

منشورات جامعة دمشق

كلية الشريعة



## فقه المعاملات المالية

لطلاب السنة الثانية – كلية الشريعة

تأليف

د. محمد نجدات محمد

الأستاذ المساعد في قسم الفقه الإسلامي وأصوله – كلية الشريعة

1446-1447هـ

جامعة دمشق

2024-2025م

## المقدمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين أما

بعد:

يقول ربنا سبحانه وتعالى: ﴿فَلَوْلَا نَفَرَ مِنْ كُلِّ فِرْقَةٍ مِنْهُمْ طَائِفَةٌ لِيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلَمْ يَنْدِرُوا قَوْمًهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَذَرُونَ﴾ [التوبة: 122] وقال النبي صلى الله عليه وسلم: "مَنْ يُرِدُ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهُ فِي الدِّينِ" <sup>1</sup> نسأل الله تعالى أن يفقهنا في ديننا.

ويقول سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "لا يَبْعِثُ فِي سُوقَنَا إِلَّا مَنْ تَفَقَّهَ، وَإِلَّا أَكَلَ الرِّبَا شَاءَ أَمْ أَبِي". <sup>2</sup>

وقد رُوِيَ أنَّ عَمَرَ - رضي الله عنه - كَانَ يَضْرِبُ مِنْ وَجْهِهِ فِي السُّوقِ وَهُوَ لَا يَعْرِفُ أَحْكَامَ الْبَيْعِ وَالشَّرَاءِ". <sup>3</sup>

من خلال النصوص السابقة يتبيَّن لنا أهمية فقه المعاملات المالية في حياة المسلم، ولذلك كان من الضروري لطالب العلم دراسة وتحليل عقود المعاملات الفقهية للاستفادة منها في بيان أحكام المعاملات الجديدة والمستحدثة.

وبما أنني كُلِّفْتُ بتدرис مادة (فقه المعاملات المالية) لطلاب السنة الثانية في كلية الشريعة بدمشق في اختصاصات، وكانت هذه المادة يُقصد منها تعريف الطلاب على أحكام فقه المعاملات المالية، فقد وضعت هذا الكتاب بأسلوب مبسط يسهل فهمه، مع المحافظة على المادة العلمية من مصادرها المعتمدة بذكر أهم المسائل الواجب معرفتها، مع ذكر الأدلة والابتعاد عن ذكر النصوص القديمة ما أمكن.

وقد كان الاعتماد في كل ذلك على كتب المذاهب الفقهية المشهورة وهي:

<sup>1</sup> - رواه البخاري كتاب: العلم، باب: من يرد الله خيراً يفقهه في الدين، رقم (71).

<sup>2</sup> - أخرجه الترمذى بلفظ: "لا يَبْعِثُ فِي سُوقَنَا إِلَّا مَنْ قَدْ تَفَقَّهَ" في أبواب الوتر، باب: ما جاء في فضل الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم، رقم (487).

<sup>3</sup> - وقال الشيخ أحمد محمد شاكر رحمه الله معلقاً على أثر عمر السابق: "نعم، حتى يعرف ما يأخذ وما يدع، وحتى يعرف الحلال والحرام، ولا يفسد على الناس بيعهم وشراءهم بالأباطيل والأكاذيب، وحتى لا يدخل الربا عليهم من أبواب قد لا يعرفها المشتري، وبالجملة: لتكون التجارة تجارة إسلامية صحيحة خالصة، يطمئن إليها المسلم وغير المسلم لا غش فيها ولا خداع". انظر تعليق أحمد شاكر على سنن الترمذى: 2/357.

(الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة) مع التركيز على المذهب الحنفي والشافعي، أما عن مفردات المنهج فسيتم دراسة

العقود الآتية:

1- البيع (مع أهم خياراته).

2- الربا.

3- الصرف.

4- القرض.

5- الرهن.

6- الكفالة.

7- الوكالة.

8- الشركات.

9- العارية.

10- الوديعة.

11- الإجارة.

والله أسأل أن يتقبل هذا العمل، وأن يحقق الفائدة المرجوة منه إنه خير مسؤول وأكرم مجيب، وآخر دعونا أن الحمد لله رب العالمين.

## المبحث الأول

### عقد البيع (مع أهم خياراته)

أولاً: حقيقة البيع:

البيع لغة:

البيع لغة: مقابلة شيء بشيء، سواء أكانا مالين أم لا<sup>4</sup>، قال تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالُهُمْ بِإِنَّهُمْ لَهُمُ الْجَنَّةُ﴾ [التوبه: 111]، ثم قال: ﴿فَاسْتَبْشِرُوا بِمَا يَعْتَمِدُونَ﴾ [التوبه: 111]. والبيع من الأضداد في كلام العرب؛ أي: يستعمل كل منهما بمعنى الآخر، قال تعالى ﴿وَشَرَوْهُ بِثَمَنٍ بَخْسٍ﴾ [يوسف: 20] أي: باعوه.

وجاء في الحديث: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه، ولا يباع على بيع أخيه»<sup>5</sup>؛ أي: لا يشتري على شراء أخيه. فإنما وقع النهي على المشتري لا على البائع<sup>6</sup>، ويطلق على كل واحد من المتعاقدين أنه بائع ولكن إذا أطلق البائع فلم يتصادر إلى الذهن باذل السلعة، إلا أن العرف قد خص المبيع بفعل البائع، وهو إخراج الذات عن الملك، وخص الشراء والاشتاء والابتهاج بفعل المشتري، وهو إدخال الذات في الملك.

البيع في الاصطلاح:

أورد الفقهاء عدة تعاريفات للبيع، سنذكر تعريفاً واحداً من كل مذهب:

فالبيع عند الحنفية: «مبادلة شيء مرغوب فيه بمثله على وجه مخصوص».

خرج بقوله: «مرغوب فيه» غير المرغوب كtrap وميّة ودم.

وقوله: «على وجه» بمعنى: مقيد.

وقوله: «مخصوص»؛ أي: بإيجاب أو تعاطٍ (من غير إيجاب وقبول)، فخروج التبرع من الجانبين، والهبة بشرط العوض.

<sup>4</sup> - البيع: مبادلة مال بمال، أو: مقابلة شيء بشيء مالاً كان أو لا، كبيع الميتة بالميّة. «التعريفات»، الجرجاني، ص: 68.

<sup>5</sup> - هكذا أورده صاحب «لسان العرب»، ولكنه لم يوجد بهذا النقوص، بل أخرجه الإمام مسلم في «صححه» بلفظ: «لَا يَخْطُبُ الرَّجُلُ عَلَى خَطْبَةِ أَخِيهِ، وَلَا يَسْتَوِ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ». باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها، رقم (3507).

<sup>6</sup> - لسان العرب، مادة: (بيع).

وخرج بـ «مفید» ما لا يفيد، فلا يصح بيع درهم استويا وزناً وصفة، ولا مقايضة أحد الشركين حصة داره بحصة الآخر<sup>7</sup>.

وعند المالكية: «عقد معاوضة على غير منافع ولا مُتعة لذّة».

قوله: «معاوضة» أخرج الهمة والوصية.

وقوله: «على غير منافع» أخرج الإجارة.

وقوله: «ولا مُتعة لذّة» أخرج النكاح؛ لأنّه عقد معاوضة على متعة لذّة.

وعند الشافعية البيع: «مقابلة مالٍ بمال على وجه مخصوص»<sup>8</sup>. ويُردُّ على هذا التعريف القرض والإجارة؛ إذ هما مبادلة مال بمال، فإن الحد صادق عليهما وليس ببيع<sup>9</sup>، وهذا زاد في «المجموع» «تمليكاً»، وقلل: «مقابلة المال بمال أو نحوه تمليكاً». ففيخرج القرض؛ لأنّه ليس تمليكاً للقرض وإنما يُردد بمنتهى، وتخرج الإجارة؛ لأنّها تردد على تمليك المنافع لا على تمليك الأعيان<sup>10</sup>.

وفي المذهب الحنفي البيع: «مبادلة عين أو منفعة مباحة مطلقاً بأحد هما، على التأييد فيهما، بغير ربا ولا قرض»<sup>11</sup>.

قوله: «على التأييد» متعلق بمبادلة، وخرج به الإجارة والإعارة في نظير الإعارة وإن لم تقييد بزمن؛ لأن العواري مردودة، فلذلك لم يقل: للملوك.

وقوله: «غير ربا وقرض» إخراج لهما؛ فإن الربا محظوظ، والقرض وإن قصد فيه المبادلة، لكن المقصود الأعظم فيه: الإرفاق. والخلاصة: جميع التعريفات السابقة جميعها مؤداها واحد تقربياً، ولا فارق بينها إلا بالشكل والصيغة.

ثانياً: مشروعيته:

البيع جائز بأدلة من القرآن والسنة والإجماع.

<sup>7</sup> - حاشية ابن عابدين: 4/502.

<sup>8</sup> - فتح الوهاب، زكريا الأنصاري: 1/271.

<sup>9</sup> - مغني المحتاج، الخطيب الشربيني: 2/322.

<sup>10</sup> - طبعاً مع اعتبار المنافع أموالاً عند الجمهور غير الحنفية.

<sup>11</sup> - الإنفاق، المرداوي: 4/188.

أما القرآن: فقوله تعالى ﴿وَأَحَلَ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: 275] وقوله سبحانه: ﴿وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَأْتُمْ﴾ [البقرة: 282].

وما السنة فأحاديث، منها:

- سُئل النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أي الكسب أطيب؟ فقال: «عَمَلُ الرَّجُلِ بِيَدِهِ، وَكُلُّ بَيْعٍ مُبَرُّ»<sup>12</sup> والبيع

المبرور: أي الذي لا غش فيه ولا خيانة.

- وعن داود بن صالح المدني، عن أبيه، قال: سمعت أبا سعيد الخدري يقول: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:  
إِنَّمَا الْبَيْعُ عَنْ تَرَاضٍ<sup>13</sup>.

- وعن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "التاجر الصدوق الأمين مع النَّبِيِّنَ،  
وَالصَّدِيقِينَ، وَالشُّهَدَاءِ"<sup>14</sup>.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز البيع، والحكمة تقتضيه؛ لأن حاجة الإنسان تتعلق بما في يد صاحبه،  
وصاحبه لا ينزله بغير عوض، ففي تشريع البيع طريق إلى تحقيق كل واحد غرضه ودفع حاجته، والإنسان مدني بالطبع، لا  
يستطيع العيش بدون التعاون مع الآخرين.

ثانياً: أركان البيع:

الركن لغة هو: أحد الجوانب التي يستند إليها ويقوم بها، وركن الشيء: جانبه الأقوى<sup>15</sup>.

وأما في الاصطلاح: فقد اختلف العلماء في تعريف الركن على قولين<sup>16</sup>:

القول الأول: ذهب الحنفية إلى أن الركن هو ما لا يتصور وجود الشيء دونه، ويكون داخلاً في ماهية الشيء، أو ما  
يتوقف عليه وجود الشيء، وكان جزءاً من حقيقته أو ماهيته، فالإيجاب والقبول في عقد البيع ركن؛ لأنه جزء يتكون به

<sup>12</sup> - رواه البزار وصححه الحاكم عن رفاعة بن رافع، وذكره ابن حجر في التلخيص الحبير عن رافع بن خديج وعزاه لأحمد، وذكره السيوطي في الجامع الصغير عن رافع (سبل السلام: 3 ص 4).

<sup>13</sup> - أخرجه ابن ماجه في التجارات، باب: بيع الخيار، رقم (2185).

<sup>14</sup> - الترمذى: البيوع، باب: ما جاء في التجار وتسمية النبي - صلى الله عليه وسلم - إياهم، رقم (1208).

<sup>15</sup> - التعريفات، الجرجاني، ص: 112.

<sup>16</sup> - «مقدمة الفقه الإسلامي وأدلته»، للأستاذ الدكتور وعبة الزنجيلي: 70-69/1.

العقد، بينما البيع بثمن معلوم ليس من الأركان، بل من الشروط؛ فالشرط عندهم: ما يتوقف عليه وجود الشيء وكان خارجاً عن حقيقته، فالوضوء شرط للصلوة خارج عنها، وحضور الشاهدين في عقد الزواج شرط له وخارج عنه، وتعيين المبيع والثمن في عقد البيع شرط لصحته، وليس جزءاً من العقد، وبناء على ذلك نجد الحنفية يفرقون بين الشرط والركن.

القول الثاني: ذهب جمهور العلماء (المالكية، والشافعية، والحنابلة) إلى أنه: ما يتوقف عليه وجود الشيء وإن كان خارجاً عن ماهيته. وبناء عليه لا فرق عند الجمهور بين الشرط والركن.

وببناء على ما سبق فإن أركان البيع ستة عند جمهور الفقهاء؛ وهي: الصيغة، والعائد، والعقود عليه، وكل منهما قسمان؛ لأن العائد إما أن يكون بائعاً أو مشترياً، والعقود عليه إما أن يكون ثناً أو مثمناً، والصيغة إما أن تكون إيجاباً أو قبولاً، فالأركان ستة.

أما الحنفية: فالركن عندهم هو الصيغة فقط، أما العائد وال محل فما يستلزم وجود الصيغة لا من الأركان؛ لأن ما عدا الصيغة ليس جزءاً من حقيقة البيع، وإن كان يتوقف عليه وجوده<sup>17</sup>.

ولكل ركن من الأركان أحکام وشروط، سنذكرها على الترتيب فيما يلي:

#### الرَّكْنُ الْأَوَّلُ: الصيغة (الإيجاب والقبول):

الصيغة: هي ما يصدر من المتعاقدين، معتبراً عن رغبتهما في التعاقد، ورضاهما به، وقصدها إليه، وهي إما أن تكون لفظاً، وإما أن تكون عملاً.

فأما اللفظ (القول): فكأن يقول البائع للمشتري: بعتك هذه السلعة بمائة ليرة، فيقول المشتري: قبلت. أو يقول المشتري: اشتريت منك هذه السلعة بمائة ليرة، فيقول البائع: قبلت. وهذه الطريقة تسمى: الإيجاب والقبول.

وأما العمل: فكأن يسأل المشتري البائع عن ثمن السلعة، فيخبره به، فيوضع أمامه الثمن، ويأخذ السلعة وعضاً، فيأخذ البائع الثمن دون كلام بينهما، وهذه الطريقة تسمى: البيع بالتعاطي.

وقد اتفق الفقهاء على جواز البيع بالإيجاب والقبول، واختلفوا في صحة البيع بالتعاطي:

<sup>17</sup> - معنى المحتاج، الخطيب الشريفي: 323/2، وشرح متنه الإرادات، البهوي: 140/2.

فالحنفية والمالكية والخانبلة: صححوا البيع بالتعاطي مطلقاً، ما دام التعاطي مستوفياً لشروطه، ومنها: أن لا يرفض البائع بيع السلعة صراحة بالقول<sup>18</sup>. واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بِإِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُم﴾ [النساء: 29]، فالآية دلت على أن المعمول عليه في العقود هو تحقق التراضي، بصرف النظر عن وسيلة التعبير، ثم إن الناس لم يزالوا يتعاملون به منذ عصر النبوة فما بعده، فهذا إجماع عملي.

وأما الشافعية: فلهم ثلاثة أقوال<sup>19</sup>:

الأول: بعدم الجواز مطلقاً، وهو المشهور عندهم.

الثاني: بالجواز بالمحقرات، مثل: حزمة يصل وما يشبهه، دون نفائس الأموال كالجواهر وغيرها

الثالث: بالجواز مطلقاً إذا جرى التعامل به، وهو اختيار النووي المتولي والبغوي وغيرهم.

قال الإمام النووي: "وهذا هو المختار؛ لأن الله تعالى أحل البيع، ولم يثبت في الشرع لفظ له، فوجب الرجوع إلى العرف، فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً"<sup>20</sup>.

والراجح: قول الجمهور المواقف لاختيار النووي من الشافعية، وهو صحة البيع بالتعاطي؛ للحاجة الماسة إليه في عصتنا، حيث تقع أكثر بياعاتنا بالتعاطي دون إيجاب وقبول<sup>21</sup>.

ولا بد من التنبيه إلى أن التعاطي يجري في غير البيع من العقود؛ كالإجارة، والمبة وغيرها، إلا عقد الزواج، فلا يصح التعاطي فيه باتفاق؛ لأنه عظيم الخطر، ولأن الإيجاب والقبول في عقد الزواج يميزه عن الزنا الحرم، الذي يجري من غير لفظ.

واتفق الفقهاء على أن إشارة الآخرين المفهمة، أو كتابته، تقوم مقام اللفظ في البيع وغيره من العقود<sup>22</sup>.

### شروط الصيغة:

يشترط في الصيغة ما يأتي:

<sup>18</sup> - الدر المختار، الحصকفي: 4/513، المغني، ابن قدامة: 3/502، وحاشية الدسوقي: 3/3.

<sup>19</sup> - مغني المحتاج، الخطيب الشربini: 2/326.

<sup>20</sup> - المجموع، النووي: 9/162.

<sup>21</sup> - انظر: فقه المعاوضات، القسم الأول، د. أحمد الحجي الكردي: 181.

<sup>22</sup> - مغني المحتاج، الشربini: 2/323.

1. أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد (اتحاد المجلس)<sup>23</sup>؛ لأن الإيجاب لا يكون جزءاً من العقد إلا إذا التحقق به قبولاً، مع مراعاة أن اتحاد المجلس في كل زمن بحسبه، فقد تجري العقود عبر الهاتف، فيكون المجلس هو زمان المكالمة، وقد ناقش المجتمع الفقهي مسألة إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة، وانتهى إلى هذا القرار الذي نسوق نصه فيما يأتي: أولاً: إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجتمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة (الرسول)، وينطبق ذلك على البرق، والتلكس، والفاكس، وشاشات الحاسوب الآلي (الحاسوب)، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.

ثانياً: إذا تم التعاقد بين طرفين في وقت واحد وهما في مكانيين متبعدين، وينطبق هذا على الهاتف واللاسلكي؛ فإن التعاقد بينهما يعتبر تعاقداً بين حاضرين، وتنطبق على هذه الحالة الأحكام الأصلية المقررة لدى الفقهاء المشار إليها في الديبياجة.

ثالثاً: إذا أصدر العارض، بهذه الوسائل، إيجاباً محدد المدة، يكون ملزماً بالبقاء على إيجابه خلال تلك المدة، وليس له الرجوع عنه.

رابعاً: إن القواعد السابقة لا تشمل النكاح؛ لاشترط الإشهاد فيه، ولا الصرف؛ لاشترط التقابض، ولا السليم؛ لاشترط تعجيل رأس المال.

خامساً: ما يتعلق باحتمال التزييف، أو التزوير، أو الغلط، يرجع فيه إلى القواعد العامة للإثبات.

2. أن يكون الإيجاب والقبول متوافقين: فلو قال: بعثك بمئة. فقال: اشتريت بخمسين. لم ينعقد البيع؛ لعدم توافق القبول مع الإيجاب، أما لو قال: بعثك بمئة. فقال: اشتريت بمئة وعشرين. معنى: أن عدم التوافق كان لصالح الموجب (البائع) فهل ينعقد البيع؟ في المسألة قولان: الحنفية قالوا: ينعقد، والشافعية قالوا: لا ينعقد، والراجح قول الحنفية؛ ذلك لأن مبني العقد على التراضي، وهو قد تتحقق.

23 - مفهوم مجلس العقد: هو الزمان والمكان الذي يتم فيه التعاقد، ويُشترط أن يتصل الإيجاب بالقبول زمانياً ومكانياً، أما اشتراطه مكانياً فيعني: أن المجلس هو حيث يكون القبول، هذا يتحقق تماماً إذا كان المتعاقدان في مكان واحد وإن كانوا متبعدين؛ كما في المراسلة والهاتف والفاكس والبريد الإلكتروني وغيرها، فمكان القابل هو مجلس العقد. وقد اتفق الفقهاء على صحة العقد بالكتابة والمراسلة، وعلى أن مجلس العقد هو حيث يكون القابل، وقد نقل النووي في «المجموع» عن الغزالى قوله: «وإذا صحيحاً البيع بالملكتبة فكتّب إليه، فقبل المكتوب إليه، ثبت له الخيار ما دام في مجلس القبول». المجموع، النووي: 168/9.

3. أن يكون الإيجاب قائماً: فلو رجع الموجب عن إيجابه، عُدَّ القبول وارداً على غير الإيجاب، فلا قيمة له، وكذلك لو قال للمشتري: بعثك، فمات المشتري قبل القبول، بطل العقد.

4. حصول العلم بالإيجاب والقبول: وذلك بأن يكون كل من العاقدین قد حصل لله العلم بما عبر عنه الآخر، بأن يفهم المراد منه ويسمعه إذا كان التعبير بالقول، أو يراه إذا كان بالإشارة، أو يقرأه كما في الكتابة.

#### 5. لا يكون في الصيغة تعليق<sup>24</sup>:

البيع المعلق: هو ما عُلق وجوده على وجود أمر آخر ممكِّن الحصول بأدأة من أدوات التعليق، مثاله: أن يقول شخص لآخر: بعثك داري هذه بكذا إن باع لي فلان داره. فيقول الآخر: قبلت. وعقد البيع لا يقبل التعليق، فإذا عُلق فسد البيع عند الأئمة الأربع: الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، وذلك لوجود الغرر؛ فإن كُلَّا من المتابيعين لا يدرى: هل يحصل الأمر المعلق عليه فيتم البيع، أم لن يحصل فلا يتم؟ كما لا يدرى: متى يحصل في حالة حصوله؟ وقد يحصل في وقت تكون رغبة المشتري أو البائع قد تغيرت، ففي البيع المعلق غرر من حيث حصوله وعدمه، وفيه غرر أيضاً من حيث وقت حصوله، وفيه غرر كذلك من حيث تحقق الرضا وعدمه عند حصول المعلق عليه.

#### 6. لا يكون في الصيغة إضافة:

البيع المضاف: هو ما أضيف فيه الإيجاب إلى زمن مستقبل، مثاله: أن يقول شخص آخر: بعثك داري هذه بكذا من أول السنة القادمة، فيقول الآخر: قبلت.

وعقد البيع لا يقبل الإضافة عند جمهور الفقهاء، فإذا أضيف البيع إلى زمن مستقبل فسد العقد؛ لوجود الغرر من جهة ما يحتمل أن يحدث من زوال مصلحة أحد المتعاقدين وكذلك رضاه بالعقد عند مجيء الزمن المضاف إليه، فلو أن شخصاً اشتري سلعة بعد مضياف، ثم تغيرت ظروفه أو تغير السوق، فانخفض سعر تلك السلعة في الوقت الذي أضيف إليه العقد فيه، فإن المشتري يكره تنفيذ ذلك العقد، ويندم على الإقدام عليه، بل ربما تغيرت السلعة نفسها، فيقع النزاع بين المتعاقدين.

<sup>24</sup> - الغرر في العقود وأثاره في التطبيقات المعاصرة، د. الصديق محمد الأمين الضمير: 16-17، بحث مقدم للبنك الإسلامي للتنمية، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب.

**الخلاصة:** الغر يدخل العقد المضاف من جهة كون المتعاقدين لا يدريان في الوقت الذي أبرم فيه العقد، كيف يكون رضاهما بالعقد ومصلحتهما فيه، عند ترتيب أثره عليه؟ كما أنها لا يدريان كيف يكون المبيع في ذلك الوقت؟

**7. ألا يكون في الصيغة ما يؤدي إلى اجتماع عقد في عقد، سواءً كان سبيله الصيغة على شرط أم احتواها على عقدين، وهذه فيها خلاف كبير بين العلماء لا يسع المقام لعرضه، ولكن نعرض ما اتفقا عليه؛ وهما أمران:**

**الأول:** لا يجوز اجتماع عقد البيع مع عقد القرض؛ لأن يقول: أقرضك خمسين ألفاً على أن أشتري منك دارك بكندا، هذا لا يجوز بالاتفاق؛ لوجود شبهة الربا.

**والثاني:** لا يجوز اشتراط شرط يخالف مقتضيات العقد؛ لأن يقول: أبيعك داري بشرط ألا تتبعها... لا يجوز بالاتفاق؛ لكونه يخالف مقتضى عقد البيع، فمن مقتضيات عقد البيع: تملك المشتري المبيع، والتصرف به دون قيود من البائع<sup>25</sup>.

**الركن الثاني: العقودان (البائع والمشتري):**

يشترط في العقدان ما يأتي:

**1. أن يكون العقودان أهلاً للتصرف:** وهذا أمر متفق عليه، ولكن اختلاف الفقهاء في أحليه العقد: هل هي الأهلية الكاملة، أم تكفي الأهلية الناقصة؟

**ذهب الشافعية والحنابلة:** إلى اشتراط الأهلية الكاملة وهي البلوغ والرشد، فلا يصح عقد من صغير لم يبلغ، ولا من مجنون، أو سكران، أو سفيه. ولم يصح الشافعية عقد الصبي المميز (الذي بلغ سبع سنوات إلى البلوغ)<sup>26</sup>. أما الحنابلة فصححوا عقده إذا أذن الولي قبل العقد<sup>27</sup>.

**وعند الحنفية والمالكية:** تكفي الأهلية الناقصة في العقد، لذلك صححوا عقد المميز والمحجور عليه اللذين يعرفان البيع وما يترب عليه من الأثر، ويدركان مقاصد العلاء من الكلام، ويُنسنان الإجابة عنها، ولكنه لا يلزم إلا بإذن الولي، ويُقبل إذن بعد تصرف الصبي<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> - المعاير الشرعية، المعيار رقم 25.

<sup>26</sup> - مغني الحاج، الخطيب الشريبي: 2/332.

<sup>27</sup> - كشاف القناع، البهوي: 3/151.

<sup>28</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 5/149، والشرح الصغير، الدردير: 3/18.

فإذا اشتري الصبي المميز السلعة التي أذن له وليه في شرائها، انعقد البيع لازماً، وليس للولي رده، أما إذا لم يأذن، وتصرف الصبي المميز من تلقاء نفسه، فإن بيعه ينعقد، ولكن لا يلزم إلا إذا أجازه الولي.

أما الصبي غير المميز (ما دون سبع سنوات)، فعقده باطل، ولا أثر له باتفاق الفقهاء.

## 2. الرضا:

لا بد من تحقق رضا المتعاقدين بالميائة، ولو أكره شخص على بيع ماله بغير حق، فالبيع باطل، أما لو كان الإكراه بحق؛  
كبيع مال المفلس<sup>29</sup>، وبيع المرهون عند استحقاقه... إلخ، فالبيع صحيح باتفاق؛ قال الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تُأْكِلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [ النساء: 29].

ووجه الدلالة: أن الله وصف التجارة بكونها عن تراضٍ، ولو كان هذا الوصف غير معتبر، لما كان لذكرهفائدة، وقال صلى الله عليه وسلم: «إِنَّمَا الْبَيْعَ عَنْ تَرَاضٍ»<sup>30</sup> ويدخل تحت هذا الشرط أربع مسائل:

### المسألة الأولى: حكم بيع التلّجنة<sup>31</sup>:

بيع التلّجنة: هو أن يتظاهر شخصان على إبرام عقد صوري، بقصد التخلص من اعتداء ظالم على المبيع، أو لإظهار مقدار بدل أكثر من البدل الحقيقي ابتناء الشهرة، أو لمنع الشفيع من الأخذ بالشفعية إذا كان المبيع عقاراً، أو للتخلص من الضرائب، أو ليهرب المدين من حقوق الدائنين... إلخ.

وقد اختلف العلماء في حكم بيع التلّجنة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: ذهب الحنفية في رواية، والمالكية، والحنابلة إلى فساد بيع التلّجنة؛ لأن العاقدين ما قصداً البيع، والرضا غير متحقق في البيع؛ ولأن العبرة في العقود للمعنى والقصد، لا للألفاظ والمباني، بدليل: أن الشارع نهى عن الحيل المحترمة مع أن ظاهرها الجواز؛ لأن المقصود منها: التحايل على الحرم.

<sup>29</sup> - المفلس في اصطلاح الفقهاء: من كان دينه أكثر من ماله، وتحْرِجهُ أَكْثَرَ مِنْ دَرْدِلِهِ، معجم لغة الفقهاء، قلعي، ص 477.

<sup>30</sup> - أخرجه ابن ماجه، كتاب: التجارات، باب: بيع الخيار، رقم (2176).

<sup>31</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 5/176، وحاشية الدسوقي: 2/313، وكشاف القناع، البهوي: 3/149 والمجموع، التبوبي: 9/334.

القول الثاني: ذهب أبو حنيفة في رواية ثانية، والشافعية إلى صحة بيع التلجمة؛ لأنَّه بيع تكاملت أركانه وشروطه، ونحن مأمورون بالأخذ بالظاهر في المعاملات بين الناس، وإنْ تعطلت معاملاتهم، والله تعالى يحكم على النيات والقصد يوم القيمة.

القول الثالث: مروي عن محمد صاحب أبي حنيفة، فقد ذهب إلى أنَّ البيع جائز غير لازم، ويلزم إنْ أجازاه معًا؛ لأنَّ التواطؤ عنده يكون كشرط خيار المتباعين.

### المُسَائِلةُ الثَّالِثَةُ: حُكْمُ بَيْعِ الْمُضْطَرِّ:

بيع المضطرّ: هو أنْ يبيع ما عنده من متاع بغير فاحش؛ حاجته إلى ثمنه؛ كبيع المدين بعض متاعه لسداد دين عليه.

اختلاف الفقهاء في حكم بيع المضطر على قولين وفقاً لما يأتي<sup>32</sup>:

1. ذهب جمهور العلماء: إلى صحته؛ لتحقق ركنه، وهو الإيجاب والقبول، الصادر من أهله في محل قابل لحكمه؛ ولأنَّ مجرد الاضطرار ليس من أسباب فساد العقود أو بطلانها أو عدم لزومها، إذ المضطر مختار أو راضٍ بما أقدم عليه، فقد وازن بين دفع حاجته وبدها، ورضي بما أقدم عليه، ثم إنَّ حديث النهي عن بيع المضطر ضعيف لا تقوم به حجّة؛ كما صرَّح علماء الحديث.

2. وذهب الحنفية: إلى فساد بيع المضطر وشرائه؛ لأنَّ المضطر غير راضٍ حقيقة بإنشاء ذلك العقد، غير أنَّ الضرورة الجائحة إليه، فكان فاسدًا كبيع المكره.

وأما مبادئ المضطر بالعدل، بمعنى: بيعه ما هو مضطر إليه بثمن المثل أو ما في حكمه، أو شرائه منه ما هو مضطر إلى بيعه كذلك، فهي صحيحة سائغة شرعاً باتفاق أهل العلم؛ لانتفاء أي خلل مانع من ذلك شرعاً، ولأنَّ في مبادئه بالعدل معونةً له على دفع حاجته أو ضرورته.

### المُسَائِلةُ الثَّالِثَةُ: بَيْعُ الْمَاهَذِلِ:

المهذل: هو من يتكلم بكلام البيع ولا يقصد حقيقة ولا مجازاً، وقد اختلف العلماء في بيع المهذل كاختلافهم في بيع الملحاجة (التلجمة)، واستدلوا بالأدلة السابقة نفسها.

<sup>32</sup> – في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة، د. نزيه حماد: 240

## المُسَأْلَةُ الْرَّابِعَةُ: تَوْلِيْ شَخْصٍ وَاحِدًا طَرِيْفِ الْعَدْدِ<sup>33</sup>

وَهَذِهِ الْمُسَأْلَةُ صُورٌ؛ مِنْهَا:

- أَنْ يَوْكِلَهُ شَخْصٌ فِي شَرْاءِ سِيَارَةٍ مَثَلًا، وَيَوْكِلُهُ آخَرُ فِي بَيْعِ سِيَارَتِهِ، فَيَقُولُ الْوَكِيلُ بِإِتَامِ الصَّفْقَةِ نِيَابَةً عَنِ الْمَوْكِلِينَ.
- أَنْ يَوْكِلَهُ شَخْصٌ فِي شَرْاءِ شَيْءٍ، فَيُشَرِّيْهُ الْوَكِيلُ مِنْ نَفْسِهِ، أَوْ يَوْكِلُهُ فِي بَيْعِ شَيْءٍ، فَيُبَيِّعُهُ الْوَكِيلُ لِنَفْسِهِ، وَمِنْ ذَلِكَ مَا يَقُولُ بِهِ السَّمَاسِرَةُ فِي بَيْعِ الْأَسْهَمِ؛ حِيثُ يَقُولُونَ بِإِتَامِ الصَّفْقَةِ نِيَابَةً عَنِ بائِعِ الْأَسْهَمِ وَالظَّالِمِينَ لَهُ، وَقَدْ يَتَوَكَّلُ السَّمَاسِرَ بَيْعَ الْأَسْهَمِ فَيُبَيِّعُهَا لِنَفْسِهِ.

اَخْتَلَفَ الْفَقَهَاءُ فِي هَذِهِ الْمُسَأْلَةِ عَلَى قَوْلَيْنِ:

الْقَوْلُ الْأَوَّلُ: ذَهَبَ الْحَنْفِيَّةُ وَالشَّافِعِيَّةُ، وَرَوَايَةُ عِنْدِ الْخَنَابِلَةِ إِلَى عَدَمِ صَحَّةِ الْبَيْعِ، وَاسْتَدَلُوا بِمَا يَأْتِي:

أَنَّ لِلْبَيْعِ حُقُوقًا مُتَضَادَةً، مُثَلًا: «الْإِسْلَامُ وَالتَّسْلِيمُ، وَالْمَطَالِبَةُ بِتَسْلِيمِ الْمَبَيْعِ، وَقَبْضِ الشَّمْنِ، وَالرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَالْخِيَارَاتِ...»، وَمَحَالُ أَنْ تَتَوَفَّرَ جَمِيعُهَا فِي الشَّخْصِ فِي زَمْنٍ وَاحِدٍ، وَيَتَنَافَى الْغَرْضَانِ فِي بَيْعِهِ نَفْسَهُ؛ لِأَنَّهُ بِحُكْمِ كُونِهِ بائِعًا يَطْلُبُ زِيَادَةَ الشَّمْنِ، وَبِحُكْمِ كُونِهِ شَارِيًّا يَطْلُبُ نَقْصَانَهُ فَلِمْ يَجِزُ.

- أَنْ قِيَامَ شَخْصٍ وَاحِدٍ بِطَرِيْفِ الْعَدْدِ تَلْحِقُهُ تَهْمَةُ.

الْقَوْلُ الثَّانِي: ذَهَبَ الْمَالِكِيَّةُ، وَرَوَايَةُ عِنْدِ الْخَنَابِلَةِ إِلَى صَحَّةِ الْبَيْعِ، بِشَرْطِ أَنْ تَنْتَفِي التَّهْمَةُ عَنِ الْوَكِيلِ، بِأَنَّ يَعْلَمُ الْمَوْكِلُ بِذَلِكَ وَيَأْذِنُ بِهِ، أَوْ أَنْ يَشْتَرِيَهَا بِأَحْسَنِ مِنْ مُثَلِّهَا، أَوْ يُبَيِّعُهَا لِلْمَوْكِلِ بِأَقْلَمِ مِنْ مُثَلِّهَا، وَاسْتَدَلُوا بِالْآتِي:

- أَنَّ الْأَصْلَ فِي الْبَيْعِ الْحَلِّ، وَلَا دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ هَذِهِ الصُّورَةِ مِنَ الْبَيْعِ.

- لِأَنَّهُ قَدْ يَكُونُ فِي شَرْاءِ الْوَكِيلِ مِنْ نَفْسِهِ مَصْلَحَةً لِلْمَوْكِلِ؛ إِذَا قَدْ لَا يُطْلُبُ السَّلْعَةُ بِمِثْلِ الشَّمْنِ الَّذِي عَرَضَهُ الْوَكِيلُ، وَهَذَا هُوَ الرَّاجِحُ وَاللَّهُ أَعْلَمُ، وَأَمَّا مَا ذَكَرَهُ أَصْحَابُ الرَّأْيِ الْأَوَّلِ، فَيَنْاقِشُ بِأَنَّ التَّهْمَةَ تَنْتَفِي عَنِ الْوَكِيلِ إِذَا أَذِنَ الْمَوْكِلُ أَوْ زَادَ فِي شَمْنِ السَّلْعَةِ؛ كَمَا أَنَّ الْدِّمَّةَ تَبْعَضُ فِي الْفَقَهِ الإِسْلَامِيِّ.

الرَّكْنُ الثَّالِثُ: الْمَعْقُودُ عَلَيْهِ (الْمَبَيْعُ وَالشَّمْنُ):

يَشْتَرِطُ فِي الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ مَا يَأْتِي:

<sup>33</sup> - بَدَائِعُ الصِّنَاعَةِ، الْكَاسَانِيُّ: 232/2، الْقَوْانِينُ الْفَقَهِيَّةُ، ابْنُ جَزِيٍّ: 328، حَاشِيَةُ قَلِيبِيِّ وَعُمَيرَةٍ: 2/338، كَشَافُ الْقَنَاعِ، الْبَهْوَيُّ: 2/238.

**1. الوجود:** فإذا كان المعقود عليه معدوماً لم ينعقد البيع<sup>34</sup>، مثل: بيع الشمر قبل أن ينعقد على الشجر.

وذكر الحنفية أن هذا شرط في المبيع دون الثمن، فلو باع كتاباً موجوداً ملوكاً بدراهم سوف يضرها السلطان، كان البيع منعقداً، ذلك أن المبيع أصل البيع، والثمن وصفه، ويغتفر في الوصف ما لا يغتفر في الأصل. ويؤتى من ذلك عقد السلم؛ فإنه بيع ما ليس موجوداً أصلاً، لكنه أجيزة استحساناً لأن النبي صلى الله عليه وسلم: «نَهَىٰ عَنِ الْبَيْعِ مَا لَيْسَ عِنْدَهُ»<sup>35</sup>، وأحاديث أخرى.

**2. أن يكون المبيع والثمن مالاً:**<sup>36</sup> وبعض العلماء عبر عن هذا الشرط بصيغة:

أن يكون مُستفعاً به، فلا يصح بيع ما ليس بمال كبيع الميتة؛ كما لا يصح بيع مال لا نفع فيه؛ كبيع الحشرات التي لا نفع لها كالذباب والعقرب ونحوها<sup>37</sup>.

**3. أن يكون ملوكاً في نفسه:** فلا يصح بيع المباح؛ كبيع الماء في النهر، وبيع الملح الطبيعي، وهذا كله إذا كان قبل الإحرار، وسبب عدم صحة ذلك: استواء البائع والمشتري في حق امتلاك المباح.

**4. أن يكون ملوكاً للبائع، أو أن يكون البائع مأذوناً له في البيع وكالة أو ولادية<sup>38</sup>:** لما روى عن حكيم بن حرام رضي الله عنه، قال: قلت: يا رسول الله، يأتيني الرجل، فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه، ثم أبتاعه من السوق، فقال: «لا تبع ما ليس عندك»<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> - بداع الصنائع: 139/5، يقول الإمام النووي رحمه الله: «بيع المعدوم باطل بالإجماع». شرح النووي على صحيح مسلم، باب: النهي عن المخالفة والمخايبة، رقم (1536)\10.

<sup>35</sup> - قال ابن حجر: « قوله: «روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم»، لم أجده هكذا، نعم هنا حديثان، أحدهما: «لا تبع ما ليس عندك» وقد تقدم. ثانيهما: «الرخصة في السلم» ولم أره بهذا اللفظ، إلا أن القرطي في «شرح مسلم» ذكره أيضاً، أي: بهذا اللفظ». «الدرية في تخريج أحاديث المhadia»: 185/2.

<sup>36</sup> - وأركان المال عند الجمهور أمان: أن يكون له قيمة بين الناس، ويجوز الانتفاع به.

<sup>37</sup> - ويندرج تحت هذا الشرط عدة مسائل: بيع الدم والتبرع به، وبيع أعضاء الإنسان ونقلها، وبيع الخمر، والكلب، والهر، وبيع المصحف، وبيع الأسهم المحرمة. - بداع الصنائع، الكاساني: 147/5.

<sup>38</sup> - أخرجه الترمذى في «سننه»، كتاب: البيوع، باب: ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك، رقم (1277)، وأبو داود، كتاب: الإجارة، باب: في الرجل بيع ما ليس عنده، رقم (3505). قال في «نصب الرأية» 9/4: «ورواه الأربعة، وحسنه الترمذى».

5. القدرة على التسليم وقت العقد: فلا يصح بيع الطير في الهواء، والسمك في الماء؛ لأنَّه غير مقدور التسليم حالاً فيقع باطلًا، ولا ينعقد بيع المغصوب؛ لأنَّه وإنْ كان مملوِّكًا للمغصوب منه إلَّا أنه ليس قادرًا على تسليمه إلَّا إذا كان المشتري قادرًا على نزعه من الغاصب، وإلا صح، وأيضاً لا يصح أن يبيعه الغاصب؛ لأنَّه ليس مملوِّكًا، ولا يصح كذلك بيع البعير الشارد، ولا بيع الدين بالدين، ولا بيع ما ليس عند الإنسان، ولا البيع قبل القبض.

6. أن يكون معلومًا: بمشاهدة أو وصف، فلا يصح بيع مجاهول العين أو الصفة أو المقدار؛ فبيع المجاهول جهالة تقضي إلى المنازعة غير صحيح؛ كما إذا قال للمشتري: اشتَرِ شاة من قطع الغنم التي أملكها، أو اشتَرِ مِنِي هذا الشيء وهو مجاهول المقدار بقيمتِه.

7. أن يكون طاهراً: فلا يصح بيع الخنزير والميتة. ويغير الحنفية عن هذا الشرط بالتفهُّم؛ أي: أن يكون المال له قيمة في الشرع.

8. ألا يكون مؤقتًا: كأن يقول له: بعتك هذا البعير بكذا مدة سنة<sup>40</sup>.

أنواع البيع<sup>41</sup>:

أ- البيع اللازم: هو البيع الذي يقع باتاً إذا عُرِي عن الخيارات، كبعتك هذا الثوب بعشرة قروش، وقبل المشتري.

ب- البيع غير اللازم: وهو ما كان فيه إحدى الخيارات، كبعتك هذا الثوب بعشرة قروش، فقال المشتري:

قبلت على أني بالخيار ثلاثة أيام.

ت- البيع الموقوف: ما تعلق به حق الغير كبيع إنسان مال غيره بغير إذنه، وبيع أو شراء الصبي المميز والمعتوه والمحجور عليه موقوف على إجازة الولي، أو الوصي، أو القاضي.

ث- البيع الصحيح النافذ اللازم: فهو ما كان مشروعًا بأصله ووصفه، ولم يتعذر به حق الغير ولا خيار فيه وحكمه أنه يثبت أثره في الحال.

<sup>40</sup> - الفقه على المذاهب الأربعة،الجزيري: 149/2

<sup>41</sup> - مذكرات في فقه المعاملات، د. صلاح محمد أبو الحاج، ص 139. الطبعة: دار العلماء، عمان، الأردن.

**جـ-البيع الباطل:** فهو ما احتل ركنه أو محله أو لا يكون مشروعًا بأصله، ولا بوصفه وحكمه أنه لا يعتبر منعقداً فعلاً، كبيع المعدوم، وبيع معجوز التسليم، وبيع الغرر.

**حـ-البيع الفاسد:** هو ما كان مشروعًا بأصله دون وصفه، كمن عرض له أمر أو وصف غير مشروع مثل بيع المجهول جهالة تؤدي للنزاع، كبيع دار من الدور أو سيارة من السيارات المملوكة لشخص دون تعيين، وحكمه أنه يثبت فيه الملك بالقبض بإذن المالك صراحة أو دلالة.

- الضابط الذي يميز الفاسد عن الباطل:

1 - إذا كان الفساد يرجع للمبيع فالبيع باطل.

2 - أما إذا كان الفساد يرجع للثمن، فإن البيع يكون فاسداً، أي أنه ينعقد بقيمة المبيع.

**ـأهم خيارات البيوع:**

**1- خيار الشرط:**

**تعريفه:** وهو من إضافة الشيء إلى سببه؛ لأن الشرط سبب للخيار.

**وتعریفه اصطلاحاً:** هو ما يثبت لأحد المتعاقدين اختيار الإمضاء أو لفسخ بالشرط ولو في مجلس العقد في مدة معينة<sup>42</sup>.

**مشروعته:**

من السنة: حديث حبان بن منقذ أنه كان يخدع في البيوع فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم -: "إذا بايعت فقل لا خلابة" وجعل له الخيار ثلاثة أيام<sup>43</sup>.

**ومعنى لا خلابة:** لا خديعة أي لا تحل لك خديعتي أو لا يلزمني خديعتك.

من المعقول: إن الإنسان يحتاج إلى التأمل والتفكير فيما يشتريه وبيعه حتى لا يضر في ذلك ولا يكون ذلك إلا بخيار الشرط<sup>44</sup>.

<sup>42</sup> - حاشية ابن عابدين، ابن عابدين: 45 / 4.

<sup>43</sup> - لفظ مسلم: عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ دِينَارٍ، أَنَّهُ سَمِعَ أَبْنَ عَمْرَ، يَقُولُ: ذَكَرَ رَجُلٌ لِرَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَنَّهُ يُخْدَعُ فِي الْبَيْعِ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "مَنْ بَايَعَتْ، فَقُلْ: لَا خِلَابةَ" ، فَكَانَ إِذَا بَايَعَ يَقُولُ: لَا خِيَابَةَ . كتاب: البيوع، باب: من يخدع في البيع، رقم (1533).

<sup>44</sup> - درر الحكم شرح غرر الأحكام، منلا خسرو: 290/1.

وبينع خيار الشرط ابتداء الحكم بعد انعقاد البيع، يعني مع أن حكم البيع إخراج المبيع من ملك البائع وإدخاله في ملك المشتري، فإن الخيار يمنع خروج المبيع من ملك البائع.

وهو غير خاص بالبيع فحسب، بل يشمل في كل العقود الالزمة التي تقبل الفسخ كالإقالة والقسمة والمزارعة والمساقاة والإجارة وغيرها.

#### مدة الخيار:

اتفق جمهور الفقهاء غير المالكية على أن مدة الخيار المشروط ينبغي أن تكون معلومة، فإن لم تكن له مدة، أو كانت المدة مجهرة، أو كان الخيار مؤبداً لم يصح العقد، وكان فاسداً عند الحنفية<sup>45</sup>، وباطلاً عند الشافعية والحنابلة<sup>46</sup>.

وقال الإمام مالك: يجوز الخيار المطلق بدون تحديد مدة، ويحدد الحكم له مدة كمدة خيار مثله في العادة؛ لأن اختيار المبيع في مثله مقدر في العادة، فإذا أطلق الخيار حُمل على المعتاد. ويفسد العقد باشتراط مدة مجهرة كإلى أن تمطر السماء<sup>47</sup>.

ثم اختلف الفقهاء في مقدار مدة الخيار على ثلاثة أقوال:

1 - فقال أبو حنيفة وزفر الشافعي<sup>48</sup>: إنها لا تزيد على ثلاثة أيام، عملاً بمقتضى الحديث الذي ثبتت به مشروعية هذا الخيار، وهو حديث حبان بن منقذ الذي كان يُغبن في البيع والشراء، فشكوا أهله إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلابة،ولي الخيار ثلاثة أيام» فهذا الخيار شرع استثناء لدفع الغبن عن الناس، فيقتصر فيه على مورد النص، والنص جعل المدة ثلاثة أيام، فلا يزاد عليها، وأن الحاجة تتحقق بالثلاث غالباً.

<sup>45</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 174/5.

<sup>46</sup> - المذهب، الشيرازي: 1/259، المغني، ابن قدامة: 3/589.

<sup>47</sup> - بداية المجتهد، ابن رشد: 2/108.

<sup>48</sup> - المبسوط، السرخسي: 13/40 وما بعدها، بدائع الصنائع، الكاساني: 5/174، معنى المحتاج، الخطيب الشريبي: 2/47.

وقال الصابحان والحنابلة<sup>49</sup>: تكون مدة الخيار بحسب اتفاق العاقددين، ولو كانت أكثر من ثلاثة أيام؛ لأن الخيار شرع للتروي والمشورة، وقد لا تكفي الأيام الثلاثة. والتحديد المذكور في حديث حبان كان كافياً بالنسبة له بتقدير الرسول صلى الله عليه وسلم. وما يكون كافياً لشخص قد لا يكفي لغيره، فلا يكون هذا التحديد مانعاً من الزيادة على المدة المذكورة.

3 - قال المالكية<sup>50</sup>: يجوز الخيار بقدر ما تدعوه إليه الحاجة، ويختلف ذلك باختلاف الأحوال، فالفاكهة لا يجوز الخيار فيها أكثر من يوم، والثياب والدواب: ثلاثة أيام، والأرض البعيدة: أكثر من ثلاثة أيام، والدار ونحوها: شهر؛ لأن المفهوم من الخيار هو اختبار المبيع، وإمكان الاختبار يختلف بحسب المبيعات، تحقيقاً لحاجة العقد.

## 2- خيار العيب:

تركيب إضافي من باب إضافة المسَبَب إلى سببه.

والعيب في اصطلاح الفقهاء: ما يخلو عنْ أصل الفطرة السليمة مما يُعدُّ به ناقصاً، وينقص به الشمن عند التجار<sup>51</sup>.

مشروعيته:

من القرآن: استَدَلُوا بِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [ النساء: 29]. والوجه في الاستدلال أن العلم بالعيب في المبيع مناف للرضا المشروط في العقود، فالعقد الملتبس بالعيب تجارة عن غير تراضٍ.

من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: «المسلم أخو المسلم، لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعاً، وفيه عيب، إلا بيئنه له»<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> - المبسوط، السرخسي: 41/13.

<sup>50</sup> - القوانين الفقهية، ابن جزي: ص 273.

<sup>51</sup> - تحفة الفقهاء، السمرقندى: 2/135.

<sup>52</sup> - رواه ابن ماجه، أبواب التجارية، باب: من باع عيباً فليبينه، رقم (2246).

وعن أبي هريرة، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صُبْرَةٍ من طعام، فادخل يده فيها، فنالت أصابعه بللاً، فقال: «يَا صَاحِبَ الطَّعَامِ، مَا هَذَا؟»، قال: أصابعُهُ السَّمَاءِ يا رسول الله، قال: «أَفَلَا جَعَلْتُهُ فَوْقَ الطَّعَامِ حَتَّى يَرَاهُ النَّاسُ»، ثم قال: «مَنْ غَشَ فَلَيْسَ مِنَّا».<sup>53</sup>

من القياس: قياساً على الخيار في المصارحة. فعن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «مَنْ اشترى مُصَرَّأَةً<sup>54</sup> فَهُوَ بِالخَيْرِ إِذَا حَلَبَهَا، إِنْ شَاءَ رَدَّهَا وَرَدَّ مَعَهَا صَاعًا مِنْ تَمْرٍ»<sup>55</sup>، وفي رواية: "وَلَا تُصَرُّوا إِلَيْلَ وَالْغَنَمَ، فَمَنِ ابْتَاعَهَا بَعْدَ ذَلِكَ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَارِينَ بَعْدَ أَنْ يَحْلِبَهَا، فَإِنْ رَضِيَّهَا أَمْسَكَهَا، وَإِنْ سَخْطَهَا رَدَّهَا وَصَاعًا مِنْ تَمْرٍ".<sup>56</sup>

والجامع بينهما عدم حصول المبيع السليم، لأنه بدل الثمن لبسأله له مبيع سليم ولم يسلمه له ذلك.

**شروط ثبوت خيار العيب:** يشترط لثبوت خيار العيب بعد الاطلاع على العيب شروط وهي:

1 - وجود العيب قبل العقد، أو بعده قبل التسليم أي أن يكون قدماً. فلو حدث العيب بعد التسليم، أو عند المشتري لا يثبت الخيار.

2 - جهل المشتري بوجود العيب عند العقد والقبض. فإن كان عالماً به عند أحدهما فلا خيار له، لأنه يكون راضياً به دلالة.

3 - عدم اشتراط المالك البراءة عن العيوب في محل العقد، فلو شرط ذلك فلا خيار للمشتري، لأنه إذا أبرأه فقد أسقط حق نفسه.

4 - ألا يزول العيب قبل الفسخ.

<sup>53</sup> - حديث صحيح أخرجه الترمذى، أبواب البيوع، باب: ما جاء في كراهة الغش في البيوع، رقم (1315).

<sup>54</sup> - التَّصْرِيَّةُ لغة: مصدر صَرَى، يُقال: صَرَّ النَّاقَةُ أَوْ غَيْرُهَا تَصْرِيَّةً: إِذَا تَرَكَ حَلْبَهَا، فاجتَمَعَ لِبَنُهَا فِي ضَرَعَهَا. وفي الاصطلاح: تَرُكُ الْبَائِعُ حَلْبَ النَّاقَةِ أَوْ غَيْرُهَا عَمَدًا مُدَّةً قَبْلَ بِيعِهَا، لِيَوْمِ الْمُشْتَرِيِّ كَثْرَةُ الْبَنِّ. الموسوعة الکوتیبة: 74/12.

<sup>55</sup> - سنن الترمذى، أبواب البيوع، باب: ما جاء في المصارحة، رقم (1251).

<sup>56</sup> - صحيح البخارى: كتاب: البيوع، باب: تحريم بيع الرجل على بيع أخيه، رقم (1515).

<sup>57</sup> - بدائع الصنائع، الكاسانى: 275/2 وما بعدها. الفقه الإسلامى وأدله، د. وهبة الرحيلى: 3117/4.

وقت خيار العيب<sup>58</sup>: يثبت خيار العيب متى ظهر العيب ولو بعد العقد بزمن طويل. أما فسخ العقد بعد العلم بالعيب فوراً أو على التراخي فيه رأيان للفقهاء:

قال الحنفية والحنابلة: خيار الرد بالعيب على التراخي، ولا يشترط أن يكون رد المبيع بعد العلم بالعيب على الفور. فمتى علم العيب فأخر الرد، لم يبطل خيارة حتى يوجد منه ما يدل على الرضا؛ لأن هذا الخيار شرع لدفع الضرر، فلا يبطل بالتأخير؛ ولأن الحقوق إذا ثبتت لا تسقط إلا بإسقاطها أو بانتهاء الوقت المحدد لها، وليس لهذا الحق وقت محدد<sup>59</sup>.

وقال المالكية والشافعية: يجب الفسخ على الفور بعد العلم بالعيب. والمراد بالفور: ما لا يُعد تراخيًا في العادة، فلو اشتغل بصلاة أو أكل ونحوه لا يعد متراخيًا. والسبب في اشتراط الفور: هو ألا يلحق العاقد الآخر ضرر من التأخير، فإذا تأخر في رد المعقود عليه بدون عذر سقط حقه ولم يلزم العقد<sup>60</sup>.

#### موانع الرد بالعيب وسقوط الخيار:

يمتنع الرد بالعيب ويسقط الخيار بعد ثبوته ويلزم العقد بأسباب وهي ما يأتي<sup>61</sup>:

1 - الرضا بالعيب بعد العلم به: إما صراحة كقوله: رضيت بالعيب، أو أجزرت العقد، أو دلالة كالتصرف في المعقود عليه تصرفاً يدل على الرضا بالعيب، كبيعه أو هبته أو رهنها أو إيجاره، أو استعماله بأي وجه كلبس وركوب، وهو ذلك؛ لأن الرضا بالعيب بعد العلم به دليل على أن سلامنة المعقود عليه ليست مقصودة له، فلا يكون هناك معنى لإثبات الخيار له.

2 - إسقاط الخيار: صراحة كقوله: أسقطت خياري، أو دلالة كأن أبراً من العيب الذي ظهر في المعقود عليه؛ لأن خيار العيب حقه فله أن يتنازل عنه.

3 - هلاك المعقود عليه، أو تعبيه بعيب جديد في يد صاحب الخيار، أو تغيره تغيراً تاماً، كطحون الحنطة، وخبز الدقيق، ونحوه.

<sup>58</sup> - الفقه الإسلامي وأداته، د. وهبة الرحيلي: 3118/4.

<sup>59</sup> - الدر المختار، الحصকفي: 93/4، المغني، ابن قدامة: 144/4.

<sup>60</sup> - المذهب، الشيرازي: 1/274، الشرح الكبير مع الدسوقي: 120/3.

<sup>61</sup> - فتح القدير، ابن الهمام: 5/164.

4 - زيادة المعقود عليه في يد صاحب الخيار زيادة متصلة غير متولدة من الأصل كالبناء أو الغرس على الأرض، وصبع الشوب، أو زيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد والثمرة.

وامتناع الرد في الصورة الأولى سببه تعدد فصل الزيادة، ولا يرد معها لأنها حق صانعها.

وامتناع الرد في الصورة الثانية، سببه أن المتملك لو رد الأصل دونها، تبقى له دون مقابل، وهو ممنوع شرعاً، لأنه ربا.

أما الزيادة المتصلة المتولدة من الأصل كالسِّمَن والكِبَر، والزيادة المنفصلة غير المتولدة كالغُلَّة والكَسْب، فلا تمنع الرد بالعيوب.

### 3- خيار المجلس:

تعريفه: أن يكون لكل من العاقدين حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد، لم يتفرقا بأبد انهما، أو يُخْيِر أحدهما الآخر فيختار لزوم العقد<sup>62</sup>.

ومعنى هذا أن العقد لا يلزم إلا بإثناء مجلس العقد بالتفرق أو بالتخيير. وليس ذلك في كل العقود وإنما في العقود الالزمة من الجانبين فقط القابلة للفسخ وهي عقود المعاوضات المالية كالبيع بأنواعه وصلاح المعاوضة والإجارة؛ لأن الدليل المثبت له وهو الحديث ورد في البيع، فيقاس عليه ما في معناه من عقود المعاوضات.

مشروعاته:

اختلف الفقهاء في خيار المجلس على رأيين:

أ- الشافعية والحنابلة<sup>63</sup>: خيار المجلس ثابت لكلا المتعاقدين وقالوا: إذا انعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول يقع العقد جائزًا أي غير لازم، ما دام المتعاقدان في مجلس العقد. ويكون لكل من العاقدين الخيار في فسخ العقد أو إمضائه، ما داما مجتمعين في المجلس لم يتفرقا بأبد انهما، ويكون التفرق إما بالمشي أو بالصعود أو بالنزول، أو بالخروج من المكان، أو يتخايروا.

واستدلوا على مشروعاته بالحديث الصحيح الثابت برواية البخاري ومسلم وهو أنه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الْبَيْعَانِ بِالْخَيَارِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقاً أَوْ يَقُولَا أَحَدُهُمَا لِصَاحِبِهِ احْتَرَ»<sup>64</sup> أي اختر لزوم. وأما التفرق فهو أن يتفرقا بأبد انهما،

<sup>62</sup> - الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الرحيلي: 3104/4.

<sup>63</sup> - المذهب، الشيرازي: 1/257، المغني، ابن قدامة: 3/563.

<sup>64</sup> - صحيح البخاري، كتاب: البيوع، باب: إذا لم في الخيار هل يجوز البيع، رقم (2109).

فلو أقاما في ذلك المجلس مدة متطاولة كستنة أو أكثر، أو قاما وتماشيا مسافة، فهما على خيارهما، كما قال النووي.  
والرجوع في التفرق إلى العادة، فما عده الناس تفرق فهو تفرق ملزم للعقد، وما لا فلا.

بـ-الحنفية والمالكية<sup>65</sup>: يلزم العقد بالإيجاب والقبول، ولا يثبت فيه خيار المجلس؛ لأن الله أمر بالوفاء بالعقود في قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ [المائدة: 1] فإذا لم يقع العقد لازماً لم يتم تحقق وجوب الوفاء به، وهو ما تقضي به الآية، ولأن العقد يتم بمجرد التراضي، بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ [النساء: 29] والتراضي يحصل بمجرد صدور الإيجاب والقبول، فيتتحقق الالتزام من غير انتظار لآخر المجلس.

لم يأخذوا بالأحاديث الواردة في إثبات خيار المجلس لمنافقها لعموم الآيات القرآنية المذكورة. وتأول الحنفية حديث خيار المجلس «البيعان بالخيار ما لم يتفرق» بأنه وارد في مرحلة ما قبل تمام العقد. فالبيعان: معناه المتساومان قبل العقد، إن شاءا عقدا البيع، وإن شاءا لم يعقدا، والمراد بالتفرق: هو التفرق بالأقوال لا بالأبدان، أي أن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل قبول الآخر، ولآخر الخيار، إن شاء قبل في المجلس، وإن شاء رد، وهذا هو خيار القبول أو الرجوع.

<sup>65</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 5 / 228. بداية المجتهد، ابن رشد: 2 / 140.

## المبحث الثاني

### الربا

#### أولاً: الربا في اللغة والاصطلاح

في اللّغة: هو الفضل والزيادة والنّماء.

ومنه قوله تعالى: ﴿وَتَرَى الْأَرْضَ حَامِدَةً فَإِذَا أَنْزَلْنَا عَلَيْهَا الْمَاءَ اهْتَرَّتْ وَرَبَتْ﴾ [الحج: 5]؛ أي تحركت وارتفعت وزادت عمّا كانت عليه قبل نزول الماء.

وقوله تعالى: ﴿وَمَا آتَيْتُمْ مِنْ رِبًا لِيُرْبُو فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يُرْبُو عِنْدَ اللَّهِ﴾ [الروم: 39]؛ أي وكل ما تعطونه لأكلة الربا من زيادة على رؤوس أموالهم وتتنمو بها فإن الله تعالى يمحقها ولا يبارك فيها.

في الاصطلاح: عرفة الحنفية بأنه: فضلٌ خالٍ عن عوضٍ بمعيار شرعيٍ مشروط لأحد المتعاقدين في المعاوضة<sup>66</sup>. والفضل: هو الزيادة، حقيقيةٌ كانت أو حكميةٌ.

فالزيادة الحقيقية: كما لو باعه صاعاً من حنطةٍ بصاعين.

والزيادة الحكمية: كزيادة الحلوى على الأجل، كما لو باعه صاعاً من حنطةٍ حالاً بصاعٍ منها إلى أجلٍ. بعيار شرعي: هو الكيل والوزن مع اتحاد الجنس.

مشروط لأحد المتعاقدين: ولا تكون الزيادة رباً إلا إذا كانت مشروطة في العقد، أمّا إذا زاد أحد المتعاقدين في بدلٍ دون شرطٍ فإليس برباً.

وعرفة الشافعية بأنه: عقد على عوضٍ مخصوص غير معلوم التماثل في معيار الشرع حالة العقد أو مع تأخيرٍ في البذلين أو أحدهما<sup>67</sup>.

والمراد بـ(العوض المخصوص): الأموال الربوية التي سيأتي بيانها.

وغير معلوم التماثل: كأن يكون أحد العوضين متفاضلاً مع العوض الآخر أو مجحولاً التساوي معه. ومعيار الشرع هو: الكيل في المكيالات، والوزن في الموزونات.

<sup>66</sup> - الباب شرح الكتاب، الغنيمي: 37/2

<sup>67</sup> - مغني المحتاج، الشريبي الخطيب: 2 / 21. تحفة المحتاج، ابن حجر: 272/4

واللتقييد بحالة العقد احتراز عما لو علم التماثل بين البدلين بعد العقد. كما لو باعه كومة من قمح بكومة أخرى، ولا يعلم قدرها، فهو عقد ربوى، تنطبق عليه أحكام الربا الآتية، حتى ولو كيلت الكومتان بعد العقد وخرجتا متماثلتين، لأن التماثل كان مجھولاً حالة العقد.

والمراد بالتأخير في البدلين أو أحدهما: عدم التقادب في المجلس بين المتعاقدين، أو اشتراط الأجل في العقد<sup>68</sup>.

### ثانياً: الأموال التي يجري فيها الربا:

يجري الربا في الأموالستة التالية، وهي:

الذهب، والفضة، والقمح، والشعير، والتمر، والملح. وذلك لورود النص صريحاً فيها.

روى البخاري ومسلم وغيرهما: عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : " الذهب بالذهب ربا إلا هاء وهاء، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا إلا هاء وهاء، والتمر بالتمن ربا إلا هاء وهاء"<sup>69</sup> وفي رواية: " الورق بالذهب ربا إلا هاء وهاء.

[هاء وهاء: اسم فعل بمعنى خذ، والمراد: أن يعطي كل من المتعاقدين ما في يده من العوض، ويحصل التقادب في المجلس. البر: الحنطة. الورق: الفضة.]

وقد جاء النص على هذه الأشياء، بالإضافة إلى الملح، في أحاديث كثيرة ستأتي معنا خلال البحث.  
وكما يجري الربا في تلك الأموالستة يجري في غيرها، وذلك أن الحكم فيها معلل، فقياس عليها كل مالٍ توجد فيه العلة المعterبة في تحقق وصف الربا.

علة الربا:

المراد بعلة الربا الوصف الذي إذا وجد في المال كان مالاً ربوياً، وإذا وجد نفسه في العوضين كانت المعاملة ربوية.  
وهذا الوصف غير منصوص عليه فيما ورد من نصوص في الباب، وإنما استنتاجه الفقهاء من تلك النصوص.  
قال الشافعية: إن الأشياء المنصوص عليها في الأحاديث إما أثمان كالذهب والفضة، وإما مطعومات للأدميين كالبر والشعير والتمن والملح.

<sup>68</sup> - الفقه المنهجي، د. مصطفى الخن وآخرين: 66/6.

<sup>69</sup> - البخاري في البيوع، باب: ما يذكر في بيع الطعام والحركة (1)، رقم (2027)، ومسلم في المساقاة، باب: الصرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم (1586).

وعليه: فالعلة المعتبرة في كون المال ربوياً هي التمنية أو الطّعم، دون النظر إلى الكيل أو الوزن. فكأن الشّارع قال: ما كان ثناً أو مطعوماً فلا يُباع بجنسه إلا بشروط.

وإذا ثبت هذا: فكلّ ما يجري التعامل به من الأثمان، ويقوم مقام الذهب والفضة، كالعملات الرائجة الآن، يعتبر مالاً ربوياً ويجري فيه الربا إلحاقاً بالذهب والفضة. وكل مطعم يطعمه الآدميون غالباً فهو مال ربوبي يجري فيه الربا، سواء أكان يتناول قوتاً كالأرز والذرة إلحاقاً بالبر والشعير، أو تفكيهاً كالزبيب والتين ونحوهما إلحاقاً بالتمر، أو تداوياً وإصلاحاً للغذاء أو البدن كالزنجبيل والمصطفكي ونحوهما إلحاقاً بالملح. وكل ما ليس بشمن أو مطعم للأدميين من الأشياء فليس بمال ربوبي. ومن ذلك سائر المعادن غير الذهب والفضة، والأقمشة وغيرها، وما كان في الغالب قوتاً لغير الآدميين. فلا يعتبر التعامل في كل ذلك تعاملًا ربوياً. ولا فرق في كل ما سبق بين أن يكون مقدراً بكيل أو وزن أو غير ذلك.

وقال الحفيظ: إنَّ العلة المعتبرة في هذه الأموال وصفان، هما: القدر، وإنْجاح الجنس.

والمراد بـ(القدر) الكيل أو الوزن، فكلّ مال يُباع مكيلاً أو موزوناً هو مال ربوبي، فإذا بيع بمال ربوبي آخر كان التعامل ربوياً إنْ كان من جنسه، أو كانت فيه نفس العلة من الكيل أو الوزن، سواء أكان مطعوماً أم غير مطعم، سواء أكان ثناً أم غير ذلك.

ويعمد حكم في هذا: أنَّ الأشياء المنصوص عليها في حديث عمر السابق وغيرها كلّها مما يُباع مقدراً بـ(الكيل) كالبر والتمر والشعير والملح، أو (الوزن) كالذهب والفضة.

وقد دلَّ نصُّ الشّارع على أَنَّهَا لا يُباع شيءٌ منها بجنسه إلَّا إذا كان مساوياً له، فقد تكرر في الأحاديث: «مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ»<sup>(70)</sup>.

فكأن الشّارع يقول: ما كان مكيلاً أو موزوناً إذا بيع بجنسه وجب أن يكون متماثلاً، وامتنع التفاضل بينهما. فدلَّ هذا على أَنَّ علة المنع من التفاضل إنْجاح الجنس مع القدر.

وعليه: يُلحق بما ذُكر في الأحاديث من المطعمومات كلّ ما يُباع مكيلاً أو موزوناً منها كأنواع الحضار والفواكه وغيرها.

<sup>70</sup> - منها حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ: «لَا تَبِيعُوا الدَّهَبَ بِالدَّهَبِ، وَلَا الْوَرْقَ بِالْوَرْقِ، إِلَّا وَزْنًا بِوْزْنِ، مِثْلًا بِمِثْلٍ، سَوَاءٌ بِسَوَاءٍ» أخرجها مسلم في المساقاة، باب الربا، (1584) بهذا النّظر.

كما يُلحق بغير المطعومات كلّ ما يُباع مكيلاً أو موزوناً من الأشياء الأخرى غير المطعومة، كالمعادن والسوائل ونحوه، فكلّ هذه الأموال تُعتبر أموالاً ربوية، ويجري فيها الربا، لتحقّق العلة فيها، وهي الكيل أو الوزن.

وأمّا ما يُباع ذرعاً كالأقمشة، أو عدداً كالأدوات والبيض، فليس من الأموال التّبويه عند الحنفية، ولا يجري فيها الربا، لعدم تحقّق العلة فيها، وهي القدر بالكيل أو الوزن.

### ثالثاً: أنواع الربا وحكم كل منها<sup>71</sup>:

1 - **ربا الفضل:** أي الزيادة، وهو بيع المال الربوي بجنسه مع زيادة في أحد العوضين. كأن يبيعه مدد قمح بمددٍ منه، أو: مائة غرام من ذهب بمائة وعشرة منه، أو أقل أو أكثر.

ومعنى الربا في هذا النوع - وهو الزيادة - ظاهر وواضح.

وهذا النوع من التعامل محظوظ ومنع، للنبي عليه السلام في حديث رسول الله - صلى الله عليه وسلم -.

روى البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - قال: "لا تباعوا الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل، ولا تُشْفُوا ببعضها على بعض. ولا تباعوا الورق بالورق إلا مثلاً بمثل، ولا تُشْفُوا ببعضها على بعض" (أخرجه البخاري في البيوع، باب: بيع الفضة بالفضة، رقم: 2068. ومسلم في المساقاة، باب: الربا، رقم: 1584)

[الورق: الفضة. لا تشفعوا: لا تفضلوا، والشف يطلق على الزيادة والنقصان، فهو من الأضداد].

لا عبرة في هذا لجودة النوع أو رداءته، لعموم قوله - صلى الله عليه وسلم -: "لا تشفعوا ببعضها على بعض". ولما رواه البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال: جاء بلال إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - بتمرة بُرْيَة، فقال له النبي - صلى الله عليه وسلم -: "من أين هذا؟" قال بلال رضي الله عنه: كان عندنا تمر رديء، فبعث منه صاعين بصاع لنطعمن النبي - صلى الله عليه وسلم -. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم - عند ذلك "أوه

أوه، عين الربا لا تفعّل" (البخاري في الوكالة، باب: إذا باع الوكيل شيئاً فاسداً فيبيه مردود، رقم: 2188. ومسلم في المساقاة باب: بيع الطعام مثلاً بمثل، رقم: 1594).

[بُرْيَة: نوع من التمر هو أجود. أوه: الكلمة توجّع وتحزن. عين الربا: أي هذا حقيقة الربا الممنوع].

<sup>71</sup> - حاشية البجيرمي على الخطيب: 3/18، الفقه المنهجي، د. مصطفى الحن وأخرين: 6/67.

كذلك لا عبرة للصنعة في هذا، فلو باعه ذهباً مصوغاً بسبائك وجب التماثل في الوزن بين البدلين، وامتنع أن يكون أحدهما أنقص من الآخر، لما دلّ عليه قوله - صلى الله عليه وسلم -: "ولَا تبِيعُوا الورقَ بِالْوَرقِ إِلَّا مثلاً بِمثِلٍ" فإن الورق يتناول الفضة المضروبة وغير المضروبة " وضربيها صنعة لها.

2 - ربا النساء: أي التأخير، وهو بيع المال الريوي بحال ربوى آخر فيه نفس العلة إلى أجل. ولا فرق في هذا بين أن يكون الملاآن من جنس واحد أم من جنسين مختلفين، وسواء أكانا متفاضلين أم متساوين.

ومثال ذلك: أن يبيعه مدد حنطة - أو بمدّ شعير أو بمدين إلى شهر. أو يبيعه عشر غرامات من الذهب بعشر غرامات من الذهب أو الفضة أو أكثر أو أقل، إلى يوم مثلاً أو أكثر.

وهذا التعامل أيضاً محظوظ ومنوع، لوجود معنى الربا فيه حقيقة، وإن لم يكن ظاهراً، فإن للحلول فضلاً على الأجل، فيكون في ذلك زيادة في أحد العوضين، وهو المدفوع حالاً.

وقد دل على هذا المعنى قوله - صلى الله عليه وسلم - في حديث أبي سعيد رضي الله عنه السابق: " ولا تبِيعُوا منها غائباً بناجز ".

3 - ربا اليد (عند الشافعية فقط): وهو أن يبيع المال الريوي بأخر فيه نفس العلة، دون أن يتشرط في ذلك أجل بنفس العقد، ولكن يحصل التأخير في قبض البدلين أو أحدهما عن مجلس العقد بالفعل.

ودليل هذا: ما جاء في حديث عمر رضي الله عنه السابق: " إِلَّا هَاءَ وَهَاءَ " أي خذ وخذ، وهذا يعني وجوب التقابل فعلاً في المجلس.

#### رابعاً: تباع الأموال الريوية وشروط صحته<sup>72</sup>:

إن الأموال الريوية التي ذكرناها - وبيننا علتها ومعيارها، وصنفنا أجناسها - كثيرةً ما يحتاج الناس إلى التعامل بها وتبادلها فيما بينهم عن طريق معاوضة بعضها البعض. وشرع الله عزّ وجلّ إنما جاء بالتسهيل ورفع الحرج عن المكلفين، قال تعالى ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: 185] وقال: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: 78] ولذلك شرع الله تعالى للناس أن يتبايعوا بهذه الأموال ويتعاوضوها بشروط، إذا توفرت صحّ تعاملهم وجاز بيعهم، إذ من شأن تلك الشروط أن تخفي التعامل عن معنى الربا المحرم، الذي يوقع المتعاقدين في الإثم.

وهذه الشروط تستنتجها من خلال ما سبق من الكلام عن علة الربا وأنواع الربا، ولخلصها مرتبة فيما يلي:

1 - عند اتحاد الجنس:

<sup>72</sup> - الفقه المنهجي: 71/6 وما بعدها.

إذا بيع مال ربوبي بجنسه - وواضح في هذه الحالة أن العلة فيهما واحدة - كحنة بمنطة، وسكر بسكر، وفضة بفضة، اشترط في هذا البيع ثلاثة شروط ليخرج عن كونه عقداً ربوياً، وهي:

أ - المماثلة في البدلين: كيلاً في المكيلات كمدّ ب مدّ ولتر بلتر، وزناً في الموزونات كرطل برطل، وكيلو غرام، وعدداً في العدديات، كخمسة بخمسة ونحو ذلك.

ب - أن يكون العقد حالاً: وذلك بأن لا يذكر في العقد أي أجل لتسليم أحد البدلين، مهما قصر ذلك الأجل.

ج - التقادب: بأن يقبض كلُّ من المتعاقدين البدل من الآخر قبل أن يتفرقا بأبدانهما من مجلس العقد.

