

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

أحكام تتابع التصرفات على المحل الواحد في المعاملات

دراسة فقهية مقارنة

إعداد

عماد عيسى جمعة "الزرو التميمي"

إشراف

أ.د. محمد حسن أبو يحيى

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة الدكتوراه في الفقه وأصوله

الجامعة الأردنية

كلية الدراسات العليا

أيار - ٢٠٠١

المقدمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على المبعوث بالهداية والرشاد، وعلى آله وصحبه الدعاة المجاهدين، ومن سار على هديهم إلى يوم الدين.

أما بعد:

فإن خير العلم ما كان علماً بالله، وطريقاً للنجاة.

وقد خط الإسلام لنا هذا الطريق موضحاً معالمه وضوابطه، مبيناً مداخله ومخارجه.

وقد حاز علم الفقه على المنزلة الرفيعة بين علوم الدين، إذ به تعرف الأحكام، ويتبين الحلال والحرام.

ويتميز هذا العلم - علم الفقه - بمرونته، واستنطاقه، بما يتضمن من قواعد عامة، مواكبة للتغيرات التي تحدث في الزمان والمكان، بما لا يخرج عن حكم الشرع وحدوده، خاصة في باب المعاملات، الذي يحوي معظم المتغيرات التي يشهدها العالم في العصر الحاضر. وهذه الدراسة هي جزء من هذا الباب الواسع المدى، كثير التشعبات، عظيم الأثر. وإن شئت قلت هي حالة من حالات التعاقد، والذي هو أصل في هذا الباب.

وتتناول الدراسة بالبحث العقود المتتالية، والتي ينشئ فيها أحد أطراف العقد، عقداً جديداً على المحل المعقود عليه في العقد الأصلي.

أهمية موضوع البحث: تكمن أهمية الموضوع في جدته، كبحث مستقل، من ناحية، وفي المجالات الفسيحة التي يمكن أن يفتحها أمام العاملين في المجالات المصرفية والمالية. إذ يمكن للقائمين على تلك المؤسسات الاستفادة مما عرضته الدراسة من أشكال وطرق في التصرفات العقدية، والتي أجازها الفقهاء بضوابطها الشرعية، مما يغني مؤسساتهم العاملة وفق الشريعة الإسلامية، ومما يوفر فرصاً جديدة أمام المسلمين للعمل على الحد من سيطرة الاقتصاد الرأسمالي على عالم المال والاقتصاد عن طريق البنوك الربوية والمؤسسات الاحتكارية المختلفة.

وهناك ناحية ثالثة يلحظ من خلالها أهمية هذا الموضوع، وهي استشعار مدى مرونة الفقه الإسلامي ومناسبته لكافة الظروف والمعطيات التي يفرضها الواقع، لا أعني بالطبع مسابرة

هذه الظروف ولي أعناق النصوص لموافقة أوضاع شاذة ، ولكنها مرونة مضبوطة بقواعد فقهية وأخرى أصولية تحكم عمل الفقيه المجتهد.

الدراسات السابقة: لم أعتز-فيما اطلعت- على مؤلف مستقل في هذا الموضوع، وإن كان هناك من المؤلفات ما اشتمل على بعض جوانب الموضوع، ومن الأمثلة على ذلك: كتاب (الرهن في الشريعة الإسلامية) لمؤلفه: فرج توفيق الوليد. وكتاب(عقد الوديعة في الشريعة الإسلامية) لمؤلفه: د.نزيه حماد. وكتاب(التأمين التعاوني الإسلامي) لمؤلفه: د.أحمد ملحم. وكتاب (الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة) لمؤلفه: د.سامي حمود. هذا بالإضافة إلى بعض البحوث المقدمة في مؤتمرات مختلفة، أو في مجلات متخصصة، ومن هذه البحوث: بحث الدكتور محمد الأشقر، بعنوان: السلم والاستصناع، ومدى إمكانية الاستفادة البنوك الإسلامية منهما. وبحث الدكتور محمد الزحيلي، بعنوان: عقد السلم والاستصناع في الفقه الإسلامي والتمويل الإقتصادي. وبحث الدكتور محمد زعير، بعنوان: الاستصناع.

منهج البحث: أولاً: استقراء مسائل التابع وموضوعاته في مظانها من كتب الفقه.

ثانياً: اقتصار البحث على كتب المذاهب الفقهية الأربعة المشهورة.

ثالثاً: ترتيب آراء الفقهاء وفق الترتيب التاريخي للمذاهب، وذكر أدلة الآراء من الكتب المعتمدة في كل مذهب، ومناقشة الآراء وأدلتها، ثم بيان الراجح منها.
رابعاً: عزو الآيات الكريمة، وتخريج الأحاديث الشريفة، والحكم عليها.

وقد جاءت هذه الرسالة في ثلاثة فصول:

الفصل الأول: وتعرضت فيه لبيان معنى التصرف والعقد والالتزام وأوجه الاختلاف والاتفاق بينها.

ثم أظهرت المعنى المراد من كلمة (التصرف) الواردة في العنوان.
وتعرضت فيه كذلك لمسألة "حرية التعاقد" ، لما لها من أثر في الدراسة.
ثم بينت معنى (التتابع في التصرفات على المحل الواحد في المعاملات).
وذكرت أركانه وشروطه.

الفصل الثاني: وقد فصلت فيه الأحكام المتعلقة بالتتابع في العقود المختلفة في باب المعاملات. سواء من حيث الإجازة أو المنع، أو من حيث الضمان.

وجاءت تلك الأحكام في العقود التالية:

- عقد الوديعة
- عقد الإعارة
- عقد الوكالة
- عقد الرهن.
- عقد الإجارة.
- عقدي المزارعة والمساقاة.
- عقد السلم.
- عقد الاستصناع.
- عقد التأمين.
- عقد التوريد.
- عقد الشركة.

الفصل الثالث: وقد ذكرت فيه الضوابط التي استخلصتها من خلال ما بحث من مسائل في الفصل الثاني.

وجاءت هذه الضوابط في قسمين:

القسم الأول: الضوابط المتعلقة بإجازة التصرف التالي أو منعه.

القسم الثاني: الضوابط المتعلقة بالضمان.

وختاماً: فإن العلم بحر لا يدرك قراره. ومن ظن أنه علم فقد جهل. يقول تعالى: "فوق كل ذي علم عليم". (سورة يوسف، آية ٧٦)

ولا يوصف عمل بشر بالكمال، فهي صفة الخالق سبحانه، وهو القائل: "وخلق الإنسان ضعيفاً". (سورة النساء، آية ٢٨)

وكل الناس يؤخذ من كلامهم ويرد إلا المعصوم صلوات الله وسلامه عليه.

فهذا جهد المقل، وعمل الضعيف، وبضاعة نرجو الله أن يقبلها عنده، ويكتب لنا وللمسلمين المنتفعين بها الأجرة والثوبة.

وإن كان من زلل أو تقصير، فأسأل الله المغفرة والسداد، فهو نعم المولى ونعم النصير.

عماد التميمي

الفصل الأول

ويشتمل على المباحث التالية:

المبحث الأول: بيان معنى كل من: التصرف والعقد والالتزام، ووجوه الاتفاق والاختلاف بينها.

المبحث الثاني: حرية التعاقد في باب المعاملات.

المبحث الثالث: تعريف (التتابع في التصرفات على المحل الواحد في المعاملات) وبيان أركانه وشروطه.

المبحث الأول

بيان معنى التصرف والعقد والالتزام، ووجوه الاتفاق والاختلاف بينهما

لا بد لنا في بداية البحث أن نبين المعنى المقصود من (التصرفات) في البحث، وعلاقته بالعقد والالتزام، وذلك لأهمية هذا الموضوع في بيان طريقة البحث ومنهجه، وحتى يكون الكلام فيما بعد متسقاً، ويكون آخره منسجماً مع أوله.

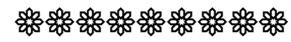
المطلب الأول: تعريف التصرف لغةً واصطلاحاً:

التصرف في اللغة: من الصرف: وهو التقلب والحيلة. يقال: فلان يصرف، ويتصرف، ويصطرف لعياله أي: يكتسب لهم. ومنه: التصرف في الأمور^(١).

التصرف اصطلاحاً:

ونقصد هنا بالتصرفات تلك التي تحدث أثراً شرعياً لا محض التصرفات الطبيعية، أو التصرفات التي لا أثر لها شرعاً؛ كالمشي، والأكل، والشرب مثلاً. ومن هنا يمكن تعريف التصرف الشرعي بأنه: كل ما يصدر عن الشخص بإرادته فيرتب عليه الشارع أثراً^(٢).

فالتصرف هو كل ما يستقل به الشخص لوجوده لكونه ملكه وحده جعل له الحق في أن ينفرد بإنشائه، ولم يجعل لغيره الحق في منعه، ولا أن يكون له دخل في وجوده؛ كالطلاق مثلاً. ويشمل أيضاً: ما لا يجوز أن يستقل به الشخص لكونه ليس ملكاً له وحده، بل لا بد لوجوده من اشتراك التصرف مع غيره الذي يشاركه في التصرف المراد حصوله؛ كأن يبيع داره لإنسان^(٣).



(١) ابن منظور، لسان العرب، ١٩٠/٩.

(٢) عبد الحميد البعلبي، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، ٢٤/١.

(٣) البعلبي، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، ٢٤/١.

المطلب الثاني: أنواع التصرف:

▪ التصرف الشرعي نوعان: فعلي وقولي^(١).

والفعلي: ما كان قوامه عملاً لا قولاً؛ كإحراز المباحات، واستلام المبيع، وقبض الدين.

والقولي نوعان: عقدي، وغير عقدي:

أما العقدي: كالبيع، والإجارة، والشركة...ألخ.

وأما غير العقدي: ويتضمن نوعين:

أ- نوع يتضمن إرادة صاحبه إنشاء حق، أو إنهائه، أو إسقاطه؛ كالوقف، والطلاق، والإعتاق، والإبراء، والتنازل عن حق الشفعة.

ب- نوع لا يتضمن إرادة منصفة على إنشاء الحقوق أو إسقاطها، وإن كانت أموالاً لا يترتب عليها نتائج معتبرة؛ كالدعوى؛ فإنها طلب حق أمام القضاء، والإقرار؛ فإنه إخبار المرء بحق عليه لغيره، وكل هذه أخبار تترتب عليها أحكام قضائية مدنية، وهي تصرفات قولية محضة^(٢).

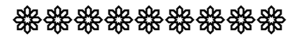
المطلب الثالث: تعريف العقد لغةً واصطلاحاً:

العقد لغةً : يطلق على الجمع بين أطراف الشيء وربطها، وضده الحل. ويطلق بمعنى

إحكام الشيء وتقويته، يقال: عقدت الحبل فهو معقود، والعقد: العهد. والجمع عقود، وهي أوكد العهود^(٣).

والعقد في الاصطلاح يطلقه الفقهاء على معنيين: خاص، وعام.

أ- **المعنى الخاص** (وهو المعنى الشائع المعروف) وهو: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه مشروع يظهر أثره في محله (المعقود عليه)^(٤).



(١) المرجع السابق.

(٢) البعلي، ضوابط العقود، ٢٤/١. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢٨٨/١ وما بعدها.

(٣) انظر: ابن منظور، لسان العرب، ٣/٢٩٧.

(٤) جمعية المحلة، مجلة الأحكام العدلية، ٢٩/١. البعلي، ضوابط العقود، ١٨/١، أبو زهرة، محمد الملكية ونظرية العقد في الشريعة

الإسلامية، ص ١٩٩-٢٠٠. الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢٩١/١. وانظر: الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٢٣١. الشربيني، مغني

اختلاج، ٢/٢. ابن قدامة، المغني، ٣/٤، ٢٠/٧.

وبناء على هذا فإن ما يتم بكلام من طرف واحد لا يكون عقداً من العقود، كالطلاق والعتاق، والإبراء، والوقف، والنذر، واليمين، والتنازل عن الحقوق؛ كحق الشفعة، ونحو ذلك.

والإيجاب: ما صدر أولاً من أحد العاقدين معبراً عن إرادته في إنشاء العقد.

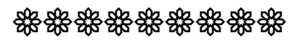
والقبول: ما صدر ثانياً بعد الإيجاب معبراً عن موافقته عليه^(١).

ومثال ذلك: لو قال شخص لآخر: بعتك داري بمبلغ كذا، وقال الآخر: وأنا قبلت شراءها منك بالمبلغ المذكور. فيقال حينئذ إنه قد حصل بينهما عقد بيع باللفظ، وسمي ما صدر من البائع إيجاباً، وما صدر من المشتري ثانياً قبولا. وسميت العين مبيعاً أو معقوداً عليه، والمبلغ ثمناً. وسمي كل من البائع والمشتري عاقداً. وسمي الأثر المترتب على عقد البيع (وهو تملك المشتري للدار وتملك البائع الثمن) حكم البيع. وسمي مجموع اللفظيين (الإيجاب والقبول) صيغة العقد. ومتى تم العقد صحيحاً مستوفياً شرائطه الشرعية ترتب عليه أثره. وهو في المثال المذكور، انتقال ملكية الدار للمشتري وانتقال ملكية الثمن للبائع^(٢).

ب- المعنى العام:

من الفقهاء من يعمم، فيطلق كلمة (العقد) على معنى أوسع من الخاص المذكور، فمعناه عندهم: كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعي، سواءً أكان صادراً من طرف واحد؛ كالنذر والطلاق، أم كان صادراً من طرفين متقابلين؛ كالبيع والإجارة^(٣).

وقد بين ذلك أبو بكر الرازي في أحكام القرآن، وهو يرى أن العقد في أصل اللغة الشد، ثم نقل هذا المعنى من الأعيان إلى التصرفات الشرعية، من كل ما يراد به التزام شخص الوفاء لشيء يكون في المستقبل، أو إلزامه به، فيسمى في نظره البيع، والإجارة، والنكاح عقوداً؛ لأن كل واحد من المتعاقدين، قد ألزم نفسه الوفاء بشيء من جانبه. وكذلك تسمى الشركة، والمزارعة والمساقاة، وغيرها عقوداً لما فيها من هذا المعنى. وكذلك العهد، أو الحلف على شيء في المستقبل يسمى أيضاً عقداً؛ لأن الحالف أو المتعهد قد ألزم نفسه الوفاء بما حلف عليه أو تعهد



(١) ابن مفلح، المبدع، ٥٠٦/٤.

(٢) البعلي، ضوابط العقود، ١٩/١.

(٣) ابن قاضي، جامع الفصولين، ٢/٢. وانظر: ابن تيمية،

به. بل إن الرازي يعد كل شرط يشترطه الشخص على نفسه عقداً لأنه؛ التزم وفاءه في المستقبل^(١).

ويذهب البعض إلى أنه ينبغي أن يحمل قول من عرف العقد بأنه: كل تصرف شرعي ينشأ عنه حكم شرعي؛ على أن المراد بالتصرف الشرعي: التصرف القولي، أما التصرف الفعلي الذي ينشأ عنه حكم شرعي؛ كالقتل الذي يترتب عليه القصاص، أو الدية؛ والسرقه التي يترتب عليها الحد (قطع اليد)؛ والإتلاف الذي يترتب عليه الضمان، فإن كل واحد منها وإن كان تصرفاً ينشأ عنه حكم شرعي إلا أنه لا يسمى عقداً؛ لأن المراد بالعقد عادة وعرفاً التصرفات القولية.

وعلى هذا يكون المراد بالعقد بالمعنى العام: كل تصرف قولي ينشأ عنه حكم شرعي سواء كان هذا التصرف صادراً من شخصين أو صادراً من شخص واحد^(٢).

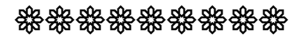
وتعريف العقد بالمعنى الخاص هو الشائع المشهور عند الفقهاء، حتى كاد ينفرد هو بالاصطلاح، وهو المتبادر عند الإطلاق، ولا ينصرف إلى المعنى العام إلا بنسبة يدل عليه، ويتضح ذلك من تتبع كتب الفقهاء عند الكلام عن العقود^(٣).

المطلب الرابع: تعريف الالتزام لغة واصطلاحاً:-

الالتزام مأخوذ في اللغة من عدم مفارقة الشيء، يقال رجل لزمة، يلزم الشيء فلا يفارقه، ومنه الالتزام: أي الإعتناق^(٤).

أما عند الفقهاء فمعناه: الإيجاب على النفس القيام بعمل أو الامتناع عن عمل^(٥)، أو هو: إلزام الشخص نفسه ما لم يكن لازماً له: أي ما لم يكن واجباً عليه من قبل^(٦).

وقد استعمل الفقهاء المسلمون لفظ الدين والمدين والطلب والغريم والواجب، للتعبير عن الإلتزام. ويستعملون أحياناً لفظ الإلتزام ويريدون به غالباً الحالات التي يلزم فيها الشخص نفسه بإرادته المنفردة، ونادراً الإلتزامات التي تنشأ عن العقد. أما الإلتزامات التي تنشأ عن المسؤولية



(١) انظر الجصاص، أحكام القرآن، ٢٨٥/٣. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٢٣، ٣٣/٦، ٢٦٦.

(٢) البعلي، ضوابط العقود، ٢٣، ٢٤/١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ٥٤٢/١٢، ٥٤١.

(٥) محمد رواس قلعة جي، حامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، ص ٨٦.

(٦) وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية، ٧١/١٢.

فتسمى بالضمانات^(١).

المطلب الخامس: العلاقة بين كل من (التصرف) و(العقد) و(الالتزام):-

بعد أن عرفنا كل من هذه المصطلحات الثلاثة لا بد لنا الآن أن نعرض لأوجه الاتفاق والافتراق فيما بينهم حتى يتميز بعضها عن البعض.

التصرف والعقد: إذا كان للعقد إطلاقاً على ما تبين فالعلاقة المنطقية بينه وبين التصرف الشرعي أنه على اعتبار العقد توافق إرادتين ينشأ عنه التزام أو ربط كلامين ينشأ عنه حكم شرعي، يكون التصرف أعم من العقد؛ لأن التصرف يشمل العقد بهذا المعنى، ويشمل غيره.

أما على اعتبار أن العقد كل ما يترتب عليه التزام، سواء تكون من توافق إرادتين أم بالتزام إرادة واحدة منفردة، فيكون العقد مرادفاً للتصرف، ومساوياً له في الدلالة. هذا إذا اعتبرنا أن التصرف الشرعي هو كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية، ويرتب عليها الشارع أثراً شرعياً في المستقبل^(٢).

أما على اعتبار المعنى العام للتصرف، والذي يشمل التصرفات الفعلية والقولية، فإنه يكون أعم من العقد سواء كان هذا الأخير في معناه العام أو الخاص.

الالتزام والعقد:- يكون الالتزام مرادفاً للعقد في معناه العام، والذي يدخل فيه التزام الإرادة المنفردة كالنذر مثلاً؛ فهو إيجاب شيء على النفس لم يكن واجباً عليها. فهو التزام، وهو عقد على رأي الرازي، ومن يرى رأيه.

الالتزام والتصرف:- يكون الالتزام مرادفاً للتصرف في جزء من معناه؛ وذلك أن التصرف أشمل من الالتزام؛ لأن الأخير بإرادة واحدة منفردة، والتصرف قد يكون بإرادة منفردة أو بتوافق إرادتين، أو بفعل؛ وهو التصرف الفعلي (عند من يرى أن التصرف الفعلي جزء من التصرف بمعناه الشرعي).

وبناءً على كل ما سبق، نتبين أن التصرف يشمل العقد والالتزام، ولا يشمل العقدُ التصرفَ، بل قد يرادفه في المعنى العام، إذا كان التصرف قولياً.



(١) البعلي، ضوابط العقود، ١/٢٧.

(٢) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد، ص ٢٠١.

ويكون العقد بمعناه الخاص أخص من الالتزام؛ لأن الأول يحتاج إلى توافق إرادتين، وأما الالتزام فلا يحتاج إلا إلى إرادة منفردة^(١).

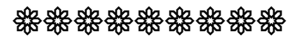
المطلب السادس: المعنى المقصود من كلمة (التصرفات) في البحث:

بعد أن بينا المعاني المختلفة لكل من (التصرف)، و(العقد)، و(الالتزام)، أصبح لزاماً علينا أن نوضح للقارئ المعنى المقصود من كلمة (التصرفات) الواردة في عنوان الدراسة، وذلك حتى لا يقع في لبس أو إشكال.

إذا نظرنا في المباحث التي تطرقت إليها لوجدنا أن المراد بكلمة (التصرف) هو المعنى المرادف لكلمة (العقد) بالمعنى الخاص، وليس المرادف للعقد بالمعنى العام؛ وذلك أن العقد بالمعنى العام لا علاقة لبعض أفراده بالدراسة، إذ لا تنطبق عليه ذلك: كالنذر، والطلاق، وغيرها مما لا يحتاج إلى إرادتين لإنشائها.

ذلك أن أحكام التتابع لا يمكن تطبيقها، أو حتى تصورها على تصرفات غير عقديّة سواء كانت قولية: كالإبراء والطلاق، أو فعلية: كإحراز المباحات، واستلام المبيع، وقبض الديون.

وسيتبين هذا بصورة أجلى عند بيان معنى (التتابع في التصرفات على المحل الواحد في باب المعاملات) .



(١) البعلي، ضوابط العقود، ٢٧/١.

المبحث الثاني

حرية التعاقد في باب المعاملات

إن اختلاف فقهاء المذاهب في مباحث التتابع ومسائله وأحكامه، له صلة وثيقة بمبدأ كبير في باب المعاملات في الفقه الإسلامي ألا وهو حرية التعاقد، وهل الأصل في التعاقد المنع أم الإباحة.

وقد انقسم علماء الفقه الإسلامي في هذه المسألة إلى رأيين:

الأول: وهو مذهب عدد من الفقهاء منهم: أبو حنيفة، رحمه الله، والظاهرية، وتدل عليه أصول الشافعي. وهم يرون أن العقود محددة من قبل الشارع الحكيم، ومن ثم فإن الأصل في العقود المنع حتى يقوم الدليل على الإباحة. ومن هنا فلا تكون ثمة عقود إلا ما وردت بها

النصوص الشرعية من الكتاب، والسنة، والإجماع، وكل ما لم يقد عليه دليل فهو ممنوع، ولا يجب الوفاء به^(١).

وقد استدلووا بما يلي:-

١- أن الشريعة الإسلامية لم تترك أمر الناس فرطاً بلا قيود تمنع الجهالة المفضية للنزاع. وكل عقد لم يعتمد على دليل معتبر هو تعدٍ على الحدود الشرعية، ومن ثم لا تقره ولا توجب الوفاء به.

٢- واستدلووا بقوله تعالى: ﴿وَلِلَّهِ مَلِكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ﴾^(٢)، فكل شيء ملك الله تعالى فلا يحل لأحد التصرف فيه إلا بإذنه^(٣).

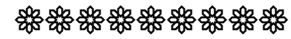
٣- استدلووا بحديث النبي ﷺ: " من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد" ^(٤) ومن ثم فلا يصح من العقود إلا ما جاء به النص^(٥).

٤- واستدلووا بما ورد أن النبي ﷺ وقف خطيباً وقال: " أما بعد، فما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل، وإن كان مائة شرط، كتاب الله أحق، وشرط الله أوثق" ^(٦).

فإذا كان الشرط الذي لم يرد به النص باطلاً، فمن باب أولى يكون العقد الذي لم يعلم له أصل، أو مصدر من مصادر الشريعة. يقول ابن حزم، رحمه الله، "فهذه الآيات، وهذا الخبر (يقصد حديث: ما بال أقوام) براهين قاطعة في إبطال كل عهد، وكل عقد، وكل وعد، وكل شرط ليس في كتاب الله الأمر به، أو النص على إباحة عقده" ^(٧).

■ الثاني:-

ويرى فيه جمهور الفقهاء: أن الأصل في العقود الجواز والإباحة، فحرية التعاقد مكفولة للناس ما لم تشتمل على نهى من الشارع حرمة بنص، أو قياس، أو بمقتضى القواعد المقررة.



(١) انظر: ابن تيمية، مجموع الفتاوى الكبرى، ٣/٣٢٣. ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ٦/٥ وما بعدها. الزرقا، المدخل

الفقهي العام، ٤٧٦/١. البعلي، ضوابط العقود، ٧/١. ابن القيم، إعلام الموقعين، ١/٣٤٧.

(٢) سورة الشورى، آية رقم ٤٩.

(٣) انظر البعلي، ضوابط العقود ٧/١.

(٤) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الأفضية، باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور، حديث رقم ١٧١٨.

(٥) ابن حزم، اخلى، ٥/٣١. وانظر أيضاً ابن القيم، إعلام الموقعين، ١/٣٤٧.

(٦) مسلم، صحيح مسلم، كتاب العتق، باب الولاء لمن أعتق، حديث رقم ٢٧٦٣.

(٧) ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، ٥/١٣.

وذلك أن الإباحة هي الأصل حتى يقوم المنع والتحرير. وتجري على هذا أصول الإمام مالك، والإمام أحمد، وبعض الحنابلة؛ كابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، رحمهم الله جميعاً^(١).

واستدلوا بما يلي:

١- أن كل عقد واجب الوفاء به إلا ما قام الدليل على منعه. والوفاء بالعقود واجب؛ لأن الله تعالى يقول في كتابه: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(٢)، وقوله تعالى: ﴿والموفون بعهدهم إذا عاهدوا﴾^(٣)، وقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود﴾^(٤).

وعلى ذلك، فإن الله تعالى أوجب الوفاء بالعقود من غير تعيين. وكل ما يطلق عليه اسم التجارة من العقود يجب الوفاء به ما دام يحقق الرضا، لقوله تعالى: ﴿إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾^(٥).

٢- إن العقود من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم، لقوله تعالى: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم﴾^(٦)، وليس ما يدل على تحريم جنس من العقود وإنما شرعها بمثل قوله تعالى: ﴿وأحل الله البيع﴾^(٧).

٣- قول النبي صلى الله عليه وسلم "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً. والمسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً، أو أحل حراماً"^(٨).

إن تصرفات العباد من الأقوال، والأفعال نوعان: عبادات، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم. والأصل في العادات عدم التحريم إلا ما حرمه الله ورسوله، وذلك لقوله تعالى: ﴿قل رأيتكم ما أنزل الله من رزق فجعلتم منه حراماً وحلالاً﴾^(٩) وفي صحيح مسلم: (وإنهم أتتكم



(١) انظر البعلي، ضوابط العقود، ٨/١. الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ٤٨٠/١، ٤٧٩. ابن القيم، إعلام الموقعين، ٣٤٤/١. ابن تيمية،

مجموع الفتاوى الكبرى، ٣/٣٢٩.

(٢) سورة النساء آية رقم ٢٩.

(٣) سورة البقرة، آية رقم ١٧٧.

(٤) سورة المائدة، آية رقم ١. ابن القيم، إعلام الموقعين، ٣٤٥/١.

(٥) سورة النساء آية رقم ٢٩. ابن القيم، إعلام الموقعين، ٣٤٥/١. ابن تيمية، مجموع الفتاوى الكبرى، ٣/٣٢٩.

(٦) سورة الأنعام، آية رقم ١١٩.

(٧) سورة البقرة آية رقم ٢٧٥.

(٨) انظر: الترمذي، سنن الترمذي، كتاب الأحكام، باب ما ذكر عن الرسول في الصلح بين الناس. وأبو داود، سنن أبي داود، كتاب

القضاء، باب في الصلح. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب في الصلح. قال الألباني: حديث حسن صحيح. انظر:

الألباني، صحيح سنن أبي داود، ٢/٦٨٥.

(٩) سورة يونس آية رقم ٥٩.

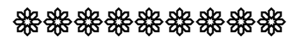
الشياطين فاجتالهم^(١) عن دينهم، وحرمت عليهم ما أحلت لهم، وأمرتهم أن يشركوا بي ما لم أنزل به سلطاناً^(٢)

المناقشة والترجيح:-

إن الناظر في رأي الفريقين وأدلتهم يرى بأن رأي الجمهور هو الراجح؛ وذلك لأنهم نظروا إلى الأدلة فأعملوها في أوسع دائرة لها، وفي ذلك توسعة على المسلمين في معاملاتهم التجارية، وبذلك يكون هذا الدين صالحاً لكل زمان ومكان، ولا يُرمى بالجمود، والتخلف عن مواكبة العصر.

ثم إن ما استدل به الفريق الأول على رأيه لا يصلح للاحتجاج. وذلك لأن الله تعالى يملك كل شيء، وهذا صحيح، ولكن ليس في هذا دليل على منع تعاملات الناس، فهو سبحانه الذي سمح لهم في آيات في كتابه العزيز بحرية التجارة إذا كانت عن تراض بينهم. وكذلك ما استدلوا به من أحاديث للنبي عليه الصلاة والسلام لا تدل على ما ذهبوا إليه؛ وذلك إن المقصود منها منع الشروط المخالفة لما تقرر من القواعد الشرعية في العقود، والتعاملات المالية، والتجارية، وليس منع العقود ذاتها. فقوله ﷺ: "ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل". القصد منه الشروط المخالفة للقواعد الشرعية، والمنهي عنها شرعاً، وليس كل الشروط.

وبناءً على ما سبق، أرى صحة ما ذهب إليه الفريق الثاني، وهم الجمهور. والله أعلم بالصواب.



(١) أي ذهبوا بهم، وأزالوهم عن دينهم. انظر: النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ١٧/١٩٧.

(٢) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجنة وصفة نعيمها وأهلها، باب الصفات التي يعرف بها في الدنيا أهل الجنة وأهل النار، حديث رقم ٥١٠٩. ابن القيم، إعلام الموقعين، ١/٣٤٥، ٣٤٤.

المبحث الثالث

تعريف (التتابع في التصرفات على المحل الواحد في المعاملات) وبيان مجاله ومحدداته:

المطلب الأول: بيان معنى (التتابع) لغة:

(التتابع) في اللغة: من تبع الشيء إذا سار في أثره، واتبعه، وتتبعه: قضاؤه وطلبه. وتبعت القوم: إذا مشيت خلفهم.

ومتابعة الأمور تباعاً ومتابعة: وائر ووالى، يقال: تابع فلان بين الصلاة وبين القراءة، إذا والى بينهما ففعل هذا على إثر هذا بلا مهلة بينهما. وتتابعت الأشياء: تبع بعضها بعضاً^(١). فالتتابع في اللغة يعني الموالاتة بين الأشياء سواء كانت مادية أو معنوية.

المطلب الثاني: محل العقد:

(١) انظر: ابن منظور، لسان العرب، ٢٩/٨.

يعتبر محل العقد أحد مقومات العقد الأساسية فكل عقد إنما يقوم بمقومات أربعة رئيسية لابد منها لوجود العقد، وهي:

- أ- العاقدان: ويسميان طرفي العقد.
- ب- محل العقد: ويسمى المعقود عليه.
- ج- موضوع العقد: وهي الغاية النوعية له* .
- د- أركان العقد: وهي العناصر الذاتية الإنشائية التي يتكون منها العقد^(١).

ونحن هنا لن نبحث هذه المقومات، إذ ليس هذا مكان بحثها، ولكننا نبين أن معنى (المحل الواحد) الوارد في عنوان الدراسة تعني محل العقد؛ وهو المعقود عليه، وهو ما يثبت فيه أثر العقد وحكمه^(٢).

فالعقد البيع مثلا محله المبيع، وحكمه انتقال ملكية المبيع للمشتري والثمن للبائع وهو أثر العقد، والمرهون هو محل العقد ويظهر فيه أثره وهو حق حبس العين المرهونة لحين استيفاء الدين. وهكذا كل عقد بحسبه^(٣).

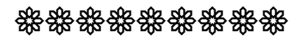
المطلب الثالث: - تعريف (التتابع في التصرفات على المحل الواحد في المعاملات)

وبيان مجاله ومحدداته:

أولاً: تعريف (التتابع في التصرفات):

سبق أن بينا معنى (العقد والالتزام)، وكذلك مفهوم (التتابع)، وبيننا المقصود (بمحل العقد)، ثم أظهرنا المقصود من (التصرفات) الواردة في عنوان الدراسة، وبيننا أن المقصود منها التصرفات العقدية القولية فقط، وذلك لما يناسب موضوع وشكل البحث.

فإننا سنبيين الآن معنى (التتابع في التصرفات)، وذلك كي يتضح للقارئ طريقة البحث في أحكام الفروع الفقهية التي درست في الفصل الثاني، والضابط لها. يمكننا تعريف (التتابع في التصرفات على المحل الواحد في المعاملات) بأنه:



* يقصد بالغاية النوعية للعقد المقصد الأساسي الذي شرع العقد لأجله، وهو موضوع العقد فمثلا الغاية النوعية لعقد البيع هي نقل ملكية

المبيع للمشتري بعوض، وفي عقد الإجارة تملك منافع المأجور بعوض. انظر الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٣١٤/١.

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٣١٣/١. ويقصد بالعناصر الذاتية الإنشائية: صيغة العقد؛ وهي الإيجاب والقبول.

(٢) المرجع السابق، ٣١٤/١.

(٣) المرجع السابق.

(قيام أحد المتعاقدين، في عقد مالي يحتمل التتابع، بإنشاء عقد جديد على ذات المحل الأول).

وقد يظهر أن في التعريف بعض الغموض، وهذا أمر غير مستغرب، نظراً لجدة موضوع الدراسة كبحث مستقل. وعلى كل حال فإن بيان محددات التعريف من جهة، والإطلاع على الفروع الفقهية المبحوثة في الفصل الثاني من جهة أخرى سيضمن للقارئ الكريم حسن الفهم للموضوع والتعريف بإذن الله تعالى.

ثانياً: بيان مجال (التتابع في التصرفات) ومحدداته:

- أ- وجود عقد مالي: وذلك لأن الدراسة تبحث في باب المعاملات لا غير، فالبحت منصب على العقود المالية فقط، ولا علاقة للدراسة في العقود غير المالية؛ وذلك لأنها خارج موضوع الدراسة أولاً، ولأن التتابع فيها غير ممكن أصلاً. فلو نظرنا إلى عقود باب الأحوال الشخصية كعقد الزواج مثلاً، فإن التتابع فيه غير ممكن شكلاً، ولا مضموناً. وكذلك لا يمكن أن يطبق التتابع في مجال الحقوق، كحق الشفعة مثلاً، أو في باب الإسقاطات، أو التقييدات لعدم احتمال التتابع فيها، وعدم انطباق اسم (العقد) عليها.
- ب- أن يحتمل العقد المالي التتابع شكلاً: وذلك لأن من العقود المالية في باب المعاملات ما لا يحتمل التتابع، كعقد البيع مثلاً؛ وذلك لانقطاع الصلة، بعد انعقاد العقد صحيحاً وترتب آثاره عليه، بين العاقدين. فمحل العقد في البيع هو المبيع، وبعد انعقاد العقد صحيحاً وترتب آثاره عليه أصبحت ملكية المبيع للمشتري، وأصبحت ملكية الثمن للبائع، وانقطعت الصلة بين البائع والمشتري بذلك.
- بخلاف عقد الإعارة مثلاً، فإن انعقاد العقد صحيحاً وترتب آثاره عليه لا يقطع الصلة بين المعير والمستعير؛ وذلك لأن شكل العقد ومضمونه يتطلبان زمناً معيناً لتطبيق آثاره، لكي يستفيد المستعير من العارية ويستعملها دون عوض، ففي هذه الفترة تظهر إمكانية حصول التتابع في العقود، وذلك بقيام أحد المتعاقدين بإنشاء عقد جديد، سواء كان عقد إعارة أو غيره، على ذات المحل المعقود عليه؛ وهو الشيء المستعار.

فبهذا يظهر الفرق بين نوعين من العقود في باب المعاملات في الفقه الإسلامي في إمكانية حصول التتابع بينهما.

ج- أن يكون العقد صحيحاً تترتب آثاره عليه، وتكتمل فيه أركانه وشروطه كما هو معلوم من كتب الفقه، وليس هنا مكان بحث أركان وشروط العقد حتى يكون صحيحاً نافذاً، ولكن وجب التنويه لذلك لبيان أن الدراسة لا تبحث ما كان فاسداً من العقود^(١).

د- قيام أحد العاقدين بإنشاء عقد جديد على ذات المحل المعقود عليه أولاً:

وهذا هو التتابع في التصرفات (العقود)؛ وذلك أن أحد المتعاقدين يقوم، بإذن أو بدون إذن العاقد الآخر، بإنشاء عقد جديد مع طرف ثالث، ويكون محل العقد الجديد هو ذات المعقود عليه في العقد الأصلي الأول، فينشئ العقد الجديد بذلك حقوقاً وأثراً جديدة إن كان العقد التالي جائزاً، أو يبطل ولا يصح أصلاً إن كان العقد التالي مما لا يجوز لأحد العاقدين تصرفه، على اختلاف نظر الفقهاء في كل عقد وفي كل مسألة. كما سيأتي إن شاء الله.

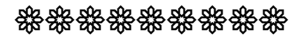
على أنه لو كان العقد التالي باطلاً فإن أثراً سينترب عليه، في بعض أنواع العقود، وهو تغيير صفة اليد، يد العاقد، من يد أمانة إلى يد ضمان، وقد يحصل الضمان فعلاً إن حصل في المعقود عليه تلف، أو نقص، أو خسران.

هـ- أن ينشأ العقد التالي على محل العقد الأول خلال المدة التي تظهر فيها آثار العقد الأول:

وهذا يعني أننا لن نبحث في أحكام التتابع في حالة قيام العاقدين بإنشاء العقد التالي الجديد على ذات المحل المعقود عليه، ولكن قبل بداية ظهور آثار العقد.

فمن رهن شيئاً بدين عليه لآخر، وقبل أن يسلم المرهون للمرتهن قام ببيعه، فلا يعتبر العقد الثاني قائماً على محل العقد الأول؛ لأن آثار عقد الرهن لم تنشأ، إذ ليس هنالك ثمة قبض للمرهون^(٢).

وكذلك ليس هناك ثمة بحث لأحكام التتابع بعد انتهاء العقد، كانتهاء مدة الإيجار في عقد الإجارة، وبعد انتهاء موسم قطف الثمار في عقدي المزارعة والمساقاة.



(١) هذا هو اصطلاح الحنفية. والعقد الفاسد هو ما احتل بفقدان بعض شرائط المتعلقة ببعض النواحي الفرعية، كبيع الشيء بثمن مجهول، وكالإجارة مع جهالة المدة أو الأجرة. انظر الزرقاء، المدخل الفقهي العام ٥١/٤/١.

(٢) وذلك في العقود التي لا تتم إلا بالقبض، ذلك أن الأصل في العقود أن تتم ويثبت أثرها وأحكامها بمجرد الإيجاب والقبول، على أن هناك طائفة من العقود لا تعتبر تامة إلا إذا حصل تسليم للعين التي هي موضوع العقد، ولا يكفي فيها مجرد الإيجاب والقبول، وتسمى هذه العقود بلغة أهل الحقوق (العقود العينية) وهي خمسة عقود: الهبة والإعارة والإيداع والقرض والرهن. ويعلل الفقهاء اشتراط القبض لتامها بأنها تبرع. فالعقد اللفظي في هذه المواضع يعتبر قبل القبض عدم الأثر. انظر: الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ٣٣٧/١-٣٣٩.

و- أن لا يكون العقد الثاني داخلاً في مضمون العقد الأول، أو من مستلزماته:
ومعنى ذلك: أن هناك بعض العقود يكون من مقتضاها ومضمونها أن يقوم أحد العاقدين بالتصرف في محل العقد تصرفات عقدية لا تعتبر غريبة عن العقد الأول، ولا منشأةً عليه، وإنما تعتبر تصرفاً طبيعياً مستمداً من مضمون العقد ذاته.
ومن ذلك مثلاً: أن الشريك في شركة العنان يحق له أن يبيع من مال الشركة، ويشتري، ويؤجر، ويستأجر. وهذه عقود قام بها أحد الشركاء وهي: البيع أو الإجارة، ولكن هل تعتبر هذه العقود منشأةً على العقد الأول فتدخل في أحكام تتابع العقود؟
إن عقد البيع أو الإجارة الذي قام به أحد الشركاء في شركة العنان هو مما يستلزمه العقد الأصلي، إذ أن مضمون شركة العنان هو: أن يقوم الشركاء بالعمل بمال الشركة والاتجار به بما يحقق لهم الربح. والتجارة تشمل هذه التصرفات وغيرها، مما بين الفقهاء وسيبحث في مكانه.
أما بعض العقود التي لا بد من التنصيص عليها عند إنشاء العقد الأول، أو الإذن بها عند إنشاء العقد أو بعده، فهي العقود محل البحث .

الفصل الثاني

أحكام التتابع في باب المعاملات

ويشتمل على المباحث التالية:

- المبحث الأول: التتابع في عقد الإيداع.
- المبحث الثاني: التتابع في عقد الإعارة.
- المبحث الثالث: التتابع في عقد الوكالة.
- المبحث الرابع: التتابع في عقد الرهن.
- المبحث الخامس: التتابع في عقد الإجارة.

المبحث السادس: التتابع في عقدي المزارعة المساقاة.

المبحث السابع: التتابع في عقد السلم.

المبحث الثامن: التتابع في عقد الاستصناع.

المبحث التاسع: التتابع في عقد التأمين.

المبحث العاشر: التتابع في عقد التوريد.

المبحث الحادي عشر: التتابع في عقد الشركة.

المبحث الأول

التتابع في عقد الإيداع

المطلب الأول: تعريف الإيداع لغةً واصطلاحاً، وبيان مشروعيته:

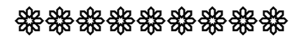
أولاً: تعريف الإيداع لغةً: الإيداع في اللغة: الحفظ والصون.

قال في مختار الصحاح: (واستودعه وديعة استحفظه إياها) ^(١) .

ثانياً: تعريف الإيداع اصطلاحاً:

الإيداع في اصطلاح الفقهاء: (توكيل في حفظ مملوك، أو محترم مختص على وجه

مخصوص) ^(١) .



(١) الرازي، مختار الصحاح، ٢٩٧/١، وانظر ابن منظور، لسان العرب، ٣٨٧/٨،

ثالثاً: مشروعيتها:

الإيداع مشروع مندوب إليه، لقوله سبحانه وتعالى: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾^(٢).

وقوله ﷺ: "أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك"^(٣).

وقد أجمع العلماء في كل عصر من العصور على جواز الإيداع والاستيداع؛ لأن الناس بحاجة له^(٤).

وهذا وقد اتفق أصحاب المذاهب الأربعة على أن الوديعة في يد المودع أمانة محضة لا مضمونة، وأن الضمان لا يجب على المودع إلا بالتعدي أو التقصير. وذكر ابن المنذر الإجماع على ذلك^(٥). لقوله ﷺ: "ليس على المستودع غير المغل ضمان"^(٦). وقوله: "لا ضمان على مؤتمن"^(٧). ولأن الله تعالى سماها أمانة، والضمان ينافي الأمانة. ولأن يده يد المالك، فإلهاك في يده كإلهاك في يد المالك، ولأن المستودع إنما يحفظها متبرعاً من غير نفع يرجع عليه فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الودائع^(٨).

المطلب الثاني: أحكام التابع في عقد الإيداع:

الفرع الأول: التابع المتشابه (إيداع الوديعة):

ونقصد بذلك أن يقوم المودع عنده بإيداع الوديعة عند الغير، كمن استحفظ على كتاب فأودعه لثالث. فهل يجوز مثل هذا التصرف من المودع عنده؟

(١) هذا تعريف الشافعية للإيداع، انظر الشريبي، مغني المحتاج، ٧٩/٣، وعرفها الحنفية بأنها (تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة) الدر المختار، ٣٩٣/٨. وعرفها المالكية والحنابلة بتعريفات متقاربة، انظر الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤١٩/٣، ابن مفلح، الفروع، ٣٥٩/٤.

(٢) سورة البقرة، آية رقم ٥٨.

(٣) رواه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ٣٨، ح رقم ١٢٦٤، وقال هذا حديث حسن غريب. وصححه الألباني، انظر الألباني، صحيح سنن الترمذي، ١٩/٢.

(٤) السرخسي، المبسوط، ١٠٩/١١.

(٥) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٠/٦. السرخسي، المبسوط، ١٠٩/١١، الخرخشي، حاشية الخرخشي، ٤٧١/٦، الشريبي، مغني المحتاج، ٨١/٣، ابن قدامة، المغني، ٣٠٠/٦، ابن المنذر، الإجماع، ص ١٠٢.

(٦) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن، ٢٨٩/٦. وقال إسناده ضعيف.

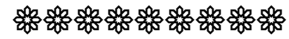
(٧) رواه البيهقي، في السنن الكبرى، كتاب الوديعة باب لا ضمان على مؤتمن، ٢٨٩/٦، قال الزيلعي، (هذا إسناد لا يعتمد عليه) انظر الزيلعي، نصب الراية، ١٤١/٤.

(٨) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١١/٦. ابن قدامة، المغني، ٣٠٠/٦.

