحفظ وهو معدوم هنا ، لأن الإذن باستعمال النقود
 وتعريضها للضياع مناف تماما لمقصد الحفظ الموجود في عقد الوديعة^٤ .

١ حسن الأمين ، الودائع المصرفية (ص ٢٣٢)

٢ حسن الأمين ، المرجع السابق (ص ٢٣٢)

٣ الشنقيطي ، دراسة شرعية (٢/٢٧٢) ، الأمين ، الودائع المصرفية (ص ٢٣٢) ، الحسيني ،

الودائع المصرفية (ص ١٠١) .

٤ الدسوقي ، حاشية الدسوقي (٣/٤٣٥) ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين (٤/٥٠٤) ، الزيلعي

، تبيين الحقائق (٤/١١١) .

ثالثا: أن الوديعة لا يضمنها الوديع إلا في حالة التعدي أو التقصير ، بينما الأموال التي توضع لدى البنوك فإنها مضمونة عليهم ولو كان الهلاك بقوة قاهرة كالقرض تماما ^١ .

التخريج الثاني :

ذهب البعض إلى أن العقد بين صاحب المال والمصرف عقد مضاربة فهم يرون أن المصرف يأخذ المال على اعتبار كونه مضاربا في المال ، وما يقدمه المصرف من فوائد هي الارباح التي حصل عليها المصرف نتيجة لمضاربتة في المال ^٢ .

أن طيعة عقد المضاربة تخالف مقتضى هذا العقد من حيث تحديد الربح وتعهد المصرف بضمان المال . فالمال في عقد المضاربة يكون أمانة في يد المضارب لا يضمنه المضارب إلا في حالة التعدي أو التقصير بينما الودائع المصرفية فان المصرف يضمنها مطلقا ^٣

التخريج الثالث :

ذهب البعض إلى اعتبار العقد وديعة ناقصة ، قد جرى عليها العمل في المصارف ، فالمودع عنده لا يحتفظ بعين المال في هذه الوديعة و إنما يرد مثله عند الطلب ، فهو عقد جديد جائز شرعا ^٤ .

ويمكن مناقشة هذا الرأي بأنه لا يوجد دليل يثبت مشروعية هذا العقد وجوازه كغيره من العقود المسماة.

الرأي الراجح :

تتمثل ثمرة الخلاف في هذه المسألة في أن المصرف يملك الانتفاع بهذا المبلغ وهذا مما ينافي عقد الإيداع ، كما أن المصرف يضمن هذا المبلغ إن تلف والأصل في الوديعة أن تكون يد الوديع يد أمانة لا ضمان، كما أنه مبلغ من النقود ولا يصح عقد الإعارة عليها لأنها مما يستهلك، ولا يتصور عقد أقرب إلى هذه الصورة من القرض حيث يشتركان بالضمان ولو كان بقوة قاهرة ، وبرد مثل المال لا عينه . ولا عبرة في أن المصرف محتاج لهذا القرض أو لا حيث أنه لا ينظر إلى حال الأشخاص العاقدين عند إنشاء العقد. وعليه فإنني أرجح الرأي القائل بأن هذا العقد يعد عقد قرض لا وديعة .

١ الشنقيطي ، دراسة شرعية (٢٧٢/١) .

٢ شبير ، المعاملات المالية المعاصرة (ص٢٢٢) .

٣ الشنقيطي ، دراسة شرعية (٢٧٢/١) .

٤ غريب الجمال ، المصارف والاعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون ، دار الإنجاد

العربي .

المطلب الثالث : الودائع الإسلامية في المصارف الإسلامية

تقوم المصارف بقبول وودائع استثمارية تدر الربح على أصحابها وهذه الودائع تقوم على أساس المضاربة كما ينص على ذلك في عقد تلك الودائع ، فصاحب الوديعة قد يحصل على الربح وقد لا يحصل عليه كما هو الحال في عقد المضاربة ^١ .

وعليه فإن يد المصرف الإسلامي على هذه المال يد أمانة فلا يضمن المصرف المال إلا في حالة التعدي أو التقصير. ويستدل على ذلك بالأصل العام في عقد المضاربة بأنه عقد أمانة.

لكن العلماء المعاصرين لم يتفقوا على هذا الحكم ، حيث نرى أن بعضهم قد ذهب إلى القول بتضمين المصرف لهذه الودائع ^٢ واستدلوا في إثبات ذلك بما يلي:

الدليل الأول : القياس على الأجير المشترك فكما أن الأجير المشترك يضمن ما عنده من غرض لغيره ، فكذلك المضارب بجامع أن كل واحد منهما يأخذ مال غيره بقصد الحصول على الربح ^٣ .

أن في هذا مخالفة لإجماع العلماء وانفاقهم على أمانة المضارب ، ولا عبرة لهذا القياس مع ما فيه من فارق ، من احتمال الخسارة لكلا الطرفين في حين أن الأجير المشترك يتحصل على أجرته قبل ممارسته العمل سواء خسرت تجارته أم لا.

الدليل الثاني: أن المصرف يضمن المال باعتباره طرفاً ثالثاً لا دخل له بالمضاربة أصلاً ، فهو يرى أن المصرف ليس العامل في المال بل هو وسيط بين رب المال والعامل ^٤ . ويرد على هذا الدليل من أكثر من وجه:

الأول: أن العقد الذي يبرمه المودع مع المصرف ينص على كون المصرف مضارباً مطالباً في المال الذي يرجع إليه .

الثاني: المضارب الذي أطلق له التصرف يجوز أن يدفع مال المضاربة لشخص آخر ليضارب به وهذا لا يخرج عن كونه مضارباً ^٥ .

١ شبير ، المعاملات المعاصرة (ص٢٢٣) ، الشنقيطي ، داسة شرعية (١/٢٧٠) ، الحسني ، الودائع المصرفية (ص١٠٩) .

٢ حمود ، تطور الأعمال المصرفية (ص٢٤٢) .

٣ سامي حمود ، المرجع السابق ، ص٢٤٢

٤ الصدر ، محمد باقر ، البنك اللاروي في الإسلام ، ط٥ ، دار التعاون للطبوعات ، بيروت ، (١٩٧٧) (ص٣١-٣٢) .

٥ عبد المجيد ، الموسوعة الفقهية التمهيدية ، موضوع المضاربة ، (ص٥٠) .

الثالث: أنه لا بد من تخريج لتصرف هذا الشخص الثالث على اعتبار صحته ، ولا يمكن أن يكون إلا وكيلا عن صاحب المال. وبالتالي فإن يده تكون يد أمانة لا ضمان.
 الرابع: أن المصرف يقوم في كثير من الاحيان باستخدام هذا المال بنفسه في كثير من الاعمال التجارية .

الدليل الثالث: أن قياس الوديعة الاستثمارية في المصارف الإسلامية على المضاربة لا يصح إذ المصرف لم يعد يقوم بعملية مضاربة واحدة أو عدد قليل من ذلك كما كان الحال في القديم^١ .