وهذه الشروط الثلاثة مأخوذة:

- من قوله - صلى الله عليه وسلم - في الأحاديث السابقة "مثلاً بمثل" فقد دل على جواز بيع الربوي بجنسه عند المماثلة، وعدم جوازه عند عدمها.

- ومن قوله - صلى الله عليه وسلم - "يبدأ بيد" وقوله: "هاء وهاء" فقد دل على صحة البيع عند التقادب والحلول، وعدم صحته عند التأجيل، أو عدم التقادب.

## 2 - عند اختلاف الجنس واتحاد العلة:

إذا بيع مال ربوبي بمال ربوبي آخر من غير جنسه، ولكن العلة فيهما واحدة - كما إذا كانا ثمينين أو مطعمتين - اشترط لصحة البيع وخروجه عن معنى الربا شرطان:

أ - أن يكون العقد حالاً، كما مر في اتحاد الجنس.

ب - أن يجري التقادب في مجلس العقد.

ولا يشترط التماضي بين البدلين في هذه الحالة، بل يجوز أن يبيعه مد حنطة بمدٍّ شعير، وغراماً من ذهب بخمسة من فضة، ويصح العقد وتترتب عليه آثاره، إذا لم يكن فيه أجل، وحصل التقادب على ما علمت ودل على هذا: ما جاء في حديث عباده رضي الله عنه السابق: "إذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم، إذا كان يبدأ بيد".

والمراد بالأصناف أجناس الأموال الربوية المذكورة من الأحاديث وما يلحق بها. والمراد باختلاف كون الثمن في البيع من غير جنس المبيع.

ومعنى قوله "فبيعوا كيف شئتم" أي جاز لكم أن تتباعوا هذه الأموال عند الاختلاف دون شرط التماضي بين البدلين.

### 3 - عند اختلاف العلة:

علمنا أن العلة في اعتبار المال ربوياً عند الفقهاء كونه ثناً أو مطعوماً، وعليه: فلا يتصور اختلاف العلة في البدلين في العقد الربوي إلا أن يكون أحدهما من الأثمان والآخر مطعوماً، وفي هذه الحالة فلا يشترط لصحة البيع وجواز التعاقد أي شرط من الشروط السابقة، فيصح بيع عشرين مدرّجاً من القمح بعشرين غرامات من الذهب مثلاً، حصل التقادس أو لم يحصل، اشتراط الأجل أو لم يشترط.

ودليل هذا: ما رواه البخاري ومسلم: عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة رضي الله عنهمَا: أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - استعمل رجلاً على خبير، فجاء بتمر جنيب، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "أَكَلَ تَمْرَ خَبِيرَ هَكُذَا؟" فقال: لا والله يا رسول الله، إِنَّا لَنَا خَذَ الصَّاعَ مِنْ هَذَا بِالصَّاعِينَ، وَالصَّاعِينَ بِالثَّلَاثَةِ. فقال النبي - صلى الله عليه وسلم -: "لَا تَفْعِلْ، بِعِ الْجَمْعَ بِالدِّرَاهِمِ، ثُمَّ ابْتَغِ بِالدِّرَاهِمِ جَنِيباً".<sup>73</sup>

[والجنيب: التمر الجيد، والجمع: التمر الرديء أو المختلط].

فقد دلّ هذا الحديث على جواز البيع مطلقاً حين يكون أحد البدلين من الأثمان، والبدل الثاني من غيرها، سواء أكان مطعوماً أم غير مطعوم.

### 4 - عند المبادلة بمال غير ربوبي:

إذا بيع مال ربوبي بمال آخر غير ربوبي صح البيع مطلقاً، بدون أي شرط من شروط جواز التعامل الربوي، فلا يشترط تماثل ولا حلول ولا تقادس، لأن العقد خرج عن كونه عقداً ربوياً طالما أن أحد البدلين مال غير ربوبي.

إذا بيع الطعام على اختلاف أنواعه بغير طعام، كثوب مثلاً، جاز مطلقاً، كما لو كان أحد البدلين ثناً كما علمت. فالبيع جائز وصحيح سواء أكان البدلان متماثلين أم متفاضلين، وسواء أكان البيع حالاً أم مؤجلاً، وسواء أكان البدلان من جنس واحد أم من جنسين مختلفين.

<sup>73</sup> - البخاري في الوكالة، باب: الوكالة في الصرف والميزان، رقم (2180)، ومسلم في المسافة، باب: بيع الطعام مثلاً بمثل، رقم (1593).

### المبحث الثالث

#### الصرف

##### أولاً: الصرف في اللغة والاصطلاح:

- أ - في اللغة: يقع الصرف على معانٍ عدّة، منها:
- الفضل والزيادة، ومنه سميت النافلة صرفاً، لأنها زيادة على الفريضة. جاء في الحديث: "ذمة المسلمين واحدة، يسعى بها أدناهم، فمن أحضر مسلماً فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين، لا يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً".<sup>74</sup>

[ذمة المسلمين: إعطاءهم الأمان لغير المسلم. يسعى بها أدناهم: عهدهم صحيح ومعتبر وينبغي أن يراعي ولو صدر من أقل واحد منهم. أحضر مسلماً: نقض عهده واعتدى على من أعطاهم الأمان].

فالصرف النافلة، والعدل الفريضة. المعنى: لا يرضى الله تعالى من فعله لهم ولا يشيه عليهمما.

- الرد والدفع، والنقل والتحويل، جاء في القرآن قوله تعالى ﴿فَاسْتَجَابَ لَهُ رَبُّهُ فَصَرَّفَ عَنْهُ كَيْدُهُنَّ﴾ [يوسف: 34] أي دفعه ورده، وقوله تعالى: ﴿صَرَّفَ اللَّهُ قُلُوبَهُمْ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَا يَفْقَهُونَ﴾ [التوبة: 127] أي حولها ونقلها عن الحق.

وقوله تعالى: ﴿وَإِذْ صَرَفْنَا إِلَيْكَ نَفَرًا مِنَ الْجِنِّ يَسْتَمِعُونَ الْقُرْآنَ﴾ [الأحقاف: 29] أي نقلناهم إليك وحوّلناهم نحوك.

ب - وفي الاصطلاح: بيع كلٌّ واحد من عوضيه من جنس الأثمان، أو: هو بيع النقد بالنقد والمزاد بالأثمان والنقد الدرارهم والدنانير أو ما كان من جنسهما، وهو الذهب والفضة مطلقاً، سواء أكانت مضروبة أم مصوّغة أم غير ذلك. ويدخل في هذا العملات المتعارفة في هذه الأيام، لأن لها رصيداً ذهبياً محفوظاً، وكل قطعة منها عبارة عن وثيقة بيع أو شراء ما يقابلها من هذا الرصيد المحفوظ. ومن الواضح أن التعامل بها في هذه الأيام يقوم مقام التعامل بالدرارهم والدنانير في الأيام السالفة، فوجب أن تنزل منزلتها في الحكم الشرعي. ويصبح بلفظ البيع والفتح الصرف.

<sup>74</sup> - أخرجه البخاري في الاعتصام بباب: ما يكره من التعمق والتنازع في العلم والغلو في الدين والبدع، رقم (6870). ومسلم في الحج، باب: فضل المدينة ودعاة النبي - صلى الله عليه وسلم - فيها بالبركة، رقم (1370).

### **ثانياً: حكم عقد الصرف من حيث مشروعيته:**

عقد الصرف عقد جائز ومشروع، وحكمه من هذه الحيثية كحكم عقد البيع المطلق، مع زيادة شروط سيأتي بيانها. ودلل على مشروعية الصرف أحاديث كثيرة وآثار عن الصحابة رضي الله عنهم سيأتي بعضها في الباب، وعلى ذلك إجماع المسلمين.

### **ثالثاً: الشروط الخاصة لصحة عقد الصرف:**

من خلال تعريفنا لعقد الصرف يتبيّن لنا أنه عقد ربوى، لأن كلاً من البدلين فيه مال ربوى تتحقق فيه علة الربا، وهي الشمنية، إذ كل من الذهب والفضة ثمن من الأثمان. وإنما أفرد هذا العقد بالكلام عنه تحت هذا العنوان لأنه خاص بما يكثر تداوله والتعامل به وهو النقد، ولهذا كانت شروطه الخاصة به هي شروط صحة العقد الربوي، وقد مررت بك مفصّلة، وسنعيدها لك موجزة هنا حسب تعلقها بعقد الصرف. وهي:

#### **1 - المماثلة عند اتحاد الجنس:**

إذا بيع الذهب بالذهب، أو الفضة بالفضة، فلا بد من تساوي العوضين في الوزن، سواء أكانا مضروبين أو مصوّجين أم غير ذلك، أو كان أحدهما مصوّجاً أو مضروباً والآخر غير ذلك، سواء أكان أحدهما جيداً والآخر ردئاً أم لا.

إذا كان الدبلان مختلفين في الجنس، كما إذا كان أحدهما فضة والآخر ذهباً، جاز التفاضل بينهما وبيعهما مجاذفة، أي بدون وزن، كما لو قال له: بعنك هذا الذهب بهذه الفضة فيجوز.

وكل ذلك مر معك بأدله في باب الربا، فراجع إليه. وكل ما يقال في الدرهم والدنانير يقال في العملات الرائجة الآن، والتساوي بينها حسب نوعها المتعامل به.

#### **2 - التجير في العقد:**

فيشترط في عقد الصرف استبعاد الأجل في العوضين أو أحدهما فلو قال: اصرف لي ديناراً بعشرة دراهم، على أن أعطيك الدينار بعد ساعة، فقال له: صرفت لك، وقال الأول: قبلت، لم يصح العقد.

ودلل على اشتراط عدم التأجيل - بالإضافة إلى ما سبق في باب الربا - ما رواه البخاري ومسلم واللفظ له - عن أبي المنھال قال: باع شريك لي ورقة بنسیئة إلى الموسم، أو إلى الحج، فجاء إلى فأخبرني، فقلت: هذا أمر لا يصلح قال: قد بعثه في السوق فلم ينكر ذلك علي أحد. فأتيت البراء بن عازب فسألته، فقال: قدم النبي - صلی الله عليه وسلم

- المدينة ونحن نبيع هذا البيع، فقال: "ما كان يدأ بيد فلا يأس به" وما كان نسيئة فهو رباً "وأدت زيد بن أرق، فإنه أعظم تجارة مني. فأتيته، فسألته فقال مثل ذلك.

وفي لفظ لدى البخاري ومسلم: سألت البراء بن عازب عن الصرف؟ فقال: سل زيد ابن أرق، فهو أعلم، فسألت زيداً، فقال: سل البراء فإنه أعلم. ثم قال: "نحى رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن بيع الورق بالذهب ديناً".<sup>75</sup>

[الورق: الفضة. نسيئة: أي ديناً إلى أجل].

### 3- التقابض في مجلس العقد:

وذلك بأن يسلم كل من المتعاقدين البدل الذي في يده للآخر في مجلس العقد قبل التفرق، سواء أكان البدلان جنساً واحداً كالذهب أو فضة بفضة، أم كانوا جنسين مختلفين كذهب بفضة.

والمراد بالتقابض هنا التقابض الفعلي، فلا بد من أن يسلم كل من المتعاقدين ما في يده بمحض يقبضه الآخر، ولو خلّى بينه وبينه ولم يقبضه إيه لم يصح، لأن الشرط القبض الكامل، والتخلية ليست قبضاً كاملاً.

والمراد بالمجلس هنا مجلس الأبدان، وبالتفرق تفرق الأبدان، ولو تماشياً معًا في جهة واحدة لم ينقطع المجلس، حتى يذهب كل منهما في جهة. فإذا افترقا بأبدانهما ولم يقبض أحدهما البدل الذي في يده للآخر لم يصح العقد، وكان باطلاً.

ودلل على اشتراط التقابض قوله - صلى الله عليه وسلم - "ولا تباعوا منها غائباً بناجر" والناجر الحاضر، وقوله "إلا هاء وهاء" أي خذ وخذ. وقد مرّ هذا عند الكلام عن أنواع الربا.

وروى مالك مثله عن عمر رضي الله عنه موقوفاً، وفيه زيادة " وإن استظررك إلى أن يلتج بيته فلا تنظره " إنني أخاف عليكم الرماء"<sup>76</sup>.

[والرماء: هو الربا. يلتج: يدخل].

وعن مالك بن أوس بن الحدثان: أنه التمس صرفاً بمائة دينار، قال: فدعاني طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطَرَفْ ميّ، وأخذ الذهب يقلّبها في يده ثم قال: حتى يأتيني خازني من الغابة وعمر بن الخطاب يسمع، فقال

<sup>75</sup> - البخاري: البيوع، باب: بيع الورق بالذهب نسيئة، رقم (2070)، ومسلم: المساقاة باب: النهي عن بيع الورق بالذهب ديناً، رقم (1589).

<sup>76</sup> - الموطأ: البيوع، باب: بيع الذهب بالفضة تيراً وعييناً (1): 632 / 2.

عمر: والله لا تفارقه حتى تأخذ منه. ثم قال: قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: "الذهب بالورق رباً إلا هاء وهاء، والبُرْ بالبُرْ إلا هاء وهاء والتمر إلا هاء وهاء، والشاعر بالشاعر رباً إلا هاء وهاء".<sup>77</sup>

وبهذا يعلم أن ما يجري بين الكثير من الناس من عقود صرف - أي بيع العملات بعضها ببعض - بدون تفاصيل، وربما كان بالهاتف، فهي عقود باطلة، والكسب بها كسب خبيث.

#### 4- أن يكون العقد باتاً:

أي ليس فيه شرط الخيار لأحد المتعاقدين أو لهما، فلو تصرفوا على أكملها - أو أحدهما - بالخيار يوماً أو يومين، أو أكثر أو أقل، لم يصح الصرف، لأن الشرط صحته التقادص كما علمت، والخيار يمنع ثبوت الملك، فينعدم التقادص حقيقة بانعدام الملك، فلم يصح الصرف لعدم تحقق شرط من شروطه.

---

<sup>77</sup> - البخاري: البيوع، باب: بيع الشاعر بالشاعر، رقم (2065)، ومسلم المسافة، باب الرف وبيع الذهب بالورق نقداً، رقم (1586)، ومالك في الموطأ: البيوع باب: ما جاء في الصرف: 2/ 636. وللله عز وجل رحمة الله تعالى.

## المبحث الرابع

### القرض

#### أولاً: تعريف القرض في اللغة والاصطلاح:

هو في اللغة: القطع، قال في (المصباح)<sup>78</sup>: "قَرَضْتُ الشَّيْءَ قِرْضًا ... قَطْعُتُهُ". ويُطلق اسمًا على ما تُعطيه غيرك من المال، وسمى بذلك لما فيه من قطع يد مالكه عنه. وهو في اصطلاح الفقهاء: تملك شيء للغير على أن يرد بدلًا من غير زيادة. وعرفه الحنفية بقولهم: عَقْدٌ مُحْصوصٌ يَرُدُّ عَلَى دُفْعِ مَالٍ مِثْلِي لِآخَرَ لِيَرُدَّ مِثْلَهُ<sup>79</sup>. وهو متضمن لشرط محل القرض عندهم كما سيأتي.

وسمى قرضًا لأن المقرض يقطع جزءاً من ماله ليعطيه إلى المقترض، ففيه معنى القرض اللغوي. ويسميه أهل الحجاز سلفاً، ولذلك يصح بلفظ (أسلفت) كما سيأتي.

#### ثانياً: مشروع عبته:

لا خلاف بين الفقهاء أن القرض جائز ومشروع، وهو مندوب إليه في حق المقرض (فلا إثم على من سئل فلم يقرض)، مباح للمقترض. دل على ذلك الكتاب وصريح السنة وإجماع الأمة:

#### أما الكتاب:

فقوله تعالى: ﴿مَنْ ذَا الَّذِي يُقْرِضُ اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا فَيُضَاعِفُهُ لَهُ أَضْعَافًا كَثِيرَةً﴾ [آل عمران: 245] والقرض لله تعالى يتناول الصدقات كما يتناول القرض للعباد.

#### وما السنة:

- روى أبو سعيد الخدري رضي الله عنه، قال: جاء أعرابي إلى النبي صَلَّى الله عليه وسلم يتقدّم به وسلام يتقدّم به دينياً كان عليه، فاشتَدَّ عليه، حتى قال له: أخرج عليك إلا قضيتني، فانتهأ أصحابه، وقالوا: ويحك تدرى من تكلم؟ قال: إني أطلب حقي، فقال النبي صَلَّى الله عليه وسلم: «هَلَا مَعَ صَاحِبِ الْحَقِّ كُنْتُمْ؟» ثم أرسل إلى حولة بنت قيس فقال لها: «إِنْ كَانَ عِنْدَكُمْ فَأَقْرِضُنَا حَتَّى يَأْتِيَنَا مَرْدُنَا فَنَفْضِيلَكِ»، فقالت: نعم، بأبي أنت يا

<sup>78</sup> - المصباح المنير، الفيومي، مادة (قرض)، 2 / 497.

<sup>79</sup> - الدر المختار، الحصকفي، 1 / 429.

رسول الله، قال: فَأَقْرَضَتُهُ، فَقُضِيَ الْأَعْرَابِيُّ وَأَطْعَمَهُ، فَقَالَ: أَوْفَيْتَ، أَوْفَى اللَّهُ لَكَ، فَقَالَ: «أَوْلَئِكَ خِيَارُ النَّاسِ، إِنَّهُ لَا قُدِّسَتْ أُمَّةٌ لَا يَأْخُذُ الصَّعِيفُ فِيهَا حَقَّهُ غَيْرُ مُتَعْنَعٍ»<sup>(80)</sup>.

- وما رواه ابن مسعود، أنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قَالَ: «مَا مِنْ مُسْلِمٍ يُقْرِضُ مُسْلِمًا قَرْضًا مَرَّتَيْنِ إِلَّا كَانَ كَصَدَقَهَا مَرَّةً»<sup>(81)</sup>.

### وَأَمَّا الإِجْمَاعُ:

فَإِنَّ الْأُمَّةَ لَا تَزَالْ تَتَعَالَمُ بِهِ مِنْ عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى عَصْرَنَا هَذَا، وَالْعُلَمَاءَ يَقْرَرُونَهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يُنْكِرُ ذَلِكَ وَاحِدًا مِنْهُمْ.

### حِكْمَةُ تَشْرِيعِهِ:

إِنَّ الْحِكْمَةَ مِنْ تَشْرِيعِ الْقَرْضِ وَاضْحَى جَلِيلَةً، وَهِيَ تَحْقِيقُ مَا أَرَادَهُ اللَّهُ تَعَالَى مِنْ التَّعَاوُنِ عَلَى الْبَرِّ وَالتَّقْوَى بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، وَتَمْتِينُ رِوابِطِ الْأَخْوَةِ بَيْنَهُمْ بِالْتَّنَادِيِّ إِلَى مَدِيدِ الْعَوْنَى إِلَى مَنْ أَلْمَتْ بِهِ فَاقَةٌ أَوْ وَقَعَ فِي شَدَّةٍ، وَالْمَسَارِعَةُ إِلَى تَفْرِيَحِ بَعْضِهِمْ كُرْبَةً بَعْضٌ، وَاللَّهُ تَبارَكَ وَتَعَالَى يَقُولُ: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعُلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ [الحج: 77].

وَرَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يَقُولُ: «الْمُسْلِمُ أَخُو الْمُسْلِمِ لَا يَظْلِمُهُ وَلَا يُسْلِمُهُ، وَمَنْ كَانَ فِي حَاجَةٍ أَخِيهِ كَانَ اللَّهُ فِي حَاجَتِهِ، وَمَنْ فَرَّجَ عَنْ مُسْلِمٍ كُرْبَةً، فَرَّجَ اللَّهُ عَنْهُ كُرْبَةً مِنْ كُرُبَاتِ يَوْمِ الْقِيَامَةِ، وَمَنْ سَرَّ اللَّهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ»<sup>(82)</sup>.

وَأَبْلَغُ حِكْمَةَ لِتَشْرِيعِ الْقَرْضِ هُوَ الْقَضَاءُ عَلَى اسْتِغْلَالِ عِوزِ الْمَعْوَزِينَ وَحَاجَةِ الْمُحْتَاجِينَ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ الْمَكْلُوفَ لَا يَقْتَرِضُ إِلَّا وَهُوَ فِي حَاجَةٍ، وَهَذَا جَاءَ فِي الْحَدِيثِ أَنَّ أَجْرَ الْقَرْضِ يَفْوَقُ أَجْرَ الصَّدَقَةِ. فَقَدْ رَوَى أَنَسُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رَأَيْتُ لِيَلَةً أَسْرِيَ بِي عَلَى بَابِ الْجَنَّةِ مَكْتُوبًا: الصَّدَقَةُ بِعَشْرِ أَمْثَالِهَا، وَالْقَرْضُ بِشَمَانِيَّةِ عَشَرَ، فَقُلْتُ: يَا جَبَرِيلُ مَا بِالْقَرْضِ أَفْضَلُ مِنَ الصَّدَقَةِ؟ قَالَ: لِأَنَّ السَّائِلَ يَسْأَلُ وَعِنْهُ، وَالْمُسْتَقْرِضُ لَا يَسْتَقْرِضُ إِلَّا مِنْ حَاجَةٍ»<sup>(83)</sup>.

### حُكْمُ الْقَرْضِ مِنْ حِيثِ الْوَصْفِ الشَّرِعيِّ الْقائمِ بِهِ:

<sup>80</sup> - أَخْرَجَهُ أَبْنَى ماجِهُ فِي كِتَابِ الصَّدَقَاتِ، بَابُ: لِصَاحِبِ الْحَقِّ سُلْطَانٍ، رَقْمُ: (2426). أَخْرَجَهُ عَلَيْكَ أَضْبَقُ عَلَيْكَ. غَيْرُ مُتَعْنَعٍ: مِنْ غَيْرِ أَنْ يُعْصِيَهُ أَدْنَى بَقْلَعَةٍ وَيُرْعِجَهُ).

<sup>81</sup> - أَخْرَجَهُ أَبْنَى ماجِهُ فِي الصَّدَقَاتِ، بَابُ: الْقَرْضِ، رَقْمُ: (2430).

<sup>82</sup> - الْبَخَارِيُّ فِي الْمَظَالِمِ، بَابُ: لَا يَظْلِمُ الْمُسْلِمُ الْمُسْلِمَ وَلَا يُسْلِمُهُ (2442). وَمُسْلِمُ فِي الْبَرِّ وَالصَّلَةِ وَالآدَابِ، بَابُ: تَحْرِيمُ الظَّلْمِ (2580).

<sup>83</sup> - أَخْرَجَهُ أَبْنَى ماجِهُ فِي الصَّدَقَاتِ، بَابُ: الْقَرْضِ، رَقْمُ: (2431).

ما سبق من أدلة على مشروعية القرض نعلم أنه مندوب في حق المفترض، مباح في حق المفترض. وهذا حكمه في حالته العادلة، وقد تعتريه حالات يتغير فيها حكمه حسب الغرض الذي يفترض من أجله، فيكون:

- حراماً: إذا أقرضه وهو يعلم أنه يفترض لينفق المال في محرم، كشرب خمر أو لعب قمار ونحو ذلك.
- مكروهاً: إذا كان يعلم أنه يفترض المال ليصرفه في غير مصلحة، أو ليذبح فيه ويددّه. أو كان المستفرون يعلمون نفسه العجز عن وفاء ما يستقرضاً.
- واجباً: لأن يعلم أن المفترض يحتاج إليه لينفقه على نفسه وعلى أهله وعياله في القدر المشروع، ولا طريق له لتحصيل هذه النفقة إلا افتراضه منه.

### ثالثاً: أركان القرض:

للقرض أركان ثلاثة هي: صيغة، عقد، معقود عليه.

#### 1- الصيغة: وهي إيجابٌ وقبول، كـ(افتراضك)، وـ(افتراضت).

ولا يشترط لفظ القرض، بل يصح بكل لفظ يؤدي معناه كـ: أسلفتُكُمْ، وملكتُكُمْ بيدِهِ، وحُذِه بمنزله، وقول المفترض: استلفتُ وملكتُ بيدِهِ، ونحو ذلك.  
ويصح أيضاً بلفظ الماضي والأمر، كقوله: أقرضني وأسلفني، وافتراض مني واستلف، ونحوها، لما اعتاده الناس فيه من المنساخة.

ولا بد عند الشافعية من الصيغة - أي الإيجاب من المفترض والقبول من المفترض - لأنها عنوان التراضي، وهو المبدأ الذي تقوم عليه العقود. وتكتفي المعاطاة عند الحنفية، لأن يقول: أقرضني، فيعطيه المطلوب ويأخذه<sup>84</sup>.

#### 2- العاقد: وهو المقرض والمفترض، ويُشترط فيهما:

آ- الرشد: وهو الاتصال بالبلوغ والصلاح في الدين والمال، لأن القرض عقد معاوضة مالية، والرشد في العاقد شرط في صحة عقود المعاوضة، فلا يصح الإقراض ولا الاستئراض من صبي ولا مجنون ولا محجور عليه لسفه، لأن كلّا منهم غير جائز التصرف في المال.

ب- الاختيار: فلا يصح من مكره، لأن الإكراه يفقد الرضا.

<sup>84</sup> - البيان، العمراني: 564/5، كشاف القناع، البهوي: 314/3.

564/5 - البيان، العمراني: .

ج - أهلية التبرع في المترض فيما يقرضه: لأنّ القرض فيه شائبة تبع، فيجب أن يكون المترض أهلاً له، فلا يصح من الولي أن يقرض من مال من تحت ولايته لغير حاجة أو ضرورة.

### 3 - المعقود عليه (المال المقرض محلّ القرض):

من تعريف الحنفية للقرض أنه يتشرط أن يكون المأْمُورَ مال المترض - محلّ القرض - مالاً مثلياً.

والمال المثلٰ هو: الدرّاهم والدّنانير، والمكيلات والموزونات والدرّعيات، والعدديات المتقاربة كالبيض والجوز ونحو ذلك. فلا يجوز قرض ما لا مثل له من القيميّات كالدار، والعدديات غير المتقاربة، فإذا كان محلّ القرض شيئاً من ذلك انعقد فاسداً عندهم<sup>86</sup>.

وقال الشافعية: يجوز قرض كلّ مال يملك بالبيع ويضبط بالوصف على وجه لا يقى معه إلا تفاوت يسير.

وعلى هذا: يصحّ القرض في الدرّاهم والدّنانير، والقمح والشّعير، والبيض واللّحم وغير ذلك من المثلثات، بالاتفاق.

يصحّ القرض في الحيوانات والعقارات وغيرها من القيميّات التي يمكن ضبطها بالوصف عند الشافعية، ولا يصح في ذلك كله عند الحنفية.

وأما القيميّات التي لا تنضبط بالوصف ولا تثبت في الذمة. فعند الشافعية قولان في صحة القرض فيها، والأصحّ أنه لا يجوز، لأنّ ما لا ينضبط بالوصف يتعذر أو يعسر ردّ بدله.

وعدة الحنفية: أنّ القرض إعارة ابتداء معاوضة انتهاء، لأنّه لا سبيل إلى إيجاب رد العين المستقرضة، إذ لا يمكن الانتفاع بالقرض إلا باستهلاك عينه. ولا يمكن إيجاب ردّ القيمة، لأنّ ذلك يؤدي إلى المنازعات، لاختلاف القيمة باختلاف المقومين.

وإذا لم يمكن إيجاب رد العين ولا القيمة تعين أن يكون الواجب عند القضاء ردّ المثل، وذلك يستلزم إيجاب المثل في الذمة، وهو لا يتأتى في غير المثل، ولذلك اختص جواز القرض بما له مثل، ووجب أن يكون المال المقرض مثلياً<sup>87</sup>.

واحتاج الشافعية<sup>88</sup> مذهبهم، بأدلة منها:

<sup>86</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 395/7.

<sup>87</sup> - الدر المختار، الحصيفي: 5/161. بداع الصنائع: الكاساني: 12/2.

<sup>88</sup> - الأم، الشافعي: 3/118.

آ - حديث أبي رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ورضي الله عنه: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بکرا، فقدمت عليه إبل من إبل الصدقة، فأمر أبو رافع أن يقضى الرجل بکره، فرجع إليه أبو رافع، فقال: لم أجد فيها إلا خياراً رباعياً، فقال: «أَعْطِهِ إِيَاهُ، إِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ فَضَاءً»<sup>(89)</sup>

وواضح أن البکر ليس مثلياً، فدل ذلك على عدم اشتراط المثلية في محل القرض.

ب - أن ما أمكن ضبطه بالوصف يعطى حكم المثلية لشبهه به، فيصح الفرض به لذلك.

ويشترط في محل القرض<sup>(90)</sup>:

أ - أن يكون معلوم القدر عند القرض - كيلاً أو وزناً أو عدداً أو ذرعاً - ليتمكن من رد بده. فلو أقرضه دراهم لا يعلم عددها، أو طعاماً لا يعلم كيله أو وزنه، لم يصح القرض، وكذلك لو أقرضه مطبوكاً لم يصح القرض، لاختلاف كميته بالتضخم وجهل مقدار نضجه، والعبارة في كون الشيء مكيناً أو غيره تحديد الشرع فإن لم يوجد فالمرجع العرف.

ب - أن يكون المآل المفترض جنساً لم يختلط به غيره، لأنه يتعدّر في هذه الحالة بدلُه، ولا سيما إذا جھلت مقادير الخلط، فلا يجوز قرض قمح مخلوط بشعير، ولا بين مشوب بهـ.

اقتراض الحبز<sup>(91)</sup>:

أجاز الجمهور اقتراض الحبز وزناً وعدداً، لجريان العرف بذلك في جميع العصور من غير إنكارٍ.

واستثنوا ذلك من مُنْعِ ما احتلَّـ بغيره وما لا ينْضَبُـ. ومنع منه أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى لأنَّه ليس مثلياً، وأجازه محمد رحمه الله تعالى استحساناً لجريان العرف به، كما ذكرنا<sup>(92)</sup>.

<sup>89</sup> - أخرجه مسلم في المساقاة باب: من استلف شيئاً فقضى خيراً منه (1600)، وأخرجه البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه في الوكالة، باب الوكالة في قضاء الديون (2306)، مع اختلاف في بعض الألفاظ.

(بکراً: البکر الفتی من الإبل. خياراً: مختاراً جيداً، رباعياً: هو ما أتى عليه سُنُنَ من الإبل ودخل في السابعة، وهو الذي طلعت رباعيته، وهي السن التي بین الشَّيَّةِ والنَّائِبِ، والثَّنِيَّةِ إِلَّا خَدِيَ السَّيَّنَيْنِ الْتَّيْنِ فِي مَقْدِيمَةِ الْأَسْنَانِ).

<sup>90</sup> - الجموع، النموي: 169/13.

<sup>91</sup> - الجوهرة النيرة، الزبيدي اليمني: 215/1، منار السبيل، ابن ضويان: 349/1.

<sup>92</sup> - المحيط البرهان، برهان الدين مازه: 270/7، بداع الصنائع: الكاساني: 7/395.

ويترجح هذه الأيام جواز اقتراض الخبز لدى الجميع دون حاجة للاستثناء أو جريان العُرف، لأنَّ الخبز في هذه الأيام الغالب فيه أنَّه مِثلي وأنَّه ينضبط بالوصف، ولا سيما ما يُصنَع بواسطة الآلات، اللهم إلَّا ما يكون صُنْعاً خاصاً في البيوت، كما هو الحال في الفُرْن والأرياف فإنه يغلب عليه الاختلاف، فيكون المعتمد فيه ما ذكرنا من جريان العُرف.

#### رابعاً: حكم القرض من حيث الأثر النوعي المترتب عليه<sup>93</sup>:

إذا صحَّ القرض ترتب عليه حكمه، وهو: انتقال ملكية المال المقترض من المقترض إلى المستقرض على وجه يلتزم معه بِرَدَّ بَدْلِه حال طلب المقترض له.

وأختلف الفقهاء في تاريخ ثبوت هذه الملكية:

هل ثبتت بقبض العين المستفروضة، أو بالتصريف فيها؟

يثبت الملك في القرض عند أبي حنيفة ومحمد بالقبض، فلو افترض إنسان مدّ حنطة وقبضه، فله الاحتفاظ به، ورد مثله وإن طلب المقترض رد العين، لأنَّه خرج عن ملك المقترض، وثبت له في ذمة المقترض مثله لا عينه، ولو كان قائماً.

وقال أبو يوسف: لا يملك المقترض القرض ما دام قائماً<sup>94</sup>.

وقال المالكية: إنَّ القرض وغيره من المعروف كالهبة والصدقة والعارية، يثبت الملك فيه بالعقد، وإن لم يقبض المال. ويجوز للمقترض أن يرد مثل الذي افترضه، وأن يرد عينه، سواء أكان مثلياً أم غير مثلي، وهذا ما لم يتغير بزيادة أو نقص، فإنَّ تغيير وجب رد المثل<sup>95</sup>.

وقال الشافعية في الأصح والحنابلة: يثبت الملك في القرض بالقبض، ويرد المقترض عند الشافعية المثل في المثل، لأنَّه أقرب إلى حقه، ويرد في القيمي المثل صورة، لأنَّه صلَّى الله عليه وسلم افترض بـكراً ورَدَّ رَباعياً، وقال: «خَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً»<sup>96</sup>.

والأصح عندهم: أنَّ للمُقرض الرُّجوع بالعين المستفروضة مادامت باقيةً في حالها ولم تتعلَّق بها حقوق لازمة للغير، ولا يمنع ذلك من القول بملكية المستقرض لها بالقبض. لأنَّ للمُقرض المطالبة ببدل المستقرض عند فقده فالمطالبة بعينه أولى،

<sup>93</sup> - الفقه المنهجي: 106/6.

<sup>94</sup> - الدر المختار: 4/81.

<sup>95</sup> - الشر الصغير: 3/295.

<sup>96</sup> - صحيح مسلم، كتاب المسافة، باب: من استسلف شيئاً فقضى خيراً منه، وخيركم أحسنكم قضاء، رقم (1601).

لأنه أقرب منه، فيلزم المستقرض رد إذا طالب به المقرض. ونظير هذا: ما لو تباع اثنان سلعة بسلعة، ثم وجد كل منهما بما أحدها عيناً، فإن لكل واحد منها أن يرجع بسلعته، وإن صارت ملكاً لآخر.

أمّا إذا كانت العين قائمةً، ولكنها لم تبق على حالها - كما لو كانت شاء فدخت أو حنطة فطحنت - أو تعلق بها حق لازم للغير كأن رهنها المستقرض - فليس للمقرض حق الرجوع بها واستردادها بعينها.

أمّا لو أجر المستقرض العين المستقرضة فلللمقرض الرجوع بها واستردادها، بخلاف الرهن، لأن للمرهن حقاً لا زماً يتعلق بالعين المرهونة، أمّا المستأجر فليس له ذلك.

وكذلك له استردادها ولو زادت زيادة متعلقة أو منفصلة، لأن المتصلة تتبع للأصل، وأمّا المنفصلة فلا لها حدث على ملك المستقرض.

ولا خلاف أن للمستقرض رد عين المقرض على المقرض، وليس للمقرض أن يطالبه برد بدلـه من مثل أو قيمة.

ويجب عند الخنابلة رد المثل في المكيل والموزون، كما هو اتفاق الفقهاء. وفي غير المكيل والموزون وجهان: أحدهما. يجب رد قيمته يوم القرض. والثاني. يجب رد مثله بصفاته تقريباً.<sup>97</sup>

#### خامساً: ما يجب رد بدل القرض<sup>98</sup>:

علمنا أن المال المفترض ينبغي أن يكون مثلياً عند الخنفية، وعليه:

فالواجب رد بدل القرض هو المثل، سواء زاد سعره عن يوم القرض أو نقص، لأنه هو الواجب بعقد القرض، فلا ينظر إلى غيره.

فإذا انقطع المثل من السوق، كما لو استقرض مكيناً أو موزوناً أو عددياً متقارباً، من طعام أو غيره، ثم انقطع من أيدي الناس:

فبعد أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يُجبر المقرض على الانتظار حتى يوجد المثل، ليصل إلى عين حقه، لأن حقه في المثل. وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: يُجبر المقرض على التأخير في استرداد البديل حتى يوجد المثل، إلا أن يتراضيا على دفع القيمة، فيجوز.

<sup>97</sup> - معنى الحاج: 119/2، وما بعدها، المهدب: 303/1، المعنى: 314/4.

<sup>98</sup> - المحيط البرهان، برهان الدين مازه: 270/7.

وعلمنا أن الشافعية يُحجزون القرض في المثل والقيمي الذي يتضيّن، وعليه: فيجب رد المثل إذا كان محل القرض مالاً مثلياً وكان موجوداً، فإذا انعدم وجوب رد قيمته.

وإن كان محل القرض مالاً قيمياً وجوب رد مثله صورة، كما لو افترض شاة فإنه يرد شاة بذاتها بنفس أوصافها، لحديث رافع رضي الله عنه الذي مرّ معنا، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمره أن يقضي الرجل بكرأ بدل بكره.

وقيل: يجب رد القيمة في القيمي، لأن ما يُضمن بالمثل إن كان له مثل يُضمن بالقيمة إذا لم يكن له مثل، كما لو أتَلَفَ مالاً مُتقوماً.

وعند القول بوجوب القيمة:

- فالواجب القيمة يوم القبض على القول بأن العين المستقرضة تملك بالقبض وهو الأصح.
- وعلى القول بأنه يُملِكُ بالتصرف: فالواجب أكثر القيم من يوم القبض إلى يوم التصرف.  
وإن اختلف المفترض والمفترض في قدر القيمة أو صفة المثل: فالقول قول المفترض مع يمينه، لأنّه هو المدعى عليه الذي سيغرّم القيمة أو المثل.

متى يطالب برد بدل القرض:

للفرض أن يطالب المستقرض بدفع بدل المال المفترض في أي وقت شاء، بعد قبض المستقرض له، لأن حكم القرض - كما تقدّم - يوجب على المستقرض رد المال المفترض حال طلب المفترض له، وكذلك لأنّه عقد يمتنع فيه التفاصيل فامتنع فيه الأجل.

وسواء في ذلك أحديّة أجل معين في العقد للوفاء أم لم يُحدّد، سواءً أُوجد في ذلك عُرفٌ معين أم لم يوجد.

مكان الوفاء:

اتفق علماء المذاهب الأربعة على أن وفاء القرض يكون في البلد الذي تم فيه الإقراض، ويصح إيفاؤه في أي مكان آخر إذا لم يحتاج نقله إلى حمل ومؤنة أو وجد خوف طريق، فإن احتاج إلى ذلك لم يلزم المفترض بمسئلته<sup>99</sup>.

سادساً: الشروط في القرض:

قد يقترن عقد القرض بشروط، وبعض هذه الشروط تُفسِّده، وبعضها يلغى ولا يؤثّر على القرض، وبعضها يلزم الوفاء به، وإليك بيان ذلك:

<sup>99</sup> - الدر المختار: 180/4، الشرح الصغير: 296/3، مغني المحتاج: 119/2، المعني: 325/4، انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 5/3791.

## 1- الشروط المفسدة:

هي كل شرط ليس من ملائمة العقد، وفيه منفعة للمفترض، كما لو أقرَّه بشرط رِّد زِيادَة في البَدْل، أو بشرط رِّد صحيح بدل مَعِيبٍ، أو بشرط أن يبيعه دارُه مثلاً<sup>100</sup>. فمثل هذا الشرط فاسد ومُفسد للعقد. لقوله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ رِبًا»<sup>101</sup>.

قال في (معنى الحاج) <sup>102</sup>: "المعنى فيه أنَّ موضوع القَرْضِ قائم على الإرفاق والعُونَ لِلمُقْتَرِضِ، فإذا شرطَ فيه المفترض لنفسه مَنْفَعَةً زائدة على حِقْهِ فقد خرج العقد عن موضوعه، ولم يَؤْدِ غَرضَه، فلم يَصَحَّ".

وكذلك روى عبد الله بن عمِّرو رضي الله عنهما: أنَّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لَا يَحِلُّ سَلْفٌ وَبَيْعٌ»<sup>103</sup> وقد مرَّ معنا في تعريف القَرْضِ أنه السَّلْفُ في لغة أهل الحِجَاز.

هذا ومن المعلوم أنَّ فساد العقد عند الشافعية يعني بُطلانه أصلًا وأنَّه لا يترتب عليه شيء من الآثار. وأمَّا عند الحنفية فالفساد لا يعني البُطلان بل ينعقد العقد مع الشرط الفاسد. وإنما لا يحِلُّ الانتفاع به.

### المنفعة أو الزِّيادة غير المشروطة:

إذا ردَّ المُسْتَقْرِضُ زِيادَةً عن بَدْلِ القَرْضِ، أو قَدَّم هديَّةً لِلمُقْرِضِ، دون أن يشترط المفترض ذلك في العقد ولم يجر به عُرْفٌ، فما حُكْمُ ذلك؟ يُنظر:

- فإن كانت تلك المنفعة المقدمة قبل وفاة بَدْلِ القَرْضِ: فالأولى التَّنْزُه عنها إلَّا إذا كان تبادل تلك المنفعة مُعتاداً بينهما قبل القَرْضِ، لما روي عن أنس رضي الله عنه، وقد سُئل: الرِّحل مَنَّا يُفْرِضُ أخاه المَالَ فَيُهْدِي له؟ قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا أَقْرَضَ أَحَدُكُمْ قَرْضاً، فَأَهَدَى لَهُ، أَوْ حَمَلَهُ عَلَى الدَّابَّةِ، فَلَا يَرْكَبُهَا وَلَا يَقْبِلُهُ، إلَّا أَنْ يَكُونَ جَرَى بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ قَبْلَ ذَلِكَ»<sup>104</sup>.

وكذلك تزول الكراهة إذا كافأَه المفترض عليها.

<sup>100</sup> - حاشية ابن عابدين: 165/5

<sup>101</sup> - قال الحافظ ابن حِجْرٍ: رواه الحارثُ بْنُ أَبِي أَسَاطَةَ في مُسْنَدِهِ مِنْ حَدِيثِ عَلِيٍّ رضي الله عنه، وَفِي إِسْنَادِهِ سَوَّاً بْنُ مُصْبَعٍ وَهُوَ مَتْرُوكٌ، وَرَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ عَنْ فُضَالَةَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ مَوْقِفًا: «كُلُّ قَرْضٍ جَرَّ مَنْفَعَةً فَهُوَ وَجْهٌ مِنْ وُجُوهِ الرِّبَا». وَرَوَاهُ أَيْضًا عَنْ أَبِي مَسْعُودٍ، وَأَبِي بْنِ كَعْبٍ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ سَلَامٍ، وَأَبِي عَبَّاسٍ، مَوْقِفًا عَلَيْهِمْ. التلخيص الحبير (3/80).

<sup>102</sup> - ينظر: معنى الحاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج (3/34)

<sup>103</sup> - الحاكم في المستدرك: البيع، باب لا يجوز بيعان في بيع..، (17/2).

<sup>104</sup> - أخرجه ابن ماجه في الصدقات، باب: القَرْض، (2432).

- وإن كانت المنفعة المقدمة - من زيادة أو هدية أو غيرها - بعد وفاة المقرض: فلا بأس بها، ولا يُكره للمقرض أخذها، لانتهاء حكم المقرض بالوفاة. بل يستحب للمستقرض أن يفعل ذلك، اقتداء بفعله صلى الله عليه وسلم، وامتنالاً لأمره بحسن الوفاء، وهذا من حسن الوفاء.

روى البخاري ومسلم عن جابر رضي الله عنه قال: أتَيْتُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَهُوَ فِي الْمَسْجِدِ ضُحَّى فَقَالَ: «صَلِّ رَكْعَتَيْنِ» وَكَانَ لِي عَلَيْهِ دَيْنٌ فَقَضَاهُ وَزَادَنِي (105)، وَقَدْ مَرَّ بِنَا أَمْرٌ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِإِعْطَاءِ الْمُقْرِضِ خِيَارًا رَباعيًّا بدلَ بَكْرَةِ، وَقَوْلُهُ فِي ذَلِكَ: «أَعْطِهِ إِيَّاهُ؛ فَإِنَّ خِيَارَ النَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً».

وهذا إذا لم يجر عُرف بين الناس بِرَدِّ الْمُسْتَقْرِضِ زيادةً عن بدل المقرض أو تقديم منفعة للمقرض، وكذلك إذا لم يكن المستقرض قد تعود هذا وعُرف به. فإن كان ذلك معتاداً في عُرف الناس، أو كان المستقرض معروفاً به: فالوجه كراهة قبول هذه المنفعة، لأن المعرف عرفاً كالمشروط شرطاً.

## 2- الشروط اللاحقة غير المفسدة للعقد:

وهي كل شرط ليس من ملائمات العقد، ولكنه لا مصلحة فيه لأحد المتعاقدين أو كان فيه مصلحة للمستقرض، وذلك كما لو شرط عليه أن يرد معييناً بدل صحيح أو ردinya بدل جيد، وكذلك لو شرط عليه أن يفرضه غيره، فمثل هذه لاغية لا يلزم الوفاء بها. والأصح أنها لا تفسد العقد، لأن فيها تأكيداً لموضوعه وهو الإرافق، إذ ليس فيها جر منفعة للمقرض، وإنما فيها جر منفعة للمقترض، فكان المقرض يزيد في الإرافق والعون للمقترض<sup>106</sup>.

(105) - البخاري في الاستقراض، باب: حسن القضاء (2394)، ومسلم في المساقاة باب: بيع البغير واستثناء ركب (715).

<sup>106</sup> - حاشية ابن عابدين: 165/5.

## شرط الأجل في القرض:

ذَكَرْنَا أَنَّ لِلمُقْرِضِ أَنْ يَطَالِبَ بِيَدِ الْقَرْضِ مَتِ شَاءَ، سَوَاءً أَشْرِطَ أَجْلًا فِي الْعَدْ أَمْ لَمْ يُشْرِطْ. وَعَلَيْهِ إِذَا شُرِطَ أَجْلًا فِي الْعَدْ فَلَا يَلْزَمُ الْوَفَاءُ بِهِ، وَيُعَتَّبُ لاغيًّا<sup>107</sup>.

وَهُلْ يُؤثِّرُ عَلَى الْعَدْ؟ يَنْظُرُ:

- فَإِنْ كَانَ فِي شَرْطِ الْأَجْلِ غَرْضُ لِلمُقْرِضِ - كَمَا لَوْ كَانَ الزَّمْنُ زَمْنَ تَحْبِبِ، وَشَرْطُهُ أَجْلًا لِلْوَفَاءِ يَغْلِبُ عَلَى ظَنِّهِ الْأَمْنِ فِيهِ - فَإِنَّهُ يُفْسِدُ الْعَدْ، لَمَا فِيهِ مِنْ جَرِّ الْمُنْفَعَةِ لِلمُقْرِضِ، فَصَارَ كَشْرُطُ زِيَادَةِ فِي الْعَدِ.

- وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي شَرْطِ الْأَجْلِ غَرْضُ لِلمُقْرِضِ فَلَا يُفْسِدُ الْعَدْ، وَلَا يَلْزَمُ الْأَجْلُ عَلَى الصَّحِيحِ، وَإِنْ كَانَ يُنْدِبُ الْوَفَاءَ بِهِ لِأَنَّهُ وَعَدَ بِالْإِحْسَانِ<sup>108</sup>.

## 3- ما يَلْزَمُ الْوَفَاءَ بِهِ مِنَ الشُّرُوطِ:

هِيَ كُلُّ شَرْطٍ فِيهِ تَوْثِيقُ الْعَدْ وَإِثْبَاتُ لِلْحَقِّ وَتَأْكِيدُ لَهُ، كَمَا لَوْ اشْتَرَطَ رَهْنًا بِمَالِ الْقَرْضِ، أَوْ كَفِيلًا، أَوْ إِشَهَادًا عَلَى الْعَدِ، أَوْ إِقْرَارًا بِهِ عِنْدَ حَاكِمٍ، أَوْ كِتَابَةَ لِلَّدَيْنِ. فَإِنْ ذَلِكَ كُلُّهُ جَائزٌ، وَيَحْقُّ لِلمُقْرِضِ أَنْ يَشْرُطَهُ، لِأَنَّهُ تَوْثِيقٌ - كَمَا قُلْنَا - وَلَا زِيَادَةَ فِيهِ.

وَقَدْ رَوَى الْبَخَارِيُّ عَنْ أَنَسِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «رَهَنَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دِرْعًا لَهُ بِالْمَدِينَةِ عِنْدَ يَهُودِيٍّ، وَأَخَذَ مِنْهُ شَعِيرًا لِأَهْلِهِ»<sup>(109)</sup>.

وَيَلْزَمُ الْمُسْتَقْرِضُ الْوَفَاءُ بِهِذِهِ الشُّرُوطِ، فَإِنْ لَمْ يَوْفِ بِهَا كَانَ لِلمُقْرِضِ أَنْ يَفْسَحَ الْعَدِ.

<sup>107</sup> - تحفة الفقهاء، السمرقندى: 178/3

<sup>108</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 396/7

<sup>(109)</sup> - البخاري: البيوع، باب: شراء النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِالنَّسِيَّةِ (2069).

## المبحث الخامس

### الرهن

#### أولاً - تعريف الرهن لغة واصطلاحاً:

للرهن في اللغة معانٍ متعددة فمن معانيه اللغوية:

1\_ الحبس: وهو أشهر معانٍ، قال في المصباح المنير: (ورهنته المتابع بالدين رهناً حبسه به فهو مرهون)<sup>110</sup>. ومن معنى الحبس قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ إِمَّا كَسَبَتْ رَهِينَةً﴾ [المدثر: 38] وقوله: ﴿كُلُّ اُمُوِّيٍّ إِمَّا كَسَبَ رَهِينَ﴾ [الطور: 21].

2\_ الثبوت والدوم: ومنه راهن ونعمة راهنة، قال في القاموس المحيط: (ورهن ثبت ودام)<sup>111</sup> وفي مختار الصحاح: (أرهنت لهم الطعام والشراب أدمته لهم، وهو طعام راهن)<sup>112</sup>.

والرهن في اصطلاح الفقهاء يطلق على أحد معنيين:

أولهما: العين المرهونة ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283].

وثانيهما: العقد، وهو المقصود في اصطلاح الفقهاء عند الإطلاق.

وقد عرفه الحنفية بأنه: "حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه".<sup>113</sup>

بينما عرفه الشافعية بأنه: "جعل عين متمولة وثيقة بدين يستوفى منها عند تعلُّر وفائه".<sup>114</sup>

و قريب منه تعريف الحنابلة فقد عرفوا الرهن بأنه: "تؤثقة دين بعين يمكن أخذها من ثمنها إن تعلَّر الوفاء من غيره".<sup>115</sup>

<sup>110</sup> - المصباح المنير، الفيومي، مادة (رهن).

<sup>111</sup> - القاموس المحيط، الفيروزآبادي، ص: 1202.

<sup>112</sup> - مختار الصحاح، الرازي، مادة (رهن): ص: 130.

<sup>113</sup> - اللباب في شرح الكتاب، الغنيمي: 2/45.

<sup>114</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 3/38.

أما المالكية فقالوا: الرهن: "مَالٌ قُبِضَ تُوَثِّقَ بِهِ فِي دِينٍ" <sup>116</sup>.

من خلال التعريف يتبيّن أنّ الجمهور يشترطون أن تكون العين المرهونة عيناً، وخالف المالكية فلم يشترطوا ذلك، وأجازوا رهن الدين.

ويلاحظ أن مفهوم الرهن عند الفقهاء في الجملة يُعد وثيقة يحبسها الدائن المركن عن المدين الراهن، حتى يستوفى الدائن المركن حقه من المدين الراهن من العين المرهونة، فإذا عجز الدائن عن الحصول على دينه من المدين الراهن، فإن الدائن المركن حينئذ يمكنه أخذ دينه من العين المرهونة عبر بيعها.

### ثانياً: مشروعية الرهن:

الرهن مشروع في الكتاب والسنة والإجماع.

من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَمَمْ تَحْدُوَا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283]

فدللت الآية على مشروعية الرهن لكنها قيدت بقيدتين: الأول كونه في السفر، والثاني عند عدم وجود كاتب يكتب الدين. وهذا القيدان قد خرجا من خارج الغالب، لذلك أجاز جمهور الفقهاء الرهن سواء أكان في السفر أم في الحضر، وعند وجود الكاتب أو عدمه، وخالف الظاهرية الجمهرة فلم يجيزوا الرهن إلا في السفر عملاً بظاهر الآية <sup>117</sup>. والتقييد بالسفر لأنّه ممتنع فقد الكاتب، فلا يحتاج إلى الرهن غالباً إلا فيه.

أما السنة: فأحاديث كثيرة منها ما ورد في الصحيح من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: "تُؤْفَى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَدْرَعَهُ مَرْهُونَةً عِنْدَ يَهُودِيٍّ بِثَلَاثِينِ صَاعًا" <sup>118</sup>.

وقد أجمع الفقهاء على جواز الرهن بالجملة <sup>119</sup>.

<sup>115</sup> - الإنصاف، المرداوي: 359/12.

<sup>116</sup> - شرح الخشبي على مختصر خليل: 236/5.

<sup>117</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم 359/17، الكافي في فقه أهل المدينة، يوسف القرطبي 812/2، المذهب، الشيرازي، 286، الروض المربع، البهوي: 1/356.

<sup>118</sup> - أخرجه البخاري، كتاب المعازى، باب: ما قيل في درع النبي صلى الله عليه وسلم، رقم (٤٩٧).

### ثالثاً: حكم الرهن:

اتفق الفقهاء على أن الرهن من الأمور الجائزة لا الواجبة، وذلك لأنه وثيقة بالدين، فلم يكن واجباً كما لا تجحب الكفالة، ولأن الرهن بدل عن الكتابة، فكما أن الكتابة لا تجحب فكذلك بدلها، والأمر في قوله تعالى: ﴿فِرَهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283] هو أمر إرشاد وليس بأمر وجوب<sup>120</sup>.

### رابعاً: أركان عقد الرهن:

ركن الرهن عند الحنفية هو الصيغة، وهي الإيجاب والقبول، كقول الراهن: "رهنتك بيتي بما لك عليّ من الدين"، ويقول المرهن: "قيلت أو رضيت أو ارتهنت".<sup>121</sup>

وأما أركان الرهن عند جمهور الفقهاء فهي أربعة: عاقد، وصيغة، ومرهون، ومرهون به. وتمثل بقية الأركان (عدا الصيغة) التي ذكرها الشافعية شرائط لهذا الركن عند الحنفية.<sup>122</sup>

#### الركن الأول: الصيغة

ينعقد الرهن بالإيجاب والقبول وهذا محل اتفاق بين الفقهاء، واحتلقو في انعقاده بالمعاطاة، فذهب الشافعية في المعتمد إلى أن الرهن لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول قوليين كالبيع. وقالوا: لأنه عقد مالي فافتقر إليهما.

ولأن الرضا أمرٌ خفي لا اطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلاً على الرضا، فلا ينعقد بالمعاطاة، ونحوه<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> - مراتب الإجماع، ابن حزم، ص: 60 المغني، ابن قدامة: 292/4.

<sup>120</sup> - المغني، ابن قدامة 292/4. فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص: 6.

<sup>121</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 135/6، قال الكاساني: كتاب الرهن: الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع في بيان ركن عقد الرهن وفي بيان شرائط الركن... أما ركن عقد الرهن فهو الإيجاب والقبول... وأما الشرائط فأنواع بعضها يرجع إلى نفس الرهن وبعضها يرجع إلى الراهن والمرهن وبعضها يرجع إلى المرهون وبعضها يرجع إلى المرهون به".

<sup>122</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 39/3، شرح الزرقاني على موطأ مالك: 3/5، كشاف القناع، البهوي: 3 - ١٤٨ - ٣٢٢.

<sup>123</sup> - نهاية المحتاج، الرملي: 375/3.

وصورة المعاطاة: كأن يقول الراهن (المدين): "أفرضني ألف ليرة لأعطيك ثوبي هذا رهناً"، فيأخذ الراهن الألف ويقبض المرهن الثوب<sup>124</sup>.

وقال المالكية والحنابلة: إن الرهن ينعقد بكل ما يدل على الرضا عرفاً فيصح بالمعاطاة، والإشارة المفهمة، والكتابة، لعموم الأدلة كسائر العقود، وأنه لم يُنقل عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا عن أحد من الصحابة استعمال إيجاب وقبول في معاملاتهم، ولو استعملوا ذلك لنقل إلينا شائعاً، ولم يزل المسلمون يتعاملون في عقودهم بالمعاطاة<sup>125</sup>.

### الركن الثاني: العقدان

وهما الراهن (المدين) والمرهن (الدائن) ويشترط في كل منهما ما يلي:

أ. أن يكون مطلقاً للتصرف في المال بأن يكون عاقلاً بالغاً رشيداً، غير محجور من التصرف، فأما الصبي، والجنون، والمحجور عليه (لسنه أو فلس) في التصرف المالي فلا يصح منه الرهن ولا الاركان لأنه عقد على المال فلم يصح منهم<sup>126</sup>.

والرهن نوع تبرع؛ لأنه حبس مال بغير عوض فلم يصح إلا من أهل التبرع، فيصح رهن البالغ العاقل الرشيد ماله، أو مال موليه بشرط وقوعه على وجه الغبطة الظاهرة، فيكون بما مطلقاً للتصرف في مال موليه، بأن تكون في رهنه إياه غبطة ظاهرة أو ضرورة<sup>127</sup>.

وصرح الحنفية بأن الصبي المأذون يجوز له الرهن والاركان؛ لأن الرهن من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة.

وصرح المالكية بأن الصبي المميز والسفوي يصح رهنهما ويكون موقوفاً على إجازة الولي<sup>128</sup>.

<sup>124</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 39/3.

<sup>125</sup> - شرح الزرقاني على موطأ مالك: 3/5، كشاف القناع، البهوي: 148/3-322.

<sup>126</sup> - المجموع، النووي: 13/179، الإنصاف، المرداوي: 5/139، شرح الزرقاني على موطأ مالك: 5/233.

<sup>127</sup> - نهاية المحتاج، الرملي: 4/236، المغني، ابن قدامة: 4/364، كشاف القناع، البهوي: 3/322.

<sup>128</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 5/135. شرح مختصر خليل للخرشي: 5/236.

بـ. أن يكون مختاراً: فلا يصح الرهن والارهان من المكره، لأن عقد المكره غير صحيح<sup>129</sup>.

جـ. أن يكون من أهل التبرع فلا يصح أن يرهن الولي من مال من هو ولي عليه من صبي أو مجنون، ولا يصح أن يرهن لهم، لأنه ليس أهلاً للتبرع إلا أن يكون ذلك - كما سبق - لضرورة أو غبطة ظاهرة<sup>130</sup>.

### الركن الثالث: المرهون

وهو المال الذي يدفعه المدين الراهن إلى الدائن المرهون. ويشترط فيه ما يأتي:

لا خلاف بين الفقهاء في أنه يجوز رهن كل متمول يمكن أخذ الدين منه، أو من ثمنه عند تعذر وفاء الدين من ذمة الراهن. ثم اختلفوا في بعض التفاصيل.

قال الشافعية والحنابلة: إن كل عين جاز بيعها جاز رهنها، لأن المقصود من الرهن أن يُباع ويستوفى الحق منه إذا تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، ولأن ما كان محل للبيع كان محلاً للرهن، فيصبح عندهم رهن المباع سواء رهن عند شريكه أم عند غيره قِبْلَ القسمة أم لم يَقْبِلُها، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه، فلا يصح رهن المسلم أو ارتهانه كلياً، أو خنزيراً، أو خمراً.

قال الشافعي: " لا بأس بأن يرهن الرجل نصف أرضه ونصف داره وسهماً من أسهم من ذلك مشاعاً غير مقسوم إذا كان الكل معلوماً، وكان ما رهن منه معلوماً، ولا فرق بين ذلك وبين البيوع" <sup>131</sup>.

وقال المالكية: يجوز رهن ما فيه غرر يسير، كبعير شارد، وثغر لم ييد صلاحه، لأن للمرهون دفع ماله بغير وثيقة، فساغ أخذه بما فيه غرر، لأنه شيء في الجملة وهو خير من لا شيء، بخلاف ما فيه غرر شديد كالجبن، وزرع لم يُخْلَق" <sup>132</sup>.

<sup>129</sup> - حاشية الشرقاوي: 2/123.

<sup>130</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 3/45.

<sup>131</sup> - الأئم، الشافعى: 3/194.

<sup>132</sup> - المغنى ابن قدامة: 4/374، المجموع، النووي: 13/198، نهاية المحتاج، الرملي: 4/238، بلغة السالك، الصاوي: 2/109، شرح الزرقاني على الموطأ مالك: 5/237.

وبناء على ما سبق لا يصح رهن ما ليس موجود عند العقد، كما إذا رهن ما ستلد أبقاره السنة، ولا يصح رهن المباحث التي لا يقع عليها التمليلك، كالخطب والمحشيش.

واشترط الحنفية في المرهون ما يلي:

- أ. أن يكون مَحْوِزاً أي مقسوماً، فلا يجوز رهن المشاع.
- ب. وأن يكون مُفرغاً عن ملك الراهن، فلا يجوز رهن مشغول بحق الراهن، كدار فيها متابعة.
- ج. وأن يكون مُمِيزاً، فلا يجوز رهن المتصل بغيره اتصال خلقة، كالثمر على الشجر بدون الشجر، لأن المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع<sup>133</sup>.

الركن الرابع المرهون به: وهو الدين الذي يكون بمقابلة الرهن.

اتفق الفقهاء على أنه يجوز أخذ الرهن بكل حق لازم في الذمة، أو آيل إلى ارم اللزوم، ثم اختلفوا في بعض التفاصيل.

فقال الشافعية: يُشترط فيما يجوز أخذ الرهن به أربعة شروط:

- 1 - أن يكون ديناً مهما كان سببه، سواء أكان بيعاً أم إتلافاً أم قرضاً، فلا يصح أخذ الرهن بالأعيان مضمونة كانت أو أمانة، وسواء كان ضمان العين بحكم العقد أو بحكم اليد، كالمستعار، والمأخوذ بالسّوْم، والمغضوب، والأمانات الشرعية كالوديعة ونحوها، وقالوا: لأن الله تعالى ذكر الرهن في المدانية فلا يثبت في غيرها<sup>134</sup>.
- 2 - أن يكون الدين ثابتاً، فلا يصح الرهن بغير الدين الثابت، كنفقة زوجة عن يوم غد، وعما سيقترض، وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> - المداية، المغبناني: 126/4.

<sup>134</sup> - نهاية المحتاج، الرملي: 248/4.

<sup>135</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 55/3، المغني، ابن قدامة: 292/4.

وأجاز الحنفية الرهن بالدين الموعود لحاجة الناس إليه، كأن يقول الراهن: "رهنتك هذه الدار لقرضي ألف ليرة مثلاً"، فهذا رهن بدين على وشك الثبوت<sup>136</sup>.

ويجوز عند الحنفية الرهن بالأعيان المضمونة بعينها كالمغصوبة، وبدل الخلع والصادق، وبدل الصلح عن دم العمد؛ لأن الضمان متقرر، فإنه إن كان قائماً وجوب تسليمه، وإن كان هالكاً وجوب قيمته، فكان رهناً بما هو مضمون، أما الأعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع، والأمانات الشرعية كالودائع، والعواري، والمضاربات، ومال الشركة، فلا يجوز أخذ الرهن بها<sup>137</sup>.

٣ - أن يكون الدين لازماً أو آيلاً إلى اللزوم: وذلك كدين القرض وثمن المبيع نسيئة، وكثمن المبيع زمن الخيار إذا كان الخيار للمشتري لأنه آيل إلى اللزوم، والثمن فيه ملك للبائع فيصح الرهن به، وأما إن كان الخيار للبائع وحده، فإن ملك المبيع له والثمن للمشتري فلا رهن<sup>138</sup>.

وقال المالكية: يجوز أخذ الرهن بجميع الأثمان الواقعه في جميع البيوعات، إلا الصرف، ورأس مال السلم، لأنه يتشرط فيهما التقابض في المجلس<sup>139</sup>.

وقال الحنابلة: يصح الرهن بكل دين واجب أو مآلء إلى الوجوب، كقرض، وقيمة مختلف، وثمن في مدة الخيار، وعلى العين المضمونة كالمغصوب والعواري، والمقبوض على وجه السوم، والمقبوض بعقد فاسد.

لأن المقصود من الرهن الوثيقة بالحق، وهو حاصل، فإن الرهن بهذه الأعيان يحمل الراهن على أدائها، فإن تعذر أداؤها استوفى بدلها من ثمن الرهن، فأشبّهت ما في الذمة<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني، 144/6.

<sup>137</sup> - حاشية الطحاوي: 4/240، المداية، المرغيناني: 4/133.

<sup>138</sup> - نهاية المحتاج، الرملي: 4/248.

<sup>139</sup> - بداية المختهد، ابن رشد: 2/244.

<sup>140</sup> - كشاف القناع، البهوي: 3/324.

٤ - أن يكون الدين معلوماً للعاقدين قدرًا ووصفة، فلا يصح الرهن بدين مجهول لهما أو لأحدهما.

## أحكام الرهن الصحيح

### أولاً: رهن المشاع:

والمشاع هو: كل مملوک ليس بمقسوم ولا معزول<sup>141</sup>.

يصح رهن المشاع، من عقار وحيوان، كما يصح بيعه، وهبته، ووقفه، سواء كانباقي للراهن أو لغيره، إذ لا ضرر على الشريك؛ لأنّه يتعامل مع المرتّhen كما كان يتعامل مع الراهن، وبقبضه بقبض الجميع فيكون بالتخلية في غير المنقول، وبالنقل في المنقول، وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة<sup>142</sup>.

وسينأتي كيفية قبض الرهن المشاع لاحقاً.

والسبب هو أن المشاع يجوز بيعه عندهم فجاز رهنه.

وقال الحنفية: لا يصح رهن المشاع، لعدم كونه مُميَّزاً، وموجب الرهن: الحبس الدائم ما بقي الدين، وبالمشاع يفوت الدوام، لأنّه لا بد من المهايأة<sup>143</sup>، فيصير كأنّه قال: رهنتك يوماً دون يوم<sup>144</sup>.

### ثانياً: قبض الرهن:

ذهب جمهور الفقهاء غير المالكية إلى أن قبض الرهن شرط للنّزوم عقد الرهن، فإذا لم يحدث قبض لا يلزم الرهن بل للراهن أن يرجع عن العقد، ودليلهم قوله تعالى: ﴿فِرَهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: 283] فلو لم يحصل القبض، لم يكن للتقييد بهفائدة فقد علقه سبحانه بالقبض فلا يتم إلا به، ولأن الرهن عقد تبرع أو إرفاق (أي نفع)

<sup>141</sup> - الصحاح، مادة: شيع.

<sup>142</sup> - حاشية الدسوقي: 3/235، نهاية الحاج، الرملي: 4/239، كشاف القناع، البهوي: 3/326.

<sup>143</sup> - المهايأة في اللغة: مفاجأة من الهيئة. قال في المصباح المنير: تجاهياً القوم تجاهياً من الهيئة، جعلوا لكل واحد هيئة، والمراد: النوبة. وهي شرعاً: قسمة المنافع: لأن كل واحد فيها، إما أن يرضى بمقدمة واحدة ويختارها، وإما أن الشريك الثاني ينتفع بالعين على الهيئة التي وقع بها انتفاع شريكه الأول. المصباح المنير، مادة: هيء.

<sup>144</sup> - حاشية ابن عابدين: 5/315.

يحتاج إلى القبول، ويحتاج إلى القبض ليكون دليلاً على إمضاء العقد وعدم الرجوع، فلا يلزم إلا بالقبض كالمبة والقرض<sup>145</sup>.

وقال المالكية: لا يتم الرهن إلا بالقبض أو الحوز، فهو شرط تمام الرهن أي لإكمال فائدته، وليس شرط صحة أو لزوم، فإذا عُقد الرهن بالقول (الإيجاب والقبول) لزم العقد، أي: أن الرهن يلزم بمجرد العقد.

ودليلهم: قياس الرهن على سائر العقود المالية اللاحزة بالقول، لقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُهُودِ﴾ [المائدة: 1] والرهن عقد فيجب الوفاء به. كما أن الرهن عقد توثيق كالكفالة، فيلزم بمجرد العقد قبل القبض<sup>146</sup>.

#### كيفية القبض:

الرهن إما أن يكون منقولاً أو غير منقول:

أ- كيفية قبض المنقول: ذهب الشافعية والحنابلة والمالكية وأبو يوسف من الحنفية إلى أن المنقول قبضه نقله أو تحويله، ولا يكفي فيه التخلية<sup>147</sup>.

وذهب الحنفية – في ظاهر الرواية – إلى أن التخلية في الرهن قبض، وقالوا: لأن التخلية تسليم، إذ هي عبارة عن رفع الموانع من القبض، وهو فعل المستسلم دون المتسلّم، والقبض فعل المتسلّم<sup>148</sup>.

#### ب- كيفية قبض الرهن غير المنقول:

اتفق الفقهاء على أن قبض الرهن غير المنقول إنما يكون بالتخلية، وهي عبارة عن رفع الموانع من القبض، والرهن غير المنقول كالعقارات وغيرها (أرض، دار، غرس)<sup>149</sup>. قال الشافعي في الأم: " وقبض ما لا يحول من أرض ودار وغراس أن يُسلّم لا حائل دونه"<sup>150</sup>.

<sup>145</sup> – بداية المجتهد، ابن رشد: 274/2.

<sup>146</sup> – القوانين الفقهية: ص: 323 وما بعدها. الشرح الصغير: 3/313.

<sup>147</sup> – مغني الحاج، الشريبي: 3/46. المغني. ابن قدامة: 4/297.

<sup>148</sup> – تبيين الحقائق: 6/63.

## ج- كيفية قبض الرهن المشاع:

إن كان مما ينقل يتم القبض بتسليم كله، ويُشترط إذن الشريك بالنقل والقبض، فإن أبي الشريك ولم يأذن بالنقل، فإن رضي المرتمن بكونه في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض، وإن تنازعاً نصّب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما. مثاله: الجوهرة يرهن نصفها.

وإن كان مما لا ينقل كالعقار. فإذا باهضه يكون بالتخلية، ولا يُشترط إذن الشريك.<sup>151</sup>

### ثالثاً: حبس الرهن:

قال الشافعية: ليس استدامة القبض فيما يمكن الانتفاع به مع بقائه من شروط صحة القبض، فلا يمنع القبض إعارة المرهون للراهن، أو أخذ الراهن للمرتمن، واستعماله للركوب والسكنى والاستخدام، ويبقى وثيقة بالدين، لخبر الدارقطني والحاكم: **الرَّهْنُ مَرْكُوبٌ وَمَحْلُوبٌ**<sup>152</sup> وخبر البخاري: "الظَّهُرُ يُرَكِّبُ بِنَفْقَتِهِ إِذْ كَانَ مَرْهُونًا".<sup>153</sup>، لأن الرهن عقد يعتبر القبض في ابتدائه فلم يشترط استدامته.

وأما إن كان المرهون مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه (كالحنطة وما شابها كالزيت والسمّن)، لم يكن للراهن طلب استرداده للانتفاع به بعد قبضه، ووجب استمرار يد المرتمن عليه، إذ لا ضمان لحقه إلا بذلك، حتى لا يتعرض حقه للضياع والتلف<sup>154</sup>.

وعند جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة يُشترط دوام القبض، فإن قبض الرهن، ثم رده المرتمن باختياره إلى الراهن أو عاد إليه بإعارة أو إيداع أو إجازة أو استخدام أو ركوب دابة أو سيارة، بطل الرهن عند المالكية ولم يبطل عند الحنفية. وإنما يخرج

<sup>149</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 3/46، المغني، ابن قدامة: 250./4

<sup>150</sup> - الأم، الشافعي: 3/144.

<sup>151</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 3/46، المغني، ابن قدامة: 4/328، كشاف القناع، البهوي: 3/318. انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص: 19.

<sup>152</sup> - سنن الدارقطني، رقم (2930). وأخرجه البيهقي، رقم (11539) من حديث أبي هريرة، ورجح وقته على أبي هريرة.

<sup>153</sup> - صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب: الرهن مركوب ومحلوب، رقم (2377).

<sup>154</sup> - المهدب، الشيرازي: 1/311.

من ضمان المرهن، وللمرهن أن يسترجعه إلى يده، وزال لزوم الرهن وبقي العقد كأن لم يوجد فيه قبض عند الحنابلة، فإن عاد الراهن فرَدَه إلى المرهن، عاد اللزوم عند الحنابلة بحكم العقد السابق، وعند الحنفية والمالكية لا يعود الرهن إلا بعد عقد جديد. ودليلهم عموم قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [آل عمران: 283] الذي يفهم منه اشتراط وجود القبض واستدامته<sup>155</sup>.

(ابعاً): حفظ الرهن ومؤنته:

قال جمهور الحنفية والمالكية والشافعية: كل ما يحتاج إليه لبقاء الرهن ومصلحته، فهو على الراهن لأنّه باق على ملكه، وذلك مؤنة الملك، وكل ما كان لحفظه فعل المركب؛ لأنّه حبسه له، فلو شرط منه شيء على الراهن لا يلزمـه. لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنّ النبي صلـى الله عليه وسلم قال: "الظَّهُرُ يُرْكَبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشَرَّبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا وَعَلَى الَّذِي يُرْكَبُ وَيُشَرَّبُ النَّفْقَةَ".<sup>156</sup>

والذي يركب هو الراهن، فوجوب أن تكون النفقة عليه؛ لأن الرقبة والمنفعة على ملكه، فكانت النفقة عليه<sup>157</sup>.

ويقول الحنابلة: إن مؤنة الرهن على راهنه، لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمٌ وعليه غرمٌ" <sup>158</sup> ولأنه ملك للراهن فكان عليه نفقته وما يحتاج إليه <sup>159</sup>.

**خامساً:** كيف يستوفي الدائن المرتكب حقه؟

<sup>155</sup> — بداع الصنائع، الكاساني:6/142. القوانين الفقهية، ابن جزي، ص324، المغني، ابن قدامة: 4/331. انظر: الفقه الإسلامي وأدله، د. وهبة الرحيلي: 93/6.

<sup>156</sup> — صحيح البخاري، كتاب الرهن، باب: الرهن مركوب ومحلوب، رقم (2377).

<sup>157</sup> - حاشية ابن عابدين: 314/5، جواهر الإكليل: 84/2. المذهب، الشيرازى: 321/1.

<sup>158</sup> - أخرجه البيهقي من حديث أبي هريرة في السنن الكبرى، كتاب: الرهن، باب: ما جاء في زيادات الرهن، رقم (10992). ورجح إرساله من حديث سعيد بن المسيب، وكذا نقا، ابن حجر في تلخيص الحبر: 3/96 عن أبي داود والبيزار والدارقطني، وغيرهم أئم رجحوا إرساله.

159 - كشاف القناع، البهجة: 3/339.

يطلب المرتمن عند حلول أجل الدين الراهن بوفاء دينه، فإن وفي المدين انتهى الرهن، وإن لم يُؤفِّه لمحضِّ أو إعسار أو غيبة، أجبرَ القاضي الراهن على بيع المرهون. فإن لم يبعه حبسه القاضي حتى يبيعه بنفسه في رأي الإمام أبي حنيفة، ويبيعه عليه بالزاد العللي من غير رضاه عند الصاحبين وبقية الفقهاء.

