

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: ٢٥ / ٨ / ٢٠٠٥ م

(الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة)

أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

الاسم

الأستاذ الدكتور عبد المجيد محمود الصلاحيين / مشرفاً  
أستاذ/ الفقه المقارن

الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى / عضواً  
أستاذ/ الفقه المقارن

الدكتور كمال توفيق حطاب / عضواً  
أستاذ مشارك/ اقتصاد إسلامي

الدكتور محمد عبد الرحيم سلطان

أستاذ مشارك/ الفقه المقارن (جامعة الإمارات العربية المتحدة)

# الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة

إعداد

أحمد حافظ موسى موسى

المشرف

الأستاذ الدكتور عبد المجيد محمود الصالحين

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الدكتوراه في

الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا

الجامعة الأردنية

كانون أول - ٢٠٠٥ هـ

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: ٢٥ / ٨ / ٢٠٠٥ م

(الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة)

### أعضاء لجنة المناقشة

التوقيع

الاسم

الأستاذ الدكتور عبد المجيد محمود الصلاحيين / مشرفاً  
أستاذ/ الفقه المقارن

الأستاذ الدكتور محمد حسن أبو يحيى / عضواً  
أستاذ/ الفقه المقارن

الدكتور كمال توفيق حطاب / عضواً  
أستاذ مشارك/ اقتصاد إسلامي

الدكتور محمد عبد الرحيم سلطان  
أستاذ مشارك/ الفقه المقارن (جامعة الإمارات العربية المتحدة)

الإهداء

إلى والدي الذين يعجز اللسان عن شكرهم والطاعة عن برهم  
إلى القابضين على الجمر القائمين على الحق في كل زمان ومكان

## الشكر والتقدير

بعد شكر الله تعالى الذي من علي بإتمام هذه الرسالة، و عرفاناً بالجميل واعترافاً بالفضل فإنني أتقدم بالشكر الجزيل لأساتذتي الأفاضل في كلية الشريعة في الجامعة الأردنية. وأخص بالشكر والتقدير شيخي وأستاذي الدكتور عبد المجيد محمود الصلاحين عميد الكلية الذي غمرني برعايته، وتفضل مشكوراً جزاه الله خيراً بالإشراف على هذه الرسالة، فبذل لي من جهده ووقته، وفتح لي عقله وقلبه ومكتبه أزوره فيه مستمعاً إلي توجيهاته الكريمة ونصائحه الغالية المفيدة منتفعاً بعلمه الغزير وخبرته الواسعة، حتى خرجت هذه الرسالة بهذه الصورة. كما أتقدم بالشكر والعرفان للأساتذة الأفاضل على تكريمهم بقبول مناقشة هذه الرسالة.

## فهرست المحتويات

ج	الإهداء	١
د	الشكر والتقدير	١
هـ	الفهرس	١
ي	الملخص	١
١	المقدمة	١
٩	المبحث الأول: تعريف الضمان والعقد	٩
٩	المطلب الأول: تعريف الضمان والألفاظ ذات الصلة	٩
١٢	الألفاظ ذات الصلة	١٢
١٥	المطلب الثاني: تعريف العقد والألفاظ ذات الصلة	١٥
٢١	المبحث الثاني: أسباب الضمان	٢١
٢١	تمهيد	٢١
٢٣	المطلب الأول: ضمان العقد	٢٣
٢٨	المطلب الثاني: ضمان الإتلاف	٢٨
٣١	المطلب الثالث: ضمان اليد	٣١
٣١	أولاً: يد الأمانة	٣١
٣١	حكم يد الأمانة	٣١
٣٨	ثانياً: يد الضمان	٣٨
٣٩	حكم يد الضمان	٣٩
٤٠	ثالثاً: وقت تملك المضمون	٤٠
٤٢	الفصل الأول: ضمان الوديعة	٤٢
٤٤	المبحث الأول: تعريف الوديعة وبيان يد المودع عنده	٤٤
٤٤	المطلب الأول: الوديعة لغة واصطلاحاً	٤٤
٤٦	المطلب الثاني: بيان يد المودع عنده	٤٦
٤٧	المسألة الأولى: أثر أخذ الأجرة في مقابلة الحفظ على يد المودع عنده:	٤٧
٤٨	المسألة الثانية: إخبار الأمين عن التلف.	٤٨
٤٩	المسألة الثالثة: إيداع الصبي واستيداعه	٤٩
٥٣	المبحث الثاني: الضمان عند استعمال الوديعة	٥٣
٥٣	المطلب الأول: أخذ الوديعة للاستعمال ثم ردها دون استعمال	٥٣
٥٥	المطلب الثاني: الاستعمال الموجب للضمان	٥٥
٥٧	المطلب الثالث: أثر الاستعمال الممنوع على يد الوديع	٥٧
٦٠	المطلب الرابع: تسلف الوديعة والاتجار بها	٦٠
٦٥	المطلب الخامس: أثر نية استعمال الوديعة على يد الوديع	٦٥
٦٦	المطلب السادس: أثر الإذن في الاستعمال على يد الوديع	٦٦
٦٨	المبحث الثالث: الضمان عند دفع الوديعة للغير	٦٨
٦٨	المطلب الأول: الدفع الذي يستوجب الضمان	٦٨
٦٨	المسألة الأولى: دفع الوديعة إلى العيال	٦٨
٦٩	المسألة الثانية: دفع الوديعة إلى أجنبي	٦٩
٧٠	المطلب الثاني: الشخص الذي يستقر عليه الضمان	٧٠
٧٢	المطلب الثالث: الضمان عند دفع الوديعة للغير إكراهاً	٧٢
٧٥	المبحث الرابع: الضمان عند السفر بالوديعة وخطؤها بغيرها	٧٥

المطلب الأول: الضمان عند السفر بالوديعة .....	٧٥
المطلب الثاني: الضمان عند خلط الوديعة بغيرها .....	٧٨
المسألة الأولى: الضمان عند خلط مال المودع بغيره .....	٧٨
<b>المبحث الخامس: الضمان عند تضييع الوديعة ومخالفة شرط المودع .....</b>	<b>٨٣</b>
المطلب الأول: الضمان عند تضييع الوديعة .....	٨٣
المسألة الأولى: نسيان الوديعة في موضع إيداعها مما يؤدي إلى تضييعها .....	٨٣
المسألة الثانية: ضمان ما يحتاج رعاية عند الإذن بعدم رعايته: .....	٨٣
المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة شرط المودع .....	٨٥
المسألة الأولى: تتعلق بتغيير مكان الحفظ في حالة تعيينه من قبل المودع .....	٨٥
المسألة الثانية: مخالفة شرط المودع في حالة نهيته عن إخراج الوديعة من مكانها الذي عينه. ....	٨٧
<b>الفصل الثاني: الضمان في الوكالة .....</b>	<b>٩١</b>
<b>المبحث الأول: تعريف الوكالة وبيان يد الوكيل .....</b>	<b>٩١</b>
المطلب الأول: تعريف الوكالة .....	٩١
المطلب الثاني: بيان يد الوكيل .....	٩٣
المسألة الأولى: يد الوكيل .....	٩٣
المسألة الثانية: أثر التعدي على الموكل فيه بالاستعمال لمصلحة الوكيل الخاصة على يد الوكيل. ....	٩٤
<b>المبحث الثاني: الضمان عند مجاوزة الوكيل حدود وكالته .....</b>	<b>٩٧</b>
المطلب الأول: الضمان عند توكيل الغير .....	٩٧
المسألة الأولى: التوكيل عند الإطلاق .....	٩٧
المسألة الثانية: تغيير حال الوكيل الثاني .....	١٠٠
المسألة الثالثة: التوكيل عند التفويض .....	١٠٠
المسألة الرابعة: محل التوكيل في حالة العجز عن العمل لكثيرته .....	١٠١
المطلب الثاني: الضمان عند قبض الوكيل الحق .....	١٠٣
المطلب الثالث: الضمان عند البيع نسيئة .....	١٠٦
المطلب الرابع: الضمان عند بيع الوكيل لنفسه أو ولده .....	١٠٨
المسألة الأولى: بيع الوكيل لنفسه. ....	١٠٨
المسألة الثانية: بيع الوكيل لولده .....	١٠٩
المطلب الخامس: الضمان عند شراء المبيع المعيب .....	١١١
المطلب السادس: النحاة عند البيع والشراء بغبن فاحش .....	١١٣
المسألة الأولى: البيع بالغبن الفاحش. ....	١١٣
المسألة الثانية: الشراء بغبن فاحش. ....	١١٦
<b>المبحث الثالث: الضمان عند مخالفة أمر الموكل .....</b>	<b>١١٩</b>
المطلب الأول: الضمان عند البيع بأنقص من الثمن المقدر .....	١١٩
المطلب الثاني: الضمان عند الشراء بسعر أعلى من السعر المحدد .....	١٢١
المطلب الثالث: الضمان عند مخالفة الوكيل لأمر موكله في صفة البيع .....	١٢٣
المسألة الأولى: البيع نقداً عند الأمر بالبيع نسيئة: .....	١٢٣
المسألة الثانية: البيع نقداً عند النهي عنه: .....	١٢٤
المسألة الثالثة: البيع نسيئة عند الأمر بالبيع نقداً: .....	١٢٥
المطلب الرابع: الضمان عند المخالفة في صفة الشراء .....	١٢٦
المطلب الخامس: مخالفة المكان والشخص والزمان في الوكالة .....	١٢٧

- المسألة الأولى: مخالفة الوكيل للمكان المقيد به ..... ١٢٧
- المسألة الثانية: مخالفة الوكيل للشخص المقيد به ..... ١٢٨
- المسألة الثالثة: مخالفة الوكيل الزمان المقيد به ..... ١٢٨
- المبحث الرابع: الضمان عند عزل الوكيل ..... ١٣١**
- المطلب الأول: ضمان التصرف عند عزل الموكل للوكيل ..... ١٣١
- المطلب الثاني: ضمان التصرف عند عزل الوكيل بموت موكله ..... ١٣٣
- الفصل الثالث: عقد الشركة والمضاربة ..... ١٣٨**
- المبحث الأول: تعريف الشركة وبيان يد الشريك والمضارب ..... ١٣٨**
- المطلب الأول: تعريف الشركة والمضاربة لغة واصطلاحاً ..... ١٣٨
- المطلب الثاني: يد الشريك والمضارب ..... ١٤٣
- أولاً: يد الشريك ..... ١٤٣
- ثانياً: يد المضارب: ..... ١٤٣
- المبحث الثاني: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب بمطلق العقد ..... ١٤٧**
- المطلب الأول: الضمان عند البيع نسيئة وشراء المعيب ..... ١٤٨
- المسألة الأولى: البيع نسيئة ..... ١٤٨
- المسألة الثانية: شراء المعيب ..... ١٥٠
- المطلب الثاني: إيداع مال الشركة والمضاربة ..... ١٥١
- المطلب الثالث: الضمان عند إيداع مال الشركة والمضاربة ..... ١٥٣
- المطلب الرابع: الضمان عند استئجار من يقوم بالبيع والشراء ..... ١٥٥
- المطلب الخامس: الضمان عند السفر بمال المضاربة والشركة ..... ١٥٧
- المطلب السادس: الضمان عند أخذ المضارب النفقة من مال المضاربة ..... ١٦٠
- المبحث الثالث: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب عند التفويض ..... ١٦٢
- المبحث الثالث: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب عند التفويض ..... ١٦٣**
- تمهيد: ..... ١٦٣
- المطلب الأول: الضمان عند خلط مال المضاربة والشركة ..... ١٦٤
- المطلب الثاني: الضمان عند دفع مال الشركة أو المضاربة في شركة أخرى ..... ١٦٦
- المطلب الثالث: الضمان عند دفع مال الشركة والمضاربة لمن يعمل فيه مضاربة ..... ١٦٨
- الفرع الأول: الضمان عند دفع مال الشركة لمن يعمل فيه مضاربة ..... ١٦٨
- الفرع الثاني: الضمان عند دفع مال المضاربة لمن يعمل فيه مضاربة: ..... ١٧٠
- المسألة الأولى: دفع مال المضاربة لمضارب ثان ..... ١٧٠
- المسألة الثانية: وقت وقوع الضمان ..... ١٧١
- المسألة الثالثة: الشخص الذي يقع عليه الضمان ..... ١٧٢
- المبحث الرابع: ضمان التصرفات التي تحتاج لإذن خاص ومخالفة شرط الشريك أو المضارب ..... ١٧٦**
- المطلب الأول: ضمان التصرفات التي تحتاج إلى إذن خاص ..... ١٧٦
- المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة شرط الشريك أو المضارب ..... ١٧٨
- المسألة الأولى: اشتراط سلعة معينة للعمل فيها ..... ١٧٨
- المسألة الثانية: التقييد بالمكان ..... ١٧٩
- المسألة الثالثة: تقييد التعامل بجهة معينة ..... ١٨٠
- المبحث الخامس: ضمان التصرف عند انتهاء الشركة والمضاربة ..... ١٨٤**
- تمهيد: ..... ١٨٤

المطلب الأول: فسخ الشركة والمضاربة وأثره على ضمان تصرف الشريك والمضارب	١٨٥
المطلب الثاني: موت المضارب ورب المال وأثره على ضمان التصرف	١٨٨
بمال المضارب	١٩١
<b>الفصل الرابع: الإجارة</b>	١٩٤
<b>المبحث الأول: ضمان العين المستأجرة</b>	١٩٤
المطلب الأول: يد المستأجر على العين المُستأجر	١٩٤
المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة العرف في استيفاء المنفعة	١٩٦
المطلب الثالث: الضمان عند استعمال العين المؤجرة في مثل المستأجر له في الضرر	١٩٧
المطلب الرابع: الضمان عند إجارة المستأجر للعين المستأجرة	١٩٩
المسألة الأولى: إجارة العين عند إطلاق العقد	١٩٩
المسألة الثانية: إجارة المستأجر للعين التي استأجرها عند اشتراط الانتفاع من المستأجر	٢٠١
بنفسه:	٢٠٣
المسألة الثالثة: استقرار الضمان عند إجارة العين للغير	٢٠٦
المطلب الخامس: مقدار الأجرة المضمونة عند المخالفة	٢١٠
المطلب السادس: مقدار الضمان عند مخالفة المنفعة المتفق عليها	٢١٣
المطلب السابع: الضمان عند عدم رد العين المستأجرة لصاحبها	٢١٦
<b>المبحث الثاني: ضمان الأجير</b>	٢١٦
المطلب الأول: تعريف الأجير	٢١٨
المطلب الثاني: يد الأجير الخاص	٢٢١
المطلب الثالث: الضمان عند إنباء الأجير الخاص غيره في العمل	٢٢٢
المطلب الرابع: ضمان تصرف العامل عند الأجير المشترك	٢٢٤
<b>الفصل الخامس: ضمان الوصي وعامل المساقاة والمزارعة</b>	٢٢٤
<b>المبحث الأول: ضمان الوصي</b>	٢٢٤
المطلب الأول: حكم يد الوصي	٢٢٦
المطلب الثاني: ضمان ما يأخذه الوصي من مال الموصى عليه	٢٣٠
المطلب الثالث: ضمان المال عند دفعه للغير للتجارة	٢٣٢
المطلب الرابع: ضمان الوصي عند معاملته الموصى عليه	٢٣٤
المطلب الخامس: الضمان عند إقراض مال الموصى عليه	٢٣٦
المطلب السادس: الضمان عند توكيل الغير	٢٣٧
المطلب السابع: الضمان عند مخالفة المصلحة	٢٣٩
المبحث الثاني: ضمان عامل المساقاة والمزارعة	٢٣٩
المطلب الأول: حكم يد العامل في المساقاة والمزارعة	٢٤١
المطلب الثاني: ضمان عامل المساقاة عند دفعه الأرض مساقاة	٢٤٣
المطلب الثالث: الضمان عند دفع عامل المزارعة الأرض مزارعة	٢٤٤
المبحث الأول: الودائع المصرفية	٢٤٦
<b>الفصل السادس: التطبيقات المعاصرة</b>	٢٤٦
<b>المبحث الأول: الودائع المصرفية</b>	٢٤٦
المطلب الأول: الودائع الجارية	٢٥٢
المطلب الثاني: الودائع المصرفية لأجل وباخطار سابق في المصارف غير الإسلامية	٢٥٥
المطلب الثالث: الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية	

٢٥٩	المطلب الرابع: الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين
٢٦١	المطلب الخامس: ودائع الخزائن الحديدية
٢٦٤	المبحث الثاني: سندات المقارضة
٢٦٤	المطلب الأول: حقيقة سندات المقارضة
٢٦٦	المطلب الثاني: التكيف الفقهي لسندات المقارضة
٢٧٠	المطلب الثالث: الصورة الشرعية لسندات المقارضة
٢٧٢	المطلب الرابع: الضمان في سندات المقارضة
٢٧٧	المبحث الثالث: شركة التوصية البسيطة
٢٧٧	المطلب الأول: حقيقة شركة التوصية البسيطة
٢٨٠	المطلب الثاني: التكيف الفقهي لشركة التوصية البسيطة
٢٨٨	الخاتمة
٢٩٠	الملاحق
٢٩٠	الفهارس العامة
٢٩٠	فهارس الآيات
٢٩٠	فهارس الأحاديث
٢٩١	الآيات
٢٩٢	الحديث
٢٩٣	المصادر والمراجع
٣٠٦	الملخص بالإنجليزية

## الضمان في عقود الأمانات في الفقه الإسلامي وتطبيقاته المعاصرة

إعداد

أحمد حافظ موسى موسى

المشرف

الدكتور عبد المجيد محمود الصلاحيين

الملخص

تناولت هذه الدراسة موضوع الضمان في عقود الأمانات؛ لحاجة الناس لمعرفة احكامه لكثرة تعاملهم بها، واشتملت خطة الدراسة على مقدمة وتمهيد وستة فصول وخاتمة وذلك على النحو التالي:

وضعت مقدمة ذكرت فيها أهمية الموضوع وسبب اختياره، والدراسات السابقة، والمنهج الذي سلكته في طرح الموضوع، وخطة الدراسة، وجاء التمهيد ليتحدث عن تعريف الضمان والعقد وأسباب الضمان، وتحدثت في الفصل الأول عن الوديعة حيث ذكرت فيه حكم يد المودع عنده، وتكلمت فيه عن التصرفات التي تستوجب الضمان، كاستعمال الوديعة ودفعها للغير والسفر بها وخلطها مع غيرها، ثم ذكرت صوراً لتضييع الوديعة، وتكلمت عن مخالفة شرط المودع.

وعقدت الفصل الثاني للتحدث عن الوكالة فبينت حكم يد الوكيل، وتحدثت عن حالات مجاوزة الوكيل وكالته، وحالات مخالفة الوكيل لأمر موكله، ثم تحدثت عن عزل الوكيل وأثره على تصرف الوكيل.

وتحدثت في الفصل الثالث عن الشركة والمضاربة فبينت يد الشريك والمضارب، وتحدثت عن التصرفات التي تُملك بمطلق العقد، والتصرفات التي تملك بالتفويض وكذلك التصرفات التي لا تُملك إلا بالإذن الخاص، وتحدثت عن مخالفة شرط المضارب أو رب المال.

وجاء الفصل الرابع ليتحدث عن ضمان الأعيان المؤجرة وضمان الأجير الخاص، وتكلمت في الفصل الخامس عن بعض التطبيقات المعاصرة وهي الودائع المصرفية وسندات المقارضة.

وجاء الفصل السادس ليتحدث عن ضمان الوصي وعامل المساقاة والمزارعة فتحدثت عن تصرفات الوصي التي تستوجب الضمان مثل توكيل الغير وإقراض مال الموصى عليه، ومخالفة المصلحة، وتحدثت عن ضمان عامل المساقاة والمزارعة عند دفع الأرض لعامل آخر.

وفي الخاتمة ذكرت أهم ما توصلت إليه من نتائج والتي منها:

١. تظل يد الأمين يد أمانة ولو كان العقد فاسداً.

٢. اشتراط الضمان في عقود الأمانات يعتبر شرطاً باطلاً، ولا يعمل به.
٣. مخالفة العرف عند إطلاق العقد تستوجب الضمان في عقود الأمانات.

## المقدمة

أولاً : أهمية الموضوع وسبب اختياره .

لقد جاءت الشريعة الإسلامية منظمة لأمر الناس في جميع شؤون حياتهم وجميع مجالاتها، والتي من أهمها أمور المعاملات فلقد اعتنت الشريعة بتبيان أحكامها وتوضيحها على الوجه الذي يكفل للناس سعادة الدنيا والآخرة.

ولما كان الشارع قد تكفل بحفظ هذا الدين، قام العدول في كل زمان بالبحث في مسائل هذا الدين وتفصيلاته، فلم يتركوا شاردة ولا واردة من مسائل الفقه إلا وأوسعوها بحثاً وتشريحاً، ومن هذه المسائل الأحكام المتعلقة بعقود الأمانات.

ولما كانت هذه العقود لا يستغني عنها الناس في حياتهم لمزيد أحتياجهم إليها فما من أحد إلا وقد تعامل أو يتعامل بهذه العقود لذلك جاء هذا البحث ليتكلم عن أهم الأحكام المتعلقة بعقود الأمانات وهي أحكام الضمان المتعلقة بها.

ومما حفزني للكتابة في هذا الموضوع أن الأحكام المتعلقة بعقود الأمانات تشكل أصلاً فقهيًا لكثير من المعاملات المعاصرة والتي لا بد للباحث فيها أن يرجع لما ذكره الفقهاء قديماً في كتبهم، إذ العالم لا يكون عالماً بالحاضر حتى يعلم ما في الماضي من أقوال الفقهاء والعلماء.

ثانياً : الدراسات السابقة :

**الزحيلي، وهبة، نظرية الضمان،** تحدث عن عقود الأمانات في خمس عشرة صفحة ، حيث كان يكتفي ببيان يد المتعاقد فيها ، ثم يذكر صوراً للتعدي والتقصير ، من صفحة ١٥٥\_١٧٠ .  
وتحدث أيضاً في خمس صفحات عن استقرار الضمان في حالة وديع الوديع، ومضارب المضارب ، ووكيل الوكيل ، من صفحة ١٤٠\_١٤٥ .

**فيض الله، محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي.**

تحدث عن عقود الأمانات في أربعة عشرة صفحة ، حيث ذكر عند كل عقد بعض صور التعدي بعد أن بين يد المتعاقد في كل من عقود الأمانات. من صفحة ٤٩\_٦٣ .

**الخفيف، علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي.**

تحدث عن يد الأمانة في سبع صفحات ، وبين أن هذه اليد تتحول إلى يد ضمان عند خروج المتعاقد عن حدود ولايته في المتعاقد عليه ، وتحدث عن عودة اليد إلى يد الأمانة من صفحة ١٧٣\_١٨٠ .

ويبدو من خلال هذا العرض لما جاء في الدراسات السابقة ، أنها تناولت بعض المفردات من موضوع الرسالة ، وأغفلت معظم المفردات التي تتعلق بموضوع الرسالة والتي جاءت

الرسالة لتفصيل الكلام فيها وفي المفردات التي جاءت في الدراسات السابقة تفصيلاً يمتاز بالسعة والشمول .

### منهجية البحث :

تقوم منهجية البحث على التالي:

١. المنهج الإستقرائي، وذلك باستقراء وتتبع أحكام الضمان في عقود الأمانات.
٢. المنهج الوصفي، وذلك بنقل أقوال الفقهاء من المصادر الفقهية ، ونسبتها إلى أصحابها.
٣. المنهج التحليلي ، وذلك بتفسير آراء الفقهاء ، ومقارنتها ببعضها ومناقشتها ، وذلك من خلال:

١. الرجوع إلى المصادر الأصلية والمعتمدة في المذاهب.
٢. توثيق المعلومات المقتبسة.
٣. مناقشة آراء الفقهاء ، وبيان الراجح منها.
٤. عزو الآيات القرآنية بذكر اسم السورة ، ورقم الآية.
٥. تخريج الأحاديث الشريفة من مصادرها ، والحكم عليها.

### رابعاً : خطة الرسالة :

اشتملت هذه الرسالة على مقدمة، وستة فصول، وخاتمة.

#### التمهيد

المبحث الأول: تعريف الضمان والعقد.

المطلب الأول: تعريف الضمان والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الثاني: تعريف العقد والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني: أسباب الضمان.

المطلب الأول: ضمان العقد.

المطلب الثاني: ضمان الإلتلاف.

المطلب الثالث: ضمان اليد.

#### الفصل الأول: الوديعة

المبحث الأول: تعريف الوديعة وبيان يد المودع.

المطلب الأول: الوديعة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: بيان يد المودع عنده.

- المبحث الثاني: استعمال الوديعة.
- المطلب الأول: أخذ الوديعة للإستعمال ثم ردها دون استعمال.
- المطلب الثاني: الإستعمال الموجب للضمان.
- المطلب الثالث: أثر الإستعمال الممنوع على يد الوديع.
- المطلب الرابع: تسلف الوديعة والإتجار بها.
- المطلب الخامس: أثر نية إستعمال الوديعة على يد الوديع.
- المطلب السادس: أثر الإذن في الاستعمال على يد الوديع.
- المبحث الثالث: دفع الوديعة للغير.
- المطلب الأول: الدفع الذي يستوجب الضمان.
- المطلب الثاني: الشخص الذي يستقر عليه الضمان.
- المطلب الثالث: دفع الوديعة للغير إكراهاً.
- المبحث الرابع: السفر بالوديعة وخلطه بغيرها.
- المطلب الأول: السفر بالوديعة.
- المطلب الثاني: خلط الوديعة بغيرها.
- المبحث الخامس: تضييع الوديعة ومخالفة شرط المودع.
- المطلب الأول: تضييع الوديعة.
- المطلب الثاني: مخالفة شرط المودع. الفصل الثالث: الوكالة
- المبحث الأول: تعريف الوكالة وبيان يد الوكيل.
- المطلب الأول: تعريف الوكالة لغة واصطلاحاً.
- المطلب الثاني: بيان يد الوكيل.
- المبحث الثاني: مجاوزة الوكيل حدود وكالته.
- المطلب الأول: توكيل الغير.
- المطلب الثاني: قبض الوكيل الحق.
- المطلب الثالث: البيع نسبيةً.
- المطلب الرابع: بيع الوكيل لنفسه أو ولده.
- المطلب الخامس: شراء المعيب.
- المطلب السادس: البيع والشراء بغبن فاحش.
- المبحث الثالث: مخالفة أمر الموكل.

- المطلب الأول: البيع بأنقص من الثمن المقدر.
- المطلب الثاني: الشراء بسعر أعلى من السعر المحدد.
- المطلب الثالث: مخالفة الوكيل لأمر موكله في صفة البيع.
- المطلب الرابع: المخالفة في صفة الشراء.
- المطلب الخامس: مخالفة المكان والشخص والزمان في الوكالة.
- المطلب السادس: مخالفة أمر الموكل في قدر الموكل فيه.
- المبحث الرابع: عزل الوكيل.
- المطلب الأول: عزل الموكل.
- المطلب الثاني: العزل بالموت.
- الفصل الثالث: عقد الشركة والمضاربة
- المبحث الأول: تعريف الشركة والمضاربة وبيان يد الشريك والمضارب.
- المطلب الأول: تعريف الشركة والمضاربة.
- المطلب الثاني: يد الشريك والمضارب.
- المبحث الثاني: التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب بمطلق العقد.
- المطلب الأول: البيع نسيئة وشراء المعيب.
- المطلب الثاني: إيداع مال الشركة والمضاربة.
- المطلب الثالث: ابضاع مال الشركة والمضاربة.
- المطلب الرابع: استئجار من يقوم بالبيع والشراء.
- المطلب الخامس: السفر بمال المضاربة والشركة.
- المطلب السادس: أخذ المضارب النفقة من مال المضاربة.
- المبحث الثالث: التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب عند التفويض.
- المطلب الأول: خلط مال المضاربة والشركة.
- المطلب الثاني: دفع مال الشركة أو المضاربة في شركة أخرى.
- المطلب الثالث: دفع مال الشركة لمن يعمل فيه مضاربة.
- المطلب الرابع: دفع مال المضاربة في مضاربة أخرى.
- المبحث الرابع: التصرفات التي تحتاج لإذن خاص ومخالفة شرط الشريك أو المضارب
- المطلب الأول: التصرفات التي تحتاج إلى إذن خاص.
- المطلب الثاني: مخالفة شرط الشريك أو رب المال.

المبحث الخامس: إنتهاء الشركة والمضاربة.

المطلب الأول: فسخ الشركة والمضاربة وأثره على تصرف الشريك والمضارب.

المطلب الثاني: موت المضارب ورب المال وأثره على التصرف بمال المضاربة.

الفصل الرابع: الإجارة

المبحث الأول: ضمان العين المستأجرة

المطلب الأول: يد المستأجر على العين المستأجرة.

المطلب الثاني: الالتزام بالعرف في استيفاء المنفعة.

المطلب الثالث: استعمال العين المؤجرة في مثل المستأجر له في الضرر.

المطلب الرابع: إجارة المستأجر للعين المستأجرة.

المطلب الخامس: مقدار الأجرة المدفوعة عند المخالفة.

المطلب السادس: مقدار الضمان عند مخالفة المنفعة المنفق عليها.

المطلب السابع: رد العين المستأجرة لصاحبها.

المبحث الثاني: ضمان الأجير

المطلب الأول: تعريف الأجير.

المطلب الثاني: يد الأجير الخاص.

المطلب الثالث: إنابة الأجير الخاص غيره في العمل.

المطلب الرابع: العامل عند الأجير المشترك.

الفصل الخامس: ضمان الوصية وعامل المساقاة والمزارعة.

المبحث الأول: ضمان الوصية.

المطلب الأول: حكم يد الوصي.

المطلب الثاني: ضمان ما يأخذه الوصي مقابل عمله.

المطلب الثالث: ضمان المال عند دفعه للغير للتجارة.

المطلب الرابع: ضمان الوصي عند معاملة الموصى عليه.

المطلب الخامس: الضمان عند إقراض مال الموصى عليه.

المطلب السادس: الضمان عند توكيل الغير.

المطلب السابع: الضمان عند مخالفة المصلحة.

المبحث الثاني: ضمان عامل المساقاة والمزارعة.

المطلب الأول: حكم يد العامل في المساقاة والمزارعة.

المطلب الثاني: ضمان عامل المساقاة عند دفع الأرض مساقاة.  
المطلب الثالث: ضمان عامل المزارعة عند دفع الأرض مزارعة.  
الفصل السادس: التطبيقات المعاصرة

المبحث الأول: الودائع المصرفية

المطلب الأول: الودائع الجارية.

المطلب الثاني: الودائع المصرفية.

المطلب الثالث: الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية.

المطلب الرابع: الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين.

المطلب الخامس: ودائع الخزائن الحديدية.

المبحث الثاني: سندات المقارضة

المطلب الأول: حقيقة سندات المقارضة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لسندات المقارضة.

المطلب الثالث: الصورة الشرعية لسندات المقارضة.

المطلب الرابع: الضمان في سندات المقارضة.

المبحث الثالث: شركة التوصية البسيطة.

المطلب الأول: حقيقة شركة التوصية البسيطة.

المطلب الثاني: التكييف الفقهي لشركة التوصية البسيطة.

الخاتمة: ذكر فيها أهم ما توصلت إليه النتائج.

## التمهيد

المبحث الأول: تعريف الضمان والعقد.

المطلب الأول: تعريف الضمان والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الثاني: تعريف العقد والألفاظ ذات الصلة.

المبحث الثاني: أسباب الضمان.

المطلب الأول: ضمان العقد.

المطلب الثاني: ضمان الإلتلاف.

المطلب الثالث: ضمان اليد.

المبحث الأول: تعريف الضمان والعقد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الضمان والألفاظ ذات الصلة.

المطلب الثاني: تعريف العقد والألفاظ ذات الصلة.

## التمهيد

### المبحث الأول: تعريف الضمان والعقد

#### المطلب الأول: تعريف الضمان والألفاظ ذات الصلة

##### الضمان لغة:

ضَمَّنَ الشيءَ وبه ضَمَّنًا وضَمَانًا كَفَلَ، به وضَمَّنَه إياه كَفَلَه، وضَمَّنَتَه الشيءَ غرَمَتَه، فالتزمه<sup>(١)</sup>.

وبهذا المعنى جاء حديث النبي صلى الله عليه وسلم: "تضمن الله لمن خرج في سبيله لا يخرجه إلا الجهاد في سبيلي وإيمان بي وتصديق برسلي فهو ضامن أن أدخله الجنة"<sup>(٢)</sup>.  
وضمَّن الشيءَ أودعه إياه، وكل شيءٍ أحرز فيه شيءٌ فقد ضَمَّنَه<sup>(٣)</sup>، ولعل الكفالة تسمى ضماناً لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته.

##### الضمان اصطلاحاً:

ويأتي الضمان عند المتقدمين بمعنى الكفالة، حيث عرفها الحنابلة بأنها: (ضم ذمة إلى ذمة حسنة عنه في التزام الحق)<sup>(٤)</sup>.  
وجاء عند الشافعية بأنها: (الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة)<sup>(٥)</sup>.

وعرفها المالكية بأنها: (شغل ذمة أخرى بالحق)<sup>(٦)</sup>.

والحقيقة أن هذا المعنى للضمان لا يتعلق بما نحن بصدد تعريفه هنا.

(١) ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي التونسي، لسان العرب، ط١، دار صادر، بيروت (٢٥٧/١٣)، الفيروز أبادي، محمد بن يعقوب الفيروز، أبادي القاموس المحيط (١٥٦٤/١).

(٢) مسلم بن مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، تحقيق محمد فؤاد، دار إحياء التراث، بيروت، كتاب الإمارة باب فضل الجهاد والخروج في سبيل الله (١٤٩٥/٣).

(٣) ابن منظور، لسان العرب (٢٥٨/١٣)، الفراهيدي، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، تحقيق مهدي المغربي ود. إبراهيم السامرائي، دار مكتبة الهلال (٥١-٥٠/٧).

(٤) المرادوي، علي بن سليمان، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، دار إحياء التراث، بيروت (١٨٩/٥).

(٥) الشربيني، محمد بن الخطيب، مغني المحتاج شرح المنهاج، ط١، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م، (١٩٨/٢).

(٦) الحطاب، محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل، ط٢، دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ (٩٦/٥).

بينما تباينت التعريفات الفقهية المعاصرة لمعنى الضمان بين موسع ومضيق لما يقع عليه مفهوم الضمان.

فأكثر هذه التعريفات توسعاً تعريف علي الخفيف وفوزي فيض الله، حيث عرفه الخفيف بأنه: شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل<sup>(١)</sup>.

فقوله بما يجب الوفاء به، يعم كل ما يجب على المرء الوفاء به من مال حتى يدخل الكفارت والزكوات والديات والأروش<sup>(٢)</sup>، وكذلك النذور وما يجب من مال نتيجة الإعتداء على أموال الآخرين.

وما وجب من عمل نتيجة لإلزام الشخص نفسه بإرادته المنفردة أو باجتماع إرادته مع إرادة أخرى كما في العقود.

وعرفه فوزي فيض الله بأنه: (شغل الذمة بحق أو بتعويض عن ضرر) <sup>(٣)</sup>.

فقوله: بحق، يدخل حق الشارع بما فيه من كفارات وزكوات، وإن كان صرح بعدم دخولها فيما بعد عند حديثه عن أسباب الضمان، إلا أن إطلاقه لفظة الحق يدخل الزكاة فهي حق أيضاً في ذمة صاحب المال إلا إذا كان يرى أن الزكاة تتعلق بالعين لا في الذمة.

وقوله بتعويض عن ضرر، يدخل التعويض الناجم عن إحداث ضرر بأموال الآخرين أو بأنفسهم، سواء أكان الضرر جزئياً أو كلياً.

ويأتي تعريف الزرقا والزحيلي في المرتبة الثانية من حيث التوسع.

فلقد عرفه الزرقا : ( بأنه الإلزام بتعويض مالي عن ضرر بالغير ) <sup>(٤)</sup>.

وعرفه الزحيلي بأنه : ( الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع أو الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية ) <sup>(٥)</sup>.

فيبدو جلياً من خلال هذين التعريفين أن الضمان ينحصر في التعويض عن الأضرار الواقعة على الناس في أموالهم أو في أنفسهم، كما أن إطلاقهم للضرر الواقع على أموال الآخرين يشمل

(١) الخفيف، علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية ١٩٧١م (ص٥).

(٢) الأروش جمع ارش وهو المال الواجب في الإعتداء على ما دون النفس، زيدان، عبد الكريم زيدان، القصاص والديات في الشريعة، ط١، مرسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٨هـ (ص٢٢٥).

(٣) فيض الله، فيض الله محمد فوزي، نظرية الضمان في الفقه الإسلامي، ط١، مكتب التراث الإسلامي، الكويت ١٩٨٣م (ص١٤).

(٤) الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق ١٩٦٨م (١٠٣٥/٢).

(٥) الزحيلي، وهيب، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢م (ص١٥).

الضرر الناشئ بمخالفة العقد أو بارتكاب فعل أو تركٍ حرمه الشارع، ولا يدخل في تعريفهم الكفارات ولا الزكوات كما جاء في التعريفين السابقين.

ويأتي تعريف الحموي والمجلة ضمن دائرة المضيعين، حيث جاء عندهم أن الضمان هو: (إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات أو قيمته إن كان من القيميات)<sup>(١)</sup>.  
فيظهر من خلال هذا التعريف أن الضمان لا يكون إلا في الضرر المالي الناجم عن التعدي بارتكاب فعل أو ترك ، ولا يدخل فيه الضمان الناشئ عن العقد الذي هو مبنيٌّ على التراضي لا على التماثل<sup>(٢)</sup>.

وبعد النظر في التعريفات السابقة فالذي يظهر لي استبعاد التعريفات التي أدخلت الزكاة والكفارات في باب الضمان؛ لأن الكفارات ليست من الغرامات، وإنما هي من باب العقوبات، وكذلك الزكاة فهي من باب الواجبات الشرعية لا علاقة لها بالغرامات مطلقاً.  
وكذلك الحال في التعريفات التي حصرت الضمان في حالة التعدي، وأغفلت ضمان العقد. لذلك فإني أختار التعريف التالي:

**الضمان هو : شغل الذمة بتعويض مالي جبراً لضرر لحق في مال الغير أو في نفسه.**  
فالقول بأن الضمان شغل الذمة، يدل على أن الضمان يتعلق بالذمة، وأن الذمة تظل مشغولة به إلا أن يسقطه المتضرر أو يدفعه الضامن.  
والقول بتعويض مالي، يدخل فيه التعويض بالمثل أو القيمة كما في ضمان الإلتلاف أو ضمان اليد، وكذلك التعويض المبني على التراضي كما في ضمان العقود<sup>(٣)</sup>.  
والحقيقة أن الذي جعلني أدخل الديات في التعريف، أنها تحمل معنى التعويض، بدليل إيجاب الدية على الصغير والمجنون عند حدوث القتل منهم<sup>(٤)</sup>، وهذا شأن التعويضات فهي تجب على الصغير أو المجنون إذ أنها من خطاب الوضع وخطاب الوضع<sup>(١)</sup> يتوجه مع الصغر والجنون.

(١) الحموي، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، أحمد بن محمد الحموي، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٨٥م (٣١/٢)، جمعية المجلة، مجلة الأحكام العدلية، نجيب خوليني، كارخانة كتب مادة (٨) (ص٤١٦).

(٢) السيوطي، الأشباه والنظائر (٣٦٢/١).

(٣) السرخسي، محمد بن أبي سهل، أصول السرخسي، تحقيق أبو الوفاء الأفغاني، مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، ١٩٩٦م (٥٧/١)، السيوطي، الأشباه والنظائر (٣٦٢/١)، فيض الله، نظرية الضمان (ص٦٨)، الزحيلي، نظرية الضمان (٧٨-٧٩).

(٤) عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي في الفقه الإسلامي، ط١٤، مؤسسة الرسالة، بيروت (١٧٩/٢).

كما أنني وجدت الكثير من الفقهاء المتقدمين يطلقون لفظ الضمان على الالتزام بالدية<sup>(٢)</sup>، كما هو الحال عند من أُلّف من المعاصرين في موضوع الضمان<sup>(٣)</sup>.

### الألفاظ ذات الصلة

وبعد الانتهاء من تعريف الضمان أذكر بعض الألفاظ ذات الصلة بالضمان:

#### أولاً: التعويض:

التعويض لغة: أصله في اللغة من عاض، ويقال عاضني فلان وأعاضني وعودني إذا أعطاني العوض، والعوض الخلف والبدل، والتعويض أخذ العوض<sup>(٤)</sup>.

#### التعويض اصطلاحاً:

عرفه سيد أمين بأنه: (جبرٌ للضرر الذي يلحق المصاب)<sup>(٥)</sup>.  
وعرفه الزحيلي: (بتغطية الضرر الواقع بالتعدي أو الخطأ)<sup>(٦)</sup>.  
لكن هذين التعريفين لم يحددا طبيعة التغطية أو الجبر فيهما<sup>(٧)</sup>.

(١) ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز أبو محمد، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار الكتب العلمية، بيروت (١٥٠/١)، الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٤٢-١٤٣).

(٢) المرغيناني، علي بن أبي بكر عبد الجليل، الهداية شرح البداية، المكتب الإسلامي، بيروت (١٥٠/١)، ابن نجيم، زين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت (٢٩٧/٨)، ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله أبو إسحاق، المبدع، المكتب الإسلامي، بيروت (٣٣٠/٨)، المرداوي، الإنصاف (١٠-٣٥)، الشيرازي، إبراهيم بن علي بن يونس، المهذب، دار الفكر، بيروت (١٩٣/٢)، الغزالي، محمد بن محمد، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، تحقيق: علي عوض وعادل عبد الموجود، شركة دار الأرقم، بيروت، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م (٣٧٩/٢)، الدسوقي، محمد بن عرفة، حاشية الدسوقي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦م (٣٨٩/١).

(٣) الخفيف، الضمان (ص ٥٠)، فيض الله، نظرية الضمان (ص ١٤٥)، الزحيلي، نظرية الضمان (ص ١٥٥).

(٤) ابن منظور، لسان العرب (١٩٢/٧)، الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، طبعة جديدة، مكتبة لبنان، ناظرون، ١٩٩٥م، (٢٣٨/٢).

(٥) أمين، سيد محمد، المسؤولية التصويرية عن فعل الغير، ١٣٨٤هـ (ص ١١٥).

(٦) الزحيلي، نظرية الضمان (ص ٨٧).

(٧) بوساق، محمد، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ط١، دار اشبيلية، ١٩٩٨م (ص ١٥٤).

وعرفه شلتوت: (هو المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً على غيره في نفس أو مال أو شرف)<sup>(١)</sup>.

ويستدرك على هذا التعريف إدخال الشرف، إذ أن الشرف لا يقدر بمال حتى يعوض عنه الإنسان<sup>(٢)</sup>.

فالتعريف الذي اختاره هو: دفع المال الذي يحكم به على من أوقع ضرراً في مال الآخرين أو في أنفسهم.

فالذي يظهر من خلال تعريف التعويض، أن التعويض نتيجة للضمان الذي هو شغل للذمة بالتعويض<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً: العقوبة:

**العقوبة لغة:** أصلها عاقب معاقبة وعقاباً، والعقوبة أن يجزى الرجل ما فعل من السوء<sup>(٤)</sup>، وفي ذلك قال النابغة الذبياني<sup>(٥)</sup>:

ومن عصاك فعاقبه معاقبة      تنهي الظلوم ولا تقعد على ضهد

### العقوبة اصطلاحاً:

عرفها عبد القادر عودة بأنها: (الجزاء المقرر لمصلحة الجماعة)<sup>(٦)</sup>، وعرفها أحمد بهنسي بأنها: (جزاء وضعه الشارع للردع عن ارتكاب عما نهى عنه وترك ما أمر به)<sup>(٧)</sup>. وتفترق العقوبة عن الضمان في أمرين<sup>(٨)</sup>:

أولاً: أنه يشترط فيمن تقع عليه العقوبة أن يكون قاصداً لفعله، فلا تقام العقوبة في حالة الخطأ أو النسيان، بينما في الضمان لا يشترط ذلك.

(١) شلتوت، الإسلام عقيدة وشريعة (ص ٤١٥).

(٢) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٥٧)، بوساق، التعويض عن الضرر (ص ١٥٥).

(٣) بوساق، التعويض عن الضرر (ص ١٥٥).

(٤) ابن منظور، لسان العرب (٦١٩/١).

(٥) الفراهيدي، كتاب العين (١٨/١).

(٦) عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي (٦٠٩/١).

(٧) بهنسي، أحمد فتحي، العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الشروق، بيروت، ط ٣، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٣م (ص ١٣، ٩).

(٨) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام (١٥٠/١)، سراج، محمد سراج، ط ١، المؤسسة الجامعية للدراسات، ١٩٩٣م ضمان العدوان في الفقه الإسلامي (٥٢-٥٣).

ثانياً: أن الحق المعتدى عليه في الضمان يتعلق بحقوق العباد فقط، بينما المعتدى عليه في العقوبات لا بد أن يكون متعلقه حقاً خالصاً لله أو حقاً لله وفيه حق للعباد أو حقاً للعباد.

## المطلب الثاني: تعريف العقد والألفاظ ذات الصلة

العقد لغة<sup>(١)</sup>:

عَقَدَ العَقْدَ نَقِيضَ الحَلِّ، عَقَدَهُ يَعْقِدُهُ عَقْدًا، وَعَقْدُهُ شَدَّةٌ وَمِنْهُ عَقْدُ الحَبْلِ وَالبَيْعِ، وَالعُقُودُ هِيَ أَوْكِدُ العَهْودِ، وَتَعَاقَدَ القَوْمُ أَي تَعَاهَدُوا.

والذي يبدو من خلال العرض للمعنى اللغوي أن معنى العقد يدور حول الربط وشدة التوثق.

العقد اصطلاحاً:

عند النظر في تعريف العقد نجد أن هناك اتجاهين مختلفين في تعريف العقد، أحدهما أعم من الآخر.

الاتجاه الأول:

يرى إطلاق لفظ العقد على كل التزام أو تصرف تعهد الأنسان بالوفاء به سواء التزم به في مقابل التزام آخر أم لم يلتزم كاليمين والطلاق والنذر<sup>(٢)</sup>.

ولقد كان هذا الإتجاه واضحاً في كتب التفسير، كما جاء عند القرطبي<sup>(٣)</sup> والطبري<sup>(٤)</sup> والشوكاني<sup>(٥)</sup>.

والذي يبدو لي أن هذا المعنى أقرب إلى المعنى اللغوي منه إلى المعنى الاصطلاحي.

الاتجاه الثاني:

لقد حصر هذا الاتجاه العقد في التصرفات التي تحتاج لإرادتين، والحقيقة أن هذا المعنى هو الأشهر والأكثر بين الفقهاء المتقدمين<sup>(٦)</sup>. المعاصرين<sup>(٧)</sup>.

(١) ابن منظور، لسان العرب (١٨٧/٣)، الفيروز آبادي، القاموس المحيط (٣٨٣/١).

(٢) سراج، محمد سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (ص ١٤)، شلبي، محمد مصطفى، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت، ١٣٨٨هـ (ص ٤١٥).

(٣) القرطبي، محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن الكريم، ط ٢، دار الشعب، القاهرة، ١٩٧٢م (٣٣٢/١).

(٤) الطبري، محمد بن جرير بن يزيد، تفسير الطبري، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ (٤٦/٦).

(٥) الشوكاني، محمد بن علي، فتح القدير، دار الفكر، بيروت (٤/٢).

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٥/٣)، الشرواني، عبد الحميد، حواشي الشرواني، دار الفكر، بيروت (٢٤٠/٥)، ابن الهمام شرح فتح القدير (١٨٧/٣)، ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، الكافي في فقه الإمام أحمد،

تحقيق زهير الشاويش، ط ٥، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ، ١٩٩٨م (٤٠٢/١).

(٧) شلبي، المدخل (ص ٤١٥)، الصابوني، عبد الرحمن، محاضرات في الملكية ونظرية العقد، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، ١٩٦٥م (ص ٥٥)، البعل، عبد الحميد حمود، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي (١٨/١)، قره داغي، علي محي الدين علي، مبدأ الرضا في العقود ودراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، ط ١، دار البشائر =

وجاء في تعريفاتهم للعقد: (هو عبارة عن ارتباط الإيجاب والقبول)<sup>(١)</sup>.  
وعرفه عبد الحميد البعل: (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول على وجه يثبت  
أثره في المعقود)<sup>(٢)</sup>.

وعرفه محمد شلبي: (ارتباط أيجاب مقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله)<sup>(٣)</sup>.  
وعرفه الشيخ علي الخفيف: (الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما صادرين من شخصين  
على وجه يترتب أثره الشرعي)<sup>(٤)</sup>.

والذي يظهر لي أن التعريف الأصوب للعقد هو ربط الإيجاب بالقبول.  
والذي جعلني أحييد عن لفظة الارتباط هو أن الارتباط هو نتيجة العقد، أو بعبارة أخرى  
ارتباط الإيجاب بالقبول هو تعريف للإنعقاد وليس للعقد<sup>(٥)</sup>.

كما أنني لم أضف ما جاء في بعض التعاريف قولهم على وجه يثبت أثره في محله ؛ لأن  
هذه الإضافة لا تدخل العقد الفاسد أو الموقوف، والفقهاء يطلقون اسم العقد على الفاسد  
والصحيح<sup>(٦)</sup>، ويبدل على ذلك ما جاء عن الدسوقي قوله: (الحقائق الشرعية تشمل الصحيح  
والفاسد)<sup>(٧)</sup>، ويؤكد أيضاً ما جاء عن العدوي عندما تحدث عن البيع فقال: (إن أكثر الفقهاء  
يطلقون اسم البيع على الفاسد)<sup>(٨)</sup>.

=بيروت، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٤م (١١٣/١)، أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي (ص ٢٠١)،  
الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، ط ٣، دار الفكر العربي (ص ١٧٩).

(١) المجلة المادة (١٠٣) (ص ١٨).

(٢) البعل، ضوابط العقود (١٨/١).

(٣) شلبي، المدخل (ص ٤١٤).

(٤) الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية (ص ١٧٠).

(٥) الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية (ص ١٨٥).

(٦) قره داغي، مبدأ الرضا (١٢٠/١).

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٦٢/٤).

(٨) العدوي، علي بن أحمد بن مكرم الله، حاشية العدوي، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م (١٧٧/٢).

## الألفاظ ذات الصلة:

### أولاً: التصرف

#### التصرف لغة<sup>(١)</sup>:

أصله من صَرَفَ الشيءَ أعمله في غير وجهه، كأنه يَصْرِفُه من وجه إلى وجه آخر ، ومنها تصريف الرياح صَرَفَها من جهة إلى جهة، والصَّرْفُ التقلُّبُ، ومنها التَّصْرِيفُ في الأمور.

#### التصرف اصطلاحاً:

عرفه عبد الودود السريني بأنه: (كل ما يصدر من الشخص المميز بإرادته، ويرتب الشرع عليه آثاراً)<sup>(٢)</sup>.

وعرفه الزرقا بتعريف شابه هذا التعريف فقال: (التصرف كل ما يصدر عن شخص بإرادته، ورتب الشارع عليه نتائج حقوقه)<sup>(٣)</sup>.

ويبدو أن العلاقة بين المعنى اللغوي والاصطلاح، هو التغيير في حال المتصرف لحال آخر؛ إذ أنه بهذا التصرف قد ترتب على المتصرف حقوق بعد أن لم تكن، وهذا تغير من حال إلى حال أخرى والله أعلم.

وقد يكون التصرف عملياً أو قولياً على الصحيح<sup>(٤)</sup>، وعلى هذا فإن التصرف أعم من العقد، فكل عقد تصرف وليس كل تصرف عقداً؛ إذ من التصرفات ما هو فعلي، والعقد تصرف قولي، كما أنه من التصرفات القولية ما هو صادر عن طرف واحد، والعقد صادر عن اجتماع إرادتين.

### ثانياً: الالتزام

#### الالتزام لغة<sup>(٥)</sup>:

أصله لَزِمَ يَلْزِمُ والتزمه وألزمه إياه فالتزمه، ولزّمه أي إذا لزمَ شيئاً لا يفارقه، ومنها جاء معنى الاعتناق بالالتزام ؛ إذ من يعتنق شيئاً فإنه يظل مصاحباً له.

#### الالتزام اصطلاحاً:

التصرف القولي المتضمن إنشاء حق من الحقوق أو إنهاءه أو إسقاطه<sup>(٦)</sup>.

(١) ابن منظور، لسان العرب (١٨٩/٩)، الرازي، الصحاح (١٥٣/١).

(٢) السريني، عبد الودود محمد، التعريفات العامة في الفقه الإسلامي، ١٤٠٦هـ، ١٩٩٦م (ص ١٠٣).

(٣) الزرقا، المدخل الفقهي العام (٢٢٨/١).

(٤) السريني، التعريفات العامة (ص ١٠٣)، وهناك رأي يرى أن التصرفات تنحصر في الأقوال.

(٥) ابن منظور (٥٤١/٢-٥٤٢)، الفيروز أبادي (١/٤٩٤).

(٦) السريني، التعريفات العامة في الفقه الإسلامي (ص ١٠٥).

ولعل العلاقة بين المعنى الاصطلاحي والمعنى اللغوي، أن الحكم المترتب على الإلزام يظل مصاحباً لذمة الملتزم حتى ينفذه.

ومن خلال التعرف على معنى الالتزام يظهر أنه أعم من العقد؛ لأن العقد ينحصر فيما يصدر عن إرادتين، بخلاف الالتزام الذي قد يكون من إرادة واحدة .

وبعد التعرف على معنى العقد فلا بد من معرفة المقصود بعقود الأمانات.

والحقيقة أن إطلاق هذا الاسم على بعض العقود يرجع إلى طبيعة يد المتعاقد على المتعاقد عليه، أو بعبارة أخرى طبيعة يد الطرف الذي انتقل إليه المال المتعاقد عليه، وبناءً على ذلك فإن العقود تقسم إلى عدة أقسام<sup>(١)</sup>.

#### القسم الأول:

عقود ضمان، وهي التي تعتبر يد القابض فيها للمال يد ضمان، فمهما أصاب هذا المال من تلف ولو بأفة سماوية، فإنه يكون على مسؤوليته، وهذه العقود هي عقد البيع والقسمة والصلح عن مال بمال والقرض والمخارجة<sup>(٢)</sup>.

#### القسم الثاني:

عقود أمانة، وهي التي يكون المال المقبوض فيها أمانة في يد قابضه كالوديعة والوكالة والشركة بأنواعها والمضاربة، والمساقاة والمزارعة والأجير الخاص والوصي والهبة عند الرجوع بها، فالأموال والأعيان التي يقع عليها التعاقد في هذه العقود تكون أمانة في يد قابضها، فلا يضمنها إلا عند التعدي أو التقصير.

#### القسم الثالث:

عقود مزدوجة الأثر، كالإجارة والرهن والصلح على المنفعة بمال، فالإجارة تعتبر فيها المال المأجور أمانة في يد المستأجر لكن المنافع التي تم عليها العقد تعتبر مضمونة على المستأجر، بمجرد التمكن من استيفائها سواء انتفع بتلك العين أو لم ينتفع.

وكذلك الحال في الصلح على مال بمنفعة، فإنه يعتبر عقد إجارة، وأما بالنسبة للرهن، فإن يد المرتهن يد ضمان بما يعادل الدين وما زاد عنه فيده عليه يد أمانة.

(١) فيض الله، نظرية الضمان (ص ٢٥)، الزرقاء، المجلد الفقهي العام (٥٨٠-٥٨١).

(٢) التخارج أو المخارجة هو أن يتم الإتفاق مع أحد الورثة على أن يتنازل عن حقه في مقابلة مال يأخذه، ابن عابدين، محمد أمين، رد المختار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م (٦٤٢/٥)، المرغيناني، الهداية شرح البداية (٢٠٠/٣).

ولقد وضع الشيخ الزرقا ضابطاً للتمييز بين عقود الضمان وعقود الأمانة يقوم على أساس المعاوضة وعدمها.

فالعقود التي تقوم على المعاوضة ولو مآلاً كما في القرض تكون عقود ضمان، أما سوى ذلك فيعتبر العقد فيها عقد أمانة<sup>(١)</sup>.

وسأتكلم في هذه الرسالة عن العقود المتفق على كونها من عقود الأمانة، وهي الوديعة والوكالة والشركة والمضاربة والإجارة والوصاية والمساقاة والمزارعة والهبية عند الرجوع بها. ويمكن تعريف الضمان في عقود الأمانات بأنه :

تصرف الأمين الذي يستوجب شغل ذمته بالعين المتعاقد عليها، أو تحويل يده من يد أمانة إلى يد ضمان.

فسأتكلم في فصول هذه الرسالة عن عقود الأمانات التي ذكرتها إلا أنني لم أذكر الهبة في فصل مستقل لأنها تندرج مع الوديعة، فالعلماء لا يتحدثون عن التصرفات التي تستوجب الضمان فيها وإنما يكتفون بإحاقها بالوديعة<sup>(٢)</sup>.

(١) الزرقا، المدخل الفقهي العام (٥٨١/١).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٦٩٤/٥، الشريبي، مغني المحتاج، ٧١/٤، البهوتي، كشف القناع، ٣٠٤/٤.

المبحث الثاني: أسباب الضمان.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: ضمان العقد.

المطلب الثاني: ضمان الإلتلاف .

المطلب الثالث: ضمان اليد.

## المبحث الثاني: أسباب الضمان

### تمهيد

لما تحدث العلماء عن أسباب الضمان اختلفت آراؤهم في بيانها، فلما كان ابن رجب الحنبلي يحصرها في ثلاثة أسباب<sup>(١)</sup>، اليد والعقد والإتلاف، وجدنا الإمام السيوطي يضيف لها سبباً رابعاً وهو الحيلولة<sup>(٢)</sup>، وهذا ما اختاره الزحيلي<sup>(٣)</sup>.

ولقد حصر الإمام الغزالي أسباب الضمان في ثلاث التقويث مباشرة والتسبب واليد<sup>(٤)</sup>. بينما ذكر الشيخ الخفيف أربعة أسباب للضمان، إلزام الشارع والالتزام والفعل الضار ويد الضمان<sup>(٥)</sup>.

ولقد ذكر الدكتور سليمان أحمد خمسة أسباب اليد والعقد والإتلاف والحيلولة<sup>(٦)</sup> والغرور<sup>(٧)</sup>. والصحيح رد أسباب الضمان إلى ثلاثة: العقد والإتلاف واليد؛ لأن بقية الأسباب ترجع إلى هذه الأسباب الثلاث، فالتقويث مباشرة أو بالتسبب يرجع إلى الإتلاف، وقد يكون مباشرة أو تسبباً، وأما بالنسبة للحيلولة التي ذكرها السيوطي، فإنه يمكن إرجاعها إلى ضمان اليد<sup>(٨)</sup> في أكثر مسائلها أو إلى الإتلاف.

وما جاء عن الغرور فهو في الحقيقة يرجع إلى الإتلاف بالتسبب<sup>(٩)</sup>، فمن استأجر حملاً لا ليحمل متاعاً له فربطه بحبل بال فسقط المتاع وتلف، فإن الحمل يكون ضامناً بتسببه التلف، مع أنه قد ذكر هذا المثال على الضمان بسبب الغرور<sup>(١٠)</sup>.

(١) ابن رجب الحنبلي، القواعد (ص ٢٠).

(٢) الحيلولة أن يحال بين الرجل وملكه، السيوطي، الأشباه والنظائر (١/٣٦٢).

(٣) الزحيلي، نظرية الضمان (ص ٦٣، ٣٢).

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

(٥) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١١، ١٦، ٤٠، ١٠٢).

(٦) أحمد، سليمان أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط ١، مطبعة دار السعادة، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م (ص ١٢، ١٣).

(٧) حمل الشخص وتوجيهه بطريقة باطلة على قبول ما لا مصلحة فيه، المرجع السابق (ص ٧٨).

(٨) الدبو، إبراهيم فاضل، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، دار عمار، عمان، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م (ص ١٣)، الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٩٥).

(٩) أحمد، ضمان المتلفات (ص ٩٠).

(١٠) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ٢٠٨).

وكذلك الحال فيمن يعطي شخصاً طعاماً لدوابه، ويخبر بأنه طعام جيد وهو يعلم أنه مسموم، واشترط عليه سلامة الدواب وحتى لو لم يشترط، فإنه يعتبر متسبباً في الإتلاف مع أنه ذكر ضمن سبب الغرور<sup>(١)</sup>.

وأما ما ذكره الشيخ الخفيف من اعتبار إزام الشارع سبباً للضمان، فإنه يكون قد أدخل في الضمان، ما ليس منه من كفارات ونذور وزكاة ونفقات، وقد بينت سابقاً<sup>(٢)</sup>. أن هذه الأمور ليست داخلية في الضمان، وإنما الذي يدخل من إزام الشارع ما ألزم به الشارع من تعويض عند الإعتداء على أموال الناس وأنفسهم، وهذا يدخل ضمن الإتلاف. وما ذكره الشيخ من الإلتزم، فالذي يبدو من كلامه أنه أراد العقود، ولقد عبرت عنه بالعقد لأن العقد أدق تعبيراً؛ إذ الإلزام يشمل العقد وغير العقد، فالعقد إزام مخصوص بما يصدر بين طرفين أو أكثر.

وأما بالنسبة لاختيار الفعل الضار سبباً للضمان فإن الفعل الضار يندرج تحت الإتلاف مباشرة أو بالتسبب .

وعلى هذا فإن أسباب الضمان ثلاث، وسأذكر في كل مطلب سبباً من هذه الأسباب الثلاث.

---

(١) سليمان أحمد، ضمان المتلفات (ص ٨٧).

(٢) انظر تعريف الضمان ص ١٠.

### المطلب الأول: ضمان العقد

اختلفت عبارات العلماء في تعريفهم لضمان العقد، فعرفه الزركشي: (ضمان العوض المعين في عقد المعاوضة المحضه)<sup>(١)</sup>.

وعرفه محمد سراج: (شغل الذمة بحق مالي للغير جبراً للضرر الناشئ عن عدم تنفيذ العقد أو الإخلال بشروطه)<sup>(٢)</sup>.

وعرفه فيض الله: (تعويض مفسدة حالية ومقترنة بالعقد)<sup>(٣)</sup>.

والتعريف الذي أختاره هو: **شغل الذمة بحق مالي جبراً لمفسدة مالية مقترنة بالعقد.**

والحقيقة أن هذا التعريف قريب من تعريف فيض الله، إلا أنني استبدلت لفظة التعويض الواردة عنده بقولي (شغل الذمة)؛ لأن الضمان هو شغل الذمة بالحق، ولكن التعويض نتيجة لشغل الذمة هذا.

والذي جعلني أحمي عن تعريف الزركشي؛ لأنه يقتصر على صورة من صور ضمان العقد، ولم أختار تعريف محمد سراج؛ لأنه اعتبر عدم تنفيذ العقد يوجب تعويضاً مالياً باعتباره من مقتضيات العقد، ولكنه محل خلاف.

ويعتبر التعريف المختار شاملاً لكل صور ضمان العقد ويظهر هذا عند القول: مقترنة بالعقد، كما أنه يخرج صورة عدم تنفيذ العقد.

فالعقد يعتبر سبباً من أسباب الضمان، إذ أنه يوجب حقوقاً و التزامات يجب الوفاء بها، والله تعالى يقول: **(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)**<sup>(٤)</sup>، وهذه الآية تشمل عقود الناس فيما بينهم<sup>(٥)</sup>.

فمن العقود ما شرعت لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليها كأثر لازم لها، كالبيع، والإجارة، والسلم<sup>(٦)</sup>، فعقد البيع مقتضاه تسليم المبيع للمشتري والثمن للبائع، وعدم استحقاق أحدهما لغير صاحبه، فإذا لم يحم أحد الطرفين بتنفيذ التزامه، أو كان المبيع أو الثمن

(١) الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله، المنثور، ط٢، تحقيق تيسير فائق، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ١٤٠٥هـ (٣٣٢/٢).

(٢) محمد سراج، ضمان العدوان (ص٥٦).

(٣) فيض الله، نظرية الضمان (ص٦٦).

(٤) سورة المائدة آية رقم ١.

(٥) الشوكاني، فتح القدير (٤/٢).

(٦) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٣هـ

(٣٦٢/١)، الزركشي، المنثور (٣٣٢/٢).

مستحقاً لغير صاحبه، فإن الضمان يكون على من حصل الإخلال من جهته، ويكون الضمان عندها مبنياً على ما تم الإتفاق عليه<sup>(١)</sup>.

وكما يكون الضمان نتيجة لعدم الوفاء بما تقتضيه طبيعة العقد، فقد يكون نتيجة الإخلال بالشرط المصرح به في العقد<sup>(٢)</sup> أو المتعارف عليه إذ الثابت بالعرف كالثابت بالشرط<sup>(٣)</sup>، والأصل في التزام الشرط المتفق عليه ما جاء في السنة عن النبي صلى الله عليه وسلم: (المسلمون على شروطهم)<sup>(٤)</sup>.

فلو استأجر شخص سيارة، وشرط صاحب السيارة على المستأجر أن لا يحمل فيها أكثر من خمسة، وحمل فيها سبعة أشخاص ثم تلفت، فإنه يضمن لمخالفته الشرط المتفق عليه، وكذلك الحال لو كان هذا الأمر متعارفاً عليه دون اشتراط فإنه يضمن لأن الثابت بالعرف كالثابت بالشرط.

واختلف في الامتناع عن العقد هل يوجب التعويض باعتباره أثراً من آثار الالتزام بالعقد. وقبل ذكر أقوال العلماء فلا بد من الإشارة إلى الاتفاق على وجوب الضمان إذا تسبب الامتناع بإيقاع ضرر مادي محسوس، كما لو استأجر شخص آخر لبناء جدار يحول دون وصول السيل إلى مزرعته، فلم يقبل المستأجر ذلك، ثم نتج عن امتناعه وصول السيل إلى مزرعته مما تسبب بتلف زرعته، فإنه يعتبر ضامناً بسبب امتناعه هذا<sup>(٥)</sup>.

### القول الأول:

اعتبر الدكتور محمد سراج والدكتور عبد المجيد الصلاحين<sup>٦</sup> أن عدم الوفاء بالعقد يوجب التعويض، واستدل لهذا الرأي بما يلي<sup>(٧)</sup>:

- (١) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٩-١٧)، الدبوع، ضمان المنافع (ص ١٨).
- (٢) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٧)، الدبوع، ضمان المنافع (ص ١٨).
- (٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٤/٣٦٤)، السرخسي، المبسوط (٣٠/٢٢١).
- (٤) البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، السنن الكبرى، مكتبة دار الباز، مكة، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م، كتاب الشركة، باب الشرط في الشركة، رقم ١١٢١١ (٦/٧٩)، أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق محمد محي الدين، دار الفكر، بيروت، كتاب الأفضية، باب الصلح، ح رقم ٣٥٩٤ (٣/٣٠٤) وسكت عنه أبو داود. وصححه الألباني في الإرواء، ٥٠/١.
- (٥) الخفيف، الضمان (ص ١٨)، الدبوع، ضمان المنافع (ص ١٩)، سراج، ضمان العدوان (ص ٥٨).
- (٦) ذكر هذا الرأي في إحدى محاضراته في مادة نظرية الضمان في الفصل الصيفي ٢٠٠٢/٢٠٠٣م.
- (٧) سراج، ضمان العدوان (٥٨-٦١).

أولاً: قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ)<sup>(١)</sup>، فقال: إن الشارع أوجب الوفاء بالعقود مما يجعل عدم الوفاء بالعقد تعدياً موجبا للضمان .

والحقيقة أن هذه الآية لا تدل إلا على إثم من لم يوف بالعقد، ووجوب التعويض عند عدم الوفاء بالعقد لا تشير إليه الآية لا من قريب ولا من بعيد.

ثانياً: استدلل بما جاء في السنة من قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا ضرر ولا ضرار)<sup>(٢)</sup>، فدل هذا الحديث على نفي الضرر مطلقاً، ومن ضمنه الامتناع عن تنفيذ العقد.

ثالثاً: أن الضرر الذي جاءت الشريعة برفعه لا يختص بالضرر الواقع على الأموال، فالشريعة جاءت برفع الأضرار المتعلقة بالجروح والشجاج والأعضاء أيضاً.

واستأنس في التدليل على قوله بما جاء عن بعض الفقهاء:

أولاً: ما ذكره عن بعض العلماء إذا امتنع الأجير على تنفيذ ما استؤجر لأجله، فإنه يضمن ما تلف بسبب امتناعه<sup>(٣)</sup>.

ويبدوا جلياً أن الضمان هنا لم يكن بسبب العقد، وإنما كان نتيجة للإتلاف بالتسبب<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: بما جاء عن ابن تيمية فيمن عليه مال ولم يوفه حتى شكى رب المال وغرم عليه مالا، وكان الذي عليه الحق قادراً على الوفاء ومطل حتى أحوج مالكة للشكوى، فما غرم بسبب ذلك فهو على الظالم المماطل إذا كان غرمه على الوجه المعتاد<sup>(٥)</sup>، فقال محمد سراج: إن المماطل في الوفاء بحق من الحقوق الناشئة عن عقد أو غيره ملزم بتعويض الضرر الذي فيه بمطله<sup>(٦)</sup>.

(١) المائدة آية رقم (١).

(٢) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، ح ١١١٦٧ (٦٩/٦)، وقال نفرد به عطاء بن محمد عن الداروردي، الحاكم، محمد بن عبد الله أبو عبد الله النيسابوري، المستدرک على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٠م، كتاب البيوع، ح رقم: ٢٣٤٥ (٦٦/٢)، وقال عنه صحيح، والحديث قد يقوى بمجموع طرقه، انظر الزيلعي، عبد الله بن يوسف، نصب الرأية، تحقيق عبد الله بن يوسف، دار الحديث، مصر، ١٣٥٧هـ (٤/٣٨٤-٣٨٥).

(٣) المرادوي، الإنصاف (٤٤/٦)، بهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٢هـ (١١/٤).

(٤) الخفيف، الضمان (ص ١٨).

(٥) ابن تيمية، أحمد عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، تحقيق عبد الرحمن محمد قاسم، مكتب ابن تيمية (٢٥/٣٠).

(٦) سراج، ضمان العدوان (ص ٦٠).

والذي يبدو لي أن سبب الضمان هو امتناع المدين عن أداء الدين، والذي كان بدوره سبباً في حصول التلف في مال الدائن؛ إذ المال الذي تغرمه للخصومة كان في حكم التالف بالنسبة إليه.

ثالثاً: ما جاء في لسان الحكام: فيمن اكرتري داراً لسنة بألف، فلما مضت السنة قال ربها: إن أفرغتها اليوم وإلا عليك ألف كل يوم والمستأجر مقر أن الدار له، ولم يفرغ لزمه ألف.

قال هشام<sup>(١)</sup>: قلت لمحمد هلا يحصل له أجر مثلها إلى أن يتمكن من التفريغ؟ وبعد التفريغ عليه ما قاله المؤجر قال هذا حسن<sup>(٢)</sup>، قال الدكتور محمد سراج: إن عدم تفريغ الدار بعد انتهاء مدة إجارتها أنشأ حق التعويض لربها.

ويرد على هذا بأن العقد قد انتهى بعد انتهاء السنة، وإيجاب الألف عليه كان نتيجة لعقد جديد، وأما بالنسبة لإيجاب أجره المثل عليه فهي لاستغلاله منافع الدار بعد انتهاء العقد الأول، فهي عوض في مقابلة استغلال منافع الدار.

#### القول الثاني:

يرى الدكتور إبراهيم الدبو<sup>(٣)</sup> والشيخ علي الخفيف<sup>(٤)</sup>، وأستاذنا الدكتور الدريني<sup>(٥)</sup> أنه لا تعويض مالي عن امتناع المتعاقد عن تنفيذ المتعاقد عليه إلا في حالة حصول الضرر الفعلي، وبالتالي لا يمكن اعتبار التعويض في هذه الحالة مما يقتضية العقد، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ)<sup>(٦)</sup>، فقالوا: إن الآية دلت على حرمة أكل أموال الناس بالباطل وأخذ التعويض نتيجة عدم التنفيذ يعد أكلاً لمال الناس بالباطل<sup>(٧)</sup>.

(١) هشام بن عبيد الله الرازي تلميذ محمد بن الحسن، القرشي، محمد بن أبي الوفاء، طبقات الحنفية، مير محمد كتب خانة، كراتشي، (ص ١٣٤).

(٢) ابن الشحنة، محمد بن أبي الفضل، لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط ٢، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، ١٣٩٢ هـ، ١٩٧٣ م (ص ٣٦٥).

(٣) الدبو، ضمان المنافع، (ص ١٩-٢٠).

(٤) الخفيف، الضمان (ص ١٨).

(٥) الدريني، محمد فتحي، النظريات الفقهية، جامعة دمشق، ١٩٩٠ م (ص ٢٢٦).

(٦) النساء آية ٢٩.

(٧) الدريني، النظريات الفقهية (ص ٢٢٦).

ثانياً : قالوا: إن التعويض في الشريعة يعني قيام مال بدل مال اتلف، وتأخير التنفيذ ليس بمال، فلا تعويض فيه<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: قالوا: إن الضمان في المال إنما يكون في ضرر مالي أصاب المضرور، وذلك بتلف بعض ماله أو نقص قيمته بفعل ضار، أما الضرر الذي لا يتمثل في فقد مال كان قائماً فلا تعويض فيه<sup>(٢)</sup>.

### الرأي الراجح

الذي يترجح هو عدم إيجاب الضمان عند امتناع المتعاقد عن التنفيذ، إلا عند ترتب الضرر على الامتناع، وإنما الذي يقتضيه العقد هو جبر المتعاقد على تنفيذ ما تم التعاقد عليه، وذلك لما يلي:

أولاً: ضعف الأدلة التي استدل به الدكتور سراج.

ثانياً: قوة أدلة القائلين بعدم الضمان، فهم يساندهم أصل عظيم من أصول الشرع وهو حرمة أموال الناس، فإذا أردنا أن نأخذ أموالهم فلا بد من دليل واضح يشير إلى ذلك.

وأما بالنسبة لما استدل به القائلون بالتضمنين من وجوب رفع الضرر، لا يقوى على مناهضة أصل الحرمة والعصمة لأموال الناس، كما أننا نقول يمكن رفع الضرر بإيجاب تنفيذ العقد على الممتنع.

(١) المرجع السابق (ص٢٢٦)، الخفيف، الضمان (ص٢١٣).

(٢) الدبوع، ضمان المنافع (ص١٩)، الخفيف، الضمان (ص١٨).

## المطلب الثاني: ضمان الإلتلاف

### تعريف الإلتلاف:

الإلتلاف هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة<sup>(١)</sup>. يعد الإلتلاف لأموال الآخرين سبباً موجباً للضمان في الشريعة الإسلامية، ويدل على هذا الأصل أدلة كثيرة منها:

أولاً: قوله تعالى: (فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ)<sup>(٢)</sup>، فمن ألتف مالا لغيره فإنه يعد معتدياً على غيره، ويجب عليه رد المثل.

ثانياً: وما جاء في السنة عن أنس رضي الله عنه، قال: أهدت بعض أزواج النبي - صلى الله عليه وسلم - إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فالقت ما فيها، فقال صلى الله عليه وسلم: (طعام بطعام وإناء بإناء)<sup>(٣)</sup>، فلما ألتفت عائشة رضي الله عنها الإناء والطعام أوجب النبي صلى الله عليه وسلم طعاماً وإناءً بدله، وكذلك الحال في كل مال ألتف؛ إذ العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب.