والحقيقة أن قيام المضارب بأخذ المال من شخص واحد أو أكثر لا يخرج عن حقيقة المضاربة لأن المضاربة اخذ مال الغير للعمل فيه وتقسيم الربح بين رب المال والمضارب عند حصوله وجعل الخسارة على رب المال عند حدوثها ما لم يفرض أو يقصر المضارب ، وهذا يتحقق في الودائع الاستثمارية فيجب تطبيق أحكام المضاربة عليها وهي عدم تحميل المضارب أي نوع من الخسارة إلا عند التعدي والتقصير .

١ ، محمد شوقي الفنجري ، نحو اقتصاد اسلامي ، ط ١ ، شركة مكتبات عكا ، ط ١٩٨١ ، ١٣٠ .

المطلب الرابع : الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين

الفرع الأول : الوديعة المستندية هي ما يقوم شخص بدفعه للمصرف من صكوك وأوراق مالية ليقوم المصرف بحفظها ثم ردها عينا ، ولا يتصرف فيها بغير إذن صاحبها ، ويأخذ المصرف مالا مقابل حفظه لهذه الأوراق والصكوك ^١ .

والتخريج الفقهي لهذا النوع من الودائع اعتبارها عقد وديعة ، لأن صاحب المستندات يعطيها للمصرف ليقوم بحفظها ورعايتها وهذا هو عقد الوديعة بعينه ، وأما بالنسبة لأخذ المصرف مالا فانه لا يخرج الوديعة عن كونها أمانة عنده لا يضمنها المصرف إلا في حالي التقصير أو التعدي .

ويقوم المصرف في هذا النوع من الودائع ببعض الأعمال التي تستلزمها إدارة هذه الأوراق نيابة عن صاحبها وهذا العمل ويعتبر وكالة بأجر ، فالمصرف يعمل بأمر صاحب هذه المستندات وفقا لمقتضى عقد هذه الوديعة.

الفرع الثاني: الوديعة لغرض معين هي مبلغ من المال يدفع للمصرف ويكلف المصرف بشراء أوراق مالية أو الوفاء بقيمة كمبيالة أو القيام بعمل بعينه للعميل كسداد قيمة فواتير الكهرباء ، وبأخذ المصرف مالا مقابل هذا العمل .

والتخريج الفقهي لهذا النوع من الودائع لا يخرج عن عقد الوكالة ^٢ ، فصاحب المال هو الموكل والمصر الوكيل فيكون المال في يده أمانة لا يضمه إلا في حالة التعدي أو التقصير . بينما ذهب الجمال والأمين والشنقيطي في تخريج ثان له اعتبار العقد عقد وديعة ، والحقيقة أنه لا يمكن اعتبار العقد عقد وديعة كما يقولون ، لأن المقصود في عقد الوديعة هو اعطاء المال للأخر بقصد الحفظ والرعاية ، لا يقصد التصرف فيه لمصلحة المعطى كما هو الحال في هذا النوع من الودائع والذي يتوافق تماما مع عقد الوكيل .

وأخذ الأجرة على الوكالة لا يجعل يد الوكيل يد ضمان بل تظل يد أمانة ^٣ .

١ عوض ، عمليات البنوك (ص ٧٥٣) ، الحسيني ، الودائع المصرفية (ص ٦٤)

٢ الشنقيطي ، دراسة شرعية (٢٦٩/١) .

٣ الدمياطي ، اعانة الطالبين (٩٤/٢) ، ابن مفلح ، المبدع (٣٨١/٤) .

المطلب الخامس : ودائع الخزائن الحديدية

تقوم المصارف بتوفير خزائن حديدية للراغبين بحفظ أموالهم أو أوراقهم المهمة وأشياءهم الثمينة مقابل مبلغ من المال يدفعونه للمصرف ، ولكل خزانة مفتاحان يسلم أحدهما للمتعامل مع المصرف ويحفظ الآخر لدى المصرف ^١ .

أما بالنسبة للتخريج الفقهي فإن هذا العقد عقد إجارة بين صاحب الأشياء المراد حفظها وبين المصرف مالك تلك الخزانة ^٢ .

والواقع أن العقد ينصب على الحفظ والرعاية للأشياء المراد وضعها في تلك الخزينة لا الانتفاع بتلك الخزينة ولو كان الأمر كذلك لكان من الممكن أن ينزع المصرف الخزانة من صالة الخزائن ثم يعطيها للعميل قائلًا له : انتفع بالخزانة كيف شئت ثم أعدها عند انتهاء عقد الإجارة ^٣ .

ويرى البعض الآخر ^٤ أن الإجارة تقع على المنفعة التي يحصلها صاحب الغرض من المصرف وهي الحفظ والرعاية لأغراضه .

ولكنني أرى أن هذا العقد هو عقد ودیعة لأن الدافع والمقصد الرئيسي منه هو حفظ الشيء الذي يوضع في خزينة المصرف ولا يعارضه ما يأخذ المصرف من مال على هذا الحفظ ، لأنه يصبح عقد ودیعة بأجرة ويظل حكم المحفوظ في الخزانة أمانة لا يضمنه المصرف إلا في حالة التعدي أو التقصير واشتراط الضمان على المصرف باطل ولا يعمل به .

١ علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف، الإكندرية، ١٩٦٦م (ص ٢٩٥) ، سامي حمود ، تطور الاعمال المصرفية (ص ٣٧٤) ، علاء الدين الزعتري ، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ، ط ١ ، دار الكلم الطيب ، دمشق ٢٠٠٢ (ص ٣٠٧) .

٢ الزعتري ، الخدمات المصرفية (ص ٣١٦) ، الحسيني ، الودائع المصرفية (٦٨) ، حمود تطور الاعمال المصرفية (ص ٣٧٥) .

٣ حمود ، تطور الاعمال المصرفية (ص ٣٧٥) .

٤ الزعتري ، الخدمات المصرفية (ص ٣١٤) .

المبحث الثاني : سندات المقارضة

المطلب الأول : حقيقة سندات المقارضة

الفرع الأول: التعريف بها : إنها وثائق محددة القيمة تصدر باسم مالكها مقابل الأموال التي قدمها لصاحب المشروع بقصد تنفيذ المشروع واستغلاله وتحقيق الربح ويحصل مالك السندات على نسبة محددة من أرباح المشروع وتحدد هذه النسبة في نشرة الإصدار ولا تنتج سندات المقارضة أية فوائد كما لا تعطي مالكها الحق في المطالبة بفوائد محددة^١ .

وقد عرفها سامي حمود بأنها : الوثائق الموحدة القيمة والصادرة بأسماء من يكتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها ، وذلك على أساس المشاركة في نتائج الأرباح والإيرادات المتحققة من المشروع المستثمر فيه بحسب النسب المعلنة على الشيوخ مع مراعاة التصفية التدريجية المنتظمة لأصل المال المكتتب به عن طريق تخصيص الحصة المتبقية من الأرباح الصافية لإطفاء السندات جزئيا حتى السداد التام^٢ .