حالات إيداع الوديعة:

لا يعدو إيداع الوديعة عند الغير ثلاث حالات، هي:

- ١- أن يأذن المودع بإيداعها. فهذا جائز بالاتفاق؛ لأن المودع عنده لم يتعد بإيداعها للغير، بل قام بذلك بإذن من المودع، فكان كالوكيل.
- ٢- أن ينهيه المودع عن إيداعها عند الغير. فلا يجوز له إيداعها بالاتفاق، إذا نهاه عند العقد، أو اشترط عليه ذلك؛ لأن المسلمين عند شروطهم.
- ٣- أن لا يأذن المودع ولا ينهى عن الإيداع، فهل يجوز للمودع عنده أن يودع عن الغير؟. يمكن تقسيم الحالة الثالثة (وهي حالة الإطلاق) إلى الحالات الفرعية التالية:
أولاً: إيداع الوديعة عند من ليس في عيال المودع عنده، ولا هو ممن يحفظ ماله عندهم عادة.
- ذهب الفقهاء الأربعة إلى عدم جواز إيداع الوديعة عند من ليس في عيال المودع عنده ولا ممن يحفظ مال بأيديهم عادة، فإن فعل ذلك ضمن. واستدلوا على ذلك بما يلي:
١- أن المودع لم يستأمن غيره فلا يجوز أن يودع الغير^(١).
٢- أن الملتزم في عقد الإيداع الحفظ^(٢)، والحفظ متعلق بعين المودع عنده لا بمطلق الحفظ، فوجب أن يحفظها بنفسه لا أن يوكل غيره بحفظها.
واستثنوا من الضمان، من أودعها عند قيام العذر، أو الضرورة، أو الحاجة، ومثلوا لذلك بوقوع حريق في داره، أو كان في سفينة فخاف الغرق فدفعه إلى غيره. ففي هذه الحالات وغيرها مما يشبهها لا يضمن المودع عنده إذا ضاعت الوديعة أو تلفت^(٣).
- وذهب ابن أبي ليلى إلى جواز إيداعها عند الغير؛ لأن عليه حفظها وإحرازها، وقد أحرزها عند غيره، وحفظها به؛ ولأنه يحفظ ماله بإيداعه، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله فلم يضمنها، كما لو حفظها في حرزه^(٤).



(١) ابن قدامة المغني، ٣٠١/٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٠٨/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ٤٧٧، ٤٧٨/٦. الشريبي، مغني المحتاج، ٨١، ٨٢/٣. ابن قدامة،

المغني، ٣٠١/٦.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٣٠١/٦.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٠٨/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ٤٧٧، ٤٧٨/٦. ابن قدامة، المغني، ٣٠١/٦.

المناقشة والترجيح:-

ومذهب جمهور الفقهاء هو الصحيح؛ لما استدلوا به من أدلة. ويرد على ابن أبي ليلى بأن المقصود بالحفظ حفظها بنفسه لا بغيره. ولعل العرف يكون الفيصل في المسألة، فإن العرف هو الذي يحدد ذلك، والعرف يقضي بأن من أودع عند الغير وديعة إنما أراد أن يحفظها بنفسه لا عند غيره، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

ثانياً: إيداع الوديعة عند عيال المودع عنده، أو عند من يحفظ ماله بأيديهم عادة.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: وهو جواز إيداعها عند عيال المودع عنده، أو عند من يحفظ ماله بأيديهم عادة. وهو قول الحنفية والمالكية والحنابلة^(٥). ولكنهم اختلفوا في توسيع نطاق هذه الدائرة أو تضيقها. واستدلوا على ذلك: بأن الملتزم في العقد الحفظ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ مال نفسه، وأنه يحفظ مال نفسه بيده مرة ويبدد هؤلاء مرة أخرى، فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً، فكان الحفظ بأيديهم داخلًا تحت العقد دلالة^(١).

القول الثاني: عدم الجواز. وهو قول الشافعية، فقالوا لا يجوز أن يودع المودع عنده الوديعة للغير، ولو كان ولده أو زوجته أو عبده أو قاضياً، بلا إذن المودع؛ لأن المودع لم يرض بأمانة غيره ولا يده^(٢).

المناقشة والترجيح:

والراجح قول جمهور الفقهاء جواز إيداع المودع عنده لمن يحفظ ماله عندهم عادة؛ وذلك لقوة استدلالهم؛ ولأن هذا الأمر يحكمه العرف، وقد اعتاد الناس على إيداع أموالهم ولم ينكر أحد من الناس هذا الفعل فصار عرفاً، والعرف دليل حيث لا دليل، وهو معتبر فيما لا يخالف الشرع؛ ولأن مال الغير كمال النفس فيحفظ هذا كما يحفظ ذلك إذ لا فرق.

مسألة: إيداع المسئول عن الوديعة في المؤسسات العامة والخاصة، الوديعة:



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٢٠٨.

(٢) الشربيني، معني المحتاج، ٣/٨٣، ٨٢، ٨١.

بيننا فيما سبق أنه يجوز للمودع عنده أن يودع الوديعة عند من يحفظ ماله بأيديهم عادةً، ولكن هناك حالات يكون المودع عنده موظفاً عند الغير، سواءً كان هذا الغير مؤسسة عامة (حكومية)، أو خاصة، فهل يجوز له أن يودع ما وكل بحفظه لغيره؟

تختلف هذه الحالة نوعاً ما عن الحالات التي بحثت آنفاً؛ وذلك لأن عمل المودع عنده هنا محدد مسبقاً ضمن عقد العمل الذي وقعه مع الشركة أو المؤسسة الخاصة، وقد يكون محدداً من قبل القوانين المعمول بها في الدولة التي يعمل بها، فيكون تصرفه بما وكل بحفظه مضبوط من حيث جواز إيداعه للغير، أو من حيث ضمانه لما قد يحصل للوديعة حال المخالفة أو التلف.

الفرع الثاني: التابع غير المتشابه (بيع الوديعة أو إيجارها أو إعارتها أو رهنها)

لم يتعرض الفقهاء لهذه الموضوعات والتصرفات بالبيان في كتبهم، فيما أطلعت عليه؛ وذلك لأن عقد الوديعة لا يحتمل مثل هذه التصرفات العقدية، وقد رأينا فيما سبق تشددهم في مسألة إيداع الوديعة حتى أن الشافعية منعوا من إيداعها لدى الزوجة أو الخادم الموثقين، وذلك مراعاة منهم للوديعة وخصوصيتها. ومع أنني لست مع الشافعية في تشددهم هذا، ولكنه يبقى دليلاً على أهمية الوديعة والتشدد في حفظها.

ومن هنا يتبين لنا أن بيع الوديعة، أو إيجارها، أو إعارتها، أو رهنها، مما لا يجوز في الحالات العادية، وإنما يحق له أن يودعها لدى القاضي في حالات قيام العذر، أو الحاجة الملحة. كما بين ذلك الشافعية^(١).

فإن قام المودع عنده بالتصرف بالوديعة بمثل هذه التصرفات دون عذر أو إذن كان ضامناً؛ وذلك لأن يد المودع عنده يد أمانة، فإن قام بتصرف محظور خارج نطاق العقد ومقتضياته فقد أتى فعلاً حول يده من يد أمانة إلى يد ضمان، فإن هلكت ولو بغير تعد منه أو تقصير كان ضامناً.

مسألة: التابع في الودائع المصرفية النقدية (غير الاستثمارية):

تعريف الوديعة المصرفية النقدية: النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى البنك على أن يتعهد الأخير بردها، أو برد مبلغ مساوٍ لها إليهم لدى الطلب أو الشرط المتفق عليه^(٢).

❀❀❀❀❀❀❀❀❀

(١) الشريبي، معنى الاحتجاج، ٨٢/٣، وما بعدها.

(٢) حسن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية النقدية، ص ٢٠٨.

أنواع الودائع النقدية : الودائع المصرفية النقدية المتعامل بها في البنوك ثلاثة أنواع:

الأول: الودائع الجارية، أو تحت الطلب: "وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في البنوك بقصد أن تكون حاضرة التداول والسحب عليها لحظة الحاجة، بحيث ترد بمجرد الطلب ودون توقف على إخطار سابق من أي نوع. وهي تكون الشطر الغالب من الودائع المصرفية"^(١).

الثاني: الودائع الثابتة، أو الودائع لأجل: "وهي عبارة عن المبالغ التي يضعها أصحابها في البنك بناء على اتفاق بينهما بعدم سحب المودع لها أو شيء منها إلا بعد مضي فترة معينة من الزمن تتراوح بين ١٥ يوماً وسنة كاملة. ومقابل ذلك يدفع البنك فائدة على وديعته"^(٢).

الثالث: "وهي الودائع التي يودعها الموفرون في البنك وينشئون بها حساباً في دفتر خاص يوضح به إيداعات وسحوبات صاحبه.

وتوجد حدود للسحب اليومي من الرصيد في هذا الدفتر، ولا يمكن لصاحبه سحب كامل الرصيد دفعة واحدة"^(٣).

حكم التتابع في عقد الوديعة المصرفية النقدية:

صورة المسألة: إن ما يجري عليه التعامل في البنوك - الربوية والإسلامية - أنها تقبل من المودعين أموالاً لحفظها لدى البنك على أن ترد للمودع هذا المال أو مثله عند الطلب، أو عند انتهاء المدة.

وخلال ذلك تقوم هذه البنوك بالتصرف في هذه الأموال بشتى أنواع التصرفات، وذلك لمصلحتها ونفعها، ودون علم من المودع بهذه التصرفات تفصيلاً، وإن كان يعلم بأن البنك يتصرف بها عموماً.

المشكلة في المسألة: وتكمن المشكلة في أن الوديعة عند الفقهاء لا يجوز استعمالها. بل على المودع عنده أن يحفظها ويرد عينها لا مثلها عند الطلب. ثم إن المودع عنده لا يضمن الوديعة إذا هلكت دون تعدٍ منه أو تقصير؛ لأن يده يد أمانة.



(١) حسن الأمين، الودائع المصرفية النقدية، ص ٢٠٩.

(٢) المرجع السابق، ص ٢١٠.

(٣) المرجع السابق، ص ٢١٠. ومحمد باقر الصدر، البنك اللاروي في الإسلام، ص ٨٣.

وهذه الأمور لا تجري حسب واقعنا في البنوك، وإنما يتصرف البنك في الأموال المودعة ويضمنها - حسب القانون الجاري - حتى لو هلكت بقوة قاهرة.

ومن هنا اختلفت وجهات النظر في تكييف هذا العقد حتى يوافق الشريعة الإسلامية، وانقسم الباحثون فيها إلى رأيين:

الأول: ويرى فيه أصحابه: أن الوديعة المصرفية هي قرض، وليست وديعة بالمعنى الفقهي المعروف. ومن هؤلاء: محمد باقر الصدر، وسامي حمود^(١).

▪ واستدلوا بما يلي:

١. أن ملكية العميل للمبالغ التي أودعها لدى المصرف زالت تماماً، وأصبح المصرف صاحب الحق الكامل في التصرف بها. فلم تبق - والحال هذه - هذه الأموال وديعة بل صارت قرضاً^(٢).

٢. أنه من المقرر عند الفقهاء أن الوديعة إذا أذن صاحبها للمودع عنده باستعمالها صارت عارية^(٣).

والعارية إذا كانت نقوداً أو مما يهلك بالاستعمال كانت في الحقيقة قرضاً .

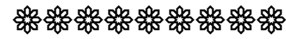
قال الإمام السرخسي: "وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض، لأن الإعارة إذن في الانتفاع، ولا يتأتى الانتفاع بالنقود إلا باستهلاك عينها، فيصير مأذوناً في ذلك"^(٤).

الثاني: ذهب فيه أصحابه إلى أن الوديعة المصرفية هي وديعة بالمعنى الفقهي

المعروف، وليست قرضاً، ولكن يجوز استعمالها بالإذن العرفي.

ومن هؤلاء: حسن عبد الله الأمين، وعلي الصوا^(٥).

▪ واستدلوا:



(١) محمد باقر الصدر، البنك اللاروي في الإسلام، ص ٨٤. سامي حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٢) محمد باقر الصدر، البنك اللاروي في الإسلام، ص ٨٤.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ١٦٧/٤.

(٤) المسوط، ١٤٤/١١ - ١٤٥. وانظر: ابن قدامة، المغني، ١٣١/٥.

(٥) حسن الأمين، الودائع المصرفية النقدية، ص ٢٣٣. علي الصوا، الفوارق التطبيقية بين المضاربة في الفقه الإسلامي والمضاربة المشتركة، ص ٢٦٢.

١. أن البنك أو المصرف أخذ هذه الأموال بشرط ردها حين الطلب فهي وديعة حقيقية يجب الوفاء بها^(١).
٢. أن إرادة المودع توجهت إلى وضعها وديعة لدى البنك . ولم تتوجه إلى اعتبارها قرصاً. والأصل في العقود إرادة المتعاقدين عند الإنشاء^(٢).
٣. أنه يجوز مع الكراهة - عند المالكية - التصرف في الوديعة المثلية^(٣).

■ المناقشة:

أن تصرف البنك في هذه الأموال هو الذي أنشأ هذه المشكلة، والمشكلة نشأت أصلاً من البنوك الربوية التي لا تبالي أن توافق أحكامها الشريعة الإسلامية أم لا. ثم لما نشأت البنوك الإسلامية انتقلت هذه المشكلة إليها لتطبيقها النظام المصرفي القائم على تقبل الودائع والتصرف بها. وقد اعتبر أصحاب القول الأول أن الإذن بالتصرف حول العقد إلى عارية، والعارية إذا كانت نقوداً أصبحت قرصاً إذ العبرة - كما يقولون - بالمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ولكن يرد على أصحاب هذا الرأي بما يلي:

١. أن العميل المودع لم تتوجه إرادته للإقراض، بل قصد الحفظ - حفظ ماله لدى البنك - خوفاً من الضياع أو لأسباب وأخرى^(٤).
 ٢. أن تصرف البنك في المال المودع هو تصرف بالإذن الضمني بدلالة العرف، وكان المودع يعلم ضمناً أن البنك الذي أخذ المال سيتصرف فيه. ومثل هذا الإذن لا يحول الإيداع إلى قرض، ذلك أن التصرف في هذا المال هو غرض تابع للغرض الأساسي وهو الحفظ، وأوجه العرف المصرفي لمصلحة المصارف نفسها^(٥).
- هذا ويؤخذ على أصحاب القول الثاني، وهم القائلون ببقاء الوديعة المصرفية على شكلها الفقهي المعروف مع الإذن العرفي بالتصرف فيها - ما يلي:



(١) المرجعان السابقان.

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) انظر: ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ٢٤٦.

(٤) حسن الأمين، الودائع المصرفية، ص ٢٣٣.

(٥) علي الصوا، الفوارق التطبيقية، ص ٢٦٢.

١. أن الوديعة في الفقه الإسلامي يجب ردها عيناً، ولا يجوز رد مثلها. والبنك يرد المثل لا العين (١).
٢. أن القضاء يلزم المصرف بالوديعة النقدية حتى لو هلكت بقوة قاهرة، خلافاً لأحكام ضمان الوديعة في الفقه الإسلامي، والذي يقضي بعدم ضمان المودع عنده إذا هلكت الوديعة بسبب لا يد له فيه - أي بغير تعد منه ولا تقصير - (٢).

▪ الترجيح:

إن اعتبار الوديعة قرضاً أمر بعيد؛ ذلك لأن إرادة المودع لم تتوجه إلى ذلك أصلاً، بل يقصد المودعون عموماً الحفظ، وهو مضمون عقد الوديعة لا القرض. ويجب اعتبار إرادة وقصد المتعاقدين عند التكليف .

فالذي أراه: صحة ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني، من أن الودائع المصرفية النقدية الجارية أو الادخارية هي ودائع بالمعنى الفقهي المعروف، ولكن يجوز استعمالها بالإذن العرفي المصرفي، مع ضمان المصرف لها، بناءً على قول المالكية المذكور آنفاً.

المبحث الثاني

التنازع في عقد الإعارة

المطلب الأول: تعريف الإعارة لغة واصطلاحاً، وبيان مشروعيتها.

أولاً: تعريف الإعارة لغة:

الإعارة مأخوذة من التعاور وهو التداول، والتداول يكون بين شخصين (٣). يقول الإمام السرخسي (وسميت عارية لتعريفها عن العوض، واختصت بما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه وقيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب، فكأنه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على أن



(١) علي الصوا، الفوارق التطبيقية، ص ٢٦٢.

(٢) المرجع السابق، نفس الصفحة.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ٤/٦١٩، ٦١٨.

تعود النوبة إليه بالاسترداد إلا متى شاء، ولهذا كانت الإعارة في المكاييل والموازين قرضاً؛ لأنه لا ينتفع به إلا باستهلاك عينه فلا تعود النوبة إليه في تلك العين وإنما تعود إليه في مثلها، وما يملك الإنسان الانتفاع به على أن يكون مثله مضموناً عليه يكون قرضاً^(١).

ثانياً: تعريف الإعارة اصطلاحاً: -

اختلف الفقهاء في تعريف الإعارة على قولين:

القول الأول: وذهب فيه أصحابه إلى أنها "تمليك المنفعة بغير عوض"، وهم الحنفية والمالكية^(٢).

القول الثاني: وذهب فيه أصحابه إلى أنها "إباحة المنفعة بغير عوض"، وهم الشافعية والحنابلة^(٣).

أثر الفرق بين التعريفيين:

سيظهر أثر الفرق بين التعريفيين فيما سيأتي بحثه؛ وذلك أن من قال بتمليك المنفعة أجاز إعارتها للغير، ومن قال بإباحتها لم يجز ذلك. وسيأتي تفصيل ذلك.

ثالثاً: مشروعية الإعارة:

الإعارة من القربات المندوب إليها شرعاً. لقوله تعالى: ﴿وتعاونوا على البر والتقوى﴾^(٤)، فهي من باب التعاون على الخير.

وقد روى أن النبي ﷺ استعار درعاً من صفوان بن أمية يوم حنين فقال: أغصباً يا محمد؟ قال: بل عارية مضمونة^(٥).

المطلب الثاني: حدود تصرف المستعير بالعارية:



(١) السرخسي، المسوط، ١١/١٣٣.

(٢) السرخسي، المسوط، ١١/١٣٣، الحرشي، حاشية الحرشي، ٦/٤٩٥.

(٣) الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٢٦٣. البهوتي، كشف القناع، ٤/٦٢.

(٤) سورة المائدة آية ٢.

(٥) رواه أبو داود في سننه، واللفظ له، في كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، حديث رقم ٣٥٦٢. والحاكم في المستدرک، كتاب

اليويع، ٤٧/٢. قال الألباني، حديث صحيح، انظر، صحيح سنن أبي داود، ٢/٦٧٩.

بين جمهور الفقهاء أن للمستعير أن يستعمل العارية وينتفع بها حسب الإذن^(١). وقد فصل الحنفية في هذا فقالوا: إن الحقوق التي يمنحها عقد الإعارة للمستعير تختلف بحسب الإطلاق والتقييد؛ فإن كانت الإعارة مطلقة، بأن أعارة دابته مثلاً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل، فله أن يستعملها في أي زمان ومكان شاء، وله أن يركب أو يحمل؛ لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه، وقد ملكه منافع العارية مطلقاً فكان له أن يستوفيها على الوجه المطلق إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل، حتى لو فعل فعطبت يضمن، لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق إلا أنه يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصاً^(٢).

أما إذا كانت الإعارة مقيدة، فيراعي فيه القيد ما أمكنه؛ لأن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف، إلا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فلغا الوصف؛ لأن ذلك يجري مجرى العبث، ثم أنه يراعى القيد فيما دخل وليس فيما لم يدخل؛ لأن المطلق إذا قيد ببعض الأوصاف يبقى مطلقاً فيما وراءه، فيراعي عند الإطلاق فيما وراءه^(٣).

وعلى هذا فلو أعطى المعير المستعير العارية، ولم يذكر قيماً لاستعمالها كانت إعارة مطلقة، وقيدت بالعرف.

وإذا ذكر حال تسليمها له للانتفاع شرطاً أو قيماً، احترم شرطه أو قيده، فمتى خولف الشرط أو القيد ضمنه المستعير.

المطلب الثالث: أحكام التابع في عقد الإعارة:

الفرع الأول: أحكام التابع المتشابه (إعارة العارية)

- اتفق الفقهاء على أن للمستعير أن يعير العارية لغيره إذا أذن له مالكاها^(٤).
- واتفقوا كذلك على أنه لا يجوز للمستعير أن يعير العارية إذا اشترط عليه مالكاها عدم إعارتها عند تسليمها له؛ لأن المسلمين عند شروطهم.
- ولكنهم اختلفوا في جواز إعارتها للغير إذا أطلق المعير فلم يأذن ولم ينه، على ثلاثة أقوال:

(١) ابن قدامة، المغني، ١٣٠/٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٥/٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٥/٦.

(٤) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٦، الخرشى، حاشية الخرشى، ٤٩٧/٦، ٤٩٦. الشريبي، مغني المحتاج، ٢٦٤/٢. ابن قدامة،

المغني، ١٣٢/٥.

القول الأول: جواز إعاره المستعير العارية لغيره، وهو قول الحنفية، عدا الكرخي. (١).
وبنوا ذلك على تعريفهم للعارية بأنها: تملك المنفعة بغير عوض فيجوز للمستعير أن يملكها لغيره.

واستدلوا على الجواز بما يلي:

- إن الإعارة كالإجارة، فالإجارة تملك للمنفعة بعوض، والإعارة تملك للمنفعة بغير عوض (٢).
القول الثاني: التفريق بين ملك المنفعة وملك الانتفاع، وهو قول المالكية. قالوا: إن ملك المنفعة أخص من ملك الانتفاع، فيجوز لمالك المنفعة وهو من استعار دون أن يقيد بقيد استخدامها بنفسه، أن يعيرها لغيره أما مالك الانتفاع، كمن أعار داراً لسكنى طلاب بأعينهم، فلا يجوز لهم أن يعيروا لغيرهم (٤).

القول الثالث: عدم جواز إعاره المستعير العارية لغيره، وهو قول الشافعية والحنابلة والكرخي من الحنفية (٥). وذلك يبنى على تعريفهم للإعارة بأنها إباحة منفعة بلا عوض، والمبيح لا يملك نقل ما أبيع له.

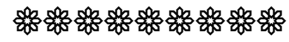
واستدلوا بما يلي:

١- الإجماع " وذلك لجواز العقد (عقد الإعارة) من غير أجل، ولو كان تملكاً للمنفعة لما جاز من غير أجل كالإجارة، وكذا المستعير لا يملك أن يؤجر العارية ولو ثبت له الملك في المنفعة (٣).

٢- المعقول: وهو أن القياس يأبى تملك المنفعة؛ لأنه يبيع المعدوم، لانعدام المنفعة حالة العقد، والمعدوم لا يحتمل البيع، لأنه يبيع ما ليس عند الإنسان (٤).

المناقشة والترجيح:-

أولاً: ردود الحنفية على أدلة المانعين:



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٦. السرخسي، المبسوط، ١٣٣/١١.

(٢) المراجع السابقة.

(٤) الخرخشي، حاشية الخرخشي، ٥٠٦/٦. وانظر: الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢٨٥/١.

(٥) النووي، روضة الطالبين، ٤٢٦/٤. الشربيني، مغني المحتاج، ٢٦٤/٢. ابن قدامه، المغني، ١٣٢/٥. السرخسي، المبسوط

١٣٣/١١.

(٣) المطيعي، المجموع شرح المهذب، ٤١/١٥.

(٤) المرجع السابق، ٤١/١٥.

١- قال الحنفية: إن العقد يصح من غير أجل؛ لأن الأجل للتحرز عن الحالة المفضية إلى النزاع والجهالة في باب العارية لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنها عقد جائز غير لازم، ولهذا المعنى لا يملك الإجارة؛ لأنها عقد لازم، والإعارة عقد غير لازم، فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم لما ليس بلزوم أو سلب صفة اللزوم عن اللازم، وكل ذلك باطل^(١).

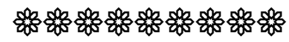
وردوا على انعدام المنافع وقت العقد: بأن العقد الوارد على المنفعة عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها، فلم يكن بيع المعدوم ولا بيع ما ليس عند الإنسان^(٢).

ثانياً: ردود الشافعية والحنابلة على أدلة المجيزين:

ورد المانعون على قول المجيزين بأن الإعارة كالإجارة بقولهم: إن المستأجر يملك المنفعة من كل وجه فجاز أن يعير، أما المستعير فلم يملكها وإنما يملك استيفاءها على وجه ما أذن له^(٣).

والذي أراه: أن العارية إباحة منفعة بغير عوض، والمباح له لا يملك أن يبيع للغير، فلا يحق للمستعير أن يعير إلا بإذن المالك؛ لأنه لا يملك منفعة العارية فلا يملك أن يملكها. وتختلف العارية اختلافاً كبيراً عن الإجارة؛ ففي الإجارة تعطي المنفعة مقابل عوض فكانت تمليكا، أما في العارية فالمنفعة تقدم بلا عوض، فلا تكون تمليكا بل إباحة. ثم إن المالك لم يأت من غير المستعير على العارية، فلا يجوز، والحال هذه، أن يعيرها للغير بلا إذن منه، فبالإذن لا بأصل العقد استطاع المستعير أن يعير الغير. وهذا أفضل في وجهة نظري لضبط هذه المعاملة، وحتى تؤدي حكمة مشروعيتها على أتم وجه، ولا تفضي إلى المنازعة. والله أعلم.

الفرع الثاني: أحكام التتابع غير المتشابه (إيداع العارية، أو إيجارها، أو بيعها، أو رهنها):



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٥/٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٥/٦.

(٣) انظر: الشربيني، معنى الاحتجاج، ٢٦٤/٢. النووي، روضة الطالبين، ٤٢٦/٤. ابن قدامة، المغني، ١٣٢/٥.

أولاً: إيداع العارية: لم أعر، فيما أطلعت عليه من كلام الفقهاء، على حكم في هذه المسألة، عدا الإشارة التي أشار إليها الكاساني فقال: (أن المشايخ اختلفوا فيه على قولين: الأول: أنه يحق له الإيداع؛ لأنه دون الإعارة فجاز. والثاني: لا يملك الإيداع)^(١).

قلت: والحق أن الحنفية والمالكية الذين أجازوا للمستعير أن يعير غيره في حالة إطلاق الإعارة أولى أن يقولوا بجواز الإيداع؛ لأنه دون الإعارة، إذ ليس فيه انتفاع.

ثانياً: إجارة العارية:

الأصل أن المستعير إنما استعار العارية لينتفع بها مدة من الزمن، وقد أعارها المعير له ابتغاء مرضاة الله، فهي من باب التعاون على الخير. ومن هنا فلا يجوز للمستعير أن يؤجر العين المستعارة دون إذن من المالك؛ لأن إجارة العين تتوقف على ملك العين، أو إذن من المالك، وحيث لم يوجد أي منهما فلا يجوز له أن يؤجرها، فإن فعل ضمن؛ لأنه غاصب.

قال السرخسي: وعند إطلاق العقد للمستعير أن ينتفع بالدابة من حيث الحمل والركوب كما ينتفع بدابة نفسه في قليل المدة وكثيرها، ما لم يطالبه المالك بالرد؛ لأنه لا يؤجرها فإن أجرها صار غاصباً، وكان الأجر له يتصدق به، وإن هلكت بعدما أجرها كان ضامناً لها)^(٢).

ثالثاً: رهن العارية:

بيننا أنفاً أن للمستعير الحق في الانتفاع بالعارية، إذ لهذا شرعت أحكامها، وهذا هو أصل مشروعيتها.

لكن إذا أراد المستعير أن يرهن العارية بدين عليه لآخر، فهل له ذلك؟

ذهب أصحاب المذاهب الأربعة إلى أن من استعار شيئاً ليرهنه بدين عليه ثابت، فله ذلك^(٣).

ومعنى قولهم هذا: أن المستعير ملزم بتوضيح هذا الأمر عند استلام العارية من صاحبها (أي عند العقد) فعليه أن يبين له أن الاستعارة هي للرهن فقط.

ولكن الفقهاء مع اتفاقهم على جواز الإعارة من أجل الرهن، اختلفوا في توسيع أو تضيق مدى الشروط الواجب تنفيذها ليصح عقد الإعارة في هذه الحالة.



(١) الكاساني بدائع الصنائع، ٢١٥/٦.

(٢) المبسوط، ١٣٤/١١. قال الحنفية: لا يحل له أن ينتفع بالأجر؛ لأنه حصل بسبب حبيث.

(٣) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٦/٦. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ١٦٩/٤. الخرشي، حاشية الخرشي، ١٢٥/٢. ابن قدامه،

المعني، ١٣٢/٥.

واليك بيان أقوالهم تفصيلاً؛ للأهمية:

قال الحنفية: للمستعير عند إطلاق المعير وعدم تقييده بشيء أن يرهن العارية عند من يشاء، وبأي دين أراد، وفي أي بلد أحب. أما إذا قيده بقيود فإنه ينتقيد بها؛ فإن قيده بقدر لم يرهن بأكثر منه ولا بأقل؛ لأن المتصرف بإذن ينتقيد تصرفه بقدر الإذن، والإذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالأكثر ولا بالأقل أيضاً؛ لأن المرهون مضمون، والمالك إنما جعله مضموناً بالقدر وقد يكون له في ذلك غرض صحيح فكان التقييد به مفيداً، وكذلك لو قيده بجنس لم يجز له أن يرهنه بجنس آخر، وكذلك إذا قيده بالمكان فإنه يقيد، وكذا إذا أذن له أن يرهنه من إنسان معين لم يجز له أن يرهنه من غيره (١).

أما المالكية: فمقتضى كلامهم يدل على أنه لا يجب ذكر شيء من ذلك في العقد. فإن أطلق ولم ينتقيد بشيء صح العقد، وللراهن أن يرهن بما يشاء؛ لأن الإطلاق واجب الاعتبار خصوصاً في الإعارة؛ لأن الجهالة لا تقضي فيها إلى المنازعة؛ لأن مبناها على المسامحة، والمالك قد رضي بتعلق دين المستعير بماله (٢).

وقال الشافعية: إذا اعتبرنا المستعار للرهن ضماناً للدين وليس عارية، أي خرج عن كونه عارية، فإنه يشترط والحال هذه ذكر جنس الدين وقدره وصفته، وكذا المرهون عنده في الأصح (٣).

ومعنى قولهم (يشترط) أي أن المعير إذا أعاره شيئاً ليرهنه ولم يذكر هذه الأمور، فلا يجوز للمستعير أن يرهنه بحال، وإذا رهنه فان الرهن يبطل.

ومتى خالف ما عينه له من الشروط بطل الرهن، إلا إذا رهن بأقل مما عينه له، بأن عين له ألف درهم فرهنه بمائة فلا يبطل؛ لأن المعير راض به ضمناً.

ولو رهنه بأزيد مما عينه بطل في الجميع، لا في الزائد فقط؛ للمخالفة (٤).

أما إذا اعتبرنا المستعار للرهن بقي عارية فلا يشترط ذكر شيء من ذلك، ويجوز أن يرهن بما يشاء (٥).



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٦/٦.

(٢) الدردير، الشرح الصغير، ١١١/٢.

(٣) البشري، معنى الاحتاج، ١٢٥/٢.

(٤) الشريبي، معنى الاحتاج، ١٢٥/٢.

(٥) المرجع السابق.

وقال الحنابلة: ينبغي* أن يذكر المرتهن القدر الذي يرهنه به، وجنسه، ومدة الرهن؛ لأن الضرر يختلف بذلك فاحتيج لذكره كأصل الرهن.

أما إذا أطلق الرهن في الإذن من غير تعيين، فقد اختلفوا فيه على قولين:

الأول: وهو قول القاضي: يصح، وله رهنه بما يشاء. واستدل على قوله: بأنها عارية، ولا يشترط لصحتها ذكر تلك الأمور؛ كالعارية لغير الرهن، والدليل على أنها عارية [أي ما زالت] أنه قبض ملك غيره لمنفعة لنفسه منفرداً بها من غير عوض.

الثاني: لا يجوز، حتى يبين قدر الذي يرهنه به، وصفته، وحلوله، وتأجيله؛ لأن هذا بمنزلة الضمان؛ لأن منفعة العبد لسيدته، والعارية ما أفادت المنفعة إنما حصلت له نفعاً يكون الرهن وثيقة عنه، فهو بمنزلة الضمان في ذمته، وضمان المجهول لا يصح^(١).

هذا، وقد انتصر ابن قدامه، رحمه الله تعالى - للقول الأول، ورد على أدلة القول الثاني، بما يلي:

وقولهم أنها ضمان غير صحيح؛ لأن الضمان يثبت في الذمة، وهذا ثبت في الرقبة؛ ولأن الضمان لازم في حق الضامن، وهذا له رجوع في العبد قبل الرهن وإلزام المستعير بفكائه بعده.

وقولهم: لو كان عارية لما صح رهنه؛ لأن العارية لا تلزم والرهن لازم.

قلنا: العارية غير لازمة من جهة المستعير، فإن لصاحب العبد المطالبة بفكائه قبل حلول الدين؛ ولأن العارية قد تكون لازمة، بدليل ما لو أعاره حائطاً ليبنى عليه، أو أرضاً ليدفن فيها، أو ليزرع فيها ما لا يحصد قصيلاً^(٢).

وقال الحنابلة أيضاً: "إن أذن له في رهنه بقدر من المال فنقص عنه، مثل أن يأذن له في رهنه بمائة فيرهنه بخمسين صح؛ لأن من أذن في مائة، فقد أذن في خمسين. وإن رهنه بأكثر مثل أن رهنه بمائة وخمسين احتمل أن يبطل في الكل؛ لأنه خالف المنصوص عليه فبطل. والوجه الثاني: أنه يصح في المائة، ويبطل في الزائد عليها؛ لأن العقد تناول ما يجوز وما لا يجوز فجاز فيما دون ذلك"^(٣).

* معنى قولهم (ينبغي) أي: الأصل أن يفعل كذا وكذا.

(١) ابن قدامه، المغني، ٤/٢٢٦، ٢٢٥.

(٢) ابن قدامه، المغني، ٤/٢٢٦. والقصيل: المقطوع.

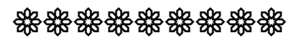
(٣) المرجع السابق، ٤/٢٢٦.

الخلاصة:

- اتفق الفقهاء على أن المستعير إذا قيد بشرط أو قيد يجب عليه الالتزام به، وإذا لم يلتزم فإن الرهن باطل.
- اختلفوا عند الإطلاق على قولين:
الأول: يصح له رهنه بما يشاء. وهو قول الحنفية، والمالكية، وقول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة، ورجحه ابن قدامة.
- الثاني: لا يصح ويجب ذكر جنس الدين وقدره وصفته، وهو قول عند الشافعية، وقول عند الحنابلة.
- اختلفوا فيما إذا رهن المستعير العارية بأكثر مما عينه له المعير، على قولين:
الأول: أن العقد يبطل، وهو قول الحنفية، والشافعية، ووجه عند الحنابلة.
- الثاني: أن العقد يصح في المعين ويبطل في الزائد. وهو الوجه الثاني عند الحنابلة^(١).
- اختلفوا فيما إذا رهن المستعير العارية بأقل مما عينه له المعير، على قولين:
الأول: يبطل العقد بالمخالفة. وهو قول الحنفية^(٢).
- الثاني: لا يبطل. وهو قول الشافعية، والحنابلة^(٣)^(٤).

الترجيح:

- والذي أراه في ما سبق من رهن العارية ما يلي:
- أولاً: إن على المستعير أن يلزم بما قيده به المعير عند الإعارة للرهن، وعليه أن يوفي بالشروط؛ لأن المسلمين عند شروطهم. وهذا مما لا خلاف فيه كما أسلفت.
- ثانياً: إذا أطلق المعير الإعارة للرهن ولم يقيد المستعير بشروط أو قيود، فالذي أراه أن للمستعير الاستفادة من العارية برهنها بما يشاء؛ وذلك إعمالاً للعقد في أوسع حدوده؛ لأن المعير عندما أطلق ولم يقيد فكأنه أجاز له أن يرهنه بما يشاء صريحاً.



(١) ابن قدامة، المغني، ٢٢٦/٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٦/٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٢٢٦/٥. والقصيل: المقطوع.

(٤) الشربيني، معني المحتاج، ١٢٥/٢. ابن قدامة، المغني، ٢٢٦/٥.

ولأن المعير رضي أن يرهن المستعير ماله عند الغير، فلم يبق لذكر الشروط أو القيود ضرورة.

ثالثاً: أما ما اختلف فيه الفقهاء من الزيادة على ما حدد للمستعير، أو النقص عليه، فالذي أراه ما يلي:

أن المستعير إن رهن العارية بأقل مما عين له جاز، وصح الرهن؛ لأن الذي يقبل بأن يرهنه بمائة مثلاً هو قابل بالخمسين ضمناً.

أما ما قاله الحنفية في هذه المسألة فغريب؛ إذ أننا نجدهم يضيقون حيث لا مسوغ للتضييق، وهم بذلك يتناقضون مع أنفسهم في القيود غير المفيدة فهم يقولون: أن كل قيد غير مفيد فهو لاغ، فما الفائدة من منع الرهن بأقل من الثمن المعين؟

أما إذا رهن العارية بأكثر مما عين له، فالذي أراه أن يصح في المعين ويبطل في الزائد لا في الكل، صحيح أنه خالف، ولكن أعمال بعض العقد في الجزء المعين أولى من إبطاله في الجميع، وليس في ذلك ضرر على أحد الطرفين. وهذا من مرونة الفقه الإسلامي، خاصة في باب المعاملات.

المطلب الرابع: ضمان العارية حال التتابع:

الفرع الأول: ضمان العارية من حيث الأصل:

اختلفت آراء الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال، أخصها فيما يلي:

الرأي الأول: يضمن المستعير العارية إن تلفت، تعدى فيها المستعير أم لم يتعدى. وهذا قول الحنابلة، والأصح عند الشافعية^(١).

■ واستدلوا:

بقول النبي ﷺ في حديث صفوان: "بل عارية مضمونة"^(٢).

ما رواه الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ: "على اليد ما أخذت حتى تؤديه"^(١).



(١) ابن قدامة، المغني، ١٢٨/٥. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ١٦٩/٣٠، الشربيني، مغني المحتاج، ٢٦٧/٢. الشافعي، الأم، ٢٤٤/٣.

(٢) سبق ترجمته ص (٢٨).

ولأنه أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق، ولا إذن في الإلتلاف فكان مضموناً كالغاصب.

الرأي الثاني: لا يضمن المستعير إذا هلكت العارية في يده سواء استعملها أم لم يستعملها . وهو قول الحنفية، وقول الشافعية^(٢) .

▪ واستدلوا:

أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان؛ كالوديعة والإجارة. وإنما قلنا ذلك؛ لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله، وفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض، وكل واحد منها لا يصلح سبباً لوجوب الضمان. أما العقد؛ فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تمكيناً أو إباحة على اختلاف الأصلين، وأما القبض فلوجهين:

أحدهما: أنه قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان، فبإذن أولى .

الثاني: أن القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً؛ لأنه لا يفوت يد المالك، ولا ضمان إلا على المتعدي. قال تعالى: ﴿ ولا عدوان إلا على الظالمين ﴾^(٣).

الرأي الثالث: يضمن المستعير العارية إذا تلفت وكانت مما يغاب عليها، أي ما يمكن إخفاؤه وتغييبه؛ كالثياب، والحلي، والعروض، والسفينة السائرة. أما العارية التي لا يغاب عليها؛ كالعقار، والحيوان، أو السفينة محل المرسي فإنه لا ضمان عليه إن تلفت دون تعدد. وينبغي الضمان كذلك إذا أقام البينة على ما ادعاه في الصنف الأول. وهذا هو رأي المالكية^(٤).

الفرع الثاني: ضمان العارية حال التتابع:

أ- ضمان العارية حال التتابع المتشابه:

بيننا سابقاً آراء الفقهاء في مسألة إعاره العارية، ويبدو ظاهراً وجلياً ارتباط الضمان بالمسألة الأصلية، فقد جاءت أقوالهم في تضمين المستعير للعارية إذا أعارها غيره فتلفت جاءت متسقة مع أقوالهم في إباحة أو منع إعاره المستعير العارية. وإليك تفصيل أقوالهم فيما يلي:-

(١) رواه أبو داود في سننه، كتاب الإجارة، باب في تضمين العارية، حديث رقم ٣٥٦١. والترمذي في سننه، كتاب الصدقات، باب في أن العارية مؤداة ح رقم ١٢٦٦، وقال حديث حسن صحيح. وقال الألباني: حديث ضعيف؛ لأن الحسن لم يصرح بالتحديث عن سمره. انظر: إرواء الغليل ٣٤٨/٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٧/٦. السرخسي، المبسوط ١٣٥/١١. الشربيني، مغني المحتاج ٢٦٧/٢.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤٣٦/٣. الحارثي، حاشية الحارثي، ٥٠١/٦.

قال الحنفية والمالكية: لا يضمن المستعير إذا أعار العارية، إلا إذا كانت الإعارة مقيدة بوصف ذي فائدة، كأن يعيره دابة يركبها بنفسه فأركب غيره فهلكت ضمن المستعير؛ لأن الناس يتفاوتون في استعمال الدواب^(١).

وقال الحنفية: (ولا يضمن المستعير إذا كان القيد غير مفيد؛ كأن يعيره داراً ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره؛ لأن المملوك بالعقد السكنى، والناس لا يتفاوتون فيه عادة، فلم يكن للتقييد بسكناه فائدة فليغو. والإعارة المطلقة تنقيد بالعرف)^(٢).

قال الحنابلة: (يضمن المستعير إن أعاره غيره بغير إذن. وللمالك أن يطالب أيهما شاء؛ لأن الأول سلط غيره على أخذ مال غيره بغير إذنه، والثاني استوفاه بغير إذنه. فإن ضمن الأول رجع على الثاني؛ لأن الاستيفاء حصل منه فاستقر الضمان عليه، وإن ضمن الثاني لم يرجع على الأول، إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال فيحتمل أن يستقر الضمان على الأول؛ لأنه غر الثاني ودفع إليه العين على أنه يستوفي منافعها بغير عوض. وإن تلفت العين بيد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال؛ لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه، فإن رجع على الأول رجع على الثاني، وإن رجع على الثاني لم يرجع على أحد)^(٣).

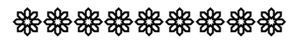
أما الشافعية: فلم أجد نصاً صريحاً في كتبهم ينص على وجوب الضمان على المستعير الأول أو الثاني، ولكن يخرج على رأيهم بمنع المستعير من إعارة العارية وجوب ضمانها على المستعير؛ لإخلاله بالمقصود من عقد العارية، وتجاوزه حدود التصرف فيها.

وتجدر الإشارة هنا أن (محمد نجيب المطيعي) قد نقل وجوب الضمان على المستعير على التفصيل الموجود في (المغني) نقلاً حرفياً في (تكملة المجموع) دون الإشارة إلى أن هذا هو كلام (ابن قدامة)، رحمه الله، لذا وجب التنبيه^(٤).

ب- ضمان العارية حال التتابع غير المتشابه:

أولاً: ضمان العارية إذا أودعها عند غيره:

إذا أودع المستعير العارية عند غيره دون إذن من المعير، فإنه لا يضمن على قول عند الحنفية^(٥)؛ لأنه يجوز له ذلك؛ لأنه دون الإعارة. وكذلك ينبغي أن لا يضمن عند المالكية



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٦/٦. الخرشي، حاشية الخرشي، ٥٠٤، ٥٠٥/٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٦/٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ١٣٢/٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ١٣٢/٥. المطيعي، تكملة المجموع، ٥٥، ٥٦/١٥.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٥/٦.

القائلين بجواز أن يعير المعير غيره دون إذن المعير. فالإيداع دون الإعارة، إذ لا انتفاع فيه والإعارة إيداع وزيادة. ولكن الغريب أن تجد أن القاضي من المالكية يقول بعكس ذلك. وعلل ذلك صاحب الفروق: بأن الإعارة منحة من المالك للمستعير على وجه ينتفع بالعارية فلا يجوز أن يودعها؛ وذلك لأن الإيداع ليس انتفاع، وإنما حسبما قلنا^(١).

أما الحنابلة والشافعية: فيخرج على قولهم في عدم جواز إعارة العارية دون إذن المالك القول بضمان المستعير لها إذا أودعها عند غيره. فإن المعير لم يأت من غيره على ملكه فلا يجوز إعارتها، أو إيداعها دون إذن. وعلى كل فإن الحنابلة والشافعية يقولون بضمان المستعير للعارية إن تلفت في يده ولو دون تعد أو تقصير. فالعارية مضمونة عندهم من حيث الأصل.

ثانياً: ضمان العارية إذا أجرها المستعير:

بيننا سابقاً أنه ليس للمستعير أن يؤجر العارية؛ وذلك لأنه من حق المعير مطالبة المستعير برد العارية متى شاء، فإن أجرها فإن الرد يمتنع. وبهذا فإن المستعير إن أجر العارية صار غاصباً لها، فإن هلكت ضمنها^(٢).

ثالثاً: ضمان العارية حال رهنها:

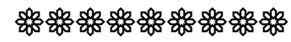
يجوز للمستعير أن يرهن العارية، إذا اتفق مع المالك عند العقد على ذلك. ولكن إذا هلكت العارية في يد المرتهن، أو بيعت لسداد دين الراهن المستعير، فكيف يكون الضمان؟

قال الحنفية: يضمن المستعير للرهن العارية في الحالات التالية:

١- إذا استعمل المستعير للرهن العارية أو انتفع بها قبل رهنها، أو بعد فكاك الدين فإنه يضمن إذا هلكت ولو دون تعد أو تقصير؛ لأنه استعارها لرهنها لا للانتفاع بها.

ولكنه إذا انتفع بالرهن قبل أن يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته فقد برئ من الضمان حين رهن؛ لأنه لما انتفع به فقد خالف، ثم لما رهنه فقد عاد إلى الوفاق فيبرأ من الضمان؛ كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد فلا يضمن^(٣).

٢- إذا خالف المستعير للرهن أي قيد قيده به المعير فهلكت العارية فهو ضامن؛ لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه فصار غاصباً^(١).



(١) الكرايسي، الفروق، ٣٠/٢-٣١.

(٢) السرخسي، المبسوط، ١٣٤/١١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٥/٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٦/٦.

- ولا يضمن المستعير إذا هلكت العارية في يده قبل أن يرهنها؛ لأنها هلكت في قبض العارية لا في قبض الرهن، وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان، وكذلك إذا هلكت بعد فكاكه؛ لأنه بالافتكاك من يد المرتهن عاد عارية فكان الهلاك في قبض العارية كذلك^(٢).