ثالثاً: كما أن الشريعة جاءت لحفظ أموال الناس وصونها عن التضييع والإعتداء، عليها فكان المال من أهم الضرورات التي جاءت الشريعة بالحفاظ عليها، فلو لم يكن إلتلاف أموال الناس مضموناً لأدى هذا إلى تعطيل هذا المقصد الشرعي، فلما كان اللازم باطلاً فكذلك الملزوم.

وقد يكون الإلتلاف حقيقة، كهدم الجدار أو حرق المتاع، وقد يكون معنى، كأن يموت الأمين دون أن يبين أن لديه أمانة مما يؤدي إلى تضييعها<sup>(٤)</sup>.

وقد يحصل الإلتلاف مباشرة، وحد المباشرة هو إيجاد علة التلف، مثل هدم الجدار أو حرق المتاع، وقد يحصل بالتسبب، وحد التسبب هو إيجاد ما يحصل الإلتلاف، عنده لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد ليوقع تلك العلة، كحفر بئر في محل عدوان فوقع فيه دابة<sup>(٥)</sup>.

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

(٢) البقرة آية ١٩٤.

(٣) الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى، جامع الترمذي، تحقيق أحمد شاكر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، كتاب الأحكام، باب ما جاء فيمن يكسر له شيء ما يحكم له من مال الكاسر، ح رقم ١٣٥٩ (٦٤٠/٣)، وصححه الترمذي.

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع (٦/٢١٣)، أحمد، ضمان المتلفات (ص١٩٣-١٩٤).

(٥) الغزالي، الوجيز (١/٣٧٩)، الوسيط (٣/٣٨٣).

ولا بد لوجوب الضمان من وجود شروط في الشيء المتلف حتى يتم ضمانه، وهذه الشروط هي:

**الشرط الأول:** أن يكون المتلف مالا<sup>(١)</sup>، والمال ماله قيمة مادية بين الناس، وجاز الانتفاع به شرعاً<sup>(٢)</sup>، فلا ضمان على من أتلف مالا يجوز الإنتفاع به شرعاً، مثل الخمر والخنزير ولو كان للذمي على الراجح<sup>(٣)</sup>، ولا ضمان على من أتلف مالا قيمة له بين الناس.

**الشرط الثاني:** أن يكون التلف محققاً بشكل دائم، فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها أثناء مدة الغصب فلا ضمان، كما لو أتلف قرن لحيوان أو سن ثم نبت من جديد.

ويعتبر هذا الشرط محل اتفاق<sup>(٤)</sup> إذا كان النقص متوقفاً عوده عادة، وأما إذا كان المتلف غير متوقع الرجوع، فيعتبر هذا الشرط محل خلاف عند الفقهاء، ويمكن التعرف على أقوال العلماء في هذه المسألة عند تحدثهم عن الاعتداء على سن رجل قد أنغر - أي كبر - ولعل سبب خلافهم في المسألة يعود إلى القياس على الصغير الذي يقلع سنه، فمن قاس عليه قال بعدم وجوب الضمان، ومن لم يقس أوجب الضمان.

فذهب أبو حنيفة والشافعية في قول الحنابلة<sup>(٥)</sup> إلى سقوط الضمان، واستدلوا بالقياس على من قلع سن الصغير بجامع عود السن كما كان، فكما أنه إذا قلع سن الصغير وعاد إليه سنه فلا يضمن وكذلك هنا<sup>(١)</sup>.

(١) الزحيلي، نظرية الضمان (ص ٥٧)، ولقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للمال فقد عرفه الحنفية ما يميل إليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة، التقرير والتحبير (٧٣/٢)، وعرفه المالكية ما يقع عليه الملك واستبد به المالك إذا أخذه من وجهه، الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات، تحقيق عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت (١٧/٢)، وعرفه الشافعية ما له قيمة يباع بها وتلزم متلفه، السيوطي، الأشباه والنظائر (٣٢٧/١)، وعرفه الحنابلة كل عين مباحة النفع بلا حاجة، ابن عثيمين، محمد بن صالح، الشرح الممتع على زاد المستنقع، ط ١، دار أسامة، الرياض ١٤١٦هـ (١٠٧/٨).

(٢) العبادي، عبد السلام، الملكية في الشريعة الإسلامية، ط ١ ١٩٧٥، مكتبة الأقصى، عمان (١٧٩/١).

(٣) وهذا رأي الشافعية والحنابلة، الشربيني، مغني المحتاج (٢٥٣/٤)، الخرقى، عمر بن الحسين، مختصر الخرقى، تحقيق زهير الشاويش، ط ٣، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ (٧٥/١)، ابن قدامة، المغني (٧٣/٥)، وخالفهم الحنفية والمالكية، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢١٠/٦)، الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الكبير تحقيق محمد علق، دار الفكر، بيروت (٤٤٧/٣).

(٤) المرغيناني، الهداية (١٨٦/٤)، ابن قدامة، المغني (٣٥٤/٨)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٦/٤)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢٧٤/٤).

(٥) المرغيناني، الهداية (١٨٦/٤)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٦/٤)، ابن قدامة، المغني (٣٥٤/٨).

بينما ذهب المالكية وأبو يوسف ومحمد والشافعية في الأظهر<sup>(٢)</sup> إلى وجوب الضمان وعدم سقوطه، وقالوا: إن سبب الضمان قد تحقق وهو الإلتلاف فيجب الضمان واعتبروا رجوع السن نعمة من الله إذ لم تجر العادة بعوده<sup>(٣)</sup>.

**والحقيقة أن القول الثاني هو القول الراجح في المسألة؛** لأن علة الضمان قد وجدت وهي الإلتلاف، ويجب التعويض عند وجودها، وأما بالنسبة لرجوع المتلف هنا فهو أمر نادر والعبرة بالغالb.

**الشرط الثالث:** أن يكون المتلف أهلاً لوجوب الضمان<sup>(٤)</sup>، فلا ضمان على ما تتلفه دابة الإنسان عند عدم التقصير، ولا يشترط التمييز خلافاً لما جاء عند بعض المالكية خلافاً للمعتمد في مذهبهم<sup>(٥)</sup>.

والحق عدم اشتراط التمييز؛ لأن الضمان وجب هنا جبراً للضرر الواقع على أموال الآخرين، وهذا الأمر لا يتوقف على التمييز أو عدمه، خلافاً للعقوبة التي جاءت للزجر والتي لا بد فيها من التكليف<sup>(٦)</sup>.

**الشرط الرابع:** أن يكون في إيجاب المال فائدة<sup>(٧)</sup>، أي أن يتمكن من الوصول إلى الحق ودفع الضرر، وإلا كان إيجاب الضمان ضرباً من العبث.

وعدم التمكن من الوصول إلى الحق راجع إلى عدم الولاية أو السلطة، إذ ليس لحاكم دولة الولاية تنفيذ الأحكام على رعايا دولة أخرى.

ولقد جاء هذا الشرط عند الحنفية، فلم يوجبوا الضمان على ما أتلفه الحربي للمسلم في دار الحرب، ولا على المسلم فيما يتلفه من مال الحربي<sup>(٨)</sup>.

(١) المراجع السابقة.

(٢) الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي، حاشية الخرشي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٧م (٤٢/٨).

ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٥٨٥/٦-٥٨٦)، الشربيني، معني المحتاج (٣٦/٤).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٥٨٦/٦).

(٤) الشربيني، معني المحتاج (٣٦/٤).

(٥) الدردير، الشرح الكبير (٤٤٣/٣).

(٦) العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام (١٥٠/١).

(٧) الزجيلي، نظرية الضمان (ص ٦١).

(٨) الكاساني، بدائع الصنائع (١٦٨/٧).

### المطلب الثالث: ضمان اليد

تعتبر اليد سبباً من أسباب الضمان في الفقه الإسلامي، والذي يقصد باليد هنا اليد المعنوية لا الحسية، فاليد الحسية هي اليد الجارحة، وأما اليد المعنوية المرادة هنا فيقصد منها الاستيلاء على الشيء بالحيازة، وهي كناية عما قبلها لأنه باليد يكون التصرف<sup>(١)</sup>.  
وتقسم الأيدي إلى نوعين<sup>(٢)</sup>: يد أمانة ويد ضمان.

#### أولاً: يد الأمانة

وهي ما كانت عن ولاية شرعية، ولم يدل الدليل على ضمانها<sup>(٣)</sup>.  
فقولنا عن ولاية شرعية يخرج ما كان من غير ولاية شرعية، وكذلك قولنا ولم يدل الدليل على ضمانها، يخرج ما كانت عن ولاية شرعية ولكن دل الدليل على ضمانها، كما في البيع.  
ومن أمثلة يد الأمانة، يد الوكيل ويد الشريك والمضارب والوديع<sup>(٤)</sup>، فهذه كلها قد أذن المالك أو من قام مقامه بالاستيلاء عليها.  
وهناك نوع آخر من الأمانة، وهي ما أذن الشارع لا المالك في الإستيلاء عليها، كولاية الحاكم على أموال القاصرين والغائبين ومجهول الملك، كثوب ألفت به الريح في دار رجل<sup>(٥)</sup>.

#### حكم يد الأمانة

لا يضمن صاحب يد الأمانة إذا تلف ما كان تحت يده من أمانة إلا في عدة حالات:

#### الأولى: التعدي<sup>(٦)</sup>

والتعدي في اللغة الظلم ومجاوزة الحد<sup>(٧)</sup>، وفي الاصطلاح الفقهي مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعاً أو عرفاً<sup>(٨)</sup>.

(١) الزركشي، المنثور (٣٧٠/٣٦٩/٢).

(٢) الزركشي، المنثور (٣٢٣/٢)، السيوطي، الأشباه والنظائر (٣٦٢/١).

(٣) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٠٣)، أحمد، ضمان المتلفات (ص ٥٦).

(٤) الزحيلي، نظرية الضمان (ص ٦٤)، الخفيف، الضمان (ص ١٠٣).

(٥) الدبوي، ضمان المنافع (ص ٩٦).

(٦) المرغيناني، الهداية (٢١٦/٣)، الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، شرح الزرقاني، ط ١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١١هـ (١٠/٤)، البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، شرح منتهى الإرادات، ط ٢، عالم الكتب، بيروت، ١٩٩٦م (٢٦٩/٢)، الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٢هـ (١٦٨/٢)، الشربيني، الإقناع (٣٢١/٢).

(٧) ابن منظور، لسان العرب (٣٣/١٥).

(٨) فيض الله، نظرية الضمان (ص ٩٢).

والتعدي قد يكون بمخالفة الشرط المتفق عليه في العقد، كمخالفة المضارب شرط رب المال بعدم السفر بالمال، فإن المضارب يضمن المال إذا هلك بسبب سفره مع أن الأصل عدم الضمان.

وقد يكون التعدي بمخالفة العرف الشائع بين الناس عند الإطلاق؛ إذ أن الثابت بالعرف كالثابت بالنص، وما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع إلى العرف<sup>(١)</sup>، وإذا حصل خلاف بين صاحب المال والأمين على فعل ما هل هو تعدٍ أم لا؟ فإنه يرجع فيه إلى أهل الخبرة<sup>(٢)</sup> للفصل في هذا الخلاف.

### الثانية: التفريط<sup>(٣)</sup>

والتفريط في اللغة مأخوذ من فرط، ويقال فرط في الأمر تفريطاً أي قصر فيه وضيعه<sup>(٤)</sup>. والفرق بين الإفراط والتفريط أن الإفراط يستعمل في مجاوزة الحد من جانب الزيادة والكمال، والتفريط يستعمل في التجاوز من جهة النقصان والتقصير<sup>(٥)</sup>.

ويمكن تعريف التفريط فقهاً بالتقصير في فعل ما ينبغي عمله عرفاً أو شرعاً. ويمكن التمثيل عليه بالتجهيل<sup>(٦)</sup> وهو أن يموت الأمين دون أن يبين لورثته ما عنده من مال يده عليه يد أمانة، فالواجب الشرعي عليه يوجب تبيان ما عنده من مال لغيره من الناس، ولكنه قصر في ذلك مما يوجب الضمان عليه في ماله.

### الثالثة: مخالفة الشرط المتفق عليه:

الأصل وجوب التزام المتعاقدين الشرط المتفق عليه في العقد، إذ النبي عليه الصلاة والسلام يقول: (المسلمون على شروطهم)<sup>(١)</sup>. فإذا أخذ المتعاقد المال بناءً على شرط معين فإنه يجب

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر (٩٨/١).

(٢) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢٦٩/٢).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٦٧٨/٥)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٤٦/٣)، الشربيني، الإقناع (٣٢١/٢) ابن مفلح، المبدع (٣٨١/٢).

(٤) ابن منظور، لسان العرب (٣٦٨/٧)، البعلي، محمد بن أبي الفتح الحنبلي، المطلع على أبواب المقنع، تحقيق محمد بشير، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٩٨١م (٢٥٩/١).

(٥) الجرجاني، علي بن محمد بن علي، التعريفات، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٥هـ (ص ٤٩).

(٦) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢١٦/١)، السرخسي، المبسوط (١٢٩/١١)، ابن الهمام، شرح فتح (٢٤١/١)، واستثنوا من الضمان في هذه الحالة أولاً: المتولي لأمر الوقف ولم يبين، ثانياً: إذا أودع السلطان الغنيمة لدى بعض الغانمين ثم مات ولم يبين لدى من أودع، ثالثاً: القاضي إذا أودع مال اليتيم عند شخصين ثم مات ولم يبين لدى من أودع.

عليه الوفاء به لأن صاحب المال رضي ما إخراج ماله للآخرين إلا بالتزام هذا الشرط. فإذا تصرف الأمين بالمال تصرفاً يخالف شرط صاحبه فإنه يكون قد تصرف في مال الغير بغير إذن صاحبه، مما يستوجب الضمان عليه.

فلو شرط رب المال على المضارب أن لا يتاجر في سلعة معينة وقام المضارب بالمتاجرة بتلك السلعة وخالف شرط رب المال فإنه يكون ضامناً للمال عند هلاكه وإن لم يفرض لأنه تصرف في مال الغير بغير رضا من صاحبه<sup>(٢)</sup>.

وكذلك لو اشترط المودع على الوديع فإنه لا يخرج الوديع من الحرز الذي جده وقام الوديع بإخراجه منه بلا ضرورة ثم هلك الوديع فإنه يكون ضامناً لها لمخالفته شرط المودع<sup>(٣)</sup>.

وكذلك يكون الحكم في كل مخالفة يقوم فيها الأمين لشرط صاحب المال فإنه يستوجب الضمان عليه.

#### الرابعة: مخالفة العرف<sup>(٤)</sup>:

يعتبر العرف صاحب سلطان كبير في تصرفات الناس ومعاملاتهم، فالواجب على المتعاقد أن يلزم بالعرف الجاري بين الناس عند إطلاق العقد.

إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ولا بد أن يكون هذا العرف جارياً بين الناس عند إبرام العقد فإذا تصرف الأمين تصرفاً يخالف العرف فإنه يكون ضامناً للمال.

فلو كان العرف يقضي على الحارس أن يتفقد المبنى الذي يحرسه ثلاث مرات في الليل فلم يتم بذلك وسُرق ما في المبنى من قال بأنه يكون ضامناً لأنه لم يتم بالواجب عليه عرفاً.

وكذلك لو كان العرف يقضي بعدم جواز أن يؤجر الأجير العين التي استأجرها لشخص آخر، فإن المستأجر يكون ضامناً للعين المستأجرة مطلقاً عند هلاكها، إذ أجزاها لشخص آخر.

#### الخامس: مخالفة المصلحة:

الواجب على الأمين أن يتصرف بالمال الذي تحت يده بما تقتضيه مصلحة هذا المال فإذا تصرف أي تصرف يتنافى مع مصلحة المحافظة عليه فإنه يكون ضامناً للمال عند هلاكه.

(١) سبق تخريجه.

(٢) الشربيني، مغني المحتاج، ٣١/٢، الخرشبي، حاشية الشربيني، ١٦٥/٧.

(٣) المرغناني، الهداية، ٢١٨/٣، البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٤٧٦/٣.

(٤) حماد، نزيه، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط، (٢٠٠٠م، ط٢، منشورات المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب)، ص ٢٥.

فلو أقدم كل من الشريط أو الوصي -مثلاً- على إبرام صفقة مع العلم بأن الصفقة خاسرة وستؤدي إلى هلاك المال فإنهما يضمنان المال عند هلاكه لأن الإقدام على هكذا صفقة يُنافي مصلحة المحافظة على المال.

وكذلك لو أقدم المستأجر على تأجير شخص أقل منه أمانة فإنه يكون ضامناً للعين المستأجرة عند هلاكها ولو كان المستأجر الثاني مساوياً له من ناحية الضرر على العين المستأجرة<sup>(١)</sup> لأن الشخص قليل الأمانة لا يحرص على المحافظة على أموال الناس، وبالتالي فإن المستأجر الأول قد تصرف تصرفاً ينافي مصلحة العين التي استأجرها

**السادسة:** والذي أقصده بطبيعة العقد هو ما يقتضيه العقد فعقد الوديعة يقتضي المحافظة على المال المودع فلو وضع شخص ماله عند شخص آخر واشترط عليه أن لا يخرج المال من الحرز الذي حدده عند التعاقد ثم اشتعلت النار بالقرب من الحرز المحدد في العقد فإنه يصبح من الواجب على الوديع أن يخرج الوديعة من مكانها ولو خالف شرط المودع لأن ما تقتضيه طبيعة العقد هو المحافظة على الوديعة. ولو أنه لم يخرجها من الحرز المحدد حتى احترقت فإنه يضمنها لمخالفته طبيعة العقد.

وكذلك الحكم في عقد الوكالة فلو أقدم الوكيل بالشراء -مثلاً- شراء المعيب فإنه يكون ضامناً<sup>(٢)</sup>؛ لأن طبيعة العقد تقتضي أن يشتري الوكيل الشيء الذي لا عيب فيه لأن شراء العيب فيه إضرار بالموكل، بينما يملك الشريط والمضارب أن يشتري المعيب من الأشياء إذا رأى أن شراءهما يحقق الربح له<sup>(٣)</sup>. لأن طبيعة العقد تقتضي بصحة التصرفات التجارية التي تحقق الربح في المال.

كما أن طبيعة العقد في الشركة والمضاربة وكذلك الوصاية تقتضي بالمحافظة على هذا المال وتثمينه فإذا أقدم الشريك أو المضارب أو الوصي على تصرف يتنافى مع هذا المقصد فإنه يكون ضامناً لهذا المال، لذلك كان التبرع بالمال أو هبته أمراً ممنوعاً يستوجب الضمان<sup>(٤)</sup>.

**الرابعة:** اشتراط الضمان على الأمين:

(١) الدردير، الشرح الكبير، ١٨/٤.

(٢) السرخسي، المبسوط، ٣٩/١٩، البهوتي، شرح منتهى الإيرادات، ١٩٨/٢.

(٣) الرزقاني، شرح الزرقاني، ٣١٧/٦، الشريبي، مغني المحتاج، ٣١٦/٢.

(٤) المرغناني، الهداية، ٢١١/٣، الخرشي، حاشية الخرشي، ٣٤٥/٦.

فإذا تعاقد شخص مع آخر في عقد من عقود الأمانات ثم اشترط صاحب المال الضمان على الأمين عند هلاك المال فهل يصح هذا الشرط ويكون الأمين ضامناً للمال مطلقاً؟ أم أن الشرط لا يصح ويظل الأمين أميناً لا يضمن إلا عند التعدي والتفريط؟  
اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم إلى أن اشتراط الضمان على الأمين لا يجعل يده ضمان بل تظل يد أمانة لا تضمن إلا حالة التعدي أو التفريط<sup>(١)</sup>.  
واستدلوا لرأيهم:

أولاً: إن يد الأمين يد أمانة بالشرع واشترط الضمان على الأمين مخالف لأمر الشارع فهو أمر باطل<sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأنه لم يثبت في شيء من النصوص الشرعية من الكتاب أو السنة ما ينهض حجة على كون يد الأمانة لا تضمن ما بيدها من أعيان الغير إلا في حالة التعدي أو التقصير<sup>(٣)</sup>.

ويرد على هذا بما جاء عن صحابة رسول الله -صلى الله عليه وسلم- عمر وأبو بكر وعلي وابن مسعود وجابر بن عبد الله<sup>(٤)</sup> -رضوان الله عليهم- بأن لا ضمان على الوديع ولم يأت عنهم خلاف ذلك ما يجعل الأمر مجمعاً عليه بينهم والإجماع دليل شرعي وبالقياس على الوديعة في قضية العقود المتفق على كونها عقود أمانة لا يضمن المتعاقد إلا في حالة التعدي والتقصير وللإجماع والقياس دليل شرعي تثبت بهما الأحكام الشرعية.

ثانياً: إن اشتراط الضمان في عقود الأمانات هو شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه، كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكة<sup>(٥)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٣٣٤/٨، ٢٨٠، الدردير، الشرح الكبير، ٤٢٣/٢، الدسوقي، حاشية الدسوقي،

٢٨٤/٥، الشيرازي، المهذب، ٣٥٩/١، البهوتي، كشاف القناع، ١٩٨/٤.

(٢) الدردير، الشرح الكبير، ٤٢٣/٢.

(٣) حماد، تضمين يد الأمانة بالشرط، ٤٧.

(٤) عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق، باب الوديعة، ١٨٢/٨.

(٥) ابن قدامة، المغني، ٣٠١/٦.

### القول الثاني:

إذا اشترط الضمان على الأمين لأمر خالف فيه صاحب المال كالطرق المخوفة أو سيل أو لصوص، ثم تلف هذا المال بسبب الأمر الذي خاف منه صاحب المال، فإن الأمين يلزمه الشرط ويكون ضامناً وإن تلفت من غير الأمر الذي خاف منه لم يلزمه الشرط وهو قول مطرق من المالكية<sup>(١)</sup>.

ولم مطرف دليلاً على وجهة نظره هذه.

### القول الثالث:

ذهب الإمام أحمد في رواية مرجوحة<sup>(٢)</sup>، وقتادة<sup>(٣)</sup>، وعثمان البتي<sup>(٤)</sup>، والشوكاني<sup>(٥)</sup>، والدكتور نزيه حماد<sup>(٦)</sup>.

يقول ابن قدامة: "وإن شرطه لم يصح الشرط لأنه ما لا يجب ضمانه من لا يصيره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه لا ينتفي ضمانه بشرط نفيه وعن أحمد بن حنبل سئل عن ذلك فقال المسلمون على شروطهم، وهذا يدل على نفي الضمان بشرطه ووجوبه بشرطه"<sup>(٧)</sup>.  
ويقول الشوكاني: "وإن ضُمَّنوا ضمنوا لأنهم قد اختاروا لأنفسهم والتراضي هو المناط في تحليل أموال العباد"<sup>(٨)</sup>.

واستدلوا لرأيهم:

أولاً: قول النبي -عليه الصلاة والسلام-: (المسلمون على شروطهم)<sup>(٩)</sup>. فإذا اشترط صاحب العين على الأمين الضمان ووافق عليه الأمين فإنه يجب الالتزام بهذا الشرط<sup>(١٠)</sup>.

(١) ابن عبد البر، الكافي، ٤٧، ابن رشد، المقدمات الممهدة، (ط دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٨هـ)، ٤٧٣.

(٢) ابن قدامة، المغني، ٣١١/٥-٣١٢.

(٣) الصنهاجي، محمد بن أحمد، جواهر العقود، (ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٦م)، ١٧٠.

(٤) الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ١٨٥/٤.

(٥) الشوكاني، السيل الجرار، ٢١٦/٣.

(٦) حماد، تضمين يد الأمانة بالشرط، ٤٨.

(٧) ابن قدامة، المغني، ٣٠١/٦.

(٨) الشوكاني، السيل الجرار، ٢١٦/٣.

(٩) سبق تخريجه.

(١٠) ابن قدامة، المغني، ٣٠١/٦.

ويرد على هذا بان الشرط يخالف مقتضى العقد القاضي بأن الأمين لا يضمن المال إلا في حالة التعدي أو التقصير ويخالف حكم الشارع القاضي بعدم الضمان إلا في حالة التعدي أو التقصير .

ثانياً: ما جاء عن النبي -عليه الصلاة والسلام- أنه استعار من صفوان بن أمية الدرع يوم حنين فقال صفوان لرسول الله ﷺ: أغضب محمد؟ فقال عليه السلام: (لا بل مضمونة) <sup>(١)</sup>. فالنبي عليه السلام جعل العارية مضمونة بالشرط الذي شرطه على نفسه إذ هي ليست مضمونة في الأصل، فوصف النبي عليه السلام للعارية هو الذي جعلها مضمونة مما يدل على جواز اشتراط الضمان في عقود الأمانات فلو لم يكن جائزاً لما شرطه النبي عليه السلام.

ويرد على هذا بأن النبي قد بين حكم العارية الشرعية إذ أن الذي أراد أن يبين لصفوان ماهية الأخذ لأن صفوان ظن أن النبي أن يأخذها عصباً، فقال له عليه السلام أن الأخذ يطريق الإعارة والتي هي مضمومة على المستعير.

ثالثاً: تخريج القول بصحة اشتراط الضمان بما جاء عند بعض الفقهاء من الحنفية بجواز تضمين المستعير إذا جرى العرف بذلك <sup>(٢)</sup> فكما أنه يجوز ضمان العارية بالعرف فإنه يجوز ضمانها بالشرط <sup>(٣)</sup>.

والحقيقة أن التضمين لقضاء العرف وجهة نظر لا يوافقها من رأى عدم صحة التضمين بالشرط؛ لأن الشرط أقوى من العرف وهم لم يقولوا بالضمان مع وجود الشرط فمن باب أولى لو قضى العرف بذلك.

رابعاً: التخريج على ما جاء عند المالكية بالتضمين لوجود التهمة <sup>(٤)</sup>، وهي رجحان الظن وغلبة الاحتمال في كذب ادعاء الأمين هلاك الأمانة بدون تعدي أو تفريط فإذا جاز التضمين عند وجود التهمة فإنه يجوز تضمين الأشياء بالشرط.

ويرد بأن التهمة قد جعلت الأمين ضامناً لوجود غلبة الظن بوجود التعدي أو التفريط والقول بصحة اشتراط الضمان يجعل الأمين ضامناً مطلقاً فالقياس هنا لا يستقيم.

(١) أبو داود بسنن أبي داود، كتاب الإجازة، باب تضمين العارية، ٢٩٦/٣، وصح البيهقي شواهد انظر السنن الكبرى، ٨٩/٦.

(٢) حماد، تضمين يد الأمانة، ٥٠، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ١٠٩.

(٣) حماد، تضمين يد الأمانة، ٥٠.

(٤) القرافي، الذخير، ١١٣/٨.

**خامساً: التخريج على القول بتضمين الأجير المشترك للمصلحة القاضية بالحفاظ على أموال الناس.**

وفي هذا يقول الدكتور حماد: "فإذا كانت المصلحة العامة وصيانة أموال الناس قاعدة معتبرة شرعاً في جعل يد الأمانة ضامنة جبراً بغير رضاه فلأن تعتبر ضامنة برضاه واختيار عند اشتراطه ذلك على نفسه بالعقد أو اشتراطه عليه وقبوله به أولى" (١).

ويرد عليه عليه بأن القياس هنا لا يصح لأن بناء الحكم على المصلحة في مسألة الأجير المشترك هو لبيان يد الأجير أي يد أمانة أم يد ضمان بنما النظر إلى المصلحة في عقد الأمانة هو لتحويل حكم العقد الذي قرر الشرع أنه أمانة لا يضمن إلا في حالة التعدي أو التقصير إلى عقد يضمن فيه الأمين مطلقاً مما يجعل المصلحة غير معتبرة هنا لأن الشارع لم يحكم بضمن الأمين إلا عند التعدي أو التقصير.

#### **الرأي الراجح:**

والذي يترجح بعد النظر في أقوال أهل العلم وأدلتهم عدم صحة اشتراط الضمان في عقد الأمانة لأن فيه منافاة لطبيعة العقد التي تقضي بأن الشخص الذي قبض المال لا يضمن المال إلا عند التعدي أو التقصير، كما أن اشتراط الضمان في بعض عقود الأمانات قد يؤدي إلى الربا كما هو الحال في عقد المضاربة لأن إعطاء المال للمضارب ليعمل فيه لتحصيل الربح مع ثبوته في ذمته يجعله كالقرض الذي جر نفعاً لصاحبه، كما أن أكثر الفقهاء على عدم العمل بهذا الشرط.

#### **ثانياً: يد الضمان**

يد الضمان هي اليد المعتديه، وما كانت عن ولاية شرعية ودل الدليل على ضمانها، أو كانت قد وضعت على أساس التملك (٢).

وعلى هذا فإن كل يد معتدية على مال الغير والتي تحول بين المال وصاحبه فهي يد ضمان مثل الغاصب والسارق (٣)، ويتناول هذا الحكم كل يد حلت بدون ولاية شرعية، أو إذن من المالك، ولو كانت في أصلها يد أمانة كيد وكيل الغاصب أو وديعة؛ لأنها قد وضعت على مال لغير صاحبها بدون إذنه وبدون ولاية شرعية، إلا أنه يسقط الإثم في حالة الجهالة بالغصب؛ لأن

(١) حماد، تضمين يد الأمانة، ٥٢.

(٢) سليمان أحمد، ضمان المتلفات (ص ٦٤)، الدبو، ضمان المنافع (ص ١٠١).

(٣) الزحيلي، نظرية الضمان (ص ٦٥).

الإثم خطاب تكليفي ولا تكليف مع الجهل، بينما الضمان خطاب وضعي وهو يتوجه مع الجهل<sup>(١)</sup>.

وكذلك كل يد كانت بولاية شرعية ودل الدليل على ضمانها، كيد البائع على المبيع قبل تسليمه<sup>(٢)</sup>.

وكذلك وضع اليد على أساس التملك، كقبض المشتري المبيع الذي يريد أن يشتريه ليتفحصه، فإن يده عليه يد ضمان<sup>(٣)</sup>.

ولقد جاء عن الحنابلة أن في حالة وضع اليد على مال الغير لنفع صاحب اليد خاصة فإن يد الواضع تكون يد ضمان، كما في العارية عندهم، وإذا كانت المصلحة مشتركة بين واضع اليد على المال وصاحب ذلك المال، فيد الواضع يد أمانة كما في الشركة أو المضاربة، وإذا كان النفع خالصاً لصاحب المال فإن يد الحائز يد أمانة، كما في الوديعة<sup>(٤)</sup>.

### حكم يد الضمان

تعتبر يد الضمان ضامنة لتلف أو هلاك المال الذي يقع تحت حوزتها، ولو كان التلف أو الهلاك من غير تعدٍ أو تقصير، سواء أكان التلف من صاحب اليد أو من شخص أجنبي، إلا أن يكون صاحب المال فيكون الضمان عندها عليه<sup>(٥)</sup>.

وبعد الانتهاء من الحديث عن أسباب الضمان أرى أنه لا بد من الإشارة إلى الفرق بينها.

وسأذكر هنا الفروق بين ضمان العقد من جهة، وضمن اليد أو الإتلاف من جهة أخرى.

### أولاً: من حيث الأهلية<sup>(٦)</sup>

يشترط لضمان العقد توفر أهلية التعاقد وهي التمييز عند الحنفية<sup>(١)</sup>، وعند الجمهور لا بد من البلوغ، وأما في ضمان الإتلاف فيكتفى بالصفة الإنسانية بعد الولادة، فلا يشترط أن يكون مميزاً أو بالغاً<sup>(٢)</sup>.

(١) الخفيف، الضمان (ص ١٤٢-١٤٣).

(٢) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٠٣).

(٣) المرجع السابق (ص ١٠٦).

(٤) البهوتي، كشاف القناع (٧٠/٤)، ابن مفلح، المبدع (١٤٤/٥)، ضويان، إبراهيم محمد، منار السبيل، ط ٢، دار المعارف، الرياض، ١٤٠٥ هـ (٣٢٦-٣٢٧)، ابن قدامة، الكافي (٢٨٢/٢).

(٥) الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي (ص ١٠٨)، الدبو، ضمان المنافع (ص ١٠١)، سليمان أحمد، ضمان المتلفات (ص ٦٦-٦٧).

(٦) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٥٠٤/٤).

### ثانياً: كيفية التقدير

يكون تقدير التعويض في ضمان العقد حسب الاتفاق والتراضي الذي تم في العقد ؛ لأن المقصود بالعقد الربح ، أما في ضمان اليد والإتلاف فيراعى المماثلة بقدر الإمكان؛ لأن المقصود في ضمان المتلفات هو جبر الضرر الواقع<sup>(٣)</sup>.

### ثالثاً: وقت تملك المضمون

فالمضمون ضمان عقد يملكه مستحقة وقت القبض، وأما المضمون ضمان يد فإن مستحقه يملكه وقت حدوث سبب الإستحقاق.

والمثال على ذلك الصداق حيث اختلف فيه هل يضمن ضمان عقد أم ضمان إتلاف؟ فعلى القول أنه يضمن ضمان عقد فلا يتم ملكه إلا عند القبض، فلا يصح التصرف به قبل القبض، وأما على القول بأنه يضمن ضمان يد فإن الزوجة تملكه بمجرد الزواج، فيصح تصرفها فيه قبل القبض<sup>(٤)</sup>.

### رابعاً: المسؤول عن التعويض<sup>(٥)</sup>

قد يكون هناك تضامن في المسؤولية عن التعويض في ضمان العقد إذا نص على ذلك في العقد، أو كانت طبيعة العقد تقتضي ذلك كما في شركة الوجوه<sup>(٦)</sup>.  
وأما في ضمان الإتلاف فإن كل شخص مسؤول عن جنايته، فلا يوجد تضامن فيما بينهم ، فلو اشترك اثنان في إتلاف مال لأحد الناس فإن الضمان يكون عليهما<sup>(٧)</sup> ، واستثنى المالكية المحاربين والبلغاة فإذا ظفر بأحدهم غرّم عن الجميع<sup>(٨)</sup>.

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ابن تيمية، أحمد عبد الحليم، المحرر في الفقه، عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم، ط٢، مكتبة المعارف، الرياض، ١٤٠٤هـ (٣٤٧/١)، العدوي حاشية العدوي (١٧٨/٢).

(٢) الدردير، الشرح الكبير (٤٤٤/٤)، الكاساني (١٧١/٧)، ابن قدامة، المغني (٣٠٤/٤)، ابن عبد السلام، قواعد الأحكام (٥١/١).

(٣) السرخسي، المبسوط (٨٠/١١)، الزركشي، المنثور (٣٣٣/٢)، السيوطي، الأشباه والنظائر (٣٦٢/١).

(٤) النووي، محي الدين بن شرف، دقائق المنهاج، ط١، المكتبة المكية، مكة المكرمة، ١٩٩٦م (٦٨/١)، الغزالي، الوسيط (٢١٨/٥).

(٥) الزحيلي، نظرية الضمان (ص ٨٠)، فيض الله، نظرية الضمان (ص ٦٨-٦٩).

(٦) ابن نجيم، البحر الرائق (١٩٦/٥).

(٧) المرغيناني، الهداية (١٩٩/٤)، المرادوي، الإنصاف (٣٥/١٠)، الشيرازي، المهذب (١٩٣/٢).

(٨) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٥١-٣٥٠/٤).

ولا بد من الإشارة إلى ما ذكره السيوطي في التفريق بين ضمان اليد و ضمان الإتلاف، حيث يرى أن الحكم في ضمان الإتلاف يتعلق بالمباشرة فقط خلافاً لضمان اليد الذي يتعلق الحكم فيه بالمباشرة والتسبب<sup>(١)</sup>، والحقيقة أن ضمان الإتلاف قد يكون بالمباشرة أو التسبب، كما ذكرت سابقاً في حديثي عن الإتلاف.

---

(١) السيوطي، الأشباه والنظائر (٣٦٢/١).

### الفصل الأول: ضمان الوديعة

المبحث الأول: تعريف الوديعة وبيان يد المودع عنده.

المطلب الأول: الوديعة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: بيان يد المودع عنده.

المبحث الثاني: استعمال الوديعة.

المطلب الأول: الضمان عند أخذ الوديعة للاستعمال ثم ردها دون استعمال.

المطلب الثاني: الاستعمال الموجب للضمان.

المطلب الثالث: أثر الاستعمال الممنوع على يد المودع عنده.

المطلب الرابع: تسلف الوديعة والاتجار بها.

المطلب الخامس: أثر نية استعمال الوديعة على يد الوديع.

المبحث الثالث: الضمان عند دفع الوديعة للغير.

المطلب الأول: الدفع الذي يستوجب الضمان.

المطلب الثاني: الشخص الذي يستقر عليه الضمان.

المطلب الثالث: الضمان عند دفع الوديعة للغير إكراهاً.

المبحث الرابع: الضمان عند السفر بالوديعة وخطه بغيرها.

المطلب الأول: الضمان عند السفر بالوديعة.

المطلب الثاني: الضمان عند خلط الوديعة بغيرها.

المبحث الخامس: الضمان عند تضييع الوديعة ومخالفة شرط المودع.

المطلب الأول: الضمان عند تضييع الوديعة.

المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة شرط المودع.

المبحث الأول: تعريف الوديعة وبيان يد المودع عنده.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الوديعة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: بيان يد المودع عنده.

## المبحث الأول: تعريف الوديعَة وبيان يد المودَع عنده المطلب الأول: الوديعَة لغة واصطلاحاً

### الوديعَة لغة:

أصل الوديعَة في اللغة من قولهم ودَعَت الشيءَ أي تركته، فالأصل ودع، فالواو والذال والعين أصل واحد يدل على الترك والتخلية<sup>(١)</sup>.

ومنها قول النبي صلى الله عليه وسلم: (لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم)<sup>(٢)</sup>.

وتأتي بمعنى سكن واستقر<sup>(٣)</sup>، فالوديعَة فعيلة بمعنى اسم مفعول، فهي متروكة عند المودَع عنده ويخلى بينه وبينها، كما أنها مستقرة وساكنة عنده.

### الوديعَة اصطلاحاً:

الناظر في تعريفات المالكية والحنفية يجد تقارباً كبيراً فيما بينها، فهي تلتقي في تعريف واحد وهو اسم المال الموكل بحفظه<sup>(٤)</sup>.

بينما زاد الشافعية في تعريفهم "المختص المحترم" ويقصدون به النجس المنتقع به كالجلد المدبوغ، فهم يرون أن الوديعَة "المال أو المختص الموكل بحفظه"<sup>(٥)</sup>.

ولقد وافق الحنابلة الشافعية بزيادة لفظة المختص، لكنهم أضافوا في تعريفهم "على وجه التبرع"، فالوديعَة عندهم "المال أو المختص المحترم الموكل في حفظه تبرعاً"<sup>(٦)</sup>.

(١) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، دار إحياء التراث العربي، القاهرة، ١٣٨٦هـ (٩٦/٦).

(٢) مسلم، صحيح مسلم، كتاب الجمعة، باب التغليظ في ترك الجمعة (٥٩١/٢)، البيهقي، السنن الصغرى، كتاب الصلاة، باب فرض الجمعة رقم (٦٢٨) (٣٦٧/١-٣٦٨)، النسائي، أحمد بن شعيب، سنن النسائي، كتاب الجمعة، باب التشديد في التخلف عن الجمعة، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، ط٢، مطبعة المطبوعات الإسلامية، حلب، رقم (١٣٧٠) (٨٨/٣).

(٣) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، مختار الصحاح، تحقيق محمود خاطر، مكتب لبنان ناظرون، بيروت، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م (٢٩٧/١)، الفيروز أبادي، القاموس المحيط (٩٩٤/١).

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢١٠/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧١/٦)، الزيلعي، عثمان بن علي، تبيين الحقائق، ط١، الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٠م (١٦/٦).

(٥) البجيرمي، سليمان بن عمر، حاشية البجيرمي، المكتب الإسلامي، ديار بكر، تركيا (٢٩١/٣)، الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، تحفة المحتاج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م (١١٦/٣).

(٦) ابن مفلح، المبدع (٢٣٣/٥)، المرادوي، الإنصاف (٢١٦/٦).

فمن خلال التعاريف السابقة يتبين لدينا أن الفقهاء يرون عقد الوديعة وكالة من صاحب الوديعة لشخص آخر بحفظ ماله، فلا تدخل<sup>(١)</sup> الأمانة الشرعية في الوديعة، إذ لا توكيل فيها من قبل المالك بالحفظ والرعاية.

ويرى العلماء أن عقد الوديعة يتكون من أركان ثلاث: الشيء المودع وهي الوديعة، والشخص المودع، والمودع عنده<sup>(٢)</sup>.

---

(١) الهيتمي، تحفة المحتاج (١١٦/٣).

(٢) العدوي، حاشية العدوي (٣٦١/٢).

## المطلب الثاني: بيان يد المودع عنده

يعتبر الفقهاء عقد الوديعة من عقود الأمانات، وأن صاحبها لا يضمن إلا في حالة التعدي أو التفريط<sup>(١)</sup>، واستدلوا لرأيهم بعدد من الأدلة:

أولاً: قوله تعالى: (فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ)<sup>(٢)</sup>، فالذي يعطي ماله لشخص آخر لكي يحفظه يكون قد أمنه عليه، ولقد سمي الشارع المال الموضوع للحفاظ لأمانة والأمانة لا يكون الضمان فيها إلا بالتعدي أو التفريط<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: ما رواه البيهقي وابن ماجة في سننهما عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (من أودع وديعة فلا ضمان عليه)<sup>(٤)</sup>، فقالوا إن هذا الحديث نص في المسألة يبين أن يد المودع عنده يد أمانة ولا ضمان عليها<sup>(٥)</sup>.

ثالثاً: ما رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا ضمان على مؤتمن)<sup>(٦)</sup>، فالوديعة مؤتمن والحديث قد نص على نفي الضمان عنه.

رابعاً: ما جاء عن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم عمر وأبي بكر وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم- بأن الوديعة لا ضمان عليه<sup>(١)</sup>، ولم يأت عن غيرهم خلاف ذلك فكان إجماعاً منهم<sup>(٢)</sup>.

(١) المرغيناني، الهداية، (٢١٥/٣)، الهيثمي، التحفة، (١٢٩/٣)، البهوتي شرح المنتهى (٣٥٢/٢)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢١/٥).

(٢) سورة البقرة (٢٨٣).

(٣) ابن مفلح، المبدع (٢٣٣/٥)، والحقيقة أن هذا الإستدلال ضعيف.

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

(٥) البهوتي، كشاف القناع (١٦٧/٤)، الشيرازي، المهذب (٣٥٩/١).

(٦) الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن، سنن الدارقطني، تحقيق عبد هاشم، دار المعرفة، بيروت، ١٣٨٦هـ كتاب الوديعة رقم (١٦٧) (٤١/٢)، والحديث ضعيف ضعفه ابن حجر، ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، تحقيق عبد الله هاشم، دار المعرفة، بيروت (١٩٠/٢)، الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الجيل، بيروت، ١٩٩٢م (٣٧/٦).

**خامساً:** استدلوا بإجماع علماء الأمصار على أن عقد الوديعة عقد أمانة لا تضمن إلا عند التعدي أو التفريط<sup>(٣)</sup>.

**سادساً:** قالوا إن يد المودع عنده كيد المودع؛ لأنه قبض الوديعة بإذن صاحبها، فيكون هلاكها في يد المودع عنده بلا تعد أو تقصير لا يستوجب ضماناً<sup>(٤)</sup>.

**سابعاً:** لو كانت الوديعة مضمونة على المودع عنده إن تلفت من غير تعد أو تقصير لأدى ذلك لأن يزهد الناس في قبولهم الوديعة مع حاجة الناس إلى الإيداع، ولأدى إلى إيقاع الناس في الحرج والمشقة، والشارع قد رفع الحرج عن الناس بتشريعاته وأحكامه، فلا بد أن تكون يد المودع يد أمانة لا يد ضمان<sup>(٥)</sup>.

ومما يجدر التنبيه له في هذا المطلب بعض المسائل المهمة المتعلقة بحكم يد المودع عنده.

#### **المسألة الأولى: أثر أخذ الأجرة في مقابلة الحفظ على يد المودع عنده:**

فلو أخذ شخص مالا مقابل حفظه لوديعة آخر فهل تظل يده يد أمانة أم تصبح يد ضمان؟ اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### **القول الأول:**

ذهب الحنفية إلى أن الوديع إذا أخذ الأجرة على حفظه للوديعة فإنه يضمن مطلقاً إذا كان الهلاك بسبب يمكن التحرز عنه، وأما إذا كان سبب الهلاك لا يمكن التحرز عنه كالحريق الغالب والغرق واللصوص المكارين فلا ضمان عليه<sup>(٦)</sup>.

يقول السرخسي وهو يتحدث عن نفي الضمان عن المودع عند الذي لا يأخذ الأجرة على الحفظ: "ويستوي إن أهلك ما يمكن التحرز عنه أو بما لا يمكن لأن ما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ وإما صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقة في المعارضة"<sup>(٧)</sup>.

(١) عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق عبد الرؤوف بن همام، مصنف عبد الرزاق، ط٢، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠٣هـ، باب الوديعة ح رقم (١٤٨٠١) (١٨٢/٨)، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن، ح رقم (١٢٤٨٧) (٢٨٩/٦) وما جاء عن أبي بكر ضعيف، تلخيص الحبير (٩٨/٢).

(٢) الشيرازي، المهذب (٣٥٩/١).

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

(٤) الزيلعي، تبين الحقائق، (١٨/٦)، الشيرازي، المهذب (٣٥٧/١).

(٥) الشيرازي، المهذب (٣٥٩/١)، ابن مفلح، المبدع (٢٣٣/٥).

(٦) السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، المبسوط، دار السعادة، مصر، ١٣٢٤هـ (١٠٩/١١)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٣٤/٨).

(٧) السرخسي، المبسوط، ١٠٩/١١.

ويقول ابن عابدين عن المودع عنده الذي يأخذ الأجرة على حفظ الوديعة: "وعلوه بأن الحفظ حينئذ مستحق عليه كما قدمنا فأفاد أن الأجرة تخرج الوديعة عن كونها إعانة إلى الضمان" (١).

وعلوا رأيهم بأن المودع عنده في هذه الحالة قد استؤجر للحفظ، فهذا العقد إذا عقد الحفظ، والمال في مقابلة الحفظ، والوديعة بأجر عند الحنفية إجارة آدمي لحفظ المتاع، لذلك كان العمل على الحفظ من الهلاك مما يمكن التحرز عنه مطلوباً منه، بحيث لو لم يقم به كان ضامناً بخلاف الوديعة بغير أجر فإن المطلوب مجرد الحفظ لا العمل عليه (٢).

### القول الثاني:

تبقى يد المودع عنده الذي يأخذ الأجرة على الحفظ يد أمانة لا يضمن إلا في حالة التعدي أو التفريط وهذا قول عليه الشافعية (٣) والمالكية (٤) والحنابلة (٥).

يقول البجيرمي عن تحدثها عن صاحب الحمام الذي يوضع عنده ثوب بقصد الإستحفاظ والأمانة: "إذ استحفظه وقبل منه أو أعفاه أجره لحفظها فيضمنها إن فرط كأن نام أو غاب" (٦). ويبدو أنهم نظروا إلى المقصد من العقد وهو الحفظ، فجعلوه غالباً على مسألة الإجارة، فتظل الوديعة أمانة عند المودع عنده.

### الرأي الرابع:

والذي يترجح أن يد الوديع تظل يد أمانة، فلا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير، تغليباً للمقصد الأساسي من العقد وهو الحفظ، فتظل يد المودع عنده يد أمانة على الأصل، وإن كان العقد فيه مصلحة لكلا الطرفين فلا يضر ذلك كالمال في يد المضارب أو الشريك. المسألة الثانية: إخبار الأمين عن التلف.

اتفق الفقهاء على أن المودع عنده يقبل قوله في تلف الوديعة أو ضياعها من غير تعد أو تقصير (١).

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٣٣٤/٨.

(٢) السرخسي، المبسوط ١٠٩/١١.

(٣) الهيتمي، تحفة المحتاج (١١٧/٣)، البجيرمي، حاشية البجيرمي ٢٩٢/٣.

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٤/٥، ١٢١)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧١/٦).

(٥) ابن مفلح، المبدع، ٢٨١/٤.

(٦) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٢٩٢/٣.

ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك حيث يقول: "وأجمعوا أنه يقبل قول المودع أن الوديعة تلفت" (٢).

واختلف العلماء بعد ذلك هل يقبل قوله مطلقاً بلا يمين، أم لا بد من يمين على كلامه؟ وهل يكتفي باليمين في جميع الحالات؟

فذهب الحنفية إلى قبول قول المودع في التلف بيمينه في جميع الحالات (٣)، وعللوا كلامهم في اشتراط اليمين أن التهمة قائمة فيستحلف دفعاً للتهمة (٤).

بينما رأى المالكية أن المودع عنده يقبل قوله في التلف دون يمين إلا في حالة الإتهام، فلا بد من يمين (٥).

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المودع إذا ذكر سبباً خفياً لضياح الوديعة، أو أطلق فإنه يقبل قوله بيمينه، وإن ذكر سبباً ظاهراً فلا بد من إقامة البينة عليه، ثم يحلف أن الوديعة هلكت بسببه (٦)، إلا أن الشافعية قد رأوا قبول قول الوديع بلا يمين إذا عُرِف السبب الظاهر وعُرِف عمومته، وأما إذ لم يعرف عمومته فلا بد من يمين المودع لاحتمال نجاة الوديعة في هذه الحالة (٧).

والحقيقة أن الرأي الذي يترجح هو رأي الحنابلة؛ لما فيه من زيادة حفظ لأموال الناس، وخصوصاً أننا نعيش في زمان قد كثر فيه أصحاب النفوس الضعيفة.

#### المسألة الثالثة: إيداع الصبي واستيداعه

ولما تكلم العلماء عن المودع والمودع عنده، تحدثوا عن إيداع الصغير واستيداعه، وأثر ذلك في الضمان، ولقد تباينت آراء الفقهاء في المسألة على النحو التالي:

(١) السرخسي، المبسوط ، (١١٣/١١)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٨٧/٦)، النووي، منهاج الطالبين (٩٣/١)، النووي، محي الدين بن شرف، منهاج الطالبين وعدة المتقين، دار المعرفة، بيروت، (٧٦/١)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣٥٩/٢).

(٢) ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، الإجماع، تحقيق فؤاد عبد المنعم، ط٣، دار الدعوة، الإسكندرية، ١٤٠٢هـ (١٠٢/١).

(٣) السرخسي، المبسوط (١١٣/١١)، الكاساني، بدائع الصنائع (٢١١/٦).

(٤) الكاساني، البدائع (٢١١/٦).

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي (٤٨٧/٦).

(٦) النووي، منهاج (٩٣/١)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٣٥٩/٢).

(٧) الشربيني، مغني المحتاج (١١٩/٣).

### مذهب الحنفية<sup>(١)</sup>:

يرى الحنفية أنه يصح إيداع الصبي المأذون؛ لأن إيداعه من متطلبات التجاره وهو مأذون له بذلك.

ويرون أن المأذون بالتجارة يصح قبوله للوديعة من الآخرين، وعللوا رأيهم بأن الصبي المأذون من أهل الحفظ ولو لم يكن كذلك لكان الإذن من قبل وليه عبثاً. وأما المحجور عليه فلا يصح قبول الوديعة منه؛ لأنه ليس من أهل الحفظ عادة. وإذا قبل الوديعة فاستهلكها فهناك حالتان:

**الأولى:** أن تكون الوديعة عبد أو أمة فإنه يضمنها.

**الثانية:** أن تكون الوديعة غير ذلك، فهناك قولان عند الحنفية:

**القول الأول:** قول الإمام أبي حنيفة ومحمد أنه لا يضمن، وعللوا كلامهم بأن إيداع الصبي المحجور إهلاك للمال معنى؛ لأن المحجور ليس من أهل الحفظ عادة بدليل أنه مُنِع عنه ماله. **القول الثاني:** قول أبي يوسف بأنه يضمن؛ لأنه لو صح إيداعه فاستهلك الوديعة لوجب الضمان، وإن لم يصح جعل كآنه لم يكن، فعليه الضمان.

ويرد على قول أبي يوسف بأنه لا يمكن قياس حالة عدم الصحة على حالة عدم وجود العقد؛ لأن الصبي في حالة عدم الصحة قد أخذ المال بتسليط من صاحبه، وأما في حالة عدم وجود العقد أصلاً فلا يوجد تسليط من المالك للصبي.

### مذهب المالكية<sup>(٢)</sup>:

يرى المالكية أن الصبي إن أودع المال فأنتفه فإنه لا يضمن ولو كان مأذوناً؛ لأنه ليس من أهل قبول الوديعة، وإن أودع الصغير الرشيد فعلى المودع عنده الحفظ.

### مذهب الشافعية<sup>(٣)</sup>:

يرى الشافعية أن الصبي لو أودع ماله لآخر فإنه يضمنه، ولا يبرأ إلا برده للناضر في أمر الصبي، وإن أخذه حسبة خوفاً من ضياعه من الصبي لا يضمن على الأصح عندهم. وإن أودع شخص ماله لدى صبي فأنتفه الصبي، اختلف الشافعية على قولين: **أولهما:** لا ضمان على الصبي؛ لأن المالك سلطه عليه، فصار كمالو باعه أو قارضه واقبضه المال، فأنتفه فلا شيء عليه.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين ١٣٣/٨، الكاساني، بدائع الصنائع (٢٠٧/٦).

(٢) العدوي، حاشية العدوي (٣٦١/٢)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٠/٥).

(٣) النووي، المنهاج (٩٢/١)، النووي، روضة الطالبين (٣٣٦/٦).

ثانيهما: أنه يضمن، وهو الأظهر كما لو أتلّف مال الغير.

والحقيقة أنه لا يصح القياس على إتلاف مال الغير؛ لعدم وجود التسليط من قبل المالك كما في حالة استوداع الصبي.  
مذهب الحنابلة<sup>(١)</sup>:

يقول الحنابلة إن الصغير لو استودع مالا فأتلّفه فلا ضمان عليه؛ لتفريط المالك بالدفع إليه وإن أخذ البالغ من الصبي وديعة فإن كان مأذوناً فلا ضمان على البالغ، وإن لم يكن مأذوناً فإنه يضمنها مالم يردّها لولي الصغير؛ لأنه متعد بأخذها إلا عند الخوف من هلاكها إن لم يأخذها من الصغير.

#### الرأي الراجح:

والذي يترجح هو القول بعدم تضمين الصغير مطلقاً إذا أودع سواء أكان مأذوناً أو غير مأذون لأن الوديعة بحاجة إلى مزيد حفظ ورعاية، والصغير لا يقدر على تحقيقها ولو كان مأذوناً، فيكون صاحب المال قد فرط في دفعها لهذا الصبي، فيكون بدفعه هذا قد أهلكها معنى، فإذا هلكت بعد ذلك حقيقة فإنه يكون قد تسبب بهذا الهلاك بفعله فلا ضمان له.

وأما إيداع الصبي عند الآخرين فالذي يترجح هو صحة إيداع الصبي المأذون له بالتجارة؛ لأن من يصح منه التجارة يصح منه الإيداع من باب أولى.

وأما غير المأذون فلا يصح إيداعه، وتكون يد المودع عنده يد ضمان، ويجب عليه في تلك الحالة رد المال إلى وليه مباشرة وإلا فإنه يكون ضامناً له إذا تلّف؛ لأنه يكون متعدياً بأخذه من هذا الصغير.

(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢/ ٨٥٨).

## المبحث الثاني: الضمان عند استعمال الوديعة

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: الضمان عند أخذ الوديعة ثم ردها دون استعمال.

المطلب الثاني: الاستعمال الموجب للضمان.

المطلب الثالث: أثر الاستعمال الممنوع على يد الوديع.

المطلب الرابع: تسلف الوديعة والاتجار بها.

المطلب الخامس: أثر نية استعمال الوديعة على يد الوديع.

المطلب السادس: الإذن في الاستعمال على يد الوديع.

## المبحث الثاني: الضمان عند استعمال الوديعة

### المطلب الأول: أخذ الوديعة للاستعمال ثم ردها دون استعمال

ومن المسائل المهمة التي تتعلق باستعمال الوديعة أخذ المودع للوديعة بريد استخدامها ثم يمتنع عن ذلك ويردها مكانها، كما لو أودع شخص عند آخر نقوداً فأخذ المودع عنده هذه النقود يريد أن يصرفها ثم امتنع عن ذلك وردها مكانها، فهل تصبح يده يد ضمان؟ اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب المالكية والحنفية إلى أن المودع عنده لا يضمن بمجرد الأخذ، فإذا أخذ الوديعة ليستعملها ثم امتنع عن ذلك وردها مكانها فإن يده تظل يد أمانة، لا يضمن هلاك الوديعة إلا في حالة التعدي أو التفريط<sup>(١)</sup>، واستدلوا لرأيهم: أولاً: بما جاء عن النبي صلى الله عليه وسلم: (إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم)<sup>(٢)</sup>، فمن أخذ الوديعة لكي يعتدي عليها، ثم امتنع عن ذلك، فهو لم يحدث منه عمل، فهو داخل في نطاق المعفو عنه، فلا ضمان عليه.

ثانياً: قالوا إن نفس الأخذ ليس بإتلاف، كما أن نية الأخذ ليس إتلافاً، فلا يجب الضمان<sup>(٣)</sup>.

#### القول الثاني:

يعتبر الشافعية والحنابلة مجرد أخذ الوديعة من مكانها ليستعملها المودع عنده أمراً يوجب الضمان، وتصبح يد المودع عنده يد ضمان لا يد أمانة<sup>(٤)</sup>. واستدلوا لرأيهم بأن الوديع قد أخذ الوديعة على وجه التعدي، فيضمن كما لو انتفع بها فكان إخراجها على هذه الحالة خيانة للوديعة يستوجب الضمان<sup>(١)</sup>.

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

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

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٢١٣/٦).

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

### الرأي الراجح

والذي يترجح هو قول المالكية، والحنفية؛ لأنه لم يحصل من المودع عنده أي تعدٍ إذ لم يستعمل الوديعة، ولا يصح قياس الأخذ على الانتفاع حقيقة؛ لأن الانتفاع فيه استغلال للوديعة، ولا شيء من ذلك في حالة الأخذ المجرد.

## المطلب الثاني: الاستعمال الموجب للضمان

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

### القول الأول:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن المودع عنده إذا استعمل الوديعة، كمالو ركب السيارة، أو استخدم الآلة الكهربائية، فتلفت من هذا الاستعمال فإنه يضمنها<sup>(١)</sup>، إلا أن الشافعية والحنابلة قد استثنوا استعمال الوديعة لمصلحة الوديعة<sup>(٢)</sup> نفسها إذا احتاج الأمر ذلك، كمالو أودع شخص عند آخر ثوباً وكان من مقتضيات حفظه أن يلبسه حتى يزيل العفن، أو أودع شخص عند آخر آلة معينة لا بد من تشغيلها حتى لا يصيبها الصدأ أو تصاب بخلل.  
يقول ابن مفلح: "إن تعدى فيها فركب الدابة لغير نفعها ولبس الثوب وأخرج الدراهم لينفقها ثم ردها فيه الأمانة ضمنها"<sup>(٣)</sup>.

ويقول البجيرمي: "وكذا عليه لبسها بنفسه إن لاق به ثم حاجتها بأن تعين الدود بسبب عبوق ربع الأدمي"<sup>(٤)</sup>.

ويبدو أنهم يرون في الاستخدام لغير مصلحة الوديعة استهلاكاً للوديعة، وهو أمر لا يرضى به صاحب الوديعة، وأما الذي لمصلحة الوديعة فلعلهم يرونه من مقتضيات العقد، لأن فيه تكريساً لمقصود العقد.

### القول الثاني:

يرى المالكية<sup>(٥)</sup> أن الاستعمال الذي يوجب الضمان هو الاستعمال الذي تعطب الوديعة بمثله عادة، فإذا استعملها المودع عنده هذا الاستعمال، فتلفت بسببه أو بأفة سماوية، فإنه يضمن الوديعة.

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

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

(٣) ابن مفلح، المبدع، ٢٣٩/٥.

(٤) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٢٩٤/٣.

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٢/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٢/٦).

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

#### الرأي الراجح:

والذي يترجح هو قول الشافعية والحنابلة، وهو القول بتضمين المودع عنده إذا هلك الوديعة باستعماله إلا في الاستعمال الذي تقتضيه مصلحة الوديعة.

لأن القول بعدم التضمين في الاستعمال الذي لا تعطب الوديعة في مثله يؤدي إلى تضييع الأموال، ولأنه يجعل الناس يتهاونون في استخدام الودائع التي عندهم عندما يعلمون أنهم لا يضمنون إذا هلك الوديعة بسبب استخدامهم هذا، وبالتالي فإنه يعود على مقصد المودع من الإيداع بالنقض والإبطال.

وأما عدم الضمان في حالة الاستعمال لمصلحة الوديعة، فلأن المودع عنده في هذه الحالة قد استعمل الوديعة استعمالاً اقتضاه عقد الوديعة، فهو عقد على الحفظ والرعاية للوديعة، ومن مقتضيات الحفظ هذا الاستخدام، فلا ضمان على المودع عنده باستخدام اقتضته طبيعة العقد.

### المطلب الثالث: أثر الاستعمال الممنوع على يد الوديع

ومن المسائل المهمة أيضاً والتي لا بد من بحثها هنا هي حكم يد المودع بعد استعماله للوديعة على وجه التعدي، فهل تظل يده يد أمانة أم تصبح يد ضمان؟

اختلفت آراء العلماء في المسألة على النحو الآتي:

#### القول الأول:

ذهب الشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup> إلى أن الوديع إذا استعمل الوديعة استعمالاً لا يجوز له، أو تعدى عليها بفعل لا يحل له، ثم ردها إلى مكانها، فإنه لا يبرأ من الضمان، وتصبح يده يد ضمان، فإذا تلفت الوديعة بعد ذلك بأي سبب كان من تقصير أو غير تقصير فإنه يضمنها، ولا يبرأ إلا بإعادتها لصاحبها، أو بتجديد العقد من صاحبها بعد التعدي عليها، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: أن عقد الوديعة قد ارتفع حين صار ضامناً؛ لأنه لما صار ضامناً انتفى كونه أميناً، وهو يوجب رفع عقد الوديعة، فلا يعود إلا بسبب جديد<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: كما لو جردها ثم أقر بها، فكما أن يده في هذه الحال تظل يد ضمان ولا يبرأ إلا بالرد، فكذلك لو استعملها ثم ردها بجامع العدوان في كل منهما<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: وقالوا إن المودع عنده بالاستخدام صار غاصباً، والغاصب لا يبرأ إلا برد المغصوب إلى صاحبه<sup>(٤)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الحنفية والمالكية<sup>(٥)</sup> إلى أن المودع عنده إذا استعمل الوديعة على وجه غير مأذون فيه ثم ردها إلى مكانها، فهلكت فإنه لا يضمن؛ لأن يده عادت بعد الرد يد أمانة كما كانت في السابق واستدلوا لرأيهم:

(١) الهيتمي، تحفة المحتاج (١٢٩/٣)، ابن تيمية، المحرر في الفقه (٣٦٣/١)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٧/٢)، ابن مفلح، المبدع (٣٢٠/٥).

(٢) العيني، البناية (١١٦/١٠).

(٣) ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، المغني، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ (٢٩٦/٧).

(٤) القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، الذخيرة في فروع المالكية، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠١م (٣٤٥/٧).

(٥) العيني، البناية (١١٦/١٠)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٦٧٠/٥)، الآبي، صالح عبد السميع، جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٨هـ، ١٩٩٧م (٢١٠/٢)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٣/٥).

أولاً: أن موجب الضمان الهلاك لا الانتفاع، ولم يحصل عند الانتفاع الهلاك، فلا ضمان عليه<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن أمر الحفظ باق على إطلاقه، يتناول جميع الأوقات بعد التعدي وقبل التعدي<sup>(٢)</sup>.

ثالثاً: بالقياس على من استأجر شخصاً آخرَ لحفظ متاعه لمدة شهر، ثم ترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي، فإنه لا يخرج عن كونه أميناً، وكذلك الأمر في مسألتنا، فإن تعديه وخروجه عن الحفظ لبعض الوقت لا يخرج عن نطاق الأمانة<sup>(٣)</sup>.

#### مناقشة الأدلة:

ولقد رد الحنفية على أدلة الشافعية والحنابلة فقالوا: إن ارتفاع عقد الوديعة عند التعدي جاء للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها، فإذا زال التعدي زالت الضرورة، فيزول الضمان وترجع يد المودع عنده إلى الأمانة<sup>(٤)</sup>.

ويرد على هذا بأن الضرورة لا تزال قائمة بعد تغير حال المودع بهذا الاستعمال، ولا يرفعها إلا الرد.

وردوا على قياس الشافعية والحنابلة على الجحود، بأنه قياس مع الفارق؛ لأنه بالجحود يفسخ به العقد، فلا يعود إلا بعقد جديد؛ لأن مطالبة المودع للوديعة هي عزل للمودع عنده<sup>(٥)</sup>. وردوا على قولهم أنه بالاستعمال يصبح غاصباً، فلا بد من الرد إلى صاحبها، بأنه قد تحقق الرد حكماً؛ إذ المودع عنده وكيل عن صاحب الوديعة في الحفظ.

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

ويرد على أدلة المالكية والحنفية بما يلي:

أولاً: يرد على قولهم بأن موجب الضمان الهلاك بأن هذه دعوى وليست دليلاً، كما أن الحنفية والمالكية يقولون بتحول يد المودع إلى يد ضمان في غير حالة الهلاك<sup>(١)</sup>، وهي الامتناع عن الرد في حالة طلب الوديعة من صاحبها.

(١) الأبي، جواهر الإكليل (٢/٢١٠).

(٢) المرغيناني، الهداية (٣/٢١٦).

(٣) العيني، البناية (١٠/١١٧)، المرغيناني، الهداية (٣/٢١٦)، الكاساني، البدائع (٥/٣١٥).

(٤) العيني، البناية (١٠/١١٧).

(٥) الزيلعي، تبیین الحقائق (٦/٢٣).

ثانياً: وأما قولهم بأن الأمر في الحفظ يظل على إطلاقه، فهو مبني على القول بأن الأمر يقتضي التكرار<sup>(٢)</sup>، وهو محل خلاف، والكثير من أهل العلم على خلافه<sup>(٣)</sup>، كما أن الأمر بالحفظ كان مبنياً على علم صاحب الوديعة بأمانة المودع وباستعماله لها دون علم صاحبها تبين عدم أمانة المودع عنده، ولا أظن المودع يرضى ببقاء الوديعة عنده بعد ذلك.

ثالثاً: وأما القياس على من استأجر شخصاً للحفظ فهو قياس مع الفارق، فعقد الوديعة عقد جائز، بينما عقد الإجارة عقد لازم<sup>(٤)</sup>.

### الرأي الراجح:

وبعد النظر في الأدلة ومناقشتها، فإن الذي يترجح قول الشافعية، والحنابلة، وإن كانت أدلتهم فيها ضعف إلا أن ما يتبغى النظر إليه في هذه المسألة قصد المودع وهو حفظ ماله عند الثقة الأمين، ولما دفع ماله إلى المودع عنده كان يظنه كذلك، ولكنه بعد تعديه على الوديعة تبين خلاف هذا، فلو قلنا ببقاء عقد الوديعة على حاله لأدى ذلك إلى وضع الوديعة عند من لا يحفظها ويرعاها لصاحبها حق رعايتها، وبالتالي عدنا على مقصد المودع من العقد بالنقض، وهذا لا يجوز، ولما كان رد الوديعة إلى صاحبها واجباً في هذه الحالة، ولم يتم المودع عنده بالرد، فإن يده تكون يد ضمان لا يد أمانة، كما هو الحال في الامتناع عن الرد عند طلب الوديعة من صاحبها.

(١) العيني، البناءة (١١١/١٠)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٨٧/٦).

(٢) القرافي، الذخيرة (٣٣٩/٧).

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

(٤) العيني، البناءة (١١٧/١٠).

### المطلب الرابع: تسلف الوديعة والاتجار بها

ومن المسائل المهمة التي أرى أنه لا بد من ذكرها مسألة تسلف الوديعة أو الاتجار بها من قبل الوديع.

بداية لا بد من الإشارة إلى أنه لا خلاف بين العلماء في أن اقتراض الوديعة أو الاتجار بها من المودع عنده يجعلها مضمونة عليه<sup>(١)</sup>.

ولو تسلف المودع عنده الوديعة أو اتجر بها ثم رد مثلها مكانها وهلكت بعد ذلك فلا ضمان على المودع على رأي المالكية والحنفية<sup>(٢)</sup>؛ لأن يده تظل يد أمانة بعد هذا الاستخدام، بينما يرى الشافعية، والحنابلة أن يد المودع عنده تصبح يد ضمان بعد هذا الاستعمال<sup>(٣)</sup> - كما مر سابقاً-، فإذا هلكت الوديعة بعد الرد فإن المودع عنده يضمنها مهما كان سبب الهلاك.

والذي أردت أن اتحدث عنه في هذا المطلب هو الحكم التكليفي لاقتراض الوديعة أو الاتجار بها.

ولقد اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب جمهور العلماء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز هذا التسلف أو الاتجار<sup>(٤)</sup>، يقول السرخسي: "وليس للمودع حق التصرف والمشتراخ بالوديعة"<sup>(٥)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية إلى التفصيل في جواز اقتراض الوديعة على النحو الآتي:  
أولاً: إذا كان الوديع فقيراً فإنه يحرم عليه تسلف الوديعة سواء أكانت من المثليات أو القيميات، حفظاً لحق المودع لعدم قدرة الفقير على رد ما تسلفه من الوديعة بسبب إعساره<sup>(٦)</sup>.  
ثانياً: وأما إذا كان الوديع موسراً فإنه ينظر إلى طبيعة الوديعة:

(١) الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٣/٦)، العيني، البناية (١١٦/١٠)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٧/٢)، الهيتمي، تحفة المحتاج (١٢٧/٣).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٣/٥)، العيني، البناية (١١٦/١٠).

(٣) الهيتمي، التحفة (١٢٩/٣)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٧/٢).

(٤) العيني، البناية (١١٦/١٠)، الشريبي، مغني المحتاج (٢١/٣)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٦/٢).

(٥) السرخسي، المبسوط، ١٢٢/١١.

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٣/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٣/٦).

١. فإذا كانت الوديعة قيمة فيحرم على المودع اقتراضها، لاختلاف الأغراض فيها، فلا يقوم غيرها مكانها<sup>(١)</sup>.
٢. وأما إذا كانت الوديعة نقداً، فإنه يكره تسلفها ولا يحرم؛ لإمكانية الرد من قبل المودع<sup>(٢)</sup>، ولأن الدراهم والدنانير لا تتعين، فلا مضرة على المودع في انتفاع المودع عنده بها إذا رد مثلها<sup>(٣)</sup>.
٣. إذا كانت الوديعة من المتليات الأخرى فإن كانت مما يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله أو تختلف أغراضه، فلا يجوز تسلفه<sup>(٤)</sup>، وأما إذا كانت من المتليات التي لا يختلف الغرض منها ويكثر وجودها فإنه يكره تسلفها<sup>(٥)</sup>.
- وأما بالنسبة لحكم الاتجار بالوديعة فقليل يكره مهما كانت طبيعة الوديعة<sup>(٦)</sup>، والأظهر عندهم أن حكمها كحكم التسلف تماماً، يختلف بحسب طبيعة الوديعة<sup>(٧)</sup>.

### القول الثالث:

ذهب ابن تيمية إلى جواز التسلف إن علم الوديع علماً يطمئن إليه قلبه أن صاحب الوديعة يرضى بالتسلف، فيجوز أن يتسلف، ويكون هذا بالنسبة لرجل يعرفه الوديع، ويعرف منزلته عنده، ومتى شك برضا المودع فلا يجوز له الاقتراض<sup>(٨)</sup>.

### الرأي الرابع:

وبعد النظر في أقوال العلماء فإن الذي ينبغي التركيز عليه ما جاءت به الشريعة من حرمة أموال الناس إلا ما كان عن طيب نفس من قبل صاحبها فأى استهلاك أو استخدام لأموال الآخرين يجب أن يكون عن طيب نفس من صاحبها، والذي يضع ماله عند آخر ليحفظه عنده لا يرضى باستخدامه أو استهلاكه؛ لأن استخدام هذا المال يتنافى مع مقصد الحفظ المراد من

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٣/٥).

(٢) المرجع السابق.

(٣) مواق، التاج والإكليل (٢٥٤/٥).

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٣/٥)، المواق، التاج والإكليل (٤٥٤/٥).

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي، (١٢٣/٥).

(٦) الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٤/٦).

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٣/٥).

(٨) ابن تيمية، مجموع الفتاوى (٢٩٤/٣٠-٢٩٥).

الوديعة، فالذي يترجح هو القول الأول بحرمة التسلف، أو الاتجار بمال الوديعة مهما كانت طبيعة المال المودع.

وأما بالنسبة لما جاء عن ابن تيمية فلا أرى العلم الذي أشار إليه كافيًا، بل لا بد من الإذن الصريح، حفظاً على أموال الناس، وخصوصاً أننا في زمان فسدت فيه ذمم كثير من الناس، فلا بد من التشدد.

وأما بالنسبة للربح الناجم عن الاتجار بالوديعة فقد اختلفت أقوال أهل العلم في الجهة التي تستحق هذا الربح.

### القول الأول:

ذهب المالكية وأبو يوسف والإمام أحمد في رواية مرجوحة والحسن البصري إلى أن الربح من نصيب المودع عنده<sup>(١)</sup>. وعللوا رأيهم:

أولاً: بالقياس على الغاصب فكما أن الغاصب إذا اتجر بالمال المغصوب فله ربحه فكذلك المودع عنده بجامع التصرف في كل منهما بغير إذن صاحب المال<sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأن الأصل المقيس عليه محل خلاف، فالحنابلة والإمام أبو حنيفة وأبو يوسف يرون خلاف هذا الرأي<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: إن المودع عنده قد ملك الوديعة بضمانه لها.

والحقيقة أن كون الوديعة مضمونة عليه لا يجعله مالكا لها؛ لأن ملك مال الغير لا يتم إلا عن طيب نفس وهو معدوم هنا.

### القول الثاني:

ذهب الحنابلة في الرواية المعتمدة في المذهب وعطاء إلى أن الربح يكون للمودع<sup>(٤)</sup>. وعللوا رأيهم بأن المودع عنده قد تصرف في مال الغير بغير إذنه فلا يستحق الربح بهذا التصرف غير المأذون به فيكون الربح لصاحب الملك لأنه نماء ماله<sup>(٥)</sup>.

(١) الخطاب، مواهب الجليل، ٢٥٥/٥، الهداية، ١٤/٤، ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ١٣٠/٣٠، ابن أبي شيبة، المصنف باب الرجل يكون عنده الوديعة فيعمل بها لمن تكون ربحتها، ٣٣٢/٤.

(٢) ابن رشد، بداية المجتهد، ٢٣٤/٢.

(٣) بهوتي، كشف القناع، ١١٣/٤، المرغناني، الهداية، ١٤/٤.

(٤) المرادوي، الإنصاف، ٢٠٩/٦، البهوتي، كشف القناع، ١٠١/٤.

(٥) المرادوي، الإنصاف، ٢٠٩/٦.

### القول الثالث:

وذهب الشافعية إلى أن المودع عنده أو المتصرف في مال الغير بغير إذنه يستحق الربح إذا اشترى في الذمة ثم فقد مال الغير ولا يستحق الربح إذا اشترى بعين مال الغير ويكون الربح لمالك لمالك المال<sup>(١)</sup>.

ولعمهم رأوا أ، المعاملة عند الشراء في الذمة معاملة صحيحة في أصلها وإنما طرأ الخلل عليها عندما دفع مال الغير ولما كان دفع هذا الملك بإيجاب الضمان على المتصرف فحكموا بضمان مال الغير وتصحيح العقد ومما يجعل المتصرف يملك ما يترتب على هذا العقد من ربح، بخلاف دفع مال الغير عند الشراء بعينه فالعقد باطل من أصله فلا يملك المودع عنده ربح المال وإنما يكون الربح لصاحب المال الأصلي.