ومن خلال تعريف سندات المقارضة نلاحظ أن فكرة هذه السندات تقوم على العناصر

التالية^٣ :

أولا : وثائق تسجل مقدار الأموال التي قدمها المكتتبون لمشروع معين بقصد تنفيذه لتحقيق الربح .

ثانيا : أن كل وثيقة من هذه الوثائق تحمل قيمة محددة .

ثالثا : أن هذه الوثائق تحمل أسماء من يمتلكونها .

رابعا : أن كل وثيقة تستحق نسبة من ربح المشروع يعلن عنه في نشرة الإصدار .،

خامسا : أن النسبة المتبقية من الربح تخصص لسداد قيمة السندات لأصحابها فلو كانت نسبة الربح لأصحاب الوثائق ٧٠% فإن نسبة الربح المتبقية ٣٠% والتي هي لوزارة الأوقاف تعطي لأصحاب الوثائق لسداد قيمة سنداتهم ويكون في مواعيد معينة وتكون مبينة في نشرة الإصدار الخاصة بالمشروع .

سادسا : أن سداد قيمة السندات يكون بالقيمة الاسمية لها أي بالقيمة التي دفعت للحصول

على تلك السندات .

١ المادة (٢) ، قانون سندات القمارضة رقم (١٠) ، لعام ١٩٨١ .

٢ سالم حسن حمود ، بحث سندات المقارضة والفرق بينهما وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار

مقدم لمجمع الفقه الاسلامي بجدة ، ١٩٨٧ ، نشره المعهد الاسلامي للبحوث (ص٥) .

٣ أحمد حافظ موسى ، الضمان في عقود الأمانات ، ص١٨٩

سابعاً : بعد السداد التدريجي لقيمة السندات - والذي يسمى بالاطفاء - يصبح المشروع مملوكاً ملكاً خالصاً لوزارة الأوقاف .

ومما تجدر الإشارة إليه أن الدولة تكفل لأصحاب السندات أموالهم التي دفعوها للحصول على السندات كما نصت المادة (١٢) حيث جاء فيها : تكفل الحكومة تسديد قيمة سندات المقارضة الاسمية الواجب اطفؤها بالكامل في المواعيد المقررة ، وتصبح المبالغ المدفوعة لهذا السبب قرضاً ممنوحاً للمشروع بدون فائدة تستحق الوفاء فور الاطفاء الكامل للسندات^١ .

١ قانون سندات المقارضة رقم (١٠) لعام ١٩٨١ أنظر ملحق رسالة ، عمر مصطفى اسماعيل ، سندات المقارضة ، قدمت في الجامعة الاردنية ، ٢٠٠٣ ، بإشراف الدكتور عارف ابو عيد .

المطلب الثاني : التكيف الفقهي لسندات المقارضة

وبعد التعرف على طبيعة سندات المقارضة نتعرف على اقوال العلماء في التخرير الفقهي لهذا العقد .

التخرير الأول :

ذهب جماعة من أهل العلم اعتبار العقد عقد قرض ومن ذهب هذا الرأي السالوس والضرير والأمين ومنيع^١ ، فهم يرون أن أصحاب السندات مقرضون لوزارة الأوقاف بمقدار ما يدفعون من مال لامتلاك السندات وأيدوا وجهة نظرهم بعدد من الأدلة :
 أولاً : أن المادة رقم (١٢) من قانون السندات تنص على أن كفالة الحكومة للسندات قرضاً في ذمة وزارة الأوقاف مما يجعل الضامن الحقيقي لقيمة السندات الوزارة نفسها ، وهذا يتوافق تماماً مع عقد القرض في الفقه الإسلامي^٢ ، ويخالف عقد المضاربة الذي لا ضمان فيه على العامل إلا في حالة التعدي أو التقصير .

ويرد على هذا بأن الضامن الحقيقي هو وزارة الأوقاف لأن المال الذي تدفعه الحكومة يعتبر قرضاً حسناً في ذمة الوزارة كما جاء في المادة (١٢) من قانون سندات المقارضة^٣ .
 ثانياً : أن هذه السندات تسدد بقيمتها الاسمية أي بالمقدار الذي دفعه صاحب السند عند شرائه له ولو كانت هذه السندات مضاربة لوجب تسديدها بقيمتها وقت السداد ؛ لأن أصحاب رأس المال وهم هنا مالكو السندات يملكون حقاً عينياً في مودوعات المشروع^٤ ،

١ علي احمد السالوس ، بحث سندات المقارضة والاستثمار (ص٦) ، الصديق محمد الضرير ، ، بحث سندات المقارضة (ص٥) ، ، حسن عبد الله الأمين ، بحث سندات المقارضة وسندات الاستثمار (ص٧) ، عبد الله بن سليمان منيع ، ، بحث سندات المقارضة (ص٣) ، جميع هذه البحوث قدمت لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي بجدة عام ١٩٨٧م ونشرها المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب .

٢ رفيق يونس المصري ، بحث سندات المقارضة قدم هذا البحث لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي بجدة ١٩٨٧م ونشره المعهد الاسلامي للبحوث والتدريب ، السالوس سندات المقارضة (ص٦) ، الأمين ، سندات المقارضة (ص٧) ، الضرير ، سندات المقارضة (ص٥) .

٣ عمر مصطفى جبر إسماعيل ، سندات المقارضة ، احكامها في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة تطبيقية ، رسالة ماجستير ، إشراف عارف خليل أبو غيد محفوظة على دسك في الجامعة الأردنية ، ٢٠٠٣م

٤ الكاساني ، بدائع الصنائع (١٠٠/٦) ، البهوتي ، كشاف القناع (٥٢١/٣) ، الشيرازي ، المهذب (٣٨٨/١) .

ولكن الظاهر أن أصحاب السندات ليس لهم إلا حق نقدي في ذمة وزارة الأوقاف وهذا حال الدائن لا حال رب المال^١.

ويرد على هذا بأن رأس مال المضاربة قد استعمل في اعداد المشروع ، فإذا أردنا أن نصفي المقارضة فإن أصحاب السندات يملكون رأس مالهم بالإضافة إلى ما فيه من ربح إذا وجد الربح وقد يخسر هذا المشروع فلا بد من تقدير قيمة هذا المشروع عند كل اطفاء حتى يأخذ أصحاب السندات حقوقهم الصحيحة^٢.

التخريج الثاني :

ذهب السلامي والعثماني^٣ إلى أن العلاقة بين أصحاب السندات ووزارة الأوقاف علاقة مضاربة ، فأصحاب السندات أصحاب رأس مال والوزارة العامل في رأس المال إلا أنهم يرون أن هذه المضاربة تحوي العديد من نقاط الخلل ولا بد من تصحيحها حتى تصبح مضاربة شرعية صحيحة .