وقال المالكية: يضمن المستعير العارية إذا خالف شروط مالك العارية فرهنها في غير ما أذن له فيها^(٣).

ويضمن كذلك إن بيع الرهن في الدين، فيرجع صاحبه على المستعير بقيمة تضمينه يوم استعاره وقيل يوم رهنه^(٤).

وقال الشافعية: لا يعدو ضمان العارية المعدة للرهن للحالات التالية:

الأولى: إذا تلفت العارية، سواء في يد المرتهن أو في يد الراهن.

فلا ضمان على المرتهن بحال؛ لأنه أمين، ولا على الراهن (المستعير) على قول الضمان؛ لأنه لم يسقط الحق عن ذمته، ويضمنه على قول إن العارية ضمان دين في رقبته الشيء، ويضمن الراهن على قول أن العارية لم تخرج عن وصف الإعارة إلى الضمان؛ وذلك لأن العارية إذا خرجت عن وصف الإعارة إلى الضمان وتلفت في يد الراهن المستعير قبل رهنها فإنها لم تؤد ما استعيرت لأجله ولم تسقط الحق عن ذمته. أما في قول أنها ما زالت عارية فهي مضمونة عند الشافعية^(٥).

الثانية: إذ حل أجل الدين فإن المرتهن يطالب الراهن بأداء دينه، فإن امتنع أو أعسر روجع المالك فلعنه يريد فداء الرهن بأداء دين صاحبه، فإن لم يفعل يباع المعار وإن لم يأذن المالك، ثم يرجع المالك على الراهن بما يبيع به المرهون؛ لانقاع الراهن به في دينه سواء يبيع بقيمته أم بأكثر أو بأقل بقدر يتغابن الناس بمثله. وهذا كله على قول الضمان.

أما على قول العارية فيرجع بقيمته إن يبيع بها أو بأقل، كذا بأكثر عند الأكثرين؛ لأن العارية بها تضمن. وقيل: يرجع بما يبيع به؛ لأنه ثمن ملكه^(٦).

الثالثة: إن خالف الراهن المستعير شروط المعير بأن رهنها بأكثر أو بأقل مما حدده له

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق.

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي، ١٤٠/٦، ١٣٩.

(٤) الدردير، الشرح الصغير، ١١١/٢.

(٥) الشربيني، معنى المحتاج، ١٢٥/٢.

(٦) الشربيني، معنى المحتاج، ١٢٥/٢، ١٢٥، ١٢٦.

أو رهنه لاثنتين لا لوحد وهكذا^(١).

وقال الحنابلة: يضمن الراهن العارية المعدة للرهن في الحالات التالية^(٢):

أولاً: إذا خالف شروط المعير عند العقد بأن رهنها بأكثر مما أذن له فيه، أو خالف في الأجل، أو الوصف، أو القدر.

ثانياً: إذا بيعت العارية (الرهن) في حال عدم سداده للدين. فإن عليه مثلها إن كانت من المثليات، أو بأكثر الأمرين: القيمة أو ما بيعت به إن لم يكن من المثليات. وذلك لأنه إن بيع بأقل من قيمته لزم الراهن النقص، وإن بيع بأكثر من قيمته كان الثمن كله للمالك.

ثالثاً: إذا تلفت العارية المعدة للرهن ولو بغير تعد من الراهن (المستعير) أو تفريط؛ لأنه ضامن مطلقاً، بخلاف المرتهن فلا يضمن بغير تعد أو تفريط. وإن قضى المعير عن الراهن الدين سواءً بإذنه أو بغير إذنه ناوياً الرجوع عليه، رجع عليه بما قضاها^(٣).

المبحث الثالث

التتابع في عقد الوكالة

المطلب الأول: تعريف الوكالة لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف الوكالة لغة :

الوكالة اسم لفعل وكل الأمر له، أو وكله على الأمر. ووكيل الرجل: الذي يقوم مقامه في تنفيذ أمره.

وسمي وكيلاً؛ لأن موكله قد وكل إليه القيام بأمره فهو موكل إليه الأمر^(٤).

ثانياً: تعريف الوكالة اصطلاحاً:

الوكالة في الاصطلاح الفقهي: (تفويض الغير مقام النفس في تصرف جائز معلوم)^(١).

(١) المرجع السابق، ١٢٥/٢.

(٢) الهوتى، كشف القناع، ٣٢٣، ٣٢٤/٣.

* وذلك أن المستعير عند الحنابلة يده يد ضمان لا يد أمانة.

(٣) المرجع السابق، ٣١٠/٣.

(٤) ابن منظور، لسان العرب، ٣٨٨/١٥.

المطلب الثاني: أحكام التتابع في عقد الوكالة:

الفرع الأول: توكيل الوكيل لغيره*:

الأصل في تصرفات الوكيل أن تكون وفق عقد الوكالة، وفي حدود ما أذن الموكل للوكيل بفعله، ومن هنا فإن تصرفات الوكيل يغلب عليها التضييق عموماً، بخلاف تصرفات المضارب فيغلب عليها التوسع والإجازة نظراً للاختلاف في طبيعة كل من العقدين. وسيأتي الكلام عن تصرفات المضارب في موضعه .

ولا تعدو تصرفات الوكيل بتوكيل غيره الحالات التالية:

الأولى: أن ينهى الموكل عن التوكيل. فلا يجوز له ذلك بلا خلاف؛ لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه فلم يجز له، كما لو لم يوكله^(١)؛ ولأن الوكيل يتصرف بأمر الموكل في حدود ما أذن له فيه فإن تصرف على نفيض الإذن أو الشرط، فقد خرج عن كونه وكيلاً.

الثانية: أن يأذن له في التوكيل فيجوز له ذلك؛ لأنه عقد أذن له فيه فكان له فعله كالتصرف المأذون فيه. وهذا مما لا خلاف فيه أيضاً^(٢).

الثالثة: أن يطلق الموكل، فلا يأذن للوكيل أن يوكل غيره، ولا ينهاه عن ذلك.

وهذه الحالة الأخيرة هي التي تكلم الفقهاء في حكمها بشيء من التفصيل، وفيما يلي سأعرض لأرائهم مذهباً مذهباً ثم أجمعها ملخصة بتوفيق الله تعالى.

الحنفية: منع الحنفية الوكيل أن يوكل غيره إلا بإذن الأمر، أو قوله له (اعمل برأيك)؛ لأن الوكالة تصرف مستفاد من جهة الغير فيتقيد بأمر الأمر .

- ولكنهم أجازوا أن يوكل غيره في الحالات التالية:

١- إذا قام الوكيل الثاني بالعقد بحضور الوكيل الأول فأجازه الأول جاز؛ لأن مقصود الموكل حضور رأي الوكيل وقد حصل به. كذا لو عقد الوكيل الثاني بحضور الوكيل الأول جاز من غير إجازة منه؛ لأن المقصود هو حضور رأيه وقد حصل بنفس العقد بإذنه^(٣).

(١) الزيلعي، تبيين الحقائق، ٢٥٤/٤.

* يلاحظ في عقد الوكالة انه لا يوجد تتابع غير متشابه، إذ أن مضمون عقد الوكالة لا يسمح بمثل هذا، فإن الوكيل لا يمكن له أن يعقد عقداً على الوكالة يكون فيه المحل واحداً وهو ذات الوكالة الأولى، لذا فإن التتابع الممكن في عقد الوكالة هو التتابع المتشابه وهو توكيل الوكيل لغيره.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥٦٠، ٥٧/٥.

(٣) المرجع السابق، الجزء والصفحة نفسها.

٢- إذا قدر الوكيل الأول الثمن للوكيل الثاني جاز العقد في غيبته؛ لحصول المقصود باستعمال رأيه في تقدير الثمن، والمقصود من الوكالات هو الاسترباح عادة وقد حصل بتقدير الثمن^(٢).

٣- إذا وكل غيره فيما ترجع الحقوق فيه إلى الوكيل، فله التوكيل بلا إذن؛ لكونه أصلاً فيها، ولذا لا يمكن نهيه عنها^(٣).

٤- إذا وكل الوكيل بقبض الدين من في عياله فدفعت المديون إليه فإنه يبرأ؛ لأن يده كيده^(٤).

المالكية: منع المالكية الوكيل أن يوكل غيره إلا في الحالات التالية:

١- أن يكون مفوضاً، أي قال له الوكيل (اعمل برأيك) فله أن يوكل غيره. وهذا مما لا خلاف فيه كما أسلفنا.

٢- إذا كان غير مفوض، وكان العمل الموكل به مما لا يليق به تعاطيه، ولا يليه عادة. وفي هذا تفصيل:

□ أن علم الموكل بأنه لا يلي ذلك بنفسه فليس له أن يوكل.

□ وإن لم يعلم بذلك: فإن كان مشهوراً قد عرف عند الناس أنه لا يلي ذلك بنفسه فله ذلك.

□ وإن لم يكن مشهوراً بذلك: فرضاه بالوكالة يدل على أنه المتولي حتى يعلم رب المال أنه لا يتولى^(٥).

الشفافية: قالوا: لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره بلا إذن؛ لأن المالك لم يرض بتصرف غيره، ولا ضرورة لذلك^(٦).

ولكنهم أجازوا للوكيل أن يوكل غيره - ولو بغير إذن مسبق - في الحالات التالية:

١- إذا كان لا يحسن ما وكل فيه ولا يتقنه، فله أن يوكل غيره .

٢- إذا كان الأمر أو العمل الموكل فيه لا يليق بمثله، فله أن يوكل غيره.

(١) الزبيعي، تبيين الحقائق، ٢٥٤/٤، ٢٧٦/٤. هذا وقد منع الحنفية الوكيل من توكيل غيره في كل أنواع الوكالة إذا لم يكن هناك إذن أو تفويض، ويشمل هذا التوكيل بالبيع والشراء، وبالوكالة بالخصومة، وتقاضي الدين إلا ما ذكرنا في الحالة الرابعة، وكذا التوكيل بالطلاق والعناق. انظر: الزبيعي، تبيين الحقائق، ٢٧٧/٤، ٢٧٦. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٢٣٤/٨.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: المراجع السابقة.

(٥) الخطاب، مواهب الجليل، ٢٠٢/٥.

(٦) الشربيني، معني المحتاج، ٢٢٦/٢، النووي، روضة الطالبين، ٣١٣/٤.

٣- إذا كثر عليه العمل فيه، فله أن يوكل غيره. ولكن اختلفوا في المقدار الذي يجوز له التوكيل فيه:

□ فالمذهب: أن يوكل فيما زاد عن الممكن له فعله.

□ وقيل: يوكل في الجميع. فمن ملك التوكيل في الجزء ملكه في الكل^(١).

الحنابلة: إذا أطلق الموكل الوكالة ولم يأذن ولم ينفه فلا يخلو من أقسام ثلاثة:

أحدها: أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله؛ كالأعمال الدنية في حق أشرف الناس المترفعين عن فعلها عادة، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه، أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه؛ لأنه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه^(٢).

الثاني: أن يكون مما يعمله بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله لكثرتهم وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً؛ لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل فجاز التوكيل في فعل جميعه، كما لو أذن التوكيل بلفظه.

وقال القاضي: "عندي أنه إنما له التوكيل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه؛ لأن التوكيل إنما جاز للحاجة، فاخص بما دعت إليه الحاجة، بخلاف وجود إذنه فإنه مطلق"^(٣).
الثالث: ما عدا هذين القسمين: وهو ما يمكن عمله بنفسه ولا يترفع عنه، فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين:

إحداها: لا يجوز، نقلها ابن منصور.

لأنه لم يأذن له التوكيل ولا تضمنه إذنه فلم يجز كما لو نهاه، ولأنه استئمان فيما يمكنه النهوض فيه فلم يكن له أن يوكله فيما لم يأمنه عليه^(٤).

والأخرى: يجوز. نقلها حنبل، وبه قال ابن أبي ليلى، إذا مرض أو غاب؛ لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة، كالمالك^(٥).

(١) المرجعان السابقان.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥/٥٧.

(٣) المرجع السابق.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥/٥٧.

(٥) المرجع السابق.

□ قال ابن قدامه: "والأول أولى. ولا يشبه الوكيل المالك، فإن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف يشاء، بخلاف الوكيل"^(١).أ،هـ.

وبعد هذا العرض لآراء المذاهب الأربعة في هذه المسألة أخصها فيما يلي:

أولاً: اتفق الفقهاء الأربعة على أن الوكيل يجوز له أن يوكل غيره إذا أذن له الموكل أو قال له اعمل برأيك.

ثانياً: واتفقوا كذلك على أنه لا يجوز للوكيل أن يوكل غيره إذا نهاه الموكل عن ذلك صراحة.

ثالثاً: واختلفوا فيما إذا أطلق الموكل الوكالة فلم يأذن ولم ينه، بين موسع ومضيق.

□ فقال المالكية والشافعية والحنابلة: أنه يجوز له أن يوكل غيره إذا كان العمل مما لا يليق بمثله القيام به عادة.

□ واتفقوا كذلك على أنه يجوز له التوكيل إذا كان العمل مما لا يحسنه الوكيل.

أما الحنفية فلم يذكروا هاتين الحالتين .

□ وقال الشافعية والحنابلة: إذا كثر على الوكيل العمل فله أن يوكل غيره. واختلفوا في ذلك على التفصيل المذكور آنفاً.

□ ولم يذكر الحنفية والمالكية هذه الحالة.

□ وقال الحنفية: يجوز للوكيل أن يوكل غيره ولو بدون إذن مسبق من الموكل، في الحالات التالية:

١- إذا عقد الوكيل الثاني بحضور الوكيل الأول فأجازه أو سكت.

٢- إذا قدر الوكيل الأول للوكيل الثاني الثمن.

٣- إذا وكله فيما ترجع الحقوق فيه إلى الوكيل.

٤- إذا وكله بقبض الدين إلى من في عيال الوكيل.

وهذه الحالات الأربعة التي ذكرها الحنفية لم يذكرها أصحاب المذاهب الأخرى، وهذا مما يغني الفقه الإسلامي ويثريه، فنرى هنا أن تعدد المذاهب الفقهية كان له الأثر الإيجابي على

(١) المرجع السابق.

الفقه الإسلامي، وإغنائه بالأراء التي قد تصلح لزمان دون آخر، أو مكان دون آخر، فاختلاف الفقهاء، في مثل هذا، رحمة للأمة ولا ريب.

▪ رأيي في المسألة:

فيما يلي أبين رأيي في ما قاله الفقهاء:

أولاً: الحق فيما اتفق عليه الفقهاء سواءً في مسألة الإذن أو المنع مما لا ينبغي الخلاف فيه؛ لما أسلفنا من أن الوكيل نائب عن الموكل فلا يجوز له أن يخالفه فيما أمره أو نهاه بشأن التوكيل.

ثانياً: أما ما اختلفوا فيه من إطلاق أو تقييد للوكيل: فإن الوكيل إذا كان لا يلي ذلك عادة، وهذا معلوم لدى الناس ولدى الموكل، فإن له أن يوكل غيره، وكذا إذا كان لا يحسنه، أو كثر عليه العمل، ولكني أرى أن يُعلم الوكيل الموكل أنه سيوكل غيره، وهذا أفضل لقطع النزاع مع العلم أن وسائل الاتصال في هذا الزمان سهلة متيسرة بخلاف الحالة التي كانت عليه أيام إصدار الفتاوى آنفة الذكر.

ثم إن ما قاله الحنفية صحيح، إذا قام الوكيل الثاني بالعقد أمام الأول فأجازره أو سكت عنه، مع عدم وجود مانع لسكوته.

وكذلك إذا وكله فيما يعود فيه الحقوق إلى الوكيل فهو أولى بالتوكيل إذ الحق له، أما الوكيل بالقبض إذا وكل أحدًا من عياله أو خدمه، فهذا فيه نظر: إذ أن أمر الدَّين يتطلب الاستيثاق، والموكل إنما ائتمن الوكيل لا غيره على الدين . ولعل قائلًا يقول: أننا أجزنا أن يضع المودع عنده الوديعة عند عياله أو زوجته الموثوقين. فنقول: إن الوديعة أمرها مختلف، فهي عادة تحفظ في بيت المودع عنده وعند أولاده وزوجته وخدمه، بخلاف الوكيل بقبض الدين فيجب عليه الاحتياط في ذلك وعدم توكيل أحد لم يأمره أو يأذن له الموكل بتوكيله، حتى لو كان من عياله.

الفرع الثاني: عزل الوكيل الثاني وانعزاله:

يمكن حصر هذه المسألة في الحالات التالية:

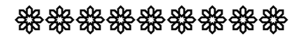
الحالة الأولى: إذا أذن الموكل للوكيل صراحة أن يوكل غيره أو قال له: (اعمل برأيك)

أو قال: (وكل عن نفسك). ففي هذه الحالة:

- لا ينعزل الوكيل الثاني بعزل الأول له أو بموت الأول؛ لأن الوكيل الثاني وكيل عن الموكل لا عن الأول؛ لأن الوكيل اكتسب حق التوكيل الثاني من الموكل، فكان الثاني وكيلاً عن الأصل لا عن الفرع.
- وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والحنابلة وهو قول عند الشافعية^(١). وفي قول آخر عندهم: أنه ينعزل بعزل الأول له أو انعزاله بسبب من أسباب الانعزال؛ كالموت والجنون^(٢).
- ينعزل الثاني بعزل الموكل الأصلي له أو عزله للأول؛ لأنهما فرع عن الأصل، وكذا إذا مات الموكل^(٣)، وهذا مما لا خلاف فيه.
- الحالة الثانية: إذا وكل الوكيل، في الوكالة المطلقة عن الإذن أو المنع، غيره في الحالات التي أجاز له التوكيل فيها، فإنها تأخذ حكم ما لو أذن له أن يوكل غيره.

الفرع الثالث: الضمان في حال تتابع التوكيل:

- الأصل أن يد الوكيل يد أمانة فلا ضمان عليه فيما تلف من ثمن ومثمن وغيرها، إذا كان هذا التلف بغير تفريط ولا تعد منه، سواء أكانت الوكالة بأجر أم بغير أجر^(٤).
- ولكن إن تعدى في عين ما وكل فيه كان ضامناً^(٥).
- ومن أشكال التعدي في الوكالة أن يوكل غيره بغير إذن الموكل، فإن وكل الوكيل غيره مع نهي الموكل له كان ضامناً للثمن أو غيره مما وكل فيه؛ لأنه كالغاصب.
- وإن وكل الوكيل غيره ولو لم ينهه الموكل عن التوكيل ولكن في غير الحالات التي يسمح له بالتوكيل فيها عرفاً، وقد بينها سابقاً، فإنه يعتبر كذلك غاصباً متعدياً فعليه الضمان.
- فإذا خالف الوكيل شروط الموكل فهو ضامن، وإذا خالف الوكيل مقتضى عقد الوكالة الذي يسمح به العرف فهو ضامن؛ وذلك لأن من القواعد الفقهية المشهورة: أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.



- (١) انظر: ابن عابدين، حاشية رد المختار، ٢٣٤/٨، الخطاب، مواهب الجليل، ٢٠٢/٥. الشريبي، مغني المحتاج، ٢٢٦/٢. النووي، روضة الطالبين، ٣١٣/٤. ابن قدامة، المغني، ٥٨/٥.
- (٢) الشريبي، مغني المحتاج، ٢٢٦/٢. النووي، روضة الطالبين، ٣١٣/٤.
- (٣) المراجع السابقة.
- (٤) الكوهجي، زاد المحتاج، ٢٥٩/٢. الحجاوي، الاقناع، ٢٤٦/٢. النووي، روضة الطالبين، ٣٢٥/٤.
- (٥) الكوهجي، زاد المحتاج، ٢٥٩/٢.

وإذا علم الوكيل الثاني بالتعدي ضمن، وإن لم يعلم فلا ضمان عليه^(١).

المبحث الرابع

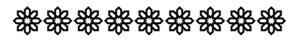
التتابع في عقد الرهن

المطلب الأول: تعريف الرهن لغةً واصطلاحاً:

أولاً: تعريف الرهن لغةً: الرهن في اللغة: مطلق الحبس. قال تعالى: ﴿ كل نفس بما كسبت رهينة ﴾^(٢).

والرهن ما يوضع عند الإنسان مما ينوب مناب ما أخذ منه. وجمعه: رهون، ورهان ورهن، بضم الهاء^(٣).

ثانياً: تعريف الرهن اصطلاحاً: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاءه ممن هو عليه^(١).



(١) الخطاب، موهب الجليل، ٢٠٢/٥.

(٢) سورة المدثر، آية ٣٨.

(٣) ابن منظور، لسان العرب، ١٣//١٨٩، ١٨٨.

المطلب الثاني: أحكام التتابع في عقد الرهن:

سيكون الكلام تحت هذا العنوان حول التتابع المتشابه والتتابع غير المتشابه في العقود التي تكلم الفقهاء بشأنها والتي يمكن فيها التتابع. وأحكام التتابع في عقد الرهن ذات طابع خاص، فهي تتسم بالتداخل والتعقيد بعض الشيء، وتحتاج إلى دقة في الفهم والتفريق، لذا فإن التفصيل فيها تحت عناوين فرعية دقيقة خير من الإجمال تحت عناوين تتداخل فيها الأحكام، كما هو موجود في معظم كتب الفقه القديمة.

يقسم التتابع في أحكام الرهن إلى قسمين رئيسيين:

الأول: التتابع المتشابه.

الثاني: التتابع غير المتشابه.

الفرع الأول: أحكام التتابع المتشابه في عقد الرهن:

- المقصود بالتتابع المتشابه في عقد الرهن: أن يقوم الراهن أو المرتهن برهن العين المرهونة سواء بإذن الآخر أو بغير إذنه.
- وإليك تفصيل هذه الأحكام:
- ١- رهن الراهن العين المرهونة بعد العقد وقبل القبض:
- إذا تصرف الراهن بالعين المرهونة فرهنها قبل أن يقبضها المرتهن بعد أن تم عقد الرهن بينهما، فهل يؤثر هذا التصرف في عقد الرهن، أم لا؟
- قبل الإجابة عن ذلك لابد من النظر في رأي الفقهاء في مسألة قبض الرهن: هل هو شرط لصحة عقد الرهن ولزومه أم لا؟ وذلك لأن تصرف الراهن مرتبط بذلك بشكل عضوي لا انفكاك فيه.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن القبض شرط للزوم عقد الرهن. وهو قول جمهور العلماء من الحنفية

(١) هذا تعريف الحنابلة للرهن، انظر: ابن قدامة، المعنى، ٢١٥/٤.

والشافعية والحنابلة^(١)، وقالوا: (لا يلزم عقد الرهن إلا بالقبض؛ لقوله تعالى: ﴿فرهان مقبوضة﴾ وصفها بكونها مقبوضة؛ ولأنه عقد ارفاق يفتقر إلى القبول فافتقر إلى القبض؛ ولأنه رهن لم يقبض فلا يلزم إقباضه، كما لو مات الراهن. ولا يشبه البيع فإنه معاوضة وليس بارفاق^(٢)).

١- القول الثاني: وهو قول المالكية، وذهبوا إلى أن القبض ليس بشرط لزوم للرهن^(٣)، ولكنه شرط تمام^(٤).

وبناء على ما سبق فإن الراهن إذا رهن العين المرهونة ثانية قبل إقباضها بطل الرهن الأول سواء قبض الرهن الثاني أو لم يقبضه؛ لأنه أخرجه عن إمكان استيفاء الدين من ثمنه، أو فعل ما يدل على قصده ذلك^(٥).

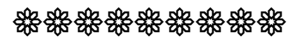
هذا هو نص كلام الحنابلة. ويمكن تخريج هذا الحكم على أقوال المذاهب التي تعتبر القبض شرطاً في لزوم عقد الرهن؛ لاتحاد علة المنع المذكورة آنفاً.

٢- رهن الراهن العين المرهونة بعد العقد وبعد القبض:

إذا قبض المرتهن العين المرهونة فهل يحق للآخر أن يرهنها ثانية سواء من المرتهن أو من غيره، هذا ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

أ- رهن الراهن العين المرهونة من غير المرتهن بغير إذنه:

لا يجوز للراهن أن يرهن العين المرهونة ثانية من غير المرتهن إذا لم يأذن له بذلك؛ وذلك لأنه رهن ما لا يصح بيعه، وكل ما لا يصح بيعه فلا يصح رهنه؛ ولأن مقصود الرهن استيفاء الدين من ثمنه، وما لا يجوز بيعه، كالعين المرهونة لا يمكن ذلك فيه؛ ولأنه تصرف



(١) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٣٧/٦، النووي، منهاج الطالبين، ٥٥/١، ابن قدامة، المغني، ٢١٦/٤.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٢١٦/٤.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٢٣١/٣.

(٤) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٠٦/٢.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٢١٧/٤.

يبطل حق المرتهن من الوثيقة فلم يصح بغير إذن المرتهن كفسخ الرهن؛ ولأنها عين محبوسة فلم يكن للمالك الانتفاع بها^(١).

ب- إذا رهن الراهن الرهن ثانياً من المرتهن:

إذا رهن الراهن العين المرهونة ذاتها بدين آخر من المرتهن عليه بأن قال الراهن للمرتهن: زدني مالا ويكون الرهن الذي عندك رهناً به وبالدين الأول، فهل يصح هذا التصرف أم لا؟
اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: أن العقد الثاني باطل. وذهب إليه الحنابلة والشافعي في الجديد، وقالوا: إنها عين مرهونة فلا يجوز رهنها بدين آخر، كما لو رهنها عند غير المرتهن^(٢).

القول الثاني: جواز العقد الثاني. وذهب إليه المالكية والشافعي في القديم، وقالوا: إن الرهن وثيقة بحق، فإذا كان فيه فضل جاز أن يشغل بحق آخر مع الأول^(٣).

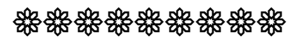
▪ الترجيح:

والذي أراه أن رهن العين المرهونة بدين آخر على المرتهن ذاته جائز؛ إذ أن الرهن إنما شرع للتيسير على الناس في معاملاتهم المالية، وتسهيل تداول القروض الحسنة بينهم، والعقد شريعة المتعاقدين، كما هو معلوم، وطالما أن المرتهن قد رضي بأن يكون الرهن ذاته وثيقة لدينين اثنين على الراهن المدين فلا أرى بأساً بإجازة العقد الثاني إذ أن العقد الثاني لم يجبر عليه المرتهن بل تم باختياره ورضاه ولو لم يرض لم يتم. والله أعلم.

ج- رهن الراهن العين المرهونة عند غير المرتهن بإذنه:

سبق وبينا أن الراهن لا يجوز له أن يرهن العين المرهونة عند غير المرتهن بغير إذنه؛ وذلك لأسباب بينهاها آنفاً.

أما إذا رهن العين المرهونة بإذنه فيجوز الرهن الثاني ولكن هل يبقى الرهن الأول على حاله.



(١) انظر البهوتي، كشف القناع، ٣/٣٣٤، ابن قدامه، المغني، ٤/٢٣٦. الشريبي، مغني المحتاج، ٢/١٢٨-١٣١. النووي، منهاج الطالبين، ١/٥٥.

(٢) ابن قدامه، المغني، ٤/٢٢٧. الشريبي، مغني المحتاج، ٢/١٢٨، ١٢٧.

(٣) العبدري، التاج والإكليل، ٥/٦، الشريبي، مغني المحتاج، ٢/١٢٨.

إن الرهن الثاني إن صح فإن الأول يبطل تلقائياً؛ وذلك لأن المرتهن لما أذن للراهن أن يرهن العين من غيره فقد رضي بذهاب الوثيقة (وهي الرهن)، وبقاء أصل الدين^(١).
لذلك فإن الرهن الثاني يصح، والأول يبطل. فلا يجوز أن يكون الشيء ذاته رهناً لدينين عند شخصين مختلفين، سيما وإن الحنابلة والشافعية في الجديد قد منعا أن يكون الرهن ذاته وثيقة لدينين على الراهن عند نفس المرتهن، فإذا تعدد المرتهنون أصبح المنع اشد. والله أعلم.

٣- رهن المرتهن العين المرهونة بعد العقد وبعد القبض:

أ- رهن المرتهن العين المرهونة بغير إذن الراهن:

لا يجوز للمرتهن أن يرهن العين المرهونة؛ لأنها ليست ملكاً له في رهنها. وكل ما لا يصح بيعه فلا يصح رهنه؛ لأن مقصود الرهن استيفاء من ثمنه وما لا يجوز بيعه لا يجوز فيه ذلك؛ ولأن الراهن لم يرض بحبس غيره للعين^(٢).

فإن قام المرتهن برهن المرهون دون إذن الراهن فللراهن أن يبطل الرهن الثاني ويعيده إلى يد المرتهن الأول؛ لأن الرهن الثاني لم يصح^(٣).

ب- رهن المرتهن العين بإذن الراهن:

إذا أذن الراهن للمرتهن أن يرهن العين عند الغير جاز الرهن الثاني، وبطل الرهن الأول.

أما جواز الرهن الثاني؛ فلأن المانع من الجواز قد زال بإذن الراهن الأول. فإن جاز الثاني بطل الأول ضرورة، وصار كأن المرتهن استعار مال الراهن الأول ليرهنه بدينه^{(٤)*}.

الفرع الثاني: أحكام التتابع غير المتشابه في عقد الرهن:

يقصد بالتتابع غير المتشابه في عقد الرهن: أن يقوم أحد المتعاقدين (الراهن والمرتهن) بإجراء عقد مالي آخر على ذات المحل المعقود عليه في عقد الرهن؛ وهو العين المرهونة كأن يبيعه، أو يهبه، أو يؤجره، أو غير ذلك من العقود.



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١٤٧.

(٢) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١٤٧.

(٣) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١٤٧.

(٤) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١٤٨، ابن قدامة، المعني، ٤/٢٢٧.

* مرت مسألة (استعار الشيء ليرهنه) في مبحث التتابع في الإعارة.

والعقود التي يمكن إجراؤها كثيرة لكننا سنتعرض لأهمها بإذن الله تعالى:

١- التصرفات غير المتشابهة التي يقوم بها الراهن بعد قبض المرتهن للعين المرهونة:
أ- الهبة والوقف: لا يجوز للراهن أن يهب العين المرهونة أو يقفها دون إذن المرتهن؛ لأنه تصرف يبطل حق المرتهن من الوثيقة؛ ولأنها عين محبوسة فلا يجوز للمالك الانتفاع بها^(١).

فإن فعل الراهن ذلك: بأن وهب، أو تصدق، أو وقف العين المرهونة دون إذن فللمرتهن إبطال التصرف الثاني، وإرجاع العين رهناً كما كانت. وله أن يجيز التصرف ويبطل الرهن، كما سيأتي^(٢).

ب- البيع:

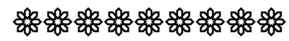
١- بيع الراهن العين المرهونة بغير إذن المرتهن:
لا يجوز للراهن أن يبيع العين المرهونة دون إذن المرتهن؛ لأن في ذلك إبطال حق من الوثيقة (كما مر في الهبة والوقف)^(٣).
ولو باعه توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن، فإن أجاز جاز^(٤).

٢- بيع الراهن العين المرهونة بإذن المرتهن:
يجوز للراهن أن يبيع العين المرهونة إذا أذن له المرتهن بذلك، لأنه صاحب الحق في احتباس العين.

ولكن هل يكون ثمن الرهن رهناً، أم لا؟

اختلفت كلمة الفقهاء في ذلك على النحو التالي:

قال الحنفية: إذا باع الراهن العين المرهونة وأجاز المرتهن البيع كان الثمن رهناً، سواء اشترط المرتهن كون الثمن رهناً عنده الإجازة، أم لا. وهذا هو ظاهر الرواية.



(١) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٦/٦، ابن قدامة، المغني، ٢٣٦/٤، البهوتي، كشاف القناع، ٣٣٤/٣، الشربيني، مغني المحتاج، ١٣٠/٢. النووي، منهاج الطالبين، ٥٥/١.

(٢) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٧/٦، ابن قدامة، المغني، ٢٣٦/٤.

(٣) المراجع السابقة، وانظر أيضاً: العبدري، التاج والإكليل، ١٣/٥، التعليق، ٤٢١/٢.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٦/٦، الدر المختار، ٥٠٨/٦.

وعن أبي يوسف: لا يكون رهناً إلا بشرط؛ لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة بل المرهون هو المبيع، وقد زال حقه عنه بالمبيع، إلا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهوناً فلم يرض بزوال حقه إلا ببديل وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلاً.

ووجه ظاهر الرواية: أن الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه. وبه تبين أنه ما زال حقه بالمبيع؛ لأنه زال إلى خلف والزائل إلى خلف قائم معنى، فيقام الخلف مقام الأصل. وسواء قبض الثمن من المشتري أو لم يقبضه؛ لأنه يقوم مقام ما كان مقبوضاً^(١).

وقال المالكية: إذا أجاز المرتهن بيع الراهن عجل للمرتهن حقه، شاء الراهن أو أبي^(٢).

وقال الشافعية: إذا أذن المرتهن للراهن بيع الرهن وكان الدين حالاً قضى المرتهن حقه من ثمنه، وحمل إذنه المطلق على البيع في غرضه.

وإذا أذن له بالمبيع بشرط أن يكون ثمنه رهناً فلا يصح في الأظهر عندهم؛ وذلك لفساد الشرط بجهالة الثمن عند الإذن.

والقول الثاني (وهو الأضعف): يصح البيع، ويلزم الراهن الوفاء بالشرط، ولا تضر الجهالة في البديل؛ لأن الرهن قد ينتقل من العين إلى البديل شرعاً^(٣).

وقال الحنابلة: إذا أذن المرتهن للراهن ببيع الرهن فلا يكون ثمنه رهناً إلا في حالتين:

الأولى: أن يكون الإذن بالبيع بعد حلول أجل الدين.

الثانية: أن يشترط المرتهن عند الإذن أن يكون الثمن رهناً، فيصح البيع والشرط.

أما إذا أذن له البيع بدونهما فيبطل الرهن بالمبيع؛ لخروجه عن ملك الراهن بإذن المرتهن، ولا يكون ثمنه رهناً مكانه؛ لعدم اشتراطه، وحلول الدين^(٤).

▪ الترجيح:

أن المرتهن إذا أذن للراهن بالمبيع مطلقاً عن الاشتراط، فهذا يعني إبطال حقه في الرهن أو بدله وهو الثمن؛ لأنه لم يشترط أن يكون الثمن رهناً. أما إذا اشترط عند الإذن فالمسلمون عند شروطهم، فيكون الثمن رهناً مكانه. وكذلك إذا أذن له بالمبيع بعد حلول أجل الدين فإنه يأخذ

❀❀❀❀❀❀❀❀

(١) المرجعان السابقان.

(٢) العبدري، الناج والإكيل، ١٣/٥.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، ١٣٣/٢.

(٤) البهوتي، كشف القناع، ٣/٣٣٧، ٣٣٨.

حقه من ثمن المبيع؛ لحلول الأجل، فإن الرهن محتبس لحق المرتهن، فإذا أذن له في بيعه بعد حلول أجل الدين فهو أحق الناس بثمنه لسداد دينه. والله أعلم.

د- تأجير الراهن العين المرهونة، وإعارتها بغير إذن المرتهن:

ليس للراهن أن يؤجر العين المرهونة، أو يعيرها بغير إذن المرتهن؛ وذلك لفوات حقه من الوثيقة وهي الدين؛ ولما ذكرناه في البيع، والهبة، والوقف بغير إذن المرتهن^(١).

هـ- تأجير الراهن العين المرهونة، أو إعارتها بإذن المرتهن:

أ- تأجير الراهن العين المرهونة، أو إعارتها للمرتهن:

- قال الشافعية والحنابلة: يجوز للراهن أن يؤجر العين المرهونة للمرتهن، ويستمر الرهن على حاله^(٢).

واشترط الحنابلة أن يكون الاستئجار بأجرة المثل من غير محاباة^(٣).

ولم أجد لغيرهم من الفقهاء قولاً في هذه المسألة.

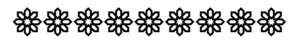
ب- تأجير الراهن العين المرهونة، أو إعارتها لغير المرتهن:

أولاً: الحنفية: فرق الحنفية بين إجارة الراهن للعين المرهونة، وإعارتها.

- أما الإجارة فقالوا: إذا أذن المرتهن للراهن بتأجير العين المرهونة، أو أجاز التأجير لاحقاً صح عقد الإجارة وبطل عقد الرهن ضرورة، والأجرة للراهن؛ لأنها بدل منفعة مملوكة له، ولا تكون الأجرة رهناً؛ لأن الأجرة بدل المنفعة والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهوناً.

- أما بطلان عقد الرهن حال جواز عقد الإجارة فعلموه: بأن عقد الإجارة عقد لازم لا ينفرد أحد العاقدين بفسخه، وعقد الرهن كذلك، فلا بد عند إجازة عقد الإجارة أن ينتهي عقد الرهن ضرورة.

- وأما الإعارة فيجوز للراهن أن يعير بإذن المرتهن، ولا يبطل الرهن، ولكن يبطل ضمانه؛ وذلك لأن الإعارة عقد غير لازم؛ لأن للمعير ولاية الاسترداد في أي وقت شاء، فجوازها لا يبطل العقد، ولكن يبطل الضمان^(١).



(١) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٦/٦، البهوتي، كشف القناع، ٣٣٤/٣. ابن قدامة، المغني، ٢٣٦/٤.

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ١٣١/٢. ابن قدامة، المغني، ٢٥٠/٤.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٢٥٠/٤.

ثانياً: قال الشافعية: يجوز للراهن أن يؤجر العين المرهونة لغير المرتهن إذا حل أجل الدين بعدها أو مع انقضاء مدتها، إذا كان المستأجر ثقة؛ وذلك لانقضاء المحذور حالة البيع أو الهبة.

أما إذا حل الدين قبل انقضاء مدة الإجارة فلا يجوز؛ لأنها تنقص القيمة وتقلل الرغبات عند الحاجة للبيع. ويجوز أن يعير الراهن لغير المرتهن إذا كان المستعير مأموناً^(٢).

ثالثاً: الحنابلة: قالوا: إذا أذن المرتهن للراهن بتأجير العين المرهونة، أو إعارتها فهل تخرج عن كونها رهناً، على وجهين.

الأول: أنها تخرج عن كونها رهناً.

الثاني: لا تخرج عن كونها رهناً.

وانتصر ابن قدامة، رحمه الله، للقول الثاني وقال "أن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين واستيفاءه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الراهن، وهذا لا ينافي الانتفاع به، ولا إعارته فجاز اجتماعها كانتفاع المرتهن به؛ ولأن تعطيل منفعة المرهون تضييع للمال، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال. ولا نسلم بأن مقتضى الرهن الحبس، وإنما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة، وذلك غير مناف للانتفاع به"^(٣).

▪ المناقشة والترجيح:

والذي أراه أن كلام ابن قدامة، رحمه الله، دقيق في هذه المسألة؛ وذلك توسيعاً على الراهن في التصرف في ملكه وإن كان مرهوناً، فقد أذن له المرتهن بإجارته، أو إعارته فلا معنى لمنعه من ذلك.

ولكن ينبغي أن يؤخذ كلام الشافعية هنا بعين الاعتبار لأهميته؛ وذلك لأن العين المرهونة إذا أجزت وكانت مدة الإجارة أبعد من أجل الدين، أثر ذلك على عملية بيعها لإيفاء المرتهن حقه؛ لأن الرغبة بشراء عقار مأجور تقل عما إذا كان شاغراً.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٦/٦. الدر المختار، ٥١١/٦.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ١٣١/٢.

(٣) البهوتي، كشف القناع، ٣٣٤/٣. ابن قدامة، المغني، ٢٥١/٤-٢٥٤.

أما كلام الحنفية بأن لزوم عقد الإجارة ولزوم عقد الرهن يتنافيان فلا أرى له مكاناً، فإن العين المرهونة لو أجزت وكان العقد لازماً لا يعني هذا تنافياً مع عقد الرهن، فإن المؤجر يمكن بيعه واستيفاء الثمن (الدين) منه وهو حق المرتهن فلا ضياع لحق المرتهن، ولا تضيق على الراهن بمنعه من تأجير العين المرهونة بإذن مرتهنها.

٢- تصرفات المرتهن غير المتشابهة التي يقوم بها بعد قبض الرهن:

ونقصد بذلك أن يقوم المرتهن بالتصرف بالعين المرهونة تصرفاً عقدياً بعد قبضها، سواءً بإذن الراهن أو بدون إذنه. وأحكام هذه التصرفات هي ما سنبينه إن شاء الله تعالى.

أولاً: بيع المرتهن العين المرهونة وهبتها:

أ- بيع المرتهن العين المرهونة، أو هبتها بإذن الراهن:

قال الحنفية والشافعية وهو المفهوم من كلام الحنابلة: أنه يجوز للمرتهن أن يبيع العين المرهونة بإذن الراهن، ويصير الثمن رهنًا مكان العين، ولو هلك كان الهلاك على المرتهن^(١). وزاد الحنفية: أن المرتهن إذا وهب العين المرهونة بإذن الراهن جاز، وبطل الرهن^(٢). ولم أجد للمالكية قولاً في هذه المسألة.

وينبغي بيان أن المرتهن لو باع بغير إذن ثم أجاز الراهن جاز التصرف^(٣).

أ- بيع المرتهن العين المرهونة، أو هبتها بغير إذن الراهن:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة: إلى عدم جواز بيع المرتهن للعين المرهونة بغير إذن الراهن وذلك لما يلي:

* لأن الثابت للمرتهن حق حبس العين، أما ملكها فللراهن.

* لأن المرتهن يفوت على الراهن حقه في العين المرهونة^(٤).

ولم أجد للمالكية كلاماً في هذه المسألة.



(١) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٧/٦، ١٤٦، ابن عابدين، حاشية در المختار، ٥٠٨/٦، السمرقندي، تحفة الفقهاء، ٤٣/٣. البهوتي،

كشف القناع، ٣٣٦/٣. البهوتي، الروض المربع، ١٦٦/٢.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٧/٦.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) المراجع السابقة.

ثانياً: إجارة المرتهن للعين المرهونة:

أ- إجارة المرتهن للعين المرهونة بغير إذن الراهن:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز للمرتهن تأجير العين المرهونة بغير إذن الراهن؛ للأدلة المذكورة آنفاً^(١).

* ولم أجد للمالكية رأياً في المسألة.

ب- إجارة المرتهن العين المرهونة بإذن الراهن:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى جواز تأجير المرتهن للعين المرهونة بإذن الراهن.

ولكنهم اختلفوا: هل يبقى الرهن بعد تأجير العين المرهونة أم يبطل؟ على قولين:

- الأول: يبطل الرهن . وهو قول الحنفية والشافعية، وعللوا ذلك: بأن عقد الإجارة عقد لازم، فالإقدام عليه يكون فسخاً للرهن^(٢).

وزاد الحنفية: بأن الأجرة لا تكون بدلاً عن الرهن؛ لأن الأجرة هي بدل المنفعة والمنفعة ليست مرهونة، فالأجرة للراهن^(٣).

وقالوا كذلك: "ولو سلم (أي المرتهن) ثم استرده عاد رهناً كما كان؛ لأنه لما استرده فقد عاد للوفاق بعدما خالف، فأشبهه المودع إذا خالف في الوديعة ثم عاد إلى الوفاق. والأجرة للمرتهن ولكن لا يطيب له^(٤)؛ وذلك لأنه أخذه بطريق غير صحيح وهو إجارة العين بغير إذن. وهذه المسألة مختلف فيها عند الحنفية أنفسهم.

القول الثاني: لا يبطل، والأجرة رهن على الراجح^(٥).

قلت: ورأي الحنابلة قد يقبل في زمان علمائهم القدامى، إذ لم تكن الأجرة دائماً على شكل نقود، إذ كانت تعطى للمالك أحياناً على شكل ثمن عيني لا نقدي. أما في هذا الزمان فقد أصبح التعامل بالأعيان كثمن أمراً منتهياً، إلا في حالات نادرة لا حكم لها.

* ولم أعتز على رأي للمالكية في المسألة.

ثالثاً: إجارة المرتهن العين المرهونة:

(١) المراجع السابقة. وانظر ابن قدامة، المغني، ٢٥٤/٤.

(٢) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٧/٦. السمرقندي، تحفة الفقهاء، ٤٣/٣، ٤٢.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٧/٦.

(٤) المرجع السابق.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٢٥٤/٤.

- أ- إعاره المرتهن العين المرهونة بغير إذن الراهن:
- ذهب الحنفية والحنابلة وهو مضمون كلام الشافعية: أنه لا يجوز للمرتهن إعاره العين المرهونة بغير إذن الراهن؛ للأدلة المذكورة في الإجارة^(١).
- * ولم أجد للمالكية رأياً في المسألة.
- ب- إعاره المرتهن العين المرهونة بإذن الراهن:
- ذهب الحنفية وهو مضمون كلام الشافعية: إلى أنه يجوز للمرتهن إعاره العين المرهونة بإذن الراهن، ولا يبطل الرهن^(٢).
- وزاد الحنفية: بأن ضمان الرهن يبطل^(٣). وهذا راجع لرأيهم في أن العارية غير مضمونة إلا بالتعدي.

الفرع الثالث: مسائل في ضمان الرهن - حال هلاكه - بعد التتابع:

بيننا سابقاً أنه لا يجوز للراهن، أو المرتهن التصرف في العين المرهونة إلا بإذن من الآخر، فإن حصل الإذن - سابقاً على التصرف، أو بإجازة لاحقة - جاز التصرف. فإن هلكت العين المرهونة والحال هذه، فلا شيء على المتصرف؛ وذلك لحصول الإذن، فتكون يده أمانة لا يد ضمان، إلا إذا كان التصرف قد نقل العقد من عقد الرهن - واليد فيه يد أمانة -^(٤) إلى عقد آخر يد المتصرف فيه يد ضمان حتى لو لم يتعد أو يتجاوز، وذلك كنقل الرهن إلى الإجارة عند الحنابلة، فإن الإجارة عندهم مضمونة بكل حال حتى لو لم يتعد فيها المستعير.