ويكون للمرتمن باتفاق الفقهاء حق امتياز (أولوية) باستيفاء حقه من ثمن المرهون مفضلاً على بقية الدائنين الغرماء الآخرين (أي غير المؤثقة ديونهم برهون) ويرد الباقي على صاحبه وهو الراهن<sup>160</sup>.

سادساً: يد المرتمن:

للفقهاء في هذه المسألة رأيان:

الرأي الأول للحنفية: يد المرتمن يد أمانة بالنظر لعين المال المرهون، ويد استيفاء أو ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين من مالية الرهن، بمعنى أن ما يساوي الدين من مالية الرهن تعتبر يد المرتمن عليه يد ضمان أو استيفاء، فإذا امتنع من رد المرهون لصاحبها بسبب هلاك أو غيره كان المرتمن مستوفياً من دينه بهذا المقدار، واحتسب من ضمانه، وأما ما زاد من قيمة الرهن على الدين فهو أمانة، يهلك هلاك الأمانة، فلا يُضمن إلا بالتعدى أو التقصير<sup>161</sup>.

وأدتهم: حديث "الوَهْنُ بِمَا فِيهِ"<sup>162</sup> أي يهلك بما رُهِن فيه، وما رُويَ أن رجلاً رُهِن فرساً، فَعَقَ (مات) في يده، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للمرتمن: "ذَهَبَ حَقُّكَ".<sup>163</sup>

الرأي الثاني لجمهور المالكية والشافعية والحنابلة<sup>164</sup>: يد المرتمن يد أمانة، فلا يضمن المرتمن العين المرهونة، ولا يسقط عن الراهن شيء بمقابلة هلاك الرهن، إلا إذا تعدى المرتمن في هلاك الرهن.

<sup>160</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/153، القوانين الفقهية، ابن جزي، ص 324، مغني المحتاج، الشريبي: 2/134، المغني، ابن قدامة: 4/404 وما بعدها. انظر: المعاملات المالية المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ص 86.

<sup>161</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/154.

<sup>162</sup> - أخرجه أبو داود في المراسيل، ص: 173، ونقل الزيلعي في نصب الرأية: 4/322 عن ابن القطان أنه قال: (مرسل صحيح).

<sup>163</sup> - رواه الدارقطني مسنداً عن أنس، (2956). قال الحافظ أبو الحسن علي بن عمر الدارقطني: لا يثبت هذا عن حميد وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء. تخرج الأحاديث الضعاف من سنن الدارقطني، ص: 271. فالحديث ضعيف. وأخرجه أبو داود في المراسيل من طريق عطاء، الدرية في تخرج أحاديث الهدایة: 256/2.

ودليلهم قوله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَغْلِقُ الرَّهْنُ مِنْ صَاحِبِهِ الَّذِي رَهَنَهُ، لَهُ عُنْمَةٌ وَعَلَيْهِ غُرْمَةٌ" <sup>165</sup> فقد جعل النبي غرم الراهن - ومئنة هلاكه - على الراهن.

وإنما يكون غرمه عليه إذا هلك أمانة؛ لأن عليه قضاء دين المرتمن، أما إذا هلك مضموناً فإن غرمه على المرتمن، حيث سقط حقه، لا على الراهن.

ثم إن الراهن وثيقة بالدين، فلا يجوز أن يسقط الدين بحالاته، إذ يتناهى السقوط مع كونه وثيقة.

ويلاحظ أن رأي الجمهور أقوى لقوة أدلةهم، وضعف أحاديث الحنفية <sup>166</sup>.

#### سابعاً: كيفية ضمان الراهن

قال الحنفية: المرهون مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، فإن كانت القيمة أقل من الدين، فهو مضمون بالقيمة، وسقط من الدين بقدرها، ويرجع المرتمن بالفضل الزائد على الراهن.

وإن تساوى الدين وقيمة المرهون، صار المرتمن مستوفياً دينه حكماً، لتعلق قيمة الراهن بذمته.

وإن كانت قيمة الراهن أكثر من الدين، فالفضل الزائد أمانة في يد المرتمن، لا يضمن ما لم يتعد عليه، أو يقصر في حفظه".

ودليلهم ما سبق من قوله صلى الله عليه وسلم لمن رُهِنَ عنده فرس: "ذَهَبَ حَثْلُكَ" <sup>167</sup>. فدل الحديث على بطلان الدين بضياع الراهن <sup>168</sup>.

وما روی عن ابن عمر وابن مسعود أخْمَـا قالا: الراهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين <sup>169</sup>.

<sup>164</sup> – القوانين الفقهية، ص: 324، مغني المحتاج، الشريبي: 3/53. المغني، ابن قدامة: 396/4.

<sup>165</sup> – سبق تحريره، أخرجه البيهقي.

<sup>166</sup> – انظر: الفقه الإسلامي وأدله د. وهبة الرحيلي: 6/145.

<sup>167</sup> – سبق تحريره، أخرجه الدارقطني.

<sup>168</sup> – تبيين الحقائق، الزيلعي: 4/355.

<sup>169</sup> – الهدایة وتکملة فتح القدير: 8/198.

ومذهب الجمهور غير الحنفية أن الرهن لا يضمن عندهم إذا هلك بلا تعد ولا تقصير، وهو في يد المرتمن، وإنما يضمن بالتعدي أو التقصير، ولا يسقط شيء من الدين بتلف المرهون في حال عدم التعدي أو التقصير؛

ودليل الجمهور قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهن، له غنمه وعليه غرم"<sup>170</sup>. فغلق الغنم والغرم بالراهن، وهذا يدل على أنه مضمون على صاحبهأمانة في يد المرتمن.

### ثامناً: الانتفاع بالرهن

قد يكون الانتفاع من الراهن أو المرتمن. فعندنا هنا حالتان:

#### 1 - انتفاع الراهن بالرهن:

أجاز الشافعية انتفاع الراهن بالرهن، كسكنى الدار، والاكتساب بالسيارة والدابة، لكنهم اشترطوا ألا ينقص الانتفاع من العين المرهونة أو يتلفها كلبس الثوب والسفر بالرهن فيمنع منه الراهن، لأن لبس الثوب يعرضه للتلف، ولأن في السفر خطراً محتملاً ولا ضرورة له<sup>171</sup>.

ودليلهم على ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهن، له غنمه وعليه غرم". لكن إن إذن المرتمن فيما مُنع منه الراهن جاز.

أما الحنفية - القائلون بدورام الحبس - فقد ذهبوا إلى أنه ليس للراهن الانتفاع بالرهن مطلقاً بوجه من الوجوه، لا بلبس ولا ركوب ولا سكنى ولا غير ذلك، بل تعطل المنافع حتى يكون الوفاء<sup>172</sup>.

وقال الحنابلة: لا يجوز للراهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن أو رضاء المرتمن، فليس له استخدامه ولا ركوبه ولا لبسه ولا سكناه، وتعطل منافعه<sup>173</sup>.

<sup>170</sup> - سبق ترجيحه، أخرجه البيهقي.

<sup>171</sup> - معنى الحاج، الشريفي: 3/65.

<sup>172</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/146.

<sup>173</sup> - مجلة الأحكام الشرعية الجنبلية، م (982).

أما المالكية فذهبوا إلى عدم جواز انتفاع الراهن بالرهن، ذلك أن إذن المرهن للراهن بالانتفاع مبطل للرهن عندهم ولو لم ينتفع؛ لأن الإذن بالانتفاع يُعد تنازلًا عن حقه في الرهن<sup>174</sup>.

## 2- انتفاع المرهن بالرهن:

لا يجوز الجمود للمرهن الانتفاع بالرهن إلا بإذن الراهن (من غير أن يكون الإذن مشروطًا في العقد وإلا لم يجز)، ودليلهم ما رواه الدارقطني والحاكم عن أبي هريرة أن رسول الله عليه وسلم قال: "لا يغلق الراهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمة وعليه غومة"<sup>175</sup>.

وأما إذا لم يكن الانتفاع مشروطًا في العقد، فالظاهر جواز ذلك عندهم، لأن للمالك أن يتصرف في ملكه بما لا يضيع فيه حق الآخرين.

وببناء على ما سبق إذا شرط في العقد أن يكون الانتفاع بالمرهون للمرهن فسد الشرط، وكذلك فساد الراهن لمخالفة الشرط مقتضي العقد<sup>176</sup>.

وأما إذا كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير مُحاباة جاز في القرض وغيره، لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة، وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض، لا يجوز في القرض ويجوز في غيره<sup>177</sup>.

وأضاف الحنابلة أنه يجوز للمرهن أن ينتفع بالمرهون إن كان مركوباً أو ملولاً، على أن يركب ويحلب بقدر نفقته، متحرّياً العدل في النفقة، وإن لم يأذنه الراهن.<sup>178</sup>

<sup>174</sup> - الشرح الصغير: 316/3.

<sup>175</sup> - سبق تخرجه أخرجه البيهقي.

<sup>176</sup> - المغني، ابن قدامة: 344/4. قال النووي في منهاج الطالبين، ص 114: "وإن شرط ما يضر المرهن بطل الراهن، وإن نفع المرهن وضر الراهن كشرط منفعة للمرهن بطل الشرط وكذا الراهن في الأظهر".

<sup>177</sup> - المغني ابن قدامة: 344/4.

<sup>178</sup> - بن الدر: أي الدارة وهي ذات الضرع ويؤخذ لبنيها بمقابلة النفقة عليها.

دليل الحنابلة ما رواه البخاري وأبو داود عن أبي هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الظَّهِيرُ يَرْكُبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا، وَلَبَنُ الدَّرِّ يُشْرِبُ بِنَفْقَتِهِ إِذَا كَانَ مَرْهُونًا". وعلى الْذِي يَرْكُبُ وَيَشْرِبُ النَّفَقَةَ<sup>179</sup>.

ولم يأخذ الجمهور بهذا الحديث، وحملوا ما ورد فيه من جواز الانتفاع بالمحلوب والمرکوب بمقدار العلف على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على الرهن، فأنفق على المرتمن، فله الانتفاع بمقدار علفه.

أما الحنفية فلهم ثلاثة أقوال:

أحدها: ليس للمرتمن ولو أذن له الراهن أن ينتفع بالمرهون استخداماً ولا ركوباً ولا سكناً ولا لبساً ولا قراءة في كتاب، لأن له حق الحبس دون الانتفاع، فإن انتفع به فهلك في حال الاستعمال، يضمن كل قيمته، لأنه صار غاصباً. ولديهم أن الأذن بالانتفاع إذن للمرتمن بالربا، لأنه يستوفي دينه كاملاً، فتبقى المنفعة فضلاً، فيكون ربا<sup>180</sup>.

وقد رد ابن عابدين هذا القول بقوله: "وهذا مخالف لعامة المعتبرات من أنه يحل بالإذن". إلا أنه يُحمل على الديانة، وما في المعتبرات على الحكم<sup>181</sup>.

ثانيها: يجوز له الانتفاع بالرهن إذا أذن الراهن بذلك، سواء أكان الإذن في العقد أم خارجه.

ثالثها: يمنع الانتفاع المشروط في العقد، لأنه قرض جر نفعاً فهو رباً، فإذا لم يكن مشروطاً فلا بأس.

وقد ذكر ابن عابدين هذا الرأي وعقب عليه بقوله: "والغالب في أحوال الناس أنهم يريدون عند الدفع الانتفاع، ولو لا لما أعطاه الدرهم، وهذا بمنزلة الشرط، لأن المعروف كالمشروط، وهو ما يُعيّن المعنى"<sup>182</sup>.

ومما سبق يتبيّن حرمة ما شاع في الآونة الأخيرة في محافظة حلب السورية من معاملة تسمى "الرهنية"<sup>183</sup>، بأن يقرض شخص مالك عقار مبلغاً من النقود ثم يرهن المقرض (مالك العقار) عقاره من المقرض توثيقاً للدين فينتفع مقرض النقود

<sup>179</sup> سبق تخرّيجه، أخرجه البخاري.

<sup>180</sup> - وهذا الرأي أخذت هيئة المعايير الشرعية في البحرين، في القرار 6/4، ص: 65.

<sup>181</sup> - حاشية ابن عابدين: 486/6.

<sup>182</sup> - المرجع السابق: 482/6.

<sup>183</sup> - بدأ في حلب وانتشر لاحقاً في محافظات أخرى.

بسكنى الدار. وينتفع المقترض بالنقود في قضاء حوائجه أو استثمار النقود، ويكون ربحها كلها له. لأنه انتفاع مشروط منعه جمهور الفقهاء، ولا تنتفي الحرمة حتى لو استأجر المقترض الدار بأجر أقل من أجر المثل، إلا إذا استأجرها بأجر مثلها فتنتفي الحرمة وهذا ما لا يفعله من يتعامل بالرهنية.

#### 184: تسديد بعض الدين

إذا دفع الراهن دينه على أقساط، فدفع قسطاً من الدين، فهل يستحق أن يأخذ من الرهن مقابله؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا ينفك شيء من الرهن حتى يؤدي دينه كله، أو يبرئه المرتمن من الدين، أو يفسخ الرهن. ودليلهم: إن الرهن وثيقة لجميع أجزاء الرهن، حتى إنه لو شرط الراهن أنه كلما قضى من الدين شيئاً انفك من الرهن بقدرها، فسد الرهن لاشترط ما ينافي كما قاله الماوردي<sup>185</sup>.

لكن هيئة المعايير الشرعية في البحرين أجازت فك الرهن جزئياً إذا رضي الدائن (المرتمن) بذلك<sup>186</sup>.

#### 187: رهن الدين

أجاز الملكية دون غيرهم رهن الدين.

وقال الحنفية: لا يجوز رهن الدين، لأنه ليس مالاً ولا يتصور فيه القبض، لأن المال عندهم لا يكون إلا عيناً، والقبض لا يكون إلا للعين، فلو كان خالد دائناً لعمر بمئة دينار، وعمر دائناً خالد بمدة مدة حنطة، لم يجز لعمر أن يجعل دينه من الحنطة رهناً عند خالد بدينه الذي يستحقه قبل عمر، فهذا رهن الدين عند المدين. حيث جعل الدين الذي للدائن رهناً

<sup>184</sup> – انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن: 34.

<sup>185</sup> – معنى الحاج، الشريبي: 3/89.

<sup>186</sup> – هيئة المعايير الشرعية، تحت عنوان: فك الرهن، القرار 4/5، ص: 65.

<sup>187</sup> – انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الرحيلي: 6/107.

في الدين الذي عليه<sup>188</sup>. وكذلك قال الشافعية والحنابلة في الأصح عندهم: شرط المرهون كونه عيناً يصح بيعها. فلا يصح رهن دين ولو من هو عليه، أو من هو عنده؛ لأنّه غير مقدور على تسليمه<sup>189</sup>.

#### حادي عشر: انتهاء الرهن

ينتهي الرهن بأحد الأسباب الآتية:

- 1- بتسليم المرهون لصاحبه.
- 2- بتسديد الدين كلّه.
- 3- بالبيع الجري، أو الاختياري من الراهن بإذن المرهن.
- 4- بالبراءة من الدين بأي وجه ولو بالحالة (أي حالة المرهن على مدین الراهن).
- 5- بفسخ الرهن من قبل المرهن، ولو بغير قبول الراهن، لأن الحق للمرهن، والرهن جائز غير لازم من جهة المرهن.<sup>190</sup>.

<sup>188</sup> - انظر: بدائع الصنائع: 135/6.

<sup>189</sup> - معنى الحاج، الشريبي: 3/46، كشاف القناع، البهوي: 3/307.

<sup>190</sup> - المعني، ابن قدامة: 4/403، الشرح الكبير والدسوقي: 3/242. انظر: فقه المعاملات د. وهبة الرحيلي، ص 87.

## المبحث السادس

### الكفالة

أولاً: **الكفالة لغة:** تطلق الكفالة في اللغة على الضم وعلى الالتزام. تطلق على الضم (وهذا ما أثبتته كتب الحنفية والحنابلة)<sup>191</sup>؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَكَفَلَهَا زَكِيرِيَا﴾ [آل عمران: ٣٧] (بالتحقيق)، أي ضمها إلى نفسه، وقرئ بتشديد الفاء ونصب زكريا أي جعله كافلاً لها وضامناً لصالحها. ومنه قوله صلى الله عليه وسلم: "أَنَا وَكَافِلُ الْيَتِيمِ فِي الْجَنَّةِ هَكَذَا" <sup>192</sup> وأشار بإصبعيه السبابة والوسطى.

جاء في القاموس المحيط: "والضامن كالكافيل جمعه: كُفَّلٌ وَكُفَّلَاءُ وَكَفِيلٌ أَيْضًا، وَكَفَلَةٌ: ضَمَّنَه" <sup>193</sup>.

وتطلق أيضاً على الالتزام (وهذا ما أثبتته الشافعية والمالكية في كتبهم)؛ <sup>194</sup> يقال: تكفل بالشيء: ألزمه وتحمل به، وتكتفل بالدين: التزم به، وتكتفل فلان لي بالمال، أي التزم به، ويقال: كفل المال وبالمال: ضمنه أو التزم <sup>195</sup>.

وللكفالة أسماء عديدة، فهي: كفالة، وحمالة، وضمانة، وزعامة، وقبالة، وتسمى أيضاً أذانة من الأذن، وهو الإعلام؛ لأن الكفيل يعلم أن الحق قيله، أو أن الأذانة يعني الإيجاب لأنه أوجب الحق على نفسه. ويقال للملزم بها: ضمين، وكفيل، وقييل وحيميل، وزعيم وصبير، والكل يعني واحد، لكن قال الماوردي: غير أن العرف جار بأن الضميين مستعمل في الأموال، والحميل في الديات والزعيم في الأموال العظام، وكفيل في النفوس، والصبير في الجميع. <sup>196</sup>

<sup>191</sup> - انظر: الاختيار، الموصلي: 2/166. الشرح الكبير، ابن قدامة: 5/70.

<sup>192</sup> - صحيح البخاري، كتاب: الأدب، باب: فضل من يعول يتيمًا، رقم (6005).

<sup>193</sup> - القاموس المحيط، باب: اللام، فصل: الكاف.

<sup>194</sup> - الفواكه الدواني: 7/362. معنى الحاج، الشريبي: 2/198.

<sup>195</sup> - المصباح المنير، مادة: (ضمن).

<sup>196</sup> - معنى الحاج، الشريبي: 492/198.

وأما اصطلاحاً فقد عرفها الحنفية بأنها: "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة"<sup>197</sup> ولهذا يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل لعدم بقاء المطالبة، ولا يبرأ الأصيل ببراءة الكفيل لبقاء الدين في ذمته.

وعند الشافعية: "الالتزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمونة"<sup>198</sup> ويعتبر للعقد الذي يحصل به ذلك.

وقريب منه تعريف المالكية والحنابلة<sup>199</sup>.

أي هي عقد يلتزم فيه العاقد - وهو المسماى الكفيل أو الضامن - حقاً ثابتاً لشخص في ذمة غيره، بحيث إذا لم يؤده من عليه الحق أداء ذلك الملتم. أو أن يلتزم أن يحضر الشخص الذي عليه الحق إلى مجلس القضاء أو إلى صاحب الحق (وهو ما يسمى الكفالة بالنفس). أو أن يلتزم الشخص أن يحضر له عيناً هي حق له - من يد غيره التي هي في يده مضمونة عليه، كأن تكون مغصوبة. ويلاحظ أن الكفالة بالنسبة الحسنة تكون طاعة يثاب عليها فاعلها، أما في الواقع، فأولها ملامة، وأوسطها ندامة، وأخرها غرامة، وبعد تمامها في أول الأمر يلوم الكفيل نفسه أو يلومه الناس، وعند المطالبة بالمال يندم على إتلافه ماله، ثم بعدئذ يغرم المال.

كما يلاحظ أنه لا مانع من ثبوت الدين في أكثر من ذمة؛ لأن الدين أمر اعتباري من الاعتبارات الشرعية، فجاز أن يُعتبر الشيء الواحد في ذمتين، وإنما الممتنع هو ثبوت عين في زمن واحد في ظرفين حقيقين<sup>200</sup>.

### ثانياً: أنواع الكفالة

قد تكون الكفالة بالمال، ويطلق عليها كثير من الفقهاء: الضمان، وقد تكون بالنفس، ويطلق عليها بعض الفقهاء كفالة البدن، وكفالة الوجه.

<sup>197</sup> - الاختيار الموصلي: 178/2.

<sup>198</sup> - السراج الوهاج، الغمراوي، ص 240.

<sup>199</sup> - لفواكه الدواني: 7/362. المغني، ابن قدامة: 4/399.

<sup>200</sup> - الفقه الإسلامي، وأدلته، د. وهبة الرحيلي: 3/6.

### ثالثاً: المشروعية

اتفق الفقهاء على مشروعية الكفالة، واستدلوا على مشروعيتها من القرآن والسنة والإجماع والقياس.

أ- من القرآن: قوله تعالى: حكاية عن يوسف عليه السلام: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلٌ بَعِيرٌ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]. قال ابن عباس: "الزعيم الكفيل". وهذا يتناسب مع من يقول إن شرع من قبلنا شرع لنا.

#### ب- من السنة: أحاديث منها:

قوله عليه الصلاة والسلام: "الرَّعِيمُ غَارِمٌ"<sup>201</sup>. والزعيم: الكفيل، وهذا يشمل الكفالة بنوعيها.

وفي صحيح البخاري أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بجنازة رجل ليصلّي عليه، فقال: "هل ترك شيئاً؟" قالوا: لا. قال: "هل عليه دين؟" قالوا: نعم، ديناران. فقال: "صلوا على صاحبكم". فقال أبو قتادة: هما على يا رسول الله. فصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم<sup>202</sup>. واضح أن أبو قتادة رضي الله عنه كفل دين الميت وأجازه النبي صلى الله عليه وسلم.

ج- من الإجماع: قال القرافي عن الكفالة: "أجمعت الأئمة عليها من حيث الجملة وإن اختلفت في بعض الفروع".<sup>203</sup>

د- وأما القياس فلأنه باب معروف فيجوز قياساً على العارية والقرض وغيرها من أبواب المعروف، وأنه توثق بالحق فيجوز كالرهن.<sup>204</sup>

### رابعاً: حكمة تشريعها

في الكفالة توثيق الحقوق وتحقيق التعاون بين الناس وتيسير معاملاتهم في إقراض الديون والأموال وإعارة الأعيان، ليطمئن صاحب الحق في الدين أو العين المعاينة للوصول إلى حقه ورعاية مصالحه، ودفع المرج عن الناس.<sup>205</sup>

<sup>201</sup> - سبق تخرجه، أخرجه الترمذى وأبو داود.

<sup>202</sup> - أخرجه البخارى، كتاب: الحالات، باب: إن أحال دين الميت على رجل جاز، رقم (2168).

<sup>203</sup> - النخيرة، القرافى: 9/191. وانظر: مراتب الإجماع، ابن حزم، ص: 62.

<sup>204</sup> - المراجع السابقة.

## خامسًا: أركان الكفالة وشروط كل ركن:

ركن الكفالة عند الحنفية - على طريقتهم في العقد - هو الصيغة (الإيجاب والقبول) والإيجاب من الكفيل، والقبول من الطالب إلى المكفول له.

وعند الجمهور أركان الكفالة: الكفيل، والمكفول له، والمكفول عنه، والمكفول به، والصيغة.

### 1- شروط الكفيل

الكفيل هو: الضامن الذي يتلزم بأداء الحق، ويُشترط فيه أن يكون أهلاً لل碧ع؛ لأن الكفالة من التبرعات، وعلى ذلك لا تصح الكفالة من المجنون أو المعtoه أو الصبي - وإن كان مميزاً مأذوناً - ولو أحازها الولي أو الوصي<sup>206</sup>.

أما المحجور عليه لسفة فلا يصح ضمانه ولا كفالته عند جمهور الفقهاء<sup>207</sup>.

وأما إن كان محجوراً عليه لفلس فإنه يصح أن يكفل مالاً في ذمته، كما يصح له أن يشتري في ذمته، فإذا ضمن يطالبه بما ضمنه إذا انفك عنه الحجر وأيسر.<sup>208</sup>

وذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تصح كفالة المريض من مرض الموت<sup>209</sup>. بحيث لا يتجاوز - مع سائر تبرعاته - ثلث التركة، فإن جاوزته تكون موقوفة على إجازة الورثة، لأن الكفالة碧ع، وتبرع المريض مرض الموت يأخذ حكم الوصية.<sup>210</sup>

<sup>205</sup> - الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 2/6.

<sup>206</sup> - الاختيار، الموصلي: 2/167، حاشية الدسوقي: 2/265، معنى الحاج، الشريبي: 3/199. كشاف القناع، البهوي: 5/234.

<sup>207</sup> - معنى الحاج، الشريبي: 3/199.

<sup>208</sup> - تبيين الحقائق، الريعي: 4/147. معنى الحاج، الشريبي: 3/199. المغني، ابن قدامة: 4/484.

<sup>209</sup> - هو المرض الذي يعجز الرجل أو المرأة عن ممارسة أعمالهما المعتادة ويحصل به الموت قبل مضي سنة من بدئه، إذا لم يكن في حالة تزايد أو تغير، فإن كان يتزايد اعتبار مرض موت من تاريخ اشتداه أو تغيره، ولو دام أكثر من سنة (م 1595 من مجلة الأحكام العدلية).

<sup>210</sup> - حاشية ابن عابدين: 4/279، حاشية الدسوقي: 3/330، المغني، ابن قدامة: 5/71 - 72، كشاف القناع، البهوي: 3/363.

أما الشافعية فضمان المريض مرض موت يكون من رأس ماله. لكن إذا ضمن ضماناً لا يستوجب رجوعه على المدين، أو ضمن وهو معسر واستمر إعساره إلى وقت وفاته، فيكون حينئذ في حدود الثلث.<sup>211</sup>

## 2- شروط المكفول له: وهو مستحق الدين (الدائن):

أ- ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف إلى عدم اشتراط البلوغ والعقل في المكفول له، لأن الكفالة تتعقد بإيجاب الكفيل دون حاجة إلى قبول المكفول له، فلا يلزم أن يكون أهلاً لقبول.

وذهب أبو حنيفة ومحمد بن الحسن إلى اشتراط أن يكون المكفول له بالغاً عاقلاً، لأن الكفالة تحتاج إلى إيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له.<sup>212</sup>

ب- كون المكفول له معلوماً للكفيل: ذهب الحنفية، والشافعية في الأصح عندهم، إلى اشتراط كون المكفول له معلوماً للكفيل، معرفة عينية، أي أن يعرف شخصه، فلا يكفي أن يعرف أن نسيبه مثلاً، سواء كانت الكفالة مُنجَزة أو معلقة أو مضافة، فإن كان مجهولاً له، كما لو كفل إنسان لأحد من الناس، لم تصح الكفالة، لأنها مستحقي الدين يتفاوتون عادة في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً، ولأن الكفالة جوازها بالعرف، والكفالة على هذا الوجه غير معروفة.<sup>213</sup>

وأجاز المالكية والحنابلة الضمان مع جهالة المكفول له، نحو: أنا ضامن زيداً بالدين الذي عليه للناس وهو لا يعرف من له الدين لحديث أبي قتادة المتقدم فقد كفل دين الميت دون أن يعرف المكفول له.<sup>214</sup>

ويشترط أبو حنيفة و محمد أن يكون المكفول له حاضراً في مجلس العقد بنفسه أو بنايته، فلو كفل لشخص غائب عن المجلس، وبلغه الخبر فأجاز، لا تصح الكفالة عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر بالمجلس، لأن في الكفالة بمعنى التمليل، والتمليل لا يحصل إلا بإيجاب وقبول، فلا بد من توافره لإتمام صيغة العقد.<sup>215</sup>

<sup>211</sup> - نهاية المحتاج، الرملي: 422/4

<sup>212</sup> - حاشية ابن عابدين: 5/283، حاشية الدسوقي: 3/334، حاشية القليوبي وميرية: 2/325، الفقه المنهجي: 7/109، كشاف القناع، البهوي: 3/365.

<sup>213</sup> - بداع الصنائع: 6/6، حاشية القليوبي وعميرة: 2/324-325، كشاف القناع، البهوي: 3/354.

<sup>214</sup> - منح الجليل، محمد عليش: 6/209، المعنى، ابن قدامة: 5/535. الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 6/14.

أما الشافعية فلم يشترطوا حضوره، فضلاً عن أنهم لم يشترطوا قبولة ورضاه في الأصح عندهم، ودليلهم على ذلك عدم التعرض لذلك في حديث أبي قتادة المتقدم ذكره<sup>216</sup>.

### 3- شروط المكفول عنه<sup>217</sup>: وهو المدين أو الأصيل: ويُشترط فيه:

أ- أن يكون المكفول عنه معلوماً للكفيل:

ذهب جمهور الفقهاء<sup>218</sup> من المالكية، والشافعية في الأصح، والحنابلة، إلى عدم اشتراط معرفة الكفيل للمكفول عنه. ودليلهم حديث أبي قتادة المتقدم، فإن النبي صلى الله عليه وسلم أقر الكفالة من غير أن يسأل الضامن هل يعرف المكفول عنه أو لا.

ولأن الضمان تبرع بالتزام مال فلا يشترط معرفة من يتبرع عنه به كالنذر.

وذهب الحنفية إلى اشتراط علم الكفيل بالمكفول عنه؛ ليعلم الضامن ما إذا كان المضمون عنه أهلاً لاصطناع المعروف إليه أو لا، وزاد الشافعية أنه يشترط ذلك ليعرف هل المكفول عنه موسر ومن يبادر إلى قضاء دينه أو لا.<sup>219</sup>

### ب- قدرة المكفول على تنفيذ محل الالتزام

ذهب أبو حنيفة إلى أنه يشترط في المكفول عنه أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه وإما بوكيله، فلا يصح عنده ضمان ميت مفلس؛ لأن الدين عبارة عن الفعل، والميت عاجز عن الفعل فكانت هذه كفالة بدين ساقط فلا

<sup>215</sup>- بداع الصنائع: 6/6.

<sup>216</sup>- مغني المحتاج، الشريبي: 200/2. انظر: فقه العاملات، د. مصطفى الحن، ص: 102.

<sup>217</sup>- انظر موسوعة الكويتية: 34/300، مغني المحتاج، الشريبي: 2/200 وما بعدها كشاف القناع، البهوي: 3/354.

<sup>218</sup>- الناج والإكليل، العبدري: 7/37، مغني المحتاج، الشريبي: 200/2 وما بعدها، كشاف القناع، البهوي: 3/354.

<sup>219</sup>- مغني المحتاج، الشريبي، 200/2.

تصح، وعنه أن الحديث المتقدم يُحمل على الإقرار بكفالة سابقة لا على إنشائها، أو أنه وعد بالترع وهو جائز عن الميت<sup>220</sup>.

وذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) والصحابان (محمد وأبو يوسف) إلى أنه لا يُشترط لصحة الكفالة أن يكون المكفول عنه قادرًا على تسليم المكفول به،

فيصح الضمان عن كل من وجب عليه حق، حياً كان أو ميتاً، مليعاً أو مفلساً، ترك كفلياً بهذا الدين أو لم يترك.<sup>221</sup>

ودليلهم أن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث أبي قتادة السابق أقر الكفالة عن ميت لم يترك وفاء ولا كفلياً، ويؤيد ذلك أيضاً صحة إبراء المتوفى عن دين وإن لم يترك مالاً، وصحة الترعرع بالأداء عنه.

### ج- رضا المكفول عنه بالكفالة

لا يُشترط لصحة الكفالة رضا المكفول عنه، أو إذنه باتفاق الفقهاء، بل تصح مع كراحته لذلك، واستدلوا بالحديث السابق حيث أقر النبي صلى الله عليه وسلم كفالة أبي قتادة رضي الله عنه دين الميت. والميت لا يتأتى منه رضا ولا إذن، ثم إن قضاء الدين عن الغير بغير إذنه جائز فالالتزام بالكفالة أولى.<sup>222</sup>

### 4- شروط المكفول به: وهو ما وقع عليه الضمان من دين أو عين.

ويُشترط فيه:

أ- أن يكون ديناً صحيحاً؛ وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء. وهذا الشرط خاص بالكفالة بالمال، فلا تصح الكفالة بما ليس بدين كنفقة الزوجة قبل القضاء بها أو التراضي عليها؛ لأنها لا تصير ديناً إلا بالقضاء أو الرضا.<sup>223</sup>

<sup>220</sup> - بداع الصانع، الكاساني: 6/6.

<sup>221</sup> - الشرح الكبير للدرير: 331/3، المهدى، الشيرازي: 1/339، المغني، ابن قدامة: 4/537.

<sup>222</sup> - فتح القدير، ابن الهمام: 6/303 - 304، التاج والإكليل، العبدري: 7/37. معنى المحتاج، الشريبي: 2/200. المغني، ابن قدامة: 5/71.

<sup>223</sup> - حاشية ابن عابدين: 5/283، القوانين الفقهية، ابن جزيء، ص: 214.

وقال الشافعية: لا يصح ضمان دين لم يجب كدين قرض، أو بيع لم يقع، كما لا يجب نفقة ما بعد اليوم (النفقة المستقبلية) للزوجة، لأن النفقة تجب بالعقد والتمكين.<sup>224</sup>

وأجاز الحنابلة ضمان نفقة الزوجة، سواء كانت نفقة يومها أو مستقبلة؛ لأن نفقة اليوم واجبة، والمستقبلة مآلها إلى النزوم.<sup>225</sup>

فإذا كان الدين صحيحاً، فلا يشترط جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة أن يكون معلوم القدر والصفة والعين؛ لأن الكفالة من قبيل التبرع، والتبرع يصح مع الجهالة كالنذر<sup>226</sup>، وقد جرى بها العرف، وال الحاجة إلى التعامل بها تبرر ذلك.

وذهب الشافعية إلى عدم صحة الكفالة بالدين المجهول، لأن الكفالة التزام دين في الذمة، والتزام المجهول غر ينهى عنه الشارع.<sup>227</sup>

بـ - أن يكون واجباً في الذمة: يشترط الحنفية والمالكية والحنابلة أن يكون الدين المكفول به واجباً في الذمة عند الكفالة به، أو أن يكون مآلها إلى الوجوب. وعلى ذلك تصح الكفالة بالدين الموعود به - وإن لم يكن موجوداً عند الكفالة - لأن مآلها إلى الوجوب، وذلك كأن يقول الكفيل: "أَفِرِضْ فَلَانَاً وَأَنَا كَفِيلٌ بِمَا سُتَّرَْ عَلَيْهِ".<sup>228</sup>

واشترط الشافعية أن يكون الدين ثابتاً في الذمة عند الكفالة، فلا تصح الكفالة عندهم بالدين الموعود؛ لأن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في الدين، والدين قبل ثبوته لا تشغله به ذمة، فلا يتحقق معنى الكفالة.<sup>229</sup>

<sup>224</sup> - مغني المحتاج، الشربي: 200/2.

<sup>225</sup> - المغني، ابن قدامة: 402/4.

<sup>226</sup> - نذر أن يصلى ولم يبين مقدار الصلاة قائلاً: اللهم على صلاة فيجب أن يصلى أقل ما يطلق عليه الصلاة وهو ركعتين عند الشافعية.

<sup>227</sup> - أنسى المطالب، زكريا الأنصارى: 239/2.

<sup>228</sup> - حاشية ابن عابدين: 303/5، حاشية الدسوقي: 333/3، حاشية قليوبى وعميره: 326/2، المغني، ابن قدامة: 5/72-73.

<sup>229</sup> - تحفة المحتاج، الهيثمي: 217/5.

واستثنى الفقهاء من عدم صحة الكفالة بدين لم يجب ضمان الدرك وضمان السوق وضمان الصنجة، فما هي حقيقتها وما هي أحكامها؟

### أ. ضمان الدرك

والدرك - بفتحتين - لغة: اسم من أدركت الرجل أي لحقته.

وفي المعجم الوسيط: "الدرك التّيّعة، يقال: ما لحقك من درك فعلي خلاصه"، ومنه ضمان الدرك في الفقه.<sup>230</sup>

وشرعًا هو: الكفالة برد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع بأأن يقول له: "تكفلت أو ضمنت بما يدركك في هذا المبيع، أو الكفالة برد المبيع إلى البائع إن ظهر الثمن المعين مُستحقًا".<sup>231</sup>

وإنما سُمي دركًا لالتزام الغرامة عند إدراك المُسْتَحِق عين ماله.

مثاله: ضمان الثمن للبائع، فالبائع الذي يبيع أجلًا قد يطلب كفيلاً يضمن الثمن الثاني في ذمة المشتري، وفي البيع الحال ومع قبض الثمن قد يظهر أن النقود مغشوشة، أو معيبة. لذا كان يطلب بعض البائعين كفيلاً يضمن لهم سلامة الثمن، وقد تكون النقود سلمت من الغش أو العيب أو التزوير، ولكن يظهر لها مالك غير المشتري، كالمغصوب أو المسروق مثلاً، ومن هنا كانت الحاجة إلى كفيلي يلتزم بأداء الثمن في الحال.

والمشتري قد يطلب كفيلاً يلتزم برد الثمن إذا ظهر أن المبيع به عيب يستوجب الرد، أو أن أحدًا يستحقه غير البائع، لأن يعرف له مالك آخر، أو أن أحدًا أحق به من المشتري كأن يكون لغيره حق الشفعة، وهذا ضمان للثمن، وقد يكون جزء منه كأرش العيب وهو ما يسترد من ثمن المبيع إذا ظهر فيه عيب ورضي المشتري استبقاءه.<sup>232</sup>

اتفق الفقهاء على صحة الكفالة بالدرك - رغم أنه لم يثبت ولم يلزم - لأن الحاجة تدعوه إليه، وعلى ذلك يجوز أن يضمن شخص لأحد العاقدين ما بذله لآخر إن خرج مقابله مستحقاً أو معيناً أو ناقصاً ورُدّ، سواء كان ذلك قبل قبض الثمن أو كان بعده.<sup>233</sup>

<sup>230</sup> - المعجم الوسيط، مادة: دَرَك.

<sup>231</sup> - انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجدات محمد، ص: 63.

<sup>232</sup> - المرجع السابق، ص4.

والذهب عند الشافعية: أن ضمان الدرك إنما يصح بعد القبض؛ لأنه إنما يضمن ما دخل في يد البائع، ولا يدخل الثمن في ضمانه، إلا بقبضه، وضمان الدرك أن يضمن للمشتري الثمن إن خرج المبيع مستحقاً، أو إن أخذ بشفعة سابقة على البيع بيع آخر، ولا يختص ضمان الدرك بالثمن، بل يجري في المبيع فيضمنه للبائع إن خرج الثمن المعين مستحقاً أو أخذ بشفعة سابقة.<sup>234</sup>

### ب. ضمان السوق:

وهو من الكفالات التجارية. وهو أن يضمن الضامن ما يجب على التاجر من الديون، وما يقبضه من الأعيان المضمونة، وهو ضمان ما لم يجب، وضمان المجهول.

وذلك جائز عند جمهور العلماء كمالك وأبي حنيفة وأحمد بن حنبل. وقد دل عليه الكتاب كقوله تعالى: ﴿وَلَمْنَ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ رَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]. وحمل البعير غير معلوم. والشافعي ييطله<sup>235</sup>.

وذكر ابن عابدين أن صاحب الفتاوى الحامدية سُئل فيما إذا قال زيد مخاطباً لجامعة معلومين من أهل سوق كذا: ما بايعتم عمراً أنتم وغيركم، فهو عليّ، فهل يلزم زيداً دين من خاطبهم دون غيرهم. فأجاب: نعم.<sup>236</sup>

ونصت مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد (م ١٠٩٤) على هذا النوع: "يصح ضمان السوق، مثلاً: لو ضمن ما يلزم التاجر، أو ما يبقى عليه للتجار، أو ما يقبض من الأعيان المضمونة، صح الضمان".

وهذا المصطلح ورد على السنة فقهاء الحنابلة فقط.

### ج. ضمان نقص الصنْجَة<sup>237</sup> أو المِكِيال أو الدِّرَاع:

<sup>233</sup> - البحر الرائق، ابن فجيم: 237/6، الكافي لابن عبد البر، ص: 454، معنى المحتاج، الشريبي: 273/2، المعني، ابن قدامة: 385/4.

<sup>234</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/9. نهاية المحتاج، الرملاني: 425/4.

<sup>235</sup> - فتاوى ابن تيمية: 29/549. بتصرف في العبارة، وانظر: المبدع 238/4، كشاف القناع، البهوي: 3/367.

<sup>236</sup> - العقود الدرية في تبييض الفتاوى الحامدية: 1/285.

<sup>237</sup> - الصنْجَة لغة: شيء يتخذ من صُفْر (نحاس) يضرب أحدهما على الآخر، وآلة بأوتار يضرب بها، ويقال لما يجعل في إطار الدف من نحاس المدور صغاراً صنوج. ويؤخذ من استعمالات الفقهاء للفط الصنْجَة أن المراد بها عندهم: قطع معدنية ذات أثقال محدودة مختلفة المقاييس يوزن بها. الموسوعة الكويتية: 28/5.

وهو: التعهد بضمان نقص أدوات الكيل أو الوزن أو المساحة كالذراع ونحوه. وقد أجازه الشافعية والحنابلة<sup>238</sup>.

جاء في مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد (م ١٠٩١) يصح ضمان نقص الصنجة أو المكيال أو الذراع، مثلاً: لو اشتري موزوناً فشك في نقص الصنجة، أو مكيلاً فشك في نقص المكيال، أو مذروعاً فشك في نقص الذراع فضمن شخص النقص صح ضمانه، فيرجع المشتري بما نقص والقول له بيمينه".

وهذه الأنواع الثلاثة ضمان مجرد؛ وهو عقد تبرع خالص لا أجر له، بخلاف أنظمة المصارف الربوية.

## 5 - الصيغة (إيجاب والقبول):

ذهب المالكية والحنابلة، وهو الأصح عند الشافعية، وأبو يوسف إلى أن صيغة الكفالة تتم بإيجاب الكفيل وحده ولا تتوقف على قبول المكفول له؛ لأن الكفالة مجرد التزام من الكفيل بأداء الدين لا معاوضة فيه، بل هو تبرع ينشأ بعبارته وحده، فيكفي فيه إيجاب الكفيل.<sup>239</sup>

وعند أبي حنيفة ومحمد الكفالة عقد يتالف من إيجاب من الكفيل وقبول من المكفول له، ويترتب على ذلك أن الكفالة لا تتم بعبارة الكفيل وحده، سواء كانت الكفالة بالنفس أو بالمال، بل لا بد من قبول المكفول له<sup>240</sup>.

وإيجاب الكفيل إما أن يكون صريحاً مثل: "ضمانت دينك على فلان"، أو "تكفلت به"، أو تكفلت بنفس فلان ونحو ذلك من الصريح، أو كناية كقوله: "الدين الذي لك على فلان هو علي"، ونحو ذلك من الكنایات.

### شروط الصيغة

يشترط في صيغة الكفالة ثلاثة شروط وهي<sup>241</sup>:

1 - أن تكون بلفظ يدل على الالتزام صراحة أو كناية كما تقدم قبل قليل.

<sup>238</sup> - معنى المحتاج، الشريبي: 273/2. الإنصاف، المرداوي: 199/5.

<sup>239</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/2، حاشية الصاوي على الشرح الصغير: 3/14، المجموع: 15/431. كشاف القناع، البهوي: 3/365.

<sup>240</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/2.

<sup>241</sup> - تبيان الحقائق، الزبلي: 4/153. معنى المحتاج، الشريبي: 2/207. انظر: الفقه الإسلامي وأدله د. وهبة الرحيلي: 6/12.

وأما إن كان هناك لفظ ليس فيه التزام فلا تصح، فلو قال: أؤدي المال أو أحضر الشخص فهو وعد بالالتزام، لا يلزم الوفاء به، لأن الصيغة لا تشعر بالالتزام، إلا إن صحب ذلك قرينة دالة على الالتزام.<sup>242</sup>

2 - التنجيز في العقد: فلا تصح الكفالة المعلقة على شرط غير متعارف، مثل إن قدم فلان من السفر فأنا كفيل لك بما على فلان، أو إن فعلت كذا تكفلت بإحضار فلان. لأن الكفالة عقد يفيد أثره في الحال، فلا يقبل التعليق.

3 - عدم التأقيت: سواء في كفالة المال؛ لأن المقصود منها الأداء، أم في كفالة البدن؛ لأن المقصود الإحضار. لكن يصح ضمان النفس في الحال بشرط تأخير إحضار المكفول إلى أجل معلوم. ويصح تنجيز الكفالة بالدين الحال على أن يؤديه في أجل معين. "لأن الضامن متبرع، وقد لا يكون متيسراً له الأداء حالاً، وال الحاجة داعية إلى الضمان، فتكون على حسب ما التزمه، ويثبت الأجل في حق الضامن وحده، يعني أن المكفول له ليس له حق مطالبه الآن، وأما المكفول عنه - وهو الأصيل - فلا يثبت الأجل في حقه، ويبقى لصاحب الحق أن يطالبه بالوفاء الآن".<sup>243</sup>

#### أحكام الكفالة بالنفس (أو البدن أو الوجه):

1 - تعريفها: أن يتلزم الكفيل بإحضار المكفول إلى المكفول له.<sup>244</sup>

2 - حكمها: أجاز الكفالة بالنفس إذا كانت بسبب المال، جمهور الفقهاء ومنهم أئمة المذاهب الأربع.

3 - المشروعية: استدل الجمهور على مشروعيتها من القرآن والسنة والمعقول:

أ - من الكتاب قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّىٰ تُؤْثُونَ مَوْتِيقًا مِّنَ اللَّهِ لَتَأْتِنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُخَاطِبُكُمْ﴾ [يوسف: ٦٦].

ب - قوله صلى الله عليه وسلم: "الرَّاعِيْمُ غَارِمٌ"<sup>245</sup>. وهذا يشمل الكفالة بنوعيها.

<sup>242</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/3، نهاية المحتاج، الرملي: 455/4.

<sup>243</sup> - الفقه المنهجي، 7/113.

<sup>244</sup> - المبدع في شرح المقنع: 4/245.

<sup>245</sup> - سبق تخرجه، أخرجه الترمذى وأبو داود.

ج- أن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا الكفالة بالنفس، وضمنت أم كلثوم بنفس عليٍ حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة.<sup>246</sup>

د- من المعقول: أن ما وجب تسليمه بعقد، وجب تسليمة بعقد الكفالة كالمال، وأن الكفيل يقدر على تسليم الأصيل بأن يعلم من يطلبه مكانه، فيخلِّي بينه وبينه، أو يستعين بأعون القاضي في التسليم.

وأما قول الشافعى: "كفالة البدن ضعيفة" فإنه أراد أنها ضعيفة من جهة القياس؛ لأن الشخص الحر لا يدخل تحت اليد، ولا يقدر على تسليمه".<sup>247</sup>

**أحكام الكفالة بالنفس<sup>248</sup>:** يتعلق بالكفالة بالنفس أحكام كثيرة أهمها ما يأتي:

**أولاً: في كفالة بدن من عليه مال:**

إذا تكفل بإحضار من عليه مال، فلا يشترط عند جمهور الفقهاء العلم بمقدار المال ووصفه وعيته، لأنه تكفل بالبدن لا بالمال.<sup>249</sup>

**ثانياً: في كفالة من عليه عقوبة:**

ذهب الحنفية إلى جواز الكفالة بالبدن في القصاص وحد السرقة والقذف إذا بذلها وتبرع بها المدعى عليه (المطلوب). فإن لم يبذلها لا يجبر عليها عند أبي حنيفة. وقال الصاحبان يجبر<sup>250</sup>.

إلا أن الشافعية قالوا: المذهب صحة الكفالة بالنفس أو البدن ملن عليه مال أو ملن عليه عقوبة لآدمي كقصاص وحد قذف.

<sup>246</sup> - تبيين الحقائق، الزيلعي: 147/4.

<sup>247</sup> - المبسوط 19/162. بداية المجتهد: 291، المجموع: 14/41، المغني ابن قدامة: 4/556.

<sup>248</sup> - انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 114 وما بعدها.

<sup>249</sup> - بداع الصنائع: 6/6، فتح القدير: 5/402 وما بعدها، بداية المجتهد: 2/294، مغني الحاج، الشريبي: 2/204.

<sup>250</sup> - بداع الصنائع، الكاسان: 8/6.

والملذهب منها في حدود الله تعالى كحد الخمر والزنا والسرقة، لأنه يسعى في دفعها ما أمكن.

فإن كانت العقوبة حقاً لآدمي صحت عندهم لأنه حق لازم فأشبه بالمال. وفي قول عندهم لا تصح، لأن العقوبة مبنية على الدفع فتنقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها.<sup>251</sup>

ولا بد هنا من التنبية بأن كفالة النفس في الحدود بأن يتکفل بأن يحضر من عليه الحد أمر جائز، أما الكفالة في الحدود وذلك بأن يقام الحد على الكفيل إذ لم يتمكن من إقامته على المكفول فغير جائز وذلك لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة<sup>252</sup>.

أما الحنابلة والمالكية: فقد منعوا صحة الكفالة بيدن من عليه حق، سواء أكان حقاً لله تعالى، كحد الزنا والسرقة، أم لآدمي كحد القذف والقصاص<sup>253</sup>.

واستدلوا بأمور منها:

أ- قوله صلى الله عليه وسلم: "لا كفالة في حد".<sup>254</sup>

ب- أن الكفالة استيقاع، والحدود مبناتها على الإسقاط والدرء بالشبهات، فلا يدخل فيها الاستيقاع<sup>255</sup>.

ثالثاً: إذا شرط الكفيل تسلیم المکفول في وقت معین، لزمه إحضاره فيه إذا طالب الطالب بإحضاره في ذلك الوقت، وفاء بما التزم، فإن لم يحضره حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق، ولكن لا يحبسه أول مرة لعله لم يدر لماذا دُعى<sup>256</sup>.

<sup>251</sup> - المجموع، النموي: 45/14.

<sup>252</sup> - فتح القدير، ابن الهمام: 5/400.

<sup>253</sup> - المراجع السابقة الفقه الإسلامي وأدله، د. وهبة الزنجيلي: 6/17.

<sup>254</sup> - أخرجه البيهقي في سننه الصغرى، كتاب: البيوع، باب: الضمان، رقم (2102) وقال عن إسناده: وهذا إسناد ضعيف.

<sup>255</sup> - المغني، ابن قدامة: 4/416.

<sup>256</sup> - اللباب، عبد الغني الغنيمي: 2/153. الشرح الصغير، الدردير: 3/430.

**رابعاً:** لو غاب المكفول بنفسه أمهل الحكم الكفيل مدة ذهابه وإيابه، فإن مضت ولم يحضره يحبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق<sup>257</sup>.

**خامساً:** يبرأ الكفيل إذا سلم المكفول إلى المكفول له في المكان المعين شريطة ألا يكون هناك حائل يمنع المكفول له من الوصول إلى حقه. كأن يكون هناك متغلب يمنع المكفول له عنه، فإن أحضره مع وجود الحائل لم يبرأ الكفيل، لعدم الانتفاع بتسليمه<sup>258</sup>.

**سادساً:** إذا أبرا الطالب (المكفول له وهو الدائن) الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة، ولا يكون هذا الإبراء للأصيل (المدين)، ولو أبرا الأصيل برئا جمياً، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل، وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل<sup>259</sup>.

**سابعاً:** اشتراط رضا المكفول (المدين) والمكفول له (الدائن) في كفالة بدن من عليه المال:

قال الحنفية: لا يشترط رضا المكفول<sup>260</sup>، لإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم: "الرَّعِيمُ غَارِمٌ"<sup>261</sup>.

وقال الشافعية: لا تصح الكفالة إلا برضاء المكفول الذي يعتبر إذنه؛ لأنه لا يلزمها الحضور مع الكفيل إذا لم يكن راضياً بكافالته إياه<sup>262</sup>.

و عند المخالفة في ذلك وجهان: أحدهما كالشافعية والثاني كالحنفية<sup>263</sup>.

---

<sup>257</sup> – العناية على شرح المدavia: 393/5. معنى المحتاج، الشريبي: 205/2.

<sup>258</sup> – الاختيار، الموصلي: 167/2. معنى المحتاج، الشريبي: 204/2.

<sup>259</sup> – المرجع السابق.

<sup>260</sup> – فتح القدير ابن الهمام: 407/5.

<sup>261</sup> – سبق تخرجه، أخرجه الترمذى وأبو داود.

<sup>262</sup> – معنى المحتاج، الشريبي 206/2.

<sup>263</sup> – المعني، ابن قدامة: 505/4.

وأما رضا المكفول له: فالأصح عند الشافعية والحنابلة أنه لا يشترط رضاه بالكفالة؛ لأنها التزام حق له من غير عوض فلم يعتبر رضاه فيها<sup>264</sup>.

وأما عند الحنفية فلا تصح الكفالة إلا برضاء المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف آخرًا: يجوز إذا بلغه فأجاز، ولم يشترط في رواية عنه الإجازة، بل الكفالة على هذا نافذة وإن كان المكفول له غائباً<sup>265</sup>.

### الكفالة بالمال وأحكامها:

أولاًً: تعريفها: هو أن يضمن الإنسان عن آخر ديناً في ذمته.

ثانياً: حكمها: هي جائزة باتفاق الفقهاء<sup>266</sup> لقوله صلى الله عليه وسلم: "الرَّاعِيْمُ غَارِيْمٌ"<sup>267</sup>، وقد أجمع عليها أصحاب الصدر الأول وفقهاء الأمصار، وتسمى الكفالة بالمال عند الشافعية ضماناً<sup>268</sup>.

ثالثاً: صيغتها: أن يقول: "تكفلت عن فلان بألف، أو ضمنت دينك على فلان، أو أي لفظ يدل على الالتزام"<sup>269</sup>.

وقد سبق الكلام عن شروط الصيغة عند الحديث عن أركان الكفالة.

### رابعاً: شروط الكفالة بالمال<sup>270</sup>

أ. مر سبقاً أن الكفالة بالمال تصح سواء كان الدين معلوماً أو مجهولاً والخلاف في ذلك.

<sup>264</sup> – معنى المحتاج، الشريبي: 206/2. المعني، ابن قدامة: 4/505.

<sup>265</sup> – فتح القيدير: 417/5. فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 118.

<sup>266</sup> – حاشية ابن عابدين: 5/308، القوانين الفقهية، ص 214، معنى المحتاج، الشريبي: 3/198، المعني، ابن قدامة: 4/616.

<sup>267</sup> – سبق تخرجه أخرجه الترمذى وأبو داود.

<sup>268</sup> – معنى المحتاج، الشريبي: 3/198.

<sup>269</sup> – فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص: 121.

<sup>270</sup> – المرجع السابق، 121، 122.

بـ. كما لا تصح الكفالة بمال إلا إذا كان الدين صحيحاً، وقد مرت شروط الدين التي تكون به الكفالة، والخلاف في هذه الشروط.

جـ. كما مر عدم جواز تعليق الكفالة.

وهناك شروط مرت في المكفول له والكفيل والمكفول عنه والمكفول به يشترط وجودها لصحة الكفالة بمال، لا حاجة إلى إعادتها هنا.

#### خامساً: أحكام الكفالة بمال

1- هل يبرأ الأصيل (المضمون عنه أو المدين) من الدين؟

إذا ضمن شخص دين آخر، وجب هذا الدين في ذمة الضامن، ولا يبرأ المضمون عنه بالضمان.

هذا ما ذهب إليه جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فيكون الدائن بالخيار بين أن يطالب الأصيل أو يطالب الكفيل، إلا إذا كانت الكفالة بشرط براءة الأصيل؛ لأنها حواله معنى<sup>271</sup>.

وقال ابن ليلي وابن شيرمة وأبو ثور وابن سيرين والظاهري والإمامية: إن الكفالة توجب براءة الأصيل، وينتقل الحق إلى ذمة الكفيل، فلا يملك الدائن مطالبة الأصيل أصلاً كما في الحوالة. واستدلوا بقصة ضمان أبي قتادة رضي الله عنه الدينارين عن ميت، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم قال له: "جزاك الله خيراً وفال رهانك كما فككت رهان أخيك"<sup>272</sup> فدل هذا على أن المضمون عنه برأ من الضمان.

ودليل الجمهور ما روي عن جابر في قصة أبي قتادة: "فتحملها أبو قتادة، ثم قال صلى الله عليه وسلم بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران؟ قال: إنما مات أمس، ثم أعاد عليه بالغد، قال: قد قضيتهما، قال: "الآن برئت عليهِ جلده" 273 .

<sup>271</sup> - بداية المجتهد، ابن رشد: 2/292، المبوسط، السرخسي: 46/20. مغني المحتاج، الشريبي: 208/2، المغني ابن قدامة: 4/546.

<sup>272</sup> - أخرجه الدارقطني والبيهقي من طرق بأسانيد ضعيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك لعلي لما تكفل بدفع الدين، وال الصحيح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك لأبي قتادة. التلخيص الحبير 3/118.

<sup>273</sup> - أخرجه الحكم في المستدرك، كتاب: البيوع، رقم (6032) بلفظ "الآن حين برئت عليهِ جلده". وقال هذا حيث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

مكان الاستدلال في قوله: الآن بردت عليه جلده، فلو كان الدين قد تحول عن المضمون عنه بالضمان، لكان قد برأ بالضمان<sup>274</sup>.

ولأن الكفالة معناها ضم ذمة إلى ذمة في حق المطالبة أو في حق أصل الدين، والبراءة تنافي الضم.

ولأن الضمان وثيقة بدين، فلم يتحول إلى الوثيقة ويسقط عن الذمة كالرهن<sup>275</sup>.

-<sup>2</sup> إذا قضى الكفيل الدين فمتى يرجع على المكفول (المدين)<sup>276</sup>؟

لا خلاف في أنه إذا قبض المكفول له (الدائن) حقه من المضمون عنه (المدين) برأ الضامن من الضمان، لأنه وثيقة بحق، فانحلت بقبض الحق كالرهن.

وإذا قبض المكفول له حقه من الكفيل برأ المضمون عنه من الحق الذي عليه للمكفول له، لأنه استوفى حقه من الوثيقة فبرأ من عليه الدين، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن.

بقي السؤال: أنه إذا قضى الكفيل الدين فهل يرجع به على المكفول (المدين)؟

هنا لا يخلو الأمر من حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الضمان والكفالة بإذن المكفول.

ففي هذه الحالة وجهان:

الوجه الأول: أن يكون القضاء بإذن من المكفول، ففي هذا يرجع الكفيل على المكفول بما دفع، لأنه أذن له بالضمان والقضاء<sup>277</sup>.

<sup>274</sup> — فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 122.

<sup>275</sup> — تكميلة المجموع على المذهب: 13/469.

<sup>276</sup> — انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 122.

<sup>277</sup> — فتح القدير، ابن الهمام: 5/408.

**الوجه الثاني:** أن يضمن عنه بأمره، ويقضي عنه بغير أمره، فالحنفية والمالكية والشافعية في الأصح والحنابلة يرجع عليه، لأنَّه أَذِنَ في سبب الأداء

**الحالة الثانية:** إذا كان الضمان بغير إذن من المضمون عنه فلا يخلو الأمر من وجهين:

أحدهما: أن يكون قضاء بغير إذن من المضمون عنه، هنا قال الحنفية والشافعية: لا يرجع الضامن، لأنَّه متبرع بأدائه، والمتبرع لا يرجع، وأنَّه لو كان له الرجوع لما صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلَى الْمَيْتِ بضمَانِ أَبِي قَتَادَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ<sup>278</sup>.

وذهب المالكية والحنابلة في إحدى روایتين عن الإمام أحمد أنه يرجع بما أدى، لأنَّه قضاء مُبَرِّءٌ من دين وجب عليه، فكان من ضمان من هو عليه، كالمالكي إذا قضاه عنه عند امتناعه.<sup>279</sup>

**الثاني:** أن يكون الضمان بغير إذنه والقضاء بإذنه، هنا ذهب الحنفية والشافعية في الأصح عندهم أنه لا يرجع على المضمون عنه؛ لأنَّ وجوب الأداء بسبب الضمان لم يأذن فيه.

وذهب الحنابلة إلى أنه يرجع عليه؛ لأنَّه أدى دينه بأمره، فيرجع عليه، كما لو لم يكن ضامناً.<sup>280</sup>

وذهب المالكية إلى أن الضامن يرجع على المضمون عنه مطلقاً.<sup>281</sup>

### 3 - متى يحق للضامن (الكفيل) مطالبة المضمون عنه بتخلصه؟

في هذه المسألة حالتان:

**الأولى:** أن يكون الضمان بغير إذن المضمون عنه، فهنا لا يصح للضامن أن يطالب المضمون عنه بذلك؛ لأنَّه لم يدخل فيه بإذنه حتى يلزمته بخلصه.

<sup>278</sup> - المرجع السابق 408/5 معنى المحتاج، الشريبي: 209/2.

<sup>279</sup> - المغني، ابن قدامة: 495/4. الموسوعة الكويتية: 30/6.

<sup>280</sup> - المراجع السابقة.

<sup>281</sup> - بداية المجتهد، ابن رشد: 298/2.

**الثانية:** أن يكون الضمان بإذن المضمون عنه، فهنا إن طالب صاحب الحق الضامن فله أن يطالب المضمون عنه بتخلصه، لأنه لزمه الأداء عنه بأمره، فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته<sup>282</sup>.

#### 4- في براءة الكفيل والأصيل

**أ. براءة الكفيل:** ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية والخانبلة إلى أن براءة الكفيل لا تقتضي براءة الأصيل، لأن إبراء الكفيل إسقاط وثيقة من غير قبض، فلم يبرأ من عليه الدين كفسخ الرهن<sup>283</sup>.

**ب. براءة الأصيل:** إذا أبرا صاحب الحق الأصيل فقد برئت ذمة الكفيل، لأنه تبع، وأنه وثيقة، فإذا بريء الأصل زالت الوثيقة كالرهن<sup>284</sup>.

#### ج . ما يرجع به الكفيل على الأصيل:

قال الحنفية: إذا أدى الكفيل عن الأصيل ما ضمنه عنه، وكان قد ضمن بأمره، رجع عليه بما أدى عنه، وأما إذا أدى خلافه كما لو أدى ألفاً معيية عن ألف صحيحة فيرجع بما ضمن، لا بما أداه؛ لأنه ملك الدين بالوفاء أي ملك ما في ذمة الأصيل، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث فيرجع بما تمت الكفالة عليه. فلو كانت الكفالة على شيء جيد، فأدى ما هو أدنون منه، فإنه يرجع على الأصيل بالجيد.

وكذلك إذا كفل ديناً نقدياً، فأدى عنه مكيلاً أو موزوناً أو عروضاً تجارة، فإنه يرجع بما كفل، لا بما أدى. وكذلك لو صالح عن ألف بخمسين ألفاً أو صالح عن ألف بستمائة تساوي ثمانمائة<sup>285</sup>.

وقال المالكية والشافعية في الأصح عندهم: يرجع الكفيل بما غرم (أي بما أدى فعلاً) لأنه هو الشيء الذي بذله. وكذلك في حالة الصلح أو الإبراء من بعض الدين يرجع الكفيل بما أدى عند الشافعية، وبال أقل من الدين وقيمة الشيء المصالح به عند المالكية<sup>286</sup>.

<sup>282</sup>- مغني المحتاج، الشريبي: 209/2.

<sup>283</sup>- المرجع السابق: 208/2، فتح القدير، ابن الهمام: ٤١١ / ٥٥ المغني، ابن قدامة: ٤٩٢ / ٤.

<sup>284</sup>- المراجع السابقة.

<sup>285</sup>- بدائع الصنائع، الكاساني: 14/6.

وقال الحنابلة: يرجع الكفيل على الأصل ب أقل الأمرين ما قضى أو قدر الدين؛ لأنه إن كان الأقل هو الدين، فالزائد لم يكن واجباً، فهو متبرع بأدائه<sup>287</sup>.

وإن كان المضي أقل فإنما يرجع بما غرم<sup>288</sup>، فيكون مذهبهم كالمالكية والشافعية.

المضي أقل فإنما يرجع بما غرم، فيكون مذهبهم كالمالكية والشافعية.

### سادساً: ضمان الأعيان

يجوز ضمان الأعيان المضمونة أي: رد كل عين من هي في يده مضمونة عليه، كمغصوبة ومستامة ومبيع لم يقبض. وأما إذا لم تكن العين مضمونة على من بيده كالوديعة والمال في يد الشريك فلا يصح ضمانها، لأن الواجب فيها التخلية دون الرد. هذا رأي جمهور الفقهاء، وأحد قولي الشافعي الراجح في المذهب<sup>289</sup>.

ويبرأ الضامن عند ردّها للمضمون له، ويبرأ بتلفها فلا يلزمها قيمتها، ولو ضمن قيمة العين إن تلفت لم يصح لعدم ثبوت القيمة<sup>290</sup>.

وظاهر كلام أحمد صحة ضمان الأمانات كالوديعة والعين المؤجرة والشركة والمضاربة والعين التي يدفعها إلى القصار والخاطئ إن صارت مضمونة على صاحبها إن تعدى فيها<sup>291</sup>.

### سابعاً: انتهاء الكفالة:

#### 1. انتهاء الكفالة بالطال

<sup>286</sup>- الشرح الكبير، الدردير: 346/3، مغني المحتاج، الشريبي: 209/2.

<sup>287</sup>- المغني، ابن قدامة: 551/4.

<sup>288</sup>- المرجع السابق.

<sup>289</sup>- بدائع الصنائع، الكاساني: 6/7، وما بعدها، حاشية الدسوقي: 334/3، روضة الطالبين، النووي، 4/255.

<sup>290</sup>- بدائع الصنائع، الكاساني: 13/6.

<sup>291</sup>- المعني، ابن قدامة: 538/4 وما بعدها.

تنتهي الكفالة بمالاً بأحد أمرين:

أو هما: أداء المال إلى الدائن أو ما هو في معنى الأداء، سواءً كان الأداء من الكفيل أم من الأصيل؛ لأن حق المطالبة بالدين طريق إلى الأداء، فإذا وجد فقد حصل المقصود من الكفالة، فتنتهي حكم العقد.

وتنتهي الكفالة إذا وهب الدائن المال إلى الكفيل أو إلى الأصيل؛ لأن الهبة منزلة الأداء، ومثل الهبة التصدق بالدين على الكفيل أو على الأصيل، ومثله أيضاً إذا مات الدائن وورثه الكفيل أو الأصيل؛ لأن بالميراث يملك ما في ذمته، فإن كان الوارث هو الكفيل فقد ملك ما في ذمته، فيرجع على الأصيل، كما لو ملكه بالأداء، وإن كان الوارث هو المكفول عنه برئ الكفيل، كأنه أدى.

ثانيهما: الإبراء وهو في معناه: إذا أبراً الدائن الكفيل أو الأصيل انتهت الكفالة. غير أنه إذا أبراً الكفيل لا يبرأ الأصيل، وإذا أبراً الأصيل يبرأ الكفيل؛ لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل، فكان إبراء الأصيل إسقاطاً للدين عن ذمته، فيسقط حق المطالبة للكفيل بالضرورة؛ لأنه إذا سقط الأصل سقط الفرع.

أما إبراء الكفيل فهو إبراء عن المطالبة لا عن الدين، إذ لا دين عليه وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل، لأنه إذا سقط الفرع لا يسقط الأصل.

وإذا أحال الكفيل أو المدين الدائن بمال الكفالة على رجل، وقيل المحال، فتنتهي الكفالة؛ لأن الحالة مُبرأة عن الدين والمطالبة جميعاً.

وكذلك تنتهي الكفالة بالصلاح: بأن يصالح الكفيل الدائن على بعض المدعى به، بشرط أن يبرئه من الكفالة.

وتنتهي الكفالة أيضاً بفسخ سبب الكفالة أو إبطاله وهو الدين المكفول: كأن يكفل شخص ما في ذمة المشتري من ثمن الشراء، أو يكفل البائع في تسليم المبيع، ثم فسخ عقد البيع، فتنتهي الكفالة حيث لا يوجد دين مكفول ويسقط حق المكفول له في مطالبة الكفيل<sup>292</sup>.

## ٢ - انتهاء الكفالة بالنفس

تنتهي الكفالة بالنفس بوحدة من ثلاثة أمور<sup>293</sup>:

<sup>292</sup>- بداع الصناع، الكاساني: 11/6، انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن: 147، 148.

أحد هما: تسلیم النفس (ويتم بالتخلية بين المکفول بنفسه والمکفول له) إلى المطالب بها في موضع يقدر على إحضاره إلى مجلس القاضي، مثل أن يكون في مصر من الأمصار؛ لأن الكفيل أتى بما التزم، وحصل المقصود من الكفالة بالنفس: وهو إمكان المحاكمة عند القاضي، وإذا تحقق المقصود تنتهي الكفالة.

الثاني: الإبراء أي أن يرى صاحب الحق الكفيل من الكفالة بالنفس فنتهي الكفالة؛ لأن مقتضى الكفالة ثبوت حق المطالبة بتسلیم النفس، فإذا أسقط حق المطالبة بالإبراء فنتهي الحق ضرورة.

ولا يرى الأصل في هذه الحالة؛ لأن الإبراء صدر للكفيل دون الأصل. فإن صدر الإبراء للأصل برأياً جميعاً.

الثالث: موت المکفول بنفسه (ليس بماله): إذا مات الأصل المکفول به برئ الكفيل بالنفس من الكفالة؛ لأنه عجز عن إحضاره، وأنه سقط الحضور عن الأصل، فيسقط الإحضار عن الكفيل.

وكذلك تنتهي الكفالة إذا مات الكفيل؛ لأنه لم يبق قادراً على تسلیم المکفول بنفسه. وأما ماله فلا يصلح لتنفيذ هذا الواجب بخلاف الكفيل بماله.

3. وأما الكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها، فنتهي بأحد أمرين<sup>294</sup>:

أحد هما: إذا سلم الكفيل العين المضمونة بنفسها إن كانت قائمة باتفاق، أو رد مثلاً أو دفع قيمتها إن كانت هالكة عند الجمهور بخلاف الشافعية كما سبق)، فإنه يرى من التزامه، وتنتهي الكفالة بذلك.

الثاني: الإبراء: بأن يقول المکفول له للكفيل: (أبرأتك من الكفالة) فيرأ؛ لأن الكفالة حقه، فيسقط بإسقاطه كالدين، أو إبراء الأصل.

<sup>293</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 4/6 وما بعدها، الناج والإكليل: 105/5، 106، تحفة الحاج، الهيثمي: 258/5، المغني، ابن قدامة: 5/96، وانظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن: 147، 148.

<sup>294</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/13، حاشية الدسوقي: 3/334، المغني، ابن قدامة: 5/75.

## المبحث السابع

### الوكالة

#### أولاً: تعريف الوكالة

لغة: بفتح الواو وكسرها، اسم من التوكيل وهي تعني: التفويض والحفظ والرعاية<sup>295</sup>.

فالحفظ ورد في قوله تعالى: ﴿خَسِبْنَا اللَّهُ وَنَعْمَ الْوَكِيل﴾ [آل عمران: 173] أي: الحافظ، وقوله تعالى ﴿لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ فَإِنَّهُ نَحْنُ وَكِيلُ﴾ [المزمول: 9] أي حفيظاً<sup>296</sup>.

والتفويض ورد في قوله تعالى: ﴿إِنِّي تَوَكَّلْتُ عَلَى اللَّهِ رَبِّي وَرَبِّكُمْ﴾ [هود: 56] أي: فوضت أمري إليه.

وشرعياً: عرفها الحنفية بأنها: "إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم"<sup>297</sup>.

وتعريفات كل الفقهاء تدور حول هذا المعنى<sup>298</sup>.

#### ثانياً: مشروعية الوكالة

وقد استدل الفقهاء على مشروعية الوكالة من الكتاب والسنة والإجماع والقياس:

##### ١ - الكتاب

استدلوا من القرآن بأيات منها:

أ. بقوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِرَقِّكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ﴾ [الكهف: 19].

<sup>295</sup>- لسان العرب، باب اللام فصل الواو: 261/14.

<sup>296</sup>- التبيان في تفسير القرآن، الطوسي: 164/10.

<sup>297</sup>- البحر الرائق: 385/14.

<sup>298</sup>- مواهب الجليل: 181/5. مغني المحتاج، الشريبي: 217/2. كشاف القناع، البهوي: 46/3.

وهذه الآية أقوى ما استدل بها الفقهاء والمفسرون على مشروعية الوكالة. قال ابن العربي وهو في صدد شرحه لهذه الآية: "هذا يدل على صحة الوكالة... وهو أقوى آية في الغرض".<sup>299</sup>

وقال الجصاص: "وفي هذه الآية دلالة على جواز الوكالة بالشراء، لأن الذي بعثوا به كان وكيلًا لهم".<sup>300</sup>

ب. قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا﴾ [التوبه: 60]. قال القرطبي رحمه الله في تفسير هذه الآية: "يعني السُّعَادَةُ والجُبَاهَةُ الَّذِينَ يَعْثِمُهُمُ الْإِيمَانُ لِتَحْصِيلِ الزَّكَاةِ بِالْتَوْكِيلِ عَلَى ذَلِكَ".<sup>301</sup>

ج. قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكْمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكْمًا مِنْ أَهْلِهَا﴾ [النساء: 35]. فهذه الآية الكريمة تدل على مشروعية الوكالة، وهذا بناء على الرأي القائل بأن الحكم وكيل عن الزوجين.<sup>302</sup>

## ٢ - من السنة

استدل الفقهاء على جواز الوكالة من السنة بأحاديث منها:

أ. عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خبير فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له: إني أردت الخروج إلى خبير، فقال: "أئْتِ وَكِيلِي فَخَذْ مِنْهُ خَمْسَةً عَشَرَ وَسَقًا"<sup>303</sup> فإن ابتنى منك آية فضع يدك على ترقوته".<sup>304</sup>

. 305

<sup>299</sup> - المرجع السابق: 220/3.

<sup>300</sup> - أحكام القرآن، الجصاص: 2/196. وانظر: معنى المحتاج، الشريبي: 3/231. المعني، ابن قدامة: 5/201.

<sup>301</sup> - تفسير القرطبي: 8/165.

<sup>302</sup> - تفسير ابن كثير: 4/31.

<sup>303</sup> - الوسق يفتح الواو وكسرها، والفتح أشهر، والوسق مكملة معلومة، وقيل: هو حمل بغير، وجمعه أوساق. مقداره ٦٠ صاعاً = ١٣٥ كع.

<sup>304</sup> - الترقوة عظم بين ثغرة النحر والعائق وهما عظمان. المعجم الوسيط، مادة (ترقى).

<sup>305</sup> - سنن أبي داود، كتاب الأقضية، باب في الوكالة، رقم (٣٦٣٤).

ووضع اليد على التّرقة هي عالمة متفق عليها بين الوكيل والموكل، ويدل على أنه يمكن أن تكون هناك عالمة خاصة بين الوكيل والموكل، بمعنى أنه لو أرسل أحداً بدون أن يكون معه بينة فإنه يكفي أن يذكر هذه العالمة الخاصة التي اتفق عليها الطرفان الوكيل والموكل<sup>306</sup>.

بـ. خبر الصحيحين: "أنه صلى الله عليه وسلم بعث السّاعة لأخذ الزّكاة"<sup>307</sup>. أي وَكَلَ أَنَاسًا لِيَقْبضُوا الزّكَاةَ عن المستحقين<sup>308</sup>.