ويوافق أصحاب هذه الوجة أصحاب التخريج الأول في انتقاداتهم الموجهة للعقد^٤ .
كما أنهم رأوا أن الاستمرار في توزيع الأرباح بناء على القيمة الاسمية على الرغم من تناقص حصة أصحاب السندات في المشروع بسبب عملية الإطفاء التدريجي لا مبرر له ، لأن الشخص يستحق الربح في هذا العقد بماله ولما نقص المال الذي شارك فيه كان من الطبيعي أن ينقص العائد الذي يحصل عليه فالاستمرار بإعطائه الربح كما لو كان ماله يعادل القيمة الاسمية التي دفعها لا يجوز والواجب أن يتناقص ربحه بتناقص المال الذي يشارك فيه^٥ .
ولقد برر العبادي هذا الامر بمبررين^٦ :
الأول : لأن الأرباح هي أرباح أموال أصحاب السندات فيجب أن يأخذوا أرباحهم .

١ المصري ، بحث سندات المقارضة (ص ٥) ، الأمين ، سندات المقارضة (ص ٧) .

٢ العثماني ، سندات المقارضة (٩) .

٣ محمد المختار السلامي ، بحث سندات المقارضة وسندات التنمية قدم لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي في جدة ، ١٩٨٧م ، محمد تقي ، بحث سندات المقارضة قدم البحث لمؤتمر مجمع الفقه الاسلامي جدة (١٩٨٧) نشره المعهد الاسلامي للبحوث والدراسات (ص ٢) .

٤ العثماني بحث سندات المقارضة (ص ٤ ، ١٠) ، السلامي ، بحث سندات المقارضة (ص ١٣ ، ١٧)

٥ العثماني ، سندات المقارضة (ص ١١) .

٦ العبادي ، سندات المقارضة (ص ٢٣) .

ويرد عليه بأنهم يستحقون الربح بما يملكون من نسبة من المشروع فإذا قلت النسبة التي يملكونها كان الواجب أن تقل حصتهم من الربح وأن تستحق للوزارة التي اشترت أصلها من خلال عملية الاطفاء^١.

الثاني : رأى في هذا الأمر تشجيعاً لعملية الاستثمار

والحقيقة أن هذا المبرر واه جدا ، لأن تشجيع الاستثمار لا يبرر ارتكاب المحظور .
والناظر في أقوال أصحاب هذا الرأي يجد أن تخريجهم هذا للعقد الذي افترضوه بعد التخلص من تلك الانتقادات، أما على هذا الحال فنرى أنهم متفقون على أنه أقرب إلى القرض من المضاربة.

التخريج الثالث : ذهب العبادي وحمود^٢ إلى أن العقد مضاربة شرعية فأصحاب السندات هم أصحاب رأس المال والوزارة هي العامل ويستحق كل فريق نسبته من الربح حسب الاتفاق .

وأيدوا وجهة نظرهم بعدد من الأدلة :

أولاً: أن وزارة الأوقاف تعتبر مضارباً في المال الذي تأخذه من أصحاب السندات وضمان الحكومة للقيمة الاسمية والتي هي رأس المال هو ضمان من طرف ثالث وهو أمر جائز ولا ضمان على المضارب والذي هو وزارة الأوقاف^٣ .
ثانياً: أن المال الذي يدفعه أصحاب السندات يعد رأساً للمال في المضاربة وعند التصفية يأخذ المضارب ما دفعه من مال والباقي يكون أرباحاً^٤ .

الرأي الرابع :

وبعد النظر في أقوال العلماء فإن الذي يترجح الرأي بأن العلاقة بين أصحاب السندات ووزارة الأوقاف بناء على القانون رقم (١٠) لعام ١٩٨١م علاقة قرض محرمة ، لأنها تجر النفع للمقترضين وهم أصحاب السندات .
وذلك لضعف توجيه أصحاب الرأي الثالث ، وضعف ردودهم على أصحاب الرأي الأول الذي ينص على اعتبار هذه العقد عقد قرض .

١ العثماني ، سندات المقارضة (ص ١٠) .

٢ عبد السلام العبادي ، ، بحث سندات المقارضة، قدم لمجمع الفقه الاسلامي بجدة عام ١٩٨٧ (ص ٦)

سامي حمود ، سندات المقارضة (ص ٧) .

٣ حمود ، سندات المقارضة (ص ١٢) ، العبادي ، سندات المقارضة (ص ١٥) .

٤ العبادي ، سندات المقارضة (ص ٩) .،

المطلب الثالث : الصورة الشرعية لسندات المقارضة

وقد ذكر مجموعة من العلماء كيفية معالجة نقاط الخلل في السندات المقترحة حتى تصبح المعاملة مضاربة شرعية وذلك من خلال مايلي:.

- أن تقدر الوزارة القيمة الواقعية للمشروع ومن ثم يتم الاطفاء بناء على رأس المال الذي دفعه أصحاب السندات مضافا إليه نسبة ربح أصحاب السندات إذا كانت قيمة المبنى قد ارتفعت هذا بالقيمة السوقية عند الاطفاء مع خصم المضارب منه^١.
- إذا كانت هناك خسارة فان غلة المشروع تستحق لأصحاب السندات غاية الوصول رأس المال الذي يملكه أصحاب السندات في المشروع فإن بقي شيء يوزع حسب النسبة المتفق عليها وإن لم يبق شيء فالوزارة لا تستحق شيئا من الربح فلا تتم عملية الإطفاء إلا أن يسبقها عملية المشروع الذي نجم عن عملية أو عمليات الإطفاء السابقة .
- إن لم يكن في المشروع خسارة فإن العوائد توزع حسب الاتفاق ، فتأخذ الوزارة نسبتها من الربح لكونها العامل في مال المضاربة ، وتأخذ الوزارة حصتها من الفوائد بحكم تملكها نسبة عن المشروع إذا كان هناك عملية إطفاء سابقة ومن مجموع الأرباح تستطيع الوزارة أن تقوم بعملية الإطفاء الجديدة .
- أن لا تضمن الوزارة شيئا الا ما كانت نتيجة التعدي أو التقصير منها ولا يجوز أن تضمن الوزارة مطلقا بأي شكل من الأشكال . .

١ العثماني ، سندات المقارضة (ص ١٠) .

المطلب الرابع : الضمان في سندات المقارضة

بعد أن تحدثت في المطلب السابق عن سندات المقارضة الشرعية اردت أن أتحدث في هذا المطلب عن آليات الضمان المقترحة بحيث لا تتعارض مع طبيعة عقد القراض الذي نمثله هذه السندات .

الاقتراح الأول:

ذهب البعض^١ إلى جواز أن تضمن الحكومة هذه السندات كطرف ثالث مستقل بحيث لا يكون للجهة المصدرة أو حملة السندات أية صلة مباشرة أو غير مباشرة في تحمل تبعات هذا الضمان .

ولقد أبدوا وجهة نظرهم بعدد من الادلة :

أولاً : أن المحذور في المضاربة قيام العامل بضمان المضاربة ، والعامل في سندات المقارضة الجهة المصدرة لا يضمن مال ، و إنما الضامن هو طرف ثالث لا علاقة له بسندات المقارضة ويكون ضمانه ملزماً على الرأي بلزوم الوعد^٢ .

