

الفصل الثاني

الالتزام ببذل عناية في الفقه
الإسلامي والقانون المدني

مقدمة

معيار العناية الواجبة:

معيار العناية الواجبة التي يجب الضمان بإهمالها أو التقصير فيها معيار موضوعي هو «السلوك المعتاد» ، والمألوف بين الناس في البيئة الاجتماعية. فإذا قَصُر المودَع في حفظ الوديعة عما يحفظ به الناس أموالهم ضمن. و في مجمع الضمانات: «أن المستأجر إذا كبح الدابة بلجمها فعطبت لا يضمن عند أبي يوسف ومحمد (إذا فعل فعلاً متعارفاً) ، ويضمن اتفاقاً بضرب الدابة (ضرباً غير معتاد). . ولو اسود البيت المستأجر بالسراج أو بإيقاد النار لا يضمن إذا لم يجاوز المعتاد»^(١).

أما مؤيدات الرجوع إلى العرف - كما يقول الدكتور محمد سراج - من القواعد الفقهية فهي^(٢):

أ - قاعدة: «الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية ، بل على الاعتقادات العرفية»^(٣).

ب - قاعدة: «لا يُنكَّر تغير الأحكام بتغير الزمان والمكان»^(٤).

ج - قاعدة: «الثابت بالعرف كالثابت بالنص»^(٥) ، «المعروف عرفاً

(١) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ١٣ .

(٢) ضمان العدوان ، . محمد سراج ، ص ١٢٥ .

(٣) تخريج الفروع على الأصول ، الزنجاني ، ص ٢٢٦ .

(٤) قواعد الفقه ، البركتي ، ص ١١٣ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٧٤ .

كالمشروط شرطاً^(١) ، «العادة مُحَكِّمة»^(٢) ، «استعمال الناس حجة يجب العمل بها»^(٣) .

ومن المعقول: فإنما كانت عوائد الناس وأعرافهم مُحَكِّمة في ذلك ، لأنها هي التي تضبط السلوك الواجب في الظروف المختلفة ، وتمثل خبرة الأجيال المتعاقبة في التوفيق بين المصالح المتنوعة لأفراد المجتمع . وإنما يحرص الناس على اتباع ما ألفوه فيما لا يعارض نصاً شرعياً ، لأنهم قد ثبت لهم من طول تجربة وتتابع واستقراء أنه لا ينشئ ضرراً ، ولا مفسدة ، فإنهم بمجموعهم ينفرون من الضرر ويسعون إلى تحصيل ما يصلحهم بحكم الفطرة المودعة فيهم ، ويرقى مثل هذا التعود إلى أن يكون نوعاً من الاتفاق الضمني بين أفراد المجتمع على عدم مجاوزته . ويتفق المعيار الفقهي (السلوك المعتاد) مع ما أخذ به القانون الإنكليزي بعنوان: «سلوك الرجل العاقل» ، وما أخذ به القانون الفرنسي وتُرجم إلى اللغة العربية بعنوان: «الرجل المعتاد والرجل الحريص» . وقد صاغ القانون الإنكليزي والفرنسي هذه النظرية مؤخراً . وقد سبق الفقه الإسلامي إلى ذلك حين أقر قاعدة: «نفي الضرر» المستمدة من قوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»^(٤) ؟ وأشار الدكتور محمد سراج إلى أن أحد الباحثين وصف نظام الضمان الفقهي بالساذج إذا ما قورن بنظيره في القانون الإنكليزي ، بناء على ما ادعاه من أن النظام الفقهي لم يعرف هذا المبدأ العام القاضي بوجوب الرعاية على النحو الذي تجده في القانون الإنكليزي . ثم يقول الدكتور محمد سراج: «تكفي الإشارة إلى قاعدة: «من ترك واجباً في الصّون ضمن» لنفي هذا الادعاء ودحضه»^(٥) .

* * *

(١) المرجع السابق ، ص ١٢٥ .

(٢) الأشباه والنظائر ، السيوطي ، ص ١٥٨ .

(٣) قواعد الفقه ، ص ٥٧ .

(٤) الحديث سبق تخريجه ، ص ٨ .

(٥) ضمان العدوان ، ص ١٢٧ .

المبحث الأول

التزام المستأجر بالمحافظة

على العين المستأجرة

الحفظ لغة يعني: المنع من الضياع والتلف، وبمعنى الصون والحراسة، وبمعنى التعاهد وقلة الغفلة^(١).

ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن ذلك^(٢).

وبما أن الشيء المؤجر أمانة في يد المستأجر لا يضمنه إلا بالتعدي أو التقصير، فإن عليه أن يحافظ عليه محافظة الشخص العادي. جاء في مغني المحتاج: «ويد المكثري على المستأجر من الدابة والثوب وغيرهما يد أمانة مدة الإجارة جزماً، فلا يضمن ما تلف فيها بلا تقصير، إذ لا يمكن استيفاء حقه إلا بوضع اليد عليها»^(٣). وهذا باتفاق المذاهب^(٤).

ولا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يوجد اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أُعدَّ له، وعلى نحو ما جرى عليه العرف.

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٤٤١/٧.

(٢) التعاريف، المناوي، ص ٦٤٠.

(٣) مغني المحتاج، الشربيني: ٤٧٤/٢. المذهب، الشيرازي: ٤٠٨/١.

(٤) تحفة الفقهاء، السمرقندي: ٣٤٩/٢. القوانين الفقهية، ابن جزي، ص ١٨٣.

المذهب، الشيرازي: ٤٠٨/١. عمدة الفقه، ابن قدامة، ص ٦١.

وإذا تجاوز حدود الاتفاق أو خالف العرف ، ضمن الضرر الناجم ،
لإساءته الاستعمال أو تعصفه في الاستعمال ، منعاً من إلحاقه الضرر بالشيء
المؤجر .

جاء في مغني المحتاج : «لو تعدى المستأجر بأن ضرب الدابة أو كَبَحَهَا
(جذبها باللجام لتقف) فوق العادة أو أركبها أثقل منه أو أسكن حداداً أو
قصاراً (في المكان المستأجر) ضمن العين لتعديه»^(١).

ويدخل تحت هذا الباب مسألة ضمان الأجير .

ضمان الأجير :

قسم الفقهاء الأجير إلى : أجير خاص وأجير عام أو مشترك .

وعمل الأجير من نوع الإجارة على العمل ، كاستئجار أرباب الحرف
والصنائع ، حيث إن إعطاء السلعة للخياط مثلاً ليخيط ثوباً يصير إجارة
على العمل .

فالأجير الخاص : ويُسمى أجير وَخْد - بمعنى وحيد - وهو من يعمل
لواحد عملاً مؤقتاً بالتخصيص ، ويتحق الأجر بتسليم نفسه في المدة وإن
لم يعمل .

كمن استؤجر شهراً للخدمة أو شهراً لرعي الغنم وهو «السائس»^(٢) .
وينطبق عليه من استأجر خَيْطاً أو حدّاداً مدة يوم أو شهر ليعمل له وحده .

والأجير المشترك : هو : «من يعمل لـلواحد كالخياط ونحوه ، أو يعمل
له عملاً غير مؤقت كأن استأجره للخياطة في بيته غير مقيد بمدة كان أجيراً
مشتركاً وإن لم يعمل لغيره . (أو مؤقتاً بلا تخصيص) كأن استأجره ليرعى
غنمه شهراً كان مشتركاً إلا أن يقول ولا ترع غنم غيري»^(٣) .

(١) مغني المحتاج ، الشرييني : ٤٧٧/٢ .

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين : ٤٣/٥ .

(٣) المرجع السابق : ٤٠/٥ .

وهو الذي يستحق الأجرة بالعمل لا بتسليم النفس كالقصار والصباغ^(١). وينطبق عليه في عصرنا كل من يأخذ السلع من الناس ويقدم لهم خدمة بمقابل أجر معين.

ضمان الأجير الخاص:

اتفق الفقهاء على أن الأجير الخاص لا يضمن ما تلف من عمله إلا إذا تعدد الفساد ، أي لا يضمن إلا بالتعدي^(٢). وهذا يعني أن ما تحت يده يُعتبر أمانة.

فقد سئل الإمام أحمد عن رجل أكرى (استأجر) رجلاً يستقي ماء فكسر الجرة. فقال: لا ضمان عليه.

وأما التعدي الموجب للضمان فكالخباز الذي يُسرف في الوقود أو يلزقه (أي الخبز) قبل وقته أو يتركه بعد وقته حتى يحترق فيضمنه مثل غيره^(٣).

وعلى هذا فلا يضمن الخادم المنزلي تخريق الثوب من غسله ، ولا فساد الطعام بطهوه ، ولا يضمن الحارس السوق وحافظ الخان ، لأنه أجير خاص^(٤).

أدلة أن الأجير الخاص يُعد أميناً^(٥):

١ - منافع الأجير الخاص مملوكة لمستأجره ، فإذا أمره بالتصرف في ملكه صح ويصير نائباً عنه ، فيصير فعله منقولاً إليه ، كأنه فعله بنفسه ، فلهذا لا يضمن إلا بتعد^(٦).

(١) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٧.

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٨. البدائع ، الكاساني: ٢١١/٤. رد المحتار ، ابن عابدين: ٤٤/٥. القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ٣٢٩. مغني المحتاج ، الشربيني: ٤٧٦/٢. المغني ، ابن قدامة: ٣١٥/٥.

(٣) المغني ، ابن قدامة: ٣١٥/٥.

(٤) مجمع الضمانات ، ص ٤٥.

(٥) تصرفات الأمين ، عبد العزيز حجيلان: ٣٨٦/١.

(٦) الهداية ، المرغيناني: ٢٤٦/٣.

٢ - عمل الأجير الخاص غير مضمون عليه ، فلم يضمن ما تلف به قياساً على القصاص وقطع يد السارق^(١).

ضمان الأجير المشترك:

وقد اختلف الفقهاء في ضمانه على الأقوال الآتية:

أحدها: للشافعية على الأظهر عندهم والحنابلة في الصحيح عندهم وأبي حنيفة وزفر: وهو أن يد الأجير المشترك يد أمانة ، فلا يضمن ما تلف في يده إلا بالتعدي أو التقصير لأن الأصل أن لا يجب الضمان إلا على المعتدي لقوله تعالى: ﴿فَلَا عُذْرَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾ [البقرة: ١٩٣] . والأجير مأذون في القبض غير متعد فيه فيكون أميناً على ما في يده كالمودع^(٢).

الثاني: لأبي يوسف ومحمد بن الحسن وأحمد في رواية: وهو أن العين تدخل في ضمان الأجير المشترك بالقبض ، فإن هلك في يده ضمن هلاكها ولو لم يتعد أو يقصّر ، إلا إذا كان هلاكها من غير فعله بسبب لا يمكنه الاحتراز عنه كحريق غالب أو غرق غالب أو لصوص مكابرين وما شابه ذلك^(٣).

واستدلوا على ذلك بالسنة وفعل الصحابة والمعقول:

١ - السنة:

فقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٤).

-
- (١) المبدع ، ابن مفلح: ١٠٨: ٥ .
(٢) البدائع ، الكاساني: ٢١١/٤ . رد المحتار ، ابن عابدين: ٤٠/٥ . بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢٣٠/٢ . مغني المحتاج ، الشربيني: ٤٧٥/٢ . المغني ، ابن قدامة: ٤٧٩/٥ .
(٣) مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٧ . رد المحتار ، ابن عابدين: ٤٠/٥ . المادة (٦١١) من المجلة . المادة (٦٣٠) من مرشد الحيران .
(٤) الحديث سبق تخريجه ، ص ٥٤ .

وجه الاستدلال: أن الأجير عجز عن رد العين بسبب الهلاك فعليه رد قيمتها.

٢ - فعل الصحابة:

فقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يُضَمَّن الأجير المشترك احتياطاً لأموال الناس^(١). وما روي عن علي رضي الله عنه أنه كان يضمن الصباغ ، ويقول: «لا يصلح الناس إلا بهذا»^(٢).

٣ - المعقول:

فقد تغيرت أحوال الناس وكثرت الخيانة فلا تُصان أموال الناس إلا بتضمين الأجير المشترك ، لأنه إذا علم الأجير أنه لا يضمن ربما يدعي أن المتاع سُرق أو ضاع من يده وقد يعجز المدعي عن إثبات الهلاك ، وهذا المعنى لا يوجد في الحريق الغالب والسارق الغالب .

ولهذه الأسباب رجَّح ابن عابدين - رحمه الله - قول أبي يوسف ومحمد وقال: «وبقولهم يُفْتَى» وقد عدَّ فقهاء الحنفية رأي أبي يوسف ومحمد مثلاً من أمثلة الاستحسان للضرورة^(٣).

ولنفس المعنى - وهو التهمة - ذهب الإمام الشافعي - في غير الأظهر - إلى تضمين الأجير المشترك وجعل يده على متاع من استأجره يد ضمان مطلقاً^(٤).

الثالث: للمالكية وهو أن الأجير المشترك ضامن لما يتلف في يده من

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه بسند منقطع عن سيدنا عمر أنه ضمَّن الصباغ: رقم (١٤٩٤٩): ٢١٧/٨.

(٢) رواه البيهقي من طريق جعفر بن محمد عن أبيه عن علي ، رقم (١١٤٤٦): ١٢٢/٦. قال الشافعي: هذا لا يثبت. تلخيص الحبير: ٦١/٣.

(٣) البدائع ، الكاساني: ٢١٠/٤. رد المحتار ، ابن عابدين: ٤٠/٥. انظر: المدخل الفقهي العام ، مصطفى الزرقا: ٩١/١ - ٩٢.

(٤) المذهب ، الشيرازي: ٤٠٨/١.

أعيان المؤجر حيث تقوم به التهمة استحساناً.

فإذا انتفت التهمة فلا ضمان عليه. وتكون يده يد أمانة ، فالقصار ضامن لما يتخرق بيده ، والطباخ ضامن لما أفسد والخباز ضامن لما أفسد من خبزه^(١).

وبناء على ذلك فرق المالكية - في المشهور - في تضمين الأجراء على حمل المتاع ونقله من مكان إلى آخر إذا هلك في أيديهم بين ما إذا كان المحمول طعاماً فقالوا بتضمينهم إياه ، وبين ما إذا كان غير ذلك من الأشياء فلم يضمّنوهم. وقالوا: إن يفصل التفرقة بين الحالتين التهمة ، فحيث كانت قائمة ترتب عليها الضمان ، وحيث كانت متفتية لم يُعدل عن الأصل ، وهو الائتمان.

وقالوا: إن شَرَعَ الأجير المشترك بعمله في حانوته أو داره بحضرة ربه واستمر معه ولم يغب عنه إلى أن تلف المصنوع بغير سببه ، فلا ضمان عليه لأنه لما تلف بحضرة ربه أو في منزله انتفت عنه التهمة^(٢).

وهذا يشرح عبارتهم «يغاب عليه» ، أي: يمكن إخفاؤه كالمنقولات والثياب والسفينة وقت جريها في عرض البحر. كما جاءت في القوانين الفقهية: «تضمن الصناع فيضمنون ما يغاب عليه سواء عملوه بأجرة أو بغير أجرة ولا يضمنون ما لا يغاب عليه ، أي: لا يمكن إخفاؤه كالعقار والحيوان والسفينة في الميناء»^(٣).

والمشهور عندهم عدم تضمين الأجير المشترك الذي ليس لعمله تأثير في عين المصنوع وذاته ، كالأعاري المشترك والمسمار من غير ثبوت تعديهم أو تفریطهم. وخالف في ذلك ابن حبيب الأندلسي وجمع من فقهاء المالكية ، وقالوا بتضمينهم للتهمة^(٤).

(١) حاشية الدسوقي: ٢٦/٤. القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ٢٢٠.

(٢) المراجع السابقة.