أما إذا تصرف أحد طرفي عقد الرهن بالعين المرهونة بغير إذن الطرف الآخر فإن هذا التصرف يكون باطلاً.

فإذا كان التصرف من الراهن بعد العقد والقبض بغير إذن المرتهن فتصرفه باطل، ولا هلاك للعين في هذه الحالة؛ لأن العين المرهونة بحوزة المرتهن.

(١) المراجع السابقة.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٧/٦.

(٤) الرهن أمانة في يد المرهن، فإن تلف من غير تعد ولا تفریط من المرهن فلا شيء عليه، فإن تعدى أو فرط ضمنه، انظر: البهوتي،

الروض المربع، ١٦٨/٢.

أما إذا تصرف المرتهن بالعين بغير إذن الراهن فتصرفه يكون باطلاً كما أسلفنا. فإن هلكت العين بعد تصرفه فإنه يكون ضامناً، وكذا العاقد الذي تصرف المرتهن معه بغير إذن من الراهن. وقد نظرت في كتب الفقه للمذاهب الأربعة فلم أجد كلاماً في هذه المسألة، أعني مسألة هلاك العين المرهونة بتصرف من المرتهن بغير إذن الراهن، إلا عند الحنفية وفصلها صاحب البدائع، فقررت أن أنقلها إتماماً للفائدة.

المسألة الأولى: إذا هلك الرهن بعد رهن المرتهن له بغير إذن الراهن:

إذا هلك الرهن في يد المرتهن الثاني بعدما رهنه المرتهن بدون إذن الراهن قبل الإعادة إلى الأول، فالراهن الأول بالخيار؛ إن شاء ضمن المرتهن الأول، وإن شاء ضمن المرتهن الثاني، فإن ضمن المرتهن الأول جاز الرهن الثاني؛ لأنه ملكه المرتهن الأول بالضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه، ولو هلك في يد المرتهن الثاني يهلك بالدين، فكان ضمانه رهنًا؛ لأنه بدل المرهون. وإن ضمن المرتهن الثاني بطل الرهن الثاني، ويكون الضمان رهنًا على المرتهن الأول لكونه بدل المرهون. ويرجع المرتهن الثاني على المرتهن الأول بما ضمن وبدينه، أما الرجوع بالضمان؛ فلأنه صار مغروراً من جهته فيرجع عليه. وأما الرجوع بدينه؛ فلأن الرهن الثاني لم يصح فيبقى دينه عليه كما كان^(١).

المسألة الثانية: بيع المرتهن الرهن وهلاك الثمن:

إذا باع المرتهن الرهن بإذن الراهن وهلك الثمن كان الهلاك على المرتهن^(٢).

المسألة الثالثة: هلاك الرهن في يد الموهوب له أو المتصدق عليه:

إذا تصرف المرتهن بالعين المرهونة بالهبة، أو الصدقة بغير إذن الراهن وهلكت العين في يد الموهوب له أو المتصدق عليه قبل الإجازة (من الراهن) فالراهن بالخيار: إن شاء ضمن المرتهن، وإن شاء ضمن الموهوب له والمتصدق عليه، وأيهما ضمن لا يرجع بالضمان على صاحبه. أما المرتهن فلا شك فيه (أي عدم رجوع المتصدق عليه أو الموهوب له عليه)؛ لأنه ملك المرهون بالضمان فتبين أنه وهب أو تصدق بملك نفسه. وأما الموهوب له والمتصدق



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/١٤٨، ١٤٧.

(٢) المرجع السابق، ٦/١٤٦.

عليه؛ فلأن الرجوع بالضمان بحكم الغرور وأنه لا يتحقق في الهبة والصدقة بخلاف البيع والإجارة^(١).

المسألة الرابعة: هلاك الرهن بعد تأجيله من قبل المرتهن بغير إذن الراهن:

إذا أجر المرتهن العين المرهونة بغير إذن الراهن وسلمه إلى المستأجر فهلك في يده فالراهن بالخيار، إن شاء ضمن المرتهن قيمته وقت التسليم إلى المستأجر، وإن شاء ضمن المستأجر، لوجود سبب وجوب الضمان من كل منهما وهو التسليم والقبض، غير أنه إن ضمن المرتهن لا يرجع بالضمان على المستأجر، ولكنه يرجع عليه بأجرة قدر المستوفى من المنافع إلى وقت الهلاك؛ لأنه ملكه بالضمان، فتبين أنه أجر ملك نفسه فصح فكانت الأجرة له؛ لأنها بدل منفعة مملوكة له إلا أنها لا تطيب له.

وإن ضمن المستأجر فالمستأجر يرجع بما ضمن على المرتهن؛ لأنه صار مغروراً من جهته فيرجع عليه بالضمان، ولا أجرة عليه؛ لأن الأجرة والضمان لا يجتمعان^(٢).

المسألة الخامسة: هلاك الرهن بعد إجارة المرتهن له بغير إذن الراهن:

إذا هلك الرهن بعد إجارة المرتهن له، بغير إذن الراهن، في يد المستعير فالراهن بالخيار إن شاء ضمن المرتهن، وإن شاء ضمن المستعير، وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه ويكون الضمان رهناً.

أما عدم الرجوع على المرتهن؛ فلأنه ملكه بالضمان فتبين أنه أعار ملكه، وأما المستعير فلأن الرجوع بالغرر ولم يوجد بخلاف الإجارة، وأما كون الضمان رهناً؛ فلأنه بدل المرهون^(٣).

المبحث الخامس

التتابع في عقد الإجارة

المطلب الأول: تعريف الإجارة لغة واصطلاحاً:

أولاً: تعريف الإجارة لغة:

❖❖❖❖❖❖❖❖

(١) المرجع السابق، ١٤٧/٦.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٤٧/٦.

(٣) المرجع السابق.

الأجر : الجزاء على العمل والجمع أجور. والإجارة: من أجر يأجر، وهو ما أعطيت من أجر في عمل^(١).

ثانياً: تعريف الإجارة اصطلاحاً:

الإجارة في اصطلاح الفقهاء: (عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم)^(٢).

المطلب الثاني: أنواع الإجارة:

الإجارة على نوعين: - (٣)

النوع الأول: أن يعقدها على مدة (وهذه إجارة الأعيان).

النوع الثاني: - أن يعقدها على عمل معلوم (وهذه إجارة الأعمال).

المطلب الثالث: أحكام التتابع في عقد الإجارة:

الفرع الأول: التتابع المتشابه في عقد الإجارة على الأعيان:

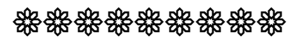
سنتناول بالبحث في هذه المسألة حالات محدودة في التتابع تشمل إجارة العين المستأجرة بعد القبض وقبله، من المؤجر ومن غيره.

أ- إجارة العين المستأجرة قبل قبضها:

منشأ النزاع في هذه المسألة: وقد بينه الشريبي في مغني المحتاج حيث قال: (أساس الخلاف في المسألة: هل الإجارة مقصودها المنافع أم الأعيان: فأما الجمهور فقالوا: محل عقد الإجارة المنفعة، إذ لو كان موردها العين لامتنع رهن العين المستأجرة المرهونة.

■ وقيل: موردها العين ليستوفي منها المنفعة؛ لأن المنافع معدومة.

قال الشيخان: ويشبه أن لا يكون خلافاً محققاً؛ لأن من قال بالثاني لا يعني به أن العين تملك بالإجارة كما تملك بالبيع، ومن قال بالأول لا يقطع النظر عن العين.



(١) ابن منظور، لسان العرب، ١٠/٤. الرازي، مختار الصحاح، ٣/١

(٢) الشريبي، مغني المحتاج، ٣٣٢/٢

(٣) انظر ابن قدامة، المغني، ٢٥٣/٥، والشريبي، مغني المحتاج، ٣٣٣/٢. والكاساني، البدائع، ١٧٤/٤.

وقال ابن الملقن: تظهر فائدة الخلاف في إجارة المستأجر قبل قبضه، إن قلنا أن مورد العقد العين صحت الإجارة، وإلا فسدت؛ لأن المنافع غير مقبوضة^(١).

■ **والذي أراه:** أن الإجارة عقد على المنافع وليس على العين؛ لأن المنافع لا تحصل إلا باستخدام العين استخداماً لا يذهب بعينها (لا يجوز إجارة المستهلك)، لذلك كان هذا الخلاف الذي نراه، والحق أن المستأجر لم يرد من العين سوى المنفعة، ولكن العين مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنفعة، إذ لولا العين لما حصلت المنفعة، ولكن مورد العقد في النهاية هو المنفعة وذلك تفريقاً لها عن عقد البيع الذي مورده العين .

والآن وقد أوضحنا منشأ الخلاف في المسألة نذكر آراء الفقهاء الذين تكلموا فيها:

أولاً: إجارة العين المستأجرة قبل قبضها من المؤجر:

* اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: عدم جواز إجارتها. وهو قول الحنفية، ووجه عند الشافعية والحنابلة^(٢).

وعللوا ذلك: بأن العقد عليها تم قبل قبضها، وهذا لا يجوز^(٣).

الثاني: جواز إجارتها، وهو وجه عند الحنابلة، والأصح عند الشافعية كما صرح بذلك النووي^(٤).

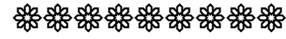
وعللوا ذلك: بأن القبض لا يتعذر عليه، بخلاف الأجنبي^(٥).

ثانياً: إجارة العين المستأجرة قبل قبضها من غير المؤجر:

* اختلف الفقهاء في هذه المسألة أيضاً على قولين:

الأول: عدم جواز إجارتها قبل قبضها من غير المؤجر، وهو وجه عند الشافعية

والحنابلة، وهو المفهوم من كلام الحنفية^(٦).



(١) الشريبي، مغني المحتاج، ٣٣٣/٢.

(٢) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٠٤/٧، والنووي، روضة الطالبين، ٢٥٦/٥، وابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥.

(٣) انظر: ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥، والنووي، روضة الطالبين، ٢٥٦/٥.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥.

(٦) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٠٤/٧، الشيرازي، المهذب، ٤٠٣/١، وابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥.

وعللوا ذلك: بأن المنافع لا يجوز التصرف فيها قبل قبضها، كالبيع؛ لأنه عقد معاوضة^(١).

الثاني: جواز إجارتها قبل قبضها من غير المؤجر. وهو الوجه الآخر عند الشافعية والحنابلة^(٢).

وعللوا ذلك: بأن المعقود عليه هو المنافع، والمنافع لا تصير مقبوضة بقبض العين، فلم يؤثر فيها قبض العين^(٣).

▪ المناقشة والترجيح:

والذي أراه أن القول بعدم جواز إجارة المستأجر للعين المستأجرة قبل قبضها سواء من المؤجر أو غيره هو الرأي الراجح؛ وذلك لأن عقد الإجارة عقد معاوضة وإن كان على المنافع؛ لأن المنفعة لا تتحقق للمستأجر إلا بعد قبضه للعين، فدل ذلك على أن القبض لازم لاستحقاق المنفعة. ثم إن السماح للمستأجر أن يؤجر العين قبل أن يقبضها قد يؤدي إلى منازعات بين الأطراف الثلاثة المرتبطين بالعين وهم: المالك، والمستأجر الأول، والمستأجر الثاني. فحسباً لمادة المنازعات، ينتظر المستأجر حتى يقبض العين ثم يتصرف بمنافعها بما يجيز له الشرع.

ب- تأجير العين المستأجرة بعد قبضها:

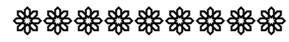
ونقصد بذلك أن يقوم المستأجر بتأجير العين المستأجرة سواء أكانت عقاراً، أم سيارة، أم غير ذلك من المستأجرات بعد قبضها، سواء من المؤجر، أو من غيره.

أولاً: تأجير المستأجر العين المستأجرة بعد قبضها من غير المؤجر:

* اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: جواز تأجير المستأجر العين المستأجرة من غير المؤجر.

وقال بذلك الحنفية والمالكية والشافعية وهي الرواية الأصح عند الحنابلة^(١). وقيدوا ذلك



(١) انظر: الشيرازي، المهدب، ٤٠٣/١. وابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥.

(٢) انظر المراجع السابقة.

(٣) انظر الشيرازي، المهدب، ٤٠٣/١.

بأن لا يختلف الاستعمال بأن يكون المستأجر الثاني مثل الأول أو دونه في الضرر، وإلا فلا يجوز أن يؤجرها لمن يتضرر العقار باستخدامه^(٢). حتى أن الحنفية ذهبوا إلى عدم جواز تأجير الدابة المستأجرة للركوب، أو اللباس المستأجر للباس؛ لتفاوت الناس في استعمالها^(٣).

الثاني: عدم جواز ذلك، وهي رواية عند الحنابلة ذكرها القاضي. واستدل بأن النبي ﷺ نهى عن ربح ما لم يضمن. والمنافع لم تدخل في ضمانه^(٤).

هذا وقد رد ابن قدامة على استدلال القاضي بالحديث قائلاً (أن قبض العين قام مقام قبض المنافع بديل أنه يجوز التصرف فيها، فجاز العقد عليها)^(٥).

ثانياً: إجارة العين المستأجرة بعد قبضها من المؤجر:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

الأول: عدم جواز ذلك. وهو قول الحنفية ووجه عند الشافعية^(٦)، ووجه ذلك: أنه تملك للمالك وهذا لا يجوز وذلك أن المستأجر يقوم مقام المؤجر في حق المنفعة، فإذا قام بتأجير العين لمالكها كأنه ملك الشيء لمالكه^(٧).

الثاني: جواز ذلك. وهو قول الحنابلة والأصح عند الشافعية^(٨)، ووجه ذلك: أن كل عقد جاز مع غير العاقد جاز مع العاقد، كالبيع^(٩).

■ المناقشة والترجيح:

والذي أراه أن للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة بعد قبضها سواء من المؤجر أو من غيره؛ وذلك لأن المستأجر ملك المنافع بالعقد، وقد يعرض لمالك العين أمر فيود الانتفاع بملكه فلا يستطيع لوجود المستأجر فيه فيطلب منه استئجاره فيؤجره المستأجر.

(١) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٠٦/٤. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ٥١٥/١١. النووي، روضة الطالبين، ٢٥٦/٥. وابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥.

(٢) انظر ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٠٤/٧. وابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٠٧/٤.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥. والحديث رواه الترمذي في سننه ح رقم ١١٥٥ كتاب البيوع، باب ما حاز في كراهية بيع مال ليس عندك. وأبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده، ح رقم ٣٠٤١.

(٥) ابن قدامة المغني، ٢٧٧/٥.

(٦) انظر ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٠٤/٧. ابن عابدين، رد المحتار، ٩١/٦. النووي، روضة الطالبين، ٢٦٥/٥.

(٧) ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٠٤/٧.

(٨) ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥. النووي، روضة الطالبين، ٢٦٥/٥.

(٩) ابن قدامة، المغني، ٢٧٧/٥.

ولا يلزم من ذلك تملك الشيء لمالكه كما قال الحنفية؛ لأن المنافع لا يملكها مالك العين بعد أن استأجرها المستأجر بل يملكها المستأجر، فلما أجزها المستأجر فقد تصرف فيما يملك ولا حرج فيه. والله أعلم.

مسألة: هل يجوز للمستأجر أن يؤجر العين التي استأجرها بأكثر من الأجرة التي

استأجر بها؟

ذكرنا فيما سبق أن للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة ما لم تختلف يد الاستعمال، بأن لا يؤجرها إلا لمن هو مساويه أو دونه في الضرر.

ولكن هل للمستأجر أن يؤجرها بأكثر من الأجرة التي استأجر بها؟

من المعلوم أن المستأجر يجوز أن يؤجرها بمثل الأجرة، أو بأقل من باب أولى.

أما تأجيرها بأكثر من الأجرة التي استأجرها بها فهذا ما اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول: جواز أن يؤجر بأكثر من الأجرة التي استأجر بها، وهو قول المالكية

والشافعية^(١).

القول الثاني: التفصيل، وهو مذهب الحنفية والحنابلة:

أولاً: الحنفية: قالوا إذا أجر المستأجر بأكثر مما استأجر به تصدق بالفضل؛ لأنه لا

يطيب له؛ وذلك لأن الفضل ربح ما لم يضمن؛ لأن المنافع لا تدخل في ضمان المستأجر، فلو

هلك المستأجر كان الهلاك على المؤجر^(٢).

وقالوا: يجوز له أن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به إذا اصلىح فيها شيئاً، أو أجرها

بخلاف جنس ما استأجر^(٣).

ثانياً: الحنابلة: قالوا: في المسألة ثلاث روايات عن الإمام أحمد:

الأولى: يجوز للمستأجر أن يؤجر العين المستأجرة بمثل الأجر وزيادة.

الثانية: أنه إن أحدث في العين زيادة جاز له أن يكرها بزيادة، وإلا لم تجز الزيادة. فإن

فعل تصدق بالزيادة. وهو مثل قول الحنفية؛ لأنه ربح ما لم يضمن، وقد نهى النبي صلى الله

عليه وسلم عنه.

(١) انظر، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ٥٠٥/١١. النووي، روضة الطالبين، ٢٥٦/٥. الشيرازي، المهذب، ٤٠٣/١.

(٢) انظر، الدر المختار، ٢٩/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٠٦/٤.

(٣) انظر، الدر المختار، ٢٩/٦. الكاساني، بدائع الصنائع، ٢٠٦/٤.

الثالثة: إن أذن له المالك في الزيادة جاز له، وإلا لم يجز^(١).
قال ابن قدامة: "إن الدليل على جواز الزيادة: أنه عقد يجوز برأس المال فجاز بزيادة
كبيع المبيع بعد قبضه، وكما لو أحدث عمارة لا يقابلها جزء من الأجرة.
وأما الرد على استدلالهم بالحديث: فإن المنافع قد دخلت في ضمانه من وجه، فإنه لو
فانتت من غير استيفائه كانت من ضمانه"^(٢).

■ المناقشة والترجيح:

والحق أن المستأجر يحق له أن يؤجر ما استأجره بمثل الأجرة، أو بأقل، أو بأكثر؛
وذلك لأن المستأجر ملك المنافع بالعقد، فجاز له التصرف بها، وبما أنا أجزنا له أن يؤجر العين
المستأجرة فجاز له أن يؤجرها بما يراه مناسباً، سواء أقل من الأجرة، أو مثلها، أو أكثر.

مسألة: تصرف المالك في العين المستأجرة:

بينما فيما سبق تصرف المستأجر بالعين المستأجرة وحالات هذا التصرف وأقوال الفقهاء
فيها مع رأينا.

ولكن ما حكم إن تصرف المؤجر (المالك) بالعين التي أجرها؟
لا يخلو أن يكون تصرفه قبل تسليم العين، أو بعد التسليم.

١- فإن كان قبل تسليم العين، وامتنع المالك عن تسليمها حتى انقضت مدة الإجارة، فقد انفسخت
الإجارة قولاً واحداً؛ لأن العاقد قد ائلف المعقود عليه قبل تسليمه فانفسخ العقد^(٣).

٢- وإن كان بعد التسليم، فلا يجوز له التصرف بالعقار المؤجر؛ وذلك لأن المستأجر قد ملك
المنافع بالعقد وزال ملك المؤجر عنها^(٤).

فإن تصرف فيها نظر:

- فإن تركها المستأجر جزءاً من المدة المعقود عليها، وتصرف فيها المؤجر كأن استأجر الدار
للسكنى سنة، سكنها شهراً ثم سكنها المؤجر لبقية السنة، أو أجرها لغيره فقد انفسخ العقد فيما



(١) انظر ابن قدامة، المغني، ٢٧٨/٥. والحديث سبق تحريجه.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٢٧٨/٥.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٢٦١/٥.

(٤) المرجع السابق.

استوفاه المالك، وبقي سارياً فيما لم يتصرف فيه، فيلزم المستأجر أجره ما لم يستوفه أو يتصرف فيه المالك، سواء استوفاه المستأجر أم لا.

ويحتمل: أن يلزم المستأجر أجر جميع المدة، وله على المؤجر المالك أجر المثل لما سكنه أو تصرف فيه؛ لأنه تصرف فيما يملك المستأجر عليه بغير إذنه فأشبهه ما لو تصرف في المبيع بعد قبض المشتري له^(١).

الفرع الثاني: التتابع المتشابه في عقد الإجارة على الأعمال:

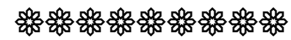
لم يعط الفقهاء هذه المسألة كثير اهتمام، وذلك لعدم شيوعها في المجتمع كما المسائل السابقة. ومن هنا كان من الصعب إيجاد هذه المسألة في كتب الفقه، ولم أعثر عليها إلا في بعض الكتب، وبحثت باختصار شديد.

المسألة الأولى: تأجير العامل المستأجر عند الغير:

- قال الحنفية والمالكية يجوز لمن استأجر عبداً للخدمة أن يؤجره لغيره^(٢).
- وزاد المالكية: بشرط أن يؤجره في مثل عمله الذي كان يعمل^(٣).
- وصرح الشافعية بجواز تأجير المستخدم العامل المستأجر لغيره ولو كان حراً. هذا في وجه عندهم، وفي الوجه الآخر: عدم الجواز^(٤).

والذي أراه: أن كلام الحنفية والمالكية لا يمكن الاعتداد به في مسألتنا؛ لأن العبد يعتبر ملكاً للسيد عيناً بخلاف الحر المستأجر لعمل ما، فإن منفعته هي المملوكة للمستخدم خلال مدة معينة أو لحين انتهاء العمل.

ومن هنا فلم يبق في مسألتنا سوى قول الشافعية .



(١) المرجع السابق.

(٢) انظر ابن نجيم، البحر الرائق، ٣٠٤/٧، مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ٤٣٤/١١.

(٣) انظر مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ٤٣٤/١١.

(٤) انظر الزركشي، حيايا الروايا، ص ٣١٠.

المسألة الثانية: إذا استؤجر رجل على عمل هل له أن يستأجر غيره ليقوم بالعمل ذاته: إذا تقبل الرجل عملاً ما على أجرة معينة فهل له أن يقبله (أن يعطيه بأجرة) لغيره . هذه هي صورة المسألة.

- أجاز الحنفية والحنابلة (ولم أجد لغيرهم كلاماً في المسألة) هذه الصورة (١)، واشترط الحنفية أن لا يكون قد اشترط في العقد أن يعمل بيده (أي أن يكون العقد مطلقاً) (٢). هذا وذكر الحنابلة مسألة متفرعة عن هذه المسألة، أذكرها هنا إتماماً للفائدة وهي ذات أهمية كذلك.

قالوا: هل يجوز لمن استؤجر على عمل أن يستأجر غيره ليقوم بالعمل بأقل من الأجرة التي تقبل العمل على أساسها.

سئل الإمام أحمد من ذلك فقال: ما أدري هي مسألة فيها بعض الشيء (٣).

وجزم ابن قدامة بجواز الفضل للعامل الأول وقال (وقياس المذهب جواز ذلك سواء أعان فيها بشيء أم لم يعن. لأنه إذا جاز أن يقبله بمثل الأجر الأول أو دونه جاز بزيادة عليه كالبيع وكإجارة العين) (٤).

قلت: هذا الذي عليه العمل بين الناس في عرفنا هذه الأيام. وهو ما يسمى بـ (المقولة) وهي: عقد بين طرفين يصنع فيه أحدهما (وهو المقاول) شيئاً لآخر، أو يقدم له عملاً، في مقابل مبلغ معلوم (٥). وهو عقد في معنى عقد الإجارة إذا كان موضوعه أداء عمل، أو صنع شيء مادته مقدمة من المستصنع (٦). أما إذا كانت المادة مقدمة من الصانع فهو استصناع. وسيأتي الحديث عنه.

فمن يعقد مع شركة تعهدات للبناء مثلاً، عقداً لبناء بيت له، فإن هذه الشركة تقوم باستئجار مهندسين وعمال وسواهم للقيام بهذا العمل، وإن كانت تعطيتهم أجوراً تختلف بمجموعها عن الأجرة المتفق عليها مع العاقد الأول. وتقوم الشركات الكبرى كذلك بإعطاء الأعمال التي



(١) انظر، ابن عابدين، حاشية رد المختار، ٥٤/١٨٠٦/٦. ابن قدامة، المغني، ٢٧٨/٥.

(٢) ابن عابدين، حاشية رد المختار، ٥٤/١٨٠٦/٦.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٢٧٨/٥.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المصري، مناقصات العقود الإدارية، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ١٩٩، ص ٥٨.

(٦) المرجع السابق.

تقبلها بأسعار مختلفة لشركات أصغر لكي تقوم بهذا العمل، ولا حرج في ذلك طالما أنه لم يُشترط في العقد أن يعمل المتقبل الأول بنفسه (كما قال الحنفية).

المبحث السادس

التتابع في عقدي المزارعة والمساقاة

المطلب الأول: تعريف المزارعة والمساقاة اصطلاحاً، وبيان مشروعيتها:

أولاً: تعريف المزارعة والمساقاة اصطلاحاً:

عرف الفقهاء المزارعة والمساقاة بتعريفات متقاربة نختار منها تعريفي الحنابلة^(١):

المزارعة: دفع الأرض إلى من يزرعها، أو يعمل عليها والزرع بينهما.

المساقاة: دفع الشجر إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر ما يحتاج، بجزء معلوم من

ثمره.

ويتضح من التعريفين أنهما يشبهان، من حيث المضمون، إلى حد كبير مضمون شركة

المضاربة، التي يقدم رب المال رأس المال ليعمل فيه المضارب والربح بينهما. إلا أن العمل هنا

بالزرع وسقيه، فسميتا بالمزارعة والمساقاة.

ثانياً: مشروعيتهما:

اختلف الفقهاء في مشروعية المزارعة والمساقاة على أقوال ثلاثة؛ وذلك تبعاً لاستدلالهم

بأحاديث اختلفوا في فهمها وتأويلها وإليك أقوالهم:

القول الأول: جواز كل من المزارعة والمساقاة شرعاً، وهو قول المالكية، والحنابلة،

والصاحبين من الحنفية^(٢). واستدلوا بأدلة منها:

١- أن النبي ﷺ عامل أهل خير بشرط ما يخرج منها من زرع أو ثمر^(٣).

٢- عامل الخلفاء الراشدون ومن بعدهم أهل خير كما فعل النبي ﷺ من غير نكير فكان

إجماعاً.

٣- إن الحاجة تدعو إلى ذلك؛ لأن كثيراً من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر وأهل

الثمر يحتاجون إلى العمل، ففي تجويزها دفع للحاجتين، وتحصيل المنفعة لكل منهما، فجاز،

كالمضاربة.

القول الثاني: جواز المساقاة دون المزارعة. وهو قول الشافعية^(١). وخالف في ذلك

النووي فاختار جوازهما مطلقاً^(٢).

(١) انظر ابن قدامة، المعنى، ٢٤١/٥. والبهوتي، كشف القناع، ٥٣٢/٣.

* لعل القارئ يلاحظ هنا أن قد بحثنا في مشروعية هذين العقدين، خلافاً لما درجنا عليه من عدم التركيز على ذلك، والسبب في هذا هو وجود خلاف حقيقي يدعو الباحث لتجليته وبيان وجه الحق فيه، قبل الانتقال إلى بيان أحكام التابع في هذين العقدين.

(٢) انظر ابن جزري، القوانين الفقهية، ص ١٨٥، ١٨٤. والدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣٧٢/٣. البهوتي، كشف القناع، ٥٣٢/٣.

السرخسي، المبسوط، ٢٣/٢٣. والكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٥/٦.

(٣) المراجع السابقة. والحديث رواه الإمام مسلم، كتاب المساقاة، باب المساقاة والمعاملة بجزء من الثمر والزرع، حديث رقم ٢٣٤٠.

▪ **واستدلوا بأدلة منها:**

١- حديث رافع بن خديج الذي رواه أحمد عن أبي النجاشي مولى رافع بن خديج قال: سألت رافعاً عن كراء الأرض قلت: إن لي أرضاً أكرئها. فقال: رافع لا تكريها بشيء فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول من كانت له أرض فليزرعها فإن لم يزرعها فليزرعها أخاه فإن لم يفعل فليدعها، فقلت له: رأيت إن تركته وأرضي فإن زرعها ثم بعث إلي من التبن. قال: لا تأخذ منها شيئاً ولا تبناً قلت: إني لم أشاركه إنما أهدي إلي شيئاً. قال: لا تأخذ منه شيئاً^(٣).

٢- ما روى البخاري عن جابر رضي الله عنهما قال: كانوا يزرعونها بالثلث والربع والنصف فقال النبي ﷺ (من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها فإن لم يفعل فليمسك أرضه)^(٤).

٣- أن تحصيل منفعة الأرض ممكنة بالإجارة فلم يجز العمل عليها ببعض ما يخرج منها، بخلاف الشجر فإنه لا يمكن عقد الإجارة عليه فجوزت المساقاة^(٥).

وجه الدلالة من الأدلة: أن الأحاديث دلت بشكل واضح على منع كراء الأرض بالربع أو الثلث، وأجازت منحها بأجرة أو بغير أجرة.

هذا وأجاز الشافعية المزارعة على الأرض البيضاء التي تكون بين النخيل والعنب (وهما الصنفان اللذان أجاز الشافعي فيهما المساقاة في القديم، وأجازها في جميع الأشجار المثمرة في الجديد) وذلك تبعاً للمساقاة^(٦).

القول الثالث: عدم جواز المزارعة والمساقاة . وهو قول أبي حنيفة رحمه الله. وقال: إن

الاستئجار ببعض الخارج استئجار ببذل مجهول؛ وأنه لا يجوز كما في الإجارة.

وتأول حديث خبير بأن النبي ﷺ حين افتتح خيبر استرقهم وتملك أراضيهم ونخلهم ثم جعلها في أيديهم يعملون فيها للمسلمين بمنزلة العبيد في نخيل أموالهم، وكان في ذلك منفعة للمسلمين

(٣)، (٢) الشريبي، معنى المحتاج، ٢/٢٣٤. النووي، روضة الطالبين، ٥/١٦٨، ١٦٩.

(٣) رواه أحمد في مسنده ١٤١/٤.

(٤) البخاري، صحيح البخاري، كتاب المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبي يواسي بعضهم بعضاً، حديث رقم ٢٣٤٠.

(٥) الشريبي، معنى المحتاج، ٢/٣٢٤. الشافعي، الأم، ٤/١٢.

(٦) الشريبي، معنى المحتاج، ٢/٣٢٤.

ليتفرغوا للجهاد بأنفسهم؛ ولأنهم كانوا أبصر بذلك العمل من المسلمين، وما جعل لهم من النفقة بطريق الشرط فإنهم مماليك للمسلمين يعملون في نخيلهم فيستوجبون النفقة عليهم^(١).

قال في البدائع (حديث خبير في نظر أبي حنيفة على الجزية دون المزارعة صيانة لدلائل الشرع عن التناقض؛ وذلك لورود النهي عن المزارعة في حديث رافع بن خديج)^(٢). هذه هي الأقوال الثلاثة في المسألة، وكما ترى فإن كل فريق يحتج بأحاديث تسند رأيه.

▪ المناقشة والترجيح:

والذي أراه أن الصواب ما ذهب إليه أصحاب الرأي الأول، وهم الجمهور، لقوة أدلتهم وضعف معارضتها.

هذا وقد قام ابن قدامه، رحمه الله، بالرد على استدلال المانعين بحديث رافع وحديث جابر، أذكره هنا بتمامه للفائدة.

قال: (ولنا ما روى ابن بكر قال: أن رسول الله ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من زرع أو ثمر (متفق عليه)... ثم أبو بكر ثم عمر وعثمان ثم أهلوهم إلى اليوم، يعطون الثلث والربع، وهذا أمر صحيح مشهور عمل به رسول الله ﷺ حتى مات، وخلفاؤه الراشدون حتى ماتوا، ثم أهلوهم من بعدهم، ولم يبق في المدينة أهل بيت إلا وعمل به، وعمل به أزواج النبي ﷺ من بعده. ومثل هذا لا يجوز أن ينسخ؛ لأن النسخ إنما يكون بحياة الرسول ﷺ، فأما شيء عمل به إلى أن مات ثم عمل به خلفاؤه بعده وأجمعت الصحابة رضوان الله عليه، وعملوا به ولم يخالف فيه منهم أحد فكيف يجوز نسخه، وأين يكون راوي النسخ حتى لم يذكره ولم يخبرهم به.

* وأما ما احتجوا به، فالجواب عن حديث رافع من أربعة أوجه.

الأول: أنه فسر المنهي عنه في حديثه بما لا يختلف في فساده، فإنه قال: كنا من أكثر الأنصار حقلاً، فكنا نكري الأرض على أن لنا هذه ولهم هذه، فربما أخرجت هذه ولم تخرج هذه، فنحن عن ذلك، فأما الذهب والورق فلم ينهنا (متفق عليه). وفي لفظ (وأما شيء معلوم مضمون فلا بأس) وهذا خارج عن محل الخلاف فلا دليل فيه عليه ولا تعارض بين الحديثين.



(١) السرخسي، المسوط، ٢٣/٢٣. الكاساني، بدائع الصنائع، ١٧٥/٦.

(٢) المراجع السابقة.

الثاني: أن خبره ورد في الكراء بثلاث أو ربع، والنزاع في المزارعة ولم يدل حديثه عليها أصلاً، وحديثه الذي في المزارعة يحمل على الكراء أيضاً؛ لأن القصة واحدة رويت بألفاظ مختلفة فيجب تفسير أحد اللفظين بما يوافق الآخر^(١).

الثالث: أن أحاديث رافع مضطربة جداً، مختلفة اختلافاً كثيراً يوجب ترك العمل بها لو انفردت فكيف يقدم على مثل حديثنا (يقصد حديث خبير).

الرابع: أنه لو قدر صحة خبر رافع وامتنع تأويله وتعدر الجمع، لوجب حمله على أنه منسوخ؛ لأنه لا بد من نسخ أحد الحديثين، ويستحيل القول بنسخ حديث خبير لكونه معمولاً به من جهة النبي ﷺ إلى حين موته، ثم من بعده إلى عصر التابعين، فمتى كان نسخه^(٢).

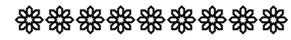
ثم رد ابن قدامه، رحمه الله، على حديث جابر فقال (وأما حديث جابر فيجب حمله على أحد الوجوه التي حمل عليها حديث رافع فإنه قد روى حديث خبير أيضاً)^(٣).

بعد هذا العرض المختصر للآراء الثلاثة في المسألة، وبيان رأي الجمهور بجوازهما (المزارعة والمساقاة)، وبيان الردود على الآراء الأخرى، فإنني سأسير في هذا المبحث معتمداً على جوازهما.

المطلب الثاني: أحكام التابع في عقدي المزارعة والمساقاة:

■ تمهيد:

إن عقدي المزارعة والمساقاة يقومان على أن يدفع صاحب الأرض غير المزروعة أرضه إلى عامل يزرعها*، أو صاحب الأرض المشجرة إلى عامل يقوم على سقايتها والعناية بها على أن تكون أجرة العامل نسبة من الثمر يتفقان عليها. وهذان العقدان اختلف في مشروعيتها الفقهاء كما رأيت.



(١) وحديثه في المزارعة رواه النسائي عن اسيد بن ظهير، قال أتى علينا رافع بن خديج فقال ولم أفهم فقال: إن رسول الله ﷺ نهاكم عن أمر كان ينفعكم وطاعة رسول الله ﷺ خير لكم مما ينفعكم ونهاكم رسول الله ﷺ عن الحقل والمزارعة بالثلث والربع فمن كان له أرض فاستغنى عنها فليمنحها أحاه أو ليدع... الحديث. رواه النسائي، كتاب المزارعة. باب ذكر الأحاديث المختلفة في النهي عن كراء الأرض حديث رقم ٤٥٩٢. قال الألباني: اسناده صحيح. انظر: إرواء الغليل، ٣٠٠/٥.

(٢) انظر هذه الردود في المعني، ٥/٢٤٢، ٢٤٣.

(٣) المرجع السابق.

* قد يكون العامل في الأرض مجموعة من الناس أو شركة أو مؤسسة أو غير ذلك.

وسيكون البحث في هذا المطلب بحسب ما يرى كل مذهب من جواز عقد منهما دون الآخر، أو جوازهما معاً، وإن كنت أرى جواز العقدين، وهو مذهب جمهور الفقهاء.

إن عقدي المزارعة والمساقاة يشبهان إلى حد كبير عقد شركة المضاربة*، فإن شركة المضاربة تقوم على أن يقدم أحد طرفي العقد -وهو رب المال- رأس المال، ويقوم الطرف الثاني وهو المضارب (العامل) بالعمل فيه بالتجارة، على أن الربح بينهما على ما يتفقان عليه.

فأنت ترى وجه المشابهة بين عقدي المزارعة والمساقاة وبين عقد المضاربة من أن هناك رب للمال وطرف آخر يعمل فيه لا يملكه، ولكن سميت عقود المزارعة والمساقاة بهذين الاسمين؛ لأن العمل فيهما محدد في الزراعة وسقي الأشجار لا غير.

ويختلف هذان العقدان، أقصد المزارعة والمساقاة، عن عقد الإجارة- إجارة الأعمال -فإن الأجير على عمل معين يأخذ أجرته بمجرد قيامه بالعمل أو تسليمه نفسه المدة المقررة للعمل حتى ولو لم يعمل فيها شيئاً، أما المزارع أو المساقى فإن أجرته هي نسبة من الثمر، لذلك فهو شريك لا أجير.

وإن كان المزارع أو المساقى لا يملك الشجر أو الأرض، غير أن له جزءاً شائعاً من المحصول عند خروجه إذا قام بالعمل المنوط به في المدة المقررة لخروج الزرع أو إنتاج الثمر عرفاً.

الفرع الأول: معاملة المزارع أو المساقى غيره:

قلنا انه يجب على العامل (المزارع أو المساقى) العمل في الأرض بزراعتها أو سقي أشجارها والعناية بها، وبهذا يستحق جزءاً من الثمر أو الناتج.

ولكن قد يقوم بعض من يعمل في هذه الأراضي بدفعها إلى غيرهم لكي يزرعها الغير أو يسقي أشجارها. فما حكم هذا التصرف من العامل الأول، وماذا ينتج عنه من أحكام؟

إذا عامل المزارع أو المساقى غيره فلا يخلو هذا التصرف من ثلاث حالات:

الأولى: أن يأذن له رب المال بذلك.

الثانية: أن ينهيه عن ذلك.

الثالثة: أن لا يأذن ولا ينهى. وهي حالة الإطلاق. وإليك تفصيل هذه الحالات:



* سيأتي الكلام عن التابع في عقد المضاربة لاحقاً .

أولاً: إذا نهاء رب المال (صاحب الأرض والشجر) عن معاملة غيره، فلا يجوز له ذلك بالاتفاق؛ وذلك لأنه صاحب المال، وله الحق في منع غير المتعاقد معه العمل في أرضه، وهو لم يأت من غيره فلا يجوز.

ثانياً: إذا أذن له رب المال بمعاملة غيره فيجوز له ذلك. صرح بذلك الحنفية^(١)، ويفهم هذا من كلام المالكية، والشافعية، والحنابلة^(٢).

ويجوز للعامل الذي عامل غيره بإذن رب المال أن يشترط للثاني جزءاً مما شرط له رب المال. فإذا شرط رب المال للعامل النصف فدفعه إلى آخر بثالث الخارج فهو جائز، وما خرج من الثمر فنصفه لرب المال (صاحب الشجر والأرض) والسدس للعامل الأول؛ لأن شرط الثلث يرجع إلى نصيبه خاصة؛ لأن العمل واجب عليه فبقي له السدس ضرورة^(٣).

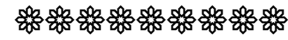
ثالثاً: أن لا يأذن رب المال للعامل ولا ينهاء عن معاملة غيره. اختلف الفقهاء في هذه الحالة على ثلاثة أقوال:-

القول الأول: لا يجوز أن يعامل المزارع أو المساقى غيره، ولو كان العقد مطلقاً. وذهب إلى ذلك الحنفية، والحنابلة^(٤).

▪ واستدلوا بما يلي:

١- أنه (أي العامل) كالمضارب لا يجوز أن يضارب غيره؛ لأنه عامل بجزء من نمائه فلم يجز أن يعامل فيه غيره^(٥).

٢- أن معاملة الغير إثبات للشركة في مال الغير فلم يجز إلا بإذن^(٦).



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٧/٦.

(٢) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ٨/١٢. النووي، روضة الطالبين، ١٦٧/٥. البهوتي، كشف القناع، ٥٤١/٣. ابن قدامة، المغني، ٢٣٨/٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٧، ١٨٨/٦.

(٤) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٧/٦. ابن قدامة، المغني، ٢٣٨/٥. والبهوتي، كشف القناع، ٥٤١/٣.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٢٣٨/٥.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٧/٦.

القول الثاني: يجوز للعامل أن يعامل غيره إذا دفع الأرض أو الشجر إلى أمين ثقة. وهو قول المالكية^(١).

القول الثالث: وهو قول الشافعية وقالوا بالتفريق بين حالتين:

الأولى: إذا كان عقد المساقاة^{*} في الذمة (أي على العمل وليس على عين العامل) فللعامل أن يعامل غيره لينوب عنه.

الثانية: إن كانت المساقاة على عين العامل لم يكن له أن يستتیب ويعامل غيره، فلو فعل انفسخت المساقاة بتركه العمل^(٢).

مسألة: إذا عامل المزارع أو المساقى غيره في حالة إطلاق العقد، فماذا يستحق العامل الأول والعامل الثاني، على قول المانعین؟

إذا قام العامل بمعاملة غيره دون إذن رب المال، ولو لم ينهه، فإن خرج ثمر فهي كلها للمالك ولا شيء للعامل الأول؛ لأن استحقاقه بالشرط وهو شرط العمل، ولم يوجد منه العمل بنفسه ولا بغيره أيضاً؛ لأن عقده معه لم يصح فلم يكن عمله مضافاً إليه.

أما العامل الثاني فله أجر مثله إن لم يعلم فساد العقد، فإن علم فلا شيء له^(٣).

قلت: أجر المثل يكون على العامل الأول؛ لأن الثاني مغرور من جهته.

▪ المناقشة والترجيح:

والذي أراه أن قول الشافعية هو القول الأصوب؛ وذلك لأنه فرق بين حالتي العقد، فإن كان العقد على العمل، بأن أراد من يزرع الأشجار أو يسقيها ويعتني بها دون نظر إلى شخص العامل فللعامل حينئذ أن يعامل غيره، ولا حق للمالك في أن يعترض، إذ لم يفوت عليه شيء. أما إذا كان العقد على شخص العامل، فهنا توجهت إرادة المالك إلى عمل هذا العامل دون غيره، فكأنه ائتمنه ولم يأنم غيره، فدخل في العقد عامل جديد (أي أمر جديد) وهو توجه إرادة أحد العاقدين إلى عمل العاقد وإلى شخصه، لا إلى عمله فحسب.



(١) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ٨/١٢.

* لا يبحث الشافعية عقد المزارعة؛ لأنهم لا يرون جوازه أصلاً. (راجع المشروعية).

(٢) النووي، روضة الطالبين، ١٦٧/٥.

(٣) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٧/٦. النووي، روضة الطالبين، ١٦٧/٥.

أما الحنفية والحنابلة فكلهم صحيح في الحالة الثانية فقط، ولعل هذا الذي قصدوه؛ لأنهم نظروا إلى الأمر على أنه شركة بين شخصين أو طرفين لا يجوز لأحدهما أن يعديها إلى ثالث دون إذن الأول، حتى لا يؤدي ذلك إلى إشراك هذا الطرف الثالث في مال الأول دون إذن منه.

الفرع الثاني: الضمان حال التتابع في عقدي المزارعة والمساقاة:

إذا قام المزارع أو المساقى بمعاملة غيره دون إذن من رب المال صريح، فهلك الثمر فمن يضمن منهما؟

فصل في هذه المسائل الحنفية، ولم أجد لغيرهم كلاماً مفصلاً مفيداً في هذا الموضوع. قال الحنفية: (ولو هلك الثمر في يد العامل الأخير من غير عمله وهو في رؤوس النخل فلا ضمان على واحد منهما؛ لانعدام الغصب من واحد منهما، وهو تقويت يد المالك. ولو هلك من عمله (العامل الثاني) في أمر خالف فيه أمر العامل الأول فالضمان لصاحب النخل على العامل الآخر دون الأول؛ لأن الخلاف قطع نسبة عمله إليه، فبقي متلفاً على المالك ماله فكان الضمان عليه.

ولو هلك في يده من عمله في أمر لم يخالف فيه العامل الأول فلصاحب النخل أن يضمن أيهما شاء؛ لأنه إذا لم يوجد منه خلاف بقي عمله مضافاً إليه كأنه عمل لنفسه، فكان له أن يضمنه. وله أن يضمن الثاني؛ لأنه في معنى غاصب الغاصب.

فإن اختار تضمين الأول لم يرجع على الآخر بشيء؛ لأنه عمل بأمر الأول فلو رجع عليه بشيء لرجع هو عليه أيضاً فلا يفيد. وإن اختار تضمين الآخر يرجع على الأول؛ لأنه غره في هذا العقد فيرجع عليه بضمان الغرور، وهو ضمان السلامة) أ.هـ^(١).

المبحث السابع

التتابع في عقد السلم

المطلب الأول: تعريف السلم لغة واصطلاحاً وبيان مشروعيته:

السلم في اللغة: التقديم، والتسليم، والتسليف^(٢).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٨٧/٦.

(٢) انظر: ابن منظور، لسان العرب، ٢٩٥/١٢. الجرجاني، التعريفات، ص ١٦٠.

والسلم في اصطلاح الفقهاء: " عقد على موصوف في الذمة "(١) ، أو هو " بيع أجل بعاجل "(٢).