ثانياً : القياس على ما جاء عن الحنفية في ضمان الطريق ، وهو أن يقول شخص لآخر : اسلك هذا الطريق لأنه آمن فإن أخذ مالك فأنا ضامن فإن أخذ ماله فإنه يلزمه^٣ ، وكذلك الحكم في سندات المقارضة فإن الحكومة قد قالت للمواطنين هذا الطريق من الاستثمار وإذا خسرت فأنا ضامن لكم^٤ .

ثالثاً: القياس على فعل النبي صلى الله عليه وسلم حينما استعار من صفوان بن أمية^٥ الدروع يوم حنين فقال صفوان لرسول الله عليه السلام: أغضب يا محمد ؟ فقال عليه السلام :

١ منذر ، بحث سندات المقارضة وضمان الفريق الثالث (ص٥٥) ، حمود سندات المقارضة (ص١٢)

٢ حمود ، سندات المقارضة (ص١٢) ، حسن حسين حامد ، ضمان ، رأس المال في سندات المقارضة ، قدم البحث لمجمع الفقه الاسلامي بجدة عام ١٩٨٧م ، نشره المعهد الاسلامي للبحوث والدراسات (ص٧) .

٣ الحصفكي ، الدر المختار (٢٣١/٥) ، ابن عابدين ، حشاية ابن عابدين (١٧٠/٤) .

٤ حسن حسين حامد ، ضمان رأس المال في سندات المقارضة (ص٨) .

٥ صفوان بن أمية بن خلف بن وهب بن جذامة القرشي ، قتل أبوه يوم بدر كافراً ، وأسلم بعد فتح مكة ، وشهد اليرموك وكان أميراً على بعض الكراديس يومئذ ، وكان من المؤلفات قلوبهم ، مات سنة ٤٢هـ . تهذيب الكمال ١٨٠/١٣ ، التفات ، ابن حبان ١٩١/٣ .

لا بل مضمونة^١ ، فكما أن العارية ليست مضمونة بالأصل و إنما هي أمانة و إنما النبي عليه السلام ضمنها بالشرط فكذلك الحال في أموال السندات يجوز ضمانها بالشرط على الرغم من كون هذا المال أمانة في يد الجهة المصدرة للسندات^٢ .

ويمكن الرد على هذا الاقتراح:

بأن كفالة الحكومة لقيمة سندات المقارضة كفالة لمال ليس مضمونا على الأصل والذي هو الجهة المصدرة إذ المال بيدها أمانة لا يضمن الا في حالة التعدي أو التقصير ، ولقد نص الفقهاء على أن الكفيل إنما تصح كفالته إذا كان المكفول مضمونا على الأصيل مثل المبيع والمأخوذ على سوم الشراء ... ، وأما إذا لم يكن مضمونا على الأصل فلا تصح كفالته وذكروا مثالا عليه مال المضاربة^٣ ، فإن كفالة الحكومية لقيمة السندات لا تصح^٤ .

١ روي هذا الحديث بأكثر من لفظ، فقد جاء بلفظ عارية مضمونة عند أبي داود في السنن ، كتاب الإجارة ، باب في تضمين العارية ، ٣١٨/٢ رقم ٣٥٦٢ ، والإمام أحمد في المسند ، مسند المكيين ، صفوان بن أمية ، ٤٠٠/٣ ، رقم ١٥٣٣٧ ، والحام في المستدرک، كتاب البيوع ، ٥٤/٢ ، ٢٣٠٠ ، والبيهقي في السنن ، كتاب العارية ، باب العارية مضمونة ٨٩/٦ ، ١١٢٥٨ . وقد روي أيضا بلفظ : بل مؤداة عند أبي داود ، كتاب الإجارة ، باب في تضمين العارية ، ٣٢٠/٢ ، رقم ٣٥٦٦ ، والدارقطني ، كتاب البيوع ، ٣٩/٣ ، ١٦٠ . والنسائي ، كتاب العارية ، باب في تضمين العارية ، ٤٠٩/٣ ، رقم ٥٧٧٦ وقد روي بلفظ آخر وهو قوله : عارية مضمونة حتى نؤديها لك عند الحاكم في المستدرک، كتاب المغازي ، ٥١/٣ ، رقم ٤٣٦٩ ، والبيهقي في السنن ، كتاب العارية ، ٨٩/٦ ، رقم ١١٢٧ . وفي رواية جمعت دروع صفوان ففقد منها أدرا فقال عليه السلام هل نغرم لك ؟ قال : لا يارسول الله لأن في قلبي اليوم ما لم يكن يومئذ ، قال أبو داود وكان أعاره قبل أن يسلم ثم أسلم أبو داود باب في تضمين العارية ، ٣١٩/٢ ، رقم ٢٥٦٣ ، وأحمد في المسند ، مسند المكيين ، ٤٠/٣ ، رقم ١٥٣٣٧ ، والدارقطني كتاب البيوع ، ٣٩/٣ رقم ١٦١ ، والنسائي في الصغرى ، باب تضمين العارية ، ٤٠٩/٣ رقم ٥٧٧٨

٢ حمود ، سندات المقارضة (ص ١٣) .

٣ المرغيناني ، الهداية (٩٢/٣) ، الشربيني ، مغني المحتاج (٢٠٢/٢) ، البهوتي ، كشاف القناع (٣٧٠/٣)

٤ السالوس ، سندات المقارضة (ص ٦) .

حيث رأى أن لا مانع شرعا من النص في نشرة الاصدار على اقتطاع نسبة معينة من حصة الصكوك في الأرباح^١ .

الاقتراح الثاني :

ذهب البعض إلى الرأي بأخذ جزء من صافي الإرباح التي تنتج وتوضع في صندوق خاص ، وتستخدم في ضمان الخسارة إن حصلت وبعد انتهاء المضاربة توزع الأموال المتبقية في الصندوق لجهة خيرية^٢ ، وأيدوا وجهة نظرهم بدليلين اثنتين :

الأول : اعتبار المال الذي في الصندوق طرفا ثالثا ويصح ضمان الطرف الثالث .

الثاني : بأن الربح الحاصل من المضاربة يخص أصحاب السندات والجهة المصدرة ويجوز لهما التبرع به لغيرهما إذا اتفقا على ذلك^٣ .

الاقتراح الثالث :

ذهب بعض العلماء^٤ الرأي بأخذ نسبة معينة من أرباح أصحاب السندات ووضعها في صندوق خاص يؤخذ منه المال لسد خسارة أصحاب السندات وعند انتهاء المضاربة يأخذ صاحب كل سند ما أخذ من أرباحه من نسبة ، ورأوا في ذلك مخرجا من تحمل العامل تبعات الضمان جزئيا أو كليا .