(٣) القوانين الفقهية ، ص ٢٢٠.

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٢١.

واستحسن بعض المتأخرين من المالكية تضمين الأجير المشترك مطلقاً نظراً لكونه من المصالح العامة^(١). وهو المعتمد عندهم ، والله أعلم .

تلميذ الأجير المشترك :

إذا تلف الشيء المأجور في الحالات السابقة بيد تلميذ «صانع الأجير» فلا ضمان عليه وإنما الضمان على معلمه ، لأنه هو المسؤول أصالة ، فكأنه فعل بنفسه .

فلو وُطِئ التلميذ ثوباً في مهنة القصارة أي «المصبغة» فخرقه ، يضمن لأن وطء الثوب غير مأذون فيه ، ولو وقع من يد التلميذ سراج فأحرق ثوباً من القصارة ، فالضمان على المعلم ، لا على التلميذ لأن الذهاب والمجيء بالسراج عمل مأذون فيه فيكون المعلم هو المسؤول ، كأنه فعل الفعل بنفسه . جاء في مجمع الضمانات : «إن تلميذ القصار لو حمل شيئاً في بيت القصار بإذن الأستاذ فسقط على ثوب فتخرق ، إن كان من ثياب القصار لا يضمن الأجير ويضمن الأستاذ . وإن لم يكن من ثياب القصار ضمن الأجير»^(٢) .

وهل يجوز للخياط والقصار حبس الثوب إلى أن يستوفي الأجرة؟

هذه المسألة أجاب عنها النووي الشافعي - رحمه الله - فأجاز ذلك للقصار ولا يجوز للخياط ، لأن الصحيح أن القصارة عين فهي كالمبيع له حبسه^(٣) .

وعند الحنفية جاء في المجلة العدلية : «أن الأجير الذي لعمله أثر كالخياط والصباغ والقصار له أن يحبس المستأجر فيه لاستيفاء الأجرة ، إن لم يشترطها نسيئة . ولا يضمن المال المحبوس تحت يده في هذه الحالة» .
وليس للأجير الذي ليس لعمله أثر كالحمال والملاح أن يحبس

(١) حاشية الدسوقي : ٢٦/٤ .

(٢) مجمع الضمانات ، البغدادى ، ص ٤٣ . حاشية الدسوقي : ٢٦/٤ .

(٣) فتاوى الإمام النووي ، ص ٩٠ .

المستأجر فيه ويضمن تلف المال تحت يده في هذه الحالة»^(١).

الترجيح:

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم. أقول: إن الأصل أن يد الأجير المشترك يد أمانة وليس يد ضمان ، بمعنى أنه لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، لأنه قبض العين بإذن مالِكها ، ولكن لما فسدت أخلاق الناس وكثرت الخيانة ذهب قسم من الفقهاء إلى تضمين الأجراء المشتركين. جاء في المذهب: «كان الشافعي يذهب إلى أنه لا ضمان على الأجير ولكنه لا يفتي به لفساد الناس»^(٢).

والسبب في ذلك هو المصلحة العامة ، وسد ذريعة تفريط الصانع ، أو جحود السلعة ، أو ادعاء تلفها ، أو ضياعها ، وإقامة العدل بين أطراف التعاقد ، ورعاية المصالح المعتبرة لأصحاب المال^(٣).

ووجه هذه المصلحة ذكره الشاطبي - رحمه الله - بقوله: «ووجه المصلحة فيه أن الناس لهم حاجة إلى الصانع وهم يغيبون الأمتعة في غالب الأحوال ، إلى جانب أنهم في الغالب مجهولو الصنعة والأمانة ، ويغلب فيهم التفريط وترك الحفظ ، فلو لم يثبت تضمينهم مع ذلك لأفضى الأمر إلى أحد شيئين: إما إلى ترك الاستصناع بالكلية وإما أن يعملوا ولا يضمنوا شيئاً فيفتح لهم بذلك باب الكذب والاحتيال واختلاس الأموال. ولذلك كانت المصلحة في التضمين»^(٤).

وهذه المصلحة وإن كانت لا تستند إلى شاهد معين من الشرع إلا أنها لا تعارض أيضاً نصاً أو دليلاً ثابتاً منه^(٥).

(١) المجلة العدلية: ٩١/١.

(٢) المذهب ، الشيرازي: ٤١٥/١.

(٣) حاشية الدسوقي: ٢٦/٤.

(٤) هذا يدل على أن مذهب الإمام مالك - رحمه الله - في هذه المسألة راجع إلى مبدأ المصالح المرسله. الإمام مالك ، محمد أبو زهرة ، فقرة ٢١٤ ، ص ٣١٩.

(٥) ضوابط المصلحة ، د. محمد سعيد رمضان البوطي ، ص ٣١٠.

وقد سماها المالكية «ضمان التهمة» ويطلق عليها بعض فقهاء الحنفية مصطلح «التضمن للسياسة».

وأما ما اشتهر من أن سيدنا علياً رضي الله عنه قضى بتضمن الصانع وقال: «لا يصلح الناس إلا ذاك». لم يثبت بالقدر الكافي للاعتماد عليه.

ولنستمع إلى ما ذكره الدكتور محمد سعيد رمضان البوطي في تحقيق هذه المسألة في كتابه «ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية» إذ يقول: «واعلم أن القول بتضمن الصانع إنما هو مشهور عن علي رضي الله عنه. وقد روى الشافعي هذا القول بسنده، ولكنه لم يضمن إلى ثبوت ذلك عنه رضي الله عنه ولا عن غيره. قال في الأم^(١): «وقد يروى من وجه لا يثبت أهل الحديث مثله أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه ضمن الغسال والصباغ وقال: لا يصلح الناس إلا ذلك، أخبرنا بذلك إبراهيم بن أبي يحيى عن جعفر بن محمد عن أبيه أن علياً رضي الله عنه قال ذلك، ويروى عن عمر تضمين بعض الصانع من وجه أضعف من هذا ولم نعلم واحداً منها يثبت. وقد روي عن علي بن أبي طالب أنه كان لا يضمن أحداً من الأجراء من وجه لا يثبت مثله»^(٢). ثم بين سبب ذكره ذلك بقوله: «غير أنني ذكرت كلام الشافعي في هذا المثال لبيان أن ما ينقله عامة الكاتبيين عن علي رضي الله عنه وغيره من القول بتضمن الصانع ليس ثابتاً بالقدر الكافي للاعتماد عليه»^(٣).

ومن الفقهاء المعاصرين من مال إلى ما ذهب إليه المالكية كالـدكتور نزيه حماد حيث قال: «وإنني أميل إلى ما ذهب إليه المالكية، لأن قولهم هو الضابط الذي بني عليه مبدأ تضمين الأجير المشترك، ولأن بقية الأقوال في تضمينه بنيت على مصاديق^(٤) مظنونة لقيام التهمة بالأجير لا يقوم على

(١) الأم: ٤١/٤. طبع دار الفكر، ط ١٩٩٠ م.

(٢) ضوابط المصلحة، محمد سعيد رمضان البوطي، ص ٣١١.

(٣) المرجع السابق.

(٤) مصاديق مفردة تصديق وهو: مطابقة الحكم للواقع. أنيس الفقهاء، القانوني، ص ٢١٦.

أكثرها حجة أو برهان ، ولأن القول بعدم تضمينه مطلقاً اعتبار للأصل في يده أنها يد أمانة يترتب عليه مفسدة ومضرة حال قيام التهمة بالأجير ، والله لا يحب الفساد»^(١).

وقد ذكرت قول المالكية وبينت أن مبدأهم هو «التضمن للتهمة». وهذا المبدأ يشمل الصناع والأجراء المشتركين وغيرهم على أساس المصلحة كذلك. من ذلك أنهم أوجبوا ضمان الرهن على المرتهن إذا ادعى هلاكه وكان مما يمكن تغييبه أو إخفاؤه كالحلي والثياب ، وذلك لمكان التهمة. ويلحق به كل ما يجري مجراه من كل ما يثير التهم ، ففي حاشية الدسوقي: «واعلم أن مثل الرهن في التفرقة بين ما يغاب عليه وما لا يغاب عليه باب العواري ، وضمان الصناع ، والمبيع بخيار ، ونفقة المحضون إذا دفعت للحاضن ، والصدّاق إذا دفع للمرأة وحصل فسخ أو طلاق قبل الدخول ، وما بيد الورثة إذا طرأ دين أو وارث آخر والمشتري من غاصب ولم يعلم بغصبه والسلعة المحبوسة للثمن أو للإشهاد»^(٢).

وافترض الخطأ أو التعدي في مواطن التهم المذكور باسم «التضمن للتهمة» عند المالكية افتراض يقبل العكس وهو ما يسمى «نقل عبء الإثبات» ، ولذا يستطيع المدين نفي التهمة عن نفسه بإقامة البينة على أن التلف كان بسبب لا دخل له فيه ، كحريق غالب أو لص مغالب أو غير ذلك مما لا يمكن توقيه والاحتراز عنه. وإنما يندفع الضمان بإقامة البينة على أن التلف أو الهلاك لا يضاف إلى فعل المدعى عليه أو خطئه (لأن الضمان هنا ضمان تهمة، وهي تنتفي بإقامة البينة). طبقاً لما ذكره الدسوقي^(٣).

وإنما قصد القائلون بضمان الصناع والأجراء المشتركين وغيرهم ممن يترجح اتهامه بالتعدي والخطأ ، إلى إقامة العدل بين أطراف التعاقد ،

(١) الحيازة في العقود ، ص ٢١٨.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢٥٤/٣.

(٣) ضمان العدوان ، محمد سراج ، ص ١٢١.

ورعاية المصالح المعتبرة لأصحاب المال ، ولذلك أطلق عليه عدد من الفقهاء مصطلح «الضمان للمصلحة» وسماه المالكية «الضمان للثمة» وسماه قسم من الحنفية «التضمن للسياسة».

وهذا الأسلوب الإجرائي في تحقيق المصالح الاجتماعية لا ينال من الأسس الموضوعية القاضية باعتبار الأجير المشترك أو الصانع أميناً لا يضمن إلا بالتعدي ، ولهذا يتنفي عنه الضمان إذا أثبت عدم خطئه^(١).

ومن الواضح أن أسلوب نقل عبء الإثبات قد أقدر الفقه الإسلامي على الاستجابة للظروف الاجتماعية والاقتصادية التي شهدتها تطور حياة المسلمين منذ عهودهم الأولى. وهاهي ذي القوانين الحديثة تلجأ إلى هذا الأسلوب نفسه استجابة لظروف التطور في القرن الأخير ، ذلك أن ظهور المؤسسات الصناعية الضخمة وتعارض مصالح أصحاب الأعمال مع مصالح عمالهم ، وضعف الآخرين في أي مواجهة مع هذه القوى الاقتصادية الضخمة قد أبرز أن تكليف المدعي بإثبات خطأ المدعى عليه أمر لا يؤدي إلا إلى ضياع حقوق المدعي ، ولذلك اتجهت القوانين إلى الأخذ بنظرية الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس أحياناً أو الذي لا يقبل إثبات العكس في أحيان أخرى ، وتقوم مسؤولية أصحاب الأعمال عن عمالهم ومسؤولية حارس البناء والأشياء على مبدأ الخطأ المفترض ، وإن أمكن دفع هذا الخطأ أحياناً بإثبات أن الضرر لا يرجع إلى خطأ المدعى عليه^(٢).

ومن كل ذلك فإنني أميل إلى ما ذهب إليه المالكية وهو ما رجحه الدكتور نزيه حماد صراحة والدكتور محمد سراج ضمناً ، والله أعلم.

موقف القانون:

يتفق القانون مع ما ذهب إليه جمهور الفقهاء في أن يد الأجير المشترك يد أمانة لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير. فقد جاء في المادة (٥٨٣) مدني

(١) المرجع السابق.

(٢) المرجع السابق ، ص ١٢٢

مصري ويقابلها المادة (٥٥١) مدني سوري أنه:

١ - يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد.

٢ - وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً.

ويتضمن الالتزام بالمحافظة على العين أن يبذل في سبيل ذلك عناية الرجل المعتاد للمحافظة عليها ، وأن يقوم بإنذار المؤجر بكل الطوارئ التي تستدعي تدخله وحضوره ، وأن يلتزم بعمل الترميمات الكمالية أو المستعجلة .

وعناية الرجل المعتاد هي المطلوبة سواء كانت فوق عنايته الشخصية بشؤون نفسه ، أو دون ذلك فيقوم باتخاذ الاحتياطات اللازمة التي تلزم عادة لحفظ العين ، وعدم تعرضها للخراب ، كالعناية بالأدوات الصحية في المنزل وقلع الحشائش الضارة في الأرض الزراعية ، والتشحيم والتزييت المستمر للسيارة وهكذا... ، وتشمل العناية العين المؤجرة وملحقاتها كالمرآب والحديقة والآلات الزراعية .

ويتحقق الالتزام بمجرد بذل عناية الرجل المعتاد ، وعلى المؤجر أن يثبت أن المستأجر قد فرّط أو تهاون أو نزل عن عناية الرجل المعتاد ، وهذا هو المقرر في الفقه الإسلامي ، وأنه لا يجوز تغيير العين المؤجرة ويجب أن يحافظ عليها كما يحافظ على ماله .

ويلتزم المستأجر بإجراء ترميمات الكمالية التي يقضي بها العرف ، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك . وهذا هو مضمون المادة (٥٨٢) مصري والمادة (٥٥٠) سوري . ومن ذلك إصلاح النوافذ والزجاج والأقفال والمفاتيح في المساكن^(١).

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٥٩٧ وما بعدها .

ونص فقهاء الشريعة على أن إزالة الأتربة والزبالة والرماد وغيرها مما يتراكم أو ينتج عن الانتفاع يلزم بها المستأجر ، إلا ما جرت العادة على إلزام المؤجر به كبيت الخلاء والمجاري ، وإن قام المستأجر بالتعمير أو الإصلاح الذي يمنع الخلل بالمأجور ، وكان بإذن المؤجر ، فيرجع عليه ، وإن كان الترميم لمصلحة الانتفاع فقط فلا يرجع به على المستأجر^(١).

مسؤولية المستأجر عن التلف والهلاك:

نصت الفقرة الثانية من المادة (٥٨٣) مصري والمادة (٥٥١) سوري على مسؤولية المستأجر: «عما يصيب العين أثناء انتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشئ عن استعمالها استعمالاً مألوفاً».

ويقع إثبات الهلاك على المؤجر بأن المستأجر قَصَّر في المحافظة على العين أو أهمل واجبه بذلك . . فإذا أثبت ذلك وجب على المستأجر أن يتحمل مسؤولية التلف أو الهلاك إلا إذا أثبت أنه بذل عناية الرجل المعتاد في المحافظة على العين ، وفي استعمالها^(٢).

وهذا يتفق مع الفقه الإسلامي الذي قرر أن الشيء المؤجر يُعتبر أمانة في يد المستأجر لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير كما مر سابقاً.

ويقرر الفقه أيضاً أنه في حال الاختلاف في سبب الإلتلاف يقع عبء الإثبات على المؤجر^(٣).

تطبيق معاصر لضمان الأجير:

وهو سؤال موجه إلى بيت التمويل الكويتي .

السؤال:

ما الرأي الشرعي في اتفاقنا مع صاحب جراج (مرآب) لفحص السيارات

(١) مغني المحتاج ، الشرييني: ٤٦٩/٢ . مرشد الحيران ، المادة (٦٣٧ ، ٦٣٨) المادة (٥٣٠ ، ٥٣٢) من المجلة العدلية .

(٢) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٦٠١ .

(٣) مغني المحتاج ، الشرييني: ٤٧٥/٢ ، ٤٨٥ . المادة (٦٣٧ ، ٦٣٨) من مرشد الحيران .