جـ. روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه وَكَلَ عمرو بن أمية الضمري في قبول نكاح زوجته أم حبيبة بنت أبي سفيان<sup>309</sup>، وأيضاً وكل النبي صلى الله عليه وسلم أبا رافع في قبول نكاح زوجته ميمونة بنت الحارث<sup>310</sup>.

دـ. ورد عن عروة بن أبي الجعد البارقي رضي الله عنه "أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه ديناً يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، ف جاء بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيته، وكان لو اشتري التراب لربح فيه"<sup>311</sup>. فعروة بن الجعد كان وكيلًا عن النبي صلى الله عليه وسلم في الشراء.

### 3 - من الإجماع

فقد أجمعت الأمة على جواز الوكالة، ولا يزال المسلمون يوكل بعضهم بعضاً في قضاء مصالحهم من الصدر الأول إلى الآن من غير نكير<sup>312</sup>.

### 4 - من المعقول:

306 - عون المعبود، الأبادي: 517/9.

307 - أخرجه البخاري، كتاب الزكاة، باب: قوله تعالى: "والعاملين عليها، رقم (1429) ومسلم، كتاب الإمارة، باب تحريم هدايا العمال، رقم (1832).

308 - حاشية البحيرمي: 3/47. الكافي، ابن قدامة: 174/2.

309 - أخرجه أبو داود، كتاب النكاح، باب في الولي، رقم (2086)، والنسائي، كتاب النكاح، باب: القسط في الأصدقة، رقم (3350).

310 - أخرجه الترمذى، كتاب الحج، باب ما جاء في كراهة تزويج المحرم، رقم (841) وقال هذا حديث حسن.

311 - أخرجه البخاري، كتاب المناقب، باب: سؤال المشككين أن يربهم النبي صلى الله عليه وسلم آية فأراهم انشقاق القمر، رقم (3642).

312 - مراتب الإجماع، ابن حزم، ص: 61، المغني، ابن قدامة: 54/5.

بما أن الحاجة داعية لأن يوكل بعضاً في أمور كثيرة وضرورية أحياناً، وما أنه لا يمكن لكل واحد فعل ما يحتاج إليه إلا بمعونة غيره، فكان القياس أن تكون الوكالة جائزة ومشروعية كباقي الأمور الأخرى التي يحتاجها الإنسان، لكن لا يقع في الحرج والعسر في معيشته الدنيوية<sup>313</sup>.

**حكمة تشريع الوكالة واضحة:** وهي رعاية المصلحة وسد الحاجة ودفع الحرج عن الناس، فقد تتوافر القدرة والكفاءة والخبرة عند إنسان دون آخر، وقد يكون الإنسان مُحِقاً، ولكنه عاجز عن تقديم المحبة والبيان، وخصمه أقدر وأعرف بالحجج، فيكون محتاجاً لتوكيل غيره للدفاع عنه، وإظهار حقه<sup>314</sup>.

### ثالثاً: حكم عقد الوكالة<sup>315</sup>

ذكر الفقهاء أن الوكالة تعترى بها الأحكام الخمسة<sup>316</sup> :

- 1 - تجب إن توقف عليها دفع ضرورة للموكل، كتوكيل المضطر في شراء طعام قد عجز عنه.
- 2 - تحرم إذا كان في الوكالة إعانة على حرام.
- 3 - تندب إذا كان فيها إعانة على أمر مباح واحتاج إليها الموكل.
- 4 - تباح إذا لم يكن للموكل حاجة في الوكالة وسائله الوكيل إليها من غير غرض.
- 5 - تكره إن كان فيها إعانة على مكروه، كالبيع عند النداء لصلة الجمعة مكروه عند الحنفية فلا يوكل فيه.

وهي عقد جائز (غير لازم) من الطرفين باتفاق الفقهاء<sup>317</sup>، فلكل من الموكل والوكيل فسخها متى شاء ولو بعد التصرف، فهي جائزة من جانب الموكل لأنه قد يرى المصلحة في ترك ما وَكَلَ فيه أو في توكيل آخر. ومن جانب الوكيل لأنه قد لا يتفرغ فيكون اللزوم مُضِراً بهما<sup>318</sup>.

<sup>313</sup>- حاشية البيجوري: 1/793، تفسير القرطبي: 1/385، انظر: الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدات الحمد ص: 39.

<sup>314</sup>- أحكام القرآن، ابن العربي: 3/220، الفقه الإسلامي وأدله، د. وهبة الرحيلي: 5/694.

<sup>315</sup>- الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد تجذات الحمد، ص: 39.

<sup>316</sup>- حاشية البيجوري: 1/793.

إلا أن العقد يصبح لازماً في بعض الحالات:

أ - إذا ترتب على عقد الوكالة حق للغير لا يت Adriء إلـا بها، كمن وكل إنساناً على بيع داره المرهونة وتسديـد ما عليه من ديون، ففي هذه الحالة لا يجوز للوكيل فسخ عقد الوكالة، لأنـه تعلـق بها حق الدائن<sup>319</sup>.

ب - إذا قام عقد الوكالة على أجر، ويكون للوكيل حكم الأجير، كأعمال المحاماة وبدأ الوكيل في الترافع بالخصومة وهذا ما عليه جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>320</sup>، بينما قال الشافعية: إن الوكالة تبقى جائزة ولو كانت بأجر<sup>321</sup>.

ت - إذا أوغل الوكيل في الخصومة فليس للموكـل عزـله عند المالكـية<sup>322</sup>.

#### رابعاً. أركان الوكالة:

ركن الوكالة عند الحنفية هو الإيجاب والقبول (الصيغة)، أما عند جمهور الفقهاء فللوكالة أربعة أركان وهي:

1 - الصيغة.

2 - العاقدان وهما (الوكيل والموكـل).

3 - المـحل (وهو المـوكـل فيه).

ويشترط لصحة الوكالة شروط تتعلق بالصيغة، والمـوكـل، وبالـوكـيل، وفي المـحل المـوكـل فيه.

##### الرـكن الأول: الصـيـغـة (الـإـيجـابـ والـقـبـولـ)

<sup>317</sup> - قال الإمام الشعراـي: "أجمعـ الأئـمة علىـ أنـ الوـكـالـةـ منـ العـقـودـ الجـائـزةـ فيـ الجـملـةـ". المـيزـانـ: 95/3. وانـظرـ: الإنـصـافـ، المـرـداـويـ: 355/3.

<sup>318</sup> - مـغـنيـ المـحـتـاجـ، الشـرـيبـيـ: 275/3.

<sup>319</sup> - ردـ المـختارـ: 416/4.

<sup>320</sup> - مـغـنيـ المـحـتـاجـ، الشـرـيبـيـ: 257/3.

<sup>321</sup> - المرـجـعـ السـابـقـ: 257/3، وانـظرـ: الفـقـهـ الإـسـلـامـيـ وأـدـلـتـهـ، دـ. وـهـةـ الزـحـيليـ: 151/4، 152.

<sup>322</sup> - الـخـرـشـيـ عـلـىـ مـخـتـصـرـ خـلـيلـ: 69/6.

اتفق الفقهاء على أنه يتحقق الإيجاب في عقد الوكالة بلفظ: وكلتك في كذا، أو: فوضت إليك كذا، أو أنتك فيه، أو أذنت لك فيه، أو: أقمتك مقامي في كذا، أو: أنت وكيلي فيه.<sup>323</sup>

كما يرى الحنفية والشافعية والحنابلة أن الإيجاب يتحقق بلفظ الأمر، مثل: بعه، أو أعتقه، أو نحو ذلك، وهو مذهب المالكية إذا جرى العرف بانعقاد الوكالة بمثل هذه الألفاظ، حيث قالوا: الوكالة لا تختص بالصيغة الدالة بقول أو فعل أو إرسال، وإنما الحكم في ذلك للعرف والعادة<sup>324</sup>.

كما اتفق الفقهاء على أن الإيجاب في عقد الوكالة يتحقق بالخط أو الكتابة الدالة على ذلك، لأن الكتابة فعل يدل على المعنى.

ومثّل الحنفية بذلك بما لو أرسل أحد لآخر غائب كتاباً مُعنواناً ومرسوماً بتوقيعه إياه بأمر ما، وقبل الآخر الوكالة، انعقدت<sup>325</sup>.

كما أن إشارة الآخرين المفهومة معتبرة وقائمة مقام العبارة في تتحقق إيجاب الوكالة بها<sup>326</sup>.

وأما القبول فقد اتفق الفقهاء على أنه يتحقق باللفظ، كما لو قال الموكيل لآخر: قد وكلتك بهذا الأمر، فقال له الوكيل: قبلت، أو قال كلاماً آخر غير لفظ قبلت، مشعراً بالقبول، فإن القبول يصح وتنعقد الوكالة<sup>327</sup>.

وزاد الحنفية والشافعية أن قبول الوكيل لفظاً وإن لم يكن شرطاً في صحة الوكالة إلا أنه يشترط عدم الرد، فلو رد الوكيل الوكالة بعد الإيجاب بأن قال: لا أقبل أو لا أفعل، فلا يبقى حكم الإيجاب، ولا تنعقد الوكالة، وإن قبل بعد ذلك ما لم يجدد الإيجاب والقبول<sup>328</sup>.

<sup>323</sup>- البحر الرائق، ابن نحيم: 7/139، منح الخليل، محمد علیش: 6/367، معنی المحتاج، الشريبي: 2/222، المعنى، ابن قدامة: 6/514.

<sup>324</sup>- شرح مختصر خليل للخرشي: 6/70.

<sup>325</sup>- درر الحكم شرح مجلة الأحكام، علي حيدر: 3/527، الشرح الصغير: 3/505، معنی المحتاج، الشريبي: 2/223، مطالب أولي النهى: 3/429، روضة الطالبين: 4/300، عن الموسوعة الكويتية: 45/11.

<sup>326</sup>- المراجع السابقة.

<sup>327</sup>- البحر الرائق: 7/139، مواهب الجليل: 5/190، تكميلة المجموع: 5/174، الإنصال: 5/354.

ويرى جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية - في أصح الأوجه - والحنابلة أن القبول يتحقق بكل فعل دل عليه، وذلك بأن يفعل الوكيل ما أمره الموكيل بفعله، لأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم يُنقل عنهم سوى امتنال الأمر.

ولأن الوكالة إذن في التصرف فجاز القبول فيه بالفعل كأكل الطعام<sup>329</sup>.

كما أجاز جمهور الفقهاء صحة القبول بالكتابة المستينة المعونة، وبإشارة الآخرين المعلومة المفهومة.

### الركن الثاني: شروط الموكيل (الأصيل)

اتفق الفقهاء على أنه يُشترط في الموكيل صحة مبادرته التصرف الذي يريد أن يوكل فيه غيره إما بملك كتوكيلاً نافذ التصرف في ماله، أو بولايته كتوكيلاً للأب أو الجد في مال موليه، لأنه إذا لم يقدر على التصرف بنفسه فبنائه أولى<sup>330</sup>.

قال الحنفية: لا يصح التوكل أصلًاً من فاقد الأهلية كالجنون أو الصبي غير المميز، ولا من ناقص الأهلية أي المميز في التصرفات الضارة به كالطلاق والهبة. ويصح التوكل من المميز في التصرف النافع له كقبول الهبة، كما يصح منه التوكل بإجازة وليه في التصرفات المترددة بين الضرر والنفع كالبيع والشراء والإيجار، ويصح التوكل من المحجور عليه للسَّفَه أو الغفلة فيما يباح له من التصرفات.

ويصح للمرأة التوكل في مباشرة عقد زواجه<sup>331</sup>.

وقال غير الحنفية (المالكية والشافعية والحنابلة)<sup>332</sup>: لا يصح التوكل من الصبي مطلقاً؛ إذ لا يصح عندهم مبادرته لأي تصرف. كما لا يصح للمرأة التوكل في إبرام عقد زواجه. ويصح لها عند المالكية توكيل الرجل في ذلك.

### الركن الثالث: شروط الوكيل

<sup>328</sup> - الفتاوى الهندية: 3/560، مغني المحتاج، الشريبي: 2/223.

<sup>329</sup> - المراجع السابقة. المغني، ابن قدامة: 6/514.

<sup>330</sup> - الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة. د. محمد بحدات الحمد، ص: 51.

<sup>331</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/20.

<sup>332</sup> - مواهب الجليل، الخطاب: 5/191، مغني المحتاج، الشريبي: 3/232، المغني، ابن قدامة: 5/54.

قال الحنفية: يُشترط فيه أن يكون عاقلاً، فيصح أن يكون الممizer وكيلًا، سواء أكان مأذوناً في التجارة أم محجوراً. ولا يصح جعل المجنون والمعتوه وغير الممizer وكيلًا في التصرفات لعدم اعتبار عبارتهم<sup>333</sup>.

ودليلهم ما ورد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما خطب أم سلمة قالت: ليس أحد من أوليائي شاهد، فقال صلى الله عليه وسلم: "فليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك"، فقللت لابنها عمرو بن أم سلمة: يا عمرو قم فرُوْج رسول الله صلى الله عليه وسلم "<sup>334</sup>، وكان صبياً.

وقال غير الحنفية (مالكية، شافعية، حنابلة)<sup>335</sup>: وكالة الصبي غير صحيحة، لأنه غير مكلف بالأحكام الشرعية، فلا تصح مباشرة التصرف لنفسه، فلا يصح توكيله عن غيره. ولا يصح أن تكون المرأة وكيلة عن غيرها في مباشرة عقد الزواج، لأنها لا تملك مباشرة عقدها بنفسها فلا تملك مباشرة عقد غيرها، كما لا يجوز أن يكون المحرم وكيلاً عن غيره في عقد الزواج لقوله صلى الله عليه وسلم: "لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ، وَلَا يُنْكَحُ، وَلَا يَنْخُطُ"<sup>336</sup>، وأنه لا يصح أن يباشره بنفسه<sup>337</sup>.

**الركن الرابع: الموكّل فيه (محل الوكالة): ويُشترط فيه ما يأتي<sup>338</sup> :**

- أن يكون معلوماً للوكيل: فلا يصح التوكيل بالجهول جهالة فاحشة، مثل: اشتري أرضاً أو جوهراً أو داراً، ويصح مع الجهالة اليسيرة مثل: اشتري صوفاً انكليزياً، أو اشتري صوفاً بسعر كذا.

٢ - أن يكون التصرف مباحاً شرعاً: فلا يجوز التوكيل في فعل حرم شرعاً، كالغصب أو الاعتداء على الآخرين.

<sup>333</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 20/6.

<sup>334</sup> - أخرجه النسائي، كتاب النكاح، باب: إنكاح الابن أمه، رقم (5396)، والحاكم في المستدرك، كتاب: النكاح، رقم (2684) من حديث أم سلمة رضي الله عنها، وقال الحاكم: صحيح على شرط مسلم.

<sup>335</sup> - بداية المجتهد، ابن رشد: 297/2، مغني المحتاج، الشريبي: 2/217.

<sup>336</sup> - صحيح مسلم، كتاب: النكاح، باب: تحريم نكاح الحرم وكراهة خطبته، رقم (1409).

<sup>337</sup> - الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الرحيلي: 4/507.

<sup>338</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 12/6 وما بعدها، بداية المجتهد، ابن رشد: 297/2، الشرح الكبير، الدردير: 3/377، وما بعدها، مغني المحتاج، الشريبي: 2/219 وما بعدها، المغني، ابن قدامة: 5/83 عن الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الرحيلي: 4/507.

3 - أن يكون مما يقبل النيابة، كالبيع والشراء والإجارة والتبرع، ورد الودائع وقضاء الديون ونحوها.

وذلك لأن التصرفات بالنظر لقبوتها النيابة وعدم قبولها أنواع ثلاثة:

أ. نوع يقبل النيابة اتفاقاً، كما تقدم.

ب . نوع لا يقبل النيابة اتفاقاً، كاليمين، والعبادات الشخصية المضمة كالصلوة والصيام والطهارة من الحدث.

ج . نوع مختلف فيه كاستيفاء القصاص والحدود الشرعية وإثباتها.

### أ. الوكالة في استيفاء الحدود

قال الحنفية<sup>339</sup> : لا يجوز التوكيل فيها، بل لا بد من حضور الموكل وقت الاستيفاء (أي التنفيذ)، وأن غيبته شبهة، والحدود تدرأ بالشبهات.

وقال غير الحنفية (المالكية والشافعية والحنابلة) : يجوز التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص، سواء أحضر الموكل أم غاب  
<sup>340</sup>.

واستدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اغد يا أئيس إلى امرأة هذا، فإن اعترفت فارجمها، فعدا عليها أئيس، فاعترفت، فأمر بها فرجمت"<sup>341</sup>. وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بترجم ماعز، فرجموه، وأن الحاجة قد تدعو إلى التوكيل؛ لأن الإمام لا يمكنه تولي الحد بنفسه.

### ب. الوكالة في إثبات الحدود

قال الحنفية<sup>342</sup> : إذا كان الحد لا يحتاج في إظهاره إلى خصومة ودعوى عند القاضي كحد الزنا وحد شرب الخمر فلا يجوز التوكيل في إثباتها، لأن هذه الحدود تثبت عند القاضي بالبينة أو الإقرار، من غير حاجة إلى رفع دعوى من قبل صاحب الحق، ولأنها حدود يحتاط لها وتدرأ بالشبهات.

<sup>339</sup>- المداية، المرغبني: 3/152.

<sup>340</sup>- منح الجليل، محمد عليش: 359/6، المذهب، الشيرازي: 348/1، المغني، ابن قدامة: 5/75.

<sup>341</sup>- أخرجه البخاري، كتاب الوكالة، باب الوكالة في الحدود، رقم (2190)، ومسلم، كتاب: الحدود، باب: من اعترف على نفسه بالزناء، رقم (1697).

وأما إذا كان الحد يحتاج إلى خصومة كحد السرقة والقذف فيجوز التوكيل في إثباته عند أبي حنيفة ومحمد، ولا يجوز عند أبي يوسف.

دليل أبي يوسف أنه كما لا يجوز التوكيل في استيفاء هذه الحدود لا يجوز التوكيل في إثباتها أن الإثبات وسيلة للاستيفاء.

وفرق أبو حنيفة ومحمد بين الإثبات والاستيفاء، فامتناع التوكيل في الاستيفاء لمكان الشبهة وهي منعدمة في التوكيل بالإثبات.

وقال الشافعية<sup>343</sup>: لا يجوز التوكيل في إثبات حدود الله كحد السرقة والزنا وشرب الخمر، لأن الحدود تُدرأ بالشبهات.

ويجوز عندهم التوكيل في إثبات القصاص وحد القذف لأنه حق خالص للأدمي فجاز التوكيل في إثباته كالتوكل في إثبات الأموال.

وقال الحنابلة<sup>344</sup>: تجوز الوكالة في إثبات حدود الله كحد الزنا والسرقة. لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها"<sup>345</sup>. فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر برجمها.

ووجه الدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في إثبات حد الزنا وهذا يدل على أن الحد لم يكن قد ثبت بعد.

وأما المالكية فلم أجدهم في كتبهم من تعرض لمسألة التوكيل في إثبات حدود الله والله أعلم<sup>346</sup>.

## ج. الوكالة في حقوق العباد

<sup>342</sup>- بدائع الصنائع، الكاساني: 21/6.

<sup>343</sup>- مغني المحتاج، الشريبي: 221/2.

<sup>344</sup>- المغني، ابن قدامة: 6/519.

<sup>345</sup>- سبق تخرجه، أخرجه البخاري ومسلم.

<sup>346</sup>- الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدة الحمد، ص: 78.

اتفق الفقهاء على جواز التوكيل في إثبات الأموال والخصومة<sup>347</sup> (الحاماة).

واستدلوا على ذلك بما روي: "أن علياً وَكَلَ عَقِيلًا عَنْ أَبِيهِ بَكْرٍ وَعُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ وَقَالَ: مَا قُضِيَ لِهِ فَلِي وَمَا قُضِيَ عَلَيْهِ فَلِي".<sup>349</sup>

ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات، لأنه قد يكون له حق أو يُدعى عليه حق ولا يحسن الخصومة فيه، أو يكره أن يتولاها بنفسه فجاز أن يوكل فيها .<sup>350</sup>

#### اشترط رضا الخصم:

اتفق الفقهاء على جواز الوكالة برضاء الخصم<sup>351</sup> واختلفوا في جوازها بغير رضاه.

فبعد أبي حنيفة لا يجوز التوكيل من غير رضا الخصم إلا لعذر كالمرض والسفر وسواء في ذلك كان الموكل حاضراً أم غائباً<sup>352</sup>.

وقال الصاحبان وبقية الأئمة غير الحنفية: يجوز التوكيل في مطالبة الحقوق وإثباتها والمحاكمة فيها ، حاضراً كان الموكل أو غائباً، صحيحاً أو مريضاً وإن لم يرض الخصم، بشرط ألا يكون الوكيل عدواً للخصم، لأن المذكور حق تجوز النيابة فيه، فكان لصاحب الاستنابة بغير رضا خصمته كحال غيبته ومرضه، وكدفع المال الذي عليه، ولأنه إجماع الصحابة رضي الله عنهم، فإن علياً رضي الله عنه وَكَلَ عَقِيلًا عَنْ أَبِيهِ بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وقال: "إِنَّ لِلْخُصُومَةِ قُحْمًا -أَيْ مَهَالِكَ- وَإِنَّ

<sup>347</sup>- إن أصل معنى الخصومة في اللغة هو: النزاع والجدال، ولكن هذا المعنى غير مقصود في اصطلاح الفقهاء، فيحمل مجازاً على معنى الإجابة على دعوى المدعي من قبل ذكر المطلق وإرادة المقيد. الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الرحيلي: 706/5.

<sup>348</sup>- الهدایة، المرغینانی: 3/153، المهدب، الشیرازی: 1/348، المغنی، ابن قدامة: 5/56، وانظر: تفسیر القرطی: 10/385.

<sup>349</sup>- أخرجه البیهقی فی السنن الکبری، کتاب: الوکالة: 6/81.

<sup>350</sup>- المهدب، الشیرازی: 1/348. المغنی، ابن قدامة: 5/56.

<sup>351</sup>- منح الجليل، محمد علیش: 6/387، بداع الصنائع، الكاسانی: 6/22، المهدب، الشیرازی: 1/348، المغنی، ابن قدامة: 6/517.

<sup>352</sup>- البحر الرائق، ابن نحیم: 7/143.

الشيطان ليحضرها، وإن لا يكره أن أحضرها" ولأن الحاجة تدعو إلى التوكيل في الخصومات، فإنه قد يكون له حق أو يدعى عليه ولا يحسن الخصومة ، أو لا يريد أن يتولاها بنفسه<sup>353</sup>.

واشتهرت الحنابلة شرطين لجواز الوكالة بالخصومة وهما:

١- لا يكون التوكيل مِنْ عَلِمَ ظلم مُوَكِّلِه في الخصومة، لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُكْنِ لِلْخَائِنِينَ خَصِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥].

٢ - لا يخاصم الوكيل عن الموكيل في إثبات حق أو نفيه وهو غير عالم بحقيقة أمر موكله.

والمحترر للفتوى عند الحنفية تفويض التوكيل للقاضي، فإن علم القاضي التعنت من الخصم يقبل التوكيل من غير رضاه. وإن علم قصد الموكيل بإضرار خصمه لا يقبل التوكيل<sup>354</sup>.

والرأي الأخير مناسب لزماننا لأن كثيراً من الناس يعلم يقيناً أنه مُبطل وقضيته خاسرة، ولكن العناد يحمله على توكيل محام لا عمل له إلا بالإضرار بالخصم بأن يحاول تأخير حقه أو حمله على نفقات ضائعة، فلو أن القاضي الذي يعلم ذلك لا يقبل منه التوكيل إلا برجوا خصمه يكون حسناً<sup>355</sup>.

#### خامساً: الأمور التي يصح فيها التوكيل

يجوز التوكيل بقبض الدين، إلا أن التوكيل بقبض رأس مال السَّلَم وبدل الصرف إنما يجوز في مجلس العقد.

وتجوز الوكالة بقضاء الدين، لأن الموكيل قد لا يتهيأ له قبض الدين وقضاءه بنفسه.

وتجوز الوكالة بالإبراء من الدين، كما تجوز الوكالة بطلب الشفاعة وبالرد بالعيب.

ويجوز التوكيل بالزواج والطلاق والخلع والصلح عن دم العمد.

ويجوز بالشركة والمضاربة والإجارة والاستئجار.

<sup>353</sup> - مواهب الجليل، الخطاب: 185/5، بدائع الصنائع، الكاساني: 22/22، المذهب، الشيرازي: 1/348، المغني، ابن قدامة: 6/517، وانظر: الفقه الإسلامي وأدله، د. وهبة الزحيلي: 5/706.

<sup>354</sup> - الدر المختار: 4/418.

<sup>355</sup> - الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدات الحمد، ص: 83.

إلا أن بعض هذه العقود لا يصح للوكيل فيها أن يسندها إلى نفسه، بل لا بد من إسنادها إلى الموكِل، ومنها الزواج، فلا بد أن يقول الوكيل: قبلت الزواج لفلان موكلي، أو: زوجت فلانة موكلي، فإذا قال: قبلت الزواج ولم يقيده بأحد غيره، انعقد لنفسه لا لموكله.

ومنها الهبة يجب على الوكيل أن يقول فيها: وهب موكلي؛ فإذا قال: وهبت لا تصح الهبة.

ومنها الإيداع والإعارة والرهن والشركة والمضاربة، فلا بد من إضافتها إلى الموكِل<sup>356</sup>.

والخلاصة: أن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه، جاز أن يوكِل به غيره.

### أنواع الوكالة:

أ. من حيث التأقيت: تنقسم الوكالة إلى وكالة مؤقتة ووكالة غير مؤقتة.

#### 1- الوكالة المؤقتة:

وصورتها أن يقول الوكيل: وكلتك في بيع داري غداً، أو: وكلتك شهراً فتنتهي الوكالة بمجرد انتهاء المدة المحددة لها.

ويجوز هذه الوكالة عند الجمهور (الملوكية والحنفية والشافعية والحنابلة)<sup>357</sup>. واستدل الحنفية على جوازها بأن التوكيل بإطلاق للتصرف، والإطلاقات مما تحتمل الإضافة إلى الوقت كالطلاق<sup>358</sup>.

#### 2- الوكالة غير المؤقتة:

وذلك حين لا تحدد مدة لانتهاء الوكالة، كمن وكل في بيع مزرعته فإن وكالته تبقى قائمة إلى حين بيع المزرعة، إلا إذا رأى الموكِل عزل وكيله، أو أراد الوكيل عزل نفسه قبل الانتهاء من العمل وذلك باتفاق الفقهاء<sup>359</sup>.

<sup>356</sup> - الفقه على المذاهب الأربعة، المجزي: 173/3.

<sup>357</sup> حاشية الدسوقي: 397/3، بداع الصنائع، الكاساني: 6/20، إعانة الطالبين: 3/151، الإقناع، المقدسي: 2/232.

<sup>358</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 20/6، 23.

<sup>359</sup> - رد المحتار: 417/4، مصادر الحق، السنهوري: 5/187.

**ب - من حيث الأجرة:** تنقسم الوكالة إلى وكالة بأجر (جعل) ووكالة بغير أجر.

## 1 - الوكالة بأجر :

وهو النوع الشائع في عصرنا بعد اتساع مهنة المحاماة، وهي تشبه عقد الإجارة، لكنها تختلف عن الإجارة بأن آثار العقد لا تترتب على الوكيل من استحقاق الأجر وغيره قبل البدء بالتصريح.

ويجوز هذا النوع باتفاق الفقهاء<sup>360</sup> واستدلوا بفعل النبي صلى الله عليه وسلم فقد كان يبعث عماله لقبض الصدقات (الزكوة) ويجعل لهم عمالة (أجرة) .<sup>361</sup>

ولهذا قال له ابن عممه صلى الله عليه وسلم (عبد المطلب بن ربيعة بن الحارث والفضل بن العباس بن عبد المطلب): لو بعثتنا على هذه الصدقات فنؤدي إليك ما يؤدي الناس ونصيب ما يصيب الناس<sup>362</sup> . يعنيان العمالة أي: الأجرة.

وإذا اتفق الموكل والوكيل على الأجر وجب الأجر اتفاقاً وأصبحت الوكالة لازمة، ويكون للوكيل حكم الأجير، أي أنه يلزم الوكيل بتنفيذ العمل، وليس له التخلّي عنه بدون عذر يبيح له ذلك وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>363</sup>.

وقال الشافعية الوكالة ولو يجعل جائزة أي غير لازمة من الجانبين<sup>364</sup> .

أما إذا لم يتفق الطرفان على الأجر فقد نص الحنفية على أن الوكيل: إما أن يكون من لا يعمل بالأجر، وإما أن يكون من أصحاب المهن الذين يعملون بالأجر.

<sup>360</sup>- غمز عيون البصائر: 13/3، حاشية الدسوقي: 397/3، مغني المحتاج، الشريبي: 217، المغني، ابن قدامة: 525/6

<sup>361</sup>- سبق تخرجه، أخرجه البخاري ومسلم.

<sup>362</sup>- من حديث طوبل أخرجه مسلم، كتاب الزكوة، باب: ترك استعمال آل النبي على الصدقة، رقم (2530).

<sup>363</sup>- غمز عيون البصائر: 13/3، حاشية الدسوقي: ٣/٣٩٧، المغني، ابن قدامة: 85/5

<sup>364</sup>- نهاية المحتاج، الرملي: 38/4

ففي الحالة الأولى تكون الوكالة تبرعاً، لأن الأصل فيها ذلك، فإذا لم تشرط الأجرة حُمل على الأصل. نصت المادة (١٤٦٧) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "إذا اشترطت الأجرة في الوكالة وأوفاها الوكيل استحق الأجرة، وإن لم تشترط ولم يكن الوكيل من يخدم بالأجرة كان متبرعاً وليس له أن يطالب بالأجرة".

أما في الحالة الثانية وهي أن يكون الوكيل من أصحاب المهن الذين يعملون بالأجر لأن طبيعة مهمتهم تقضي ذلك كالسمسار والدلال والمحامي، فيستحق الوكيل الأجرة حتى ولو لم يتفق عليها وقت التعاقد، وحينئذ يجب له أجر المثل<sup>365</sup>.

## ٢ . الوكالة بغير أجر:

يصبح التوكيل بغير أجر وهذا هو الأصل، لأن الوكالة من العقود غير الالزمة، وهي من قبيل التبرع إذ يجوز لأحد الطرفين أن يفسخ العقد متى شاء.

واستدلوا على ذلك بأن النبي صلى الله عليه وسلم وكل أئمّاً في إقامة الحدود<sup>366</sup> وعروة بن الجعد في الشراء بلا أجر<sup>367</sup>.

ج. من حيث الإطلاق والتقييد: تنقسم الوكالة إلى مطلقة ومقيدة.

### ١- الوكالة المطلقة:

وهي الوكالة التي لا يحدد بها الشمن والصفة للموكل به، وصورتها أن يقول الموكل: أنت وكيلي في بيع داري هذه ولم يحدد له قدرأً للشمن ولا وصفاً.

أما الإمام أبو حنيفة فقد راعى الإطلاق فيجوز عنده للوكييل البيع بالقليل والكثير أقل من ثمن المثل أو أكثر وبالنقد والنسيئة لأن الأصل في اللفظ الإطلاق، والبيع بغبن فاحش لغرض التوصل بشمنه إلى شراء ما هو أربع منه متعارف فلا يجوز تقييد المطلق دون دليل<sup>368</sup>.

<sup>365</sup>- حاشية ابن عابدين: 348/6، انظر: الموسوعة الكويتية: 45/91.

<sup>366</sup>- سبق تخرجه أخرجه البخاري ومسلم.

<sup>367</sup>- سبق تخرجه أخرجه البخاري.

<sup>368</sup>- بدائع الصنائع، الكاساني: 27/6.

وأما الصالحان - وعلى رأيهما يفتى - ورأيهم هو الراجح والشافعية والحنابلة فلا يجوز عندهم البيع بما لا يتغابن به الناس عادة ولا بغير فاحش لأنه ليس بمعارف بين الناس ولا بغير بنسينة ولا بغير نقد البلد ولا بثمن المثل وهناك راغب بالزيادة

. 369

## ٢- الوكالة المقيدة:

هي التي تقييد بما قيد به الموكيل وكيله، فلا يصح أن يتعدى هذا القيد فلا يصح أن يتعدى هذا القيد، فإن عين المال أو الشخص أو الزمان أو المكان فعليه أن يتلزم بذلك، فإن خالف الوكيل لغا تصرفه إلا أن يكون خلافه إلى خير. وهي جائزة باتفاق الفقهاء<sup>370</sup>.

وعند المالكية الوكالة المقيدة تقيد بالعرف وبقيد الموكل<sup>371</sup>.

د. من حيث التعليق: تنقسم الوكالة من حيث التعليق إلى وكالة معلقة على شرط ووكالة غير معلقة ووكالة دورية.

**١- وكالة غير معلقة بشرط:** وهي الأصل في الوكالة أن تكون غير معلقة وهي جائزة باتفاق كان يقول: وكلتك في بيع سيارتي.

**٢- وكالة معلقة بشروط:** وصورتها أن يقول الموكل: إن قدم زيد فأنت وكيلي في بيع سيارتي، أو إذا جاء شهر المحرم فقد وكلتك. وتصح هذه الوكالة عند جمهور الحنفية والمالكية والحنابلة<sup>372</sup>.

واستدلوا بأن النبي صلى الله عليه وسلم قال في غزوة مؤتة: "أميركم زيد، فإن قُتل فجعفر، فإن قتل فعبد الله بن رواحة ...".<sup>373</sup>

<sup>369</sup> - المرجع السابق العمل على المنهج: 408/3 المغني، ابن قدامة: 5/64.

<sup>370</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/27، حاشية الدسوقي: 3/381، حاشية الحمل: 3/408، الكافي: 2/179.

<sup>371</sup> - حاشية الدسوقي: 3/381.

<sup>372</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/20، الكافي: 2/175.

<sup>373</sup> - أخرجه البخاري، كتاب المغازي، باب: غزوة مؤتة، رقم (٤٠١٣).

أما الشافعية في الأصح من المذهب لا يصح تعليق الوكالة على شرط مستقبل، لأن عقد تؤثر الجهة في إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع والإجارة.

لكن إن علقها على شرط في المستقبل ووجد الشرط وتصرف الوكيل صح التصرف، ووجب له أجر المثل لا الأجر المسمى إن عين له أجرًا لأن الأجر المسمى سقط مع فساد العقد المعلق<sup>374</sup>.

وأيضاً إذا عقد الموكل في الحال (من غير تعليق) وعلق التصرف على شرط مستقبلي بأن قال: وكلتك أن تطلق امرأتي بعد شهر صح تعليق التصرف<sup>375</sup>.

ورأي الجمهور أرجح بدلالة أن النبي صلى الله عليه وسلم علق - بصفته الموكل - توكل جعفر على قتل زيد - كما سبق -، ثم إنه ليس هناك ثمرة كبيرة للخلاف إذا علمنا أن الشافعية أجازوا تعليق تصرف الوكيل وجعلوا له أجراً المثل<sup>376</sup>.

#### هـ- من حيث الخصوص والعموم: تنقسم الوكالة إلى وكالة عامة ووكالة خاصة.

##### 1- الوكالة الخاصة:

وهي التوكيل بكل لفظ يدل على أمر خاص كقولك: وكلتك في شراء هذا البيت فهذا لا خلاف في جوازه عند الفقهاء

377

##### 2- الوكالة العامة:

وهي التوكيل بكل لفظ يدل على العموم ك قوله: أنت وكيلي في كل شيء، قوله: ما صنعت من شيء فهو جائز، قوله: أنت وكيلي في كل التصرفات. فليس لها لفظ خاص.

<sup>374</sup>- المذهب، الشيرازي: 350/1.

<sup>375</sup>- مغني المحتاج، الشريبي: 223/2.

<sup>376</sup>- الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدة الحمد، ص 98.

<sup>377</sup>- بداع الصناع، الكاساني: 25/6، حاشية الدسوقي: 3/381. مغني المحتاج، الشريبي: 2/227، المغني، ابن قدامة 5/81.

**قال الحنفية:** لو قال لغيره أنت وكيلي في كل شيء، أو قال: أنت وكيلي بكل قليل وكثير، يكون وكيلًا بحفظ المال لا غير، وهو الصحيح، أما لو قال: أنت وكيلي في كل شيء جائز أمرك، يصير وكيلًا في جميع التصرفات المالية كالبيع والشراء والزواج. واختلفوا في بعض التصرفات.

**والحاصل أن الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء إلا الطلاق والعتاق والوقف والهبة والصدقة على المفتى به، وكذا لا يملك الإبراء والحط عن الديون لأنها تبرع وهو لا يملكونه، وكذا لا يملك الإقراض والهبة بشرط العوض ويعمل ما وراء ذلك: كقبض الدين وايفائه والدعوى الإقرار ونحو ذلك<sup>378</sup>.**

**وقال المالكية:** يترب على الوكالة العامة نفاذ تصرفات الوكيل في كل ما لا يضر بالمال، فليس للموكِل أن يرُدّ تصرفه أو يُضَمِّنه شيئاً.

أما ما يضر بالمال فإنه لا ينفذ، فليس للوکيل أن يصدق من مال موکله ولا یهبه ولا یفعل ما ینقصه، إلا إذا قال الموکل وكلتك وكالة مفوضة وكل ما یصدر عنك ینفذ ولو كان ضاراً، لكن تصرفه لا ینفذ إذا كان فيه سفة وتبذير<sup>379</sup>. ويستثنى من الوکالة العامة عندهم أمور لا تصح إلا بتوکيل خاص وهي<sup>380</sup>:

- 1- طلاق زوجة الموكِل.
- 2- تزويج بنت الموكِل.
- 3- بيع داره التي یسكنها.

واستدل الحنفية والمالكية على صحة الوکالة العامة بأن الموكِل فوْض الأمر للوکيل، أما دعوى الجهة فهي جهالة يسيرة تتتحمل لأن مبني التوکيل على السعة، ولأن التوکيل استعانة فیتحمل في سبليها تلك الجهة الميسيرة.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الوکالة العامة باطلة. فقد نصوا على أنه یشترط أن يكون الموكِل فيه معلوماً من بعض الوجوه حيث یقل معه الغرر، ولا یشترط علمه من كل وجه فلو قال: وكلتك في كل قليل وكثير لي، أو في كل أمروري أو

<sup>378</sup>- الوکالة في الفقه الإسلامي والتطبيقات الاقتصادية المعاصرة، محمد نجدات الحمد ص: 101.

<sup>379</sup>- موهب خليل 191/5.

<sup>380</sup>- مختصر خليل 369/3.

فوضت إليك كل شيء، أو: أنت وكيلي فتصرف كيف شئت، أو نحو ذلك، لم يصح (لكثره الغر وعظم الخطر)، وإن قال: وكلتك في بيع أموالي وقبض ديوني واستيفائها نحو ذلك، صح وإن جهل الأموال والديون ومن هي عليه<sup>381</sup>.

ودليلهم على عدم صحتها ما يترب على نفاذ التصرفات من ضرر كبير وغير عظيم، لأنه يدخل في ذلك هبة مال الموكل، وطلاق نسائه، وذلك يفتح باب الخلاف بين الوكيل والموكل<sup>382</sup>.

وهذا ما يدعونا لترجح رأي الشافعية والحنابلة، ولأن الوكالة الخاصة تتحقق الحكمة التي من أجلها شرع الله تعالى الوكالة وهي دفع حاجة الناس وتحقيق مصالح العباد فلا حاجة في التوسيع في هذا الأمر. ويؤيد ذلك أن الذين أجازوا الوكالة العامة اضطربت أقوالهم واستثنوا بعض التصرفات، وأن القول بجواز الوكالة العامة يفتح باب الاحتيال وسرقة أموال الناس، خاصة عندما يكون الموكيل إنساناً بسيطاً أو امرأة لا تعرف ما يترب على الوكالة العامة - وهذا ما يحدث كثيراً من الواقع المشاهد - فنرى أن تشريع الوكالة العامة يكون للضرورة فقط عندما يضطر الإنسان بسبب ظرف ما أن يوكل غيره فلا بأس. وإنما

وأ والله أعلم<sup>383</sup>.

### تصرفات الوكيل:

#### أولاًً: صلاحيات الوكيل بالخصوصة:

الوكيل في الخصومة هو من يُوكل بالمراجعة أمام القاضي كالمحامي في عصرنا.

#### 1. صلاحية الإقرار<sup>384</sup>:

لا يملك الوكيل الإقرار على موكله عند جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية سواء عند القاضي أو عند غيره.

وحجتهم أن الوكيل في الخصومة وكيل في المنازعة والإقرار مسلمة فلا يملكه الوكيل لاختلاف الأمرين<sup>385</sup>.

<sup>381</sup> - نهاية الحاج، الرملي: 25/5. المغني ابن قدامة: 206/5.

<sup>382</sup> - الحاوي الكبير: 6/498.

<sup>383</sup> - الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدات الحمد، ص: 105.

<sup>384</sup> - الإقرار هو: إخبار عن ثبوت حق للغير على النفس. الدر المختار، المصحفي: 5/588.

وذهب أبو حنيفة والإمامان أبو يوسف و محمد إلى أن الوكيل بالخصوصية يملك الإقرار على موكله في الجملة.

ودليلهم أن الوكيل في الخصومة وكيل بالجواب (على ما يدعوه الخصم) وقد يكون هذا الجواب إنكاراً أو إقراراً.

### 3- صلاحية الإبراء<sup>386</sup> من الحق والمصالحة عليه:

اتفق فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الوكيل بالخصوصية لا يملك الإبراء من الحق والمصالحة عليه بسبب ما يأتي:

- أ- الإذن بالخصوصية لا يقتضي شيئاً من ذلك.
- ب- وكيل الخصومة مأمور بالمخالصة وهي منازعة والصلح مسلمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده.
- ت- إن الصلح إما أن يكون بيعاً ولا يجوز بيعه إلا بإذن موكله، وإنما أن يكون إبراء فلا يصح لأن الوكيل بعقد لا يملك عقداً آخر<sup>387</sup>.

### ثانياً: صلاحية الوكيل بالخصوصية للقبض:

لا يملك الموكّل بالخصوصية وثبتت الحق قبضه عند الشافعية والحنابلة.

وعللوا ذلك بأن الإذن في ثبات الحق ليس بإذن في القبض نظراً لغيرها، إذ ليس كل من يرضاه لثبات الحق يرضاه لقبضه<sup>388</sup>.

أما الحنفية فاختلفوا في ذلك، فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف و محمد رحمهم الله إلى أن الوكيل يملك القبض عيناً كان أو ديناً.

دليلهم أن الوكيل بالشيء وكيل بإتمامه وإتمام ذلك يكون بالقبض. وما لم يقبض فالخصوصية قائمة.

<sup>385</sup> - المهدية، المرغيناني: 150/3 - 151. حاشية الدسوقي: 379/3، تكملة المجموع، النموي: 114/14، المغني، ابن قدامة: 62/5.

<sup>386</sup> - الإبراء: إسقاط الشخص حقاً له في ذمة الآخر. رد المحتار، ابن عابدين: 276/4.

<sup>387</sup> - حاشية ابن عابدين: 412/4. مواهب الجليل، الخطاب: 188/6. المهدب، الشيرازي: 1/351. المعني، ابن قدامة: 12/5.

<sup>388</sup> - المهدب، الشيرازي: 1/351. المعني، ابن قدامة: 62/5.

وذهب زفر إلى أن الوكيل في الخصومة لا يملك القبض، لأن القبض غير الخصومة. والفتوى على قول زفر – كما قال صاحب الهدایة – لظهور الخيانة في الوکلاء، وقد یؤمن على الخصومة من لا یؤمن على المال<sup>389</sup>.

### ثالثاً: تصرف الوکيل بالبيع والشراء:

#### 1 - الوکيل بالبيع:

الوکيل بالبيع إما أن يكون مطلق التصرف أو مقيد التصرف.

##### أ - الوکالة المطلقة بالبيع:

كأن يقول له: وكلتك ببيع هذه الدار، ولم يقييد هذا البيع بشخص أو مكان أو حلول أو أجل.

ذهب أبو حنيفة أن للوکيل أن یبيع بأي ثمن كان عاجلاً أو آجلاً، قليلاً أو كثيراً حتى بالعُنْف الفاحش.

دليله: أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل<sup>390</sup>.

وقال الصابحان – ورأيهمما هو الراجح المفتى به عند الحنفية – والمالكية والشافعية والحنابلة: بتقييد الوکيل بالعرف فلا يصح له البيع بغير نقد البلد، ولا یبيع نسيئة وإن كان بأكثر من ثمن المثل، ولا یبيع بغير فاحش، فإن باعه والحالة هذه لم يصح البيع، وإذا كان قد سلم المبيع فإن كان باقياً استرده وإن تلف ضمن لتعديه<sup>391</sup>.

##### ب - الوکالة المقيدة بالبيع:

في الوکالة المقيدة يراعى القيد بالاتفاق، فإذا خالف قيده لا ينفذ تصرفه على الوکيل، ولكن يتوقف على إجازته إلا إذ كانت مخالفته لخير. كما لو قال: بع سيارتي بمائة ألف فباعها الوکيل بمائة وعشرة آلاف نفذ تصرفه<sup>392</sup>.

<sup>389</sup> – الهدایة، المرغینانی: 3/150.

<sup>390</sup> – بداع الصنائع، الكاسانی: 6/27.

<sup>391</sup> – حاشية الدسوقي: 3/382، مغني المحتاج، الشربینی: 2/223، المغني، ابن قدامة: 5/82.

<sup>392</sup> – بداع الصنائع، الكاسانی، 6/27، حاشية الدسوقي: 3/381، مغني المحتاج، الشربینی: 2/223، المغني، ابن قدامة: 5/81.

والتقيد قد يكون للمكان كأن يقول: وكلتك في بيع سيارتي في السوق الفلان.

وقد يكون التقيد للزمان كأن يقول: بع سيارتي يوم الجمعة.

وقد يكون التقيد لشخص كأن يقول: بع السيارة لفلان.

وقد يكون التقيد للثمن كأن يقول: بع داري بمائة ألف.

## 2 - الوكيل بالشراء

إما أن تكون الوكالة بالشراء مطلقة أو مقيدة.

### أ - الوكالة المطلقة بالشراء

قال الحنفية والمالكية: يجوز إطلاق التوكيل بالشراء، لأن ما يملك الموكل مباشرته بنفسه فيملك التفويض إلى غيره، ومن أمثلته أن يقول الموكل للوكيل: اشتري لي ما شئت، أو اشتري لي ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب، فإنه يصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والثمن لأنه فوض الرأي إليه، فيصح مع الجهالة الفاحشة كالمضاربة<sup>393</sup>.

وفي الوكالة المطلقة يراعى فيها الإطلاق ما أمكن، فإذا وكلَّ شخص آخر بشراء سلعة موصوفة، كما لو وكله بشراء دابة وسمى نوعها وثمنها لم يجز أن يشتريها إلا سليمة، لأن إطلاق الشراء يقتضي السلامة من العيب، فإذا اشتراها معيبة لزم الشراء الموكل عند أبي حنيفة لأن اسم الدابة بإطلاق يقع على السليمة والمعيبة.

وعند الصالحين يلزم الشراء الوكيل، لأن الإطلاق عندهم يتقييد بقيد السلامة بدلالة العرف<sup>394</sup>.

ويرى الحنابلة في المذهب والشافعية أن إطلاق الوكالة بالشراء – كأن يقول الموكل للوكيل: اشتري لي ما شئت – لا يصح، لأنه قد يشتري ما لا يقدر على ثمنه<sup>395</sup>.

### ب - الوكالة المقيدة بالشراء:

<sup>393</sup> – بداع الصنائع، الكاساني: 23/6، حاشية الدسوقي: 344/3

<sup>394</sup> – بداع الصنائع، الكاساني: 29/6، فتح القدير: 26/8.

<sup>395</sup> – المغني، ابن قدامة: 5/212، معنى المحتاج، الشريبي: 246/3. انظر: الموسوعة الكويتية: 45/51

أجاز الحنفية استحساناً والمالكية والحنابلة في المذهب الوكالة المقيدة بالشراء بشرط خلوها عن الجهالة الكثيرة. حتى لو لم يذكر نوع السلعة المعقود عليها. كأن يقول الموكيل للوكيل: اشتري لي ثوباً – ولم يذكر نوعه – فإنه يصح.

ووجه الاستحسان عند الحنفية ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم بن حرام ليشتري له به أضحية<sup>396</sup>.

فشراء الأضحية مع ذكر الشمن لا يرفع جهالة الصفة وقد فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم، ثم إن الجهالة القليلة في الوكالة لا تُفضي إلا المبازعة لأنها مبنية على المساحة، بخلاف البيع لأن مبناه على المضایقة والمماكسنة لأنها معاوضةٌ مالٌ بمال فالجهالة فيه مؤثرة تفسد العقد.

وقال الشافعية – وهو القياس عند الحنفية –: لا يصح مع الجهالة لأنه محظول<sup>397</sup>.

فلا يجوز باتفاق الفقهاء أن يشتري الوكيل إلا بشمن المثل، أو بزيادة يتغابن الناس فيها عادةً، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله<sup>398</sup>.

وقد فرق أبو حنيفة بين البيع والشراء عند الإطلاق، فأجازه في البيع بما قل أو كثر ولم يجزه في الشراء إلا بشمن المثل أو بزيادة يتغابن الناس فيها عادةً، فرق بأن الشراء الوكيل فيه متهم، لاحتمال أنه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها إليه، ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم<sup>399</sup>.

مثال القيد في المشتري: أن يقول له: اشتري لي سيارة من نوع كذا فاشتري لها سيارة من نوع آخر لم يلزم الموكيل بالشراء، ولم يلزم الوكيل لأنه خالف قياداً معتبراً للموكيل فيه مصلحة.

---

<sup>396</sup> – روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع إلـ حكيم بن حرام رضي الله عنه، ديناراً وأمره أن يشتري له أضحية، فاشترى شاة وباعها بدينارين، واشترى بأحدهما شاة وجاء النبي عليه الصلاة والسلام بشاة ودينار، وأخبره بما صنع، فأمره عليه الصلاة والسلام بأن يضحي بالشاة، ويتصدق بالدينار. أخرجه الترمذى كتاب البيوع، باب ما جاء في اشتراط الولاء والرجر عن ذلك، رقم (1178).

<sup>397</sup> – بدائع الصنائع، الكاساني: 6/23. مغني الحاج، الشيريني: 2/222. المغني، ابن قدامة: 5/213.

<sup>398</sup> – فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 236.

<sup>399</sup> – تبيين الحقائق، الزيلعي: 4/271. المرجع السابق.

ومثال القيد الثمن: أن يقول له: اشتري لي داراً بمائة ألف ليرة، فاشتري داراً بمائة ألف، فهذا الشراء لا يلزم الموكل، بل يلزم الوكيل مخالفة القيد، أما لو اشتري له الدار بثمانين ألفاً وهي مما يُشتري عادة بمائة ألف لزم شراء الموكل لأنها مخالفة إلى خير<sup>400</sup>.

وإن وكله بشراء شيء فاشتري بعده: فإن كان تبعيشه ضرر كالسيارة لم يلزم الموكل بشراء البعض، وإن لم يكن في تبعيشه ضرر، كالأرض الواسعة، لزم الموكل الشراء عند الحنفية والشافعية والحنابلة.

واو وكله بالشراء بالتقسيط أو مؤجلاً، فاشتري بثمن حال. لزم الشراء الوكيل، لأنه خالف قيد الموكل. فإن كانت الوكالة بالعكس، فاشتري بالتقسيط أو مؤجلاً، لزم الشراء الموكل، لأنه وإن خالف الوكيل مخالفة صورية، فقد وافق طلب الموكل في المعنى، والعبرة للمعنى لا للصورة.

ولو وكله أن يشتري ويشرط الخيار للموكل، فاشترا بغير خيار، لزم الشراء الوكيل.

وإذا وكله بشراء شيء بعينه، فاشتري الوكيل غيره، يكون الموكل عند الحنفية مخيّراً بين القبول والرّد، وعند جمهور الفقهاء: إن الشراء لازم للوكيل.

وفي الجملة إن القاعدة العامة هي أن الوكيل بالشراء إذا خالف أمر الموكل يكون عند الحنفية مشترياً لنفسه إلا إذا كان خلافاً إلى الخير فيلزم به الموكل باتفاق الفقهاء، والوكيل بالبيع إذا خالف أمر الموكل يتوقف بيعه على إجازة الموكل والفرق بينهما - كما مرّ سابقاً - هو أن الوكيل بالشراء متهم في جعل الشراء لنفسه، فينفذ عليه.

وببناء عليه: إذا وكله في شراء شاة بدينار فاشتري باليدينار شاتين يلزم الموكل بحما عنده الحنفية؛ لأنه خالف إلى خير. وكذا يلزم الموكل بحما بلا خيار عند المالكية. ويلزم بها الشافعية والحنابلة إن ساوت كل واحدةٍ منها أو إحداهما ديناراً عملاً بقصة عروة البارقي وكيل النبي صلى الله عليه وسلم في شراء الشاة<sup>401</sup>.

#### رابعاً: توكيل الوكيل غيره:

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للوكيل أن يوكل غيره إذا أذن الموكل له بذلك أو فرض له التصرف بأن يقول الموكل لوكيله:

<sup>400</sup> - فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 236.

<sup>401</sup> - انظر: الفقه الإسلامي المقارن وأدله، د. وهبة الزحيلي: 5/729.

اعمل برأيك عند المالكية والحنفية، وأن يقول له اصنع ما شئت عند الحنابلة<sup>402</sup>.

واتفق الفقهاء أيضاً على أنه لا يجوز للوكيل أن يوكِّل غيره إذا نهَاهِ الموكِّل عن ذلك، لأنَّ ما نهَاهُ عنه غير داخل في إذنه فلم يجز له التوكيل، والموكِّل لم يرض إلا بأمانته هو فقط<sup>403</sup>.

واستثنى المالكية والشافعية والحنابلة حالتين يصح للوكيل فيهما التوكيل ولو دون إذن وهم:

1 – أن يكون الأمر الموكَّل به لا يليق به.

2 – أن لا يتمكن الوكيل من إنجاز العمل لكثرته أو أنه لا يحسنه.

وليس للوكيل في الحالتين السابقتين أن يوكِّل إلا أميناً<sup>404</sup>.

**خامساً: تعاقد الوكيل مع نفسه:**

هناك قولان للفقهاء في هذه المسألة:

القول الأول: للجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة بالذهب والمالكية في المعتمد) الذين لم يجيزوا للوكيل في البيع مطلقاً أن يبيع لنفسه إذا أطلق الموكِّل إذن أو لم يأذن للوكيل في البيع لنفسه.

ودليلهم أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره فحملت الوكالة عليه، كما لو صرَّح به، ولأنَّه يلحقه تحمة فكأن الموكِّل قال لوكيله في البيع: بعه من غيرك<sup>405</sup>.

القول الثاني: الإمام أحمد في رواية: يجوز للوكيل في البيع مطلقاً أن يبيع لنفسه بشرطين:

1 – أن يزيد الوكيل على مبلغ ثمنه في النداء.

<sup>402</sup> – المبسوط، السرخسي: 19/32، القوانين الفقهية، ص: 323. التبيه للشيرازي، ص: 76، المغني، ابن قدامة: 6/524.

<sup>403</sup> – المراجع السابقة.

<sup>404</sup> – المراجع السابقة.

<sup>405</sup> – بدائع الصنائع، الكاساني: 28/6 الخشي على مختصر خليل: 6/77. إعانته الطالبين: 3/155، كشاف القناع، البهوي: 3/472.

2- أن يتولى النداء على المبيع غيره ويكون هو كأحد المشترين، لأنه بذلك يحصل غرض الموكل من التمن، أشبه ما لو باعه لأجنبي<sup>406</sup>.

### - عدم بيع الوكيل لمن ثرث شهادته له:

والمقصود من ثرث شهادته له، الأبوة والبنوة (الأصول والفروع)، وكذلك بيع الوكيل لزوجته أو بالعكس.

للفقهاء في هذه المسألة تفصيل:

ذهب الشافعية في الراجح عندهم ورواية عند الحنابلة إلى جواز بيع الوكيل لأصوله كأبيه أو لفروعه غير المحجورين كابنه البالغ الرشيد، فالأصل أنه يجوز أن يبيع لهما لانتفاء اتحاد الموجب والقابل، وكان كما لو باع لأجنبي<sup>407</sup>.

وذهب أبو حنيفة ورواية عند الشافعية وفي الراجح عند الحنابلة إلى عدم جواز البيع و الشراء لهؤلاء، لأن البيع من هؤلاء يبع من نفس الوكيل لاتصال منفعة الوكيل بهؤلاء، فكأنه باع واشتري من نفسه.

لكن الموكل إذا عَمِّ التوكيل فقال للوكيل: اصنع ما شئت، أو بع من هؤلاء (الأقارب)، أو أجاز ما صنعه الوكيل جاز بيعه في هذه الحالات باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه.

ويجوز عند الصاحبين من الحنفية البيع لهؤلاء إذا كان البيع والشراء بمثل القيمة، والدليل على ذلك أن البيع من هؤلاء كالبيع من الأجنبي<sup>408</sup>.

وقال المالكية على المشهور: لا يجوز للوكيل البيع والشراء لابنه الصغير أو الكبير الجنون أو السفيه لأنه من قبيل البيع لنفسه.

ويجوز بيع الوكيل من زوجته وولده الرشيد بشرط عدم المحاباة، فإن حاباهما فإن الوكيل يغنم هذا الفرق للموكل، والعبرة للمحاباة وقت البيع<sup>409</sup>.

<sup>406</sup> - المغني، ابن قدامة: 5/72.

<sup>407</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 2/225، إعانة الطالبين، الدمياطي البكري: 3/155. المغني، ابن قدامة: 5/72.

<sup>408</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/28. انظر: الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدات الحمد، ص 130.

## حكم العقد وحقوقه من ترجمة:

**حكم العقد:** المراد به الأثر المترتب على العقد شرعاً.

ففي عقد البيع حكم البيع هو ثبوت ملكية المشتري للمباع، واستحقاق البائع للثمن المذكور في العقد.

واتفق الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بواسطة وكيل: يقع مباشرة للموكلا نفسه، لا للوكيل؛ لأن الوكيل يعمل في الحقيقة لوكيله ويأمره، فهو قد استمد ولايته منه<sup>410</sup>.

**أما حقوق العقد:** فهي كل ما اتصل بتنفيذ أحكام العقد.

وبعبارة أخرى: هي الأعمال والالتزامات التي لا بد منها للحصول على حكمه أو على الغاية والغرض منه، مثل تسليم المباع، وقبض الثمن، والرد بالعيوب أو بسبب خيار الشرط أو الرؤية، وضمان رد الثمن، إذ استحق المباع مثلاً<sup>411</sup>.

يدرك الفقهاء أن العقود التي تترتب عليه حقوق تنقسم إلى قسمين<sup>412</sup>:

القسم الأول: العقود التي يضيقها الوكيل لنفسه، وذلك كالبيع والشراء والإجارة، وهذه حقوقها تتصل بالوكيل عند الحنفية والمالكية والشافعية<sup>413</sup>.

فالوكيل عليه تسليم المباع للمشتري، وقبض المباع للمشتري، وتقوم رؤيته للمباع مقام رؤية الموكلا، ومطالبة البائع له بالثمن إذا كان الثمن في الذمة وهكذا.

القسم الثاني: العقود التي يضيقها الوكيل إلى موكله:

<sup>409</sup> - حاشية الدسوقي: 387 / 3.

<sup>410</sup> - تبيين الحقائق، الزبلي: 4/256. بداية المجتهد، ابن رشد: 2/298. مغني المحتاج، الشريبي: 2/229. المغني ابن قدامة: 5/130.

<sup>411</sup> - الاستحقاق: هو أن يدعى أحد ملکية شيء موجود في يد غيره ويثبت بالبينة، ويقضى له بها.

<sup>412</sup> - الملكية ونظرية العقد، محمد أبو زهرة، ص: 347. الفقه الإسلامي وأدلته، الدكتور وهبة الزحيلي: 4/516.

<sup>413</sup> - انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى المخن، ص 240.

<sup>414</sup> - تبيين الحقائق، الزبلي: 4/256. المدونة، مالك بن أنس: 10/83. مغني المحتاج، الشريبي: 2/231.

وهذه العقود كالنکاح والخلع والصلح مع الإنكار عند الحنفية.

هذه العقود حقوقها تتعلق بالموكل مباشرة، لأن الوکيل فيها سفير محضور. حتى لو أضاف النکاح إلى نفسه وقع له دون الموکل.

وعلى هذا فلا يطالب الوکيل بالمهر، وإنما يطالب به الموکل، ولا يطالب وكيل الزوجة بتسلیمها، ووكيل المرأة في الخلع لا يطالب ببدل الخلع إلا إذا كان ضامناً.

وقال الحنابلة: إن حقوق العقد ترجع للموكل دون الوکيل، لأن الوکيل عندهم مجرد سفير ومحرر عن العاقد الأصيل<sup>415</sup>.

وفي هذا الرأي إضاعة للغرض من الوکالة، لأن الموکل يوکل غيره في أمره ليخفف من عناء مباشرته لها بنفسه، وأنه لا يليق به أن يباشرها، أو لعدم قدرته على القيام بها، فإذا عادت الحقوق للموکل نفسه لم يتحقق له الغرض من الوکالة<sup>416</sup>.

#### حال المقبوض في يد الوکيل:

اتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوکيل يعتبر أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها، لأن الموکل قد أقام الوکيل مقام نفسه، لأن يده نية عن الموکل بمنزلة يد الوديع، ولأن الوکالة عقد إرفاق ومعونة ولا يناسب ذلك أن يكون الوکيل ضامناً<sup>417</sup>.

واتفق الفقهاء على أنه إذا تعدى الوکيل فيما تحت يده من مال موکله أو فرط في المحافظة عليه، كان ضامناً لما يتلف منه، كما أنه مُقييد بما يقضى به العرف إذا كانت الوکالة مطلقة عن القيود، فإذا خالف كان متعدياً ووجب الضمان.

وللتوضیح ذلك نذكر فيما يلي بعض حالات التعدي والتفریط<sup>418</sup>:

<sup>415</sup> - المعني، ابن قدامة 5/97.

<sup>416</sup> - الوکالة في الفقه الإسلامي وتطبیقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجدات الحمد، ص: 138.

<sup>417</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/34. المذهب، الشیرازی: 1/357.

<sup>418</sup> - نقلأً عن الموسوعة الكويتية: 45/87 وما بعدها بتصرف في العبارة. وانظر: مجمع الضمانات، ص 360، فتح العلي المالك: 2/322، مغني المحتاج، الشریفی: 2/230، المعني، ابن قدامة: 5/222.

- إذا تعدى الوكيل فيما تحت يده من مال لموكله أو فرط في المحافظة عليه، كان ضامناً لما يتلف منه، فلو حمل على الدابة فوق طاقتها، أو لبس الثوب بدون إذن الموكيل ولم يقض العرف بمثل هذا الاستعمال، أو ضيئع المال الذي تحت يده من مبيع أو ثمن ولا يعرف كيف ضاع، أو وضعه في محل فنسيه كان ضامناً.
- إذا خلط الوكيل مال موكله بماله خلطاً لا يتميز عنه وكان ذلك بدون إذن الموكيل وضاع المال كان ضامناً مال موكله.
- إذا طلب الموكيل من الوكيل أن يرد ما تحت يده من مال له وجب عليه ردہ، فإذا امتنع عن ذلك بدون عذر كان ضامناً له.
- أما إذا امتنع بعدر بأن حال بينه وبين الرَّدِّ حائل كمرض أو سفر أو غير ذلك لم يكن ضامناً، فإذا زال العذر ولكنه أَخْرَ الرَّدِّ كان ضامناً.
- نص الحنفية على أنه لو دفع إلى إنسان مالاً ليقضي دينه فقضاء الموكيل بنفسه ثم قضاه الوكيل، فإن كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكيل فلا ضمان على الوكيل، ويرجع الموكيل على الطالب بما قبض من الوكيل، وإن علم بأن الموكيل قد قضاه بنفسه فهو ضامن، لأن الموكيل لما قضاه بنفسه فقد عزل الوكيل، إلا أن عزل الوكيل لا يصح إلا بعد علمه به، فإذا علم بفعل الموكيل فقد علم بالعزل فصار مُتعدّياً في الدفع فيلزمها الضمان، وإذا لم يعلم فلم يوجد منه التعدي فلا ضمان عليه.
- وعلى هذا إذا مات الموكيل ولم يعلم الوكيل بموته حتى قضى الدين لا ضمان عليه، وإذا كان عالماً بموته ضمن.
- الوكيل بالبيع على الحلول (نقداً) لا يسلم المبيع إلى المشتري قبل أن يقبض ثمنه، لما في التسليم قبله من خطر، فلو سلمه باختياره قبل قبض الثمن فجحده المشتري كان ضامناً للموكيل قيمة المبيع ولو مثلياً وإن زادت على الثمن يوم التسليم.
- إذا اشتري الوكيل شيئاً وقبضه، ولكن آخر تسليم الثمن بغير عذر حتى هلك في يده كان ضامناً له، لأنه مُقرّط في إمساكه بدون عذر، أما لو أمسكه بعدر؛ كأن ذهب ليدفعه إلى المشتري ولكن حال دون ذلك حائل فهلك لم يكن عليه ضمان، لعدم تفريطه في الإمساك.

- إذا أمر الموكل وكيله بعدم قبض الوديعة إلا جميعها ولكنه قبض ببعضها فقط كان ضامناً وبطل قبضه، فإن قبض الباقي قبل أن يهلك الأول يسقط الضمان.
  - **كيفية الضمان:** في حال التعدي أو التفريط فإن الوكيل يضمن ما تحت يده من مال موكله، فيضمن المثل في المال المثلثي، فالقيمة في المال القيمي، وكذلك لو كان مثلياً وتعدّر الحصول على المثل فإنه يضمن قيمته.
  - ويضمن الوكيل القيمة يوم التعدي والتلف أو الهلاك<sup>419</sup>.
- اشتراط الضمان أو نفيه عن الوكيل:**
- لا يضمن الوكيل ما تحت يده حتى لو شرط عليه الضمان، وما كان مضموناً على الوكيل لا ينفي ضمانه بشرطه عند أكثر الفقهاء، فقد صرحت الحنفية بأن اشتراط الضمان على الأمين باطل<sup>420</sup>.
- وعله المالكيه، بأن ذلك فيه إخراج الوكالة عن حقيقتها الشرعية<sup>421</sup>.
- وهذا ما أكدته الشافعية في كتبهم عن كل عقود الأمانة ومنها الوكالة<sup>422</sup>.
- وقال ابن قدامة: "ما لا يجب ضمانه لا يصيّره الشرط مضموناً، وما يجب ضمانه، لا ينفي ضمانه بشرط نفيه".
- وروي عن أَحْمَدَ مَا يَدُلُّ عَلَى نَفِيِ الضَّمَانِ بِشَرْطِهِ، وَوَجْوَبِهِ بِشَرْطِهِ، اسْتَدْلَالًا بِمَدْحُوثٍ: "الْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُطِهِمْ"<sup>423</sup>،  
والأول (أي عدم نفي الضمان أو إثباته بالشرط) ظاهر المذهب<sup>424</sup>.

---

<sup>419</sup> - مغني المحتاج، الشريفي: 231/2.

<sup>420</sup> - الدر المختار: 40/5.

<sup>421</sup> - الشرح الكبير للدردير: 423/3.

<sup>422</sup> - المذهب، الشيرازي: 366/1.

<sup>423</sup> - أخرجه الترمذى بلفظ: "الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا حراماً أو أحل حراماً والمسلمون على شرطهم إلا شرطاً حراماً أو أحل حراماً".  
كتاب: الأحكام، باب: ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس، رقم (1403) وقال عنه: حديث حسن صحيح.

<sup>424</sup> - المغني، ابن قدامة: 118/6.

دليل الفقهاء على ما سبق أن مقتضى العقد كونه أمانة، فإذا شرط ضمانه فقد التزم ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه فلم يلزمه كما لو اشترط ضمان الوديعة، أو ضمان مالٍ في يد مالكه.

وما كان مضموناً لا ينتفي ضمانه بشرطه، لأن مقتضى العقد الضمان فإذا شرط نفي ضمانه لا ينتفي مع وجود سببه، كما لو شرط نفي ضمان ما يتعدى فيه<sup>425</sup>.

#### انتهاء الوكالة:

أهم الحالات التي تنتهي بها الوكالة ما يأتي:

1- **بقيام الوكيل بالأمر الموكّل به** كأن وكله بقبض دينه فقبضه الوكيل، أو بقيام الموكّل نفسه بالأمر الموكّل فيه، كأن يوكّل إنسان غيره ببيع شيء ثم يبيعه الموكّل، فتنتهي الوكالة بالاتفاق، لأن العقد يصبح حينئذ غير ذي موضوع، فينزعز الوكيل وإن لم يعلم بالعزل<sup>426</sup>.

2- **عزل الموكّل وكيله أو عزل نفسه** وذلك لأن الوكالة عقد غير لازم فيمكن للوكل والموكل فسخ الوكالة بالعزل. وعزل الوكيل نفسه كما يحصل اليوم عندما يتنازل الحامي عن التوكيل.

ولكن يشترط لصحة العزل عند الحنفية<sup>427</sup> شرطان:

أحدهما: أن يعلم الوكيل بالعزل حتى لا يتضرر الوكيل، لأن في عزله من غير علمه تكذيب له في ادعائه الوكالة.

وهذا الشرط أيضاً شرطه المالكية<sup>428</sup> في الراجح وفي رواية عن الإمام أحمد<sup>429</sup>.

<sup>425</sup> - المرجع السابق: 366/5.

<sup>426</sup> - الميسوط، السرخسي: 50/19، الشرح الصغير: 523/3، كشاف القناع، البهوي: 3/457.

<sup>427</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/37.

<sup>428</sup> - حاشية الدسوقي: 3/396.

<sup>429</sup> - المغني، ابن قدامة: 5/76.

وقال الشافعى<sup>430</sup> ورواية عن الإمام أحمد<sup>431</sup> هي الراجحة: لا يُشترط علم الوكيل بالعزل، لأنه رفع عقد لا يُعتبر فيه الرضا.

والراجح هو رأي الحنفية ويكون تصرف الوكيل قبل علمه العزل صحيحًا نافذًا، ويشهد لهذا الرأي أن الأوامر الشرعية لا تسري على العباد إلا بعد علمهم بها، كما حصل لأهل قباء، فإنهم بقوا يصلون إلى جهة بيت المقدس إلى حين بلوغهم خبر تحويل القبلة إلى الكعبة<sup>432</sup>.

ثانيهما: ألا يتعلق بالوكالة حق للغير، فإذا تعلق بها حق للغير لم يصح العزل بغير رضا صاحب الحق، لأن في العزل إبطال صاحب الحق بغير رضاه، مثال: إذا وكل المدعى عليه وكيلًا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى فعزله المدعى عليه بغير حضرة المدعى لا ينعمل<sup>433</sup>.

### ٣- موت الموكل أو الوكيل:

لأن الموت مبطل الأهلية التصرف، فإذا مات الموكل أو الوكيل بطلت الوكالة باتفاق الفقهاء. وبالموت ينتقل المال إلى الورثة، فلا يلزمهم ما باع أو اشتري.

ولا يُشترط علم الوكيل بموته حتى تبطل الوكالة عند أكثر الفقهاء<sup>434</sup>.

### ٤- الجنون

تنهي الوكالة بالجنون المطبق سواء طرأ على الوكيل أو الموكل عند الحنفية.

واختلفوا في حديثه:

---

<sup>430</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 232/2.

<sup>431</sup> - المغني، ابن قدامة: 76/5.

<sup>432</sup> - الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة، د. محمد نجادات الحمد، ص 165.

<sup>433</sup> - رد المحتار: 416/4.

<sup>434</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 38/6. مغني المحتاج، الشريبي: 232/2. المغني، ابن قدامة: 76/5.

فَحَدَّهُ أَبُو حِنْفَةَ وَأَبُو يُوسُفَ بِمَا يَسْتَوْعِبُ الشَّهْرَ وَبِهِ يُفْتَنُ، وَوَجْهُ قَوْلِ أَبِي يُوسُفَ أَنَّ الشَّهْرَ أَدْنَى مَا يَسْقُطُ بِهِ عِبَادَةَ الصَّوْمِ.

وَحَدَّهُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسْنِ بِمَا يَسْتَوْعِبُ السَّنَةَ، لِأَنَّ الْمُسْتَوْعِبَ لِلْعِبَادَاتِ كُلُّهَا فَكَانَ التَّقْدِيرُ بِهِ أَوْلَى<sup>435</sup>.

وَذَهَبَ الشَّافِعِيَّةُ فِي الْمَذَهَبِ وَالْخَنَابِلَةُ فِي الْمَذَهَبِ كَذَلِكَ إِلَى أَنَّ الْوَكَالَةَ تُبْطَلُ بِالْجَنُونِ وَإِنْ زَالَ عَنْ قَرْبٍ، وَلَمْ يَفْرُقُوا بَيْنَ الْمَطْبَقِ وَغَيْرِهِ<sup>436</sup>.

وَقَالَ الْمَالِكِيَّةُ: لَا يَنْعَزِلُ الْوَكِيلُ بِجَنُونِهِ أَوْ جَنُونِ مَوْكِلِهِ إِلَّا أَنْ يَطُولَ جَنُونُ مَوْكِلِهِ جَدَّاً فَيُنْظَرُ لِهِ الْحَامِلُ.

وَلَا يُشَرِّطُ عِنْدَ الْجَمِيعِ أَنْ يَعْلَمَ الْعَاقِدُ بِخُروجِ الْطَّرفِ الْآخَرِ عَنِ الْوَكَالَةِ بِالْجَنُونِ.

أَمَا الإِغْمَاءُ: فَعِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ وَالْخَنَابِلَةِ لَا تُبْطَلُ الْوَكَالَةُ بِالْإِغْمَاءِ، لِأَنَّهُ لَا يُخْرِجُ الْإِنْسَانَ عَنِ الْأَهْلِيَّةِ التَّصْرِيفِ<sup>437</sup>.

وَأَلْحَقَ الشَّافِعِيَّةُ فِي الْأَصْحَاحِ الْإِغْمَاءَ بِالْجَنُونِ فِي بَطْلَانِ الْوَكَالَةِ، لِأَنَّ الْإِغْمَاءَ يَجْعَلُ الْإِنْسَانَ غَيْرَ أَهْلٍ لِلْقِيَامِ بِالْتَّصْرِيفَاتِ كَالْجَنُونِ، فَتُبْطَلُ بِهِ الْوَكَالَةُ لِذَلِكَ<sup>438</sup>.

## ٥ - الحجر:

فَالْحَجْرُ عَلَى الْوَكِيلِ أَوْ الْمَوْكِلِ يُبْطِلُ الْوَكَالَةَ عِنْدَ الْحَنَفِيَّةِ، لِأَنَّ الْحَجْرَ يُبْطِلُ الْأَهْلِيَّةَ فِي التَّصْرِيفِ بِالْمَالِ فَتُبْطَلُ الْوَكَالَةُ، وَذَلِكَ مُخْصَصٌ عِنْدَهُمْ إِذَا كَانَ الْوَكِيلُ وَكِيلًاً فِي الْعُقُودِ وَالْخُصُومَةِ، بِخَلَافِ مَا إِذَا كَانَ وَكِيلًاً فِي قَضَاءِ دِينٍ وَاقْتِضَائِهِ وَقَبْضٍ وَدِيْعَتِهِ فَلَا يَنْعَزِلُ بِالْحَجْرِ عَلَى الْوَكِيلِ.