١ قرار رقم (٥) الدورة الرابعة ، ١٩٨٨ هـ - ١٤٠٨ هـ ، أنظر الزحيلي ، وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، بيروت ، ط٤ ، ١٩٩٧م ، ٥١٣٦/٧ .

٢ عبد السلام العبادي ، سندات المقارضة (ص١٦) ، قحف ، سندات المقارضة (ص٥٥) .

٣ حمود ، تطور الاعمال المصرفية (ص٤٣٠) .

٤ الأمين ، سندات المقارضة (ص١٠) ، حسن ضمان رأس المال في سندات المقارضة (ص٧)

الختام

الحمد لله رب العالمين، الرحمن الرحيم، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

إن من أهم ما توصل إليه الباحث من نتائج يتمثل في ما يلي:

- إن الضمان التزام في الذمة لهدف التعويض عن أضرار لحقت بالغير.
- أن أسباب الضمان تنحصر في العقد و اليد والإتلاف فقط وما ذكر غير ذلك من أسباب يندرج تحتها .
- أن الأولى في التعويض عن الضرر أن يكون برد الشيء عينه فإن تعذر فمثله أو قيمته .
- أن العقد هو ربط إيجاب بقبول.
- يمكن تقسيم العقود بحسب الضمان وعدمه إلى عقود أمانة وعقود ضمان وعقود تحتل الوجهين والضابط لهذا التقسيم هو عنصر المعاوضة بين طرفي العقد.
- إن عقد الأمانة أضيق نطاقاً من يد الأمانة حيث أن كل عقد أمانة تكون يد الحائز فيه يد أمانة بينما لا يترتب على كل يد أمانة عقد كيد الملتقط والقاضي.
- تنحصر عقود الأمانات في الوديعة والوكالة والشركة والمضاربة والمساقاة والمزارعة والوصاية والإجارة.
- تُضمن الوديعة عند التعدي كالانتفاع بها والتقصير كالسفر بها وحفظها عند الغير بغير عذر .
- يضمن الوكيل إذا باع أو اشترى بغير ثمن المثل وبغبن فاحش وعند توكيل غيره ومخالفته أمر موكله بصفة البيع أو الشراء أو الزمان أو المكان.
- الضابط في تصرفات الشريك هو العرف والعادة عند الإطلاق ويضمن إذا تجاوزهما.
- وفي الشركة المقيدة يلتزم الشريك أو المضارب بشروط شريكه ويضمن إذا خالف أو قصر بالحفظ.
- يضمن عامل المساقاة أو المزارعة إذا ما تعاقد مع غيره على مثل ما تعاقد هو بنفسه.

- يتقيد استخدام العين المؤجرة بالعرف ويترتب على مخالفته الضمان كما يترتب الضمان عند الامتناع عن رد العين لأصحابها.
- يد الأجير الخاص يد أمانة ولا يضمن ما تلف بيده ويكون الضمان على من يعمل عنده.
- يجوز للوصي أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف عند القيام عليه ورعاية شؤونه ،كما يجوز له أن يضارب بماله أو أن يوكل غيره أو أن يتعامل بالبيع والشراء عند انتفاء التهمة.
- التوجيه الأسلم للحساب الجاري بين البنك والعميل يكون على أساس أنه عقد قرض ينطبق عليه ما ينطبق على القرض من أحكام ،ومثل هذا يُقال في الودائع لأجل وبالتالي فإنها تكون عقود ضمان لا أمانة.
- أن يد المصارف الإسلامية على الودائع الاستثمارية التي يودعها المستثمرون عنده يد أمانة على اعتبار أن هذه العقود تعد من قبل المضاربة.
- الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين تعد وكالة وبالتالي فإن يد المصرف عليها يد أمانة ولا عبرة لأخذ المصرف أجر عليه.
- ودائع الخزائن الحديدية ودائع حقيقية ويعد شرط الضمان شرطاً لاغياً.
- لا يجوز التعامل بسندات المقارضة لأنها تعد من قبيل القرض الذي يجر نفعاً وبالتالي فإن يد الوزارة عليها يد ضمان.

أ) المصادر

- (١) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي (ت ٤٧٦هـ/—/١٠٥٦م)، المهذب، الطبعة الأولى، دار الفكر، دمشق.
- (٢) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح (ت ٨٨٤هـ/—/١٤٨٤م)، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي.
- (٣) أحمد بن إدريس القرافي (ت ٦٨٤هـ/—/٢٢٨٥م)، الذخيرة، الطبعة الأولى، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٤) أحمد بن تيمية (ت ٧٢٨هـ/—/٢٣٨م)، مجموع الفتاوى، مكتبة المعارف، الرباط.
- (٥) أحمد بن حنبل (ت ٢٤١هـ/—/٨٥٠م)، المسند، الطبعة الأولى، دار الفكر بيروت، ١٩٩١م.
- (٦) أحمد بن شعيب النسائي (ت ٣٠٣هـ/—/٩١٥م)، سنن النسائي بشرح الحافظ جمال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، الطبعة الثانية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٩٨٦م.
- (٧) أحمد بن غنيم بن سالم الفراوي (ت ١٢٦هـ/—/١٧١٤م)، الفواكه الدواني على رسالة القيرواني، الطبعة الثالثة، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٥م.
- (٨) أحمد بن محمد بن أحمد الدردير (ت ١٢٠١هـ/—/١٧٨٦م)، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف، مصر، ١٩٧٢م.
- (٩) أحمد بن محمد بن سلامة الطحاوي (ت ٣٢١هـ/—/٩٣٣م)، شرح معاني الآثار، الطبعة الثالثة، دار الكتب العلمية بيروت، ١٩٧٩م.
- (١٠) أحمد بن محمد القسطلاني (ت ٩٢٣هـ/—/١٥١٧م)، إرشاد الساري شرح صحيح البخاري، الطبعة السادسة، دار الفكر، بيروت.
- (١١) أحمد بن محمد المرتضى (ت ١٠٣٩هـ/—/١٦٣٠م)، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، الطبعة الأولى دار الحكمة اليمانية، صنعاء، ١٩٤٧م.