الجديدة ، ثم القيام بكفالة السيارة من قبله عن العطل المحتمل خلال فترة معينة في نظير أجر محدد لكل سيارة؟.

الجواب:

إذا كان الأجر في نظير فحص السيارة أو تصليحها إذا أصابها عطل فهذا أمر جائز شرعاً لأنه أجير مشترك ، والأجرة محدودة في نظير منفعة محددة ، أما الاتفاق معه على أن يعطى مبلغاً محدداً عن كل سيارة ، وعلى أن يضمن ما قد يصيبها من عطب لمدة وأن يتعهد بتصليحها ، فهذا عقد مجهول وهو فاسد ، لأن العطب قد يكون في حدود المبلغ المتفق عليه أو أكثر أو أقل وهذه جهالة فاحشة تدخل في دائرة الغرر الموجب للفساد^(١).

وفي السؤال التالي يجيز بيت التمويل الكويتي للمؤجر أخذ مبلغ من المال (تأمين) من المستأجر كضمان لعدم الإضرار بالعين المؤجرة.

السؤال:

تقوم إدارة وصيانة العقارات كما هو الحال بالنسبة لمالكي العقارات الآخرين بأخذ مبلغ مالي من المستأجرين الجدد للشقق والمحلات التجارية اتفق على تسميته (تأمين) ، وهذا المبلغ يؤخذ كضمان عدم الإضرار بالعين المؤجرة ، ويتم إرجاعه بعد إخلاء العين من قبل المستأجر وذلك بعد التأكد من سلامة العين المؤجرة ، ومجموع هذه المبالغ توضع بحساب جار مفتوح ببيت التمويل الكويتي لحين إرجاعها للعملاء.

هل يجوز لبيت التمويل الكويتي استثمار هذه الأموال كما هو الحال بالنسبة للحسابات الجارية الأخرى في ظل هذه التسمية (تأمين) ، وإذا كان لا يجوز ما هو التكييف الشرعي أو التسمية المقترحة التي يمكن كتابتها بعقودنا وتسمح لبيت التمويل الكويتي باستثمار هذه الأموال؟.

(١) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ، فتوى رقم (٣٩).

الجواب:

نظراً لأن هذه الأموال مضمونة من قبل بيت التمويل لصالح أصحابها ، وهي معدة للسحب منها لتغطية التزامات العملاء للأغراض المتفق عليها ، لذا تُعتبر هذه الأموال كجاري الحساب إذا حل الأجل تُسَلَّم (كلياً أو ما تبقى منها) لأصحابها فهي قرض حسن قابل للمقاصة ولا يحتاج إلى تفويض لاستثمارها وعائد استثمارها هو للضامن أي لبيت التمويل الكويتي^(١).

وهذا يخضع لسلطان الإرادة العقدية ونظرية الشروط عند الفقهاء ، لأنه شرط يحقق مصلحة لطرف على حساب طرف آخر ، وهذا ما أجازاه فقهاء الحنابلة والمالكية^(٢).

تطبيقات أحكام الإجارة في المصارف الإسلامية:

تيسر الإجارة أمام المصارف الإسلامية سبيلاً لاستثمار أموالها ، وذلك بشراء العقارات والآلات والأدوات وإيجارتها إلى أصحاب المشروعات نظير عائد مناسب ، وخاصة أن الأدوات والآلات قد انتشر استعمالها وارتفعت تكلفتها ، حتى باتت تستهلك قدراً من ميزانية الشركات والمؤسسات المالية. ولا يخفى أن للإجارة أهمية خاصة بين أنماط الاستثمار المتاحة لهذه المصاريف ، حيث إنها لا تستطيع تمويل أنشطة هذه المؤسسات بإقراضها بالفائدة وتستطيع بدلاً من ذلك أن تستأجر المعدات اللازمة وتؤجرها لها ، أو تشتري هذه المعدات وتقوم بتأجيرها ، نظير ربح تقدره على أساس تكلفة الحصول على الآلة مقسومة على سني خدمتها مضافاً إلى ذلك نسبة من الربح للمصرف نظير مخاطرته^(٣).

(١) المرجع السابق ، فتوى رقم (٣٧٣).

(٢) حاشية الدسوقي: ٦٥/٣. القوانين الفقهية ، ابن جزى ص ١٧٢. المبدع ، ابن مفلح: ٥١/٤. المحرر ، ابن تيمية: ٤١٤/١.

(٣) النظام المصرفي في الإسلام ، د. محمد سراج ، ص ٢٨٣ ، ٢٨٩.

وتسري أحكام الإجارة على كل ذلك ، فإذا تعدى المستأجر بمخالفة الشروط المتفق عليها اعتبر متعدياً طبقاً لأحكام الفقه الإسلامي ، وكانت حيازته للمأجور حيازة غاصب يترتب عليها وجوب الضمان والرد إلى رب المال^(١).

وكذلك يسري على ذلك فسخ الإجارة بالأعذار الطارئة الذي أجازته فقهاء الحنفية^(٢).

تصرفات الطبيب المستأجر وضمانه عند التلف :

وهذا من عمل الأجير المشترك غير مضمون النتيجة ، وإنما يلتزم فقط بقدر من العناية اللازمة ، ومثل الطبيب الجراح والفَصَّاد (الذي يخرج الدم من الوريد بقصد العلاج) والخَتَّان (الذي يقطع قلفة الصبي) ونحوهم يكون التزامهم ببذل عناية لا بتحقيق غاية .

اتفق الفقهاء على جواز الاستئجار للعلاج والمداواة كما نقل ابن قدامة حيث قال : «يجوز الاستئجار على الختان والمداواة لا نعلم فيه خلافاً ، ولأنه فعل يحتاج إليه مأذون فيه شرعاً فجاز الاستئجار عليه كسائر الأفعال المباحة»^(٣).

فإذا كان الطبيب حاذقاً قد أعطى الصنعة حقها ، ولا تجني يده فيتجاوز ما أذن له فيه ، ففي هذه الحالة اتفق الفقهاء على عدم ضمان ما يترتب عليه من تلف العضو أو النفس أو ذهاب صفة (السراية) ، لأن الطبيب قد فعل فعلاً مأذوناً فيه فلم يضمن سرايته قياساً على الحد^(٤).

(١) تحفة الفقهاء ، السمرقندي : ٣٤٩/٢ . القوانين الفقهية ، ابن جزري ، ص ١٨٣ .

المهذب ، الشيرازي : ٤٠٨/١ . عمدة الفقه ، ابن قدامة ، ص ٦١ .

(٢) البدائع ، الكاساني : ١٧٩/٤ . الهداية ، المرغيناني : ٢٥٠/٣ .

(٣) المغني ، ابن قدامة : ٣١٣/٥ .

(٤) مجمع الضمانات ، ص ٤٧ . القوانين الفقهية ، ص ٢٢١ . الفتاوى الكبرى ،

الهيتمي : ٤١٨/٢ - ٤٢٠ . المبدع : ١١٠/٥ . عمدة الفقه ، ابن قدامة ،

ص ٦١ . انظر : تصرفات الأمين ، عبد العزيز الحجيلان : ٣٨٦/١ .

وإن كان الطبيب متطبيعاً جاهلاً فاتفقوا على ضمانه^(١) ، بدليل حديث عمرو بن شعيب عن أبيه ، عن جدّه أن رسول الله ﷺ قال : «من تطب وهو لا يُعلم منه طب فهو ضامن»^(٢) .

ففي الشريعة الإسلامية تقوم مسؤولية الطبيب على أساس التعدي والخطأ لا على أساس الضرر ، وهو الأساس العام للضمان وهو منطق العدالة .

أما التشريعات القديمة فقد اتخذت موقفاً متشدداً تجاه مسؤولية الطبيب ، فأَي خروج منه عن التعاليم الطبية كان يعرّضه للعقوبة بقطع الرأس والأطراف ، كما جاء في التشريعات المصرية والبابلية واليونانية ، فقد جاء في المادة (٢١٨) من تشريع حمورابي أنه : «إذا عالج الطبيب جرحاً بليغاً أصيب به رجل بمبضع معدني وسبّب موته ، أو إذا شق ورماً بمبضع معدني وعطلّ يمين الرجل تُقَطَّع يداه» وشبهه بذلك ما جاء في موسوعة جوستنيان ، وما قضت به المحاكم الصليبية في القرن الثالث عشر ، فقد كان أساس مسؤولية الطبيب هو الضرر لا الخطأ^(٣) .

* * *

(١) المراجع السابقة .

(٢) الحديث سبق تخريجه ، ص ٣٠ من الرسالة .

(٣) ضمان العدوان ، د. محمد سراج ، ص ٥٧٥ .

المبحث الثاني

التزام المودع عنده بالمحافظة

على العين المودعة

تعريف الوديعة:

لغةً: الوديعة بمعنى فعلية من ودَّع الشيء يدَّع ، إذا استقر مكانه وسكن ، لأنها ساكنة ومستقرة عند الوديع ، وقيل إنها مشتقة من الخفض والدعة فكانها في دعة وراحة عند الوديع^(١).

وقيل الوديعة فعيلة بمعنى مفعولة من الودَّع وهو التَّرك أي هي: المال المتروك (أمانة تُركت) عند إنسان يحفظه^(٢) ، يشهد لهذا المعنى ما ثبت في صحيح مسلم - رحمه الله - أن النبي ﷺ قال: «لَيَنْتَهِيَنَّ أَقْوَامٌ عَنْ وَدْعِهِمُ الْجُمُعَاتِ»^(٣). وفي سنن النسائي من كلام رسول الله ﷺ: «أَتُرَكُّوا التَّرك ما تركوكم ودعوا الحبشة ما ودَّعوكم»^(٤). وأودعتك الشيء جعلته عندك

(١) مختار الصحاح ، مادة: ودع: ٢٩٧/١. مغني المحتاج ، الشرييني الخطيب: ١٠١/٣.

(٢) أنيس الفقهاء ، قاسم القانوني: ٢٤٨/١.

(٣) أخرجه مسلم ، كتاب: الجمعة ، باب: التغليظ في ترك الجمعة ، رقم (٨٦٥): ٥٩١/٢. والنسائي ، كتاب الجمعة ، باب: التشديد في التخلف عن الجمعة ، رقم (١٦٥٨): ٥١٦/١.

(٤) أخرجه النسائي في حديث طويل ، كتاب: الجهاد ، باب: غزوة الترك والحبشة رقم (٤٣٨٥): ٢٨/٣. وأبو داود ، كتاب الملاحم ، باب: في النهي عن تهيج =

وديعة وقبلته منك وديعة فهو من الأضداد^(١).

وعلى ذلك فإن المعنى اللغوي للوديعة هو الشيء الذي يوضع عند شخص آخر ليحفظه.

وشرعاً: تعريف الفقهاء للوديعة لا يخرج عن المعنى اللغوي فكلهم متفقون على أن الوديعة أمانة دُفِعَتْ إلى الغير ليكون حافظاً لها^(٢).

لكن بعض الفقهاء ميّزوا بين الإيداع والوديعة. وقد عرّفَت الوديعة أما الإيداع فعرفه العز بن عبد السلام بأنه: «إذن في حفظ الوديعة في حرز مثلها أو أحرز منه»^(٣).

وفيما يلي تفصيل المذاهب:

أما الحنفية: فقد ميّزوا بين الإيداع والوديعة من خلال تعريفهم لذلك ففي المادة (٧٠٠) من مرشد الحيران: «الإيداع هو تسليط المالك غيره على حفظ ماله صراحة أو دلالة. والوديعة هي المال المودع عند أمين لحفظه». وكذلك ورد التعريف في رد المحتار^(٤).

وأما المالكية: فالوديعة عندهم بمعنى الشيء المودع وهي: «شيء مملوك يُنْقَلْ وَكُلَّ مُجَرَّدَ حَفْظِهِ إِلَى الْوَدِيعِ ، وبمعنى الإيداع وهي: توكيل على مجرد حفظ المال لا التصرف فيه فيخرج الوكالة والإيصاء ، لأنهما على الحفظ والتصرف»^(٥).

وهذا تعريف ابن عرفة الدسوقي ومعناه: أن الشيء المودع يكون حفظه

= الترك والحبة ، رقم (٤٣٠٢): ١١٢/٤. قال الزرقاني: حديث حسن ، ورواه الطبراني مرفوعاً بطرق يشهد بعضها لبعض. كشف الخفاء ، إسماعيل الجراحي: ٣٨/١.

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٣٨٤/٨. المطلع ، محمد الحنبلي: ٢٧٩/١.

(٢) التعاريف ، محمد المناوي: ٧٢٣/١.

(٣) قواعد الأحكام ، العز بن عبد السلام: ص ٤٩٣.

(٤) تكملة رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٣١/٦ القسم الثاني.

(٥) حاشية الدسوقي: ٤١٩/٣.

منوطاً بصاحبه فإذا نقل ذلك الحفظ إلى شخص آخر ، يكون ذلك النقل إيداعاً ، وهو يريد بذلك أن ينفي أن الإيداع توكيل أو استنابة في حفظ المال .

وعند الشافعية: الوديعة هي: «توكيل في حفظ مملوك أو محترم على وجه مخصوص»^(١). وخرج بمختص: ما لا اختصاص فيه كالكلب الذي لا يُقْتَنَى ، وتوكيل العين في يد الملتقط ، وثوب طيرته الريح ونحوه لأنه مال ضائع مغاير لحكم الوديعة .

وعند الحنابلة: الوديعة عندهم بمعنى العين المودعة وهي: اسم للمال أو المختص المدفوع إلى من يحفظه بلا عوض وبمعنى الإيداع هي: توكيل رب المال جائر التصرف في حفظ ماله تبرعاً من الحافظ . وبمعنى الاستيداع: توكيل جائر التصرف في حفظ مال غيره تبرعاً بغير تصرف في المال المحفوظ^(٢) .

من خلال هذه التعاريف السابقة أجد أن المالكية والحنابلة يتفقون على أن الإيداع نوع من التوكيل على حفظ المال ، باستثناء ابن عرفة الذي عرف الإيداع بأنه: «عبارة عن نقل مجرد حفظ الشيء المملوك» واتفقوا على جواز إيداع المال منقولاً أو عقاراً ما عدا ابن عرفة من المالكية الذي منع العقار من الدخول في تعريف الوديعة^(٣) .

تعريف القانون للوديعة:

عَرَّفَت المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري ويقابلها المادة (٦٨٤) مدني سوري الوديعة بأنها: «عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يردّه عيناً» .

(١) مغني المحتاج ، الشرييني: ١٠١/٣ .

(٢) كشف القناع ، البهوتي: ١٦٧/٤ .

(٣) الودائع المصرفية ، د. حسن أمين ، ص ٣٠ .

يتضح من هذا التعريف:

أولاً: إن القانون يطلق الوديعة على أي شيء يمكن إيداعه ولا يقصرها على المال.

ثانياً: يجعل القانون الوديعة أمراً شاملاً للمنقول والعقار^(١).

لذا فإن القانون يتفق مع الفقه الإسلامي في تعريف الوديعة.

مشروعية الوديعة:

الوديعة مشروعة في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول^(٢).

أ - أما الكتاب:

قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].
وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آمَنَ بَعْضُكُمْ بِبَعْضٍ فَمِمَّا قَالُوا الَّذِي أَقْرَبُوا أَمَنَتَهُ﴾ [البقرة: ٢٨٣].

وجه الدلالة: أن الآيات أمرت بأداء الأمانة والوديعة أمانة يجب ردها.

ب - السنة:

قوله ﷺ: «أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»^(٣). وروي عنه ﷺ: «أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر عليها أن يردها إلى أهلها»^(٤).

ج - الإجماع: فقد أجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع والاستيداع.

(١) المرجع السابق ، ص ٣١.