ويتبين من التعريف أن السلم نوع من أنواع البيع السلعة فيه مؤجلة والتمن حال. ولغياب السلعة وعدم حصولها وقت العقد، فقد ألزم الإسلام كلا العاقدين التقيد بشروط خاصة حتى يصح العقد، ولا يكون صورة من صور الربا. وقد بين الفقهاء هذه الشروط بتفصيل واسع ليس هنا مجال ذكرها.

مشروعية السلم: ثبتت مشروعية السلم بالكتاب، والسنة، والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه "(٣). فالآية أباحت الديون، والسلم نوع من أنواعه. قال ابن العربي " الدين عبارة عن كل معاملة كان أحد العوضين فيها نقداً، والآخر في الذمة نسيئة. فإن العين عند العرب ما كان حاضراً، والدين ما كان غائباً "(٤).

وأما السنة: فما روي عن ابن عباس، عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قدم إلى المدينة والناس يسلفون في التمر السنة والسننين والثلاث، فقال عليه الصلاة والسلام " من أسلف فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم "(٥).

وأما الإجماع: فقال ابن المنذر: أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز (١).

المطلب الثاني: أحكام التتابع في عقد السلم:

صورة التتابع في عقد السلم: أن يقوم المشتري بالتصرف بالمسلم فيه (وهو ما كان في الذمة غائباً) قبل قبضه :

أولاً: بيع المسلم فيه: اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

❖❖❖❖❖❖❖❖

(١) البهوتي، كشف القناع، ٣/٢٨٩، ٢٨٨.

(٢) السرخسي، الميسوط، ١٢/١٢٤. الزيلعي، تبيين الحقائق، ٤/١١٠.

(٣) سورة البقرة، آية رقم ٢٨٢.

(٤) أحكام القرآن، ١/٢٤٧.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم. حديث رقم ٢٢٣٩. ومسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، باب السلم.

(٦) الإجماع، ص ٩٣.

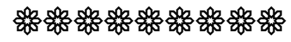
الأول: لا يجوز بيع المسلم فيه لمن هو في ذمته أو لغيره. وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة^(١).

▪ **واستدلوا على ذلك بما يلي:**

- ١- قوله صلى الله عليه وسلم: "من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى غيره"^(٢)
 - ٢- أن المسلم فيه وإن كان ديناً، فهو مبيع، ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل القبض^(٣)؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه^(٤).
 - ٣- أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن ربح ما لم يضمن، وهو مبيع لم يدخل في ضمانه فلم يجز بيعه؛ كالطعام قبل قبضه^(٥).
- الثاني:** يجوز بيع المسلم فيه لمن هو في ذمته (البائع) بثمن المثل، أو دونه، لا أكثر منه، حالاً. وهو قول ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم -رحمهما الله تعالى-، وهو مروى عن ابن عباس رضي الله عنه^(٦).

▪ **واستدلوا بما يلي:**

- ١- قول ابن عباس رضي الله عنه "إذا أسلفت في شيء إلى أجل، فإن أخذت ما أسلفت فيه، وإلا فخذ عوضاً أنقص منه، ولا تربح مرتين"^(٧).
 - ٢- أنه ليس هناك مانع شرعي يمنع هذا التصرف^(٨).
- الثالث:** يجوز بيعه لغير المسلم إليه، إذا لم يكن طعاماً. ويجوز بيعه من المسلم إليه بشروط مخصوصة. وهو قول المالكية^(٩). والشروط هي^(١):



- (١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٥. الزيلعي، تبيين الحقائق، ١١٨/٤. العيني، البنية شرح الهداية، ٤٥٥/٧. المطيعي، المجموع، ٣٣١/٩. ابن قدامة، المغني، ٢٠١/٤. البهوتي، كشاف القناع، ٢٩٣/٣.
- (٢) رواه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في السلف يحول، حديث رقم ٣٤٦٨. قال الألباني: حديث ضعيف، انظر: ضعيف سنن أبي داود، ص ٣٤٦.
- (٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٥.
- (٤) رواه مسلم في صحيحه، كتاب البيوع، باب بطلان بيع المبيع قبل القبض.
- (٥) البهوتي، كشاف القناع، ٢٩٣/٣. ابن قدامة، المغني، ٢٠١/٤.
- (٦) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ٥٠٣/٢٩-٥٠٥. ابن القيم، تهذيب سنن أبي داود، ١١٣/٥.
- (٧) ابن القيم، تهذيب سنن أبي داود، ١١٣/٥.
- (٨) المرجع السابق، ١١٧/٥.
- (٩) انظر: الحارثي، حاشية الحارثي، ١١٠/٦. ابن رشد، بداية المجتهد، ١٥٥/٢. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٧٨.

- ١- أن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه؛ كما لو أسلم ثوباً في حيوان فأخذ عن ذلك الحيوان دراهم؛ إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه.
 - ٢- أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يداً بيد؛ كما لو أسلم دراهم في ثوب مثلاً، فأخذ عنه طشت نحاس؛ إذ يجوز بيع الطشت بالثوب يداً بيد.
 - ٣- أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال؛ كما لو أسلم دراهم في حيوان ، فأخذ عن ذلك الحيوان ثوباً، فإن ذلك جائز، إذ يجوز أن يسلم الدراهم في الثوب.
- وقال المالكية أيضاً " يجوز بيع العوض المسلم فيه قبل قبضه من بائعه بمثل ثمنه أو أقل لا أكثر؛ لأنه يتهم في الأكثر بسلف جر منفعة. ويجوز بيعه من غير بائعه بالمثل وأقل وأكثر يداً بيد، ولا يجوز التأخير للغرر؛ لأنه انتقال من ذمة إلى ذمة، ولو كان البيع الأول نقداً لجاز"^(٢).

▪ المناقشة والترجيح:

ردود أصحاب القول الثاني على أصحاب القول الأول:

ردوا على الحديث من ناحيتين:

الأولى: أنه ضعيف، فلا يحتج به.

الثانية: أن المراد لا يصرف المسلم فيه إلى سلم آخر، أو يبيعه بمعين مؤجل؛ لأنه حينئذ يصير بيع دين بدين، وهو منهي عنه. وأما بيعه بعوض حاضر من غير ربح فلا محذور فيه^(٣). أما الرد على قولهم: إن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام قبل قبضه، فهذا إنما هو في المعين، أو المتعلق به حق التوفية من كيل أو وزن، فإنه لا يجوز بيعه قبل قبضه. وأما ما في الذمة فالاعتياض عنه من جنس الاستيفاء، وفائدته: سقوط ما في ذمته عنه لا حدوث ملك له، فلا يقاس بالبيع الذي يتضمن شغل الذمة..... والبيع المعروف هو أن يملك المشتري ما اشتراه، وهذا لم يملك شيئاً، بل سقط الدين من ذمته^(٤).

(١) الخرشى، حاشية الخرشى، ١١٠/٦.

(٢) ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٧٨.

(٣) ابن القيم، تهذيب سنن أبي داود، ١١٤/٥.

(٤) المرجع السابق، ١١٤/٥.

أما الرد على القول بأنه ربح ما لم يضمن وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه، فنحن نقول بموجبه، وأنه لا يربح فيه، كما قال ابن عباس " خذ عرضاً بأنقص منه ولا تبرح مرتين " (١).

قلت: إن أصحاب القول الثاني والثالث متفقون في جواز بيع المسلم فيه قبل القبض لمن هو في ذمته بثمن مساو أو أنقص، لا أكثر . ولكنني استغرب عدم ذكر أصحاب القول الثاني للحالة التي ذكرها المالكية، وهي حالة بيع المسلم فيه لغير البائع بثمن أقل، أو مساو، أو أكثر، إذا كان يداً بيد، إذ لا مانع من هذا التصرف من وجهة نظر أصحاب القول الثاني أيضاً.

ثانياً: حوالة (٢) المسلم فيه، والرهن به، والكفالة (٣) به:

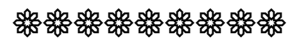
اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة، وسأذكر آراءهم بحسب المذاهب نظراً لورود بعض التفصيلات التي يصعب جمعها تحت أقوال محددة.

أولاً: الحنفية: أجازوا الحوالة بالمسلم فيه والرهن به والكفالة به. قال الكاساني " وتجوز الحوالة بالمسلم فيه لوجود ركن الحوالة مع شرائطه، وكذلك الكفالة به لما قلنا، إلا أن في الحوالة يبرأ المسلم إليه، وفي الكفالة لا يبرأ، ورب السلم بالخيار إن شاء طالب المسلم إليه، وإن شاء طالب الكفيل؛ لأن الحوالة مبرئة، والكفالة ليست بمبرئة، إلا إذا كانت بشرط براءة المكفول عنه؛ لأنها حوالة معنى على ما ذكرنا..... ويجوز الرهن بالمسلم فيه؛ لأنه دين حقيقة، والرهن بالدين، أي دين جائز " (٤).

ثانياً: الشافعية: لم يذكر الشافعية سوى حالة الحوالة، وذكروا صورتين لها؛ الأولى: أن يحيل المسلم إليه بحقه على من له عليه دين قرض أو إتلاف. الثانية: أن يحيل المسلم من له عليه دين قرض أو إتلاف على المسلم إليه.

أما حكم الحوالة بصورتها، فذكروا فيها ثلاثة أقوال؛ الأول (وهو الأصح): لا تجوز.

الثاني: تجوز . الثالث: تجوز في الصورة الأولى، ولا تجوز في الثانية (٥).



(١) المرجع السابق، ١١٥/٥.

(٢) الحوالة: "نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه". انظر: قلعة جي، معجم لغة الفقهاء، ص ١٨٧.

(٣) الكفالة: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة بالحق". انظر: المرجع السابق، ص ٣٨٣.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٢١٤/٥.

(٥) المطيعي، المجموع، ٣٣١/٩.

ثالثاً: **الحنابلة**: وقالوا: لا تجوز الحوالة بصورتها اللتين ذكرهما الشافعية. وعللوا ذلك: بأن الصورة الأولى معاوضة بالمسلم فيه قبل قبضه فلم تجز؛ كالبيع . وأما الثانية؛ فلأن الحوالة لا تصح إلا على دين مستقر، والسلم عرضة للفسخ^(١).

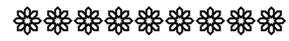
رابعاً: **المالكية**: في المسألة عنهم قولان؛ الأول: لا تجوز الحوالة إلا إذا كان الدينان حالين. الثاني: تجوز الحوالة إذا كان الدين المحال به حالاً^(٢).

▪ الترجيح:

والذي أراه صحة ما ذهب إليه الحنابلة؛ وذلك لاختلاف السلم عن الديون عموماً من حيث أنه استثناء من الأصل، وهو المنع، ومن هنا فإنه عرضة للفسخ كما قال الحنابلة؛ لأنه دين غير مستقر. والله أعلم.

تطبيقات التتابع في عقد السلم في المصارف الإسلامية:

يمكن للمصارف الإسلامية أن تستخدم التتابع في عقد السلم، وصورة ذلك: أن يقوم المصرف الإسلامي ببيع البضاعة المسلم فيها إلى طرف ثالث قبل قبضها من البائع، ويضرب لها مع الطرف الثالث أجلاً أبعد من الأجل الذي ضربه مع البائع الأول، فيكون المصرف بذلك مسلماً إليه من جهة، ورباً للسلم من جهة أخرى.



(١) البهوتي، كشف القناع، ٢٩٣/٣. ابن قدامة، المغني، ٣٣٦/٤.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٢٥/٢.

حكم هذه الصورة: بينا فيما سبق آراء الفقهاء في بيع المسلم فيه قبل قبضه. وظهر من هذه الآراء أن المالكية هم الذين أجازوا بيع رب السلم المسلم فيه قبل قبضه لغير المسلم، ما لم يكن طعاماً.

وقد سار البنك الإسلامي الأردني لتمويل والاستثمار في تعاملاته في هذا العقد معتمداً على هذا الرأي، وذلك تبعاً لاعتماده على إجازة القانون المدني الأردني لهذه الصورة^(١). وإنه لمن الغريب أن نجد الدكتور محمد الأشقر يذكر في بحثه المقدم للمؤتمر الأول للمستجدات الفقهية، الذي انعقد في الجامعة الأردنية عام ١٩٩٤، تحريم هذه الصورة، فيقول " الطريقة الرابعة : بيع البنك البضاعة قبل قبضها، إلى طرف ثالث. لا يجوز هذا النوع اتفاقاً، كما تقدم"^(٢). وقد أيد هذا التوجه الدكتور محمد الزحيلي في بحثه المذكور آنفاً . ولست أدري من أين جاء الدكتور الأشقر بهذا الاتفاق، مع أن المالكية يقولون بجواز هذه الصورة، كما تقدم، وأخذ برأيهم القانون المدني الأردني، وسار عليه البنك الإسلامي الأردني.

ومن هنا فإنني أرى أن استخدام المصارف الإسلامية لهذه الطريقة^(٣) يعتبر جائزاً بناءً على رأي المالكية .

المبحث الثامن

التابع في عقد الاستصناع

المطلب الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحاً :

الاستصناع لغة : طلب صنع الشيء . قال في لسان العرب: استصنع الشيء : دعا إلى صنعه^(١).



(١) انظر: محمد الزحيلي، عقد السلم والاستصناع، المؤتمر الأول للمستجدات الفقهية، ص ١٣.

(٢) البحث بعنوان: السلم والاستصناع ومدى إمكانية استفادة البنوك الإسلامية منهما، ص ١٣.

(٣) هناك طرق أخرى للاستفادة من عقد السلم لم أذكرها لعدم علاقتها بموضوع البحث.

أما الاستصناع اصطلاحاً، فقد عرفه الحنفية بتعريفين: الأول " هو عقد على مبيع في الذمة ". الثاني " هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل "(٢).

ويظهر من هذين التعريفين أن الاستصناع عقد مع صانع على عمل معين في الذمة؛ أي العقد على شراء ما سيصنعه الصانع ، وتكون العين والعمل من الصانع، فإذا كانت العين من المستصنع لا من الصانع فإن العقد يكون إجارة لا استصناعاً.....وهو عقد يشبه السلم ؛ لأنه بيع المعدوم ، ولأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع .ولكن يفترق عنه (عند الحنفية) من حيث أنه لا يجب فيه تعجيل الثمن ، ولا بيان مدة للصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق(٣).

المطلب الثاني: مشروعيته:

الأصل في عقد الاستصناع أنه لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم، كالسلم . بل قال الحنفية - وهم المجوزون له كعقد منفصل- "بل هو أبعد جوازاً من السلم ؛ لأن المسلم فيه تحتمله الذمة ؛ لأنه دين حقيقة ، والمستصنع عين توجد في الثاني ، والأعيان لا تحتملها الذمة "(٤).
لكن الحنفية جوزوه استحساناً. ومستند الاستحسان هنا: تعامل الناس به في سائر الأعصار من غير تكبر، فكان إجماعاً منهم على الجواز ، فيترك القياس(٥).
أما المالكية، والشافعية، والحنابلة، فلا يسمونه استصناعاً، وإنما يدخل عندهم في السلم، ويشترط فيه ما يشترط في السلم من شروط. ولهذا ترى أنهم لم يعقدوا له باباً في كتبهم، بل اعتبروه نوعاً من أنواع السلم(٦).

المطلب الثالث: محل عقد الاستصناع:

هل المعقود عليه في عقد الاستصناع العين (الشيء المستصنع) ، أم العمل؟

(١) ابن منظور، لسان العرب ، ٢٠٩/٨ .

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع ، ٢/٥ .

(٣) الزحيلي ، الفتاوى الإسلامية وأدلته ، ٦٣١/٤ . وانظر أيضاً: الشيخ نظام ، الفتاوى الهندية ، ٥١٧/٤ . الكاساني ، بدائع الصنائع ، ٢٠٩/٥ .

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع ، ٢٠٩/٥ . السرخسي، المبسوط ، ١٢/١٣٨ .

(٥) المرجعان السابقان .

(٦) انظر: مالك بن أنس، المدونة الكبرى ، ١٩/٩ . الشافعي، الأم ، ١٣١/٣ . المرادوي، الإنصاف ، ٣٠٠/٤ .

إن الاختلاف الذي ذكره الكاساني في تعريف الحنفية للاستصناع هو الذي أدى إلى الاختلاف في المعقود عليه .

فعلى التعريف الأول، فإن الاستصناع : عقد على مبيع في الذمة . وبناءً على هذا التعريف يكون المعقود عليه العين لا العمل .

وعلى التعريف الثاني، فإن الاستصناع : عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل . وبناءً على هذا التعريف فإن المعقود عليه هو العمل لا العين .

أثر الفرق بين التعريفين في مسألة التتابع:

يظهر أثر الفرق بين التعريفين في تحديد المعقود عليه ، والذي بدوره يؤثر في حصول التتابع أو عدم حصوله .

فإذا اعتبرنا أن العمل جزء من المحل المعقود عليه؛ لأنه مشروط في العقد، فلا يجوز في هذه الحالة أن يقوم الصانع بشراء العين من أي جهة أخرى ، ولا يجوز له كذلك أن يستصنعها عند الغير ، ولا أن يستأجر من يصنعها؛ لأن المستصنع إنما نظر في العقد إلى عمله، فكان عمله مقصوداً أساسياً في العقد، فهو - أي المستصنع - يريد سلعة من عمل يد معينة، لا أي سلعة؛ لأنه لو أراد السلعة دون النظر إلى الصانع لكان ذلك في الحقيقة سلماً^(١).

وإذا اعتبرنا أن المعقود عليه هو العين المستصنعة بغض النظر عن عمل الصانع فيها إذا جاءت مطابقة للأوصاف، فإن التتابع في هذه الصورة ممكن .

وصورته: أن يقوم الصانع مثلاً بإنشاء عقد جديد مع طرف ثالث يشتري السلعة منه جاهزة، أو يعقد مع طرف ثالث عقد استصناع يطلب منه فيه أن يصنع له العين المطلوبة منه بذات الأوصاف التي طلبها المستصنع الأول. وقد يقوم باستئجار من يصنع له العين بالأوصاف المطلوبة بمواد من عنده ، فيكون قد استأجر من يصنعها له، ثم يسلمها للأول .

وقد رجح الإمام السرخسي هذا التوجه فقال " والأصح أن المعقود عليه هو المستصنع فيه؛ ألا ترى أنه لو جاء به مفروغاً عنه لا من صنعه، أو من صنعه قبل العقد كان جائزاً"^(٢).

وقد أيد الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا _ رحمه الله _ توجه السرخسي، وابن عابدين، ومن معهما من الحنفية، حين أظهر تعريفه للاستصناع أن المعقود عليه هو الشيء المستصنع^(١).



(١) انظر : الكاساني، بدائع الصنائع ، ٢/٥ . السرخسي، المبسوط ، ١٣٩/١٢ .

(٢) السرخسي، المبسوط ، ١٣٩/١٢ . بن الهمام، شرح فتح القدير ، ١١٥/٧ . ابن عابدين، حاشية رد المحتار ، ٢٢٥/٥ .

المطلب الرابع: أحكام التتابع في عقد الاستصناع :

أولاً: صور التتابع في عقد الاستصناع: للتتابع في هذا العقد ثلاث صور؛ الأولى: أن يقوم الصانع باستصناع ما طلب منه صنعه عند طرف ثالث . الثانية: أن يقوم بشرائه جاهزاً وحسب الأوصاف من طرف ثالث . الثالثة: أن يقوم باستئجار من يصنعه له .

ثانياً: الحكم الشرعي في هذه الصور:

بينما فيما سبق أن للحنفية اتجاهان في تحديد المحل المعقود عليه في عقد الاستصناع .
الأول: يعتبر محل العقد العمل. وهو ما رجحه الكاساني، ونقله السرخسي عن أبي سعيد البردعي .

الثاني: يعتبر محل العقد الشيء المستصنع. وهو ما رجحه السرخسي، وابن عابدين، وهو قول معظم الحنفية.

وبناءً على الاتجاه الأول لا يجوز للصانع في العقد المطلق أن يستصنع السلعة المطلوبة منه عند الغير، ولا أن يشتريها من طرف ثالث جاهزة، ولا أن يستأجر من يصنعها له؛ لأن عمل الصانع معتبر في العقد، بل هو المعقود عليه.

ويمكن استثناء حالة الإذن من المنع في هذه الصور؛ وذلك إذا أذن المستصنع للصانع أن يستصنع ما طلب منه عند الغير، أو يشتريه له، أو يستأجر من يصنعها له . ولا تخرج هذه الصورة _ صورة الإذن _ بعقد الاستصناع عن معناه عند أبي حنيفة _ رحمه الله _ ؛ لأنه ليس فيها ضرب أجل فلا تشبّه بالسلم.

وبناءً على الاتجاه الثاني فإنه يجوز للصانع في العقد المطلق أن يعقد عقد استصناع مع طرف ثالث على نفس السلعة المطلوب منه صنعها ، أو أن يشتريها له، أو يستأجر من يصنعها له، طالما أنه جاء بالأوصاف المطلوبة . يقول الأستاذ الزرقا " والمرجح في المذهب هو الرأي الثاني : أن المبيع هو العين الموصوفة، فيوفي الصانع ذمته إذا جاء بعين مستكملة الأوصاف المطلوبة من صنع غيره، أو من صنع نفسه قبل العقد "(٢).

أهمية الأخذ بالرأي الثاني في العصر الحاضر، وعلاقته بالتتابع:

(١) الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات المالية المعاصرة، ص ٢١ .

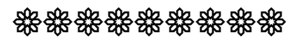
(٢) الزرقا، عقد الاستصناع ومدى أهميته في الاستثمارات المالية المعاصرة، ص ٣٢ .

تتبع أهمية الأخذ بالرأي الثاني _ وهو المرجح عند الحنفية _ أنه يفتح فرص استثمارية واسعة للمؤسسات والمصارف التي تعمل وفق المنهج الإسلامي؛ ذلك أن استخدامها لعقد الاستصناع وفق هذا الرأي يمنحها فرصة لشراء أو استصناع _ ما طلب منها استصناعه عند طرف ثالث بثمن أقل، وبالتالي تستفيد من فرق الثمن، الذي قد يكون في بعض الحالات ضخماً، نظراً لضخامة ما يطلب استصناعه هذه الأيام، وتوسع حقله. يقول الدكتور سامي حمود " وإن الذي يتبين لنا من إطلاق النظر الفقهي، وانطلاقة الفكر العملي، أن الصانع يمكن له أن يصنع غيره ما لم يكن عمله مخصوصاً لا يتقنه غيره . فالحياة العملية اليومية تدل علي أن عقود الاستصناع الكبرى، مثل بناء السفن، والقطارات، والطائرات، ليست عمل إنسان لوحده، وإنما هي ثمرة جهود جماعة منظمة العمل . وإن هناك أعمالاً تقوم بها جهات متعددة؛ حيث يصنع المحرك لدى شركة، وجسم الطائرة لدى شركة أخرى، ويصنع الزجاج المضغوط لدى شركة ثالثة، وهكذا"^(١). ومن هنا فإنه يمكن للمصرف أن يعقد الاستصناع بصفته بائعاً مع من يرغب في شراء سلعة معينة، ويعقد المصرف عقد استصناع مواز بصفته مشترياً، مع جهة أخرى لتصنع الشيء الذي التزم به في العقد الأول، ويمكن أن يكون الاستصناع الأول حالاً أو مؤجلاً، كما يمكن أن يكون الاستصناع الموازي حالاً أو مؤجلاً؛ لأن محل العقد -عند أكثر الحنفية هو العين المصنوعة، ويمكن للصانع أن يقدم المعقود عليه من صنعه أو من صنع غيره"^(٢).

وتكون الخطوات التي يقوم بها البنك الإسلامي كما يلي^(٣):

- ١- يتعاقد المحتاج للسلع الصناعية، سواءً كان تاجراً أو مستهلكاً، مع المصرف، ليقوم المصرف بإنتاجها. فيكون المصرف في هذه الخطوة بائعاً، ويمكن أن يكون الثمن هنا مؤجلاً.
- ٢- ثم يتعاقد المصرف مع المختصين بصناعة ذلك النوع من السلع على إنتاج سلع بالمواصفات المطلوبة، ويمكن أن يكون الثمن هنا معجلاً.
- ٣- ثم إذا تسلم المصرف السلع من الصناعيين بعد تمامها، يقوم بتسليمها إلى طالبيها.

المطلب الخامس: صفة عقد الاستصناع :



(١) حمود، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، ص ٩٦. وانظر: دنيا، الجمالة والاستصناع، ص ٤٥.

(٢) محمد الأشقر، السلم والاستصناع ومدى استفادة البنوك الإسلامية منهما، المؤتمر الأول للمستجدات الفقهية، ص ٢٤، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٤.

(٣) المرجع السابق، ص ٢١.

- الاستصناع عقد غير لازم قبل العمل في الجانبين بلا خلاف (عند الحنفية) فكل واحد منهما خيار الامتناع قبل العمل؛ لأن جوازه كان استحساناً، فبقي للزوم على أصل القياس؛ أي أنه غير لازم^(١).

- أما بعد الفراغ من العمل وقبل رؤية المستصنع له، فغير لازم كذلك وللصانع أن يبيعه لمن يشاء؛ لأن البيع وقع على شيء موصوف بالذمة لا على ما صنعه الصانع عيناً^(٢).

_ أما إذا حضر الصانع العين على الصفة المشروطة فقد سقط خيار الصانع وبقي خيار المستصنع . هذا هو ظاهر الرواية عند الحنفية^(٣). وفي رواية أن أبا حنيفة أعطى الخيار لكليهما^(٤). وفي رواية لأبي يوسف أنه لا خيار لكليهما^(٥).

وجه ظاهر الرواية: أن الصانع بائع ما لم يره فلا خيار له، وأما المستصنع فمشتري ما لم يره، فكان له الخيار، ثم إن الضرر يقع بالمستصنع أكثر من وقوعه بالصانع؛ لأن الصانع يمكن أن يتصرف به بطرق شتى بخلاف المستصنع^(٦).

ووجه رواية أبي حنيفة: أنه في تخيير كل منهما دفع للضرر عنه^(٧).

ووجه رواية أبي يوسف: أن إعطاء الخيار لأبي منهما فيه ضرر على الآخر^(٨).

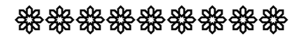
▪ المناقشة والترجيح:

مما سبق من آراء عند الحنفية في مسألة لزوم العقد تبين لنا ما يلي:

_ أنهم متفقون أن عقد الاستصناع غير لازم قبل البدء بالعمل في الطرفين.

_ أنهم متفقون كذلك على عدم لزومه بعد الفراغ منه، وقبل رؤية المستصنع له.

_ أنهم اختلفوا في لزومه بعد فراغ الصانع منه، ورؤية المستصنع له، ومجيئه حسب الأوصاف المطلوبة، على أقوال ثلاثة ذكرناها آنفاً. والراجح منها ما ذهب إليه الإمام أبي



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣/٥، ٢١٠. ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ٥/٢٢٤.

(٢) المرجعان السابقان.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٣/٥، ٢١٠. السرخسي، المبسوط، ١٢/١٣٩.

(٤) المرجعان السابقان.

(٥) المرجعان السابقان.

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٢١٠، ٤.

(٧) المرجع السابق.

(٨) المرجع السابق. وانظر: السرخسي، المبسوط، ١٢/١٣٩.

يوسف رحمه الله من عدم لزوم العقد في الطرفين عند مجيء الشيء المستصنع حسب الأوصاف؛ " وذلك لأن الصانع لما أتى به موافقاً تعين حق المستصنع فيه بعينه، بعد أن كان حقه متعلقاً بذمة الصانع، فلم يبق له خيار. أما بالنسبة إلى المستصنع فإنه لو أعطي خيار رؤية بعدما أتى به الصانع موافقاً للأوصاف المطلوبة، فرفضه المستصنع، لتضرر الصانع ضرراً قد يكون كبيراً؛ لأنه إنما صنعه حسب مطلوب المستصنع على أوصاف ومقاييس قد تكون تخالف المعتاد بين الناس، فرفضه قد يتعذر على الصانع بيعه لغيره، وهذا إضرار بتغيير من المستصنع لولا توصيته لما صنعه الصانع، والنبي صلى الله عليه وسلم يقول "لا ضرر ولا ضرار"^(١)، فليس للمستصنع خيار بعد إحضاره إلا إذا كان مخالفاً في أوصافه للمشروط، فيكون له عندئذ خيار فوات الوصف، لا خيار الرؤية"^(٢).

أما ما ذهب إليه أبو حنيفة -رحمه الله- في ظاهر الرواية، فيؤخذ عليه: أن الضرر يقع بالصانع كما يقع بالمستصنع، خصوصاً إذا كان الشيء المستصنع غالي الثمن، كما في أيامنا، وجاء وفق مواصفات مخصوصة، قد لا يكون لغير المستصنع رغبة فيها إذا ما عرضها الصانع للبيع بعد إعراض المستصنع عنها، فيخسر الصانع بذلك خسارة كبيرة، وفي ذلك ضرر عليه ولا ريب.

ويؤخذ عليه -رحمه الله- في الرواية الثانية: أن إعطاءه الخيار لكل منهما إفساد لمعنى عقد الاستصناع، وضياح لحكمة مشروعيته، خاصة إذا كان الشيء المستصنع عظيم القدر، غالي الثمن؛ فبامتناع أحدهما عن تنفيذ مقتضى العقد تضيع الثقة بهذا العقد، ولا يمكن التعامل به على نطاق واسع، فيفقد بذلك حكمة مشروعيته.

ومما يؤكد صحة ما ذهب إليه من ترجيح قول أبي يوسف -رحمه الله- ورود مادة في مجلة الأحكام العدلية موافقة لقوله؛ فقد جاء في المادة ٣٩٢ " إذا انعقد الاستصناع فليس لأحد العاقدين الرجوع. وإذا لم يكن المصنوع على الأوصاف المطلوبة المبينة كان المستصنع مخيراً"^(٣).

وقد اختار هذا الرأي المجمع الفقهي في مؤتمره السابع بجده^(٤).



(١) رواه ابن ماجة في كتاب الأحكام، باب من بنى بحقه ما يضر بحاره.

(٢) الزرقا، عقد الاستصناع، ص ٢٦، ٢٥.

(٣) حيدر، درر الأحكام، ١/٣٦١.

(٤) زعير، الاستصناع، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ١٩٤، ص ٤٤.

إن الأخذ بهذا الرأي يفتح الباب على مصراعيه للمصارف الإسلامية للاستثمار في هذا العقد، واستخدام التتابع فيه، دون خوف من قيام الطرف الآخر بالفسخ^(١).

المطلب السادس: حكم اشتراط الصانع البائع عدم مسؤوليته عن عيوب

المبيع:

تمهيد: إن الاستصناع هو نوع من أنواع البيع، فهو بالتالي يخضع - في العموم - لأحكام، سوى بعض استثناءات تقتضيها طبيعته وغايته التي قضت باعتباره نوعاً خاصاً من البيع يتميز ببعض أحكام استثنائية^(٢).

" إن التزام البائع بضمان العيب دون حاجة إلى اشتراط هذا الضمان في صلب العقد هو محل إجماع بين فقهاء الشريعة وعلماء القانون؛ لأنه معدود من الالتزامات الأصلية لعقد البيع. وإن إعفاء البائع من هذا الضمان يحتاج إلى اشتراط في صلب العقد"^(٣).

مذاهب الفقهاء في اشتراط البائع عدم مسؤوليته عن عيوب المبيع:

اختلفت نظرة الفقهاء إلى هذه المسألة، وسأذكر آراءهم باختصار:

أولاً: الحنفية: قالوا: يحق للبائع أن يشترط البراءة من العيوب، سواء كلياً، أو جزئياً. واختلفوا في العيب الحاصل بعد العقد وقبل القبض؛ فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى دخوله في البراءة. وذهب محمد بن الحسن وزفر إلى عدم دخوله^(٤).

ثانياً: المالكية: وذهبوا إلى أن اشتراط البائع يصح في كل عيب لا يعلم به البائع، أما ما يعلم به فلا تصح البراءة عنه. هذا إذا كان العيب الباطن غير المعلوم لدى البائع حدث قبل العقد، أما إذا حدث بعد العقد فلا يصح اشتراط البراءة منه^(٥).



(١) دنيا، الجمالة والاستصناع، ص ٤٥.

(٢) الزرقا، عقد الاستصناع، ص ٣٧.

(٣) المرجع السابق، ص ٣٧. وانظر: أبو حبيب، موسوعة الإجماع في الفقه الإسلامي، ١/١٨٩.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/٢٧٧. السمرقندي، تحفة الفقهاء، ٢/١٠٣.

(٥) ابن رشد، المقدمات، ص ٥٨٠. ابن جزى، القوانين الفقهية، ص ١٧٥. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/١٢٣.

ثالثاً: الشافعية: وذهبوا إلى أن اشتراط البائع يصح في كل عيب باطن بالحيوان، لم يعلمه، دون غيره. وله مع هذا الشرط الرد بعيب حدث قبل القبض، ولو شرط البراءة عما يحدث لم يصح في الأصح^(١).

رابعاً: الحنابلة: وعندهم في المسألة روايتان:

الأولى: أنه لا يبرأ، إلا أن يعلم المشتري بالعيب.

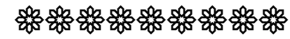
الثانية: أنه يبرأ من كل عيب لم يعلمه، ولا يبرأ من عيب علمه^(٢).

"ويظهر مما تقدم أن جمهور الفقهاء لا يجيزون اشتراط البائع عدم مسؤوليته عن عيوب المبيع بصورة مطلقة (بل في حالات محدودة فقط) ويعتبرون هذا الاشتراط منافياً لمقتضى العقد؛ لأن المشتري لم يدفع الثمن إلا على أساس سلامة المبيع من العيوب؛ لأن العيب الذي يظهر في المبيع يعتبر كجزء منتقص منه قد دفع المشتري ثمنه. فهذا الاشتراط يخل العدل والتوازن بين العاقدين"^(٣).

إن ما سبق بيانه هو آراء الفقهاء في اشتراط البائع البراءة من عيوب المبيع وهو -أي البائع- حسن النية، أما إذا كان سيء النية، بأن كان يعلم فيه بعض العيوب وكتمه عن المشتري، واشترط عليه عدم مسؤوليته عما قد يظهر فيه من عيوب (وهي حالة تدليس العيب) لكي يقطع على المشتري طريق الرجوع عليه، فتبقى مسؤوليته عن عيوب المبيع قائمة رغم الاشتراط، عند جمهور الفقهاء^(٤).

اشتراط البراءة من العيوب في عقد الاستصناع:

إن ما سبق بيانه من آراء الفقهاء في جواز أو عدم جواز اشتراط البراءة من العيوب، إنما كان في البيع العادي. أما إذا كان البيع ليس عادياً، وإنما يعتبر استثناءً؛ وهو بيع المعدوم، وهو الاستصناع، فإنه سيأخذ أحكاماً تختلف نوعاً ما عن تلك التي تعطى للأصل، وهو البيع^(٥).



(١) الشريبي، مغني المحتاج، ٥٣/٢.

(٢) ابن قدامة، المغني، ١٢٩/٤. ابن يوسف، غاية المنتهى، ٢٧/٢.

(٣) الزرقا، عقد الاستصناع، ص ٤٠.

(٤) الزرقا، عقد الاستصناع، ص ٤٠. وانظر آراء الفقهاء في هذه المسألة في: الشيخ عليش، تقريرات الشيخ عليش، ١١٩/٣. ابن رشد،

المقدمات، ص ٥٨٠. ابن جزري، القوانين الفقهية، ص ١٧٥. الشريبي، مغني المحتاج، ٥٣/٢. ابن قدامة، المغني، ١١٣/٤، ١٢٩.

(٥) الزرقا، عقد الاستصناع، ص ٤١.

لقد قرر فقهاء الحنفية أن البائع الصانع يتحمل المسؤولية عن المصنوع إذا جاء مخالفاً للأوصاف التي اشترطها المصنوع. وقد سبق بيان ذلك من خلال كلام الحنفية في لزوم عقد الاستصناع^(١). ولكنهم لم يتعرضوا لذكر هذه المسألة وهي: اشتراط الصانع براءته من العيوب التي تظهر في المصنوع، أو تحديد سقف معين لمسئوليته عن تلك العيوب^(٢).

رأي الأستاذ الزرقا في المسألة:

ويرى الأستاذ الزرقا: أن اشتراط البائع في عقد الاستصناع عدم مسئوليته عن عيوب المبيع الذي سيصنعه، أو اشتراطه تحديد هذه المسؤولية، لا يصح مطلقاً، بل يكون شرطاً باطلاً، ويبقى البائع مسئولاً مسؤولية كاملة عن كل عيب يوجد في المبيع الذي سيصنعه، وإن كان هذا الاشتراط في البيع العادي مقبولاً؛ ذلك لأن عقد الاستصناع هو نوع خاص من البيع قد أعطاه الفقهاء بعض أحكام استثنائية، ومنها عدم صحة مثل هذا الاشتراط؛ لأن هذا الشرط في عقد الاستصناع خاصة يحمي سوء النية من البائع، ويفسح له مجالاً لعدم المبالاة بإتقان عمله، وهذا ينعكس ضرراً بالغاً على المشتري الذي بنى عقده على أساس الثقة بالمتعاقدين معه، ودفع أموالاً كبيرة بناءً على تلك الثقة.

ثم إن اشتراط الصانع البائع عدم مسئوليته عن العيوب مع أنه الصانع للسلعة - يدل على سوء نيته، وقد قررت مبادئ التعاقد في الشريعة الإسلامية أن كل شرط من شأنه أن يحمي سوء النية لدى المتعاقد الآخر يعتبر باطلاً، ولا يستفيد منه شارطه شيئاً، حفاظاً على مبدأ وجوب الثقة والأمانة واستقرار المعاملات وحسن النية فيها^(٣).

قلت: ما قرره الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا - رحمه الله - في هذه المسألة رأي سديد يستحق التقدير.



(١) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٣) المرجع السابق، ص ٤٣، ٤٢.

المبحث التاسع

التتابع في عقد التأمين

المطلب الأول: تعريف التأمين لغة واصطلاحاً:

التأمين في اللغة: من الأمن؛ وهو طمأنينة النفس، وزوال الخوف^(١).
أما التأمين كنظام فيعرف بأنه " تعاون منظم تنظيمياً دقيقاً بين عدد كبير من الناس معرضين جميعاً لخطر واحد. حتى إذا تحقق الخطر بالنسبة إلى بعضهم تعاون الجميع في



(١) ابن منظور، لسان العرب، ٢١/١٣.

مواجهته، بتضحية قليلة يبذلها كل منهم، يتلافون بها أضراراً جسيمة تحيق بمن نزل الخطر به منهم" (١).

المطلب الثاني: أهداف نظام التأمين وأقسامه:

أولاً: أهداف نظام التأمين: يهدف نظام التأمين إلى عدة أمور منها (٢):

- ١_ تحقيق التحابب والتواد والأخوة وتماسك المجتمع.
- ٢_ تحصين المجتمع من آثار المصائب والنكبات؛ فبدلاً من أن يتحملها فرد بعينه أو مجموعة بعينها، فإن أفراد الأمة جميعاً يهبون لنصرة هذا المصاب، وتخفيف أثر المصيبة عنه.
- ٣_ تحقيق طمأنينة النفس وسعادتها في الدنيا .
- ٤_ توفير الأموال وادخارها، فالمشترك في نظام التأمين يدفع اشتراكاً شهرياً بسيطاً بمجموعه ذا أثر كبير عند وقوع الخطر .

ثانياً: أقسام التأمين: يمكن تقسيم التأمين من حيث المؤسسات التي تقوم به إلى ثلاثة أقسام:

أ_ **التأمين التعاوني**: وهو الذي تقوم به الدولة لصالح الموظفين والعمال، فتؤمنهم من إصابة المرض، العجز، والشيخوخة، ويسهم في حصيلته الموظفون والعمال وأصحاب العمل. ولا تقصد الدولة من وراء ذلك تحقيق الأرباح. ومن صورته: نظام التقاعد، ونظام الضمان الاجتماعي، والتأمين الصحي (٣).

حكمه: إن هذا القسم بجميع صورته جائز شرعاً بلا خلاف، مهما كان نوع الخطر المؤمن منه؛ لأنه ينسجم مع مقاصد الشريعة التي تدعو إلى التكامل الاجتماعي على أساس التبرع. ثم إن كلاً من الدولة وأصحاب العمل لا يقصد من وراء هذا التأمين تحقيق الأرباح (٤).

ب_ **التأمين التبادلي**: وهو الذي تقوم به الجمعيات الخيرية والتعاونية لتأمين حاجات المنتسبين إليها، فينتفق أعضاء كل جمعية على تعويض من ينزل به خطر ما، ويرتبون على كل عضو دفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع والمؤازرة، ولا يقصدون من وراء ذلك



(١) السنهوري، الوسيط، ١٠٨٤/٧.

(٢) شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ٩٣.

(٣) المرجع السابق، ص ٩٤.

(٤) المرجع السابق، ص ٩٥.

التجارة والربح^(١).

حكمه: إن هذا النوع من التأمين جائز شرعاً بلا خلاف؛ لأنه تعاون محض على تخفيف أثر الكوارث وترميم أثارها بقدر الاستطاعة، ولا يقصد من ورائه تحقيق الأرباح^(٢).

جـ التأمين التجاري: وهو التأمين الذي تقوم به شركات التأمين المعاصرة وفق عقد تيرمه الشركة مع الأفراد على تأمينهم من خطر ما .

ويعرف التأمين التجاري بأنه " عقد يلتزم فيه المؤمن بمقتضاه أن يؤدي إلى المؤمن له، أو إلى المستفيد الذي اشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط، أو أية دفعة مالية يؤديها المؤمن له للمؤمن، ويتحمل بمقتضاه المؤمن تبعة مجموعة من المخاطر بإجراء المقاصة بينها، وفقاً لقوانين الإحصاء"^(٣).

حكمه: اختلف العلماء المحدثون في حكم التأمين التجاري على قولين^(٤):

الأول: يقضي بالتحريم، وذهب إليه أكثرية العلماء.

الثاني: يقضي بالإباحة، وذهب إليه عدد قليل منهم.

وبما أن البحث لا يتسع للتفصيل في هذين الرأيين، وبيان أدلة كل منهما، فإنني سأكتفي بذكر نص قرار المجمع الفقهي الإسلامي الذي انعقد في دورته الأولى بمكة المكرمة عام ١٣٩٨ هـ، والذي أنهى الخلاف في هذه المسألة . يقول القرار " إن المجمع الفقهي الإسلامي قد نظر في موضوع التأمين بأنواعه المختلفة، بعدما اطلع على كثير مما كتبه العلماء في ذلك، وبعدها اطلع أيضاً على ما قرره مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية. وبعده الدراسة الوافية، وتداول الرأي في ذلك قرر المجلس بالأكثرية^(٥) تحريم التأمين بجميع أنواعه، سواءً كان على النفس أو على البضائع التجارية أو غير ذلك من الأموال. كما قرر المجلس



(١) المرجع السابق، ص ٩٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٩٦.

(٣) حكيم، عقود التأمين من الناحيتين التأمينية والقانونية، ٣٣/١.

(٤) انظر: شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ١٠٦.

(٥) خالف القرار الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا - رحمه الله -. انظر: الزرقا، نظام التأمين، ص ١٤٩.

بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء من جواز التأمين التعاوني بدلاً من التأمين التجاري^(١).

شركات التأمين الإسلامية:

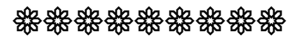
بعد أن اتخذ المجمع الفقهي الإسلامي قراره أنف الذكر بتحريم التأمين التجاري بكافة أنواعه، وإباحة التأمين التعاوني، كان لابد للعاملين في مجال الاقتصاد الإسلامي أن يعملوا على إيجاد البديل الشرعي لنظام التأمين التجاري. وهو ما حصل بالفعل بإنشاء شركات التأمين الإسلامية^(٢).

وقد قامت هذه الشركات على أساس التأمين التعاوني، لكن بصيغة مركبة؛ والمقصود بذلك أن تقوم شركة متخصصة بإدارة شؤون هذا التأمين التعاوني. فأصبح يسمى عمل شركات التأمين الإسلامية بأنه: تأمين تعاوني مركب^(٣). ويمكن تعريف التأمين التعاوني المركب بأنه "عقد تأمين جماعي، يلتزم بموجبه كل مشترك فيه بدفع مبلغ معين من المال على سبيل التبرع، لتعويض المتضررين منهم على أساس التكافل والتضامن، عند تحقق الخطر المؤمن منه، تدار فيه العمليات التأمينية من قبل شركة متخصصة على أساس الوكالة بأجر معلوم"^(٤).

المطلب الثالث: أحكام التابع في عقد التأمين (إعادة التأمين):

أولاً: مفهوم إعادة التأمين: المراد بإعادة التأمين هو: قيام شركة التأمين (المؤمن المباشر) بالتأمين التجاري لدى شركة أو شركات تسمى شركات إعادة التأمين، مما قد يلحقها من تعويضات^(٥).

فإعادة التأمين عقد تأمين جديد بين المؤمن (شركة التأمين)، والمؤمن المعيد (شركة إعادة التأمين)^(٦).



(١) انظر: الزرقا، نظام التأمين، ص ١٤٩. ملحم، التأمين التعاوني الإسلامي، ص ٣٠. عبده، الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين، ٢٠١-١٩٩.

(٢) من أهم البلاد التي أنشأت فيها هذه الشركات: السودان، والسعودية، وقطر، وتونس، ودي، والبحرين، وماليزيا، والأردن.

(٣) ملحم، التأمين التعاوني الإسلامي، ص ٧٨.

(٤) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٥) ملحم، التأمين التعاوني الإسلامي، ص ٣٤. ابن ثنيان، التأمين وأحكامه، ص ٧٤.

(٦) شركة التأمين الإسلامية، كتاب التأمين (بحث الدكتور عبد الستار أبو غدة)، ص ٩٨. ملحم، التأمين التعاوني الإسلامي، ص ٣٤.