والحنفية إن دفع مال الغير عند الشراء في الذمة يجعل العقد غير صحيح كما لو اشترى بعين المال لأنه دفع مال الغير بغير إذنه فيكون الربح للمالك في الحالين<sup>(٢)</sup>.

### القول الرابع:

وذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن ومجاهد إلى وجوب التصرف بالمال الناجم عن التصرف في الوديعة أو مال الغير بغير إذنه وعللوا رأيهم بأن المودع عنده أو المتصرف في مال الغير بغير إذنه إن كان قد ملك المال المعتدى عليه بالضمان لكن ملكيته خبيثة فكان عليه أن يتصرف بالربح<sup>(٣)</sup>.

والحقيقة أنه ينازع أصحاب هذا القول في تحقق الملكية لا ملك مال الغير لا تكون إلا عن طيب نفس وهذا معدوم هنا.

### القول الخامس:

وذهب الإمام أحمد في رواية مرجوحة إلى أن الربح يكون لبيت المال ولم أجد لهذا القول مستنداً<sup>(٤)</sup>.

(١) الشرواني، حاشية الشرواني، ٩٢/٦، ابن حجر، فتح الباري، ٥١٠/٦.

(٢) البحر الرائق، ١٢٩/٨، ابن أبي شيبه، المصنف، باب: الرجل يكون عنده الوديعة فيعمل بها لمن يكون ربحها، ٣٣٢/٤.

(٣) المرغناني، الهداية، ١٤/٤.

(٤) ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ١٣٠/٣٠.

### القول السادس:

وذهب الحنابلة في رواية أخرى مرجوحة إلى اقتسام الرحب مناصفة بين رب المال والمودع عنده<sup>(١)</sup>. واستدلوا بما جاء في الموطأ أن أبا موسى الأشعري قد اجتمع لديه مال للمسلمين يريد أن يرسله إلى عمر رضي الله عنه فمريه عبد الله وعبيد الله ابنا عمر رضي الله عنهم - فقال: إني لا أستطيع أن أعطيكما شيئاً ولكن عندي مال أريد أن أحمله إلى أبيكما، فخذاه اتجرا به، وأعطوه مثل المال، فتكونان قد اتفقتما، والمال حصل عنده مع ضمانكما له، فاشترى به بضاعة فلما قدما على عمر رضي الله عنه - قال: أكل العسكر أقرضهم ما أقرضكما؟ فقالا: لا، فقال ضعا الربح في بيت المال، فسكت عبد الله وقال عبيد الله: أرأيت لو ذهب هذا المال، أما كان علينا ضمانه؟ قال: بلى، فقال: كيف يكون الربح للمسلمين وعلينا ضمانه فوفق عمر رضي الله عنه فقال له الصحابة: اجعله مضاربة بينهما وبين المسلمين لها النصف من الربح وللمسلمين النصف، فعمل عمر رضي الله عنه ذلك<sup>(٢)</sup>.

فعبد الله وعبيد الله قد تصرفا في مال الغير فعبر إذن فجعل عمر رضي الله عنه الربح بينهما وبين بيت المال للمالك لما الذي تصرفا فيه.

والحقيقة أن الاستدلال بهذا الأثر لا يستقيم لأن عبد الله وعبيد الله قد أخذوا المال ممن له حق التصرف فيه وهو أبو موسى الأشعري، وأخذاه على أساس الانتفاع به ورد بدله فهو مضمون عليهما لحكم الفرض بخلاف الذي أخذ المال أو تصرف فيه بغير إذن من صاحبه مما جعله مضموناً عليه لتصرفه في المال غير المأذون به.

### الرأي الرابع:

وبعد النظر في أقوال أهل العلم وأدلتهم فإن الذي يترجح هو جعل الربح لصاحب المال لأنه نماء لماله، ولا يصح إعطاء المتصرف بمال الغير بغير إذن صاحبه الربح الناجم عنه لتعديه على مال الغير وحفظاً على أموال الناس من الاعتداء عليها، ولو أعطينا المعتدي الربح أو شيئاً من الربح لكان في ذلك تشجيع على الاعتداء على أموال الناس ولا يصح قياس فعل عمر مع أبنائه على الاعتداء على مال المودع عنده، لأن المودع عنده قد أخذ الوديعة من أجل حفظها بخلاف أبناء عمر رضي الله عنهم - وقد أخذوا المال ممن يحق له التصرف فيه وهو أبو موسى الأشعري - على أن ينتفعا به ويردان بدله.

(١) المرجع السابق.

(٢) أنس، موطأ مالك، كتاب القراض، باب ما جاء في القراض، ٦٨٧/٢، وإسناده صحيح، انظر نيل الأوطار،

### المطلب الخامس: أثر نية استعمال الوديعة على يد الوديع

ومما أجد أنه لا بد من ذكره في هذا البحث ما أشار إليه العلماء بالنسبة إلى ما يترتب على نية استعمال الوديعة على يد المودع عنده.

اختلفت آراء الفقهاء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية وجماهير الشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup> إلى أنه لا ضمان على المودع عنده إذا نوى التعدي على الوديعة.

واستدلوا لرأيهم بقول النبي صلى الله عليه وسلم: (إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم)<sup>(٢)</sup>، فالذي نوى التعدي لم يعمل أو يتكلم، فهو معفو عنه كحديث النفس.

#### القول الثاني:

ذهب القاضي من الحنابلة وابن سريح من الشافعية<sup>(٣)</sup> إلى أن المودع يضمن لمجرد النية. واستدلوا لرأيهم بالقياس على الملتقط، فقالوا: كما أن الملتقط إذا نوى أن يتعدى على اللقطة فإنه يضمنها، فكذلك في الوديعة بجامع أن يد كل واحد من الوديع والملتقط على ما عنده يد أمانه<sup>(٤)</sup>. ويرد على هذا القياس، بأنه قياس مع الفارق<sup>(٥)</sup>؛ لأن سبب أمانة الوديع التسليط من المالك بينما سبب أمانة الملتقط هي نيته.

كما أن نية التعدي في اللقطة مؤثرة عند الالتقاط، وأما بعده فلا — كما هو الحال في مسألتنا هذه — فلا تأثير لها.

كما أن هذا القياس جاء في مورد النص، وكما هو معلوم أن لا اجتهاد في مورد النص.

#### الرأي الرابع:

وبعد النظر في الأقوال وأدلة أصحابها فإن الذي يترجح هو القول بعدم التضامن، لقوة أدلة هذا القول، ولتهافت قياس الفائلين بالتضمين.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٦٧٠/٥)، القرافي، الذخيرة (٣٣٧/٧)، الشربيني، مغني المحتاج (١١٦/٣)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٧/٢).

(٢) سبق تخريجه.

(٣) ابن مفلح، المبدع (٣٤٠/٥)، النووي، روضة الطالبين (٣٣٤/٦).

(٤) المراجع السابقة.

(٥) الشربيني، مغني المحتاج (١١٦/٣)، ابن مفلح، الفروع (٣٦٢/٤).

### المطلب السادس: أثر الإذن في الاستعمال على يد الوديع

إذا أعطى شخص لآخر شيئاً لا يهلك بالاستعمال من أجل حفظه ثم أذن له بعد ذلك باستخدامها فما هو أثر هذا الإذن على يد المودع عنده؟

اتفق الفقهاء على إباحة استعمال الوديعة بإذن صاحبها ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك حيث يقول: "أجمع أهل العلم على إباحة استعمال الوديعة بإذن مالكها"<sup>(١)</sup>. ولكنهم اختلفوا في تأثير الإذن على يد المودع عنده على عدة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب المالكية إلى أن الإذن بالاستخدام لا يحول يد المودع عنده إلى يد ضمان بل تظل يد أمانة لأن الإذن بالاستخدام لا يحول العقد إلى عقد عارية، فالعارية أمانة عندهم<sup>(٢)</sup>. ولو ظل العقد عقد وديعة فإن فاسده وصحيحه عقد أمانة<sup>(٣)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن يد المودع عنده قبل الاستعمال تظل يد أمانة أما بعد الاستعمال فتصير يد ضمان.

وعللوا رأيهم بأن الوديعة تصبح عارية عند استعمالها بالإذن والعارية مضمونة عندهم وأما قبل الاستخدام فإنها وديعة فاسدة عند الشافعية<sup>(٤)</sup>. وصحيحة عند الحنابلة<sup>(٥)</sup>. وعقد الأمانة فاسدة وصحيحة عقد أمانة<sup>(٦)</sup>.

#### الرأي الراجح:

والذي يترجح هو القول بجعل يد المودع عنده يد ضمان؛ لأن الإذن باستخدام الوديعة يتنافى مع مقصد الحفظ والرعاية الموجود في عقد الوديعة ويجعل العقد أقرب إلى العارية المضمونة فبمجرد الإذن تتحول الوديعة إلى عارية مضمونة ولا فرق إذا كان قبل الاستخدام أو بعده.

(١) ابن المنذر، الإجماع، ١٠٣/١.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ١٢٢/٥، السرخسي، المبسوط، ١٢١/١١.

(٣) المرغناني، الهداية، ٢٠٩/٣، البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٢٩٤/٣، البهوتي، كشف القناع، ١٦٧/٤.

(٤) الشرواني، حواشي الشرواني، ١٠٥/٧.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ١٦٧/٤.

(٦) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٢٩٤/٣.

المبحث الثالث: الضمان عند دفع الوديعة للغير

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الدفع الذي يستوجب الضمان.

المطلب الثاني: الشخص الذي يستقر عليه الضمان.

المطلب الثالث: الضمان عند دفع الوديعة للغير إكراهاً.

## المبحث الثالث: الضمان عند دفع الوديعة للغير

### المطلب الأول: الدفع الذي يستوجب الضمان

دفع الوديعة إلى الغير أي أن يعطي المودع عنده الوديعة إلى شخص آخر يحفظها عنده، فهل يضمن المودع عنده بالدفع مطلقاً سواء أكان لسبب أو لغير سبب أو بالدفع لأجنبي دون الدفع إلى عياله ممن يحفظ عندهم ماله عادة أم ماذا؟  
هذا ما سأحدث عنه في هذا المطلب إن شاء الله.

### المسألة الأولى: دفع الوديعة إلى العيال

اختلف الفقهاء في مسألة دفع المودع عنده الوديعة إلى عياله كزوجته أو أبنائه في الأحوال العادية بدون إذن على قولين:

#### القول الأول:

ذهب جمهور العلماء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز دفع المودع الوديعة إلى عياله الذين جرت العادة بالحفظ عندهم<sup>(١)</sup>، واستدلوا لرأيهم بعدد من الأدلة:  
أولاً: قالوا بأن الظاهر أنه يلزم بحفظ المال لغيره على الوجه الذي يحفظ ماله فيه وهو يحفظ ماله بدفعه لعياله، فمن عادة الرجل أن يعطي ماله لزوجته كي تحفظه<sup>(٢)</sup>.  
ثانياً: أنه لا بد له من الدفع إلى عياله؛ لأنه لا يمكنه ملازمته بيته ولا استصحاب الوديعة عند خروجه، فكان المالك راضياً به دلالة<sup>(٣)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية في قول ثان عندهم إلى عدم جواز دفع المودع عنده الوديعة إلى زوجته أو عياله، إلا أن يستعين بهم بحيث لا تغيب الوديعة عن عينيه<sup>(٤)</sup>، واستدلوا لرأيهم بما يلي:  
أولاً: قالوا كما أنه لا يجوز دفعها لأجنبي ليحفظها له، فكذلك لعياله بجامع عدم الإذن في كل منهما<sup>(٥)</sup>.

(١) المرغيناني، الهداية (٢١٥/٣)، الحرشي، حاشية الحرشي (٤٧٨/٦)، النووي، روضة الطالبين (٢٣٧/٦)،

ابن مفلح، الفروع (٣٦٠/٤)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٥/٢).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٣٠٨/٥).

(٣) المرغيناني، الهداية (٢١٥/٣).

(٤) البجيرمي، حاشية البجيرمي (٢٩٣/٣).

(٥) النووي، روضة الطالبين (٢٣٧/٦).

ويرد على دليل الشافعية بأنه علم بالعادة أن الوديعة لا يزيد المودع عنده في حفظها عن حفظ ماله، والعادة تقتضي في أنه يحفظ ماله عند عياله، فكذا الوديعة خلافاً لحفظ الوديعة عند أجنبي، فإن حفظها عنده ليس معلوماً عادة حتى يقضى به.

### الرأي الرابع:

وبعد النظر في أدلة العلماء فإن الذي يترجح هو عدم جواز دفع المودع عنده المال إلى عياله، حفاظاً على أموال المودع؛ لأن المودع لم يرض وضع ماله إلا عند الشخص الذي أعطاه المال، والناس يتفاوتون في أمانتهم، كما أننا نعيش في زمان قد فسدت فيه ذمم كثير من الناس.

### المسألة الثانية: دفع الوديعة إلى أجنبي.

اتفق الفقهاء على جواز دفع الوديعة إلى أجنبي بعذر كحريق أو هدم للبيت<sup>(١)</sup>.

وأما دفع الوديعة إلى أجنبي بغير عذر، فجماهير أهل العلم على عدم جوازه<sup>(٢)</sup>، إلا ما جاء عن أبي ليلي واستدل لرأيه<sup>(٣)</sup>:

أولاً: بأن المطلوب منه حفظ الوديعة وحرزها مطلقاً، وقد أحرزها عند غيره وحفظها به.  
ثانياً: ولأنه يحفظ ماله بإيداعه، فإذا أودعها فقد حفظها بما يحفظ به ماله، وهو غاية ما يستطيع من حفظ.

والحقيقة أن هذه الأدلة لا تقوى على معارضة أدلة الجمهور وهي:

أولاً: أن المالك ما رضي إلا يده في الحفظ، والأيدي تختلف في الحفظ<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: ولأن الشيء لا يتضمن مثله، كالوكالة لا تتضمن الوكالة، فالمودع عنده لا يجوز أن يودع غيره<sup>(٥)</sup>.

كما أن المودع لم يرض غير يد المودع عنده بالحفظ، ولو رضي غيرها لأعطاه الوديعة، فالمودع عنده مطالب بالحفظ عنده، فلا يجوز دفعها لغيره والله أعلم.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (١٦٤/٥)، ابن حجر الهيتمي، التحفة (١٢١/٣)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٧/٥)، الفروع (٣٦٤/٤).

(٢) المرغيناني، الهداية (٢١٥/٣)، الهيتمي، التحفة (١٢١/٣)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢١٧/٥)، المرادوي، الإنصاف (٣٢٤/٦).

(٣) ابن قدامة، المغني (٢٨٢/٧).

(٤) المرجع السابق (٢٨٢/٧)، والغزالي، الوسيط (٥٠٠/٤).

(٥) المرغيناني، الهداية (٢١٥/٣).

## المطلب الثاني: الشخص الذي يستقر عليه الضمان

فلو قام الوديع بوضع الوديعة عند غيره بدون عذر، ثم هلكت عند الثاني بلا تعدٍ منه فعلى من يكون الضمان؟ اختلف العلماء في المسألة على ثلاثة أقوال:  
**القول الأول:**

ذهب الإمام أبو حنيفة والمالكية والحنابلة في قول<sup>(١)</sup> إلى أن الضمان يكون على الأول، ولا يضمن وديع الوديع، واستدلوا لرأيهم<sup>(٢)</sup>:  
**أولاً:** أن وديع الوديع قبض المال من يد أمين؛ لأنه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه، فإذا فارقه المودع عنده الأصلي فإنه يكون قد ترك الحفظ الملزم فيه، فيضمنه بذلك<sup>(٣)</sup>.  
والحقيقة أن قولهم هذا ضعيف؛ لأن الوديع الأول قد صار متعدياً وضامناً بمجرد دفعه للوديع الثاني؛ إذ دفع الوديعة للآخرين أمر لا يجوز.  
**ثانياً:** أن الوديع الثاني قد قبض المال من الوديع الأول وهو أمين، ولا يوجد من الوديع الثاني صنيع فلا يضمن، كما لو ألفت الريح ثوباً للغير في حجرته.

يعتبر استدلالهم هذا أمراً غريباً، فمن الذي قبض الوديعة من الوديع الأول؟! كما أن الوديع الأول ما كان ليضع الوديعة عند الوديع الثاني لولا موافقته على ذلك، مما يدل على الفرق الكبير بين الأمانة الشرعية وهذه الحالة، ففي حالة الأمانة الشرعية يأتي المتاع إلى الرجل من حيث لا يدري، فالريح لا تستأذنه بأن توقع الثوب في بيته.  
**ثالثاً:** قالوا: إن دفعاً واحداً لا يوجب ضمانين.  
**القول الثاني:**

ذهب الصحابان والحنابلة في رواية إلى أنه يحق لصاحب الوديعة أن يضمن أيهما شاء، ومن ثم يستقر الضمان على الأول.  
واستدلوا لرأيهم:

(١) المرغيناني، الهداية (٢١٨/٣)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٢٨/٦)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٨/٦)، المرادوي، الإنصاف (٣٢٤/٦)، ابن مفلح، المبدع (٣٣٨/٥).  
(٢) المرغيناني، الهداية (٢١٨/٣)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٣٣٨/٦).  
(٣) المرغيناني، الهداية (٢١٨/٣)، المرادوي، الإنصاف (٣٢٤/٦).

أولاً: بأن الوديع الثاني قد قبض المال من يد ضمين، فبضمه كمودع الغاصب، ويعتبر الوديع الأول ضمينا عند التسليم؛ لأن صاحب الوديعة لم يرض بأمانة غيره فيكون الأول متعدياً في التسليم<sup>(١)</sup>.

ثانياً: وعللوا رأيهم في استقرار الضمان على الأول بوجود التغير للثاني من قبل الأول<sup>(٢)</sup>. ويرد على هذا بأن العلة أخص من الحكم؛ لأنه في حالة العلم فإن الوديع الثاني لا يكون مُغرراً به، بل يكون معتدياً.

### القول الثالث:

ذهبت الشافعية والحنابلة في الرواية المعتمدة عندهم<sup>(٣)</sup> إلى أن لصاحب الوديعة أن يضمن أيهما شاء، ويستقر الضمان على الثاني إن علم أن الوديعة لغير مودعه، وإلا فعلى الأول، واستدلوا:

أولاً: قالوا إن إيجاب الضمان على الإثنين فلأن الأول سلم ما لم يكن له تسليمه، وأما الثاني فلأنه أخذ ما لم يكن له أخذه<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: وعللوا رأيهم في استقرار الضمان على الثاني في حالة علمه، بأنه دخل على أنه يضمن بسبب تعديه بفعله، وأما في حالة جهله؛ فلأنه دخل على أمانة فإذا ضمن رجوع على من غره<sup>(٥)</sup>.

### الترجيح

والذي يترجح في المسألة هو قول الشافعية والحنابلة، فهو أقرب الأقوال إلى الصواب وأعدلها، فالرجل الذي يقبض مالاً من غير مالكة بدون إذن صاحبه وهو يعلم ذلك ينبغي أن يتحمل مسؤولية فعله، وأن يكون قرار الضمان عليه، والذي يجعل قرار الضمان عليه في هذه الحالة هو تلف المال عنده، إذ كل واحد من الوديعين قد تعدى بفعله، إلا أن هلاك المال عند الوديع الثاني رجح كون الضمان عليه.

وأما في حالة عدم العلم فإن قرار الضمان على الأول؛ بسبب تغريره للثاني.

(١) المرغيناني، الهداية (٢١٨/٣)، الزيلعي، تبيين الحقائق (٣٣٨/٥).

(٢) المرغيناني، الهداية (٢١٨/٣).

(٣) الهيتمي، تحفة المحتاج (١١٩/٣)، الشربيني، مغني المحتاج (١٠٨/٣)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٥/٢).

(٤) البجيرمي، حاشية البجيرمي (٢٩٣/٣).

(٥) المرجع السابق (٢٩٣/٣).

### المطلب الثالث: الضمان عند دفع الوديعة للغير إكراهاً

فلو أن شخصاً أكره الوديع على تسليم الوديعة له، فهل يضمن الوديع إذا دفع الوديعة لهذا الشخص أم لا؟

اختلفت آراء العلماء في المسألة على النحو الآتي:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والشافعية في قول لهم والحنابلة إلى عدم تضمين الوديع في هذه الحالة، لوجود الإكراه<sup>(١)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية في الأصح من مذهبهم إلى تضمين الوديع واعتباره مضيقاً لها<sup>(٢)</sup>.  
واستدلوا لرأيهم:

أولاً: قالوا لا أثر للإكراه هنا إذ ليس الأمر من باب خطاب التكليف حتى يؤثر فيه الإكراه، بل هو من باب خطاب الوضع من باب ترتيب الأسباب على مسبباتها<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: بالقياس على حالة إنفاق الوديع الوديعة على نفسه في حالة الخوف من الموت بسبب الجوع<sup>(٤)</sup>.

ويمكن الرد على الدليل الأول بأن الوديع قد التزم الضمان في عقد الوديعة في حالة التعدي أو التفريط فقط، ولم يلتزم الضمان في كل حالة والحالة، التي نحن بصددنا لا يوجد منه أي تعدي أو تقصير، لوجود الإكراه.

وأما بالنسبة لقياسهم فهو قياس مع الفارق؛ لأن الذي قام باستهلاك الوديعة في الأصل المقيس عليه هو الوديع، وأما في حالة الإكراه الذي قام بالاستهلاك حقيقة هو الغاصب، كما لو أتى سارق فأخذ الوديعة واستهلكها من دون تفريط من الوديع.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٦٦٦/٥)، النووي، المجموع (٣٠/١٥)، ابن النجار، محمد تقي الدين بن أحمد، منتهى الإرادات، دار الجيل للطباعة ١٣٨١هـ (٥٤١/٢).

(٢) الهيتمي، التحفة (١٢٧/٣).

(٣) المرجع السابق.

(٤) الشيرازي، المهذب (٣٦٢/١).

### الرأي الراجح

والذي يترجح القول بعدم التضمنين؛ لأن الوديع في هذه الحالة لا حول له ولا قوة، ولم يكن من جانبه أي تقصير، كما أن الشريعة قد رفعت الحرج عن الناس ولم تكلفهم فوق طاقتهم في جميع أحكامها، وفي تحميل الوديع الضمان في هذه الحالة منافاة لهذا المبدأ.

المبحث الرابع: الضمان عند السفر بالوديعة وخطها بغيرها.

وفي مطلبان:

المطلب الأول: الضمان عند السفر بالوديعة.

المطلب الثاني: الضمان عند خط الوديعة بغيرها.

## المبحث الرابع: الضمان عند السفر بالوديعة وخلطها بغيرها

### المطلب الأول: الضمان عند السفر بالوديعة

سأبحث في هذا المطلب عن مسألة سفر المودع عنده بالوديعة فهل يجوز له السفر بالوديعة إذا عرض له سفر ولا ضمان عليه؟ أم أنه ممنوع من ذلك ويضمن الوديعة إذا سافر بها؟ اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال ولعل الخلاف في المسألة يرجع إلى اختلاف وجهات نظرهم في كون السفر تقريباً أم لا؟

وقبل ذكر أقوال العلماء في المسألة أود أن أشير إلى أن الفقهاء متفقون على جواز السفر بالوديعة عند الضرورة، كجلاء أهل البلد أو الغزو، أو إذا لم يجد المودع عنده من يدفعها إليه، وخاف عليها إن تركها<sup>(١)</sup>، وأما في حالة عدم العذر فقد اختلف العلماء في المسألة على ثلاثة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب الإمام أبو حنيفة والحنابلة في رواية<sup>(٢)</sup>، إلى جواز السفر بالوديعة ما لم يكن الطريق مخوفاً، ولم ينهه صاحب الوديعة عن ذلك، واستدلوا لرأيهم: أولاً: لإطلاق الأمر بالحفظ دون تحديد المكان<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: لأنه سافر بها سفرأ غير مخوف فأشبهه ما لم يجد أحداً عنده لدفعها إليه<sup>(٤)</sup>. ويرى الحنابلة أنه إذا كانت الطريق مخوفاً، أو نهاه صاحب الوديعة عن السفر، فإنه يجب على الوديع ردها إلى المالك، ثم وكيله، ثم القاضي، ثم أمين، وإن خالف هذا الترتيب فإنه يضمن<sup>(٥)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية معتمدة عندهم، ومحمد صاحب أبي حنيفة في رواية عنه إلى عدم جواز السفر بالوديعة<sup>(١)</sup>.

(١) الخرشى، حاشية الخرشى (٤٧٣/)، المرغيناني، الهداية (٢١٦/٣)، المرادوي، الإنصاف (٣٢٧/٦)،

الشيرازي، المهذب (٣٦١/١)، النووي، روضة الطالبين (٣٢٩/٦).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٦٢/٨)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٦/٢).

(٣) المرغيناني، الهداية (٢١٦/٣).

(٤) المرجع السابق.

(٥) ابن مفلح، الفروع (٣٦٠/٤).

واستدلوا لرأيهم:

أولاً: الأثر الذي جاء فيه: (أن المسافر وماله على قلت إلا ما وقى الله)<sup>(٢)</sup>، والقلت الهلاك، فقالوا: إن هذا الحديث يبين أن المسافر في سفره معرض للهلاك، فإذا جوزنا للوديع السفر فإننا نعرض الوديعة للهلاك<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: قالوا إن العقد ينعقد بالحفظ المتعارف عليه، وهو الحفظ في الأمصار، فلا بد من مراعاة هذا العرف<sup>(٤)</sup>.

ثالثاً: بالقياس على الاستتجار للحفظ فكما لا يجوز السفر في حالة الاستتجار، فكذلك في عقد الوديعة<sup>(٥)</sup>.

ويرى الشافعية أن الوديع إذا أراد السفر فعليه أن يسلم الوديعة إلى صاحبها ثم وكيله ثم القاضي ثم إلى أمين، وإن خالف الترتيب فإنه يضمن<sup>(٦)</sup>.

بينما يرى المالكية أنه يجب أن يعطيها لصاحبها، وأن لم يجده فإنه يعطيها الثقة الأمين<sup>(٧)</sup>. ويرد على الدليل الأول بأن هذا ليس حديثاً عن النبي صلى الله عليه وسلم وإنما هو من كلام بعض السلف<sup>(٨)</sup>.

كما أننا لا نقول بالسفر الذي يخشى فيه على هلاك الوديعة حفظاً وصيانة لها. وبالنسبة للدليل الثاني فلقد رد عليه المرغيناني بقوله: إن المتعارف كونهم في الأمصار، لا كون الحفظ في الأمصار<sup>(٩)</sup>.

ويرد على قياسهم على الاستتجار بأنه قياس مع الفارق؛ لأن عقد الاستحفاظ بأجر عقد معاوضه يقتضي التسليم في مكان العقد<sup>(١)</sup>.

(١) الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٣/٧)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٦٦٢/٥)، الهيثمي، تحفة المحتاج (١١٩/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٥/٢).

(٢) لم أجد هذا الأثر في كتب السنن ولا الصحاح ولكن وجدته في غريب الحديث (٥٦٤/٢)، حكاة الأصمعي عن رجل من الأعراب، وقال عنه ابن حجر أنه كلام لبعض السلف، تلخيص الحبير (٩٨/٢).

(٣) البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٥/٢).

(٤) المرغيناني، الهداية (٢١٦/٣).

(٥) المرجع السابق (٢١٦/٣).

(٦) النووي، المنهاج (٩٣/١).

(٧) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٣/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٣/٧).

(٨) ابن حجر، تلخيص الحبير (٩٨/٢).

(٩) المرغيناني، الهداية (٢١٦/٣).

### القول الثالث:

ذهب الصحابان إلى أنه إن كان السفر بعيداً، أو كان صاحب الوديعة يحتاج إلى تكاليف في الحمل والمؤنة كي يأخذ وديعته إذا مات الوديع أثناء سفره، فلا يجوز له السفر، وإن لم يحتج صاحب الوديعة إلى الحمل والمؤنة، فإنه يجوز له السفر، وعللوا رأيهم بأن صاحب الوديعة إذا أراد أخذ وديعته عند موت الوديع إذا سافر فإنه يلزمه الحمل والمؤنة وهو لا يرضاه<sup>(٢)</sup>. ويرد على قولهم بأن صاحب الوديعة لا يرضى أيضاً ببقاء الوديعة إذا كان إبقاؤها تعريضاً لها للهلاك.

### الرأي الرجح

وبعد النظر في أقوال العلماء وادلتهم فإنني أجد أن اختلافهم يرجع إلى اختلاف نظرهم في السفر هل فيه تعريض الوديعة للهلاك أم لا؟ لذلك فالرأي الذي يترجح أنه على المودع عنده أن ينظر إلى الأحفظ فإن كان سفره بها خيراً من إبقائها فعليه أخذها وإن العكس فالعكس. وإذا أراد أن يردها قبل سفره، فعليه إعطاؤها لصاحبها ثم وكيله؛ لأنه نائب عنه ولا يخالف هذا الترتيب، لأن الوكيل فرع وصاحب الوديعة أصل، ولا يصار إلى الفرع إلا بعد الأصل، ومن ثم له أن يعطيها الأمين الثقة كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم عند الهجرة<sup>(٣)</sup>، أو يعطيها للقاضي.

(١) المرغيناني، الهداية (٢١٦/٣)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٦٦٢/٥).

(٢) المرغيناني، الهداية (٢١٦/٣).

(٣) البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الوديعة، باب ما جاء في الترغيب بتأدية الأمانة رقم (١٢٤٧٦) (٢٨٩/٦)، وصححه ابن حجر، تلخيص الحبير (٩٨/٢).

## المطلب الثاني: الضمان عند خلط الوديعة بغيرها

وسأتحدث في هذا المطلب عن مسألتين:

### المسألة الأولى: الضمان عند خلط مال المودع بغيره

إذا قام الوديع بخلط الوديعة بغيرها فقد يكون الخلط يتعذر معه التمييز، كخلط زيت مع جنسه أو مع مائع آخر من غير جنسه، كخلط زيت مع سمن سائل<sup>(١)</sup>، وقد يكون الخلط يمكن معه التمييز كالدرهم البيض مع السود أو دراهم مع دنائير<sup>(٢)</sup>.

اتفق الفقهاء على أن المودع عنده لو خلط الوديعة بماله أو مال غيره بما يتعذر تمييزه دون أن يقصد الإحراز والإرفاق فإن المودع عنده يضمنه<sup>(٣)</sup>، لكن اختلفوا إذا خلط الوديعة بمثلها أو قصد في حاله الخلط بما يتعذر تمييزه الإحراز والرفق، هل يضمن أم لا؟ وهل للمودع خيار آخر غير الضمان إذا خلط المودع عنده الوديعة بما يتعذر فيه التمييز؟ كل هذه الأسئلة سنجيب عليها عند ذكرنا لأقوال العلماء والتي تنقسم إلى ثلاثة أقوال:

### القول الأول:

ذهب وأبو حنيفة، والشافعية والحنابلة<sup>(٤)</sup> إلى أن المودع عنده إذا خلط الوديعة بماله أو مال غيره، فإن كان التمييز متعذراً فإن المودع يضمن المودع عنده الوديعة، ولو خلط الوديعة بما يمكن تمييزه، فإنه لا ضمان على المودع عنده، وعللوا قولهم:

أولاً: بأنه لما خلطها صيرها في حكم التالف، وضيع على نفسه ردها، فأشبه ما لو ألقاها في لجة البحر<sup>(٥)</sup>.

ثانياً: قالوا إن المالك لا يرضى بهذا الخلط لما يترتب عليه، فيكون قد تصرف في الوديعة بغير إذن صاحبها، فصار متعدياً فيضمن<sup>(٦)</sup>.

أما في حالة التمييز فلا يوجد شيء من هذه المحذورات، فلا ضمان.

(١) العيني، النياية (١١١/١٠).

(٢) السرخسي، المبسوط (١١٠/١١).

(٣) الهيتمي، التحفة (١٢٨/٣)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٢/٦)، العيني، النياية (١٤٣/١٠)، المرادوي، الإنصاف (٣١/٦).

(٤) المرغيناني، الهداية (٢١٥/٣)، الشربيني، مغني المحتاج (١١٧/٣)، المرادوي، الإنصاف (٣٣١/٦).

(٥) ابن مفلح، المبدع (٣٤٠/٥).

(٦) الهيتمي، التحفة (١٢٨/٣).

### القول الثاني:

ذهب الصحابان إلى أن المودع عنده إذا خلط مال الوديعة بجنسه بحيث يتعذر التمييز، كأن يخلط الدراهم البيض بالبيض أو القمح بالقمح فللمودع أن يضمه أو أن يقبل الشركة، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: أن المودع لا يمكنه الوصول إلى عين حقه صورة، وأمكته معنى بالقسمة.  
ثانياً: بأن هذا الخلط استهلاك من وجه دون وجه من حيث أن عين المال موجودة، إلا أنها مخلوطة مع غيرها على وجه لا يتميز فيه حقه، فيميل صاحب الوديعة إلى أيهما شاء<sup>(١)</sup>.  
ويرى الصحابان بأن المودع عنده إذا خلط المائع بغير جنسه، فإنه يضمن، وعللوا رأيهم بأن هذا استهلاك صورة ومعنى، ولتعذر معنى القسمة، ويوافقهم أبو حنيفة والشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup>.

وأما إذا خلط المائع بجنسه، كالزيت فيرى أبو يوسف جعل الأقل تابعاً للأكثر، ويضمن صاحب الأكثر للأقل نصيبه.

ويرى محمد أن المخلوط يصبح شركة في كل حال<sup>(٣)</sup>، وسبب الاختلاف بين الصحابين إلى اختلافهم في مسألة هل يغلب الجنس الجنس، كما في مسألة الرضاع لو صب حليب امرأتين في كوب وشرب منه الرضيع فإن أبا يوسف يثبت الحرمة للمرأة صاحبة الحليب الغالب، ولكن محمد يثبت الحرمة للمرأتين لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده.

### القول الثالث:

ذهب المالكية إلى إيجاب الضمان في حالة خلط المثلي بمثله كالقمح بالقمح أو غير مثله مما يمكن معه التمييز كالدراهم بالدنانير واستثنوا من ذلك الخلط على وجه الإحراز<sup>(٤)</sup>.

### الرأي الراجح

والذي يترجح هو قول الشافعية والحنابلة والصحابين والإمام أبي حنيفة في أن المودع لا يضمن في حالة الخلط الذي تتميز فيه الوديعة عن المال المخلوطة معه؛ لأن عين الوديعة ما

(١) انظر قول الصحابين مع أدلتهم، المرغيناني، الهداية (٢١٥/٣-٢١٦)، العيني، البناية (١١١/١٠).

(٢) العيني، البناية (١١١/١٠)، الشريبي، مغني المحتاج (١١٧/٣)، ابن مفلح، المبدع (٣٤٠/٥).

(٣) العيني، البناية (١١٣/١٠)، المرغيناني، الهداية (٢١٦/٣).

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢١/٥-١٢٢)، الأبي، جواهر الإكليل (٢١٠/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي

(٤٧٢/٦).

زالت موجودة ولم تستهلك، وأما في حالة عدم التمييز، فالحقيقة أنني لا أتصور خلط مال الوديعة بمثلها يعتبر حفظاً لها، لما في ذلك من استهلاك لها، ولما يترتب على هذا الخلط من أحكام لم يكن صاحب الوديعة متقبلاً لها، لذلك فإني أعتبر قول المالكية في عدم تضمين المودع عنده للوديعة في حالة خلطه لها بما لا يتميز، ولو كان الخلط على وجه الإحراز والرفق قولاً مرجوحاً.

وأما قول الصحابين بإعطاء المودع الحق في أن يختار الشركة أو أن يضمن المودع عنده الوديعة فلا أرى بأساً في ذلك؛ لأن المودع عنده قد تعدى بخلطه، فعليه أن يتحمل تبعات فعله. وأما قول الصحابين في خلط المائعات المتجانسة فإني أراه قولاً مرجوحاً، وأرى قول الشافعية والحنابلة والإمام أبي حنيفة أقوى؛ لأن قول محمد فيه إجحاف لصاحب الوديعة، إذ القول بجعل المخلوط شركة إلزام للمودع بما لا يرضاه، لما يترتب على الشركة من حقوق لا يرضاها.

وأما قول أبي يوسف في حالة كون المائع الذي هو للمودع عنده قليلاً، فإنه يلزم منه أن يضمن المودع للمودع عنده قيمة مائعه فيدل أن يُضمن له حقه صار ضامناً، وكما أن ضابط القلة والكثرة لا أراه عملياً، لما يترتب عليه من خلاف ونزاع في تحديد أيهما أقل وأيها أكثر.

#### المسألة الثانية:

ومن المسائل المتعلقة بالخلط ما لو قام الوديع بخلط مالي المودع المتجانس والحقيقة أنني لم أجد في كتب المالكية والحنفية كلاماً عن هذه المسألة، ولكن الشافعية والحنابلة ذكروها في كتبهم.

فهناك وجهان عند الحنابلة<sup>(١)</sup>، وقولان عند الشافعية والأصح عندهم أنه يضمن<sup>(٢)</sup>، كما أنه يمكن القول أن المالكية يرون جواز الخلط في هذه الحالة بما يتميز أولاً يتميز إذا كان على وجه الإحراز والرفق؛ والذي جعلني أقول بهذا الأمر هو أنهم أجازوا الخلط مع اختلاف المالك فلأن يجوزوه في حالة اتحاد الملك في المالين المخلوطين من باب أولى.

ووجه القول بالتضمين في هذه الحالة بأن المودع قد تعدى بفعله هذا فقد قام بما لا ولاية له عليه<sup>(٣)</sup>.

ولأن صاحب المال لم يرض أن يكون ماله مختلطين<sup>(١)</sup>.

(١) ابن مفلح، المبدع (٣٤٠/٥).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج (١١٧/٣)، النووي، المنهاج (٩٣/١).

(٣) الشربيني، مغني المحتاج (١١٧/٣).

ووجه القول بعدم الضمان بأنهما لمالك ولا ضرر عليه بخاط ماله المتجانس.

الرأي الراجح:

والذي يترجح هو القول بالتضمنين لأن ولاية المودع عنده في الحفظ لا تخوله الخلط، فكان فعله تجاوزاً غير مسموح به، كما أن في هذا القول حفظاً لأموال الناس وصيانة لها من التضييع والعبث.

المبحث الخامس: الضمان عند تضييع الوديعة ومخالفة شرط الموعد.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الضمان عند تضييع الوديعة.

المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة شرط الموعد.

## المبحث الخامس: الضمان عند تضييع الوديعة ومخالفة شرط المودع

### المطلب الأول: الضمان عند تضييع الوديعة

سأذكر في هذا المطلب صوراً عن مسألتين تتعلق بتضييع الوديعة.

**المسألة الأولى:** نسيان الوديعة في موضع إيداعها مما يؤدي إلى تضييعها.

اختلفت آراء العلماء في المسألة على قولين:

**القول الأول:**

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح عندهم إلى وجوب الضمان<sup>(١)</sup>، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بأن على المودع عنده الحفظ، ونسيانه هذا لم يقم بالحفظ الواجب عليه<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: قالوا بأن النسيان لا يؤثر في رفع الضمان، كما لو أتلّف شخص مالا لأخر في حالة النسيان<sup>(٣)</sup>.

**القول الثاني:**

ذهب الشافعية في قول عندهم إلى عدم إيجاب الضمان<sup>(٤)</sup> في هذه الحالة، ولم أجد مستنداً لكلامهم هذا ولعلمهم قد بنوا كلامهم على كون النسيان ليس من قبل المودع عنده، بل هو فوق طاقته وقدرته.

والذي يترجح هو القول بوجوب الضمان؛ لأن النسيان يرجع إلى وجود شيء من التقصير من الوديع، وإن كانت درجته قليلة أو بسيطة، ولو قلنا بسقوط الضمان عند النسيان لاتخذة كثير من الناس وسيلة لآكل ودائع الآخرين.

**المسألة الثانية: ضمان ما يحتاج رعاية عند الإذن بعدم رعايته:**

ومن المسائل التي لا بد من ذكرها هنا، ما لو أودع شخص عند آخر ما يحتاج إلى رعاية، وإن لم يقم الوديع برعايته فإنه يهلك، وقال صاحب الوديعة للوديع: لا ترعاه، فهل يضمن المودع عنده إذا لم يقم برعاية الوديعة كما طلب صاحبها؟

قبل ذكر أقوال العلماء فلا بد من الإشارة إلى أن المودع عنده يأنم إذا ترك رعاية الوديعة إذا كانت دابة؛ لأن في ذلك تعذيباً لهذه الدابة وهو أمر لا يجوز<sup>(٥)</sup>.

(١) النووي، المنهاج (٩٣/١).

(٢) الغزالي، الوسيط (٥١٣/٤).

(٣) المرجع السابق.

(٤) الغزالي، الوسيط (٥١٣/٤)، النووي، المنهاج (٩٣/٣).

(٥) الهيتمي، التحفة (١٢٣/٣)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٥/٥).

ولقد اختلف العلماء في إيجاب الضمان على قولين:

### القول الأول:

ذهب الحنابلة والشافعية في وجه عندهم هو الأصح إلى أن المودع عنده لا يضمن<sup>(١)</sup>، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بالقياس على ما لو أمر صاحبها بإتلافها ثم تلفت، فكما أنه لا ضمان عليه هناك فكذلك الحال في مسألتنا بجامع أن الالتزام بقول المودع يؤدي إلى هلاك الوديعة<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: قالوا بأن الضمان قد وجب لحق المالك، وبنيهيه هذا فإنه يكون قد تنازل عنه<sup>(٣)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب المالكية والشافعية في وجه مرجوح عندهم إلى تضمين المودع عنده<sup>(٤)</sup>، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: قالوا بأنه لا حكم لنهي المودع في هذه الحالة؛ لأن الواجب على المودع عنده رعايتها فإذا ترك يضمن<sup>(٥)</sup>.

ثانياً: أن المودع عنده بمجرد قبوله الوديعة قد التزم بحفظها، فلا يسقط بالإذن<sup>(٦)</sup>.

ويرد على دليل المالكية الأول بأن الواجب على المودع عنده الحفظ لحق المودع، وهو قد تنازل عن هذا الحق.

وأما بالنسبة لدليلهم الثاني فأبي حفظ هذا الذي يلتزمه المودع عنده، وهو ينص صراحة على تركه.

### الرأي الراجح

والذي يترجح القول بنفي الضمان؛ لأن الضمان يجب حفظاً لحق المودع، وهو في مسألتنا هذه قد تنازل عن هذا الحق، بأمر المودع عنده ترك الرعاية، وهو يعلم أن هذا الترك يؤدي إلى هلاكها.

(١) المراجع السابقة.

(٢) الهيتمي، التحفة (١٢٣/٣).

(٣) الشيرازي، المهذب (٣٦١/١).

(٤) النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني شرح رسالة أبي زيد، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ- (١٧٠/٢)، الشربيني، مغني المحتاج (١١١/٣).

(٥) النووي، المجموع (٢٧/١٥).

(٦) النفراوي، الفواكه الدواني (١٧٠/٢).

## المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة شرط المودع

سأذكر في هذا المطلب مسألتين تتعلق بمخالفة أمر المودع في مكان الحفظ.

**المسألة الأولى:** تتعلق بتغيير مكان الحفظ في حالة تعيينه من قبل المودع.

**المسألة الثانية:** مخالفة شرط المودع في حالة نهيته عن إخراج الوديعة من مكانها الذي عينه.

وقبل البدء في المسألة الأولى، لا بد من الإشارة إلى اتفاق العلماء على أن الوديعة يجب أن توضع في حرز مثلها في حالة الإطلاق، ويجوز للمودع عنده أن يضعها في مكان أحرز منه، وإن وضعها في مكان هو أقل من حرز مثلها فإنه يضمنها<sup>(١)</sup>.

**المسألة الأولى:** تتعلق بتغيير مكان الحفظ في حالة تعيينه من قبل المودع.

إذا عين المودع للمودع عنده مكاناً للحفظ، وقام الوديع بتغيير هذا المكان، وهلك الوديعة بعد ذلك، فهل يضمن المودع عنده؟

اتفق الفقهاء على جواز النقل من المكان المعين للضرورة كالحريق أو هدم البيت، واتفقوا على تضمين الوديع إذا قام بنقل الوديعة إلى حرز أقل من المكان الذي عينه المودع<sup>(٢)</sup>، ولكنهم اختلفوا فيما لو قام المودع عنده بنقلها إلى حرز مماثل للمكان المعين أو أعلى منه، على عدة أقوال.

### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية هي المعتمدة في المذهب إلى أن المودع عنده لا يضمن إذا قام بنقل الوديعة إلى حرز مساوٍ للحرز المعين من صاحب الوديعة أو أعلى منه<sup>(٣)</sup>، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بالقياس على من استأجر أرضاً ليزرع فيها حنطة، فله زرعها وزرع مثلها في الضرر، والمودع عنده هنا موكل إليه الحفظ في حرز معين، فله أن يضع الوديعة فيما هو مماثل لذات

(١) المرغيناني الهداية (٢١٥/٣)، الدسوقي حاشية الدسوقي (١٢٥/٦)، البهوتي، شرح المنتهى (٣٥٣/٢)، الشيرازي، المذهب (٣٥٩/١).

(٢) المرغيناني، الهداية (٢١٨/٣)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٢٩/٦)، البجيرمي، حاشية البجيرمي (٤٧٦/٣)، البهوتي، شرح منتهى الإيرادات (٣٥٤٣/٢).

(٣) المرغيناني، الهداية (٢١٨/٣)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٦/٦)، البهوتي، شرح منتهى الإيرادات (٣٥٣/٢).

الحرز المعين، أو أعلى منه في الحرزية، كما لو زرع الأرض مما هو أقل ضرراً من الحنطة<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن التقييد بهذا الحرز يقتضي ما هو مثله في الحرزية<sup>(٢)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية<sup>(٣)</sup> إلى أن الوديع إذا نقل الوديعة من المكان الذي عينه صاحبها إلى مكان مثله أو حرز منه فإنه لا يضمن بشرط سلامة العاقبة، فإذا هلك الوديعة بسبب يتعلق بالنقل كانهدام البيت المنقول إليه أو سرقت فإنه يضمن؛ لأن ضياع الوديعة كان بسبب مخالفة أمر المودع، وأما إذا كان الهلاك بسبب لا يتعلق بالنقل، فلا يضمن المودع عنده.

ويرد على قول الشافعية بأن الجواز ينافي الضمان، فكيف يجوز له النقل ثم ترتب عليه

الضمان بعد ذلك؟!!

#### القول الثالث:

ذهب الحنابلة في رواية ثانية إلى تضمين الوديع في حالة تغيير الحرز المعين، سواء أكان النقل لحرز مماثل للحرز المعين، أو أعلى منه؛ لأنهم رأوا في هذا التصرف تعدياً من قبل الوديع، إذ الأمر بالشيء يقتضي تعيينه<sup>(٤)</sup>.

والحقيقة إنني لا أرى في هذا تعييناً لذات المكان، وإن كان هناك تعيين فهو تعيين للمثلية في

الإحراز.

#### الترجيح

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

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

(٢) ابن مفلح، المبدع (٣٣٥/٥).

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

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

المسألة الثانية: مخالفة شرط المودع في حالة نهيهِ عن إخراج الوديعة من مكانها الذي عينه. ومن المسائل التي تتعلق بمخالفة شرط المودع ما لو قام المودع عنده بنقل الوديعة من مكانها الذي نهاه صاحب الوديعة عن إخراجها منه.

وقبل ذكر أقوال الفقهاء أشير إلى أن المودع عنده لو قام بنقل الوديعة إلى حرز مماثل، أو أعلى منه في حالة الضرورة، فإنه لا يضمن ولو قام بالنقل إلى حرز أقل من المكان المعين فإنه يضمن<sup>(١)</sup>.

وأما إذا قام بنقل الوديعة في غير حال الضرورة إلى حرز مساوٍ أو أعلى منه، اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

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

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى تضمين المودع إذا خالف نهي المودع، ووضع الوديعة في حرز آخر مثل حرزها المنهي عن الإخراج منه أو أحرز منه، وعللوا رأيهم بمخالفة شرط المودع<sup>(٣)</sup>.

#### الرأي الرابع:

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

وبعد ذكر هذه المسألة يمكننا أن نتعرف على منهج العلماء في الشروط في عقد الوديعة. فالذي عليه الشافعية والحنابلة هو وجوب الالتزام بالشرط مطلقاً تنفيذاً للاتفاق الحاصل بين العاقدين، وإن حصلت المخالفة من قبل المودع عنده فإنه يعتبر ضامناً للوديعة.

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

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

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

بينما يرى الحنفية عدم الالتزام بالشرط غير المقيد، ويظهر ضابط الفائدة عندهم عند كلامهم عن نقطتين<sup>(١)</sup>:

**الأولى:** تتعلق بمكان حفظ الوديعة، فلو اشترط المودع مكان لحفظ الوديعة ثم قام الوديع بنقل الوديعة إلى مكان مماثل في الحرز أو أحرز منه فإنه لا يضمن إلا إذا قام بنقله إلى مكان أقل ضرراً من المكان المشروط.

**الثانية:** تتعلق بالأشخاص الذين يحفظ المودع عنده الوديعة عندهم، فإن كان الشخص المنهي عن الحفظ عنده ممن لا بد للمودع عنده أن يحفظ ماله عنده عادة، ولا يوجد سواه، فالشرط لاغ، ولا فائدة منه، وإذا خالفه المودع عنده فإنه لا يضمن، وأما إذا كان الشخص ممن لا يحفظ المودع عنده ماله عادة أو كان ممن يحفظ ماله عنده عادة ولكن يوجد سواه فالشرط صحيح، ويجب على المودع عنده الالتزام به.

وأما بالنسبة لرأي المالكية، فهم يرون أن مخالفة الوديع للأحسن لا يعتبر تعدياً ما لم تؤد هذه المخالفة إلى ضياع الوديعة، فلو أمر صاحب الوديعة المودع عنده بأن لا يقفل على الوديعة، ثم قام بالقفل عليها، وأدى هذا إلى إغراء السارق بها فإن الوديع يضمن الوديعة، وأما إذا لم يؤدي إلى ذلك، فلا يضمن حتى لو هلكت الوديعة بسبب آخر<sup>(٢)</sup>.

والصواب أنه يجب على الوكيل الالتزام بالشرط الذي التزمه عند العقد ما أمكن؛ لأن المؤمنين على شروطهم.

(١) العيني، البناية (١٠/١١٨-١١٩).

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي (٤٧٦/٦).

## الفصل الثاني: الضمان في الوكالة المبحث الأول: تعريف الوكالة وبيان يد الوكيل.

المطلب الأول: تعريف الوكالة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: بيان يد الوكيل.

المبحث الثاني: الضمان عند مجاوزة الوكيل حدود وكالته.

المطلب الأول: الضمان عند توكيل الغير.

المطلب الثاني: الضمان عند قبض الوكيل الحق.

المطلب الثالث: الضمان عند البيع نسيئة.

المطلب الرابع: الضمان عند بيع الوكيل لنفسه أو ولده.

المطلب الخامس: الضمان عند شراء المعيب.

المطلب السادس: الضمان عند البيع والشراء بغبن فاحش.

المبحث الثالث: الضمان عند مخالفة أمر الموكل.

المطلب الأول: الضمان عند البيع بأنقص من الثمن المقدر.

المطلب الثاني: الضمان عند شراء بسعر أعلى من السعر المحدد.

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

المطلب الرابع: الضمان عند المخالفة في صفة الشراء.

المطلب الخامس: الضمان عند مخالفة المكان والشخص والزمان في الوكالة.

المطلب السادس: الضمان عند مخالفة أمر الموكل في قدر الموكل فيه.

المبحث الرابع: الضمان عند عزل الوكيل.

المطلب الأول: ضمان التصرف عند عزل الموكل للوكيل.

المطلب الثاني: ضمان التصرف عند عزل الوكيل بموت الموكل.

المبحث الأول: تعريف الوكالة وبيان يد الوكيل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الوكالة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: بيان يد الوكيل.

## الفصل الثاني: الضمان في الوكالة

### المبحث الأول: تعريف الوكالة وبيان يد الوكيل

#### المطلب الأول: تعريف الوكالة

##### الوكالة لغة:

أصلها وكل ويقال وكَّله الأمر توكيلاً، والاسم الوكالة بفتح الواو وكسرهما، وتوكل الأمر ضمن القيام به، ويقال وكَّلت أمري إلى فلان أي اعتمدت عليه فيه، واتكل فلان على فلان أي اعتمد عليه<sup>(١)</sup>.

##### الوكالة اصطلاحاً:

تباينت تعريفات الفقهاء للوكالة على النحو التالي:

##### تعريف الحنفية:

عرف الحنفية الوكالة إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم<sup>(٢)</sup>. ومما يؤخذ على هذا التعريف أنه يدخل فيه الإيصاء لأنه لم يقيد بحال الحياه، كما أنه يدخل فيه ما لا يقبل النيابة كالنيابة في العبادات البدنية التي لا تقبل النيابة.

##### تعريف المالكية:

عرف المالكية الوكالة: نيابة ذي حق غير ذي إمرة ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته<sup>(٣)</sup>.

فقولهم غير ذي إمرة، أرادوا به إخراج إمام الطاعة.

وقولهم ولا عبادة أرادوا إخراج الصلاة.

وقولهم غير مشروطة بموته أرادوا إخراج الإيصاء<sup>(٤)</sup>.

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

(٢) ابن الهمام، محمد عبد الواحد، السيواسي، شرح فتح القدير، ط٢، دار الفكر، بيروت (٥٠٠/٧)، ابن نجيم، البحر الرائق (١٣٩/٧).

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي (٣٩٢/٦).

(٤) الزرقاني، عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني، شرح الزرقاني، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٢م (١٣٠/٦).

**تعريف الشافعية:**

عرف الشافعية الوكالة: تفويض شخص ماله فعله بما يقبل النيابة إلى غيره ليفعله حال حياته<sup>(١)</sup>.

**تعريف الحنابلة:**

عرف الحنابلة الوكالة: استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة<sup>(٢)</sup>.  
ويؤخذ على هذا التعريف أنه يدخل فيه الإيضاء، كما أنه يدخل فيه التوكيل بالتصرف غير المعلوم.

**التعريف المختار:**

ويمكن أن نختار تعريف الشافعية لأنه تعريف جامع مانع مع إضافة تصرف معلوم إذ لا نصح إلينا به إلا إذا كان الموكل فيه معلوماً.  
وعليه يمكن تعريف الوكالة تفويض شخص ماله فعله في تصرف معلوم يقبل النيابة إلى غيره ليفعله حال حياته.

(١) الشربيني، مغني المحتاج (١١٧/٢)، الشرواني، حواشي الشرواني (٢٩٤/٥).

(٢) ابن مفلح، المبدع (١٤٠/٣)، يوسف، مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب، ط٢، المطب الإسلامى، بيروت، ١٣٨٩هـ (١٣٢/١).

## المطلب الثاني: بيان يد الوكيل

سأتحدث في هذا المطلب عن مسألتين:

### المسألة الأولى: يد الوكيل

إتفق الفقهاء على أن يد الوكيل يد أمانة لا يضمن ما تحت يده إلا بالتعدي أو التفريط<sup>(١)</sup>.  
واستدلوا لقولهم هذا:

أولاً: بأن الوكيل نائب عن الموكل في اليد والتصرف فكان الهلاك في يده كالهلاك في يد الموكل فلا يضمن<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن التوكيل هو عقد إرفاق ومعونة فإذا جعلنا على الوكيل الضمان خرجت الوكالة عن مقصود الإرفاق والمعونة، وكانت يد الوكيل كيد الغاصب وهو ما لم يقل به أحد<sup>(٣)</sup>.

وعليه فلو وكل شخص آخر بأن يبيع له سيارته وبعد أن استلم الوكيل السيارة سرقت منه فلا يضمن الوكيل السيارة، ما لم يكن مفراطاً في الجفط لهذه السيارة.

وكذلك لو باع الوكيل ما وكل ببيعه وقبض الثمن ثم هلك الثمن قبل دفعه للموكل بلا تعدٍ أو تفريط فلا يضمن الوكيل في هذه الحالة إلا أن يكون الموكل قد طلب الثمن، وتأخر الوكيل عن تسليمه له بلا عذر كما هو الحال في الوديعة كما مر سابقاً.

وكذلك يقبل قول الوكيل بالتلف على التفصيل الذي مر في الوديعة.

وكذلك إذا تصرف الوكيل تصرفاً لا يحق له بأن تعدى حدود وكالته أو خالف شرط الموكل فإن يده تصيح يد ضمان لوجود التعدي، وسأتحدث في المبحثين القادمين عن حدود التصرفات التي ينبغي للوكيل أن يتقيد بها والتي تقتضي مجاوزتها الضمان على الوكيل.

(١) الخرشى، حاشية الخرشى (٣٩٧/٦)، المرغيناني، الهداية (١٤١/٧)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٣٥/٢)، الرملي، محمد بن أحمد الرملي، شرح ابن رسلان، دار المعرفة، بيروت (٢١٠)، المرداوي، الإنصاف (٣٩٦/٥)، البهوتي، منصور بن يونس، الروض المربع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، ١٣٩٠هـ (٣٥٦/٢).

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

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

المسألة الثانية: أثر التعدي على الموكل فيه بالاستعمال لمصلحة الوكيل الخاصة على يد الوكيل.

يرى الشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup> أن استعمال الموكل فيه يجعل يد الوكيل يد ضمان خلافاً للمالكية والحنفية الذين يرون أن يد الوكيل تظل يد أمانة<sup>(٢)</sup>.

ولكن لو قام الوكيل بعد التعدي على الموكل فيه باتصرف فيه حسبما تم الإتفاق، فهل تكون يده على بدله يد أمانة؟ أم تكون يده على بدله يد ضمان؟

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول هو المعتمد، والحنابلة في الرواية الراجحة عندهم<sup>(٣)</sup>، إلى أن الوكيل لو تعدى على الموكل فيه بالاستعمال ثم باعه وقبض الثمن يصبح الثمن الذي في يده أمانة ولا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، يقول الشريبي عن حالة تعدي الوكيل عن عل ما في يده: "ولو باعه وسلمه المبيع زال الضمان عنه لأنه أخرجها من يده بإذن مالكها ولا يضمن الثمن لأنه لم ينعقد فيه"<sup>(٤)</sup>. ويبدو أن مبنى رأيهم هذا على أن الثمن الذي قبضه هو غير الذي تعدى عليه كما أن الوكالة في التصرف تظل قائمة ولا تنتقل بالتعدي، لأن عقد الوكالة يتضمن الأمانة والإذن بالتصرف فإذا اختلفت الأمانة فإن الإذن بالتصرف يظل قائماً<sup>(٥)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية في قول والحنابلة في رواية<sup>(٦)</sup>، إلى أن يد الوكيل تظل يد ضمان حتى لو باع الوكيل الموكل فيه، وفق إرادة الموكل وعللوا رأيهم بأن الوكالة تبطل بالتعدي على الموكل فيه،

(١) الشريبي، مغني المحتاج (٢٢٢/٢)، ابن مفلح، الفروع (٢٦٢/٤).

(٢) لم أجد للمالكية والحنفية كلاماً في المسألة، وإنما قلت هذا القول عنهم بالقياس عما جاء عندهم في الوديعة.

(٣) الشريبي، مغني المحتاج (٢٢٢/٢)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (١٩٩/٢)، ابن مفلح، الفروع

(٤) لم أجد للمالكية والحنفية كلاماً في المسألة إلا أنهم وكما مر في الوديعة أن استعمال الوديعة لا تجعل

يد المودع يد ضمان فمن باب أولى في الوكالة.

(٤) مغني المحتاج، ٢٣٠/٢.

(٥) الشيرازي، المهذب (٣٥٧/١)، ابن تيمية، المحرر في الفقه (٣٤٩/١).

(٦) الشيرازي، المهذب (٣٥٧/١)، ابن تيمية، المحرر (٣٤٩/١)، المرادوي، الإنصاف (٣٦٩/٥).

كما هو الحال في الوديعة تبطل بالاستعمال وتصبح يد المودع يد ضمان ويجب على المودع ردها للمودع فكذلك هنا<sup>(١)</sup>.

وفي هذا يقول ابن مفلح: "الوجه الثاني أنها تبطل لأنها عقد أمانة فبطلت بالتعدي كالوديعة"<sup>(٢)</sup>.

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

### الرأي الراجح

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

وبناءً على القول المرجوح عند الشافعية والحنابلة، لو قام الوكيل بالتعدي على العين الموكل فيها ثم قام ببيعها، وقبض بدلها ثم هلكت عنده بلا تعدٍ أو تقريط، فإنه يضمنها بخلاف القول الآخر فإنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التقريط.

(١) ابن مفلح، المبدع (٣٦٤/٤).

(٢) المرجع السابق.

المبحث الثاني: الضمان عند مجاوزة الوكيل حدود وكالته.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: الضمان عند توكيل الغير.

المطلب الثاني: الضمان عند قبض الوكيل الحق.

المطلب الثالث: الضمان عند البيع نسيئة.

المطلب الرابع: الضمان عند بيع الوكيل لنفسه أو ولده.

المطلب الخامس: الضمان عند شراء المعيب.

المطلب السادس: الضمان عند البيع والشراء بغبن فاحش.

## المبحث الثاني: الضمان عند مجاوزة الوكيل حدود وكالته

### المطلب الأول: الضمان عند توكيل الغير

سأتحدث في هذا المطلب عن عدد من المسائل والتي تتعلق بتوكيل الوكيل الأول وكيلاً ثانياً للقيام بما وكل فيه.

#### المسألة الأولى: التوكيل عند الإطلاق

لو قام الوكيل بتوكيل شخص آخر ليقوم مقامه في عمل ما وكل به فهل يجوز ذلك؟ قبل ذكر أقوال الفقهاء في المسألة لا بد من الإشارة إلى أن الفقهاء اتفقوا على جواز التوكيل إذا أذن الموكل للوكيل بذلك<sup>(١)</sup>، ولكنهم اختلفوا في حالة الإطلاق على عدة أقوال: القول الأول:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم جواز التوكيل في حالة الإطلاق إلا في بعض الحالات استثناءً<sup>(٢)</sup> وهي:

**الأولى:** أن يكون العمل لا يليق بالوكيل فيوكل غيره ليقوم به، يقول ابن مفلح: "ولا يجوز للوكيل التوكيل فيما يتولى مثله بنفسه"<sup>(٣)</sup>. يقول الشربيني: "ولو كثر الموكل فيه وعجز الوكيل عن الإتيان بكله والمذهب أنه يوكل فيما زاد على الممكن"<sup>(٤)</sup>.

**الثانية:** أن لا يقدر الوكيل على القيام بالأعمال التي وكل فيها لكثرتها.

وأضاف الشافعية حالة **ثالثة** وهي: أن يكون ما وكل به لا يحسنه الوكيل فيوكل من يحسنه<sup>(٥)</sup>. ويشترط المالكية لجواز التوكيل في الحالة الأولى أن يكون الموكل يعلم حال الوكيل أو أن يكون حاله مشهوراً في السوق ولو لم يعلمه الموكل، وفي حال عدم العلم بحال الوكيل أو عدمت الشهرة فإن الوكيل يضمن<sup>(٦)</sup>.

(١) ابن مفلح، المبدع (٣٦٠/٤)، المرادوي، الإنصاف (٣٩٢/٥)، خرشي، حاشية الخرشي (٤١١/٦)،  
الدسوقي، حاشية الدسوقي (٧٠/٥)، المرغيناني، الهداية (١٤٨/٣)، ابن نجيم، البحر الرائق (١٧٦/٧)،  
الشيرازي، المهذب، (٣٠٥/١)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٦/٢).

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي (٤١١/٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٦/٢)، المرادوي، الإنصاف (٣٩٢/٥).

(٣) ابن مفلح، المبدع، ٣٦٠/٤.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ٢٢٦/٢.

(٥) الشيرازي، المهذب (٣٥١/١).

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٧٠/٥).

ووافق الشافعية المالكية في اشتراط علم الموكل بحال وكيله في الحالة الأولى واشترطوه في الحالة الثالثة أيضاً<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لرأيهم عدم جواز التوكيل في غير الحالات المستثناة:

أولاً: أن الموكل قد رضي بعمل الوكيل ولم يرض بعمل غيره فلم يجز له التوكيل<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: ولأنه استئمان فيما يمكنه القيام به فلم يكن له أن يوليه من لا يأمنه عليه كالوديعة<sup>(٣)</sup>.

وأما استدلالهم لجواز التوكيل في الحالات المستثناة التي ذكروها، فهو بالعرف الذي يقتضي

جواز التوكيل في تلك الحالات<sup>(٤)</sup>.

القول الثاني:

ذهب الحنفية إلى عدم جواز التوكيل في حالة الإطلاق، واستثنوا بعض الحالات<sup>(٥)</sup>:

الأولى: إذا أوكل شخص آخر في دفع ما عليه من زكاة، فللوكيل في هذه الحالة أن يوكل عنه

بغير إذن موكله.

الثانية: أن يوكل شخص آخر في قبض دين له، فيقوم الوكيل بتوكيل واحد من عياله ليقبض

الدين بدلاً عنه لأن يده كيده.

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

يقول التمرتاشي: "الوكيل لا يوكل إلا بإذن أمره إلا في دفع زكاة وفي قبض الدين وإلا عند

تقدير الثمن"<sup>(٦)</sup>.

واستدلوا لرأيهم بعدم جواز التوكيل<sup>(٧)</sup>:

أولاً: قالوا أن الموكل قد أذن للوكيل بالتصرف هو ولم يأذن له بالتوكيل.

ثانياً: لأن الموكل قد أذن للوكيل بالتصرف أرتضاءً لرأيه والناس متفاوتون في الرأي.

(١) الرملي، نهاية المحتاج (٣٩/٥).

(٢) ابن مفلح، الفروع (٢٦٤/٢)، الشرواني، حواشي الشرواني (٣٢٣/٥).

(٣) ابن مفلح، المبدع (٣٦٠/٤).

(٤) الشيرازي، المهذب (٣٥٠/١)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٠/٤).

(٥) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، بداية المبتدي، تحقيق بسام عبد الوهاب، ط١، دار الفكر،

دمشق، ١٤٠٨هـ (ص ١٦٢)، العيني، البناية (٢٨٤/٩).

(٦) التمرتاشي، شمس الدين، تنوير الأبصار، ٥٢٧/٥.

(٧) المرغيناني، الهداية (١٤٨/٣)، الشيباني، محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير، ط١، عالم الكتب،

بيروت/ ١٤٠٦هـ (٤١٢/١)، الحصكفي، الدر المختار (٥٢٧/٥).

وأما بالنسبة لاستثنائه الحالات الثلاث فيبدو أنهم يرون أن تفاوت الرأي بين الناس لا يؤثر في هذه الحالات؛ فغرض الموكل قد تحقق سواء أقام بالعمل الوكيل الأول أو الثاني.

### القول الثالث:

ذهب الحنابلة في قول إلى جواز التوكيل في حالة الإطلاق مطلقاً، واستدلوا لرأيهم بالقياس على المالك بجامع جواز تصرف كل منهما بنفسه، فكما أن المالك يحق له أن يوكل فكذلك الوكيل<sup>(١)</sup>.

يقول ابن مفلح: "ولا يجوز التوكيل فيما يتولى بثلاث نصفه، ...، وعنه يجوز نقلها قبل لان التوكيل له أن ينصرف بنفسه فملكه نائبه كما لملك"<sup>(٢)</sup>.

ويرد عليه بأن المالك يتصرف باعتباره أصلاً، بينما الوكيل يتصرف باعتباره نائباً عن الأصل، فكان تصرفه أضعف من الأصل فلا يملك التوكيل بغير إذن.

### الرأي الرابع:

والذي يترجح هو عدم جواز التوكيل في حالة الإطلاق وجوازه في الحالات التي استثناها الشافعية والحنابلة؛ لأن الموكل لما وكل شخصاً قد رضي برأيه والناس متفاوتون في الرأي فلا يجوز للوكيل أن يوكل من قد لا يرضى الموكل رأيه.

وأما الجواز في الحالات المستثناة فلأن العرف يقتضي ذلك، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>(٣)</sup>، فيكون التوكيل في تلك الحالات راجعاً إلى الإذن الضمني، ولوجود الضرورة في حالة العجز والضرورات تبيح المحذورات<sup>(٤)</sup>، فإذا قام الوكيل بتوكيل شخص آخر في غير الحالات المستثناه فإنه يكون ضامناً.

ولا أرى وجوب اشتراط الشهرة في حالة توكيل الوكيل الأول شخصاً آخر فيما يترفع عن القيام به الوكيل الأول، فحيثما تحقق ترفع الوكيل الأول فيما وكل فيه فإنه يصح التوكيل ولا يضمن الوكيل الأول بالدفع إلى وكيل ثان؛ لأن جواز التوكيل في هذه الحالة يرجع إلى العرف والعرف لا يتطلب الشهرة بل تحقق الترفع فقط.

(١) ابن مفلح، المبدع (٣٦٠/٤).

(٢) ابن مفلح، المبدع، ٣٦٠/٤.

(٣) السيوطي، الأشباه والنظائر (٩٦/١).

(٤) الزركشي، المنثور (٣١٧/٢).

### المسألة الثانية: تغير حال الوكيل الثاني

وبعد أن قررنا في المسألة السابقة جواز التوكيل في بعض الحالات وفي حالة الإذن من الموكل فلا بد أن يكون الوكيل الآخر أميناً وإلا ضمن الوكيل الأول.

فإذا وكل الوكيل الأول<sup>(١)</sup> شخصاً أميناً ثم تغير حاله بأن صار خائناً فهل يملك عزله أم لا؟ هناك قولان للعلماء في المسألة:

#### القول الأول:

ذهب المالكية الشافعية والحنابلة إلى وجوب العزل في هذه الحالة؛ لأنه إن لم يعزله يعتبر مفرطاً فيما وكل فيه مما يوجب عليه الضمان<sup>(٢)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية في قول ثان هو الأصح عندهم إلى أن الموكل لا يملك عزل من وكله في هذه الحالة بناءً على أن الوكيل الثاني صار عند توكيله من قبل الوكيل الأول وكيلاً عن الموكل الأصلي فلا يملك عزله الوكيل الأول<sup>(٣)</sup>.

#### الرأي الراجح

والذي يترجح قول الحنابلة لأن من يملك حق إعطاء التصرف للغير يملك منعاً من باب أولى، فإذا كان يملك عزل من وكل وقد تحول حاله إلى الخيانة فإن من الواجب عليه عزله وإلا كان مقصراً فيما وكل فيه ضامناً له.

### المسألة الثالثة: التوكيل عند التفويض

ومن المسائل المتعلقة بتوكيل الغير ما لو قال الموكل للوكيل اصنع ما شئت فهل يجوز له التوكيل في غير الحالات المستثناة، ولا ضمان عليه؟ أم أنه لا يجوز له التوكيل ويكون ضامناً بتصرفه هذا؟

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول والحنابلة<sup>(١)</sup>، إلى جواز التوكيل في هذه الحالة ولا ضمان عليه لأن قول الوكيل اصنع ما شئت، لفظ عام في كل ما يشاؤه الوكيل ويدخل ضمنه توكيل شخص آخر<sup>(٢)</sup>.

(١) المواق، التاج والإكليل (٢٠١/٥)، الشريبي، مغني المحتاج (٢٢٦/٢)، المرادوي، الإنصاف (٣٦٤/٥).

(٢) الشريبي، مغني المحتاج (٢٢٦/٢)، المرادوي، الإنصاف (٣٦٤/٥).

(٣) الشريبي، مغني المحتاج (٢٢٦/٢).

**القول الثاني:**

ذهب الشافعية في قول ثان عندهم إلى أنه لا يجوز توكيل شخص آخر؛ لأن التوكيل يقتضي تصرفاً يتولاه الوكيل بنفسه، وقوله اصنع ما شئت يرجع إلى ما يقتضيه التوكيل في تصرفه بنفسه<sup>(٣)</sup>.

والحقيقة أن اللفظ أعم مما يقول الشافعية في قولهم الثاني فهو يشمل عموم ما يتصرفه بنفسه وتوكيله لغيره فالقول الراجح في المسألة هو قول الجمهور.

**المسألة الرابعة: محل التوكيل في حالة العجز عن العمل لكثيره**

تعتبر هذه المسألة من المسائل المهمة في هذا المطلب، فلو قام الوكيل بتوكيل شخص آخر في حالة عجزه عن العمل لكثيره ففي أي شيء يحق له التوكيل؟ اختلفت الآراء في المسألة على قولين:

**القول الأول:**

ذهب الشافعية في قول معتمد عندهم والقاضي من الحنابلة<sup>(٤)</sup>، إلى أن الوكيل ليس له التوكيل إلا فيما لا يقدر عليه فقط، لأن جواز التوكيل في تلك الحالة كان للعجز وبقي ما يقدر عليه على مقتضى عقد الوكالة<sup>(٥)</sup>.

**القول الثاني:**

ذهب الحنابلة والشافعية في قول ثان إلى جواز التوكيل في الجميع في هذه الحالة<sup>(٦)</sup> ولا ضمان عليه، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بأن الوكالة في هذه الحالة اقتضت جواز التوكيل فجاز في جميعه<sup>(٧)</sup>.  
ويرد على هذا الدليل أن الجواز كان لحاجة فيقدر بقدرها ولا يزيد عليها.

(١) المرغيناني، الهداية (١٤٨/٣)، الزرقاني، شرح الزرقاني (١٥٢/٦)، الرافعي، عبد الكريم بن محمد بن عبد الكريم، العزيز شرح الوجيز، ط١، دار الكتب العلمية، ١٩٩٩م (٢٣٧/٥)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٠/٤).

(٢) ابن قدامة، المغني (٥٧/٥)، الشيرازي، المهذب (٣٥٠/١)..

(٣) الشيرازي، المهذب (٣٥٠/١)، الرافعي، العزيز شرح الوجيز (٢٣٧/٥).

(٤) الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٦/٢)، ابن مفلح، المبدع (٣٦١/٤).

(٥) الشيرازي، المهذب (٣٥٠/١).

(٦) المرادوي، الإنصاف (٣٦٤/٥)، الشرازي، المهذب (٣٥٠/١).

(٧) ابن مفلح، المبدع (٣٦١/٤).

ثانياً: قالوا إن الوكيل قد ملك هذا التوكيل فيكون كالموكل الأصلي فيجوز للوكيل التوكيل في الجميع<sup>(١)</sup>.

يرد على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن جواز التوكيل للموكل الأصلي كان بحكم ملكه، فله أن يفعل ما يشاء فيه بينما الوكيل اكتسب جواز التوكيل للحاجة وهي تقدر بقدرها ولا يزداد عليها.

### الرأي الراجح

والذي يترجح هو القول الأول القاضي بعدم جواز التوكيل إلا فيما لا يُقدر عليه فقط، وذلك لضعف أدلة القول الثاني وقوة أدلة الفريق الأول؛ إذ أن جواز التوكيل هو خلاف الأصل والثابت خلاف الأصل لا يتوسع فيه، فإذا قام بالتوكيل فيما يقدر عليه فإنه يكون ضامناً.

---

(١) الشيرازي، المهذب (١/٣٥٠).

## المطلب الثاني: الضمان عند قبض الوكيل الحق

وسأتحدث في هذا المطلب عن مسألتين قبض الوكيل الثمن في حالة البيع، وقبض الوكيل الحق عند توكيله بالخصومة لإثبات الحق.

المسألة الأولى: قبض الوكيل بالبيع ثمن ما قام ببيعه.

تباينت آراء الفقهاء في المسألة على أقوال عدة على النحو الآتي:

### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول عندهم والحنابلة في قول إلى أن الوكيل في بيع سلعة يملك قبض ثمنها<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بأن الوكيل هو العاقد حقيقة ولما كان كذلك فإن توابع العقد ترجع إليه ومنها قبض الثمن من المشتري<sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأن الوكيل وإن كان هو العاقد حقيقة إلا أنه نائب عن الوكيل في التصرف ولولا إذن الموكل لما جاز له التصرف، فالحقوق تعود إلى الموكل<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: لأن قبض الثمن عند البيع من موجب البيع.