(٢) مغني المحتاج ، الشربيني: ١٠١/٣ . المغني: ابن قدامة: ٢٦٦/٦ .

(٣) أخرجه الترمذي ، كتاب: البيوع عن رسول الله ، باب: ما جاء في النهي للمسلم أن يدفع إلى الذمي الخمر ، رقم (١٢٦٤): ٥٦٤/٣ . وقال: حديث حسن غريب . وأبو داود ، كتاب: البيوع ، باب: في الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، رقم (٣٥٣٤): ٢٩٠/٣ . وأحمد ، مسند المكيين ، حديث رجل عن النبي ﷺ: ٤١٤/٣ . وروي من طرق ضعيفة ، وقال الشافعي: هذا الحديث ليس بثابت . تلخيص الحبير ، ابن حجر: ٩٧/٣ .

(٤) قال في تلخيص الحبير: رواه ابن إسحاق بسند قوي: ٩٨/٣ .

د - المعقول: فإن الناس إليها حاجة لإيداع أموالهم لأنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم.

ضمان الوديعة:

اتفق الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أن الوديعة أمانة في يد الوديع فإن تلفت من غير تعديه أو تفريطه فلا ضمان عليه^(١).

قال ابن المنذر: «أجمع أكثر أهل العلم على أن المودع إذا أحرز الوديعة بنفسه في صندوقه أو حانوته أو بيته فتلفت فلا ضمان عليه»^(٢).

أما إن تعدى المستودع فيها أو فرط في حفظها فتلفت ، ضمن باتفاق الفقهاء ، لأنه متلف لمال غيره ، كما لو أتلفه من غير استيداع.

الدليل على أن الوديعة أمانة:

هناك أدلة من السنة والمعقول استدلت بها الفقهاء على كون الوديعة أمانة.

١ - السنة:

أ - قوله ﷺ: «من أودعَ وديعة فلا ضمان عليه»^(٣).

ب - قوله ﷺ: «ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان» والمغل هو الخائن. ولكن هذا الحديث ضعيف كما في الحاشية أسفل^(٤).

(١) حاشية الدسوقي: ٤١٩/٣. تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ١٧١/٣. تكملة رد

المختار ، ابن عابدين: ٢٣٥/٦ القسم الثاني. مغني المحتاج ، الشربيني:

١٠٤/٣. المغني: ٢٦٦/٦. أنيس الفقهاء ، قاسم القونوي: ٢٤٨/١.

(٢) الإجماع ، النيسابوري ، ص ١٠٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه ، كتاب: الأحكام ، باب: العارية ، رقم (٢٤٠١): ٨٠٢/٢.

جاء في تلخيص الجبير: «روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وفيه المشي

وهو متروك ، وتابعه ابن لهيعة فيما ذكره البيهقي ، فسنده الحديث فيه ضعف»:

٩٧/٣.

(٤) أخرجه الدارقطني ، كتاب: البيوع ، رقم (١٦٨): ٤١/٣. ثم قال: إنما يرى هذا من قول شريح. انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية ، ابن حجر ، =

وجه الدلالة: أن هذين الحديثن يثبتان أن الوديعة أمانة في يد الوديع لا تُضمَّن إلّا عند التعدي أو التقصير.

٢ - المعقول:

أ - لأن الوديع إنما يحفظها لمالكها فتكون كيده.

ب - لأن قبض العين بإذن مالكها ، لا على وجه التملك ولا الوثيقة ، فلا يضمنها ، إذ لا موجب للضمان .

ج - لأن الأصل في حفظ الوديعة أنه معروف وإحسان من الوديع ، فلو ضمن من غير عدوان أو تقصير لزهد الناس في قبولها ، ورغبوا عنه ، وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين لميس الحاجة إليها ، قال ابن حزم : «لأنه إذا حفظها ولم يتعد ولا ضيّع ، فقد أحسن ، والله تعالى يقول : ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ [التوبة: ٩] . ولقول رسول الله ﷺ : «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»^(١) ، فمال هذا المودع حراماً على غيره ما لم يوجب أخذه منه بنص»^(٢) .

اشتراط ضمان الوديعة:

من خلال ما سبق تبين أن الوديعة لا تُضمن إلّا بالتعدي أو التقصير ، فهل يجوز أن يشترط صاحب الوديعة على المستودع ضمان الوديعة ، أو قال المستودع: أنا ضامن لها فتلفت أو سرقت من غير تعديه أو تفريطه ، فلا ضمان عليه لأن شرط الضمان باطل وبهذا قال جمهور الفقهاء^(٣) .

= كتاب: المضاربة والوديعة والعارية ، رقم (٨٤٩): ١٨١/٢ .

(١) أخرجه البخاري ، كتاب: الحج ، باب: الخطبة أيام منى ، رقم (١٦٥٢):

٦١٩/٢ . ومسلم ، كتاب: القسامة والمحاربين والقصاص والديات ، باب:

تفليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال ، رقم (١٦٧٩): ١٣٠٦/٣ .

(٢) المحلى ، ابن حزم: ٢٧٧/٨ .

(٣) المهذب ، الشيرازي: ٣٥٩/١ . المغني ، ابن قدامة: ٢٦٧/٦ . انظر: عقد

الوديعة، د. نزيه حماد ، ص ٤٨ .

والسبب في ذلك أن هذا الشرط مناف لمقتضى العقد ، ومفوت لموجبه ، فلا يُعتبر . قال ابن قدامة : «ولأنه شرطُ ضمان ما لم يوجد ضَمَانه ، فلم يلزمه ، كما لو شرط ضمان ما يتلف في يد مالكة»^(١) . وجاء في المادة (١٣٥٩) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد ما يأتي :

«الوديعة أمانة في يد الوديع فلا يضمنها إلا بتعديه أو تفريطه في الحفظ ، ولو شرط ضمانها لغا الشرط»^(٢) .

اشتراط عدم ضمان الوديعة :

أي أن الوديع لا يضمن الوديعة حتى في حال التعدي أو التقصير ، وهذا الشرط باطل عند الحنفية والشافعية ، لأن المضمون لا يصير أمانة بالشرط كما لا تصير الأمانة مضمونة بالشرط^(٣) .

وهل يختلف الأمر في حال اشتراط الضمان أو عدم الضمان بين الوديعة بأجر أو بغير أجر؟ .

لم يفرق المالكية والشافعية والحنابلة بين الحالتين فالوديعة أمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط في حال الأجر وعدمها^(٤) .

أما الحنفية ففرقوا بين حال الوديعة بأجر أو دون أجر فقالوا: إذا تلفت الوديعة بما لا يمكن التحرز عنه من الأسباب - كحريق غالب وغرق غالب ولصوص مكابرين - فلا ضمان على الوديعة ، سواء كانت بأجر أم مجاناً .

أما إذا هلكت بما يمكن التحرز عنه فينظر: إن كانت بغير أجر ، فلا

(١) المغني ، ابن قدامة : ٢٦٧/٦ .

(٢) عقد الوديعة ، د . نزيه حماد ، ص ٤٩ .

(٣) المذهب ، الشيرازي : ٣٥٩/١ . مغني المحتاج ، الشرييني : ١٠٤/٣ . رد المحتار ، ابن عابدين : ٤٩٤/٤ .

(٤) القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ٢٤٦ . المذهب ، الشيرازي : ٣٥٩/١ . مغني المحتاج : ٤٠١/٣ . المغني : ٢٦٦/٦ .

يجب على المستودع الضمان. أما إذا كانت بأجر ، فإنه يكون ضامناً. والسبب في ذلك كما يقول السرخسي: «إن الهلاك بما يمكن التحرز عنه بمعنى العيب في الحفظ ، ولكن صفة السلامة عن العيب إنما تصير مستحقة في المعاوضة دون التبرع»^(١).

وبيان ذلك: أن حقيقة الوديعة بأجر عند الحنفية إجارة آدمي لحفظ المتاع ، ولذلك كان العمل على حفظه من الهلاك مما يمكن التحرز عنه مطلوباً منه ومضموناً عليه بمقابلة الأجر المشروط ، فحيث لم يقم به كان ضامناً بخلاف الوديعة بغير أجر ، فإن المطلوب فيها مجرد الحفظ ، لا العمل عليه فافتقراً^(٢).

موقف القانون:

أخذ القانون من الفقه الإسلامي وتحديدأ من المذهب الحنفي ، التفريق بين الوديعة بأجر والوديعة بغير أجر في واجب الحفظ ، فإن كانت من غير أجر فالمعيار شخصي ذاتي ، وإن كانت بأجر فالمعيار موضوعي وهو عناية الشخص المعتاد ولو زادت على عناية الوديع بماله الخاص ، فقد نصت المادة (٧٢٠) مدني مصري ويقابلها المادة (٦٨٦) مدني سوري على ما يأتي:

١ - إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على الوديع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

٢ - أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد.

والسبب في ذلك: أن المودع عنده غير مأجور فيكون متفضلاً ومن ثم لا يجوز أن يكون مسؤولاً عن أكثر من عناية الشخص المعتاد ، كما

(١) المبسوط ، السرخسي: ١٠٩/١١. رد المحتار ، ابن عابدين: ٤٩٤/٤.

(٢) عقد الوديعة ، د. نزيه حماد ، ص ٥١.

لا يجوز أن يكون مسؤولاً عن أكثر من عنايته الشخصية... أما إذا كانت الوديعة بأجر فإنه يجب على المودع عنده أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الشخص المعتاد ، أي أن المعيار هنا يكون موضوعياً لا شخصياً^(١).

ومع ذلك فإن الوديع يكون مسؤولاً ، إذا وضع المجوهرات المودعة عنده في دولاب غير مغلق فسرت ، أو وضع القطن مثلاً بجوار مواد ملتهبة فاحتترقت ولو كانت الوديعة غير مأجورة ، لأنه يصعب تصور أن يصل الوديع في نزول عنايته الشخصية عن المألوف إلى هذا الحد إذا كانت الوديعة غير مأجورة^(٢).

الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية في القانون المدني :

يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية المودع عنده ، كما يجوز الاتفاق على تخفيفها أو على الإعفاء منها .

مثال تشديد مسؤولية المودع عنده أن يشترط المودع على الوديع مسؤوليته عن عناية الشخص المعتاد حتى لو كان غير مأجور ، أو أن يشترط مسؤوليته إذا كان مأجوراً عن السبب الأجنبي .

ومثال تخفيف مسؤولية المودع عنده أن يشترط هذا وهو مأجور عدم مسؤوليته إلا عن عنايته الشخصية ، أو ألا يكون مسؤولاً عن التعويض إلا في حدود مبلغ معين ولو زاد الضرر على هذا المبلغ .

وإعفاء المودع عنده من المسؤولية يكون بأن يشترط على المودع ألا يكون مسؤولاً عن خطئه . ويصح هذا الشرط حتى لو كانت الوديعة مأجورة ، لأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العقدي جائز لكن يبقى المودع عنده بالرغم من شرط الإعفاء مسؤولاً عن الغش أو الخطأ الجسيم ، المادة (٧٢٠) مدني مصري يقابلها المادة (٦٨٦) مدني سوري .

(١) الوسيط ، السهوري : ٧/٧٠٣ ، ٧٠٥ .

(٢) المرجع السابق : ٧/٧٠٢ .

القول للوديع في دعوى التلف (الهلاك):

يتفرع عن كون الوديعة أمانة في يد المستودع قبول قوله في براءة نفسه عند ادعاء هلاكها أو ضياعها بغير تعديه أو تفريطه إذا كذبه المالك ، سواء أقبضها بيينة أو بغير بيينة ، وهذا هو مذهب الحنفية والمالكية^(١).

أما الشافعية والحنابلة فقالوا: إذا ادعى تلف الوديعة بسبب ظاهر - كحريق وغرق وغارة - لم يُقبل قوله حتى يقيم البيينة على وجود ذلك السبب في تلك الناحية ، فإن لم يقم بيينة به ضمن ، لأنه لا يتعذر إقامة البيينة عليه ، والأصل عدمه. أما إذا ادعى الهلاك بسبب خفي - كسرقة وضياع - أو لم يبين السبب فالقول قوله في هلاكها ، لتعذر إقامة البيينة على ذلك ، فلو لم يُقبل قوله ، لامتنع الناس عن قبول الودائع مع ميسر الحاجة إليها^(٢).

وإذا كان القول للوديع في دعوى التلف ، فهل يُكتفى بقوله دون يمينه ، أم لا بد من يمينه معه؟.

أما جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة فذهبوا إلى أن القول قول الوديع بيمينه لأن التهمة قائمة ، فيستحلف دفعاً للتهمة^(٣).

وأما المالكية في المشهور عندهم: فيُحلف المتهم دون غيره^(٤). ولكن هذا الرأي انتقده ابن حزم فقال: «إن مالكا فرق بين الثقة وغير الثقة ، فرأى أن لا يمين على الثقة وهذا خطأ ، لأن رسول الله ﷺ إذ أوجب اليمين على من ادعى عليه لم يفرق بين الثقة وغير الثقة»^(٥).

(١) الكافي ، ابن عبد البر ، ص ٤٠٣ . القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ٢٤٦ .

تحفة الفقهاء ، المرقندي: ١٧٣/٣ .

(٢) المذهب ، الشيرازي: ٣٦٢/١ . المبدع ، ابن مفلح: ٢٣٦/٥ .

(٣) البدائع ، الكاساني: ٢١١/٦ . مغني المحتاج ، الشربيني: ١١٥/٣ . المبدع ،

ابن مفلح: ٢٤٢/٥ . القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ٢٤٦ .

(٤) التاج والإكليل ، العبدري: ٢٦٤/٥ .

(٥) المحلى ، ابن حزم: ٢٧٧/٨ . انظر: عقد الوديعة ، نزيه حماد ، ص ٥٤ .

والآن أنتقل إلى الفقرة المهمة في هذا البحث وهي:

التزام المودع عنده بالمحافظة على العين المودعة أو وجوب الحفظ على المستودع:

اتفق الفقهاء على أنه يجب على الوديع حفظ الوديعة وأن يبذل من العناية بحفظها كعناية الشخص المعتاد بحفظ ماله ، وعليه أن يضعها في حرز مثلها ، فالنقود والمجوهرات تحفظ في البيوت الخاصة والصناديق المقفلة عادة ، فلو وضعها في إسطبل الدواب أو مع التبن ، يكون مقصراً في الحفظ ، فإذا هلك أو ضاعت ، لزم الضمان^(١).

قال ابن المنذر: أجمع أهل العلم على أن على المودع إحراز الوديعة وحفظها^(٢).

وهل واجب الحفظ على الوديع بمجرد قبوله ، أم حتى يقبضها؟.

ذهب الشافعية والمالكية إلى أن الوديع ملتزم بحفظ الوديعة ، بمجرد قبولها. جاء في الفواكه الدواني: «وجوب حفظها عليه (الوديعة) بمجرد قبولها»^(٣).

وقال صاحب «كفاية الأخيار» من الشافعية: «إذا قبل المودع الوديعة ، لزمه حفظها لأنه المقصود ، وقد التزمه»^(٤).

وذهب الحنفية إلى أنه لا يكفي الإيجاب والقبول في حق وجوب حفظها على المستودع ، حتى يثبت يده عليها بالقبض ، لأن حفظ الشيء دون إثبات اليد عليه محال. قالوا: «وإن من إثبات يده على الوديعة ما لو

(١) البدائع ، الكاساني: ٢٠٩/٦. الهداية ، المرغيناني: ٢١٥/٣. تحفة الفقهاء السمرقندي: ١٧١/٣. المهذب ، الشيرازي: ٣٥٩/١. المبدع ، ابن مفلح: ٢٣٤/٥.

(٢) عقد الوديعة ، د. نزيه حماد ، ص ٦١.