ثانياً: الهدف من إعادة التأمين: إن الباعث الذي دفع شركات التأمين عموماً لإعادة التأمين لدى شركات تأمين أخرى تسمى شركات إعادة التأمين، أمران:

الأول: عجز شركات التأمين على التأمين على الأشياء ذات القيم الضخمة؛ كالمصانع الكبيرة، والفنادق الضخمة، والطائرات، ونحو ذلك؛ لأن التعويضات التي ستدفعها تلك الشركات عند وقوع الخطر المؤمن منه قد تتجاوز الملايين إلى المليارات. فتقوم شركات إعادة التأمين بإعادة تأمين تلك المشاريع، أو المؤسسات عند شركات إعادة التأمين للتغلب على تلك المخاطر^(١).

الثاني: زيادة الطاقة الاستيعابية لشركات التأمين المباشر في مجال قبول الأخطار لزيادة مكاسبها^(٢).

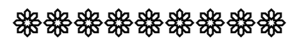
ومما ينبغي ملاحظته هنا أن لا علاقة للمؤمن عند شركة التأمين الأولى بشركة إعادة التأمين مطلقاً.

ثالثاً: ما تقدمه شركة إعادة التأمين لشركة التأمين المباشر من عمولات:

إذا قامت شركة التأمين بإبرام عقد مع شركة إعادة التأمين، فإن الشركة الأخيرة تقدم للشركة الأولى نوعين من العمولة؛ الأول: مبالغ مالية تسمى: عمولة إعادة التأمين، وهي بمثابة تعويض لشركة التأمين عن النفقات التي تتحملها الشركة في سبيل الحصول على العمل الأصلي، ومساهمة من شركة إعادة التأمين في النفقات الإدارية التي تخص الخطر المؤمن منه.

الثاني: مبالغ مالية تسمى: عمولة أرباح إعادة التأمين، وتقدم على أساس أنها مكافأة لشركة التأمين على مهارتها في ممارسة التأمين مع عملائها المؤمنين لديها^(٣).

رابعاً: الحكم الشرعي لإعادة التأمين:



(١) ملحم، التأمين التعاوني الإسلامي، ص ٣٥.

(٢) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

(٣) ملحم، التأمين التعاوني الإسلامي، ص ٣٦. شركة التأمين الإسلامية، كتاب التأمين، ص ٩٩.

من المعلوم أن إعادة التأمين هو في الأصل من العقود التي تقوم بها شركات التأمين التجارية. وبعد إنشاء شركات التأمين الإسلامية، وقيامها بإعادة التأمين، كان لابد من بيان الحكم الشرعي لهذه العملية.

إن شركات التأمين التجاري عندما تقوم بإعادة التأمين لدى شركات إعادة التأمين (والتي هي كذلك من شركات التأمين التجاري) لا تنظر عادة إلى الناحية الشرعية في هذه العمليات، بخلاف شركات التأمين الإسلامية، التي تحوي ضمن أجهزتها العاملة هيئة رقابة شرعية تقدم لها التوجيه الشرعي لكافة تعاملاتها.

ومن هنا إننا سنبحث في إعادة التأمين الذي تقوم به شركات التأمين الإسلامية لا شركات التأمين التجاري.

وسيكون بيان الحكم الشرعي من خلال الإجابة على الأسئلة التالية^(١):

- السؤال الأول: هل تمارس شركات التأمين الإسلامي إعادة التأمين، بمحض الرغبة والاختيار، أم هي مدفوعة إلى ذلك بسلطان القانون والحاجة؟
- السؤال الثاني: هل يجوز لشركات التأمين الإسلامي ممارسة إعادة التأمين بصورة مؤقتة إلى حين وجود البديل الإسلامي لذلك، والمتمثل بقيام شركات إعادة التأمين وفق الشريعة الإسلامية؟
- السؤال الثالث: ما هي الثوابت والمرتكزات التي تمارس على أساسها شركات التأمين الإسلامي إعادة التأمين؟

أما جواب السؤال الأول: فقد صرح مدير عام شركة التأمين الإسلامي الأستاذ أحمد محمد صالح، أن شركات التأمين الإسلامي ملزمة بحكم قوانين الشركات المعمول بها في البلاد التي أنشأت فيها بإعادة التأمين. فإعادة التأمين شرط أساسي لمنحها رخصة مزاولة أعمال التأمين المرخص لها بمزاولته، وبدون ذلك لا تعطى الشركة تلك الرخصة^(٢).

أما فيما يتعلق بالحاجة إلى إعادة التأمين، فإن أهل الخبرة والاختصاص أثبتوا أن الحاجة ماسة لذلك؛ لأن شركات التأمين الإسلامي لا تستطيع من خلال ما لديها من رصيد مالي تغطية



(١) ملحم، التأمين التعاوني الإسلامي، ص ٤٢، ٤١.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٢.

المخاطر الكبيرة المؤمن منها، فهي بأمس الحاجة إلى جهة أخرى لتوفير الحماية والغطاء للذين يمكنها من التغلب على تلك المخاطر^(١).

ومن هنا فقد جاءت إجابة هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني مبينة للحكم الشرعي لهذه المسألة بعد عرضها عليها. وإليك الإجابة مجملة:

١_ إن عقد إعادة التأمين التجاري لا فرق بينه، من حيث حقيقته، وبين عقد التأمين التجاري، فهو عقد تأمين تجاري يكون المستأمن فيه شركات التأمين بدلاً من الأفراد، والضوابط التي ذكرناها تقتضي بمنع إعادة التأمين.

٢_ يستثنى من الحكم بحرمة إعادة التأمين الحالة أو الحالات التي تكون فيها الحاجة متعينة لإعادة التأمين، وهي الحالة التي تكون فيها شركات التأمين في مشقة وحرَج إذا لم تتعامل مع شركات إعادة التأمين^(٢).

هذا وقد تأكدت هيئة الرقابة الشرعية في بنك فيصل الإسلامي من وجود الحاجة الخاصة إلى إعادة التأمين، فبذلك انطبق البند الثاني على تعاملات الشركة في هذا الصدد^(٣).

أما جواب السؤالين الثاني والثالث: فإن هيئة الرقابة الشرعية في ضوء جواب إدارة البنك، وخبراء التأمين، ترى جواز إعادة التأمين؛ لوجود الحاجة الخاصة المتعينة، وفي حدود الضوابط التالية^(٤):

- ١_ أن يقلل ما يدفع لشركة إعادة التأمين إلى أدنى حد ممكن، وهو القدر الذي يزيل الحاجة، عملاً بالقاعدة المشهورة " الحاجة تقدر بقدرها "، وإن تقدير ذلك متروك للخبراء في البنك.
- ٢_ أن لا تتقاضى شركات التأمين التعاوني عمولة أرباح أو أية عمولة أخرى من شركات إعادة التأمين .



(١) المرجع السابق، ص ٤٢.

(٢) المرجع السابق، ص ٤٢، ٤٣، عن هيئة الرقابة الشرعية لبنك فيصل الإسلامي السوداني.

(٣) ملحق، التأمين التعاوني الإسلامي، ٤٣.

(٤) انظر: ملحق، التأمين التعاوني الإسلامي، ص ٤٤. شبير، المعاملات المالية المعاصرة، ص ١٣٠-١٣٢. شركة التأمين الإسلامي،

كتاب التأمين، ص ١٠٣-١٠٦.

- ٣_ أن لا تحتفظ شركات التأمين التعاوني لديها بأية احتياطات من الأخطار السارية؛ لأن حفظها يترتب عليه دفع فوائد ربوية لشركات إعادة التأمين.
- ٤_ أن يكون الاتفاق بين شركة التأمين التعاوني، وشركة إعادة التأمين لأقصر مدة ممكنة.
- ٥_ أن تقوم شركات التأمين التعاوني بإعادة التأمين مع شركات إعادة تأمين تعاوني إن وجدت.

المبحث العاشر

التتابع في عقد التوريد

المطلب الأول: تعريف التوريد لغة واصطلاحاً:

التوريد في اللغة: مأخوذ من الورد، وهو: الحضور. ويقال: استورد السلعة ونحوها: إذا جلبها من الخارج^(١).

أما في الاصطلاح فهو: "عقد على موصوف الذمة يدفع جملة أو أقساطاً، في زمن ومكان معينين، بثمن معلوم مؤجل جملة أو أقساطاً"^(٢).

تحليل التعريف: العقد في التوريد يتم بين الأفراد والمؤسسات . فقد يكون كلا الطرفين: البائع (المورد)، والمشتري(المستورد) أفراداً يمثلان أنفسهما، كما يكونان شخصين معنويين؛ يكون المشتري (المستورد) مؤسسة حكومية، ويكون البائع (المورد) شركة مساهمة. ويكون أحدهما شخصية معنوية كإدارة حكومية، والآخر شخصاً يمثل نفسه^(٣).

(على موصوف): أي غائب عن مجلس العقد . (في الذمة) وهو قيد يفيد غياب المعقود عليه من مجلس العقد؛ وهو المبيع الذي تم عليه العقد، سواء كان الموصوف من المنقولات، أو المصنوعات، أو المأكولات.

ثم بين أن الموصوف المعقود عليه "يدفع جملة في وقت واحد أو أقساطاً" في أزمان متفاوتة، حسبما يتم عليه الاتفاق، وينص عليه العقد. وفي كلتا الحالتين يكون دفع الثمن مؤجلاً جملة أو أقساطاً في زمن معين، ومكان محدد ينص عليها العقد^(٤).

إشكالية عقد التوريد: تتمثل إشكالية عقد التوريد في غياب العوضين عن مجلس العقد: المبيع، والثمن؛ إذ لا يوجد بين أنواع البيع الجائزة ما يماثله بينها^(٥).

المطلب الثاني: الحكم الشرعي لعقد التوريد:

لست هنا بصدد عرض هذه المسألة بتفصيلاتها؛ إذ أن ذلك يخالف منهجية البحث التي سرت عليها. ولكنني مع ذلك سأعرض إلى ما انتهى إليه بعض العلماء في هذه المسألة باختصار شديد.

لقد قام الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان، في بحثه أنف الذكر، ببيان رأي المذاهب الأربعة في العقد على الغائب الموصوف. وقد خلص في نهاية البحث إلى جواز مثل هذا البيع؛

(١) أنيس، المعجم الوسيط، ٢/١٠٢٤.

(٢) عبد الوهاب أبو سليمان، عقد التوريد، مؤتمر المستجدات الفقهية الأول، ص ١٤٠. وانظر أيضاً: المصري، مناقصات العقود

الإدارية: عقد التوريد ومقاولات الأشغال العامة، ص

(٣) عبد الوهاب أبو سليمان، عقد التوريد، ص ١٤٠.

(٤) المرجع السابق، ص ١٤٠، ١٥٠.

(٥) المرجع السابق، ص ١٥٠.

لوجود المقتضى وانتفاء المانع له. وبين أن هناك حاجة إلى توريد السلع، فقال: " الحاجة إلى عقد التوريد ليست خاصة بأمة دون أمة، بل أصبحت حاجة الأمم والشعوب في كافة أقطار الدنيا مهما كان مستواها الحضاري والاجتماعي؛ متقدمة، أو متخلفة، الإسلامية، وغير الإسلامية على مختلف الديانات والمذاهب، فقيرة أو غنية. ولهذا الأمر تقديره عند فقهاء الإسلام في تكييف الحكم ومناسبته"^(١).

ثم أوضح ما يمكن أن يكون مانعاً من جواز هذا العقد من أمور، مثل: تعذر التسليم، والجهالة بجنس المبيع أو صفته أو ثمنه، والخطر ببیع ما لا ترجى سلامته. وأوضح أنها جميعاً منتفية في عقد التوريد، أو قليلة جداً. ثم قال: " بانتفاء عناصر الغرر السابقة ينتفي مانع إباحة عقد التوريد . ولو افترضنا جدلاً وجود غرر يسير فإنه مما يتسامح فيه، ولا يؤثر على صحة العقد، ولو قيل بغير ذلك لأصاب الأمة حرج ومشقة تنأى عنها الشريعة السمحة"^(٢).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية " الحاجة الشديدة ينفع بها يسير الغرر، والشريعة جميعها مبنية على أن المفسدة المقتضية للتحريم إذا عارضها حاجة راجحة أبيع المحرم، فكيف إذا كانت المفسدة منتفية.....فكل ما احتاج الناس إليه في معاشهم، ولم يكن سببه معصية هي ترك واجب، أو فعل محرم لم يحرم عليهم؛ لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد "^(٣).

المطلب الثالث: التتابع في عقد التوريد، وإمكانية الاستفادة منه في المصارف الإسلامية:

بعد أن تبين جواز عقد التوريد شرعاً، من خلال ما بيناه -مختصراً- آنفاً. فإنه يمكن للمصارف الإسلامية أن تستخدم هذا العقد، والتتابع فيه، لتحصيل الأرباح، وخدمة الأمة في هذا المجال الحيوي، الذي لا تستغني عنه أمة من الأمم.

فيمكن للمصارف الإسلامية أن تعقد عقود التوريد مع جهات مختلفة، سواء كانت أفراداً، أو مؤسسات، أو حكومات، لتوريد أصناف معينة تطلبها تلك الجهات، في أزمدة معينة، ثم تقوم



(١) المرجع السابق، ص ٥٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٢. وانظر: المصري، مناقصات عقود التوريد، ص ٧٣.

(٣) القواعد النورانية، ص ١٣٣، ١٤٣.

هي بدورها بإنشاء عقود أخرى مع شركات متخصصة في الاستيراد لتوريد تلك الأصناف للبنك في الأوقات ذاتها، وتستفيد من خلال ذلك من فارق السعرين.

وهو أسلوب مشابه لما عرض في عقد الاستصناع؛ إذ أن عقد التوريد يشبه عقد الاستصناع إلى حد ما^(١).

المبحث الحادي عشر

التتابع في عقد الشركة

المطلب الأول: معنى الشركة لغة واصطلاحاً، وبيان أنواعها:

أولاً: الشركة لغة: الشركة اسم مصدر، والمصدر: الشرك وهو: النصيب. ومعنى

الشركة لغة: الاختلاط^(١).

❀❀❀❀❀❀❀❀

(١) المصري، مناقصات العقود الإدارية، ص ٧٣.

قال تعالى: ﴿ إن كثيراً من الخطاء ليبغى بعضهم على بعض ﴾^(١) والخطاء: الشركاء.

ثانياً: الشركة اصطلاحاً:

قال ابن قدامه: (هي الاجتماع في استحقاق، أو تصرف) ^(٣).

قال النووي: (كل حق ثابت بين شخصين فصاعداً على الشروع)^(٤). وسيتبين معنى هذه التعريفات من خلال بيان أنواع الشركات، كما سيأتي قريباً.

ثالثاً: أنواعها:

تطلق الشركة في اصطلاح الفقهاء على معان ثلاثة:

الأول: الإباحة، وتكون فيما أبيح للناس الانتفاع. قال ﷺ: " المسلمون شركاء في ثلاث، الماء والكلاً والنار " ^(٥) فجميع الناس في هذه الثلاثة شركاء ما لم تكن محرزة ، فإذا أحرزها فرد أو أحرز بعضها فتكون ملكاً بهذا الإحراز، ويختص بمنفعتها فقط^(٦).

الثاني: الملك: وقد يكون ثبوته عن طريق فعل؛ كأن يشتري شيئاً، أو يوهب لهما، أو يوصى لهما، فيصبحا فيه شركاء بعد قبولهما له.

وقد يكون ثبوته بغير فعل الشركاء، كأن يكون سببه الإرث، فالورثة شركاء في الإرث. فإن الصورة الأولى كانت الشركة اختيارية، وفي الثانية جبرية^(٧).

الثالث: العقد: وهي الشركة التي تنشأ بالعقد والاتفاق بين الطرفين على إنشائها والاشتراك في المال والربح، أو على الاشتراك في الربح فقط ودون الاشتراك في رأس المال^(٨).

(١) ابن منظور، لسان العرب، ١٠/٤٤٨، ٤٤٩.

(٢) سورة ص آية ٢٤.

(٣) ابن قدامه، المغني، ٣/٥.

(٤) النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٧٥.

(٥) رواه أبو داود، كتاب الإجارة، باب في منع الماء، ح رقم ٣٤٧٨. وابن ماجه، كتاب الرهون، باب المسلمون شركاء في

ثلاث، حديث رقم ٢٤٧٢. قال الألباني: حديث صحيح. انظر: صحيح سنن ابن ماجه، ٢/٦٤.

(٦) يوسف محمد عبد المقصود، أحكام الشركات في الفقه الإسلامي المقارن، ص ٤.

(٧) السمرقندي، تحفظ الفقهاء، ٥/٣.

(٨) يوسف عبد المقصود، أحكام الشركات، ص ٥.

وبما أن موضوع الدراسة التابع في التصرفات العقدية، فسنبحث بإذن الله في شركة العقد فقط، وليس في شركة الملك، أو شركة الإباحة، فليستا موضوع الدراسة؛ إذ إن التابع فيهما غير متحقق.

محل العقد في شركة العقد:

يعتبر (التصرف في المال) هو محل العقد في شركات العقود عموماً. يقول ابن قدامه: (لا يصح شيء من هذه الشركات [يقصد شركات العقد] إلا من جاز التصرف؛ لأنها عقد على التصرف في المال، فلم يصح من غير جاز التصرف، كالبيع)^(١).

وشركات العقود ثلاثة أنواع:

- ١- شركة بالأموال، وهي نوعان: عنان، ومفاوضة.
 - ٢- شركة بالأعمال، وتسمى: شركة الأبدان.
 - ٣- شركة بالوجوه.
- ويضيف إليها البعض (المضاربة)؛ وهي شركة منفق على جوازها^(٢)، كما سيأتي. فيصبح مجموع الشركات خمس، هي التي سنتعرض لها بالدراسة لنصل إلى بيان أحكام التابع فيها، بإذن الله تعالى.

المطلب الثاني: أحكام التابع في شركات العقود:

■ تمهيد:

تقوم شركات العقود عموماً على اشتراك طرفين أو أكثر على الاتجار بماليهما، أو بدنيهما، أو بمال أحدهما وبدن الآخر. فهذه أنواعها، وتشمل كلا من شركة العنان، والمفاوضة، والأبدان، والوجوه، وشركة المضاربة.

أما شركات العنان، والمفاوضة، والأبدان، والوجوه فتتضمن جميعاً الوكالة، بمعنى أن كلا الشريكين قد وكل صاحبه التصرف في مال الشركة أو عملها، أو في المال والعمل (بحسب نوع الشركة).

والوكالة في أحكام الشركات هي أساس عملها، ومن هنا فإن أحكام التابع عقد الشركة في هذه الأنواع الأربعة ترتبط بشكل مباشر بأحكام التابع في عقد الوكالة، وهذا الأمر الذي

(١) ابن قدامه، المغني، ٣/٥.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ٥/٣.

نبهنا إليه سيتبين جلياً في أحقية الشريك في مشاركة الغير دون إذن شريكه.

الفرع الأول: التتابع في شركة العنان:

أولاً: تعريف شركة العنان، وبيان مشروعيتها:

معناها لغة: العنان مأخوذ من العن وهو الظهور^(١). وسميت كذلك؛ لأنها تقع على حسب ما يعين للشركاء من الاتجار في الأشياء، أو في بعضها.

وقيل: مأخوذة من عنان الدابة. على معنى أن راكب الدابة يمسك العنان بإحدى يديه ويعمل بالأخرى، إذ كل من الشريكين يعطي عنان التصرفات في بعض المال إلى صاحبه، أو على معنى أن للدابة عنانين: أحدهما أطول، والآخر أقصر. فيجوز في هذه الحالة أن يتساوى في الربح ورأس المال، أو يتفاوتا، فسميت عنانا لذلك^(٢).

معناها اصطلاحاً: هي عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر، بأن يساهم كل واحد بدفع حصة معينة من رأس مال الشركة، ليحصل الاتجار في هذا المال، على أن يكون الربح بحسب نسبة يتفقون عليها^(٣).

حكمها: شركة العنان جائزة بالإجماع^(٤).

ثانياً: أحكام التتابع في شركة العنان:

■ تمهيد:

لشريك العنان الحق في التصرفات التي تتضمنها الوكالة؛ وذلك لأن شركة العنان مبنية على أساس الوكالة والأمانة. ومن شروط صحتها أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف، سواء إنزاً مطلقاً في جميع التصرفات، أو مقيداً في بعضها دون بعض. ولكن هل يجوز لشريك العنان أن يشارك طرفاً آخر دون إذن شريكه، أو يعقد معه شركة مضاربة؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:



(١) الرازي، مختار الصحاح، ١/١٩٢.

(٢) السرخسي، المبسوط، ١١/١٥٢، ١٥١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٥٧.

(٣) يوسف عبد المقصود، أحكام الشركات، ص ١٥. وانظر أيضاً: أبو النجا، زاد المستقنع، ١/١٢٨.

(٤) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٥٨. الشريبي، مغني المحتاج، ٢/٢١٢.

القول الأول: عدم جواز ذلك. وذهب إليه الحنفية، والشافعية، والحنابلة^(١).

واستدلوا على ذلك بأدلة منها:

١- أنه ليس من عادة وعرف التجار فعل ذلك^(٢).

٢- لأنه يثبت في المال حقوقاً، ويستحق ربحه لغيره وذلك ليس له^(٣).

٣- لأن الشريك لم يرض بغيره^(٤).

٤- لأن الشيء لا يستتبع مثله من حيث الأصل^(٥).

وقالوا إن فعل دون إذن الشريك ضمن؛ لأن يد الشريك من حيث الأصل يد أمانة، فإن قام بفعل خارج مقتضى عقد الشركة تحولت يده إلى يد ضمان، فيضمن ما يحصل من خسران بسبب قيامه بمشاركة الغير دون إذن^(٦).

القول الثاني: وهو قول المالكية. وقالوا: يجوز لشريك العنان إن يشارك الغير أو يضاربه بجزء من مال الشركة، إذا كان مال الشركة يتسع لذلك، ويحتاج لذلك^(٧). فهم، كما ترى، أجازوا أن يشارك الشريك في شركة العنان الغير دون إذن شريكه بشروط، وهي:

١- أن تكون المشاركة بجزء من مال الشركة، وليس بكل المال؛ وذلك حتى لا تجول يده فيها.

٢- أن يحتاج مال الشركة دخول الشركاء لتتميته.

▪ **الترجيح:**

❀❀❀❀❀❀❀❀❀❀

(١) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ٩/٣، المرغناني، الهداية شرح البداية، ٩٠١٠/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٢١٥/٢. الأنصاري، فتح

الوهاب، ٣٧٠/١. ابن قدامة، المغني، ١٣/٥. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥. المرادوي، الإنصاف، ٤١٥/٥، ٤١٤.

(٢) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ٩/٣.

(٣) ابن قدامة، المغني، ١٣/٥. ابن مفلح، المبدع، ٩/٥.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ٢١٥/٢. الأنصاري، فتح الوهاب، ٣٧٠/١.

(٥) ابن الممام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. المرغناني، الهداية، ١٠/٣.

(٦) الشربيني، مغني المحتاج، ٢١٥/٢.

(٧) الدردير، الشرح الكبير، ٣٥٢/٣.

هذه آراء الفقهاء في المسألة، والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من عدم جواز مشاركة شريك العنان للغير دون إذن من شريكه؛ وذلك لقوة أدلتهم وضعف أدلة المالكية. * وذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز دفع الشريك مال الشركة مضاربة للغير، أو مشاركة الغير في شركة العنان إذا قال الشريك لشريكه اعمل برأيك، أي فوضه في العمل بمال الشركة^(١).

* وقال الشافعية: يجوز له ذلك، إن كان هناك إذن صريح^(٢).

مسألة: شركة المساهمة، والتتابع فيها:

أولاً: تعريف شركة المساهمة: " هي الشركة التي يكون رأسمالها مقسماً إلى أسهم متساوية، قابلة للتداول، ولا يكون كل شريك فيها مسئولاً إلا بمقدار حصته من رأس المال"^(٣).

ثانياً: مشروعية شركة المساهمة: اختلف الفقهاء المحدثون في حكم شركة المساهمة بين محرم ومبيح، وحتى المبيحون اختلفوا فيما بينهم . وبما أن موضوع البحث لا يتسع لذكر هذه الآراء وأدلتها، فإنني سأكتفي بذكر ما انتهى إليه رأي أغلبية العلماء في شركة المساهمة . شركة المساهمة شركة جائزة شرعاً؛ إذ تنطبق عليها قواعد شركة العنان، من شركات الأموال في الفقه الإسلامي^(٤). ويشترط فيها أن تكون خالية من الربا والشروط المحرمة^(٥). ودليل أنها من شركات العنان فلانطبق شركة العنان عليها، فقد عرفها ابن قدامة بأنها: أن يشترك اثنان بماليهما، ليعملا فيه ببدينيهما^(٦). والصحيح من مذهب الحنابلة جواز أن يعمل فيه أحدهما، قال المرادوي: " قال في التلخيص: فإن اشتركا على أن العمل من أحدهما في المالين صح، ويكون عناناً ومضاربة"^(٧). وشركة المساهمة مثلها.



- (١) السمرقندي، تحفة الفقهاء، ٩٤١٠/٣. ابن قدامة، المغني، ١٥/٥.
- (٢) الشريبي، مغني المحتاج، ٢١٥/٢. الأنصاري، فتح الوهاب، ٣٧٠/١.
- (٣) الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، ٨٦، ٨٧/٢. وانظر: القمي، شركة المساهمة في النظام السعودي، ص ٢٥٩.
- (٤) الخياط، الشركات في الشريعة الإسلامية، ٢٠٨/٢.
- (٥) القمي، شركة المساهمة في النظام السعودي، ص ٢٩٩.
- (٦) ابن قدامة، المغني، ١٠/٥. المرادوي، الإنصاف، ٤٠٨/٥.
- (٧) المرادوي، الإنصاف، ٤٠٨/٥.

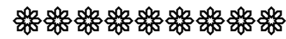
ثالثاً: الإدارة في شركة المساهمة: الإدارة في الفقه الإسلامي حق لجميع الشركاء؛ لأن الشركة عند الفقهاء تتضمن الوكالة^(١). ومن هنا فإن الفقهاء لم يبينوا طريقة تعيين مدير للشركة يستقل بالإدارة، إلا في المضاربة. ومن المعلوم أن حاملي الأسهم في شركات المساهمة لا يحق لهم التصرف في أموال الشركة مع أنهم شركاء فيها، بل التصرف من حق مجلس الإدارة فقط. ويمكن تخريج اختصاصه بالتصرف دون بقية الشركاء على مذهب الحنابلة الذين أجازوا الجمع بين العنان والمضاربة؛ بأن يكون لكل مال، ويكون العمل من أحد الشركاء، ففي هذه الحالة يقتصر العمل على الشركاء الذين يجمعون بين العنان والمضاربة، لكن يزداد لهم في الربح مقابل اختصاصهم بالعمل، وهذا هو حظ المضاربة في هذا العقد. أما إذا كان مجلس الإدارة يعمل أعضاؤه بالأجر دون أن يكونوا مساهمين فإنهم يكونون وكلاء عن المساهمين، يتصرفون بمال الشركة مقابل أجر^(٢).

رابعاً: النتابع في شركة المساهمة: بعد أن بينا أن التصرف في شركة المساهمة منوط بمجلس الإدارة، ولا يحق للشركاء (حملة الأسهم) التصرف؛ لأنهم قد وكلوا مجلس الإدارة بالتصرف، سواءً كان مجلس الإدارة مضارباً بأموال الشركاء - وهم حملة الأسهم -، أو كان وكيلاً عنهم بأجر يعمل في أموال الشركة.

ومن هنا فإن أحكام النتابع في شركة المساهمة تكون مشابهة لأحكام النتابع في شركة المضاربة إذا كان مجلس الإدارة مضارباً بأموال الشركاء، وتكون شركة المساهمة في هذه الحالة شركة عنان ومضاربة. أما إذا كان مجلس الإدارة لا يملك أسهماً في الشركة - أي ليس شريكاً - بل وكيلاً بأجر، فإن أحكام النتابع في هذه الحالة تكون مشابهة لأحكام النتابع في شركة العنان؛ لأنها حينئذٍ تكون شركة عنان محضة.

الفرع الثاني: النتابع في شركة المفاوضة:

أولاً: تعريف المفاوضة لغة واصطلاحاً، وبيان مشروعيتها:



(١) البقي، شركة المساهمة في النظام السعودي، ص ٤٢٥ .

(٢) البقي، شركة المساهمة في النظام السعودي، ص ٤٢٥، ٤٢٦ .

تعريفها لغة: هي مفاعلة من التفويض. ومعناها: المساواة، والمشاركة^(١).
تعريفها اصطلاحاً: "أن يشترك اثنان فأكثر في ما يكسبها بأبدانها وأموالهما، ويكون عليهما ما يعرض من غرم"^(٢).

- وسميت مفاوضة؛ لاعتبار المساواة في رأس المال والربح والتصرف^(٣).
- **مشروعيتها:** اختلف الفقهاء في جواز هذا النوع من شركات العقود، على قولين:
الأول: عدم جوازها. وهو قول الشافعية والحنابلة^(٤).
الثاني: أن المفاوضة جائزة. وهو قول الحنفية والمالكية^(٥).

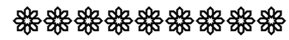
ثانياً: أحكام التتابع في عقد شركة المفاوضة:

هل يجوز للشريك المفاوض أن يشارك غيره بدون إذن شريكه؟

* ذهب الحنفية والمالكية إلى جواز أن يشارك الشريك المفاوض غيره شركة عنان في مال الشركة ولو بغير إذن الشريك^(٦)؛ لأن ذلك من حقوق الشريك المفاوض، إذ الأصل في المفاوضة إطلاق اليد في التصرف في جميع أنواع التصرفات التجارية، وشركة العنان داخلة في مضمون هذا الإطلاق.

* ومنع المالكية، وهو المفهوم من كلام الحنفية، أن يشارك الشريك المفاوض غيره شركة مفاوضة إلا إذا أذن له الشريك الآخر^(٧).

ووضحوا سبب ذلك: بأن إشراك الغير مفاوضة يعني تملك الغير التصرف في مال الغير بغير إذنه، إذ المراد من المفاوضة هنا: أن يشارك من تجول يده معه في مال الشركة؛



- (١) ابن منظور، لسان العرب، ٢١٠/٧.
- (٢) الشريبي، مغني المحتاج، ٢١٢/٢.
- (٣) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٨/٦. (لم يشترط المالكية المساواة في رأس المال).
- (٤) انظر: النووي، روضة الطالبين، ٢٨٠/٤. الشريبي، مغني المحتاج، ٢١٢/٢. ابن قدامة، الكافي، ٢٦٦/٢.
- (٥) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٨/٦، المرغيناني، بداية المتبدي، ١٢٦/١.
- (٦) انظر: ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦. الدردير، الشرح الكبير، ٣٥٣/٣.
- (٧) الدردير، الشرح الكبير، ٣٥٣/٣. ابن الهمام، شرح فتح القدير، ١٨٤/٦.

وذلك لأن شركة المفاوضة تعطي كلا الشريكين حقوقاً واسعة في التصرف بمال الشركة، ومن هنا فلا يجوز لأحدهما أن يشارك أجنبياً مفاوضة إلا بإذنه^(١).

الفرع الثالث: التابع في شركة الأبدان (الأعمال):

أولاً: تعريفها لغة واصطلاحاً، وبيان مشروعيتها:

تعريفها لغة واصطلاحاً: هي مأخوذة في اللغة من البدن أو العمل، أي الاكتساب عن طريقهما.

وأما في الاصطلاح الفقهي، فقد عرفها الفقهاء بأنها: (اشترك اثنين أو أكثر فيما يكسبونه بأيديهم)^(٢). وذلك كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعاتهم فما رزق الله تعالى فهو بينهم.

بيان مشروعيتها: اختلف الفقهاء في حكم شركة الأبدان على قولين:

الأول: وهو الجواز. وهو قول الحنفية، والمالكية، والحنابلة^(٣).

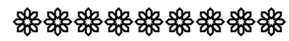
الثاني: عدم الجواز. وهو قول الشافعية^(٤).

ثانياً: حكم التابع في شركة الأبدان:

إن فقهاء المذاهب الأربعة لم يبحثوا هذه المسألة، فيما أطلعت عليه، ولكن يمكن القول بأن شركة الأبدان (الأعمال) قائمة على اشتراك اثنين أو أكثر بتقبل الأعمال واقتسام الربح على حسب الاتفاق بينهم، فهي شركة عمل ينتج عنها تحصيل للمال.

وشركة الأبدان قائمة على أساس الوكالة؛ وذلك أن كل طرف قد وكل صاحبه بتقبل الأعمال، فيشترط فيها ما يشترط في الوكالة من أمور.

ولهذا فإن الشريك في شركة الأعمال لا يجوز أن يشارك غيره دون إذن شريكه، قياساً على الوكالة، ولأن إشراك الغير في العمل دون إذن الشريك يوجب حقاً له في الربح.



(١) الدردير، الشرح الكبير، ٣/٣٥٣.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥/٥. وانظر الشريبي، معني احتجاج، ٢/٢١٢. ابن مفلح، المبدع، ٥/٣٩.

(٣) الميرغاني، بداية المبتدي، ١/١٢٨، والكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٦٤. والدردير، الشرح الكبير، ٣/٣٦١. وابن رشد، بداية

المجتهد، ٢/١٩٢. وابن قدامة، المغني، ٥/٤٥٥. وابن مفلح، المبدع، ٥/٤٠٥، ٣٩.

(٤) الشريبي، معني احتجاج، ٢/٢١٢. النووي، روضة الطالبين، ٤/٢٧٩.

ثم إن شركة الأبدان قائمة على مهارة العاملين الشركاء في التقبل والعمل سواء اختلفت صنائعهم أو اتفقت^(١)، وبما أن الأمر كذلك فلا يجوز لأحد الشركاء إدخال طرف آخر إلى الشركة دون إذن شريكه؛ وذلك لأنه لم يرض غير يده وأمانته ومهارته فلا يصح. والله أعلم.

الفرع الرابع: التابع في شركة الوجوه.

أولاً: تعريفها لغة واصطلاحاً، وبيان مشروعيتها:

أما في اللغة: فهي مأخوذة من الوجاهة. والوجه: الجاه. ورجل موجه، ووجهه: ذو جاه. وأما في اصطلاح الفقهاء فهي: (أن يشترك اثنان أو أكثر فيما يشتريان بجاههما وثقة التجار بهما من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن ما اشتريا بينهما نصفين، أو أثلاثاً، أو نحو ذلك، ويبيعان ذلك فما يقسم الله تعالى فهو بينهما)^(٢). وسميت كذلك؛ لأنهما يعاملان الناس بوجههما^(٣).

بيان مشروعيتها: اختلفت كلمة الفقهاء في حكم شركة الوجوه على قولين:

الأول: وهو الجواز. وهو قول الحنفية، والحنابلة^(٤).

الثاني: بطلانها وهو قول المالكية، والشافعية^(٥).

ثانياً: التابع في شركة الوجوه: إن أحكام التابع في شركة الوجوه لا تخرج عن مثيلاتها في شركة العنان؛ وذلك لاتفاقهما في الأحكام عموماً، وذلك كما قرره فقهاء الحنفية والحنابلة وهم المجيزون لشركة الوجوه^(٦). لذا أثرت عدم التكرار في سرد هذه الأحكام، ذلك أنها مذكورة في مبحث شركة العنان. والله أعلم.

الفرع الخامس: التابع في شركة المضاربة:

أولاً: تعريف المضاربة لغة واصطلاحاً، وبيان مشروعيتها:

(١) ابن منظور، لسان العرب، ٥٥٧/١٣.

(٢) انظر ابن قدامة، المغني، ٩/٥. ابن مفلح، المبدع، ٣٨/٥. الشريبي، مغني المحتاج، ٢١٢/٢.

(٣) ابن مفلح، المبدع، ٣٧/٥.

(٤) انظر الميرغاني، بداية المبتدي، ١٢٨/١. الكاساني، بدائع الصنائع، ٥٨/٦. ابن مفلح، المبدع، ٣٧/٥. ابن قدامة، المغني، ٩/٥.

(٥) انظر الدردير، الشرح الكبير، ٣٦٤/٣. ابن رشد، بداية المجتهد، ١٩٢/٢. الشريبي، مغني المحتاج، ٢١٢/٢. النووي، روضة الطالبين، ٢٨٠/٤.

(٦) انظر: ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩٧/٥.

المضاربة في اللغة مأخوذة من الضرب في الأرض؛ وهو المشي^(١). قال تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾^(٢). أي يسيرون في الأرض لطلب الرزق.

وأهل الحجاز يسمونه القراض بكسر القاف، وهو القطع. وسمي بذلك؛ لأن المالك قطع قطعة من ماله، والعامل قطع لرب المال جزءاً من الربح^(٣).

وأهل العراق يسمونه المضاربة، ولا يقولون قراضاً البتة. وقد أخذه أهل العراق من قوله تعالى: ﴿وإذا ضربتم في الأرض﴾^(٤).

وقوله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض﴾^(٥).

وهي في اصطلاح الفقهاء: عقد على الشركة في الربح، بمال من جانب، وعمل من جانب آخر^(٦).

بيان مشروعيتها: اتفق العلماء على جواز المضاربة ولا خلاف بينهم في مشروعيتها، وإن اختلفوا في أساس مشروعيتها على قولين:

١- فالجمهور يقولون أنها شرعت خلاف القياس، فالقياس أنه لا يجوز؛ لأنها استتجار بأجر مجهول، بل بأجر معدوم ولعمل مجهول، وقد ترك القياس بالكتاب والسنة والإجماع^(٧). أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله﴾^(٨). والمضارب يضرب في الأرض يبتغي من فضل الله عز وجل قوله تعالى: ﴿فإذا قضيت الصلاة

❖❖❖❖❖❖❖❖

(١) ابن منظور، لسان العرب، ٥٤٤/١.

(٢) سورة المزمل، آية رقم ٢٠.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥١٧/٣.

(٤) سورة النساء، آية رقم ١٠١.

(٥) سورة المزمل، آية رقم ٢٠.

(٦) انظر: الميرغاني، الهداية، ٢٠٢/٣. ابن نجيم، البحر الرائق، ٢٦٣/٧.

(٧) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٩/٦. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥١٨/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٣٠٩/٢. ابن رشد، بداية المجتهد، ١٨٧/٢.

(٨) سورة المزمل، آية رقم ٢٠.

فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله^(١).

وأما السنة فما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: (كان العباس بن عبد المطلب إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بحراً، ولا ينزل به وادياً، ولا يشتري به ذات كبد رطبة، فإن فعل ضمن، فبلغ شرطه رسول الله ﷺ فأجاز شرطه^(٢).)
وبعث النبي ﷺ والناس يتعاملون بذلك فلم ينكر عليهم. وذلك تقرير لهم على ذلك، والتقريب أحد وجوه السنة^(٣).

والحاجة دعت إلى مشروعيته؛ لأن الإنسان قد يكون له مال ولا يهتدي إلى التجارة، وقد يكون له خبرة في التجارة ولا مال له، فكان في شرع هذا العقد دفع للحاجتين، والله تعالى ما شرع العقود إلا لمصالح العباد ودفع حوائجهم^(٤).

٢- وذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم رحمهما الله، إلى أنها لا تخالف القياس، وبيننا أن القائلين أن المضاربة على خلاف القياس ظنوا أنها من جنس الإجارة؛ لأنها عمل بعوض، والإجارة يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض، فلما رأوا العمل والربح في المضاربة غير معلومة قالوا هي على خلاف القياس، وهذا من غلطهم فإن المضاربة من جنس المشاركات لا من جنس المعاوضات المحضة التي يشترط فيها العلم بالعوض والمعوض، والمشاركات جنس غير جنس المعاوضات، وإن كان فيها شوب المعاوضة^(٥).

وبين ابن القيم كذلك أن رب المال في المضاربة ليس له قصد في عمل العامل كالمستأجر، فإن له قصداً في عمل العامل، وإنما المقصود لرب المال هو المال. ولهذا لو عمل المضارب ما عمل ولم يربح شيئاً لم يكن له شيء، والمضاربة مشاركة هذا بنفع ماله وهذا بنفع بدنه، وما قسم الله من ربح كان بينهما على الإشاعة، ولهذا لا يجوز أن يختص أحدهما بربح مقدر؛ لأن هذا يخرجهما عن العدل الواجب في الشركة، فإن مبنى المشاركات على العدل بين الشريكين، فإذا اختص أحدهما بربح دون الآخر لم يكن عدلاً، بخلاف ما إذا كان لكل منهما



(١) سورة الجمعة، آية رقم ١٠.

(٢) رواه البيهقي في سننه، كتاب القراض، ١١١/٦. والدارقطني، كتاب البيوع، ح رقم ٢٩٠، وقال في مجمع الزوائد، فيه أبو الجارود وهو متروك كذاب. انظر: الهيتمي، مجمع الزوائد، ١٦١/٤. باب المضاربة وشروطها.

(٣) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٧٩/٦.

(٤) المرجع السابق.

(٥) انظر ابن القيم، إعلام الموقعين، ٦-٤/٢.

جزء شائع فإنهما يشتركان في المغنم والمغرم، فإن حصل ربح اشتركا فيه، وإن لم يحصل شيء اشتركا في المغرم، وذهب نفع بدن هذا كما ذهب نفع مال هذا^(١).

ثالثاً: أنواع القيود: تختلف القيود من حيث نوعها ووجوب الوفاء بها، فإن كان القيد مفيداً؛ كأن اشترط عليه الشراء بثمن محدد، كان عليه أن يلتزم به وألا يتجاوزته، وإن كان القيد غير مفيد؛ كأن اشترط عليه ألا يبيع إلا بثمن معجل وكان الثمن المعجل والمؤجل سواء فلا يجب على المضارب التزام هذا، وله البيع بثمن معجل ومؤجل.

وإن كان القيد مفيداً في الجملة؛ كأن يقول له: اعمل في السوق الفلاني من المدينة، فهذا القيد غير صحيح ولا يجب الوفاء به؛ لأن المدينة كلها كالبقعة الواحدة فلا يظهر كبير فرق في أسواقها^(٢).

رابعاً: حكم التصرفات في المضاربة المطلقة: هناك تصرفات تثبت للمضارب بمجرد إنشاء العقد، وهناك تصرفات لا تصح منه إلا إذا صدر في المضاربة تفويض له بأن يعمل برأيه، وهناك تصرفات لا تصح إلا بالتخصيص عليها.

* أما النوع الأول: وهو الذي يثبت للمضارب بمجرد إنشاء العقد فيشمل الشراء بدون غبن فاحش، والبيع نقداً وبالنسيئة، وقبول الحوالة، وتوكيل الغير، وإيداع مال المضاربة، ورهن مال المضاربة، وقبول الرهن، وإيجار مال المضاربة، والاستئجار. فهذه تصرفات لا بد منها ليتحقق الربح، وهو الهدف من المضاربة^(٣).

* وأما النوع الثاني: وهو التصرفات التي تثبت للمضارب إذا كان قد خول له أن يعمل برأيه. فيجوز له أن يضارب غيره، وأن يشارك غيره، وأن يخلط مال الشركة بماله^(٤).

* وأما النوع الثالث: وهو التصرفات التي لا تصح إلا بالإذن لتصريح فهي: الاستدانة بأكثر من رأس مال المضاربة، والإقراض، والهبة، والصدقة^(٥).

هذه التصرفات التي يمكن للمضارب أن يقوم بها في مال المضاربة وهي كما ترى

(١) المرجع السابق.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٦/٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٨٧، ٨٨/٦.

(٤) المرجع السابق.

(٥) المرجع السابق.

أنواع ثلاثة يمكن حصرها في نوعين:

* نوع يثبت حق التصرف للمضارب بمجرد صدور عقد المضاربة صحيحاً مطلقاً، ولا يمكن لرب المال منعه من هذه التصرفات؛ لأنها هي الوسيلة المعهودة في عرف التجار لتحقيق الربح.

* والنوع الآخر يحتاج فيه المضارب إلى إذن للقيام بهذه التصرفات؛ وذلك لأنها تؤثر على عقد المضاربة من حيث الربح وإدخال يد غير يد المضارب في العمل بمال رب المال. ومن هنا كان لا بد فيها من التفويض أو الإذن الصريح.

وبعض فروع النوع الثاني هي التي ستبحث في مسائل التابع بإذن الله تعالى، وذلك لانطباقها على تعريف التابع من حيث الشكل والمضمون.

خامساً: التابع في عقد المضاربة:

أولاً: مضاربة المضارب:

ذكرنا أن التصرفات التي يقوم بها المضارب لا تعدو أقساماً ثلاثة: واحد منها يعود إلى أصل العقد ومقتضاه إذا كان مطلقاً، ولا يجوز لرب المال منعه من هذه التصرفات؛ لأنها سبيل الحصول على الربح، وبها يحصل الاتجار، وعليها تعامل التجار.

أما المسألة التي نحن بصددتها: أن يقوم المضارب بإعطاء المال لغيره مضاربة. فهل يجوز هذا التصرف؟ وما حالاته وأحكامه؟

الحالة الأولى: مضاربة المضارب غيره بدون إذن رب المال:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمضارب أن يدفع مال المضاربة إلى الغير مضاربة دون إذن رب المال؛ كأن يقول له اعمل برأيك، أو ينص في العقد على ذلك نصاً صريحاً^(١).

■ واستدلوا بما يلي:

١- أن الشيء لا يستتبع مثله؛ لأن المضاربة الثانية مثل الأولى، فلا يملك المضارب ذلك بـمطلق العقد، ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد فكذا هذا^(٢).

٢- أنه يوجب في المال حقاً للغير، ولا يجوز إيجاب حق في مال إنسان بغير إذنه^(٣).