ويرد على هذا الدليل بأن هذا الأصل صحيح إذا كان المتولي للبيع أصيلاً وليس وكيلاً.

### القول الثاني:

ذهب الشافعية في الصحيح من مذهبهم والحنابلة في الراجح عندهم<sup>(٤)</sup> إلى أن الوكيل لا يملك قبض الثمن مطلقاً، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: أن الإنسان قد يرضى للبيع من لا يرضاه للقبض، فإنه قد يكون حاذقاً في أمور البيع والشراء ولكن لا يؤتمن على الثمن<sup>(٥)</sup>.

ثانياً: ولعدم وجود الإذن بالقبض لفظاً ولا عرفاً<sup>(٦)</sup>.

(١) المرغيناني، الهداية (١٣٨/٣)، الدردير، الشرح الصغير (١٨٣/٢)، الشيرازي، المهذب (٣٥١/١)، البهوتي، الروض المربع (٢٠٣/٢).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٣٣/٦).

(٣) ابن قدامة، المغني (٦٢/٥).

(٤) الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٥/٢)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (١٩٩/٢).

(٥) الشيرازي، المهذب (٣٥١/١)، المرادوي، الإنصاف (٣٩١/٥).

(٦) الشيرازي، المهذب (٣٥١/١).

وقد يرد على هذا الدليل بأن العرف يدل على جوازه.

### القول الثالث:

ذهب بعض الحنابلة<sup>(١)</sup> إلى أن الوكيل يملك القبض إذا قامت قرينة على القبض، مثل توكيله في بيع شيء في سوق غائب عن الموكل، أو بموضع يضيع الثمن إن لم يقبضه الوكيل، فله قبضه في هذه الحالة وإن لم يقبضه حتى ضاع ضمنه الوكيل، ويبدو أن استنادهم في جواز القبض هنا الحفاظ على مال الموكل وعدم تضييعه.

### الرأي الرابع:

والذي يترجح عدم جواز القبض في حالة الإطلاق إلا أن يدل العرف على جوازه أو قامت القرينة على ذلك، لأن مستند القائلين بجواز القبض يرجع إلى أن حقوق العقد<sup>(٢)</sup> ترجع للوكيل، والحقيقة أن حقوق العقد ترجع إلى الموكل؛ لأن الوكيل ليس إلا تابعاً للموكل يعمل بإمرته ووفق إرادته، فكانت الحقوق ترجع إلى الموكل لا إلى الوكيل فكان الأصل رجوع حق قبض الثمن للموكل.

إلا أنني حدثت عن هذا الأصل في حالة قضاء العرف بجواز القبض؛ لأن الإذن العرفي كالإذن الشرطي إذا المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وجوزت القبض في حالة القرينة حفظاً على مال الوكيل من الضياع والتلف. وعليه فإن الوكيل إذا قبض الثمن في حالة عدم جواز ذلك فإنه يكون متعدياً، وتكون يده يد ضمان لا يد أمانة، وفي حالة جواز القبض فإن يده تكون يد أمانة على الثمن الذي قبضه. المسألة الثانية: قبض الحق في حالة الخصومة.

إذا وكل شخص في خصومة شخصاً آخر، فهل يملك الوكيل قبض الحق المستحق للموكل من الخصومة؟

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

### القول الأول:

ذهب الحنفية<sup>(٣)</sup> إلى أن الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض، وعللوا رأيهم بأن من ملك شيئاً ملك إتمامه،

(١) البهوتي، الروض المربع (٣٥٢/٢)، ابن تيمية، المحرر في الفقه (ص ٣٤٩).

(٢) المقصود بحقوق العقد، ما يترتب عليه من قبض للثمن أو تسليم للمبيع أو رد بالعيب... إلخ.

(٣) المرغيناني، الهداية (١٤٩/٣)، الشيباني، الجامع الصغير (٤٠٦/١).

فالوكيل لما ملك الخصومة ملك إتمامها، ومن إتمامها قبض الحق الذي خلص لموكله<sup>(١)</sup>.  
وينازع الحنفية في قولهم أن من إتمام الخصومة القبض، بل إتمامها أن لا يقصر في حدود  
ما وكل به، أما القبض فليس من حدود ما وكل به الوكيل.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية<sup>(٢)</sup>، إلى أن الوكيل بالخصومة لا يملك قبض الحق  
الذي خلص للموكل، وعللوا رأيهم بأنه قد يرضى للخصومة من لا يرضى للقبض؛ إذ قد يكون  
الشخص الموكّل له القدرة على الخصومة ولكن لا يتسم بالأمانة، فيرضاه للخصومة ولا يرضاه  
للقبض.

#### الرأي الرابع:

والذي يترجح هو القول بعدم جواز القبض في هذه الحالة، إلا أن يدل العرف على جوازه  
حفظاً لأموال الناس وذلك لفساد كثير من الذمم في هذا الزمان فإذا قبض الوكيل المال حالة عدم  
الإذن العرفي أو القولي فإنه يكون ضامناً لما قبض.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (١٧٨/٧)، العيني، البناية (٢٨٩/٩).

(٢) الشيرازي، المهذب (٣٥١/١)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢٠٠/٢)، العيني، البناية (٢٨٩/٩)، وعليه  
الفتوى عند الحنفية لفساد الزمان.

### المطلب الثالث: الضمان عند البيع نسيئة

إذا وكل شخص آخر بيع سلعة ما فهل يملك الوكيل أن يبيع تلك السلعة نسيئة؟  
اتفق الفقهاء على عدم جواز البيع نسيئة عند نهي الموكل عن ذلك<sup>(١)</sup>، واختلفوا عند عدم  
النهي على قولين:

#### القول الأول:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في صحيح المذهب إلى عدم جواز البيع نسيئة في حالة  
الإطلاق<sup>(٢)</sup>، ويكون الوكيل في هذه الحالة ضامناً، ولم يشر الشافعية والحنابلة إلى كيفية الضمان  
المرتبة في حالة بيع الوكيل نسيئة إلا أن المالكية قد أشاروا إلى ذلك فقالوا يقدر النقد بعرض،  
ثم يقدر العرض بنقد فما نقص عن قيمة الموكل ببيعه فيما لو بيع حالاً فإن الوكيل يضمنه<sup>(٣)</sup>.

واستدل الجمهور لرأيهم بعدم جواز البيع نسيئة بعدد من الأدلة:

أولاً: قالوا إن الأصل في البيع هو النقد فيحمل الأمر بالبيع عند الإطلاق على هذا الأصل<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: إن البيع نسيئة فيه تقويت لمصلحة الموكل في قبض الثمن المعجل إذ الأصل في البيع النقد  
ولا يصار إلى التأجيل إلا في حالة كساد السوق أو فساد السلعة<sup>(٥)</sup>.

ثالثاً: البيع بثمن مؤجل فيه مخاطرة على الموكل فقد يفلس المشتري فيتضرر بذلك الموكل<sup>(٦)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الحنفية والحنابلة في رواية<sup>(٧)</sup> عندهم إلى جواز البيع نسيئة في حالة الإطلاق.

واستدلوا لرأيهم:

(١) العيني، البناءة (٢٦٨/٩)، المواق، التاج والإكليل (١٩٦/٥)، الرملي، شرح زيد بن رسلان (٢٠٩/١)،  
المرداوي، الإنصاف (٣٧٨/٥).

(٢) المواق، التاج والإكليل (١٩٦/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٤/٢)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٨/٤).

(٣) المواق، التاج والإكليل (١٩٦/٥).

(٤) الشيرازي، المهذب (٣٥٤/١)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٨/٤).

(٥) الشيرازي، المهذب (٢٢٤/١).

(٦) الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٤/٢).

(٧) المرغيناني، الهداية (١٤٨/٣)، العيني، البناءة (٢٦٨/٩)، المرادوي، الإنصاف (٣٧٩/٥)، ابن مفلح،  
المبدع (٣٦٨/٤).

أولاً: بالقياس على المضارب بجامع التوكيل في كل منهما فكما أن المضارب يملك البيع نسيئة فكذا في حالة التوكيل في البيع عند الإطلاق<sup>(١)</sup>.  
ويرد على هذا الإستدلال بوجهين<sup>(٢)</sup>:

#### الوجه الأول:

إن المقصود في المضاربة الربح وهو في النساء أكثر، ولا يتعين ذلك في الوكالة بل ربما المقصود تحصيل حاجته.

#### الوجه الثاني:

استيفاء الثمن في المضاربة يكون على المضارب بينما في الوكالة يكون على الموكل فالذي يتضرر الموكل.

ثانياً: قالوا إن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد ما يقيد، فلما وكله ببيع مطلق فيتناول ما يقع عليه اسم البيع، والبيع نسيئة كذلك فيجوز له أن يبيع نسيئة<sup>(٣)</sup>.

ويرد على هذا بأن الأصل في البيع عند الإطلاق هو الحلول والبيع نسيئة هو خلاف الأصل المتعارف عليه.

#### الرأي الراجح

والذي يترجح في المسألة هو عدم جواز البيع نسيئة، ويضمن الوكيل في هذه الحالة؛ إذ في جواز البيع نسيئة خلاف للأصل المتعارف بين الناس في حالة الإطلاق وهو البيع حالاً.  
كما أن في البيع نسيئة إضراراً بالموكل لتحمله مؤنة الطلب لهذا الثمن المؤجل، وقد يتعرض الثمن للهلاك بتفليس المشتري.

وأما بالنسبة لكيفية الضمان، فأرى أن يضمن الوكيل قيمة الموكّل فيه كاملة ويدفعها للموكل لتعديه حدود وكالته، خلافاً لرأي المالكية لأن الأخذ برأي المالكية لا يرفع الضرر كاملاً عن الموكل والأصل إزالة الضرر كاملاً إن قدر عليه.

(١) ابن مفلح، المبدع (٣٦٨/٤).

(٢) المرادوي، الإنصاف (٣٧٩/٥).

(٣) البابرّي، محمد بن محمد بن حمود البابرّي، شرح العناية على الهداية، مطبوع مع فتح القدير، طبعة دار الفكر، بيروت، ١٣٩٧هـ (٧٨/٨).

## المطلب الرابع: الضمان عند بيع الوكيل لنفسه أو ولده

سأبحث في هذا المطلب مسألتين:

الأولى: بيع الوكيل لنفسه أو زوجته.

الثانية: بيع الوكيل لولده.

المسألة الأولى: بيع الوكيل لنفسه.

فلو وكل شخص آخر بأن يبيع له سيارة مثلاً فهل يستطيع الوكيل أن يشتريها لنفسه ولا يضمن أم أنه لا يملك هذا التصرف ويكون ضامناً بفعله؟  
اختلفت آراء العلماء في المسألة على النحو الآتي:

**القول الأول:**

ذهب المالكية في قول والشافعية والحنابلة في رواية عندهم<sup>(١)</sup>، إلى عدم جواز ذلك، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: إن العرف بين الناس هو بيع الإنسان لغيره فتحمل الوكالة عليه<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: إن الوكيل لما يشتري السلعة لا يستقصي على نفسه في الثمن، وإن الموكل في البيع يقتضي أن يكون المشتري ممن يستقصي عليه في الثمن، فلم يدخل بيع الوكيل لنفسه ضمن الإذن<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: لوجود التهمة في البيع إذ الإنسان لما يبيع نفسه يحاول أن يأخذ المبيع بأقل الأسعار<sup>(٤)</sup>.

**القول الثاني:**

ذهب الحنابلة في رواية ثانية عندهم<sup>(٥)</sup>، إلى جواز أن يبيع الوكيل من نفسه إذا زاد عن ثمنه في حالة النداء أو وكل من يبيع وكان هو أحد المشتريين.

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٦٩/٥)، الزرقاني، شرح الزرقاني (١٥١/٦)، الشيرازي، المهذب (٣٥٢/١)،

الرملي، شرح زيد بن رسلان (ص ٢٠٩)، ابن مفلح، الفروع (٢٦٩/٤)، البهوتي، الروض المريع (٢٤٧/٢)، المرادوي، الإنصاف (٣٧٥/٥).

(٢) ابن مفلح، المبدع (٣٦٧/٤).

(٣) الشيرازي، المهذب (٣٥٢/١).

(٤) ابن مفلح، المبدع (٣٦٧/٤).

(٥) المرادوي، الإنصاف (٣٥٢/٥).

وعلاوا رأيهم بأن الموكل يكون قد حصل على غرضه من البيع وهو الحصول على الثمن الصحيح للسلعة التي يريد بيعها ولا تهمه تلحق الوكيل في هذه الحالة لأن المحاباة منتفية في هذه الحالة<sup>(١)</sup>.

### القول الثالث:

ذهب المالكية في قول عندهم إلى جواز أن يبيع الوكيل من نفسه إذا سمى له ثمناً وباع به لإنتفاء التهمة والمحاباة في هذه الحالة<sup>(٢)</sup>.

### الرأي الرابع:

والذي يترجح هو القول بعدم جواز أن يبيع الوكيل من نفسه لقوة الشبهة في هذا البيع ولتغير حال الناس في هذا الزمان إلا إذا تم البيع بأعلى من ثمن المثل للتحقق حينئذ من انتفاء التهمة، وكذلك عند تحديد الثمن فيجوز للوكيل أن يشتري السلعة لنفسه؛ لأن الوكيل قد حقق للموكل غايته ومبتغاه، ولانتفاء التهمة حينئذ.

### المسألة الثانية: بيع الوكيل لولده

فلو وكل شخص آخر ببيع غرض له فهل يملك الوكيل البيع لولده أو زوجته؟ اتفق الفقهاء على عدم جواز البيع لابنه الصغير وانفقوا على جواز البيع من الكبير وزوجته إذا قال له الموكل بع ممن شئت<sup>(٣)</sup>.

واختلف الفقهاء في جواز البيع لولد الوكيل الكبير في حالة الإطلاق على النحو الآتي:

### القول الأول:

ذهب الإمام أبو حنيفة والشافعية في قول والحنابلة في رواية معتمدة عندهم<sup>(٤)</sup>، إلى عدم جواز البيع من ولده فإذا فعل ذلك فإنه يكون ضامناً، واستدلوا لرأيهم: أولاً: لوجود التهمة في التساهل منه في البيع وتقديم مصلحتهم على مصلحة الموكل<sup>(٥)</sup>.

(١) ابن مفلح، المبدع (٣٦٧/٤).

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي (٤٠٦/٦).

(٣) العيني، البناية (٢٦٦/٩)، ابن نجيم، البحر الرائق (١٦٧/٧)، المواق، التاج والإكليل (٢٠٠/٥)، الشريبي، مغني المحتاج (٢٢٤/٢)، المرادوي، الإنصاف (٢٧٨/٥).

(٤) المرغيناني، الهداية (١٤٥/٣)، الشريبي، مغني المحتاج (٢٢٤/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (١٩٥/٢).

(٥) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٥/٢).

ثانياً: لأن الوكيل عندما يبيعهم في هذه الحالة يترك الإستقصاء عليهم في الثمن بخلاف فيما لو باع لغيرهم<sup>(١)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية والمالكية والشافعية في قول معتمد عندهم والحنابلة في رواية عندهم<sup>(٢)</sup>، إلى جواز البيع في هذه الحالة ولقد قيد المالكية الجواز بعدم المحاباة، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بأنه يجوز أن يبيع منه ماله فكذلك مال الموكل<sup>(٣)</sup>.

يرد على هذا الدليل أن القياس هنا مع الفارق؛ إذ المتصرف في الأصل المقيس عليه يتصرف بمال نفسه فله أن يفعل به ما شاء بينما الحال هنا مختلف فهو يتصرف في مال الغير وعليه أن يتصرف بما فيه مصلحة الغير، ومن مصلحته البعد عن موطن التهمة كما هو الحال هنا.

ثانياً: إن الوكيل قد كلف بالبيع ولما باعه لولده أو زوجته فإنه يكون قد امتثل لإرادة موكله<sup>(٤)</sup>. ويرد على هذا بأن الوكيل لم يمتثل لإرادة الموكل لأن من إرادة الموكل أن يبيع السلعة من شخص يستقصي عليه في الثمن ولما باعه إلى ولده فإنه يكون مخالفاً لإرادة الموكل لأنه من دأب الناس عدم الإستقصاء في الثمن على أبنائهم أو زوجاتهم.

ثالثاً: إن الوكيل قد وكل بالبيع المطلق فلم يحدد له الموكل شخصاً يبيعه، فإذا باع ولده أو زوجته جاز له ذلك<sup>(٥)</sup>.

يرد على هذا الدليل بأن الوكالة وإن كانت مطلقة لكنها تنقيد بموضع التهمة التي هي مظنة للمحاباة وعدم مراعاة المصلحة الكاملة للموكل فلا يجوز للوكيل أن يقدم عليها.

### الرأي الراجح

وبعد النظر في الأدلة فالذي يترجح هو القول بعدم جواز البيع الوكيل لزوجته وولده لوجود التهمة، إلا إذا تم البيع بأعلى من ثمن المثل للتحقق من انتفاء التهمة حينئذ.

(١) الرملي، شرح زيد بن رسلان (ص ٢٠٨).

(٢) العيني، البناءة (٢٦٦/٩)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٦٩/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٥/٢)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٨/٤)، المرادوي، الإنصاف (٣٧٨/٥).

(٣) الشيرازي، المهذب (٣٥٢/١).

(٤) ابن مفلح، المبدع (٣٦٨/٤).

(٥) المرغيناني، الهداية (١٤٥/٣).

## المطلب الخامس: الضمان عند شراء المبيع المعيب

إذا وكل شخص بشراء سلعة ما لشخص آخر فهل يجوز للوكيل أن يشتري تلك السلعة مع علمه بوجود العيب فيها؟

اختلف العلماء في المسألة على ثلاثة أقوال:

### القول الأول:

ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup>، إلى عدم جواز شراء المبيع المعيب مطلقاً.

واستدلوا لرأيهم بأن إطلاق البيع يقتضي السلامة في المبيع فلا يجوز للوكيل شراء المعيب<sup>(٢)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب المالكية<sup>(٣)</sup> إلى عدم جواز شراء المبيع المعيب عند علم الوكيل بذلك العيب إلا أن يكون العيب يسيراً مما يغتفر عادة.

واستدلوا لرأيهم بأن العيوب اليسيرة تغتفر في البيع فيصح به وكذا شراء الوكيل إذا كان العيب قليلاً فإنه يصح<sup>(٤)</sup>.

### القول الثالث:

ذهب الإمام أبو حنيفة إلى جواز شراء المبيع المعيب في حالة علم الوكيل به<sup>(٥)</sup>، واستدل لرأيه:

أولاً: بأن عقد الوكالة مطلق إذ أن صاحبه لم يقيده بغير المعيب، وإنما وكله بمطلق الشراء فإذا اشترى المعيب فإنه يكون قد اشترى ما وكله الأمر، ويكون ممثلاً لأمره<sup>(٦)</sup>.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٩/٦)، السرخسي، المبسوط (٣٩/١٩)، ابن عابدين، حاشية ابن

عابدين (٢٨٥/٨)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٥/٢)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (١٩٨/٢).

(٢) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٨/٢)، المطيعي، تكملة المجموع (٢٣٩/١٤).

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني (١٤٠/٦).

(٤) المرجع السابق (١٤٠/٦).

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع (٣٠/٦).

(٦) المرجع السابق (٣٠/٦).

ويرد على هذا الدليل بأن الوكالة تنقيد بالخلو من العيب، وإن لم يصرح الموكل بذلك لفظاً، لأن إرادة الموكل تتجه إلى خلو المبيع من العيب، وإن لم يتلفظ بذلك، لأن الإنسان بطبعه مفطور على حب الأكمل والأحسن، ولأن العرف يقتضي ذلك.

ثانياً: القياس على المضارب فكما أن المضارب يحق له شراء المعيب فكذلك الوكيل<sup>(١)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن المقصود في المضاربه هو الربح، والربح حقيقة قد يأتي من المعيب كما يأتي من السليم، بينما المقصود في الوكالة غالباً شراء ما يفتنى، أو يدفع به الحاجة، والمعيب يمنع الإقتناء وقضاء الحاجة<sup>(٢)</sup>.

### الرأي الراجح

وبعد النظر إلى أقوال العلماء وأدلتهم فإن الذي يترجح هو القول بعدم جواز شراء المبيع المعيب إلا ما قضى العرف بجواز التسامح في يسيره؛ لأن شراء المبيع المعيب فيه مخالفة لأرادة الموكل وإن لم ينص على ذلك؛ ويلحق الضرر بالموكل وهو لا يرضى الضرر لنفسه، ويتسامح في اليسير الذي قضى العرف بالتسامح فيه؛ لأن العادة محكمة بين الناس في معاملاتهم، وعليه فإن الوكيل يصبح ضامناً للمال إذا اشترى المعيب الذي لا يتسامح فيه عادة. والذي أقصده بالضمان في هذا المطلب والمطلبين السابقين هو شغل الذمة بالموكل فيه، فإن أمكن رده فإنه يلزمه ذلك، وإلا فإنه يرد مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان قيمياً.

(١) الكاساني، بدائع الصنائع (٣٠/٦).

(٢) المطيعي، تكملة المجموع (٢٣١/١٤).

## المطلب السادس: النحاة عند البيع والشراء بغين فاحش

وسأبحث في هذا المطلب عن مسألتين:

**الأولى: البيع بغين فاحش.**

**الثانية: الشراء بغين فاحش.**

وقبل الدخول في المسألتين لا بد من تحديد المراد بالغين الفاحش أو اليسير في البيع. والحقيقة أن عبارات الفقهاء اختلفت في تحديد الغبن الفاحش من اليسير، فمن الفقهاء من أشار إلى أن الغبن اليسير الذي يتسامح به، هو جزء من عشرة أجزاء كأن يبيع أو يشتري ما يساوي عشرة دنانير بتسعة، فإذا نقص السعر عن ذلك في البيع فإن الغبن يصبح فاحشاً، وكذلك إذا زاد السعر عن أحد عشر ديناراً فإن الغبن يصبح فاحشاً<sup>(١)</sup>.

ومن الفقهاء من رأى أن الغبن اليسير الذي يقع تحت تقدير المقومين، وأما الذي لا يقع تحت تقدير المقومين، فإنه يكون غيباً فاحشاً<sup>(٢)</sup>، في حين قد ذهب البعض إلى تحديد مقدار الغبن في كل جنس من السلع<sup>(٣)</sup>.

والحقيقة أنه يمكن تحديد الغبن الفاحش من اليسير بالرجوع إلى أهل الخبرة، وهم الذين يتاجرون بالسلعة المراد تحديد مقدار الغبن اليسير من الفاحش فيها، وهو بالطبع يختلف من زمان إلى آخر ومن سلعة لأخرى.

**المسألة الأولى: البيع بالغين الفاحش.**

إذا وكل شخص آخر بأن يبيع له سيارة ثمن مثلها أربعة آلاف دينار، فهل يجوز للوكيل أن يبيعها بأقل من ذلك؟

اتفق العلماء على أنها إذا كان البيع أقل من ثمن المثل بغين يسير فلا شيء على الوكيل؛ لأن الغبن اليسير لا يمكن التحرز عنه فهو معفو عنه<sup>(٤)</sup>.

وأما إذا كان الغبن فاحشاً فقد اختلفت آراء العلماء في المسألة على النحو الآتي:

(١) الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٤/٢)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٨/٤).

(٢) المرغيناني، الهداية (١٤٧/٣).

(٣) العيني، البناية (٢٧٢/٩).

(٤) المرغيناني، الهداية (١٤٧/٣)، الدردير، الشرح الصغير (١٤٨/٢)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٤/٢)،

البهوتي، شرح منتهى الإرادات (١٩٦/٢).

**القول الأول:**

ذهب المالكية والشافعية وأبو يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة في رواية عندهم<sup>(١)</sup>، إلى عدم جواز البيع بالغبن الفاحش، وعليه فإن الوكيل يكون ضامناً للموكل فيه، إلا أن المالكية قد أعطوا الموكل الخيار في قبول البيع، واستدل الجمهور لرأيهم بعدة أدلة:

أولاً: أن الوكيل مأمور بالعمل لمصلحة موكله ومنهي عن الإضرار به، وفي حالة البيع بغبن فاحش إضرار بالموكل وترك لمصلحته<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: قالوا أن الإطلاق في البيع محمول على العرف ويقيد به، والبيع بغبن فاحش ليس متعارفاً عليه<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: قالوا إن البيع بغبن فاحش فيه بيع من وجه وهبة من وجه آخر، لأن الذي يبيع بغبن فاحش كأنه يعري جزءاً من المبيع عن الثمن<sup>(٤)</sup>، والوكالة بالبيع وليس بالهبة.

ويرد عليه بأن تصرف الوكيل هذا بيع محض ويدل عليه أن الوكيل لو حلف ألا يبيع وقام بهذا البيع فإنه يحنث ولو لم يكن تصرفه هذا بيعاً لما كان حائثاً<sup>(٥)</sup>.

**القول الثاني:**

ذهب الحنابلة في معتمد المذهب إلى جواز البيع مع الغبن الفاحش إلا أن الوكيل يكون ضامناً للنقص الحاصل، واختلفوا في مقدار النقص الذي يضمنه الوكيل في هذه الحالة على وجهين<sup>(٦)</sup>:

**الوجه الأول:**

يضمن النقص الحاصل ما بين ثمن المثل وما باعه فلو كان ثمن المثل ١٠٠ دينار وباع الوكيل بستين دينار فإن الوكيل يضمن أربعين ديناراً.

(١) الزرقاني، شرح الزرقاني (١٤٣/٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٤/٢)، العيني، البناءة (٢٧٢/٩)، المرادوي، الإنصاف (٣٧٩/٥).

(٢) الشيرازي، المهذب (٣٥٤/١).

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرغيناني، الهداية (١٤٥/٣).

(٥) المرجع السابق.

(٦) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٦/٢)، المرادوي، الإنصاف (٣٨٠/٥).

### الوجه الثاني:

يضمن النقص الحاصل بين ما يتغابن الناس فيه عادة وبين ما باعه، فإذا كان ثمن المثل للسلعة الموكل ببيعها ١٠٠ دينار وباعها الوكيل بثمانين ديناراً، وكان مقدار ما يتغابن به الناس لغاية ستة دنانير، فإن الوكيل يضمن أربعة عشر ديناراً. واستدل الحنابلة<sup>(١)</sup> لرأيهم بجواز البيع مع الغبن الفاحش بأن من صح بيعه بثمن المثل جاز أن يبيع بما نقص منه.

ويرد على هذا بأن الوكيل يملك البيع بثمن المثل لأنه لا إضرار في ذلك على الموكل بينما البيع بالغبن الفاحش فيه إضرار بالموكل فلا يملكه الوكيل إذ أنه موكل للعمل لمصلحة موكله. وعلل الحنابلة إيجاب الضمان بقدر النقص، بأن الوكيل قد فرط في طلب الأنفع لموكله فيضمن مقدار النقص فقط، لأن في ذلك مراعاة لحظ الوكيل بعدم الفسخ ومراعاة لحظ البائع بضمان النقص.

### القول الثالث:

ذهب الإمام أبو حنيفة<sup>(٢)</sup> إلى جواز البيع بغبن فاحش، ولا شيء على الوكيل بذلك، واستدل لرأيه:

أولاً: أن التوكيل بالبيع مطلق فالموكل لم يقبده بثمن المثل أو بما يتغابن فيه الناس عادة بل وكل الوكيل بمطلق البيع، فإذا قام بالبيع بغبن فاحش فإنه يدخل تحت مطلق البيع، ويكون منفذاً لما أمره الموكل<sup>(٣)</sup>.

ويرد عليه بأن الوكالة وإن كانت مطلقة باللفظ إلا أنها مقيدة بالعرف ضمناً، والعرف يمنع أن يبيع الوكيل بغبن فاحش فنتقيد الوكالة به<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: أن البيع وإن لم يكن متعارفاً فعلاً، فهو متعارف ذكراً أو تسمية فمن حلف أن لا يأكل لحماً فأكل لحم آدمي فإنه يحنت وإن لم يكن أكله متعارفاً عليه لكونه متعارفاً إطلاقاً وتسمية<sup>(٥)</sup>. ويرد على هذا الدليل بأنه منقوض بعدم جواز الشراء بغبن، فاحش عند الإمام أبي حنيفة.

(١) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٦/٢)، المرداوي، الإنصاف (٣٨٠/٥).

(٢) العيني، البناية، (٢٧١/٩).

(٣) المرغيناني، الهداية (١٤٧/٣).

(٤) المرجع السابق.

(٥) الكاساني، البدائع (٢٧/٦).

### الرأي الراجح:

وبعد النظر في أدلة العلماء فإن الذي يترجح هو القول بعدم جواز البيع بغبن فاحش، وبضمان الوكيل في هذه الحالة لأن البيع بغبن فاحش إضرار بالموكل وخروج عن مصلحته التي يجب على الوكيل مراعاتها، إلا أنني أرى إعطاء الموكل الخيار في ضمان الموكل فيه وبين إجازته للبيع إذا رأى ذلك؛ لأن الضمان قد وجب لحق الموكل فإذا أراد أن يتنازل عن خالص حقه فله ذلك.

### المسألة الثانية: الشراء بغبن فاحش.

إذا وكل إنسان آخر بشراء سيارة مثلاً فهل يجوز للوكيل أن يشتريها بغبن فاحش كأن يكون سعر السيارة أربعة آلاف دينار فيشتريها بخمسة ولا ضمان عليه أم أنه لا يجوز له ذلك ويضمن ما دفعه؟

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

### القول الأول:

ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية<sup>(١)</sup> إلى أنه لا يجوز للوكيل أن يشتري بغبن فاحش، وإذا فعل ذلك فإنه يكون ضامناً، واستدلوا لرأيهم بالمنع بما يلي:

أولاً: بوجود التهمة في حالة الشراء؛ لأن الوكيل قد يشتري السلعة لنفسه ثم يجد أنه قد غُبن فيها غبناً فاحشاً فيقول اشتريت للموكل<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: أن الوكالة وإن كانت مطلقة إلا أنها تنقيد بالعرف، والمتعارف عليه بين الناس عدم جواز الشراء بغبن فاحش<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: أن الوكيل مأمور بأن يتصرف لمصلحة موكله وأن لا يتسبب بضرره، فإذا اشترى بالغبن الفاحش فإنه يكون قد خان مصلحة موكله وتسبب بإضراره فيكون متعدياً<sup>(٤)</sup>.

(١) العيني، البناية (٢٦٨/٩)، الدردير، الشرح الصغير (١٨٤/٢)، الشرواني، حواشي الشرواني (٣٢٠/٥)، المرادوي، الإنصاف (٣٨٠/٥).

(٢) العيني، البناية (٢٦٨/٩).

(٣) الشرواني، حواشي الشرواني (٣٢٠/٥).

(٤) الشيرازي، المهذب (٣٥٤/١).

**القول الثاني:**

ذهب الحنابلة في المعتمد عندهم<sup>(١)</sup> إلى جواز البيع وصحته إلا أن المشتري يضمن النقص على الوجهين المذكورين في البيع بغبن فاحش<sup>(٢)</sup>.

واستدلوا لرأيهم بأن من جاز شراؤه بثمن المثل جاز شراؤه بغبن فاحش.

ويرد على هذا الدليل بأن الشراء بغبن فاحش إضرار بالموكل خلافاً للشراء بثمن المثل لا إضرار فيه<sup>(٣)</sup>.

وأما بالنسبة لوجوب ضمان النقص فعلوه بوجود التفريط من الوكيل، وبحفظ حق الموكل في النقص الذي أدخله الوكيل عليه ومراعاة حظ الوكيل بعدم الفسخ<sup>(٤)</sup>.

ولكن يرد على هذا بأن الأصل عدم مراعاة حظ الوكيل هنا لأنه متعدٍ بفعله هذا.

**الرأي الرابع:**

والذي يترجح هنا عدم جواز البيع بغبن فاحش لضعف أدلة القائلين بالجواز، لأن القول بالجواز ينافي الأمر المتعارف عليه بين الناس، ولقوة التهمة في حالة الشراء بغبن فاحش وخصوصاً أننا نعيش في زمان فسدت فيه أحوال الناس، ولا أرى مانعاً من إعطاء الموكل حق الخيار في إمضاء البيع وتضمين الوكيل كما يرى المالكية لأن الضمان قد وجب حفظاً لحق الموكل وله التنازل عنه.

(١) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٦/٢).

(٢) راجع المسألة الأولى في هذا المطلب.

(٣) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٦/٢).

(٤) البهوتي، الروض المربع (٣٤٨/٢)، ابن مفلح الفروع (٢٧٣/٤).

المبحث الثالث: الضمان عند مخالفة أمر الموكل.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الضمان عند البيع بأنقص من الثمن المقدر.

المطلب الثاني: الضمان عند الشراء بسعر أعلى من السعر المحدد.

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

المطلب الرابع: الضمان عند المخالفة في صفة الشراء.

المطلب الخامس: الضمان عند مخالفة المكان والشخص والزمان في الوكالة.

## المبحث الثالث: الضمان عند مخالفة أمر الموكل

### المطلب الأول: الضمان عند البيع بأنقص من الثمن المقدر

إذا وكل شخص ببيع بيته بسعر محدد ثم قام الوكيل ببيع البيت بأقل من السعر المحدد، فهل يجوز للوكيل ذلك ولا ضمان عليه أم أنه لا يجوز له فعل ذلك ويكون ضامناً لفعله هذا؟

اتفق الفقهاء على عدم جواز البيع بأقل من السعر المحدد في حالة نهى الموكل عن ذلك<sup>(١)</sup>.  
وأما إذا وكله ببيع شيء ما بسعر محدد ولم ينهه عن البيع بأقل منه، فهل يجوز له أن يبيع السلعة بأقل من السعر المحدد؟

اختلفت آراء العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب جمهور أهل العلم من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية<sup>(٢)</sup>، إلى منع الوكيل من البيع بأقل من السعر المحدد مطلقاً، وعليه فإنه يكون ضامناً للبيع إلا أن المالكية أعطوا الموكل حق الخيار في قبول البيع وتضمين الوكيل<sup>(٣)</sup>.

واستدل الجمهور لقولهم بالمنع بأن على الوكيل أن يلتزم بأمر موكله ولا يخالفه، فإذا باع بأنقص من الثمن المقدر، فإنه يكون مخالفاً لأمر موكله فلا يجوز تصرفه<sup>(٤)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الحنابلة<sup>(٥)</sup> في معتمد المذهب عندهم إلى جواز البيع بأنقص من الثمن المقدر، ويكون ضامناً للنقص في هذه الحالة عن الثمن المقدر.

وعللوا رأيهم بأن من جاز أن يبيع بالثمن المقدر جاز أن يبيع بما نقص منه<sup>(٦)</sup>.  
ويرد على قولهم هذا بأن البيع ما نقص من الثمن المقدر فيه مخالفة لأمر الموكل وإضرار به خلافاً لما لو باع بالثمن المحدد من قبل الموكل.

(١) الكاساني، البدائع (٢٩/٦)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٠٢/٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٨/٢-٢٢٩)، المرادوي، الإنصاف (٣٨٠/٥)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٩/٤).

(٢) الكاساني، البدائع (٢٩/٦)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٦٢/٥)، مغني المحتاج (٢٢٨/٢)، ابن مفلح، الفروع (٢٧٣/٤).

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني (١٤٤/٦).

(٤) الكاساني، البدائع (٢٩/٦).

(٥) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٦/٢).

(٦) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٦/٢).

وعللوا إيجاب الضمان على الوكيل بقدر الناقص عن الثمن المقدر بوجود التقريط منه وحفظاً لحق الموكل<sup>(١)</sup>.

#### الرأي الراجح:

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

---

(١) ابن مفلح، المبدع (٣٦٩/٤).

### المطلب الثاني: الضمان عند الشراء بسعر أعلى من السعر المحدد

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

اختلفت آراء العلماء في المسألة على ثلاثة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والشافعية<sup>(١)</sup> إلى عدم جواز ذلك وبالتالي فإن الوكيل يكون متعدياً بفعله، وعليه الضمان.

وعللوا رأيهم بأنه على الوكيل أن لا يخالف أمر موكله وعليه أن يلتزم به، فلما حدد له سعراً معيناً في الشراء وقام بالشراء بأعلى منه فإنه يكون مخالفاً لأمر موكله<sup>(٢)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية<sup>(٣)</sup> إلى أنه لا يجوز للوكيل أن يزيد على سعر الشراء مبلغاً لا يتغابن به الناس، وإلا فإنه يكون ضامناً لمال الموكل إذا أراد الموكل تضمينه ولم يوافق على الشراء بالزيادة التي لا يتغابن بها الناس.

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

#### القول الثالث:

ذهب الحنابلة<sup>(٤)</sup> إلى جواز الشراء بأزيد من السعر المحدد، ويكون الوكيل ضامناً للزائد عن السعر المحدد، واستدلوا لرأيهم:

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

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

(٢) الشيرازي، المهذب (٣٥٥/١).

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

(٤) البهوتي، شرح المنتهى (١٩٦/٢).

(٥) المرجع السابق.

وأما بالنسبة لإيجاب الضمان في الزائد فإنه حفظ لحق الموكل، إذ أن الوكيل لما أقبل على هذا الشراء كان مفراطاً في حق الموكل فلزمه ضمان الزائد<sup>(١)</sup>.

#### الرأي الراجح:

والذي يترجح هو القول بعدم جواز الشراء بأعلى من السعر المحدد وإذا أقبل الوكيل على ذلك فإنه يكون ضامناً لمال الموكل لمخالفته أمره، وتصرفه تصرفاً لا يحق له، ولا فرق بين الزيادة اليسيرة والكثيرة لوجود المخالفة الصريحة لأمر الموكل وأما بالنسبة لقول المالكية في التفريق بين اليسير وغيره فهو منقوض بالبيع بأنقص من السعر المحدد حيث أوجبوا الضمان في حالة البيع بأي نقصان عن السعر المحدد في الوكالة. ولا مانع من إعطاء الموكل الخيار في التضمين وعدمه عند الشراء بأزيد من السعر المحدد في الوكالة، لأن الضمان حق خالص له وله التنازل عنه.

---

(١) ابن مفلح، المبدع (٣٦٩/٤).

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

سأتحدث في هذا المطلب عن ثلاث مسائل:

#### المسألة الأولى: البيع نقداً عند الأمر بالبيع نسيئة:

فلو وكلَّ شخص آخر ببيع سلعة له نسيئة فهل يجوز للوكيل أن يبيعها نقداً إذا لم ينهه الموكل عن ذلك؟

اتفق الفقهاء على عدم جواز البيع نقداً في هذه الحالة بأقل من السعر المحدد، ويكون الوكيل ضامناً للموكل فيه<sup>(١)</sup>، ولكنهم اختلفوا إذا باعه بنفس سعره أو بالسعر الذي حدده الموكل نقداً.

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة في الأصح عندهم<sup>(٢)</sup>، إلى جواز البيع حالاً، وعللوا رأيهم بأن الوكيل قد زاد الموكل خيراً، كما لو قال له بع بعشرة دنانير وباع الوكيل بأعلى منها<sup>(٣)</sup>. ويرد على هذا بأن الموكل قد يكون له غرض في البيع نسيئة فيكون الوكيل قد فوت غرضه.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة في رواية<sup>(٤)</sup> إلى عدم جواز مخالفته أمر موكله في هذه الحالة. وعللوا رأيهم بأن الموكل قد يكون له غرض في البيع بنسيئة كأن يكون المال في ذمة مليء فيفوت عليه ذلك<sup>(٥)</sup>.

#### القول الثالث:

ذهب الشافعية في قول ثانٍ والحنابلة في قول آخر عندهم<sup>(٦)</sup> إلى جواز البيع حالاً ما لم يتضرر الموكل من ذلك، كأن يكون في وقت لا يأمن الشخص فيه من السرقة أو النهب.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (١٦٧/٧)، ابن عبد البر، يوسف بن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، تحقيق محمد بن محمد، مكتبة الرياض، الرياض، ١٣٩٨هـ - (٧٩٠/٢)، الشيرازي، المهذب (٣٥٤)، ابن مفلح، المبدع (٣٧١/٤).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٨٣/٧)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٠٧/٦)، المرادوي، الإنصاف (٣٨٣/٥).

(٣) ابن مفلح، المبدع (٣٧١/٤)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٠٧/٦).

(٤) الشيرازي، المهذب (٣٥٤/١)، المرادوي، الإنصاف (٣٨١/٥).

(٥) المرجعان السابقان.

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

وعلّوا قولهم بأن الوكيل في حالة الأمان يكون قد زاد الموكل خيراً، وفي حالة عدم الأمان فإنه يكون قد أضر به<sup>(١)</sup>.

### الرأي الراجح:

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

### المسألة الثانية: البيع نقداً عند النهي عنه:

ومن المسائل المتعلقة بهذا المطلب:

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

كأن يقول شخص لآخر بع هذه السيارة بخمسة آلاف نسيئة ولا تبعها نقداً فهل يجوز للوكيل أن يبيع السيارة بخمسة آلاف نقداً مع وجود النهي؟

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

### القول الأول:

ذهب الحنفية<sup>(٢)</sup> إلى جواز البيع في هذه الحالة ولا شيء على الوكيل، ويلزم البيع الموكل. وعلّوا رأيهم بأن هذا الشرط ليس مفيداً فلا يلزم الوكيل التقيد به حتى لو نهاه الموكل عن البيع نقداً.

ويرد على هذا القول بأن هذا الشرط قد يكون مفيداً إذ قد يكون غرض الموكل هو الحفاظ على المال وعدم صرفه إذا كان بين يديه، كما أن المال للموكل وله التصرف في خالص حقه كيف يشاء، فإذا باع الوكيل الغرض نقداً فإنه يكون مخالفاً لرغبة المالك وإرادته التي قبل الوكيل الوكالة على أساسها.

### القول الثاني:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٣)</sup> إلى عدم جواز مخالفة نهي الموكل في هذه الحالة. وعلّوا رأيهم بوجود المخالفة الصريحة لأمر الموكل<sup>(١)</sup> وبالتالي فإنه يكون ضامناً للمبيع.

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

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

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

## الرأي الراجح

والذي يترجح هو القول بعدم جواز مخالفة أمر الموكل، لأن الوكيل لما التزم بالوكالة كان ملتزماً بالقيود الذي عينه الموكل ونهى الوكيل عن مخالفته وهو عدم البيع نقداً، فإذا أقدم على البيع نقداً، فإنه يكون ضامناً للمبيع فعليه رده إن أمكنه ذلك أو قيمته.

### المسألة الثالثة: البيع نسيئة عند الأمر بالبيع نقداً:

لو أمر الموكل الوكيل ببيع سلعة له نقداً ثم قام ببيعها نسيئة فهل يجوز للوكيل فعل ذلك؟ اتفق الفقهاء<sup>(٢)</sup> على عدم جواز ذلك لمخالفته أمر موكله.

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

إلا أن المالكية قالوا بضمان النقص الحاصل في البيع نسيئة عما لو باعه نقداً ما لم يدرك الموكل البيع بفسخه<sup>(٣)</sup>.

ويقدر المالكية النقص بأن يُباع النقد بعرض نقداً ثم يباع العرض بمال نقداً، فإذا كان ذلك مثل القيمة أو التسمية كان ذلك للموكل، وإن نقص عن التسمية أو القيمة ضمنه الوكيل للموكل<sup>(٤)</sup>.

والصحيح أن يكون الوكيل ضامناً للمثل أو القيمة، لأن الوكيل إذا تصرف في المبيع على غير إذن الموكل، فإنه يكون كالأجنبي في التصرف، وتصرف الأجنبي في ملك غيره يستوجب ضمان ما تصرف فيه بالمثل إن كان مثلياً أو القيمة إن كان قيمياً.

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

(٢) العيني، البناية (٢٦٨/٩)، مواق، التاج والإكليل (٢٠٤/٥)، المطيعي، تكملة المجموع (٣٤٩/١٤)، ابن قدامة، المغني (٧٧/٥).

(٣) مواق، التاج والإكليل (٢٠٤/٥).

(٤) المرجع السابق.

### المطلب الرابع: الضمان عند المخالفة في صفة الشراء

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

اختلفت آراء العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنابلة في قول والشافعية في قول عندهم<sup>(١)</sup> إلى عدم جواز ذلك وعللوا رأيهم بوجود المخالفة لأمر الموكل.

#### القول الثاني:

ذهب الحنفية والحنابلة في المعتمد عندهم والشافعية في قول ثان<sup>(٢)</sup> إلى جواز الشراء في هذه الحالة.

وعللوا رأيهم بأن الوكيل مكلف بالعمل لمصلحة الموكل وهنا عمل لمصلحته وزاده خيراً. ويرد على أصحاب هذا القول بأنه وإن كان الوكيل قد زاد الموكل خيراً ظاهراً، لكنه قد يتسبب بإضراره عند الشراء نسيئة؛ لأنه قد يكون من دأب الموكل أنه يصرف ما عنده من مال ويصعب عليه الإدخار.

#### الرأي الراجح:

وبعد النظر في أقوال أهل العلم فإن الذي يترجح هو القول بعدم الجواز لمخالفته شرط الموكل الذي قبل الوكيل الوكالة بناءً عليه، ولأنه قد يكون للموكل غرض من الشراء حالاً، فنكون قد فوتنا عليه غرضه بالشراء نسيئة، وبالتالي فإن المشتري يكون ضامناً لمال الوكالة إذا وقع جزء منه قسطاً من الثمن، فإن أمكن رده فعلياً رده وإلا يضمن مثله.

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

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٢٩/٦)، ابن نجيم، البحر الرائق (١٦٩/٧)، الشيرازي، المهذب (٣٥٤/١)، البهوتي، شرح المنتهى (١٩٧/٢).

## المطلب الخامس: مخالفة المكان والشخص والزمان في الوكالة

سأتحدث في هذا المطلب عن ثلاث مسائل:

### المسألة الأولى: مخالفة الوكيل للمكان المقيد به

لو وكل شخص بالبيع في سوق معين ثم قام الوكيل بالبيع في سوق آخر غير الذي عينه الموكل فهل يجوز ذلك، ولا ضمان على الوكيل؟ أم أنه يمنع من هذا ويكون ضامناً للمبيع؟ اتفق الفقهاء على عدم جواز مخالفة أمر الموكل عند نهي الوكيل عن مخالفة السوق أو المكان المحددين، واتفقوا على عدم جواز الشراء من غير المكان المحدد إذا كان هناك تفاوتاً بين المكان المحدد والأمكنة الأخرى في الأسعار أو الجودة<sup>(١)</sup>.

وأما في غير ذلك فقد اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

### القول الأول:

ذهب الشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup> إلى جواز مخالفة الوكيل أمر موكله إذا حدد له سعراً معيناً لكي يبيع به وأما إذا لم يحدد سعراً، فصحيح القول عند الشافعية ومفهوم قول الحنابلة<sup>(٣)</sup> بالمنع، وعدم جواز البيع في غير المكان المحدد، ويكون ضامناً إذا خالف المكان. وعللوا رأيهم بعدم التضمنين إذا حدد السعر بأن المقصود بيعه بالسعر المحدد فيكون بيعه في أحد السوقين كبيعه في الآخر<sup>(٤)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب المالكية<sup>(٥)</sup> إلى عدم جواز المخالفة للمكان المحدد وإذا خالف الوكيل فإنه يكون ضامناً ويكون الخيار للموكل بين الإمضاء والتضمنين بعد ذلك، ويبدو أن مبنى الرأي عندهم هو وجود المخالفة لأمر الموكل.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٨٣/٧)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٠٢/٦)، النووي، روضة الطالبين

(٢) (٣١٥/٤)، الشربيني، مغني المحتاج (٧٢٧/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (١٩٧/٢).

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

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

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

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

### القول الثالث:

ذهب الحنفية<sup>(١)</sup> إلى جواز مخالفة أمر الموكل في هذه الحالة؛ لأن تحديد المكان عندهم من الشروط التي قد تكون مفيدة، وقد لا تكون كذلك فهي لا تتأكد عندهم إلا بالنهي. ويرد على هذا القول بأن الوكيل لما قبل الوكالة قبلها على أساس البيع في المكان المحدد، والمسلمون عند شروطهم، فإن باع في غير المكان المحدد فإنه يكون ضامناً لفعله أمراً لا يجوز له فعله.

### الرأي الراجح

والذي يترجح هو القول بوجود الالتزام بالمكان المحدد إذا ذكر المكان على سبيل التعيين، فإذا خالف الوكيل وباع في غير المكان المحدد فإنه يكون ضامناً مع بقاء حق الخيار للموكل بين التضمين وإجازة الفعل؛ لأن من الواجب على الوكيل الالتزام بالشرط المنفق عليه في العقد.

### المسألة الثانية: مخالفة الوكيل للشخص المقيد به.

لو عين الموكل للوكيل شخصاً لكي يتعامل معه فخالف الوكيل أمر موكله وباع لغيره أو اشترى من غيره فهل يجوز له ذلك؟

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup>، إلى عدم جواز ذلك، فإذا تعامل مع غير المعين فإنه يكون ضامناً إلا أن المالكية أعطوه الخيار بين التضمين وإجازة الفعل، وهذا ما أراه مناسباً لأن الضمان من حق الموكل وله أن يفعل ما يشاء في خالص حقه.

### المسألة الثالثة: مخالفة الوكيل الزمان المقيد به.

إذا عين الموكل زماناً يتصرف الوكيل فيه فهل يجوز التصرف في غير الزمان المحدد؟ اختلفت آراء العلماء في المسألة على قولين:

### القول الأول:

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٣)</sup>، إلى عدم جواز مخالفة الزمان المحدد وإذا تصرف في غير الزمان المحدد فإنه يكون ضامناً، إلا أن المالكية قد أعطوا الموكل الخيار بين التضمين وإجازة الوكيل على فعله.

وعلى أصحاب هذا القول رأيهم<sup>(١)</sup>:

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

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي (٤٠٢/٦)، النووي، روضة الطالبين (٣١٥/٤)، مرعي بن يوسف الحنبلي، دليل الطالب، ط ٢، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٣٨٩هـ (ص ١٣٤).

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٦٢/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٢٧/٢)، البهوتي، كشف القناع (٤٨٠/٣).

بأن الموكل قد يكون له غرض من وراء تحديد الزمان إذ أن الأسعار قد تكون في ذلك الوقت منخفضة أو مرتفعة أو قد يكون أراد مراعاة حاجة الناس للشيء الذي يريد أن يبيعه.

### القول الثاني:

ذهب الحنفية في الصحيح عندهم<sup>(٢)</sup> إلى أن الموكل إذا قال الوكيل تصرف في هذا الشهر أو في هذا اليوم أو الأسبوع لم يصح تصرفه بعده لأن الذكر عندهم هنا للتوقيت، بينما لو قال تصرف غداً أو الشهر القادم جاز بعده.

ويرد على هذا بأن الوكيل لما حدد التصرف بالشهر القادم أو الغد فإنه يريد التوقيت كما لو قال اليوم أو هذا الشهر فلا يجوز التصرف بعده.

### الرأي الرابع

والذي يترجح عدم جواز مخالفة أمر الموكل فإذا حدد له الموكل زماناً فعلى الوكيل الالتزام به، لأن المسلمين عند شروطهم، ولأنه قد يكون له غرض من هذا الشرط، فلا يجوز للوكيل أن يتصرف قبله ولا بعده وإلا فإنه يكون ضامناً.

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

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق (١٤١/٧).

المبحث الرابع: الضمان عند عزل الوكيل

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ضمان التصرف عند عزل الموكل للوكيل.

المطلب الثاني: ضمان التصرف عند عزل الوكيل بموت موكله.

## المبحث الرابع: الضمان عند عزل الوكيل

### المطلب الأول: ضمان التصرف عند عزل الموكل للوكيل

اتفق الفقهاء على أن عقد الوكالة من العقود الجائزة<sup>(١)</sup> التي يحق لكل من المتعاقدين فسخه منفرداً في أي وقت شاء، لكنهم اختلفوا في تصرف الوكيل بعد عزله من الموكل هل يستوجب الضمان أم لا؟ هذا ما سأبحثه في هذا المطلب، وقبل الدخول في مسألة هذا المطلب أود أن أشير إلى أمر مهم:

وهو أن يد الوكيل بعد العزل تظل على الشيء الموكل فيه يد أمانة، وحكم مال الوكالة حكم الأمانة، أي أن مال الوكالة لو هلك بعد العزل من دون تعدٍ أو تقصير فلا ضمان على الوكيل، لأن وجود مال الوكالة بيد الوكيل كان بإذن من الموكل<sup>(٢)</sup> صاحب المال.

وأما بالنسبة للمسألة موضوع هذا المطلب، فلقد اتفق الفقهاء على أن الوكيل إذا تصرف بعد العزل وهو يعلم به فإنه يعد ضامناً<sup>(٣)</sup> لتصرفه هذا، لكنهم اختلفوا إذا تصرف الوكيل بعد العزل وقبل العلم، هل يضمن إذا تصرف؟ أم لا بد من وصول الخبر إليه حتى يكون ضامناً؟ اختلف أهل العلم في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية في قول عندهم والشافعية في قول مرجوح والحنابلة في رواية<sup>(٤)</sup> إلى أنه لا بد من وصول خبر العزل إلى الوكيل فلا يضمن إذا تصرف قبل علمه بالعزل، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بالقياس على الحكم الشرعي فإنه لا يثبت في حق المكلف حتى يبلغه وكذلك الحكم بالعزل في الوكالة لا يثبت حتى يبلغ الوكيل<sup>(٥)</sup>.

(١) المرغيناني، الهداية (١٥٤/٣)، خرشي، حاشية الخرشي (٤٢٦/٤)، النووي، منهاج الطالبين (٦٦/١)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٢/٤).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج (٢٣٣/٢).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٢٤/٧)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٢٦/٤)، الشرواني، حواشي الشرواني (٣٢٩/٥-٣٣٠)، البهوتي، شرح المنتهى (١٩٣/٢).

(٤) المرغيناني، الهداية (١٥٤/٣)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٨٢/٥)، الشيرازي، المهذب (٣٥٧/١)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٤/٤).

(٥) ابن مفلح، المبدع (٣٦٤/٤).

ثانياً: أن في إيجاب الضمان على الوكيل إضرار به من حيث إيجاب الضمان عليه إذا تصرف بعد العزل وقبل العلم<sup>(١)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب المالكية في تأويل ثان عندهم، والشافعية والحنابلة في المعتمد عندهما<sup>(٢)</sup>، إلى وقوع العزل ولو لم يصل الخبر إلى علم الوكيل.

واستدلوا لرأيهم بالقياس على الطلاق بجامع عدم احتياج كل من الطلاق والعزل إلى رضا الطرف الآخر، فكما أن الطلاق يقع من دون الحاجة إلى علم المطلقة، فكذلك العزل هنا يقع دون الحاجة إلى علم الوكيل، وعليه فإن الوكيل يكون ضامناً إذا تصرف بعد العزل وقبل العلم<sup>(٣)</sup>. ويرد على هذا الاستدلال:

بأنه قياس مع الفارق لأن الوكيل عند عزله دون علمه يحتمل أن يتصرف في مال الوكالة مما يؤدي إلى إيقاع الضرر عليه بإيجاب الضمان عليه، على خلاف الطلاق الذي لا يوجد فيه تصرف محتمل يوقع الضرر بالمطلقة.

### الرأي الراجح

والذي ترجح لدي هو القول بعدم إيجاب الضمان إلا بالتصرف عند العلم؛ لأن إيجاب الضمان على الوكيل في حالة عدم علمه تكليف بما لا يطاق وإيقاع للضرر على الوكيل وقد جاءت الشريعة برفعهما.

(١) العيني، البناية (٣٠٥/٩).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٨٢/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٣٢/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (١٩٣/٢).

(٣) الشيرازي، المهذب (٣٥٧/١)، ابن مفلح، الفروع (٢٦٤/٢).

### المطلب الثاني: ضمان التصرف عند عزل الوكيل بموت موكله

يرى الفقهاء أن الموت من الأسباب المؤدية إلى انتهاء الوكالة ويرون أن الوكيل إذا تصرف بعد العلم بالعزل فإنه يكون ضامناً لمال الوكالة<sup>(١)</sup>.

واختلفوا في ضمان الوكيل بعد عزله بسبب موت موكله وقبل علمه بهذا الموت على النحو الآتي:

#### القول الأول:

ذهب المالكية في تأويل عندهم والحنابلة في رواية عندهم<sup>(٢)</sup> إلى أن الوكيل إذا تصرف بعد موت الموكل وقبل علمه بالموت فإنه لا يكون ضامناً.

واستدلوا لرأيهم بأن الحكم الشرعي لا يثبت في حقه قبل العلم، وكذلك الحال عند موت الوكيل لا يثبت حكم العزل في حقه إلا عند بلوغه الوكيل<sup>(٣)</sup>.

وقد يرد على هذا الدليل بأن الحكم الشرعي متعلق بحق الله تبارك وتعالى فيما الأمر في الوكالة يتعلق به حقوق الورثة وهي من حقوق البشر المبنية على المشاحة، بينما حقوق الشارع مبنية على المسامحة.

#### القول الثاني:

ذهب الحنفية والمالكية في تأويل عندهم و والحنابلة في الراجح عندهم<sup>(٤)</sup>، إلى أن الوكيل إذا تصرف بعد موت الموكل وقبل علمه بهذا الموت فإنه يكون ضامناً.

واستدلوا لرأيهم بأن الوكالة لا يقتصر رفعها إلى رضا الطرف الآخر فلم تقتصر إلى علمه كالطلاق<sup>(٥)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأن العزل بالموت في الوكالة قبل العلم يترتب عليه إضرار بالوكيل بخلاف الطلاق لا يترتب على المطلقة ضرر.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين(٣٢٧/٧)، الخرشي، حاشية الخرشي (٤٢٥/٦)، ابن مفلح، المبدع(٣٦٥/٤).

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي (٨٣/٦)، ابن مفلح، المبدع (٣٦٥/٤).

(٣) ابن مفلح، المبدع (٣٦٥/٤).

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٢٤/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٨٣/٥)، البهوتي، شرح المنتهى (١٩٣/٢).

(٥) ابن مفلح، المبدع (٣٦٥/٤).

**القول الثالث:**

ذهب المالكية في قول عندهم<sup>(١)</sup>، إلى أن الوكيل يكون ضامناً إذا كان من باع أو ابتاع منه الوكيل حاضراً في بلد موت الموكل؛ لأن الحضور في بلد الموكل مظنة العلم بالموت. والذي يبدو لي أن هذا القول يتفق مع القول الأول إذ جعل مبنى الضمان على الوكيل بوجود العلم بالموت لوجود غلبة الظن بعلم الوكيل بالموت إذ كان في بلد الموكل. والحقيقة أن هذا القول يحتاج إليه عند النزاع بين الوكيل وورثة الموكل في حصول العلم لدى الوكيل بموت موكله أو لا.

**الرأي الرابع:**

والذي يترجح القول بعدم الضمان إذا تصرف الوكيل بعد الموت، وقبل العلم به رفعا للضرر الذي قد يلحق بالوكيل، دونما تعدد منه أو تقصير، إذ أن غاية ما على الوكيل أن يتصرف لمصلحة موكله ولا يطالب أن يظل في استفسار دائم عن حياة موكله.

---

(١) الخرشي، حاشية الخرشي (٤٢٥/٦).

### الفصل الثالث: الضمان في عقد الشركة والمضاربة

المبحث الأول: تعريف الشركة والمضاربة وبيان يد الشريك والمضارب.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الشركة والمضاربة.

المطلب الثاني: يد الشريك والمضارب.

المبحث الثاني: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب بمطلق العقد.

وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: الضمان عند البيع نسيئة وشراء المعيب.

المطلب الثاني: الضمان عند إيداع مال الشركة والمضاربة.

المطلب الثالث: الضمان عند إبطاع مال الشركة والمضاربة.

المطلب الرابع: الضمان عند استتجار من يقوم بالبيع والشراء.

المطلب الخامس: الضمان عند السفر بمال المضاربة والشركة.

المطلب السادس: الضمان عند أخذ المضارب النفقة من مال المضاربة.

المبحث الثالث: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب عند التفويض.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الضمان عند خلط مال المضاربة والشركة.

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

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

المبحث الرابع: ضمان التصرفات التي تحتاج لإذن خاص ومخالفة شرط الشريك أو

المضارب، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ضمان التصرفات التي تحتاج إلى إذن خاص.

المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة شرط الشريك أو رب المال.

المبحث الخامس: ضمان التصرف عند إنتهاء الشركة والمضاربة.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: فسخ الشركة والمضاربة وأثره على ضمان تصرف الشريك والمضارب.

المطلب الثاني: موت المضارب ورب المال وأثره على ضمان التصرف بمال المضاربة.

المبحث الأول: تعريف الشركة والمضاربة وبيان يد الشريك والمضارب.

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: تعريف الشركة والمضاربة.

المطلب الثاني: يد الشريك والمضارب.

## الفصل الثالث: عقد الشركة والمضاربة

### المبحث الأول: تعريف الشركة وبيان يد الشريك والمضارب

#### المطلب الأول: تعريف الشركة والمضاربة لغة واصطلاحاً

أولاً: تعريف الشركة:

الشركة لغة:

الشركة بالكسر فالكسر فالكسر، أو الشركة بالفتح فالكسر، مأخوذة من الفعل شَرَك، وهي تعني مخالطة الشريكين<sup>(١)</sup>، يقال شرك الرجل الرجل في البيع والميراث شركاً، أي خلط نصيبه بنصيبه<sup>(٢)</sup>.

الشركة اصطلاحاً:

تباينت تعريفات الفقهاء للشركة بما يتواءم مع نظرة كل منهم إلى طبيعة عقد الشركة، وجاءت تعريفاتهم لها على النحو التالي:

**تعريف الحنفية:**

جاء في تعريف عقد الشركة عند الحنفية: (عقد بين المتشاركين في الأصل والربح)<sup>(٣)</sup>.  
فقول الحنفية الأصل أليق من التعبير برأس المال، حتى تشمل شركتي الأعمال والوجود، فهما ليستا من شركة الأموال، وإن كان من الممكن اعتبارها مالا مجازاً<sup>(٤)</sup>.  
ولا يدخل في هذا التعريف المضاربة؛ لأن المضاربة مشاركة في الربح دون الأصل.

**تعريف المالكية:**

فأفقد جاء في تعريف الشركة عند المالكية:

(بيع مالك كلّ بعضه ببعض كلّ آخر موجب صحة تصرفهما في الجميع)<sup>(٥)</sup>.  
ويظهر من خلال هذا التعريف أن عقد الشركة عند المالكية يحدث بيعاً متبادلاً في حصص المتشاركين بعضهم مع بعض، فالشريك يشترى حصة شريكه ببعض حصته، أو يبيع بعض حصته ببعض حصة شريكه.

(١) ابن منظور، لسان العرب (٤٤٨/١٠).

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

(٣) الحصكفي، علاء الدين، الدر لمختار، ط٢، دار الفكر، بيروت ١٣٩٨ هـ (٢٩٩/٤).

(٤) عبد الحميد، الموسوعة الفقهية، الشركة (ص ٣٤).

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي (٣٥٦/٦)، المواق، التاج والإكليل (١١٧/٥).

ويترتب على عقد الشركة صحة تصرف كل واحد من الشريكين في مال الشركة جميعه كما هو واضح من التعريف.

ويبدو أن المالكية لا يدخلون المضاربة ضمن تعريف الشركة عندهم، إذ المضاربة مشاركة بمال وعمل لا بمالين كما هو الحال في الشركة.

ويدخل في هذا التعريف بقية أنواع الشركات – التي يرى المالكية جوازها – حتى شركة الأبدان على اعتبار أن كل واحد من الشريكين يبيع منافعه بمنافع الآخر<sup>(١)</sup>.

#### تعريف الشافعية:

عرف الشافعية الشركة بقولهم: (ثبوت الحق في شيء لإثنين فأكثر على جهة الشيوخ)<sup>(٢)</sup>. ويظهر من خلال هذا التعريف أن الشافعية يشترطون الشيوخ في رأس المال الذي تقوم عليه الشركة لذلك وجدناهم يشترطون الخلط بين أموال الشركاء لانعقاد الشركة عندهم<sup>(٣)</sup>.

#### تعريف الحنابلة:

عرف الحنابلة عقد الشركة بأنها: (اجتماع في تصرف)<sup>(٤)</sup>. والحقيقة أن هذا التعريف فضفاض فقد يدخل فيه ما ليس منه؛ لأنه قد يجتمع اثنان في التصرف بشيء بمقتضى عقد الوكالة كأن يوكل شخص اثنين في بيع عقار أو منقول. ومما يؤخذ على هذا التعريف عدم دخول المضاربة إذ التصرف فيها يكون من جانب واحد، مع أن الحنابلة يعتبرون المضاربة من الشركة<sup>(٥)</sup>. وبعد النظر في تعريفات الفقهاء فإن الذي أراه مناسباً لتعريف الشركة: (عقد بين اثنين فأكثر يقتضي إذن الجميع في التصرف للبعض أو الجميع على أن يكون الربح بينهم جميعاً)<sup>(٦)</sup>. فهذا التعريف يدخل شركتي الأموال، وكذلك شركة الوجوه والأبدان؛ لأن كل واحد من العاقدين يأذن للآخر بالتصرف على أن يكون الربح بينهم.

(١) عبد الحميد، إبراهيم عبد الحميد، الموسوعة الفقهية، الطبعة التمهيدية المتعلقة بالشركة، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت (ص ٣٥).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج (٢/٢١٣).

(٣) المرجع السابق.

(٤) ابن قدامة، المغني (٣/٥)، البهوتي، كشاف القناع (٣/٤٩٦)، ابن مفلح، المبدع (٣/٥).

(٥) المراجع السابقة.

(٦) عبد الحميد، الموسوعة الفقهية، المطبعة التمهيدية المتعلقة بالشركة، (ص ٣٥).

والقول إذن الجميع في التصرف للبعض يدخل ما لو كان التصرف للبعض في شركة العنان.

وبعد تعريف الشركة لا بد من وقفة قصيرة مع أنواع الشركة في الفقه الإسلامي.

١. شركة الأموال، وتقسم قسمين:

الأول: شركة عنان.

الثاني: شركة مفاوضة.

شركة العنان:

وهي أن يتعاقد اثنان أو أكثر على أن يدفع كل واحد منهم مبلغاً معيناً ليتجرا فيه، على أن يكون الربح مشتركاً بينهم<sup>(١)</sup>.

وهي جائزة بإجماع المسلمين لا خلاف في جوازها<sup>(٢)</sup>.

شركة المفاوضة:

وهي أن يشترك اثنان في كل ما يثبت لهما وعليهما.

ويرى الحنابلة صورة أخرى للمفاوضة، وهي عبارة عن اجتماع شركة الوجوه والأبدان والعنان مع بعضهما في عقد واحد، وهي جائزة عندهم<sup>(٣)</sup>، خلافاً للصورة الأولى على الصحيح من مذهبهم<sup>(٤)</sup>، بينما يعتبر المالكية شركة العنان التي عند الجمهور شركة مفاوضة<sup>(٥)</sup>.

٢. شركة الأبدان:

وهي أن يتفق اثنان أو أكثر من أصحاب الصنائع على أن يتقبلوا الأعمال، ويكون الربح بينهم<sup>(٦)</sup>.

وتسمى شركة التقبل أو الصنائع<sup>(١)</sup>، وهي جائزة عند جمهور العلماء<sup>(٢)</sup> خلافاً للشافعية<sup>(٣)</sup> الذين يرون عدم جوازها.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير (١٨٥/٦)، الشريبي، مغني المحتاج (٢١٢/٢)، البهوتي، كشف القناع (٤٩٦/٣).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٥٨/٦)، الدسوقي، حشية الدسوقي (٩/٥)، الشريبي، مغني المحتاج (٢١٢/٢) البهوتي، كشف القناع (٤١٦/٣).

(٣) ابن مفلح، الفروع (٣٠٤/٤)، يوسف، دليل الطالب (ص ١١٩).

(٤) البهوتي، كشف القناع (٥٣١/٣)، ابن مفلح، المبدع (٤٣/٥).

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي (٣٤٤/٦)، الدرير، الشرح الصغير (٤٦٤/٣).

(٦) المرغيناني، الهداية (١٠/٣)، ابن مفلح، المبدع (٣٩/٥).

### ٣. شركة الوجوه:

وهي أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتروا سلعةً نسيئةً بجاههما، ثم يبيعونها ويقسمون الربح بينهم<sup>(٤)</sup>.

وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة<sup>(٥)</sup> خلافاً للمالكية والشافعية<sup>(٦)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن كلا من شركة الوجوه والأبدان تقومان على العنان أو المفاوضة<sup>(٧)</sup>.

ثانياً: تعريف المضاربة:

المضاربة لغة:

مأخوذة من الضرب في الأرض حيث يقال ضرب في الأرض ضرباً أي سار فيها لابتغاء الرزق<sup>(٨)</sup>، ومنه قوله تعالى: (وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ)<sup>(٩)</sup>.

وفي لغة أهل الحجاز تسمى المضاربة مقارضة أو قراضاً، وهي مأخوذة من القرض أي القطع<sup>(١٠)</sup>.

وسميت قراضاً لأن رب المال يقطع جزءاً من ماله للعامل ليعمل فيه، وجزءاً من ربح هذا المال ليختص به<sup>(١١)</sup>.

(١) المرغيناني، الهداية (١٠/٣).

(٢) المرغيناني، الهداية (١٠/٣)، الدردير، الشرح الكبير (٣٦١/٣)، ابن مفلح، المبدع (٣٩/٥).

(٣) الشرواني، حواشي الشرواني (٢٨٣/٥)، الغزالي، الوسيط (٢٦٢/٢)، الشربيني، مغني المحتاج ((٢١٢/٢)).

(٤) ابن قدامة، المغني (٩/٥)، السمرقندي، محمد بن أحمد، تخفة الفقهاء، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٥هـ (١٠/٣).

(٥) المرغيناني، الهداية (١١/٥)، الحصكفي، الدر المختار (٢٢٣/٤) ابن مفلح، المبدع (٣٨/٥).

(٦) الخرشي، حاشية الخرشي (٣٦٧/٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٢١٢/٢).

(٧) الكاساني، بدائع الصنائع (٦٣/٦، ٦٥).

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

(٩) سورة المزملة آية: (٢٠).

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

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

### المضاربة اصطلاحاً:

يجد الناظر في تعريفات الفقهاء للمضاربة أن بينها تقارباً كثيراً، حيث جاء تعريفها عند الشافعية والحنابلة: (دفع مال من شخص لآخر ليتجر فيه والربح بينهما)<sup>(١)</sup>. وجاء تعريف الحنفية قريباً من هذا التعريف، إلا أنهم عبروا عن المضاربة بالعقد، فقالوا: (المضاربة عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الطرفين، وعمل من الطرف الآخر)<sup>(٢)</sup>. وجاء في تعريف المالكية شيء من التفصيل فيما يتعلق بشروط رأس المال، حيث عرفوا المضاربة: ( أنها توكيل على تجر في نقد مضروب مسلم بجزء من ربحه)<sup>(٣)</sup>. ومما يؤخذ على هذا التعريف إدخال التفاصيل المتعلقة بشروط المضاربة والتي ينبغي أن يتجرد عنها التعريف؛ لأننا لو أردنا أن نذكر الشروط للزمنا أن نذكر شروط المتعاقدين وشروط رأس المال، مما يؤدي إلى الإخلال بطبيعة التعريف الذي يتميز بالإيجاز والإفادة.

### التعريف المختار:

وفي ضوء ما تقدم يمكن أن تعرف المضاربة: ( بأنها دفع مالك ماله لشخص آخر ليتجر فيه والربح بينهما على ما شرطاً). ويسمى صاحب المال رب المال، ويسمى الذي يتاجر فيه مضارباً.

(١) الشربيني، مغني المحتاج (٣٠٩/٢)، النووي، روضة الطالبين (١١٧/٥)، ابن مفلح، المبدع (١٨/٥)، المرادوي، الإنصاف (٤٢٧/٥).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٧٧/٨)، المرغيناني، الهداية (٢٠٢/٣).

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢٨٠/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (١٤٥/٧).

## المطلب الثاني: يد الشريك والمضارب

### أولاً: يد الشريك

اتفق الفقهاء على أن يد الشريك في مال الشركة يد أمانة<sup>(١)</sup>، فلا يضمن مال الشركة إلا في حالة التعدي أو التقصير، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بأن الشريك نائب عن المالك في الحفظ والتصرف، فكان الهالك في يده كالهالك في يد المالك<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: لأن الشريك قد قبض المال على وجه البذل فصار كالوديعة<sup>(٣)</sup>.

ويرى أكثر الفقهاء أن يد الشريك تظل يد أمانة، لا تضمن إلا في حالة التعدي أو التفريط، سواء أكانت الشركة صحيحة أو فاسدة<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً: يد المضارب:

يرى جماهير أهل العلم<sup>(٥)</sup> أن المضارب لا يضمن إلا في حالة التعدي أو التفريط، واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بالقياس على المودع عنده الذي أخذ المال لمصلحة رب المال فلا يضمن<sup>(٦)</sup>.

ثانياً: أن الشريك نائب عن رب المال في التصرف فلا يضمن<sup>(٧)</sup>.

ثالثاً: أن المضارب قد قبض المال بإذن من صاحبه لا لمحض منفعته، فهو أمين كالوكيل<sup>(٨)</sup>.

وخالفهم في ذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه-، حيث جاء عنه: (من قاسم الربح فلا ضمان عليه)<sup>(٩)</sup>.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير (١٨٥/٦)، الصاوي، أحمد بن محمد الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة (٤٦٩/٣)، الشربيني، مغني المحتاج (٢١٦/٢٣)، ابن مفلح، المبدع (١٧/٥).

(٢) النووي، روضة الطالبين (٢٨٦/٤).

(٣) الهداية، المرغيناني (١٠/٣).

(٤) الدردير، الشرح الكبير (٣٥٣/٣)، الشربيني، مغني المحتاج (٢١٦/٢)، ابن مفلح، المبدع (١٧/٥)، البهوتي، كشف القناع (٥١٢/٣).

(٥) المرغيناني، الهداية (٢٠٩/٣)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٤١٧/٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٢١/٢)، الرملي، شرح متن ابن رسلان (ص ٢٢٣)، المرادوي، الإنصاف (٤٥٧/٥).

(٦) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٧٨/٨).

(٧) الشيرازي، المهذب (٣٨٨/١).

(٩) المرادوي، الإنصاف (٤٥٧/٥).

ووافقه الحسن البصري<sup>(٢)</sup>، فهو يرى أن المضارب لا يضمن في حالة تعديه أو فعل ما لا يجوز له فعله.

والحقيقة أن رواية عبد الرزاق لهذا الأثر في باب ضمان المفارض إذا تعدى<sup>(٣)</sup>، يشعر بعدم إيجاب الضمان حالة التعدي، وهذا ما فهمه ابن قدامة<sup>(٤)</sup> إلا أنه يمكن حمل قول علي رضي الله عنه على الأصل لا في حالة التعدي أو المخالفة.

ويمكن القول أن المضارب في حالة تعديه على مال المضاربة أو مخالفته لشرط المضاربه، فإنه يكون متصرفاً في مال الغير بغير إذنه كالغاصب تماماً، وعند غصبه لا يصبح مشاركاً في الربح، فلا ينطبق عليه كلام علي رضي الله عنه<sup>(٥)</sup>.

وعليه فإن المضارب يكون ضامناً في حالة تعديه، لأنه يصبح كالغاصب الذي يتصرف في مال الغير بغير إذنه، كما أن المضارب لا يختلف حاله عن الشريك، فمال الغير في يده ليجر فيه، فكما أن الشريك يضمن في حالة تعديه بلا خلاف فكذلك ينبغي أن يكون الحكم عند تعدي المضارب.