(٣) الفواكه الدواني ، أحمد غنيم: ١٧٠/٢. حاشية العدوي: ٣٦٠/٢.

(٤) كفاية الأخيار ، تقي الدين الحسي ، ص ٣٩١.

وضع المودع الوديعة بين يدي المستودع أو في موضع من منزله أو دكانه ،
فراءه وسكت ، أو أشار إليها أن وضعها هناك». وهذا مضمون المادة (٨٢١)
من مرشد الحيران .

كيفية الحفظ :

اتفق الفقهاء على أن على الوديع صون الوديعة بما يصون به ماله ، لأنه
التزم حفظها بما يحفظ به ماله . وذلك على ما جرت به عادة الناس في حرز
أموالهم وحفظها^(١) .

صفة موضع الحفظ :

فرق الفقهاء بين حالتين :

أ - أن يعين المودع الحرز ، كما إذا قال للوديع : احفظها في هذا البيت
أو في هذا الموضع منه . اتفق الفقهاء (الشافعية والمالكية والحنفية
والحنابلة) على أنه يلزمه حفظها في هذا الموضع ، فإن حفظها بما دونه
يضمنها ، كأن نقلها من دار إلى أخرى ولو كان حرز مثلها لأنه عرضها
للتلف ، أما إذا حفظها في مثله أو أعلى منه لم يضمنها لعدم تفريطه ،
ولأن تعيين الحرز يقتضي عدم الرضا فيما دونه ، والرضا بمثله أو بما هو
أحفظ منه بطريقة أولى^(٢) .

والحفظ المقصود هو ما يحفظ به ماله .

ب - أن لا يعين المودع الحرز ، في هذه الحالة اتفق الفقهاء على أنه
لزمه حفظها في حرز مثلها ، «وهو ما لا يعد الواضع فيه مضيعاً لماله»

(١) تكملة رد المحتار ، ابن عابدين : ٢٥٦/٦ ، ٢٥٧ القسم الثاني . البدائع ،
الكاساني : ٢٠٩/٦ . المادة (٧٨١) من المجلة العدلية . الكافي ، ابن عبد البر ،
ص ٤٠٣ . كفاية الأخيار ، الحصني الدمشقي ، ص ٣٩١ . المبدع ، ابن مفلح :
٢٣٤/٥ .

(٢) البدائع ، الكاساني : ٢٠٩/٦ . القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ٢٤٦ . مغني
المحتاج ، الشربيني : ١٠٧/٣ . كفاية الأخيار ، تقي الدين الحصني ، ص ٣٩١ .
المبدع ، ابن مفلح : ٢٣٤/٥ . المغني ، ابن قدامة : ٢٦٨/٦ .

فتوضع الدراهم في الصندوق والأثاث في البيت ، والغنم في صحن الدار ، والحبوب في الدكان وهكذا^(١).

فإن وضعها في حرز دون مثلها ضمن ، وإن وضعها في حرز فوق حرز مثلها فلا ضمان عليه . وقد نصت المادة (٧٨٢) من المجلة أنه: «يلزم حفظ الوديعة في حرز مثلها ، بناء عليه : وضع مثل النقود والمجوهرات في إصطبل الدواب أو التبن تقصير في الحفظ ، وبهذا الحال إذا ضاعت الوديعة أوهلكت يلزم الضمان».

وضابط حرز المثل عند الفقهاء عُرُفي ، أي بحسب عادة الناس ، وما يروونه مناسباً لحفظ الأشياء بحسب نفاستها ودناءتها ، وكثرتها وقلتها ، وهذه الأمور تختلف كثيراً بحسب الأقاليم والحواضر والبادي ، وباعتبار الأزمنة والأمكنة ، وكثرة السرقة في البلد أو ندرتها... ونحو ذلك من الاعتبارات. وقد أوضح الإمام الشافعي - رحمه الله - هذا المعنى بقوله: «وإذا استودع الرجل الرجل الوديعة ، فوضعها في موضع من داره يُحرزُ فيه ماله ، ويرى الناس مثله حرزاً - وإن كان غيره من داره أحرز منه - فهلكت ، لم يضمن ، وإن وضعها في موضع من داره لا يراه الناس حرزاً ، ولا يُحرز فيه مثل الوديعة ، فهلكت ، ضمن»^(٢).

عند من تحفظ الوديعة:

يرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة أن للوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه أو بمن يأتمنه على حفظ ماله من عياله (الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته) كزوجته وولده وخادمه ونحوهم^(٣).

(١) تكملة رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٣٧/٦ القسم الثاني. البدائع ، الكاساني: ٢٠٩/٦. حاشية الدسوقي: ٤٢٣/٣. مغني المحتاج ، الشرييني: ١١١/٣. المبدع ، ابن مفلح: ٢٣٤/٥.

(٢) الأم ، الشافعي: ١٣٧/٤.

(٣) تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ١٧١/٣. البدائع ، الكاساني: ٢٠٧/٦. الكافي ، ابن عبد البر ، ص ٤٠٣. الفروع ، ابن مفلح: ٣٦٠/٤.

قال ابن القيم: «وقد أُجري العرف مجرى النطق في أكثر من مئة موضع... منها: دفع الوديعة إلى من جرت العادة بدفعها إليه من امرأة أو خادم أو ولد»^(١).

ودليل الجمهور على ذلك ما يلي:

١ - أن الملتزم بالعقد هو الحفظ والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه ، وإنه يحفظ ماله بيده تارة ، ويبد هؤلاء تارة أخرى ، فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً ، فكان الحفظ بأيديهم داخلاً تحت العقد ، دلالة..

٢ - وبأنه حفظها بما يحفظ به ماله ، فأشبه ما لو حفظها بنفسه ، وكما لو دفع الماشية إلى الراعي ، أو دفع البهيمة إلى غلامه ليقبها ، ويفارق الأجنبي ، فإن دَفَعَهَا إليه لا يُعَدَّ حفظاً^(٢).

أما الشافعية فقالوا: إذا أودع المودع الوديعة عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك يضمن سواء أودع عند زوجته أو ابنه أو أجنبي .
واستدلوا لذلك بما يلي:

١ - بأنه سلم الوديعة إلى من لم يرض المودع بأمانته ولا بيده ، فيضمنها كما لو سلمها إلى أجنبي .

٢ - وبأن العقد تناوله دون غيره فلا يملك الإيداع من غيره ، كما لا يملك الإيداع سائر الأجانب^(٣).

موجبات ضمان الوديعة:

بما أن الوديعة أمانة فهي لا تضمن إلا بالتعدي والتفريط .

(١) إعلام الموقعين ، ابن القيم: ٤١٢/٢ .

(٢) البدائع ، الكاساني: ٢٠٨/٦ . انظر: الودائع المصرفية ، د. حسن الأمين ، ص ١٠٢ .

(٣) كفاية الأخيار ، الحصني الدمشقي ، ص ٣٨٧ . مغني المحتاج ، الشربيني: ١٠٣/٣ ، ١٠٤ .

والتعدي عند الفقهاء هو: «ما اعتبر شرعاً أو عادة تجاوزاً لما ينبغي للوديع الاقتصار عليه».

والتفريط هو: «ما يعد في عرف الناس تهاوناً في الحفظ والصون ، ولا يفعله العاقل بماله»^(١).

أما حالات ضمان الوديعة فهي:

١ - إتلاف المستودع للوديعة:

المراد بإتلاف المستودع للوديعة: أن يفعل بها ما يؤدي إلى ذهابها وضياعتها ، أو إخراجها عن أن تكون منتفعاً بها المنتفعة المطلوبة منها عادة ، كإحراق الثوب ، وقتل الحيوان وأكل الطعام ونحو ذلك.

ذهب جمهور الفقهاء^(٢) إلى أنه يحرم على الوديع اقتراف هذا العمل في حال السعة والاختيار ، لنهي النبي ﷺ عن إضاعة المال ، وقوله ﷺ: «كل المسلم على المسلم حرام ، دمه وماله وعرضه»^(٣).

فإذا أتلف المستودع الوديعة دون إذن صاحبها يوجب عليه ضمانها لكونه تعدياً عليها ينافي الحفظ ، ولأن إتلاف مال الغير دون إذنه سبب لوجوب الضمان عليه باتفاق أهل العلم. وقد نصت المادة (٧٨٧) من المجلة العدلية: «إذا هلك الوديعة أو نقصت قيمتها بسبب تعدي المستودع أو تقصيره ، لزمه الضمان».

(١) عقد الوديعة ، د. نزيه حماد ، ص ٨٩.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٢١٣/٦. كفاية الأخيار ، الحصني الشافعي ، ص ٣٨٨. مغني المحتاج ، الشريبي: ١٠٨/٣. حاشية الدسوقي: ٤٢٠/٣.

(٣) الحديث أخرجه مسلم ، كتاب: البر والصلة والآداب ، باب: تحريم ظلم المسلم وخذله واحتقاره ودمه وعرضه وماله ، رقم (٢٥٦٣): ١٩٨٦/٤. والترمذي ، كتاب: البر والصلة عن رسول الله ، باب: ما جاء في شفقة المسلم على المسلم ، رقم (١٩٢٧): ١٢٩٨/٢. وأحمد باقي مستد المكثرين ، مستد أبي هريرة ، رقم (٧٦٦٠).

فإذا أُتلف المستودع بعض الوديعة تعدياً ، فهل يضمن مقدار ما أُتلف أم يضمن سائرهما؟ قال النووي في الروضة: «إذا أُتلف بعض الوديعة ولم يكن له اتصال بالباقي كأحد الثوبين ، لم يضمن إلا المتلف . وإن كان له اتصال بالباقي ، كتخريب الثوب ، وقطع طرف العبد والبهيمة ، نُظر: إن كان عامداً ، فهو جان على الكل فيضمن الجميع . وإن كان مخطئاً ، ضمن المتلف ، ولا يضمن الباقي على الأصح»^(١).

هذا هو مذهب الشافعية ووافقهم في ذلك المالكية كما جاء في الكافي لابن عبد البر^(٢).

إداعها عند الغير دون عذر:

ذكرتُ في فقرة سابقة حكم إيداع الوديعة عند أحد عياله . أما إيداعها عند غيره - ممن ليس في عياله - فقد اتفق الفقهاء من (الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة) إلى أنه لا يجوز ذلك من دون إذن المالك في حضر أو سفر فإن فعل ذلك صار ضامناً ولو كان ذلك الغير أميناً.

واستدلوا على ذلك بأن المودع رضي بأمانته لا أمانة غيره ، فإيداع الوديعة عند غيره تفريط في الحفاظ يوجب الضمان^(٣).

وقال محمد بن الحسن الشيباني: إن أودعها عند أحد أمنائه الذين يثق بهم في حفظ ماله ، من غير عياله ، كوكيله ومأذونه وخازنه وخادمه ونحوهم ، جاز ولا ضمان عليه في ذلك ، لأن أيديهم كيده ، لقيامهم مقامه في حفظ ماله ، وقال في الذخيرة: ولو دفعها إلى أمين من أمنائه

(١) الروضة ، النووي: ٣٣٦/٦.

(٢) الكافي ، ابن عبد البر ، ص ٤٠٤.

(٣) حاشية الدسوقي: ٤٢٣/٣ . الكافي ، ابن عبد البر ، ص ٤٠٣ . البدائع ، الكاساني: ٢٠٨/٦ . مغني المحتاج ، الشربيني: ١٠٤/٣ . كفاية الأخيار ، الحصني الدمشقي ، ص ٣٨٧ . الوسيط ، الغزالي: ٥٠٠/٤ . المغني ، ابن قدامة: ٢٦٨/٦.

ليس في عياله يجوز وعليه الفتوى في مذهب الحنفية^(١) وبه قال الحنابلة أيضاً^(٢).

أما إذا كان للمودع عذر في إيداعها عند أجنبي ، فذهب الحنفية والمالكية إلى أن له أن يودعها عند ثقة مأمون ، ولا ضمان عليه في ذلك ، لأنه أودعها عند الحاجة لثقة فأشبهه إيداعها عند الحاكم ، ولأنه أحد سببي حفظها ، فكان موكلاً إلى اجتهداه كالحرز^(٣).

وبهذا الرأي أخذ القانون في المادة (٧٢١) مدني مصري يقابلها المادة (٦٨٧) مدني سوري ونصها: «ليس للوديع أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطراً إلى ذلك ضرورة ملجئة عاجلة». كأن أراد السفر أو بسبب حريق أو غرق أو نهب.

وخالفهم في ذلك الشافعية والحنابلة فقالوا: إن كان له عذر كأن أراد السفر أو بسبب حريق أو غرق أو نهب ، فينبغي أن يردها إلى مالكةا 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 حاجة ، فإن ترك الدفع إلى المالك أو وكيله مع القدرة عليه ، ودفعها إلى الحاكم العدل أو الأمين ، ضمن ، لأنه دفعها إلى غير مالكةا دون 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 ولاية له^(٤).

٣ - استعمال الوديعة:

مناط عقد الوديعة ومقصده الأساسي حفظ الوديعة لمصلحة المودع

(١) تكملة رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٣٨/٦ . القسم الثاني.

(٢) المبدع ، ابن مفلح: ٢٣٧/٥ .

(٣) البدائع ، الكاساني: ٢٠٨/٦ . الكافي ، ابن عبد البر ، ص ٤٠٣ . التاج والإكليل ، العبدري: ٢٥٧/٥ .

(٤) مغني المحتاج ، الشربيني: ١٠٥/٣ . كفاية الأخيار ، الحصني الشافعي ، ص ٣٨٧ . المبدع ، ابن مفلح: ٢٣٨/٥ . الروض المربع ، البهوتي: ٤١٩/٢ .

ومنفعته ، وليس للوديع حق في استعمالها استعمالاً يعود عليه بالنفع ، سواء أكان الاستعمال للانتفاع بها مباشرة مع الإبقاء على ذاتها - كلبس الثوب أو الدابة خيانة (أي دون عذر) - أم كان الانتفاع بها بالوساطة للانتفاع بعائدها مثل كراء الدابة أو السيارة أو غيرها ، أو كان الاستعمال أمراً تفوت به ذاتها كاستلافها والتصرف بها ، وهذا كله إذا استعملها من دون إذن المودع ، أما استعمال الوديعة بإذن المودع فلا خلاف بين الفقهاء على مشروعية ذلك .

قال ابن المنذر: «أجمع أهل العلم على إباحة استعمال الوديعة بإذن مالِكها»^(١) ، وجاء في المادة (٧٩٢) من المجلة العدلية: «يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بإذن صاحبها» .

أما فيما يخص الوديع بالاستعمال المأذون فيه ، فقد اختلف الفقهاء فيه: فذهب الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) إلى أنه لا ضمان على المستودع استعمال الوديعة المأذون فيه لانتفاء التعدي بالإذن. وهذا إذا كان حفظ الشيء هو الغرض الأساسي من العقد والاستعمال أمراً ثانوياً ، كالإذن بركوب الدابة مثلاً ، أو لبس الثوب بعض الأحيان لدواعي الحاجة . أما إذا أصبح الاستعمال هو الغرض الأساسي من العقد ، فإن العقد يصبح عارية استعمال إن كان الشيء المودع غير قابل للاستهلاك ، وقرضاً إن كان قابلاً للاستهلاك بناء على أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، وحتى لو انقلب العقد عارية فهي عندهم أمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير .

وبهذا الرأي أخذ القانون^(٤) .

ويرى الشافعية أن الإذن في استعمال الوديعة يبطل العقد مطلقاً ، فلا

(١) الإجماع ، النيسابوري ، ص ١٠٣ .

(٢) المبسوط ، المرخسي: ١٢٦/١١ . البدائع ، الكاساني: ٢١١/٦ ، ٢١٢ .

(٣) حاشية الدسوقي: ٤٢٧/٣ .