وَتُبْطَلُ وَكَالَةُ الْوَكِيلِ بِالْحَجْرِ عِنْدَهُمْ عِلْمُ الْوَكِيلِ بِالْحَجْرِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ<sup>439</sup>.

<sup>435</sup> - فتح القدير: 142/8.

<sup>436</sup> - معنى المحتاج، المغني، ابن قدامة: 5/76.

<sup>437</sup> - كشف النقاع، البهوي: 3/469، تكملة ابن عابدين: 1/277.

<sup>438</sup> - معنى المحتاج، الشريبي: 2/232.

<sup>439</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/54.

وقال الحنابلة: تبطل بالحجر لسَفَهٍ، سواء طرأ على الوكيل أو على الموكِل.

وصرحوا أيضاً بأن الوكالة تبطل بفلسِ الموكِل فيما حُجِر عليه فيه كالتصريف في عين ماله لانقطاع تصرفه فيه، بخلاف ما لو وكله في تصرف في الدِّمَة<sup>440</sup>.

وقال الشافعية تبطل الوكالة بخروج أحدهما (الموكِل والوکيل) عن التصرف بموت أو جنون، وفي معنى الجنون الحجر على الوکيل أو على الموكِل بسَفَهٍ أو فَلْسٍ في كل تصرف لا ينفذ منها<sup>441</sup>.

وقال المالكية تبطل الوكالة بفلسِ الموكِل الأَخْص، لانتقال المال للغرماء.

والمراد بالفلس الأَخْص: هو حكمُ الْحاكمِ بأخذ ما بيد المفلس لغرمائه بشروطه، بأن يطلب الغراماء تقليس المدين، وأن يكون الدين الذي عليه حالاً، وأن يكون ذلك الدين الحال يزيد على ما بيد المدين من المال<sup>442</sup>.

## 6- الفسق

تبطل الوكالة عند الشافعية والحنابلة بفسق الوکيل في عقد ينافيه الفسق كإيجاب في الزواج لخروجه عن أهلية التصرف، بخلاف قبول الزواج أو الشراء<sup>443</sup>.

440 - كشاف القناع، البهوي: 469/3.

441 - معنى المحتاج، الشريفي: 258/3.

442 - حاشية الدسوقي: 3/63. وانظر: الموسوعة الكويتية: 45/109.

443 - الفسق في اللغة: الخروج عن الطاعة، وعن الدين، وعن الاستقامة. والفسق في الأصل خروج الشيء من الشيء على وجه الفساد، ومنه قولهم: الفسق الرطب: إذا خرج عن قشره. وفي الاصطلاح هو: الخروج الطاعة وتجاوز الحد بالمعصية.

والفسق يقع بالقليل من الذنب إذا كانت كبيرة، وبالكثير، لكن ثُعُورَتْ فيما كان كثيراً، وقد يكون الفسق شركاً، وقد يكون إثماً، وأكثر ما يقال الفاسق ملن التزم حكم الشعْر وأقرَّ به ثم أَخْلَأَ بمجمع أحكامه أو بيغضه. المعجم الوسيط، مادة: فسق. الموسوعة الكويتية: 32/140.

444 - معنى المحتاج، الشريفي: 3/258. كشاف القناع: 3/469.

قال ابن قدامة: "إِنْ فَسَقَ الْوَكِيلُ لَمْ يَنْعَزِلْ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَهْلِ التَّصْرِيفِ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْوَكَالَةُ فِيمَا يَنْفَافِيَ الْفَسَقَ، كَالْإِبْحَابِ فِي عَدَدِ النِّكَاحِ، فَإِنَّهُ يَنْعَزِلْ بِفَسْقِهِ أَوْ فَسَقِ مَوْكِلِهِ بِخُروجِهِ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصْرِيفِ. إِنْ كَانَ وَكِيلًاً فِي الْقَبُولِ لِلْمُوْكَلِ، لَمْ يَنْعَزِلْ بِفَسَقِ مَوْكِلِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْفَافِي جَوَازِ قَبُولِهِ. وَهُلْ يَنْعَزِلْ بِفَسَقِ نَفْسِهِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ:

إِنْ كَانَ وَكِيلًاً فِيمَا تَشْرِطُ فِيهِ الْأَمَانَةُ، كَوَكِيلٍ وَلِيِّ الْيَتَمِّ، وَوَلِيِّ الْوَقْفِ عَلَى الْمَسَاكِينِ، وَنَحْوِ هَذَا، اَنْعَزِلْ بِفَسْقِهِ وَفَسَقِ مَوْكِلِهِ بِخُروجِهِمَا بِذَلِكِ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصْرِيفِ.

إِنْ كَانَ وَكِيلًاً لِوَكِيلٍ مِنْ يَتَصْرِفُ فِي مَالِ نَفْسِهِ، اَنْعَزِلْ بِفَسْقِهِ؛ لِأَنَّ الْوَكِيلَ لَيْسَ لَهُ تَوْكِيلٌ فَاسِقٌ، وَلَا يَنْعَزِلْ بِفَسَقِ مَوْكِلِهِ؛ لِأَنَّ مَوْكِلَهُ وَكِيلٌ لِرَبِّ الْمَالِ، وَلَا يَنْفَافِي الْفَسَقَ، وَلَا تَبْطِلُ الْوَكَالَةُ بِالنُّومِ وَالسُّكُورِ وَالْإِغْمَاءِ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَخْرُجُهُ عَنْ أَهْلِيَّةِ التَّصْرِيفِ، وَلَا تَبْثِتُ عَلَيْهِ وَلَا يَحْصُلُ الْفَسَقُ بِالسُّكُورِ، فَيَكُونُ فِيهِ مِنَ التَّفَصِيلِ مَا أَسْلَفْنَاهُ" <sup>445</sup>.

## ٧- خروج المُوَكَّلِ فِيهِ عَنْ مَلْكِ الْمُوَكَّلِ

كَانَ وَكِيلَهُ عَلَى بَيْعِ دَارٍ أَوْ حَيْوانٍ أَوْ طَعَامٍ ثُمَّ بَاعَهُ الْمُوَكَّلُ بِنَفْسِهِ قَبْلَ أَنْ يَبِيعَهَا الْوَكِيلُ بِطْلَتِ الْوَكَالَةِ، لِأَنَّ الْوَكِيلَ عَاجِزٌ عَنِ التَّصْرِيفِ بِنَفْسِهِ فِي مَحْلِ الْوَكَالَةِ، لِزُواْلِ مَلْكِ الْمُوَكَّلِ فَيَتَهَيَّهِ حُكْمُ الْوَكَالَةِ. وَكَذَا لَوْ كَانَهُ فِي تَزْوِيجِ اِمْرَأَةٍ فَتَزَوَّجُهَا بِنَفْسِهِ بِطْلَتِ الْوَكَالَةِ" <sup>446</sup>.

## ٨- استحالة التنفيذ هلاك العين الموكلا بالتصريف فيها

كَمِنْ وَكِيلٌ فِي بَيْعِ دَارٍ ثُمَّ اَنْهَمَتْ بَعْدِ التَّوْكِيلِ، لِأَنَّ مَحْلَ الْوَكَالَةِ هَلَكَ فَبِطْلَتِ الْوَكَالَةِ <sup>447</sup>

## ٩- الجحود:

إِذَا جَحَدَ (أَنْكَرَ) الْمُوَكَّلَ أَوِ الْوَكِيلَ الْوَكَالَةَ اَنْتَهَتْ عِنْدَ الْحَنْفِيَّةِ وَالشَّافِعِيَّةِ، لِأَنَّ الْجَحْودَ بِمَثَابَةِ رَدِّ الْوَكَالَةِ، وَالْمَقْصُودُ بِالْجَحْودِ تَعْمَدُ الْإِنْكَارُ، أَمَّا إِنْكَارُ الْوَكَالَةِ لِنَسْيَانِهِ أَوْ لِغَرْضِهِ فِي الْإِنْكَارِ كَخُوفِ أَخْذِ ظَالِمِ الْمَالِ الْمُوَكَّلِ فِيهِ فَلَا تَبْطِلُ الْوَكَالَةُ بِذَلِكِ <sup>448</sup>.

<sup>445</sup> - المغني ابن قدامة: 89 / 5.

<sup>446</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 259 / 3. نهاية المحتاج، الرملي: 5 / 56، المغني، ابن قدامة: 5 / 78.

<sup>447</sup> - المغني، ابن قدامة: 78 / 5.

وقال الحنابلة: لا تبطل الوكالة بجحودها من الموكيل أو الوكيل<sup>449</sup>.

---

<sup>448</sup> رد المحتار: 4/417، مغني المحتاج، الشريبي: 2/233.

<sup>449</sup> الإقانع في فقه الإمام أحمد، موسى المحجاوي: 2/238.

## المبحث الثامن

### الشركات

#### أولاً: تعريف الشركة في اصطلاح الفقهاء

الشركة لغة: هي الاختلاط أي خلط أحد المالين بالأخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما. ثم أطلقـت عند الجمهور على العقد الخاص بها، وإن لم يوجد اختلاط النصيـين؛ لأن العقد سبب الخلـط<sup>450</sup>.

الشركة اصطلاحاً: اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشركة اصطلاحاً.

قال الحنفـية: "الشركة": عبارة عن عقد بين المـشاركـين في رأس المال والربح"<sup>451</sup>.

وـعرفـها المـالـكـيةـ بأـنـهاـ: "إـذـنـ فـيـ التـصـرـفـ لـهـماـ مـعـ أـنـفـسـهـمـاـ"<sup>452</sup>. أي أن يـأـذـنـ كـلـ وـاحـدـ منـ الشـرـيكـينـ لـصـاحـبـهـ فـيـ أـنـ يـتـصـرـفـ فـيـ مـالـهـماـ مـعـ إـبـقـاءـ حـقـ التـصـرـفـ لـكـلـ مـنـهـمـاـ.

وقـالـ الشـافـعـيـةـ: "الـشـرـكـةـ ثـبـوتـ الـحـقـ فـيـ شـيـءـ لـاثـيـنـ فـأـكـثـرـ عـلـىـ جـهـةـ الشـيـوـعـ"<sup>453</sup>.

والـشـيـوـعـ كـأـنـ يـمـلـكـ اـثـنـانـ فـأـكـثـرـ أـرـضاـ، دونـ أـنـ تـعـيـنـ مـنـهـمـ. أـمـاـ بـعـنـاـهـاـ الـخـاصـ فـقـدـ عـرـفـهاـ الشـافـعـيـةـ بأـنـهاـ: الـعـقـدـ الـذـيـ يـحـدـثـ بـالـاخـتـيـارـ بـقـصـدـ التـصـرـفـ وـتـحـصـيلـ الـرـبـحـ"<sup>454</sup>.

وـعـرـفـهاـ الـحـنـابـلـةـ بـقـوـلـهـمـ هـيـ: الـاجـتمـاعـ فـيـ اـسـتـحـقـاقـ أـوـ تـصـرـفـ<sup>455</sup>.

والـنـوـعـ الـأـوـلـ (الـاجـتمـاعـ فـيـ اـسـتـحـقـاقـ): شـرـكـةـ فـيـ الـمـالـ كـاثـيـنـ مـلـكـاـ عـيـنـاـ بـمـنـافـعـهـاـ بـيـارـثـ، أـوـ شـرـاءـ أـوـ هـبـةـ وـنـجـوـهـاـ.

<sup>450</sup> - تـبـيـنـ الـحـقـاـقـ، الـزـبـلـيـ: 312/3.

<sup>451</sup> - ردـ الـحـنـارـ، ابنـ عـابـدـيـ: 3/364.

<sup>452</sup> - الشـرحـ الـكـبـيرـ معـ حـاشـيـةـ الدـسوـقـيـ: 3/348.

<sup>453</sup> - مـعـنـيـ الـحـتـاجـ، الشـرـيبـيـ: 2/211.

<sup>454</sup> - المـرـجـعـ السـابـقـ: 2/211.

<sup>455</sup> - المـعـنـيـ، ابنـ قـدـامـةـ: 5/3.

والنوع الثاني: شركة عقود.

ويُعتبر تعريف الحنفية أولى التعريفات لأنّه يعبر عن حقيقة الشركة في أنها عقد، أما التعريف الأخرى فهي بالنظر إلى هدف الشركة وأثرها أو النتيجة المترتبة عليها<sup>456</sup>.

ومن التعريف السابقة يتبيّن لنا أنّ الشركة قد تكون بقصد الربح، وقد تكون لغير ذلك، ولهذا جعلها العلماء قسمين: شركة أملاك، وشركة عقد.

شركة الأموال: أن يملّك اثنان فأكثرا شيئاً واحداً، وقد يكون ذلك قهراً عنهما، أي بغير فعلهما ولا إرادتهما، كما لو ورثاه معاً، وقد يكون اختيارياً، أي بفعل منهما ورغبتهما، كأن يشتريَا شيئاً واحداً معاً، أو يقبلَا هبة لهما من أحد ونحو ذلك.

وتحكم هذه الشركة أن كل واحد من الشريكين أجنبي في نصيب الآخر، فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذنه، إذ لا ولية لأحدهما على مال الآخر<sup>457</sup>.

وهذه الشركة ليست هي المقصودة بالكلام في باب الشركة لدى الفقهاء. وإنما تبحث كل صورة منها في موضوعها من الباب الفقهي المتعلقة به، من هبة أو ارث أو وصية ونحو ذلك.

وأما شركة العقد: فهي المقصودة بالبحث في باب الشركة هنا، وقد ذكر الحنابلة أن الشركة العقد خمسة أنواع، وهي شركة العنان، وشركة الوجه، وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان، وشركة المضاربة<sup>458</sup>.

وذكر الشافعية والمالكية لشركة العقد أربعة أنواع: هي شركة العنان، وشركة المفاوضة، وشركة الأبدان، وشركة الوجه. وسأتحدث عنها بعد بيان مشروعية الشركة.

### ثانياً: مشروعية الشركة:

استدل الفقهاء على مشروعية الشركة من القرآن والسنة والإجماع<sup>459</sup>.

<sup>456</sup> - الفقه الإسلامي وأدله، د. وهبة الزحيلي: 522/5.

<sup>457</sup> - تبيّن الحقائق، الزبلي: 313/3. بدائع الصنائع، الكاساني: 6/56.

<sup>458</sup> - شرح منتهى الإرادات، البهوي: 1/455.

أما الكتاب:

أ. قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الْتُّلُثِ﴾ [النساء: 12]

وجه الدلالة: أن الإخوة لأم يشتركون بالسوية في ثلث ميراث الكلالة وهذا يدل على جواز الوكالة في الآية والآيات الآتية.

ب. قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ﴾ [الأنفال: 41]. فجعل الحُمُس مشتركاً بين أهل الخمس، وجعل أربعة أخماس الغنيمة مشتركة بين الغافرين. وقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذِّكْرِ مِثْلُ حَظِ الْأَنْثَيْنِ﴾ [النساء: 11]، فجعل الميراث مشتركاً بين الأولاد.

ج. قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾ [التوبه: 60]. فجعل الصدقة مشتركة بين أهل الأصناف.

د. قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [ص: 24]. (والخلطاء): هم الشركاء.

وأما السنة:

أ. ما روى جابر: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "من كان له شريكٌ في ربعة<sup>460</sup> أو خلٍ فليُنْسِأْ له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك"<sup>461</sup>.

ب. قال صلى الله عليه وسلم يقول الله عز وجل: "أنا ثالث الشريكين ما لم يحن أحدُهم صاحبه، فإذا خان أحدهما صاحبه حرجت من بيتهما"<sup>462</sup>. يعني: خرجت البركة.

<sup>459</sup> – البيان، العماني: 6 / 361. كشاف القناع، البهوي: 3 / 496.

<sup>460</sup> – الرابعة والرابع بفتح الراء وإسكان الباء، والرابع: الدار والمسكن ومطلق الأرض، وأصله المنزل الذي كانوا يرتبون فيه. شرح النووي على صحيح مسلم: 11 / 45.

<sup>461</sup> – أخرجه مسلم: كتاب المساقاة، باب الشفعة، رقم (4212).

<sup>462</sup> – سنن أبي داود، كتاب البيوع والإجرارات، باب: في الشركة، رقم (3383) ..

ج. وروي: أن السائب قال: كان النبي صلى الله عليه وسلم شريكـي، فلما كان بعد المبعث أتيت النبي صلى الله عليه وسلم، فقلت: يا رسول الله، كنت شريكـي، فكنت خير شريكـ، كنت لا ثـاري ولا ثـاري<sup>463</sup>. يعني: لا تخالف ولا تنزع، من قوله تعالى: ﴿فَادْأُرْمُ فِيهَا﴾ [البقرة: 72]، يعني: اختلفتم وتنزعـتم.

وأما الإجماع: فإن أحداً من العلماء لم يخالف في جوازها<sup>464</sup>. قال ابن قدامة: "وأجمع المسلمون على جواز الشركـة في الجملة، وإنما اختلفوا في أنواع منها نبينها إن شاء الله تعالى".<sup>465</sup>

### ثالثا: حكمـة تـشـريع الشرـكة

الناس متفاوتـون في قدرـاتهم وموهـبـهم، ولا يستطيعـ أغـلب الناس أن يستـقلـوا في كل ما تتـطلبـه الحياة، فقد يوجدـ من لـديـه المال لكنـه لا يـملكـ الخبرـة الكـافية في إـدارـة الأمـور، وهناكـ أنـاس يـملـكونـ الخبرـة، لكنـهم ليسـ عندـهم الـقدرة الجـسدـية الـالـازـمة، أو لا يـملكـ المال الكـافـي للـقيام بـعملـ ما، فيـضمـ بعضـهمـ ما لـديـهـ منـ قـدرـاتـ إلىـ ماـعـنـدـغـيرـهـ، فـتـوفـرـ دـعـائـمـ الـعـلـمـ، وـتـيسـرـ أـسـبابـ التـجـارـةـ الـراـبـحةـ فـيـكـونـ التـكـامـلـ، وـيـتحقـقـ التـعاـونـ.

### أنواع شـركـة العـقد:

#### الفـرع الأول: شـركـة العـنـان

##### أولاً: تعـريفـها وـاشـتقـاقـها

شرـكـة العـنـانـ - بالـكـسرـ أوـ بالـفتحـ: وهيـ أنـ يـشـترـكـ اثـنـانـ فيـ مـالـ هـمـاـ عـلـىـ أنـ يـتـجـرـاـ فـيـهـ والـربحـ بـيـنـهـما<sup>466</sup>، وهيـ جـائزـةـ بالإـجماعـ كماـ ذـكـرـ ابنـ المـنـذـرـ.<sup>467</sup>

<sup>463</sup> – سنـنـ أبيـ دـاودـ، كـتـابـ الـادـبـ، بـابـ: فـيـ كـراـهـيـةـ الـمـرـاءـ، رقمـ: (4836).

<sup>464</sup> – مـرـابـ الإـجـمـاعـ، ابنـ حـزمـ، صـ: 91.

<sup>465</sup> – المـغـنيـ، ابنـ قـدـاماـ: 5/3.

<sup>466</sup> – أيـ والـخـسـارـةـ عـلـيـهـمـ أـيـضاـ، وـلاـ يـصـحـ اـشـتـرـاطـ أـنـ تـكـونـ الخـسـارـةـ عـلـىـ أحدـ الشـرـيكـينـ.

وإنما اختلفوا في بعض شروطها، كما اختلفوا في علة تسميتها.

#### اشتقاقها:

قيل: سميت بالعنان؛ لأن الأصل في الشركين أن يتساويا في المال والتصرف، كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير، فإن عناني فرسيهما يكونان سواء.

وقال الفراء: هي مشتقة من عَنَّ الشيء: إذا عرض، يقال: عنت لي حاجة: إذا عرضت، فسميت الشركة عناناً؛ لأن كل واحد منهما عن له أن يشارك صاحبه، أو أنها تقع على حسب ما يعن لهما في كل التجارات أو في بعضها<sup>468</sup>.

ثانياً: مشروعيتها هي جائزة ومشروعية باتفاق الفقهاء وإن اختلفوا في بعض شروطها. وهي - في الحقيقة - النوع الشائع والمتعارف لدى الناس في الشركات، وهو الأصل فيها، لما فيه من معنى الاشتراك فعلاً، إذ إن مال الشركة في الأصل مشترك بين الشركاء، وهذا هو الأصل في الشركة، سواء أكان الاشتراك بالعمل أم لم يكن، وإن كان الغالب هو الاشتراك به أيضاً<sup>469</sup>.

كما أن البنك الإسلامي يتعامل بها في أكثر المشاركات الدائمة، حيث يقوم بمشاركة عملائه في إنشاء المشروعات أو استيراد المعدات وغير ذلك<sup>470</sup>.

#### ثالثاً: شروط شركة العنان

هناك ثلاثة شروط ذكرها الفقهاء تعم كل الشركات، وشروط خاصة تخص شركة العنان.

أما الشروط العامة لجواز الشركات فهي<sup>471</sup>:

467 - معنى شركة العنان هذا متفق عليه بين الحنفية والشافعية والزيدية والجعفريّة والظاهريّة والحنابلة في أحد قولين عندهم، فلا تنشأ الشركة إلا بالتصرف برأس المال بالشراء. وقال المالكية وفي قول راجح عند الحنابلة تعقد شركة المال بمجرد انعقاد العقد بين الشركاء. وهذا هو المقرر قانوناً. الشركات في الفقه الإسلامي للأستاذ علي الخفيف، ص: 35-48. الفقه الإسلامي وأدله، د. وهبة الرحيلي: 5/525.

468 - انظر: الميسوط، السرخسي: 11/150.

469 - المجمع، النووي: 14/66. الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، موسى المقدسي: 2/252.

470 - انظر: الفقه المنهجي: 7/43.

1. أن يكون المعقود عليه قابلاً للوکالة، لأن حکم الشركة ثبوت الاشتراك في المستفاد بالتجارة، ولا يصیر المستفاد مشتركاً بينهما إلا أن يكون كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في النصف، وأصلًا في النصف الآخر، فلا تصح في مباح کاحتطاب واصطياد، فإن الملك في كل ذلك لمن باشر السبب.

2. أن يكون الربح معلوم القدر، بأن تكون حصة كل شريك من الربح نسبة معلومة منه، كخمسة أو عشرة، فإن كان الربح مجهولاً فسدت الشركة، لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالة المعقود عليه تستوجب فساد العقد.

3. أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الجملة غير معين، فإن عيناً رجحاً معيناً كعشرة أو مائة كانت الشركة فاسدة لأن من الجائز أن لا يحصل ربح إلا بالمقدار المعين لأحد الشريكين، فكان التعيين منافيًّا لمقتضى عقد الشركة.

#### أما الشروط الخاصة بشركة العنان فهي<sup>472</sup>:

1. أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضرة عند الشراء، فلا يجوز أن يكون رأس المال ديناً، ولا مالاً غائباً، لأن المقصود من الشركة الربح، وذلك بواسطة التصرف، والتصرف لا يمكن إلا بالعين الحاضرة. فلا يتحقق المقصود من الشركة في حال غياب المال، وأن المدين قد لا يدفع الدين، وقد لا يستطيع الشريك إحضار المال الغائب والمهم حضور المال عند الشراء، ولا يشترط عند العقد - بخلاف الشافعية - لأن الشركة تتم بالشراء فيعتبر الحضور عند ذاك.

2. خلط المالين: لم يستلزم الحنفية والمالكية والحنابلة خلط مال الشركاء، لأن التوكيل جائز في المالين قبل الخلط، والشركة كذلك لأنها تقوم على الوکالة. وشرط المالكية الاشتراك في التصرف بمال، ولذلك تصح الشركة عندهم وإن كان مال كل واحد منهما بيده<sup>473</sup>.

أما الشافعية ففرقوا بين نوعين من العروض: المثلي والمتفقّم<sup>474</sup>، فمنعوا من انعقاد الشركة في الثاني بإطلاق، وأجازوها في النوع الأول بعد الخلط واتحاد الجنس، ولا بد من كون الخلط قبل العقد، فإن وقع بعد العقد ولو في المجلس لم يكفل، وتكون الشركة فاسدة<sup>475</sup>.

<sup>471</sup> - انظر: بدائع الصنائع، الكاساني: 6 / 58 – 59. فقه المعاملات، د. مصطفى الحن، ص: 106.

<sup>472</sup> - انظر: المؤسسات المالية الإسلامية، د. صالح العلي، ص: 264-268.

<sup>473</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/60. المغني، ابن قدامة: 5/128. حاشية الدسوقي: 3/349.

3. أن يكون رأس المال من الأثمان: أي من الدراهم والدنانير عند عامة الفقهاء لأنها قيم الأشياء وأثمان البياعات، ويحل محلها اليوم العملات الورقية على اختلاف أنواعها.

فلا تصح الشركة بالعروض؛ لأن رأس المال يتكون من قيمة العرض لا عينها، والقيمة مجهولة؛ لأنها تُعرف بالحَزْر والظَّن، وهو يختلف باختلاف التقويم، فيصير الربح مجهولاً فيؤدي إلى المنازعات عند القسمة. ثم إن الشركة تتضمن الوكالة، والوكالة لا تصح في العروض، فلو قال شخص لغيره بععرضك أي متاعك أو دارك على أن يكون ثمنه بيننا لا يجوز إذ الولاية عليه له وحده دون غيره،

أما لو قال: اشتري بـألف درهم من مالك على أن ما اشتريته يكون بيننا، وأنا أشتري بـألف درهم من مالي على أن ما أشتري يكون بيننا، جاز؛ لأن الشركة تكون في النقود<sup>476</sup>. وهذا عند جمهور الفقهاء.

وعند المالكية: تصح الشركة بالعروض - وهو كل مال ما عدا النقطتين الذهب والفضة - كالعقارات والمنقولات سواء اتفقا جنساً أو اختلفا، وتكون الشركة في العروض مقدرة بقيمتها، ودليله أن الشركة عقدت برأس مال معلوم، فأشبه النقود<sup>477</sup>.

ويترتب على هذا الشرط عند الحنفية في الرواية الراجحة، وعند الحنابلة: أنه لا تصح الشركة في التبر (أي ما لم يضرب من الذهب والفضة) والنقرة (أي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة) بناء على أنه كالعروض.

أما في الرواية الأخرى عند الحنفية فتجوز الشركة فيه؛ لأنها كالأنثان المطلقة والمدار على تعامل الناس به، فإذا تعاملوا به فحكمه حكم النقود، وإن لم يتعاملوا به فحكمه حكم العروض. وأما الشافعية فقد أجازوا الشركة فيه؛ لأنهم عدوه من المثلثيات<sup>478</sup>.

<sup>474</sup> - المتقوم بكسر الواو المشددة: ما يباح الانتفاع به شرعاً، وغير المتقوم: ما لا يباح الانتفاع به شرعاً، كاللحم والخنزير ونحوهما.

<sup>475</sup> - المذهب، الشيرازي: 157/2.

<sup>476</sup> - انظر الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 5/538.

<sup>477</sup> - بداية المجتهد، ابن رشد: 2/408.

<sup>478</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/59. مغني المحتاج، الشريبي: 3/225. وهناك طريقة ذكرها الحنفية لصحة الشركة فيما إذا كان أحدهما يملك نقداً والآخر عروضاً: وتلك الطريقة هي أن يبيع صاحب العروض نصف ما يملك من العروض بنصف نقد ما يملك صاحب النقد، فتصبح الشركة بينهما شركة ملك، ثم يعقدان بينهما عقد شركة عنان، فيصبحان شريكين.

#### رابعاً: الربح والخسارة واقتسامهما

بالنسبة للربح الحاصل في شركة العنان فإن الحنفية - عدا زفر - ذكرها حالتين<sup>479</sup> :

**الحالة الأولى:** تجوز الشركة مع تساوي الماليين والتفاوت في نسبة الربح وهنا ذكرها ثلاثة صور بعضها يصح وبعضها لا

يصح:

**الصورة الأولى:** إذا تساوى الملايين وشرط الشريكان العمل عليهم جميعاً ففي هذه الصورة يجوز شرط الزيادة، ويكون الربح بينهما على ما شرطاً.

**الصورة الثانية:** إذا تساوى الملايين وشرط الشريكان العمل على أحدهما، وكانت الزيادة للذى شرط عليه العمل، أيضاً تجوز الزيادة ويكون الربح بينهما على ما شرطاً.

**الصورة الثالثة:** إذا تساوى الملايين، وشرط العمل على أحدهما، ولكن شرطت الزيادة في الربح للشريك الآخر، ففي هذه الصورة لا يجوز ذلك. وذهب زفر رحمه الله إلى أنه لا يجوز اشتراط الزيادة في الربح على رأس المال.

**الحالة الثانية:** في جواز التساوي في الربح مع التفاوت في رأس المال:

أيضاً هنا ذكر الحنفية - عدا زفر - ثلاثة صور:

**الصورة الأولى:** إذا كان الملايين متفاوتين وشرط العمل على كل منهما جاز ذلك، ويكون الأمر على ما شرطاً، لأن هذه الزيادة قد يستحقها بزيادة العمل.

**الصورة الثانية:** إن شرطاً العمل على من كان رأس ماله أقل جاز أيضاً لأنه استحق الزيادة بعمله.

---

كما ذكر الشافعية حيلة لصحة جريان الشركة في العروض: وتلك الطريقة أن يبيع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر وبأذن له في التصرف. قال النووي الشافعى: "والحيلة في الشركة في العروض أن يبيع كل واحد بعض عرضه ببعض عرض الآخر ويأذن له في التصرف. مغني المحتاج، الشريين: 226/3.

479 - حاشية ابن عابدين: 6 / 484.

**الصورة الثالثة:** وإن شرطا العمل على من كان رأس ماله أكثر، فلا يجوز، لأن زيادة الربح في حق صاحب الأقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان.

وقال المالكية والشافعية وزفر من الحنفية: إن الربح في شركة العنان يكون تابعاً لرأس المال، فيكون متساوياً بين الشركاء إذا تساوى رأس مالهم، ويكون متفاضلاً على حسب حصة كل شريك من رأس مال الشركة، وإذا اشترط التساوي في الربح والخسارة مع تفاضل رأس المال في الشركة وعكسه، فإنها تفسد. إلا أن المالكية اشترطوا أيضاً أن يكون العمل بقدر المالين.

ولو اختص أحد الشركين بزيادة عمل، وشرط له مقابل ذلك زيادة ربح، فهناك وجهان عند الشافعية الأصح منهما: لا يجوز ذلك، كما لو شرط التفاوت في الخسران، فإن الشرط يكون لاغياً، ويوزع الخسران على المال. وقال الحنابلة: الربح في شركة العنان بقدر المالين ما لم يشترط خلاف ذلك، فيعمل بمقتضى الشرط ويجوز للشركين أن يجعلوا الربح على قدر المالين، ويجوز أن يتساوا في الربح ويتفاضلا في المال، وأن يتتفاضلا في الربح ويتساوا في المال وبهذا يتتفق الحنابلة مع الحنفية<sup>480</sup>.

#### خامساً: توزيع الخسارة

توزع الخسارة بين الشركاء على حسب رأس المال، دون نظر إلى عملهم فيها، أو شرطهم إذا كان هناك شرط مخالف لذلك، لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "الربح على ما شرطاً والخسارة على قدر المالين"<sup>481</sup>.

إإن كان الشركين متساوين في المال كانت الخسارة عليهما نصفين، وإن كان المال أثلاثاً كانت الخسارة أثلاثاً. وهذا لا خلاف فيه بين أهل العلم.<sup>482</sup>

ويبدو مما سبق بيانه أن رأي الحنفية والحنابلة هو الراجح، لأن الحاجة إلى الشركة تدفع إلى زيادة حصة أحدهما من الربح لا سيما إذا كان ماهراً في العمل وحادقاً في التجارة. ثم إن في هذا الرأي أيضاً تيسيراً على الناس في معاملاتهم، والقول بخلافه قد يؤدي إلى قلة النشاط الاقتصادي في المشاركة أو انعدامه، ومن ثم تضييع مصالح الناس<sup>483</sup>.

<sup>480</sup> - المغني، ابن قدامة: 14/5.

<sup>481</sup> - أي الخسارة في الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله. قال الحافظ الرizlعي عن هذا الحديث: غريب جداً (أي لا أصل له) ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول على. راجع: نصب الرأية: 475/3. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الرحيلي: 545/5.

<sup>482</sup> - المغني، ابن قدامة: 147/5.

ونختم كلامنا عن شركة العنان بصيغة عقد للشركة ذكره محمد بن أحمد المنهاجي الأسيوطى الشافعى فى كتابه "جواهر العقود" إذ قال : " صورة شركة العنان: هذا ما اشتراك عليه فلان وفلان وحضر إلى شهوده في يوم تاريخه فلان وفلان وأشهدها عليهم : أنهما أخرجوا من مالهما وصلب حالمما ما مبلغه من الذهب كذا أو الفضة كذا، وخلطا ذلك حتى صار مالاً واحداً لا يتميز بعضه من بعض ، وأن كل منهما للأخر أن يتبع من عرض ذلك ما شاء من أصناف المتأجر ويبيعه بالحانوت الجارى في إيجارهما الكائن بسوق كذا بالنقد والنسيئة ومهما أطلع الله في ذلك من ربح ويسره من فائدة كان مقوساً بينهما نصفين بالسوية أو على قدر ماليهما، وذلك بعد إخراج المؤن والكلف والأجر وحق الله تعالى (الزكاة) إن وجب شركة صحيحة شرعية اتفقا عليها، وتراضيا بها، وقبلها كل منهما من الآخر قبولاً شرعاً، وعلى كل منهما أداء الأمانة، وتجنب الخيانة، والعمل في ذلك كله بتقوى الله وطاعته وخشيته ومراقبته في سره وعلاناته<sup>484</sup> .

#### الفرع الثاني: شركة المفاوضة:

##### أولاً: تعريفها

**المفاوضة في اللغة: المساواة ومنه قول الشاعر:**

كُهْدَى الْأُمُورِ يَأْهُلِ الرَّأْيِ مَا صَلَحَتْ ... فَإِنْ تَوَلَّتْ فَبِالْأَشْرَارِ تَنْقَادُ

لَا يَصْلُحُ النَّاسُ فَوْضَى لَا سَرَّاهُ لَهُمْ ... وَلَا سَرَّاهُ إِذَا جَهَاهُمْ سَادُوا

أي لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساوين لا أشراف يأمرونهم وينهونهم. وسيبي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح وغير ذلك<sup>485</sup>.

وقيل: هي مشتقة من التفويض، لأن كل واحد منهما يفوض أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق تصرفًا كاملاً<sup>486</sup>.

**وأما في اصطلاح الفقهاء فهي:** أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتراكا في مال على عمل بشروط مخصوصة.

<sup>483</sup> – المؤسسات المالية الإسلامية، د. صالح العلي، ص 268.

<sup>484</sup> – جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، المنهاجي الأسيوطى: 153/1.

<sup>485</sup> – بدائع الصنائع، الكاساني: 58/6.

<sup>486</sup> – المرجع السابق. تبيان الحقائق، الزيلعي: 3/314. انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الحن، ص: 177.

والشروط هي التساوي في التصرف والمال والربح، ويصير كل واحد منهما وكيلًا عن صاحبه في التصرف، فحقوق كل عقد تنصرف إلى الآخر كما تنصرف إلى نفسه، وكفليًا عنه فيما يلتحقه من حقوق....<sup>487</sup>

أي أنها متضامنان في الحقوق والواجبات المتعلقة بما يتاجران فيه، ويكون كل واحد منهما فيما يجب لصاحبها بمنزلة الوكيل عنه، وفيما يجب عليه بمنزلة الكفيل عنه.

### ثانياً: مشروعيتها

أجازها الحنفية استحساناً<sup>488</sup> إذا استجمعت شرائطها، وذهب الجمهور إلى عدم صحتها بمفهومها عند الحنفية.

**أدلة الجمهور:** استدل الجمهور على بطلان شركة المفاوضة بما يأتي:

- أنها تتضمن الوكالة والكافالة، وكل واحد منهما عند انفراده لا يجوز. فالوكالة بجهول الجنس - كما يجري في المفاوضة - لا يجوز كما لو وكله بشراء الثوب - من دون تحديد - لا تصح الوكالة، والكافالة فيما يلحق شريكة من حقوق مجهمولة لا تصح أيضاً..<sup>489</sup>

ب. أنها عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح، ولأن فيها غرراً يتمثل في أن كل واحد منهما يلزم ما يلزم الآخر، وقد يلزم شيء لا يقدر على القيام به<sup>490</sup>. ومن هنا قال الإمام مالك رحمه الله: "لا أعرف ما المفاوضة". وقال الإمام الشافعي رحمه الله: "إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا" أشار إلى كثرة الغرر والجهالات فيها..<sup>491</sup>

**أدلة الحنفية على صحتها:**

<sup>487</sup> - انظر: مجمع الأئم، دمام أفندي: 11/717.

<sup>488</sup> - المرجع السابق. الاختيار لتعليق المختار، الموصلي: 3/12. البحر الرائق، ابن نجيم: 11/471.

<sup>489</sup> - المراجع السابقة: 1/717.

<sup>490</sup> - المغني، ابن قدامة: 5/25.

<sup>491</sup> - معنى المحتاج، الشريبي: 3/223.

ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "فَأَوْضُوا فِإِنَّهُ أَعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ". وهو غير معروف في شيء من كتب الحديث<sup>492</sup>. وتعامل الناس بها من غير نكير، والجهالة مُغتفرة لأنها تثبت تبعاً وليس مقصودة<sup>493</sup>.

### ثالثاً: شروطها:

بالإضافة إلى الشروط العامة في كل شركة وهي<sup>494</sup> :

1- أهلية الوكالة في كل من العاقدين

2- أن يكون الربح معلوم القدر.

3- أن يكون الربح جزءاً شائعاً.

يُضاف إليها شروط خاصة بشركة المفاوضة ذكرها الحنفية وهي:

أ. أهلية الكفالة بأن يكونا حرين بالغين عاقلين راشدين غير محجور عليهم.

ب. أن يكون رأس المال من النقادين - الذهب والفضة - ومثلها العملات الورقية اليوم.

ج. أن يتساوى الشرككان في مالهما الذي تصح به الشركة، فإذا كان الملاآن متفااضلين لم تصح المفاوضة، لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة، والمساواة بالقدر بالاتفاق بأن يكون من أحدهما ألف دينار ومن الآخر مثل ذلك، وفي المشهور عند الحنفية المساواة في القيمة فيجوز أن يكون من أحدهما دراهم ومن الآخر دنانير إذا تساويا في القيمة.

د. أن يتساوى الشرككان في الربح: فإن شرط التفاضل فيه بطلت الشركة.

<sup>492</sup> - قال عنه الحافظ ابن حجر العسقلاني في كتابه "الدرية في تخريج أحاديث المداية" 143/2: "لم أجده وروى ابن ماجة من حديث صحيب رفعه: "ثلاثة فيهم البركة البيع إلى أجل، والمفاوضة، والخلط البر بالشعيـلـيـت لا للبيع". والنـسـخـ مـخـتـلـفـ هـلـ هـيـ المـفـاـوضـةـ بـالـفـاءـ وـالـوـاـوـ أـوـ بـالـقـافـ وـالـرـاءـ. وـقـدـ أـخـرـجـهـ الحـرـيـ فيـ غـرـيـبـهـ بـالـعـيـنـ وـالـرـاءـ وـفـسـرـهـ بـأـنـهـ بـيـعـ عـرـضـ بـعـرـضـ".

<sup>493</sup> - مجمع الأئمـرـ، دـامـادـ أـفـنـدـيـ: 1/717.

<sup>494</sup> - انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى المخن، ص: 779. المؤسسات المالية، د. صالح العلي ص: 279.

هـ. أن تكون المفاوضة في جميع التجارات، فلا يختص أحد الشركين بتجارة دون شريكه، لأن في الاختصاص إبطالاً لمعنى المفاوضة وهي المساواة.

وـ. أن يتساوى الشرككان في حق التصرف في أموالهما عامة فلا تصح الشركة بين مسلم وغير مسلم، إذ غير المسلم تصح منه التجارة في الخمر ولا يصح ذلك من المسلم، وأجاز ذلك أبو يوسف مع الكراهة. كما لا تصح المفاوضة بين بالغ وصبي ولو مأذوناً في التجارة، لأن الصبي محدود بالإذن لا يتعاه دون البالغ، ولأن الإذن قابل للإلغاء.

زـ. أن لا يكون لأحد المتفاوضين ما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة، إذ ينبغي أن يخرجها جميع ما يملكته مما تصح به الشركة من الدراهم والدنانير. وإذا تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعرض والعقار والدين فإن الشركة تكون صحيحة، فلو حصل أحد الشركاء - مثلاً - على مال بطريق هبة أو إرث أو غير ذلك، فسدت الشركة وانقلبت عناناً لانعدام شرط التساوي.

من خلال الشروط السابقة يتبين أن شركة المفاوضة متعرجة الواقع، لأن اشتراط تساوي أموال الشركاء في القيمة وعدم اختصاص كل شريك بمال يصلح أن يكون رأس مال للشركة في جميع مراحل وجودها لا يبقي عليها زناً طويلاً، فإن استمرار كل شريك على ما كان له من نقود عند تكوينها وعدم زيادتها بعد ذلك أمر يكاد أن يكون عسيراً<sup>495</sup>.

وينبغي التنبيه أنه إذا فقد شرط من شروط المفاوضة انعقدت شركة عنان. قال الكاساني في البدائع: "وفي كل موضع فُقد شرط من الشروط بالتفاوضة كانت الشركة عناناً؛ لأن المفاوضة تضمنت العنوان وزيادة. بطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنوان، ولأن فقد شرط في عقد إنما يوجب بطلانه إذا كان العقد مما يقف صحته عليه ولا يقف صحة العنوان على هذه الشرائط ففقدانها لا يوجب بطلانه"<sup>496</sup>.

رابعاً: ما يتربى على شركة المفاوضة من آثار<sup>497</sup>

<sup>495</sup> - فقه المعاملات، د. مصطفى الحن، ص180. نقاً عن الشركات في الفقه الإسلامي ل علي الحفيف، ص63.

<sup>496</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/62.

<sup>497</sup> - اللباب في شرح الكتاب، الغنيمي الميداني: 2/123. فقه المعاملات د. مصطفى الحن، ص181.

أ. تطلق يد الشركاء جميعاً في مال الشركة على حد سواء، ويكون كل ما اشتراه أحد الشركاء مشتركاً بين الجميع، إلا طعام أهله وكسوته، وكذلك كل ما كان من حوائجه الخاصة، كاستئجار دار للسكن وشرائها لذلك، وما أشبه ذلك.

ب. كل ما ينشأ عن تصرفات أحدهم فيما يخص الشركة من دين أو غصب أو ضمان أو كفالة بمال أو غير ذلك، فإنه يلزم الآخرين بموجب عقد الشركة.

ج. كل ما تحصل من ربح في الشركة يكون بين الشركاء بالتساوي، وكذلك الخسارة.

د - إذا حصل أحد الشركاء على مال من خارج الشركة مما تصح به الشركة، بطريق هبة أو إرث أو غير ذلك فقد فسدت شركة المفاوضة وانقلبت عنانًا لاختلال أحد شروطها، لأن شرط التساوي في الأموال شرط صحة في الابتداء والبقاء على حد سواء.

ه - إذا هلك مال الشركة جميعه بطلت الشركة.

#### الفرع الثالث: شركة الأبدان وتحتسمى شركة التقبيل وشركة الصنائع:

##### أولاً: تعريفها

أن يعقد اثنان أو أكثر على أن يشتركا في تقبيل أعمال معينة والقيام بها على أن يكون ما يدخل عليهمما من ربح بسببها مشتركاً بينهما<sup>498</sup>.

وهي المعروفة بشركة الحمالين وسائر المحترفة كالخياطين والنجارين والدلالين (السماسرة) ليكون بينهما كسبهما متساوياً أو متباوتاً، سواء اتحدت حرفهما كنجار ونجار، أو اختلفت كخياط ونجار. وهي اليوم شائعة في ورشة الحداوة أو النجارة ونحوهما، وتعتبر شركة التقليب عن النفط وشركة التفريغ والشحن ونحوها من شركات الأعمال<sup>499</sup>.

وسميت شركة الأبدان لأن المشتركين يعملون بأبدانهم، وبشركة الصنائع لأن رأس المال فيها هو الصنعة، وبشركة التقبيل لأن ما يتقبله كل واحد من الشركاء يلزم الآخر.

<sup>498</sup> - انظر: المبدع في شرح المقنع: 386/4. بدائع الصنائع، الكاساني: 57/6.

<sup>499</sup> - الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 532/5.

## ثانياً: مشروع عيتها

ذهب المالكية والحنفية والحنابلة إلى حوازها، لأن المقصود منها تحصيل الربح وهو ممكн بالتوكيل<sup>500</sup>.

إلا أن المالكية يشترطون لصحة هذه الشركة اتحاد الصنعة في الشركاء مع اتحاد المكان، فتجوز بين محترفي صنعة واحدة، ولا تجوز بين مختلفي الصنائع إلا أن تكون إحداهم تستلزم الأخرى، بأن يتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر كغزال ونساج فيجوز<sup>501</sup>.

ولم يشترط الحنفية والحنابلة اتحاد الصنعة واتحاد المكان<sup>502</sup>.

وأجاز الحنابلة هذه الشركة حتى في المباحثات كالاحتطاب والاحتشاش ونحوهما، فتجوز عندهم فيما يشترك فيه الشركاء بأبدانهما من مباح كالاحتشاش والاصطياد والتلصص على دار الحرب، إلا أنهم قالوا: لا تصح شركة الدلالين<sup>503</sup>.

أما الحنفية فلا تصح عندهم إلا فيما تصح فيه الوكالة، فلا تصح بالمباحثات لأنها لا تصح الوكالة فيها فإنها تملك بالاستيلاء<sup>504</sup>.

## أدلة الجمهور:

ما روي عن ابن مسعود أنه قال: اشتربت أنا وعمار وسعد يوم بدر، فأصاب سعد أسيرين، ولم أصب أنا وعمار شيئاً، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم علينا<sup>505</sup>. فهذه شركة فيما يصيبون من سلب في الحرب.

وتعامل الناس بها فيسائر الإعصار من غير نكير عليهم من أحد.

<sup>500</sup> - الذخيرة في الفقه، القرافي: 33/8.

<sup>501</sup> - بداية المجنهد، ابن راشد 2/206.

<sup>502</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 64/6. الإنقانع، المقدسي: 2/271

<sup>503</sup> - الإنقانع، المقدسي: 2/271.

<sup>504</sup> - رد المحتار، ابن عابدين: 4/325.

<sup>505</sup> - رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه عن أبي عبيدة عن عبد الله، قال ابن تيمية في "منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخبار" عن هذا الحديث: "وهو حجة في شركة الأبدان وتملك المباحثات". نيل الأوطار: 5/317.

ولأن الشركة تكون بالمال، أو بالعمل كما في المضاربة، والشركة هنا عمل من الأعمال<sup>506</sup>.

وذهب الشافعية والإمامية وزفر من الحنفية إلى بطلان شركة الأبدان: لأن الشركة تختص عندهم بالأموال لا بالأعمال، ولأن العمل لا ينضبط، فكان فيه غرر وعدم انضباط، إذ لا يدرى أحدهما أن صاحبه يكسب أم لا، وربما قام أحد الشركين بالعمل كله دون أن يقوم غيره بشيء، فيكون في ذلك عَبْن حين يتقاسم الشركوان ثمار العمل، ولأن كل واحد منهمما متميز عن الآخر بيده ومنافعه، فيختص بفوائده، كما لو اشتراكا في الاحتطاب والاصطياد وسائر المباحثات.

فإن ذلك لا يجوز حتى عند الحنفية، لأن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة في تملك المباح، لأنه يملّك بالاستيلاء<sup>507</sup>.

### ثالثاً: شروط صحة شركة الأبدان<sup>508</sup>

شركة الأبدان عند الحنفية إما أن تكون شركة مفاوضة وإما أن تكون شركة عنان.

شروط شركة المفاوضة في الأبدان: يشترط لصحتها كل ما يشترط في شركة المفاوضة، ماعدا ما يخص الأموال، لأنه ليس فيها أموال، فيشترط فيها أهلية الكفالة والوكالة، وأن يتساوايا في حق التصرف، وأن يتساوايا في الربح والخسارة، وأن تكون بلغظ المفاوضة أو ما يقوم مقامه.

شروط شركة العنان في الأبدان: يُشترط فيها ما يشترط في شركة العنان سوى ما يتصل بالأموال أيضاً، فيشترط فيها الوكالة ليس غير. وعلى هذا فكل مفاوضة في شركة الأبدان فسدت لفقد بعض شروطها تقلب عناناً.

### رابعاً: فيما يترب على شركة الأبدان من آثار

إذا وقعت شركة الأبدان صحيحة ترتب عليها الأحكام الآتية<sup>509</sup>:

506 – بداع الصنائع، الكاساني: 6/57، 76، رد المحتار، ابن عابدين: 3/380، بداية المجتهد، ابن رشد: 2/252، والمغني، ابن قدامة: 5/11، 3/5.

507 – فتح القدير: 5/31، معنى المحتاج، الشريبي: 2/212. انظر: الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 5/534.

508 – بداع الصنائع: 6/56، المبدع في شرح المقنع: 4/386. وانظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 185, 184.

509 – انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 185.

أـ أن كل ما يحصل عليه أحد الشركاء من ربح نتيجة عمله بعد عقد الشركة فهو بين الشركاء إن كانت شركة مفاوضة وكذلك الخسارة، وإن كانت شركة عنان فالربح بينهما على حسب الاتفاق من مساواة أو تفاضل، والخسارة بالتساوي هذا عند الحنفية<sup>510</sup>.

وقال المالكية: ينبغي أن يأخذ كل واحد من الشريكين من الربح بقدر عمله أو قريباً منه، ويتسامح في الزيادة اليسيرة في الربح عندهم. وقالوا أيضاً: إذا احتاج الصانع إلى رأس مال فإنهما يخرجانه بقدر أعمالهما<sup>511</sup>.

وقال الحنابلة: يجوز أن يكون الربح متساوياً أو متفضلاً بين الشركاء في هذه الشركة. لأن المعقود عليه فيها هو العمل، والشركاء قد يتفضلون أو يتساون، لذلك جاز لهم الاتفاق على الربح من مساواة أو تفاضل كما في شركة العنان<sup>512</sup>.

بـ لكل من الشركاء أن يتقبل الأعمال، وكل ما يتقبله أحد الشركاء من عمل يكلف به الشركاء جميعاً، ويطالبون به جميعاً، لأنه يتقبله عن نفسه بالأصلحة وعن شريكه بالوكالة فيجب عليهم.

جـ يجوز لأي من الشركاء مطالبة صاحب السلعة بالأجر، ولو لم يكن هو المتقبل منه.

دـ إذا دفع المستأجر الأجرة إلى أي من الشركاء جاز وبئته ذمته، ولو لم يكن الصانع له<sup>513</sup>.

#### الفرع الرابع: شركة الوجوه

##### أولاً: تعريفها

أن يشترك وجيهان عند الناس أو أكثر، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن يشتريا في ذمتهما بالنسبيّة (أي بموجل)، ويبيعاه بالنقد، ثم يوفون ثمنها لأصحابها، وما فضل عن ذلك من ربح يكون مشاعاً بينهما. وصورة الشركة أن يقولا:

<sup>510</sup> - حاشية ابن عابدين: 323/4.

<sup>511</sup> - حاشية السوقى: 362 - 161/3. وانظر: فقه المؤسسات المالية الإسلامية، د. صالح العلي، ص 275.

<sup>512</sup> المؤسسات المالية الإسلامية، د. صالح العلي، ص: 276 نقلاً عن عبارة المغني، ابن قدامة بتصرف: 8/5.

<sup>513</sup> المغني، ابن قدامة: 7. حاشية ابن عابدين: 323/4.

اشتركتنا على ان نشتري بالنسبيه ونباع بالنقد، على أن ما رزق الله سبحانه من ربح (من فرق الأثمان)، فهو يبنتنا على شرط كذا<sup>514</sup>.

وسمى هذا النوع شركة الوجوه، لأنها لا يباع بالنسبيه إلا لوجيه من الناس عادة. وهي معروفة بشركة المفاليس لانعدام رأس المال.

ومعروفة أيضاً بالشركة على الذمم من غير صنعة ولا مال.

وقيل: إنما سميت هذه الشركة شركة الوجوه لأنها ليس لها مال ولا عمل، فجلس كل واحد منها ينظر إلى صاحبه<sup>515</sup>.

ثانياً: مشروعيتها

أجاز هذه الشركة الخفية والخنابلة.

دليلهم: بعض ما ورد من الأدلة في شركة الأبدان، ولتعامل الناس بها في الأعصار من غير نكير، ولأنها شركة عقد تتضمن توكييل كل شريك صاحبه في البيع والشراء. وتوكييل كل واحد منها صاحبه بالشراء أن يكون المشتري بينهما صحيح فكذلك الشركة التي تتضمن ذلك<sup>516</sup>.

وقال المالكية والشافعية: إن هذه الشركة باطلة، لأن الشركة إنما تتعلق على المال أو العمل، وكلها معدومان في هذه المسألة، مع ما في ذلك من الغرر. لأن كل واحد منها عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص<sup>517</sup>.

#### الفرع الخامس: شركة المضاربة

<sup>514</sup> - فتح القدير: 30/5. وانظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الحن، ص:187.

<sup>515</sup> - البناء شرح المداية، العيني: 411/7.

<sup>516</sup> - المغني، ابن قدامة: 23/5، تحفة الفقهاء، السمرقندى: 11/3، بدائع الصنائع، الكاساني: 57/6، مجمع الضمانات، البغدادي، ص 303. الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 530/5.

<sup>517</sup> - إرشاد السالك، البغدادي: ص 157، بداية المحتهد 206/2، الحاوي الكبير: 1055/6، المجموع، التوسي: 75/14. وانظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الحن، ص: 187.

هذا العقد يتفق فيه اثنان على المعاشرة والربح، على أن يقدم أحدهما رأس المال والعمل من الآخر، ولفظ المضاربة هي لغة أهل العراق، وبهأخذ الحنفية والحنابلة، وعنونوا له في كتبهم كتاب المضاربة، وأما لفظ "القرابض" فهي لغة أهل الحجاز. وعنون به في المالكية في كتبهم<sup>518</sup>.

### أولاً: تعريفها

المضاربة لغة: معاشرة من الضرب في الأرض وهو السير فيها<sup>519</sup>. وسيجيء هذا العقد مضاربة مشتقة من الضرب في الأرض، وهو السفر فيها للتجارة والربح<sup>520</sup>. ومنه قوله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: 20]<sup>521</sup>.

واصطلاحاً: عَرَفَ الحنفية المضاربة بأنها: "عقد على الشركة في الربح بمال من أحد الجانبين وعمل من الجانب الآخر<sup>522</sup>".

وعرفها المالكية بأنها: "تمكين مال من يتجر به بجزء من ربحه"<sup>523</sup>.

والتمكين بمعنى التوكيل كما في تعريف الدسوقي: "القرابض توكيل من رب المال لغيره على تجارة<sup>524</sup>" أي تجارة.

وعرفها الشافعية بأنها: "أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه"<sup>525</sup>. ولا يدفع الرجل ماله إلى آخر إلا بعد عقد كما ذكر ابن حجر الهيثمي في تحفة المحتاج<sup>526</sup>.

<sup>518</sup> - شرح الخريشي على مختصر خليل: 202/6. وانظر عقد المضاربة وتوظيف الأموال، برهان الشاعر، ص: 31.

<sup>519</sup> - لسان العرب: 1/544.

<sup>520</sup> - معجم لغة الفقهاء، قلعجي، ص: 434.

<sup>521</sup> - انظر: أحكام القرآن، الجصاص: 3/132.

<sup>522</sup> - مجمع الضمادات، البغدادي، ص: 303.

<sup>523</sup> - شرح الخريشي على المختصر خليل: 202/6. وهذا تعريف ابن عرفة.

<sup>524</sup> - حاشية الدسوقي: 3/517.

<sup>525</sup> - المجموع، النووي: 14/358.

والمضاربة عند الحنابلة: "أن يدفع رجل ماله إلى آخر يتجر له فيه، على أن ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطانه" .<sup>527</sup>

والمضاربة عندهم نوع من أنواع الشركات، فحكمها حكم الشركة، فكل ما جاز للشريك عمله جاز للمضارب، وما جاز أن يكون رأس مال الشركة جاز أن يكون رأس مال المضاربة.

من خلال ما سبق يتبيّن اتفاق الفقهاء على أن المضاربة عقد اتفاق بين طرفين أحدهما صاحب مال يقدم مالاً للطرف الثاني، وهو المضارب الذي يثمر هذا المال، على أن يكون الربح مشتركاً بينهما بشروط مخصوصة، وأما الخسارة فهي على صاحب المال وحده .<sup>528</sup>

### ثانياً: مشروعيتها

استدل الفقهاء على مشروعية المضاربة بالقرآن الكريم والسنّة النبوية والإجماع والمعقول.

من القرآن:

قوله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمول: ٢٠].

قال الكاساني: "المضارب يضرب في الأرض يتغيّر من فضل الله عز وجل ".<sup>529</sup>

وقوله سبحانه وتعالى: ﴿فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [الجمعة: ١٠].

وقوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلًا مِنْ رَبِّكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٨].

<sup>526</sup> - تحفة الحاج، المحيمي: 82/6.

<sup>527</sup> - المغني، ابن قدامة: 19/5.

<sup>528</sup> - انظر: عقد المضاربة وتوظيف الأموال، برهان الشاعر، ص 35.

<sup>529</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 79/6.

وذكر الماوردي أن الآية السابقة هي الأصل في مشروعية القراض فقال: "الأصل في احلال القراض وإباحته قوله عز وجل: "ليس عليكم جناح أن تتبعوا فضلاً من ربكم " وفي القراض ابتغاء فضل وطلب نماء" <sup>530</sup>.

من السنة:

ما روي عن ابن عباس أنه قال: "كَانَ الْعَبَّاسُ بْنُ عَبْدِ الْمُطَلِّبِ إِذَا دَفَعَ مَالًا مُضَارَةً اسْتَرَطَ عَلَى صَاحِبِهِ أَنْ لَا يَسْتَلِكَ بِهِ بَخْرًا، وَلَا يَنْزِلَ بِهِ وَادِيًّا، وَلَا يَشْرِي بِهِ ذَاتَ كَبِيرٍ رَطْبَةً، فَإِنْ فَعَلَ فَهُوَ ضَامِنٌ، فَيُرْفَعُ شَرْطُهُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فَأَجَازَهُ" <sup>531</sup>.

وروى ابن ماجة من حديث صحيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ثَلَاثَ فِيهِنَّ الْبَرَكَةُ: الْبَيْعُ إِلَى أَجْلٍ وَالْمُقَارَضَةُ وَأَخْلَاطُ الْبَرِّ بِالشَّعِيرِ لِلْبَيْتِ لَا لِلْبَيْعِ" <sup>532</sup>.

- الإجماع:

فقد تعامل الناس بالمضاربة في عهد النبي صلى الله عليه وسلم إلى الوقت الحاضر من غير نكير فكان إجماعاً. قال الشوكاني بعد أن نقل آثار الصحابة التي تدل على تعاملهم بالمضاربة: "إن هذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير فكان ذلك إجماعاً منهم على الجواز" <sup>533</sup>.

المعقول:

---

530 - الحاوي الكبير، الماوردي: 743/7

531 - أخرجه البيهقي في سنته: 6/111. وهو حديث ضعيف. قال في مجمع الزوائد: "رواه الطبراني في الأوسط، وفيه أبو الجارود الأعمى، وهو متوكّل كذاب" . 161/4

532 - سنن ابن ماجه، باب الشركة والمضاربة، رقم (2289). وهو حديث ضعيف. جاء في مصباح الرجاجة: 22/2: "هذا إسناد ضعيف صالح بن صحيب مجهول وعبد الرحمن بن داود حديثه غير محفوظ قاله العقيلي ونصر بن القاسم قال البخاري لا؛ حديثه موضوع انتهي. وهذا المتن ذكره ابن الجوزي في الموضوعات من طريق صالح بن صحيب به".

533 - نيل الأوطار: 5/318. قال ابن حزم: "كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل في القرآن والسنة نعلمه ولله الحمد حاشا القراض مما وجدنا له أصلاً فيما البَيْتَ، ولكنه إجماع صحيح مُجْرَد، والذي نقطع عليه أنه كان في عصر النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَعَلِمَهُ فَأَقْرَهَهُ". مراتب الإجماع، ص: 91.

القراض كان في الجاهلية فأُقِرَّ في الإسلام، لأن الضرورة دعت إليه حاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه فاضطر فيه إلى استنابة غيره.<sup>534</sup>

### ثالثاً: صفة عقد المضاربة

اتفق الفقهاء على أن عقد المضاربة قبل شروع العامل في العمل غير لازم، وأنه لكل من العاقدين فسخه.

أما بعد الشروع في العمل فيبقى عقداً غير لازم عند الجمهور إلا عند المالكية فعندهم يصبح العقد لازماً، ولا يفسخ حتى ينض المال أي: يتحول نقوداً لا عروضاً.<sup>535</sup>

ويحسن الأخذ برأي المالكية للحاجة، فلا تفسخ المضاربة بعد مباشرة المضارب بالعمل.<sup>536</sup>

### رابعاً: أنواع المضاربة

هناك نوعان للمضاربة وهما:

أ - المضاربة المطلقة: وهي أن يدفع صاحب المال المال إلى المضارب ليعمل به على أن الربح بينهما، دون أن يقيده بعمل معين أو زمن معين، أو مكان معين، وهي جائزة باتفاق الفقهاء.<sup>537</sup>

ب المضاربة المقيدة:

وهي أن يدفع إلى آخر ألف دينار مثلاً مضاربة على أن يعملها في بلدة معينة، أو في بضاعة معينة، أو في وقت معين أو لا يبيع ولا يشتري إلا من شخص معين.

<sup>534</sup> المقدمات الممهدات: 6/3.

<sup>535</sup> - بداع الصنائع: 6/109، حاشية الدسوقي: 535/3، مغني المحتاج، الشريبي: 2/431، المغني، ابن قدامة: 5/179. انظر المؤسسات المالية الإسلامية، د. صالح العلي، ص: 282.

<sup>536</sup> - المعاملات المالية المعاصرة، د. وهبة الرحيلي، ص: 445.

<sup>537</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/87. كشاف القناع، البهوي: 3/502.

هذه لا تصح عند الشافعية والمالكية لأنه قد لا يكون ربح في ذلك، وتصح عند أبي حنيفة وي العمل بالقيد إن كان مفيداً،<sup>538</sup> وإلا لغا القيد .

#### خامساً: أركان المضاربة

قال الحنفية ركن المضاربة الإيجاب والقبول بألفاظ تدل عليها. فألفاظ الإيجاب: ضاربك، وقارضتك، وعاملتك وما يؤدي مثل هذا المعنى.

والقبول كل لفظ يدل على الرضا بذلك كقول العامل: قبلت منك ذلك، أو رضيت أو نحوها، ويشترط كون القبول متصلة بالإيجاب<sup>539</sup>

وأركان المضاربة عند الجمهور ثلاثة: عاقدان (مالك وعامل) ومعقود عليه (رأس المال، والعمل والربح)، وصيغة (إيجاب وقبول).

وعدها الشافعية خمسة: مال وعمل وربح وصيغة عاقدان<sup>540</sup>.

#### سادساً: شروط صحة المضاربة

أ. شروط العاقدين (رب المال والمضارب):

يشترط في العاقدين أهلية التوكيل والوكالة، لأن المضارب يتصرف بإذن صاحب المال. وهذا معنى التوكيل<sup>541</sup> ولا يشترط كونهما مسلمين.<sup>542</sup>

<sup>538</sup> - معنى الحاج، الشربي: 312/2.

<sup>539</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 80/6.

<sup>540</sup> - المرجع السابق.

<sup>541</sup> - قال الزيلعي في تبيين الحقائق: 53/5: "المضارب أمين، وبالتصريح وكيل، وبالتصريح شريك، وبالفساد أجير، وبالخلاف غاصب، وباشتراك كل الربح له مستقرض، وباشتراكه لربح المال مستثني". مستثني: من الإبضاع وهو: دفع المال لمن يتجر به متبرعاً.

<sup>542</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 81/6.

ولذلك اشترط جمهور الفقهاء في العاقدين البلوغ والعقل والرشد في استخدام المال.

فلا يصح عندهم تصرف الصبي مميزاً أو غير مميز، فـيُحـجـر على مال الصـبـيـ حتى يـلـغـ رـاشـداـ لـقـوـلـهـ تـعـالـىـ: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آتَيْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوهُ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ (النساء: 6) ويجوز لولي الصبي الإتجار بمال الصبي والمضاربة به<sup>543</sup>.

وذهب الحنفية والحنابلة في الرواية المعتمدة إلى التفصيل فقالوا:

- تصرفات الصبي غير المميز الذي لا يعقل (عمره أقل من سبع سنوات) غير صحيحة.
- تصرفات الصبي العاقل (عمره فوق سبع سنوات فما فوق) الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة إن كان مأذوناً له من وليه في التجارة فهي صحيحة، وإن لم يكم مأذوناً له في التجارة فهي غير صحيحة، وعليه إذا أذن الولي للصبي العاقل بالتجارة، فإنه يملك أن يدفع مال المضاربة ويملك أن يأخذ المال من صاحبه ويعمل به ويستثمره، لأنه من توابع التجارة<sup>544</sup>.

## ب. شروط رأس المال

1- أن يكون رأس المال من النقود (الدرارهم والدنانير والنقود الرائجة اليوم): فلا تصح المضاربة بالعروض من عقار أو منقول عند أكثر الفقهاء، ونقل الجوبيني الإجماع على ذلك. وقال النووي في الروضة بإجماع الصحابة<sup>545</sup>.

وحجة الجمهور أن رأس المال إذا كان عرضاً كان غرراً، لأن المضاربة تؤدي حينئذ إلى جهالة الربح وقت القسمة. إذ أن قيمة العروض تعرف بالحرز والظلن، وتحتـلـفـ باختـلـافـ المـقـومـينـ،ـ والمـجـهـالـةـ تـفـضـيـ إـلـىـ المـنـازـعـةـ،ـ والمـنـازـعـةـ تـفـضـيـ إـلـىـ الـفـسـادـ،ـ ولـلـعـاـمـلـ حـيـنـئـدـ أـجـرـ مـثـلـهـ فيـ ذـمـةـ رـبـ الـمـالـ<sup>546</sup>.

<sup>543</sup> - الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي: 2/833، مغني المحتاج، الشريبي: 2/424، المغني، ابن قدامة: 4 / 293.

<sup>544</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 7/195. انظر: عقد المضاربة، برهان الشاعر، ص: 79.

<sup>545</sup> - مراتب الإجماع، ابن حزم، ص: 92، مغني المحتاج، الشريبي: 2/31.

<sup>546</sup> - حاشية ابن عابدين: 4/484، مغني المحتاج، الشريبي: 2/418، المغني، ابن قدامة: 5 / 13.

ونقل جواز المضاربة بالعرض في رواية عن الإمام أحمد اختارها أبو بكر وأبو الخطاب. وذلك لأن مقصود المضاربة جواز التصرف بالمال، وكون الربح بينهما، وهذا يحصل في العرض كحصولة في الأثمان، ويرجع كل واحد منهمما عند المفاضلة بالقيمة عند العقد<sup>547</sup>.

ويمكن الأخذ بهذا الرأي تيسيراً لتعامل الناس مع بعضهم، لأن العرض نوع مال، فكما تجوز المضاربة بالنقد تجوز بالعرض، وذلك بأن تُقَوَّم العرض عند العقد، ويُتفق على قيمتها برضاء العاقدين، وتحل قيمتها رأس المال، وما يطرأ على العرض من زيادة على قيمتها عند بيعها يُعد من الربح، وما يحصل من نقص عند بيعها يُعد من الخسارة، ولا ضمان للمضارب<sup>548</sup>.

ولو جعل رأس المال ثمن العرض كقول صاحب المال: بع العرض واعمل بثمنه مضاربة جاز عند الحنفية والحنابلة. لأن المضاربة لم تُضف إلى العرض بل إلى ثمنها، ولم يجز عند المالكية والشافعية لأن ما يبيع به السلعة -أي الشمن- مجهول<sup>549</sup>.

## 2 - أن يكون رأس المال معلوم المقدار للمتعاقددين عند العقد:

فإذا كان رأس المال مجهولاً لم تصح المضاربة لأن جهالة رأس المال تؤدي إلى جهالة الربح. ومعلومية الربح شرط لصحة المضاربة<sup>550</sup>.

وكيفية العلم بقدر رأس المال بمعرفة جنسه وقدره وصفته عند جمهور الفقهاء<sup>551</sup>.

ويكفي في علم رأس المال الإشارة عند الحنفية. فلو دفع الرجل لآخر دراهم مضاربة وأشار إليها، وهو لا يعرف قدرها، فإنه يجوز<sup>552</sup>.

<sup>547</sup> - المغني، ابن قدامة: 13/5.

<sup>548</sup> - عقد المضاربة، برهان الشاعر، ص 111.

<sup>549</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/82، الشرح الكبير، ابن قدامة: 5/139، بداية المجتهد، ابن رشد: 2/237، وانظر: المرجع السابق.

<sup>550</sup> - المغني ، ابن قدامة: 5/14.

<sup>551</sup> - المراجع السابق. منح الجليل، محمد عليش: 7/323، مغني الحاج، الشربيني: 2/419.

3 - أن يكون رأس المال مُسلّماً إلى العامل (المضارب) ليتمكن من العمل فيه، وأن رأس المالأمانة في يده، فلا يصح إلا بالتسليم وهو التخلية كالوديعة. لا تصح المضاربة مع بقاء يد رب المال على المال. لعدم تحقق التسليم مع بقاء يده. ويترتب عليه أنه لو شرط بقاء يد المالك على المال فسدت المضاربة، وكذلك لو شرط رب المال مراجعة المضارب في التصرف لأنه قد لا يجده عند الحاجة<sup>553</sup>.  
وعند الحنابلة تصح المضاربة وإن كان المال بيد صاحبه، لأن مورد العقد العمل عندهم.

بهذا الشرط تختلف المضاربة عن شركات الأموال، فإنها تصح مع بقاء يد رب المال على ماله.  
4. أن يكون رأس المال عيناً لا دينياً: فلا تصح المضاربة على دين، ولا على مال غائب، وعليه لا يجوز أن يقال لمن عليه دين ضارب بالدين الذي عليك، فهذه مضاربة فاسدة، لأن المال الذي في يد من عليه الدين للدائن، ولا يصير المال له إلا بالقبض، ولم يوجد القبض هنا<sup>554</sup>.

5 - استقلال العامل بالتصرف فلا يجوز اشتراط عمل رب المال مع المضارب، فإن شرط فسدت المضاربة، لكن يجوز الاستعانة برب المال على العمل دون شرط، لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يد المضارب<sup>555</sup>.

#### شروط الربح:

يشترط في الربح ما يأتي:

1. اتفق الفقهاء على أنه يشترط لصحة المضاربة أن يكون نصيب كل من العاقدين من الربح معلوماً بالجزئية، لأن المعقود عليه هو الربح، ووجهة المعقود عليه توجب فساد العقد، والعلم بالجزئية كأن يقول: قارضتك على أن يكون الربح بيننا مُناصفة.

<sup>552</sup> - المبسوط ، السريخسي: 27/22، وانظر: عقد المضاربة ، برهان الشاعر ، ص: 114.

<sup>553</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 2/310، الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الزحيلي: 5/578.

<sup>554</sup> - حاشية ابن عابدين: 4/485، مغني المحتاج، الشريبي: 2/31. وانظر: المؤسسات المالية الإسلامية، د. صالح العلي، ص: 284.

<sup>555</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/185، مغني المحتاج، الشريبي: 2/311/الحاوي، الماوردي: 7/344. وانظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص: 198

وبناء عليه لو قال صاحب المال للمضارب: خذ هذا المال مضاربة، ولم يذكر سهم (حصة من الربح) المضارب، أو قال له: خذ هذا المال مضاربة، ولك جزء من الربح فالمضاربة فاسدة، وإذا دفع شخص آخر ألف درهم على أن يشتركا في الربح، ولم يبين مقدار الربح، جاز العقد، ويكون الربح بينهما نصفين، لأن الشركة تقتضي المساواة كما في قوله تعالى: "فَهُمْ شُرَكَاءٌ فِي الْتُّلُثِ" [النساء:12].<sup>556</sup>

2. أن يكون الربح مشتركاً بينهما<sup>557</sup>: فلو قال: قارضتك على أن يكون كل الربح لك (للعامل) ففرض فاسد. ويستحق العامل أجراً مثل عند الشافعية والحنابلة، ويعود الربح كله لصاحب المال<sup>558</sup>.

وعند الحنفية ينعقد قرضاً، لأنه أتي بمعنى القرض، والربح للعامل<sup>559</sup>.

وعند المالكية ينعقد هبة وإطلاق المضاربة عليه مجاز<sup>560</sup>.

ولو قال: قارضتك على أن يكون الربح لي وقيل المضارب، لم يكن العقد مضاربة، ولكن يكون إباضاعاً - أي توكيلاً بلا جعل -، والإباضاع: بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً، وهذا عند الحنفية وقول عند الشافعية<sup>561</sup>.

وقال المالكية: العقد جائز، وخرج عن كونه مضاربة إلى كونه هبة، وإطلاق المضاربة عليه من باب المجاز<sup>562</sup>.

وقال الشافعية والحنابلة: المضاربة فاسدة لمخالفة اللفظ لمقتضى العقد، ولا أجراً للمضارب لأنه تبرع بعمله<sup>563</sup>.

---

<sup>556</sup> - المراجع السابقة.

<sup>557</sup> - انظر: عقد المضاربة وتوظيف الأموال، برهان الشاعر، ص: 179-181.

<sup>558</sup> - نهاية المحتاج، الرملي: 5/221. كشاف القناع، البهوي: 3/509.

<sup>559</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/86.

<sup>560</sup> - حاشية الدسوقي: 3/523.

<sup>561</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 2/310، فقه المعاملات د. مصطفى الخن، ص: 198.

<sup>562</sup> - حاشية الدسوقي: 3/523.

<sup>563</sup> - نهاية المحتاج، الرملي: 5/224، كشاف القناع، البهوي: 3/508.

3. أن يكون النصيب من الربح جزءاً مساعاً: أي نسبة عشرية أو سهماً من الربح، كأن يتفقا على ثلث أو ربع أو نصف. فإن شرطاً عدداً مقدراً بأن شرطاً أن يكون لأحدهما مائة دينار مثلاً من الربح أو أقل أو أكثر فسدت المضاربة. لأن المضارب قد لا يربح إلا هذا القدر المذكور، فيكون الربح للأحدما دون الآخر، فلا تتحقق الشركة، وبالتالي لا يكون التصرف مضاربة. وكذلك لو شرطاً أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة دينار فإنه لا يصح<sup>564</sup>.