وبعد أن تعرفنا على حكم يد المضارب في المضاربة الصحيحة، فهل حكم يد المضارب في المضاربة الفاسدة كالحكم في الصحيحة، فلا يضمن إلا في حالة التعدي أو التفريط، أم يختلف عنه؟

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب أبو حنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>(٦)</sup>، إلى أن يد المضارب يد أمانة في المضاربة الصحيحة والفاصلة وعللوا رأيهم، بأن مال المضاربة مال أمانة، فإذا فسدت المضاربة، يظل

(١) ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، باب في المضاربة والعارية والوديعة، رقم (٢١٤٥٦) (٢٩٨/٤)، ورجاله ثقات، انظر تقريب التهذيب لابن حجر (ص ٢٦٠، ٤٥٣، ٢٩٩، ٥٨١).

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

(٣) عبد الرزاق، مصنف عبد الرزاق رقم (١٥١١٣) (٢٥٣/٨).

(٤) ابن قدامة، المغني (٣١/٥).

(٥) ابن قدامة، المغني (٢١/٥).

(٦) الكاساني، بدائع الصنائع (١٠٨/٦)، فتاوى السعدي، علي بن محمد، فتاوى السعدي، ط ٢، مؤسسة الرسالة، دار الفرقان، عمان بيروت، ١٤٠٤هـ، الخرشي، حاشية الخرشي (١٨٥/٧)، الدردير، الشرح الصغير

أمانة في يد المضارب فلا يضمن، إلا في حالة التعدي أو التفريط<sup>(١)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن<sup>(٢)</sup> إلى أن المضارب يضمن مال المضاربة في حال فسادها ولو لم يتعد على المال أو يفرط فيه.

والحقيقة لم أعثر على دليل يؤيد وجهة نظرهم فيما ذهبوا إليه.

### الرأي الراجح:

والذي يترجح هو قول الجمهور؛ لأن المضاربة تقوم على الأمانة، فإذا فسدت تظل يد المضارب يد أمانة، إذ أن المضارب قد قبض المال بإذن صاحبه ولا دخل له في فساد المضاربة، وإنما كان نتيجة لتخلف شرط من شروط صحتها.

ويترتب على كون يد الشريك ويد المضاربة يد أمانة، بعض الأمور أرى أنه لا بد من

ذكرها هنا.

أولاً: أنه يُقبل قول الشريك والمضارب فيما هلك تحت يدهما من مال الشركة أو المضاربة على التفصيل الذي مر في فصل الوديعة؛ لأن مال الشركة ومال المضاربة أمانة في يد الشريك والمضارب<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: أنه يُقبل قول الشريك والمضارب في الخسارة، إلا أن المالكية<sup>(٤)</sup> استثوا ما لو أتى التاجر بسبب للخسارة يُنكره عليه التاجر، كما لو ادعى الخسارة عند اتجاره في سلعة معينه استبعد التاجر الخسارة فيها<sup>(٥)</sup>.

والحقيقة أن قول المالكية الأسلم لحفظ أموال الناس، وعدم تعرضها للضياع.

(٣/٦٩٣)، (١/٥٤١) الشيرازي، المهذب (١/٣٨٨)، الشريبي، مغني المحتاج، (٢/٣٢٠)، البهوتي، كشف القناع (٣/٥١٢)، ضويان، منار السبيل (١/٣٧٤).

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٨/٣١٦).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٨/٣١٦)، الكاساني، بدائع الصنائع (٦/١٠٨).

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٨/٣١١)، الخرشي، حاشية الخرشي (٧/١٨٥)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٥/١٤)، المرغيناني، الهداية (٣/١٠)، الشيرازي، المهذب (١/٣٨٩)، الشريبي، مغني المحتاج (٢/٢١٦)، البهوتي، كشف القناع (٣/٥٠٠)، ابن مفلح، الفروع (٤/٣٠١)، المرادوي، الإنصاف (٥/٤٥٧).

(٤) المرغيناني، الهداية (٣/٢٠٩)، ابن الهمام، شرح فتح القدير (٦/١٨٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (٧/١٨٥)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٥/١٤)، الشريبي، مغني المحتاج (٢/٤١٦)، الشيرازي، المهذب (١/٣٨٩)، ابن مفلح، الفروع (٤/٣٠١)، المرادوي، الإنصاف (٥/٤٥٧).

(٥) الصاوي، حاشية الصاوي (٣/٥٠٦)، الخرشي، حاشية الخرشي (٧/١٨٥).

المبحث الثاني: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب بمطلق العقد.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الضمان عند البيع نسيئة وشراء المعيب.

المطلب الثاني: الضمان عند إيداع مال الشركة والمضاربة.

المطلب الثالث: الضمان عند إبطاء مال الشركة والمضاربة.

المطلب الرابع: الضمان عند استئجار من يقوم بالبيع والشراء.

المطلب الخامس: الضمان عند السفر بمال المضاربة والشركة.

### المبحث الثاني: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب بمطلق العقد

وقبل الدخول في مطالب هذا المبحث لا بد من الإشارة إلى أن كلا من المضاربة والشركة تقومان على الوكالة<sup>(١)</sup>، فهما عقدان يتضمنان توكيلاً لكل من الشريك والمضارب على العمل في التجارة، لذلك فالأصل أن يتفقا فيما يحق لهما من أنواع التصرف<sup>(٢)</sup>، إلا أنه قد يحصل بعض الاختلافات، وسيأتي الكلام في هذا المبحث عن التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب بمطلق العقد.

وأود الإشارة إلى أنني لن أتعرض في هذا المبحث إلى مسألة البيع أو الشراء بالغبن اليسير أو الفاحش، اكتفاءً بذكرها في الفصل السابق المتعلق بالوكالة، لأن حكمها في المضاربة والمشاركة مثل حكمها في الوكالة، إذ إن المضاربة والشركة تقومان على الوكالة كما ذكرت، وسوف أتحدث عن بقية التصرفات في المطالب الآتية.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير (١٧٦/٦)، الكاساني، البدائع (٨١/٦)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٥/٥)، حاشية الخرشي (١٤٥/٧)، الشربيني، مغني المحتاج (٢١٣/٢، ٢١٢)، البهوتي، كشف القناع (٥٠٠/٣)، المرادوي، الإنصاف (٤٢٧/٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٦٩/٦)، المرادوي، الإنصاف (٤٢٩/٥).

## المطلب الأول: الضمان عند البيع نسيئة وشراء المعيب

سأتحدث في هذا المطلب عن مسألتين:

### المسألة الأولى: البيع نسيئة

إذا أعطى شخص لآخر مالا ليضارب فيه، أو شارك شخص آخر، فهل يملك الشريك أو المضارب البيع نسيئة بموجب عقد الشركة أو المضاربة؟  
اختلف العلماء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة في معتمد مذهبهم<sup>(١)</sup>، إلى أن المضارب والشريك يملكان البيع نسيئة بموجب العقد.

واستدلوا لرأيهم:

أولاً: إن الإذن في التجارة ينصرف إلى التجارة المعتادة، والبيع نسيئة من المعتاد لدى التجار<sup>(٢)</sup>.  
ثانياً: إن مقصود المضاربة والمشاركة الربح، وحصول الربح في البيع نسيئة يتحقق أكثر من البيع نقداً<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: إن الإذن في التجارة مطلق، والبيع نسيئة يدخل ضمن التجارة، فيكون الإذن بالبيع مطلقاً نقداً ونسيئة<sup>(٤)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة<sup>(٥)</sup> في رواية أخرى إلى أن الشريك والمضارب لا يملكان البيع نسيئة بمطلق العقد، فإذا باعا نسيئة فإنهما يضمنان.  
واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بالقياس على الوكيل، إذ إن المضاربة والشركة تقومان على الوكالة، فكما أن الوكيل لا يجوز له البيع نسيئة، فكذا المضارب والشريك<sup>(٦)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٨)، الحصكفي، الدر المختار (٣١٧/٤)، البهوتي، شرح منتهى الإيرادات (٢١١/٢).

(٢) المرغيناني، الهداية (٩/٣)، ابن قدامة، المغني (٢٤/٥).

(٣) ابن قدامة، المغني (٢٤/٥).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع (٦٨/٦).

(٥) الشربيني، مغني المحتاج (٢١٥، ٢١٤)، ابن قدامة، المغني (٢٣/٥).

(٦) النووي، روضة الطالبين (١٢٧/٥)، الشيرازي، المهذب (٣٨٧/١).

والحقيقة أن هذا الدليل لا يستقيم، إذ أن القياس على الوكالة قياس مع الفارق؛ لأن المقصود من الوكالة في الغالب تحصيل الثمن، بخلاف المضاربة والشركة حيث يقصد منهما الربح، وهذا يحصل في البيع نسيئة أكثر منه في البيع حالاً، كما أن إرادة الموكل في الوكالة والتي هي في الغالب تحصيل الثمن تدل على تقييد البيع بالحلول<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن البيع نسيئة فيه تعريض المال للضياع، إذ المشتري قد يفلس ولا يستطيع المضارب أو الشريك تحصيل المال بعد ذلك<sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا بأن البيع نسيئة من عادة التجار في التجارة والمضاربة، والشركة توكيل على التجارة فيقع هذا التوكيل على المعتاد، فيدخل فيه البيع نسيئة، وإن كان فيه تعريض المال للضياع، فهو مأذون به ضمناً؛ إذ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

### القول الثالث:

ذهب المالكية إلى جواز البيع نسيئة لأجل معلوم في الشركة<sup>(٣)</sup>، ومنعوا من هذا التصرف في المضاربة، وأوجبوا الضمان<sup>(٤)</sup> بفعله.

واستدلوا في الشركة بأدلة أصحاب القول الأول القائلين بجوازه مطلقاً، واستدلوا لمنعه في المضاربة بتعريض المال للضياع.

والحقيقة أنني لا أجد مسوغاً للتفريق بين المضاربة والشركة، إذ كل من الشركة والوكالة عقد على التوكيل في التجارة.

### الرأي الرابع:

وبعد النظر في أدلة العلماء فإن الذي يترجح القول بجواز البيع نسيئة بموجب عقد الشركة أو المضاربة؛ لأن الشركة والمضاربة تتعقدان على المتعارف عليه من أمور التجارة والتي منها البيع نسيئة، والذي يمكن مفادات خطر ضياع المال فيه بأخذ الشريك الضمانات اللازمة لحفظه.

(١) ابن قدامة، المغني (٢٤/٥).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج (٢١٤/٢).

(٣) الصاوي، حاشية الصاوي (٤٦٦/٣)، الخرشي، حاشية الخرشي (٣٤٦/٦).

(٤) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢٩٢/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (١٦١/٧).

وعليه فلا ضمان على الشريك أو المضارب عند البيع نسيئة بموجب إطلاق العقد، إلا أن الشريك أو المضارب إذا باع مال المضاربة أو الشركة نسيئة لمن لا يوثق من الناس أو لمن يعلم إفلاسه، فإنه يكون ضامناً كما أشار إلى ذلك الحنابلة<sup>(١)</sup>.

#### المسألة الثانية: شراء المعيب

والحقيقة أنني أردت التنبيه لهذه المسألة لما يتبادر إلى الذهن من أن الشريك أو المضارب لا يملك شراء المعيب، وحقيقة الحكم على خلاف ذلك، فيجوز للمضارب والشريك باتفاق العلماء شراء المعيب إذا رأيا مصلحة في شرائه؛ لأن المقصود في الشركة والمضاربة تحصيل الربح، لذلك فقد يجد العامل أو الشريك الربح متوافراً إذا اشترى هذا المعيب، ثم قام ببيعه<sup>(٢)</sup>.

(١) ابن قدامة، المغني (٢٤/٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٩٠/٦)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٣١٧/٦)، الشرواني، حواشي الشرواني (٢٨٩/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٣١٦/٢)، الرملي، شرح متن ابن رسلان (ص ٢٢١)، البهوتي، شرح المنتهى (٣١٦/٢)، البهوتي، كشف القناع (٥١٣/٣).

## المطلب الثاني: إيداع مال الشركة والمضاربة

هل يستطيع كل من الشريك والمضارب أن يودع مال الشركة بموجب عقد الشركة أو المضاربة دون الحاجة إلى تفويض أو إذن خاص؟  
اختلف العلماء في هذه المسألة على عدة أقوال:

### القول الأول:

ذهب الحنفية<sup>(١)</sup> إلى جواز إيداع مال المضاربة أو الشركة مطلقاً، واستدلوا لرأيهم بأن العقد ينعقد على ما يصنعه التجار، والإيداع هو من صنيعهم، فيكون مأذوناً به ضمن العقد<sup>(٢)</sup>.  
يقول المرغناني: "إذا صحف المضاربة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويوكل ويسافر وينصح ويوزع"<sup>(٣)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأن الإيداع من صنيع التجار عند الحاجة إليه، وليس على الإطلاق.

### القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن الشريك له أن يودع المال للعدر كوجوده في محل خوف، وإن أودع المال من غير عذر فإنه يضمن<sup>(٤)</sup>.  
الحقيقة أني لم أطلع على دليل يؤيد وجهة نظرهم هذه، لكن الذي يبدو لي أن وجهة نظرهم تقوم على أن عقد الشركة يقوم على التوكيل في أمور التجارة والإيداع ليس منها، إلا أنهم جوزوه حالة العذر للضرورة حفاظاً على المال.

### القول الثالث:

ذهب الحنابلة في رواية عندهم<sup>(٥)</sup>، إلى عدم جواز إيداع المال من قبل المضارب أو الشريك، يقول ابن مفلح عند حديثه عن التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب: "الإيداع وفيه روايتان أحدهما له ذلك .. والثاني المنع"<sup>(٦)</sup>. واستدلوا لرأيهم:  
أولاً: أن الإيداع ليس من أمور التجارة والتي انعقد عليه عقد المضاربة<sup>(٧)</sup>.

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

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٨٧/٦)، المرغناني، الهداية (٢٠٢/٣).

(٣) المرغناني، الهداية، ٢٠٢/٣.

(٤) الدردير، الشرح الصغير (٤٦٥/٣)، المواق، التاج والإكليل (٢٨/٥).

(٥) ابن مفلح، المبدع (١٠/٥)، المرادوي، الإنصاف (٥١٥/٥).

(٦) ابن مفلح، المبدع، ١٠/٥.

(٧) ابن قدامة، المغني (١٤/٥).

ويرد على هذا الدليل بأن الإيداع عند الحاجة وإن لم يكن أمراً تجارياً انعقد عليه العقد بانصراف القصد إليه مباشرة، إلا أنه داخل في العقد تبعاً؛ لأن الإيداع من الأمور التي لا يستغني عنها التجار في تجارتهم.

ثانياً: أن الإيداع فيه تعريض المال للضياع<sup>(١)</sup>.

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

#### القول الرابع:

ذهب الحنابلة في المعتمد في مذهبهم إلى جواز إيداع مال الشركة والمضاربة بشرط الحاجة<sup>(٢)</sup>، واستدلوا لرأيهم:

بأن الإيداع عند الحاجة هو من عادة التجار<sup>(٣)</sup>، والمعروف عرفاً يكون كالمشروط شرطاً.

#### الرأي الرابع:

وبعد النظر في أقوال العلماء يترجح جواز الإيداع للحاجة، فإن لم يكن للإيداع حاجة وقام الشريك أو المضارب بالإيداع فإنه يضمن؛ لأن الشريك أو صاحب المال لم يرض بغير يد شريكه على ماله عند عدم الحاجة إلى الإيداع لكن لو دعت الحاجة للإيداع كأن كثرت البضاعة ولم يستوعبها مخازن الشركة، وأراد الشريك تخزينها في مخازن لشخص آخر، فإنه يجوز عندها الإيداع، لأنه يكون داخلًا في العقد ضمناً لأنه من تسيير أمور التجارة. وكذلك الحال إذا دل العرف على جواز الإيداع مطلقاً، فإنه يجوز الإيداع عندها مما هو الحال في زماننا.

(١) المرجع السابق.

(٢) البهوتي، كشف القناع (٥٠١/٣)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢٠١/٢).

(٣) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢١١/٢).

### المطلب الثالث: الضمان عند إبطاع مال الشركة والمضاربة

قبل الدخول في المسألة لا بد من تحديد المقصود بالإبطاع، فالإبطاع كما يقول الفقهاء هو إعطاء المال لشخص آخر ليعمل فيه تبرعاً، والربح الحاصل فيه يكون لرب المال والخسارة عليه<sup>(١)</sup>.

وبعد التعرف على المقصود من الإبطاع فهل يستطيع المضارب أو الشريك إبطاع مال المضاربة أو مال الشركة الذي في يديه بموجب عقد الشركة دون تفويض أو إذن خاص به؟ اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال على النحو الآتي:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة في رواية عندهم<sup>(٢)</sup> إلى جواز إبطاع مال الشركة والمضاربة ولا ضمان على الشريك أو المضارب إذا قام بالإبطاع. واستدلوا لرأيهم أن الإبطاع من عادة التجار والعقد ينعقد على ما هو متعارف ومعتاد من أمر التجارة والإبطاع منها، فيجوز للشريك أو المضارب أن يبضع المال<sup>(٣)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية إلى جواز دفع الشريك مال الشركة إبطاعاً بقيد اتساع المال<sup>(٤)</sup>، ومنع المضارب من إبطاع المال إلا بإذن من رب المال<sup>(٥)</sup>. ولعلمهم بنوا وجهة نظرهم في الشركة أن الشريك لم يرض غير يد الشريك في الشركة، فلا يجوز للشريك دفع مال الشركة لشخص لم يرضه الشريك، إلا في حالة اتساع المال وكثرته للحاجة، ولعلمهم منعوا المضارب مطلقاً إلا بإذن رب المال لكون المضارب أقل من الشريك، إذ أن المضارب شريك في الربح فحسب، خلافاً للشريك الذي هو شريك في الأصل والربح.

(١) المبدع (١٠/٥)، الحصكفي، الدر المختار (٣١٦/٤)، النووي، روضة الطالبين (٢٨٣/٤).

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

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

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي (٣٤٥/٦)، الآبي، جواهر الإكليل (١٧٥/٢).

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

### القول الثالث:

ذهب الحنابلة في المعتمد عندهم<sup>(١)</sup>، إلى عدم جواز إبطاع مال الشركة أو المضاربة، ووافقهم الشافعية<sup>(٢)</sup> عندما تحدثوا عن تصرفات الشريك فمنعوه من إبطاع مال الشركة، فإذا قام الشريك أو المضارب بالإبطاع فإنه يضمن المال، وعللوا رأيهم أن في إعطاء المال لشخص آخر تعريضاً للمال للضياع.

### الرأي الراجح:

وبعد النظر في أقوال العلماء فإن الذي يترجح عدم جواز إبطاع المال بموجب إطلاق العقد إلا في حالة اتساع المال؛ لأن الشريك أو رب المال لم يرض بغير عمل شريكه، ودفع المال للغير عند عدم اتساع المال وقدرة الشريك أو المضارب على العمل بجميع المال مخالفة لإرادة رب المال والشريك، إلا أنني أرى جواز ذلك عند اتساع المال وكثرته للحاجة الداعية لذلك، لأن عرف التجار جارٍ على جواز ذلك عند كثرة المال، وعقد الشركة والمضاربة ينعقد على ما هو متعارف عند التجار.

والواقع أن المتعارف عليه الإبطاع عند كثرة المال وعدم قدرة الشريك أو المضارب على العمل به جميعه لا الإبطاع على الإطلاق. والحقيقة أنني لا أرى فرقاً بين الشركة والمضاربة؛ لأن كلا منها يقوم على الوكالة في التجارة.

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

(٢) النووي، روضة الطالبين (٢٨٣/٤).

### المطلب الرابع: الضمان عند استئجار من يقوم بالبيع والشراء

اختلف أهل العلم في جواز أن يستأجر الشريك أو المضارب شخصاً ليقوم بعملية البيع والشراء بدلاً عنه على عدة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية<sup>(١)</sup> إلى جواز استئجار شخص يقوم بعملية البيع أو الشراء، سواءً أكان في المضاربة أم الشركة.

يقول الكاساني وهو يتحدث عن المضارب: "له أن يستأجر من يعمل في المال لأنه من عادة النجار وضرورات التجارة أيضاً"<sup>(٢)</sup>.

واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بأنها من عادة التجار، والعقد ينعقد على ما هو متعارف ومعتاد<sup>(٣)</sup> عندهم.

ثانياً: قالوا: إن الاستئجار من ضرورات التجارة، ولا يستطيع أن يستغني عنها التجار<sup>(٤)</sup>.

ويرد على هذا الدليل أن استئجار من يقوم بالبيع والشراء ليس ضرورة، إلا إذا لم يستطع المضارب أو الشريك أن يدير المال لكثرتة واتساعه، أما عند قدرته على إدارة المال فلا ضرورة في ذلك إطلاقاً.

#### القول الثاني:

عدم جواز الاستئجار في المضاربة وجوازه في الشركة عند إتساع مال الشركة، وهو قول المالكية بناءً على ما جاء عنهم في الإبضاع، إذ الإبضاع عندهم قد يكون بأجر أو بغير أجر<sup>(٥)</sup>.

#### القول الثالث:

ذهب الحنابلة<sup>(٦)</sup> إلى عدم جواز استئجار المضارب أو الشريك من يقوم بعملية البيع والشراء ووافقهم الشافعية<sup>(١)</sup>، عند حديثهم عن تصرفات الشريك، وعليه فإن الشريك والمضارب بضمان المال والأجرة.

(١) السمرقندي، تحفة الفقهاء (٩/٣)، الكاساني، بدائع الصنائع (٦/٦٩-٨٨).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، (٨٨/٦).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٨٨/٦).

(٤) المرجع السابق (٦/٦٩).

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي (٦/٣٤٥)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٥/٢٨٦).

(٦) لقد بنيت قولهم على ما جاء عندهم في الإبضاع فهم لم يجوزوا في معتمد مذهبهم الإبضاع وهو من دون أجر فمن باب أولى أن لا يجوزوا الاستئجار.

وعلاوا وجهة نظرهم بأن رب المال أو الشريك لم يرض بغير يد من تعاقد معه، فإذا قام المتعاقد بالاستتجار، فإنه يكون قد تصرف تصرفاً لم يرضه شريكه أو رب المال، فيكون متصرفاً في مال الغير بغير إذنه فيكون ضامناً له<sup>(٢)</sup>.

### الرأي الراجح:

والذي يترجح هو عدم جواز استتجار من يقوم بالبيع والشراء عند قدرة الشريك أو المضارب على ذلك، لأن رب المال والشريك لم يرض بغير يد المتعاقد معه في أمور التجارة، والتي تقوم على البيع والشراء، إلا إذا دعت الحاجة لذلك لكثرة المال واتساعه ولم يجد من يدفعه له بغير أجر— أي إضاعاً—؛ لأن في ذلك تسييراً لأموال التجارة وتحقيقاً لمراد الشريك أو المضارب في تحصيل الربح.

وحيثما خالف الشريك أو المضارب هذا الحكم فإنه يكون ضامناً للمال عند هلاكه، وإذا لم يهلك، وعاد سالماً، فإنه يضمن الأجرة التي دفعها لمن استأجره من ماله الخاص، والربح بينهما. ويحتمل القول بأن الربح لرب المال وحده لأنه نماء ماله، وأجرة مثل المستأجر في مال رب المال عند عدم علمه لتعزيزه ولأنه دخل على الأجر وعند العلم لا أجرة له<sup>(٣)</sup>.

ومما أرى بدأ من ذكره هنا إلى أن استتجار من يقوم بعملية البيع والشراء إذا كان أمراً معتاداً ومتعارفاً عليه سواء أكان المال واسعاً أم لا، فإن العادة محكمة. وكذلك الحال في استتجار من يقوم بالأعمال الأخرى في الشركة والمضاربة، يرجع فيه الحكم إلى العرف والعادة السائدين عند إبرام العقد.

(١) الشربيني، مغني المحتاج (٢/٢١٥)، البهوتي، شرح المنتهى (٢/٢١٢).

(٢) الشرواني، حواشي الشرواني (٥/٢٩٠).

(٣) هذا الاحتمال في حالة المضاربة، وكلا الاحتمالين من عندي ولم أجد من تكلم عن الحكم في هذه الحالة.

### المطلب الخامس: الضمان عند السفر بمال المضاربة والشركة

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

#### القول الأول:

ذهب المالكية<sup>(١)</sup>، ومحمد بن الحسن في الرواية الصحيحة، وأبو يوسف في رواية عنه<sup>(٢)</sup>، إلى أنه يجوز لكل من الشريك والمضارب السفر من أجل التجارة بموجب العقد. يقول الكاساني: "وقبل لأحدهما أن يسافر بالمال من غير رضا صاحبه والصحيح من قول أبي يوسف ومحمد أن له ذلك وكذا المضارب"<sup>(٣)</sup>. واستدلوا لرأيهم:

أولاً: أن العقد مطلق في التجارة فيتناول ما إذا كانت داخل البلد أو خارجها<sup>(٤)</sup>. وقد يرد على هذا الدليل بأن العقد وإن كان مطلقاً، إلا أنه يُقيد بما يترتب عليه إضرار بالمال، والذي منه السفر به؛ لأن فيه تعريض المال للضياع. ثانياً: أن المودع عنده يحق له السفر بالوديعة عند إطلاق العقد، فمن باب أولى أن يحق للشريك والمضارب، فهما موكول إليهما التصرف لأجل تنمية المال علاوة على الحفظ والأمانة<sup>(٥)</sup>. ويرد على هذا الدليل بأن جواز السفر بالوديعة أمر مختلف فيه، فلقد منعه الشافعية<sup>(٦)</sup>. ثالثاً: إن لفظ المضاربة والذي هو مأخوذ من الضرب في الأرض يدل على جواز السفر، فالمسافر الذي يضرب في الأرض من أجل التجارة يدخل ضمن المضاربة في اللغة<sup>(٧)</sup>. والحقيقة أن لا تلازم بين المعنى اللغوي وجواز السفر؛ لأن الذي يضرب في الأرض في داخل المدينة يسمى ضارباً في الأرض.

(١) الخرشي، حاشية الخرشي (١٦٠/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٩/٥)، الزرقاني، شرح الزرقاني (١٩٦/٦).

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

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٧١/٦).

(٤) الكاساني، بدائع الصنائع (٧٠/٦).

(٥) المرغيناني، الهداية (٢٠٢/٣).

(٦) الهيثمي، تحفة المحتاج (١١٩/٢).

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

### القول الثاني:

ذهب أبو حنيفة في رواية أبو يوسف في الرواية الصحيحة عنه والشافعية والحنابلة في رواية عندهم<sup>(١)</sup>، إلى أنه لا يجوز للشريك أو المضارب السفر، إلا أن الشافعية استثنوا حالة الضرورة كأن يكون في البلد عدو غاشم، أو إذا عقد الشريك أو المضارب العقد في سفره، فلا يضمن بالسفر إلى مقصده؛ لدلالة الحال بجواز السفر، وكذلك التجار الذين يعرفون بحاجتهم إلى السفر<sup>(٢)</sup>، لدلالة العرف بجواز ذلك.

يقول الشريبي: "ولا مسافرين أي المال المشترك لما في السفر من الخطر فإن سافر ضمن" ثم يقول: "نعم إن عقد الشركة بمفازة لم يضمن بالسفر إلى مقصده لأن القرينة قاضية بذلك ومثل ذلك كما قال بعض المتأخرين ما لو حلا أهل بلد لقعد أو عدد"<sup>(٣)</sup>.

واستدلوا لرأيهم بالأثر الذي جاء فيه: (أن المسافر وأهله لعلى قلت)<sup>(٤)</sup>، فقالوا: إن المسافر يكون ماله معرضاً للهلاك والضياع فلا يجوز للشريك أو المضارب أن يعرض المال لخطر الضياع<sup>(٥)</sup>.

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

### القول الثالث:

ذهب الحنابلة في معتمد مذهبهم إلى جواز السفر بشرط أن يكون الطريق آمناً<sup>(٦)</sup>. يقول ابن مفلح: "وله أن يبيع ويقبض ويبل ويؤجر وعكس ذلك ويرد بعيب للحفظ .. ومساومة"<sup>(٧)</sup>.

(١) المرغيناني، الهداية (٢٠٤/٣)، الكاساني، بدائع الصنائع (٧٠/٦)، الرملي، نهاية المحتاج (١٠/٥)،

الشريبي، مغني المحتاج (٣١٧/٢)، ابن قدامة، المغني (٢٤/٥).

(٢) الشريبي، مغني المحتاج (٣١٥/٢)، الشرواني، حواشي الشرواني (٢٨٩/٥).

(٣) الشريبي، مغني المحتاج، (٢١٥/٢).

(٤) سبق تخريجه.

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

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

(٧) ابن مفلح، الفروع، (٢٩٠/٤).

واستدلوا لرأيهم بجواز السفر بما جاء عن أصحاب القول الأول، وأما تقييدهم بأن يكون الطريق آمناً فهو واضح أنه من أجل الحفاظ على المال، فكأن دلالة الحال تقييد إطلاق العقد فيمنع المضارب والشريك من السفر خاصة عدم أمن الطريق<sup>(١)</sup>.

#### الرأي الراجح:

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

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

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

---

(١) ابن قدامة، المغني (٢٥/٥).

## المطلب السادس: الضمان عند أخذ المضارب النفقة من مال المضاربة

اختلف العلماء في جواز أخذ المضارب النفقة من مال المضاربة عند سفره على عدة أقوال.

### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية في قول عندهم<sup>(١)</sup> إلى جواز أخذ المضارب النفقة من مال المضاربة عند سفره.

واستدلوا لرايهم:

أولاً: أن المضارب لو لم يأخذ النفقة حال سفره لامتتع الناس عن قبول المضاربة، لأن الربح أمر محتمل فلا ينفق الإنسان على أمر محتمل<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: بالقياس على القاضي الذي يجب له النفقة بجامع الاحتباس في كل منهما، فالقاضي يحتبس من أجل مصلحة القضاء، والمضارب عندما يسافر يحتبس لأجل مصلحة المضاربة، فتجب النفقة منها.

ويرد على هذا القول بأنه قياس مع الفارق؛ لأن المضارب يستحق الربح عند ربح المضاربة، بينما القاضي لا يستحق إلا النفقة.

### القول الثاني:

ذهب الشافعية في قول ثان معتمد عندهم والحنابلة<sup>(٣)</sup> إلى أنه لا يحق للمضارب أخذ النفقة من مال المضاربة عند سفره، وإذا فعل ذلك فإنه يكون ضامناً.

واستدلوا لرايهم:

أولاً: إن العامل داخل على أنه يستحق جزءاً معيناً من الربح، فلا يستحق غيره<sup>(٤)</sup>.

والحقيقة أن دخول العامل على أساس أخذه جزءاً معيناً من الربح لا يدل على تنازله عن النفقة إلا إذا صرح بذلك.

ثانياً: إن المضارب لو استحق النفقة لأفضى ذلك إلى أن يختص بالربح إن لم يربح إلا ما أنفق<sup>(٥)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣١٣/٨)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٠١/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٣١٧/٢).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (١٠٥/٥).

(٣) الشربيني، مغني المحتاج (٣١٧/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (٢٢١/٢).

(٤) البهوتي، كشف القناع (٥١٦/٣).

(٥) ابن قدامة، المغني (٢٤/٥).

يرد على هذا الدليل بأن المال الذي ينفقه يعود نفعه للمضاربة، إذ إن سفره كان من أجل تنمية مال المضاربة بخلاف الربح الذي يستحقه فهو يعود نفعه لنفسه فقط.

#### الرأي الراجح:

وبعد النظر في الأدلة ومناقشتها فإن الذي يترجح هو إن المضارب يستحق النفقة عند سفره، وله أن يأخذها من مال المضاربة إذ أن سفره كان لمصلحة تنمية مال المضاربة، فكما أن نفع السفر يعود لمال المضاربة، فإن نفقة المضارب تكون في مال المضاربة أيضاً.

المبحث الثالث: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب عند التفويض.

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: الضمان عند خلط مال المضاربة والشركة.

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

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

وفيه فرعان:

الفرع الأول: الضمان عند دفع مال الشركة لمن يعمل فيه مضاربة.

الفرع الثاني: الضمان عند دفع مال المضاربة لمن يعمل فيه مضاربة.

### المبحث الثالث: ضمان التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب عند التفويض

#### تمهيد:

الذي يقصد بالتفويض هو أن يقول رب المال للمضارب أو الشريك لشريكه اصنع ما تشاء، أو افعل ما تريد، أو إعمل ما تراه مناسباً، وكل لفظ يدل على تفويض الأمر إليه في أمور التجارة<sup>(١)</sup>.

وسأقوم في هذا المبحث بالتحدث عن التصرفات التي أرى أن الشريك والمضارب لا يملكها إلا عند التفويض في المطالب التالية.

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، (٢٨٩/٨)، ابن قدامة، المغني، (١٤/٥).

## المطلب الأول: الضمان عند خلط مال المضاربة والشركة

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

### القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة<sup>(١)</sup> إلى عدم جواز خلط مال الشركة أو المضاربة بغيره حالة إطلاق العقد، ولا بد من التفويض في أمر التجارة حتى يصح منه ذلك الخلط، ولا يضمن. واستدلوا لرأيهم بأن الخلط يستوجب حقاً في المال لم يكن ليرضاه المالك، والخلط أمر عارض لا تتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد، ولكنه جهة في التثمين، فمن هذا الوجه يوافق عقد الشركة والمضاربة فيدخل في العقد عند الدلالة عليه، والقول للشريك أو المضارب اعمل برأيك يدل عليه<sup>(٢)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب المالكية<sup>(٣)</sup> إلى جواز أن يخلط الشريك أو المضارب مال الشركة أو المضاربة بماله، أو بمال غيره بموجب عقد الشركة المطلق إذا رأى في ذلك مصلحة متحققة، من هذا الخلط، بل ذهبوا إلى وجوب الخلط إذا كانت المصلحة متيقنة وأوجبوا على المضارب ضمان الخسران إن لم يخلط.

وأما إن لم تكن المصلحة متيقنة، فمن المالكية من قال إن الخلط مندوب، والراجح أنه واجب عندهم<sup>(٤)</sup>، إلا أنهم اشترطوا لجواز الخلط أن يكون المال مثلياً<sup>(٥)</sup>. ولعلمهم رأوا في الخلط مصلحة تجارية، والعقد انعقد على التوكيل في أمور التجارة، فيدخل الخلط هنا ضمن إطلاق عقد المضاربة.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٨٩/٨)، الشيباني، الجامع الصغير (ص٤٢٥)، الكاساني، بدائع الصنائع

(٦/٦٨)، البهوتي، كشاف القناع (٥٠٢/٣)، ابن قدامة، المغني (١٤/٥).

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

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

(٤) الدردير، الشرح الصغير (٦٣٩/٣).

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢٩٠/٥).

**القول الثالث:**

ذهب الشافعية عند تحدثهم عن تصرفات المضارب إلى عدم جواز خلط مال المضاربة بغيره من الأموال، إلا بإذن خاص من رب المال، وإلا فإنه يضمن المال<sup>(١)</sup>.  
ويبدو جلياً أنهم لا يرون في التفويض كفاية لما يترتب على الخلط من حقوق أخرى في مال الشركة أو المضاربة فلا بد فيها من الإذن.

**الرأي الراجح**

والذي يترجح عدم جواز الخلط بمطلق العقد؛ لأن الخلط يترتب عليه إحكام وحقوق لا يرضاها الشريك أو المضارب، إلا أنه إذا فوض الأمر للمتعاقد معه فإن الخلط يجوز إذ فيه مصلحة ومنفعة لمال الشركة أو المضاربة، لأن التفويض ينصرف إلى كل الأعمال التي يتوخى الشريك أو المضارب تحقيق الربح فيها، والتي منها الخلط.  
وعليه فإذا قام بالخلط دون تفويض من رب المال أو الشريك، فإنه يضمن المال عندها، وكذلك إذا قام بالخلط عند التفويض بلا فائدة، فإنه يضمن المال أيضاً؛ لأن الخلط هنا إستهلاك للمال ولا يجب الخلط عند تحقق المصلحة لأن التصرف موكول للشريك أو المضارب فله أن يخلط أو لا.

---

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

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

لو أراد الشريك أو المضارب أن يدفع المال في شركة<sup>(١)</sup> أخرى فهل يملك هذا التصرف بموجب العقد، أم لا بد من الإذن في ذلك، أم يكتفي بالتفويض؟

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

### القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة<sup>(٢)</sup> إلى جواز دفع مال المضاربة والشركة في شركة أخرى عند التفويض، وإن فعل ذلك دون تفويض فإنه يضمن المال.

واستدلوا لرأيهم بأن الشركة تستوجب حقوقاً في المال والشريك، أو رب المال لم يكن ليرضاها بإطلاق العقد، فلا بد من إذنه، وبالتفويض يحصل الإذن؛ لأن التفويض يتناول كل ما كان من أمور التجارة، ودفع المال في شركة أخرى من التجارة<sup>(٣)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب المالكية<sup>(٤)</sup> إلى عدم جواز دفع الشريك أو المضارب المال مشاركة لشخص آخر، إلا بالإذن الخاص في ذلك، ووافقهم في ذلك الشافعية<sup>(٥)</sup> عند تحديثهم عن تصرفات المضارب، حيث منعوا الخلط إلا بالإذن، ومعلوم أن الشركة عند الشافعية لا تتعقد إلا بالخلط، فإذا دُفع المال في شركة أخرى بلا إذن خاص، فإن ذلك يستوجب ضمان المال المدفوع.

وعللوا رأيهم بأن دفع المال مشاركة يستوجب تمليك التصرف لشخص آخر لم يرضه رب المال، أو الشريك فلا بد من الإذن الخاص بذلك<sup>(٦)</sup>.

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

(١) الذي أقصده بالشركة هنا الشركة التي تخول الشريك بالتصرف دون الرجوع إلى موافقة شريكه.

(٢) المرغيناني، الهداية (٢١٠/٣)، الحصكفي، الدر المختار (٣١٨/٤)، البهوتي، شرح المنتهى (٢١٢/٢)، البهوتي، كشف القناع (٥٠٢/٣).

(٣) المرغيناني، الهداية (٢١٠/٣)، ابن مفلح، المبدع (١١/٥)، المرداوي، الإنصارف (٤١٩/٥).

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي (٣٤٧/٦)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (١١/٥)، الصاوي، حاشية الصاوي (٦٩٥/٣)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٤٠١/٦).

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

(٦) الدسوقي، حاشية الدسوقي (١١/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (٣٤٧/٦).

**الرأي الراجح:**

والذي يترجح هو جواز دفع مال المضاربة أو الشركة في شركة أخرى عند التفويض، فلا يضمن الشريك أو المضارب عند ذلك، وإنما يضمن دفع المال مشاركة عند إطلاق العقد، لأن التفويض كافٍ في حصول الإذن في دفع المال مشاركة لأنه يدخل فيه كل ما يتعلق بالتجارة والتي منها دفع المال لشخص آخر مشاركة.

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

### الفرع الأول: الضمان عند دفع مال الشركة لمن يعمل فيه مضاربة

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

#### القول الأول:

ذهب الإمام أبو حنيفة في رواية<sup>(١)</sup> إلى جواز دفع مال الشركة لآخر مضاربه بموجب عقد الشركة، وعلل رأيه بالقياس على جواز استئجار من يقوم بعملية البيع والشراء<sup>(٢)</sup>.  
ويرد على هذا بأن الاستئجار محل خلاف بين العلماء<sup>(٣)</sup>، كما أن في دفع المال لشخص آخر إخراجاً عن اليد التي ارتضاها الشريك، فلا يكفي بإطلاق العقد لجواز ذلك.

#### القول الثاني:

ذهب الإمام أبو حنيفة في رواية<sup>(٤)</sup> والشافعية<sup>(٥)</sup> إلى عدم جواز دفع مال الشركة لمن يضارب فيه إلا بإذن من الشريك بذلك.  
وعللوا رأيهم بأن الشريك لم يرض بغير يد شريكه وإذا أراد الشريك دفع مال الشركة لشخص آخر فلا بد من إذن شريكه في ذلك<sup>(٦)</sup>.

#### القول الثالث:

ذهب المالكية إلى أنه يجوز للشريك بموجب عقد الشركة أن يدفع مال الشركة لمن يعمل فيه مضاربة عند اتساع مال المضاربة وإلا فإنه يضمن ما دفعه<sup>(٧)</sup>.  
ولعلمهم رأوا في هذا القول تسييراً لأموال التجارة والتي انعقد العقد عليها.

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

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٦٨/٦).

(٣) انظر خلاف العلماء في ذلك (ص١٤٧).

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

(٥) لم يصرح الشافعية بهذا الرأي وإنما قلته بناءً على ما جاء عندهم في الإبضاع، الرملي، نهاية المحتاج

(١٠/٥)، الشرواني، حواشي الشرواني (٢٩٠/٥)، النووي، المنهاج (٦٤/١).

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

(٧) الخرشي، حاشية الخرشي (٣٤٥/٦)، المواق، التاج والإكليل (١٢٧/٥).

والحقيقة أنه وإن كان في هذا التصرف تسيير لأموال التجارة، إلا أنه يثبت حقاً للمضارب في الربح الناتج وهو أمر لا يرضاه الشريك؛ لأنه ينقص عليه حقه في الربح الناتج من مال الشركة.

#### القول الرابع:

ذهب الحنابلة<sup>(١)</sup> إلى أن الشريك لا يملك دفع مال الشركة مضاربة لشخص آخر، إلا بالتفويض في أمور التجارة، فهم يرون أن إطلاق العقد لا يكفي لدفع مال الشركة مضاربة لشخص آخر؛ لما يترتب عليه من مشاركة المضارب الشريك في حقه في الربح، فلا بد من التفويض في أمور الشركة حتى لا يضمن الشريك.

#### الرأي الرابع:

والذي يترجح هو عدم جواز دفع مال الشركة مضاربة لشخص آخر بموجب العقد؛ لأن في ذلك إخراجاً عن اليد التي ارتضاها الشريك أن تعمل في ماله، ويكتفى بالتفويض لجواز ذلك، لأن فيه إرجاعاً للأمر للشريك في كل ما هو من التجارة، والتي منها دفع المال مضاربة لشخص آخر.

(١) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢/٢١٢)، المرداوي، الإنصاف (٥/٤١٤).

الفرع الثاني: الضمان عند دفع مال المضاربة لمن يعمل فيه مضاربة:

سأتحدث في هذا الفرع عن عدة مسائل:

**المسألة الأولى: دفع مال المضاربة لمضارب ثان**

إذا أخذ شخص مالا ليضارب فيه فهل يملك المضارب دفعه لآخر في مضاربة ثانية، أم لا بد من الإذن بذلك أم يكتفي بالتفويض؟  
اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

**القول الأول:**

ذهب الحنفية، والحنابلة في معتمد مذهبه<sup>(١)</sup> إلى أن المضارب لا يملك دفع مال المضاربة لشخص آخر، إلا بالتفويض، ولا ضمان عليه عند ذلك.  
واستدلوا لرأيهم بأن التفويض في أمور التجارة عام، يدخل فيه كل ما كان من التجارة، ودفع مال المضاربة في مضاربة أخرى من التجارة، فيملكها المضارب فلا ضمان عليه<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:**

ذهب المالكية والشافعية<sup>(٣)</sup> إلى أن رب المال إذا أذن للمضارب بدفع المال في مضاربة أخرى، فإنه لا ضمان عليه حينئذ، وذهبوا إلى القول بتضمينه في حالة التفويض.  
واستدلوا برأيهم بأن رب المال لم يرض بغير المضارب، فدفع المال لمضارب ثان دفع بغير إذن يستوجب الضمان، فلا بد فيه من الإذن بذلك، ولا يكتفى بالتفويض<sup>(٤)</sup>.  
ويرد عليه بأن التفويض إذن كافٍ لدفع المال في مضاربة أخرى؛ لأن التفويض يقع تحته كل ما كان من التجارة ودفع المال لمضارب آخر منها.

**القول الثالث:**

ذهب الحنابلة في قول عندهم<sup>(١)</sup> إلى جواز دفع المال مضاربة لشخص آخر بموجب عقد المضاربة، ولا ضمان على المضارب حينئذ.

(١) المرغيناني، الهداية (٢١٠/٣)، الشيباني، الجامع الصغير (ص٤٢٥)، البهوتي، كشاف القناع (٥٠٢/٣)، ابن مفلح، المبدع (١١/٥).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (١٣/٦)، المرادوي، الإنصاف (٤١٩/٥).

(٣) الخرشي، حاشية الخرشي (١٦٧/٧)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٤٠١/٦)، الشيرازي، المهذب (٣٨٦/١)، الشربيني، مغني المحتاج (٣١٤/٢)، ولا بد من الإشارة إلى أن الشافعية في صحيح مذهبهم يرون عدم جواز دفع مال المضاربة في مضاربة أخرى، إلا أنه في حالة الإذن من رب المال فلا ضمان على المضارب.

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

واستدلوا لرأيهم بالقياس على توكيل الوكيل، فكما أنه يجوز للوكيل توكيل غيره، فيجوز للمضارب دفع مال المضاربة لمضارب آخر بجامع الوكالة في كل منهما<sup>(٢)</sup>.  
ويرد على هذا الدليل:

أولاً: إن الحكم في الأصل مختلف فيه<sup>(٣)</sup> ولا نسلم لكم به، فلا يصح القياس عليه.  
ثانياً: إذا سلمنا لكم الحكم في الأصل، إلا أننا لا نسلم لكم القياس، فهو قياس مع الفارق، لأن دفع مال المضاربة لمضارب ثانٍ يترتب عليه إثبات حق في المال لآخر، بخلاف الوكالة التي لا يترتب عليه شيء من ذلك<sup>(٤)</sup>.

#### الرأي الراجح:

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

#### المسألة الثانية: وقت وقوع الضمان

ومن المسائل المهمة المتعلقة بهذا الفرع والتي لا بد من ذكرها هنا، متى يقع الضمان في حالة الدفع غير المأذون به؟  
اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب المالكية والشافعية وزفر وأبو يوسف في رواية<sup>(٥)</sup>، إلى أن الضمان يقع بمجرد الدفع للمضارب الآخر.  
وعللوا رأيهم بأن الدفع لشخص آخر لا يملكه المضارب، فبمجرد أن دفع المال فإنه يكون قد فعل فعلاً لا يملكه، فيضمن عنده<sup>(٦)</sup>.

(١) المرادوي، الإنصاف (٤٨٣/٥)، ابن قدامة، المغني (٢٨/٥)، ابن مفلح، الفروع (٢٩١/٤).

(٢) ابن مفلح، الفروع (٢٩١/٤).

(٣) انظر توكيل الغير في فصل الوكالة (ص ٨٩).

(٤) ابن مفلح، الفروع (٢٩١/٤).

(٥) الزرقاني، شرح الزرقاني (٤٠/٦)، المرغيناني، الهداية (٢٠٥/٣)، البجيرمي، حاشية البجيرمي (١٤٩/٣).

(٦) البجيرمي، حاشية البجيرمي (١٤٩/٣).

**القول الثاني:**

ذهب الإمام أبو حنيفة<sup>(١)</sup> إلى أن الضمان يقع عند ربح المضارب الثاني، وعلل كلامه بأن الدفع لمضارب قبل العمل إيداع، وبعد العمل وقبل الربح إيداع، وهو يملكها فلا ضمان، وعند الربح يثبت للمضارب الآخر حق في المال، وهذا ما لا يملك المضارب الأول فعله، فيضمن عندئذ<sup>(٢)</sup>.

**القول الثالث:**

ذهب محمد وأبو يوسف في الرواية الصحيحة عنه<sup>(٣)</sup>، إلى أن الضمان يتحقق عند عمل المضارب الثاني بالمال، وعللا قولهما بأن دفع المال لشخص آخر إيداع والمضارب يملكه، وأما بعد ذلك عند عمل المضارب الثاني في المال فلا يملكه<sup>(٤)</sup>.

**الرأي الراجح**

والذي يترجح القول بوقوع الضمان بمجرد الدفع للمضارب الآخر؛ لأن المضارب الأول لما دفع المال للمضارب الثاني دفعه على أساس المضاربة، وليس ودبعة أو إيداعاً.

**المسألة الثالثة: الشخص الذي يقع عليه الضمان**

ومن المسائل المتعلقة بهذا الفرع من يضمن المال في حالة هلاكه عند دفعه في مضاربة ثانية غير مأذون بها؟

اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

**القول الأول:**

ذهب الحنفية إلى أنه يحق لرب المال تضمين من شاء إلا أنهم يجعلون قرار الضمان على الأول، وعللوا رأيهم في قرار الضمان على الأول بأنه قد أغر الثاني حين دفع المال إليه<sup>(٥)</sup>.  
والحقيقة أن الدليل أخص من الدعوى؛ لأنهم يجعلون قرار الضمان على الأول دوماً، بينما الدليل الذي استدلوا به يختص بحالة عدم علم المضارب الثاني بأن المال ليس للمضارب الأول، أما في حالة علم المضارب الثاني أن المال ليس للأول، فلا يكون المضارب الثاني قد غره.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٠٠/٨)، المرغيناني، الهداية (٢٠٥/٣).

(٢) المراجع السابقة.

(٣) المرغيناني، الهداية (٢٠٥/٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٩٦/٦).

(٤) المراجع السابقة.

(٥) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٠١/٨)، ابن نجيم، البحر الرائق (٢٦٦/٧)، الكاساني، بدائع الصنائع

(٩٦/٦).

**القول الثاني:**

ذهب المالكية<sup>(١)</sup> إلى تضمين المضارب الأول مطلقاً، سواء أعلم الثاني بواقع الحال أم لم يعلم.

وعللوا رأيهم في تضمين المضارب الأول بأنه قد تعدى بدفعه المال بغير إذن صاحبه<sup>(٢)</sup>. ويرد على هذا الدليل بأن المضارب الثاني إن كان قبض المال وهو يعلم انه ليس للمضارب الأول فإنه يكون قد تعدى أيضاً.

**القول الثالث:**

ذهب الشافعية والحنابلة<sup>(٣)</sup> إلى ان رب المال له الحق في تضمين من شاء من المضارب الأول والمضارب الثاني إلا أن الضمان يستقر على الثاني في حالة علمه. واستدلوا لرأيهم:

أولاً: أن المضارب الثاني قد أخذ مال غيره بغير إذنه، فيحق لرب المال تضمينه<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: بأن المال لما تلف تحت يده جعل الضمان يستقر عليه<sup>(٥)</sup>.

وأما إذا جهل المضارب الثاني بأن المال لشخص آخر، فهناك وجهان عند الشافعية والحنابلة<sup>(٦)</sup> في رجوعه على المضارب الأول:

**الوجه الأول:**

لا يرجع لأن المال قد تلف تحت يده، ونفع المال يعود إليه<sup>(٧)</sup>.

**الوجه الثاني:**

يرجع على الأول؛ لأن يده يد أمانة، إذ أن المضارب الأول قد غره<sup>(٨)</sup> حين دفع المال إليه.

(١) الدردير، الشرح الصغير (٦٩٦/٣)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٤٠٦/٦).

(٢) الخرشي، حاشية الخرشي (١٦٧/٧)، الصاوي، حاشية الصاوي (٦٩٦/٣).

(٣) الشربيني، مغني المحتاج (٣١٥/٢)، ابن قدامة، المغني (٢٨/٥).

(٤) ابن قدامة، المغني (٢٨/٥).

(٥) ابن قدامة، المغني (٢٨/٥).

(٦) الشربيني، مغني المحتاج (٣١٥/٢)، الغزالي، الوسيط (٨٧/٤)، ابن قدامة، المغني (٢٨/٥).

(٧) الشربيني، مغني المحتاج (٣١٥/٢)، ابن قدامة، المغني (٢٨/٥).

(٨) الشربيني، مغني المحتاج (٣١٥/٢)، ابن قدامة، المغني (٢٨/٥).

### الرأي الراجح

والذي ترجح لدي هو القول بأن رب المال له الحق في تضمين أيهما شاء، وأرى أن يستقر الضمان على الأول إلا في حالة علم المضارب الثاني بأن المال الذي أخذه ليس للمضارب الأول؛ لأن المضارب الأول قد تعدى بدفعه لمضارب آخر، والمضارب الثاني قد ساهم في هذا التعدي فيحق مطالبة الاثنين، إلا أنه في حالة عدم علم الثاني بأن المال ليس للمضارب الأول، فإن الضمان يستقر على الأول لأن في استقرار الضمان على الثاني ظلم واجحاف في حقه، أما في حالة العلم فيستقر الضمان عليه؛ لأن المال قد تلفت تحت يديه.

المبحث الرابع: ضمان التصرفات التي تحتاج لإذن خاص ومخالفة شرط الشريك أو المضارب

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: ضمان التصرفات التي تحتاج إلى إذن خاص.

المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة شرط الشريك أو رب المال.

## المبحث الرابع: ضمان التصرفات التي تحتاج لإذن خاص ومخالفة شرط الشريك أو المضارب

### المطلب الأول: ضمان التصرفات التي تحتاج إلى إذن خاص

وبعد أن تحدثت عن التصرفات التي يملكها الشريك والمضارب بموجب العقد، والتصرفات التي يملكها عند التفويض، فكان لزاماً علي أن أتحدث عن التصرفات التي لا يملكها المضارب أو الشريك إلا بالإذن الخاص من شريكه أو رب المال، وبدون هذا الإذن فإن المضارب أو الشريك يكون ضامناً للمال إذا تصرف أحد تلك التصرفات.

فكل تصرف فيه إتلاف للمال، وتمليك له بغير عوض<sup>(١)</sup>، يعد تصرفاً موجباً للضمان، إلا أن يصرح الشريك أو رب المال بجواز فعله نصاً صريحاً.

ولقد مثل الفقهاء لمثل هذه التصرفات بالهبة والتبرع والقرض<sup>(٢)</sup>، وعللوا قولهم بأن المقصود من الشركة والمضاربة الإسترباح وهذه الأمور لا ربح فيها بل فيها تضييع للمال كما في الهبة والتبرع، و تعريض للضياع كما في القرض، فلا يتضمنه عقد الشركة والمضاربة<sup>(٣)</sup>.

إلا أنه قد جاء عند المالكية بعض الإستثناءات، حيث جوزوا التبرع، أو التصرف بالشيء اليسير أو القليل بالنسبة لمال الشركة، كدفع لقمة لسائل أو كسرة خبز لفقير<sup>(٤)</sup>.

والذي أراه في مثل هذا التصرف أن لا يملكه المضارب أو الشريك؛ لأن فيه تصرفاً في مال الغير بغير إذنه، فلا بد فيه من الإذن الصريح وإن كان المدفوع يسيراً.

واستثنى المالكية<sup>(٥)</sup> أيضاً ما يفعله الشريك أو المضارب من هبة أو نحوه لإستئلاف الناس للشراء منه أو التعامل معه، ولعل ما يقوم به التجار أو الشركات في زماننا من عمل دعايات مثل الأفلام أو الشنط التي يطبع عليها اسم الشركة أو المحل التجاري وما شابهها من دعايات يقع عليها نفس الحكم.

(١) الحصكفي، الدر المختار (٣١٨/٤).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣١٤/٥)، الخرشي، حاشية الخرشي (٣٤٥/٦)، المرغيناني، الهداية (٢١١/٣)، الكاساني، بدائع الصنائع (٧١/٦)، الأنصاري، أبو يحيى زكريا الأنصاري، أسنى المطالب شرح روض الطالب، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ٢٠٠١م (٢٤١/٥)، البهوتي، شرح المنتهى (٢١٢/٢).

(٣) البهوتي، شرح المنتهى (٢١٨/٢)، الحصكفي، الدر المختار (٣١٨/٤).

(٤) الدردير، الشرح الصغير (٧١٠/٣)، الأبي، جواهر الإكليل (١٧٥/٢).

(٥) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٩/٥)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٤٢١/٦-٤٢٢).

والذي يترجح في مثل هذه الأمور عدم جوازها إلا بالإذن الخاص، وإيقاع الضمان على من تصرف هذا التصرف بغير الإذن الخاص به، وذلك حفظاً لأموال الناس، إلا إذا دل العرف على جوازه كما هو الحال في زماننا.

## المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة شرط الشريك أو المضارب

سأتحدث في هذا المطلب عن ثلاث مسائل.

وقبل الدخول في مسائل المطلب أود الإشارة إلى أن الفقهاء اتفقوا على إيجاب الضمان عند مخالفة الشرط المتفق عليه في العقد إذا كان مفيداً، كأن ينهى المضارب أو الشريك عن السفر بالمال أو البيع نسيئة<sup>(١)</sup>.

### المسألة الأولى: اشتراط سلعة معينة للعمل فيها

فلو عين رب المال للمضارب سلعة ما للعمل فيها فهل يصح مثل هذا الشرط؟ اتفق الفقهاء على أنه يصح اشتراط العمل في سلعة يعم وجودها، وإذا خالف المضارب هذا الشرط فإنه يكون ضامناً<sup>(٢)</sup>.

واختلفوا في اشتراط العمل في سلعة يقل وجودها على قولين:

### القول الأول:

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

### القول الثاني:

ذهب المالكية والشافعية<sup>(٥)</sup> إلى عدم جواز اشتراط مثل هذا الشرط. وعللوا رأيهم بأن المقصود من المضاربة هو الربح، وبهذا التعيين قد يتعذر الربح لعدم وجود السلعة.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير (١٨٥/٦)، الخرشي، حاشية الخرشي (١٦٥/٧)، الشربيني، مغني المحتاج (٣١١/٢)، البهوتي، كشف القناع (٣٠٤/٥).

(٢) الزرقاني، شرح الزرقاني (٣٨٩/٦)، حاشية ابن عابدين (٢٨٨/٨)، الشيرازي، المهذب (٣٨٦/١)، البهوتي، شرح المنتهى (٢١٣/٢).

(٣) المرغيناني، الهداية (٣٨٦/٢)، منلا خسرو، محمد بن قراموز، درر الحكام شرح غرر الأحكام، المطبعة الشرقية، مصر، ١٣٠٤هـ- (١١٢/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (٢١٣/٢).

(٤) ابن نفلح، المبدع (١٥/٥).

(٥) الخرشي، حاشية الخرشي (١٥٢/٧)، الشربيني، مغني المحتاج (٣١١/٢).

## الرأي الراجح

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

## المسألة الثانية: التقييد بالمكان

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

اتفق الفقهاء<sup>(١)</sup> على صحة التقييد بقطر من الأقطار، وإيجاب الضمان عند المخالفة. واختلّفوا في جواز التقييد بالسوق والمدينة على النحو الآتي:

## القول الأول:

ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>(٢)</sup> إلى جواز هذا التقييد، إلا أن الحنفية لا يرون تعيين السوق إلا بالنهي عن العمل في خارجه<sup>(٣)</sup>. وعللوا رأيهم بأن صاحب المال قد يكون له غرض وهدف من وراء هذا القيد، فإذا لم يلتزم به المضارب فإنه يكون قد ضيع عليه غرضه<sup>(٤)</sup>.

## القول الثاني:

ذهب المالكية<sup>(١)</sup> إلى عدم جواز اشتراط مثل هذا الشرط، ولعلمهم رأوا أن في هذا الشرط تقليلاً للربح الذي قد يحصل عليه المضارب.

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

(٢) المرغيناني، الهداية (٣٠٤/٢)، الشربيني، مغني المحتاج (٣١١/٢)، البهوتي، كشاف القناع (٥٠٤/٣)، البهوتي، شرح المنتهى (٢١٣/٢).

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

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

## الرأي الراجح

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

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

### المسألة الثالثة: تقييد التعامل بجهة معينة

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

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة<sup>(٢)</sup> إلى جواز اشتراط مثل هذا الشرط. وعللوا رأيهم بأن صاحب المال قد يعلم أن في معاملة هذه الجهة أو تلك يتحقق الربح الوفير، أو قد يكون التعامل معها أسهل وأفضل من غيرها<sup>(٣)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية والشافعية<sup>(٤)</sup> إلى عدم جواز اشتراط مثل هذا الشرط. وعللوا رأيهم بأن المضارب قد لا يجد عند تلك الجهة الربح الجيد، وقد يبيعه ولا يحصل على الربح<sup>(٥)</sup>.

## الرأي الراجح

والذي يترجح هو جواز اشتراط مثل هذا الشرط؛ لأن صاحب المال قد يكون له غرض منه، وأما بالنسبة لاحتمال عدم تحقق الربح فإن الغالب من أحوال الناس أنهم يحيلون إلى الجهة التي يعلمون أن الربح متحقق في التعامل معها، وأما إذا علم المضارب أنه لن يحصل على الربح، فبإمكانه أن يفسخ العقد ويرفع عن نفسه الضرر.

(١) الدردير، الشرح الصغير (٦٩٣/٣).

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

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق (٢٦٥/٧)، الكاساني، بدائع الصنائع (١٠٠/٦).

(٤) الزرقاني، شرح الزرقاني (٣٩٣/٦)، النووي، المنهاج (ص٧٣).

(٥) الشربيني، مغني المحتاج (٣١١/٢).

وعليه فإن المضارب يعد ضامناً للمال إذا خالف شرط صاحبه في معاملة جهة معينة؛ لأنه تصرف في المال على غير إرادة صاحبه.

ومن تمام الكلام عن مخالفة الشريك أو المضارب أن نتحدث عن الربح الناجم عن المخالفة لشرط الشريك أو المضارب.

اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية<sup>(١)</sup> إلى تضمين المضارب عند المخالفة وجعل ربح المال للمتصرف فيه، وعللوا قولهم:

بأن المضارب لما تصرف في المال بغير إذن صاحبه صار كالغاصب، والغاصب عندهم يملك ربح المال بضمانه له، ولكن ملكية للمال خبيثة عند أبي حنيفة ومحمد خلافاً لأبي يوسف<sup>(٢)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية<sup>(٣)</sup> إلى تضمين المضارب وقسمة الربح على حسب الإتفاق ووافقهم الشافعية<sup>(٤)</sup> عندما تحدثوا عن مخالفة المضارب.

فهم يرون أن المضارب عند مخالفته لا يخرج عن نطاق المضاربة، فيظل تصرفه مشمولاً بالعقد من جهة تقسيم الربح.

#### القول الثالث:

ذهب الحنابلة<sup>(٥)</sup> إلى تضمين المضارب وجعل الربح لمالك المال.

وعللوا قولهم بأن المخالفة تجعل المضارب كالغاصب، لأن الغاصب يتصرف في مال الغير بغير إذنه، وكذلك الحال في مسألتنا، فيكون الربح لرب المال، ولا يستحق المتصرف فيه شيئاً من ربحه<sup>(٦)</sup>.

(١) الحصكفي، الدر المختار (٣٢٠/٤)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٧٩/٨).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢٩٤/٨).

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني (٤٠١/٦).

(٤) الرملي، نهاية المحتاج (٢٣٢/٥)، البجيرمي، حاشية البجيرمي (١٥٣/٢).

(٥) البهوتي، شرح المنتهى (٢١٦، ٢١٤/٢).

(٦) البهوتي، شرح المنتهى (٢١٦، ٢١٤/٢).

### الرأي الراجح

والذي يترجح بعد النظر في أقوال العلماء القول بجعل المتصرف في المال كالغاصب؛ لأن تصرفه في المال لم يكن حسبما تم الإتفاق عليه في عقد المضاربة أو الشركة. وبالتالي فإن تصرفه يكون خارجاً عن نطاق العقد، فلا ينطبق عليه الربح المتفق عليه في العقد.

وإذا قررنا أن المتصرف صار كالغاصب؛ لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه، فالذي أراه أن يكون الربح لصاحب المال؛ لأن الربح نماءً لماله، ولو جعلنا الربح للمتصرف فيه لكان هذا تشجيعاً على مخالفة شرط المالك، وهو أمر لا يجوز، فكان من الواجب منع كل ما أدى إليه.

المبحث الخامس: ضمان التصرف عند انتهاء الشركة والمضاربة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: فسخ الشركة والمضاربة وأثره على ضمان تصرف الشريك والمضارب.

المطلب الثاني: موت المضارب ورب المال وأثره على ضمان التصرف بمال المضاربة.

## المبحث الخامس: ضمان التصرف عند انتهاء الشركة والمضاربة

### تمهيد:

لقد ذكرت فيما سبق أن الشركة والمضاربة تقومان على الوكالة، فكان من الطبيعي الإشتراك في بعض الأحكام، لذلك فلن أتحدث في هذا المبحث عن إشتراط العلم عند الفسخ اكتفاءً بما جاء في الوكالة لتشابههما في الحكم.

وسأتحدث في هذا المبحث عن أثر الفسخ على تصرف المضارب والشريك.

وقبل الدخول في مطالب المبحث أود الإشارة إلى بعض النقاط المهمة:

**الأولى:** اتفق الفقهاء على أن عقد المضاربة من العقود الجائزة التي يملك كل واحد من المتعاقدين فسخها<sup>(١)</sup>، وكذلك الحكم في عقد الشركة عند جمهور الفقهاء من حنفية وشافعية وحنابلة<sup>(٢)</sup> خلافاً للمالكية<sup>(٣)</sup> الذي اعتبروا الشركة من العقود اللازمة.

**الثانية:** إذا عزل أحد الشريكين الآخر فإن العازل يحق له التصرف في مال شريكه الآخر؛ لأنهما وكيلان لا يعزل أحدهما بعزل الآخر<sup>(٤)</sup>، وبالتالي فلا ضمان عليه بالتصرف.

**الثالثة:** إن الشركة تبطل بموت أحد الشريكين، ولا يحق للورثة أن يتابعوا الشركة إلا بإذن من الشريك الآخر<sup>(٥)</sup>.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (٢٦٧/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (١٠٩/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٤٣٣/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (١٩١/٢).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٢٧/٤)، الشربيني، مغني المحتاج (٢١٥/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (١٩١/٢).

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني (٧٥/٦).

(٤) الشرواني، حواشي الشرواني (٢٩٠/٥)، النووي، المنهاج (ص ٦٤)، البهوتي، كشف القناع (٥٠٦/٣)، ابن مفلح، المبدع (١٧/٥).

(٥) البهوتي، كشف القناع (٥٠٦/٣).

## المطلب الأول: فسخ الشركة والمضاربة وأثره على ضمان تصرف الشريك والمضارب

### أولاً: فسخ الشركة

لو قام أحد الشركاء بفسخ الشركة والمال عروض، فهل تنفسخ الشركة، ولا يحق للشريك أن يتصرف اي تصرف في المال؟ أم أن الشركة لا تنفسخ ويحق للشريك أن يقوم بإرجاع العروض إلى صورة رأس المال وقت انعقاد العقد<sup>(١)</sup>.  
اختلف العلماء في المسألة على قولين:

### القول الأول:

ذهب أكثر الحنفية والشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم<sup>(٢)</sup> إلى أنه إذا فسخ أحد الشريكين الشركة، فلا يحق لأي واحد منهم التصرف سواء أكان المال عروضاً أم ناضاً وإذا تصرف أي منهم في المال كان ضامناً لمال الشركة.  
ويبدو أن وجهة نظرهم أنه لا يترتب على الفسخ في حال كون المال عروضاً، أي ضرر لأي واحد من الشركاء، فما يحصل من ربح في الشركة يستدركه الشريك في نصيبه من العروض<sup>(٣)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب الطحاوي<sup>(٤)</sup> والزيلي<sup>(٥)</sup> والحنابلة في رواية أخرى<sup>(٦)</sup>، إلى عدم وقوع الفسخ، والمال عروضاً ويحق للشريك عندها التصرف لإنضااض المال فقط، وإذا تصرف أي تصرف آخر فإنه يضمن المال لشريكه.

(١) وهذا يسمى تنضيض المال.

(٢) الحصكفي، الدر المختار (٣٢٧/٤)، ابن الهمام، شرح فتح القدير (١٩٥/٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٢١٥/٢)، البهوتي، كشف القناع (٥٩٦/٣).

(٣) ابن قدامة، المغني (١٥/٥).

(٤) الطحاوي، أحمد بن محمد، مختصر الطحاوي، ط١، دار إحياء العلوم، بيروت، ١٩٨٦م (ص١٠٨)، الكاساني، بدائع الصنائع (٧٧/٦).

(٥) الزيلي، تبين الحقائق، شرح كنز الدقائق (٢٥٦/٤)، الحصكفي، الدر المختار (٣٢٨/٤).

(٦) ابن مفلح، الفروع (٣٠٠/٤)، ابن قدامة، المغني (١٥/٥).

واستدلوا لرأيهم بالقياس على المضاربة بجامع قيام كلٍّ منهما على الوكالة، فكما أن المضاربة إذا فسخها رب المال أو الشريك بطل الحق للعامل في تنضيض رأس المال، فكذلك الحكم في الشركة أيضاً<sup>(١)</sup>.

ويرد على هذا القياس:

أولاً: بأن مال الشركة في يد الشريكين معاً، وولاية التصرف إليهما جميعاً، فيملك كل واحد منهما نهي شريكه عن التصرف في ماله إن كان نقداً أو عروضاً، بخلاف مال المضاربة بعدما صار عرضاً ثبت للمضارب فيه حق لاستحقاق ربحه، وهو المنفرد بالتصرف فلا يملك رب المال نهيه<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: إن للعامل في المضاربة حقاً في الربح، والربح لا يظهر إلا بتنضيض مال المضاربة بخلاف الشركة فما يحصل فيها من ربح يستطيع أن يستدركه كل واحد من الشركاء في نصيبه من المتاع<sup>(٣)</sup>.

### الرأي الراجح

والذي يترجح هو وقوع الفسخ ولو كان المال عروضاً، وبالتالي إيجاب الضمان على الشريك إذا تصرف في المال بعد الفسخ، وذلك لضعف دليل المخالفين؛ إذ أن الشركة من العقود الجائزة ويحق لكل من الشركاء أن يفسخ الشركة دون أن يوقع أي ضرر بالآخرين، بخلاف المضاربة، إذ لو لم يعط المضارب الحق في تنضيض المال لأدى إلى الإضرار به؛ لأن حقه في الربح لا يظهر إلا عند التنضيض.

### ثانياً: فسخ المضاربة

إذا قام رب المال بفسخ المضاربة والمال عروض، فهل يحق للمضارب أن يتصرف في المال لأجل تنضيضه؟

اتفق الفقهاء<sup>(١)</sup> على أنه يحق للمضارب أن يتصرف في مال المضاربة لتنضيضه عند فسخ المضاربة، ولا يحق له أن يتصرف أي تصرف آخر، وعليه فإذا تصرف في المال تصرفاً غير التنضيض فإنه يضمن المال.

(١) ابن الهمام، شرح فتح القدير (١٩٥/٦)، البهوتي، كشف القناع (٥٠٦/٣).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٧٧/٦).

(٣) ابن قدامة، المغني (١٥/٥).

وعللوا قولهم بجواز هذا التصرف بأن المضارب قد ثبت له الحق في الربح، والربح لا يظهر إلا بعد تنضيض رأس المال<sup>(٢)</sup>.

---

(١) المرغيناني، الهداية (٢٠٨/٣)، ابن نجيم، البحر الرائق (٢٦٨/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٠٩/٥)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٤١٦/٦)، الشيرازي، المهذب (٣٨٨/١)، النووي، روضة الطالبين (١٤١/٥)، المرادوي، الإنصاف (٤٤٨/٥)، ابن مفلح، الفروع (٢٩٧/٤).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (١٠٩/٦)، ابن نجيم، البحر الرائق (٢٦٨/٧).

## المطلب الثاني: موت المضارب ورب المال وأثره

### على ضمان التصرف بمال المضارب

اتفق الفقهاء<sup>(١)</sup> على إعطاء المضارب حق التصرف بالمال لأجل تنضيض المال فقط لمعرفة مقدار ربحه، وإذا قام بالتصرف في المال أي تصرف آخر، فإنه يكون ضامناً له. أما إذا مات العامل فهل يجوز لورثة العامل تنضيض المال من دون الرجوع إلى رب المال، أم لا بد من الحصول على موافقته؟ اختلفت آراء العلماء في المسألة على النحو الآتي:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية في قول عندهم<sup>(٢)</sup> إلى انتقال الحق في إرجاع المال إلى صورته وقت العقد إلى الوصي بغير إذن من رب المال، وعللوا رأيهم: بأن رب المال لا يملك منع المضارب عند الفسخ من إرجاع المال إلى صورته وقت العقد، فكذلك وصيه<sup>(٣)</sup>.

ويرد على هذا بأنه قياس مع الفارق؛ لأن وصي العامل لا يعرفه رب المال، فهو لم يتعاقد معه، بخلاف العامل الذي يعرفه وقد تعاقد معه. وذهب الحنفية في الأصح عندهم<sup>(٤)</sup>، إلى أن الحق في إرجاع المال إلى صورته وقت العقد يكون للوصي ولرب المال، لأن المال مشترك بين الاثنين، فيكون الأمر إليهما.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية<sup>(٥)</sup> إلى انتقال حق إرجاع المال إلى صورته وقت انعقاد العقد لقرار ورثة العامل إن كان أميناً دون حاجة إلى إذن رب المال، فإن لم يكن أميناً أتى بشخص أمين ليقوم بذلك بدلاً عنه، فإن لم يأت بأمين سلم المال لصاحبه. ولقد بنى المالكية وجهة نظرهم هذه على عدم انقضاء<sup>(٦)</sup> عقد المضاربة عند موت العامل.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٠٧/٨)، الدردير، الشرح الصغير (٦٩٤/٣)، الأنصاري، أسنى المطالب (٥٢٣/٣)، البهوتي، كشف القناع (٥٢٣/٣).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٠٦/٨).

(٣) المرجع السابق.

(٤) المرجع السابق.

(٥) الزرقاني، شرح الزرقاني (٤١٧/٦)، الصاوي، حاشية الصاوي (٧٠٦/٣).

(٦) الزرقاني، شرح الزرقاني (٤١٧/٦).

والحقيقة أنهم ينازعون في وجهة نظرهم هذه إذ أن عقد المضاربة قائم على الوكالة التي تنفسخ بالموت، فكذاك الحكم في المضاربة.

### القول الثالث:

ذهب الشافعية والحنابلة<sup>(١)</sup> إلى أنه لا يحق لورثة العامل القيام إرجاع المال إلى صورته وقت العقد إلا بإذن من رب المال، وإذا تصرفوا بلا إذن فإنهم يكونون ضامنين لمال المضاربة. ولعل وجهة نظرهم بأن رب المال قد تعاقد مع مورثهم ولم يتعاقد معهم، وهو لا يعرف حالهم فكان لا بد من موافقته على تصرفهم في ماله.

### الرأي الرابع

وبعد النظر في أقوال العلماء، فإن الذي يترجح إيجاب الضمان على الورثة أو الوصي إذا تصرفوا بغير إذن من رب المال؛ لانفساخ العقد بموت العامل، ولأن رب المال لا يعرف إلا حال من تعاقد معه، كما أن المال لم يكن ملكاً خاصاً للعامل حتى يحق لورثته أو وصيه بيعه بلا إذن، وإنما هو مجرد احتمال ثبوت حق لمورثهم فيه.

---

(١) الشريبي، مغني المحتاج (٣١٩/٢)، الأنصاري، أسنى المطالب (٢٤٧/٥)، البهوتي، كشف القناع (٥٢٣/٣)، ابن قدامة، المغني (٣٩/٥).

### الفصل الرابع: الإجارة

#### المبحث الأول: ضمان العين المستأجرة

المطلب الأول: يد المستأجر على العين المستأجرة.

المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة الالتزام بالعرف في استيفاء المنفعة.

المطلب الثالث: الضمان عند استعمال العين المؤجرة في مثل المستأجر له في الضرر.

المطلب الرابع: الضمان عند إجارة المستأجر للعين المستأجرة.

المطلب الخامس: مقدار الأجرة المضمونة عند المخالفة.

المطلب السادس: مقدار الضمان عند مخالفة المنفعة المتفق عليها.

المطلب السابع: الضمان عند رد العين المستأجرة لصاحبها.