(٤) الوسيط ، السنهوري: ٧١٢/٧ .

ينعقد وديعة ولا عارية لاقترائه بشرط فاسد. فإن تلفت قبل الاستعمال لم يضمنها إلحاقاً للفاسد بالصحيح في عدم الضمان ، وإن تلفت بعد الاستعمال انقلبت عارية وضمنها إلحاقاً لفاسد العارية بصحتها في الضمان^(١).

ويرى الحنابلة أن المالك إذا أذن للوديع باستعمالها ، فاستعملها حسب الإذن صارت عارية مضمونة ، كالرهن إذا أذن ربه للمرتهن باستعماله. وإن لم يستعملها فهي أمانة ، لأن الانتفاع غير مقصود ، ولم يوجد ، فوجب تغليب ما هو المقصود وهو الحفظ فتبقى وديعة^(٢). وهذا الرأي قريب من رأي الشافعية.

الترجيح:

الراجح والله أعلم ما ذهب إليه الحنفية والمالكية ، فالإذن في استعمال الوديعة يكفي لنفي الضمان عن الوديع ، وتصبح الوديعة أمانة لا يضمنها إلا بالتعدي أو التقصير.

أما الاستعمال غير المأذون فيه ، فقد اتفق الفقهاء على أن فعله هذا يستوجب الضمان وعلى هذا نصت المادة (٨٢١) من مرشد الحيران فقد جاء فيها: «ليس للمستودع أن يستعمل الوديعة ويتنفع بها بدون إذن صاحبها ، وإن استعملها بلا إذنه ، وهلك في حال استعمالها ، فعليه ضمانها».

وقد قيد الشافعية والحنابلة الضمان في هذه الحالة باستعمال الوديعة خيانة أي لمصلحة نفسه ، أما استعمالها لعذر كأن لبس ثوب الصوف ونحوه لدفع الدود عنه ، أو ركب الدابة الجموح ليسقيها فلا ضمان عليه ، لأن ذلك مأذون فيه عرفاً^(٣).

(١) الوسيط ، الغزالي: ٥٠٧/٤.

(٢) كشف القناع ، البهوتي: ١٦٧/٤.

(٣) مغني المحتاج ، الشرييني: ١١٢/٣. روضة الطالبين ، النووي: ٣٣٤/٦.

كشف القناع ، البهوتي: ١٦٧/٤.

وأما المالكية فإن الضمان يترتب في هذه الحالة إذا كان الاستعمال تعطب أو تتلف بمثله عادة وفي الغالب ، أو جهل الحال أو استوى ، بأن كانت تعطب في مثله تارة وأخرى لا تعطب فيه فإنه يجب عليه الضمان سواء أكان التلف بتعديه أو بأمر سماوي .

أما إذا عطبت أو تلفت الوديعة بما تعطب أو تتلف بمثله عادة وفي غالب الأمر سواء حصل ذلك بأمر سماوي أو غيره فإن ذلك لا يترتب عليه أي ضمان^(١) .

وذكر الشافعية والمالكية أن انتفاع المودع بالوديعة من دون إذن صاحبها يوجب عليه أجرة مثلها لربها عن المدة التي بقيت في يده بعد التعدي ، لارتفاع الأمانة به^(٢) .

موقف القانون :

أخذ القانون بحكم الفقه الإسلامي بشأن استعمال الوديعة ، فنصت المادة (٧١٩) مدني مصري ويقابلها المادة (٢/٦٨٥) مدني سوري على أنه «ليس له (المودع عنده) أن يستعملها (الوديعة) دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً»^(٣) .

هل يعود أميناً بردها؟ :

فلو ترك الوديع التعدي ورد الوديعة هل يبرأ من الضمان أو لا . اختلف الفقهاء على قولين :

الأول : للشافعية^(٤) والحنابلة^(٥) ، وهو أنه لا يبرأ من الضمان إلا بإيداعه ثانياً ، لأن حكم الوديعة ، وهو الاستئمان ، ارتفع بالعدوان ، فلا

(١) المدونة الكبرى ، مالك بن أنس : ١٤٧/١٥ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٤٢٧/٣ .

(٣) الوسيط ، السهوري : ٧١١/٧ .

(٤) روضة الطالبين ، النووي : ٣٣٥/٦ . مغني المحتاج ، الشرييني : ١١٤/٣ .

(٥) منار السبيل ، ابن ضويان : ٤١٨/١ .

يعود إليه إلا بسبب جديد ، ولم يوجد ، فلا يبرأ من الضمان ، وقد جاء في المادة (١٣٤٧) من مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد: «إمسك الوديع الوديعة بنية الأمانة بعد التعدي لا يرفع الضمان عنه ولو أزال عدوانه» .

الثاني: للحنفية^(١) والمالكية^(٢) أن الوديع يبرأ من الضمان بترك الخلاف والعود إلى الوفاق؛ لأن الإيداع مطلق فيكون باقياً بعد الخلاف ، لأن قوله له: احفظ مالي هذا يتناول الحفظ قبل الخلاف وبعده ، ثم لا يبطل بالخلاف ، لأن بطلان الشيء إنما يكون بما هو موضوع لإبطاله أو بما ينافيه ، والاستعمال ليس موضوعاً لإبطال الإيداع ولا ينافيه ، ألا ترى أن الأمر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداء .

والراجح ، والله أعلم ، قول الشافعية ومن معهم القائل بعدم البراءة ، لأن ذلك أحوط لحفظ حق صاحب الوديعة ، خاصة وأن الباب مفتوح أما المالك لتجديد الاستئمان من جديد للوديع إن آنس من الوديع الندم على ما فات والصدق فيما هو آت^(٣) .

٤ - إنفاق الوديعة :

اتفق الفقهاء على أن إنفاق الوديع للوديعة يوجب ضمانها ، لأنه نوع من أنواع التعدي ، وعلى ذلك نصت المادة (٧٨٧) من المجلة العدلية: «إذا هلك الوديعة أو نقصت قيمتها بسبب تعدي المستودع أو تقصيره ، لزمه الضمان . مثلاً: إذا صرف المستودع نقود الوديعة في أمور نفسه أو استهلكها ضمنها» .

وإذا أراد المستودع أن يرد مثلها بعد أن أنفقها فإنه يسقط عنه ضمانها عند المالكية لأن الضمان يلزمه بالإنفاق ، فإذا أزال ذلك بالرد ، وجب أن

(١) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٢٧٧/٧ .

(٢) التاج والإكليل ، العبدري: ١٢٢/٥ .

(٣) الودائع المصرفية ، د. حسن الأمين ، ص ١٢٢ .

يزول الضمان ، لزوال سببه الموجب له^(١).

وقال أبو حنيفة: إن ردها بعينها لم يضمن ، وإن رد مثلها ضمن^(٢).

وقال الشافعية والحنابلة: يضمن في الوجهين جميعاً ، لأن الضمان يتعلق بذمته بالأخذ^(٣).

هـ - التصرف في الوديعة:

المراد بالتصرف في الوديعة: كل ارتباط عقدي ينشئه المستودع ، ويكون محله الوديعة مثل بيعها وإيجارها وإعارتها وإيداعها ورهنها وإقراضها ونحو ذلك.

وهذا التصرف إما أن يجريه المستودع بإذن المودع فيقع التصرف صحيحاً ولا ضمان فيه. جاء في المادة (٧٩٢) من المجلة العدلية: «كما أنه يسوغ للمستودع استعمال الوديعة بإذن صاحبها ، فله أن يؤجرها أو يعيرها لآخر وأن يرهنها أيضاً».

وإما أن يجريه المستودع تعدياً ، فقد اتفق الفقهاء على تضمينه في هذه الحالة ، قال الشوكاني: «لأنه ينقلب به غاصباً ، ويخرج عن كونه أميناً»^(٤).

وفي هذه الحالة يقرر الحنفية أن لمالك الوديعة الخيار في تضمين المستودع أو في تضمين المستأجر أو المستعير أو المرتهن.

وعللوا عدم جواز إيجارها من قبل المستودع لآخر دون إذن المودع ، بأن الإجارة عقد لازم والإيداع غير لازم ، فلو جاز للوديع تأجيرها ، فإما أن يحصل لزوم ما لا يلزم أي أن يوجب ذلك لزوم عقد الوديعة مع كونه

(١) الإشراف على مذهب أهل العلم ، ابن المنذر: ٢٥٥/١. البحر الرائق ، ابن

نجيم: ٢٧٧/٧. مغني المحتاج ، الشربيني: ١١٤/٣.

(٢) البحر الرائق ، ابن نجيم ٢٧٧/٧.

(٣) مغني المحتاج ، الشربيني: ١١٤/٣. المغني ، ابن قدامة: ٢٧٨/٦.

(٤) السيل الجرار ، الشوكاني: ٣/٣٤٢ ، ٣٤٣.

غير لازم ، أو عدم لزوم ما يلزم يعني أن تصوير الإجارة غير لازمة مع أنها لازمة.

وأما عدم جواز إعارتها دون إذن المودع فسيبه أن المستودع غير مالك لمنافع الوديعة ، ولما كانت الإعارة تمليكاً للمنافع ، فليس من الممكن أن يملك المرء شيئاً لا يملكه . وليس له أن يرهنها عند آخر دون إذن المودع ، لأن الرهن إيفاء حكماً ، وليس لشخص أن يفني دينه بمال الغير بلا أمر صاحبه ، وكذلك فإن الرهن عقد لازم من جهة الراهن ، والوديعة ليست عقداً لازماً . كذلك ليس له أن يبيع الوديعة أو يهبها لآخر بلا إذن ويسلمها إليه ، لأن بيعه وهبته لا ينفذان من دون رضا مالكيها^(١).

٦ - استقراض الوديعة :

اتفق الفقهاء على أن اقتراض المستودع يجعلها مضمونة في ذمته . لأن في ذلك إخراجاً لها عن ملكية صاحبها إلى ذمته هو .

فإذا استلف الوديع الوديعة بغير إذن المودع فقد فصلت الملكية الحكم في ذلك ، وأنه يتردد بين الحرمة والكراهة لاعتبارات بعضها يرجع إلى الوديعة ، وهل هي من المقومات أم المثليات . وبعضها الآخر يرجع إلى الوديع المستلف ، هل هو مليء أم مُعَدَم ، وبتعبير آخر هل هو موسر أم معسر .

فقالوا: يحرم على الوديع أن يستلف الوديعة إن كان فقيراً ، سواء أكانت من القيمات أم من المثليات ، وذلك لتضرر مالكيها بعدم الوفاء ، نظراً لإعدامه .

أما إذا كان موسراً فيُنظر :

أ - فإن كانت الوديعة عرضاً قيمياً ، فيحرم على الوديع اقتراضها ، لأن مثله ليس كعينه .

(١) درر الحكام ، علي حيدر : ٢٦٨/٢ .

ب - وإن كانت الوديعة نقداً ، فيكره على الوديع اقتراضها ، لأن مثله كعينه .

ت - وإن كانت من المثليات الأخرى ، فإن كانت مما يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله ، فيحرم تسلفها ، كالقيميات . وإلا فيجوز تسلفها كالدرهم والدنانير في ظاهر المدونة . وقال الباجي : الظاهر عندي المنع^(١) .

ومذهب الشافعية في هذه المسألة هو : إن كان الذي رد مكانه يتميز من دنائره ودراهمه ، فضاعت الدنانير كلها ، ضمن ما تسلف فقط . وإن كان الذي وضع بدلاً مما أخذ لا يتميز ولا يُعرف ، فتلقت الدنانير ، ضمنها كلها^(٢) .

٧ - السفر بالوديعة :

اتفق الفقهاء على أن للمستودع السفر بالوديعة إذا أذن له المودع ، فإذا تلقت فلا ضمان عليه ، أما في حال عدم الإذن فقد اختلفوا في ضمان الوديعة بالسفر بها .

فالمالكية يقولون : لا يجب ضمان على الوديع إن سافر بها ولم يقدر على إيداعها عند أمين وخاف عليها إن تركت ، ولكنه يضمن إذا سافر بها ووجد أميناً وهلك أو تعينت ، ولكن إذا ردها بعد السفر سالمة فلا يضمن ولو تلقت بعد ذلك بلا تعد منه أو تفريط^(٣) .

وقال الشافعية : السفر بالوديعة سبب لضمان المستودع ، إلا إذا وجد عذر بأن رحل أهل البلد أو وقع حريق أو غارة فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردها إلى المالك أو وكيله أو أمين^(٤) .

(١) شرح الزرقاني على خليل : ١١٥/٦ . التاج والإكليل ، العبدري : ٢٥٤/٥ ، ٢٥٥ . انظر : عقد الوديعة ، د . نزيه حماد ، ص ١١٥ ، ١١٦ .

(٢) الأم ، الشافعي : ٦٣/٤ .

(٣) حاشية الدسوقي : ٤٢٠/٣ .

(٤) كفاية الأخيار ، الحصني الشافعي ، ص ٣٨٧ . مغني المحتاج ، الشريني : ١٠٥/٣ .

وقال الحنفية: لا يجب الضمان على المودع في السفر المأذون به من المالك ، أما لو نهاه عن السفر وسافر بها فقد ضمن ، وكذلك لا يضمن إذا خاف عليها وسافر بها أو كان السفر ضرورياً^(١).

وقال الحنابلة: يجوز له السفر بها ، مع حضور مالکها ، إن لم يخف عليها من السفر ، ولم ينهه صاحبها عنه ، ولا ضمان عليه إن فعل. أما إذا لم يكن السفر أحفظ لها من إبقائها ، أو استوى الأمران ، أو نهاه ربها عن السفر بها ، فلا يجوز له أن يسافر بها ، فإن فعل ضمن^(٢).

والخلاصة: يتفق الفقهاء على جواز السفر بالوديعة إذا كان السفر ضرورياً وخاف على الوديع ، أو كان السفر أحفظ لها من إبقائها ، ولا ضمان على الوديع في هذه الحالة.

بعض التطبيقات المعاصرة لضمان الوديعة:

سُئلت هيئة الرقابة الشرعية لبيت التمويل الكويتي السؤال التالي رقم (٧٢٢):

إذا أعطي المصرف أمانة ما وقام باتخاذ الإجراءات الاحتياطية اللازمة لحفظها وصونها وقدر لها أن تضيع أو تسرق. هل المصرف مطالب بالتعويض؟. بمعنى آخر هل الأمانة يجب أن تُضمن من الجهة المؤتمنة؟.

الجواب: الأصل في عقد الوديعة أنه أمانة ، وأن الوديعة غير مضمونة إلا في حال التعدي أو التقصير بأي صورة تعتبر في العرف تعدياً أو تقصيراً. ومن ذلك إيداعها عند غيره دون إذن صاحبها... واشتراط الضمان - ولو قبله الطرفان - لا فائدة منه إذا لم يوجد تعد أو تقصير وذلك لحديث: «ليس على المستودع ضمان»^(٣) على أن اشتراط الضمان يعتبر

(١) البدائع ، الكاساني: ٢٠٩/٦. تكملة رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٥٤/٦. القسم الثاني.

(٢) منار السبيل ، ابن ضويان: ٤١٧/١.

(٣) الحديث أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه ، باب: في المضاربة والعارية =

لغواً ولا يفسد العقد شرعاً وينبغي الاحتياط بحذفه لئلا يقع تحت طائلة القانون المدني عند التنازع^(١).

وهذا الحكم إذا لم يتعد المصرف باستعمال الوديعة ، أم إذا تعدى باستعمالها سواء كان بإذن المودع (وتتحول الوديعة في هذه الحالة إلى قرض) أم دون إذنه ، فإن المصرف يضمن هذه الوديعة كما مر سابقاً.

صناديق الأمانات (الخزائن الحديدية):

تقوم المصارف التجارية الإسلامية عادة بإجارة خزائن حديدية للراغبين في إيداع مستنداتهم ووثائقهم المهمة وجواهرهم الثمينة ونحو ذلك.