(١) انظر السرخسي، المبسوط، ٩٨/٢٢. الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٥/٦. الدردير، الشرح الكبير، ٥٢٦/٣. الدسوقي، حاشية

الدسوقي، ٥٢٦/٣. الشربيني، مغني المحتاج، ٣١٤/٢. ابن زكريا، فتح الوهاب، ٤١٣/١. ابن قدامة، المغني، ٢٨/٥.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٦.

(٣) السرخسي، المبسوط، ٩٨/٢٢. ابن قدامة، المغني، ٢٨/٥.

* **مسألة** : إذا ضارب المضارب غيره بدون إذن رب المال وحصل ربح:

قلنا أنه لا يجوز للمضارب أن يضارب غيره دون إذن رب المال، ولكن مثل هذا التصرف قد يحصل فيحدث ربح في المال، فكيف يقسم؟ وما هي أقوال الفقهاء في ذلك؟

اختلف فقهاء المذاهب الأربعة في هذه المسألة، وأبين فيما يلي تفصيل أقوالهم كلا على حدة، وذلك لإعطاء صورة واضحة عما رآه كل مذهب في هذه المسألة.

قال الحنفية: يقسم الربح إن حصل بين الأول والثاني على ما شرطاً^(١)؛ وذلك لأن الغاصب عند الحنفية (وهو هنا الأول) يملك المال بالضمنان^(٢)، ولما تعدى الأول بمضاربة غيره دون إذن رب المال كان غاصباً، فكان تصرفه مع الثاني صحيحاً.

وقال المالكية: إن حصل ربح فيقسم بين العامل الثاني ورب المال^(٣)، ولا شيء للعامل الأول، هذا إن دخل العامل الثاني مع الأول بنفس النسبة التي اتفق عليها الأول مع رب العمل، أما إذا دخل على زيادة عليها فإن العامل الأول يغرم للعامل الثاني الزيادة، وإن دخل معه على أقل مما شرط له رب المال فالزائد لرب المال وليس للعامل الأول^(٤).

واستدلوا: بأن القراض جعل لا يستحق إلا بتمام العمل. والعامل الأول لم يعمل فلا ربح له^(٥).

وقال الشافعية: إن القراض الثاني فاسد مطلقاً، وإن تصرف الثاني كان غاصباً، فيضمن ما تصرف فيه؛ لأن الإذن صدر ممن ليس بمالك ولا وكيل^(٦).

فإن حصل ربح فيقسم بين المالك من جهة، وبين العامل الأول والثاني من جهة أخرى. وهذا هو قول المزني تقريباً على القول القديم للشافعي في الغصب، وإن كان القول القديم

❖❖❖❖❖❖❖❖❖

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٦.

(٢) المرجع السابق.

(٣) وذلك لأن الملكية يجعلون الربح بين المتعدي والمالك. وهي قاعدة لديهم في كل مال أخذ للتنمية ولكن في هذه المسألة العامل الأول لم يعمل أصلاً فلا ربح له فالربح بين المالك والثاني. انظر: خليل بن اسحاق، مختصر خليل، ٢٣٩/١.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣.

(٦) الشربيني، معنى الاحتاج، ٣١٤/٢.

يقتضي أن الربح كله للمالك، ولكن هنا جرت مشاركة ومراعاة. ويبينى هذا القول على المصلحة (أي لرب المال والعامل) ولم تجر مشاركة ومراعاة في الغصب^(١).

وإن فرعنا على القول الجديد للشافعي، فقال المزني: الربح كله للعامل الأول وللثاني أجرة مثله على الأول^(٢).

وهذا يظهر إشكالاً، ذلك أن الربح في الحقيقة للغاصب، والغاصب هنا الثاني^(٣)، فالأصل أن الربح كله له ويضمن المال للأول، والأول يضمن لرب المال. وعلل البعض قول المزني هذا بأن العامل الثاني لم يشتر ما اشتراه لنفسه، بل اشترى للعامل الأول، فكأن الأول هو المشتري^(٤).

وقال الحنابلة: الربح كله للمالك ولا شيء للمضارب الأول؛ لأنه ليس له مال ولا عمل^(٥). أما المضارب الثاني ففيه روايتان:

* الأولى: له أجر مثله؛ لأنه عمل في مال غيره بعوض لم يسلم له فكان له أجر مثله؛ كالمضاربة الفاسدة.

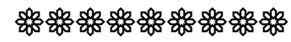
* الثانية: لا شيء له؛ لأنه عمل في مال غيره بغير إذنه، فلم يستحق شيئاً كالغاصب^(٦).

■ المناقشة والترجيح:

من أقوال الفقهاء نجد أن الحنفية اعتبروا العامل غاصباً فيضمن لرب المال رأسماله، ويتملك المال بالضمن، فيصح أن يقسم الربح بينه وبين العامل الثاني على ما اشترط.

أما المالكية: فنظروا إلى القراض بأنه لا يصح إلا بتمام العمل، والأول لم يعمل، بل عمل الثاني فله الربح مع رب المال على ما شرط الأول مع رب المال.

والشافعية: قضوا بأن القراض فاسد، والأول ضامن لرب المال ماله، والربح للمالك وللأول وللثاني مشاركة، على المذهب القديم. وللأول فقط، (على رأي المزني) على المذهب الجديد، وللثاني أجرته.



(١) الغزالي، الوسيط، ١١٩/٤.

(٢) المرجع السابق ١٢٠/٤.

(٣) المرجع السابق ١٢٠/٤.

(٤) المرجع السابق.

(٥) ذلك أن الحنابلة لا يملكون الغاصب ما غصبه بالضمن وعلى ذلك فإن نماء المغصوب عندهم عائد للمالك سواء كان نماء بالتجارة أو بغيرها لأنه نماء ماله. انظر ابن قدامة، الكافي، ٣٩٣/٢.

(٦) ابن قدامة، المغني، ٢٩/٥.

والحنابلة: لم يعطوا الأول شيئاً، كالمالكية؛ لأنه ليس له عمل ولا مال. وأعطوا الثاني أجره مثله على قول، ولا شيء له على قول آخر.

والذي أراه: أن ما ذهب إليه الحنابلة هو الراجح، فإن الأول عندما خالف وضارب غيره دون إذن رب المال كان ضامناً لرب المال ماله، ثم إن حصل بعمل الثاني في المال ربح كان لرب المال؛ لأنه نماء ماله، ولا يجوز أن يكون هذا الربح للأول كما قال الحنفية والشافعية؛ وذلك أننا أن حكماً له بالربح فكأنما نكون قد كافأناه على مخالفة مقتضى عقد المضاربة وإعطائه المال لغيره مضاربة مع أنه لا يجوز.

وأما الثاني، فالحق أنه له أجر مثله إن كان لا يعلم أن الأول متعد بإعطائه المال؛ وذلك لأنه عمل في مال الغير فله أجره.

أما إن علم فلا شيء له؛ لأنه يعتبر عاملاً في مال الغير بغير إذنه فيعتبر غاصباً ثانياً أو مشاركاً للغاصب الأول، وهو المضارب الأول.

*** مسألة:** إذا ضارب المضارب غيره دون إذن رب المال، وحصل خسران:

اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة:

فذهب الحنفية والحنابلة: إن الضمان يجب، ولرب المال مطالبة من شاء منهما برده المال إن كان باقياً، ورد بدله أن تلف أو تعذر رده. فإن طالب الأول وضمنه قيمة التالف لم يرجع على الثاني بشيء إذا كان لا يعلم أن المال ملك لغير الدافع؛ لأنه دفعه إليه على وجه الأمانة. وأما المضارب الأول فقد تعدى فكان كالمغاصب. وللمضارب الأول الرجوع على الثاني بما ضمنه إن كان يعلم أن الدافع مضارب لا مالك؛ وذلك لأنه قبض مال غيره على سبيل العدوان، وتلف تحت يده فاستقر الضمان عليه.

وإن ضمن رب المال الثاني لم يرجع على الأول متى كان الثاني عالماً بالحال لاستقرار الضمان عليه، فإن كان لا يعلم بالحال رجع على الأول بما ضمنه؛ لأنه غره بتسليم مالا لا يملكه^(١).

وذهب المالكية: إلى أن العامل الأول يضمن لرب المال رأس ماله، ولا شيء للعامل الثاني، وكذا للعامل الأول لتعديده وعدم عمله^(٢).

(١) انظر الكاساني: بدائع الصنائع، ٩٦/٦. ابن قدامة، المغني، ٢٩/٥.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣.

وذهب الشافعية: إلى أن العامل الأول يضمن رأس المال؛ لأن المضاربة في هذه الحالة فاسدة مطلقاً، وللعامل الثاني أجر مثله^(١).

الحالة الثانية: إذا ضارب المضارب غيره بإذن رب المال:

اختلفت كلمة الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: وهو الجواز. وذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية، والمالكية، والحنابلة، والشافعية في قول. وذلك بأن يقول له: اعمل برأيك، أو يأذن له صراحة عند العقد^(٢).

القول الثاني: عدم جواز ذلك ولو بإذن رب المال. وذهب إليه الشافعية في القول الثاني، (وهو الأصح عندهم)^(٣).

وقالوا: إن المضاربة عقد شرع على خلاف القياس، وموضوعه أن يكون أحد العاقدين مالكا لا عمل له والآخر عاملاً لا ملك له، وهذا يدور بين عاملين فلا يصح^(٤).

■ المناقشة والترجيح:

والصواب ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز فعل المضارب هذا؛ وذلك لأن صاحب الحق في الإطلاق والتقييد هو رب المال. ولو فرضنا أن صاحب المال اشترط على المضارب شروطاً في عقد المضاربة؛ فقيده بنوع من أنواع التجارة، أو منعه من السفر إلى مكان معين، أليس عليه أن يتقيد بالتقيد المفيد؟ وإن خالف أفلا يكون متعدياً ضامناً إن حصل خسران؟.

وهنا العكس، فقد أذن رب المال للمضارب أن ينشئ عقداً بينه وبين آخر، ليضارب الآخر في ماله رب المال فلا يُمنع من ذلك. وإن كان الفقهاء المجيزون لهذا التصرف اختلفوا في تكييف صفة العامل الأول بالنسبة للمضاربة، هل يبقى مضارباً فله جزء من الأرباح، أم تتحول صفته إلى وكيل عن رب المال، وسيتوضح هذا عند الكلام عن تقسيم الربح بإذن الله تعالى.



(١) الشريبي، معنى المحتاج، ٣١٤/٢. ابن زكريا، فتح الوهاب، ٤١٣/١.

(٢) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٦. مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ١٠٤/١٢. الشريبي، معنى المحتاج، ٣١٤/٢. ابن قدامه، الكافي، ٢٧٥، ٢٧٦/٢.

(٣) الشريبي، معنى المحتاج، ٣١٤/٢.

(٤) الشريبي، معنى المحتاج، ٣١٤/٢.

أما ما قاله الشافعية من أنه عقد شرع على خلاف القياس، فقد وضحنا خطأ هذا على لسان الفقيهين العظيمين: ابن تيمية وابن القيم، رحمهما الله تعالى، فقد أكدنا أن عقد المضاربة لم يشرع على خلاف القياس. ولا مجال لإعادة كلامهما فليراجع في بداية المبحث.

□ **مسألة:** إذا ضارب المضارب غيره بإذن رب المال وحصل ربح فكيف يقسم:!!؟.

اختلفت كلمة الفقهاء في تقسيم الربح بين المالك، والمضارب الأول، والمضارب الثاني على أقوال، نذكرها بتفصيلاتها للأهمية.

قال الحنفية: إذا كانت مضاربة المضارب الثاني صحيحة، وكانت بإذن رب المال كان شرط الأول للثاني معتبراً، بحيث لا تتأثر حصة رب المال من الربح. فإذا شرط رب المال أن يكون له نصف الربح، وشرط المضارب الأول للمضارب الثاني ثلث الربح قسم الربح هكذا، وكان السدس الباقي للمضارب الأول، ويطيب له ذلك؛ لأن عمل المضارب الثاني وقع له، كمن استأجر إنساناً على خياطة ثوب بدرهم فاستأجر الأجير من خاطه بنصف درهم طاب له الأجر؛ لأن عمل أجيرو وقع له فكأنه عمل فيه بنفسه، كذا هذا^(١).

وقال الشافعية: إذا ضارب المضارب بإذن رب المال انعزل المضارب الأول تلقائياً، وكان الربح بين رب المال والعامل الثاني^(٢). وهذا بناءً على القول بجواز المضاربة الثانية بالإذن؛ وذلك أن الشافعية لهم قولان كما سبق وذكرنا.

وقال الحنابلة: يكون المضارب الأول وكيلاً عن رب المال. فإذا دفع المال إلى آخر ولم يشترط لنفسه شيء من الربح كان صحيحاً، وإن شرط لنفسه شيء من الربح لم يصح؛ لأنه ليس من جهته مال ولا عمل، والربح إنما يستحق بواحد منهما^(٣). * هذا ولم يذكر المالكية كيفية تقسيم الربح في حالة الإذن، وإنما ذكروا جواز هذه الحالة فقط^(٤).

(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٧/٦.

(٢) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ١٥١/٣.

(٣) ابن قدامة، الكافي، ٢٧٦/٢. ابن قدامة، المعني، ٢٩/٥.

وهذا الاختلاف راجع لتصور كل فقيه لحالة المضارب الأول بعد إعطائه المال مضاربة للغير بالإذن. فالحنفية يرون أن الإذن يُبقي حصة المضارب الأول على حالها وله منها ما بقي بعد شرطه للثاني؛ لأن عمل الثاني يقع للأول بحكم الإذن، فالإذن جعل من المضارب في تصرفه هذا شبيهاً بالمالك له الحق بأخذ حصة من المال المدفوع للغير مضاربة.

أما الحنابلة والشافعية: فإنهم، وإن صحوا فعل المضارب، إلا أنهم قالوا لا مجال للمضارب الأول أن يبقى مضارباً دون عمل أو مال، بل هو وكيل عن رب المال. وبناء على اختلافهم في تكييف دور المضارب الأول في المضاربة كان اختلافهم في تقسيم الربح بين رب المال والمضارب الأول والمضارب الثاني.

*** مسألة:** ضمان المضارب لرأس المال إن حصل خسران، في حالة إذن رب المال له في مضاربة الغير.

إذا ضارب المضارب الأول مضارباً ثانياً وبإذن من رب المال وخسر الثاني في المضاربة، فمن يضمن الخسارة؟!.

ذهب الحنفية: إلى أن الربح من حق الأول؛ لأن المال مغموب من قبله (هذا في حالة عدم الإذن) وإن كان الأمر كذلك فلا حق لرب المال إلا ببديل رأس ماله، ويطيب للغاصب الربح بضمائه رأس المال.

وإذا كانت المضاربة بإذن من رب المال كان للأول الربح كذلك. ولكن على أي أساس؟ فالأصل أنه ليس له مال ولا عمل، فالمال لرب المال والعمل قام به المضارب الثاني، وكذلك لا ضمان عليه؛ لأنه عمل بإذن رب المال. وهنا نرى لزماً علينا أن نناقش د. سامي حمود فيما استنتج في هذه المسألة وذلك في كتابه (تطوير الأعمال المصرفية)، والذي ذهب فيه إلى أن الحنفية يقولون بتقسيم الربح بين المالك والعامل بناء على أن العامل ضامن، فالربح يطيب للعامل بالضمان، إذ لا مال له ولا عمل، ولو لم يصرحوا بذلك. ونقل نصاً عن الكاساني بهذا الصدد^(٢)، وقد أوردناه آنفاً في المسألة السابقة.

(١) مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ١٢/١٠٤.

(٢) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٩٧.

ولست أرى ما يدل على ما توصل إليه الباحث في ذلك. وكل ما يدل عليه النص أن الكاساني قاس المضارب على الأجير وقال: إن عمل المضارب الثاني وقع لأول، وكذلك الأجير الثاني عمله يقع للأجير الأول (وإن كان ابن تيمية، رحمه الله، فرق بين المضارب والأجير، بتفريقه بين حقيقة المضاربة وحقيقة الإجارة، وتابعه على ذلك ابن القيم وقال: إن عقد الإجارة ينظر فيه إلى عمل الأجير بخلاف المضاربة، فليس مقصود رب المال عمل المضارب، بل الربح، فلو عمل ولم يربح فلا شيء له، بخلاف الأجير).

ومن هنا فإن الكاساني، رحمه الله، في نهاية الأمر لم يصرح بأن استحقاق المضارب الأول للربح كان أساسه الضمان، وإن كان هذا هو استنتاج د. سامي حمود، فهو يقول: أن المضارب الأول لا مال له ولا عمل فلم يبق إلا الضمان فقال: لا بد أن الحنفية اعتمدوا على ذلك (أي على ضمان العامل الأول) ولكن لم يصرحوا به.

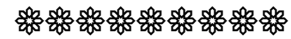
والذي أراه أنهم لم يعتمدوا على أساس الضمان لاستحقاق الربح، بل على أساس العمل. وليس صحيحاً أن العامل الأول لا مال له ولا عمل، بل له عمل وهو ما قام به عنه المضارب الثاني، وذلك قول الكاساني: (فكأن عمل الثاني وقع له).

ثم إن القول بضمن المضارب الأول يستتبع القول بأن المضارب الأول قد تعدى وليس كذلك، إذ تمت المضاربة الثانية بالإذن من رب المال، فأين التعدي؟!.

ونقل سامي حمود عن ابن رشد، رحمه الله، في بداية المجتهد نصاً يستدل من خلاله على أن عامة العلماء يقولون بضمن المضارب إذا ضارب غيره^(١)، وهذا صحيح، ولكن في أي حالة؟ إنه في حالة عدم الإذن، أما في حالة الإذن فلا ضمان عليه^(٢).

ويبدو أنه استنتج من كلام ابن رشد أن الضمان يكون مطلقاً في حالي الإذن وعدمه. وهذا غير صحيح إذ كيف تستوي الحالتان، وما فائدة الإذن حينئذ.

فلم يبق بعد هذا البيان إلا القول بأن الحنفية لا يقولون بضمن العامل الأول ولا العامل الثاني، ويبقى الأمر على حاله في مطلق عقد المضاربة وهو: أن المضارب أمين لا يضمن إلا إذا تعدى أو خالف.



(١) ابن رشد، بداية المجتهد، ١٨٢/٢.

(٢) مالك ابن أنس، الموطأ، ٦٩٥/٢.

أما المالكية: فيقولون انه يجوز للمضارب أن يضارب غيره إذا أذن رب المال، ولم يتكلموا في تقسيم الربح إن حصل، أو في تحمل الخسارة.

ويمكن أن يفهم من كلامهم أن الخسارة إن حصلت يتحملها رب المال كما في أصل عقد المضاربة، إذ يرجع في ذلك إلى أصل العقد، والمضاربة تقوم على أن الربح بينهما على ما شرطوا والخسارة على رأس المال، ويخسر العامل جهده، سواء كان الأول أو الثاني، إذ أن أحداً منهما لا يضمن الخسران؛ لأنهما عملاً بإذن رب المال.

أما الشافعية: وبناءً على قولهم الأول بمنع المضاربة الثانية مطلقاً سواء بإذن رب المال أو بغير إذنه، فيكون عمل المضارب الأول مفسداً لعقد المضاربة، ويكون العامل بذلك غاصباً، فيضمن لرب المال رأس المال.

وأما على القول الثاني - وهو الأضعف - فلا يضمن الأول ولا الثاني الخسران، إذ تم العمل بناءً على إذن رب المال، وهو موافق لقول الحنفية والمالكية والحنابلة.

والحنابلة: بعد أن أجازوا مضاربة الأول للثاني بإذن رب المال، قالوا: إن الربح بين رب المال والمضارب الثاني والخسران على رب المال في رأس ماله، فلا ضمان على المضارب؛ لأنه لم يتعد، فيده يد أمانة^(١).

من هنا يتبين أن الحنابلة لم يضمنوا العامل الأول ولا الثاني، وكذا الشافعية في قولهم الثاني، وهو ما يفهم من مقتضى كلام المالكية وفقاً لقواعدهم في المسألة ككل.

ثانياً: مشاركة المضارب غيره:

ذهب الحنفية، والمالكية، والحنابلة إلى أن المضارب لا يجوز له أن يشارك غيره في مال المضاربة إلا بإذن رب المال، كأن يقول له: اعمل برأيك، أو يأذن له صراحة عند العقد^(٢). ويمكن فهم هذا من أقوال الشافعية السابقة^(٣).

* واستدلوا على ذلك بما يلي:

❀❀❀❀❀❀❀❀

(١) ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٧٦.

(٢) انظر: الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٩٥. الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٣/٥٢٦. مالك ابن أنس، المدونة الكبرى، ١٢/١٠٤، ١٠٣.

ابن قدامة، المعني، ٥/٣٠.

(٣) الشريبي، معني المحتاج، ٢/٣١٤.

- ١- أن الشيء لا يستتبع مثله، فلا يجوز للمضارب أن يضارب غيره بغير إذن رب المال، والشركة أولى؛ لأنها أعم من المضاربة^(١).
- ٢- إن المضارب بالمشاركة عرض مال المضاربة للضياع^(٢).
- ٣- إن رب المال لم يستأمن غيره^(٣).

ثالثاً: إقراض مال المضاربة وهبته:

لا يجوز للمضارب أن يقوم بإقراض مال المضاربة ولا هبته دون إذن صريح من رب المال؛ وذلك لأن فيهما ضرراً على رب المال، وليس من شأن التجار القيام به. وإن فعل هذا دون إذن ضمن^(٤).

المضاربة المشتركة وأحكام التتابع فيها:

تمهيد:

درست فيما سبق أحكام التتابع في المضاربة كما بحثها الفقهاء الأولون، وهم قد بحثوا المضاربة بشكلها الأصلي البسيط وهي المضاربة الفردية، والتي يقدم فيها طرف رأس المال لآخر ليعمل به والربح بينهما حسب الاتفاق.

وقد يتعدد فيها المضاربون ويكون رب المال واحداً، أو يتعدد أرباب الأموال ويكون المضارب واحداً، وقد يتعدد الطرفان. وكل هذه الصور لا تخرج المضاربة عن كونها مضاربة فردية بسيطة مقارنة بالمضاربة المشتركة التي تجريها البنوك الإسلامية في العصر الحاضر.



(١) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٦/٦.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣.

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٥٢٦/٣.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ٩٢/٦.

تعريف المضاربة المشتركة:

بين قانون البنك الإسلامي الأردني هذه المضاربة بقوله: (تسلم البنك النقود التي يرغب أصحابها في استثمارها سواء بطريق الإيداع في حسابات الاستثمار المشترك، أو بالاكتتاب في سندات المقارضة المشتركة، وذلك على أساس القبول العام لاستعمالها في التمويل المستمر والمختلط، مقابل الاشتراك النسبي فيما يتحقق من أرباح صافية، دون القيام بتصفية عمليات التمويل المهيأة للمحاسبة)^(١).

فالمضارب في المضاربة الفردية شخص طبيعي واحداً كان أو أكثر، أما في المشتركة فهو مؤسسة مالية منحها القانون الحديث الشخصية المعنوية كسائر الشركات والمؤسسات، حيث أصبح لها اسم، وذمة مالية، وموطن، وجنسية، وأهلية، ومسئولية؛ كالشخص الطبيعي.

كما أن أرباب الأموال في المضاربة المشتركة أكثر عدداً مما كان معروفاً في المضاربة الفردية، حيث تنشأ شركة بين حصصهم في رأس المال متفاوتة، وعقودهم مع المضارب المشترك بصورة متعاقبة ومستمرة بحيث لا يعرف أحدهم الآخر^(٢).

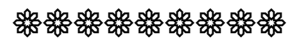
فأصبحت المضاربة المشتركة تضم ثلاثة فرقاً ممن تختلف العلاقة القائمة بين كل فريق والفريق الآخر، تبعاً لاختلاف التعاقد بين الفريقين.

- ويتمثل الفريق الأول في المضاربة المشتركة بجماعة المستثمرين، وهم الذين يقدمون المال بصورة انفرادية على أساس توجيهه للعمل به مضاربة.

- أما الفريق الثاني فإنه يتمثل بجماعة المضاربيين، وهم الذين يأخذون المال منفردين أيضاً لكي يعمل كل واحد منهم فيما يحصل عليه من مال بحسب الاتفاق الخاص به.

- والفريق الثالث فإنه يتمثل في الشخص أو الجهة التي تكون مهمتها التوسط بين الفريقين لتحقيق التوافق والانتظام في توارد الأموال، وإعطائها للراغبين من الفريق الثاني للعمل فيها حسب العقود المعقودة مع كل منهم على انفراد^(٣).

ويلاحظ هنا أن البنك أو المؤسسة المصرفية هي الطرف الجديد الذي يكون مهمته



(١) الصوا، الفوارق التطبيقية بين المضاربة في الفقه الإسلامي والمضاربة المشتركة، مجلة دراسات، ص ٢٥٥

(٢) المرجع السابق، ص ٢٥٥، ٢٥٦.

(٣) حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص ٤٣٥، ٤٣٤.

التوسط بين الفريقين، فهو من جهة المستثمرين مضارب، ومن جهة المضاربين مالك^(١).
ومن هنا كان لا بد أن نبين حقيقة وطبيعة عمل المؤسسة المصرفية في المضاربة
المشتركة قبل بيان الأحكام المتعلقة بها.

حقيقة عمل المؤسسة المصرفية في المضاربة المشتركة:

اختلفت اتجاهات وأنظار الباحثين إلى حقيقة عمل ودور البنوك والمؤسسات المصرفية
والمالية الإسلامية في المضاربة المشتركة، وعلاقة هذه المؤسسة بأرباب الأموال من جهة،
وعلاقتها بالمضاربين المشتركين من جهة أخرى.

ويمكن تلخيص هذه الآراء في ثلاثة:

الأول: اعتبر فيه أصحاب هذا الرأي المؤسسة المصرفية الإسلامية وسيطاً بين جماعة
المستثمرين من جهة وبين جماعة المضاربين من جهة أخرى، فهو مضارب بالنسبة لأرباب
الأموال، وهو مالك المال بالنسبة للمضاربين معه.

فهو بالتالي يشارك في نسبة الأرباح المتفق عليها باعتباره مالكا للمال، ويشارك أرباب
الأموال في نسبة الربح المتحقق من عائد المضاربات باعتباره عاملاً في أموالهم^(٢).

الثاني: اعتبر فيه أصحاب هذا الرأي المصرف، وهو المضارب المشترك، وكيلاً عن
أرباب الأموال بأجر أو عمولة في تسلم الأموال ودفعها إلى الراغبين في العمل فيها^(٣).

الثالث: ورأى فيه أصحابه أن المصرف هو مضارب للجميع على أساس أمرين:

الأول: جواز خطة المال بالإذن^(٤).

الثاني: جواز مضاربة الغير ومشاركته بالإذن.

وحتى تكون المضاربة المشتركة خالية من المفسدات شرعاً، فقد اشترط أصحاب هذا
الرأي أن تكون أعمال المصرف معلومة لدى المستثمرين لديه، مع اشتراط إضافة الربح
للمضارب المشترك، وفي هذه الحالة يستحق الربح المشروط بعد تصفية العمليات الاستثمارية؛



(١) المرجع السابق.

(٢) حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص ٤٣٥، ٤٣٤.

(٣) المصري، مصرف التنمية الإسلامي، ص ٢٥٠، ٢٤٩.

(٤) انظر: ابن قدامة، المغني، ٣٠/٥.

وذلك لأن علاقته مع أرباب الأموال علاقة مضارب. كما تكون علاقته مع المضاربين أو العاملين علاقة وكيل كالمضاربة الفردية^(١).

■ المناقشة والترجيح:

والذي أراه صحة التكييف الذي ذهب إليه أصحاب الرأي الثالث. فهو الذي يتناسب وطبيعة المضاربة المشتركة التي تجريها البنوك والمؤسسات المصرفية الإسلامية، وهو ما رجحه الدكتور علي الصوا في دراسته في مجلة (دراسات) حيث يقول:

"والرأي الأخير أولى من سابقه؛ لأن عمل المضارب كما يقع منه مباشرة فإنه قد ينيب عنه غيره فيه، والقاعدة في هذا عند الفقهاء: أن كل ما للمضارب أن يعمله فله أن يوكل فيه غيره"^(٢).

ورد على أصحاب القول الأول بقوله: "وعلى أن القول بهذا يبعدنا عن وصف المصرف بأنه رب المال في علاقته بالمضاربين معه؛ لأنه ليس مالكا للمال حقيقة، ولا ضامنا له، ما دام مأذونا في خلط الأموال وفي دفعها مضاربة أو غيرها إلى الراغبين في العمل بها"^(٣). ورد على أصحاب القول الثاني بقوله: "واعتبار المصرف وكيلاً بعمولة لا يستقيم مع ماهية الوكالة؛ لأن التوكيل ليس مقصوداً أساسياً للعاقدين، وإنما هو تبع لغرض آخر هو رغبة العاقدين في تحقيق الربح الناتج عن اجتماع المال والعمل معاً، وهذا يبعد المعاملة عن الوكالة بعمولة"^(٤).

وما قاله الدكتور علي الصوا صحيح بلا ريب؛ ذلك أن طبيعة المضاربة المشتركة التي تجريها البنوك والمؤسسات المصرفية الإسلامية لا تحتل تكييفاً إلا هذا، وهو القائم على الأمرين اللذين ذكرا آنفاً وهما: جواز خلطة المال بالإذن، وجواز دفع المال مضاربة ومشاركة بالإذن، وهما جائزان عند الفقهاء، كما بيناه في موضعه من التتابع في المضاربة الفردية.

ضمان رأس المال في المضاربة المشتركة:



(١) انظر: الأمين، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ص ٣١٩، ٣١٨. الصوا، الفوارق التطبيقية، ص ٢٧٥.

(٢) الفوارق التطبيقية، ص ٢٥٧.

(٣) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

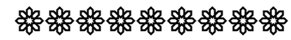
(٤) المرجع السابق، الصفحة نفسها.

اتفق الفقهاء على أن أساس المضاربة الأمانة والوكالة، فالمال في يد المضارب أمانة، وأنه إذا هلك دون تعد أو تقصير فإنه يهلك على مالكة^(١)، فلا يجوز اشتراط ضمان المال على المضارب؛ لأن هذا الشرط قد يمنع الربح بالكلية، وهو مناف لمقتضى العقد، وقد يؤثر هذا الشرط على عقد المضاربة فيفسدها^(٢)، وحينئذ يكون جميع ربح المال لرب المال. وللمضارب أجر مثله؛ لأن المضاربة إذا فسدت انقلبت إلى إجارة على العمل^(٣)، وقد لا يؤثر هذا الشرط على عقد المضاربة عند بعض الفقهاء فالشرط باطل والعقد صحيح^(٤).

أما في المضاربة المشتركة فقد اختلف الباحثون في ضمان رأس المال فيها، وإليك آراءهم:

الرأي الأول: وهو رأي محمد باقر الصدر وسامي حمود، وذهبا إلى ضمان المصرف أو المؤسسة الإسلامية للأموال المسلمة إليه لغايات الاستثمار الجماعي في حالة عدم كفاية الربح. ولكنهما اختلفا في أساس تحمل المصرف الضمان:

- فذهب محمد باقر الصدر إلى أن المصرف متبرع بالضمان؛ لأنه ليس العامل بالمال بل هو وسيط بين أرباب الأموال والعاملين فيه^(٥).
- وأما سامي حمود فقد اعتمد رأيه على أمرين:
- أحدهما: قياس المضاربة المشتركة على الأجير المشترك؛ لأن كلا منهما ينفرد بالعمل الذي كلف به، كما أنهما يعملان عملاً موجهاً لجمهور الناس وليس لفرد أو أفراد محددين، فإذا كان الأجير المشترك يضمن وفقاً لما ذهب إليه عدد من العلماء^(٦)، فإن المضارب المشترك يشبهه بالنسبة للمستثمرين فيكون ضامناً كذلك.



(١) ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٨٢.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢/١٧٩.

(٣) الشريبي، معني المحتاج، ٢/٣١٥.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ٢/٢٧١، ٢٧٠، والمعني، ٥/٤٢، ٤١.

(٥) الصدر، البنك اللاربوي في الإسلام، ص ٣٢-٣٣.

(٦) هو ما ذهب إليه مالك، وأحمد، وصاحب أبي حنيفة، وهو أحد قولي الشافعي، انظر: ابن عابدين، رد المحتار، ٦/٦٤٤. العبدري، التاج

والإكليل، ٥/٤٣٠. النووي، روضة الطالبين، ٥/٢٢٨. ابن قدامة، المعني، ٥/٣٠٥.

الثاني: ما نقله عن ابن رشد من اتفاق الجماهير من العلماء على تضمين المضارب الذي يدفع مال المضاربة إلى غيره ليضارب بها، وإلى فكرة استحقاق الربح بالضمان التي نقلها عن الكاساني من الحنفية^(١).

الرأي الثاني: وهو ما اقترحه حسن عبد الله الأمين باقتطاع جزء من أرباح المضاربة لمواجهة مخاطر الاستثمار، وأن تكون بالجزء المقطع شركة تأمين تعاونية ضد احتمالات الخسائر التي قد تصيب عمليات المضاربة^(٢).

واعتمد رأيه على قول بعض الفقهاء، وخاصة المالكية، من جواز اشتراط جزء من الربح لغير رب المال المضارب؛ لأنه من باب التبرع^(٣).

حقيقة ما يجري في المصارف الإسلامية في مسألة الضمان:

تقوم المصارف الإسلامية بضمان رأس المال في المضاربة المشتركة عن طريقين:

الأول: ويقوم على أساس اقتطاع جزء من صافي الأرباح المتحققة من الأموال الداخلة في الاستثمار خلال سنة مالية، مع الاحتفاظ بالمبالغ المقطعة سنوياً لهذه الغاية في حساب مخصص لمواجهة أية خسائر تزيد على مجموع الأرباح في تلك السنة، وإذا لم تكن الأرباح في تلك السنة مع الاحتياطات المتجمعة من السنين السابقة كافية لتغطية الخسائر الواقعة فإن البنك يعمل جرداً شاملاً لمعرفة الأرباح والخسائر، حسب السوق، في العمليات الممولة بمال المضاربة مما لم تجر عليه المحاسبة عند نهاية السنة المالية، فإذا جاءت النتيجة مؤكدة كفاية الأرباح المقدرة لتغطية الخسائر الزائدة، فإن على المصرف أن يدور الخسائر لكي تسدد من حصيلة الأرباح التي تتحقق تبعاً من العمليات المشمولة بالجرد، أما إذا كانت الأرباح المقدرة أقل من الخسارة الزائدة، فيجوز للمصرف أن يعتبرها خسارة مدورة شريطة أن تتحمل المبالغ المسحوبة من ودائع الاستثمار المشترك وسندات المقارضة المشتركة نصيبها من الخسارة الزائدة، وذلك بنسبة مشاركة المبلغ المسحوب من الاستثمار، حسب نوع الحساب^(٤).



(١) حمود، تطوير الأعمال المصرفية، ص ٤٤٢-٤٤٨.

(٢) الأمين، الودائع المصرفية، ص ٤٤٢-٤٤٨.

(٣) انظر: مختصر خليل، ص ٢٣٩. العبدري، التاج والإكليل، ٣٦٣/٥.

(٤) الصوا، الفوارق التطبيقية، ص ٢٦٤، عن قانون البنك الإسلامي الأردني، المادة ٢٢ فقرة ب، ج.

والثاني: يقوم على أساس تحميل الأموال الداخلة في الاستثمار نصيبها من الخسائر، حين لا تفي الأرباح من تغطية الخسائر^(١).

■ المناقشة والترحيح:

الأصل في المضاربة أن المضارب لا يضمن أية خسارة تحصل في المال إذا لم يتعد أو يقصر أو يخالف شروط رب المال. هذا ما قرره جميع الفقهاء على اختلاف في التفصيل. فيد المضارب يد أمانة لا يد ضمان.

ومن هنا نرى أن الذين حاولوا تضمين المؤسسة المصرفية الإسلامية، أو البنك الإسلامي إنما يحاولون ذلك لتشجيع المستثمرين على تقديم أموالهم واستثمارها في البنوك الإسلامية^(٢).

ولكني ألمح في محاولتهم مجازة للعصر، ومحاولة لتقريب النظام الاقتصادي الإسلامي من النظم الوضعية المعاصرة التي تعتمد على الربا كأساس في تعاملاتها.

إن المضاربة في المفهوم الاقتصادي الإسلامي أسلوب استثماري تعاوني من أجل الحصول على الربح تستغل فيه الأموال والجهود من أجل الوصول إلى الربح الحلال، ولكن التجارة في النظام الإسلامي ليست نتيجتها الربح دائماً بل احتمال الخسارة فيها وارد كذلك، وأما العمليات التجارية التي لا احتمالات للخسارة فيها مطلقاً فلا يقرها الإسلام كأساس في التعاملات؛ وذلك لأنها تقوم على الربا، أو على ضمان الربح، وهو ممنوع شرعاً.

ومن هنا فإن ما اقترحه محمد باقر الصدر من تبرع المصرف بالضمان غير مقبول؛ لأن الأساس الذي بنى عليه غير سليم أصلاً. فهو يرى أن المصرف وسيط بين أرباب المال وبين المضاربيين، وهذا ليس حقيقة ما يجري في المصارف الإسلامية، فالمصرف مضارب من جهة أرباب الأموال وليس وسيطاً.

وما اقترحه سامي حمود من تضمين المصرف قياساً على الأجير المشترك غير صحيح؛ لأنه قياس مع الفارق، وذلك أن الأجير المشترك يعمل لمؤجر نظير أجر معلوم، بخلاف المضارب الذي يعمل لرب المال نظير اشتراكه في الربح إن تحصل ربح وإلا فلا شيء له^(٣).



(١) المرجع السابق، عن قانون بنك فيصل الإسلامي/ النظام الأساسي/ الباب الثالث المادة، ٢٣. وقانون بنك دبي/ النظام الأساسي/ المادة ٢٣.

(٢) المرجع السابق ص ٢٦٥.

(٣) الصوا، الفوارق التطبيقية، ص ٢٦٥.

وأما ما نقله عن ابن رشد من اتفاق الجماهير من العلماء على تضمين المضارب الذي يدفع مال المضاربة إلى غيره ليضارب فيها، وما نقله عن الكاساني من فكرة استحقاق الربح بالضمان، فقد ناقشنا رأيه في مسألة: ضمان المضارب لرأس المال إن حصل خسران في حالة إذن رب المال له بالمضاربة. فلترجع هناك.

■ اقتراح وتعقيب:

هذا وقد اقترح الدكتور علي الصوا الحل التالي في المسألة فقال: "ويمكن للمصرف الإسلامي أن يقي الأموال من الخسارة بالعناية التامة بالدراسات الفنية لمشروعاته الاستثمارية، ومن خلال توزيع الاستثمارات نوعياً وجغرافياً، ودراسة أوضاع العملاء ومدى أماناتهم، فإن مثل هذه الأمور كفيلة أن تولد في نفوس الراغبين في الاستثمار الثقة بالمصارف الإسلامية، ومما يزيد إقبالهم والدافع إلى الاستثمار فيها ابتعاد هذه المصارف عن الربا بكل أشكاله، وعن شبهه المختلفة، وانضباطها بالأحكام الشرعية، وحرصها على مراعاتها في كل العمليات الاستثمارية.

ولا حرج مع ذلك شرعاً من تجنب جزء من الأرباح في حساب خاص لمواجهة مخاطر الاستثمار، خاصة إذا وُظف بعضها في الاستثمار الجماعي.

أما ملكية هذه الأموال المقطعة عند تصفية الشركة، فلا ينبغي أن تؤول للمساهمين وإنما تصرف في جهة عامة. وقد نص قانون البنك الإسلامي الأردني، على أولولتها إلى صندوق الزكاة لإنفاقها فيها في الوجوه الشرعية في قانون الصندوق^(١).

* قلت: وهذا الاقتراح من الدكتور علي الصوا، وهو رأي حسن عبد الله الأمين، هو اقتراح وجيه. ولكني مع ذلك أرشح ما ذهب إليه مصرفاً فيصل ودبي الإسلاميين من تحميل الأموال الداخلة في الاستثمار نصيبها من الخسائر بدلاً من اقتطاع جزء من الأرباح، وهو ما قرره الفقهاء المسلمون في المضاربة الفردية، وهو الأصل في الضمان فيها.

ويجب أن يفهم المستثمرون الذين يرغبون بالتعامل مع المصارف الإسلامية نظرة الإسلام إلى مسألة الربح والخسارة، ويجب أن ينصاعوا هم لأحكام النظام الاقتصادي الإسلامي، لا أن تطوع هذا النظام العادل وتلوي عنقه كي يتناسب مع النظم الوضعية السائدة.

(١) المرجع السابق .

توزيع الأرباح في المضاربة المشتركة:

اتفق الفقهاء على أن المضارب إنما يأخذ نصيبه من الربح بعد أن ينض* رأس مال الشركة؛ لأن الربح وقاية لرأس المال .

كما اتفقوا على أن كل خسارة تحدث في المال تجبر من ربحه؛ لأن هذا هو شأن التجارة، تخسر في صفقة وتربح في الأخرى، وتجبر ربح الثانية خسران الأولى^(١).

ثم إن الأرباح التي تكلم الفقهاء في توزيعها في المضاربة الفردية أرباح حقيقية للشركة مبنية على التصفية الفعلية لرأس المال على أساس أن الربح لا يستقر إلا بالقسمة، والقسمة لا تصح إلا بعودة رأس المال نقوداً كما كان كي يقبضه في المالك، ولكن هذا الوضع لا نجده في المضاربة المشتركة ومن الصعب تطبيقه في المصارف الإسلامية المعاصرة؛ وذلك لأن المضاربة المشتركة تقوم على أساس خلطة الأموال بعقود انفرادية متتالية، وعلى أساس استمرارية الشركة، ولأن من صفقاتها ما ينتهي بسنة، ومنها ما يحتاج إلى أكثر من سنة.

لذلك تلجأ المصارف والمؤسسات المالية الإسلامية إلى ما يعرف (بالتنضيف التقديري) وهذا الأسلوب مستخدم في الشركات أيضاً.

ويكون توزيع الأرباح على المستثمرين بنسبة تعاملهم مع المصرف، وهذا التعامل موزع بين المال المودع للاستثمار وبين الزمن - أي المدة التي ظل فيها المال مستثمراً في المصرف-، ويكون التوزيع العادل لحصة المستثمرين فيها على أساس حاصل ضرب المبالغ المستردة في المدة التي ملكتها في الاستثمار^(٢).



• النض: بفتح النون، من نض؛ الإظهار. المال النض: الصامت كالدرهم والدينار، وإنما سمي نضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً.

انظر: قلعة حي، معجم لغة الفقهاء، ص ٤٨١.

(١) انظر: النووي، روضة الطالبين، ١٣٦/٥. ابن قدامة، الكافي، ٢٧٨/٢. ابن رشد، بداية الاجتهاد، ١٨١/٢.

(٢) الفوارق التطبيقية، ص ٢٦٧-٢٦٨.

الفصل الثالث

الضوابط المتعلقة بأحكام التتابع

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: الضوابط المتعلقة بإجازة التصرف التالي أو منعه.

المبحث الثاني: ضابط الضمان حال التتابع.

المبحث الأول

الضوابط المتعلقة بإجازة التصرف التالي أو منعه

تمهيد:

في هذا المبحث نحاول إيجاد ضوابط تضبط الأحكام المتعلقة بالتتابع من حيث إجازة التصرف العقدي التالي أو منعه، وذلك بالنظر في التفصيلات التي بحثت في الفصل الثاني ضمن مباحثه ومطالبه المتعددة.

والحق أن إيجاد مثل هذه الضوابط التي يفترض أن الفقهاء، فقهاء المذاهب الأربعة، نظروا إليها بعين الاعتبار عند إصدارهم الأحكام في مسائل التتابع المختلفة ليس بالأمر الهين، ولا يمكن الجزم بها تعيناً، ولكني هنا استقرأت ما توصلت إليه بعد البحث في تلك المسائل واستخراجها من مظانها في كتب الفقه، فوجدت أن الفقهاء سواء المانعين أو المجيزين قد اعتبروا هذه الضوابط في تلك المسائل وأحكامها.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الضوابط التي سنذكر تختلف ما عما ذكر في أركان وشروط تعريف (التتابع) اصطلاحاً؛ وذلك أن الأركان المذكورة هناك تحدد ماهية التتابع الذي بحث في الفصل الثاني في مسائلة الكثيرة، بحيث لم يدخل في البحث إلا ما انطبق عليه الأركان والشروط المذكورة في الفصل الأول.

أما هنا فالأمر مختلف، فالبحث منصب على الأمور التي كانت السبب في إجازة التصرف التالي (المتتابع) أو منعه في نظر الفقهاء، وهو ما أسميناه بالضوابط. وعلى كل فإن أمر هذه الضوابط ليس يقينياً وإنما استقرائي، فهو قابل للبحث مرة أخرى والإضافة عليه إن وجد ما يستحق الإضافة. والله أعلم.

المطلب الأول: ضابط طبيعة العقود وتكييفها الفقهي:

ونقصد ب (طبيعة العقد): الحقوق التي يخول العقد بموجبها العاقد التصرف في المحل المعقود عليه. ونقصد به أيضاً الأساس الذي بنى عليه تشريع العقد في الفقه الإسلامي. ومن هنا فإن اختلاف نظرة الفقهاء في هذين الأمرين أدت إلى اختلاف نظرتهم إلى الضابط الذي يضبط أحكام التتابع فيها؛ وذلك لعظيم أثرهما في تلك الأحكام.

فلو نظرنا مثلاً إلى اختلاف الفقهاء في تعريف عقد الإعارة، لوجدنا أنه في حين عرفها الحنفية والمالكية بأنها: تملك المنفعة بغير عوض^(١)، عرفها الشافعية والحنابلة بأنها: إباحة المنفعة بغير عوض^(٢).