#### المبحث الثاني: ضمان الأجير

المطلب الأول: تعريف الأجير.

المطلب الثاني: يد الأجير الخاص.

المطلب الثالث: الضمان عند إنابة الأجير الخاص غيره في العمل.

المطلب الرابع: ضمان تصرف العامل عند الأجير المشترك.

## الفصل الرابع: الإجارة

تمهيد:

الإجارة لغة:

وهي مأخوذة من أجر يَأجر، والإجارة والأجرة بمعنى واحد، وهي ما يعطى من أجر جزاءً على العمل<sup>(١)</sup>.

الإجارة اصطلاحاً:

الناظر في تعريفات الفقهاء يجدها متقاربة إلى حد كبير، إلا أنها قد تختلف بذكر بعض المقيدات أو الشروط للإجارة الصحيحة.

فقد عرفها الشافعية بأنها: (عقد على منفعة مقصودة معلومة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم)<sup>(٢)</sup>.

وعرفها الحنابلة بأنها: (عقد على منفعة مباحة مدة معلومة بعوض معلوم)<sup>(٣)</sup>. ويظهر أن الحنابلة قد زادوا في تعريفهم أن تكون مدة الإجارة معلومة في حين أن تعريف الشافعية قد خلا من هذا القيد، كما أن الشافعية قد أضافوا قيداً مهماً وهو أن تكون المنفعة قابلة للبدل.

ولقد عرف المالكية الإجارة بأنها: (تمليك منافع مباحة مدة معلومة بعوض)<sup>(٤)</sup>. ولقد جاء هذا التعريف مشابهاً للتعريفات السابقة إلا أنه استبدل لفظة العقد بالتمليك، كما أنه لم يقيد التعريف بمعلومية العوض كما في تعريف الشافعية والحنابلة. ولقد جاء تعريف الحنفية أكثر التعريفات إختصاراً حيث عرفها صاحب الهداية بأنها: (عقد على المنافع بعوض)<sup>(٥)</sup>.

(١) ابن منظور، لسان العرب (٤/١٠-١١)، الفراهيدي، العين (٦/١٧٣).

(٢) الشربيني، مغني المحتاج (٢/٣٣٢)، الأنصاري، أسنى المطالب (٥/٣٧٩).

(٣) المرداوي، الإنصاف (٦/٣).

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي (٧/٢١٦)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٥/٣٢٤).

(٥) المرغيناني، الهداية (٢/٢٣١).

ويبدو جلياً خلو التعريف من كثير من الشروط التي قد جاءت في بقية التعاريف السابقة، كما أن هذا التعريف لا يعد مانعاً، فهو يصدق على المساقاة أيضاً، فلا بد من إضافة قيد معلومية العوض لإخراج المساقاة، إذ الأجر فيه غير معلوم المقدار بخلاف الإجارة.

والإجارة نوعان<sup>(١)</sup>: إجارة على منفعة معلومة من عين معينة كاستئجار دار بعينها، أو من عين موصوفة في الذمة كاستئجار سيارة من محل تأجير السيارات بذكر أوصافها دون تعيينها، وهذه الإجارة تسمى إجارة الأعيان.

وأما النوع الثاني فهي إجارة على عمل معين وهي إجارة الأشخاص كاستئجار منافع شخص لحفر بئر أو لنقل بضاعة، ... إلخ.

وسأتحدث في هذا الفصل عن الضمان في كل نوع من أنواع الإجارة.

---

(١) البهوتي، شرح المنتهى (٢٤١/٢).

## المبحث الأول: ضمان العين المستأجرة

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: يد المستأجر على العين المستأجرة.

المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة بالعرف في استيفاء المنفعة.

المطلب الثالث: الضمان عند استعمال العين المؤجرة في مثل المستأجر له في الضرر.

المطلب الرابع: الضمان عند إجارة المستأجر العين المستأجرة.

المطلب الخامس: مقدار الأجرة المضمونة عند المخالفة.

المطلب السادس: مقدار الضمان عند مخالفة المنفعة المتفق عليها.

المطلب السابع: الضمان عند عدم رد العين المستأجرة لصاحبها.

## المبحث الأول: ضمان العين المستأجرة

### المطلب الأول: يد المستأجر على العين المُستأجر

اتفق الفقهاء على أن يد المستأجر على الشيء المستأجر يد أمانة فلا يضمن المستأجر العين المستأجرة إلا في حالة التعدي أو التفريط<sup>(١)</sup>.

فلو استأجر شخص سيارة أو مكاناً للسكنى أو للعمل فيه فإن يده على الشيء المستأجر يد أمانة، فلو حصل مع مستأجر السيارة - مثلاً - حادث فتحطمت مقدمة السيارة نتيجة لسرعته الزائدة فإن المستأجر يكون ضامناً للخراب الذي أحدثه في السيارة بسبب تفريطه، وكذلك الحال في كل حادث يحصل مع المستأجر نتيجة لمخالفة القواعد المرورية التي يجب الالتزام بها. ولا بد من الرجوع إلى أهل الخبرة والاختصاص في تقدير التعدي أو التفريط عند الاختلاف في كون الفعل تعدياً أو تفريطاً.

ولا فرق عند الفقهاء في كون يد المستأجر يد أمانة سواء أكان عقد الإجارة صحيحاً أم فاسداً، إذ القاعدة عندهم أن العقد الفاسد يتبع العقد الصحيح في الضمان وعدمه، ولما كان عقد الإجارة الصحيح يقوم على الأمانة فكذلك فاسده<sup>(٢)</sup>.

فلو هلكت العين المستأجرة لا يضمنها المستأجر إلا إذا كان هلاكها بسبب تعديه أو تفريطه. ومن الأمور التي لا بد من الإشارة إليها في هذا المطلب أثر مخالفة المتفق عليه في العقد أو مجاوزة المستأجر لحدود مايجوز له فعله على يد المستأجر.

(١) المرغيناني، الهداية (٣٤٤/٢)، ابن نجيم، البحر الرائق (٢٩/٨)، الدردير، الشرح الكبير (٢٤/٤)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٤٦/٧)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٥١/٢)، الهيتمي، تحفة المحتاج (٣٠٨/٥)، البهوتي، شرح المنتهى (٢٧٦/٨).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٥٣/٦)، المرغيناني، الهداية (٣٤٤/٢)، الخرشي، حاشية الخرشي (٢٦١/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٧٠/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٥٨/٢)، ابن قدامة، المغني (١٣٢/٦).

فأفقد اتفق الفقهاء على أن المستأجر تصبح يده يد ضمان عند المخالفة فيضمن تلف المستأجر ولو يسماوي<sup>(١)</sup>.

وعللو قولهم:

أولاً: بأن المستأجر لما خالف المتفق عليه أو تعدى فإنه يكون قد تصرف بالعين المستأجرة فيما لم يؤذن له به، فيكون كالغاصب الذي يتصرف في ملك الغير بغير إذن صاحبه<sup>(٢)</sup>.  
ثانياً: أن الشخص الذي يده يد أمانة على شيء ما فإنه يجب عليه رده إذا تصرف فيه تصرفاً غير مأذون فيه، ولما كان المستأجر كذلك فإنه يجب عليه عند المخالفة رد العين المستأجرة لصاحبها وإلا فإنه يكون ضامناً، لأن المستأجر قد استلم العين المستأجرة لمصلحة نفسه، والحفظ مقصود تبعاً بخلاف الوديعة فإن المودع عنده لم يأخذ الوديعة إلا للحفظ فحصل الرد بعد التعدي إلى نائب المالك<sup>(٣)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٤٢/٦)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٩٧/٥)، الهيتمي، تحفة المحتاج

(٢) (٤٣٣/٥)، البهوتي، شرح المنتهى (٢٩٦/٢).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٩٧/٥)، ابن مفلح، المبدع (٩٦/٥).

(٣) المرغيناني، الهداية (٣٧٧/٢)، ابن نجيم، البحر الرائق (٢٧٧/٧).

### المطلب الثاني: الضمان عند مخالفة العرف في استيفاء المنفعة

يعتبر العرف صاحب سلطان كبير في تقدير التعدي أو التقريط الحاصل من المستأجر، وذلك لأنه من الواجب على المستأجر أن يلتزم بحدود العرف عند استيفائه لمنفعة الشيء المؤجر عند الإطلاق<sup>(١)</sup>؛ لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص<sup>(٢)</sup>، فالذي يتعاقد مع شخص على استئجار شيء ما فإنه من الواجب عليه أن يتصرف فيه ضمن نطاق العرف السائد عند إبرام العقد تماماً كما لو نص على ذلك في العقد.

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

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

ولو استأجرت العروس ثوباً<sup>(٣)</sup> لتلبسه يوم زفافها فإن عليها أن تتصرف فيه كما تتصرف العروس يوم زفافها وفقاً للعرف السائد في زماننا، فلو قامت بإعداد الطعام فيه وأدى إلى حرقه فإنها تكون ضامنة له؛ لأن العرف لا يسمح لها بذلك.

وهكذا فإنه يجب مراعاة العرف السائد في معرفة حدود التصرف الذي يحق للمستأجر أن يتصرفه في العين المؤجرة وما لا يحق له عند إطلاق العقد ما لم ينص على خلافه؛ لأن ما يتعارفه الناس يصير من نظام حياتهم، فإذا قالوا أو كتبوا فإنهم يعنون المعنى المتعارف لهم، وإذا عملوا فإنهم يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوه، وإذا سكتوا عن التصريح فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم<sup>(٤)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٦٤/٤)، الخرشي، حاشية الخرشي (٣٠٣/٧)، المرادوي، الإنصاف (٥/٦)، ابن مفلح، المبدع (٦٣/٥).

(٢) السرخسي، المبسوط (٢٢١/٣)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٦٤/٤).

(٣) ينبغي أن يكون الثوب ساتراً وليس فاضحاً كما يفعل الكثير من بناتنا في هذا الزمان ولا حول ولا قوة إلا بالله.

(٤) البغا، مصطفى ديب، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، دار القلم ودار العلوم الإنسانية، دمشق، ط٣، ١٩٩٩م (ص ٣٧٨).

## المطلب الثالث: الضمان عند استعمال العين المؤجرة في

### مثل المستأجر له في الضرر

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

إتفق العلماء على منع المستأجر من استخدام العين المؤجرة في منفعة أكثر ضرراً من المنفعة المتفق عليها<sup>(١)</sup>، لأن في ذلك مخالفة لرغبة مالك العين واستخداماً في غير ما أذن له فيه فيصير المستأجر كالغاصب يده يد ضمان.

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

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

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

فلقد ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة إلى جواز ذلك<sup>(٢)</sup>، وعللوا رأيهم بأن الرضاء بالشيء رضا بما هو مثله عادة<sup>(٣)</sup>، ومن باب أولى ما هو دونه.

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

فهم يرون أن من استأجر وسيلة للحمل أو الركوب فله أن يستخدمها في مثل المستأجر له قدراً وضرراً، وكذلك دونه ضرراً أو قدراً، ولا يجوز استخدامها فيما هو أكثر قدراً ولو كان أقل ضرراً<sup>(٤)</sup>.

وكذلك الحال عندهم فيمن استأجر وسيلة النقل واتفق مع صاحبها على طريق معين، فإنه لا يجوز أن يختار طريقاً أخرى ولو ساوت الطريق المتفق عليها في السهولة والصعوبة.

(١) الخرشبي، شرح الخرشبي (٢٨١/٧)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٦/٦)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٥٠/٢)، المرادوي، الإنصاف (٥٠/٦).

(٢) المرغيناني، الهداية (٣٣٦/٢)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٥٠/٢)، المرادوي، الإنصاف (٥٠/٦).

(٣) السمرقندي، تحفة الفقهاء (٣٥٨/٢).

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

وعللوا رأيهم بالضمان في هذه الحالة بأن صاحب وسيلة النقل قد يكون له غرض في الطريق المتفق عليها من جهة تحقق الأمن وعدمه<sup>(١)</sup>.  
والحقيقة أن هذا الغرض يراعى عند الجمهور؛ لأن الطريق الأقل أمناً تعتبر أكثر ضرراً لا يجوز سلوكها، وإذا سلكتها المستأجر يعتبر ضامناً.  
والذي يترجح أن العبرة في جواز استيفاء المنفعة هو مقدار الضرر الحاصل عند الانتفاع بالعين المؤجرة دون غيره، فإذا كان أقل أو مساوياً لضرر المنفعة المتفق عليها فإنه يجوز للمستأجر ذلك الانتفاع، ولا ضمان عليه؛ لأن غاية ما يهم صاحب العين المؤجرة الحفاظ على ملكه، فإذا أذن بمنفعة فيها قدر معين من الضرر فإنه يكون قد رضي بمثلها أو دونها ضرراً.

---

(١) الخرشي، شرح الخرشي (٢٨٩/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٩٧/٥).

## المطلب الرابع: الضمان عند إجارة المستأجر للعين المستأجرة

وسأتحدث في هذا المطلب عن عدة مسائل تتعلق بإجارة العين المستأجرة.

### المسألة الأولى: إجارة العين عند إطلاق العقد

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

اتفق العلماء على أن المستأجر إذا قام بتأجير العين المستأجرة لمن ينتفع بها انتفاعاً أكبر من الانتفاع المتفق عليه فإنه يكون ضامناً<sup>(١)</sup>، وأما إذا أجزها في انتفاع مساوٍ أو أقل من المنفعة التي استأجر العين لها فقد اختلف أهل العلم في المسألة على عدة أقوال:

### القول الأول:

ذهب الحنفية<sup>(٢)</sup> إلى التفرقة بين العين التي يختلف الضرر الحاصل عليها من الانتفاع باختلاف المستعمل كالثوب للبس، والعين التي لا يختلف الضرر الحاصل عليها باختلاف المستعمل كاستئجار الدار للسكن واستئجار وسيلة النقل لحمل معين، فأجازوا في الثانية ومنعوا في الأولى.

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

ويمكن أن يرد على قول الحنفية بأن جواز الإجارة مقيد بمثل المستأجر في مقدار الضرر الحاصل على العين المؤجرة أو بأقل منه، ثم إن طريقة الاستعمال محمولة على العرف والعرف لا يختلف باختلاف الأشخاص، فلو كان العرف عند استئجار العروس ثوباً للعرس يقضي بعدم جواز لبس الثوب عند إعداد الطعام، فهذا العرف يكون ثابتاً لا يختلف فيما لو قام المستأجر الأول أو المستأجر الثاني بالانتفاع.

(١) الخرشي، شرح الخرشي (٢٩٠/٧)، ابن نجيم، البحر الرائق (١٤/٨)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٥٠/٢)، البهوتي، شرح المنتهى (٢٥٩/٢).

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

**القول الثاني:**

ذهب المالكية إلى كراهة أن يقوم مستأجر وسيلة النقل للركوب بتأجيرها لمثله، وكذلك الحال فيمن استأجر ثوباً للباس، ولكنهم لا يعتبرون هذا الفعل تعدياً يستوجب الضمان<sup>(١)</sup>. ولعلمهم بنوا الكراهية في حالة استئجار وسيلة النقل للركوب على أن الناس يتفاوتون في الأوزان تفاوتاً كبيراً، وقد يكون من الصعوبة أن يأتي المستأجر بمثله وزناً. وأما فيما يتعلق بالثياب فلعلمهم بنوا الكراهة على كون الملابس من الأشياء التي يغاب عليها، فمعرفة سبب هلاكها أمر خفي.

وذهب المالكية إلى جواز إجارة وسيلة النقل المستأجرة للحمل في مثل الحمل المتفق عليه<sup>(٢)</sup>.

ولعل الذي لم يجعل المالكية يوجبون الضمان في الحالات الثلاث هو موافقتهم للجمهور بأن المستأجر قد ملك المنفعة بمقتضى العقد، فكان له أن يبيعها.

**القول الثالث:**

ذهب الشافعية والحنابلة في المعتمد عندهم<sup>(٣)</sup> إلى جواز إجارة المستأجر للعين التي استأجرها لمن يقوم مقامة في الانتفاع أو دونه. وعللوا رأيهم بأن المستأجر قد ملك منفعة العين المستأجرة فإنه يملك أن يبيعها، كما لو ملك المشتري المبيع فإنه بحق له أن يبيعه<sup>(٤)</sup>.

وقد يرد على هذا الدليل بأن القياس لا يصح لأن الحكم في الأصل أعم منه في الفرع. فالمشتري يحق له أن يبيع لمن انتفاعه بالعين أكثر ضرراً منه بينما لا يجوز ذلك للمستأجر. والحقيقة أن هذا الاعتراض لا يستقيم لأن طبيعة المنفعة التي ملكها المستأجر مقيدة، والذي يجوز للمستأجر التصرف به هذه المنفعة المقيدة.

(١) الخرشي، حاشية الخرشي (٢٤٦/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢٥٩/٥).

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

(٣) النووي، روضة الطالبين (٢١٦/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٥/٢)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢٥٩/٢)، المرادوي، الإنصاف (٤٩/٦).

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

**القول الرابع:**

ذهب الحنابلة في رواية عندهم إلى عدم جواز إجارة العين المؤجرة لمن يقوم مقام المستأجر في الانتفاع دونه<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لرأيهم بالقياس على بيع المكيل قبل قبضه، فكما أن المكيل لا يجوز بيعه قبل قبضه، وكذلك المنافع لا يجوز بيعها قبل قبضها<sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأن قبض العين المؤجرة قائم مقام قبض المنافع<sup>(٣)</sup>.

**الترجيح:**

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

ولا بد من النظر في حالة تأجير العين إلى أمانة المستأجر الثاني، فلا بد أن يكون أميناً كالأول أو أكثر أمانة منه وإلا فإن المستأجر الأول يعد متعدياً بإجازته للعين المستأجرة<sup>(٤)</sup>.

**المسألة الثانية: إجارة المستأجر للعين التي استأجرها عند اشتراط الانتفاع من المستأجر بنفسه:**

اختلف أهل العلم في المسألة على عدة أقوال:

**القول الأول:**

ذهب الحنفية إلى أن كل عين يختلف الضرر الحاصل من الانتفاع منها باختلاف المستعمل لا يجوز مخالفة الشرط فيها، ويعد المستأجر ضامناً عند تأجيرها لغيره<sup>(٥)</sup>.

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

(١) المرادوي، الإنصاف (٣٤/٦).

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

(٣) ابن مفلح، المبدع (٨/٥).

(٤) الدردير، الشرح الكبير (١٨/٤).

(٥) المرغيناني، الهداية (٣٣٦/٢).

ومثل الحنفية لرأيهم هذا بتأجير الثوب ووسيلة النقل للركوب، فإن الناس يتفاوتون في اللبس والركوب، فلو شُرط على المستأجر أن ينتفع من العين بنفسه، وقام بتأجيرها لغيره فإنه يعتبر متعدياً ويستوجب فعله الضمان<sup>(١)</sup>.

وأما إن كانت العين لا يختلف الضرر الحاصل من الانتفاع منها باختلاف الأشخاص، فيجوز للمستأجر أن يؤجرها لغيره، ولا ضمان عليه ولو شرط عليه الانتفاع من العين بنفسه ومثلوا لرأيهم هذا بتأجير الدار للسكنى<sup>(٢)</sup>.

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

ويرد على هذا بأن المستأجر قد يكون له غرض صحيح من هذا الشرط لأن الناس متفاوتون في أمانتهم وأخلاقهم وتعاملهم مع الناس، وهذا أمر يهم المؤجر كما يهمه الحفاظ على عينه المؤجرة.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية والشافعية في قول<sup>(٣)</sup> إلى عدم جواز تأجير العين عند اشتراط استيفاء المنفعة من قبل المستأجر نفسه، ويعتبر المستأجر ضامناً عند مخالفته لهذا الشرط. وعللوا قولهم بأن المستأجر قد ملك المنافع من جهة المؤجر، فلا يملك أن ينفع من لم يرض به المؤجر<sup>(٤)</sup>.

#### القول الثالث:

ذهب الشافعية في قول ثان معتمد عندهم والحنابلة<sup>(٥)</sup> إلى جواز مخالفة شرط المالك في هذه الحالة، فيجوز للمستأجر أن يؤجر ما استأجرها ولا يعد متعدياً بفعله هذا. وعللوا رأيهم بأن هذا الشرط لا يتعلق به غرض، فيعتبر هذا الشرط لاغياً كأن لم يكن<sup>(٦)</sup>. والواقع أن هذا الدليل ضعيف؛ لأن المؤجر قد يكون له غرض أو فائدة من هذا الشرط؛ لأن الناس متفاوتون في الأمانة والخلق والمعاملة مع الناس.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (١٤/٨).

(٢) المرغيناني، الهداية (٣٣٦/٢)، ابن نجيم، البحر الرائق (١٤/٨).

(٣) الدردير، الشرح الكبير (١٨/٤)، النووي، روضة الطالبين (٢١٧/٥).

(٤) الشيرازي، المهذب (٤٠٣/١).

(٥) الهيتمي، تحفة المحتاج (٣٠٧/٥)، النووي، روضة الطالبين (٢١٧/٥)، ابن مفلح، المبدع (٨/٥).

(٦) النووي، روضة الطالبين (٢١٧/٥)، الشيرازي، المهذب (٤٠٣/١).

**الترجيح:**

وبعد النظر في أقوال الفقهاء وأدلتهم فإن الذي يترجح عدم جواز مخالفة شرط المالك في هذه الحالة؛ لأن المؤجر له غرض في مثل هذا الشرط إذ الناس يتفاوتون في أخلاقهم وتعاملهم مع الناس، فلا يجوز مخالفة هذا الشرط لأن المسلمين على شروطهم. وحيثما قضى العرف بعدم جواز إجارة العين المستأجرة من قبل المستأجر فإنه يجب الالتزام بهذا العرف كما لو شرط في العقد ذلك.

**المسألة الثالثة: استقرار الضمان عند إجارة العين للغير.**

أولاً: إجارة العين عند جواز ذلك وتنقسم هذه الصورة إلى حالتين: الحالة الأولى: لو قام المستأجر بإجارة العين إجارة مسموحة، ثم هلكت العين المؤجرة عند المستأجر الثاني بلا تعدٍ أو تفريط، فهناك قولان للفقهاء في المسألة:

**القول الأول:**

ذهب المالكية<sup>(١)</sup> إلى إيجاب الضمان على المستأجر الأول إذا كانت العين المؤجرة مما يغاب عليه كالثوب، أما إذا لم تكن العين المؤجرة مما يغاب عليه فلا ضمان على المستأجر الأول، ويزول الضمان عن المستأجر الأول إذا كانت العين مما يغاب عليها إذا أتى المستأجر الثاني بالبينة على أن العين هلكت عنده بلا تعدٍ أو تفريط.

وعلوا رأيهم بوجود التهمة إذا كانت العين مما يغاب عليها، وتتفي التهمة بالبينة. والحقيقة أني أرى في إيجاب الضمان على المستأجر الأول من دون تعدٍ منه يعد إجحافاً بحقه.

**القول الثاني:**

ذهب الحنابلة إلى القول بأن لا ضمان على أي من المستأجرين في هذه الحالة<sup>(٢)</sup>. ولعل مبنى القول هذا أن تصرف المستأجر الأول تصرف مسموح فيه فلا ضمان عليه، وكذلك لا ضمان على المستأجر الثاني؛ لأن يده يد أمانة وقد هلكت العين عنده بلا تعدٍ أو تفريط.

(١) الزرقاني، شرح الزرقاني (٣٥/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٢٥٩/٥).

(٢) المرادوي، الإنصاف (٤٩/٦).

**الترجيح:**

والذي يترجح هو عدم الضمان على المستأجر الأول؛ لعدم إتيانه بما لا يجوز له فعله ولا يجب على الثاني أيضاً؛ لعدم تعديه ولا تُشترط البينة إذا كانت العين مما يغاب عليها، لأن البينة في مثل هذه الحالة تكون صعبة.

**الحالة الثانية:**

**أولاً: هلاك العين المستأجرة عند الثاني نتيجة لتعديه:**

جاء عن الشافعية أن الضمان يكون على الثاني دون الأول؛ لأن المستأجر الأول لم يتعد وتصرف بالعين تصرفاً جائزاً، وإنما حصل التعدي من المستأجر الثاني فكان الضمان عليه<sup>(١)</sup>، إلا أنني أرى أنه يحق لصاحب العين أن يرجع إلى كل واحد من المستأجرين، ويستقر الضمان على المستأجر الثاني لتعديه، والذي دفعني لإعطاء صاحب العين الحق في الرجوع إلى المستأجر الأول؛ لكونه الشخص الذي تعاقد معه، فهو يعرف حاله ولا يعرف حال المستأجر الثاني.

**ثانياً: هلاك العين المؤجرة في الإجارة غير الجائزة.**

إذا قام المستأجر الأول بتأجير العين التي استأجرها عند منع المؤجر من ذلك، أو قام المستأجر بتأجير العين المستأجرة لمن هو أكثر ضرراً بالعين المؤجرة منه، فعلى من يكون الضمان؟

اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

**القول الأول:**

ذهب بعض الحنفية إلى أنه يحق لصاحب العين أن يرجع على كل واحد من المستأجرين، ويستقر الضمان على المستأجر الثاني إن علم بتعدي الأول، وإلا فإنه يستقر على الأول<sup>(٢)</sup>. ويبدو أن الذي جعل أصحاب هذا القول يعطون صاحب العين الحق في الرجوع إلى المستأجر الثاني هو هلاك المال عنده، وأما الرجوع على المستأجر الأول فلوجود التعدي منه. وأما بالنسبة لاستقرار الضمان على الثاني عند علمه بتعدي الأول، فلعلمهم رأوا في هلاك العين عند المستأجر الثاني مرجحاً في استقرار الضمان عليه لوجود التعدي من كل منهما.

(١) النووي، روضة الطالبين (٢٣٢/٥).

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق (١٦/٨).

**القول الثاني:**

ذهب بعض الحنفية إلى أنه يحق لصاحب العين الرجوع إلى كل منهما، ويستقر الضمان على الأول لوجود التغير من الأول للثاني<sup>(١)</sup>.

والواقع أن العلة التي ذكرها أصحاب هذا القول في استقرار الضمان على الأول أخص من الحكم عندهم، لأن التغير لا يكون إلا في حالة عدم العلم، وأما في حالة العلم بتعدي الأول فلا يكون المستأجر الثاني مغرراً به، فلا ينبغي أن يستقر الضمان على الأول.

**القول الثالث:**

ذهب المالكية إلى أنه يحق لصاحب العين أن يرجع إلى المستأجر الثاني عند علمه بتعدي الأول، دون أن يتحدثوا على من يستقر الضمان في هذه الحالة<sup>(٢)</sup>، وأما إذا لم يعلم بتعدي الأول، فلا يجوز له أن يرجع للثاني وإنما يرجع للأول فحسب<sup>(٣)</sup>.

ويبدو إعطاء الحق لصاحب العين بالرجوع إلى المستأجرين في الضمان في حالة العلم بتعدي الأول لوجود التعدي من كل منهما، وأما عدم الرجوع إلى الثاني عند عدم علمه بتعدي الأول؛ فلأنه لا علم له بأن المال الذي أخذه لغيره فلا يكون متعدياً.

ويمكن أن يرد على قولهم بعدم الرجوع إلى الثاني لعدم العلم، بأن عدم العلم لا يعد عذراً في إسقاط حقوق العباد.

**الترجيح:**

وبعد النظر في آراء الفقهاء وأدلتهم، فإن الذي يترجح القول بإعطاء الحق لصاحب العين بأن يرجع للمستأجر الأول لتعديه، وللمستأجر الثاني لهلاك العين تحت يده، وإن لم يكن يعلم بأن المال لغير من استأجر منه؛ لأن عدم العلم لا يسقط حق العباد.

وأرى أن يستقر الضمان على الأول عند جهل الثاني بتعدي المستأجر الأول؛ لأنه يكون قد غرَّ به، ويستقر على الثاني عند علمه بتعدي الأول لهلاك المال تحت يده.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (١٦/٨).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٩٤/٥)، الزرقاني، شرح الزرقاني (٧٦/٧).

(٣) عليش، محمد بن أحمد بن محمد، تقريرات عليش على الدسوقي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ، ١٩٩٦م (٣٩٨/٥).

## المطلب الخامس: مقدار الأجرة المضمونة عند المخالفة

سأتحدث في هذا المطلب عن مقدار الأجرة التي يدفعها المستأجر عند استيفائه منفعة أكثر ضرراً من المنفعة المتفق عليها في العقد، وسأقوم بتقسيم صور المخالفة إلى حالتين ومن ثم أذكر أقوال العلماء في كل حالة.

### الحالة الأولى:

الزيادة في الانتفاع من نوع المنفعة المتفق عليها.

إذا استأجر شخص سيارة لحمل خمسة أطنان من نوع معين فقام المستأجر بحمل ستة أطنان من نفس النوع المعين في العقد، أو استأجر شخص سيارة لتحمله إلى مكان معين فتجاوز المستأجر المكان المتفق عليه، فما مقدار الأجرة التي يدفعها المستأجر نتيجة لمخالفته هذه؟ اختلفت آراء العلماء في المسألة على عدة أقوال:

### القول الأول:

ذهب الحنفية<sup>(١)</sup> إلى إيجاب الأجر المسمى فقط، ولا شيء عليه في مقابلة الانتفاع الزائد عن المتفق عليه في العقد.

ويبدو أن الحنفية قد بنوا قولهم هذا على رأيهم في ضمان منافع المغصوب، فهم يرون أن المنافع لا تضمن في الغصب<sup>(٢)</sup>، فلما كان المستأجر قد انتفع بالعين انتفاعاً متفقاً عليه وانتفاعاً غير متفق عليه، فكان عليه الأجر المسمى في مقابلة المتفق عليه، وأما غير المتفق عليه فإنه يكون كالمغصوب فيه لا أجر له عليه مقابله.

ويرد على هذا بأن الراجح في مسألة غصب المنافع أنها مضمونة على الغاصب، وهذا مذهب الجمهور<sup>(٣)</sup>، كما أن قول الحنفية فيه ضياع للحقوق وتسليط للظلمة على منافع الأعيان التي هي ملك لغيرهم، كما أن الحنفية قالوا بضمان المنفعة في حالة غصب مال الوقف ومال اليتيم<sup>(٤)</sup>، مما يدل على قوة رأي الجمهور وضعف رأي الحنفية.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (١١/٨)، السرخسي، المبسوط (١٦٦/١٥)، شيخ زاده، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٩٩٨ م (٥٢٥/٣).

(٢) المرغيناني، الهدية (٢٠/٤).

(٣) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٤٥٣/٣)، الشربيني، مغني المحتاج (٢٨٦/٢)، بهوتي، كشاف القناع (١١١/٤).

(٤) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٢١، ١٢/٦).

**القول الثاني:**

ذهب المالكية والشافعية والحنابلة في الرواية المعتمدة عندهم<sup>(١)</sup> إلى أن المستأجر يدفع الأجر المتفق وأجرة المثل في الزائد عن المتفق عليه في العقد. فلو استأجر سيارة إلى الكرك مثلاً فذهب بها إلى العقبة، فإن المستأجر يدفع الأجر المتفق عليه، ثم يدفع أجرة المثل للمسافة بين الكرك والعقبة. وعللوا قولهم بأن هذا الشخص قد استوفى المنفعة المتفق عليها، فاستحق الأجر المتفق عليه، ولكنه تعدى فيما فوق المتفق، فكان كالغاصب فيما زاد، فكان من الواجب عليه أن يدفع ثمن المثل للمنفعة الزائدة<sup>(٢)</sup>.

**القول الثالث:**

ذهب الحنابلة في رواية إلى إيجاب أجرة مثل الانتفاع جميعه<sup>(٣)</sup>، فلو استأجر شخص سيارة ليحمل ثمانية أطنان من الأرز فحمل تسعة أطنان، فالواجب عليه أن يدفع أجرة المثل في حمل تسعة أطنان. وعللوا رأيهم بأن المتعاقد قد عدل عن المعقود عليه إلى غيره، فيكون كالغاصب الذي ينتفع بالعين بغير رضا صاحبها، فيجب عليه أجرة مثل ذلك الانتفاع<sup>(٤)</sup>. ويرد على هذا الدليل بأنه قياس مع الفارق لأن جزءاً من هذا الانتفاع قد وقع عليه العقد، بخلاف الغاصب، فإن انتفاعه بالعين ليس مأذوناً بجميع أجزائه.

**الرأي الرابع:**

وبعد النظر في أقوال الفقهاء فإننا نجدتها تنقسم إلى قسمين إجمالاً، فقسم يوجب الزيادة على الأجر الأصلي المتفق عليه وهم الجمهور، وقسم لا يوجب الزيادة على الأجر المسمى المتفق عليه وهم الحنفية. وبعد معرفة ضعف الأساس الذي بني عليه الحنفية قولهم عدم الزيادة على المسمى، فالذي يتبقى لدينا قول أصحاب القسم الأول وهم منقسمون في اتجاهين كما هو مذكور.

(١) الخرشي، حاشية الخرشي (٢٩٠/٧)، الدردير، الشرح الكبير (٤٣/٤)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٥٣/٢)،

الأنصاري، أسنى المطالب (٤٣٩/٥)، البهوتي، شرح المنتهى (٢٦١/٢)، ابن مفلح، المبدع (٩٥/٥).

(٢) ابن تيمية، المحرر (٣٥٧/١)، البهوتي، شرح المنتهى (٢٦١/٢).

(٣) المرادوي، الإنصاف (٥/٦)، ابن مفلح، المبدع (٩٥/٥).

(٤) المرادوي، الإنصاف (٥/٦)، ابن مفلح، المبدع (٩٥/٥).

والذي يترجح القول بوجوب الأجرة المسماة، بالإضافة إلى أجر المثل في الزائد؛ لأن جزءاً من الانتفاع قد وقع ضمن الإذن فوجب المسمى مقابله، وإنما حصل الاعتداء في جزءٍ آخر فوجب فيه أجرة المثل بخلاف الغاصب الذي يعتبر متعدياً في جميع أجزاء انتفاعه.

### الحالة الثانية:

العدول عن المنفعة المتفق عليها إلى منفعة أخرى أكثر ضرراً من الأولى .  
فلو استأجر شخص داراً للسكنى، فقام بعمل الحدادة فيها، فما مقدار الأجر الذي سيدفعه؟ هل سيدفع الأجر المسمى؟ أم سيضمن الفرق بين الأجرتين بالإضافة إلى المسمى؟ أم سيدفع أجرة المثل فحسب؟

اختلفت أقوال العلماء في هذه المسألة على عدة أقوال :

### القول الأول:

ذهب الحنفية إلى إيجاب الأجر المسمى في العقد فقط<sup>(١)</sup>، والذي يبدو أنهم قد بنوا رأيهم هذا على ما يرونه من أن إيقاع العقد على منفعة ما هو إذن بما يساويها في الضرر<sup>(٢)</sup>، فيكون المستأجر الذي خالف جنس المنفعة المتفق عليها قد أتى بما هو مأذون وما ليس مأذوناً، فيجب عليه الأجر في المأذون وهو الأجر المسمى في العقد، وأما المنفعة غير المأذون بها فيكون غاصباً لها، لا ضمان عليه فيها.

ويرد على هذا بأن الحنفية قد بنوا رأيهم على عدم ضمان المنافع عند غصبها، وقد ذكرت ضعف هذا الرأي سابقاً.

### القول الثاني :

ذهب الشافعية في المعتمد عندهم والحنابلة في رواية<sup>(٣)</sup> إلى وجوب أجرة المثل في هذه الحالة، فينظر إلى أجرة مثل المنفعة التي عدل المستأجر إليها، فإذا استأجر الدار للسكنى وقام باستعمالها للحدادة — مثلاً —، فإن الواجب على المستأجر أن يدفع أجرة مثل هذه الدار لو أجرت للحدادة.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٦/٦)، ابن نجيم، البحر الرائق (١١/٨).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٦/٣).

(٣) الشربيني، مغني المحتاج (٣٥٣/٢)، ابن مفلح، المبدع (٩٥/٥)، المرادوي، الإنصاف (٥٠/٦)، النووي، روضة الطالبين (٢١٧/٥).

وعللوا رأيهم بأن المستأجر قد انتفع بالدار انتفاعاً ليس مأذوناً به، لأنه خالف المعقود عليه فيكون كالغاصب الذي ينتفع بالدار بغير إذن، فالواجب عليه دفع أجره المثل<sup>(١)</sup>.

#### القول الثالث:

ذهب الشافعية في قول آخر والحنابلة في المعتمد عندهم إلى إيجاب الأجرة المسماة بالإضافة إلى الفرق بين أجره المنفعة المعدول إليها وأجره المنفعة المتفق عليها<sup>(٢)</sup>.

فلو كان المستأجر قد استأجر بيتاً للسكن وقام باستخدام البيت للحدادة، فتحسب أجره البيت فيما لو استؤجر للحدادة، ومن ثم يطرح منها الأجر المسمى في العقد، فلو كانت أجره البيت لو استؤجر للحدادة مئة والأجرة المسمى ثمانون، فإننا نطرح الثمانين من المئة، فيكون الواجب عشرين بالإضافة إلى الأجرة المسماة.

ولعل وجهة النظر عندهم مبنية على أن الإذن بمنفعة هو إذن بما يماثلها في الضرر، ولو كانت من غير جنسها، فيكون المستأجر في هذه الحالة قد أتى بما هو مأذون وما ليس مأذوناً، فيتحمل الأجرة المسماة ثم قيمة المنفعة الزائدة عن المتفق عليه.

#### القول الرابع:

ذهب بعض الشافعية<sup>(٣)</sup> إلى تخيير المؤجر بين أجره مثل المنفعة المعدول إليها من جهة وبين الأجرة المسماة مضافاً إليها الفرق بين المنفعتين من جهة أخرى.

وعللوا رأيهم بوجود الشبه في هذه الحالة بين الزيادة في الانتفاع من نوع المنفعة المتفق عليها وبين استئجار أرض للزراعة وزراعة غيرها<sup>(٤)</sup>.

#### الترجيح:

وبعد النظر في أقوال العلماء فإنها تنقسم إجمالاً إلى رأيين، رأي يوجب الأجرة في الزائد وهم الشافعية والحنابلة، ورأي لا يوجبها وإنما يقتصر على الأجر المسمى في العقد.

وقد بينت ضعف وجهة نظر الحنفية في المسألة، فيبقى لدينا أقوال الرأي الثاني المذكورة سابقاً، والحقيقة أن لا فرق بين هذه الأقوال من الناحية العملية التطبيقية.

(١) النووي، روضة الطالبين (٢١٧/٥)، المرادوي، الإنصاف (٥٠/٦).

(٢) البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢٦١/٢).

(٣) الشيرازي، المهذب (٤٠٣/١).

(٤) السرخسي، المبسوط (١٤٧/٥)، ابن نجيم، البحر الرائق (١١/٨)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٦/٦).

### المطلب السادس: مقدار الضمان عند مخالفة المنفعة المتفق عليها

سأتحدث في هذا المطلب عن المقدار الذي يدفعه المستأجر عند انتفاعه بالعين المؤجرة انتفاعاً أكثر ضرراً من الانتفاع المتفق عليه في العقد، وسأقوم بتقسيم الكلام عن مقدار ما يدفعه المستأجر من الضمان عند هلاك العين إلى حالتين:

**الحالة الأولى:** الزيادة في الانتفاع من نوع المنفعة المتفق عليها.

اختلفت أقوال العلماء في المسألة على عدة أقوال:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية<sup>(١)</sup> إلى أن المستأجر يضمن قيمة العين جميعها إذا كانت الزيادة لا تطبقها العين المستأجرة، وأما إذا كانت العين المستأجرة تطبق تلك الزيادة فإن المستأجر يضمن بقدر تلك الزيادة.

فلو استأجر شخص سيارة ليحمل عليها عشرة أطنان فحمل أحد عشر طناً فإنه يضمن جزءاً من أحد عشر جزءاً من قيمة السيارة، بينما لو زاد مقدراً لا تطبقه السيارة كأن يزيد اثني عشر طناً فيحمل عليها اثنين وعشرين طناً فإنه يضمن جميع قيمة السيارة؛ لأن الزيادة وحدها كفيلة بإعطاب السيارة.

وعلى الحنفية رأيهم في حالة الزيادة التي تطبقها العين بأن بالعين قد تلفت بما هو مأذون به وما ليس مأذوناً به، فيضمن المستأجر بقدر غير المأذون به؛ لأنه هو الذي حصل به التعدي وأما إن كان الزائد لا تطبقه الدابة، وتعطب العين بمثله عادة<sup>(٢)</sup>، فإن المستأجر يضمن بقدر جنايته، وجنایته هنا كفيلة بإعطاب العين المستأجرة.

ويرد على هذا الدليل بأنه مبني على كون الضمان هنا ضمان جنایة والحقیقة أن الضمان هنا ضمان يد لا ضمان جنایة؛ لأن المستأجر واضع يده على العين المؤجرة، بينما ضمان الجنایة لا يسبقه وضع لليد على العين المعتدى عليها، لذلك فالمستأجر المعتدي هنا كالغاصب.

#### القول الثاني:

ذهب المالكية إلى أن المستأجر لو استأجر سيارة لمسافة معينة، أو منطقة معينة فزاد عليها فإنه يضمن قيمة السيارة كاملة، ولكنه يخير<sup>(٣)</sup> بين قيمة السيارة وكرأ الزائد.

(١) الحصكفي، الدر المختار (٣٨/٦)، شيخ زاده، مجمع الأنهر (٥٢٥/٣)، شيخ نظام، الفتاوى الهندية، ط٤، دار إحياء التراث، بيروت، ١٩٨٦م (٤/٤٩٠).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٤/٢١٣).

(٣) الزرقاني، شرح الزرقاني (٧/٧٩).

بينما لو استأجر السيارة ليحمل عليها فإن كانت الزيادة تعطب بمثلها السيارة فإن المالك يخير بين ضمان القيمة، وبين كراء الزائد والكراء المسمى إن كانت الزيادة في الحمل من أول الاستعمال.

وأما إن كانت الزيادة في الحمل أثناء المسافة خير بين أخذ قيمة السيارة مع كراء ما قبل الزيادة وما بين الكراء المسمى وكراء الزائد<sup>(١)</sup>.

ولو زاد في الحمل ما لا تعطب بمثله السيارة فإنه لا يضمن قيمتها، وإنما يعطي صاحب السيارة الأجر المسمى بالإضافة إلى أجر الحمولة الزائدة<sup>(٢)</sup>.

يقول القرافي في الذخيرة: "إذا زدت على الدابة ما لا يعطب مثله فعطبت لم يضمن، وله كراء الزيادة على الشرط وقاله الأئمة، وإن كان يعطب مثله خير بين كراء المثل في الزائد ما بلغ مع كراء الأولى أو قيمة الدابة يوم التعدي، وما قلناه أولى؛ لأن العقد دفع صحيحاً فلا يحرم بالغاية، نعم لا يجمع له بين البديل الذي هو القيمة والمبدل الذي هو منفعة العين التابعة للعين المأخوذ البديل عنها"<sup>(٣)</sup>.

#### القول الثالث:

ذهب الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية<sup>(٤)</sup> إلى إيجاب قيمة العين المؤجرة كاملة. وعللوا رأيهم بأن المستأجر قد تعدى على العين وهي تحت يده فيجب عليه قيمتها كاملة كالغاصب تماماً<sup>(٥)</sup>.

#### الترجيح:

والذي يترجح القول بضمان قيمة العين المستأجرة كاملة؛ لأن الضمان هنا ضمان يد لا ضمان جنائية؛ لأن المستأجر واصل يده على العين وقام بالاعتداء عليها وهي تحت يده.

(١) الخرشي، حاشية الخرشي (٢٩٠/٧)، الزرقاني، حاشية الزرقاني (٧٧/٧).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٩٩/٥)، الدردير، الشرح الكبير (٤٣/٤).

(٣) القرافي، الذخيرة، ٥٠٩/٥.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج (٣٥٤/٢)، الأنصاري، أسنى المطالب (٤٣٩/٥)، ابن قدامة، المغني (٩٠/٦)،

الكاساني، بدائع الصنائع (٢١٣/٤).

(٥) المراجع السابقة.

الحالة الثانية: العدول عن المنفعة المتفق عليها إلى منفعة أخرى أكثر ضرراً من الأولى. فلقد جاء عن الحنفية أنه يضمن قيمة العين المستأجرة كاملة<sup>(١)</sup>، ولم أجد عن الشافعية والحنابلة تصريحاً فيما يتعلق بهذه الحالة، إلا أنني لا أعتقد أنهم يخالفون الحنفية الرأي، ذلك لأنهم حكموا بضمان القيمة كاملة في الحالة الأولى، فمن باب أولى في الحالة الثانية.

---

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٣٦/٦)، الكاساني، بدائع الصنائع (٢١٤/٤)، شيخ زاده، مجمع الأنهر (٥٢٥/٣).

### المطلب السابع: الضمان عند عدم رد العين المستأجرة لصاحبها

فلو استأجر شخص من آخر عقاراً أو سيارة أو ثوباً، فهل يلزم المستأجر رد العين المستأجرة لصاحبها بعد انتهاء الإجارة؟

يرى الفقهاء أن من استأجر بيتاً أو مخزناً فإن الواجب على المستأجر أن يسلم المفتاح لصاحب ذلك البيت أو المخزن، وإذا لم يتم بذلك فإنه يعد غاصباً لتلك العين، وتكون يده يد ضمان<sup>(١)</sup>.

أما لو استأجر شخص ما سيارة، فهل يلزمه ردها بعد انتهاء مدة الإجارة؟ أم أنه لا يلزمه ردها وتظل يده يد أمانة؟

قبل ذكر أقوال الفقهاء أود الإشارة إلى أن قيام المستأجر بالانتفاع بالسيارة بعد إنتهاء مدة الإجارة يعد تعدياً يستوجب تحويل يد المستأجر إلى يد ضمان.

أما لو لم يستعملها وأبقاها عنده ولم يرجعها لصاحبها، فهل يحق له ذلك ولا ضمان عليه؟ أم أنه لا يحق له هذا التصرف وتصبح يده يد ضمان لتعديه بإبقاء السيارة عنده؟  
اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والشافعية في قول والحنابلة في رواية<sup>(٢)</sup> إلى أنه يجب على المستأجر رد السيارة إلى صاحبها بعد انتهاء مدة الإجارة، وإن لم يتم بردها فإنه يكون معتدياً.  
وعللوا رأيهم بأن المستأجر مأذون له إمساك السيارة بمقتضى عقد الإجارة، فإذا انتهى العقد انتهى الإذن بالإمساك فإذا أمسكها فإنه يكون معتدياً<sup>(٣)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية في قول آخر عندهم والحنابلة في رواية معتمدة<sup>(٤)</sup> إلى أن المستأجر لا يجب عليه رد العين المستأجرة وتظل في يده يد أمانة لا يد ضمان.

(١) السمرقندي، تحفة الفقهاء (٣٥١/٢)، الهيتمي، تحفة المحتاج (٣٠٨/٥)، ابن قدامة، المغني (١٣١/٦).

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع (٣٠٩/٤)، السمرقندي، تحفة الفقهاء (٣٥١/٢)، الهيتمي، تحفة المحتاج (٣٠٨/٥)، ابن قدامة، المغني (١٣١/٦).

(٣) الشربيني، مغني المحتاج (٣٥١/٢).

(٤) النووي، روضة الطالبين (٢٢٦/٥)، الشربيني، مغني المحتاج (٣٥١/٢)، المرادوي، شرح المنتهى

(٢٧٦/٢)، ابن قدامة، المغني (١٣١/٦).

وعللوا رأيهم بالقياس على الوديعة فإن يد المودع عنده يد أمانة ولا يجب عليه رد الوديعة إلى صاحبها، فكذلك المستأجر فإن يده يد أمانة فلا يجب عليه رد العين المستأجرة إلى صاحبها<sup>(١)</sup>.

#### الرأي الراجح:

وبعد النظر في الأدلة فالذي يتبين أن مستند القائلين بعدم وجوب رد السيارة المستأجرة لصاحبها هو القياس على المودع عنده، والواقع أنه قياس مع الفارق لأن المودع عنده قد قبض الوديعة لمصلحة صاحبها الخالصة، بينما الأمر في الإجارة مختلف تماماً فالمستأجر قد قبض العين المؤجرة لمصلحة نفسه.

كما أن المؤجر لم يرض بيد المستأجر على العين المؤجرة إلا مدة الإجازة، وبقاء العين تحت يد المستأجر هو بقاء بغير إذن صاحبها، وبالتالي فإن المستأجر يكون ضامناً للعين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإجارة إذا تلفت عنده.

(١) الهيتمي، تحفة المحتاج (٣٠٨/٥)، ابن قدامة، المغني (١٣١/٦).

## المبحث الثاني: ضمان الأجير

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول: تعريف الأجير.

المطلب الثاني: يد الأجير الخاص.

المطلب الثالث: الضمان عند إنابة الأجير الخاص غيره في العمل.

المطلب الرابع: ضمان العامل عند الأجير المشترك.

## المبحث الثاني: ضمان الأجير

### المطلب الأول: تعريف الأجير

يقسم العلماء الأجير إلى نوعين الأجير الخاص والأجير المشترك، والذي سأتكلم عنه هو الأجير الخاص، ولكن لا أرى مانعاً من التعريف بكل واحد منهما ليتبين المقصود من الأجير الخاص بشكل واضح.  
الأجير الخاص<sup>(١)</sup>:

تباينت تعريفات الفقهاء للأجير الخاص من حيث اللفظ ولكنها اتفقت في المؤدى:  
عرفه الحنفية بأنه: من صارت منافعه مستحقة لشخص واحد<sup>(٢)</sup>، أو من يعمل لوحد مدة معلومة<sup>(٣)</sup>.

وعرفه المالكية بأنه: من نصب نفسه لشخص واحد أو جماعة مخصوصة<sup>(٤)</sup>.  
وجاء عند الشافعية في تعريفه بأنه: من أجر نفسه مدة مقدرة فلا يمكنه تقبل مثل ذلك العمل لغيره في تلك المدة<sup>(٥)</sup>.

وعرفه الحنابلة بأنه: الذي يؤجر نفسه مدة معلومة يستحق المستأجر نفعه في جميعها<sup>(٦)</sup>.  
فالملاحظ أن جميع التعريفات تتفق على أن منافع الأجير الخاص مستحقة لشخص واحد أو لجماعة مخصوصة.

وعليه يمكن تعريف الأجير الخاص بأنه: الشخص الذي يبيع منافعه لجهة مخصوصة مدة معلومة.  
فالقول "جهة مخصوصة" يشمل الشخص الحقيقي أو الشخص المعنوي، كالعامل في القطاع الحكومي مثلاً.

والقول "مدة معلومة" لبيان أن المستأجر يستحق منافع الأجير الخاص في جميع تلك المدة، فلا يحق للأجير إعطاء شيء من منافعه لغير المستأجر في تلك المدة.

(١) ويطلق عليه أجير واحد لأن منافعه مستحقة لشخص واحد، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٤٢/٦)، ويسمى منفرداً، الهيتمي، تحفة المحتاج (٣١١/٥).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٤٢/٦).

(٣) السمرقندي، تحفة الفقهاء (٢٥٣/٢).

(٤) الدردير، الشرح الكبير (٢٨/٤).

(٥) الهيتمي، تحفة المنهاج (٣١١/٥).

(٦) المرادوي، الإنصاف (٦٦/٦).

فالشخص الذي يعمل في مصنع يعد أجيراً خاصاً وكذلك الموظف في مؤسسة حكومية أو خاصة، ولا يحق لهم أثناء دوامهم أن يعملوا لغير الجهة التي يعملون عندها.  
**الأجير المشترك:**

تشابهت تعريفات الفقهاء للأجير المشترك تشابهاً كبيراً من حيث المعنى وإن تباينت في ألفاظها.

عرفه الحنفية: من يعمل لغير واحد<sup>(١)</sup>.

فأفقد عرفه المالكية بأنه: من نصب نفسه لعموم الناس<sup>(٢)</sup>.

وعرفه الشافعية بأنه: الذي يتقبل العمل في ذمته<sup>(٣)</sup>.

وقول الشافعية في ذمته للدلالة على إمكانية الالتزام بالعمل لأكثر من واحد.

وعرفه الحنابلة بأنه: الشخص الذي يقع العقد معه على عمل معين أو على عمل في مدة لا يُستحق جميع نفعه فيها<sup>(٤)</sup>.

ومثلوا للعقد على عمل معين بالعقد على خياطة ثوب، ومثلوا للعقد على عمل معين في مدة بالطبيب والكحال<sup>(٥)</sup>.

فالناظر في تعريفات الفقهاء يجدها متفقة على أن الأجير المشترك من لا تتمحض منفعته لشخص واحد.

وبناءً على ما سبق يمكن تعريف الأجير المشترك بأنه: الشخص الذي يتعاقد معه على أداء عمل معين دون أن تتمحض منفعته للمتعاقد معه.

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (٣٠/٨).

(٢) الدردير، الشرح الكبير (٢٨/٤).

(٣) النووي، روضة الطالبين (٢٢٨/٥).

(٤) ابن قدامة، المغني (١١٨/٦).

(٥) المرجع السابق.

## المطلب الثاني: يد الأجير الخاص

وبعد أن تحدثت في المطلب السابق عن تعريف الأجير الخاص سأحدث في هذا المطلب عن يد الأجير الخاص والأعيان التي عنده<sup>(١)</sup>.

اتفق الفقهاء على أن يد الأجير الخاص لا يضمن ما تلف تحت يده من أعيان إلا في حالة التعدي أو التقصير<sup>(٢)</sup>.

وعللوا رأيهم:

أولاً: بالقياس على الوكيل بجامع أن كل واحد منهما نائب عن المالك في صرف منفعه فيما أمر به، ولما كان الوكيل لا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير فكان الأجير مثله<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: بالقياس على المضارب إذا أن كلاً من المضارب والأجير لم يأخذ العين لمصلحته الخاصة<sup>(٤)</sup>.

فلا ضمان على الموظفين الذين يعملون في مؤسسات حكومية أو خاصة إلا إذا حصل التلف بتعدٍ أو تقصير منهم.

ويمكن ذكر بعض المعايير التي يعرف من خلالها التعدي أو التقصير الحاصل من الأجير.

(١) اختلف أهل العلم في ضمان الأجير المشترك عند تلف ما في يده بفعله من غير تعدٍ أو تقصير في حالتين: الحالة الأولى: إذا تلف بحضور مستأجره، ذهب المالكية والحنفية والشافعية والحنابلة في رواية إلى عدم ضمان الأجير في هذه الحالة وذهب الحنابلة في رواية أخرى إلى إيجاب الضمان على الأجير، انظر تقارير عليش (٣٧١/٥)، والكاساني، بدائع الصنائع (٢١١/٤)، الشيرازي، المهذب (٤٠٨/١)، البهوتي، شرح منتهى الإرادات (٢٧١/٢)، ابن قدامة، المغني (١٠٧/٦).

الحالة الثانية: إذا تلف ما في يده عند غيبة صاحبه فعند أبي يوسف ومحمد والحنابلة والشافعية في قول يكون ضامناً، وذهب أبو حنيفة وزفر والشافعية في الصحيح عندهم إلى عدم الضمان، وذهب المالكية إلى وجوب الضمان في هذه الحالة ما فيه تغرير من الأعمال مثل ثقب اللؤلؤ، واحتراف الخبز عند الفران، فإنه لا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير.

انظر: الزرقاني، شرح الزرقاني (٥٠/٧)، الدسوقي، حاشية الدسوقي (٣٧٠/٥ - ٣٧١)، ابن نجيم، البحر الرائق (٣٠/٨)، الشيرازي، المهذب (٤٠٨/١)، المرادوي، شرح المنتهى (٢٧١/٢).

(٢) ابن عابدين حاشية ابن عابدين (٧٠/٦)، الدردير، الشرح الكبير (٢٨/٤)، الهيثمي، تحفة المحتاج (٣١٠/٥)، البهوتي، شرح المنتهى (٢٦٩/٢).

(٣) ابن مفلح، المبدع (١٠٧/٥).

(٤) الهيثمي، تحفة المحتاج (٣١١/٥).

أولاً: مخالفة الشرط المتفق عليه، فلو خالف الأجير الخاص الشرط الذي حصل الاتفاق عليه، وأدى إلى تلف العين تحت يده، فإن الأجير يكون ضامناً في تلك الحالة.

فلو اتفق صاحب مصنع مثلاً مع أحد المهندسين على أن يقوم بتحضير منتج ما بطريقة مخصوصة ثم قام المهندس بالعدول عن الطريقة المتفق عليها إلى طريق أخرى مما أدى إلى فشله فإن المهندس يكون ضامناً لما أتلّفه من مواد أثناء عمله هذا؛ لأن تصرفه في تلك المواد بالطريقة التي طبقها كان بغير إذن من صاحبها.

ثانياً: مخالفة العرف السائد عند الإطلاق، فالعرف يعتبر كالشرط المتفق عليه في العقد، فإذا لم يُنص في العقد على جواز تصرف ما أو عدم جوازه فإنه يُرجع إلى العرف السائد لمعرفة حكم ذلك التصرف، وعلى الأجير أن يلتزم به وإلا فإنه يكون ضامناً عندئذٍ.

فلو أن شخصاً كان يعمل حارساً في شركة ما وكان العرف السائد في الحراسة أن يقوم الحارس بعمل جولة حول مبنى الشركة كل نصف ساعة، فقصر في هذا وأدى إلى سرقة الشركة فإنه يكون ضامناً لعدم قيامه بما يجب عليه.

ثالثاً: مخالفة المعايير المهنية الواجب إتباعها عند أصحاب كل مهنة عند القيام بأي عمل. والمعايير المهنية هي الطريقة أو الطرق التي يراها أهل مهنة معينة صحيحة لأداء عمل يتعلق بتلك المهنة، فلو سلك طريقة خاطئة عند أصحاب المهنة التي يعمل فيها فإنه يكون ضامناً.

فلو أراد عامل صيانة أن يقوم بتركيب آلة ما، فقام باتباع طريقة خاطئة في التركيب مما أدى إلى إعطاب تلك الآلة فإنه يكون ضامناً لها.

رابعاً: الالتزام بالتراخيص التي تصدرها الدولة لأصحاب المهن المختلفة. فلو رأت الدولة أن تقوم باختبارات لأصحاب مهنة معينة، ومن ثم منح الذين يتجاوزون هذه الاختبارات ترخيصاً بالعمل، فلا بد لمن أراد أن يمارس هذه المهنة أن يكون حاصلاً على الترخيص وإلا فإنه يكون ضامناً لما يتلّفه تحت يده.

والحقيقة أن هذا الأمر من باب السياسة الشرعية التي تُعنى بالحفاظ على الضرورات الخمس، والتي منها الحفاظ على أموال الآخرين.

ولقد جاء عند المالكية اشتراط الحصول على الترخيص من الحاكم عند ممارسة التطبيب، فيقول صاحب التاج: (من مات من سقي طبيب أو ختن حجام أو تغليعه ضرراً لم يضمه إن لم

يخطئاً في فعلهما إلا أن ينههما الحاكم عن القوم على ذي غرر إلا بإذنه فمن خالفه ضمن في ماله<sup>(١)</sup>.

وإن كان الكلام ينصب على المهن التي تتعلق بتطبيب الإنسان والتي تتعلق بالحفاظ على النفس البشرية، إلا أنني أرى أنه لا بد من الحصول على التراخيص في المهن الأخرى، لأن الحفاظ على أموال الناس أمر ضروري أيضاً، وقد حافظت الشريعة عليها كما حافظت على الأنفس.

---

(١) المواق، التاج والإكليل (٣٢١/٦).

### المطلب الثالث: الضمان عند إنابة الأجير الخاص غيره في العمل

إذا أراد العامل أو الموظف لدى جهة معينة أن يكلف شخصاً آخر لكي يقوم بعمله، فهل يملك ذلك؟ أم أنه لا يملكه ويكون ضامناً إذا فعل ذلك؟

اختلف الفقهاء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب جمهور الحنفية والحنابلة<sup>(١)</sup> إلى أن الأجير لا يملك الإنابة في عمله، ويعتبر ضامناً عند التلف.

وعلّلوا رأيهم بأن العقد قد وقع على منافع الأجير نفسه ولم يقع على منافع غيره، فإذا دفع العمل لغيره يكون مخالفاً لما تم عليه الاتفاق لذلك فإنه يكون ضامناً<sup>(٢)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب بعض الحنفية<sup>(٣)</sup> إلى جواز دفع الأجير الخاص إلى غيره إذا كان الشخص المدفوع إليه أكثر اتقاناً ومهارة للعمل من الأجير الخاص المتعاقد معه.

والذي يبدو أنهم قد بنوا رأيهم على المصلحة الحاصلة للمستأجر من هذه الإنابة. ويرد على هذا بأن الشخص الآخر إن كان أكثر اتفاقاً فقد يكون أقل أمانة إذ الناس يتفاوتون في أمانتهم وتعاملهم مع الناس.

#### الترجيح:

والذي يترجح إيجاب الضمان على الأجير الخاص عند إنابة غيره مكانه؛ لأن العقد وقع على منفعه دون غيره، ولأن الناس يتفاوتون في أمانتهم وخلقهم وتعاملهم مع الناس فقد يرضى المستأجر شخصاً ولا يرضى غيره.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (١٨/٦)، البهوتي، كشاف القناع (٣٣/٤).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (١٨/٦).

(٣) المرجع السابق.

### المطلب الرابع: ضمان تصرف العامل عند الأجير المشترك

يرى الفقهاء أن الشخص العامل لدى الأجير المشترك لا يضمن ما تلف تحت يده أثناء عمله ما لم يتعدى أو يقصر، ويكون الضمان على الأجير المشترك<sup>(١)</sup>.  
وعللوا قولهم بأن العامل عند الأجير المشترك يعتبر أجيراً خاصاً عنده؛ لأن منافعه متمحضة له فلا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير<sup>(٢)</sup>.  
وكذلك الحال في التلميذ الذي يعمل لدى الأجير المشترك لا يضمن إلا في حالة التعدي أو التقصير منه.

وفي هذا يقول الكاساني: ولو وقع من يده سراج فأحرق ثوباً من القصاراة فالضمان على الأستاذ ولا ضمان على التلميذ، لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فينتقل عمله إلى الأستاذ كأنه فعله بنفسه فيجب الضمان عليه<sup>(٣)</sup>.  
وبناءً على ما سبق فإن العاملين والمتدربين لدى أصحاب ورش التصليح المختلفة سواء أكانت لتصليح السيارات أو الآلات أو الأدوات الكهربائية وغير الكهربائية، لا يضمنون ما تلف من فعلهم إلا في حالة التعدي أو التقصير، ويكون الضمان على أصحاب تلك الورش.

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق (٣١/٨)، السمرقندي، تحفة الفقهاء (٣٥٣/٢)، الخرشي، حاشية الخرشي (٢٦٣/٥)، الدردير، الشرح الكبير (٢٨/٤)، المرادوي، الإنصاف (٧٤/٦)، البهوتي، كشف القناع (٣٣/٤).  
(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٦٦/٦)، ابن قدامة، المغني (١٢٢/٦).  
(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (٢١٢/٤).

## الفصل السادس: ضمان الوصية وعامل المساقاة والمزارعة

المبحث الأول: ضمان الوصي.

المطلب الأول: حكم يد الوصي.

المطلب الثاني: ضمان ما يأخذه الوصي مقابل عمله.

المطلب الثالث: ضمان المال عند دفعه للغير للتجارة.

المطلب الرابع: ضمان الوصي عند معاملة الموصى عليه.

المطلب الخامس: الضمان عند إقراض مال الموصى عليه.

المطلب السادس: الضمان عند توكيل الغير.

المطلب السابع: الضمان عند مخالفة المصلحة.

المبحث الثاني: ضمان عامل المساقاة والمزارعة

المطلب الأول: حكم يد العامل في المساقاة والمزارعة.

المطلب الثاني: ضمان عامل المساقاة عند دفعه الأرض مساقاة.

المطلب الثالث: ضمان عامل المزارعة عند دفعه الأرض مزارعة.

## الفصل الخامس: ضمان الوصي وعامل المساقاة والمزارعة

### المبحث الأول: ضمان الوصي

#### المطلب الأول: حكم يد الوصي

قد يقوم الأب أو الجد بتعيين شخص ليقوم مقامه في الولاية على القاصر الذي تحت ولايته بعد وفاته وهو ما يسمى الوصي المختار<sup>(١)</sup>.

وقد يقوم القاضي بتتصيب شخص للنظر في شؤون القاصرين لعدم تفرغه للولاية على كل يتيم لكثرة انشغاله ويسمى الشخص الذي يختاره القاضي لهذه المهمة بالوصي المنصوب<sup>(٢)</sup>.

وسأتكلم في هذا المطلب والمطالب القادمة على الوصي المختار الذي يعين من قبل الأب والجد وأما بالنسبة للوصي المنصوب فإن الحكم على تصرفاته مندرج تحت تصرفات الوكيل الخاص؛ إذ إن الفقهاء قد نظروا إلى وصي القاضي باعتباره وكيلاً خاصاً<sup>(٣)</sup>.

ويقول صاحب المواهب: "وصي القاضي كالوكيل المخصوص على شيء يعينه وليس كالوكيل المفوض إليه"<sup>(٤)</sup>.

ويقول ابن نجيم: "وصي القاضي لا يجوز بيعه من نفسه بحال لأنه وكيل"<sup>(٥)</sup>.

ويخالفه وصي الأب والجد لأنه يقوم مقامهما في الولاية فتصرفاته أقرب ما تكون إلى الوكيل المفوض<sup>(٦)</sup>.

ويعتبر الفقهاء الوصي أميناً على الأموال التي تحت يده فلا يضمنها إلا في حالة التعدي أو التقصير<sup>(٧)</sup>.

يقول السرخسي: "لو قال الوصي انفتت عليهم كذا درهماً فإن كان ذلك نفقة مالهم تلك المدة أو زيادة شيء قليل فهو مصدق فيه وعليه اليمين إن اتهموه لأنه أمين"<sup>(٨)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٧٢٣/٦، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ٣٦٥.

(٢) قليوبي وعميره، حاشيتا قليوبي وعميره، ١٧٩/٣.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٥٣٣/٨، حطاب، مواهب الجليل، ٧٢/٥، المرداوي، الإنصاف، ٨٤/٨.

(٤) الحطاب، مواهب الجليل، ٧٢/٥.

(٥) ابن نجيم، البحر الرائق، ٥٣٣/٨.

(٦) الحطاب، مواهب الجليل، ٧٢/٥، النووي، ٤٩٧/٣.

(٧) المبسوط، ٢٩/٢٨، ابن نجيم، البحر الرائق، ٥٣٥/٨، الحطاب، مواهب الجليل، ٧١/٥، البجيرمي، حاشية

البجيرمي، ٢٩٠/٣، ابن مفلح، المبدع، ٣٤٧/٤.

(٨) السرخسي، المبسوط، ٢٩/٢٨.

- ويقول الغزالي: "إن تنازعا في مقدار الحاجة إلى النفقة صدق الوصي لأنه أمين" (١).
- ويقول ابن مفلح: "ويقبل قول الوصي بيمينه ولا يشترط الإشهاد لأنه أمين كالمودع" (٢).

---

(١) الغزالي، الوسيط، ٤/٤٩٢.

(٢) ابن مفلح، المبدع، ٤/٣٤٧.

## المطلب الثاني: ضمان ما يأخذه الوصي من مال الموصى عليه

إذا عمل الوصي في مال الموصى عليه فهل يملك أن يأخذ من ماله؟ أم أنه لا يحق له ذلك ويكون ضامناً لما أخذ؟

اختلف أهل العلم في المسألة على عدة أقوال:

### القول الأول:

يجوز للموصي أن يأكل من مال اليتيم بالمعروف إذا كان فقيراً، وهو قول الحنفية المفتى به، والقول المعتمد عند المالكية والشافعية والرواية المعتمدة عند الحنابلة<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لرأيهم بعدد من الأدلة:

أولاً: قوله تعالى: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)<sup>(٢)</sup>.

قالوا: إن الله قد أمر القائم على مال اليتيم أن لا يأكل من مال اليتيم إذا كان غنياً فإذا أكل منه فإنه يعد متعدياً عليه، وأجاز للفقير أن يأكل بالمعروف<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: ما جاء عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رجلاً أتى النبي عليه الصلاة والسلام فقال: إني والحاصل ليس لي شيء ولي يتيم فقال عليه الصلاة والسلام: (كل من مال مسرف ولا متبادر ولا متأثل<sup>(٤)</sup>)<sup>(٥)</sup>.

قالوا إن النبي قد أجاز لولي اليتيم أن يأكل من مال اليتيم بلا تعد أو تفريط وهذا نص في المسألة.

ثالثاً: أن رجلاً قال ثم النبي عليه السلام مم أضرب منه يتيمي، فقال عليه السلام: ما كنت منه ضارباً ولدك، قال: أفأصيب من ماله قال عليه السلام: متأثل مالا ولا واق مالك بماله)<sup>(٦)</sup>.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٧١٣/٦، الحطاب، ٣٩٩/٦، الشريبي، مغني المحتاج، ١٧٦/٢، البهوتي، كشف القناع، ٤٥٥/٣٠.

(٢) سورة النساء، آية ٦.

(٣) النووي، روضة الطالبين، ١٨٩/٤، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٧١٣/٦.

(٤) متأثل منخذ أصل المال وأثله الشيء أصله، انظر العظيم آبادي، عون المعبود، ٥٣/٨.

(٥) أبو داود سنن أبي داود، كتاب الوصايا، باب ما جاء في ما لولي اليتيم أن ينال من مال اليتيم، ١١٥/٣. واللفظ له، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا، باب قوله: (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ)، ٩٠٧/٢، والحديث صححه ابن حجر، انظر الشوكاني، نيل الأوطار، ٣٧٤/٥، ابن حجر، فتح الباري، ٢٤١/٨.

(٦) البيهقي، السنن الكبرى، باب الولي يأكل من مال اليتيم، ٤/٦.

فالحديث يدل على جواز الأخذ من مال اليتيم لأن النبي قد أذن للسائل بذلك ولو كان الأخذ محرماً لمنعه النبي عليه السلام.

ويرد على هذا الحديث أنه حديث ضعيف ولا يصح الاستدلال به <sup>(١)</sup>.

رابعاً: القياس على القضاة الذين يأخذون الأجرة مقابل عملهم فكما أنه يصح للقضاة أن يأخذوا أجرة مقابل عملهم فكذلك الأوصياء <sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأن القياس لا يصح لأن القاضي الغني يجوز له أن يأخذ الأجرة مقابل عمله بخلاف الوصي الغني فلا يجوز له ذلك <sup>(٣)</sup>.

### القول الثاني:

يجوز للوصي أن يأكل من مال اليتيم مقابل عمله سواء أكان غنياً أم فقيراً، وهو رواية مرجوحة عند الحنابلة وقول مرجوح عند المالكية <sup>(٤)</sup>. وأيدوا وجهة نظرهم بالقياس على العامل في أموال الزكاة إذ يحق له أن يأخذ الأجرة على عمله مع غناه فكذلك الوصي <sup>(٥)</sup>. ويرد على هذا الدليل بأنه اجتهاد في مورد النص إذ أن النص الشرعي قد جاء أمراً الغني بأن يستعف وأن لا يأخذ من مال الموصى عليه فإذا أخذ الوصي مع غناه فإنه يكون أثماً ويجب عليه رده.

### القول الثالث:

يجوز للوصي المحتاج أن يأخذ من مال وصيه على سبيل القرض، ثم يرده إذا أيسر وهذا قول الشافعية في قول ضعيف والحنابلة في رواية مرجوحة <sup>(٦)</sup>، ويوافق هذا القول الأوزاعي ومجاهد والشعبي وأبو العالية <sup>(٧)</sup> واستدلوا لرأيهم:

أولاً: بقوله تعالى: (وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ) <sup>(١)</sup>.

(١) المرجع السابق.

(٢) الطبري، تفسير الطبري، ٤٤/٥.

(٣) الخصائص، علي بن أحمد، أحكام القرآن، ٤٠٥، إحياء التراث، بيروت، ٣٦٣/٢.

(٤) الخطاب، مواهب الجليل، ١٩٩/٦، المرادوي، الإنصاف، ٣٣٨/٥.

(٥) ابن مفلح، المبدع، ٣٤٥/٤.

(٦) النووي، روضة الطالبين، ١٨٩/٤، الشيرازي، التنبيه، ١٠٣، ابن مفلح، المبدع، ٣٤٥/٤.

(٧) القرطبي، تفسير القرطبي، ٤٢/٥، ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، باب الأكل من مال اليتيم،

قالوا إن الله لما أمر الفقير بأن يأكل من مال اليتيم بالمعروف أعقبه بقوله: (فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهَدُوا عَلَيْهِمْ..) فالوصي إذا أكل م مال اليتيم مأمور بدفع ما أخذه لليتيم. والحقيقة أن الدفع الذي جاء في نهاية الآية مربوط بالدفع الذي جاء في بداية الآية والدفع الذي جاء في أول الآية مربوط ببلوغ النكاح ولا علاقة له باليسار مما يدل على أن الدفع الذي جاء في نهاية الآية لا علاقة له بالمال الذي يأخذه الوصي من مال اليتيم في مقابل عمله وإما يتعلق بدفع مال اليتيم الذي هو نمت وصايته عند بلوغه النكاح.

#### القول الرابع:

لا يجوز للوصي أن يأخذ من مال الموصى عليه شيئاً مطلقاً وهو قول عند الحنفية (٢). واستدلوا لرأيهم:

أولاً: قوله تعالى: (لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِنَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ) (٣). قالوا: إن الله قد حرم أكل مال الناس بالباطل إلا أن يكون عن تراض، وأخذ مال اليتيم من قبل الوصي لا تراض فيه فهو أكل للمال بالباطل (٤).

ثانياً: قوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا) (٥)، قالوا: إن الإلا قد حرمت الأكل من مال اليتامى لما أن هذه قد نسخت الآية التي أجازت الأكل بالمعروف (٦).

ويرد على استدلالهم بأن الآية قد حرمت الأكل الموصوف بالظلم بينما المال الذي يأخذه الوصي من مال اليتيم فهو مقابل عمله وقيامه فيه وقد أجازته سبحانه وتعالى حينما قال: (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) (٧).

وأما بالنسبة للنسخ فهو دعوى ولا دليل عليها لما أن أعمال الدليل أولى من إهماله فيكون الجمع بين الآيتين أولى من إهمال إحداهما، فيكون الأكل من مال اليتيم محرماً في غير الموضع الذي دلت عليه الآية الأولى.

(١) النساء، آية رقم (٦).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٧١٣/٦، الجصاص، أحكام القرآن، ٣٦٠/٢.

(٣) النساء، آية رقم، ٢٩.

(٤) الجصاص، أحكام القرآن، ٣٦٠/٢.

(٥) النساء، آية رقم ٩.

(٦) الجصاص، أحكام القرآن، ٣٦٠/٢، القرطبي، جامع أحكام القرآن، ٤٣/٥.

(٧) سورة النساء، آية ٦.

ولقد رد المانعون على الاستدلال بقوله تعالى: (وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ) بأن المقصود في الآية هو أن يأكل الوصي من ماله الخاص بقدر حاجته، ولا يزيد على حاجته مما يضطره إلى الاعتداء على مال اليتيم<sup>(١)</sup>. وأيدوا فهمهم بما جاء عن ابن عباس<sup>(٢)</sup> موافقاً لقولهم هذا.

ويرد على اعتراضهم هذا بأنه قد جاء عن ابن عباس خلاف هذا القول حيث نقل عنه جواز الأكل<sup>(٣)</sup> كما أنه قد جاء عن عائشة رضي الله عنها في تفسير الآية أنها قد نزلت في ولي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلحه إذا كان محتاجاً فلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ<sup>(٤)</sup>.