ويكون لكل خزانة مفتاحان ، يسلم أحدهما للعميل ، ويحفظ الآخر لدى المصرف. والقصد من ذلك العمل توقي الحماية الكافية لحفظ الممتلكات المهمة والنفية وخدمة عملاء المصرف ، ويحصل المصرف من العميل مقابل ذلك على أجر يختلف مقداره بحسب حجم الخزانة ، ويتفاوت بحسب مدة انتفاع العميل بها ، ويسمح المصرف للعميل باستخدام خزائنه في الإيداع والسحب خلال مواعيد العمل الرسمية للمصرف ، كما أنه يضمن محتوياتها إذا تلفت أو فقدت بسبب يمكن التحرز عنه.

الوصف الفقهي: هذا العقد الذي أبرمه العميل مع المصرف على الانتفاع بصناديق الأمانات هو الوديعة بأجر ، حيث إن مهمة هذه الصناديق تتمثل في:

أ - انتفاع العميل بالخزانة الحديدية في احتواء وثائقه وممتلكاته وصيانتها فيها.

= والوديعة ، رقم (٢١٤٤٨): ٣٩٧/٤. قال ابن حجر في تلخيص الحبير: «في إسناده ضعيفان»: ٩٧/٣.

(١) انظر هذا الحكم ، ص ٢٠٧-٢٠٨ من الرسالة.

ب - حفظ المصرف للخزانة وما فيها من الودائع - وهذا هو الغرض الأساسي من ذلك العقد -.

ويرى البعض تكييفه على أنه (الإجارة على الحفظ) وليس بمسلم ، لأن جوهر فكرته الحفظ والصيانة لا الاستئجار .

وعقد الإيداع بأجر جائز عند جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إذا كان العقد إجارة على الحفظ . والوديعة في يد المودع أمانة لا تضمن من غير تعديه وتفريطه كما هو شأن الوديعة بغير أجر^(١) .

أما الحنفية فقد فرقوا بين الوديعة بأجر ودون أجر ، مع اعتبارها في الحالتين أمانة بيد الوديع ، فقالوا: إذا أتلقت الوديعة بما لا يمكن التحرز عنه من الأسباب - كحريق غالب وغرق غالب أو لصوص مكابرين - فلا ضمان على الوديع ، سواء أكانت بأجر أم مجاناً^(٢) .

أما إذا هلك بما يمكن التحرز عنه ، فينظر: إن كانت بغير أجر فلا يجب على المستودع الضمان ، أما إذا كانت بأجر فإنه يكون ضامناً .

وعلى ذلك فإن عقد استئجار صناديق الأمانات مشروع ، والأجر فيه سائغ عند جماهير الفقهاء ، وضمن المصرف مما يمكن التحرز منه من المهلكات جائز تخريجاً على مذهب الحنفية .

الودائع المصرفية النقدية:

يقصد بالوديعة المصرفية النقدية: «النقود التي يعهد بها الأفراد أو الهيئات إلى المصرف ، على أن يتعهد الأخير بردها أو برد مبلغ مساو لها إليهم لدى الطلب أو بالشروط المتفق عليها»^(٣) .

فالوديعة المصرفية هي مبلغ من النقود يوضع لدى المصرف لأسباب

(١) انظر تفصيل الحكم في الصفحة: ٢٠٧ - ٢٠٨ من الرسالة .

(٢) انظر ص ٢٠٧ - ٢٠٨ من الرسالة .

(٣) الودائع المصرفية ، حسن الأمين ، ص ٢٠٨ ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، ص ١٧ . المصرف والأعمال المصرفية ، فريد الصلح ، ص ١٤ .

كثيرة منها الخوف من ضياع النقود أو سرقتها على أن تسترد حين الطلب^(١).
أنواع الودائع النقدية:

هناك ثلاثة أنواع للودائع:

١ - الودائع التجارية تحت الطلب:

وهي المبالغ التي يودعها أصحابها في المصارف بقصد أن تكون حاضرة للتداول والسحب عليها لحظة الحاجة ، وهي تكون الشطر الغالب من أنواع الودائع^(٢).

٢ - الودائع الثابتة - ودائع ادخارية -:

وهي عبارة عن المبالغ التي يضعها أصحابها في المصرف بناء على اتفاق بينهما ، بعد سحب المودع لها أو شيئاً منها إلا بعد مضي فترة معينة من الزمن بين ١٥ يوماً وسنة كاملة .

٣ - ودائع التوفير - ودائع ادخارية -:

وهي المبالغ التي يودعها الموفرون في المصرف ، وينشئون بها حساباً في دفتر خاص توضح به إيداعات ومسحوبات خاصة ، وتوجد حدود للسحب اليومي من الرصيد في هذا الدفتر ، ولا يمكن لصاحبه سحب كامل رصيده دفعة واحدة^(٣).

هل يد المصرف على الحساب يد أمانة أو يد ضمان؟.

من خلال أقوال الفقهاء يمكننا القول بأن يد المصرف على هذا الحساب ، يد ضمان ، والسبب في ذلك يعود إلى أن المصرف يقوم بخلط

(١) الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة للمؤلف، ص ١٧٥ .

(٢) الودائع المصرفية ، د. حسن الأمين ، ص ٢٠٩ . الاستثمار والرقابة الشرعية في البنوك والمؤسسات المالية الإسلامية ، عبد الحميد البعلي ، ص ٤٣ . مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية ، د. محمد صلاح الصاوي ، ص ٤٢٩ .

(٣) الودائع المصرفية ، د. حسن الأمين ، ص ٢٠٩ . الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة ، المؤلف ، ص ١٧٧ .

هذه الوديعة بغيرها ويستثمر الجزء الأكبر منها ، ومن المقرر لدى جمهور الفقهاء أنه : « ليس للوديع أن ينتفع بالوديعة أي انتفاع ، فإذا انتفع كان متعدياً ، فإذا تلفت الوديعة ضمنها . وإذا أذن له المودع بالانتفاع صارت عارية إذا انتفع بها مع بقاء عينها ، أو صارت قرضاً إذا كانت نقوداً ، لأن النقود لا تعار لاستهلاكها عند الانتفاع ، والقرض مضمون برد المثل»^(١) . ومن ثم فإن التحليل الفقهي الدقيق يقتضي إخراج الودائع النقدية من باب الوديعة إلى باب القرض ، وهذه التسمية ليست إلا من قبيل الاصطلاح المصرفي والقانوني^(٢) .

وعليه فعلى رأي جمهور الفقهاء تكون يد المصرف يد ضمان متى استعمل الوديعة ، سواء أكان استعماله لها بإذن صاحبها أم بغير إذنه ؛ لأنه إذا استعملها بإذنه تحولت إلى قرض ، وإذا استعملها بغير إذنه كان متعدياً ، وفي كلتا الحالتين تكون يده يد ضمان^(٣) .

ودائع الفنادق ونحوها :

في القانون المدني إما أن تكون ودائع الفنادق أمتعة أو نقوداً أو أشياء ثمينة .

فإن كانت الودائع أمتعة ، فيعتبر إيداع النزلاء لها في الفنادق وأمثالها مقروناً بشرط الضمان . فهي مضمونة عليهم حكماً ، وعلى أصحاب هذه الأماكن ضمان كل ضياع أو نقص يحل بها . المادة (٧٢٧) مدني مصري ويقابلها المادة (٦٩٣) مدني سوري .

وأما إذا كانت الودائع نقوداً أو أوراقاً مالية أو أشياء ثمينة فلا ضمان لها

(١) كشف القناع ، البهوتي : ١٤١/٤ . تكملة رد المحتار ، ابن عابدين : ٢٤٩/٦ .

القسم الثاني . تحفة الفقهاء ، المرقندي : ٢٨٤/٣ . البدائع ، الكاساني :

٢٨٤/٣ . المغني ، ابن قدامة ، ١٣٨/٥ .

(٢) المصارف ، مصطفى الزرقا ، ص ٨ . تطوير الأعمال المصرفية ، د . سامي حمود ، ص ٢٦٣ .

(٣) المصارف الإسلامية بين النظرية والتطبيق ، د . عبد الرزاق الهيتي ، ص ٢٦٥ .

بغير تعد أو تقصير ، إلا إذا قبل أصحاب هذه المحال حفظها ، وهم يعرفون قيمتها ، أو أن يرفضوا حفظها دون مبرر ، أو أن يكونوا قد تسبوا في وقوع ما لحق بها بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم ، فإنها تكون حينئذ مضمونة على الوجه المتعارف عليه . المادة (٢/٧٢٧) مدني مصري ويقابلها المادة (٢/٦٩٣) مدني سوري .

وعلى نزلاء الفنادق أو ما يماثلها أن يخطرأ أصحابها بما ضاع منهم أو سرق قبل مغادرتها ، ولا تسمع دعوى ضمان ما ضاع أو سرق بعد انقضاء ستة أشهر من تاريخ المغادرة . المادة (٧٢٨) مدني مصري ويقابلها المادة (٦٩٤) مدني سوري .

ولا تخرج هذه الأحكام عن أحكام الفقه الإسلامي لأن مستندها هو عرف الناس الذي يقوم مقام الشرط عملاً بالمادة (٤٣) من المجلة التي تقول : «التصرف على الرعية منوط بالمصلحة» . والعمل بالمادتين (٣٧٣ ، ٧٧٧) من المجلة حيث تعتبر الأولى أن الإيداع ينعقد صراحة أو دلالة ، وتنص الثانية على أن الوديعة أمانة في يد المودع ، لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، وأنه إذا كانت بأجرة فهلكت أو ضاعت بسبب يمكن التحرز منه فيلزم الوديع الضمان^(١) .

* * *

(١) العقود المسماة ، د . وهبة الزحيلي ، ص ٣٠٧ .

المبحث الثالث

التزام المستعير بالمحافظة

على العين المستعارة

تعريف العارية:

لغةً: بتشديد الياء ، وقد تخفف ، والأول أظهر: ما يُستعار فيعار ، مأخوذ من التعاور وهو التداول ، يقال: تعاورته الأيدي وتداولته أي ما أخذته هذه مرة وهذه مرة ، والعارية بالتشديد ، كأنها منسوبة إلى العار ، لأن طلبها عار وعيب^(١).

وشرهاً: الإعارة عند الحنفية والمالكية هي: تملك المنفعة بغير عوض^(٢).

وعند الشافعية والحنابلة هي: إباحة المنفعة بلا عوض^(٣).

مشروعيتها^(٤):

١ - من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾ [المائدة: ٢]

-
- (١) لسان العرب ، ابن منظور: ٦١٩/٤ . طلبه الطلبة ، النفي ، ص ٢١٨ .
(٢) بداية المبتدي ، المرغيناني: ١٨٣/١ . تكملة رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٦٨/٦ .
القسم الثاني . القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ٢٤٥ .
(٣) مغني المحتاج ، الشربيني: ٣٥٦/٢ . المغني ابن قدامة: ١٣٥/٥ .
(٤) مغني المحتاج ، الشربيني: ٣٥٦/٢ .

وقوله: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [الماعون: ٧] . فقد فسرها جمهور المفسرين بما يستعيره الجيران بعضهم من بعض كالدلو والفأس . . إلخ^(١) .

٢ - من السنة: أن النبي ﷺ استعار درعاً من صفوان بن أمية يوم حنين فقال: أغضب يا محمد؟ فقال: «بل عارية مضمونة»^(٢) .

حكم العارية في يد المستعير:

هناك ثلاثة آراء للفقهاء:

الرأي الأول: للحنفية وهو أن العارية أمانة في يد المستعير لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، وشرط ضمانها باطل ، جاء في رد المحتار: «العارية أمانة في يد صاحبها لا تضمن بالهلاك من غير تعد كالوديعة ، وشرط الضمان باطل كشرط عدمه في الرهن»^(٣) .

وجاء في مجمع الضمانات مثلاً للتعدي: «ليس للمستعير أن يؤجر ، لأن الشيء لا يتضمن فوته ، فإن أجره فغطب ضمن المستعير ولا يرجع على المستأجر ، وإن شاء ضمن المستأجر ويرجع بما ضمن على المؤجر إن لم يعلم أنه كان عارية في يده ، وإذا علم لا يرجع»^(٤) .

ولكن المستعير إذا تعدى على العارية ثم أزاله زال الضمان^(٥) .

واستدلوا لمذهبهم أن الضمان لا يجب على المرء دون فعله ، ولم يفعل ما يوجب الضمان ، لأنه يقوم بحفظ مال الغير ، وهذا إحسان في

(١) تفسير الطبري: ٣٠/٣١٩ .

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب: البيوع ، باب: تضمين العارية ، رقم (٣٥٦٢): ٢٩٦: ٣ . والنسائي ، كتاب: العارية ، باب تضمين العارية ، رقم (٥٧٧٩): ٤١٠/٣ . قال في نصب الراية: «أخرجه الحاكم وقال صحيح الإسناد ، وأخرجه أصحاب السنن بطرق مرسلّة»: ١١٦/٤ .

(٣) تكملة رد المحتار ، ابن عابدين: ٦/٢٧٣ ، ٢٧٤ القسم الثاني . انظر: تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ١٧٧/٣ .

(٤) مجمع الضمانات ، البغدادى ، ص ٥٥ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٥٦ .

حق المالك ، قال تعالى: ﴿ هَلْ جَزَاءُ الْإِحْسَنِ إِلَّا الْإِحْسَنُ ﴾ [الرحمن: ٦٠] .
وقاسوا العارية على الوديعة والإجارة^(١).

الرأي الثاني: للشافعية والحنابلة وهو أن العارية مضمونة في كل الأحوال (تعدى فيها المستعير أو لم يتعد) بقيمتها يوم التلف. واستدلوا لذلك من السنة بقوله ﷺ في الحديث السابق: «بل عارية مضمونة»^(٢).

وبما روى الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٣).

ومن المعقول: «بأن المستعير أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفرداً بنفعه من غير استحقاق ، ولا إذن في الإتلاف فكان مضموناً كالغاصب ، والمأخوذ على وجه السوم».

وإن اشترط عدم الضمان لم يسقط؛ لأن كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط كالمقبوض ببيع صحيح أو فاسد ، ويكون ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الأمثال فإن لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها»^(٤).

واستثنى الشافعية حالة الاستعمال المأذون فيه فلا ضمان ، لحدوث التلف عن سبب مأذون فيه ، فلو تعسرت الدابة من ثقل حمل مأذون ، أو ماتت به ، أو سقط ثور في ساقية استعير لاستعماله فيها فلا ضمان في هذه الحالات كلها»^(٥).

الرأي الثالث: للمالكية الذين ميزوا بين ما يغاب وما لا يغاب فإن كان المقبوض مما لا يغاب (لا يمكن إخفاؤه) على المستعير وهو العقار

(١) المبسوط ، السرخسي: ١٣٥/١١ .

(٢) سبق تخريجه في الصفحة السابقة. انظر: المهذب ، الشيرازي: ٣٦٣/١ .

المغني ، ابن قدامة: ١٣٦/٥ .

(٣) الحديث سبق تخريجه ، ص ٥٤ .

(٤) المغني ، ابن قدامة: ١٣٦/٥ .

(٥) المهذب ، الشيرازي: ٣٦٣/١ . مغني المحتاج ، الشربيني: ٣٦٠/٢ . الأشباه

والنظائر ، السيوطي ، ص ١٥٠ .

والحيوان لم يضمه ، وإن كان مما يغاب عليه (يمكن إخفاؤه) كالعروض (التياب) والحلي والسفينة السائرة في عرض البحر ، فإنه ضامن له إلا أن تقوم بينة على التلف من غير تعد منه ولا تضييع^(١) .