وهذا مستثنى من حكم الإجارة المجهولة؛ لأن جواز عقد المضاربة كان للرفق بالناس. قال ابن المنذر: "أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة". وبناء عليه: لا تصح المضاربة بربح محمد كالفائدة التي تقدمها المصادر على الودائع؛ لأن المضاربة تقتضي الاشتراك في الربح بدون تحديد نسبة مقطوعة كسبعة في المئة مثلاً. ولا تصح المضاربة على أن يأخذ العامل راتباً شهرياً معيناً، ونسبة من الأرباح عند تصفيه الشركة أو الجرد السنوي وغيره<sup>565</sup>.

#### سابعاً: يد المضارب

اتفق الفقهاء على أن العامل المضارب أمين فيما في يده من رأس المال بمنزلة الوديعة، لأنه قبضه بإذن مالكه، فلا يضمن ما تلف من مال المضاربة بغير تعذر - كاستهلاك أو إتلاف - أو تقصير في الحفظ، كأن يضع مال المضاربة في مكان غير حريز لا يضع فيه ماله عادة، أو أتلف مال المضاربة عمداً.

وإذا اشتري المضارب شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع، لأنه يتصرف في مال الغير بإذنه وهو معنى الوكيل، فتطبق عليه أحكام الوكالة المعروفة بالنسبة للشراء وهو أن يكون الشيء بقيمة المثل أو بما يتعابن الناس في مثله كالوكيل بالشراء، وأما بالنسبة للبيع فيعتبر كالوكيل بالبيع المطلق.

فإذا ربح المضارب صار شريكاً فيه بقدر حصته من الربح؛ لأنه ملك جزءاً من المال بعمله، والباقي لرب المال، لأنه نماء ماله، فهو له.

وإذا خالف المضارب شرط رب المال، كأن فعل ما ليس له فعله أو اشتري شيئاً منع من شرائه، صار بمنزلة الغاصب، ويصير المال مضموناً عليه؛ لأنه تعدى في ملك غيره.

<sup>564</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/86.

<sup>565</sup> - الفقه الإسلامي وأدلته، د. وهبة الرحيلي: 5/583.

وإذا تلف المال في يده من غير تفريط لم يضمن؛ لأنه نائب عن رب المال في التصرف، فلم يضمن من غير تفريط، كالوديع.

وإذا ظهرت خسارة كانت على رب المال وحده، واحتسب أولاً من الربح إن كان في المال ربح<sup>566</sup>.

### ثامناً: حكم المضاربة الفاسدة

إذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب كجهاة حصة كل واحد من العاقدین، أو اشتراط شرط فاسد كاشتراط أحدهما أو كليهما لنفسه دراهم معلومة صارت المضاربة إجارة، والمضارب بمنزلة الأجير لرب المال، ويستحق حينئذ أجر المثل والربح كله لرب المال<sup>567</sup>.

### تاسعاً: اشتراط الضمان على المضارب

ذهب جمهور الفقهاء إلى بطلان هذا الشرط والخسارة تكون على رب المال، ويبقى العقد صحيحًا لأن بطلان شرط الضمان على المضارب لا يؤثر في جهاة الربح فلم يفسد به العقد<sup>568</sup>.

وقال المالكية: ويفسد العقد مع الشرط، لأن ذلك ليس من سننة القراض، وللعامل قراض المثل إذا عمل، ولا يضمن ما يحصل من خسارة<sup>569</sup>.

والسبب في عدم جواز اشتراط الضمان على المضارب هو: ألا يخسر مرتين:

الأولى: بضياع جهده وعمله وفوات الربح الذي يسعى لتحقيقه.

الثانية: بتحمل خسارة رأس المال.

ما سبق من عدم جواز اشتراط الضمان على المضارب إذا رافق عقد المضاربة.

<sup>566</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم: 15/23، الأم، الشافعي: 168/3.

<sup>567</sup> - انظر: المعاملات المالية المعاصرة د. وهبة الزحيلي، ص: 112

<sup>568</sup> - تحفة الفقهاء، السمرقندی: 3/21، بداية المجتهد، ابن رشد: 2/179.

<sup>569</sup> - المدونة، مالك بن أنس: 4/258.

أما بعد إتمام العقد وخارجه فجمهور الفقهاء لا يجيزون تطوع المضارب بالضمان ولو بعد الشروع بالعمل، لأن المضارب يكون متهمًا برغبته في استدراجه رب المال وإبقاء رأس المال بيده.

وأجاز المالكية ذلك قياساً على جواز تطوع الوديع والمستأجر بضمان ما بيده إذا كان هذا التطوع بعد تمام العقد<sup>570</sup>.

وهذا الرأي يعتبر مستندًا للجهات المصدرة للصناديق الاستثمارية التي تعمل بالمضاربة وغيرها وترغب في تحذيب أي خسارة يمكن أن تلحق المشارك نتيجة رغبته في الخروج من الصندوق، فيجوز حينئذ ضمان رأس المال المشارك إذا لم يكن مشروطاً مسبقاً بالعقد<sup>571</sup>.

وكذلك يجوز للمضارب التبرع بالتزام الضمان بعد عقد المضاربة والشروع في العمل بالمال، وهو رأي بعض فقهاء المالكية وهم: ابن زاب، وابن بشير، وتلميذه ابن عتاب، جاء في مواهب الجليل: "لو تطوع العامل بضمان المال ففي صحة القراض خلاف بين الشيوخ، فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح، وحکى إجازته عن شيخه مطرف ابن بشير"<sup>572</sup>.

#### عاشرًا: على من تكون الخسارة

من تعريف المضاربة عند الفقهاء يتبيّن أن الربح يقسم على حسب الاتفاق في العقد.

واما إذا كانت هناك خسارة فهي على صاحب المال، وليس على العامل منه شيء إذا لم يكن مقصراً وينحصر العامل جهده فقط<sup>573</sup>.

#### أحد عشر: متى يملك العامل حصته من الربح

يملك العامل حصته من الربح بقسمة الربح لا بظهوره، إذ لو ملك المضارب حصته من الربح بظهوره عند جمهور (الحنفية والمالكية والشافعية)، إذ لو ملك المضارب حصته من الربح بظهوره وقبل قسمته لكان شريكاً في المال، فلو هلك منه شيء هلك من المالين، وليس كذلك، بل الربح وقاية لرأس المال<sup>574</sup>.

<sup>570</sup> - مواهب الجليل، الخطاب: 360/5.

<sup>571</sup> - ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد بحدات الحمد، ص: 279.

<sup>572</sup> - مواهب الجليل، الخطاب: 360/5، وانظر: المعاملات المالية المعاصرة، د. وهبة الزحيلي، ص: 444.

<sup>573</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 107/6، مغني المحتاج، الشربيني: 429/2.

وقال الحنابلة (وقول عند الشافعية): يملك المضارب حصته من الربح بمجرد ظهوره، لأن هذا الجزء مملوك، ولا بد له من مالك، وصاحب المال لا يملكه اتفاقاً، فلزم أن يكون للمضارب<sup>575</sup>.

ولا يستقر ملك العامل بالقسمة، بل تنفيض رأس المال (أي تحويله من أعيان إلى نقود) وفسخ عقد المضاربة واسترداد صاحب المال رأس ماله، لأن الربح زيادة، والزيادة على الشيء لا تكون إلا بعد سلامة الأصل<sup>576</sup>.

وما ذهب إليه الحنابلة والشافعية في قول من أن المضارب يملكون حصتها بالظهور أخذ به مجمع الفقه الإسلامي الدولي في دورته الرابعة رقم القرار (5) فقرة (7) ونصها: يُستحق الربح بالظهور، ويُملك بالتنفيض أو التقويم، ولا يلزم إلا بالقسمة، وبالنسبة إلى المشروع الذي يدر إيراداً أو غلة، فإنه يجوز أن توزع غلته، وما يوزع على طرف العقد قبل التنفيض (التصفية) يعتبر مبالغ مدفوعة تحت الحساب<sup>577</sup>.

#### بيان مبسط لكيفية اقتسام الربح في المضاربة<sup>578</sup>:

1 - يستحب تحديد شهر معين في السنة لقسمة الربح، فمثلاً يحدد اقتسام الربح في شهر رمضان من كل عام، فقد

ورد عن الحسن أنه كان يأمر أهل المضاربة أن يجعلوا بينهم شهراً معلوماً يحسبوا فيه<sup>579</sup>.

2 يتم حساب الموجودات لدى المضارب من نقود وعروض وديون، وكل ذلك وفق أصول ومعايير المحاسبة، فتقوم العروض بسعر الشراء الحاضر (وهو السعر الذي يرغب به الناس عند القسمة)، وتحسب الديون التي يغلب على الظن تحصيلها، أما الديون التي يتيقن أنها فاتت ولن يستطيع تحصيلها، فإنها لا تُحسب.

3 يتم حساب نسبة الملاك إن كان هناك آلات وما شابها، وكذا يحسب احتياطي المصاري夫 المؤجلة كضرية سنة المقاسمة مثلاً.

<sup>574</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 107/6، مغني المحتاج، الشربيني: 429/2.

<sup>575</sup> - كشاف القناع، البهوي: 3/520، مغني المحتاج، الشربيني: 429/2.

<sup>576</sup> - المراجع السابقة، عقد المضاربة وتوظيف الأموال، برهان الشاعر، ص: 183.

<sup>577</sup> - انظر: ص: 70 من كتاب قرارات الجمجمة ووصياته المعاملات المالية المعاصرة، د. وهبة الزحيلي ، ص: 443.

<sup>578</sup> - نقلأً عن عقد المضاربة وتوظيف الأموال، برهان الشاعر، ص: 187.

<sup>579</sup> - أخرجه ابن شيبة في مصنفه، رقم (23150).

4 - تتم الحاسبة بأن يُجمع الأموال النقدية والديون وما قُوِّم من عروض، ويُحسم منها نسبة الهالك واحتياطي المصاريف، ثم بعد ذلك ننظر فيما زاد عن رأس المال فهو الربح، ويقتسمانه على شرطهما.

#### طروع النقص على رأس المال<sup>580</sup>:

إذا طرأ نقص على رأس المال، فإنه يُحسب من الربح، ولا سيما إذا حصل بسبب الرخص، أو العيب، وكذا إذا تلف بعضه بعد تصرف العامل بسبب آفة، أو غصب، أو سرقة. إذا في هذه الأحوال يُعتبر النقص من الربح، لاقتضاء العرف ذلك. أما إذ طرأ النقص قبل تصرف العامل فإنه يُحسب من رأس المال، لأن العقد لم يتأكد بالعمل<sup>581</sup>.

ثاني عشر: ما يجوز للمضارب فعله وما لا يجوز.<sup>582</sup>

1 - يجوز للمضارب أن يستأجر على العمل الكثير كما تجري العادة به، لا العمل الخفيف كالنشر والطي للثياب ونحوها، فإن استأجر على ذلك كان عليه الأجر من ماله لا على رب المال ولا من الربح. وهذا عند الشافعية والمالكية والحنابلة كما قالوا في الشركة.<sup>583</sup>

2 - قوله أن يوكل بالبيع والشراء لأنه من عادة التجار، وأنه طريق الوصول إلى الربح، وهذا عند الحنفية.<sup>584</sup>

ولا يملك المضارب التوكيل بالبيع والشراء فيما تولاه بنفسه، ويمثل التوكيل فيما لا يمكنه توليه بنفسه للعجز، أو للكثرة أو نحو ذلك، وهذا عند جمهور الفقهاء غير الحنفية.<sup>585</sup>

<sup>580</sup> - انظر: المؤسسات المالية الإسلامية، د. صالح العلي، ص: 288.

<sup>581</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 319/2، العدة شرح العمدة، المقدسي، ص 284.

<sup>582</sup> - انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجادات الحمد، ص: 270 - 275.

<sup>583</sup> - الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ص: 386، المهدب، الشيرازي: 393/1، كشاف القناع، لبهوي: 511/3.

<sup>584</sup> - المبسوط، السرخسي: 20/22.

<sup>585</sup> - مواهب الجليل، الخطاب: 201/5، المهدب، الشيرازي: 1/426.

3- وله أن يسافر بالمال إن لم يحجر عليه رب المال قبل شغل المال، فإن خالف وسافر (ضمن)، بخلاف ما لو خالف وسافر بعد شغل المال فليس لرب المال منعه من السفر، وينفق في سفره من مال المضاربة، لأن سفره لأجل العمل في مال المضاربة وهذا عند الحنفية.<sup>586</sup>

و عند الحنابلة يملك السفر مع أمن الطريق<sup>587</sup>. أما عند الشافعية فلا يملك السفر إلا بإذن رب المال<sup>588</sup>.

4- وليس للعامل أن يخلط مال المضاربة بماله أو بمال مضاربة أخرى ويتجزء بالمالين من غير إذن رب المال أو تفويض منه عند الحنفية والحنابلة.<sup>589</sup>

ولا يملك ذلك إلا بإذن رب المال عند الشافعية<sup>590</sup>.

5- اتفق الفقهاء على أن المضارب يملك شراء المعيب إذا رأى المصلحة في ذلك، كأن تتيسر سلعة فيها عيب، وسعّرها مناسب، ويظن المضارب أنه إذا اشتراها بهذه القيمة سيربح فيها. وكذلك انفقوا على أنه يملك الرد بالعيوب إذا اشتري سلعة على أنها سليمة فبان بها عيب لم يكن يعلم به وقت التعاقد، كما يملك إبقاءه مع أخذ الأرش إذا رأى المصلحة في ذلك.<sup>591</sup>

6- اتفق الفقهاء على أن المضارب يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إذا أذن له رب المال<sup>592</sup>.

7- و يملك المضارب إبعاض (دفع المال لمن يتجر به متبرعاً) مال المضاربة مطلقاً عند الحنفية<sup>593</sup>.

---

<sup>586</sup>- المبسوط، السرخسي: 22 / 39.

<sup>587</sup>- المبدع، ابن مفلح 5/11.

<sup>588</sup>- المهدب، الشيرازي: 1/387.

<sup>589</sup>- المبسوط، السرخسي: 22 / 39. المبدع: 5/26.

<sup>590</sup>- روضة الطالبين، النووي: 5/148.

<sup>591</sup>- بدائع الصنائع، الكاساني: 6/90، الشرح الكبير، الدردير: 3/524، المهدب، الشيرازي: 1/387، كشاف القناع، البهوي، 3/513.

<sup>592</sup>- تحفة الفقهاء، السمرقندى: 3/22، القوانين الفقهية، ابن جزي، ص: 18، روضة الطالبين، النووي: 5/148، المبدع، ابن مفلح: 5/9.

<sup>593</sup>- السرخسي، المبسوط: 22/38.

ولا يملك ذلك إلا بإذن رب المال أو تفويض منه عند جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة<sup>594</sup>.

وصورته أن يعطي المضارب المال لإنسان يشتري له بضاعة من بلد كذا، من دون عوض أو مقابل للعامل، فيكون الربح كله لرب المال، وليس للعامل المضارب حصته من الربح، لأن المال أمانة، وجميع إيراداته مالكه، ولا يدخل ذلك في حسابات الاستثمار، أي أن الإبضاع شركة بين مال وعمل، مع تبع العامل بعمله، وإعطاء الربح كله لرب المال<sup>595</sup>.

8- ويملك المضارب إيداع مال المضاربة مطلقاً عند الحنفية.<sup>596</sup>

ولا يملك ذلك عند المالكية والرواية الصحيحة عن الإمام أحمد إلا بإذن رب المال لما فيه من الغرر، إلا عند الحاجة لذلك كالخوف عليه من التلف<sup>597</sup>.

9- ليس له أن يخالف شرط رب المال إن اشترط عليه أن لا ينزل وادياً معيناً يحدده له، وأن لا يمشي بالمال ليلاً خوفاً من نحو اللصوص، وأن لا ينزل ببحر، وأن لا يبتاع سلعة بمال المضاربة عينها له لغرض، فإن خالف في جميع ما ذكر وتلف المال كله أو بعضه ضمه<sup>598</sup>.

10- ولا يجوز للمضارب أن يبيع سلعة من سلع القراض نسيئة إن كان رب المال قد نهاه عن ذلك، لأنه متصرف بالإذن فلا يتصرف في غير ما أذن له كالوكيل، وإن لم ينهه فقد اختلفوا على قولين:

الأول: يملك المضارب البيع نسيئة مطلقاً عند أبي حنيفة، لأن رب المال قد أذن للمضارب بالتجارة في مال المضاربة والبيع نسيئة يُعد من التجارة المطلقة ومن عادة التجار.

وعند الصاحبين لا يملك البيع نسيئة ولا بما لا يتغابن به الناس في مثله وهو المفتى عندهم<sup>599</sup> ، ورواية عن الإمام أحمد<sup>600</sup>.

<sup>594</sup>- التاج والإكليل، العبدري: 362/5، مغني المحتاج، الشريبي: 3/291، الميدع، ابن مفلح: 10/5.

<sup>595</sup>- انظر: المعاملات المالية المعاصرة، د. وهبة الرحيلي، ص 442

<sup>596</sup>- مجمع الصبيانات، البغدادي، ص 304

<sup>597</sup>- الميدع، ابن مفلح: 10/5، القوانين الفقهية، ابن جزيء، ص 186.

<sup>598</sup>- المذهب، الشيرازي: 1/386، تحفة الفقهاء، السمرقندى: 3/22، مواهب الجليل، الخطاب: 5/365، الكافي، ابن قدامة: 2/27.

الثاني: لا يملك ذلك إلا بإذن صريح من رب المال، لأن المضارب نائب في البيع فلم يجز له البيع نسبيّة بغير إذن صريح كالوكيل، وهذا قول المالكية والشافعية والصحيح عند الحنابلة<sup>601</sup>.

فإن فعل (وباع نسيبة بغير إذن) ضمن ما اشتراه، وكان الربح له وحده، ولا شيء منه لرب المال، لأنه صلى الله عليه وسلم: "نَهَا عَنِ الْرِّحْلَةِ مَا لَمْ يُضْمِنْ" <sup>602</sup> فكيف يأخذ رب المال ربح ما يضمنه العامل في ذمته؟ فإذا أذن له رب المال الشراء بالدين جاز به.

وأتفق الفقهاء على صلاحية المضارب إجراء الشراء نقداً.

11 - ولا يجوز له أن يشتري سلعاً للقرابض بأكثر من مال المضاربة وربحه، لأن رب المال لم يرض بأن يشغل العامل ذمته إلا بذلك، فإن فعل لم يقع الزائد لجهة المضاربة، إلا إذا رضي رب المال بالتصريف، فيكون المشتري من جملة مال القراض، وهذا باتفاق الفقهاء<sup>603</sup>.

12 - وليس للمضارب أخذ المال على سبيل القرض ليسمه إلى مدين في بلد آخر يريده المقرض (صاحب رأس المال)، لأنه يكون متّحلاً تبعاً لمخاطر الطريق، ولأن دافع المال وهو المقرض استفاد من هذه العملية، وقد ثبت النهي عن قرض جر نفعاً، وهذه هي السُّنْنَةُ الْمُمْنَوَّةُ عند جمهور الفقهاء<sup>604</sup>.

وهذا هو رأي الحنفية إلا بتصريح الإذن من رب المال<sup>605</sup>.

<sup>599</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/78.

<sup>600</sup> - المحرر، ابن تيمية: 1/350.

<sup>601</sup> - حاشية الدسوقي: 3/528، المهدب، الشيرازي: 1/387، المرجع السابق.

<sup>602</sup> - أخرجه الترمذى، كتاب: البيع، باب: ما جاء في كراهة بيع ما ليس عندك، رقم (1234) وقال: حديث حسن صحيح.

<sup>603</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/9، حاشية الدسوقي: 3/528، المهدب، الشيرازي: 1/387، المبدع، ابن مفلح: 5/9.

<sup>604</sup> - مواهب الجليل، الخطاب: 4/548، لمبدع ، ابن مفلح: 5/9، المهدب، الشيرازي: 1/304.

<sup>605</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم: 7/265.

13 - اتفق الفقهاء على أن المضارب يجب أن يبيع ويشتري مال المضاربة بثمن المثل فأكثر وبغْنَ يسير، ولا يملك البيع والشراء بغضِّ فاحشٍ فإن فعل فهناك قولان:

الأول: البيع والشراء يصحان، ويضمن المضارب قيمة ما حصل من الغبن، بهذا قال الحنابلة<sup>606</sup>.

الثاني: البيع والشراء باطلان، فإذا أمكن الرد وجب إن كان المبيع باقياً، أو قيمته إن كان تالفاً، وإن تعذر ضم المضارب النقص، وهذا قول الشافعية<sup>607</sup>.

14 - إذا عين رب المال نقداً وجب التعامل به، أما إذا لم يعين له نقداً بل أطلق فهناك ثلاثة أقوال:

الأول: أن المضارب يملك البيع بغير نقد البلد إذا فوض رب المال التصرف إليه ورأى المصلحة فيه، وبهذا أخذ الحنابلة<sup>608</sup>.

الثاني: يملك المضارب البيع بغير نقد البلد من دون إذن رب المال إذا كان رائجاً، ولا يملكه إذا لم يكن رائجاً إلا بإذن رب المال، وهذا قول الشافعية<sup>609</sup>.

الثالث: لا يملك المضارب البيع بغير نقد البلد إلا بإذن رب المال، وهو قول المالكية ورواية عن الإمام أحمد<sup>610</sup>.

15 - لا يجوز للمضارب شراء المحرمات ولا بيعها إذا كان هو ورب المال مسلمين ولو أذن له رب المال بذلك، فإن فعل ضمن، وهذا باتفاق الفقهاء<sup>611</sup>.

16 - ولا يملك المضارب الاستدانة إلا بإذن رب المال أو تفويضه إذا رأى المصلحة في ذلك، وهذا باتفاق الفقهاء<sup>612</sup>.

---

606 - كشف النقانع، البهوي: 3/475.

607 - معنى الحاج، الشريبي: 2/425.

608 - المحرر في الفقه، ابن تيمية: 5/350.

609 - معنى الحاج، الشريبي: 2/426.

610 - المحرر في الفقه: 5/350.

611 - الفتاوى الهندية: 4/93، شرح الحرشي: 6/203، معنى الحاج، الشريبي: 2/343.

612 - تحفة الفقهاء، السمرقندى: 3/22، حاشية الدسوقي: 3/528، معنى الحاج، الشريبي: 2/427، المدعى، ابن مفلح: 5/30.

17 - لا يملك المضارب رهن مال المضاربة، ولا أخذ الرهن عليه إلا بإذن رب المال، وهذا قول المالكية والشافعية<sup>613</sup>

وعند الحنفية يملك المضارب رهن مال المضاربة مطلقاً، لأنه من مقتضيات التجارة<sup>614</sup>.

18 - لا يملك المضارب المشاركة بمال المضاربة إلا بإذن أو تفويض من رب المال، وهذا باتفاق الفقهاء<sup>615</sup>.

19 - ولا يجوز للمضارب التبرع بشيء من مال المضاربة سواء أكان بالهبة أم غير ذلك إلا بإذن صريح من رب المال، وهذا باتفاق الفقهاء، لأن التبرع من مال المضاربة يضر برب المال فاحتاج إلى إذنه الصريح<sup>616</sup>.

### ثالث عشر: انتهاء عقد المضاربة

تنتهي المضاربة بعدة أمور وهي:

1. الفسخ: بما أن عقد المضاربة جائز قابل للفسخ فينتهي بفسخهما أو فسخ أحدهما متى شاء من غير حضور الآخر ورضاه.

ويحصل الفسخ بقوله: فسخت المضاربة أو رفعته وما شابه ذلك، كما يحصل باسترداد المال، فإن استرجع بعض المال انفسخ فيه، ويقي في الباقي.

ولا بد عند الحنفية من علم المعارض (صاحب رأس المال أو المضارب) بالفسخ ويكون ذلك بخبر رجلين أو عدل واحد، فإذا لم يعلم بالفسخ وتصرف نفذ تصرفه.

وأيضاً لا بد عندهم من أن يكون المال ناضجاً (نقوداً) وقت الفسخ، فإن كان المال عروضاً، فإنه يحق للمضارب البيع حتى يصير من جنس رأس المال<sup>617</sup>.

<sup>613</sup> - الأُم، الشافعي: 194/3.

<sup>614</sup> - تحفة الفقهاء، السمرقندى: 22/3.

<sup>615</sup> - المرجع السابق للقوانين الفقهية، ابن جزي، ص 186، الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي، ص 387، روضة الطالبين، النووي: 5/148.

<sup>616</sup> - مجمع الضمانات، البغدادي، ص 305 حاشية الدسوقي: 3/538، مغني المحتاج، الشريبي: 2/429، المغني، ابن قدامة: 5/27.

<sup>617</sup> - بداع الصنائع: 6/112.

وقال المالكية: يشترط لوقوع الفسخ أن يكون المال ناضحاً، فإذا كان المال عروضاً فينتظر حتى يصير المال نقوداً<sup>618</sup>.

وقال الشافعية والحنابلة: يصح الفسخ من أحد العاقدين متى شاء مطلقاً، وسواء أكان بحضور الطرف الآخر أم بغيته، وسواء كان ذلك بعلمه أم لا، وسواء أكان المال ناضجاً أم عروضاً.<sup>619</sup>

كما يجوز الأخذ بالتنضيض الحكمي، بأن تبقى موجودات المضاربة وتحسب كما لو أنها بيعت وتحولت إلى نقود وهو ما يعرف بالتنضيض الحقيقي.

2. **موت أحد المتعاقدين:** لأن المضاربة تشتمل على الوكالة، والوكالة تبطل بموت الموكلا أو الوكيل، ويبقى للمضارب حق تنفيذ العقد بأي طلاق يبيع البضاعة ليحصل على رأس المال نقداً بغير إذن الورثة، اكتفاء بإذن العاقد كما في حال الحياة.

أما إذا مات العامل فإن ورثته لا تملك البيع بدون إذن المالك، لأن صاحب المال لم يرض بتصرفهم<sup>620</sup>.

و عند المالكية إذا مات العامل لا تنفسخ المضاربة، ويبقى لورثته الحق في إكمال المضاربة إذا كانوا أمناء وقدررين على إتمام العمل، فإن لم يكونوا أمناء بأن كانوا صغاراً أو سفهاء، أتوا بأمين ثقة وسلموه المال ويقوم مقامهم في البيع، فإن عجزوا سلموا المال لصاحب المال بلا أخذ شيء من الربح، ولا شيء للورثة من ربح أو أجرة، لأن عمل المضاربة كالجعل (الأجرة)، لا يستحق العامل الأجرة فيها إلا بتمام العمل<sup>621</sup>.

3. جنون أحد العاقدين: إذا جن أحدهما بطلت المضاربة، واشترط الحنفية والحنابلة أن يكون الجنون مُطبقاً. وحده محمد بما يستوعب الحول، وعند أبي يوسف بما يستوعب الشهر<sup>622</sup>.

أما الشافعية فقد ذكروا الجنون مطلقاً طالت مدة أم قصرت، حتى قالوا: إذا أعمى على صاحب المال فقد انفسخ العقد<sup>623</sup>.

618 - منح الجلبة ، محمد علیش : 7/347 .

<sup>619</sup> - تحفة الحاج، الهيتمي: 1/6، كشاف القناع، البهوي: 50/5، عقد المضاربة وتوظيف الأموال، برهان الشاعر، ص: 276.

620 - مجمع الأئمـ، داماد أفندي: 330/2، معنـ، المحاجـ، الشريـة 431/2، المعـ، ايـ، قدامة: 5/47.

<sup>621</sup> - حاشية الدسوقي : 52/3، وانظر : عقد المضاربة وتهذيف الأهمال ، ص : 271

<sup>622</sup> - بدأع الصنائع، الكاساند: 38/2، المغة، ابن قدامة: 547.

623 - مغنا المحتاج، الشريعة : 2/232.

4. **هلاك رأس مال المضاربة:** تبطل المضاربة بهلاك مال المضاربة قبل تصرف العامل أو بعده، وذلك لأن المال الذي تعين للمضاربة وتعلق به عقدها قد هلك وزال، وهذا إذا تلف المال كله. أما إذا تلف بعض المال في هذه الحالة فإن المضاربة تنفسح بقدر ما تلف من رأس المال ويظل باقيه على المضاربة<sup>624</sup>.

5. **انتهاء مدة المضاربة:** وذلك عند من أجاز تأثير المضاربة بمدة محددة وهم الحنفية والحنابلة، كأن يقول: ضاربتك بهذا المال سنة، فإذا مضت السنة فلا تبع ولا تشتت، كما تنتهي المضاربة بانتهاء مدة العقد<sup>625</sup>.

### أحكام الشركة:

#### أولاً: حكم لزوم الشركة

عقد الشركة عقد جائز غير لازم عند جمهور الفقهاء، فيجوز لكل شريك أن يفسخ العقد، رضي الآخر أم أبي، حضر أم غاب، كان نقوداً أم عروضاً<sup>626</sup>.

لكن الفسخ لا ينفذ عند الحنفية إلا من حين علم الآخر به، لما فيه من عزله عما كان له من التصرفات بمقتضى عقد الشركة. وهو عزل قصدي آثره الفاسد باختياره، فلا يُسلط على الإضرار بغيره.

أما الشافعية والحنابلة، فلم يشترطوا علم الشريك بالفسخ، كما في عزل الوكيل<sup>627</sup>.

#### ثانياً: يد الشريك يد أمانة

اتفق الفقهاء على أن يد الشريك يد أمانة بالنسبة لمال الشركة أياً كان نوعها، لأنه قبض المال بإذن صاحبه، لا لأجل أن يدفع ثمنه كما في المقبوض على سوم الشراء، فإنه مقبوض لأجل أن يدفع الثمن، ولا لأجل التوثق به كما في الرهن، فإنه مقبوض لأجل التوثق بِدَيْنِهِ.

<sup>624</sup> - المبسوط، السرخسي: 19/22، المرجع السابق

<sup>625</sup> - مجمع الأئمـ، دامـ أـنـديـ: 2/325، المـغـنيـ، اـبـنـ قـدـامـةـ: 5/50.

<sup>626</sup> - مـغـنيـ الـحـاجـ، الشـرـبـيـ: 3/228، مـطـالـبـ أـوـلـيـ النـهـيـ: 3/502.

<sup>627</sup> - المراجع السابقة.

والقاعدة في الأمانات أنها لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير، وبناء عليه فإنه إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن؛ لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، فكان المالك في يده كالمالك في يد شريكه. ويُصدّق بيمينه في مقدار الخسارة والربح وضياع المال أو تلفه كلاً أو بعضاً. ويضمن بالتعدي أو التقصير، كما في سائر الأمانات<sup>628</sup>.

### ثالثاً: تصرفات الشريك<sup>629</sup>

بناء على الفقرة السابقة من أن يد الشريك في مال الشركة يد أمانة، فهناك تصرفات وأفعال يملكونها الشريك بموجب عقد الشراكة، وتصرفات لا يملكونها، وغالباً ما تحتاج إلى إذن شريكه، فإن خالف في ذلك ضمن.

1 - لا يملك الشريك البيع نسيئة إلا بإذن شريكه، لأن كل واحد من الشريكين وكيل للأخر في نصفه فلا يملك إلا ما يملك الوكيل، وهذا قول الشافعية والحنابلة<sup>630</sup>.

ويملك ذلك دون إذن شريكه عند الحنفية والمالكية، لأن الإذن بالبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقاً، ولأن الشركة تتعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة<sup>631</sup>.

2 - ولا يملك الشراء نسيئة مطلقاً عند الشافعية<sup>632</sup>. ويملك ذلك عند الحنفية، لأن الإذن بالشراء والبيع بمقتضى الشركة وجد مطلقاً، ولأن الشركة تتعقد على عادة التجار، ومن عادتهم البيع نقداً ونسيئة<sup>633</sup>.

ويمثل الشراء نسيئة مطلقاً عند المالكية لحاجة الناس إلى ذلك<sup>634</sup>.

3. اتفق الفقهاء على عدم ملكية الشريك للشراء بغير فاحش<sup>635</sup>.

<sup>628</sup> - المبسوط، السرخسي: 11/157، المهدب، الشيرازي: 1/347، المغني، ابن قدامه: 5/55، بداية المجتهد، ابن رشد: 2/253.

<sup>629</sup> - انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجات الحمد، ص: 290 – 295.

<sup>630</sup> - المبسوط، السرخسي: 11/173. حاشية الدسوقي: 3/352.

<sup>631</sup> - المبسوط، السرخسي: 11/157، المهدب، الشيرازي: 1/347، المغني، ابن قدامه: 5/55، بداية المجتهد، ابن رشد: 2/253.

<sup>632</sup> - المهدب، الشيرازي: 1/346.

<sup>633</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/68.

<sup>634</sup> حاشية الدسوقي: 3/352.

4. ولا يملك الشريك الإقراض من مال الشركة إلا بإذن شريكه وهو قول الحنفية والحنابلة<sup>636</sup> والشافعية حيث قال الإمام النووي: "ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر"<sup>637</sup> والقرض فيه ضرر.

ويملك الشريك الإقراض دون إذن شريكه إذا كان لمصلحة الشركة عند المالكية<sup>638</sup>.

5. ولا يملك الاستدامة على مال الشركة إلا بإذن شريكه، وهو رأي الحنفية والحنابلة والظاهر من قول الشافعية والمالكية<sup>639</sup>.

6. ولا يملك توكيل غيره على مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا فيما يعجز عنه، أو ما لا يليق به مباشرته بنفسه، وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة<sup>640</sup>.

ويملك توكيل غيره مطلقاً عند الحنفية<sup>641</sup>.

7. ولا يملك المشاركة بمال الشركة إلا بإذن شريكه أو إطلاق التصرف عند الحنفية<sup>642</sup>. وعند الشافعية والحنابلة حيث اشترطوا الإذن في الإبضاع<sup>643</sup> وهو تبع في العمل بدون مقابل، فاشترط الإذن في المشاركة بمال الشركة من باب أولى<sup>644</sup>.

8. ولا يملك المضاربة بمال الشركة إلا بإذن شريكه أو إطلاق التصرف له عند المالكية<sup>645</sup>.

<sup>635</sup> - بدائع الصنائع ، الكاساني: 6/68، شرح الزرقاني: 87/6، مغني المحتاج، الشريبي: 291/2، كشف النقاع، البهوي: 500/3.

<sup>636</sup> - مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص: 302، المدع ، ابن مفلح: 9/5.

<sup>637</sup> - مغني المحتاج ، الشريبي: 291/2، وانظر: تصرفات الأمين، د. عبد العزيز حجيلا: 1/80.

<sup>638</sup> - الكافي لابن عبد البر: 2/784.

<sup>639</sup> - المبسوط 11/147، المبدع: 5/12. مغني المحتاج، الشريبي: 291/2. بداية المجتهد: 2/193.

<sup>640</sup> - الكافي في فقه أهل المدينة، القرطبي: 2/786، المذهب، الشيرازي: 1/358، المبدع، ابن مفلح: 5/11.

<sup>641</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/69.

<sup>642</sup> - المراجع السابق.

<sup>643</sup> - والمراد هنا دفع الشريك المال لآخر ليعمل فيه على أن يكون الربح لرب المال(الشريك) ولا شيء للعامل. مغني المحتاج، الشريبي: 2/422.

<sup>644</sup> - مغني المحتاج الشريبي: 2/215. المبدع: 5/7.

ولا يملك المضاربة إلا بإذن شريكه، وهو قول الإمام أبي حنيفة والظاهر من قول الشافعية، حيث اشترطوا الإذن في الإبضاع وهو تبع في العمل بدون مقابل، فالاشترط في المضاربة من باب أولى. وهو قول الحنابلة أيضاً.<sup>646</sup>

ويملك المضاربة دون إذن شريكه عند أبي حنيفة في رواية عنه وبها أخذ أصحابه<sup>647</sup>.

9. ولا يملك الإبضاع من مال الشركة إلا بإذن شريكه أو إطلاق التصرف له عند الحنابلة<sup>648</sup>.

ولا يملك ذلك عند الشافعية إلا بإذن شريكه، ويعمل ذلك دون إذن شريكه عند الحنفية والمالكية إذا اتسع المال بحيث يحتاج لذلك وإلا منع، لأن الشركة تعقد على عادة التجار والإبضاع من عادتهم<sup>649</sup>.

10. ويعمل الشريك الاستئجار للشركة وإيجارة مالها بمطلق العقد، أي دون إذن شريكه عند الحنفية والمالكية والظاهر من قول الشافعية والحنابلة. حيث أجازوا لعامل المضاربة أن يستأجر من رأس المال فيما لا يلزمه فعله، والشريك أولى لمشاركة في رأس المال<sup>650</sup>.

11. ولا يملك إعارة مال الشركة إلا بإذن شريكه عند المالكية<sup>651</sup> والظاهر من قول الشافعية حيث قال النووي رحمه الله: "ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر"<sup>652</sup> والإعارة فيها ضرر، والظاهر من قول الحنابلة حيث قال ابن قدامة:

<sup>645</sup> - حاشية الدسوقي: 422/3.

<sup>646</sup> - المبسوط ، السرخسي: 11/76، مغني المحتاج ، الشربيني: 2/291، كشاف القناع، البهوني: 3/500.

<sup>647</sup> - بدائع الصنائع ، الكاساني: 6/69.

<sup>648</sup> - المبدع ، ابن مفلح: 5/10.

<sup>649</sup> - بدائع الصنائع ، الكاساني: 6/68، مجمع الضمادات ، البغدادي ، ص: 298، مواهب الجليل ، الخطاب: 5/127، مغني المحتاج، الشربيني: 2/291.

<sup>650</sup> - مجمع الضمادات ، البغدادي ، ص: 298، مواهب الجليل ، الخطاب: 5/127، المهدى ، الشيرازي: 1/393، المبدع، ابن مفلح 5/9.

<sup>651</sup> - مواهب الجليل ، الخطاب: 5/128.

<sup>652</sup> - مغني المحتاج ، الشربيني: 2/291.

"ولكل واحد من الشركين أن يبيع ويشتري ويفعل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة"<sup>653</sup> والإعارة ليس فيها مصلحة.

ويملك الشريك إعارة مال الشركة دون إذن شريكه عند الحنفية<sup>654</sup>.

12. ولا يملك الشريك إيداع مال الشركة إلا بإذن شريكه أو عند الحاجة إليه وهو قول المالكية والوجه الصحيح عند الحنابلة<sup>655</sup>.

ويملك ذلك دون إذن شريكه مطلقاً عند الحنفية والظاهر من قول الشافعية<sup>656</sup>.

13. ولا يملك الشريك التبرع والإبراء من مال الشركة دون إذن شريكه، فإن فعل ذلك فإنه يثبت في نصيبه دون نصيب شريكه باتفاق المذاهب الأربع، لأن التبرع والإبراء من مال الشركة ضرر<sup>657</sup>.

14. ولا يملك الشريك الإقرار بالدين على الشركة لمن لا تقبل شهادته له كالزوجة والولد والأب، ومن ثم لا يكون لازماً في حق بقية الشركاء، وإنما يكون قاصراً عليه فلزم في حقه فقط، وهذا قول الحنفية والمالكية والظاهر من مذهب الشافعية كما قالوا في الوكيل. ومقتضى مذهب الحنابلة. حيث أن المذهب عندهم عدم ملكية الإقرار للأجنبي مع عدم التهمة، فمع التهمة من باب أولى<sup>658</sup>.

15. ويمثل الإقرار بدين في الشركة لأجنبي ويلزمه في نصيبه ونصيب شريكه عند المالكية ويمثل ذلك في شركة المفاوضة فقط عند الحنفية، ولا يمثل الإقرار بدين على الشركة لأجنبي فإن فعل لزم في نصيبي المقر فقط عند الحنابلة<sup>659</sup>.

---

<sup>653</sup> - الكافي ابن قدامة: 260/2.

<sup>654</sup> - فتاوى قاضي خان: 3/14، باماش الفتاوي الهندية.

<sup>655</sup> - بداية المجتهد، ابن رشد: 2/12، المبدع، ابن مفلح: 5/10.

<sup>656</sup> - المبسوط، السرخسي: 11/175.

<sup>657</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/72، بداية المجتهد: 2/257، معنى الحاج، الشيرازي: 2/291، المبدع، ابن مفلح: 5/9.

<sup>658</sup> - حاشية ابن عابدين 4/315، بداية المجتهد، ابن رشد: 2/193، المذهب، الشيرازي: 1/358. المبدع، ابن مفلح: 5/13.

<sup>659</sup> - بداية المجتهد، ابن رشد: 2/193، المبسوط، السرخسي: 11/174، المبدع، ابن مفلح 5/13.

16. ويلك الشريك السفر بمال الشركة مع أمن الطريق دون إذن شريكه، ولا يملكه مع الخوف إلا بإذن شريكه عند الحنابلة<sup>660</sup>. ويلك السفر مطلقاً دون إذن شريكه عند المالكية وعند أبي حنيفة وأحمد في رواية عنهما<sup>661</sup>. ولا يملك السفر مطلقاً إلا بإذن شريكه عند الشافعية<sup>662</sup>.

17. ولا يملك الشريك خلط مال الشركة بماله إلا بإذن أو تفويض من شريكه عند الحنفية والحنابلة<sup>663</sup>. ولا يملك ذلك إلا بإذن صريح عند الشافعية كما قالوا في المضاربة، لأن المضاربة نوع من الشركة<sup>664</sup>.

#### رابعاً: فساد الشركة وما يتربّ عليه<sup>665</sup>

علمنا أن للشركة شروطاً إذا تحققت كان العقد صحيحاً، وترتب عليه آثاره السابقة، وإذا اختلف شيء منها كانت الشركة فاسدة، فإذا علم فسادها قبل البدء بأعمال الشركة لم يتربّ على ذلك شيء من آثار العقد وينبغي تحديد العقد على وجه صحيح إذا أريد الاستمرار بالشركة.

وإذا تبين الخلل بعد البدء بأعمال الشركة وجب التوقف عن الاستمرار بذلك، وتحديد العقد على وجه صحيح إذا أريد الاستمرار بها. وترتب على تبين فساد الشركة فيما مضى الأمور التالية:

أ- يُقسم ما ظهر من ربح على حسب مقدار المالين، لأن الربح استفيد من المال، وقد تبين بطلان الشركة، فيرجع إلى الأصل وهو المال، فتكون نسبة ربح كل من الشركاء بنسبة مشاركته بالمال.

ب- يرجع كل شريك على الشركاء الآخرين بأجرة عمله من أموالهم الخاصة، لأنه تبين أنه كان أجيراً لهم وليس شريكاً.

<sup>660</sup>- المبدع ، ابن مفلح: 13/5

<sup>661</sup>- مواهب الجليل، الخطاب: 134/5، بداع الصناع، الكاساني: 6/71.

<sup>662</sup>- روضة الطالبين ، النووي: 4/238.

<sup>663</sup>- مجمع الضمانات، البغدادي ، ص300، المبدع، ابن مفلح: 5/9.

<sup>664</sup>- روضة الطالبين، النووي: 5/148.

<sup>665</sup>- مغني الحاج ، الشريني: 2/215، وما بعدها. وانظر : الفقه المنهجي ، د. مصطفى المخن وآخرون: 7/47، فقه المعاملات د. مصطفى المخن ، ص 189 ، 190.

ج - كل ما قام به الشركاء من تصرفات تعتبر نافذة، لأن كلاً منهم تصرف بإذن من الآخرين أي: لوجود الإذن في العقد.

#### خامساً: انتهاء عقد الشركة الصحيحة

تنتهي الشركة الصحيحة بالأمور الآتية<sup>666</sup>:

1. الفسخ: تنتهي الشركة بالفسخ حيث إن عقد الشركة عقد جائز غير لازم عند الجمهور ما عدا المالكية، وحينئذ يكون لكل واحد من الشريكين الحق في الفسخ، ولا تنفسخ عند المالكية إلا باتفاق الطرفين على الفسخ؛ لأنها عقد لازم عندهم.

2. انتهاء المدة: تنتهي الشركة بانتهاء مدة المشاركة فيما لو حددت بفترة زمنية، أو بانتهاء العمل أو المشروع الذي أسست الشركة لأجل.

3. الموت: إذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة ببطلان الملك، وزووالأهلية التصرف بالموت، سواء علم الشريك الآخر بالموت أو لم يعلم لأن كل شريك وكيل عن صاحبه، وموت الموكيل يكون عزلاً للوكيل علم به أو لم يعلم؛ ولأن الموت عزل حكمي. أما لو كان الشركاء أكثر من اثنين فإن الشركة تنفسخ في حق الميت خاصة، وتبقى بالنسبة للشركاء الباقيين، لأن الوكالة باقية في حقهم.

4. انعدام الأهلية بالكامل: تنتهي الشركة بانعدام الأهلية كجانون أحد الشريكين جنوناً مطبيقاً. وهو لا يصير مطبيقاً إلا بعد أن يستمر شهراً عند أبي يوسف أو بسنة كاملة عند محمد، ذكر ذلك الحنفية.

وعند الشافعية بالجنون مطلقاً ولو لوقت قصير، وألحقوه بالإغماء، لكن يشترط في الإغماء أن يستغرق وقت فرض صلاة حتى تنفسخ به الشركة، فإن لم يستغرق ذلك لم يؤثر.

5. ارتداد أحد الشريكين ولحوقه بدار الحرب، لأن ذلك بمنزلة الموت.

6. هلاك رأس مال الشركة أو أحد المالين قبل الشراء والخلط عند الحنفية والشافعية، أما بعد الشراء فيبقى العقد قائماً ويكون الملاك على مال الشركة.

---

<sup>666</sup>- المذهب، الشيرازي: 161/2، مجمع الأئمـ، داماد أفندي: 237، مغني المحتاج، الشريبي: 215/2، المغني، ابن قدامة: 133/5.

وأقرب منه ما قاله المالكية والحنابلة: تنشأ الشركة بمجرد العقد ويصير به رأس المال مشتركاً بين الشركاء. فإذا هلك أحد المالين قبل الخلط أو قبل التصرف يهلك على حساب الشركاء<sup>667</sup>.



---

<sup>667</sup> - غاية المنهى : 501/3.

## المبحث التاسع

### العارية

#### أولاً: تعريف العارية لغة واصطلاحاً

العارية بتشديد الياء، وهي اسم لما يُعار، وتطلق على عقد العارية.

وأما اشتقاها فمن التعاور، وهو التداول والتناوب مع الرد. والإعارة مصدر أعار، والعارية تطلق على الفعل، وعلى الشيء المعارض، والاستعارة طلب الإعارة<sup>668</sup>.

وفي الاصطلاح عرفها الفقهاء بتعاريف متقاربة.

فقال الحنفية: إنما تملك المنازع بلا عوض<sup>669</sup>.

وعرفها المالكية بأنها: تملك منفعة مؤقتة بلا عوض<sup>670</sup>.

وعرفها الشافعية بأنها: إباحة الانتفاع بالشيء مع بقاء عينه<sup>671</sup>.

وعرفها الحنابلة بأنها: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال<sup>672</sup>.

ويتفق تعريف الشافعية مع الحنابلة، والفرق بين تعريفهم وتعريف الحنفية والمالكية أن الشافعية والحنابلة يعدون العارية إباحة لا تملكها، والحنفية والمالكية يعدون العارية تملكها لا إباحة للمنافع<sup>673</sup>.

<sup>668</sup> - تاج العروس، مادة: عور.

<sup>669</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم: 280/15.

<sup>670</sup> - الشرح الصغير، الدردير: 3/570.

<sup>671</sup> - معنى المحتاج، الشريبي: 3/313.

<sup>672</sup> - الشرح الكبير، ابن قدامة: 5/345.

<sup>673</sup> - انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص: 304

## ثانياً: المشروعية

ثبتت مشروعية العارية بالكتاب والسنّة والإجماع والقياس.

أ. من الكتاب: قوله تعالى في بيان صفات المنحرفين عن الإسلام: "فَوَيْلٌ لِلْمُنْحَرِفِينَ، الَّذِينَ هُمْ عَنْ صَلَاتِهِمْ سَاهُونَ، الَّذِينَ هُمْ يُرَاءُونَ، وَيَنْعُونَ الْمَاعُونَ" [المعون: 4-7]. قال ابن مسعود وابن عباس وجماعة: الماعون هو إعارة القدر والدليل والنفس وسائر متعة البيت. وقال عليّ وابن عباس رضي الله عنهما في رواية هو الزكاة<sup>674</sup>.

ووجه الاستدلال أن الله ذم المتيحدّث عنهم بأنهم يمنعون الماعون، فدل على أن إعطاء الماعون أمر مشروع ومطلوب<sup>675</sup>.

ب. من السنّة: ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في خطبة الوداع: "الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاهُ وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَهُ وَالَّذِينُ مَقْضِيُّهُ وَالزَّاغِيمُ غَارِمٌ"<sup>676</sup>.

وروى صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أدراعاً يوم حنين فقال: "أغصباً يا محمد؟" قال: "بَلْ عَارِيَةً مَضْمُونَةً"<sup>677</sup>.

وما رواه جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "مَنْ كَانَتْ لَهُ أَرْضٌ فَلِيَهَا أَوْ لِيَعْرِهَا"<sup>678</sup>.

ج. الإجماع: فقد انعقد من الأمة كلها على أن العارية مندوب إليها لأنها من القربات<sup>679</sup>.

<sup>674</sup> - الاختبار، الموصلي: 55/3، الذخيرة، القرافي: 200/6، المجموع، التبوبي: 234/6، الشرح الكبير على متن المقنع، ابن

قدامة: 354/5.

<sup>675</sup> - فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص: 303

<sup>676</sup> - سنن الترمذى، أبواب: الوصايا، باب: ما جاء لا وصية لوارث، رقم (2120).

<sup>677</sup> - أخرجه أبو داود، كتاب الإجرارات، باب في تمضين العارية، رقم (3562)، والنمسائي في السنن الكبرى كتاب العارية، باب تمضين العارية، رقم (5779) وصححه الحاكم في المستدرك: 47/2.

<sup>678</sup> - أخرجه مسلم في البيوع، باب: كراء الأرض، رقم: 1536.

د. القياس: فلأنه لما جازت المبة بالأعيان جازت المبة بالمنافع.

ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً. ولأنه سبحانه قال: "لَا خَيْرٌ فِي كَثِيرٍ مِّنْ نَحْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمْرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ" [النساء: 114] والعربية من المعروف. وقال سبحانه: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالثَّقْوِيِّ" [المائدة: 2] والعربية من البر والمعروف كان متعارفاً عليه في الجاهلية بأنه كل ما فيه منفعة من قليل أو كثير.<sup>680</sup>

### ثالثاً: حكمة مشروعية العربية<sup>681</sup>

إن حكمة التشريع في العربية هي تحقيق التعاون الذي ندب الله تعالى المسلمين إليه إذ قال: (وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالثَّقْوِيِّ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُوانِ) [المائدة: 2]. فكثير من الناس لا يمكن من اقتناه كل ما يحتاج إليه من متعة أو ملبس أو مسكن أو عقار: إما لقلة ذات يده، أو لفقدانه في الأسواق، أو ندرة وجوده، أو لكثرة مشاغل بعض الناس التي تنسفهم بعض حاجاتهم، وعندها قد يجد المرء نفسه في ساعة من ليل أو نهار في حاجة ماسة لأن يطرق باب جيرانه، فيطلب منهم استعارة بعض الأشياء، أو يتوجه بالطلب إلى صديقه في سفر أو حضر أو يستعين ببعض متاعه لقضاء حاجته، ولا سيما أولئك الكثيرات من ربّات البيوت، اللواتي قد يكون رجاهن في سفر، أو غائبين عن البيت لأنهم في العمل، والمرأة مضطربة لأن تحب الطعام أو تقوم بشؤون الأولاد، فتحتاج إلى أشياء كثيرة لا تتمكن من تحفيتها بنفسها، فلا بد من أن تستعين بمتعة من يساكنها في دارها أو يجاورها. ولما كان الإسلام دين التيسير والتعاون - كما ذكرنا - يسر على الناس وشرع لهم أن يتتفع بعضهم بأمتעה بعض، بإذن منه ورضا، مستجبيين لتوجيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اذ يقول:

"وَاللَّهُ فِي عَوْنَ الْعَبْدُ مَا كَانَ الْعَبْدُ فِي عَوْنَ أَخْيَهِ".<sup>682</sup>

وبهذا يحمون أنفسهم من العقاب والعتاب، في يوم عصيب لا ينفع المرء فيه إلا ما قدّم من إحسان في هذه الدار، ورعاية للحقوق وأداء للواجب. روى جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "ما من صاحب إبل ولا بقر ولا غنم لا يؤدي حقها، إلا أُقعد لها يوم القيمة بقاعٍ قرْقِرٍ، تطوه ذات الظلّف بظلّفها، وتنتظه

<sup>679</sup> - مراتب الإجماع، ابن حزم، ص: 14، لمجموع: 201/14.

<sup>680</sup> - المجموع، النووي: 201/14.

<sup>681</sup> - الفقه المنهجي: 41/7.

<sup>682</sup> - صحيح مسلم، كتاب: الذكر والدعاء، باب: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن، رقم (2699).

ذات القرن بقراها، ليس فيها يومئذ جماء ولا مكسورة القرن". قلنا: يا رسول الله، وما حقها؟ قال: "إطراق فحلها، وإعارة دلوها، ومنيحتها، وحلبها على الماء، وحمل عليها في سبيل الله".<sup>683</sup>

[قاع قرق: ارض مستوية. تطوه: تدوسه. الظلف: ما يكون في نهاية القدم من البقر والغنم ونحوها، جماء: لا قرن لها. إطراق فحلها: اعارة الذكر منها لينزو على اناثها. منيحتها: المنية هي الشاة او البقرة او الناقة، يعطيها مالكها لغيره ليتنفع بلبنها ونحوه زمانا، ثم يردها لمالكها].

#### رابعاً: حكم العارية

الأصل في العارية أن تكون مستحبة ومندوباً إليها، لما فيها من الإحسان، وقضاء الحاجات، وجلب المودة والمحبة قال تعالى: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُوَّانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ" [المائدة: 2].

وهي عقد جائز فيجوز لكل واحد من الطرفين فسخها وإليك أقوال الفقهاء:

قال الحنفية والشافعية والحنابلة: إن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم؛ لأنه ملك لا يقابله عوض، فلا يكون لازماً فيجوز للمعير أن يرجع في الإعارة، كما للمستعير أن يردها في أي وقت شاء، سواءً كانت الإعارة مطلقة أم مؤقتة بوقت .<sup>684</sup>

وقال المالكيّة في المشهور عندهم ليس للمعير استرجاع العارية قبل الانتفاع بها، وإذا كانت العارية إلى أجل، فلا يجوز للمعير الرجوع إلا بعد انتهاء الأجل، وإن لم يتحدد أجل يلزم المعير من المدة ما يرى الناس أنه مدة مثل تلك العارية، وقال الدردير في الشرح الكبير: الراجح أن للمعير أن يرجع في الإعارة المطلقة متى أحب .<sup>685</sup>

وبهذا يظهر أن المالكيّة يسوغون الرجوع في العارية المطلقة ويعنونه في العارية المقيدة بالشرط أو العمل أو الزمن أو العرف والعادة .<sup>686</sup>

683 - أخرجه مسلم، كتاب: الزكاة، باب: إثم مانع الزكاة، رقم (988).

684 - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/216، المذهب، الشيرازي: 1/363، المغني، ابن قدامة: 5/211.

685 - بداية المجتهد، ابن رشد: 2/308.

## خامسًا: أركان العارية

قال المالكية والشافعية والحنابلة إن أركان العارية أربعة هي: المعير، المستعير، المعارض، والصيغة.

وذهب الحنفية - كما فيسائر العقود - إلى أن ركناها هو الصيغة فقط، وما عداه يسمى أطراف العقد، كما يسمى المعارض محلًا.

أ - المعير: وهو المالك للعين، ويشترط فيه ما يأتي:

1 - أن يكون من يصح تبرعه: فلا تصح من صبي، ولا مجنون، ولا محجور عليه بسنه، ولا محجور عليه بقلنس إذا كانت المدة مما يقابل بأجرة. لأن كل هؤلاء ليسوا من أهل التبرع، والعارية - كما سبق في تعريفها - تبرع بإباحة المنفعة.

وقد صرخ الحنفية بأن الصبي المأذون إذا أغار ماله صحت الإعارة، ولا يشترط البلوغ عند الحنفية<sup>687</sup>.

2 - أن يكون مالكًا للمنفعة في المعارض: وإن لم يكن مالكًا لعينه كالمستأجر، أو الموصى له أو الموقوف عليه (كسكان مدرسة موقوفة)، لأن الإعارة ترد على المنفعة لا العين.

3 - أن يكون مختاراً: فلا تصح إعارة مُكرر، لحديث: "لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا عَنْ طَيْبٍ نَفْسٍ مِنْهُ"<sup>688</sup>.

ب - المستعير: وهو طالب الإعارة، وهو الذي أتيح له الانتفاع بالعين المعارض، وشروطه ثلاثة:

أحددها: أن يكون أهلاً للتبرع عليه بالشيء المعارض، فلا تصح من صبي أو مجنون عند الجمهور، وأجاز الحنفية الإعارة من الصبي المأذون لأنهما من توابع التجارة، وأنه يملك التجارة فيما يملكه ما هو من توابعها<sup>689</sup>.

ثانيها: أن يكون معييناً، فلا تصح لغير معين، كما إذا قال لاثنين: أعرت أحدهما، أو لجماعة أعرت أحدهم.

686 - الفقه الإسلامي وأدله، د. وهبة الرحيلي: 5/679.

687 - القوانين الفقهية، ابن جزيء، ص: 373، مغني الحاج، الشريبي: 3/314، كشاف القناع، البهوي: 4/67.

688 - ذكره الحيشمي في مجمع الزوائد: 4/172، وقال: "وعن أبي حمزة الشاشي عن عتيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا

بِطَيْبٍ نَفْسٍ مِنْهُ" رواه أبو يعلى وأبو حمزة وثقة أبو داود، وضعفه ابن معين".

689 - بداع الصنائع، الكاساني: 6/214.

ثالثها: يُشترط القبض من المستعير، لأن الإعارة عقد تبرع، فلا يثبت حكم العارية بدون القبض كالمهبة.<sup>690</sup>

ج - المستعار (المخل): هو العين التي يمنحها المغير للمستعير للانتفاع به ويشترط فيها شروط<sup>691</sup>:

أ- أن تكون منفعته ملكاً للمغير، سواء أكان مالكاً للعين أم غير مالك لها كالمستأجر. وعلى هذا فلا تصح الإعارة من مستعير، لأنه غير مالك للمنفعة عند الشافعية والحنابلة. وعند الحنفية والمالكية يجوز للمستعير أن يعيّر، لأن العارية عندهم تملك للمنفعة<sup>692</sup>.

ب- أن يكون منتفعاً به انتفاعاً مباحاً مقصوداً مع بقاء عينه كالدور والأرضين والثياب والدواب وسائر الحيوان، وجميع ما يعرف بعينه، إذا كانت منفعته مباحة الاستعمال. أما ما تذهب عينه بالانتفاع به كالطعام والصابون فليس إعارة. كما لا تحل إذا كانت الإعارة لانتفاع محظوظ، كإعارة السلاح لأهل البغي أو الفساد، ولا يuar ما لا نفع فيه<sup>693</sup>.

وقد نصَّ الحنفية على أن العارية نوعان: حقيقة، ومجازية<sup>694</sup>:

فالحقيقة: إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والسيارة والبيت ونحو ذلك.

والجازية: إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا بالاستهلاك، كالدرارهم والدنانير والطعام المكيل أو الموزون أو العدد المقارب، فهذه إعارة صورة، قرض معنى.

د - الصيغة: وهي كل ما يدل على الإعارة من لفظ أو إشارة أو فعل، وهذا عند المالكية والحنابلة<sup>695</sup>.

<sup>690</sup> - المرجع السابق.

<sup>691</sup> - انظر: فقه المعاملات د. مصطفى الخن، ص: 311

<sup>692</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم: 7/281، الناج والإكيليل، العبدري 7/298، مغني الحاج، الشريبي: 3/314، الشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة 5/368.

<sup>693</sup> - منح الجليل، محمد عليش: 3/487، تكملة حاشية ابن عابدين: 2/269.

<sup>694</sup> - الاختيار، الموصلي: 3/63.

<sup>695</sup> - الشرح الصغير: 3/571، المعني ، ابن قدامة: 5/224.

والصحيح عند الشافعية أنه لا بد من اللفظ للقادر عليه مثل أعرتك هذا الكتاب وأعني أو خذه لتنتفع به أو أعرتك منفعته أو ما أشبه ذلك، فيستلزم المستعير، أو الكتابة مع النية. ويكتفي عندهم لفظ أحدهما مع فعل الآخر، ولا يكتفي الفعل من الطرفين إلا في بعض الاستثناءات كما إذا اشتري شيئاً وسلمه للمستعير في ظرف، فالظرف مuar في الأصل<sup>696</sup>.

وعند الحنفية غير زفر ركن الإعارة الإيجاب بالقول من المعيير، ولا يشترط القبول من المستعير، فالقبول عندهم ليس بركن، حتى إنهم قالوا: إن من حلف لا يعبر فلاناً فأغاره ولم يقبل حنت في يمينه. وتنعقد عندهم بكل لفظ يدل عليها ولو مجازاً<sup>697</sup>.

## أحكام العارية:

### أولاً: تعليق الإعارة وإضافتها

جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية<sup>698</sup> وفي قول للحنفية أنه لا يجوز إضافتها، ولا تعليقها، لأنها عقد غير لازم فله الرجوع متى شاء. وفي قول آخر للحنفية جواز إضافتها دون تعليقها.

وقد ذكر بعض المالكية والشافعية فروعاً ظاهراً أنها تعليق أو إضافة كقوفهم:

أعني دابتك اليوم أعيরك دابتي غداً، والواقع أنها إجارة لا إعارة<sup>699</sup>.

### ثانياً: إطلاق الإعارة وتقييدها

وتصح الإعارة مطلقة عن الوقت والشرط كأن يقول: أعرتك هذا الكتاب، كما تصح معلقة على شرط ومقيدة بوقت، كما لو قال له: أعرتك داري هذه لتسكنها سنة، أو إن خرج منها فلان الذي يسكنها، وذلك لأن الإعارة ليست بعقد تملك حتى لا تقبل التعليق والتوكيد، وإنما هي إباحة انتفاع<sup>700</sup>.

<sup>696</sup> - مغني المحتاج ، الشربيني:3/318.

<sup>697</sup> - حاشية ابن عابدين:4/502، وما بعدها.

<sup>698</sup> - جاء في أنسى المطالب لزكريا الأنباري:2/327: " (تبنيه) هل يصح تعليق الإباحة قال الروياني في آخر كتاب الوكالة من البحر لو قال: إذا جاء رئيس الشهر فقد أباحت لك فيه وجهان، قال الزركشي في قواعده ويشبه ترجيح الجواز إذ لا تملك فيها، بل هو الأصل".

<sup>699</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 8/3898، الشرح الصغير، الدردير: 3/573.

### ثالثاً: ضمان الإعارة

اتفق الفقهاء على أن العارية إن تلفت بالتعدي من المستعير فإنه يضمنها. أما إن تلفت العارية بلا تعد فقد اختلف الفقهاء في التضمين.

فقال الحنفية يد المستعير يداً أمانة فلا يضمن إذا تلفت العارية من غير تفريط أو تقدير، ولو كان التلف بغير الاستعمال.

ودليلهم حديث: "ليس على المستعير غير المغلٍ ضمان" <sup>701</sup> والمغل هو الخائن.

ولأن الضمان إما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالإذن، وليس هنا شيء من ذلك. أما العقد فلأن اللفظ الذي تعقد به العارية لا ينبع عن التزام الضمان، لأنه لتمليك المنافع بغير عوض أو لإباحتها على الاختلاف. وما وضع لتمليك المنافع لا يتعرض فيه للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه.

وأما القبض فإنما يوجب الضمان إذا وقع بطريق التعدي، وما هنا ليس كذلك، لكونه مأذوناً فيه. وأما الإذن فلأن إضافة الضمان إليه فساد في الوضع، لأن إذن المالك في قبض الشيء ينفي الضمان فكيف يضاف إليه <sup>702</sup>.

ووافق المالكية الحنفية فيما لا يغاب عليه، أي لا يمكن إخفاؤه، كالعقار والحيوان بخلاف ما يمكن إخفاؤه، كالثياب والحلبي فإنه يضمنه، إلا إذا أقام بينة على أنه تلف أو ضاع بلا سبب منه <sup>703</sup>.

وقال الشافعية: إن يد المستعير على العين المستعارة يد ضمان، فإذا قبض المستعير العين المستعارة دخلت في ضمانه، سواء أتعدى باستعمالها أم لم يتعدد، وقصر في حفظها أم لم يقصّر، لأنه قبض مال غيره لمصلحة نفسه.

ودليل الضمان قوله عليه الصلاة والسلام في حديث صفوان بن أمية أن النبي صلى الله عليه وسلم استعار منه أذراعاً يوم حنين فقال: أغصباً يا محمد؟ قال "بل عارية مضمونة" <sup>704</sup>.

<sup>700</sup> - المذهب، الشيرازي: 371/1. الفقه المنهجي: 44/7

<sup>701</sup> - حديث: "ليس على المستعير غير المغل ضمان" أخرجه الدارقطني رقم (3002) وفي إسناده عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان، قال عنهما الدارقطني: ضعيفان، وقال: إنما يُروى عن شريح القاضي غير مرفوع.

<sup>702</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 217/6، وانظر: الموسوعة الكويتية: 189/5.

<sup>703</sup> - القوانين الفقهية، ابن جزي، ص: 405

ولأنه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمق卜وض على سوم الشراء<sup>705</sup>.

#### خامساً: شرط نفي الضمان

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة، وهو أحد وجهين عند المالكية: أن اشتراط نفي الضمان في عقد يجب الضمان فيه لا يسقط الضمان، بل يصح العقد ويفسد الشرط.

واستدلوا لعدم سقوط الضمان بأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغیره الشرط، كالمق卜وض ببيع صحيح أو فاسد، وما اقتضى الأمانة فكذلك، كالوديعة والشركة والمضاربة.

والوجه الآخر عند المالكية أنه لا يضمن بشرط نفي الضمان، لأنه معروف من وجهين: العارية معروف، وإسقاط الضمان معروف آخر، ولأن المؤمن عند شرطه.

#### سادساً: كيفية التضمين

قال المالكية والحنابلة: أنه يجب ضمان العين المستعارة بمثلاها إن كانت مثيلة، وإلا بقيمتها يوم التلف.

وقال الشافعية والحنابلة: ويضمن المستعير العين المستعارة بقيمتها يوم تلفها، إذا تلفت وذهبت ولو بأفة سماوية، ولا يضمن ما يلي منها أو نقص من قيمتها بسبب الاستعمال المأذون فيه، فإذا استعملها في غير ما أذن له به، فقصصت، فإنه يضمن.

وكذلك يضمن ما نقص منها بسبب الاستعمال إن استعملها فيما لا تستعمل فيه عادة، كأن استعمل الدار للنجرارة، أو استعمل أوعية الطعام لنقل الرمل أو الحجارة.

ويضمنها أيضاً إذا استعملها بعد رجوع المغير بالإعارة وطلبه رد العين المستعارة، حتى ولو استعملها فيما هو مألف في استعمالها، لأنه استعمال غير مأذون فيه، وكذلك الحال لو كانت العارية مؤقتة واستعملها بعد انتهاء المدة<sup>706</sup>.

<sup>704</sup> - سبق تخيجه، أخرجه أبو داود والنسائي.

<sup>705</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 267/2.

<sup>706</sup> - المهدب، الشيرازي: 189/2. الفقه المنهجي: 47/7، 48.

وقال الحنفية تضمن العارية ضمان المغصوب، والمغصوب إن هلك وهو مثلي وجب مثله، وإن انقطع المثلي فقييمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف يوم الغصب، وقال محمد يوم الانقطاع، وما لا مثل له فقييمته يوم غصبه<sup>707</sup>.

#### سابعاً: نفقة المستعار ومؤنة رد

ذهب الشافعية والمالكية في المعتمد والخنابلة إلى أن نفقة العارية التي بها بقاوتها كالطعام مدة الإعارة على المالك، لأن النفقه تتبع للملك، والإعارة تتبع بالمنفعة من مالكها ليتتفع بها المستعار، فلا يجب عليه في مقابلها شيء<sup>708</sup>.

وذهب الحنفية - وهو ما اختاره القاضي حسين من الشافعية - إلى أن نفقة المستعار على المستعار سواء أكانت العارية مطلقة أم مقيدة. لأن مالك الدابة فعل معروفاً فلا يليق أن يشدد عليه<sup>709</sup>.

مؤنة رد العارية: وأما مؤنة رد المستعار فقد اتفق الشافعية والحنفية وهو الظاهر عند المالكية أنها على المستعار لقوله صلى الله عليه وسلم: "على اليد ما أحدث حتى تؤديه"<sup>710</sup>.

ولأن الرد واجب عليه، ولكونه قبض العارية لمنفعة نفسه، ولأن الإعارة من أعمال البر، فلو جعلت مؤنة الرد على المالك كان ذلك دافعاً للناس على الامتناع عن الإعارة.

#### ثامناً: هل للمستعار أن يغير غيره؟

اختلف الفقهاء على رأين بناء على اختلافهم هل يملك المستعار المنفعة؟:

فبعد الحنابلة والشافعية على الصحيح لا تفيد الإعارة ملك المنفعة فلا يجوز للمستعار أن يغير غيره، وإنما يستوفي المنفعة بنفسه. لكن يجوز ذلك إذا أذن المالك<sup>711</sup>.

<sup>707</sup> - تبيين الحقائق، الزبيدي: 5/223، نظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص 325-323.

<sup>708</sup> - مغني المحتاج ، الشربيني: 2/267.

<sup>709</sup> - حلشة ابن عابدين: 5/677.

<sup>710</sup> - أخرجه الترمذى، كتاب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة، رقم (1313). وقال: هذا حديث حسن صحيح.

<sup>711</sup> - مغني المحتاج، الشربيني: 3/314، الشرح الكبير على متن المقنع، ابن قدامة: 5/368.

وعند الحنفية والمالكية تفید الإعارة ملك المنفعة فيجوز للمستعير أن يغير غيره<sup>712</sup>.

**كيفية رد العين المستعارة:** يكون رد العين المستعارة إلى المعير بحسب الشيء المستعار عرفاً وعادة: فالأشياء المنقوله لا بد من نقلها وتسليمها للمعير، ولا سيما إذا كانت نفيسة، فيختلف التسلیم باختلاف نفاستها، كالجواهر والمعادن الثمينة، فربما اشترط تسلیمها ليد المعير بنفسه، وربما أكتفى بردها إلى منزله وتسليمها إلى من ينوب عنهما في قبضها، كالأواعية ونحوها.

وإذا كانت العين المستعارة غير منقوله، كالأرض والدور ونحو ذلك، كفى فيها التخلية وإزالة الموانع من استلامها والانتفاع منها<sup>713</sup>.

#### تاسعاً: الاختلاف بين المعير والمستعير<sup>714</sup>

1 - دعوى الرد: لو اختلف المعير والمستعير في رد العارية، فقال المستعير: ردتها إليك، وقال المعير: لم تردها إليّ فالقول قول المعير بيمينه، لأن الأصل عدم الرد<sup>715</sup>.

2 - دعوى التلف: لو قال المستعير حصل التلف بالاستعمال المأذون فيه - عند من يقول بعدم ضمانه بذلك - وأنكر المعير ذلك، صدق المستعير بيمينه، لعسر إقامة البينة عليه، ولأن الأصل براءة ذمته<sup>716</sup>.

#### عاشرًا: ما تنتهي به الإعارة

تنتهي الإعارة بأحد الأسباب الآتية<sup>717</sup>:

<sup>712</sup>- البحر الرايق، ابن نحيم:7/281، الناج والإكليل، العبدري:7/298.

<sup>713</sup>- الفقه المنهجي: 51/7.

<sup>714</sup>- انظر فقه المعاملات د. مصطفى الخن، ص: 327

<sup>715</sup>- مغني المحتاج، الشريبي: 2/275.

<sup>716</sup>- إعانة الطالبين: 3/132.

<sup>717</sup>- حاشية ابن عابدين:4/506، الشرح الكبير ، الدردي:3/433، نهاية المحتاج، الرملي:5/130-131، المغني، ابن

قدامة:5/224. الفقه المنهجي: 53/7.

ينتهي عقد الإعارة بأمور، وهي:

أ - طلب المعير للعارية ورجوعه عن الإعارة، سواءً أكان ذلك قبل انتهاء مدة الإعارة أم بعدها، لأنها عقد جائز من طرفه كما علمنا.

ب - رد المستعير للعين المستعارة على المعير، بعد انتهاء مدة الإعارة أم قبلها، لأنها عقد جائز أيضاً من طرفه.

ج - جنون أحد المتعاقدين أو إغماوه، لاختلال شروط المعير والمستعير على ما علمت، إذ يشترط في المعير أهلية التبرع وفي المستعير أهلية التبرع عليه، والجنون والمغمى عليه ليسا أهلاً لذلك.

د - موت المعير أو المستعير، لأنها عقد إباحة الانتفاع بالإذن، وعموت المعير لم يبق صاحب الإذن، وعموت المستعير لم يبق المأذون له.

هـ - الحجر بالسقّه على المعير أو المستعير، لأنه لم يبق المحجور عليه أهلاً للتبرع، فلا تصح الإعارة، فتفسخ.

والحجر بالقلنس على المالك، لأنه يمتنع عليه التبرع بمنافع أمواله، حفظاً لمصلحة دائرته.

## المبحث العاشر

### الوديعة

#### أولاً: تعريف الوديعة

الوديعة لغة: ما استودع، وهي واحدة الودائع، يقال: أودعه مالاً أي دفعه إليه ليكون وديعة عنده، وأودعه مالاً أيضاً: قبله منه، وهو من الأضداد.<sup>718</sup>

وهي مشتقة من الودع، والودع الترك، ورد في الحديث: "لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجَمْعَاتِ أَوْ لَيَخْتَمَنَّ اللَّهُ عَلَىٰ قُلُوبِهِمْ ثُمَّ لَيَكُونُنَّ مِنَ الْغَافِلِينَ"<sup>719</sup> أي: عن تركهم الجماعات.

فالوديعة هي الشيء الموضوع والمتروك عند غير صاحبه للحفظ.

#### واصطلاحاً: تطلق على أمرين:

أحدهما: المعنى المصدري وهو الإيداع.

ثانيهما: العين المودعة.

والمقصود بالبحث عند الفقهاء هو الوديعة بمعنى الإيداع. ولا يبحثون في الوديعة على المعنى الثاني إلا تبعاً<sup>720</sup>.

قال الحنفية: الوديعة هي: تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة<sup>721</sup>. ويشترطون في الإيجاب أن يكون لفظاً صريحاً مثل قول المودع لغيره: أودعتك<sup>722</sup> ، أو كناية أو فعلًا كأن وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئاً، ويشترطون في القبول أن يكون صريحاً كقبلت، أو دلالة كما لو سكت عند وضعه فإنه قبول دلالة.

718 - المعجم الوسيط، مادة: ودع.

719 - أخرجه مسلم، كتاب الجمعة بباب التغليظ في ترك الجمعة، رقم (2039).

720 - انظر: فقه المعاملات د. مصطفى الخن، ص: 333.

721 - حاشية ابن عابدين: 5/662.

722 - أودعتك الشيء من الأضداد، تطلق على جعلته عندك وديعة، وقبلته منك وديعة.