### الرأي الراجح:

وبعد النظر في أقوال العلماء فإن الذي يترجح القول بجواز الأكل من مال اليتيم بالمعروف عند القيام عليه ورعاية شؤونه وبالتالي فلا ضمان على الوصي فيما يأخذه من مال، وذلك لوجود الدليل الصحيح الذي يدل على جواز الأخذ من مال اليتيم سواء أكان هذا الدليل حديثاً نبوياً أو آية قرآنية، وأما بالنسبة للاعتراضات التي وجهت على الآية القرآنية فهي اعتراضات ضعيفة؛ لأن ظاهر الآية يدل على جواز الأكل من مال اليتيم وأيده ما جاء عن عائشة رضي الله عنها في تفسير الآية<sup>(٥)</sup>. ويوافقها ما جاء عن عمر رضي الله عنه بجواز ذلك، وأما بالنسبة للقول بأن الآية منسوخة دعوى لا دليل عليها.

والحقيقة أن هذا الأكل لا بد وأن يكون بإشراف من القاضي حفظاً لأموال اليتامى من الضياع والاعتداء عليها بغير حق<sup>(٦)</sup>.

وبعد أن تعرفنا على أقوال العلماء في جواز الأخذ من مال اليتيم لا بد من الإشارة إلى أن الوصي لا ينبغي أن نريد ما نأخذه عن أجره مثله<sup>(٧)</sup>.

(١) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ٤٣/٥.

(٢) مصنف ابن أبي شيبة، باب الأكل من مال اليتيم، ٣٩١/٤.

(٣) ابن حجر، فتح الباري، ٢٤١/٨.

(٤) مسلم، صحيح مسلم، كتاب التفسير، ٢٣١٥/٤.

(٥) المرجع السابق.

(٦) ابن حجر، فتح الباري، ١٥١/١٣، وصححه ابن حجر.

(٧) ابن نجيم، البحر الرائق، ٥٣٥/٨، الحطاب، مواهب الجليل، ٣٩٩/٦.

### المطلب الثالث: ضمان المال عند دفعه للغير للتجارة

إذا أراد الوصي أن يستثمر مال اليتيم عن طريق التجارة فهل يستطيع دفعه للغير مشاركة أو مضاربة لاستثماره ولا ضمان عليه عند الخسارة إذا تصرف هذا التصرف؟  
اتفق أهل العلم على جواز استثمار مال الموصى عليه من قبل الوصي نفسه (١)، ولكنهم اختلفوا في جواز دفعه للغير مشاركة أو مضاربة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز دفع مال الموصى عليه للغير مضاربة (٢). واستدلوا لرأيهم:

أولاً: قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ) (٣). قالوا إن الله قد نهى عن الاقتراب من مال اليتيم إلا بالأحسن ودفع مال الموصى عليه للغير مضاربة هو قربان بالتي هي أحسن لما يعود على مال الموصى عليه بالنماء (٤).

ثانياً: قوله تعالى: (وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَىٰ قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ) (٥).

قالوا إن الله قد أباح التصرف بمال اليتيم بما فيه إصلاح له ودفع مال اليتيم للغير على سبيل المضاربة من الإصلاح (٦).

ثالثاً: إن هذا الفعل مما يفعله الأب في مال ولده طلباً للربح والوصي نائب عنه فيما فيه مصلحة الموصى عليه وهذا الفعل من مصلحة مال الموصى عليه فجاز له فعله (٧).

رابعاً: استدلوا بالأثار التي جاءت عن صاحبه رسول الله مثل عمرو وعلي وعائشة رضوان الله عليهم أنهم كانوا يدفعون أموال اليتامى للغير مضاربة (٨).

(١) السرخسي، المبسوط، ٢٨/٢٨، الزرقاني، شرح الزرقاني، ١٤٣/٢، الشريبي، مغني المحتاج، ١٧٤/٢، البهوتي، كشف القناع، ٤٤٩/٣.

(٢) السرخسي، المبسوط، ٢٨/٢٨، الشرح الكبير، ٤٥٥/٤، النووي، روضة الطالبين، ٣٢٣/٦، البهوتي، كشف القناع، ٤٤٩/٣.

(٣) الإسراء، آية رقم ٣٤.

(٤) السرخسي، المبسوط، ٢٨/٢٨.

(٥) البقرة، آية رقم ٢٢٠.

(٦) السرخسي، المبسوط، ٢٨/٢٨.

(٧) ابن قدامة، الكافي، ١٩٠/٢.

(٨) البيهقي، السنن الكبرى، باب تجارة الوصي بمال اليتيم وإقرضه، ٣/٦. ابن أبي شيبة، مصنف ابن أبي شيبة، باب مال اليتيم يدفع مضاربة، ٣٩٠/٤.

**القول الثاني:**

عدم جواز دفع مال الموصى عليه للغير مضاربة، وقال به ابن أبي ليلى<sup>(١)</sup>. وعلل رأيه بأن الموصي قد جعله قائماً مقامه في التصرف في المال ليكون المال محفوظاً عنده وإنما يتحقق هذا المقصود إذا كان الوصي هو الذي يتصرف فيه بنفسه<sup>(٢)</sup>. ويرد عليه بأن الوصي قائم مقام الموصي في التصرف ولما كان الموصى له أن يدفع مال الصبي للغير مضاربة كان لوصيه ذلك.

**الرأي الراجح:**

وبعد النظر في أقوال العلماء فإن الذي ترجح القول بجواز دفع مال الموصى عليه للغير مضاربة وذلك لدخول هذا التصرف في عموم الآيات التي تجوز قربان مال اليتيم والتي هي أحسن ويعد دفع المال للغير مضاربة من أجل تنميته من القربان بالأحسن ثم إن الآثار التي جاءت عن عمر وعلي وعائشة رضي الله عنهم والتي لم يخالفهم فيه أحد من الصحابة يدل على جواز هذا التصرف.

---

(١) السرخسي، المبسوط، ٢٨/٢٨.

(٢) المرجع السابق.

### المطلب الرابع: ضمان الوصي عند معاملته الموصى عليه

يملك الوصي التصرف بأموال الموصى عليه بيعاً وشراءً. ولكن هل يستطيع أن يشتري الوصي لنفسه السلعة من مال الموصى عليه؟ أو هل يستطيع الوصي أن يبيع الموصى عليه سلعة من ماله؟

اختلف العلماء في المسألة على:

#### القول الأول:

ذهب المالكية وأبو حنيفة وأبو موسى والحنابلة في رواية مرجوحة إلى جواز مثل هذا التصرف إذا كان فيه مصلحة ونفع ظاهر للموصى عليه<sup>(١)</sup>.

ويرى المالكية أن المصلحة تتحقق إذا تمت عملية بثمن المثل<sup>(٢)</sup>. بينما يرى الإمام أبو حنيفة وأبو موسى والحنابلة في الرواية المرجوحة<sup>(٣)</sup> أن المصلحة تتحقق إذا كان البيع بأكثر من ثمن المثل وأن يكون الشراء بأقل من ثمن المثل واستدلوا برأيهم: أولاً: قوله تعالى: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)<sup>(٤)</sup>.

قالوا: إن الله حرم القربان من مال اليتيم إلا إذا كان في هذا القربان خيراً له وعند البيع بأعلى من ثمن المثل أو بالمثل فإننا نكون قد حققنا الخير للموصى عليه<sup>(٥)</sup>.

ثانياً: إن الأب هو الذي وضع هذا الوصي فالظاهر أنه ما وضعه إلا لوفور شفقتة على الصغير مما يجعل الوصي أكثر شبهاً بالأب -الذي يجوز له هذا التصرف- منه بالوكيل.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة في الرواية المعتمدة عندهم وعمد من الحنفية إلى عدم<sup>(٦)</sup> جواز بيع الوصي سلعته للموصى عليه أو شرائه السلعة من مال الموصى عليه، ويكون ضامناً للمال الموصى عليه إذا تصرف هذا التصرف<sup>(٧)</sup>، واستدلوا بما يلي:

(١) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤/٤٥٥، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٦/٧٠٩، ابن تيمية، المحرر في الفقه، ٣٤٩.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤/٤٥٥.

(٣) ابن نجيم، البحر الرائق، ٥/٢٧٨، ابن تيمية، المحرر، ٣٤٩.

(٤) سورة الإسراء.

(٥) الكاساني، بدائع الصنائع، ٥/١٣٦.

(٦) المرجع السابق.

(٧) الشربيني، مغني المحتاج، ٢/١٧٦، البهوتي، كشف القناع، ٣/٤٤٨.

أولاً: بالقياس على الوكيل بجامع التصرف بالإذن لا بالملك، فكما أن الوكيل لا يحق له هذا التصرف فكذلك الوصي.

ويرد على هذا بأن الوصي قد أقامه الولي مقامه في التصرف الذي يملكه بحكم ولا بنه الشرعية فكان الوصي مالكا لما يملكه الأب أو الولي من تصرف والذي منه البيع أو الشراء من مال الموصى عليه للوصي<sup>(١)</sup>.

ثانياً: قالوا إن الإنسان لما يشتري أو يبيع فإنه يحاول دائماً أن يكون هو المستفيد مما يجعل مظنة التهمة قائماً في مثل هكذا تصرف مع الموصى عليه<sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأن التهمة تكون معدومة إذا تم البيع بأكثر من ثمن المثل.

**الرأي الراجح:**

والذي يترجح بعد النظر في كلام الفقهاء جواز البيع أو الشراء من مال الموصى عليه للوصي إذا كان بأكثر من ثمن المثل لانتفاء التهمة حينئذ ولأننا نكون قد حققنا الخير للموصى عليه.

(١) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٣٢٠/٥.

(٢) البهوتي، كشف القناع، ٤٤٨/٣.

### المطلب الخامس: الضمان عند إقراض مال الموصى عليه

إذا قام الوصي بدفع مال الموصى عليه لشخص آخر على سبيل الإقراض فهل يحق له ذلك ولا ضمان عليه، أم أنه لا يحق له مثل هذا التصرف ويكون ضامناً للمال؟

اختلف أهل العلم في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم جواز إقراض مال الموصى عليه مطلقاً<sup>(١)</sup>. وإذا قام بإقراضه فإنه يكون ضامناً وعللوا رأيهم:

أولاً: إن الوصي مأمور بالتصرف في مال الموصى عليه بما يحقق الدفع والمصلحة له ولا نفع في إقراضه للغير<sup>(٢)</sup>.

ويرد على هذا الدليل بأن إقراض المال عند الخوف عليه من النهب يحقق الدفع والخبر لما الموصى عليه فلا يكون الإقراض عندها تضييعاً للمال.

ثانياً: إن إقراض مال الموصى عليه يشبه التبرع فهو إزالة للملك بلا عوض في الحال فلا يجوز الإقدام عليه<sup>(٣)</sup>.

ويرد عليه بأن العوض يثبت على المستقرض في ذمته بمجرد إبرام العقد بخلاف الهبة.

#### القول الثاني:

ذهب الشافعية والحنابلة إلى جواز إقراض مال الموصى عليه للضرورة كالخوف عليه من النهب أو الحريق ويجب أن يكون المستقرض أميناً مليئاً وإلا فإن الوصي يضمن المال<sup>(٤)</sup>.

وعللوا رأيهم بأن الوصي مأمور بالتصرف في مال اليتيم بما يحقق الدفع والجبر له ويعتبر إقراضه عند الخوف عليه تصرفاً مفيداً يحقق الخبر.

والنفع لمال الموصى عليه<sup>(٥)</sup>.

#### الرأي الراجح:

ويعد النظر في أقوال الفقهاء يتبين أن قول الشافعية والحنابلة هو القول الراجح. فيجوز للوصي أن يعرض مال الموصى عليه للضرورة؛ لأن الوصي مأمور بالتصرف في مال

(١) المرغناني، الهداية، ١٠٨/٣، الدسوقي، حاشية الدسوقي، ٤٥٥/٤.

(٢) الحطاب، مواهب الجليل، ٤٠٠/٦.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ١٥٣/٥.

(٤) الشربيني، مغني المحتاج، ١٧٥/٢، البهوتي، كشف القناع، ٤٤٩/٣.

(٥) البهوتي، كشف القناع، ٤٤٩/٣.

الموصى عليه بما يحقق له المصلحة، ودفع المال عند الخوف عليه على سبيل الإقراض يحقق  
النفع للمال بالمحافظة عليه، وعدم تعريضه للضياع.  
ولابد أن يكون المستقرض أميناً مليئاً حتى يكون قادراً على السداد غير مماتل وإلا فإن  
الوصي يضمن المال.

### المطلب السادس: الضمان عند توكيل الغير

من المعلوم أن الوصي يملك أن يتصرف بمال الموصى عليه، لكن هل يملك الوصي توكيل غيره فيما يصح له من تصرف في مال الموصى عليه؟

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

جواز توكيل الغير مطلقاً وذهب إلى هذا القول الحنفية والمالكية والحنابلة في رواية راجحة والشافعية في قول مرجوح<sup>(١)</sup>.

وعلّلوا رأيهم بأن الوصي أقامه الموصي مكانه فهو يتصرف بالولاية لا بالوكالة فكان من الطبيعي أن يملك توكيل الغير لأن الموصي يملك هذا التصرف بحكم ولايته وقد انتقلت هذه الولاية للوصي<sup>(٢)</sup>.

#### القول الثاني:

ذهب الحنابلة في رواية مرجوحة والشافعية في القول الراجح إلى عدم جواز توكيل الوصي غيره إلا عند كثرة الأعمال على الوصي وعجزه عن القيام بها وعند الحاجة لعمل لا يتولاه مثله بنفسه<sup>(٣)</sup>. وعلّلوا رأيهم بالقياس على الوكيل بجامع التصرف بالإذن لا بالملك فكما أن الوكيل لا يحق له توكيل غيره إلا في الحالات المستثناة فكذاك الوصي<sup>(٤)</sup>.

ويرد على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن الموكل قد أقام الوكيل ليتصرف له في شيء معين، بينما الموصي في حالة الوصاية قد أقام الوصي مقامه فيما يحق له من تصرف ولما كان الموصي يملك توكيل غيره فكذاك الوصي.

#### الرأي الراجح:

والذي يترجح بعد النظر في أقوال العلماء وأدلّتهم جواز توكيل الوصي غيره مطلقاً ولا ضمان عليه عند ذلك؛ لأن الموصي قد أقام الوصي مكانه فيما يحق له من تصرف، ولما كان الموصي يملك توكيل الغير فمن الطبيعي أن يملك الوصي ذلك. ولا بد أن يكون الوكيل منصفاً بالأمانة وإلا فإن الوصي يضمن ما يدفعه للوكيل.

(١) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٧٠٦/٦، الخطاب، مواهب الجليل، ٤٠٣/٦، الشربيني، مغني المحتاج، ٧٨/٣، المرادوي، الإنصاف، ٣٦٢/٥.

(٢) المرادوي، الإنصاف، ٣٦٢/٥.

(٣) ابن مفلح، المبدع، ٣٦٠/٤، البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٤٩/٣.

(٤) البجيرمي، حاشية البجيرمي، ٤٩/٣.

### المطلب السابع: الضمان عند مخالفة المصلحة

تعتبر المصلحة القاعدة الأساسية التي يجب أن تبنى عليها تصرفات الوصي فلا يحق له أن يقدم على تصرف فيه إضرار بمال الموصى عليه، وذلك لأن الله تبارك وتعالى يقول في كتابه الكريم: (وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ)<sup>(١)</sup>. فأى تصرف لا يحقق الخير والنفع لمال الموصى عليه يعتبر تصرفاً محرماً شرعاً بنص الآية الكريمة ويستوجب الضمان على الوصي باتفاق الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

فلا يملك الوصي أن يتصرف في مال الموصى عليه بما لا حظ فيه. فلا يملك إقراضه على وجه المعروف وبلا سبب<sup>(٣)</sup>. ولا يملك أن يهب المال أو يتبرع به أو يحابي فيه وإذا فعل ذلك فإنه يكون ضامناً<sup>(٤)</sup>.

ولا يملك الوصي الإقدام على أي من التصرفات التي يملكها إذا علم أن فيها إضرار بمال الموصى عليه فلا يجوز الإقدام على التجارة بمال الموصى عليه إذا غلب ظن الوصي أنه إذ قام بهذه الصفقة فإنه ستخسر فإذا أقدم على هذه الصفقة على علمه باه سيخسر فعلياً ضمان المال الذي يخسره.

وكذلك الحال لو أراد الوصي أن يوكل غيره في تصرف ما أو أراد أن يدفع مال الموصى عليه لشخص آخر مضاربة فإنه لا يملك دفع المال لشخص غير أمين لأن في هذا التصرف تعريض المال للضياع ويعتبر تصرفاً متنافياً مع مصلحة المال.

(١) سورة الإسراء آية رقم.

(٢) السرخسي، المسبوط، ٢٨/٢٨، الحطاب، مواهب الجليل، ٦٠/٥، الشريبي، مغني المحتاج، ١٧٤/٢، ابن قدامة، الكافي، ١٨٨/٥.

(٣) انظر المطلب الخامس من هذا المبحث.

(٤) ابن قدامة، الكافي، ١٨٨/٥.

المبحث الثاني: ضمان عامل المساقاة والمزارعة

المطلب الأول : حكم يد العامل في المساقاة والمزارعة

المطلب الثاني : ضمان عامل المساقاة عند دفعه الأرض مساقاة.

المطلب الثالث : الضمان عند دفع عامل المزارعة الأرض مزارعة.

## المبحث الثاني: ضمان عامل المساقاة والمزارعة

### المطلب الأول: حكم يد العامل في المساقاة والمزارعة

قبل أن يتبين حكم يد العامل في المساقاة والمزارعة لابد من التعريف بكل من المساقاة والمزارعة.

فالمساقاة أني يدفع إنسان الشجر إلى شخص آخر ليقوم بسقيه وما يحتاج إليه بجزء معلوم له ثمره<sup>(١)</sup>.

وأما المزارعة فهي دفع الأرض لمن يزرعها ويعمل عليها والزرع الناتج بينهما<sup>(٢)</sup>. وبعد أن تعرفنا على المقصود بالمساقاة والمزارعة، فما حكم يد العامل في كل من العقدين؟ هل هي يد أمانة أم يد ضمان؟

اتفق الفقهاء على أن يد العامل في المساقاة يد أمانة<sup>(٣)</sup>، فلا يضمن إلا في ماله تعديه وتقصيره لأن المالك قد ائتمنه على شجره بدفعه عليه فكان كالمضارب فلا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير<sup>(٤)</sup>.

يقول الغزالي: "العامل أمين فيما يدعي من هلاك ويدعى عليه من خيانة"<sup>(٥)</sup>. ويقول ابن مفلح: "حكم العامل حكم المضارب فيما يقبل قوله فيه وما يرد لأن المالك قد ائتمنه ما شبه المضارب"<sup>(٦)</sup>.

وكذلك العامل في المزارعة فإن يده يد أمانة لا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير<sup>(٧)</sup>.

(١) انظر ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٢٩٣/٦، العدوي، حاشية العدوي، ٢٠٩/٢، الشربيني، مغني المحتاج، ٣٩٥/٣، ابن مفلح، المبدع، ٤٥/٥.

والمساقاة جائزة باتفاق المذاهب الأربعة، انظر المراجع السابقة.

(٢) المرغناني، الهداية، ٥٣/٤، النووي، روضة الطالبين، ٦٨/٥، ابن قدامة، المغني، ٥٨١/٥، ويعتبر عند المزارعة من العقود الممنوعة عند الإمام أبي حنيفة وزفر وكذلك الإمام الشافعي، انظر الكاساني، البدائع، ٢٥٥/٥، النووي، روضة الطالبين، ١٦٨/٥.

(٣) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٢٩١/٦، الحطاب، مواهب الجليل، ٣٨٧/٥، الشيرازي، المهذب، ٣٩٩/١، ابن مفلح، المبدع، ٥٤/٥.

(٤) ابن قدامة، المغني، ٥٧٤/٥.

(٥) الغزالي، الوسيط، ١٤٨/٤.

(٦) ابن مفلح، الفروع، ٣١٣/٤.

(٧) خليل، مختصر خليل، ٣٤٢، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، ٢٨٣/٦، ابن مفلح، المبدع، ٥٩/٥.

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

فلو قصر عامل المساقاة -مثلاً- في سقي الزرع وأدى ذلك إلى هلاكه فإنه يكون ضامناً لأن سقي الزرع واجب عليه ولم يقم به <sup>(١)</sup>.

---

(١) الزركشي، خبايا الزوايا، ٣٠٤.

## المطلب الثاني: ضمان عامل المساقاة عند دفعه الأرض مساقاة

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

اختلف العلماء في المسألة على عدة أقوال:

### القول الأول:

ذهب الحنفية والحنابلة إلى عدم جواز دفع الأرض لشخص آخر على سبيل المساقاة<sup>(١)</sup>. وعللوا رأيهم:

أولاً: بالقياس على المضارب بجامع أنه قد عامل غيره على مال مقابل جزء من نمائه، فكما أنه لا يجوز للمضارب دفع المال لمضارب آخر فلا يجوز لعامل المساقاة أن يدفع الشجر لعامل آخر<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: القياس على الوكيل، إذ أن كل واحد منهما يعمل في مال الغير بموجب إذن صاحبه، فكما أنه لا يجوز للوكيل دفع مال موكله لشخص آخر فكذلك المساقى<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: إن الدفع لشخص آخر يستوجب إثبات الشركة في مال الغير بغير إذنه فلا يجوز<sup>(٤)</sup>.

### القول الثاني:

ذهب المالكية إلى جواز دفع العامل الشجر لعامل آخر على وجه المساقاة<sup>(٥)</sup>. وعللوا رأيهم بأن التصرف بالبستان أمر ظاهر وليس خفياً بخلاف المفروض فإن تصرفه في المال أمر خفي ففارق الحكم في المساقاة الحكم في القراض<sup>(٦)</sup>.

ويرد عليهم بأن البستان وإن كان مما يخفى عليه إلا أن صاحب البستان قد ارتضى أن يعامل الشخص الذي تعاقده معه ولم يرتض غيره لما يعلم فيه من صفات فلا يجوز دفع البستان لشخص لم يرتضه.

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

(٢) ابن قدامة، المغني، ٥٧٨/٥.

(٣) المرجع السابق.

(٤) الكاساني، البدائع، ١٨٥/٦.

(٥) الحطاب، مواهب الجليل، ٣٨٣/٥.

(٦) الخرشي، شرح الخرشي، ٢٣٤/٦.

### القول الثالث:

ذهب الشافعية إلى جواز دفع العامل الشجر إلى شخص آخر إذا كانت المساقاة في الذمة وإلى عدم الجواز إذا كانت المساقاة على عين العامل<sup>(١)</sup>.

ويبدو أنهم قد رأوا أن صاحب الشجر لما ساقى العامل في الذمة قد أراد إنجاز العمل بغض النظر عن العامل، فلو دفع العامل الأول الشجر بعامل آخر فإنه يكون قد أنجز العمل المطلوب منه، بخلاف ما لو عاقد العامل على العين فإنه يكون قد أراد إنجاز العمل وأراد إنجاز عمل من نفس العامل الأول وبدفعه لعامل آخر فإنه يكون قد خالف إرادة المالك.

والحقيقة أن اختيار العامل في كلتا الحالتين يدل على إرادة العامل الأول بنفسه؛ لأن الإنسان لا يقدم على دفع ماله إلا لشخص يعرفه من حيث الأمانة والمعاملة فإذا قام العامل بدفع الشجر لشخص آخر فإنه قد قام بالدفع لشخص لا يرضاه المالك.

### الرأي الراجح:

وبعد النظر في أوامير الفقهاء فإن الذي يترجح عدم جواز دفع الشجر لعامل آخر لأن صاحب الشجر ما أقدم على دفع شجره للعامل الأول إلا لما يرضيه من صفات فيه، كما هو معلوم أن الناس متفاوتون في صفاتهم كما أن مساقاة العامل لغيره إثبات للشركة في مال الغير بغير إذن صاحبه.

وعليه فإن العامل الأول يكون ضامناً عند الهلاك مطلقاً لأنه تصرف في مال الغير بغير إذنه.

بينما ذهب الحنفية إلى عدم إيجاب الضمان على كلا العاملين عند هلاك التمر على رؤوس الشجر لانعدام الغصب من واحد منهما، وذهبوا إلى إيجاب الضمان على العامل الثاني دون الأول إن كان الهلاك بسبب عمل العامل الثاني في أمر خالف فيه أمر العامل الأول<sup>(٢)</sup>.

والحقيقة أن تصرف العامل الأول في مال الغير بغير إذنه هو الذي جعل يده يد ضمان فاستحق أن يكون ضامناً عند الهلاك في الحالة الأولى والثانية، لتسببه في الهلاك في الحالة الثانية، إذ لو ا دفع للعامل الثاني لما حصلت المخالفة منه.

(١) الشربيني، مغني المحتاج، ٤٠٩/٣.

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

### المطلب الثالث: الضمان عند دفع عامل المزارعة الأرض مزارعة

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

اختلف العلماء في المسألة على قولين:

#### القول الأول:

يجوز للعامل أن يدفع الأرض لشخص آخر على وجه المزارعة إذ كان البذر من العامل ولا يملك دفعها لآخر إذا كان البذر من صاحب الأرض ويكون عندها عاصباً للأرض ويضمن أجرتها وهو قول الحنفية<sup>(١)</sup>.

ويبدو أنهم جوزوا الدفع في الحالة الأولى لأن المزارعة أقرب ما تكون إلى الإجارة والتي يكون المستأجر فيها يملك دفع الأرض لشخص آخر ليستفيد منها، بينما المزارعة في الحالة الثانية أقرب إلى المضاربة والمضارب لا يملك دفع الأرض لغيره على وجه المضاربة وكذلك العامل في المزارعة.

#### القول الثاني:

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

#### الرأي الراجح:

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

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

(٢) المرادوي، الإنصاف، ٤٣٣/٥.

## الفصل السادس: التطبيقات المعاصرة

### المبحث الأول: الودائع المصرفية

المطلب الأول: الودائع الجارية.

المطلب الثاني: الودائع المصرفية لأجل وبإخطار سابق في المصارف غير

الإسلامية.

المطلب الثالث: الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية.

المطلب الرابع: الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين.

المطلب الخامس: ودائع الخزائن الحديدية.

### المبحث الثاني: سندات المقارضة

المطلب الأول: حقيقة سندات المقارضة.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لسندات المقارضة.

المطلب الثالث: الصورة الشرعية لسندات المقارضة.

المطلب الرابع: الضمان في سندات المقارضة.

### المبحث الثالث: شركة التوصية البسيطة

المطلب الأول: حقيقة شركة التوصية البسيطة.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لشركة التوصية البسيطة.

## المبحث الأول: الودائع المصرفية

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: الودائع الجارية.

المطلب الثاني: الودائع المصرفية لأجل وبإخطار سابق في المصارف غير الإسلامية.

المطلب الثالث: الودائع الاستثمارية في المصاريف الإسلامية.

المطلب الرابع: الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين.

المطلب الخامس: ودائع الخزائن الحديدية.

## الفصل السادس: التطبيقات المعاصرة

### المبحث الأول: الودائع المصرفية

#### المطلب الأول: الودائع الجارية

الودائع الجارية أو تحت الطلب وهي المبالغ النقدية التي يعطيها أصحابها للمصرف على أن يحق لهم ردها عند طلبها متى شاءوا دون أن يأخذوا فوائد ربوية عليها<sup>(١)</sup>. ولقد تباينت التخرجات الفقهية لهذا النوع من الودائع في ثلاثة تخرجات.

#### التخريج الأول:

ذهب غالبية الفقهاء<sup>(٢)</sup> إلى اعتبار عقد الوديعة الجارية عقد قرض، فصاحب المال المقرض والمصرف هو المقترض.

ولقد بنوا وجهة نظرهم على ما يأتي:

أولاً: بالنظر إلى طبيعة العقد المبرم في مثل هذا النوع من الودائع، فإعطاء المال للمصرف ليقوم باستهلاكه واستعماله ينطبق تماماً على طبيعة عقد القرض، وإن كان إبرام العقد بغير لفظ الإقراض لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني<sup>(٣)</sup>.

ثانياً: إن مقصد الحفظ والرعاية للمال معدوم بمجرد إذن صاحب المال للمصرف باستخدام المال لمصلحته مما يتعارض مع المقصد الأصلي في عقد الوديعة<sup>(٤)</sup>.

ثالثاً: إن يد المصرف على هذه الودائع يد ضمان كيد المقترض على المال الذي اقترضه مما يجعل العقد يتوافق في أحكامه مع عقد الإقراض ويختلف في أحكامه عن عقد الوديعة<sup>(٥)</sup>.

(١) الأمين، الودائع المصرفية النقدية (ص٢٠٩)، الحسيني، الودائع المصرفية (ص٧١)، عوض، عمليات البنوك (ص٣١)، السالوس، الاقتصاد الإسلامي ١/١٦٢، العزيمي، الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية ص٤٤٣.

(٢) الحسيني، الودائع المصرفية (ص١٠٢)، الشنقيطي (١/٢٧٤)، حمود، تطور الأعمال المصرفية (ص٢٩٠)، شبير، المعاملات المالية المعاصرة (ص٢٢٢).

(٣) حمود، تطور الأعمال المصرفية (ص٢٨٨)، الشنقيطي، دراسة شرعية (١/٢٧٣).

(٤) حمود تطور الأعمال المصرفية (ص٢٨٨).

(٥) الشنقيطي، دراسة شرعية (١/٢٧٢)، العبادي، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، عبد الله عبد الرحيم العبادي، منشورات المكتبة العصرية، بيروت (ص٢٠٣).

رابعاً: إن الكثير من قوانين الدول العربية قد نصت على اعتبار هذه الودائع قروضاً حقيقية، فقد جاء في المادة (٨٨٩) من القانون المدني الأردني: إذا كانت الوديعة من النقود أو شيئاً يهلك بالاستعمال وأذن المودع للمودع لديه في استعماله أعتبر قرضاً<sup>(١)</sup>.

ولقد نصت المادة (٧٢٦) من القانون المصري، والمادة (٤٠٢) من القانون السوري المدني، والمادة (٢٢٣) من القانون المدني الليبي، والمادة (٦٧٠) من القانون المدني التونسي على مثل ما جاء في القانون المدني الأردني<sup>(٢)</sup>.

#### التخريج الثاني:

ذهب الجمال إلى اعتبار هذا النوع من الإيداع عقد وديعة ناقصة يسمح فيه المودع للمودع عنده بالتصرف في الوديعة على أن يرد مثلها عند الطلب وإن كان هذا العقد لم يعرفه الفقه الإسلامي من قبل إلا أنه جائز شرعاً<sup>(٣)</sup>.

#### التخريج الثالث:

ذهب الأمين والدكتور كمال حطاب إلى اعتبار هذا النوع من الودائع وديعة حقيقية<sup>(٤)</sup>، ولقد بنوا رأيهم هذا على عدة أمور:

أولاً: أن العقد يظل عقد وديعة ولو استعمل المصرف هذا المال؛ لأن المالكية لا يرون بأساً في استعمال الوديعة المتلية وخاصة النقدية.

ثانياً: يجب تكييف العقد وفق إرادة العاقدين المشتركة وإرادة المودع هنا لم تتصرف إلى تقديم القرض إلى البنك، كما أن إرادة المصرف لم تتجه إلى الاقتراض من العميل<sup>(٥)</sup>.

ثالثاً: إن ما يتفق عليه عند إبرام عقد الوديعة الجارية من وجوب رد الوديعة ولو هلكت بقوة قاهرة لا يلتفت إليه في الشريعة لأنه شرط باطل شرعاً وتظل يد المصرف عليه يد أمانة.

(١) القانون المدني الأردني، قسم البحوث والدراسات القانونية، ط١، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩م (ص٢٤٣).

(٢) حمود، تطور الأعمال المصرفية (ص٢٩٠)، عوض، عمليات البنوك (ص٤١٠)، الأمين، الودائع المصرفية (ص٢٢٤).

(٣) الجمال، المصارف والأعمال المصرفية (ص٨٦،٦٣)، حطاب كمال توفيق، التكييف الفقهي للحساب الجاري، بحث منشور في مجلة دراسات اقتصادية إسلامية في العدد الثاني، ٢٠٠١، ص٤٧.

(٤) الأمين، الودائع المصرفية النقدية (ص٢٢٧،٢٣٣).

(٥) الجمال، الودائع المصرفية النقدية (ص٢٢٨).

رابعاً: إن المصرف يلتزم الحذر الشديد في استعمال هذا النوع من الودائع، كما أن المصرف يبادر برد الوديعة عند طلبها مما يدل على أنه حينما يفعل ذلك لا يستند إلى مركز قانوني كمركز المقرض الذي لا يهتم بأي طلب قبل حلول أجل القرض<sup>(١)</sup>.

خامساً: إن المصرف يتصرف بالوديعة من موقف انتهازي لا يستند إلى مركز قانوني كمركز المقرض أو إنه يتصرف فيها بإذن المودع الضمني بدلالة العرف وهذا غير مقبول فالقانون ينص على أن المودع ليس له حق الاسترداد عند إفلاس المصرف وإنما له الحق في أن يصبح دائناً من الدائنين والمصرف لم يخبر المودعين بهذا الشيء<sup>(٢)</sup>.

سادساً: إن القرض شرعاً هو عقد إرفاق وإحسان القصد منه هو مساعدة المحتاجين والحصول على الثواب وهذا لا يتحقق من خلال الإيداع في المصرف، فالمصرف ليس فقيراً أو محتاجاً، ولا يمكن التسليم بفصل العقود عن مقاصدها<sup>(٣)</sup>.

سابعاً: إن اعتبار الحساب الجاري وديعة حقيقة معناه إعطاء المودع أولوية على سائر الغرماء؛ لأن الأولوية تكون لأصحاب الأمانات على سائر الغرماء بينما القانون ينص صراحة على أن المودع يصبح دائناً عند إفلاس المصرف كبقية الغرماء<sup>(٤)</sup>.

ثامناً: إن اعتبار الحساب الجاري فرضاً يؤدي إلى مفاصد عظيمة كتعرض البلاد لموجات تضخمية أو إرباك كبير في الأسواق العالمية، مما يؤدي إلى إفلاس قطاع كبير من البنوك والشركات وغيرها من المصادر<sup>(٥)</sup>.

تاسعاً: إن اعتبار هذا النوع من الحسابات قرضاً يمنع الوديع من العديد من الامتيازات التي يملكها العميل جراء احتفاظه بهذا الحساب لأنه يعتبر نوعاً من الربا<sup>(٦)</sup>.

#### مناقشة الأدلة:

إن أدلة القول الأول مبنية على كون المودع قد أذن باستخدام الوديعة، والحقيقة أن المودع لم يأذن باستخدامها وإنما المصرف يستخدمها بلا إذن، ويرد على هذا بأن الوديع وإن لم يصرح بالإذن فإن العرف يسمح له بذلك والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

(١) المرجع السابق (ص ٢٢٨).

(٢) خطاب، التكييف الفقهي للحساب الجاري، ٤٤.

(٣) خطاب، التكييف الفقهي للحساب الجاري، ٤٤.

(٤) خطاب، التكييف الفقهي للحساب الجاري، ٤٥.

(٥) خطاب، التكييف الفقهي للحساب الجاري، ٤٦.

(٦) خطاب، التكييف الفقهي للحساب الجاري، ٤٥.

كما أن القانون الذي ينظم أمور المصارف يعتبر العلاقة بين المصرف والوديع علاقة دائن ومدين<sup>(١)</sup>.

كما إن غاية ما يريده العميل هو فتح حساب يمكنه من أخذ المال وقت يشاء دون الإشارة إلى الإذن بالاستخدام وعدمه، فيحمل الاستخدام على الإذن العرف الذي يسمح بهذا الاستخدام. وأما بالنسبة لقول الجمال باعتبار هذا النوع من الإيداع عقد وديعة ناقص فإنه لا داعي لهذا التخريج لأنه من الممكن إلحاق هذا العقد بإحدى العقود الفقهية المعروفة، وقد ألحق بالقرض لانطباق أحكامه عليه كما جاء عند أصحاب التخريج الأول.

وأما بالنسبة لما استدل به القائلون بأن العقد عقد وديعة فيرد على دليلهم الأول بأن المالكية لا يجعلون الاستعمال أمراً مباحاً بل أمراً مكروهاً عندهم، كما أن حكم استعمال الوديعة عند الجمهور هو أمر غير جائز وهو الرأي الراجح كما ذكرته في فصل الوديعة.

ولا أعتقد أن رأي المالكية ينطبق على عقد الوديعة الجارية، والذي يُدفع فيه المال للمصرف بقصد استعماله بالدرجة الأولى؛ لأن كلام المالكية عن الوديعة إنما هو في الوديعة التي تُدفع للمودع عنده بقصد الحفظ والرعاية أولاً ثم يعطى للمودع عنده الحق في استعمال الوديعة.

كما أن المالكية قد نصوا على أن الوديعة بالتلف تصبح ديناً في الذمة، حيث جاء عند الدسوقي: "وأما التسلف الجائز المأخوذ بإذن ربه، فلا يبرأ إلا برد ما أخذ لأن تسلفه حينئذٍ إنما هو من ربه فانقل من أمانته إلى ذمته فصار كسائر الديون"<sup>(٢)</sup>.

ويرد على دليلهم الثاني بأن المصرف لما يأخذ المال يأخذه بقصد استخدامه، وأما بالنسبة للمودع فإن غاية ما يريده هو فتح حساب يمكنه من الحصول على ماله وقت يشاء، دون الإشارة منه إلى الإذن باستخدام المال أو عدمه، ولكن العرف الجاري يسمح بجواز استخدام هذا المال المودع فينعتد العقد على جواز الاستخدام بالإذن العرفي؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً. كما أن نية وإرادة المتعاقدين في عقد الوديعة الجارية لا تختلف عن نية وإرادة العاقدين في عقد الوديعة لأجل، ولا تأثير لطول مدة استخدام المال المودع أو قصرها؛ لأن إعطاء المال من

(١) مادة ١١٣ من القانون التجاري الأردني، انظر النمري، أحمد نبيل، مبادئ العلوم المصرفية، (ط١، ١٩٨١م)، ١٧٨، ولقد نص عقد فتح الحساب الجاري في المصرف الإسلامي الأردني إعطاء المصرف الحق في استخدام المال المودع.

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٤٢٢/٣).

أجل استخدامه من قبل الأخذ يعد قرضاً ولو كانت المدة المأذون باستعمال المال فيه ساعة أو شهراً، فليت شعري كيف تعتبر الوديعة لأجل قرضاً<sup>(١)</sup>، ولا تعتبر الوديعة الجارية كذلك؟!.

ويرد على دليلهم الثالث بأنه مبني على دعوى أن العقد هو عقد وديعة وهو محل نزاع، والواقع أن ليهم لطبيعة العقد هو الذي جعلهم يحكمون بفساد الشرط ولو أنهم اعتبر العقد عقد قرض لما احتاجوا لمثل هذا الحكم على الشرط المتفق عليه فكان من الحري بهم أن يأتي بعقد في الشريعة الإسلامية يتوافق مع أحكام وشروط عقد الوديعة الجارية بدلاً من الإتيان بعقد لا يتفق مع أحكامها وشروطها ثم يضطره للحكم بفساد الشروط كما حصل معه.

ويرد على دليلهم الرابع بأن التزام المصرف الحذر الشديد في استعمال الوديعة لا يجعل العقد عقد وديعة حقيقية لمخالفته لأحكام عقد الوديعة، والمقصد منه ولا يخرج عن عقد القرض لموافقته له في الحكم والمقصد.

ويرد على دليلهم الخامس بأن المصرف يتصرف بالمال بإذن القانون الذي ينظم علاقة المصرف مع المودعين<sup>(٢)</sup>. ويعتبرها علاقة دائن ومدين ويأذن العرف الذي يقضي بأن المصرف يأخذ الأموال لينتفع بها ويردها عند الطلب مع العلم بأنه لا يوجد تصريح من المودع بمنع المصرف من استخدام المال وإنما فإنه ما يريده المودع هو فتح حساب جار يمكنه من الحصول على ماله في أي وقت شاء بل قد جاء النص في عقد الحساب الجاري لدى بعض المصارف إعطاء المصرف حق التصرف بالمال<sup>(٣)</sup>.

وأما بالنسبة لاعتبار المودع دائناً كبقية الدائنين عند إفلاس المصرف فهو نتيجة طبيعية لأي قرض ولا يشترط علم المقرض بهذا الحكم حتى يصير العقد عقد قرض.

ويرد على دليلهم السادس بأنه وإن سلم بأن من مقاصد القرض هو الاحتساب وتحصيل الأجر والثواب لكن هذا لا يمنع من الإقراض للغني، فلو أعطى شخص لغني مالاً ينتفع به ثم يرده لا يخرج عن كونه قرضاً لأن القرض هو إعفاء المال للغني لينتفع به<sup>(٤)</sup>. ولو أن إعطاء المال للغني لينتفع به لا يعد قرضاً لجاز إعطاء المال للغني لينتفع به ثم يرد مبلغاً زائداً على ما أخذ ولا أظن أحداً قال بذلك.

(١) الأمين، الودائع المصرفية النقدية (ص ٢٣٢).

(٢) النمري، مبادئ العلوم المصرفية، ص ١٧٨.

(٣) لقد جاء هذا في نص العقد الذي يوقعه المودع لفتح الحساب الجاري في المصرف الإسلامي الأردني.

(٤) ابن مفلح، ٢٤/٤.

وأما بالنسبة لدليلهم السابع فإنه في الحقيقة يؤكد القول بأن الحساب الجاري ليس إلا فرضاً لأن جعل العميل دائناً كبقية الدائنين هو حكم من أحكام الفرض وعدم علم العميل بهذا الحكم لا يغير حكم العلاقة بين العميل والمصرف.

ويرد على دليلهم الثامن بأن الحل لا يكون بأن نجعل العقد الذي تنطبق عليه أحكام القرض عقد وديعة، فالعقد الذي تنطبق عليه أحكام عقد القرض يجب إعطاؤه حكم القرض، وإنما الحل أن نغير الأحكام والقوانين التي تحكم عقد الحساب الجاري حتى تتوافق مع الوديعة، وعندها نطبق عليه حكم الوديعة. ولكن إذا استمر في تطبيق أحكام القرض على الحساب الجاري فإنه يظل قرضاً ويكون الحل عندها بحض الناس على عدم الإقدام على هذا النوع من الحسابات لأن المفساد إذا عظمت فإنه يصبح درؤها أولى من جلب المنافع.

ويرد على الدليل التاسع بأن العقد إذا تحققت فيه أحكام عقد من العقود الفقهية المعروفة فإنه يصبح من الواجب تطبيق أحكام ذلك العقد الفقهي عليه، ولما تحققت أحكام القرض على الحساب الجاري كان من الواجب تحريم كل نفع يعود على صاحب القرض.

#### الرأي الراجح:

بعد النظر في أقوال أهل العلم وأدلتهم فإن الذي يترجح اعتبار الحساب الجاري قرضاً لانطباق أحكام القرض عليه، فالمصرف يأخذ المال لينتفع به بناءً على القانون الذي يعطيه هذه الصلاحية ولوجود الإذن العرفي، فالوديع لم يمنع المصرف من استخدام المال بل غاية ما يريده المودع فتح حساب يمكنه من الحصول على ماله في أي وقت شاء، كما إن هذا الأمر ينطبق على عامة أحكام القرض عند إفلاس المصرف، وكذلك فيما يتعلق بضمان المال فالعقد عقد قرض مهما كانت تسميته لأن العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ولقد كان قرار المجمع الفقهي هو اعتبار هذا النوع من الودائع قرضاً وينص على ذلك

القرار ٨٦ حيث جاء فيه:

الودائع تحت الطلب (الحساب الجاري) سواء أكانت لدى البنوك الإسلامية أو البنوك الربوية هي قروض بالمنظور الفقهي حيث إن المصرف المستلم لهذه الودائع يده يد ضمان وهو ملتزم شرعاً بالرد عند الطلب ولا يؤثر على حكم القرض كون البنك (المقرض) مليئاً.

## المطلب الثاني: الودائع المصرفية لأجل وياخطر سابق في المصارف غير الإسلامية

سأتكلم في هذا المطلب عن نوعين من الودائع، الودائع لأجل، والودائع بإخطار سابق، وسأقوم في البداية بالتعريف بهما ومن ثم التكيف الفقهي لهما.  
أولاً: الودائع لأجل:

وهي النقود التي تعطى للمصرف لأجل معين قد يكون سنة أو ستة أشهر أو ثلاثة شهور، ولا يلتزم المصرف بردها إلا بعد انتهاء الأجل المتفق عليه، وتعطي المصارف عليها فوائد ربوية تزداد كلما زادت مدة الأجل<sup>(١)</sup>.

ثانياً: الودائع بإخطار سابق.

وهي النقود التي تعطى للمصرف من دون تحديد مدة معينة لبقائها عنده ولا يستطيع صاحب هذه النقود سحبها أو سحب جزء منها إلا بعد مدة معينة من إخطار المصرف بذلك<sup>(٢)</sup>.  
وأما بالنسبة للتخريج الشرعي لهذه الودائع المصرفية فإنه ينحصر في ثلاثة تخريجات.

التخريج الأول:

ذهب سامي حمود ومحمد شبير والشنقيطي وحسن الأمين وعلي السالوس ومحمد العريزي<sup>(٣)</sup> إلى القول بأن هذه الودائع هي عبارة عن قروض وليست ودائع حقيقية بالمعنى الشرعي.

ولقد بنوا وجهة نظرهم على ما يأتي:

(١) عوض، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة (ص٣٢)، الحسيني، أحمد حسن الحسيني، الودائع المصرفية، ط١، دار ابن حزم، بيروت، ١٤٢٠هـ (ص٨٢)، الشنقيطي، محمد مصطفى الشنقيطي، دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة، ط٢، دار العلوم والحكم، المدينة المنورة، ٢٠٠١م (٢٧٠/١).

(٢) عوض، عمليات البنوك (ص٣٢)، الحسيني، الودائع المصرفية (ص٨٢)، الشنقيطي، دراسة شرعية (٢٧١/١).

(٣) حمود، سامي محمود، نظرية الأعمال المصرفية، ط١، ١٩٨٦م (ص٢٨٨)، شبير، المعاملات المالية المعاصرة، محمد عثمان شبير، ط١، دار النفائس، ١٩٩٦م (ص٢٢٢)، الشنقيطي، دراسة شرعية (٢٧٣/١)، الأمين، حسن عبد الله الأمين، الودائع المصرفية، ط١، دار الشرق، جدة، ١٩٨٣م (ص٢٣٤)، العريزي، الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية ص٢٢٩ - ٢٣٠، السالوس، الإقتصاد الإسلامي ١٦٢/١.

أولاً: بالنظر إلى طبيعة العقد الذي يعقده صاحب النقود مع المصرف، فصاحب المال يعطي المال للمصرف حتى يستفيد المصرف من هذا المال بالتصرف فيه، وإعطاء الشيء ليستعمله الآخذ يعد عارية؛ لأن العبرة في العقود المعاني لا الألفاظ والمباني، ولما كان المأذون باستعماله من المصرف نقوداً وهي تهلك بالاستعمال فإن العقد يعتبر عقد قرض<sup>(١)</sup> كما نص على ذلك الكثير من الفقهاء<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: إن المقصود من عقد الوديعة الحفظ وهو معدوم هنا، لأن الإذن باستعمال النقود وتعرضها للضياع منافٍ تماماً لمقصد الحفظ الموجود في عقد الوديعة<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: إن الوديعة لا يضمنها الوديع إلا في حالة التعدي أو التقصير، بينما الأموال التي توضع لدى البنوك فإنها مضمونة عليهم ولو كان الهالك بقوة قاهرة كالقرص تماماً<sup>(٤)</sup>.

رابعاً: واستأنسوا بما جاء عن بعض القانونيين الفرنسيين الذين كيفوا العقد على أنه عقد وديعة، حيث رأوا بأن هذا التكيف ليس له إلا قيمة نظرية فقط؛ وذلك لتعارض هذا التكيف مع النتائج العملية التي تترتب على الإيداع المصرفي، مما يضعف هذا التكيف<sup>(٥)</sup>.

خامساً: إن الكثير من قوانين الدول العربية قد نصت على اعتبار هذه الطريقة من الإيداع قرصاً<sup>(٦)</sup>.

(١) الشنقيطي، دراسة شرعية (٢٧٢/٢)، الأمين، الودائع المصرفية (ص٢٣٢)، الحسيني، الودائع المصرفية (ص١٠١).

(٢) الدسوقي، حاشية الدسوقي (٤٣٥/٣)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (٥٠٤/٤)، الزيلعي، تبين الحقائق (١١١/٤).

(٣) حمود، نظرية الأعمال المصرفية (ص٢٨٨).

(٤) الشنقيطي، دراسة شرعية (٢٧٢/١).

(٥) البارودي، علي، العقود وعمليات البنوك التجارية، دار المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨م (ص٢٧٨)، حمود، نظرية الأعمال المصرفية (ص٢٨٨).

(٦) إرجع إلى الترخيص الأول من المطلب الأول السابق (ص٢١٧).

### التخريج الثاني:

ذهب البعض إلى أن العقد بين صاحب المال والمصرف عقد مضاربة، فهم يرون أن المصرف يأخذ المال على اعتبار كونه مضارباً في المال، وما يقدمه المصرف من فوائد هي الأرباح التي حصل عليها المصرف نتيجة لمضاربتة في المال<sup>(١)</sup>.

والحقيقة أن هذا التخريج يخالف الواقع؛ لأن الربح في عقد المضاربة لا يكون معلوماً كما هو الحال في الودائع المصرفية، بل إن المال لا يكون مضموناً فقد يخسر المضارب المال ولا يعود لرب المال ماله، وهو ما يخالف الواقع في الودائع المصرفية.

كما أن المال في عقد المضاربة يكون أمانة في يد المضارب لا يضمنه المضارب إلا في حالة التعدي أو التقصير بينما الودائع المصرفية فإن المصرف يضمنها مطلقاً<sup>(٢)</sup>.

### التخريج الثالث:

ذهب البعض إلى اعتبار العقد عقد وديعة ناقصة، قد جرى عليها العمل في المصارف، فالمودع عنده لا يحتفظ بعين المال في هذه الوديعة وإنما يرد مثله عند الطلب، فهو عقد جديد جائز شرعاً<sup>(٣)</sup>.

ويرد على هذا التخريج بأنه لا حاجة لاعتبار هذا العقد عقداً جديداً ما دام من الممكن إلحاقه بالعقود الفقهية المعروفة، وقد أمكن إلحاق هذا العقد بالقرض فلا داعي لمثل هذا التخريج.

### الرأي الراجح:

وبعد النظر في التخريجات الفقهية فإن الذي يترجح هو اعتبار هذه الودائع قروضاً يقدمها أصحاب الأموال للمصرف وذلك لقوة أدلة أصحاب هذا التخريج إذ أن العقد المبرم في هذه الودائع المصرفية ينطبق تماماً على الأحكام الفقهية في عقد القرض؛ إذ العبرة في العقود للمعاني لا الألفاظ والمباني.

وعليه فإن يد المصرف على هذا المال هي يد ضمان لا يد أمانة، فالمصرف يضمن المال ولو كان الهالك بقوة قاهرة.

(١) شبير، المعاملات المالية المعاصرة (ص ٢٢٢).

(٢) الشنقيطي، دراسة شرعية (١/٢٧٢).

(٣) الجمال، غريب الجمال، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الإتحاد العربي

(ص ٨٦)، الشنقيطي، دراسة شرعية (١/٢٧٦).

### المطلب الثالث: الودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية

تقوم المصارف الإسلامية بقبول ودائع استثمارية تدر الربح على أصحابها وهذه الودائع تقوم على أساس المضاربة كما ينص على ذلك في عقد تلك الودائع، فصاحب الوديعة قد يحصل على الربح وقد لا يحصل عليه كما هو الحال في عقد المضاربة<sup>(١)</sup>.

وعليه فإن يد المصرف الإسلامي على هذا المال يد أمانة فلا يضمن المصرف المال إلا في حالة التعدي أو التقصير.

ولقد ذهب سامي حمود إلى القول بتضمين المصرف لهذه الودائع<sup>(٢)</sup> وأيد وجهة نظره بأمرين اثنين:

**الأول:** القياس على الأجير المشترك<sup>(٣)</sup> فكما أن الأجير المشترك يضمن ما عنده من غرض لغيره، فكذلك المضارب بجامع أن كل واحد منها يأخذ مال غيره بقصد الحصول على الربح. ويرد على هذا القياس بأنه قياس مع الفارق لأن الربح الذي يحصل عليه الأجير المشترك يكون ربحاً معلوماً بينما الربح الذي يحصل عليه المضارب يكون نسبة شائعة غير معلومة المقدار، بل إن المضارب قد لا يربح أصلاً.

كما أن المال في المضاربة عرضة للضياع أما المال الذي وضع عند العامل المشترك ليس عرضة للضياع، بل إن ضياعه يعد دليلاً على التقريط في المحافظة عليه<sup>(٤)</sup>.

**الثاني:** بما جاء عن ابن رشد في ضمان المضارب في حالة دفعه مال المضاربة لمضارب آخر. فيرى صاحب هذه الواجهة أن المصرف يعد ضامناً لأنه يقوم بدفع أموال المودعين لأشخاص آخرين يعملون فيها<sup>(٥)</sup>.

وللرد على هذا القول لا بد من الرجوع إلى قول ابن رشد في خلط مال المضاربة الذي استند إليه صاحب هذا القول.

فلقد جاء النص في بداية المجتهد على النحو الآتي: (واختلف مالك والشافعي وأبو حنيفة والليث في العامل يخلط ماله بمال القراض من غير إذن رب المال، فقال هؤلاء كلهم ما عدا

(١) شبير، المعاملات المالية المعاصرة (ص٢٢٣)، الشنقيطي، دراسة شرعية (٢٧٠/١)، الحسني، الودائع المصرفية (ص١٠٩).

(٢) حمود، تطور الأعمال المصرفية (ص٢٤٢).

(٣) المرجع السابق (ص٢٤٣).

(٤) الأمين، الودائع المصرفية النقدية (ص٣٢٣).

(٥) حمود، تطور الأعمال المصرفية (ص٢٤٢).

مالكاً هو تعدد ويضمن، وقال مالك: ليس بتعددي، ولم يختلف هؤلاء المشاهير من فقهاء الأمصار، أنه إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسراناً<sup>(١)</sup>.

والذي يظهر من كلامه أنه عطف القول بالضمان عند العلماء في حالة دفع المال لمضارب آخر على كلامه في الخلط بغير إذن، فدل على أنه يريد الدفع لمضارب آخر بغير إذن، ولكنه لم يذكر القيد في الجملة المعطوفة اكتفاءً بذكره في الجملة المعطوفة عليها<sup>(٢)</sup>.

ويدل على هذا القول ما ذكرته من أقوال الفقهاء في فصل المضاربة والشركة عن دفع مال المضاربة لشخص آخر ليعمل فيه<sup>(٣)</sup>.

وذهب محمد الصدر إلى القول بضمان المصرف للمال باعتباره طرفاً ثالثاً لا دخل له بالمضاربة أصلاً، فهو يرى أن المصرف ليس العامل في المال بل هو وسيط بين رب المال والعامل<sup>(٤)</sup>.

ويرد على هذا القول بأن العقد الذي يبرمه المودع مع المصرف ينص على كون المصرف مضارباً مطلقاً في المال الذي يودع إليه، والمضارب الذي يطلق له التصرف يجوز أن يدفع مال المضاربة لشخص آخر لمضارب به وهذا لا يخرجها عن كونها مضاربياً<sup>(٥)</sup>.

كما أن المصرف يقوم في كثير من الأحيان باستخدام هذا المال بنفسه في كثير من الأعمال التجارية.

ولقد ذهب الفنجري<sup>(٦)</sup> إلى القول بتضمين المصرف للودائع الاستثمارية وأيد كلامه بأن قياس الوديعة الاستثمارية في المصارف الإسلامية على المضاربة لا يصح إذ المصرف الآن لم يعد يقوم بعملية مضاربة واحدة أو عدد قليل من ذلك كما كان الحال في القديم.

ويقول: "على أن محاولة قياس الوديعة الاستثمارية على عقد المضاربة بحيث يأخذ حكمه الشرعي من حيث الجواز والإباحة يثير التساؤل حول مدى توفر شروط عقد المضاربة بالنسبة للوديعة الاستثمارية"<sup>(١)</sup>.

(١) ابن رشد، بداية المجتهد (١٨٢/٢).

(٢) الأمين، تطور الأعمال المصرفية (ص ٣٢١).

(٣) انظر الفصل الثالث (ص ١٦٠).

(٤) الصدر، محمد باقر، البنك اللاربوي في الإسلام، ط ٥، دار التعاون للطبوعات، بيروت، ١٩٧٧م (ص ٣١-٣٢).

(٥) عبد الحميد، الموسوعة الفقهية التمهيدية، موضوع المضاربة، (ص ٥٠).

(٦) الفنجري، محمد شوقي، نحو اقتصاد إسلامي، ط ١، شركة مكتبات عكا، ط ١٩٨١م، ١٣٠.

والحقيقة أن قيام المضارب بأخذ المال من شخص واحد أو ألف شخص لا يخرج عن حقيقة المضاربة لأن المضاربة أخذ مال الغير للعمل فيه وتقسيم الربح بين رب المال والمضارب عند حصوله وجعل الخسارة على رب المال عند حدوثها ما لم يفرض أو يقصر المضارب وهذا يتحقق في الودائع الاستثمارية فيجب تطبيق أحكام المضاربة عليها وهي عدم تحميل المضارب وهو المعرف أي نوع من الخسارة إلا عند التعدي والتقصير.

والحقيقة أننا إذا أردنا أن نعطي الحكم الشرعي لأي معاملة مالية فإن من الواجب النظر في العقود التي جاءت في الفقه الإسلامي فإذا وجدنا لهذه المعاملة الجديدة مثيلاً في الفقه الإسلامي فيصبح من اللازم تطبيق أحكام العقد الفقهي على تلك المعاملة الجديدة.

ولما كانت الودائع الاستثمارية تنطبق على عقد المضاربة المعروف في الفقه الإسلامي فلا بد من تطبيق أحكام المضاربة عليه، فلا يجوز أن يتحمل المضارب -المصرف الإسلامي- الخسارة في المال إلا عند التعدي أو التقصير<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان المصرف بأخذ المال من أناس كثر فإن هذا لا يخرج عن كونها مضارباً في مال الآخرين لأن المضاربة تقوم على أساس أخذ مال الغير للعمل فيه وتقسيم الربح الناتج بين رب المال والعامل، وعدم تحميل العامل أي نوع من الخسارة إلا عند التعدي أو التقصير، وهذا الأمر يتحقق في عقد الودائع الاستثمارية، ولا يضر هذا التخريج إعطاء الحق للمصرف في دفع هذا المال لشخص آخر على سبيل المضاربة لأن المضارب يملك هذا التصرف عند التفويض<sup>(٣)</sup>.

والمعمول به في المصرف الإسلامي الأردني هو عدم إيجاب الضمان على المصرف والذي يمثل المضارب، إلا أنه يقوم بأخذ مبلغ من المال من أرباح أصحاب الودائع الاستثمارية بعد اقتطاع نصيب المضارب لغرض الحماية من الخسارة المستقبلية ويتم وضعها في صندوق خاص يسمى صندوق مخاطر الاستثمار، وتؤول الأموال المتبقية في الصندوق بعد انتهاء الغرض الذي أخذت من أجله إلى ملكية المصرف على أساس التبرع<sup>(٤)</sup>.

(١) المرجع السابق، ١٣٠.

(٢) المرغناني، الهداية، ٢٠٩/٣، الزرقاني، شرح الزرقاني، ٤١٧/٦، الشربيني، مغني المحتاج، ٣٢١/٢، المرادوي، الإنصاف، ٤٥٧/٢.

(٣) البهوتي، شرح المنتهى، ٢١٢/٢.

(٤) هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معايير المحاسبة والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، المكتبات العامة، البحرين ص ٣٧٩ - ٣٨٠.

ويبدو أن المصرف الإسلامي الأردني لما جنب حصة المصرف في الربح عن الأخذ منها أراد بذلك تجنب تحميل المضارب أي جزءٍ من الخسارة التي قد تحصل؛ لأن الأخذ من حصته في الربح يؤول إلى مشاركته في تغطية الخسارة التي قد تحدث ولكن بطريقة غير مباشرة. إلا أنني لا أوافقهم على أن يؤول المال الذي في الصندوق إلى المصرف على أساس التبرع؛ لأن فكرة التبرع هنا ليست واقعية لأن المودع حين يقدم على إبرام العقد مع المصرف لا يكون له الخيار في اقتطاع ذلك الجزء من ربحه وإعطائه لغيره بل بمجرد إبرامه العقد مع المصرف فإنه يلزم بهذا الاقتطاع .

والصحيح أن تؤول محتويات الصندوق إلى أصحاب الودائع أنفسهم وبالتالي فإننا نكون قد تلافينا فكرة الإلزام بأخذ جزءٍ من أرباح أصحاب الودائع وإعطائها لغيرهم. ولقد رأى بعض المعاصرين رفض فكرة الضمان من أصلها ورأى أنه يجب تقديم الحلول لها وفق طبيعة نظام المضاربة وبما لا يخالف المبادئ الإسلامية للمضاربة، ولا يجوز أن يتحمل المصرف الخسارة وأن يُجنب رب المال منها لأن الغرم بالغنم<sup>(١)</sup>. لذلك فهو يرى أن قضية الضمان للودائع الاستثمارية في المصارف الإسلامية يجب أن تعتمد على محورين متكاملين:

الأول: محور بيئي، وذلك من خلال العمل على تشجيع الاستثمار الإسلامي.  
الثاني: محور مصرفي، وذلك من خلال اتباع الوسائل والأساليب الصحيحة لضمان نجاح استثمارات هذه المصارف.

والحقيقة وإن كنت أؤيده فيما اقترح من محاور مهمة لكن لا أرى مانعاً من اتباع ما ذكرته سابقاً من عمل احتياطي لمخاطر الاستثمار؛ لأنه لا مخالفة فيه لأسس المضاربة الشرعية كما أن فيه تشجيعاً للاستثمار في المصارف الإسلامية.

(١) أبو زيد، محمد عبد المنعم، الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية، ط١، المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، ١٩٩٦م (ص٨٨،٤٤٤).

### المطلب الرابع: الودائع المستندية والمخصصة لغرض معين

أولاً: الوديعة المستندية هي ما يقوم الشخص بدفعه للمصرف من صكوك وأوراق مالية ليقوم المصرف بحفظها ثم ردها عيناً، ولا يتصرف فيها بغير إذن صاحبها، ويأخذ المصرف مالا مقابل حفظه لهذه الأوراق والصكوك<sup>(١)</sup>.

والتخريج الفقهي لهذا النوع من الودائع اعتبارها عقد وديعة<sup>(٢)</sup>؛ لأن صاحب المستندات يعطيها للمصرف ليقوم بحفظها ورعايتها وهذا هو عقد الوديعة بعينه، وأما بالنسبة لأخذ المصرف مالا فإنه لا يُخرج الوديعة عن كونها أمانة عنده لا يضمنها المصرف إلا في حالي التقصير أو التعدي<sup>(٣)</sup>.

ويقوم المصرف في هذا النوع من الودائع ببعض الأعمال التي تستلزمها إدارة هذه الأوراق نيابة عن صاحبها، وهذا العمل يعتبر وكالة بأجر، فالمصرف يعمل بأمر صاحب هذه المستندات وفقاً لمقتضى عقد هذه الوديعة<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: الوديعة لغرض معين هي مبلغ من المال يُدفع للمصرف ويكلف المصرف بشراء أوراق مالية أو الوفاء بقيمة كمبيالة أو القيام بعمل يعينه للعميل كسداد قيمة فواتير الكهرباء، ويأخذ المصرف مالا مقابل هذا العمل.

والتخريج الفقهي لهذا النوع من الودائع لا يخرج عن عقد الوكالة<sup>(٥)</sup>، فصاحب المال هو الموكل والمصرف الوكيل، فيكون المال في يده أمانة لا يضمنه إلا في حالة التعدي أو التقصير. بينما ذهب الجمال والأمين والشنقيطي في تخريج ثانٍ له إلى اعتبار العقد عقد وديعة<sup>(٦)</sup>، والحقيقة أنه لا يمكن اعتبار العقد عقد وديعة كما يقولون؛ لأن المقصود في عقد الوديعة هو

(١) عوض، عمليات البنوك (ص ٧٥٣)، الحسيني، الودائع المصرفية (ص ٦٤).

(٢) الحسيني، الودائع المصرفية (ص ٦٤)، الشنقيطي، دراسة شرعية (ص ٢٨)، الجمال، المصارف والأعمال المصرفية (ص ٥٩).

(٣) انظر فصل الوديعة ص ٤١، أثر أخذ الأجرة على يد الوديع حيث يرى المالكية والشافعية أن يد المودع عنده تظل يد أمانة وهو ما رجحته.

(٤) الحسيني، الودائع المصرفية (ص ٥٩)، الشنقيطي، دراسة شرعية (ص ٢٨).

(٥) الشنقيطي، دراسة شرعية (١/٢٦٩).

(٦) الجمال، المصارف والأعمال المصرفية (ص ٥٩)، الأمين، الودائع المصرفية (ص ٢٢٥)، الشنقيطي، دراسة شرعية (١/٢٦٩).

إعطاء المال للآخر بقصد الحفظ والرعاية، لا بقصد التصرف فيه لمصلحة المعطي كما هو الحال في هذا النوع من الودائع والذي يتوافق تماماً مع عقد الوكالة.  
وأخذ الأجرة على الوكالة لا يجعل يد الوكيل يد ضمان بل تظل يد أمانة<sup>(١)</sup>، فلا يضمن البنك إلا في حالة التعدي أو التقصير، وأي شرط يخالف هذا الحكم يعتبر شرطاً فاسداً.

---

(١) الدمياطي، إعانة الطالبين (٩٤/٢)، ابن مفلح، المبدع (٣٨١/٤).

### المطلب الخامس: ودائع الخزائن الحديدية

تقوم المصارف بتوفير خزائن حديدية للراغبين بحفظ أموالهم أو أوراقهم المهمة وأشياءهم الثمينة مقابل مبلغ من المال يدفعونه للمصرف، ولكل خزانة مفتاحان يسلم أحدهما للمتعامل مع المصرف ويحفظ الآخر لدى المصرف<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للتخريج الفقهي لمثل هذا النوع من الودائع فإن كل من استطعت أن أصل إلى كلامهم من أهل الفقه يرون العقد عقد إجارة بين صاحب الأشياء المراد حفظها وبين المصرف مالك تلك الخزانة<sup>(٢)</sup>.

ويرى بعض أصحاب هذا التخريج أن صاحب الغرض المراد صونه يدفع مالا للمصرف مقابل الحصول على منفعة الخزانة التي لدى البنك فهم يبنون وجهة نظرهم على أن العقد ينصب أساساً على الانتفاع من تلك الخزانة<sup>(٣)</sup>.

والواقع أن العقد ينصب على الحفظ والرعاية للأشياء المراد وضعها في تلك الخزينة لا الانتفاع بتلك الخزينة ولو كان الأمر كذلك لكان من الممكن أن ينزع المصرف الخزانة من صالة الخزائن ثم يعطيها للعميل قائلًا له: انتفع بالخزانة كيف شئت ثم أعدها عند انتهاء عقد الإجارة<sup>(٤)</sup>.

ويرى البعض الآخر<sup>(٥)</sup> أن الإجارة تقع على المنفعة التي يحصلها صاحب الغرض من المصرف وهي الحفظ والرعاية لأغراضه.

ولكني أرى أن هذا العقد هو عقد ودیعة لأن الدافع والمقصد الرئيسي منه هو حفظ الشيء الذي يوضع في خزينة المصرف ولا يعارضه ما يأخذ المصرف من مال على هذا الحفظ؛ لأنه

(١) البارودي، العقود وعمليات البنوك (ص ٢٩٥)، حمود، تطور الأعمال المصرفية (ص ٣٧٤)، الزعتري، علاء الدين الزعتري، الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الإسلامية منها، ط ١، دار الكلم الطيب، دمشق، ٢٠٠٢م (ص ٣٠٧).

(٢) الزعتري، الخدمات المصرفية (ص ٣١٦)، الحسيني، الودائع المصرفية (٦٨)، حمود تطور الأعمال المصرفية (ص ٣٧٥).

(٣) حمود، تطور الأعمال المصرفية (ص ٣٧٥).

(٤) البارودي، العقود وعمليات البنوك (ص ٢٧٠).

(٥) الزعتري، الخدمات المصرفية (ص ٣١٤).

يصبح عقد ودیعة بأجر ویظل حکم المحفوظ فی الخزانة أمانة لا یضمنه المصرف إلا فی حالة التعدي أو التقصیر<sup>(١)</sup> واشتراط الضمان علی المصرف باطل ولا یعمل به.

---

(١) لقد جاء هذا التکلیف عند أهل القانون، انظر البارودي، العقود وعمليات البنوك (ص٢٦٨، ٢٧٠)، ورأى بعضهم اعتبار هذا العقد عقد إجاره مثل علی جمال الدین، ورأى بعضهم أن العقد معاملة ذات طبیعة خاصة، انظر عوض، عمليات البنوك (ص٧٨٦)، قلیوبي، سميحة قلیوبي، الأسس القانونية لعمليات البنوك، مكتبة عين شمس القاهرة (ص٧٥).

المبحث الثاني: سندات المقارضة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: حقيقة سندات المقارضة.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لسندات المقارضة.

المطلب الثالث: الصورة الشرعية لسندات المقارضة.

المطلب الرابع: الضمان في سندات المقارضة.

## المبحث الثاني: سندات المقارضة

### المطلب الأول: حقيقية سندات المقارضة

سأتحدث في هذا المطلب عن حقيقة سندات المقارضة التي اقترحت وسيلة لوزارة الأوقاف لتقوم بتمير أموال الأوقاف المختلفة، وكما جاء في قانون سندات المقارضة رقم (١٠) لعام ١٩٨١م.

ومن المعلوم أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره فكان من الطبيعي البدء بتعريف سندات المقارضة وذكر عناصرها.

فلقد عرفها قانون سندات المقارضة بأنها: الوثائق المحددة القيمة التي تصدر باسم مالكيها مقابل الأموال التي قدموها لصاحب المشروع بقصد تنفيذ المشروع واستغلاله وتحقيق الربح ويحصل مالكو السندات على نسبة محددة من أرباح المشروع وتحدد هذه النسبة في نشرة الإصدار ولا تنتج سندات المقارضة أية فوائد كما لا تعطي مالكيها الحق في المطالبة بفوائد سنوية محددة<sup>(١)</sup>.

ويبدو أن هذا التعريف وصفي لا حدّي، ولقد تقصدت ذكر هذا التعريف للتوصل إلى حقيقة سندات المقارضة، إلا أن هذا التعريف لا يعطي صورة كاملة عن حقيقة هذه السندات؛ لأنه يغفل عن نقطة مهمة فيها وهي إرجاع قيمة هذه السندات لأصحابها بصفة تدريجية وكيفية هذا الإرجاع.

لذلك فإن تعريف حمود كان أكثر وضوحاً فعرفها بأنها: الوثائق الموحدة القيمة والصادرة بأسماء من يكتتبون فيها مقابل دفع القيمة المحررة بها، وذلك على أساس المشاركة في نتائج الأرباح أو الإيرادات المتحققة من المشروع المستثمر فيه بحسب النسب المعلنة على الشبوع مع مراعاة التصفية التدريجية المنتظمة لأصل رأس المال المكتتب به عن طريق تخصيص الحصة المتبقية من الأرباح الصافية لإطفاء قيمة السندات جزئياً حتى السداد التام<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال تعريف سندات المقارضة نلاحظ أن فكرة هذه السندات تقوم على العناصر

التالية:

(١) المادة (٢)، قانون سندات المقارضة رقم (١٠)، لعام ١٩٨١م.

(٢) حمود، سامي حسن، بحث بندات المقارضة والفرق بينهما وبين سندات التنمية وشهادات الاستثمار مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجده، ١٩٨٧م، نشرة المعهد الإسلامي للبحوث (ص٥).

أولاً: وثائق تسجل مقدار الأموال التي قدمها المكتتبون لمشروع معين بقصد تنفيذه لتحقيق الربح<sup>(١)</sup>.

ثانياً: أن كل وثيقة من هذه الوثائق تحمل قيمة محددة.

ثالثاً: أن هذه الوثائق تحمل أسماء من يمتلكونها.

رابعاً: أن كل وثيقة تستحق نسبة من ربح المشروع يعلن عنه في نشرة الإصدار.

خامساً: أن النسبة المتبقية من الربح تخصص لسداد قيمة السندات لأصحابها فلو كانت نسبة الربح لأصحاب الوثائق ٧٠% فإن نسبة الربح المتبقية ٣٠% والتي هي لوزارة الأوقاف تعطي لأصحاب الوثائق لسداد قيمة سنداتهم ويكون في مواعيد معينة وتكون مبينة في نشرة الإصدار الخاصة بالمشروع.

سادساً: أن سداد قيمة السندات يكون بالقيمة الاسمية لها أي بالقيمة التي دُفعت للحصول على تلك السندات.

سابعاً: بعد السداد التدريجي لقيمة السندات — والذي يسمى بالإطفاء — يصبح المشروع مملوكاً ملكاً خالصاً لوزارة الأوقاف.

ومما تجدر الإشارة إليه أن الدولة تكفل لأصحاب السندات أموالهم التي دفعوها للحصول على السندات كما نصت المادة (١٢) حيث جاء فيها: تكفل الحكومة تسديد قيمة سندات المقارضة الاسمية الواجب إطفائها بالكامل في المواعيد المقررة، وتصبح المبالغ المدفوعة لهذا السبب قرصاً ممنوحاً للمشروع بدون فائدة تستحق الوفاء فور الإطفاء الكامل للسندات<sup>(٢)</sup>.

(١) العبادي ، عبد السلام، بحث سندات المقارضة قدم للمجمع الإسلامي بجدة، ١٩٨٧م و نشرته المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ذكر هذا العنصر ومعظم العناصر الأخرى العبادي في بحثه بناء على قانون سندات المقارضة رقم (١٠) ١٩٨١م.

(٢) قانون سندات المقارضة رقم (١٠) لعام ١٩٨١م انظر ملحق رسالة إسماعيل، عمر مصطفى، سندات المقارضة، قدمت في الجامعة الأردنية، ٢٠٠٣هـ، بإشراف الدكتور عارف أبو عيد.

## المطلب الثاني: التكيف الفقهي لسندات المقارضة

وبعد التعرف على طبيعة سندات المقارضة نتعرف على أقوال العلماء في التخريج الفقهي لهذا العقد.

### التخريج الأول:

ذهب جماعة من أهل العلم إلى اعتبار العقد عقد قرض ومن ذهب إلى هذا الرأي السالوس والضرير والأمين ومنيع<sup>(١)</sup>، فهم يرون أن أصحاب السندات مقرضون لوزارة الأوقاف بمقدار ما يدفعون من مال لامتلاك السندات وأيدوا وجهة نظرهم بعدد من الأدلة:

أولاً: قالوا إن الأموال التي يدفعها أصحاب تلك السندات مضمونة على وزارة الأوقاف فلو خسر المشروع الذي أنشأته الوزارة فإن أصحاب تلك السندات يأخذون الأموال التي دفعوها كاملة، فلو كلف المشروع الذي أنشأته الوزارة خمسة ملايين ثم أصبحت قيمته ثلاثة ملايين فإن أصحاب تلك السندات يأخذون قيمتها الخمسة ملايين كاملة دون التعرف على تلك الخسارة.

وأيدوا كلامهم بالمادة رقم (١٢) التي تجعل كفالة الحكومة للسندات قرضاً في ذمة وزارة الأوقاف مما يجعل الضامن الحقيقي لقيمة السندات الوزارة نفسها، وهذا يتوافق تماماً مع عقد القرض في الفقه الإسلامي<sup>(٢)</sup>، ويخالف عقد المضاربة الذي لا ضمان فيه على العامل إلا في حالة التعدي أو التقصير.