- (١٢) احمد بن علي الجصاص (ت ٣٧٠هـ / ٩٥٠م)، أحكام القرآن ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م.
- (١٣) أبو إسحاق الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، المكتب الإسلامي ، ١٩٨٠م.
- (١٤) زين الدين بن إبراهيم بن إبراهيم بن نجيم (ت ٩٧٠هـ / ١٥٦٣م)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣م.
- (١٥) سليمان بن الأشعث السجستاني أبو داود (ت ٢٧٥هـ / ٨٨٩م)، سنن أبي داود ، المكتبة العصرية، صيدا.
- (١٦) سليمان بن خلف الباجي، المنتقى ، الطبعة الثالثة ، مطبعة السعادة ، مصر، ١٩١٣م.
- (١٧) عبد الرحمن بهاء الدين المقدسي (٦٨٢هـ / ١٢٨٣م) العدة شرح العمدة، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩٥م.
- (١٨) عبد الكريم بن محمد الرافعي القزويني الشافعي، العزيز شرح الوجيز، الطبعة الأولى دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م.
- (١٩) عبد الله بن عدي الجرجاني (ت ٣٦٥هـ / ٩٧٦م)، الكامل في ضعفاء الرجال، الطبعة الثالثة، دار الفكر ، بيروت، ١٩٨٨م.
- (٢٠) عبد الله بن عبد الرحمن بن فضل الدارمي (ت ٢٥٥هـ / ٨٣٥م)، سنن الدارمي، الطبعة الأولى، دمشق، ١٩٩١م.
- (٢١) عبد الله بن عمر بن محمد الشيرازي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ / ١٢٨٦م)، أنوار الترتيل وأسرار التأويل، دار الجيل.
- (٢٢) عبد الله بن محمد بن مودود الموصلبي (ت ٦٨٣هـ / ١٢٦٠م)، الاختيار لتعليل المختار، الطبعة الثالثة، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٥م.
- (٢٣) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٢٠ / ١٢٢٣م)، المغني، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٢٤) عثمان بن علي الزيلعي (ت ٧٤٣هـ / ١٣٤٢م)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة.
- (٢٥) علاء الدين أبو بكر الكاساني، بدائع الصنائع، الطبعة الثانية دار الكتاب العربي، بيروت، ١٩٨٢م.

- (٢٦) علاء الدين بن علي المرادوي (ت ٨٨٥هـ / ٤٨٣م)، الانصاف، الطبعة الأولى ، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة.
- (٢٧) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم (٤٥٦هـ / ٠٦٤م)، المحلى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٨م.
- (٢٨) علي بن محمد الماوردي (ت ٤٥٠هـ / ٠٥٨م) الحاوي الكبير الطبعة الأولى دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٢٩) علي بن أبي بكر الهيثمي (ت ٨٠٧هـ / ٤٠٥م) مجمع الزوائد، تحقيق عبد الله درويش، دار الفكر بيروت، ١٩٩٤م.
- (٣٠) عماد الدين بن محمد الطبري ، المعروف بالكيلهراسي (ت ٥٠٤هـ / ٩٤١م)، أحكام القرآن، الطبعة الأولى ، المكتبة العلمية، بيروت، ١٩٨٨م.
- (٣١) مالك بن أنس (ت ١٧٩هـ / ٧٩٥م)، المدونة الكبرى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٣٢) محمد بن أحمد بن جزيء الغرناطي (٧٤١هـ / ١٣٤٠م)، القوانين الفقهية، دار العلم للملايين، بيروت.
- (٣٣) محمد بن محمد المغربي المعروف بالحطاب (ت ٩٥٤هـ / ١٥٤٧م)، مواهب الجليل ، الطبعة الثالثة ، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م.
- (٣٤) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الحفيد (ت ٥٩٥هـ / ١٢٠٣م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الطبعة الرابعة ، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٨م.
- (٣٥) محمد بن أحمد بن النجار (ت ٩٧٢هـ / ١٥٦٤م)، منتهى الإرادات، الطبعة الأولى ، عالم الكتب.
- (٣٦) محمد أمين المعروف بامير بدر شاه (ت ٩٨٧هـ / ١٥٧٩م)، تيسير التحرير ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت.
- (٣٧) محمد بن إدريس الشافعي، (٢٠٤هـ / ٨١٩م)، الإم، الطبعة الثانية، دار الفكر ، بيروت، ١٩٨٣م.
- (٣٨) محمد أبو جعفر بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠هـ / ١٠٦٧م) المبسوط في فقه الإمامية، دار الكتاب الإسلامي، بيروت.

- (٣٩) _____ ، تهذيب الأحكام في شرح
المقنعة، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت، ١٩٧٥.
- (٤٠) محمد أمين بن عابدين (ت١٣٥٢هـ/١٨٣٦م)، رد المختار على الدر
المختار شرح تنوير الأبصار، الطبعة الثانية، دار المعرفة بيروت ١٩٧٥م.
- (٤١) محمد أبو جعفر بن أحمد النحاس، (ت٣٣٨/٩٥٠م)، الناسخ
والمنسوخ ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الكتب الثقافية ، بيروت، ١٩٨٩م.
- (٤٢) محمد أبو عبد الله بن أحمد الأنصاري القرطبي (ت٣٨٠هـ/٩٩٠م)،
الجامع لأحكام القرآن، مؤسسة مناهل العرفان، بيروت.
- (٤٣) محمد بن جمال الدين المكي العاملي (ت١١٣٩هـ/١٧٢٧م)، اللمعة
الدمشقية، الطبعة الأولى، منشورات جامعة النجف الأشرف.
- (٤٤) محمد حسن النجفي (١٢٦٦هـ/١٨٥٠م)، جواهر الكلام ، الطبعة
السادسة، دار إحياء التراث، العربي.
- (٤٥) محمد الحافظ بن عبد الرحمن بن العربي (ت٥٤٣هـ/١١٤٨م)،
عارضة الأحمدي ، دار العلم للملايين، سوريا.
- (٤٦) محمد زين الدين بن أبي بكر الرازي (ت٦٠٠هـ/١٢٠٠م)، مختار
الصالح، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٤٧) محمد شمس الدين بن عرفة الدسوقي (ت١٢٣٠هـ/١٨٥١م)، حاشية
الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت.
- (٤٨) محمد شمس الدين بن أبي عباس الرملي (ت١٠٠٤هـ/١٥٩٦م)،
نهاية المحتاج، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٣م.
- (٤٩) محمد شمس الدين بن أبي سهل السرخسي، (ت٤٩٠هـ/١٠٩٧م)،
المبسوط، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، ١٩٧٨م.
- (٥٠) محمد شمس الدين بن محمد الخطيب الشربيني (٩٧٧هـ/١٥٧٠م)،
الإقناع، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٤م.
- (٥١) _____ ، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت.
- (٥٢) محمد بن عبد الله الخرشبي (ت١١٠١هـ/١٦٩٠م)، شرح الخرشبي،
دار الكتب.