وعرفها الشافعية والمالكية بقولهم: "توكيل في حفظ ملوك، أو محترم مختص على وجه مخصوص"<sup>723</sup> ، والمراد بالملوك: ما يصح تملكه شرعاً، كالأعيان الطاهرة والمباحة الاستعمال، وبالمحترم المخصوص: ما لا يصح تملكه شرعاً، ولكن يصح وضع اليد عليه والاختصاص به، كالكلب المعلم، ومعنى محترم: أي غير مأمور بإتلافه.

وعرف الحنابلة الوديعة بقريب مما عرفه الشافعية فقالوا: "الوديعة: المال المدفوع إلى من يحفظه، والإيداع التوكيل في حفظه تبرعاً".<sup>724</sup>

ويقال لدفع الوديعة موَدَع - بكسر الدال - ولاَخْذُهَا: موَدَع - بفتح الدال ووديع.

ثانياً: مشروعيتها

استدل الفقهاء على مشروعية الوديعة من الكتاب والسنة والإجماع.

أ. الكتاب: قوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدِّوُ الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا" [النساء: ٥٨]. والأمانة لفظ عام، يتناول كل ما استحفظ عليه الإنسان من دين أو عين، والائتمان على العين هو الوديعة. وأداؤها يعني: أن يكون المؤمن موضع حسن ظن من ائتمنه، فيحفظ ما استودع عنده أو اؤتمن عليه، ويرده على صاحبه. والأمر برد الأمانات وحفظها يتضمن الإخبار بمشروعيتها.<sup>725</sup>

قال السيوطي في تفسيره "الإكيليل في استنباط التنزيل": في هذه الآية وجوب رد كل أمانة من وديعة وقراض وفرض وغير ذلك ..<sup>726</sup>

وهذه الآية وإن نزلت في رد مفتاح الكعبة إلى عثمان بن طلحة<sup>727</sup> فهي عامة في جميع الأمانات.

<sup>723</sup> - مغني المحتاج، الشربي: 3/79. حاشية الدسوقي: 3/419.

<sup>724</sup> - مطالب أولى النهى في شرح غاية المتنبي، مصطفى بن سعد: 4/147.

<sup>725</sup> - المغني، ابن قدامة: 6/436، وانظر: الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعى: 7/86.

<sup>726</sup> - أحكام القرآن، أبو الحسن الطبرى الشافعى 2/471.

<sup>727</sup> - روى في سبب نزول هذه الآية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما دخل مكة يوم الفتح أغلق عثمان بن طلحة بن عبد الدار بباب الكعبة، وكان سادنا، وصعد إلى السطح، وأبي أن يدفع المفتاح إليه، وقال: لو علمت أنه رسول الله لم أمنعه، فلوى علي بن أبي طالب يده أخذ منه المفتاح، وفتح، ودخل رسول الله

واستدلوا أيضاً بقوله تعالى: "فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤْدِدُ الَّذِي أُتُّمِنَ أَمَانَتَهُ" [البقرة: ٢٨٣].

ت. وأما السنة

- ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أَدِ الأُمَانَةَ إِلَى مَنْ أَتَمَّنَكُمْ، وَلَا تَخْنُونَ مِنْ خَانٍ<sup>728</sup>". وجواب الاستدلال بالحديث هو نفس الاستدلال بالأياتين.

- روي أنه صلى الله عليه وسلم كانت عنده وداع لأهل مكة، فلما أراد المиграة أودعها عند أم أيمن برقة الحبسية رضي الله عنها، وأمر عليها أن يردها على أصحابها<sup>729</sup>.

ج. وأما الإجماع:

فقد اتفق علماء المسلمين في كل عصر - من لدن الصحابة رضي الله عنهم إلى يومنا هذا - على أن الوديعة جائزة ومشروعة<sup>730</sup>.

### ثالثاً: حكمه مشروعيتها

إن الحكمة من مشروعية الوديعة هي التيسير على المسلمين، وتحقيق مصلحتهم ودفع الضرر عنهم، فهم في حاجة شديدة لأن يستعين بعضهم البعض لحفظ أموالهم، وصيانة أمتعتهم.

---

صلى الله عليه وسلم وصلى ركتعين، فلم خرج سأله العباس أن يعيه المفتاح، ويجمع له السقاية والسدانة فنزلت هذه الآية فأمر النبي عليهما أن يرده إلى عثمان، وأن يعتذر إليه، فقال عثمان لعلي: أكرهت وأذيت ثم جئت ترفق! فقال: لقد أنزل الله في شأنك قرآنًا، وقرأ عليه الآية، فقال عثمان: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله، فهبط جبريل عليه السلام وأخبر النبي صلى الله عليه وسلم أن السدانة في أولاد عثمان أبداً. تفسير البغوي: 1/443-444.

728 - أخرجه أبو داود كتاب: البيوع والإجرارات، باب: في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم: (3535). والترمذمي كتاب البيوع، باب حدثنا أبو كُرُبَ: رقم 1264. وقال: حديث حسن غريب.

729 - رواه البيهقي بنحوه، انظر: خلاصة البدر المنير: 2/150. الدرر في اختصار المغازي والسير، ص: 85.

730 - انظر: مراتب الإجماع، ابن حزم، ص 61، المغي، ابن قدامة: 6/436.

فقد يكون لدى أحدهم مال، ولا يكون عنده موضع أمين يحفظه فيه، أو يكون عاجزاً عن دفع الأيدي الآثمة عنه، ويكون هناك من عنده حز لحفظ هذا المال، وبهاب الناس فلا يجرؤ أحد من السفهاء أن يقترب من داره أو مخزنه، فيستودعه ماله.

وقد يكون أحدهم يريد سفراً لقضاء مصالحة، ولا يأمن أن يتراك ماله وما لديه دون رعاية أو إشراف.

وكذلك قد يكون المرء في السوق، فيشتري من السلع ما يحتاج إليه من مواضع متعددة، ولا يمكن من حمل هذه الأمتعة والتجول بها من مكان آخر، فيستودعها من يحفظها له إلى أن يقضي عمله.

وكثيراً ما يقني الناس سلعاً، قد لا يحتاجونها الآن، وإنما يحتاجون إليها في مستقبل الأيام، ولا يجدون المكان الذي يحفظونها فيه في دورهم ونحوها.

فالحاجة داعية في كل ما سبق إلى الإيداع والاستيداع، والله تعالى يقول: "يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ" [البقرة: ١٨٥]. فمشروعية الوديعة تيسير ومنعها عسر، والله عز وجل يقول: "وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدُوانِ" [المائدة: ٢]. وفي مشروعيتها تعاون على البر، ومنع من الإثم والعدوان<sup>731</sup>.

وإلى هذا المعنى أشار ابن قدامة حين قال عن الحكمة من مشروعية الوديعة: "والعبرة تقتضيها، فإن بالناس إليها حاجة، فإنه يتعدى على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم، ويحتاجون إلى من يحفظ لهم"<sup>732</sup>.

رابعاً: حكم قبول الوديعة<sup>733</sup>

يتناول الوديعة الأحكام الخمسة، وهي:

<sup>731</sup> - الفقه المنهجي: 87/7

<sup>732</sup> - المغني، ابن قدامة: 436/4

<sup>733</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم: 273/7، مواهب الجليل، الخطاب: 251/5، معنى المحتاج، الشريفي: 3/79، كشاف القناع، البهوي: 4/185. الفقه المنهجي: 87/7

١ - الاستحباب: فالأصل في الوديعة أنها مستحبة، أي مندوبة، وذلك إذا كان الوديع قادرًا على حفظها، واثقًا من أمانة نفسه، وكان يوجد غيره من هو مثله في الأمانة والقدرة على الحفظ، وذلك لما فيها من عون المسلم لأخيه، رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: "وَاللَّهُ فِي عَوْنَى الْعَبْدَ مَا دَامَ الْعَبْدُ فِي عَوْنَى أَخِيهِ".<sup>734</sup>

٢ - الوجوب: ويصبح قبول الوديعة واجباً على الوديع، إذا عرضت عليه وكان أميناً واثقاً من أمانة نفسه وقدرته على حفظها، ولا يوجد غيره مثله، لأن في عدم قبوله لها تضييعاً للمال، وفي قبولها صيانة لمال غيره، رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن إضاعة المال، وبين حرمة مال المؤمن كحرمة دمه<sup>735</sup>. فكما يجب على المسلم أن يدافع عن أخيه ويصونه من أن يسفك دمه، كذلك يجب عليه أن يحافظ على ماله إن خاف ضياعه.

٣ - الكراهة: وقد يكون قبول الوديعة مكرروحاً في حق الوديع، وذلك إذا كان أميناً وقت عرضها عليه، ولكنه لا يثق أن يبقى أميناً في المستقبل، فيكره له قبولها خشية الخيانة فيها وتضييعها على مالكها.

٤ - التحرير: أي يحرم على الوديع قبول إيداع ما عرض عليه بإيداعه، وذلك إذا كان يعلم من نفسه العجز عن حفظها، لأن في قبوله للوديعة - والحالة هذه - تضييعاً لها، وتعريفها للتلف، فيدخل تحت النهي عن إضاعة المال.

٥ - الإباحة: بمعنى أن للوديع أن يقبل الإيداع وله أن لا يقبل، ويستوي الحال بالنسبة إليه، وذلك في حال أنه لا يثق بأمانته في المستقبل، أو كان عاجزاً عن حفظ الوديعة، وعلم المالك المودع بحاله، ورضي بإيداعها عنده.

#### خامساً: أركان الوديعة وشروطها:

يرى جمهور الفقهاء أن للوديعة أربعة أركان هي:

734 - أخرجه مسلم، كتاب: الذكر والدعاء، باب: فضل الاجتماع على تلاوة القرآن...، رقم (2699).

735 - أخرجه البزار في مسنده رقم (1699). قال في مجمع الروايد: 4/305 عن الحديث: "رواه البزار وأبو يعلى وفيه محمد بن دينار وثقة ابن حبان وجماعة وقد ضعفه جماعة وبقيه رجال أبو يعلى ثقات ولكنه رواه في حديث: "سباب المسلم فسوق وقاتله كفر". ورجال البزار فيهم عمرو بن عثمان الكلبي وثقة ابن حبان وقال الأوزدي: متوك". فالحديث ضعيف

- 1 - المودع بكسر الدال - وهو صاحب الوديعة.
- 2 - المودع بفتح الدال، ويقال له: الوديع: وهو من قيل أن تكون الوديعة بأمانته.
- 3 - الصيغة.
- 4 - الشيء المودع ويقال له الوديعة.

أما الحنفية فيرون أنه ليس للوديعة إلا ركن واحد هو الصيغة - الإيجاب والقبول - وأن بقية الأركان هي من مستلزمات هذا الركن. وعلى كل من هذين الاتجاهين لا بد من التعرض لشروط الأركان الأربع للوديعة<sup>736</sup>.

**١ - العاقدان:** وهم المودع المالك للشيء المودع، والوديع وهو الذي تُعرض عليه الوديعة ويُستحفظ عليها.

قال الشافعية: يشترط في كل منهما أهلية التوكيل، لأن الوديعة وكالة في الحفظ، فكل من صح توكيلاً صح دفع الوديعة إليه، وكل من صح أن يوكل غيره صح إيداعه عند غيره.

فلا بد من أن يكون كل منهما بالغاً عاقلاً صحيحاً المباشرة فيما وكل فيه، أو وكل فيه، فلا يصح أن يكون الصبي - ولو مميراً - أو الجنون موعداً أو وديعاً، لأن كل منهما ليس من أهل الوكالة لأنه غير مكلف، وكذلك لا يصح أن يكون المحجور عليه لسنه وديعاً. لأن الوديعة تصرف مالي، وهو محجور عليه فيه.

وكذلك لا يصح استيداع غير المسلم مصحفاً. لأنه لا يمكن من حمله ومسنته، فلو أودع أحد شيئاً عند واحد من هؤلاء فتَّلِفَ، لم يضمن، وإن قصر الوديع في الحفظ، لأن المودع قد قصر في الإيداع عنده.<sup>737</sup>

ويرى الحنفية: أنه يُشترط في العاقدين أن يكون كل منهما عاقلاً، فلا يصح الإيداع من الجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن العقل شرط لأهلية التصرف، ولا يصح قبول الوديعة من الجنون والصبي الذي لا يعقل، لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ، ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ.

أما الصبي المميز، فقد اختلف الفقهاء في صحة إيداعه على قولين:

<sup>736</sup> - انظر: فقه المعاملات، د. مصطفى الخن، ص: 337. الفقه المنهجي على المذهب الشافعي: 89/7، 90.

<sup>737</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/207، مغني المحتاج، الشريبي: 4/197، كشف القناع، البهوي: 4/127، حاشية العدوبي على كفاية الطالب الرباني: 253/2.

أحدما: للحنفية والحنابلة وقول للمالكية. قاله ابن رشد وحکى عليه الاتفاق. وهو صحة إيداع الصبي المميز إذا كان مأذوناً له<sup>738</sup>.

والثاني: للشافعية والمالكية في المشهور وهو عدم صحة إيداعه مطلقاً، سواء أكان مميزاً أو غير مميز، مأذوناً له أو غير مأذون وألحقوه إيداعه بالعدم<sup>739</sup>.

**٢ - الصيغة:** وهي الإيجاب والقبول: وذلك بأن يقول المالك المودع: أودعتك هذا الثوب، ويقول الوديع: قبلت، ويمكن أن يتقدّم كلام الوديع على كلام المودع كأن يقول: أودع عندي ثوبك هذا، فيقول: أودعت.

قال الحنفية: يشترط في الإيجاب أن يكون لفظاً صريحاً أو كناية أو فعلاً، لأن وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئاً. ويشرطون في القبول أن يكون صريحاً كفليلاً أو دلالة كما لو سكت عند وضعه فإنه قبول دلالة<sup>740</sup>.

وقال المالكية: الصيغة هي كل ما يفهم منه طلب الحفظ، ولو بقرائن الأحوال، ولا تتوقف على إيجاب وقبول باللفظ<sup>741</sup>. وقال الشافعية والحنابلة: لا يشترط أن يكون هناك لفظ من العاقدين، بل يكفي أن يكون لفظ من أحدما وفعل من الآخر. فلو قال المودع: أودعت كتابي هذا عندك، فاستلمه الوديع كفى. وكذلك لو قال الوديع: أودع عندي متاعك هذا، فدفعه إليه المودع المالك ولم يتكلم، صحت الوديعة.

ولا يشترط أيضاً أن يكون صريحاً في الوديعة، بل يكفي أن يكون اللفظ كناية، مع نية الوديعة ووجود قرينة تدل عليها. كأن يقول: ضع لي هذا عندك، أو خذهأمانة، أو أتبرّتك في حفظه، ويقبضه الوديع.

ومن الألفاظ الصريحة أودعتك واستودعتك واستحفظتك أو هو وديعة عندك. ومن الألفاظ الكناية: خذه أو خذهأمانة<sup>742</sup>.

738 - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/207، كشاف القناع، البهوي: 4/177.

739 - كفاية الطالب الرباني وحاشية العدوى عليه: 2/253، معنى المحتاج، الشربيني: 4/127.

740 - حاشية ابن عابدين: 5/662.

741 - حاشية العدوى على كفاية الطالب الرباني: 2/253.

742 - معنى المحتاج، الشربيني: 4/185، كشاف القناع، البهوي: 4/127.

**٣ - الشيء المودع:** ويطلق عليه لفظ الوديعة في أكثر الأحيان.

قال الشافعية والحنابلة: يُشترط أن يكون الشيء المودع محترماً، أي مملوكاً أو محراً، ولو لم يكن مالاً، أي غير متمول شرعاً، كحبات قليلة من الخنطة مثلاً، أو كان نجساً، ككلب صيد أو زيل.

فلو كان غير محترم شرعاً، كختزير أو آلة لهو، فلا يجوز إبداعه ولا استياده ولا تنطبق عليه أحكام الوديعة<sup>743</sup>.

أما الحنفية والمالكية فاشترطوا أن يكون المال قابلاً لإثبات اليد عليه، فلو أودع الطير في الهواء أو المال الساقط في البحر لا

يصح<sup>744</sup>.

### آثار عقد الوديعة:

إذا انعقد الإيداع صحيحاً، ترتب عليه ثلاثة آثار وهي:

**أولاً:** كون الوديعة أمانة عند الوديع.

**ثانياً:** وجوب الحفظ عليه.

**ثالثاً:** لزوم الردّ عند الطلب.

**أولاً:** كون الوديعة أمانة عند الوديع

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الوديعة أمانة في يد الوديع، فإن تلفت من غير تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه<sup>745</sup>.

أما إذا تعدى الوديع عليها أو فرط في حفظها، فعليه ضمانها. قال ابن قدامة: بغير خلاف نعلم، لأنه متلف مال غيره، فضمنه كما لو أتلفه من غير استياد<sup>746</sup>.

<sup>743</sup> - المراجع السابقة. الفقه المنهجي: 7/90.

<sup>744</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم: 7/273، الناج والإكليل، العبدري: 5/250.

<sup>745</sup> - تحفة الفقهاء، السمرقندى: 3/171، حاشية الدسوقي: 3/419، مغني المحتاج، الشريبي: 3/104، المعنى، ابن قدامة: 7/280.

واستدل الفقهاء على كونها أمانة بالسنة وقول الصحابة والإجماع والمعقول.

أ. من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "من أودع وديعة فلا ضمان عليه"<sup>747</sup>.

وقوله صلى الله عليه وسلم: "ليس على المستئير غير المغلضمان، ولا على المستودع غير المغلضمان"<sup>748</sup>. والمغل هو الخائن.

ب - **أقوال الصحابة:** فيما روي عن أبي بكر وعمر علي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم أن الوديعة أمانة في يد الوديع<sup>749</sup>.

ج - **وأما الإجماع:** فقد أجمع فقهاء الأمصار على كونها أمانة في يد الوديع<sup>750</sup>.

د - **المعقول:**

- فلأن الوديع إنما يحفظها مالكها، فتكون يده كيده.
- وأنه قبض العين بإذن مالكها لا على وجه التمليل، فلا يضمنها، إذ لا موجب للضمان.
- وأن الأصل في حفظ الوديعة أنه معروف وإحسان من الوديع، فلو ضمن من غير عدون أو تقصير لزهد الناس في قبولها، ورغبو عنها، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين، لميسى الحاجة إليها<sup>751</sup>.

**الوديعة بأجر الوديعة بغير أجر:**

الأصل أن عقد الوديعة أنها من عقود التبرعات، لكن أجاز الحنفية والشافعيةأخذ الأجر على الوديعة إذا اشترط المودع ذلك.

<sup>746</sup> - المعني، ابن قدامة: 280/7.

<sup>747</sup> - أخرجه ابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: العارية ، رقم (2401) والحديث ضعيف. انظر: التلخيص: الجبير: 3/97.

<sup>748</sup> - أخرجه الدارقطني، كتاب: البيوع، رقم (168) وذكر أن في إسناده راوين ضعيفين ثم قال: إنما يرى هذا من قول شريح.

<sup>749</sup> - التلخيص الحبير: 3/9.

<sup>750</sup> - مراتب الإجماع، ابن حزم ، ص: 61.

<sup>751</sup> - المذهب، الشيرازي: 1/366، المعني، ابن قدامة: 9/257، انظر: الموسوعة الكويتية: 43/23.

وتبقى الوديعة أمانة في يد الوديع عند المالكية والشافعية لا تضمن بغير تعديه أو تفريطه، سواء أكانت بأجر أو بدونه

. 752

أما الحنفية فقد فرقوا في موجبات الضمان فيها بين ما إذا كانت بأجر أو بدون أجر، مع اعتبارها في الحالين أمانة في يد الوديع.

قالوا: إذا تلفت الوديعة بما لا يمكن التحرز عنه من الأسباب كحريق غالب وغرق غالب ولصوص مكافرين - فلا ضمان على الوديع، سواء أكانت بأجر أم مجاناً.

أما إذا هلكت بما يمكن التحرز عنه كالسرقة، فينظر: إن كانت بغير أجر، فلا يجب على الوديع الضمان. أما إذا كانت بأجر فإنه يكون ضامناً.

ووجه تضمين الوديع بأجر في هذه الصورة عندهم: أن الحفظ مستحق عليه فيها؛ لأنه **مُسْتَأْجَرٌ** على الحفظ قصداً، إذ العقد عقد الحفظ، والأجر في مقابل الحفظ، والمتاع في يد الأجير .<sup>753</sup>

#### اشتراط الضمان في الوديعة أو عدمه<sup>754</sup> :

تبقي الوديعة أمانة حتى لو اشترط رب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة فهو شرط باطل عند جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة .<sup>755</sup>

والسبب في ذلك أن هذا الشرط مُناف لمقتضى العقد ومفوت لموجبه، فلا يُعتبر<sup>756</sup>. وكذلك لو اشترط الوديع على المودع أنه لا يضمن في حال التعدي أو التقصير، فهذا شرط باطل، لأن المضمون لا يصير أمانة بالشرط، كما لا تصير الأمانة مضمونة بالشرط .<sup>757</sup>

752 - تحفة الحاج، الهيتمي: 7/105.

753 - حاشية ابن عابدين: 5/664، انظر: الموسوعة الكويتية: 43/24.

754 - انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد بحدات الحمد، ص: 208-67.

755 - البحر الرائق، ابن نجيم: 7/274، بداية المجتهد، ابن رشد: 2/311، المذهب، الشيرازي: 1/359، المغني، ابن قدامة: 7/281.

756 - المغني، ابن قدامة: 6/267، وفي المادة (1359) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد: "الوديعة أمانة في يد الوديع فلا يضمنها إلا بتعدديه أو تفريطه في الحفظ، ولو شرط ضمانها لغا الشرط".

## القول للوديع (المودع) في دعوى التلف (الهلاك) <sup>758</sup>:

يتفرع عن كون الوديعة أمانة في يد المستودع قبول قوله في براءة نفسه عند ادعاء هلاكها أو ضياعها بغير تعديه أو تفريطه فإذا كذبه المالك وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية <sup>759</sup>.

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: إذا ادعى تلف الوديعة بسبب ظاهر - كحريق وغرق - لم يقبل قوله حتى يقيم البينة على وجود ذلك السبب في تلك الناحية، فإذا لم يقم ببرهانه ضمانته.

أما إذا ادعى الهلاك بسبب خفي - كسرقة وضياع أو لم يبين السبب - فالقول قوله في هلاكها، لتعذر إقامة البينة على ذلك، فلو لم يقبل قوله لامتنع الناس عن قبول الودائع مع مسيس الحاجة إليها <sup>760</sup>.

## ثانياً: وجوب الحفظ على الوديع (المودع):

اتفق الفقهاء على أنه يجب على الوديع حفظ الوديعة وصيانتها لصاحبها، فإن قصر في حفظها أو تعدى فهلكته ضمنها <sup>761</sup>.

مثال: على الوديع أن يضع الوديعة في حزز مثلها، فالنقود والمجوهرات تحفظ في البيوت الخاصة والصناديق المقلدة عادة، ولو وضعها في صندوق محله التجاري أو في سيارته فهلكت أو ضاعت لزمه الضمان <sup>762</sup>.

وقال المالكية والشافعية يلتزم الوديع بحفظ الوديعة بمجرد قبولها <sup>763</sup>.

<sup>757</sup> - حاشية ابن عابدين: 494/4، المهدب، الشيرازي: 1/359.

<sup>758</sup> - انظر: ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد بحات المحمد، ص 212

<sup>759</sup> - تحفة الفقهاء، السمرقندى: 3/173، القوانين الفقهية، ابن حزير، ص 246

<sup>760</sup> - المهدب، الشيرازي: 1/362، المبدع، ابن مفلح: 5/236.

<sup>761</sup> - بداع الصنائع ، الكاساني: 6/209، المهدب، الشيرازي: 1/359، المبدع، ابن مفلح: 5/234.

<sup>762</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/209.

<sup>763</sup> - الفواكه الدوائية، أحمد بن غنيم: 2/170، كفاية الأخيار، الحصني الشافعي، ص: 391

وقال الحنفية: لا يكفي الإيجاب والقبول في حق وجوب حفظها على المستودع، حتى ثبتت يده عليها بالقبض، لأن حفظ الشيء دون إثبات اليد عليه مُحال. قالوا: وإن من إثبات اليد على الوديعة ما لو وضع المودع الوديعة بين يدي الوديع أو في موضع من منزله أو دكانه، فرأه وسكت، أو أشار إليه أن ضعفها هناك<sup>764</sup>.

### كيفية الحفظ:

اتفق الفقهاء على أنَّ على الوديع أن يصون الوديعة بما يصون به ماله، لأنَّ التزم حفظها بما يحفظ ماله، وذلك على ما جرت به عادة الناس في حرز أموالهم وحفظها<sup>765</sup>.

وفرقوا بين حالتين:

أ- في حال عين المودع الحِرْز كأن قال له: احفظها في هذا البيت لزم الوديع حفظها فيه باتفاق الفقهاء.

فإن نقلها إلى محله أو دار أخرى دونها في الحرز ضمن. أما إذا تساوت الداران في الحرز، أو كان المنقول إليه أحرز فلا ضمان، لأن من رضي حرزًا رضي مثله وما هو أحرز منه، ما لم ينبه المودع عن النقل، أو كان الطريق مخوفاً<sup>766</sup>.

ب- ألا يعين المودع الحرز: وقد اتفق الفقهاء في هذه الحالة على أنه يلزم المودع حفظها في حرز مثلها، وهو: ما لا يُعد الواضع فيه مُضيئاً ماله، فتوضع الدرهم في الصندوق، والأثاث في البيت، والغنم في صحن الدار والحبوب في الدكان ونحو ذلك<sup>767</sup>.

فإن وضعها في حرز دون حرز مثلها ضمن؛ لأن البداع يتضمن الحفظ، فلما أطلق حُمل على المتعارف، وهو حرز المثل، فإن تركها فيما دونه كان مُفرطاً، فلزمها الضمان.

وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها، فلا ضمان عليه؛ لأن من رضي بحرز المثل رضي بما فوقه.

<sup>764</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم: 7/273، وهو مضمون المادة (821) من مرشد الحيران.

<sup>765</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/209، الكافي لابن عبد البر، ص 403. كفاية الأخيار، الحصني الشافعي، ص: 391، المدع، ابن مفلح: 5/234.

<sup>766</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 4/133.

<sup>767</sup> - المراجع السابقة.

فضابط حرز المثل عند جمهور الفقهاء عُرُقِيَّ، أي بحسب عادة الناس، وهذه الأمور تختلف كثيراً بحسب الأقاليم والأزمنة والأمكنة، ونحو ذلك من الاعتبارات.

وهل يجوز للوديع أن يحفظ الوديعة عند عياله وزوجته؟

قال جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة: أن للوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه أو عند من يأتمنه على حفظ ماله من عياله، كزوجته وولده وخادمه ونحوهم<sup>768</sup>.

واستدلوا بأن الإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه، وإنه يحفظ مال نفسه بيده مرة وبيد هؤلاء أخرى، فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً<sup>769</sup>.

وعلى ذلك فإن دفعها إلى أحد منهم فلا ضمان عليه، أما إذا وضعها عند من لا يأتمنه منهم ولا يحفظ ماله عندهم، فإنه يصير بذلك ضامناً، لأنه تفريط في حفظ الوديعة.

وقال الشافعية: إذا أودعها عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك، فإنه يكون بذلك ضامناً، سواء كان ذلك عند أحد من عياله كزوجته وابنه ونحوهم. أو عند أجنبي؛ لأن المستودع رضي بأمانته لا بأمانة غيره، ولم يسلطه على أن يودعها غيره، فإن فعل ذلك كان متعدياً، ويلزمها ضمانها.

أما إذا أذن له المودع في ذلك، أو كان هناك عذر كحريق أو سفر ولم يستطع أن يردها إلى المالك أو وكيله أو القاضي فله أن يحفظها عند غيره<sup>770</sup>.

### ثالثاً: لزوم الرد عند طلب مالكها مع الإمكان:

ذهب الفقهاء إلى أنه يجب على الوديع رد الوديعة لمالكها على الفور إذا طلبها. فإن آخر ردها أو منعها بعد طلبها بغير عذر، فهلكت، ضمنها، لكونه متعدياً<sup>771</sup>. ولأنه صار غاصباً لأن مالكها لم يرض بإمساك الوديع بعد الطلب، لكونه أمسك مال غيره بغير إذنه بفعل محض<sup>772</sup>.

768 - مجمع الأئمَّة، دامَادُ أَغْدِي: 2/339، التاجُ وَالْإِكْلِيلُ، العبدري 5/257، كشافُ الْقِنَاعِ، البهوي: 4/187.

769 - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/208.

770 - تحفة المحتاج، الميتمي: 7/105.

ويحصل الرد بأن يُخلي بينها وبين مالكها دون حملها إلى صاحبها<sup>773</sup>.

أما إذا كان ذلك لعذر مثل كونه بالليل ولم يتَّأْتَ فتح الحرز حينئذ، أو كان في صلاة أو قضاء حاجة أو طهارة أو أكل أو حمَّام أو مُلازمة غريم يخاف هربه أو يخشى المطر والوديعة في موضع آخر، ونحو ذلك، فلا ضمان عليه إن تلفت قبل الرد استصحاباً ليد الأمانة، ولا نفقاء موجب تضمينه، حيث إنه لا يعد بذلك متعدياً ولا مفرطاً؛ لأن الله لا يكلف نفساً إلا وسعها ولا خلاف بين الفقهاء في ذلك<sup>774</sup>.

### أحكام تتعلق بالوديعة:

#### أولاً: طبيعة عقد الوديعة

عقد الوديعة من العقود الجائزه غير الالزمة لكل واحد من العاقدين فسخ الإيداع متى شاء دون إذن العاقد الآخر. فللمودع استرداد الوديعة متى شاء ويلزم الوديع (الموعظ) ردها إليه؛ لعموم قوله تعالى: "إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا" [النساء: ٥٨]، ومننى أراد الموعظ ردها لصاحبها لزمه أخذها منه، لأن الأصل في الموعظ أنه متبرع بإمساكها وحفظها، فلا يلزم التبرع في المستقبل، وللمودع ردها على الموعظ أيضاً متى شاء<sup>775</sup>.

#### ثانياً: أحكام أخذ الأجر على الوديعة

الأصل في الوديعة أنها من عقود التبرعات التي تقوم على أساس الرفق والمعونة، وتنفيis الكربة وقضاء الحاجة، فلا تستوجب من الموعظ بدلًا عن حفظ الوديعة، خلافاً لعقود المعاوضات المالية التي تقوم على أساس إنشاء حقوق والتزامات مالية مُ مقابلة بين العاقدين. وهذا باتفاق الفقهاء<sup>776</sup>.

<sup>771</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 210/6. مغني المحتاج، الشريبي: 90/3، كشاف القناع، البهوي: 4/202.

<sup>772</sup> - مجمع الأئمَّه، داماد أفندي: 2/340، المغني، ابن قدامة: 9/269.

<sup>773</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 210/6، مغني المحتاج، الشريبي: 4/141.

<sup>774</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 4/141، الموسوعة الكويتية: 43/34.

<sup>775</sup> - جواهر العقود، المنهاجي الأسيوطى: 1/373.

<sup>776</sup> - حاشية ابن عابدين: 4/494، حاشية الدسوقي: 3/419، مغني المحتاج ، الشريبي: 3/79. كشاف القناع، البهوي: 4/166.

أما أخذ الأجر على الوديعة فقد اختلف الفقهاء فيه على ثلاثة أقوال<sup>777</sup> :

أ- للحنفية والشافعية: يجوز للوديع أن يشترط أجرًا على حفظ الوديعة، واعتبروا شرطه صحيحًا ملزماً.

ب- للمالكية: فصلوا في المسألة، ففرقوا بين أمرتين: أجرة الحِرْز الذي تشغله الوديعة، وأجرة الحفظ.

وقالوا: إن المستوَدَع يستحق أجرة موضع الحفظ (أي الحِرْز)، إذ لا يلزم بذل منفعة حِرْزٍ بدون عوض. أما حفظ الوديعة: فلا أجرة له عليه إن لم يأخذها مثله، أو يشترطها في العقد، أو يجُر بها عُرف، وذلك لاطراد العادة باطرابها، وأن الوديع لا يطلب أجرًا على ذلك. بخلاف ما إذا اتفقا على أجرة الحِرْز، فإنه يجوز ذلك - لأن المذهب جواز الأجرة على الحراسة - أو جرت بذلك العادة أو كان طالبها من يكري نفسه للحراسة ويأخذ أجرًا على حفظ الودائع؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً<sup>778</sup>.

ت- للحنابلة: عدم جواز اشتراط العوض للوديع، وقالوا: إن الأجر إنما يكون في الإجارة على الحفظ دون الوديعة.<sup>779</sup>

### ثالثاً: موجبات ضمان الوديعة<sup>780</sup>

بما أن الوديعة أمانة فهي لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط.

والتعدي عند الفقهاء هو: ما يُعد شرعاً أو عادة تجاوزاً لما ينبغي للوديع الاقتصار عليه.

والتفريط هو: ما يُعد في عرف الناس تهاوناً في الحفظ والصون، ولا يفعله العاقل بحاله<sup>781</sup>.

أما حالات ضمان الوديعة فهي:

#### 1- إتلاف الوديع للوديعة

<sup>777</sup> - انظر: الموسوعة الكويتية: 43/12.

<sup>778</sup> - القوانين الفقهية، ابن جزيء، ص: 380.

<sup>779</sup> - شرح منتهى الإرادات، البهوي: 2/449.

<sup>780</sup> - انظر: ضمان العقد، د. محمد نجادات الحمد، ص: 216.

<sup>781</sup> - عقد الوديعة، د. نزيه حماد، ص 89

إتلاف الوديعة هو أن يفعل الوديع بالوديعة ما يؤدي إلى ذهابها وضياعها، أو إخراجها عن أن تكون مُنتفعةً بما المنفعة المطلوبة منها عادة، كإحراق الثوب، وقتل الحيوان، وأكل الطعام، ونحو ذلك.

وقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يحرم على الوديع اقتراف هذا العمل في حالة السعة والاختيار، لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال<sup>782</sup>، قوله صلى الله عليه وسلم: "كُلُّ الْمُسْلِمِ عَلَى الْمُسْلِمِ حَرَامٌ دَمُهُ وَمَالُهُ وَعِرْضُهُ".<sup>783</sup>

فإذا أتلف الوديع الوديعة بدون إذن صاحبها يوجب عليه ضمانها؛ لكونه تعدياً عليها ينافي الموجب الأصلي لعقد الإيداع، وهو الحفظ، ولأن إتلاف مال الغير بدون إذنه سبب لوجوب الضمان عليه باتفاق الفقهاء.<sup>784</sup>

## 2- إيداع الوديعة عند غير الوديع (المودع):

اتفق الفقهاء من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة إلى أنه لا يجوز للوديع أن يودع الوديعة عند غيره من ليس في عياله أو من يحفظ ماله عادة. من دون إذن المالك في حضر أو سفر، فإن فعل ذلك صار ضامناً، حتى ولو كان ذلك الغير أميناً.

واستدلوا على ذلك بأن المودع رضي بأمانته لاأمانة غيره، فإيداع الوديعة عند غيره تفريط في الحفظ يوجب الضمان.<sup>785</sup>

وأما إذا كان له عذر في إيداعها عند الأجنبي، فقد ذهب الحنفية والمالكية إلى أن له أن يودعها عند ثقة مأمون، ولا ضمان عليه في ذلك، سواء أقدر على دفعها إلى المحاكم أو لم يقدر، لأنه أودعها عند الحاجة لثقة مرضي، فأشبه إيداعها عند المحاكم، وأنه أحد سببي حفظها، فكان موكلاً إلى اجتهاده كالحيرز.<sup>786</sup>

**وخالفهم في ذلك الشافعية والحنابلة فقالوا:** إن كان له عذر، فينبغي أن يردها إلى مالكها أو وكيله، فإن تعذر وصوله إليهما، دفعها إلى القاضي، إذ القاضي يقوم مقام صاحبها عند غيبته. فإن لم يجد قاضياً، دفعها إلى أمين ثقة، لأنه موضع

<sup>782</sup> - حديث: كَعْبُ النَّبِيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَنْ إِضَاعَةِ الْمَالِ وَرَدَّ فِي قَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: "إِنَّ اللَّهَ كَرِهُ لَكُمْ ثَلَاثَةً: قَيْلُ وَقَالُ، وَإِضَاعَةُ الْمَالِ، وَكَثْرَةُ السُّؤَالِ". أخرجه البخاري، كتاب الرِّكَاةِ، باب: قوله تعالى: "لَا يَسْأَلُونَ النَّاسَ إِلَحْافًا"، رقم (1407).

<sup>783</sup> - أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والأدب، باب: تحريم ظلم المسلم، رقم (2563).

<sup>784</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 213/6، حاشية الدسوقي: 420/3، مغني الحاج، الشريبي: 104/3، المعني، ابن قدامة: 268/6.

<sup>785</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 208/6، حاشية الدسوقي: 423/3، مغني الحاج، الشريبي: 3/104، المعني، ابن قدامة: 257/5.

حاجة، فإن ترك الدفع إلى المالك أو وكيله مع القدرة عليه، ودفعها إلى الحاكم العدل أو الأمين، ضمن لأنه دفعها إلى غير مالكها بدون إذنه من غير عذر، فضمنها، كما لو أودعها عند أجنبي بلا عذر، ولو دفعها إلى أمين مع القدرة على الحاكم ضمن، لأن غير الحاكم لا ولایة له<sup>787</sup>.

### 3 - استعمال الوديعة:

إذا انتفع الوديع بالوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب أو بآي وجه من وجوه الاستعمال والانتفاع، فيضمنها إذا تلفت لأنه تعدى باستعماله ملك غيره إذنه، وبالتالي ارتفع الحكم الأصلي للوديعة وهو كونهاأمانة في يده. أما إذا أذن المودع باستعمال الوديعة فقد اختلف الفقهاء في ذلك.

قال الحنفية والمالكية: لا ضمان على المستودع في استعمال الوديعة المأذون فيه لانتفاء التعدي بالإذن<sup>788</sup>.

وقال الشافعية: إن الإذن في استعمال الوديعة يبطل العقد مطلقاً، فلا ينعقد ودية ولا عارية لاقترانه بشرط فاسد. فإن تلفت قبل الاستعمال لم يضمنها إلحاضاً للفاسد بالصحيح في عدم الضمان، وإن تلفت بعد الاستعمال انقلب عارية وضمنها إلحاضاً للفاسد العارية بصحيحتها في الضمان<sup>789</sup>. و قريب من هذا رأي الحنابلة<sup>790</sup>.

وذكر المالكية والشافعية أن انتفاع المودع بالوديعة من دون إذن مالكها يوجب عليه أجراً مثلها مالكها عن المدة التي بقيت في يده بعد التعدي، لارتفاع الأمانة به<sup>791</sup>.

فلو ترك الوديع التعدي ورد الوديعة هل يبرأ من الضمان أم لا؟؟

اختلف الفقهاء على قولين:

الأول: للشافعية والحنابلة لا يبرأ من الضمان إلا بإيداعه ثانياً وذلك بتتجديد العقد<sup>792</sup>.

<sup>787</sup> - مغني المحتاج، الشريفي: 3/105. المبدع، ابن مقلح: 5/238.

<sup>788</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 6/211, 212.

<sup>789</sup> - الوسيط، الغزالي: 4/507.

<sup>790</sup> - كشف القناع، البهوي: 4/167.

<sup>791</sup> - حاشية الدسوقي: 3/427.

**الثاني: للحنفية والمالكية:** يبرأ الوديع من الضمان بترك الخلاف والعود إلى الوفاق دون حاجة للإيداع ثانية.

والراجح والله أعلم قول الشافعية ومن معهم القائل بعدم البراءة، لأن ذلك أحوط لحفظ حق صاحب الوديعة، خاصة وأن الباب مفتوح أمام المالك لتجديد الاستئمان من جديد للوديع إن آنس من الوديع الندم على ما فات والصدق فيما هو آت<sup>793</sup>.

#### 4 - خلط الوديعة بغيرها

اختلف الفقهاء على قولين:

**الأول للحنفية والشافعية والحنابلة:** أن الوديع إذا خلط الوديعة بماله أو بغير ماله على وجه يتيسر معه تمييز المالين فعليه ضمانتها، سواء أخلطها بمثيلها أو دونها أو أجود منها، من جنسها أو غيرها، وسواء أكان خلط مجاورة كقمح بقمح أو بشعير، أو خلط مازجة كالخل بالزيت، لأنه صار مستهلكاً لها حكماً بالخلط، لتعذر ردها لمالكها، فإذا كانت تتميز عمّا اخْتَلَطَتْ، كأن كانت دراهم فاختلطت بدنانير، أو نقوداً سورية اختلطت بغيرها، فإنه لا يضمنها، لسهولة تمييزها<sup>794</sup>.

**الثاني للمالكية:** قالوا: إذا كان الخلط بالمثل كخلط الحنطة بمثيلها، والدنانير بمثيلها، فلا يضمن الوديع، إذا كان الخلط بقصد الإحراز والحفظ والرفة، وإلا ضمن.

وأما إذا لم يتعذر التمييز بين الوديعة وغيرها، كخلط الدرهم بالدنانير أو الجيد بالرديء، فإن الوديع لا يضمن شيئاً<sup>795</sup>.

#### 5 - إنفاق الوديعة

اتفق الفقهاء على أن إنفاق الوديع للوديعة يوجب ضمانتها، لأنه نوع من أنواع التعدي.

<sup>792</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 3/114، منار السبيل، ابن ضويان: 418/1.

<sup>793</sup> - ضمان العقد في الفقه الإسلامي، د. محمد نجادات الحمد ، ص: 223.

<sup>794</sup> - بداع الصنائع، الكاساني: 6/213، المذهب، الشيرازي: 1/368، كشاف القناع، البهوي: 4/196. انظر: عقد الوديعة، نزير حماد، ص 104.

<sup>795</sup> - مواهب الجليل، المطاب: 5/252.

مثلاً: إذا صرف المستودع نقود الوديعة في أمور نفسه أو استهلكها ضمنها. وإذا أراد المستودع أن يردد مثلها بعد أن أنفقها فإنه يسقط عنه ضمانها عند المالكية<sup>796</sup>.

وقال أبو حنيفة: إن ردها بعينها لم يضمن، وإن رد مثلها ضمن<sup>797</sup>.

وقال الشافعية والحنابلة: يضمن في الوجهين معاً<sup>798</sup>.

## 6- التصرف في الوديعة

والتصريف مثل: بيعها وإجارتها وإيادها ورهنها وإقراضها ونحو ذلك. وهذا التصرف إذا كان بإذن المودع صح التصرف ولا ضمان على المستودع، وإذا كان بغير إذن المودع وقع الضمان على المستودع لتعديه باتفاق الفقهاء<sup>799</sup>. لأنه ينقلب به غاصباً، ويخرج عن كونه أميناً.

وفي هذه الحالة ذهب الحنفية إلى أن مالك الوديعة الخيار في تضمين الوديع أو في تضمين المستأجر أو المستعير أو المرهن<sup>800</sup>.

## 7- السفر بالوديعة

اتفق الفقهاء على أن للمستودع السفر بالوديعة إذا أذن له المودع، فإذا تلفت فلا ضمان عليه. أما في حال عدم الإذن فقد اختلفوا في ضمان الوديعة بالسفر بها.

<sup>796</sup> - بداية المجتهد، ابن رشد: 2/311.

<sup>797</sup> - البحر الرائق، ابن نجيم: 7/277.

<sup>798</sup> - معنى الحاج، الشريبي: 3/114، المغني، ابن قدامة: 6/278-279.

<sup>799</sup> - درر الحكم، مثلا خسرو: 2/262، معنى الحاج، الشريبي: 3/88، كشاف القناع، الهبوي: 4/175، 176.

<sup>800</sup> - درر الحكم، منلا خسرو: 2/269.

<sup>801</sup> - انظر: الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي: 5/664.

الأول: لأبي حنيفة: وهو أنه يجوز للوديع السفر بالوديعة ولو كان لها حمل ومؤنة ولا ضمان عليه فيه، لأن الأمر بالحفظ مطلق فلا يتقييد بالمكان، كما لا يتقييد بالزمان.

وقال الصاحبان: إن كان للوديعة حمل ومؤنة، لا يملك المسافرة بها؛ لأن في المسافرة بما له حمل ومؤنة ضرراً بالمالك. لجواز أن يموت الوديع في السفر، فيحتاج المالك إلى الاسترداد من موضع يكلفه حملاً ومؤنة عظيمة، فيتضرر به، بخلاف ما إذا لم يكن لها حمل ومؤنة<sup>802</sup>.

الثاني: للملكية: ليس للوديع أن يسافر بالوديعة، إلا أن تعطى له في سفر. فإذا أراد السفر، فله إيداعها عند ثقة مؤمن من أهل البلد، ولا ضمان عليه، سواء أقدر على دفعها إلى الحاكم، أو لم يقدر، لكنه يضمن إذا سافر بها ووْجَدَ أميناً وهلكت وتعييت<sup>803</sup>.

الثالث: للشافعية والحنابلة: ليس للوديع المسافرة بالوديعة، فإن أراد السفر ردها إلى صاحبها أو وكيله إن قدر على الرد، فإن لم يقدر، كأن لم يجد صاحبها سلمها إلى الحاكم؛ لأنه متبرع بإمساكه، فلا يلزمها استدامته، والحاكم يقوم مقام صاحبها عند غيبته، فإن سافر بها ضمن؛ لأنه عرضها للضياع، والحرز في السفر دون حrz الحضر، سواء أكان الطريق آمناً أم مُخْوفاً<sup>804</sup>.

أما إذا كان هناك عذر بأن رحل أهل البلد أو وقع حريق أو غارة فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردها إلى المالك أو وكيله، وحينئذ يلزمها السفر في هذه الحالة، وإلا فهو مُضيّع ويلزمها الضمان<sup>805</sup>.

## 8- الاتجار بالوديعة

لا خلاف بين الفقهاء في أن الاتجار بالوديعة بدون إذن صاحبها تَعَدُّ يستوجب على الوديع الضمان، لكن حدث اختلاف بين الفقهاء فيما يستحق الربح الناتج عن اتجار الوديع، وذلك على خمسة أقوال<sup>806</sup>:

802 - المبسوط، السرخسي: 122/11.

803 حاشية الدسوقي: 3/421.

804 - المذهب، الشيرازي: 1/361. المغني، ابن قدامة: 7/281.

805 - كفاية الأئمّة، الحصني الشافعي، ص: 386

الأول للشافعية للإمام أحمد في رواية: أن الربح لصاحب الوديعة، لأنه نماء ملكه.

الثاني للإمام أحمد في رواية: أنه لبيت المال.

الثالث: لأبي حنيفة و محمد بن الحسن وأحمد في رواية عنه: أنه يجب التصدق به، وحجتهم على ذلك أن الربح الحاصل بسبب خبيث، سببه التصدق به<sup>807</sup>.

الرابع للإمام مالك وأبي يوسف من الحنفية وأحمد في رواية عنه: أن الربح للوديع، إذ هو ثمرة عمله وجهده، وإنما يستحقه بضمائه، لأن ضمان الوديعة وقت الاتجار بها منه، وأنه لا يكون أسوأ حالاً من الغاصب، باعتبار أن الغاصب إذا اتجر بالمال المغصوب فربه له<sup>808</sup>.

الخامس: للإمام أحمد في رواية قال عنها ابن تيمية: وهو أصحها، وبه حكم عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن الربح يكون بين الوديع والمودع على قدر النفعين، بحسب معرفة أهل الخبرة، فيقتسمانه بينهما كالمضاربة<sup>809</sup>.

#### رابعاً: كون زائد الوديعة لصاحبها

لا خلاف بين الفقهاء في أن المنافع المتولدة من الوديعة – متصلة (كسمن الدابة) أو منفصلة (كولد الشاة) – تكون لصاحبها، لأنها نماء ملكه، وأنهاأمانة بيد الوديع<sup>810</sup>.

#### خامساً: كون نفقة الوديعة على صاحبها

<sup>806</sup> - انظر: عقد الوديعة، نزهه حماد، ص: 111. الموسوعة الكوتية: 43/52.

<sup>807</sup> - الميسوط، السرخسي: 11/112.

<sup>808</sup> - مجع الأئم، داماد أفندي: 2/342، مواهب الجليل، الخطاب: 255/5.

<sup>809</sup> - مجموع فتاوى ابن تيمية: 30/130.

<sup>810</sup> - درر الحكم: 2/279، المنشور في القواعد: 3/352، 353، والقواعد لابن رجب القاعدة (82).

لَا خلاف بين الفقهاء في أن الوديعة التي تحتاج إلى نفقة ومؤنة، تكون نفقتها ومصاريفها على صاحبها لا على الوديع<sup>811</sup> فإن أذن مالكها للوديع بالإإنفاق عليها، كان وكيلًا عنه في ذلك، ويعود عليه بما أنفق. فإن لم ينفق عليها، ولا أذن له بالإإنفاق، فللوديع مطالبته بالإإنفاق عليها أو ردها أو الإذن له بالإإنفاق عليها، ليرجع عليه به<sup>812</sup> وهذا إذا كان حاضراً.

فإن كان غائباً، يرفع المستودع الأمر إلى الحاكم، والحاكم حينئذ يأمر بإجراء الأفعى والأصلح في حق صاحب الوديعة؛ لأن تصرفه على الرعية منوط بالمصلحة، فإن كان يمكن إكراء الوديعة، فيؤجرها الوديع برأي الحاكم، وينفق من أجرها. وإن لم تكن صالحة للكراء، فيأمره ببيعها فوراً بشمن المثل، إن كان الأصلح لصاحبها ذلك. وإن كان الأصلح أن تبقى له، فيأمره بأن ينفق عليها من ماله إلى ثلاثة أيام رجاء أن يحضر المالك، فإن لم يحضر خلالها أمره ببيعها.

وقد الحنفية الإنفاق على الوديعة إذا كانت حيواناً بـألا يتجاوز هذا الإنفاق قيمة الحيوان، فإن تجاوزها فللمستودع أن يرجع بقدر قيمة الحيوان لا بزيادة على ذلك<sup>813</sup>.

ولو أنفق الوديع على الوديعة بدون إذن الحاكم، فهل يرجع على صاحبها بما أنفق؟ اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

الأول للحنفية والشافعية: وهو أنه لا رجوع له على صاحب الوديعة بشيء؛ لأنه متطوع بما أنفق لإنفاقه على ملك الغير بغير أمره<sup>814</sup>.

والثاني للملكية: وهو أنه إذا أنفق عليها نفقة تلزمها، فإنه يرجع على صاحبها بما أنفق عليها، ولو وقع ذلك بدون إذنه أو إذن الحاكم إذا ثبت الإنفاق بالبيبة<sup>815</sup>.

<sup>811</sup> - رد المحتار: 501/4، بداية المجتهد: 312/2.

<sup>812</sup> - كشف القناع: 189/4، المغني: 9/274.

<sup>813</sup> - رد المحتار: 501/4. وانظر: الموسوعة الكويتية: 28/43.

<sup>814</sup> - المبسوط، السرخسي: 11/126.

<sup>815</sup> - الكافي لابن عبد البر: 2/137.

والثالث للحنايلة: وهو أنه إن لم يقدر على استئذان الحاكم، فأنفق عليها ناويًا الرجوع على صاحبها بنيتها، وأشهد على الرجوع، رجع عليها بما أنفق رواية واحدة؛ لأنه مأذون فيه عرفاً، ولا تفريط منه إذا لم يجد حاكماً.

وإن فعل ذلك مع إمكان استئذان الحاكم من غير إذنه، فهل له الرجوع؟ يخرج على روایتین:

(إحداهما) يرجع به؛ لأنه مأذون فيه عرفاً.

(والثانية) لا يرجع، لأنه مفرط بترك استئذان الحاكم على الصحيح من المذهب<sup>816</sup>.

#### سادساً: انتهاء عقد الوديعة

ذكر الفقهاء سبعة أسباب تنتهي بها الوديعة<sup>817</sup> :

1- موت أحد العاقدين (المودع أو الوديع): أما المودع، فلأن ملكية المال المودع انتقلت بموته إلى ورثته أو دائنيه.

وأما الوديع، فلأن أهليته للحفظ قد زالت بموته.

2- زوال أهلية أحدهما للتصرف بجنون ونحوه كإغماء من غير إفادة، كما هو الشأن في الوكالة.

أما الوديع، فلأنه لم يعد أهلاً للحفظ.

وأما المودع، فلأنه لم يعد ولد نفسه، بل يلي غيره ماله وشؤونه.

3- عزل الوديع نفسه، أو عزل المودع له مع علمه: فإذا وقع ذلك انفسخ عقد الإيداع، وتكون الوديعة في يده أمانة شرعية، لها حكم الأمانات من حيث وجوب المبادرة لردها إلى أهلها.

4- نقل المالك ملكية الوديعة لغير الوديع: كما لو باعها آخر ونحو ذلك، حيث ترتفع الوديعة وينتهي حكمها. نص على ذلك الشافعية<sup>818</sup>.

<sup>816</sup> المغني، ابن قدامة: 9/275.

<sup>817</sup> المذهب، الشيرازي: 1/366، كشف القناع، البهوي: 4/186. مواهب الجليل، الخطاب: 5/214، 215. وانظر: عقد الوديعة، د. نزيه حماد، ص:

٥- إقرار الوديع بالوديعة لغير صاحبها: لأن ذلك ينافي حفظها للملك، فيفسخ عقد الإيداع ضرورة، لعدم فائدة البقاء، وتصير مضمونة بيده لتعديه بذلك الإقرار. نص على ذلك الشافعية<sup>819</sup>.

٦- تудى الوديع أو تفريطه الموجب للضمان: سواء بالإنفاق (الإتلاف) أو بالاستعمال غير المأذون به أو بغير ذلك، حيث يزول بذلك الائتمان، وتنقلب يد الوديع إلى يد ضمان، وينفسخ عقد الإيداع. وعلى ذلك نص الشافعية والحنابلة<sup>820</sup>.

٤- جحود الوديعة: وذلك إذا طلبها مالكها فجحدوها المودع، لأن الملك لما طلب منه الوديعة، فقد عزله عن الحفظ. والمودع لما جحد الوديعة حال حضرة المالك، فقد عزل نفسه عن الحفظ، فانفسخ العقد. فبقي مال الغير في يده بغير إذنه، فيكون مضموناً عليه، فإذا هلك، تقرر الضمان.

<sup>818</sup>- أسمى المطالب، زكريا الأنصارى: 3/76.

<sup>819</sup>- تحفة المحتاج، الميتمي: 7/10.

<sup>820</sup>- المرجع السابق، كشاف القناع، البهوي: 4/196.

## المبحث الحادي عشر

### الإِجَارَة

تعريفها:

في اللّغة: اسم لما يعطى من كِرَاءٍ لمن قام بعمل ما جزءاً له على عمله، فُيقال له: أَجْرٌ واجْرَةٌ وإِجَارَةٌ وأَجْرَةٌ، وآجْرَةٌ إذا أثابه على عمله، ولا يقال إلّا في التّفَعُ دون الضِّرَرِ.

ويغلب الأَجْرُ في الثَّوَابُ الْأَخْرَوِيِّ، والأَجْرَةُ في التَّوَابُ الدِّينِيِّ.

في الاصطلاح: عَرَفَهَا الشَّافِعِيَّةُ بِأَنَّهَا: "عَقْدٌ عَلَى مَنْفَعَةٍ مَقْصُودَةٍ مَعْلُومَةٍ قَابِلَةٍ لِلْبَذْلِ وَالْإِبَاحَةِ، بِعُوْضٍ مَعْلُومٍ"<sup>821</sup>.  
وَعَرَفَهَا الْحَنْفِيَّةُ بِأَنَّهَا: "عَقْدٌ عَلَى الْمَنْفَاعِ بِعُوْضٍ"<sup>822</sup>.

والمراد بالعقد على المنفعة أو المنافع تملّكها، كما جاء في بعض التّعرّيفات لها: تملّك المنافع بعوضٍ.

ويخرج بالتّعرّيف:

- البيع لأنّه عقد على الأعيان وتملكها.
- والإعارة لأنّها عقد على المنافع وتملكها بغير عوضٍ.

وقد نصَّ تعريف الشَّافِعِيَّةُ على بعض شروط الإِجَارَةِ مَمَّا سِيَّأَتِيُ بِيَانِهِ.

مشروعٍ عَيْتُهَا:

أجمعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى أَنَّ الإِجَارَةَ جَائِزَةٌ وَمَشْرُوعَةٌ، وَعَمِدُوكُمْ فِي هَذَا الْكِتَابِ وَالسُّنْنَةِ:

1 - أَمَّا الْكِتَابُ:

فقوله تعالى **﴿فَإِنَّ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَأَتُوْهُنَ أُجُورَهُنَ﴾** [الطلاق: 6] فقد أمر الله تعالى الآباء بإعطاء الأجر على الإرضاع، فدلَّ على أنَّ الأجر حقٌّ للمرضعة، وهي لا تستحقه إلَّا بالعقد، إذ لو أرضعت بدون عقدٍ كانت متبرِّعةً، والمتبرِّع لا يستحقُ شيئاً، فكان ذلك دليلاً على مشروعية العقد.

<sup>821</sup> - مغني المحتاج، الشريبي: 332/2.

<sup>822</sup> - الباب شرح الكتاب، الغنيمي: 88/2.

واستدلّ غير الشافعية أيضاً بقوله تعالى على لسان شعيب عليه السلام وبناته: ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتِ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ﴾ (26) قال إنّي أُريدُ أنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيْ هَاتَيْنِ عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَاجٍ﴾ [القصص: 26 - 27] أي: أن تكون أجيراً لي ثمان سنوات<sup>823</sup>.

والشافعية يستأنسون بهذا استئناساً، لأنّه وارد في شرع من قبلنا، وهم لا يعترون شرع من قبلنا شرعاً لنا حتّى يكون هذا دليلاً على الحكم في شرعنا.

## 2 - وأما السنة:

فقد ورد فيها أحاديث كثيرة، منها:

- ما رواه البخاريُّ وغيره عن عائشة رضي اللهُ عنها، قالت: " واستأجر النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأبو بكرٍ رجلاً من بني الدّيل، ثمَّ من بني عبد بن عديٍّ هادياً خَرِيتاً - الخَرِيت: الماهر بالهدایة - ...، وهو على دين كَفَار قريشٍ، فأمناه فدفعاً إليه راحلتيهما، وواعداه غار ثورٍ بعد ثلاث لِيالٍ، فأتاها براحتلتيهما صبيحة لِيالٍ ثلاثٍ، فارتَحلا" <sup>824</sup>.
- ما رواه مسلم: أنَّ رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن المزارعة، وأمر بالمؤاجرة، وقال: "لا بأس بها" <sup>825</sup>.

وفي الصحيحين<sup>826</sup>: عن رافع بن خديج، يقول: كَنَّا أكثر الأنصار حقلًا، قال: «كَنَّا نُكْرِي الأَرْضَ عَلَى أَنْ لَنَا هَذَا، وَلَهُمْ هَذَا، فَرَبِّمَا أَخْرَجْتَ هَذَا، وَلَمْ تُخْرِجْ هَذَا، فِيهَا نَعْوَنَاهُ عَنْ ذَلِكَ، وَأَمَّا الورق فَلَمْ يَنْهَا عَنْ كَرَاءِ الْأَرْضِ بِالْوَرقِ - وَهُوَ الْفَضَّةُ الْمَضْرُوبَةُ - وَفِي رَوَايَةٍ: "أَمَّا بِالْذَّهَبِ وَالْوَرقِ فَلَا بَأْسَ بِهِ" <sup>827</sup>.

وقوله: «لَنَا هَذَا، وَلَهُمْ هَذَا» أي: لنا ما تخرجه هذه القطعة من الأرض من زرعٍ، ولهما ما تخرجه قطعة أخرى.

- وما رواه البخاريُّ أيضاً عن أبي هريرة رضي اللهُ عنه، عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: "قال اللهُ تعاليٰ: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيمة، رجلٌ أعطى بي ثمَّ غدر، ورجلٌ باع حرزاً فأكل ثمنه، ورجلٌ استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يعطه أجره" <sup>828</sup>.

<sup>823</sup> - بدائع الصنائع، الكاساني: 4/173.

<sup>824</sup> - البخاري في الإجارة، باب: استئجار المشركين عند الضرورة، (2263).

<sup>825</sup> - مسلم في البيوع، باب: في المزارعة والمؤاجرة، (1549).

<sup>826</sup> - البخاري في الشروط، باب: الشروط في البيوع، باب: كراء الأرض بالذهب والورق، (1547)، واللهُ أَعْلَمُ.

<sup>827</sup> - مسلم في البيوع، باب: كراء الأرض بالذهب والورق، (1547).

<sup>828</sup> - البخاري في الإجارة، باب: إثم من منع الأجير، (2270).

أركان الإيجار وشروطها<sup>829</sup>:

للإيجارة أركان أربعة، وهي: عاقدان، وصيغة، ومنفعة، وأجرة.

1 - العاقدان: وهو المؤجر المستأجر، ويشترط في كلٍّ منهما<sup>830</sup>:

- أن يكون أهلاً للتعاقد، بأن يكون بالغاً عاقلاً فلا يصح عقد الإيجارة من مجنونٍ ولا صبيٍّ، لأنَّ كلاًًا منهما لا ولية له على نفسه ولا على ماله.

- وأن يكون غير محجور التصرف في المال، لأنَّها عقدٌ يقصد به المال، فلا يصح إلا من جائز التصرف فيه.

2 - الصيغة: وهي الإيجاب والقبول.

فالإيجاب: كل لفظ يصدر من المؤجر ويدل على تمليل المنفعة بعوضٍ دلالةً ظاهرةً، سواءً كان صريحاً أم كنايةً.

فمن الصريح: آجرتك هذا أو أكريتك، أو ملكتك منافعه - سنةً بكندا.

ومن الكناية: اسكن داري شهراً بكندا، أو جعلت لك منفعة هذا الشيء بكندا.

والقبول: كل لفظ يصدر من المستأجر ويدل على الرضا بملك المنفعة دلالةً ظاهرةً. كقوله: قبليت، أو استأجرت أو أكتريت أو استكريت، ونحو ذلك.

وتصح عند الحنفية بلفظ الإعارة أو الهمة إذا ذكرت الأجرة.

وكذلك أجازها الحنفية بالتعاطي، كأن يدخل سيارةً لنقل الركاب إلى مكانٍ معلوم، دون أن يجري عقداً، ويعطي الأجرة عند وصوله أو قبله، فإن ذلك صحيحٌ عندهم، لأنَّ التعاطي له حكم الإيجاب والقبول في البيع، وكذلك الإيجارة، لأنَّها في الحقيقة بيع المنافع.

والذي يفهم من كتب الشافعية جوازها بالمعاطاة أيضاً إن جرى عرفٌ بذلك، حيث أنَّهم نفوا جوازها بذلك لعدم وجود العرف<sup>831</sup>.

ولا يشترط تقديم الإيجاب على القبول، بل يصح تقديم لفظ القابل.

829 - بداع الصنائع، الكاساني: 174/4. الفقه المنهجي: 139/6.

830 - بداع الصنائع، الكاساني: 176/4.

831 - الفقه المنهجي: 139/6.

ويشترط في الصيغة<sup>832</sup>:

- موافقة الإيجاب والقبول، فلو قال: آجرتك داري بعئٍ شهراً، فقال: قبلت بتسعين، لم يصح العقد للمخالفة بين الإيجاب والقبول، وذلك عنوان عدم الرضا الذي جعلت الصيغة دليلاً عليه، وهو شرط صحة العقد.
- أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول بسكتٍ أو كلامٍ أجنبٍ عن العقد، لأن ذلك مشعر بالإعراض عن العقد.

- عدم تعليقها على شرطٍ: كـ"إذا جاء زيدٌ فقد أجرتكها بكذا".

3 - المنفعة: ويشترط فيها شروطٌ عدّة، منها<sup>833</sup>:

- أ- أن تكون متقومة: أي معتبرة ومقصودة شرعاً أو عرفاً، ليحسن بذل المال في مقابلتها، كاستئجار دارٍ للسكن، أو دابةٍ أو سيارة للركوب، لأنّها إذا لم تكن ذات قيمةٍ شرعاً كان بذل المال في مقابلتها سفهاً وتضييعاً، وقد نهى الشرع من إضاعة المال.

- فلا يصح استئجار آلات اللهـو، لحرمة منفعتها.

- وكذلك لا يصح استئجار لتصوير ذي روح.

- أو استئجار من تغّيّ أمام الأجانب، لحرمة ذلك.

- ولا يصح استئجار كلبٍ لصيـد أو حراسـة، لأنّ عينه لا قيمة لها شرعاً، فلا قيمة لمنفعته.

- ولا يصح استئجار رجلٍ ليقول كلمةً لا تتعب، وإن روّجت سلعةً أو حصلت منفعةً.

- وكذلك لا يصح استئجار دراهم ودنانير للتربيـن بها.

لأنّ مثل هذه المنفعة غير مقصودٌ عرفاً، ولم يعتد الناس استيفاءه بعقد الإجارة.

- ب- أن يكون في مقدور المؤجر تسليمها: ليتمكن المستأجر من استيفائها. فلو كان المؤجر عاجزاً عن تسليم المنفعة - حسـاً أو شرعاً - لم تصح الإجارة.

- فلا تصح إجارة مخصوصٍ لغير من في يده، ولا يقدر على انتزاعه مـن في يده عقب العقد.

- ولا يصح تأجير سيـارة مفقودـة أو ضائـعة.

---

<sup>832</sup> - المرجع السابق.

<sup>833</sup> - كفاية النبيـه، ابن الرـفـعـة: 206/11. بـداعـ الصـنـاعـ: 179/4.

- ولا يصح استئجار أرض للزراعة، ليس لها ماء دائم، ولا يكفيها المطر المعتمد أو ما في معناه كالثلوج والنداوة.

لعدم القدرة على تسليم المنفعة في هذه الأشياء حسناً.

وما لا تصح إيجارته لعدم القدرة على تسليم منفعته شرعاً: استئجار المرأة الحائض أو النساء لخدمة المسجد، لأن الخدمة تقضي مكثها وترددها في المسجد، ولا يجوز لها ذلك، وإن أمنت تلوشه، لأنّه أحير لها العبور فيه، لا التردد والركض، فهي لا تقدر على تسليم المنفعة شرعاً.

ولو استأجرت غير الحائض لهذا، فحاضت أو نفست، انفسخت الإجارة فإذا دخلت المسجد حال حياضها وقامت بالخدمة كانت آثمة، ولم تستحق الأجرة.

ومثل خدمة المسجد تعليم القرآن.

= وكذلك لا تصح إجارة امرأة متزوجة، لرضاع أو خدمة بغير إذن الزوج، لأنّ أوقاتها مستغرفة بحقه، فلا يجوز لها شرعاً شغل شيءٍ من وقتها بغير حقه إلا بإذنه، فهي عاجزة إذن - شرعاً - عن تسليم المنفعة التي استأجرت لها.

= وكذلك لا تجوز إجارة امرأة مطلقاً للقيام بعملٍ يقتضي سفراً من غير صحبة زوج أو ذي رحمٍ محرم، أو يقتضي خلوة بأجنبيٍّ، للحرمة الثابتة بالنهي الصريح والصحيح عن ذلك، فهي إذن غير قادرة شرعاً على تسليم مثل هذه المنفعة.

### ج - الشرط الثالث للمنفعة أن يكون حصولها للمستأجر، لا للمؤجر:

فلا تصح الإجارة على القرب التي تحتاج إلى نيةٍ ولا تدخلها التباهي كالصلوة والصوم، لأنّ منفعتها - وهي التواب - تعود على المؤجر لا المستأجر، ولأنّ القصد منها امتحان المكلف بالامتنال وكسر النفس، ولا يقوم غيره مقامه في هذا.

وتصح الإجارة على كل قربٍ وعبادةٍ تدخلها التباهي وإن كانت تحتاج إلى نيةٍ، فتصح الإجارة على الحجّ عن العاجز والميت، وكذلك الصوم عن الميت، ولذبح أضحية، ونحر الهدي، وتفرقة زكاة. لأنّ هذه العبادات ثبتت في الشّرع التباهي فيها عن غير المكلف بها أصلاً.

### وأما القرب والعبادات التي لا تحتاج إلى نيةٍ كفرض الكفاية:

= فإن كانت شائعةً في الأصل - أي أن كل مسلم مخاطبٌ بها، ولكنها إذا فعلها بعض المسلمين سقطت عن الباقيين - كالجهاد، فلا يصح الاستئجار عليها. لأنّ المسلم الذي أجّر نفسه للجهاد إذا حضر المعركة تعين عليه الجهاد، فيقع جهاده عن نفسه لا عن استأجره، فلا تعود المنفعة على المستأجر، وإنما تعود على المؤجر، فلا تصح الإجارة.

= وإن لم تكن شائعةً في الأصل صحت الإجارة عليها، كـ:

\* تجهيز الميت من غسلٍ وتکفينٍ ودفنٍ، فإنه يختص في الأصل بتركة، فإن لم تكن تركة فبمن تحب عليه نفقته، فإن لم يكن، وجب على أغنياء المسلمين القيام به.

\* وكتعلم القرآن أو بعضه، لأنّ الأصل في التعليم أنه يختص بمال المتعلم أو من تلزمته نفقةه. وقد صح أنّ رسول الله صلّى الله عليه وسلم قال: «إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخْذَتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ اللَّهِ»<sup>834</sup>.

\* ومثل القرآن تعليم مسائل العلم والقضاء ونحو ذلك من فروض الكفاية، التي لا يقصد فيها في الأصل كل مكلّفٍ فإذا استؤجر عليها وقام بها لم تقع عنه، لأنّه غير مقصود بفعله، فلا تعود منفعته عليه.

\* وكذلك الشعائر غير الواجبة كالآذان، فإنه تصح الإجارة عليه.

ولا تصح الإجارة للإمامية ولو نافلة - كصلاة التراويح - لأنّ منفعتها، وهي تحصيل فضيلة الجماعة - تعود على الأجير لا على المستأجر.

ومنع الخفيّة من صحة الإجارة على كل عملٍ كان فرضاً أو واجباً على الأجير قبل الإجارة، لأنّ ما كان واجباً على المكلّف فهو مستحقٌ عليه بحكم الشرع، فلا يستحق عليه أجراً ولا تتعقد عليه إجارة لعدم إفادتها شيئاً.

د - الشرط الرابع أن لا يكون في المنفعة استيفاء عينٍ قصدأً:

فلا تصح إجارة البستان لاستيفاء ثمرته، ولا الشّاة لاستيفاء صوفها أو لبنيها أو انتاجها، لأنّ الأصل في عقد الإجارة تملك المنافع، فلا تملك الأعيان بعقدها قصدأً. ولأنّ هذا في الحقيقة استهلاك لا انتفاع، وموضوع الإجارة في الأصل الانتفاع لا الاستهلاك.

فإذا تضمن عقد الإجارة استيفاء منفعةٍ تبعاً لا قصدأً جاز، كما إذا استأجر امرأةً للحضانة والإرضاع، أو للإرضاع فقط، فإنّ ذلك يستتبع استيفاء لبن المرضع وهو عينٍ، فيصبح ذلك للضرورة أو الحاجة الدّاعية إليه، قال تعالى: «فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ» [الطلاق: 6].

5 - الشرط الخامس من شروط المنفعة أن تكون معلومةً للعاقدين عيناً وصفة وقدراً فيشترط لصحة الإجارة:

1 - العلم بعين المنفعة: ويكون ذلك ببيان محلّها، فلا تصح إجارة أحد الدّارين دون تعينٍ، لجهالة عين المنفعة بجهالة محلّها، وكذلك لو قال: (أَجْرَتِك داراً) دون بيان أوصافها أو الإشارة إليها. وذلك لأنّ المنفعة هي محل العقد في الإجارة، فلا بدّ من تعينها ليصح العقد، ولما كانت المنفعة ليست شيئاً مادياً يمكن تحسيده وتعيينه، استعيض عن ذلك ببيان محلّها للضرورة، فيقوم بيان محل المنفعة مقام بيانها.

2 - العلم بنوع المنفعة وصفتها: وذلك حين يكون المستأجر مختلف الناس في الانتفاع به اختلافاً ظاهراً لا يتسامح به عادةً.

(834) - أخرجه البخاري في الطب، باب: الشرط في الرقية بقطع من الغنم، (5737) عن ابن عباس رضي الله عنهما.

فلا تصح إجارة أرض للزراعة دون أن تعين المزروعات التي سترع فيها، لأنَّ أثر المزروعات على الأرض مختلف من نوعٍ إلى نوعٍ، فإذا ذكر المستأجر أنه يستأجرها ليزرع فيها ما يشاء صَحُّ العقد، لأنَّه يحمل على الأشدّ، فإذا انتفع فيها بالأخفَّ كان له ذلك من باب أولى.

فيما إذا كانت المنفعة المراده مما لا يختلف الناس فيها اختلافاً ظاهراً يؤدّي إلى المنازعه صحت الإجارة دون بيان نوعها، وذلك كاستئجار الدور للسكن، فلا يشترط بيان من سيسكن معه من أسرته، أو بيان ما سيوضع في البيت من أثاثٍ وأمتعةٍ، لأنَّ ذلك مما يتسامح فيه الناس عادةً.

فيما إذا انتفع بها بخلاف الغالب والمعتاد لم يكن له ذلك، كما إذا انتفع بالدار بصناعةٍ أو تجارةٍ. وعليه يشترط لصحة إجارة الدار إذا كانت في محلٍ ينتفع الناس فيها بالدور بالسكن وغيره، أنْ يبيّن نوع المنفعة من سكنٍ أو تجارةٍ أو صناعةٍ - كما ذكرنا - وأنْ يبيّن نوع التجارة أو الصناعة كذلك.

وكذلك يشترط لصحة الإجارة على عملٍ أنْ يبيّن نوع العمل الذي سيقوم به الأجير.

**3 - العلم بقدر المنفعة:** ويختلف تقدير المنفعة باختلاف نوعها: فمنها ما يقدر بالزمن، ومنها ما يقدر بالعمل، ومنها ما يصح فيه الأمان.

ـ ما تقدر فيه المنافع بالزمن:

هو كلٌّ منفعةٌ لا يمكن ضبطها بغيره، وتقلّ وتكثر، أو تطول وتقصر:

\* إيجارة الدور للسكن، فإنَّ سكن الدار تطول وتقصر.

\* وكإيجارة للإرضاع، فإنَّ ما يشربه الرضيع من اللبن يقلّ ويكثر.

\* وكإيجارة لتطيير جدارٍ فإنَّ التطيير لا يضبط رقةً وسماكةً.

فمثل هذه المنافع لا يمكن تقديرها بغير الزمن، لأنَّ تحصيلها لا يضبط بغير ذلك. ولهذا جاء على لسان شعيبٍ عليه السلام: ﴿عَلَى أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَّاج﴾ [القصص: 27] فقد قدرَ منفعة استئجار موسى عليه السلام بالزمن، وإنما استأجره للرعي ونحوه، والرعي من هذا النوع من المنافع.

ما تجوز عليه الإجارة من الزمن:

وإذا قدرَت المنفعة بالزمن وجب أن يكون مدةً معلومة، تبقى فيها العين المؤجرة غالباً، ليتمكن المستأجر من استيفاء المنفعة المعقود عليها.

والمرجح في معرفة المدة التي تبقى فيها كلٌّ عينٍ غالباً إنما هو العرف وأهل الخبرة. ويختلف ذلك من عينٍ إلى عينٍ:

\* فالأرض - مثلاً - تصح إجارتها مئة سنة أو أكثر.