ثانياً: أن هذه السندات تسدد بقيمتها الاسمية أي بالمقدار الذي دفعه صاحب السند عند شرائه له ولو كانت هذه السندات مضاربة لوجب تسديدها بقيمتها وقت السداد؛ لأن أصحاب رأس المال وهم هنا مالكو السندات يملكون حقاً عينياً في موجودات المشروع<sup>(٣)</sup>، ولكن الظاهر أن أصحاب السندات ليس لهم إلا حق نقدي في ذمة وزارة الأوقاف وهذا حال الدائن لا حال رب المال<sup>(٤)</sup>.

(١) السالوس، علي أحمد، بحث سندات المقارضة والاستثمار (ص٦)، الضرير، الصديق محمد، بحث سندات المقارضة (ص٥)، الأمين، حسن عبد الله، بحث سندات المقارضة وسندات الاستثمار (ص٧)، منيع، عبد الله بن سليمان، بحث سندات المقارضة (ص٣)، جميع هذه البحوث قدمت لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة عام ١٩٨٧م ونشرها المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

(٢) المصري، رفيق يونس، بحث سندات المقارضة قدم هذا البحث لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي بجدة ١٩٨٧م ونشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، السالوس سندات المقارضة (ص٦)، الأمين، سندات المقارضة (ص٧)، الضرير، سندات المقارضة (ص٥).

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع (١٠٠/٦)، البهوتي، كشاف القناع (٥٢١/٣)، الشيرازي، المهذب (٣٨٨/١).

(٤) المصري، بحث سندات المقارضة (ص٥)، الأمين، سندات المقارضة (ص٧).

### التخريج الثاني:

ذهب السلامي والعثماني<sup>(١)</sup> إلى أن العلاقة بين أصحاب السندات ووزارة الأوقاف علاقة مضاربة، فأصحاب السندات أصحاب رأس مال والوزارة العامل في رأس المال، إلا أنهم يرون أن هذه المضاربة تحوي العديد من نقاط الخلل ولا بد من تصحيحها حتى تصبح مضاربة شرعية صحيحة.

ويوافق أصحاب هذه الوجهة أصحاب التخريج الأول في انتقاداتهم الموجهة إلى العقد<sup>(٢)</sup>. كما أنهم رأوا أن الاستمرار في توزيع الأرباح بناءً على القيمة الاسمية على الرغم من تناقص حصة أصحاب السندات في المشروع بسبب عملية الإطفاء التدريجي لا مبرر له، لأن الشخص يستحق الربح في هذا العقد بماله ولما نقص المال الذي شارك فيه كان من الطبيعي أن ينقص العائد الذي يحصل عليه فالاستمرار بإعطائه الربح كما لو كان ماله يعادل القيمة الاسمية التي دفعها لا يجوز والواجب أن يتناقص ربحه بتناقص المال الذي يشارك فيه<sup>(٣)</sup>. والحقيقة أن الانتقادات التي وجهت من أصحاب هذا التخريج تجعل العقد أقرب إلى عقد القرض منه إلى عقد القراض.

### التخريج الثالث:

ذهب العبادي وحمود<sup>(٤)</sup> إلى أن العقد عقد مضاربة شرعية فأصحاب السندات هم أصحاب رأس المال والوزارة هي العامل يستحق كل طرف نسبته من الربح حسب الاتفاق. وأيدوا وجهة نظرهم هذه بعدد من الأدلة: أولاً: إن وزارة الأوقاف تعتبر مضارباً في المال الذي تأخذه من أصحاب السندات. وضمن الحكومة للقيمة الاسمية والتي هي رأس المال هو ضمان من طرف ثالث وهو أمر جائز ولا ضمان على المضارب والذي هو وزارة الأوقاف<sup>(٥)</sup>.

(١) السلامي، محمد المختار، بحث سندات المقارضة وسندات التتمية قدم لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي في جدة، ١٩٨٧م، العثماني، محمد تقي، بحث سندات المقارضة قدم للبحث لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي جدة، ١٩٨٧م نشره المعهد الإسلامي للبحوث والدراسات (ص٢).

(٢) العثماني، بحث سندات المقارضة (ص١٠،٤)، السلامي، بحث سندات المقارضة (ص١٣،١٧).

(٣) العثماني، سندات المقارضة (ص١١).

(٤) العبادي، عبد السلام، بحث سندات المقارضة، قدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة عام ١٩٨٧ (ص٦)، حمود، سندات المقارضة (ص٧).

(٥) حمود، سندات المقارضة (ص١٢)، العبادي، سندات المقارضة (ص١٥).

ثانياً: إن المال الذي يدفعه أصحاب السندات يعد رأساً للمال في المضاربة وعند التصفية يأخذ المضارب ما دفعه من رأس المال والباقي يكون أرباحاً<sup>(١)</sup>.

#### التخريج الرابع:

ذهب البعض<sup>(٢)</sup> إلى أن العلاقة بين أصحاب السندات والوزارة بالإضافة إلى عقد المضاربة عقد شركة باعتبار أن هناك مشاركة في المشروع بين المكتتبين والجهة المصدرة تتناقص شيئاً فشيئاً وفق مواعيد الإطفاء لمصلحة الجهة المصدرة وهي وزارة الأوقاف.

#### مناقشة الأدلة:

ولقد رد القائلون بأن سندات المقارضة مضاربة حقيقية على أدلة القائلين بأن العقد عقد فرض ادعت مضاربة فاسدة.

#### أولاً:

ويرد على هذا بأن الضامن الحقيقي هو وزارة الأوقاف لأن المال الذي تدفعه الحكومة يعتبر قرضاً حسناً في ذمة الوزارة كما جاء في المادة (١٢) من قانون سندات المقارضة.

ثانياً: فيما يتعلق برد القيمة الاسمية لا القيمة الحقيقية:

ويرد على هذا بأن رأس مال المضاربة قد استعمل في إعداد المشروع، فإذا أردنا أن نصفي المقارضة فإن أصحاب السندات يملكون رأس مالهم بالإضافة إلى ما فيه من ربح إذا وجد الربح وقد يخسر هذا المشروع فلا بد من تقدير قيمة هذا المشروع عند كل إطفاء حتى يأخذ اصحاب السندات حقوقهم الصحيحة<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: فيما يتعلق بإعطاء صاحب السند الربح كاملاً على الرغم من بدء عملية الإطفاء.

ولقد برر العبادي هذا الأمر بمبررين<sup>(٤)</sup>:

الأول: لأن الأرباح هي أرباح أموال أصحاب السندات فيجب أن يأخذوا أرباحهم.

ويرد عليه بأنهم يستحقون الربح بما يملكون من نسبة من المشروع فإذا قلت النسبة التي يملكونها كان الواجب أن تقل حصتهم من الربح وأن تُستحق للوزارة التي اشترت أصلها من خلال عملية الإطفاء<sup>(٥)</sup>.

(١) العبادي، سندات المقارضة (ص ٩).

(٢) العبادي، سندات المقارضة (ص ١٠)، ذكر هذا القول العبادي ولم ينسبه إلى قائله.

(٣) العثماني، سندات المقارضة (٩).

(٤) العبادي، سندات المقارضة (ص ٢٣).

(٥) العثماني، سندات المقارضة (ص ١٠).

**الثاني:** رأى في هذا الأمر تشجيعاً لعملية الاستثمار.

والحقيقة أن هذا المبرر واهٍ جداً؛ لأن تشجيع الاستثمار لا يبرر ارتكاب المحذور.

وأما بالنسبة للقول بأن العقد يحتوي على عقد شركة فإن هذا غير صحيح وإنما الذي يحدث هو أن الوزارة بعد عملية الإطفاء تملك جزءاً من المشروع، فيصير مملوكاً مشتركاً بين الوزارة وأصحاب السندات، فتستحق الوزارة جزءاً من الربح بناءً على الحصة التي ملكتها من المشروع.

### **الرأي الراجح:**

وبعد النظر في أقوال العلماء فإن الذي يترجح القول بأن العلاقة بين أصحاب السندات ووزارة الأوقاف بناءً على القانون رقم (١٠) لعام ١٩٨١م علاقة قرض محرمة، لأنها تجر النفع للمقترضين وهم أصحاب السندات، لقوة الانتقادات الموجهة إلى سندات المقارضة حتى إن الذين قالوا بجواز التعامل بالسندات لم يستطيعوا رد هذه الانتقادات إلا بردود واهية ضعيفة، كما أن العبرة في العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، فأصحاب السندات يستردون ما يدفعونه بغض النظر عن تقدير المشروع، وكما أن الوزارة تضمن لهم رد أموالهم التي دفعوه بغض النظر عن الربح أو الخسارة وهذا يتوافق تماماً مع طبيعة عقد القرض.

وإذا كان العقد عقد قرض فإنه يكون مضموناً على المصدر لهذه السندات مطلقاً.

### المطلب الثالث: الصورة الشرعية لسندات المقارضة

وبعد أن ذكرت التوصيف الشرعي لسندات المقارضة بناءً على القانون رقم (١٠) لعام ١٩٨١م أرى أنه لا بد من الإشارة إلى كيفية معالجة نقاط الخلل في السندات المقترحة حتى تصبح المعاملة مضاربة شرعية.

فلا بد للوزارة عند عملية الإطفاء أن تقدر القيمة الواقعية للمشروع ومن ثم يتم الإطفاء بناءً على رأس المال الذي دفعه أصحاب السندات مضافاً إليه نسبة ربح أصحاب السندات إذا كانت قيمة المبنى قد ارتفعت ويتمثل هذا بالقيمة السوقية عند الإطفاء مع خصم حصة المضارب منه<sup>(١)</sup>.

وإذا كانت هناك خسارة فإن غلة المشروع تُستحق لأصحاب السندات إلى غاية الوصول إلى رأس المال الذي يملكه أصحاب السندات في المشروع فإن بقي شيء يوزع حسب النسبة المتفق عليها وإن لم يبق شيء فالوزارة لا تستحق شيئاً من الربح فلا تتم عملية الإطفاء إلا أن يسبقها عملية إطفاء، فإن الإطفاء يصبح بقدر العائد الذي تملكه وزارة الأوقاف بحكم ما تملكه الوزارة من المشروع الذي نجم عن عملية أو عمليات الإطفاء السابقة.

فلو فرضنا أن مقدار الخسارة لأصحاب السندات تقدر بمليون وكان عائد الإيجار مليوناً وكانت الوزارة تملك بالإطفاء السابق ربع المبنى فإن الوزارة تستحق ربع الأرباح يحكمها مالكة لربع المبنى وهو ما يساوي مئتان وخمسون ألفاً، ويذهب المبلغ المتبقي لأصحاب السندات كاملاً لسد الخسارة، وفي هذه الحالة يمكن للوزارة أن تقوم بالإطفاء بقدر المبلغ الذي حصلت عليه من الربح وهو مئتان وخمسون ألفاً، بينما لو لم تملك الوزارة شيئاً في المبنى لعدم وجود عملية إطفاء سابقة فإن المال كله يصبح مستحقاً لأصحاب السندات.

وإن لم يكن في المشروع خسارة فإن العوائد توزع حسب الاتفاق، فتأخذ الوزارة نسبتها من الربح لكونها العامل في مال المضاربة، وتأخذ الوزارة أيضاً حصتها من الفوائد بحكم تملكها نسبة من المشروع إذا كان هناك عملية إطفاء سابقة ومن مجموع الأرباح تستطيع الوزارة أن تقوم بعملية الإطفاء الجديدة.

فلو كانت الغلة مثلاً مليون دينار وكانت الوزارة تمتلك خمس المشروع، فإن الوزارة تأخذ خمس الأرباح لكونها مالكة بمقدار الخمس وأما المبلغ المتبقي وهو ثمانمائة ألف فتأخذ الوزارة حصتها منه لكونها عاملاً فلو كانت الحصة المتفق عليها هي الربع فيأخذ الوزارة ربع الثمانمائة

(١) العثماني، سندات المقارضة (ص ١٠).

ألفٍ وهو ما يساوي مئتا ألف فيكون نصيب الوزارة من الأرباح هو أربعمائة ألف، وبإمكانها أن تقوم بعملية الإطفاء بهذا المبلغ.

وبعد أن أشرت إلى الخلل الذي يتعلق بعملية الإطفاء لا بد من الإشارة إلى أن العائد لأصحاب السندات يجب أن يقل بعد عملية الإطفاء لا أن تظل الأرباح ثابتة لأصحاب السندات على الرغم من حصول الإطفاء.

فلو كانت الغلة مئة ألف دينار، وقد ملكت الوزارة ربع المشروع بعملية إطفاء سابقة وقد كان الاتفاق أن تكون نسبة الأرباح مثلاً مناصفة فلا يجوز لأصحاب السندات أن يأخذوا نصف المئة ألف بل لا بد أن يأخذ الوزارة حصتها من الربح لكونها تملك الربع وهو ما يساوي الخمسون ألفاً ثم توزع المئة والخمسون ألفاً مناصفة.

وأما فيما يتعلق بالضمان فالأصل أن لا تضمن الوزارة شيئاً إلا ما كان نتيجة التعدي أو التقصير منها ولا يجوز أن تضمن الوزارة مطلقاً بأي شكل من الأشكال.

### المطلب الرابع: الضمان في سندات المقارضة

بعد أن تحدثت في المطلب السابق عن سندات المقارضة الشرعية أردت أن أتحدث في هذا المطلب عن آليات الضمان المقترحة بحيث لا تتعارض مع طبيعة عقد القراض الذي تمثله هذه السندات.

#### الاقتراح الأول:

ذهب البعض<sup>(١)</sup> إلى جواز أن تضمن الحكومة هذه السندات كطرف ثالث مستقل بحيث لا يكون للجهة المصدرة أو حملة السندات أية صلة مباشرة أو غير مباشرة في تحمل تبعات هذا الضمان.

ولقد أيدوا وجهة نظرهم بعدد من الأدلة:

أولاً: أن المحذور في المضاربة قيام العامل بضمان المضاربة، والعامل في سندات المقارضة الجهة المصدرة لا يضمن المال، وإنما الضامن هو طرف ثالث لا علاقة له بسندات المقارضة ويكون ضمانه ملزماً على القول بلزوم الوعد<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: القياس على ما جاء عن الحنفية في ضمان الطريق، وهو أن يقول شخص لآخر: أسلك هذا الطريق إنه آمن فإن أخذ مالك فأنا ضامن فإن أخذ ماله فإنه يلزمه ضمانه<sup>(٣)</sup>، وكذلك الحكم في سندات المقارضة فإن الحكومة قد قالت للمواطنين اسلكوا هذا الطريق من الاستثمار وإذا خسرت شيئاً فأنا ضامن لكم<sup>(٤)</sup>.

ثالثاً: القياس على فعل النبي صلى الله عليه وسلم حينما استعار من صفوان بن أمية الدروع يوم حنين فقال صفوان لرسول الله عليه السلام: أغضب يا محمد؟ فقال عليه السلام: (لا بل مضمونة)<sup>(٥)</sup>، فكما أن العارية ليست مضمونة بالأصل وإنما هي أمانة وإنما النبي عليه السلام

(١) قحف منذر، بحث سندات المقارضة وضمان الفريق الثالث (ص ٥٥)، حمود، سندات المقارضة (ص ١٢)، الأمين، سندات المقارضة (ص ١٠).

(٢) حمود، سندات المقارضة (ص ١٢)، حسن، حسين حامد، ضمان رأس المال في سندات المقارضة، قدم البحث لمجمع الفقه الإسلامي بجدة عام ١٩٨٧م، نشره المعهد الإسلامي للبحوث والدراسات (ص ٧).

(٣) الحصكفي، الدر المختار (٢٣١/٥)، ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (١٧٠/٤).

(٤) حسن، ضمان رأس المال في سندات المقارضة (ص ٨).

(٥) أبو داود، سنن أبي داود، كتاب الإجارة، باب تضمين العارية رقم (٣٥٦٢) (٢٩٦/٣)، واللفظ له، البيهقي، السنن الكبرى، كتاب العارية، باب العارية مضمونة رقم (١١٢٥٧) (٨٩/٦)، وصححه البيهقي بشواهد.

ضمنها لصفوان بالشرط فكذلك الحال في أموال السندات يجوز ضمانها بالشرط على الرغم من كون هذا المال أمانة في يد الجهة المصدرة للسندات<sup>(١)</sup>.

#### الاقتراح الثاني:

ذهب البعض إلى القول بأخذ جزءٍ من صافي الأرباح التي تنتج وتوضع في صندوق خاص، وتستخدم في ضمان الخسارة إن حصلت وبعد انتهاء المضاربة توزع الأموال المتبقية في الصندوق لجهة خيرية<sup>(٢)</sup>، وأيدوا وجهة نظرهم بدليلين اثنين:

الأول: اعتبار المال الذي في الصندوق طرفاً ثالثاً ويصح ضمان الطرف الثالث.

الثاني: بأن الربح الحاصل من المضاربة يخص أصحاب السندات والجهة المصدرة ويجوز لهما التبرع به لغيرهما إذا اتفقا على ذلك<sup>(٣)</sup>.

#### الاقتراح الثالث:

ذهب بعض العلماء<sup>(٤)</sup> إلى القول بأخذ نسبة معينة من أرباح أصحاب السندات ووضعها في صندوق خاص يؤخذ منه المال لسد خسارة أصحاب السندات وعند انتهاء المضاربة يأخذ صاحب كل سند ما أخذ من أرباحه من نسبة، ورأوا في ذلك مخرجاً من تحمل العامل تبعات الضمان جزئياً أو كلياً.

#### مناقشة الأدلة:

ويرد على أدلة أصحاب الاقتراح الأول بأن الضمان من طرف ثالث بأن كفالة الحكومة لقيمة سندات المقارضة كفالة لمال ليس مضموناً على الأصل والذي هو الجهة المصدرة إذا المال بيدها أمانة لا يُضمن إلا في حالة التعدي أو التقصير، ولقد نص الفقهاء على أن الكفيل إنما تصح كفالته إذا كان المال المكفول مضموناً على الأصل مثل المبيع والمأخوذ على سوم الشراء... الخ، وأما إذا لم يكن مضموناً على الأصل فلا تصح كفالته وذكروا مثلاً عليه مال المضاربة<sup>(٥)</sup>، وعليه فإن كفالة الحكومة لقيمة السندات لا تصح<sup>(٦)</sup>.

(١) حمود، سندات المقارضة (ص ١٣).

(٢) العبادي، سندات المقارضة (ص ١٦)، قحف، سندات المقارضة (ص ٥٥).

(٣) حمود، تطور الأعمال المصرفية (ص ٤٣٠).

(٤) الأمين، سندات المقارضة (ص ١٠)، حسن، ضمان رأس المال في سندات المقارضة (ص ٧).

(٥) المرغيناني، الهداية (٩٢/٣)، الشريبي، مغني المحتاج (٢٠٢/٢)، البهوتي، كشف القناع (٣٧٠/٣).

(٦) السالوس، سندات المقارضة (ص ٦).

ويرد على قياسهم بما جاء عند الحنفية من ضمان الطريق بأنه لا يصح لأن صورة المسألة التي نتحدث عنها قد نص الحنفية أنفسهم على عدم صحتها عندما قالوا بعدم صحة كفالة مال المضاربة<sup>(١)</sup>.

ولو فرضنا أن الحنفية لم ينصوا على عدم صحة ضمان مال المضاربة فإن القياس لا يصح لأنه قياس مع الفارق لأن الحنفية قد أشاروا إلى نقطة مهمة في ضمان الطريق وهي أن الرجل الذي يسلك الطريق بناءً على ضمان الطرف الآخر لا يستحق الضمان إذا كان يعلم أن الطريق خطرٌ وقد يتعرض فيه لضياع ماله<sup>(٢)</sup>، وهذه الحال تنطبق على ضمان الحكومة لمال القراض، إذ المقدم على هذه المضاربة يعلم أن طريق الاستثمار هذه تحوي المخاطر فاحتمال الخسارة وارد في ذهنه جداً.

ويرد على استدلالهم بما جاء عن النبي عليه السلام في حديث صفوان: أولاً: أن الحديث الذي قيس عليه يدل على أن العارية مضمونة في الأصل على المستعير، فقول النبي صلى الله عليه وسلم: بل عارية مضمونة من باب بيان الحكم الشرعي وهو أن العارية مضمونة شرعاً على المستعير وليس شرطاً<sup>(٣)</sup>، فالقياس لا يصح. ثانياً: لو فرضنا صحة القياس فيلزم منه جواز أن تضمن الجهة المصدرة للسندات قيمة هذه السندات وهو أمر لم يقل به أحد.

وأما بالنسبة لما استدل به أصحاب الاقتراح الثاني من جواز التبرع بجزء من الربح لغيرهما أن حقيقة هذا المال يعود على أصحاب السندات عند الخسارة وكما يجعل العامل يشارك جزئياً في ضمان سندات المقارضة، عندما يؤخذ المال من صافي الأرباح وهو أمر لا يجوز.

### الترجيح:

وبعد النظر في أقوال العلماء وأدلتهم يتبين لي أن الاقتراح الثالث هو أصوب الاقتراحات لأن جميع الاقتراحات السابقة لم تخل من الانتقادات التي تطعن في صحتها وبينما جاء الاقتراح الثالث خالٍ من كل تلك الانتقادات، ولقد جاء قرار مجمع الفقه الإسلامي موافقاً لهذا الاقتراح

(١) المرغيناني، الهداية (٩٢/٣).

(٢) ابن عابدين، حاشية ابن عابدين (١٦٩/٤-١٧٠).

(٣) الشافعي، الأم (٢٤٥/٣)، بهوتي، كشف القناع (٧/٤).

حيث رأى أن لا مانع شرعاً من النص في نشرة الإصدار على اقتطاع نسبة معينة من حصة الصكوك في الأرباح<sup>(١)</sup>.

---

(١) قرار رقم (٥) الدورة الرابعة، ١٩٨٨م-١٤٠٨هـ، انظر الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر - بيروت، ط٤، ١٩٩٧م، ٥١٣٦/٧.

المبحث الثالث: شركة التوصية البسيطة

المطلب الأول: حقيقة شركة التوصية البسيطة.

المطلب الثاني: التكيف الفقهي لشركة التوصية البسيطة.

## المبحث الثالث: شركة التوصية البسيطة

### المطلب الأول: حقيقة شركة التوصية البسيطة

لما كان من المعلوم أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره كان من الضروري الوقوف على طبيعة شركة التوصية البسيطة في القانون التجاري حتى يتمكن من إعطاء الحكم الشرعي عن هذه الشركة، لذلك سأتناول في هذا المطلب عدداً من النقاط التي لا بد من الوقوف عليها لإعطاء الحكم الشرعي عن هذه التوصية.

#### أولاً: تعريف الشركة:

هي الشركة التي تعقد بين شريك واحد أو أكثر، يتولون إدارة الشركة ويكونون متضامنين ومسؤولين عن ديون الشركة في جميع أموالهم وبين شريك واحد أو أكثر يكونون أصحاب أموال فيها ومسؤولين عن ديون الشركة بقدر حصصهم في الشركة ويكونون خارجين عن الإدارة ويسمون موصين<sup>(١)</sup>.

من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن أنواع الشركاء في شركة التوصية البسيطة ينقسم إلى

قسمين:

#### القسم الأول:

الشركاء المتضامنون وهم الذين يقومون بإدارة الشركة ويكونون مسؤولين عن ديون الشركة في جميع أموالهم وقد تكون حصة الشريك المتضامن مالا أو عملاً<sup>(٢)</sup>.

#### القسم الثاني:

الشركاء الموصون وهم الذين يشاركون بتقديم الأموال ولا يتدخلون في إدارة الشركة وتكون مسؤوليتهم عن الديون بقدر حصصهم فقط<sup>(٣)</sup>.

#### ثانياً: إدارة الشركة:

هناك نوعان من الإدارة للشركة: الإدارة الداخلية، والإدارة الخارجية.

(١) العكييلي، عزنر، شرح القانون التجاري (دار الثقافة، عمان، ١٩٩٨)، ١٦٨/٤، الشواربي، عبد الحميد، الشركات التجارية (منشأ المعارف، الاسكندرية)، ٩١.

(٢) العكييلي، شرح القانون التجاري، ١٧١/٤، محرز، أحمد محمد، الوسيط في الشركات، (ط٢)، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤م)، ٣٤٢.

(٣) الشواربي، الشركات التجارية، ٩١-٩٢، الخياط، عبد العزيز، الشركات في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (منشورات وزارة الأوقاف الأردنية، ط١، ١٩٧٧م)، ٧٦/٢.

### الإدارة الخارجية:

وهي الأعمال التي تتضمن تمثيلاً للشركة أمام الغير أو التعاقد باسم ولحساب الشركة سواء أكان ذلك بصفة دائمة أم في عملية واحدة<sup>(١)</sup>.

وتعتبر هذه الأعمال من حق الشركاء المتضامنين ولا يحق للشركاء الموصين التدخل بهذا النوع من الأعمال وهو ما نصت عليه المادة (٤٣) من قانون الشركات الأردني<sup>(٢)</sup>.

### الإدارة الداخلية:

وهي المتعلقة بإدارة الشركة دون أن تتضمن تمثيلاً للشركة أمام الغير مثل حق الرقابة والإشراف على أعمال الشركة والاطلاع على دفاترها وسنداتها وإبداء النصح والإرشاد.

ولقد أعفى القانون الشريك الموصي حق التدخل في هذه الأعمال لما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة (٤٣)<sup>(٣)</sup>.

حيث جاء نص المادة كالتالي: "إنما يجوز له أن يطلع على دفاترها وحساباتها والسجلات الخاصة بالقرارات المتخذة في سياق إدارتها وأن يستوضح عن حالتها وأمورها ويتداول والشركاء الآخرين شأنها".

فإذا قام الشريك الموصي بعمل من أعمال الإدارة الخارجية فإن أعماله لا تلزم الشركة ويكون مسؤولاً عن الديون التي تنتج عن عمله هذه مسؤولية كاملة في جميع ماله ويكون في حكم من يعمل لنفسه ولحسابه ولا يخرج هذا التعريف عن حقيقة مركزه كشريك وهي في العلاقة بينه وبين بقية الشركاء<sup>(٤)</sup>.

### ثالثاً: توزيع الأرباح و الخسائر:

يتم توزيع الأرباح في هذه الشركة حسبما تم عليه الاتفاق عند العقد وأما بالنسبة للخسائر فإنه يتم توزيعها حسبما تم عليه اتفاق الشركاء<sup>(٥)</sup>.

(١) العكيلي، شرح القانون التجاري، ١٧٣/٤.

(٢) المرجع السابق، ١٧٣/٤.

(٣) المرجع السابق، ١٧٣/٤.

(٤) الموسى محمد بن إبراهيم، شركات الأشخاص بين الشريعة والقانون، (منشورات جامعة الإمام محمد بن سعود، ط١، ١٤٠١هـ)، ٢٦٤، العكيلي، شرح القانون التجاري، ١٧٥/٤، محرز، الوسيط في القانون التجاري، ٣٤٧.

(٥) الموسى، بشركات الأشخاص، ٢٦٥، الشواربي، الشركات التجارية، ٩٩.

ولا يجوز أن يعفى أحد الشركاء من الخسارة إذا قاسم في الربح ولا يجوز منعه من المشاركة في الأرباح مع تحمله الخسائر أو أن تخصص كل الأرباح لأحد الشركاء أو بعضهم دون البعض الآخر<sup>(١)</sup>.

وكثيراً ما يشترط في العقد لبعض الشركاء الموصين نسبة ثابتة من الربح بالنسبة إلى رأس ماله حتى لا تتعطل أموال الشريك الموصي دون أن تدر دخلاً ولاسيما في السنوات الأولى من حياة الشركة، وقد يؤدي هذا الشرط إلى الاقتطاع من رأس مال الشركة إذ لم تريح الشركة لتعطي النسبة الثابتة المشترطة في العقد للموصي<sup>(٢)</sup>.

ولقد حرص القانون المصري على عدم إبطال هذا الشرط<sup>(٣)</sup>. ولم يتعرض القانون السعودي لهذه النقطة<sup>(٤)</sup>. وكذلك القانون الأردني.

#### رابعاً: عنوان الشركة:

يشتمل عنوان شركة التوصية البسيطة على أسماء الشركاء المتضامنين، وإذا لم يكن فيها إلا شريك متضامن واحد فيجب أن تضاف عبارة وشركاه إلى اسمه، فلا يجوز أن يتضمن عنوان الشركة اسم أحد الشركاء الموصين، وسبب ذلك أن مسؤولية الشريك الموصي بقدر ماله في الشركة وقد يترتب على ذكر اسمه في عنوان الشركة أن يوهم الغير الذي يتعامل مع الشركة أنه شريك متضامن فيولي الشركة ائتمانه وثقته اعتماداً على مسؤوليته غير المحدودة<sup>(٥)</sup>.

(١) الوقيدي، قاسم عبد الحميد، بشركة التوصية البسيطة، (مطبوعة الإدارة العامة للبحوث، ١٩٩٨م)، ١٨٩.

(٢) الموسى، بشركات الأشخاص، ٢٦٥، الخياط، الشركات، ٧٨/٢.

(٣) الموسى، بشركات الأشخاص، ٢٦٥، الشواربي، الشركات التجارية، ٩٥.

(٤) الموسى، شركات الأشخاص، ٢٦٦.

(٥) العكيلي، شرح القانون التجاري، ١٧٦/٤.

## المطلب الثاني: التكيف الفقهي لشركة التوصية البسيطة

إن الناظر في تكيف شركة التوصية البسيطة يجد العلماء متفقين على تكيف تصرف الشركاء المتضامنين في أموال الشركاء الموصين بناءً على المضاربة ولقد ذهب إلى هذا التكيف الدكتور الخياط، ومحمد موسى، وعبد العظيم شرف الدين، وقاسم الوتيدي، والخفيف<sup>(١)</sup>.

واستدلوا لهذا التكيف:

أولاً: إن الشريك المتضامن في شركة التوصية هو المضاربة في شركة المضاربة فكلاهما هو المتصرف في الشركة وهو المسؤول أمام الغير عن الحقوق المتعلقة بها، وهو الذي يتولى الظهور أما الغير<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: الشريك الموصي في شركة التوصية هو رب المال في شركة المضاربة فكلاهما هو الذي يقدم رأس المال، وهو غير مسؤول عن التزامات الشركة إلا بقدر ما قدم من رأس مال للشركة وهو لا يضمن لأرباب الحقوق المتعاملين مع الشركة حقوقهم إلا بقدر ما ساهم من مال في الشركة<sup>(٣)</sup>.

ثالثاً: إن كلاً من الوصي في شركة التوصية والمضارب في شركة المضاربة لا يتدخلان في إدارة الشركة ولا يجوز لهما التصرف إلا إذا حصل على الإذن من الذي يحق له التصرف وهو الشريك المتضامن في التوصية أو المضارب في المضاربة<sup>(٤)</sup>.

رابعاً: إن الأصل في التصرف في شركة المضاربة أن يكون من الأعمال التجارية التي عليها عادة النجار، وهذا الأصل ينطبق على تصرف الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة<sup>(٥)</sup>.

خامساً: يجوز تقييد كل من المضارب والمتضامن بزمان أو مكان أو بجنس من البضائع<sup>(١)</sup>. وهذا أمر جائز في الفقه الإسلامي كما مر في المضاربة<sup>(٢)</sup>.

(١) الخياط، الشركات، ١٤٢/٢، موسى، شركات الأشخاص، ٢٩٩، أشرف الدين عبد العظيم، عقد المضاربة بين الشريعة والقانون، (الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر)، ١٤٦، الوتيدي، شركة التوصية البسيطة، ٣٠٢، الخفيف، الشركات، ٩٤.

(٢) الخياط، الشركات، ١٤٣.

(٣) المرجع السابق، ١٤٣.

(٤) موسى، شركات الأشخاص، ٢٩٦.

(٥) موسى، شركات الأشخاص، ٢٩٦.

سادساً: جواز تعدد رب المال في المضاربة، وكذلك المضارب، وهذا ينطبق على شركة التوصية حيث يتعدد فيها الشركاء الموصون ولذلك المتضامنون<sup>(٣)</sup>.

سابعاً: وتتفق شركة التوصية مع المضاربة أن يكون رأس المال معروفاً والمنع من الإقدام على زيادة رأس مال الشركة من قبل المتصرف في أموال الشركة وكذلك المنع من إقراض مال الشركة، وكذلك لا يجوز أن يعف الشريك بماله من الخسارة<sup>(٤)</sup>.

والحقيقة إن الناظر في شركة التوصية وأحكام شركة المضاربة يجد أن أحكام المضاربة تنطبق على تصرف الشركاء المتضامين في أموال الشركاء الموصين ويؤيده ما ذكرت من أدلة، لكن ما هو حكم علاقة الشركاء المتضامين فيما بينهم عند مشاركتهم بالمال أو العمل؟ وما هو حكم علاقة الشركاء المتضامين بالشركاء الموصين عند مشاركة المتضامين في رأس مال الشركة؟

لقد تباينت آراء العلماء للتكييف الفقهي لهذه العلاقة بناءً على نظرة كل واحد منهم إلى الصورة التي نظر إليها من صورة شركة التوصية البسيطة.

ولقد ذهب الوتيدي وشرف الدين إلى أن شركة التوصية هي عبارة عن شركة عنان بالإضافة إلى المضاربة عند مشاركة الشركاء المتضامين بالمال بالإضافة إلى عملهم<sup>(٥)</sup>.

واستدلوا لرأيهم هذا بأن هذه الصورة لشركة التوصية مشابهة لما جاء عند الفقهاء.

حيث يقول البهوتي: "وهي أي الشركة التي وقع العقد فيها على مالين منهما ليعمل فيه أحدهما بجزء زائد عن ربح ماله عنان، من حيث أن المال منهما، ومضاربة من حيث أن العمل من أحدهما في مال غيره بجزء من ربحه"<sup>(٦)</sup>.

وهذا يوافق ما جاء عند الحنفية من أنه إذا دفع رجل إلى آخر ألف درهم مضاربة على أن يخلطهما المضارب بألف من قبله، ثم يعمل بهما جميعاً على أن الربح بينهما للمضارب ثلثاه

(١) الخياط، شركات، ١٤٣.

(٢) انظر ص.

(٣) الخياط، الشركات، ١٤٤.

(٤) الموسى، شركات الأشخاص، ٢٩٧-٢٩٨.

(٥) شرف الدين، عقد المضاربة، ١٤٣، الوتيدي، شركة التوصية البسيطة، ٣٠٣.

(٦) البهوتي، كشاف الإقناع، ٤٩٧/٣.

وللدافع ثلثه فهو جائز على ما اشترط لا به واشترط للعامل ربح ماله وثلث ربح مال الدافع، فكأنه أخذ منه الألف مضاربة بثلث الربح وهذا جائز<sup>(١)</sup>.

ولقد جاء عن الرملي الشافعي عند حديثه عن شركة العنان: "ويشترط فيها لفظ صريح من كل واحد للآخر يدل على الإذن للمتصرف من كل منهما أو من أحدهما في التصرف ... ويشترط فيهما أي الشريكين إن تصرفا أهلية التوكيل والتوكل في المال ... فإن تصرف أحدهما فقط اشترط فيه أهلية التوكل وفي الآخر أهلية التوكيل"<sup>(٢)</sup>.

فهذه النصوص الفقهية تشير إلى جواز مشاركة الجميع بالمال مع جواز اقتصار حق التصرف في المال لبعضهم أو أحدهم واعتبار هذه الشركة شركة عنان فيما يقدمه الشركاء العاملون من مال ليشاركوا به الشركاء غير العاملين، ومضاربة فيما يقدمه الشركاء غير العاملين للشركاء العاملين ليعملوا فيه.

وتعتبر شركة التوصية البسيطة عند مشاركة الشركاء المتضامنين بالمال مشابهة تماماً لهذا التوصيف الذي ذكره الفقهاء.

ولقد وافق الشيخ الخفيف الوتيدي وشرف الدين الرأي في توصيف شركة التوصية البسيطة شركة عنان ومضاربة عند مشاركة الشركاء المتضامنين في رأس مال الشركة، فالتصرف مقصور على الشركاء المتضامنين في أموال الشركة الموصين وهذا يوافق المضاربة والشركاء المتضامنين يساهمون في رأس مال الشركة مما يجعلهم أيضاً مشاركين شركة عنان مع الشركاء الموصين<sup>(٣)</sup>.

ولكن الشيخ الخفيف لم يقتصر على توصيف تلك الصورة من شركة التوصية البسيطة بل ذكر صورة مختلفة من صور شركة التوصية وهي أن يكون الشريك المتضامن شخصاً واحد ومشاركاً في العمل فقط، فإن الشيخ الخفيف يرى أن التكليف الفقهي لشركة التوصية البسيطة هو المضاربة<sup>(٤)</sup>. فالمضاربة تقوم على أن يدفع شخص ماله لآخر ليتجر فيه على أن يقسم الربح بينهما وإعطاء حق تصرف في المال للشخص الذي دفع إليه المال وحده وهذا منطبق تماماً على شركة التوصية البسيطة.

(١) السرخسي، المبسوط، ٣٢/٢٢.

(٢) الرملي، نهاية المحتاج، ٥/٤.

(٣) الخفيف، الشركات، ٩٤.

(٤) الخفيف، الشركات، ٩٤.

ولقد ذهب الدكتور عبد العزيز الخياط إلى اعتبار العلاقة بين الشركاء المتضامنين شركة أعمال فهم يشاركون في شركة الوصية البسيطة بأعمالهم<sup>(١)</sup>.

ويقول الخياط: "والشركاء في التوصية البسيطة يساهمون بالعمل وحده لذلك، فقد ذهبت إلى أن تخضع الشركة بين الشركاء المتضامنين في شركة التوصية البسيطة إلى أحكام شركة الأعمال لا تفراوهم بالعمل وعدم تقديم أي مال في الشركة"<sup>(٢)</sup>.

ويبدو جلياً أن الدكتور الخياط يتحدث عن صورة واحدة من صور شركة التوصية البسيطة، ويظهر من كلامه أن شركة التوصية البسيطة تنحصر في هذه الصورة.

والحقيقة أن الواقع يخالف هذا التصور، إذ الصورة التي ذكرها الدكتور الخياط صورة من بين العديد من الصور؛ لأن الشركاء المتضامنين قد يشاركون في رأس مال الشركة مما يدفعونه من أموالهم كما ذكرت عند تعريف شركة التوصية البسيطة.

وقد ذهب الموسى إلى إعطاء شركة التوصية البسيطة حكم شركة العنان عند مشاركة الشركاء المتضامنون في رأس مال الشركة<sup>(٣)</sup>. وأيد كلامه بما جاء عند الحنابلة لما تكلموا عن تعريف شركة العنان، وذكر صورها حيث يقول البهوتي: "أن يشترك اثنان بمالهما على أن يعمل فيه أحدهما بشرط أن يكون له من الربح أكثر من ربح ماله"<sup>(٤)</sup>. فالشركاء المتضامنون والشركاء الموصون يشتركون في مال الشركة ويقتصر العمل على الشركاء المتضامنين وهذا موافق لما ذكره الحنابلة.

بينما ذهب إلى اعتبار علاقة الشركاء المتضامنين فيما بينهم شركة أعمال أو عبارة عن مضاربيين في أموال الشركاء الموصين<sup>(٥)</sup> فهو يرى أن الشركاء المتضامنين لم يساهموا إلا بعملهم وهم مسؤولون عن ديون الشركة مسؤولية مشتركة وهذا ينطبق على شركة الأعمال. ويرى أنها من الممكن اعتبارهم مضاربيين لأن أموال الشركاء الموصين في أيديهم وهم يعملون بها لهم.

(١) الخياط، الشركات، ١٤٤.

(٢) المرجع السابق، ١٤٤.

(٣) الموسى، شركات الأشخاص، ٢٩٩.

(٤) البهوتي، كشاف الإقناع، ٤٩٧/٣.

(٥) الموسى، شركات الأشخاص، ٢٩٩.

ويرى أنه لا مانع من أن يكون الشركاء المتضامنون مسؤولين مسؤولية تضامنية فيما بينهم عن ديون الشركة وذلك وفاءً بالعقود وإنفاذاً للشروط المتفق عليها ما دامت لم تخالف النصوص الشرعية<sup>(١)</sup>.

ويرد على هذا بأن الواجب عند تكيف أي معاملة مالية إعطاء تلك المعاملة أحكام الفقهية التي تنطبق عليها، فإذا قررنا أن العلاقة بين الشركاء الموصين والمتضامين الذين يشاركون بأموالهم وعملهم هي شركة عنان فيجب أن نطبق على الشركة أحكام شركة العنان وشركة العنان تقوم على الوكالة لا الكفالة.

### الرأي الراجح:

قبل ذكر القول الراجح في المسألة أود الإشارة إلى ثلاث نقاط لابد من ذكرها هنا: أولاً: لابد للباحث عن التكيف الفقهي لأي شركة معاصرة أن ينظر إلى الشركات في الفقه الإسلامي فإن أمكن إرجاع الشركة المعاصرة إلى أحد الشركات التي عرفها الفقه الإسلامي فلا بد من تطبيق أحكامها على الشركات المعاصرة، وإن لم نجد لها مثيلاً في الشركات التي عرفها الفقه الإسلامي فإن من الواجب عرض تلك الشركة على القواعد العامة في المعاملات مثل عدم الغرر وعم الخداع وغيرها من القواعد، وكذلك لابد من عرضها على القواعد المشتركة في الشركات في الفقه الإسلامي كأن يكون الربح بنسبة مشتركة بين المتشاركين أو أن تكون الخسارة على قدر مساهمة الشريك في رأس مال الشركة.

ثانياً: يجوز أن تكون الشركة الواحدة تتكون من عدة شركات كما جاء عند الحنفية والحنابلة<sup>(٢)</sup>.

يقول ابن قدامة: "وإذا دفع إليه ألفاً مضاربة وقال أضف إليها ألفاً من عندك واتجر بها والربح بيننا، لك ثلثاه ولي ثلثه جاز، وكان شركة وقراضاً"<sup>(٣)</sup>.

ولقد جاء عند الحنابلة جواز أن تكون الشركة تتكون من جميع أنواع الشركات مثل الأعمال والعنان والوجوه<sup>(٤)</sup>.

ثالثاً: هناك أربع صور محتملة لشركة التوصية البسيطة.

الصورة الأولى: أن يكون الشركاء المتضامنون أكثر من واحد وأن يشاركوا بعملهم فقط.

(١) المرجع السابق، ص ٣٠٠.

(٢) السرخسي، المبسوط، ٣٢/٢٢، البهوتي، كشاف القناع، ٤٩٧/٣.

(٣) ابن قدامة، المغني، ٢٤/٥.

(٤) ابن مفلح، الفروع، ٣٠٤/٤.

**الصورة الثانية:** أن يكون الشركاء المتضامنون أكثر من واحد وأن يشاركوا بأموالهم بالإضافة إلى عملهم.

الصورة الثالثة:

أن يكون الشريك المتضامن شخصاً واحداً بعمله فحسب.

**الصورة الرابعة:** أن يكون الشريك المتضامن شخصاً واحداً مشاركاً بالمال والعمل في الشركة.

فلا بد من إعطاء التكييف الفقهي لكل صورة من هذه الصور الأربعة.

**الحالة الأولى:** عند مشاركة الشريك المتضامن بماله في رأس مال الشركة سواءً أكان الشريك المتضامن واحداً أو عدة أشخاص ففي هذه الحالة يعتبر شركة التوصية البسيطة مكونة من مضاربة وشركة عنان.

فالمال الذي في يد الشريك الموصي للشريك المتضامن ليعمل فيه هو رأس مال المضاربة والشريك الموصي هو رب المال والشريك المتضامن هو المضارب في هذا المال أو لا يحق التصرف للشريك الموصي في المال وهذا مطابق لما في المضاربة.

ويعتبر الشريك المتضامن شريكاً شركة عنان للشريك الموصي بما يدفعه من مال ليساهم في رأس مال الشركة؛ لأن هذه الصورة مشابهة لما ذكره العلماء من صور العنان<sup>(١)</sup>، فالجميع مشارك بالمال ويقتصر التصرف على البعض.

ولما كان التكييف للشركة فيما يقدمه الشركاء المتضامنون في مال شركة عنان فلا بد من تطبيق أحكام العنان في هذه الحالة. فلا يجوز أن يتحمل أي من الشركاء أكثر من رأس ماله ولا يجوز الإتفاق على خلاف هذا<sup>(٢)</sup>.

كما لا يجوز أن يزيد ربح الشريك الموصي عن ربح ماله لأنه يكون عندها قد أخذ ربحاً لا يستحقه لأن الربح يستحق بالمال والعمل والضمان<sup>(٣)</sup> ولا شيء للشريك الموصي من هذه الأشياء الثلاث إلا المال.

يقول الكاساني: "لا يجوز أن يأخذ صاحب المال بلا عمل ربحاً أكثر من ماله"<sup>(٤)</sup>.

(١) السرخسي، المبسوط، ٣٢/٢٢. البهوتي، كشف القناع، ٤٩٧/٣، الرملي، نهاية المحتاج، ٥/٤.

(٢) ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥.

(٣) الكاساني، بدائع الصنائع، ٦٢/٦، ابن قدامة، المغني، ٢٦/٥.

(٤) الكاساني، البدائع، ٦٣/٦.

كما أنه لا يجوز أن تصور الشركة على الكفالة لأن شركة العنان تقوم على الوكالة لا الكفالة<sup>(١)</sup>.

فلا بد من حذف الشروط الفاسدة التي تخالف شركة العنان حتى تصبح الشركة شركة شرعية. ومع وجود هذه الشروط فإن يد الشريك المتضامن على المال يد أمانه لأننا لو اعتبرنا الشركة فاسدة مع وجود هذه الشروط فإن يد الشريك تظل يد أمانة مع فساد الشركة فلا يضمن إلا عند التعدي أو التقصير<sup>(٢)</sup>.

**الحالة الثانية:** عند مشاركة الشركاء المتضامنين في شركة التوصية بعملمهم فحسب فإن المال الذي يدفعه الشركاء الموصون للشركاء المتضامنين يعد مال مضاربة، فالشركاء المتضامنون يتصرفون فيه بحكم المضاربة.

وأما بالنسبة لعلاقة الشركاء المتضامنين فيما بينهم تنطبق عليها شركة الأعمال فكل واحد يسهم بما يعمله من تجارة في أموال الآخرين ويتحملون ديون الشركة فيما بينهم فشركة الأعمال يجوز أن تقوم على الكفالة<sup>(٣)</sup>.

وعليه فإن المال الذي في يد الشركاء المتضامنين أمانة لا يضمنون إلا في حالة التعدي أو التقصير.

**الحالة الثالثة:** إذا كان الشريك المتضامن شخصاً واحداً ولا يشارك إلا بعمله.

ففي هذه الحالة تعتبر شركة التوصية مضاربة فالشريك المتضامن لا يشارك إلا بعمله وهو الذي ينفرد بالتصرف في أموال الشركة ولا يحق للشركاء الموصين التصرف وهذه منطبق تماماً على المضاربة فالمضارب هو المتصرف الوحيد في المال ولا يحق لأرباب المال التدخل ولكن يحق لهم المسائلة في أمور الشركة الداخلية.

فإذا كان التكليف الفقهي لشركة التوصية في هذه الحالة أنها مضاربة فلا بد من تطبيق أحكام المضاربة عليها، فلا يجوز أن يتحمل الشريك المتضامن أي خسارة في المال إلا عند مخالفته شروط المضاربة<sup>(٤)</sup> أو عند التعدي أو التقريط<sup>(٥)</sup>.

(١) الخفيف، الشركات، ٤٩.

(٢) الدردير، الشرح الكبير، ٣/٣٥٣، الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٢١٦، ابن مفلح، المبدع، ٥/١٧.

(٣) الكاساني، البدائع، ٦/٦٣.

(٤) الخرشي، حاشية الخرشي، ٧/١٦٥، الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٣١١، البهوتي، كشاف القناع، ٥/٣٠٤.

(٥) المرغناني، الهداية، ٣/٢٠٩، الزرقاني، شرح الزرقاني، ٦/٤١٧، الشربيني، مغني المحتاج، ٢/٣٢١،

المرداوي، الإنصاف، ٥/٤٥٧.

وأشترط الخسارة على المضارب يعد شرطاً فاسداً ولا يعمل به<sup>(١)</sup>.  
وعليه فإن يد الشريك المتضامن في هذه الحالة يد أمانة لا يضمن إلا عند مخالفة شروط  
الشركة أو عند التعدي أو التفريط.

---

(١) ابن نجيم، البحر الرائق، ١٩١/٥، بهوتي، كشف القناع، ٥٤/٣.

## الخاتمة

وفي خاتمة هذه الرسالة أكتب أهم ما توصلت إليه من نتائج وتوصيات.

**أولاً:** أن أسباب الضمان تنحصر في ثلاثة أسباب؛ الائتلاف والعقد واليد، وبقية الأسباب التي ذكرها العلماء يمكن ارجاعها إلى تلك الأسباب الثلاث.

**ثانياً:** يجب على الأمين أن يرجع إلى العرف السائد في التصرف عند إطلاق العقد، فإذا خالف العرف فإنه يكون ضامناً.

**ثالثاً:** على الأمين أن يلتزم بشرط المالك، وعليه الضمان إذا خالفه.

**رابعاً:** اشتراط الضمان على الأمين يعتبر باطلاً، وتظل يد الأمين يد أمانة لا يد ضمان.

**خامساً:** تظل يد الأمين يد أمانة على المال المتعاقد عليه ولو فسد العقد.

**سادساً:** استعمال الأمين للمال المتعاقد عليه في مصلحته الخاصة يعتبر تعدياً يستوجب الضمان.

**سابعاً:** يتم تحديد التعدي أو التفريط عند الاختلاف بالرجوع إلى أهل الخبرة.

**ثامناً:** دفع الأمين المال بغير إذن لشخص آخر - لا يعلم أن المال لغير الدافع - يستوجب الضمان على الاثنين ويستقر على الأول.

**تاسعاً:** في حالة الدفع غير المأذون به وعلم الشخص المدفوع إليه أن المال لغير الدافع يوجب الضمان على الاثنين ويستقر الضمان على الثاني.

**عاشراً:** إذا تصرف الوكيل بالعين الموكَّل بها وفق إرادة الموكَّل وقبض بدلها فإن يده تكون يد أمانة على ما قبض ولو كان قد تعدى على العين الموكَّل بها قبل التصرف.

**حادي عشر:** لا ضمان على الشريك أو المضارب إذا قام بدفع المال لشخص آخر لتحقيق مصلحة تجارية عند التفويض من قبل رب المال أو الشريك.

**ثاني عشر:** الإذن باستخدام العين المؤجرة في منفعة ما، إذن بما يساويها أو يقل عنها من حيث الضرر على العين المؤجرة.

**ثالث عشر:** الصورة الشرعية لصندوق الضمان في سندات المقارضة أو المضاربة التي تجريها المصارف الإسلامية أن تؤخذ أمواله من أرباح أصحاب المال وترد عليهم عند انتهاء المضاربة أن بقي منها شيء

**رابع عشر:** أوصي المصارف الإسلامية أن تأخذ أموال الصندوق الاحتياطي من أرباح المودعين وترد ما يبقى منه لهم بعد انتهاء القرض الذي أخذ المال من أصله.

**خامس عشر:** أوصي وزارة الأوقاف إذا أرادت أن تصدر سندات مقارضة لتتمية الأوقاف أن لا تجعل قيمة السندات مضمونة لأصحابها وأن تجعل رب أصحاب تلك السندات يتناقص بزيادة

النسبة التي تملكها الوزارة بالإطفاء. وإذا أرادت الوزارة عمل صندوق للمخاطر أن تجعل رأس مال هذا الصندوق من أرباح أصحاب السندات وترده عليهم بعد انتهاء المضاربة إن بقي منه شيء.

سادس عشر: أوصي بجعل نسبة الخسارة في شركة التوصية بقدر نسبة المشاركة في رأس مال الشركة.

الملاحق

الفهارس العامة

فهارس الآيات

فهارس الأحاديث

## الآيات

الصفحة	السورة	الآية
٢٥ ، ٢٣	المائدة: من الآية ١	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾
٢٦	النساء: من الآية ٢٩	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾
٢٨	البقرة: من الآية ١٩٤	﴿فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾
٤٧	البقرة: من الآية ٢٨٣	﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ﴾
١٤٣	المزمل: من الآية ٢٠	﴿وَأَخْرُوجُ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾
٢٣٠ ، ٢٣٢ ، ٢٤٠	الاسراء: من الآية ٣٤	﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾
٢٣٢	البقرة: من الآية ٢٢٠	﴿وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الْيَتَامَى قُلْ إِصْلَاحٌ لَهُمْ خَيْرٌ﴾
٢٣٠	النساء: من الآية ٢٩	﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾
٢٣٠	النساء: من الآية ١٠	﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ﴾
٢٢٨ ، ٢٢٩	النساء: من الآية ٦	﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾

## الحديث

الصفحة	الحديث
٩	(تضمن الله لمن خرج في سبيله لا يخرجه إلا الجهاد...)
٣٧ ، ٣٣ ، ٢٤	(المسلمون على شروطهم)
٢٥	(لا ضرر ولا ضرار)
٢٨	(طعام بطعام وإناء بإناء)
٤٥	(لينتهين أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم)
٤٧	(من أودع وديعة فلا ضمان عليه)
٤٧	(لا ضمان على مؤتمن)
٦٧ ، ٥٤	(إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به نفسها ما لم تعمل به أو تتكلم)
٢٧٥ ، ٣٨	(لا بل مضمونة)
٢٢٨	(متأثل مالاً ولا واق مالك بماله)
٢٢٨	(كل من مال مسرف ولا متبادر ولا متأثل)

## المصادر والمراجع

- الأبي، صالح عبد السميع، (١٩٩٧م، ١٤١٨هـ). جواهر الإكليل شرح مختصر خليل، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- أبادي، محمد شمس الحق أبو الطيب، (١٤١٥هـ). عون المعبود شرح سنن أبي داود، ط٢، دار الكتب العلمية، بيروت.
- أحمد، سليمان محمد، (١٩٨٥م). ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي، ط١، مطبعة دار السعادة.
- إسماعيل، عمر مصطفى، (٢٠٠٣م). سندات المقارضة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان -الأردن .
- ابن أمير الحاج، محمد بن محمد، (١٣٧٦هـ). التقرير والتحبير، تحقيق مكتبة البحوث، ط١، دار المعرفة.
- الأمين، حسن عبد الله، (١٩٨٧م). نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. بحث سندات المقارضة وسندات الاستثمار- مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة.
- الأمين، حسن عبد الله، (١٤٠٣هـ -١٩٨٣م). الودائع المصرفية النقدية واستثمارها في الإسلام، ط١، دار الشرق- جدة
- البابر تي، محمد بن محمد، (١٣٩٧هـ). العناية على الهداية، مطبوع مع فتح التقدير، دار الفكر، بيروت.
- البارودي، علي، (١٩٦٨م). العقود وعمليات البنوك التجارية، المعارف، الإسكندرية.
- البحيرمي، سليمان بن عمر، حاشية البحيرمي، المكتب الإسلامي، ديار بكر، تركيا.

- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبد الله، (١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م). صحيح البخاري، ط٣، دار ابن كثير، بيروت، (تحقيق مصطفى ديب).
- البعل، عبد الحميد حمود، ضوابط العقود في الفقه الإسلامي.
- البعلي، محمد بن أبي الفتح الحنبلي، (١٩٨١م). المطع على أبواب المقنع، المكتب الإسلامي، بيروت (تحقيق محمد بشير).
- البغا، مصطفى ديب، (١٤٢٠هـ). أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي، ط٣، دار القلم، دمشق.
- البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، (١٣٩٠هـ). الروض المربع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض.
- البهوتي، (١٤٠٢هـ). كشاف القناع، دار الفكر، بيروت.
- البهوتي، (١٩٩٦م). شرح منتهى الإرادات، ط٢، عالم الكتب، بيروت.
- بوساق، محمد بن المدني، (١٩٩٩م). التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي، ط١، دار أشبيليا - السعودية - الرياض.
- البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى، (١٤١٤هـ، ١٩٩٤م). السنن الكبرى، مكتبة دار الباز، مكة .
- البيهقي، (١٤١٠هـ - ١٩٨٩). السنن الصغرى، ط١، مكتبة الدار، المدينة المنورة، (تحقيق: محمد ضياء الأعظمي).
- الترمذي، محمد بن عيسى أبو عيسى، جامع الترمذي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (تحقيق أحمد شاکر).
- ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم، مجموع الفتاوى، مكتبة ابن تيمية.
- ابن تيمية، عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم، (١٤٠٤هـ). المحرر في الفقه، ط٢، مكتبة المعارف، الرياض.
- الجرجاني، علي بن محمد بن علي، (١٤٠٥هـ). التعريفات، ط١، دار الكتاب العربي، بيروت .

- الجمال، غريب، المصارف والأعمال المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، دار الإتحاد العربي.
- جمعية المجلة، مجلة الأحكام، نجيب هواويني، كارخانة كتب.
- الحاكم، محمد بن عبد الله النيسابوري، (١٩٩٠هـ). المستدرك على الصحيحين، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، (١٣٧٣هـ). التلخيص الحبير، شركة الطباعة الفتية، مصر.
- ابن حجر، الدراية في تخريج أحاديث الهداية، دار المعرفة، بيروت، (تحقيق عبد الله هاشم).
- ابن حجر، (١٩٩٢م). تقريب التهذيب، ط٤، دار الرشيد، حلب - سوريا.
- ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد، المحلي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، (تحقيق لجنة إحياء التراث العربي).
- حسن، حسين حامد، (١٩٨٧م). نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ضمان رأس المال في سندات المقارضة، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة.
- الحسين، أحمد بن الحسن أحمد، (١٤٢٠هـ). الودائع المصرفية، أنواعها استخداماتها، ط١، دار ابن حزم، بيروت.
- الحصكفي، محمد بن علي علاء الدين، (١٣٨٦هـ). الدر المختار، ط٢، دار الفكر، بيروت.
- خطاب، كمال توفيق، (٢٠٠١م)، نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، التكييف الفقهي للحساب الجاري (وديعة، قرض، مضاربة).
- حماد، نزيه (٢٠٠٠م)، نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، مدى صحة تضمين يد الأمانة بالشرط في الفقه الإسلامي.

- الخطاب، محمد بن عبد الرحمن، (١٣٩٨هـ). مواهب الجليل، ط٢، دار الفكر، بيروت .
- حمود، سامي حسن أحمد، (١٩٦٨م). تطور الأعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الإسلامية، ط١.
- الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي، (١٩٩٧م). شرح الخرشي على خليل، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الخرقى، عمر بن الحسين، (١٤٠٣هـ). مختصر الخرقى، ط٣، المكتب الإسلامي، بيروت، (تحقيق زهير الشاويش).
- الخفيف، علي، أحكام المعاملات الشرعية، ط٣، دار الفكر العربي.
- الخفيف، (١٩٧١هـ). الضمان في الفقه الإسلامي، معهد البحوث والدراسات العربية.
- أبو داود، سليمان بن الأشعث السجستاني، سنن أبي داود، دار الفكر، بيروت، (تحقيق محمد محي الدين).
- الدارقطني، علي بن عمر أبو الحسن، (١٣٨٦هـ). سنن الدارقطني دار المعرفة، بيروت، (تحقيق عبد الله هاشم).
- الدبوع، إبراهيم فاضل، (١٤١٧هـ، ١٩٩٧م). ضمان المنافع في الفقه الإسلامي، دار عمار، عمان.
- الدردير، أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، القاهرة.
- الدردير، الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت.
- الدريني، محمد فتحي، (١٩٩٠م). النظريات الفقهية، جامعة دمشق.
- الدسوقي، محمد بن عرفة، (١٩٩٦م) حاشية الدسوقي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الدمياطي، السيد البكري بن السيد، إغاثة الطالبين، دار الفكر - بيروت.

- الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر، (١٤١٥هـ، ١٩٩٥م). مختار الصحاح، مكتبة لبنان ناشرون، بيروت، (تحقيق محمود خاطر).
- ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، القواعد، دار الكتب - العلمية.
- ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، بيروت.
- الرملي، محمد بن أحمد، شرح ابن رسلان، دار المعرفة، بيروت.
- الزحيلي، وهبة، (١٩٨٢م). نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق.
- الزحيلي، (١٩٩٧م). الفقه الإسلامي وأدلته، ط٤، دار الفكر - بيروت - لبنان.
- الزرقاء، مصطفى، (١٩٦٨م). المدخل الفقهي العام، دار الفكر، دمشق.
- الزرقاني، محمد بن عبد الباقي، (١٤١١هـ). شرح الزرقاني، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله، (١٤٠٥هـ). المنشور في القواعد، ط٢، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، (تحقيق تيسير فائق).
- الزعتري، علاء الدين، (٢٠٠٢م). الخدمات المصرفية وفق الشريعة الإسلامية، ط١، دار الكلم الطيب، دمشق.
- أبو زهرة، محمد، الملكية ونظرية العقد، دار الفكر العربي.
- زيدان، عبد الكريم، (١٤١٨هـ). القصاص والديات في الشريعة الإسلامية، ط١، مؤسسة الرسالة، بيروت.
- الزيّلعي، عبد الله يوسف، (١٣٥٧هـ). نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، دار الحديث، مصر، (تحقيق عبد الله يوسف).
- - الزيّلعي، عثمان بن علي، (٢٠٠٠م). تبیین الحقائق، ط١، الكتب العلمية، بيروت.

- السالوس، علي أحمد، (١٩٨٧م). نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة بحث سندات المقارضة وسندات الإستثمار.
- - السالوس ، (١٩٩٨م). الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة ، دار الثقافة - الدوحة .
- سراج، محمد، (١٩٩٣م). ضمان العدوان، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات. - سراج، نظرية العقد في الفقه الإسلامي.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل، (١٩٩٦م). أصول السرخسي، مكتبة البحوث والدراسات، دار الفكر، بيروت، (تحقيق أبو الوفاء الأفغاني).
- السرخسي، (١٣٢٤هـ). المبسوط، دار السعادة، مصر.
- السريني، عبد الودود محمد، (١٤٠٦هـ، ١٩٩٦م). التعريفات العامة في الفقه الإسلامي.
- السغدي، علي بن حسين بن محمد، (١٤٠٤هـ). النتف في الفتاوى، ط٢، مؤسسة الرسالة دار الفرقان، عمان، بيروت.
- ابن سلام أبو عبيد القاسم، غريب الحديث، (تحقيق محمد عبد المعيد).
- السمرقندي، محمد بن أحمد (١٤٠٥هـ). تحفة الفقهاء، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر، (١٤٠٢هـ). الأشباه والنظائر، ط١ ، دار الكتب العلمية - بيروت .
- الشافعي، محمد بن إدريس، (١٣٩٢هـ). الأم، ط٤، دار المعرفة، بيروت.
- الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات ،دار المعرفة، بيروت، (تحقيق عبد الله دراز).
- شبير، محمد عثمان، (١٩٩٦م). لمعاملات المالية المعاصرة، ط١، دار النفائس، عمان.

- ابن الشحنة، محمد بن أبي الفضل، (٣٩٢هـ، ١٩٧٣م). لسان الحكام في معرفة الأحكام، ط٢، مصطفى البابي الحلبي، القاهرة.
- الشربيني، محمد بن أحمد، (١٤١٨هـ، ١٩٩٧م) مغني المحتاج شرح المنهاج، ط١، دار المعرفة، بيروت .
- الشربيني، (٤١٥هـ، ١٩٩٤م) . الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الشرواني، عبد الحميد، حواشي الشرواني، دار الفكر، بيروت.
- شلبي، محمد مصطفى، (١٣٨٨هـ) المدخل في التعريف في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، بيروت.
- الشنقيطي، محمد مصطفى، (٢٠٠١م). دراسة شرعية لأهم العقود المستحدثة، ط٢، دار العلوم والحكم، المدينة المنورة .
- الشوكاني، محمد بن علي، (١٤٠٥هـ). السيل الجرار، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الشوكاني، تفسير فتح القدير، دار الفكر، بيروت.
- الشوكاني، (١٩٩٢م) إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، ط١، (تحقيق محمد سعيد)، دار الفكر، بيروت.
- الشوكاني، (١٩٧٣هـ) . نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، دار الجيل، بيروت.
- الشيباني، محمد بن الحسن، (١٤٠٦هـ). الجامع الصغير، ط١، عالم الكتب، بيروت .
- ابن أبي شيبة، عبد الله بن محمد، (١٤٠٩هـ). مصنف ابن أبي شيبة، ط١، (تحقيق جمال يوسف)، مكتبة الرشد، الرياض.
- شيخ زاده، عبد الرحمن بن محمد، (١٩٩٨م). مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.

- شيخ نظام ، ( ١٩٨٦م). الفتاوى الهندية، ط٤، دار إحياء التراث، بيروت.
- الشيرازي، إبراهيم، بن علي بن يونس،(١٤٠٣هـ). التنبيه، ط١، عالم الكتب، بيروت .
- الشيرازي، المهذب، دار الفكر، بيروت.
- الصابوني، عبد الرحمن، ، ( ١٩٦٥م ).محاضرات في الملكية ونظرية العقد، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية.
- الصاوي، أحمد بن محمد، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، القاهرة.
- الصدر، محمد باقر، ( ١٩٧٧م). البنك اللاربوي في الإسلام، ط٥، دار التعاون للمطبوعات، بيروت.
- الضرير، الصديق محمد، (١٩٨٧م). نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب . بحث سندات المقارضة، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة.
- ضويان، إبراهيم محمد،(١٤٠٥هـ). منار السبيل، ط٢، دار المعارف، الرياض.
- الطبري، محمد بن جرير ، (١٤٠٥هـ). جامع البيان عن تأويل آي القرآن، دار الفكر، بيروت.
- الطحاوي ، أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة ، (١٩٨٦م). مختصر الطحاوي ، ط١ ، دار إحياء العلوم - بيروت .
- ابن عابدين، محمد أمين،(١٩٩٧م). رد المحتار على الدر المختار، حاشية ابن عابدين، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- العبادي، عبد السلام،(١٩٨٧م). نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بحث سندات المقارضة، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة .
- العبادي، عبد السلام، ( ١٩٧٥ ). الملكية في الشريعة الإسلامية، ط١ مكتبة الأقصى.

- العبادي، عبد الله عبد الرحيم، موقف الشريعة من المصارف الإسلامية المعاصرة، المكتبة العربية، بيروت.
- ابن عبد البر يوسف، (١٣٩٨هـ). الكافي في فقه أهل المدينة، مكتبة الرياض، الرياض، (تحقيق محمد بن محمد).
- عبد الحميد، إبراهيم، الموسوعة الفقهية، ط تمهيدية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت.
- عبد الرزاق، أبو بكر عبد الرزاق عبد الرؤوف بن همام، (١٤٠٣هـ). مصنف عبد الرزاق، ط٢، المكتب الإسلامي، بيروت.
- ابن عبد السلام، عز الدين عبد العزيز أبو محمد، قواعد الأحكام في مصالح الأئام، دار الكتب العلمية، بيروت.
- العثماني، محمد تقي، (١٩٨٧م). نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، بحث سندات المقارضة، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة .
- العثيمين، محمد بن صالح، (١٤١٦هـ، ١٩٩٦م). الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط١، مكتبة أسام، الرياض.
- العدوي، علي بن أحمد بن مكرم الله، (١٩٩٧م). حاشية العدوي، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت.
- العدوي (١٤١٢هـ)، كفاية الطالب، دار البكر، (تحقيق يوسف الشيخ، محمد البقاعي).
- العزيمي، محمد رامز، (٢٠٠٥م). الحكم الشرعي للاستثمارات والخدمات المصرفية التي تقوم بها البنوك الإسلامية، ط١، دار الفرقان .
- عlish، محمد بن أحمد، (١٩٩٦م). تقارير عlish، ط١، دار الكتب العلمية .
- عودة، عبد القادر، التشريع الجنائي في الفقه الإسلامي، ط١٤، مؤسسة الرسالة، بيروت.

- عوض، علي جمال الدين، **عمليات البنوك من الجهة القانونية**، دار النهضة العربية، القاهرة.
- العيني، محمد بن أحمد بن موسى، **البنائة شرح الهداية**، دار الكتب العلمية، بيروت، (تحقيق أحمد صالح).
- الغزالي، محمد بن محمد، ( ١٤١٨ هـ، ١٩٩٧م). **الوجيز في فقه الإمام الشافعي**، شركة دار الأرقم، بيروت، (تحقيق علي معوض، عادل عبد الموجود).
- الغزالي، (١٤١٧هـ). **الوسيط**، ط١، دار السلام، القاهرة.
- ابن فارس، (١٣٨٦هـ). **معجم مقاييس اللغة**، دار إحياء التراث العربي، القاهرة.
- الفراهيدي، الخليل بن أحمد، **كتاب العين**، مكتبة الهلال، (تحقيق مهدي المغربي، إبراهيم السامرائي).
- الفنجري، محمد شوقي، (١٩٨١م)، **نحو اقتصاد إسلامي**، ط١، شركة مكتبات عكاظ.
- فيض الله، محمد فوزي، (١٩٨٣م). **نظرية الضمان في الفقه الإسلامي**، ط١، مكتبة التراث الإسلامي، الكويت.
- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، **المصباح المنير**، المكتبة العلمية، بيروت.
- الفيروزآبادي، محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط**.
- ابن قتيبة، عبد الله الدينوري، (١٣٩٧هـ). **غريب الحديث**، ط١، مطبعة العاني، بغداد، (تحقيق عبد الله الجبوري).
- قحف، منذر، (١٩٨٧م)، **نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب**. بحث **سندات المقارضة**، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة.
- ابن قدامة، عبد الله بن أحمد، (١٤٠٨هـ، ١٩٩٨م). **الكافي في فقه الإمام أحمد**، ط٥، المكتب الإسلامي، بيروت، (تحقيق زهير الشاويش).

- ابن قدامة، (١٤٠٥هـ). **المغني**، ط١، دار الفكر، بيروت.
- القرافي، أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، (٢٠٠١م). **الذخيرة في فروع المالكية**، دار الكتب العلمية، بيروت.
  - القرشي، محمد بن أبي الوفاء، **طبقات الحنفية**، مير محمد كتب خانة- كراتشي .
  - القره داغي، علي محي الدين علي، (١٤٠٥هـ، ١٩٨٤م). **مبدأ الرضا في العقود ودراسة مقارنة في الفقه الإسلامي**، ط١، دار العشائر، بيروت.
  - القرطبي، محمد بن أحمد، (١٩٧٢م). **الجامع لأحكام القرآن الكريم**، ط٢، دار الشعب، القاهرة.
  - قسم البحوث والدراسات القانونية، (١٩٩٩م). **القانون المدني الأردني**، ط١، دار الثقافة، عمان .
  - قيلوبي، سميحة، **الأسس القانونية لعمليات البنوك**، مكتبة عين شمس القاهرة.
  - الكاساني، علاء الدين، (١٩٨٢م). **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ط٢، دار الكتاب العربي، بيروت.
  - ابن ماجه، محمد بن يزيد، **سنن ابن ماجه**، دار الفكر- بيروت، (تحقيق فؤاد عبد الباقي).
  - المارودي، علي بن محمد، **الحاوي الكبير**، دار الكتب العلمية- بيروت، (تحقيق علي محمد، عادل أحمد).
  - المباركفوري، محمد بن عبد الرحمن بن عبد الرحيم، **تحفة الأحوذى شرح جامع الترمذي**، دار الكتب العلمية، بيروت.
  - المرادوي، علي بن سليمان، **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث، بيروت.
  - المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، **الهداية شرح البداية**، المكتب الإسلامي، بيروت.

- مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري، صحيح مسلم، (تحقيق محمد فؤاد)، دار إحياء التراث، بيروت.
- المصري، رفيق يونس، (١٩٨٧م). نشره المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب. بحث سندات المقارضة، مقدم لمجمع الفقه الإسلامي بجدة .
- المطيعي، محمد نجيب، (١٤١٥ هـ، ١٩٩٥هـ). تكملة المجموع، دار إحياء التراث العربي.
- ابن مفلح، محمد بن مفلح أبو عبد الله، (١٤١٨هـ). الفروع، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، (تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي) .
- ابن المنذر، محمد بن إبراهيم، (١٤٠٢هـ). الإجماع، ط٣، دار الدعوة، الإسكندرية، (تحقيق فؤاد عبد المنعم).
- ابن منظور، محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، ط١، دار صادر، بيروت.
- منلا خسرو، محمد بن فراسور، (١٣٠٤هـ). درر الحكام شرح غرر الحكام، المطبعة الشرقية، مصر.
- المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، (١٣٩٨هـ). التاج والإكليل، ط٢، دار الفكر، بيروت،
- ابن النجار، محمد تقي الدين بن أحمد، (١٣٨١هـ). منتهى الإرادات، دار الجيل للطباعة.
- ابن نجيم، زين بن إبراهيم بن محمد، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت.
- النسائي، أحمد بن شعيب، سنن النسائي، ط٢، مطبعة المطبوعات الإسلامية، حلب، (تحقيق عبد الفتاح أبو غدة).
- النفراوي، أحمد بن غنيم، (١٤١٥هـ). الفواكه الدواني شرح رسالة أبي زيد، دار الفكر، بيروت.

- النووي، محيي الدين بن شرف، (١٩٩٦ م). دقائق المنهاج، ط١، المطبعة  
المكية، مكة المكرمة.
- النووي، (١٤٠٥هـ). روضة الطالبين، ط٢، المكتب الإسلامي،  
بيروت.
- النووي، (١٣١٧هـ، ١٩٩٦م). المجموع شرح المهذب، ط١، دار الفكر،  
بيروت.
- النووي، منهاج الطالبين وعمدة المفتين، دار المعرفة، بيروت.
- ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، شرح فتح القدير، ط٢، دار الفكر، بيروت.
- هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، معايير المحاسبة  
والمراجعة والضوابط للمؤسسات المالية الإسلامية، المكتبات العامة،  
البحيرن.
- الهيثمي، أحمد بن محمد بن علي بن حجر، (١٤٢١هـ، ٢٠٠١م). تحفة  
المحتاج شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت.

**GUARANTEE IN TRUST CONTRACTS IN ISLAMIC JURISPRUDENCE  
AND ITS CONTEMPORARY APPLIENCES**

BY

Ahmad Hafiz Mousa Mousa

Supervisor

Dr. Abdulmajeed Mahmoud Al-Salaheen, Prof

**Abstract**

This study deals with the subject of guarantee of trust contracts for the need of people to know its rules because of dealing with them.

The study plan consists of an introduction, a preface, six chapters and a conclusion as follow:

In the introduction, I mentioned the importance of the subject and the reason of choosing it, the previous studies and the style of handing the subject and the study plan.

In the preface, I discussed the guarantee definition, the contract and the causes of guarantee.

In the first chapter, I talked about the deposit and the trusted person. I talked about the conducts/ behaviours of guarantee as using the deposit and paying it for others, transferring it and mixing it with others. I gave examples of loosing the deposit and that of the depositor's.

In the second chapter, I discussed the agency and the agent's rights.

I discussed the cases of surpassing the agent's agency. The cases of disagreement between the agent and the owner.

In the third chapter, I talked about the company and the "muddareb". I discussed the responsibility of the partner and the "muddareb". I talked about the behaviour which give the right to own according to the contract and the conducts which can't give the ownership/possession only by a special permission. I talked about the penalty of the "muddareb's" or the owner's condition.

In the fourth chapter, I discussed the guarantee of rented things and the uarantee of the private rental.

In the fifth chapter, I discussed some of the contemporary appliences such as bank's deposits and the "mugaradeh" documents.

In the conclusion, I mentioned the most important results that I have reached :

- ١- The hands of the trusted are still honest even if the contract is spoiled.
- ٢- The guarantee condition in the trust's contracts is considered an outlawed condition and not considered.
- ٣- The disagreement with the habits when giving the contract needs guarantee in the trust contracts.