فهذا الاختلاف في تعريف عقد العارية مرجعه إلى الاختلاف في نظرة كل فريق إلى ماهية عقد الإعارة وما يخول صاحبه من حقوق في التصرف في المعقود عليه، وهذا الأمر أدى بالتالي إلى اختلاف نظرة الفريقين في أحكام التابع في عقد الإعارة، فالفريق الأول: أقصد الحنفية والمالكية، أجازوا للمستعير أن يعير غيره؛ لأنه يملك المنفعة فيملك تملكها للغير. الفريق الثاني: وهم الشافعية والحنابلة، لم يجيزوا له ذلك؛ لأنه لا يملك المنفعة، بل أبيح له التصرف فيها، والذي يباح له التصرف لا يجوز أن يبيحه لغيره بغير إذن المالك. وساق كل فريق الأدلة على صحة ما ذهب إليه. ولا مكان لها هنا فقد بحثت في موضعها.

أما الأمر الثاني الذي نظر إليه الفقهاء في هذا الباب؛ فهو الأساس الذي بنى عليه تشريع بعض العقود.

ففي عقد المضاربة مثلاً، نظر معظم الفقهاء إليه على أنه مشروع على خلاف القياس؛ لأنه استتجار بأجر مجهول أو معدوم، ولعمل مجهول، وترك القياس لأدلة استدلوا بها على جوازه.

وذهب ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى أنها لا تخالف القياس؛ لأنها من جنس المشاركات لا من جنس الإجازات؛ وذلك لأن مقصود رب المال هو المال وليس عمل العامل، بخلاف الإجارة فمقصودها عمل العامل لا المال فاختلفاً.

وهذا الاختلاف في النظرة إلى أصل مشروعية المضاربة جعلت كل فريق يضيق أو يوسع في أحكامها وفقاً لنظريته تلك. فكان الحنابلة، مثلاً، أكثر المتساهلين في أحكامها، وما يجوز للمضارب فعله فيها. وكان الشافعية على نقيضهم؛ لنظرتهم إلى أساس تشريع عقد المضاربة والتزامهم بحرفيته في الأحكام.

فانظر مثلاً إلى عدم تجويزهم (في القول الأصح عندهم) مضاربة المضارب لغيره ولو بإذن رب المال؛ لاعتمادهم على أن عقد المضاربة شرع على خلاف القياس.



(١) راجع مبحث (التابع في عقد الإعارة).

(٢) راجع مبحث (التابع في عقد الإعارة).

ولابد من الإشارة هنا إلى أمر ثالث لا يقل أهمية عما ذكر آنفاً، وهو أن العقود التي تتشابه مضامينها إلى درجة كبيرة، تتشابه أحكام التتابع فيها كذلك.

فلو نظرنا في عقدي المزارعة والمساقاة من جهة، وعقد المضاربة من جهة أخرى، نجد أنهما قد اتفقا في مضمونهما؛ ففي عقد المزارعة أو المساقاة يقدم المالك الأرض إلى عامل ليقوم على زراعتها أو سقايتها والعناية فيها على أن الخارج من الثمرة على ما اتفقا عليه من نسبة.

وعقد المضاربة يقدم المالك المال للعامل ليتجر به، على أن ما رزقه الله بينهما، حسب الاتفاق.

فانظر إلى التشابه الكبير بين العقدين، وهذا التشابه في المضمون أدى إلى التشابه في أحكام التتابع في كل منهما، حتى أن بعض الفقهاء استخدموا هذا الشبه للاستدلال على ما ذهبوا إليه، يقول ابن قدامه: " إنه (أي العامل) كالمضارب، لا يجوز أن يضارب غيره؛ لأنه عامل بجزء نمائه فلم يجز أن يعامل فيه غيره"^(١).

وكذلك لو أخذنا مثلاً آخر، وهو التشابه القائم في أحكام التتابع بين عقد الوكالة وعقد الشركة.

ذلك أن عقد الشركة، بمختلف أنواعها، يقوم على أساس الوكالة؛ لأن كل شريك قد وكل شريكه بالقيام بأعمال التجارة التي تؤدي عادةً إلى الربح، فالوكالة أساس عمل الشركاء، من هنا كان التشابه بين أحكام التتابع في كلا العقدين ملاحظاً.

فعقد الوكالة لم يجز الفقهاء، فيه من حيث العموم، أن يوكل الوكيل غيره دون إذن الموكل إلا في حالات قضى العرف بجوازها أو دعت الحاجة إليها.

وكذلك عقود الشركات -من حيث العموم أيضاً- لم يجز معظم الفقهاء فيها قيام أحد الشريكين بمشاركة غيره إلا بإذن الشريك الآخر أو بإذن رب المال في المضاربة.

وانظر الكاساني كيف يُظهر التشابه الكبير بين الوكالة والمضاربة بقوله: "والشيء لا يستتبع مثله، فلا يستفاد بمطلق عقد المضاربة مثله، ولهذا لا يملك الوكيل التوكيل بمطلق العقد"^(٢).

(١) المعنى، ٢٣٨/٥.

(٢) بدائع الصنائع، ٩٦/٦.

المطلب الثاني: ضابط العرف:

تمهيد:

العرف في الاصطلاح الفقهي: "عادة جمهور قوم في قول أو عمل"^(١). وهو عند العلماء من الأدلة التبعية في الشريعة الإسلامية، وله في الفقه الإسلامي اعتبار شرعي في بناء كثير من أنواع الأحكام التي ذكرها الفقهاء. والاجتهادات الفقهية في الإسلام متفقة على هذا الاعتبار، وإن كان بينهما شيء من التفاوت في حدوده ومداه^(٢).

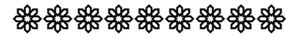
"وقد أقام الفقهاء كبير وزن للعرف في ثبوت الحقوق وانتفائها بين الناس في نواح شتى من المعاملات وضروب التصرفات، واعتبروا العرف والعادة أصلاً هاماً، ومصدراً عظيماً واسعاً تثبت الأحكام الحقوقية بين الناس على مقتضاه في كل ما لا يصادم نصاً تشريعياً خاصاً بمنعه، فالعرف في نظرهم دليل شرعي كاف في ثبوت الأحكام الإلزامية والالتزامات التفصيلية بين الناس حيث لا دليل سواه، أما إذا عارض العرف نصاً تشريعياً أمراً بخلاف الأمر المتعارف ففي اعتبار العرف وعدمه، وفي محل هذا الاعتبار، ودرجته، تفصيل لا يتسع له هذا المقام"^(٣). وقد وضع الفقهاء قواعد في العرف اعتبرت أساساً في كثير من الفروع الفقهية خاصة في باب المعاملات ومن هذه القواعد:

(العادة محكمة)^(٤).

(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)^(٥).

(التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)^(٦).

وغيرها مما هو موجود في كتب القواعد الفقهية، والأشباه والنظائر.



(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/١٣٤.

(٢) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ١/١٣٤.

(٣) المرجع السابق، ١/١٣٥، ١٣٤.

(٤) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٣.

(٥) المرجع السابق، ص ٩٩.

(٦) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص ٢٤١.

العرف في أحكام التتابع:

لعل أهم ما نظر الفقهاء إليه عند إصدارهم الأحكام المجيزة أو المانعة للتصرف التالي، في العقود التي بحثناها في الفصل الثاني هو العرف.

وذلك أن كثير من العقود يعتمد في تحديد مضمونه وحدوده على العرف، واختلاف الأعراف باختلاف الأزمنة يؤدي بالتالي إلى تغير الأحكام الصادرة.

ومن هنا كانت القاعدة المشهورة (لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان)^(١).

والعقد المطلق مقيد بالعرف والعادة ضمناً^(٢).

والحق أن سلطان العرف يظهر في باب المعاملات بشكل جلي أكثر من غيره؛ لأن الأصل في المعاملات، وهي من العادات، الإباحة. والأصل في العبادات المنع.

فمن هنا كان هذا الاختلاف الواسع بين الفقهاء في بعض تفصيلات الأحكام في باب المعاملات، ومنها أحكام التتابع، وذلك تبعاً لنظرتهم إلى عرف الناس في حدود التصرف التي يملكها العاقدان في محل العقد.

ومن ذلك عقد الوكالة مثلاً، فبعد أن اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على عدم جواز توكيل الوكيل لغيره بغير إذن من الموكل، نراهم اختلفوا في توسيع وتضييق دائرة توكيل الوكيل لغيره في حالة إطلاق العقد، فقال المالكية والشافعية والحنابلة يجوز له أن يوكل غيره إذا كان العمل مما لا يليق بمثله القيام به عادة^(٣).

وفي هذا يقول ابن قدامة: (أحدها : أن يكون العمل مما يترفع الوكيل عن مثله؛ كالأعمال الدنية في حق أشرف الناس المترفعين عن مثلها عادة، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه، أو غير ذلك فإنه يجوز له التوكيل فيه؛ لأنه إذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستتابة فيه)^(٤).

فهذا الكلام من ابن قدامة يدل على أن العرف هو الأساس في إجازة توكيل الوكيل لغيره أو منعه عند إطلاق عقد الوكالة، وهو أساس البحث في مسائل التتابع.

وإليك مثلاً آخر على أهمية العرف في إصدار تلك الأحكام سواء بالإجازة أو المنع.



(١) الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص ٢٢٧

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦/٢١٥.

(٣) راجع مبحث (التتابع في عقد الوكالة)

(٤) المعني، ٥/٦٠.

ففي عقد المضاربة يقوم العامل بالاتجار في مال المالك ليحصل له الربح. ولكن ما الذي يحدد تصرفات المضارب؟ وما هو الجائز منها، وما هو الممنوع؟

إن الذي يحدد هذا كله هو العرف والعادة، فما كان معمولاً به في عادة التجار وعرفهم قبل من المضارب عمله، وإلا فهو ضامن. ولذلك نجد أن الفقهاء يقررون أن على عامل المضاربة عمل ما جرت به العادة؛ من نشر وطي، وإيجاب وقبول، وقبض ثمن ٠٠٠٠ الخ^(١). ومن هنا لم يجيزوا لعامل المضاربة أن يضارب غيره دون إذن أو تفويض من رب المال؛ لأن ذلك ليس من عادة التجار ولا عرفهم في العمل.

وكذلك شركة العنان فإن تصرفات الشريك فيها أساسها العرف والعادة، عادة التجار طبعاً، ومن هنا فقد منع الحنفية والشافعية والحنابلة مشاركة شريك العنان غيره دون إذن الشريك الآخر^(٢).

وفي الوديعة مثلاً أجاز فقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة أن يودع المودع الوديعة عند من في عياله، أو عند من يحفظ المال عندهم عادة.

وخالف في ذلك الشافعية فمنعوه أن يستودع غيره مهما كانت صفته؛ لأن المودع لم يرض بأمانة غيره^(٣).



(١) انظر: الشريبي، مغنى المحتاج، ٣١١، ٣١٧، ٣١٨/٢. ابن قدامه، الكافي، ٢٧١، ٢٧٢/٢. ابن رشد، بداية المجتهد، ١٨٢/٢.

(٢) يراجع مبحث، (التابع في عقد الشركة).

(٣) يراجع مبحث، (التابع في عقد الإيداع).

المبحث الثاني

ضابط الضمان حال التتابع:

المطلب الأول: تعريف الضمان لغة واصطلاحاً، وبيان مشروعيته:

أما الضمان في اللغة: فهو مأخوذ من ضمن الشيء: إذا تكفل به، وكفله، فهو ضامن. وضمنه الشيء تضميناً فتضمنه عنه، مثل غرمه^(١).

وأما في اصطلاح الفقهاء فهو: (شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل)^(٢). وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا بتعريف جامع فقال: (التزام بتعويض مالي عن ضرر الغير)^(٣).

مشروعيته: قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمنين حفاظاً على حرمة أموال الناس، وجبراً للضرر، وزجراً للمعتدين. وثبت ذلك في القرآن الكريم والسنة النبوية.

- ففي القرآن الكريم، قوله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٤).

وقوله تعالى: ﴿وجزاء سيئة سيئة مثلها﴾^(٥).

وقوله تعالى: ﴿وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به﴾^(٦).

ومن السنة: قول ﷺ (على اليد ما أخذت حتى تؤديه)^(٧).



(١) الرازي، مختار الصحاح، ١/١٦١.

(٢) علي الحفيف، أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، ص ٥. وانظر معنى الضمان في، الميرغاني، الهداية، ٣/٩٥. والدردير، الشرح

الكبير، ٣/٣١٩. والشربيني، معنى الاحتجاج، ٢/١٩٨. وابن قدامة، المعنى، ٤/٣٤٤.

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢/١٠٣٢، فقرة ٦٤٨.

(٤) سورة البقرة، آية ١٩٤.

(٥) سورة الشورى، آية ٤٠.

(٦) سورة النحل، آية ١٢٦.

(٧) رواه الترمذي في سننه، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، حديث رقم ١٢٦٦، وقال حديث حسن صحيح. وأبو داود

في سننه، كتاب البيوع، باب في تضمين العور، حديث رقم ٣٥٦١. وابن ماجه في سننه (واللفظ له) كتاب الأحكام، باب العارضة،

حديث رقم ٢٤٠٠. وقال الألباني: حديث ضعيف. انظر: إرواء الغليل، ٥/٣٤٨.

المطلب الثاني: أسباب التضمين الشرعية:

يستخلص من كلام الفقهاء أن أسباب التضمين الشرعية ثلاثة^(١).

١- العقد.

٢- وضع اليد: سواء كانت معتدية أم لا.

٣- الإلتلاف: سواء كان مباشرة أو تسبباً.

أول: العقد: فهو مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط أو كان الشرط مفهوماً ضمناً حسب العرف والعادة، ثم أخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد أو يتطلبه الشرط، فلم يتم بتنفيذه على الوجه المتفق عليه^(٢).

يقول السيوطي: "ما يضمن ضمان عقد قطعاً وهو: ما عين في صلب عقد بيع، أو سلم، أو إجارة، أو صلح"^(٣).

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات، سواء أكان هناك تعدد أو تقصير أم لا، وهذه هي عقود الضمان؛ كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه هي عقود الأمانة؛ كالوديعة ونحوها، وإما أن يكون في بعض الحالات أو بعض الأوجه وهذه هي العقود المزدوجة الأثر^(٤).

ثانياً: وضع اليد: وهو مصدر للضمان سواء أكانت اليد مؤتمنة أو غير مؤتمنة. واليد غير المؤتمنة إما أن تكون بغير إذن المالك؛ كيد السارق والغاصب، أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض والمشتري بعد القبض، سواء أكان البيع صحيحاً أم فاسداً، ومقتضى الأعيان بعد قبضها. فإن هؤلاء وأمثالهم يدهم يد ضمان يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف، ولو بأفة سماوية أو بقوة قاهرة^(٥).

* فالأيادي نوعان:

(١) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٦٣، وانظر أيضاً: الكاساني، بدائع الصنائع، ١٦٤/٧. والسرخسي، المبسوط، ٥٤/١١. وابن رشد، بداية المجتهد، ٢٣٧/٢.

(٢) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٦٣.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر، ص ٣٦١.

(٤) الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٦٥.

(٥) الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٦٥.

يد أمانة: وهي يد الحائز الذي حاز الشيء لا بقصد تملكه، بل باعتباره نائباً عن المالك^(١)، وذلك كيد الوديع، وعامل المضاربة والمساقاة، والأجير الخاص. ومثل هؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي والتقصير، فإن هلك بأفة سماوية أو بقوة قاهرة لا يضمنون؛ لأن أيديهم أيدي أمانة^(٢).

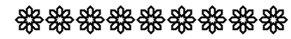
ويد الضمان: هي يد الحائز الذي حاز الشيء بقصد تملكه أو لمصلحة نفسه^(٣)، وذلك كيد البائع على المبيع قبل القبض، ومقترض الأعيان بعد قبضها. ومثل هؤلاء يضمنون هلاك الشيء ولو هلك بقوة قاهرة أو بأفة سماوية^(٤).

ثالثاً: الإلتلاف: وهو من أسباب وجوب الضمان؛ لأنه اعتداء وإضرار. يقول الله تعالى: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾^(٥).

وقوله ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)^(٦). وقد تعذر نفي الضرر من حيث الصورة فيجب نفيه من حيث المعنى بالضمان؛ ليقوم الضمان مقام المتلف فينفي الضرر بالقدر الممكن^(٧).

المطلب الثالث: ضابط الضمان حال التتابع في عقود الأمانة:

بينما فيما سبق أن العقد إذا كان عقد أمانة، كانت يد الحائز على الشيء، وهو المعقود عليه، يد أمانة كذلك. فلو تلفت العين المحوزة بغير تعد منه أو تقصير فلا يكون ضامناً، فإن تعدى أو قصر ضمن.



(١) المرجع السابق، ص ١٧٤-١٧٥.

(٢) المرجع السابق، ص ٦٦.

(٣) المرجع السابق، ص ١٧٤-١٧٥.

(٤) المرجع السابق، ص ٦٦.

(٥) سورة البقرة، آية ١٩٤.

(٦) رواه ابن ماجه في سننه، كتاب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، حديث رقم ٢٣٤٠. ورواه أحمد في مسنده، ٣١٣/١.

ورواه مالك في الموطأ، كتاب الأفضية، باب القضاء في المرفق، حديث رقم ٣١. حديث صحيح. انظر: الألباني، إرواء الغليل، ٣/٤٠٨.

(٧) انظر الكاساني، بدائع الصنائع، ٧/١٦٤، وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، ص ٦٧.

ولكن إذا قام هذا الحائز بإبرام عقد على المحل المحوز أعطى فيه الغير حرية التصرف بالمحل المعقود عليه المملوك أصلاً للغير، فهل يضمن هذا العاقد، أقصد الأول، وهل يمكن تضمين الثاني؟ وما الضابط لذلك؟

إن العاقد الأول، وهو واضع اليد، إذا أقدم على تصرف عقدي محظور عليه كان متعدياً، وصارت يده يد ضمان، وكانت اليد التي تترتب عليه يد ضمان أيضاً، وإذا تلفت العين تحتها كان المالك بالخيار، إن شاء ضمن واضع اليد الأول؛ لتعديه بالتصرف المحظور عليه فيها، وإن شاء ضمن واضع اليد الثاني؛ لتعديه بتسلمها وتلفها عنده. فإذا ضمن الثاني رجع على الأول عند عدم العلم بالحال؛ للغرور، فيستقر الضمان عليه، أما عند العلم بالحال فيستقر الضمان على الثاني؛ لإقدامه على وضع يده مع علمه بعدم ولاية من قام بالعقد معه، مع حدوث التلف في يده^(١).

فبمجرد حدوث التتابع على العقد الأول تتحول يد العاقد من يد أمانة إلى يد ضمان. هذا إذا كان العقد التالي محظوراً، فإن تلف المحل المعقود عليه ولو بغير تعد أو تقصير ضمن المالك الأول أو الثاني، على التفصيل السابق. وهو مأخوذ من أقوال الفقهاء في المسائل التي بحثت في الفصل الثاني من هذه الدراسة.

المطلب الرابع: ضابط الضمان حال التتابع في عقود الضمان:

إن العقد إذا كان عقد ضمان، كان العاقد الحائز على المحل المعقود عليه حائزاً له لمصلحة نفسه. ومن هنا قرر الفقهاء أنه يضمن ما يتلف أو يهلك، ولو كان هذا التلف بأفة سماوية أو بقوة قاهرة، واستند حكمهم هذا إما على نصوص شرعية، كما في حالة تضمين المستعير (عند الشافعية والحنابلة)، أو بناءً على مصلحة عامة اقتضت ذلك، كما في تضمين الأجير المشترك.

إن طروء العقد التالي المتتابع على العقد الأول في عقود الضمان، لا يؤثر عموماً في ثبوت الضمان، وإنما يؤثر في مشروعية العقد التالي أو عدم مشروعيته، ويؤثر كذلك في إعطاء الحق للمالك باستعادة المعقود عليه من العاقد الأول أو الثاني؛ لقيامهما بعمل محظور.



(١) علي الخفيف، أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، ص ١٨٣-١٨٤.

فلو نظرنا في عقد الإعارة مثلاً لرأينا أن يد المستعير عند الشافعية والحنابلة يد ضمان لا يد أمانة. فإذا قام المستعير بإعارة العارية، ولو بإذن المعير، كان ضامناً. فإذا تلفت العارية عند الثاني كان للمعير أن يضمن أيهما شاء (على التفصيل في المطلب السابق).

ففي حالة الإذن بالإعارة، فإن المستعير الثاني يجوز له استخدام العارية شرعاً، ولا يكون استخدامه إياها محظوراً شرعاً، وبالتالي لا إثم عليه، ولا على الأول كذلك.

أما في حالة عدم الإذن بالإعارة، فإن تصرف المستعير الأول يكون محظوراً، ويكون أثماً بفعله هذا، ويكون المستعير الثاني أثماً كذلك إن علم أن العارية ليست لمن أعاره بل هو مستعير ومعير بغير إذن المالك.

وبالتالي فتكون يد المستعير الأول يد غاصب، وكذلك يد المستعير الثاني في حال علمه بعدم جواز إعارة المستعير.

وفي كلا الحالتين - الإذن وعدمه - يلزم الضمان الأول والثاني في حال تلف المعقود عليه أو هلاكه.

النتائج والتوصيات

خلصت الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية:

- ١_ إن الشريعة الإسلامية، والفقہ الإسلامي يكفلان مصالح الناس، ويؤمنان للبشرية صلاحها وسعادتها، ومواكبة التطور الدائم لما فيه النفع والصالح العام.
- ٢_ إن (النتابع في التصرفات على المحل الواحد في المعاملات) حالة من حالات التعاقد، تتم بإنشاء أحد العاقدين عقداً جديداً على ذات المحل المعقود عليه أولاً.
- ٣_ بحث الفقهاء مسائل (النتابع في التصرفات) بتفصيل في بعضها، وباختصار في البعض الآخر؛ وذلك تبعاً لانتشار استعمال بعض العقود في أزمانهم دون بعض.
- ٤_ (النتابع في التصرفات) حالة يمكن حصولها في العقود المالية، التي يحتمل شكلها ومضمونها حدوث مثل هذا الإجراء.

٥_ تعامل الفقهاء مع مسائل التتابع وأحكامه من خلال فهمهم للقواعد والأطر العامة للشريعة الإسلامية، خاصة ما تعلق منها بباب المعاملات؛ كمسألة: حرية التعاقد.

٦_ إن أهم ما ضبط الأحكام التي أصدرها الفقهاء على مسائل التتابع وفروعه، أمران:
الأول: طبيعة العقود وتكييفها الفقهي. الثاني: العرف.

٧_ يمكن للمصارف الإسلامية أن تطبق وتتوسع في استخدام العقود التي بحثت في الدراسة، وصور التتابع فيها، مما يعود بالنفع عليها، وعلى الأمة ككل. وأهم هذه العقود: الشركة بأنواعها، المضاربة، المزارعة والمساقاة، السلم، الاستصناع، التأمين التعاوني، التوريد.

قائمة المراجع

- الأشقر، محمد سليمان، السلم والاستصناع ومدى إمكانية استفادة البنوك الإسلامية منهما، المؤتمر الأول للمستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان ١٩٩٤م.
- الأصبحي، مالك بن أنس، المدونة الكبرى، دار صادر، بيروت.
- الأصبحي، مالك بن أنس، الموطأ، تحقيق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، مصر.
- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن ابن ماجه، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٨٨م.
- الألباني، محمد ناصر الدين، صحيح سنن أبي داود، المكتب الإسلامي، بيروت، ط١، ١٩٨٩م.
- الألباني، محمد ناصر الدين، ضعيف سنن أبي داود، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٩١م.
- الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٩٨٥م.
- الأمين، حسن عبد الله، الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، دار الشروق، جدة، ط١، ١٩٨٣م.
- الأنصاري، زكريا بن محمد بن أحمد، فتح الوهاب، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.
- أبو سليمان، عبد الوهاب، عقد التوريد، المؤتمر الأول للمستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٤م.
- أنيس، إبراهيم ومجموعة من المؤلفين، المعجم الوسيط، دار المعارف، مصر، ط٢، ١٩٧٣م.
- البجيرمي، سليمان، حاشية البجيرمي على شرح الخطيب، مطبعة التقدم العلمية، مصر.

- البخاري، محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، اعتنى به أبو صهيب الكرمي، مكتبة الأفكار الدولية، الرياض، ١٩٩٨م.
- البعلي، عبد الحميد، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي، بدون طبعة ولا دار نشر.
- البقمي، صالح بن زابن، شركة المساهمة في النظام السعودي، جامعة أم القرى، مركز البحث العلمي وإحياء التراث والدراسات الإسلامية، ١٤٠٦هـ.
- البهوتي، منصور بن إدريس، الروض المربع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٩٧٠م.
- البهوتي، منصور بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، عالم الكتب، بيروت، ١٩٨٣م.
- البيهقي، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، دار الفكر.
- الترمذي، محمد بن عيسى، سنن الترمذي، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد، مجموع الفتاوى، دار الجيل، ط١، ١٩٩٧م.
- ابن تيمية، تقي الدين أحمد، القواعد النورانية، مطبعة السنة المحمدية، القاهرة، ط١، ١٩٥١م.
- الثعلبي، عبد الوهاب بن علي، التلقين، المكتبة التجارية، مكة المكرمة، ط١، ١٤١٥هـ.
- الثنيان، سلمان بن إبراهيم، التأمين وأحكامه، دار العواصم المتحدة، قبرص-بيروت، ط١، ١٩٩٣م.
- الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، تحقيق: إبراهيم البياري، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٩٢م.
- ابن جزري، محمد، القوانين الفقهية، دار القلم، بيروت.
- الجصاص، أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- الجمال، غريب، التأمين في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، ١٩٧٥م.
- جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، كارخانة تجارت كتب.
- الحاكم، محمد بن عبد الله، المستدرک علی الصحیحین، دار الكتب العلمية.

- الحجاوي، أبو النجا شرف الدين موسى، الإقناع، تصحيح وتعليق: عبد اللطيف السبكي، دار المعرفة.
- ابن حزم، علي بن أحمد، المحلى بالآثار، دار الحديث، القاهرة، ط ١، ١٤٠٤هـ.
- الخطاب، محمد بن محمد، مواهب الجليل شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط ٣، ١٩٩٢م.
- حكيم، جمال، عقود التأمين من الناحيتين التأمينية والقانونية، دار المعارف، مصر، ١٩٦٥م.
- حمود، سامي حسن، تطوير الأعمال المصرفية، دار الاتحاد العربي للطباعة، ط ١، ١٩٧٦م.
- حمود، سامي حسن، الأدوات التمويلية الإسلامية للشركات المساهمة، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ط ١، ١٩٩٠م.
- ابن حنبل، أحمد، المسند، دار الفكر.
- الخرشبي، محمد بن عبد الله، حاشية الخرشبي، دار الكتب العلمية، ط ١، ١٩٩٧م.
- الخفيف، علي، أحكام الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية، جامعة الدول العربية، ١٩٧١م.
- الخياط، عبد العزيز عزت، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية، الأردن، ط ١، ١٩٧١م.
- الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، عالم الكتب، بيروت، ط ٤، ١٩٨٦م.
- الدردير، محمد أحمد، الشرح الصغير بحاشية بلغة السالك، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط الأخيرة، ١٩٥٢م.
- دنيا، شوقي أحمد، الجعالة والاستصناع، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، ط ١، ١٩٩٠م.
- الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٨م.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، ١٩٨٢م.
- ابن رشد، محمد بن أحمد، المقدمات الممهدة، مكتبة المثنى، بغداد، ١٩٧٠م.
- الزحيلي، محمد، عقد السلم والاستصناع، المؤتمر الأول للمستجدات الفقهية في معاملات البنوك الإسلامية، الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٤م.

- الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان، دار الفكر، ١٩٨٢م.
- الزرقا، أحمد محمد، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، دمشق، ط٤، ١٩٩٦م.
- الزرقا، مصطفى أحمد، نظام التأمين، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٩٨٤م.
- الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، ط١٠، ١٩٦٨م.
- الزركشي، بدر الدين محمد، خبايا الزوايا، تحقيق: عبد القادر العاني، وزارة الأوقاف والشنون الإسلامية، الكويت، ط١، ١٤٠٢هـ.
- زعير، محمد عبد الحكيم، الاستصناع، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ١٩٤، ١٩٩٧م، ص ٤٤.
- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي.
- الزيلعي، عثمان بن علي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، دار الحديث، مصر.
- الزيلعي، عثمان بن علي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، بولاق، مصر، ط١، ١٣١٤هـ.
- السجستاني، سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، دار الجيل، بيروت، ١٩٨٨م.
- السرخسي، محمد بن سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.
- السمرقندي، محمد بن أحمد، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٥هـ.
- السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٣٩٣هـ.
- شبير، محمد عثمان، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، دار النفائس، عمان الأردن، ط٢، ١٩٩٦م.
- الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج، دار الفكر، بيروت.
- شركة التأمين الإسلامية، التأمين الإسلامي (فكر، تعاون، تكافل).
- الشيرازي، إبراهيم بن علي، المهذب، دار الفكر، بيروت.
- الصدر، محمد باقر، البنك اللاربوي في الإسلام، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، ط٨، ١٩٨٣م.

- ابن عابدين، محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٦٦م.
- العبدري، محمد بن محمد، التاج والإكليل، دار الفكر، بيروت، ط٣، ١٩٩٢م.
- عبده، السيد عبد المطلب، الأسلوب الإسلامي لمزاولة التأمين، دار الكتاب الجامعي، ط١، ١٩٨٨م.
- ابن العربي، محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، تحقيق: محمد البيجاوي، دار الفكر، بيروت.
- العسقلاني، أحمد بن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، دار المعرفة، بيروت.
- العيني، محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط٢، ١٩٩٦م.
- الغزالي، أبو حامد محمد بن أحمد، الوسيط، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، ط١، ١٤١٧هـ.
- ابن قاضي، محمد بن إسرائيل، جامع الفصولين، المطبعة الكبرى، بولاق، مصر، ط١، ١٣٠١هـ.
- ابن قدامه، موفق الدين عبد الله، الكافي، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٣، ١٩٨٢م.
- ابن قدامه، موفق الدين عبد الله، المعني، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ.
- القرافي، أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٧هـ.
- قلعه جي، محمد رواس وحامد صادق قنبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، ط١، ١٩٨٥م.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد، دار الجيل، بيروت، ١٩٧٣م.
- ابن القيم، محمد بن أبي بكر، تهذيب سنن أبي داود (مطبوع مع مختصر سنن أبي داود)، تحقيق: محمد حاد الفقي، دار المعرفة، بيروت.
- الكاساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، ط٢، ١٩٨٢م.
- الكرابيسي، أسعد بن محمد، الفروق، تحقيق: محمد طوموم، وزارة الأوقاف، الكويت، ط١، ١٤٠٢هـ.

- الكوهجي، عبد الله بن الشيخ حسن الحسن، زاد المحتاج بشرح المنهاج، تحقيق: عبد الله إبراهيم، دار إحياء التراث الإسلامي، قطر، ط٢، ١٩٨٧م.
- ابن ماجه، محمد بن يزيد، سن ابن ماجه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، المكتبة العلمية، بيروت.
- المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف، تحقيق: محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، ط١، ١٩٥٦.
- المصري، رفيق، مناقصات العقود الإدارية وتكييفها الشرعي، مجلة الاقتصاد الإسلامي، العدد ١٨٧، لسنة ١٩٩٦م، ص٢٢. والعدد ١٩٩، لسنة ١٩٩٧م، ص٥٨.
- المصري، عبد السميع، التأمين الإسلامي، مطبعة الدعوة الإسلامية، القاهرة، ط١، ١٩٨٠م.
- المطيعي، محمد نجيب، المجموع شرح المهذب، مكتبة الإرشاد، السعودية.
- ابن مفلح، إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٠هـ.
- ابن مفلح، أبو عبد الله، الفروع، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ.
- ملحم، أحمد سالم، التأمين التعاوني وتطبيقاته في شركة التأمين الإسلامية (الأردن)، ط١، ٢٠٠٠م.
- المناوي، محمد عبد الرؤوف، فيض القدير، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ط١، ١٣٥٦هـ.
- ابن المنذر، حمد بن إبراهيم، الإجماع، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، رئاسة المحاكم الشرعية والشؤون الدينية، قطر، ط١، ١٩٩١م.
- ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط١، ١٩٥٥م.
- ابن موسى، خليل بن إسحاق، مختصر خليل، صححه: طاهر أحمد الزاوي، دار إحياء الكتب العربية.
- الميرغناني، علي بن أبي بكر، الهداية شرح البداية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ط الأخيرة.
- أبو النجا، مويى بن أحمد بن سالم، زاد المستنقع، تحقيق: علي الهندي، مكتبة النهضة، مكة المكرمة.
- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٨٥م.

- ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق**، دار المعرفة، بيروت.
- النسائي، أحمد بن شعيب، **السنن الكبرى**، تحقيق: عبد الغفار البنداري وسيد كسروي حسن، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٩٩١م.
- النووي، يحيى بن شرف، **روضة الطالبين**، المكتب الإسلامي، بيروت، ط٢، ١٤٠٥هـ.
- النووي، يحيى بن شرف، **منهاج الطالبين**، دار المعرفة، بيروت.
- النيسابوري، مسلم بن الحجاج، **صحيح مسلم**، تحقيق وترقيم: محمد فؤاد عبد الباقي، دار الحديث، ط١، ١٩٩١م.
- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، **الموسوعة الفقهية**، الكويت، ط٢، ١٩٨٦م.
- ابن يوسف، مرعي، **غاية المنتهى**، تحقيق: محمد زهير الشاويش، مؤسسة دار السلام للطباعة والنشر.

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ ٥ / ٨ / ٢٠٠١ م

التوقيع

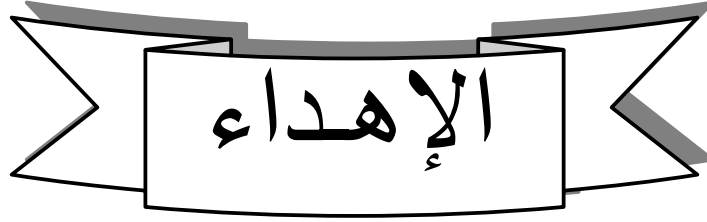
أعضاء لجنة المناقشة

١. الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى " مشرفاً "

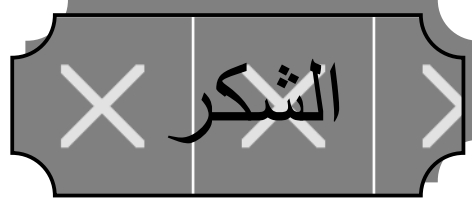
٢. الأستاذ الدكتور محمد عقلة الإبراهيم " عضواً "

٣. الأستاذ الدكتور علي الصوا " عضواً "

٤. الدكتور عبدالله الكيلاني " عضواً "



إلى العلماء العاملين في ميدان الدعوة
إلى المجاهدين الذين يقدمون أرواحهم فداء للإسلام
إلى كل من يعمل لكي يعود الإسلام إلى أرض الواقع
بعدما فسدت الأرض
إلى هؤلاء أقدم ثمرة هذا العمل



الشكر والحمد أولاً لله تعالى على التوفيق والهداية والإنعام والتفضل.
ثم أقدمه إلى مشرفي الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى، على ما
أولاه من عناية، ورعاية، وتوجيهات كان لها الأثر البالغ في خروج هذا
العمل إلى حيز الوجود .
وأقدمه أخيراً إلى الأساتذة الفضلاء الذين تفضلوا بمناقشة هذه
الرسالة، وأسدوا الملاحظات والتوجيهات الكريمة.

المحتويات

الصفحة	الموضوع
	صفحة العنوان
ب	قرار لجنة المناقشة
ج	الإهداء
د	الشكر
هـ	المحتويات
ي	الملخص باللغة العربية.....
١	المقدمة
	الفصل الأول:
	ويشتمل على المباحث التالية:
	المبحث الأول: بيان معنى التصرف والعقد والالتزام و وجوه الاتفاق والاختلاف بينها.
٥	♦ المطلب الأول: تعريف التصرف لغة واصطلاحاً
٦	♦ المطلب الثاني: أنواع التصرف
٦	♦ المطلب الثالث: تعريف العقد لغة واصطلاحاً
٨	♦ المطلب الرابع: تعريف الالتزام لغة واصطلاحاً
٩	♦ المطلب الخامس: العلاقة بين (التصرف) و (العقد) و (الالتزام)
١٠	♦ المطلب السادس: المعنى المقصود ب(التصرفات) في البحث.....
١١	المبحث الثاني: حرية التعاقد في باب المعاملات .
	المبحث الثالث: تعريف التتابع في التصرفات على المحل الواحد في المعاملات وبيان محدداته وشروطه .
١٥	♦ المطلب الأول: بيان معنى التتابع لغة واصطلاحاً

١٥	♦ المطلب الثاني: محل العقد
	♦ المطلب الثالث: تعريف (التتابع في التصرفات على محل الواحد في
١٦	المعاملات وبيان أركانه وشروطه
	الفصل الثاني: أحكام التتابع في باب المعاملات
	ويشتمل على المباحث التالية:
٢٠	المبحث الأول: التتابع في عقد الإيداع
٢٠	♦ المطلب الأول: تعريف الإيداع لغة واصطلاحاً، وبيان مشروعيته
٢١	♦ المطلب الثاني: أحكام التتابع في عقد الإيداع
٢١	الفرع الأول: التتابع المتشابه (إيداع الوديعة)
	الفرع الثاني: التتابع غير المتشابه (بيع الوديعة، أو إيجارها، أو
٢٣	إعارتها، أو رهنها)
٢٤	مسألة: التتابع في الودائع المصرفية النقدية
٢٨	المبحث الثاني: التتابع في عقد الإعارة.
٢٨	♦ المطلب الأول: تعريف الإعارة لغة واصطلاحاً
٢٩	♦ المطلب الثاني: حدود تصرف المستعير بالعارية
٣٠	♦ المطلب الثالث: أحكام التتابع في عقد الإعارة
٣٠	الفرع الأول : أحكام التتابع المتشابه (إعارة العارية)
	الفرع الثاني: أحكام التتابع غير المتشابه (إيداع العارية، أو إيجارها، أو
٣٢	بيعها، أو رهنها)
٣٧	♦ المطلب الرابع: ضمان العارية حال التتابع
٣٧	الفرع الأول: ضمان العارية من حيث الأصل
٣٨	الفرع الثاني: ضمان العارية حال التتابع
٤٢	المبحث الثالث: التتابع في عقد الوكالة

٤٢	♦ المطلب الأول: تعريف الوكالة لغة واصطلاحاً
٤٢	♦ المطلب الثاني: أحكام التتابع في عقد الوكالة
٤٢	الفرع الأول: توكيل الوكيل لغيره
٤٧	الفرع الثاني: عزل الوكيل الثاني وانعزاله
٤٨	الفرع الثالث: الضمان حال تتابع التوكيل
٤٩	المبحث الرابع: التتابع في عقد الرهن
٤٩	♦ المطلب الأول: تعريف الرهن لغة واصطلاحاً
٤٩	♦ المطلب الثاني: أحكام التتابع في عقد الرهن
٥٠	الفرع الأول : أحكام التتابع المتشابه
٥٣	الفرع الثاني: أحكام التتابع غير المتشابه
٥٩	الفرع الثالث: مسائل في ضمان الرهن حال التتابع
٦٢	المبحث الخامس: التتابع في عقد الإجارة
٦٢	المطلب الأول: تعريف الإجارة لغة واصطلاحاً
٦٢	المطلب الثاني: أنواع الإجارة
٦٢	المطلب الثالث: أحكام التتابع في عقد الإجارة
٦٢	الفرع الأول: التتابع المتشابه في عقد الإجارة على الأعيان
٦٨	الفرع الثاني: التتابع المتشابه في عقد الإجارة على الأعمال
٧١	المبحث السادس: التتابع في عقدي المزارعة والمساقاة.
٧١	♦ المطلب الأول: تعريف المزارعة والمساقاة، وبيان مشروعيتهما
٧٥	♦ المطلب الثاني: أحكام التتابع في عقدي المزارعة والمساقاة:
٧٥	الفرع الأول: معاملة المزارع أو المساقى غيره
٧٨	الفرع الثاني: الضمان حال التتابع في عقدي المزارعة والمساقاة
	المبحث السابع: التتابع في عقد السلم:

٧٩	♦ المطلب الأول: تعريف السلم لغة واصطلاحاً، وبيان مشروعيته
٨٠	♦ المطلب الثاني: أحكام التتابع في عقد السلم:
٨٠	أولاً: بيع المسلم فيه.....
٨٢	ثانياً: حوالة المسلم فيه، والرهن به، والكفالة به.....
٨٤	- تطبيقات التتابع في عقد السلم في المصارف الإسلامية.....
المبحث الثامن: التتابع في عقد الاستصناع.	
٨٥	♦ المطلب الأول: تعريف الاستصناع لغة واصطلاحاً
٨٥	♦ المطلب الثاني: مشروعية عقد الاستصناع
٨٦	♦ المطلب الثالث: محل عقد الاستصناع
٨٧	♦ المطلب الرابع: أحكام التتابع في عقد الاستصناع
٨٩	♦ المطلب الخامس: صفة عقد الاستصناع
	♦ المطلب السادس: حكم اشتراط الصانع البائع عدم مسؤوليته عن عيوب المبيع
٩١
المبحث التاسع: التتابع في عقد التأمين.	
٩٥	♦ المطلب الأول: تعريف التأمين لغة واصطلاحاً
٩٥	♦ المطلب الثاني: أهداف نظام التأمين وأقسامه
٩٨	♦ المطلب الثالث: أحكام التتابع في عقد التأمين (إعادة التأمين)
المبحث العاشر: التتابع في عقد التوريد.	
١٠٢	♦ المطلب الأول: تعريف التوريد لغة واصطلاحاً
١٠٣	♦ المطلب الثاني: الحكم الشرعي لعقد التوريد
	♦ المطلب الثالث: حكم التتابع في عقد التوريد، وإمكانية الاستفادة منه في المصارف الإسلامية
١٠٤
المبحث الحادي عشر: التتابع في عقد الشركة	

١٠٥	♦ المطلب الأول: معنى الشركة لغة واصطلاحاً، وبيان أنواعها
١٠٧	♦ المطلب الثاني: أحكام التتابع في شركات العقود
١٠٧	الفرع الأول: التتابع في شركة العنان.
١١١	الفرع الثاني: التتابع في شركة المفاوضة.
١١٢	الفرع الثالث: التتابع في شركة الأبدان.....
١١٣	الفرع الرابع: التتابع في شركة الوجوه.....
١١٤	الفرع الخامس: التتابع في شركة المضاربة.....
١٢٧	-المضاربة المشتركة وأحكام التتابع فيها.....
	الفصل الثالث: الضوابط المتعلقة بأحكام التتابع
	ويشتمل على مبحثين:
	المبحث الأول: الضوابط المتعلقة بإجازة التصرف التالي أو منعه
١٣٦	♦ المطلب الأول: ضابط طبيعة العقود وتكييفها الفقهي
١٣٩	♦ المطلب الثاني: ضابط العرف
	المبحث الثاني: الضوابط المتعلقة بالضمان حال التتابع
١٤٢	♦ المطلب الأول:تعريف الضمان لغة وشرعاً، وبيان مشروعيته
١٤٣	♦ المطلب الثاني: أسباب التضمين الشرعية
١٤٤	♦ المطلب الثالث: ضابط الضمان حال التتابع في عقود الأمانة
١٤٥	♦ المطلب الرابع: ضابط الضمان حال التتابع في عقود الضمان
١٤٧	النتائج والتوصيات
١٤٨	قائمة المراجع
١٥٤	الملخص باللغة الإنجليزية

ملخص

أحكام تتابع التصرفات على المحل الواحد في المعاملات

-دراسة فقهية مقارنة-

إعداد

عماد عيسى جمعة "الزرو التميمي"

إشراف

أ. د. محمد حسن أبو يحيى

يعالج الموضوع حالة من حالات التعاقد المالي في باب المعاملات في الفقه الإسلامي. وتتمثل هذه الحالة، بقيام أحد المتعاقدين بإنشاء عقد جديد على ذات المحل المعقود عليه أصلاً. وقد يكون التصرف العقدي التالي مشابهاً في مضمونه وشكله للتصرف العقدي الأول، وقد يخالفه. وقد عالجت الدراسة عدداً من العقود المالية، التي يحتمل شكلها ومضمونها قيام التتابع فيها. وقد أوضحت الدراسة اختلاف الفقهاء في إصدارهم الأحكام على تلك الحالات سواء بالإجازة أو بالمنع، مع ترجيح ما يراه الباحث صواباً. وقد عالجت كذلك المسائل المتعلقة بالضمان حال التتابع في العقود المبحوثة. وتوصلت الدراسة إلى ضوابط تتعلق بإجازة التصرفات التالية أو منعها، وأخرى تتعلق بالضمان. وفتحت الدراسة أفقاً جديدة للعاملين والباحثين في مجال الاقتصاد الإسلامي والمؤسسات المالية والمصرفية التي تعمل وفق الشريعة الإسلامية.

ABSTRACT

Judgments of succession disposals on the same contract

Comparative fikhi study

Prepared

Imad.I.J.Tamimi

Supervisor

D. Mohammed.h.AboYahya

The search deals with a specific case in the financial contracts in the islamic Fikh.

We can define this case: that is one of the contractors makes another new contract on the original one.

The second contract can be similar in the form and meaning to the Original one, and can be different.

The search dealt with a number of financial contracts that succession is possible to happen.

The search has shown the differences between scientists in their judgments on the cases that the search deals with.

The search also dealt with responsibility issues, which happen when succession takes place.

The search reached to some criterions which refers to Fikhi judgments on every specific case or judgments which refers to responsibility.

The search opened new horizons to scholars in the field of islamic frugality and to those who work in the islamic foundations.