- (٥٣) محمد بن عبدالله الزركشي (ت ٧٧٢هـ/١٣٧٠م)، شرح الزركشي على مختصر الخرقى، الطبعة الأولى مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٣.
- (٥٤) محمد بن عبد الله بن العربي (ت ٥٣٤هـ/١١٤٨م)، أحكام القرآن، الطبعة الأولى، دار إحياء الكتب العربية، ١٩٥٨م.
- (٥٥) محمد بن عبدالله بن محمد الشوكاني (ت ١٢٥٠هـ/١٨٣٤م)، نيل الأوطار، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٣م.
- (٥٦) _____ ، فتح القدير، الطبعة الأولى ، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٣م.
- (٥٧) محمد عlish (ت ١٢٩٩هـ/١٨٨٢م)، منح الجليل، مكتبة النجاح، طرابلس.
- (٥٨) محمد بن عيسى بن سورة الترمذي (ت ٢٧٩هـ/٨٩٢م)، سنن الجامع الصحيح، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٧م.
- (٥٩) محمد بن قيم الجوزية (ت ٧٥٦هـ/١٣٦٤م)، زاد المعاد، الطبعة الثامنة والعشرون، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٩٥م.
- (٦٠) محمد كمال الدين بن عبد الواد بن الهمام (ت ٨٦١هـ/١٤٥٧م)، فتح القدير، الطبعة الأولى بيروت، ١٩٩٥م.
- (٦١) محمد بن محمد المغربي المعروف بـ الحطاب (ت ٩٥٤هـ/١٥٤٧م)، مواهب الجليل، الطبعة الثالثة، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٢م.
- (٦٢) محمد بن منظور (ت ٧١١هـ/١٣١١م)، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ١٩٥٥م.
- (٦٣) محمد بن يزيد القزويني بن ماجة (ت ٢٧٣هـ/٨٨٢م)، سنن ابن ماجة، دار إحياء التراث العزيز، بيروت، ١٩٧٥م.
- (٦٤) مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري (ت ٢٦١هـ/٨٦٩م)، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
- (٦٥) مصطفى السيوطي الرحباني، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، المكتبة الإسلامية دمشق.

- (٦٦) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، (ت ١٠٥١هـ / ١٦٤١م)،
كشاف القناع، مطبعة الحكومة، مكة، ١٩٤٧م.
- (٦٧) _____، الروض المربع، المكتبة التجارية، مكة.
- (٦٨) يحيى بن شرف محيي الدين أبو زكريا النووي
(ت ٦٧٧هـ / ١٢٧٨م)، شرح صحيح مسلم، دار الفكر، بيروت، ١٩٥٥.
- (٦٩) _____، المجموع، مكتبة الإرشاد، جدة.
- (٧٠) يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبد البر (ت ٤٦٣هـ / ١٠٧١م)،
الاستذكار، الطبعة الأولى، دار الوعي، القاهرة، ١٩٩٣م.

ب) المراجع

- (٧١) احمد أبو الفتح، المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية، الطبعة الأولى، مطبعة البوسفور، مصر، ١٩١٤م.
- (٧٢) أحمد حافظ موسى، الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي، وتطبيقاته المعاصرة، رسالة دكتوراة غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن (٢٠٠٥م)
- (٧٣) جمال الدين عوض، عمليات البنوك والوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م.
- (٧٤) أحمد بن الحسن أحمد الحسين، الودائع المصرفية، ط ١، دار ابن حزم، بيروت، ١٤٢٠هـ
- (٧٥) حسن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الفقه الإسلامي، ط ١، دار الشرق، جدة. ١٣٦٧هـ
- (٧٦) خليل أحمد السهارنفوري، بذل المجهود في حل أبي داود، دار الريان للتراث، القاهرة، ١٩٨٨م.
- (٧٧) خير الدين الزركلي، الأعلام، ط ٦، دار العلم للملايين، بيروت.
- (٧٨) سامي حسن أحمد حمود، تطور الأعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الإسلامية، ط ٢. عمان، مطبعة الشرق ومكتبتها، ١٩٨٢م.
- (٧٩) سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٩٨٥م.

- (٨٠) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان، ١٩٨٢م.
- (٨١) علاء الدين زعتري، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها ، دار الكلم الطيب ، دمشق، ٢٠٠٢م، وهي أصل عن رسالة دكتوراة من كلية الإمام الأوزاعي للدراسات الإسلامية، ٢٠٠٢م.
- (٨٢) علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، المعارف، الاسكندرية. (١٩٦٨م)
- (٨٣) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، الطبعة الأولى، دار الجيل، بيروت، ١٩٩١م.
- (٨٤) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، ١٩٧١م.
- (٨٥) عمر مصطفى إسماعيل، سندات المقارضة، رسالة ماجستير غير منشورة ، الجامعة الأردنية، عمان ، الأردن (٢٠٠٣م).
- (٨٦) علي السيد عبد الحكيم الصافي، الضمان في الفقه الإسلامي، أسبابه ومجالاته في العقود، مطبعة الآداب، النجف الاشرف، ١٩٧٧م.
- (٨٧) غريب الجمال ، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الإتحاد العربي، القاهرة، ١٩٧٢م.
- (٨٨) قحطان عبد الرحمن الدوري، صفوة الأحكام من نيل الأوطار وسبل السلام، الطبعة الأولى، دار الفرقان، عمان، ١٩٩٩م.
- (٨٩) محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، المؤسسة العربية للدراسات، بيروت، ١٩٩٣م.
- (٩٠) محمد رامز العيزي، الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك الإسلامية، دار الفرقان ، عمان ، ٢٠٠٤م.
- (٩١) محمد زكريا الكاندهلوي، أوجز المسالك إلى موطأ مالك، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٩م
- (٩٢) محمد بن عبد البر، أحكام المعاملات المالية في المذهب الحنبلي، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الدوحة، ١٩٨٦م.

- (٩٣) محمد بن عبد الرحمن بن بهادر المباركفوري (ت ١٣٥٣هـ / ١٩٣٤م)، تحفة الأحوذى بشرح الترمذى، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية،.
- (٩٤) محمد عبد المنعم أبو زيد، الضمان في الفقه الإسلامى وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، المعهد العالمى للفكر الإسلامى، القاهرة، ١٩٩٦م.
- (٩٥) محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامى، دار النفائس ، عمان ، ١٩٩٦م
- (٩٦) محمد عليوي ناصر، خيانة الأمانة وأثرها في العقود المالية دراسة مقارنة، دار الأعلمية الدولية، عمان.
- (٩٧) محمد بن يوسف اطفيش (ت ١٣٣٢هـ / ١٩١٢م)، شرح كتاب النيل وشفاء الغليل، الطبعة الثالثة، مكتبة الإرشاد، جدة، ١٩٨٥م.
- (٩٨) مصطفى أحمد الزرقاء، الفعل الضار والضمان فيه، دار القلم، دمشق، ١٩٨٨م.
- (٩٩) مصطفى أحمد الزرقاء، الفقه الإسلامى في ثوبه الجديد (المدخل الفقهي العام)، الطبعة التاسعة، دار الفكر، بيروت، ١٩٨٦م.

ج) الدوريات

- (١٠٠) الدكتور عبد الجليل ضمرة – اليد بين صفة الأمانة والضمان في الفقه الإسلامى، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن عشر ، العدد الرابع ، ٢٠٠٢.
- (١٠١) الدكتور كمال توفيق حطاب ، التكليف الفقهي للحساب الجارى (وديعة، قرض، مضاربة) نشره المعهد الإسلامى للبحوث. ٢٠٠١م

د) المراجع باللغة الإنجليزية

- 103) B.I WIS,V.L, MENAGE,CLT, peliat and J,seltaelt, The encyclopedia of islam, London.

104) Robert, Cwinn, Chairman, Bourd of directors peter, The new encyclopedia Britain, B Norton, President Chicago.