\* والدار: تصح إجارتها ثلاثين سنة.

\* والدابة: تصح إجارتها عشر سنين.

وهكذا كل شيء على ما يليق به، ويقدر أهل الخبرة أنه يبقى هذه المدة.

ما يستثنى من زمن الإجارة: ويستثنى من الزمن المستأجر عليه

\* الزمن الذي تستغرقه العبادات الواجبة التي لا تؤدى إلا في المدة المستأجر عليها.

\* وكذلك أوقات الطعام المعتادة لدى الأجراء والمستأجرين.

= وكذلك إذا كانت المدة مقدرة بزمن طوبي استثنى:

\* أيام الأعياد الثابتة بالشرع.

\* أيام التعطيل الثابتة بالعرف.

فإن الأجير يستحق الأجر على هذه الأيام وتلك الأوقات ولو لم ينص عليها في العقد، فلا ينقصه المستأجر شيئاً من الأجر المتفق عليه لليوم أو الشهر أو السنة.

ب - ما تقدر فيه المنافع بالعمل: وذلك إذا كانت المنفعة معلومة في ذاتها ولكنها قد تستغرق زمناً يقصر أو يطول، فلا يمكن ضبطها به؛

\* وذلك كاستئجار شخصٍ لبيع شيء معينٍ كبيتٍ أو ثوبٍ أو سيارةٍ.

\* وكذلك كاستئجاره لقبض دينٍ أو أداء حجٍ عن ميتٍ أو عاجزٍ.

فإن مثل هذه المنافع تقدر بالعمل ولا تقدر بالزمن، لأن الزمن فيها قد يطول وقد يقصر، بينما العمل فيها منضبط ومحدّد.

ج - ما يصح تقدير العمل فيه بالزمن أو العمل:

وذلك كاستئجار شخصٍ لخياطةٍ، أو سيارةٍ للركوب، فيصح تقدير المنفعة بالزمن لأن يستأجره يوماً ليحيط له، وبالعمل لأن يستأجره لخياطة هذا التوب.

ويصح أن يستأجر السيارة لتوصله من دمشق إلى مكة مثلاً، فيكون تقدير المنفعة بالعمل، ولا ينظر إلى ما تستغرق من الوقت، كما يصح أن يستأجر السيارة يوماً أو يومين، فتكون المنفعة مقدرة بالزمن، سواء قطع بها مسافة أم لا، وركبها أم لا.

ولا يصح أن تقدر المنفعة بالزمن والعمل معاً، كما إذا استأجره ليحيط له هذا الشّوب يوماً، أو ليبني له هذا الجدار يومين، أو ليوصله من دمشق إلى مكة بثلاثة أيام. لأن العمل قد لا يستغرق الوقت المحدد وقد يزيد عنه، فيكون في ذلك غرراً، فلا يصح العقد.

4- الأجرة: ويشترط في الأجرة ما يشترط في الثمن، في عقد البيع، لأن الأجرة في الحقيقة هي ثمن المنفعة المملوكة بعقد الإجارة.

فيشتّرط فيها<sup>835</sup>:

آ- أن تكون ظاهرة: فلا يصح عقد الإجارة إذا كانت الأجرة كلباً أو خنزيراً أو جلد ميتة لم يدبح أو خمراً، لأن هذه الأشياء نجسة العين، ففي الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم: «نَهَا عَنْ ثَمَنِ الْكَلْبِ...»<sup>836</sup>، وفيهما: أنه صلى الله عليه وسلم قال عام الفتح: «إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ، وَالْمِيتَةِ، وَالْخَنْزِيرِ، وَالْأَصْنَامِ»<sup>837</sup>.

وكذلك إذا كانت عيناً متنجسة لا يمكن تطهيرها، كالخل واللبن والدهن المائع والزيت والسمن، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بإراقة السمن المائع فيما رواه ابن حبان: عن أبي هريرة، قال: سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الفأرة تقع في السمن، فتموت، قال: «إِنْ كَانَ جَامِدًا أَلْقَاهَا وَمَا حَوْلَهَا وَأَكْلَهُ، وَإِنْ كَانَ مَائِعًا لَمْ يَقْرِبْهُ»<sup>838</sup> وفي رواية (فأريقوه) فالأمر بإراقتها والنهي عن قربه دليلاً على أنه لا يمكن تطهيره، وبالتالي لا يجوز بيعه. ولما كانت هذه الأشياء لا يصح بيعها لنجاستها لم يصح جعلها أجرة.

وقياس على ما ذكر غيرها من الأعيان النجسة التي لم تذكر، وهي في معناها.

ب - أن تكون مُنْتَفِعًا بها: فلا يصح جعل الأجرة شيئاً لا ينتفع به:

\* إِمَّا لَخْسَتِهِ كَالْحَسْرَاتِ وَكَحْبَتِي حَنْطَةٍ.

\* وَإِمَّا لِإِيَادِهِ كَالْحَيَّانَاتِ الْمُفَرَّسَةِ.

\* وَإِمَّا لَحْرَمَةِ اسْتِعْمَالِهِ شُرُعًا كَالْأَلَاتِ الْلَّهُوِيِّ وَالْأَصْنَامِ وَالصُّورِ.

وذلك لأن هذه الأشياء وأمثالها مما لا نفع فيه فلا يعد مالاً، فلا يصحأخذ المال في مقابلتها. والمنفعة التي هي محل عقد الإجارة مالٌ متفقٌ عليه كما ذكرنا، فلا يصح بذلها في مقابلة ما لا يعد مالاً.

835 - تحفة الفقهاء، السمرقندى: 347/2

836 - البخاري: البيوع، باب: ثمن الكلب (2237)، ومسلم في المساقاة، باب: تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن... (1567).

837 - البخاري: البيوع، باب: بيع الميتة والأصنام (2236)، ومسلم في المساقاة، باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام (1581).

838 - انظر: موارد الظمان إلى زوائد ابن حبان: الأطعمة، باب: في الفأرة تقع في السمن (331).

- ج - أن تكون مقدوراً على تسليمها: فلا يصح أن تكون الأجرة طيراً في الهواء، ولا سماكاً في الماء.  
كما لا يصح أن تكون مالاً مغصوباً إلا إذا كانت لمن في يده المغصوب أو القادر على انتزاعه منه.
- د - أن يكون للعقد ولية على دفعها: بملكٍ أو وكالة، فإنْ كانت الأجرة لا ولية للعقد عليها بما ذكر لم تصح الإيجار.
- ه - أن تكون معلومة للعاقدين: فلا تصح إيجارة الدّار بما تحتاجه من عمارة، ولا إيجارة سيارة بوقودها، أو دابةٍ بعلفها، لجهالة الأجرة في هذه الحالات.
- ومن الجهالة في الأجرة أن يجعل جزءاً من المأجور يحصل عليه بعمل الأجير، كما إذا استأجره ليذبح شاة ويسلخها بجلدها أو جزءاً منها، للجهالة بشخن الجلد أو قدر الجزء.
- وكذلك إذا استأجره ليطحن له قدرًا معيناً من القمح بجزءٍ مما يخرج من دقنه، كربعه أو خمسه، للجهالة بقدر الدقيق. ولأنَّ الأجير ينتفع هنا بعمله، فيكون عاملاً لنفسه من وجهٍ، فلا يستحق الأجرة على عمله. وقد روى الدارقطني وغيره: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَهَى عن قفيز<sup>(839)</sup> الطَّحَانِ. وقد فسر بأن يجعل أجرة الطحن قفيزاً مطحوناً مما استأجر لطحنه. فلو استأجره بجزءٍ من الحنطة ليطحن باقيها صَحٌّ، لانتفاء المعنى الذي منع من أجله، وهو الجهالة وكون الأجير عاملاً لنفسه.
- أن يعطي من يقوم بحصاد الرزق بنفسه أو بواسطة الآلات - جزءاً من المحصول - كالعاشر أو نحوه - أجرة على الحصاد.
- أن يعطي جباة الأموال، للجمعيات ونحوها، جزءاً مما يجبونه من الأموال كاثنين في المئة ونحو ذلك.
- أن يعطي سماسة الدور ونحوها أيضاً جزءاً بنسبة معينة من قيمة ما يبعونه كاثنين في المئة أو ثلاثة.
- فهذه الأنواع الثلاثة من الإيجار غير صحيحة، لأنَّ الأجرة فيها مجحولة، وينبغي أن يعلم أنَّ أخذ هذه الأموال بهذه الطريقة كسبٌ خبيثٌ غير مشروع يؤخذ عليه من يأخذه ومن يعطيه، فليحذر الذين يخالفون عن شرع الله تعالى، ولا سيما جباة الأموال التي يجبونها حقاً للفقراء والمساكين، فيأكلون جزءاً منها ظلماً وزوراً، وهو يحسبون أئمَّهم يحسنون صنعاً<sup>(840)</sup>.
- و- وشرط الحنفية أن لا تكون الأجرة منفعةً من جنس المنفعة المعقود عليها: كما إذا أجره داراً ليسكنها بسكنى داره، لما في ذلك من معنى الربا. فإذا كانت من غير جنسها كما إذا من أجره داره بخياطة ثوبه صَحٌّ.

(839) - القفيز: مكبال كان معروفاً.

840 - الفقه المنهجي: 147/6.

## **أقسام الإيجار وشروطها:**

الإيجارة قسمان: إيجارة عينٍ، وإيجارة ذمةٍ.

### **1- إيجارة العين:**

هي الإيجارة الواردة على منفعةٍ متعلقةٍ بعينٍ معينةٍ. كما لو قال: أجرتك هذه الدار، أو السيارة الفلانية - لسيارة معينةٍ يعرفها المتعاقدان - أو أن يستأجر شخصاً معيناً لعملٍ ما أو ليحيط له هذا التّوب.

### **2- وإيجارة الذمة:**

هي الإيجارة الواردة على منفعةٍ متعلقةٍ بالذمة كأن يستأجره ليوصله بسيارة موصوفةٍ في ذمتّه إلى مكانٍ معينٍ، أو يؤجره سيارةً موصوفةً في ذمتّه مدةً معينةً. وكان يلزم المستأجر المؤجر عملاً في ذمتّه كبناءٍ أو حياطةٍ أو نحو ذلك، فيقبل.

ومن هذا النوع ما يحصل هذه الأيام من استئجار وسائل النقل المختلفة فإنّ الإيجارة ترد على منفعةٍ موصوفةٍ في الذمة، لا على منفعةٍ متعلقةٍ بعينٍ معينةٍ.

### **شروط إيجارة العين:**

1- أن تكون العين المؤجرة معينةً، فلا يصح أن يؤجره إحدى هاتين السياراتين، كما مرّ.

2- أن تكون العين المؤجرة حاضرةً ومُشاهدةً من المتعاقدين، عند عقد الإيجارة. فلو قال: أجرتك داري أو سيارتي أو ثويي، وهما غائبان عن الدار، أو السيارة والثّوب ليسا في مجلس العقد، لم تصح الإيجارة، إلا إذا كان المتعاقدان قد شاهدا العين المؤجرة قبل العقد بعده لا تتغيّر فيها غالباً، فتصح الإيجارة.

3- أن لا يؤجّل استيفاء المنفعة عن العقد، كأن يؤجره داره السنة المقبلة، أو يؤجره نفسه على أن يبدأ العمل أول الشهر، أو يؤجره سيارته غداً، أو أن يؤجره داره سنةً أو شهراً اعتباراً من أول الشهر القادم، وهكذا إلا إذا كانت الإيجارة للمستقبل لمن هو مستأجر للعين وقت العقد، لمدةٍ تنتهي بيده مدة الإيجارة الجديدة فتصح الإيجارة لاتصال المدّتين مع اتحاد المستأجر، فصار كما لو استأجر العين في المدّتين في عقدٍ واحدٍ.

### **شروط إيجارة الذمة:**

1- أن تكون الأجرة حالةً، وأن تسلم في مجلس العقد، لأنّ هذه الإيجارة سلم في المنافع، فيشترط تسلیم رأس مال السّلم - وهو الأجرة - في مجلس العقد، واشترط التأجيل كعدم التسلیم.

ولو اتفقا في العقد على تأجيل الأجرة لم تصح الإيجارة حتى ولو سلمت في المجلس. وكذلك إذا لم يتفقا على التأجيل ولم تسلّم الأجرة بالفعل في مجلس العقد.

2- بيان جنس العين التي تستوفى منها المنفعة ونوعها وصفتها.

كما إذا عقد إجارةً مع مكتب نقلٍ لينقله إلى بلدٍ معينٍ، فينبعي بيان الوسيلة التي سينقله فيها:

هل هي وسيلة جوية أو بحرية أو برية؟

وهل هي سيارة كبيرة أو صغيرة؟

وهل هي حديثة أو قديمة؟ وما إلى ذلك من أمورٍ تتفاوت فيها الأغراض.

### حكم الإجارة:

إذا تم عقد الإجارة بتوفّر أركانه وشروطه انعقد صحيحاً، وترتب عليه حكمه - أي أثره الشرعي - بمجرد انعقاده،

وهو:

\* ثبوت الملك للمستأجر في منفعة المؤجر، وجواز تصرفه فيها واستيفائه لها.

\* ثبوت الملك للمؤجر في أجرا المنفعة التي ملكها المستأجر من حين العقد. ويراعى في هذا الملك: أنه كلما مضى جزءٌ من الزّمن، والعين المستأجرة سليمة في يد المستأجر، بان أنه استقرَّ ملكه في جزءٍ من الأجرا يقابل ما استوفى أو فات من المنفعة في ذلك الرّزْمِن الذي مضى. فإذا استوفى المنفعة كاملاً، أو مضت مدة الإجارة، استقرَّ ملكه في كامل الأجرا حتى ولو لم ينتفع بالعين المؤجرة، طالما أنها سليمة في يده وسلطانه، لأنَّ منافعها تفتت تحت يده فاستقرَّ عليه بدلها، كما لو تلف المبيع في يد المشتري، فإنه يستقرَّ عليه ثمنه.

وإذا هلكت العين المستأجرة بعد استيفاء جزءٍ من المنفعة أو تمكّنه من ذلك ينظر:

\* فإنَّ كان هذا الجزء منتفعاً به عادةً استقرَّ للمؤجر ملك ما يقابلها من الأجرا، كما لو استأجر سيارةً لتوصله إلى مكانٍ معينٍ، فعُطِّبت قبل الوصول إليه، فإنه يستحقُّ أجراً المرحلة التي قطعت إن كان يمكن متابعة السّفر دون مشقةٍ من المكان الذي عطِّبت فيه السيارة، أو كان للمستأجر غرضٌ بذلك المكان.

\* وإن كان الجزء المستوفى من المنفعة لا ينتفع به عادةً، كما لو كان مكان عطِّب السيارة لا يقصد عادةً، أو يصعب متابعة السّفر منه، لم يستقرَّ شيءٌ من الأجرا للمؤجر، وكان كهلاً العين المؤجرة قبل استلامها، أو قبل استيفاء شيءٍ من منفعتها أو التّمكّن منه، وبثبوت الملك في الأجرا سواءً أكانت معجلةً أم مؤجلةً.

وقد علمت أنه إذا كانت الإجارة إجارة ذمّةٍ لم يجز تأجيل الأجرا، وشرطت تسليمها في محل العقد.

اما إذا كانت الإجارة إجارة عينٍ:

\* فإنَّ كانت الأجرا معينةً، كما إذا أجره داره سنة بهذه الدرّاهم أو بهذه السّجادة، وجب تعجيلها ولم يجز تأجيلها، لأنَّ الأعيان لا تقبل التّأجيل.

\* وإن كانت الأجرة في الدّمة، كما إذا أجرّه داره سنةً بـألف درهم، جاز تعجيلها وتأجيلها، كما يجوز تعجيل بعضها وتأجيل بعضٍ، وتقسّيّتها على الشّهور حسب اتفاق المتعاقدين.  
فإذا لم ينصّ في العقد على التعجيل أو التأجيل كانت معجلةً.

#### حقّ استيفاء المنفعة:

علمنا أنه إذا تم عقد الإجارة صحيحاً ملك المستأجر منفعة العين المؤجّرة وبالتالي يثبت له حقّ استيفائها.  
وللمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه، كما أنّ له أن يستوفيها بغيره.  
فإذا استأجر داراً كان له أن يسكنها بنفسه ومع غيره، وأن يسكنها غيره: إعارةً أو إجارةً. فلو شرط المؤجر على المستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه لم تصح الإجارة وكان كما لو باعه شيئاً وشرط عليه أن لا يبيعه، فلا يصح عقد البيع.  
ويشترط لصحة استيفاء المنفعة بغير المستأجر:

- 1- أن يكون من سلمت إليه العين المؤجّرة ليستوفي منفعتها أميناً.
- 2- أن يكون مساوياً للمستأجر في استيفاء المنفعة، أو أقلّ منه إضراراً بالعين المستأجرة:  
فإذا استأجر داراً للسكن فليس له أن يسلّمها لمن يستعملها للصناعة أو للتجارة.  
وإذا أجرّه سيارةً للركوب ليس له أن يسلّمها لمن يستعملها للحمل ونحوه إذا كان ذلك يضرّ بها أكثر من الركوب.  
وإذا أجرّه ثوباً ليلبسه ليس له أن يلبسه من هو أضخم منه، وهكذا.

#### الإجارة الفاسدة وأجرة المثل:<sup>841</sup>

إذا احتل شرطٌ من شروط الإجارة كانت الإجارة فاسدةً، ووجب على المستأجر أن يرد العين المؤجّرة إذا كان قد استلمها.

فإذا كان قد استوفى منافعها، أو مضى وقتٌ يمكنه فيه الاستيفاء، وجب عليه أجرة المثل كاملاً، سواءً أكانت مساوية للأجرة المسماة أم أكثر منها أم أقل.

وجمهور الحنفية قالوا: لا يزداد بأجرة المثل على الأجرة المسماة، لاتفاق المتعاقدين على حظّ ما فوقها.  
وكذلك إذا استوفى بعض المنفعة، ثم فسخ العقد لفسادِ، وجبت أجرة مثل المقدار المستوفى من المنافع وسقط الباقي.

<sup>841</sup> - النّف في الفتوى، السعدي: 558/2

ومثل منفعة العين، إذا كانت الإجارة على عملٍ، وعمل الأجير العمل المستأجر عليه أو بعده، فإنه يستحق أجره مثل ما عمل، كلاً أو بعضاً على الخلاف المذكور.

وأجرة المثل هي الأجرة التي يقدرها أهل الخبرة عادةً مثل العين المستأجرة أو العمل المستأجر عليه.

والأجرة المسماة هي الأجرة المتفق عليها بين المتعاقدين، وقد تزيد على أجرة المثل أو تنقص.

وإنما وجبت أجرة المثل في الإجارة الفاسدة لأن الإجارة بين المنافع - كما علمت - فإذا فسد العقد كان ما سميّاه من الأجرة غير لازم، لأنّه إنما يلزم بالعقد ولا عقد، والمنفعة كالعين المبيعة، فإذا استوفيت وجب بدلها، وهو أجرة المثل.

### ضمان العين المستأجرة:

إنّ يد المستأجر على العين المستأجرة يد أمانة، فلا يضمن ما أصابها من تلفٍ أو تعيبٍ، سواءً كان ذلك أثناء استيفاء المنفعة أم قبلها أم بعدها.

وذلك لأنّ قبضه لها قبضٌ بحقِّ، إذ لا يمكن استيفاء المنفعة - التي هي محل العقد في الإجارة - إلا بقبضها ووضع اليد عليها.

وتبقى العين المستأجرة غير مضمونةٍ في يد المستأجر مادام لم يتعذر في استعماله أو يقصر في حفظها. فإذا استأجر داراً للسكن فسكنها، ثمّ أصابها حريقٌ - مثلاً - بسبب ما يستعمل عادةً في الدار من وسائل الوقود وب بدون إهمالٍ أو تقصيرٍ، فلا يضمن ما نتج من ذلك من أضرارٍ عن ذلك الحريق.

أمّا لو حدث الحريق بسببٍ لا يكون عادةً في دور السكن، كما لو استعمل فيها النار لصناعة حداقةٍ ونحو ذلك، فإنّه يضمن، لأنّه تعرّى بالاستعمال حيث استعمل الدار لغير ما استأجرها من أجله.

وكذلك لو نتج الحريق بسبب إهمالٍ أو تقصيرٍ، كما لو ترك المدفأة موقدةً أثناء النّوم، فنتائج عن ذلك حريقٌ، فإنّه يضمن ما نتج عن ذلك من أضرارٍ بالدار، لأنّ تركه لها موقدةً أثناء النّوم تقصيرٌ أو إهمالٌ. ولأنّ خلاف المعاد لدى الغالبية العظمى من الناس، ولأنّه منهيٌ عنه شرعاً أيضاً فإنه صلى الله عليه وسلم قال: «لَا ترکوا النّار في بيوتكم حين ننامون»<sup>842</sup> وبلغه أنّه احترق بيتٌ بالمدينة على أهله من الليل، فقال: «إنّ هذه النار إنما هي عدوٌ لكم، فإذا نتم فأطقوها عنكم»<sup>843</sup>.

وكذلك لو كان ذلك بسبب ترك وسائل الإيقاد في أيدي الصغار ونحوهم.

842 - البخاري: الاستئذان، باب: لا تترك النار في البيت عند النّوم (6293). ومسلم: الأشربة، باب: الأمر بتغطية الإناء وإيكاء السقاء... (2015).

843 - البخاري: الاستئذان، باب: لا تترك النار في البيت عند النّوم (6294)، ومسلم: الأشربة، باب: الأمر بتغطية الإناء وإيكاء السقاء... (2016).

وهكذا أيّ ضررٍ يصيب العين المستأجرة بسبب سوء الاستعمال، كما لو استأجر سيارةً للركوب وأسرع بها في السير في الأماكن المزدحمة أو الطُّرقات الوعرة، فتتج عن ذلك ضررٌ لها.

وكذلك إذا قصر في الحفظ، كأن يضع العين المستأجرة في مكانٍ لا توضع فيه عادةً، كما إذا وضع السيارة في منتصف الطريق أو مكانٍ غير مأمونٍ دون حراسةٍ، فإنه يضمن ما طرأ عليها من حوادث. أمّا لو تركها في مكانٍ مأمونٍ يعتاد الناس وضعها فيه، ثم أصابها شيءٌ، فإنه لا يضمنه.

وكذلك يضمن المستأجر العين المستأجرة إذا استعملها بعد انتهاء مدة الإجارة، أو لم يستعملها ولكنه لم يخل بيتها وبين مالكها. أمّا لو لم يستعملها وأصابها شيءٌ قبل التمكّن من ردها أو التخلية بينها وبين مالكها، فإنه لا يضمن، استصحاباً لما كان قبل انتهاء المدة من عدم الضمان.

#### ضمان الأجير:

الأجراء نوعان<sup>844</sup>:

##### آ- أجيرٌ خاصٌ:

وهو الذي يتعاقد معه المستأجر على القيام بعملٍ ما مدةً من الزمن، يستحق المستأجر نفعه فيها جميع الوقت، ويستحق الأجير فيها الأجر ولو لم يقم بعملٍ. أو يتعاقد معه المستأجر ليقوم له بعملٍ معين دون أن يتقبل عملاً آخر لغيره قبل انتهاءه كالعامل، والأجراء في الحوانية ودور الصناعة كالخياطين وغيرهم، وكذلك كالدهان في البيت والبناء والتجار، ومن إلى ذلك ممّن يعملون في حوزة المستأجر أو في حضوره، فأمثال هؤلاء الأجراء لا يضمنون ما استؤجروا عليه وما تحت أيديهم من الصناعات، إلا إذا تعدّوا بما هلك تحت أيديهم أو تعيب، كما إذا تعمّد الإتلاف، أو تساهل وقصّر بأسباب الحفظ وأصول العمل. وذلك لأنّ يد المستأجر ثابتةً حكماً على ما استأجر عليه الأجير، وإنما استuan بالأجر لشغله وتتصنيعه، فصار كالمستعين بالوكيل.

##### ب- أجيرٌ مشتركٌ:

وهو الأجير الذي يتعاقد معه المستأجر على عملٍ معين يقوم به، ويستحق الأجر بانتهائه، ويمكن أن يتعاقد مع كثرين على مثل هذا العمل أو غيره في زمنٍ واحدٍ، ولا يكون عمله غالباً في حوزة المستأجر أو حضوره، وإنما يستقلّ بعمله في منزله أو دكانه أو معمله، كالخياط والصباغ والكتّاء والحمّال إذا حمل لاثنين فأكثر، ومصلحي السيارات ونحو ذلك.

844 - النّف في الفتاوى، السعدي: 561/2

فهؤلاء الأجراء أيضاً - ويسمون لدى الفقهاء أحياناً: الصناع - لا يضمنون إلا التعدي. والعين أمانة في يد الأجير لأنّه متطلع بالحفظ إذ الأجرة مقابلة العمل، ولأنّ قبضه للعين إنما هو لمصلحة المستأجر، فلا يضمن إلا إذا تعدى أو قصر.

وذهب أبو يوسف ومحمدٌ - من أصحاب أبي حنيفة - رحمة الله تعالى إلى أنّ الأجير المشترك يضمن ما هلك تحت يده، إلا إذا كان الملاك بسبب عام لا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والغرق الغالب، فإذا كان الملاك أو التلف بسبب يمكن الاحتراز عنه غالباً، كالسرقة ونحوها، فإنه يضمن.

وحجتهم في هذا: الحفاظ على مصالح الناس، لأنّ أمثال هؤلاء الأجراء إذا لم يضمنوا ما تحت أيديهم من الصناعات استهانوا بأمتعة المستأجرين وأموالهم، وتقبلوا أعمالاً تفوق إمكاناتهم وقدرتهم على حفظها، والناس في حاجة شديدة إلى صناعاتهم، فكانت المصلحة في تضمينهم، ضرورة حملهم على الحرص والمحافظة على ما في أيديهم من أموال الناس.<sup>845</sup>

انتهاء الإجارة: تنتهي الإجارة وتنقضى أحکامها بأمور منها:

1- **الفسخ:** عقد الإجارة عقد لازم من الطرفين، أي بعد انعقاده صحيح ليس للمؤجر أو المستأجر فسخه متى شاء، ولا يفسخ إلا بعذر<sup>846</sup> وإذا فسخ فقد انتهت الإجارة.

**الأعذار التي تنفسخ بها الإجارة:**

أ- **هلاك العين المؤجرة في إجارة العين،** فإذا استأجر داراً معينة أو سيارة معينة، ثم تخدمت الدار أو عطبت السيارة قبل استيفاء شيءٍ من المنفعة فقد انفسخت الإجارة، لفوات المحل المعقود عليه.

ومثل تلف العين تعيبها بحيث يتعدّر استيفاء المنفعة المقصودة منها.

إذا حصل العيب أو التلف بعد استيفاء شيءٍ من المنفعة: انفسخت الإجارة بالنسبة للمستقبل من حيث اهلاك، ويستحق المؤجر أجرة ما استوفى من المنفعة بقسطه من الأجرة المتفق عليها في العقد.

إذا كانت الإجارة إجارة ذمة، كما إذا استأجره ليوصله بسيارة موصوفة في الذمة إلى مكان كذا، فأحضر السيارة ثم عطبت أو تعيبت، فإن الإجارة لا تنفسخ، بل على المؤجر أن يأتي بدلها، سواءً كان ذلك قبل استيفاء شيءٍ من المنفعة أم بعد استيفاء بعضٍ منها، لأن المعقود عليه لم يفت بحالك السيارة المحضرة، لأن العقد لم يرد على سيارة معينة، وإنما على سيارة موصوفة في الذمة، فيمكن استبداله.

<sup>845</sup> - انظر تفصيل المسألة بأداتها في كتاب الأستاذ الدكتور مصطفى البغا (أثر الأدلة المختلفة فيها في الفقه الإسلامي) الصفحة (71).

<sup>846</sup> - انظر شرح التحرير بحاشية الشرقاوي: 2/5.

ومثل العين المستأجرة في كلّ ما سبق الأجير، فإذا استأجر شخصاً معيناً ليقوم بعملٍ، ثم مات أو مرض مرضًا يتعدّر معه القيام بالعمل المستأجر عليه، انفسخت الإجارة. وإذا كانت إجارة ذمّة، فأحضر له من عمل فحصل الموت أو المرض، لم تنفسخ الإجارة، لأنّ استيفاء المنفعة يمكن أن يكون بغيره.

**ب - عدم تسلّم العين المؤجرة في المدّة:** إذا كانت الإجارة إجارة عينٍ، وكانت المنفعة محدّدة بمدّة من الزّمن، وانقضت تلك المدّة ولم يسلّم المؤجر العين المؤجرة، فقد انفسخت الإجارة لفوات المعقود عليه قبل قبضه.

وكذلك إذا كانت الإجارة إجارة ذمّة ولم يحضر المؤجر ما تستوفى منه المنفعة في الوقت المتفق عليه. فإذا لم يحدّد وقت استيفاء المنفعة ولم يتعلّق بها غرضٌ أصليٌ للمستأجر، ولم يحضر المؤجر ما تستوفى منه المنفعة حتّى مضى وقت استيفاؤها فيه، فلا فسخ ولا انفساخ، لأنّه دينٌ تأخّر وفاؤه.

إذا سلم المؤجر العين المؤجرة - أو أحضرها - بعد مضيّ بعض مدّة الإجارة انفسخ العقد فيما مضى، وكان المستأجر بال الخيار فيما بقي.

وإذا كانت المنفعة محدّدة بعملٍ، وتأخّر تسليم العين حتّى مضى وقتٌ يمكن فيه إنجاز العمل، لم تنفسخ الإجارة، لأنّ العقد تعلّق بالمنفعة لا بالزّمن، فلم يتعدّر الاستيفاء حتّى تنفسخ الإجارة.

#### ما لا تنفسخ به الإجارة:

أ- لا تنفسخ الإجارة بخروج العين المؤجرة من ملك المؤجر، كما إذا أجرّ داراً ثم وهبها أو باعها، لأنّ عقد الإجارة يرد على المنفعة فلا يمنع بيع الرّقبة. وتنقل ملكيّة العين حين عقد البيع أو الهبة إلى المشتري أو الموهوب له دون المنفعة، لأنّ البائع أو الواهب ما كان يملّكها حين العقد، وتبقى في يد المستأجر إلى انتهاء مدّة الإجارة، ولكن يثبت للمشتري الخيار إن كان يجهل الإجارة، أو كان يعلمها ويجهل مدّتها.

ب - وكذلك لا تنفسخ الإجارة بموت أحد المتعاقددين المؤجر أو المستأجر ولا بموتهما، بل تبقى إلى انقضاء المدّة، لأنّها عقد لازم فلا ينفسخ بالموت كالبيع، ويختلف المستأجر في استيفاء المنفعة وارثه.

وقال الحنفيّة: تنفسخ الإجارة بموت من وقع له عقد الإجارة وهو المؤجر أو المستأجر. وذلك لأنّ ملك المستأجر للمنفعة يثبت شيئاً فشيئاً وكذلك ملك المؤجر للأجرة، فإذا مات المستأجر كان ما يحدث من المنافع في يد وارثه غير مملوک له، فلا يرثه عنه ولا يملكه، لأنّ الوارث يملك ويرث عن مورثه ما ملكه، فانفسخ العقد لذلك.

وكذلك إذا مات المؤجر، فإنه لم يملك قسط الأجرة لما لم يستوف من المنافع، فلا يورث عنه، وينفسخ العقد لذلك.

قالوا: إلا إذا كان الفسخ يلحق ضرراً بالعقد أو ورثته، كما إذا استأجر أرضاً للزراعة وزرعها، ثم مات المؤجر أو المستأجر قبل وقت الحصاد، فإنّ الإجارة تستمر حتّى ينتهي العذر المانع من الفسخ - وهو استحصاد التّرث هنا - دفعاً للضرر عن المستأجر أو ورثته.

- وكذلك لا تفسخ الإجارة بعذرٍ طرأ في غير المعقود عليه:
- كما إذا أجر سيارةً وهو سائقٌ لها، فمرض وعجز عن الخروج مع المستأجر.
- وكذلك لو استأجر سيارةً للسفر عليها، ثم مرض المستأجر وتعذر عليه السفر. أو استأجر داراً للسكن، ثم اضطرب إلى السفر.

والمانع من الفسخ هنا: أنه لم يطرأ خللٌ في المعقود عليه، ويمكن للعائد أن يستنبط من يستوفي المنفعة عنه.

## 2- استيفاء المنفعة المعقود عليها:

ينتهي حكم الإجارة حكماً باستيفاء المنفعة المعقود عليها: فإن كانت مقدرةً بعمل انتهت الإجارة بإتمام العمل، وإن كانت مقدرةً بزمنٍ انتهت الإجارة بمضي ذلك الزمن.

فإذا استعمل المستأجر العين المؤجرة بعد انتهاء الإجارة وجب عليه أجراً المثل مقابل ما استوفاه من المنفعة بعد استيفاء المعقود عليه، وكان ضامناً للعين المؤجرة، لأنّه تعدى في استعمالها بغير عقدٍ.

وكذلك إن استأجر أرضاً مدةً لزراعةٍ معينةٍ، وانقضت المدة ولم يستحصد الزرع، فإنه لا يجبر على قلعه لما في ذلك من ضررٍ عليه، وإنما يجب عليه أجراً المثل للمرة التي شغل بها الأرض بعد انتهاء مدة الإجارة، ولكنّه لا يكون ضامناً للأرض لأنّه لم يكن متعدياً بالاستعمال.

## الخيارات في عقد الإجارة<sup>847</sup>:

1- خيار المجلس وخيار الشرط: لا يثبت في عقد الإجارة خيار المجلس ولا خيار الشرط، لأنّ عقد الإجارة من عقود الغرر، لأنّها عقدٌ على معدومٍ، وإنما شرعت تيسيراً لحاجة الناس إليها، وال الخيار أيضاً غررٌ، فلا يكون فيها، لأنّه يصير عندئذٍ ضمّ غررٍ إلى غررٍ، ولا يصحّ.

2- خيار العيب: أمّا خيار العيب فإنه يثبت في إجارة العين، فإذا حدث عيبٍ بالعين المؤجرة، وأثر في منفعتها تأثيراً يظهر في تفاوت أجراًها حال كونها سليمة وحال كونها معيبة بذلك العيب، كما لو استأجر أرضاً لزراعةٍ فانقطع ماؤها، أو سيارةً للركوب فعطببت عجلاتها ولم يبادر المؤجر إلى إصلاح ذلك العيب، كان المستأجر بالختار بين إمضاء الإجارة أو فسخها. ولا شيء عليه حال الفسخ إن كان قبل مضي شيءٍ من الوقت، فإنّ كان بعد مضي شيءٍ من الوقت مثله أجرةً: ثبت عليه قسطه من الأجرة المسماة في العقد.

---

<sup>847</sup> - النّف في الفتوى، السعدي: 572/2. البيان في مذهب الإمام الشافعي، العمراني: 361/7

ولا يثبت خيار العيب في إجارة الذمة، فإذا أحضر المؤجر عيناً تستوفى منها المنفعة المعقود عليها في الذمة، ثم تعيبت تلك العين المحضرة وجب على المؤجر أن يحضر بدلها، لأنّ المعقود عليه في الذمة مقيدٌ بوصف السلامة، وما أحضره غير سليمٍ، فإذا لم يرض به المستأجر رجع إلى ما في الذمة، فلا ينفسخ عقد الإجارة.

#### اختلاف المؤجر والمستأجر في دعوى الرّد أو التلف<sup>848</sup>:

##### أ- دعوى التلف:

إذا تلفت العين المؤجرة أو تعيبت في يد المستأجر، وادعى المستأجر أنه لم يتعد بذلك، وإنما حدث بأفةٍ سماوية أي بسببٍ قهريٍّ خارجٍ عن إرادته أو حدث بسبب الاستعمال المأذون به عادةً. وادعى المؤجر أن ذلك حصل بتعدي من المستأجر، من تجاوزٍ في الاستعمال أو تفريطٍ وعدم حفظِ للعين المؤجرة، فالذي يقبل قوله هو المستأجر، فيصدق بيمينه، لأنّ المؤجر يدعى التعدي والمستأجر ينكّره ويدعى عدمه، والأصل عدم التعدي وبراءة الذمة من الضمان، فالقول قول مدعى الأصل بيمينه.

##### ب- دعوى الرّد:

وإذا اختلف المؤجر والمستأجر: فادعى المستأجر رد العين المستأجرة إلى المؤجر، وأنكر ذلك المؤجر فقال: إنك لم تردها عليّ، فيقبل قول المؤجر بيمينه، لأنّ المستأجر قبض العين المؤجرة لمنفعته، والأصل عدم الرّد، والمستأجر يدعى، فالقول قول المنكر بيمينه، فيقبل قول المؤجر لأنّه ينكر الرّد ويدعى الأصل وهو عدم الرّد.

والحمد لله رب العالمين

848 - الفقه المنهجي: 158/6

## القسم العملي

### باب البيع الفاسد من كتاب

#### "الهداية شرح بداية المبتدى للإمام المرغيني الحنفي"

"وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميته والدم والخنزير والخمر، وكذا إذا كان غير مملوك كالحر" قال رضي الله عنه<sup>849</sup> : هذه فصول جمعها، وفيها تفصيل نبيته إن شاء الله تعالى فنقول: البيع بالميته والدم باطل، وكذا بالحر لأنعدام ركن البيع<sup>850</sup> وهو مبادلة المال بمال، فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالخمر والخنزير<sup>851</sup> فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بمال فإنه مال عند البعض<sup>852</sup> والباطل لا يفيد ملك التصرف، ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون أمانة عند بعض المشايخ لأن العقد غير معتبر فبقي القبض بإذن المالك وعند البعض يكون مضموناً<sup>853</sup> لأنه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم<sup>854</sup> الشراء. وقيل الأول قول أبي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما<sup>855</sup> كما في بيع أم الولد والمدبر على ما نبيته إن شاء الله تعالى، وال fasid يفيد الملك عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه. وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وسببيه بعد هذا. وكذا بيع الميته والدم والحر باطل لأنها ليست أموالاً فلا تكون محلاً<sup>856</sup> للبيع. وأما بيع الخمر والخنزير إن كان قوبل بالدين<sup>857</sup> كالدرهم والدنانير فالبيع باطل، وإن كان قوبل بعين

<sup>849</sup> - في بعض الطبعات: قال العبد الضعيف، والراجح أنها من وضع المؤلف نفسه.

<sup>850</sup> - هذا تجوز في التعبير، والحقيقة أن هذا شرط انعقاد وليس ركناً، والركن هو الإيجاب والقبول.

<sup>851</sup> - أي جعل الخمر والخنزير ثناً في البيع، فإن جعل مبيعاً كان البيع باطلًا لا فاسداً.

<sup>852</sup> - عند النصارى مثلاً.

<sup>853</sup> - على المشتري القابض له.

<sup>854</sup> - هو أن يفاصي المشتري البائع على السلعة، وقبل الانفاق على ثمنها يقول المشتري للبائع: ادفعها إليّ مدة حتى أتحقق بها وأشاور نفسي في شرائها، فيدفعها إليه، فيمضي بها وتحلّك، فإنه يضمنها بقيمتها.

<sup>855</sup> - أبو يوسف ومحمد.

<sup>856</sup> - محل البيع هو المبيع، وليس المكان الذي تم فيه البيع كما قد يظن.

<sup>857</sup> - الدين هنا هو الذهب، والفضة، والفلوس الرائجة، وليس القرض كما قد يظن.

فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله وإن كان لا يملك عين الخمر والخنزير. ووجه الفرق أن الخمر مال، وكذا الخنزير مال عند أهل الذمة إلا أنه غير متقوم لما أن الشرع أمر بإهانته وترك إعزازه وفي تملكه بالعقد مقصوداً إعزاز له، وهذا لأنه متى اشتراها بالدرهم فالدرهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما أنها تجب في الذمة، وإنما المقصود الخمر فسقط التقويم أصلاً بخلاف ما إذا اشتري الثوب بالخمر لأن المشتري للثوب إنما يقصد تملك الثوب بالخمر وفيه إعزاز للثوب دون الخمر فبقي ذكر الخمر معتبراً في تملك الثوب لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون الخمر، وكذا إذا باع الخمر بالثوب لأنه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه مقايضة.

قال: "وبيع أم الولد<sup>858</sup> والمدبر<sup>859</sup> والمكاتب<sup>860</sup> فاسد" ومعناه باطل لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه الصلاة والسلام: "أعتقها ولدها" وسبب الحرية انعقد في المدبر في الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز، ولو رضي المكاتب بالبيع ففيه روایتان، والأظهر الجواز، والمراد المدبر المطلق دون المقيد، وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العناق.

قال: " وإن ماتت أم الولد أو المدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة، وقال<sup>861</sup>: عليه قيمتهما" وهو رواية عنه، لهما<sup>862</sup> أنه مقبوض بجهة البيع فيكون مضموناً عليه كسائر الأموال، وهذا لأن المدبر وأم الولد يدخلان تحت البيع حتى يملك ما يضم إليهما في البيع، بخلاف المكاتب لأنه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا الضمان به. ولو<sup>863</sup> أن جهة البيع إنما تتحق بحقيقة في محل يقبل الحقيقة وها لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب، وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما، وإنما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم إليهما فصار كمال المشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده، وإنما يثبت حكم الدخول فيما ضمه إليه، كذا هذا.

<sup>858</sup> - أم الولد: الحاربة الرقيقة التي تسرى سيدها بما يحقق الملك بدون عقد فأنجبت من ولداً وادعاه.

<sup>859</sup> - الرقيق الذي أوصى له سيده بالعقد بعد موته فقال له: أنت حر در موتي.

<sup>860</sup> - الرقيق الذي اتفق مع سيده على أن يدفع له مبلغاً من المال مقابل أن يكون حرّاً.

<sup>861</sup> - أبي الصاحبان: أبو يوسف ومحمد.

<sup>862</sup> - أبي ودليل الصالحين.

<sup>863</sup> - أبي ودليل الإمام أبي حنيفة في عدم الضمان.

قال: "ولا يجوز بيع السمك قبل أن يُصطاد<sup>864</sup>" لأنه باع مالا يملكه "ولا في حظيرة إذا كان لا يؤخذ إلا بصيد"؛ لأنه غير مقدور التسليم، ومعناه إذا أخذه ثم ألقاه فيها لو كان يؤخذ من غير حيلة جاز، إلا إذا اجتمعت فيها بأنفسها ولم يسد عليها المدخل لعدم الملك.

قال: "ولا بيع الطير في الهواء" لأنه غير مملوك قبل الأخذ، وكذا لو أرسله من يده لأنه غير مقدور التسليم "ولا بيع الحمل ولا النتاج<sup>865</sup>" لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن بيع الحيل وحبل الحبلة ولأن فيه غررا.

قال: "ولا اللبن في الضرع" للغرر فعساه انتفاخ، وأنه ينماز في كيفية الحلب، وربما يزداد فيختلط المبيع بغیره.

قال: "ولا الصوف على ظهر الغنم" لأنه من أوصاف الحيوان، وأنه ينبع من أسفل فيختلط المبيع بغیره، بخلاف القوائم<sup>866</sup>؛ لأنها تزيد من أعلى، وبخلاف القصيل<sup>867</sup> لأنها يمكن قلعه، والقطع في الصوف متعمق فيقع التنازع في موضع القطع، وقد صرحت أنه عليه الصلاة والسلام "نهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم، وعن لبن في ضرع، وعن سمن في لبن" وهو حجة على أبي يوسف رحمه الله في هذا الصوف حيث جوز بيعه فيما يروى عنه.

قال: "وجذع في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع أو لم يذكره" لأنه لا يمكن التسليم إلا بضرر، بخلاف ما إذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لأنه لا ضرر في تبعيشه، ولو لم يكن معيناً لا يجوز لما ذكرنا وللجهالة أيضاً، ولو قطع البائع الذراع أو قلع الجذع قبل أن يفسخ المشتري يعود صحيحاً لزوال المفسد، بخلاف ما إذا باع النوى في التمر أو البذر في البطيخ حيث لا يكون صحيحاً. وإن شقهما وأخرج المبيع لأن في وجودهما احتمالاً، أما الجذع فعين موجود. قال: "وضربة القانص" وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لأنه مجھول ولأن فيه غرراً.

<sup>864</sup> - لأنه مال مباح.

<sup>865</sup> - الحمل هنا ما في بطن الحيوان من الجنين، والنتائج ما سوف يحمل به حمل هذا الحيوان من الجنين.

<sup>866</sup> - هي أغصان الشجر، وتسمى (قوائم الخلاف).

<sup>867</sup> - الشعير بجز وهو أخضر لإطعام الحيوانات.

قال: "وبيع المزابنة، وهو بيع الشمر على النخيل بتمر مجدوذ مثل كيله خرضا<sup>868</sup>" لأنه عليه الصلاة والسلام "نحي عن المزابنة والمحاقلة" فالمزابنة ما ذكرنا، والمحاقلة بيع الخنطة في سبليها بخنطة مثل كيلها خرضاً؛ وأنه باع مكيل بمكيل من جنسه فلا تجوز بطريق الخرص كما إذا كانا موضوعين على الأرض، وكذا العنبر بالزيت على هذا.

وقال الشافعي رحمه الله: يجوز فيما دون خمسة أوسق<sup>869</sup> لأنه عليه الصلاة والسلام "نحي عن المزابنة ورخص في العرايا"<sup>870</sup>، وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق". قلنا: العربية: العطية لغة، وتأويله أن يبيع المعري له ما على النخيل من المعري بتمر مجدوذ، وهو بيع مجازاً لأنه لم يملكه فيكون براً مبتدأ.

قال: "ولا يجوز البيع بإلقاء الحجر واللامسة والمنابذة". وهذه بيوغ كانت في الجاهلية، وهو أن يتراوض الرجال على سلعة: أي يتساومان، فإذا لمسها المشتري أو نبذها إليه البائع أو وضع المشتري عليها حصاة لزم البيع؛ فال الأول بيع الملامسة والثاني المنابذة، والثالث إلقاء الحجر، وقد "نحي عليه الصلاة والسلام عن بيع الملامسة والمنابذة" ولأن فيه تعليقاً بالخطر.

قال: "ولا يجوز بيع ثوب من ثوبين" لجهالة المبيع؛ ولو قال: على أنه بالخيار في أن يأخذ أيهما شاء جاز البيع استحساناً، وقد ذكرناه بفروعه.

قال: "ولا يجوز بيع المراعي ولا إجارتها" المراد الكلأ، أما البيع فلأنه ورد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث، وأما الإجارة<sup>871</sup> فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح، ولو عقد على استهلاك عين مملوك بأن استأجر بقرة ليشرب لبنها لا يجوز فهذا أولى.

قال: "ولا يجوز بيع النحل" وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله: يجوز إذا كان محرزاً، وهو قول الشافعي رحمه الله لأنه حيوان متذوق به حقيقة وشرعها فيجوز بيعه وإن كان لا يؤكل كالبغل والحمار. ولهما أحهما من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا يعنيه فلا يكون متذوقاً به قبل الخروج، حتى لو باع كوارة فيها عسل بما فيها من النحل يجوز تبعاً له، كما ذكره الكرخي رحمه الله. "ولا يجوز بيع دود القز عند أبي حنيفة" لأنه من الهوام،

<sup>868</sup> - أي تقديراً وتقديرناً وحرزاً.

<sup>869</sup> - الوسق حمل بغيره، وبمقدار الآن (250) كغ تقريباً، وقليل غير ذلك.

<sup>870</sup> - أن يهدى إنسان ثغر شجرة من أشجار التمر من آخر، ثم يمنحه بدلاً منه كمية من التمر المجدوذ، تخفيضاً عنه في الجني.

<sup>871</sup> - أي وأما دليل عدم جواز إجارة المراعي.

وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز إذا ظهر فيه الفرز تبعاً له. وعند محمد رحمه الله يجوز كيما كان لكونه متنفعاً به "ولا يجوز بيع بيضة عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز" لمكان الضرورة. وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله كما في دود الفرز والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها جاز بيعها لأنّه مال مقدور التسليم. "ولا يجوز بيع الآبق"<sup>872</sup> لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عنه ولأنه لا يقدر على تسليمه "إلا أن يبيعه من رجل زعم أنه عنده" لأن المنهي عنه بيع آبق مطلق وهو أن يكون آبقاً في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري؛ ولأنه إذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع<sup>873</sup>، ثم لا يصير قابضاً بمجرد العقد إذا كان في يده وكان أشهده عنده أخذه لأنّه أمانة عنده وبغض الأمانة لا ينوب عن قبض البيع، ولو كان لم يشهد يجب أن يصير قابضاً لأنه قبض غصب، لو قال هو عند فلان فبقيه مني فبائعه لا يجوز لأنّه آبق في حق المتعاقدين ولأنه لا يقدر على تسليمه. ولو باع الآبق ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد؛ لأنّه وقع باطلاً لأنّ عدم المخلية كبيع الطير في الهواء. وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأنّ العقد انعقد لقيام المالية والمانع قد ارتفع وهو العجز عن التسليم، كما إذا آبق بعد البيع، وهكذا يروى عن محمد رحمه الله.

قال: "ولا بيع لبن امرأة في قدر" وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لأنّه مشروب ظاهر، ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزاءه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة. وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة لأنّه يجوز إبراد العقد على نفسها فكذا على جزئها. قلنا: الرق قد حلّ نفسها، فأما اللبن فلا رق فيه لأنّه يختص محلّ يتحقق فيه القوّة التي هي ضده وهو الحي ولا حياة في اللبن.

قال: "ولا يجوز بيع شعر الخنزير" لأنّه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له، ويجوز الانتفاع به للخرز<sup>874</sup> للضرورة فإنّ ذلك العمل لا يتأتى بدونه، ويوجد مباح الأصل فلا ضرورة إلى البيع، ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف. وعند محمد رحمه الله لا يفسده لأنّ إطلاق الانتفاع به دليل طهارته ولأنّه يروى رحمه الله أنّ الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الواقع تغايرها.

<sup>872</sup> - هو العبد الذي هرب من سيده إلى مكان مجهول.

<sup>873</sup> - أي المانع من اعتبار البيع صحيحًا.

<sup>874</sup> - أي جعله مخرزاً أو إبرة تناطط بها لأأخذية، وكانت شعور الخنازير الوحيدة لذلك العمل.

قال: "لا يجوز بيع شعور الإنسان ولا الانتفاع بها" لأن الآدمي مكرم لا مبتذر فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهاناً ومبتذلاً وقد قال: عليه الصلاة والسلام: "عن الله الواصلة والمستوصلة" الحديث، وإنما يرخص فيما يتخذ من الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن.

قال "ولا بيع جلود الميتة قبل أن تدبغ" لأنه غير منتفع به، قال عليه الصلاة والسلام: "لا تنتفعوا من الميتة بإهاب" وهو اسم لغير المدبوغ على ما عرف في كتاب الصلاة "ولا بأس ببيعها والانتفاع بها بعد الدباغ" لأنها قد طهرت بالدباغ، وقد ذكرناه في كتاب الصلاة "ولا بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها والانتفاع بذلك كله"؛ لأنها ظاهرة لا يخلُّها الموت<sup>875</sup>؛ لعدم الحياة وقد ذكرناه من قبل. والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رحمه الله وعند همزة السبع حتى يباع عظمها ويكتفى به.

قال: "إذا كان السفل لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب العلو علوه لم يجز" لأن حق التعلی ليس بمال لأن المال ما يمكن إحرازه والمال هو المخل للبيع، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعاً للأرض باتفاق الروايات ومفرداً في رواية، وهو اختيار مشايخ بلخي رحمهم الله لأنه حظ من الماء وهذا يضمن بالإلتلاف وله قسط من الشمن على ما ذكره في كتاب الشرب.

قال: "وبيع الطريق<sup>876</sup> وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل" والمسألة تحتمل وجهين: بيع رقبة الطريق والمسيل، وبيع حق المرور والتسهيل. فإن كان الأول فوجه الفرق بين المتألتين أن الطريق معلوم لأن له طولاً وعرضًا معلوماً، وأما المسيل فمجهول لأنه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان ووجه الفرق على إحداهما بينه وبين حق التسهيل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق، أما المسيل على السطح فهو نظير حق التعلی وعلى الأرض مجھول لجهالة محله. ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلی على إحدى الروايتين أن حق التعلی يتعلق بعين لا تبقى وهو البناء فأشبه المنافع، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان.

قال: "ومن باع جارية فإذا هو غلام" فلا بيع بينهما، بخلاف ما إذا باع كبشًا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع ويتحقق. والفرق يبني على الأصل الذي ذكرناه في النكاح لحمد رحمه الله وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعنا ففي مختلفي

<sup>875</sup> - أي لا يدخلها حكم الموت وهو النجاسة.

<sup>876</sup> - أي الطريق الخاص المملوك، أما الطريق العام فلا يجوز بيعه لأنه غير مملوك.

الجنس يتعلق العقد بالمسمي ويبطل لانعدامه، وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه وينعقد لوجوده ويتغير لغوات الوصف كمن اشتري عبدا على أنه خباز فإذا هو كاتب، وفي مسألتنا الذكر والأثنى من بني آدم جنسان للتفاوت في الأغراض، وفي الحيوانات جنس واحد للتقريب فيها وهو المعتبر في هذا دون الأصل كالخل والدبس جنسان. والواذراري والزندنوجي<sup>877</sup> على ما قالوا جنسان مع اتحاد أصلهما.

قال: "ومن اشتري حاربة بألف درهم حالة أو نسيئة فقبضها ثم باعها من البائع بخمسين ألفاً قبل أن ينقد الثمن الأول لا يجوز البيع الثاني" وقال الشافعي رحمه الله: يجوز لأن الملك قد تم فيها بالقبض فصار البيع من البائع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل الثمن الأول أو بالزيادة أو بالعرض. ولنا قول عائشة رضي الله عنها: لتلك المرأة وقد باعت بستمائة بعدما اشتراطت بثمانمائة: بعسما شربت واشتربت، أبلغ زيد بن أرقم أن الله تعالى أبطل حجه وجهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إن لم يتتب؛ لأن الثمن لم يدخل في ضمانه فإذا وصل إليه المبيع ووقيعت المقاصلة بقي له فضل خمسين ألفاً وذلك بلا عوض، بخلاف ما إذا باع بالعرض لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة.

قال: "ومن اشتري حاربة بخمسين ألفاً ثم باعها وأخرى معها من البائع قبل أن ينقد الثمن بخمسين ألفاً جائز في التي لم يشتراطها من البائع ويبطل<sup>878</sup> في الأخرى" لأنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة التي لم يشتراطها منه فيكون مشتراطياً للأخرى بأقل مما باع وهو فاسد عندنا، ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها ولا يشييع الفساد لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهداً فيه أو؛ لأنه باعتبار شبهة الربا، أو؛ لأنه طارئ؛ لأنه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصلة فلا يسري إلى غيرها.

قال: "ومن اشتري زيتاً على أن يزن بظرفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً فهو فاسد، ولو اشتري على أن يطرح عنه بوزن الظرف جاز"؛ لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه.

قال: "ومن اشتري سينا في زق<sup>879</sup> فرد الظرف وهو عشرة أرطال فقال البائع الرزق غير هذا وهو خمسة أرطال فالقول قول المشتري"، لأنه إن اعتبر اختلافاً في تعين الرزق المقبوض فالقول قول القابض ضميناً كان أو أمنياً، وإن اعتبر اختلافاً في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن فيكون القول قول المشتري؛ لأنه ينكر الزيادة.

<sup>877</sup> - ثوبان ينسبان إلى مكابين هما: وذار قرية في سمرقند، وزندنة قرية في بخاري.

<sup>878</sup> - المراد هنا الفساد لا البطلان، وهو تجوز في التعبير معناد من الفقهاء.

<sup>879</sup> - الظرف عامة توضع فيه بعض السوائل.

قال: "إذا أمر المسلم نصراانياً ببيع خمر أو شرائها ففعل جاز عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز: على المسلم" وعلى هذا الخلاف الخنزير، وعلى هذا توكيلاً للحرم غيره ببيع صيده. لهما أن الموكلاً لا يليه<sup>880</sup> فلا يوليه غيره؛ ولأن ما يثبت للوكيل ينتقل إلى الموكل فصار كأنه باشره بنفسه فلا يجوز. ولأبي حنيفة رحمه الله أن العاقد هو الوكيل بأهليته وولايته، وانتقال الملك إلى الأمر أو حكمي فلا يمتنع بسبب الإسلام كما إذا ورثهما، ثم إن كان خمراً يخللها وإن كان خنزيراً يسيبه.

قال: "من باع عبداً على أن يعتقه المشتري أو يدبره أو يكتبه أو أمة على أن يستولدها فالبيع فاسد"؛ لأن هذا بيع وشرط وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط. ثم جملة المذهب فيه<sup>881</sup> أن يقال: كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري لا يفسد العقد لثبوته بدون الشرط، وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه وهو من أهل الاستحقاق يفسده كشرط أن لا يبيع المشتري العبد المباع؛ لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدي إلى الربا، أو؛ لأنه يقع بسببه المنازعه فيعتبر العقد عن مقصوده إلا أن يكون متعارفاً؛ لأن العرف قاض على القياس، ولو كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لأحد لا يفسده وهو الظاهر من المذهب كشرط أن لا يبيع المشتري الدابة المباعة لأنها انعدمت المطالبة فلا يؤدي إلى الربا، ولا إلى المنازعه. إذا ثبت هذا فنقول: إن هذه الشروط لا يقتضيها العقد؛ لأن قضيتها الإطلاق في التصرف والتخيير لا الإلزام حتماً، والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه، والشافعي رحمه الله وإن كان يخالفنا في العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحججة عليه ما ذكرناه، وتفسير المبيع نسمة أن يباع من يعلم أنه يعتقه لا أن يشتطر فيه، فلو أعتقه المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صحيحة البيع حتى يجب عليه الثمن عند أبي حنيفة رحمه الله وقال: يبقى فاسداً حتى يجب عليه القيمة<sup>882</sup>؛ لأن البيع قد وقع فاسداً فلا ينقلب جائزاً كما إذا تلف بوجه آخر. ولأبي حنيفة رحمه الله أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما ذكرناه، ولكن من حيث حكمه يلائم؛ لأنه منه للملك والشيء بانتهائه يتقرر، ولهذا لا يمنع العتق الرجوع بنقضان العيب، فإذا تلف من وجه آخر لم تتحقق الملاءمة فيتقرر الفساد، وإذا وجد العتق تحقق الملاءمة فيرجع جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقعاً.

<sup>880</sup> - أي لا يجوز له أن يمارسه بنفسه.

<sup>881</sup> - أي في حكم البيع مع الشرط.

<sup>882</sup> - أي ثمن مثله في السوق.

قال: "وكذلك لو باع عبدا على أن يستخدمه البائع شهرا أو دارا على أن يسكنها أو على أن يقرضه المشتري درهما أو على أن يهدى له هدية؟ لأن شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وسلف؛ ولأنه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما شيء من الثمن يكون إجارة في بيع، ولو كان لا يقابلهما يكون إعارة في بيع. وقد نهى النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين في صفة

قال: "ومن باع عيناً<sup>883</sup> على أن لا يسلمه إلى رأس الشهر فالبيع فاسد"؛ لأن الأجل في المبيع العين باطل فيكون شرطاً فاسداً، وهذا؛ لأن الأجل شرعاً ترفيها فيليق بالديون دون الأعيان.

قال: "ومن اشتري جارية إلا حملها فالبيع فاسد" والأصل أن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد، والحمل من هذا القبيل، وهذا؛ لأن منزلة أطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الأصل يتناولهما فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلا يصح فيصير شرطاً فاسداً، والبيع يبطل به والكتابة والإجارة والرهن منزلة البيع؛ لأنها تبطل الشروط الفاسدة، غير أن المفسد في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد منها، والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلاح عن دم العمد<sup>884</sup> لا تبطل باستثناء الحمل، بل يبطل الاستثناء؛ لأن هذه العقود لا تبطل الشروط الفاسدة، وكذا الوصية لا تبطل به، لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل ميراثاً والجارية وصية؛ لأن الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها؛ لأن الميراث لا يجري فيها.

قال: "ومن اشتري ثوباً على أن يقطعه البائع ويختنه قميصاً أو قبأ فالبيع فاسد"؛ لأن شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين؛ ولأنه يصير صفقة في صفة على ما مر.

قال: "ومن اشتري نعلاً على أن يخذلها البائع قال أو يشركها فالبيع فاسد" قال رضي الله عنه: ما ذكره جواب القياس، ووجهه ما بينا، وفي الاستحسان: يجوز للتعامل فيه فصار كصبح الثوب، وللتعامل جوزنا الاستصناع.

قال: "والبيع إلى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود إذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة الأجل" وهي مفضية إلى المنازعات في البيع لابتنائهما على المماكسة إلا إذا كاتا يعرفانه لكونه معلوماً عندهما، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم؛ لأن مدة صومهم معلومة بالأيام فلا جهة فيهم.

883 - العين ما يتعين بالتعيين من الأموال ويقابل الدين وهو ما لا يتعين بالتعيين.

884 - اتفاق بين القاتل العمد وأولياء القتيل على أن يدفع لهم القاتل بعض المال مقابل إسقاطهم دعوى القصاص عنه.

قال: "لا يجوز البيع إلى قدوم الحاج"، وكذلك إلى الحصاد والدياس والقطاف والجزاز؛ لأنها تقدم وتتأخر، ولو كفل إلى هذه الأوقات جاز؛ لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة رضي الله تعالى عنهم فيها وأنه معلوم الأصل؛ لأن يرى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن تكفل بما ذاب<sup>885</sup> على فلان ففي الوصف<sup>886</sup> أولى، بخلاف البيع فإنه لا يحتملها في أصل الشمن، فكذا في وصفه، بخلاف ما إذا باع مطلقا ثم أجل الشمن إلى هذه الأوقات حيث جاز؛ لأن هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة الكفالة، ولا كذلك اشتراطه في أصل العقد؛ لأنه يبطل بالشرط الفاسد. "ولو باع إلى هذه الآجال ثم تراضيا بإسقاط الأجل قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج حاز البيع أيضا. وقال زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأنه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزًا وصار بإسقاط الأجل في النكاح إلى أجل" ولنا أن الفساد للمنازعة وقد ارتفع قبل تقرره وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد فيمكن إسقاطه، بخلاف ما إذا باع الدرهم بالدرهمين ثم أسقطا الدرهم الزائد؛ لأن الفساد في صلب العقد، وبخلاف النكاح إلى أجل؛ لأنه متعة وهو عقد غير عقد النكاح، قوله في الكتاب ثم تراضيا خرج وفاقا؛ لأن من له الأجل يستبد بإسقاطه؛ لأنه خالص حقه.

قال: "ومن جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما" وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف محمد رحمهما الله: إن سمي لكل واحد منهما ثنا جاز في العبد والشاة الذكية " وإن جمع بين عبد ومُدَبِّر<sup>887</sup> أو بين عبد وغيره صح البيع في العبد بحصته من الشمن" عند علمائنا الثلاثة، وقال زفر رحمه الله: فسد فيهما، ومتروك التسمية عامداً كالمليئة، والمكاتب وأم الولد<sup>888</sup> كالمدبر له الاعتبار بالفصل الأول، إذ محلية البيع متنافية بالإضافة إلى الكل ولهم أن الفساد يقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن، كمن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما؛ لأنه مجھول ولأبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا؛ لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد، بخلاف النكاح؛ لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة.

<sup>885</sup> - أي ثبت من الدين.

<sup>886</sup> - أي في ثبوت الجهالة وتعلقها في وصف محل البيع، والمعنى أن ثبوتها في وصف محل الكفالة لا يفسد الكفالة.

<sup>887</sup> - الرقيق الذي قال له سيده: أنت حر دبر موتي.

<sup>888</sup> - الرقيقة التي تسرى بها سيدها فأنجبته منه ولداً وادعاه وقال: هو ابني.

وأما البيع في هؤلاء<sup>889</sup> موقوف وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية وهذا ينفذ في عبد الغير بإجازته، وفي المكاتب برضاه في الأصح، وفي المدبر بقضاء القاضي، وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله، إلا أن المالك باستحقاقه المبيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان هذا إشارة إلى البقاء، كما إذا اشتري عبدين وهلك أحدهما قبل القبض، وهذا لا يكون شرط القبول في غير المبيع ولا بيعا بالخصة ابتداءً وهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه.

### فصل: في أحكامه

"وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منها<sup>890</sup> مال ملك المبيع ولزمه قيمته" وقال الشافعي رحمه الله: لا يملكه وإن قبضه؛ لأنه محظور فلا ينال به نعمة الملك؛ وأن النهي نسخ للمشروعية للتضاد، وهذا لا يفيده قبض القبض، وصار كما إذا باع بالميتة أو باع الخمر بالدرارهم. ولنا أن ركن البيع صدر من أهله. مضافاً إلى محله فوجوب القول بانعقاده، ولا خفاء في الأهلية والمحلية. وركنه: مبادلة المال بالمال، وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية عندما لا لاقتضائه التصور نفس البيع مشروع، وبه تنال نعمة الملك وإنما المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء، وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد فبالامتناع عن المطالبة أولى؛ وأن السبب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبيح فيشترط اعتماده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة، والميتة ليست بمال فانعدم الركن، ولو كان الخمر مُثمناً<sup>891</sup> فقد خرجناه وشيء آخر وهو أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمناً لا مثمناً. ثم شرط أن يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر، إلا أنه يكتفي به<sup>892</sup> دلالة كما إذا قبضه في مجلس العقد استحساناً، وهو الصحيح؛ لأن البيع تسلیط منه على القبض، فإذا قبضه بحضوره قبل الانفصال ولم ينفعه كان بحكم التسلیط السابق، وكذا القبض في الهبة في مجلس العقد يصح استحساناً، وشرط أن يكون في العقد عوضان كل واحد منها مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال فيخرج عليه البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن، وقوله لزمه قيمته، في ذات القيم، فأما في ذات الأمثال فيلزمها المثل؛ لأنه مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب، وهذا؛ لأن المثل صورة ومعنى أعدل من المثل معنى.

889 - أي المدبر والمكاتب.

890 - أما لو كان أحد عوضي البيع ليس بمال، كان البيع باطلًا لا فاسداً، كبيع الثوب بالميتة، فإنه باطل.

891 - أي مبيعاً.

892 - أي بالقبض دلالة.

قال: "ولكل واحد من المتعاقدين فسخه<sup>893</sup> رفعاً للفساد، وهذا قبل القبض ظاهر؛ لأنَّه لم يفدي حكمه فيكون الفسخ امتناعاً منه، وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته، وإنْ كان الفساد بشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد، إلا أنه لم تتحقق المراضاة في حق من له الشرط.

قال: "إِنْ باعه<sup>894</sup> المشتري نفذه بيعه"؛ لأنَّه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق العبد مقدم حاجته ولأنَّ الأول مشروع بأصله دون وصفه، والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف؛ وأنَّه حصل بتسلیط من جهة البائع، بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوقة؛ لأنَّ كلَّ واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية وما حصل بتسلیط من الشفیع.

قال: "ومن اشتري عبداً بخمر أو خنزير فقبضه وأعتقه أو باعه أو وهبه وسلمه فهو جائز وعليه القيمة" لما ذكرنا أنه ملكه بالقبض فتفقد تصرفاته، وبالإعتاق قد هلك فتلزمه القيمة، وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر، والكتابة والرهن نظير البيع؛ لأنَّهما لازمان. إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع. وهذا بخلاف الإجارة؛ لأنَّها تفسخ بالأعذار، ورفع الفساد عذر؛ لأنَّها تتعقد شيئاً فشيئاً فيكون الرد امتناعاً.

قال: "وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن"؛ لأنَّ المبيع مقابل به فيصير محبوساً به كالرهن " وإن مات البائع فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن"؛ لأنَّه يقدم عليه في حياته، فكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالرهن ثم إنَّ كانت دراهم الثمن قائمة يأخذها بعينها؛ لأنَّها تتعين في البيع الفاسد، وهو الأصح؛ لأنَّه بمنزلة الغصب، وإنْ كانت مستهلكة أخذ مثلها لما بينا.

قال: "ومن باع داراً بيعاً فاسداً فبناها المشتري فعليه قيمتها" عند أبي حنيفة رحمه الله ورواه يعقوب<sup>895</sup> عنه في الجامع الصغير ثم شكَّ بعد ذلك في الرواية. "وقالاً: ينقض البناء وترد الدار" والغرس على هذا الاختلاف. لِمَا أَنَّ حق الشفیع أضعف من حق البائع حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويُبطل بالتأخير، بخلاف حق البائع، ثمَّ أضعف الحقين لا يُبطل بالبناء فأقواهاما أولى، ولوه أنَّ البناء والغرس مما يقصد به الدوام وقد حصل بتسلیط من جهة البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع،

<sup>893</sup> - أي فسخ العقد الفاسد قبل القبض أو بعده على سواء

<sup>894</sup> - أي باع ما اشتراه ببيع فاسد بعد قبضه.

<sup>895</sup> - هو أبو يوسف كبير تلاميذه أبي حنيفة.

بخلاف حق الشفيع؛ لأنه لم يوجد منه التسلیط ولهذا لا يبطل بحسب المشتری وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الروایة عن أبي حنيفة رحمه الله وقد نص محمد على الاختلاف في كتاب الشفعة فإن حق الشفعة مبني على انقطاع حق البائع بالبناء وثبوته على الاختلاف.

قال: "ومن اشتري جارية بيعاً فاسداً وتقابضاً فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب للبائع<sup>896</sup> ما ربح في الشمن" والفرق أن الجارية مما يتعمّن فيتعلق العقد بها فيتمكن الخبث في الربح، والدرارهم والدنانير لا يتعمّن على العقود فلم يتعلّق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق، وهذا في الخبث الذي سببه فساد الملك.

أما الخبث لعدم الملك فعند أبي حنيفة ومحمد يشمل النوعين لتعلق العقد فيما يتعمّن حقيقة، وفيما لا يتعمّن شبهة من حيث إنه يتعلق به سلامة المبيع أو تقدير الشمن، وعند فساد الملك تقلب الحقيقة شبهة والشبهة تنزل إلى شبهة الشبهة، والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها.

قال: "وكذلك إذا ادعى على آخر مالاً فقضاه إياه، ثم تصادقاً أنه لم يكن عليه شيء وقد ربح المدعى في الدرارهم يطيب له الربح"؛ لأن الخبث لفساد الملك هاهنا؛ لأن الدين وجب بالتسمية ثم استحق بالتصادق، وبدل المستحق مملوك فلا يعمل فيما لا يتعمّن.

<sup>897</sup> فصل: فيما يُكره

قال: "ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن النجاش" وهو أن يزيد في الشمن ولا يريد الشراء ليُرغم غيره وقال: "لا تناجشوا".

قال: "وعن<sup>898</sup> السوم على سوم غيره" قال عليه الصلاة والسلام: "لا يستام الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه"؛ ولأن في ذلك إيجاشا وإضراراً، وهذا إذا تراضى المتعاقدان على مبلغ ثمناً في المساومة، فأما إذا لم يكن أحدهما إلى الآخر فهو بيع من يزيد ولا بأس به على ما ذكره، وما ذكرناه محمل النهي في النكاح أيضاً.

<sup>896</sup> - أي للبائع الأول الذي أخذ الشمن في البيع الفاسد، ثم باعه وربح فيه.

<sup>897</sup> - أي فيما يكره من أنواع البيوع.

<sup>898</sup> - أي ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن السوم...

قال: "وَعَنْ تَلْقَيِ الْجَلْب<sup>899</sup>" وهذا إذا كان يضر بأهل البلد فإن كان لا يضر فلا بأس به، إلا إذا لبس السعر على الواردين فحينئذ يكره لما فيه من الغرور والضرر.

قال: "وَعَنْ بَيعِ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي" فقد قال عليه الصلاة والسلام: "لَا بَيعُ الْحَاضِرِ لِلْبَادِي" وهذا إذا كان أهل البلد في قحط وعوز، وهو أن يبيع من أهل البدو طمعاً في الثمن الغالي لما فيه من الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر.

قال: "وَالْبَيْعُ عِنْدَ أَذَانِ الْجَمْعَةِ" قال الله تعالى: {وَذَرُوا الْبَيْعَ} [الجمعة: 9] ثم فيه إخلال بواجب السعي على بعض الوجوه، وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلاة.

قال: "وَكُلُّ ذَلِكَ يَكْرَهُ لِمَا ذَكَرْنَا، وَلَا يُفْسِدُ بِهِ الْبَيْعُ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ فِي مَعْنَى خَارِجٍ زَائِدٌ لَا فِي صَلْبِ الْعَقْدِ وَلَا فِي شَرَائِطِ الصَّحَّةِ.

قال "وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ مِنْ يَزِيدٍ"<sup>900</sup> وتفسيره ما ذكرنا. وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام باع قدحاً وحلساً ببيع من يزيد؛ وأنه بيع الفقراء وال الحاجة ماسة إلى "نوع منه".

قال: "وَمِنْ مَلْكِ مَمْلُوكَيْنِ صَغِيرَيْنِ أَحَدُهُمَا ذُو رَحْمٍ حَمِّرٌ مِنَ الْآخَرِ لَمْ يُفْرِقْ بَيْنَهُمَا، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَبِيرًا" والأصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم: "مِنْ فَرْقِ بَيْنِ وَالدَّةِ وَوَلَدِهَا فَرْقُ اللَّهِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحَبْتِهِ يَوْمَ الْقِيَامَةِ". ووهد النبي صلى الله عليه وسلم لعلي رضي الله تعالى عنه غلامين أخوين صغيرين ثم قال له: "مَا فَعَلَ الْغَلَامَانِ؟" فقال: بعث أحدهما، فقال: "أَدْرَكَ أَدْرَكَ"، ويروى: "رَدَهُ رَدَهُ"؛ لأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستئناس، والمنع من التعاوه وفيه ترك المرحمة على الصغار، وقد أوعد<sup>901</sup> عليه ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه حرم غير قريب ولا قريب غير حرم، ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما؛ لأن النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده، ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا، حتى لو كان أحد الصغيرين له الآخر لغيره لا بأس ببيع واحد

<sup>899</sup> - ما يجلب إلى المدينة من الأرزاق من الريف.

<sup>900</sup> - أي البيع بالمزادرة، وأنه غير داخل في النهي عن البيع على بيع أخيه أو السوم على سومه.

<sup>901</sup> - أي وردت أدلة ونصوص على توعد من ترك الرحمة على الصغار.

منهما، ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية ويعه بالدين ورده بالعيوب؛ لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا الإضرار به.

قال: "إِنْ فَرَقْ كَرْهَ لِهِ ذَلِكَ وَجَازَ الْعَدْ" وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها. وعنده أنه لا يجوز في جميع ذلك لما روينا، فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد. ولهما أن ركن البيع صدر من أهله في محله، وإنما الكراهة لمعنى المجاور فتشابه كراهة الاستيام "وَإِنْ كَانَا كَبِيرِين" <sup>902</sup> فلا بأس بالتفريق بينهما؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به النص، وقد صح "أنه عليه الصلاة والسلام فرق بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين" والله أعلم.

---

<sup>902</sup> - أي إذا كان المملوكان اللذان بينهما رحم ومحمية.