ودليلهم على ذلك الجمع والتوفيق بين حديثين . أولهما أنه ﷺ قال لصفوان بن أمية في الحديث السابق : «بل عارية مضمونة» وثانيهما حديث : «ليس على المستعير غير المغل - أي الخائن - ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان»^(٢) .

فحمل الضمان على ما يغاب عليه ، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه ، وهذا المذهب قريب من مذهب الحنفية .

رهن المستعير للعارية إذا استعارها لذلك :

وذلك بأن يستدين شخص ديناً فيطلب منه الدائن رهناً ، فلم يجد عنده ما يرهنه فاستعار من شخص آخر عيناً كدابة أو سيارة أو دار ليرهنها ، فهل يجوز له ذلك؟ .

اتفق الفقهاء على جواز رهن العارية إذا استعارها لذلك في وقت معلوم بحسب ما أذن له ، لأن الرهن توثق وهو يحصل بما لا يملكه المرتهن ، أما إذا استعار شخص عيناً ليتفع بها ثم بعد ذلك استدان فأراد أن يرهن هذه العين فلا يجوز باتفاق الفقهاء لأنه لم يستعرها لذلك^(٣) .

إعارة المستعير للعارية :

للفقهاء رأيان في هذه المسألة :

الرأي الأول : لا يملك المستعير إعارة العارية إلا بإذن صاحبها عند

(١) القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ٣٢٩ . بداية المجتهد ، ابن رشد : ٣٠٨/٢ .

التمهيد ، ابن عبد البر : ٣٨/١٢ .

(٢) سبق تخريجه ، ص ٢٠٧ .

(٣) الشرح الكبير ، الدردير : ٢٣٩/٣ . تحفة الفقهاء ، السمرقندي : ٤٦/٣ . مغني

المحتاج ، الشرييني : ١٧١/٢ . المبدع ، ابن مفلح : ٢٢٢/٤ .

الشافعية والحنابلة ، لأن عقد الإعارة يفيد إباحة المنفعة فقط ، لا تملكها ، وعلى هذا لو أعار المستعير العارية يكون ضامناً للعين كالمستعير الثاني ، وللمالك أن يطالب من شاء منهما ، فإن تلفت العين في يد الثاني استقر الضمان عليه بكل حال ، لأنه قبضها على أن تكون مضمونة عليه ، فإن رجع على الأول ، رجع الأول على الثاني ، وإن رجع على الثاني لم يرجع على أحد ، إلا أن يكون الثاني لم يعلم بحقيقة الحال^(١).

الرأي الثاني: يملك المستعير ذلك عند الحنفية والمالكية إذا كانت الاستعارة مطلقة ، لأن الإعارة عندهم تملك المنفعة ولا يملك ذلك إلا بإذن صاحبها إذا نهاء المعير عنها أو استعملها المعير أو كانت مقيدة وهي مما يختلف باختلاف المستعمل لها ، وتكون يد المستعير الثاني يد أمانة ، فإذا هلك الشيء في يده دون تعد ولا تقصير ، فلا ضمان على أحد ، وإن حصل منه تعد أو تقصير ، ضمن ، ويستقر الضمان عليه^(٢).

الرأي الرابع:

الرابع هو الرأي الأول للشافعية والحنابلة لأن العارية هي تملك المنفعة للمستعير فقط ، لا لغيره ، ولأن المعير قد يثق به دون غيره ، وإن الإعارة لغير المستعير قد تسبب ضرراً للمعير ، ولذلك يحتاج هذا التصرف لإذنه ، والله أعلم.

تغير حالة العارية من الأمانة إلى الضمان:

يتغير حال العارية من الأمانة للضمان بالأسباب نفسها التي يتغير بها حال الوديعة ، منها^(٣):

(١) مغني المحتاج ، الشربيني: ٣٥٦/٢. المحرر ، ابن تيمية: ٣٥٩/١. انظر: نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٤١ ، ١٤٢.

(٢) تكملة رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٧٤/٦ القسم الثاني. المبسوط ، السرخسي: ١٤٠/١١. مواهب الجليل ، الحطاب: ٢٦٩/٥. الفواكه الدواني ، ابن غنيم: ١٦٨/٢.

(٣) البدائع ، الكاساني: ٢١٨/٦. وما بعدها. مغني المحتاج ، الشربيني: ٣٦٠/٢ =

١ - التضييع والإتلاف حقيقة بإلقائها في مضیعة أو كأن يدل عليها سارقاً ، أو الإتلاف معنى بمنع العارية بعد طلبها أو بعد انقضاء المدة .

٢ - ترك الحفظ في استعمال العارية ، أو إيجارها .

٣ - استعمال العين المعارة استعمالاً غير مشروط أو غير مألوف عادة .

٤ - المخالفة في كيفية الحفظ ، مثل أن يأمره ألا يغفل عنها ، فغفل ، فيضمن . فإن عاد إلى موافقة مطلب المعير لا يبرأ عن الضمان ، بخلاف ما عرفناه في الوديعة . عند الحنفية فإنه يبرأ عن الضمان ، لأن المقصود في الوديعة ، هو الحفظ للمالك ، والحفظ يتحقق بعد المخالفة كما كان قبل المخالفة .

متى وكيف تضمن العارية :

قال المالكية : إذا ضمن المستعير العارية فإنه يضمن قيمتها يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه ، فإذا استعملها الاستعمال المأذون فيه فنقصت به أكثر من نقصها المأذون فيه ، فإنه يغرم ذلك النقص^(١) .

والأصح عند الشافعية والحنابلة أن العارية مضمونة على المستعير بقيمتها يوم التلف إذا تلفت بغير الاستعمال المأذون فيه وإن لم يفرط ، لحديث صفوان : «بل عارية مضمونة»^(٢) . ولأنه مال يجب رده لمالكه ، فيضمن عند تلفه كالشيء المستام أي : المقبوض على سوم الشراء . أما لو تلفت بالاستعمال المأذون فيه فلا ضمان ، فلو تعسرت الدابة من ثقل حمل مأذون فيه أو ماتت به ، أو تلف ثوب يلبسه المأذون فيه ، فلا ضمان في هذه الحالات .

= ما بعدها . التمهيد ، ابن عبد البر : ٣٨/١٢ . الفواكه الدواني ، ابن غنيم : ١٦٩/٢ .

(١) الفواكه الدواني ، أحمد بن غنيم : ١٦٩/٢ .

(٢) سبق تخريجه ص ٢٣٤ .

ولو أن المستعير استعار وفقاً لكتب علم وأدراع موقوفة على المجاهدين فتلفت بغير تفريط ولا تعد ، فلا ضمان ، لكون تعلم العلم والجهاد من المصالح العامة^(١).

موقف القانون:

عرّف القانون العارية في المادة (٦٣٥) مدني مصري والمادة (٦٠٢) سوري بأنها: عقد يلتزم به المغير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة ، أو في غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال. وهذا التعريف قريب من تعريف الفقهاء ، والقانون يُقرّر أن الشيء المعار يجب أن يكون غير قابل للاستهلاك ، وهو ما عبر عنه الفقهاء بقولهم: «تمليك المنفعة». أما أحكام حفظ العارية فجاءت في المواد الآتية: المادة (٦٤١) مصري والمادة (٦٠٧) سوري والتي تنص على:

١ - على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد.

٢ - وفي كل حال يكون ضامناً لهلاك الشيء ، إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة ، وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئاً مملوكاً له أو الشيء المعار فاختر أن ينقذ ملكه.

المادة (٦٣٩) مصري والمادة (٦٠٥) سوري التي تنص على ما يأتي:

١ - ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقاً لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف. ولا يجوز له دون إذن المغير أن يتنازل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع.

(١) مغني المحتاج ، الشريبي: ٣٦٠/٢ ، ٣٦١. كشاف القناع ، البهوتي: ٧١/٤ .

وهذا يوافق مذهب الشافعية في عدم تضمين المستعير بالاستعمال الذي
تبيحه العارية.

المادة (٦٤٠) مصري والمادة (٦٠٦) سوري والتي تنص على ما يأتي :

١ - إذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير ، فليس له استردادها
وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة.

٢ - وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه ، على أن
يعيد الشيء إلى حالته الأصلية.

* * *

المبحث الرابع

التزام المرتهن بالمحافظة على العين المرهونة

تعريف الرهن:

للرهن في اللغة معنيان:

الأول: الحبس مطلقاً. قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المذثر: ٣٨]. أي محبوسة بوزر أفعالها.

والثاني: الثبات والدوام ، قال الشاعر:

الخبز واللحم لهم راهن وقهوة راووقها^(١) ساكب
ومنه قولنا: ماء راهن أي راكد ، ويقال: رهن بالمكان ، أي أقام فيه
ويقال: نعمة راهنة أي ثابتة. والأصح قولنا: رهن الشيء لا أرهنت ،
ولا يقال: أرهنت إلا في شاذ اللغة^(٢).

اصطلاحاً: عَرَّفَه الفقهاء بأنه: «حس شيء مالي بحق يمكن استيفاءه
منه كالدين حقيقة أو حكماً».

حقيقة: هو دين واجب ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط.

(١) الراووق: مصفاة الإبريق.

(٢) لسان العرب ، ابن منظور: ١٣/١٩٠. جواهر العقود ، الأسيوطي: ١/١٢٢.
المغني ، ابن قدامة: ٤/٢٣٤. تفسير القرطبي: ٣/٤٠٩.

حكماً: كالأعيان المضمونة بالمثل أو القيمة^(١).

وعرّفه القانون المدني بأنه: «سلطة تثبت للدائن بمقتضى عقد على عين معينة تخوله بأن يستوفي حقه من ثمن هذه العين ، أو أي مقابل نقدي لها بالأولوية على الدائنين العاديين»^(٢).

مشروعية الرهن:

١ - من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهْنَ مَقْبُوضَةً﴾ [البقرة: ٢٨٣]. وهذا أمر على سبيل الإرشاد والتدب لا على سبيل الوجوب.

٢ - من السنة: روى أبو هريرة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «الرهن يُركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدرُّ يُشرب بنفقته إذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»^(٣). وغير ذلك من الأحاديث.

٣ - من الإجماع: فلا خلاف بين الفقهاء على جواز الرهن منذ القديم وحتى الآن^(٤).

حكمة مشروعيته:

عندما يفتقر الإنسان إلى المال يحتاج للاستدانة من غيره ، لذلك شرع الله تعالى «المداينة» لتحقيق مصالح الناس ورفع الحرج عنهم ، ولنفس السبب شرع الإسلام «التوثيقات» تأكيداً للثقة بين الناس في ميدان التعامل ، وتنشيطاً للحركة التجارية والاقتصادية بوجه عام ، ليضمن المتعامل إلى

(١) رد المحتار ، ابن عابدين: ٢٠٧/٥ ، ٢٠٨ . الهداية ، المرغيناني: ٤٦٦/٤ . انظر: المبدع ، ابن مفلح: ٣١٢/٤ . المغني ، ابن قدامة: ٢٣٦/٤ . شرح زبد ابن رسلان ، محمد الأنصاري: ١٩٣/١ . الفواكه الدواني ، أحمد بن غنيم: ١٥٠/٢ .

(٢) أحكام الضمان العيني والشخصي ، عبد نايل ، ص ١٨٢ .
(٣) أخرجه البخاري ، كتاب: الرهن ، باب: الرهن مركوب ومحلوب ، رقم (٢٣٧٧): ٨٨٨/٢ .

(٤) الإجماع ، النيسابوري ، ص ٩٦ . انظر: الهداية ، المرغيناني: ٤٦٦/٤ .

نتيجة تعامله ، وصون ماله ، خشية الجحود ، أو الضياع بالنسيان أو الموت المفاجيء ، فكان الرهن أهم وثيقة شرعها الإسلام لذلك^(١).

المحافظة على العين المرهونة في الفقه الإسلامي :

يترتب على المرتهن بعد حيازته للعين المرهونة وقبضها ، أن يحفظها بنفسه أو بوساطة أمينه ، كزوجه أو ولده أو خادمه ، فإذا دفع الرهن لغير هؤلاء ضمن إذا هلك بذلك. وعلى المرتهن أن يبذل في المحافظة على العين المرهونة كعناية الرجل المعتاد ، لا ما يبذله في حفظ أمواله الخاصة كما قال الحنفية ، إذ نصت المادة (٨٩٣) من مرشد الحيران أنه : « يجب على المرتهن أن يعتني بحفظ الرهن كاعتنائه بحفظ ماله ».

والراهن هو الذي يتحمل نفقات المرهون باتفاق الفقهاء ، لأن النفقة من مؤن الملك ومؤن الملك على الراهن ، وذلك استناداً إلى حديث النبي ﷺ : « لا يغلّق الرهن من راهنه له غنمه وعليه غرمه »^(٢).

والنفقة التي تجب على الراهن ، هي النفقة اللازمة لبقاء عين الرهن والمحافظة على قيمته ، ومن أمثلة ذلك طعام المرهون وكسوته إن كان محتاجاً للطعام ، وعمارة العقار وترميم خرابه ، وأجرة الزرع والأشجار ، وتلقيح النخل وأجرة جذاده ، وأجرة رعي الماشية المرهونة^(٣).

وكل ما كان مطلوباً لحفظ الرهن أو لرده إلى يد الراهن أو لرد جزء منه فهو على المرتهن ، مثل أجرة الحافظ ، وأجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن ، لأن الإمساك حق له والحفظ واجب عليه ، فيكون بدله عليه وهذا ظاهر الرواية عند الحنفية. وخالف أبو يوسف فجعل أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لأنه سعى في توقيته^(٤).

(١) الفقه الإسلامي المقارن ، محمد فتحي الدريني ، ص ٦٤٣ .

(٢) سيأتي تخريجه ، ص ٢٤٦ .

(٣) الهداية ، المرغيناني : ٤/٤٧١ . المذهب ، الشيرازي : ١/٣١٤ . إعانة الطالبين ،

الدمياطي : ٣/١٠٧ . المغني ، ابن قدامة : ٤/٢٧٩ . وما بعدها .

(٤) الهداية ، المرغيناني : ٤/٤٧١ . رد المحتار ، ابن عابدين : ٥/٣١٤ .

موقف القانون:

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أحكام حفظ المرهون ، فالمادة (١١٠٣) مدني مصري تقرر وجوب عناية المرتهن بالعين المرهونة عناية الشخص المعتاد فتتص على ما يأتي: «إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ، فعليه أن يبذل في حفظه وصيانتة من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، وهو مسؤول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه».

وتقدير ما إذا كان المرتهن قد بذل عناية الشخص المعتاد من عدمه يرجع لقاضي الموضوع عند المنازعة ، لأن مضمون هذا الالتزام يختلف باختلاف الأحوال والظروف^(١).

والب في كون العناية هي عناية الرجل المعتاد ، أن المرتهن لا يعمل لمصلحته فقط وإنما يعمل لمصلحة الراهن أيضاً^(٢).

وعلى ذلك إذا كان المرهون حيواناً ، وجب على المرتهن أن يقوم بتغذيته وعلاجه ، وإذا كان المرهون أرضاً زراعية وجب على المرتهن زراعتها وريها ونزع الحشائش الضارة منها وإذا كان المرهون بناء التزم بصيانتة عن طريق ترميمه وتقوية أعمدته وسد الثقوب التي تظهر به.

وإذا كان المرهون آلة ميكانيكية وجب عليه تنظيفها وتشحيمها ووضعها في مكان ملائم ، كما يجب على المرتهن أيضاً سداد الضرائب والتكاليف المستحقة على المرهون ، ويجب عليه أن يخطر الراهن إذا كان المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف.

وفي هذه الحالة يجوز للراهن استرداد المرهون إذا قَدَّم تأميناً آخر يراه القاضي كافياً.

والقاعدة في القانون المدني أن جميع النفقات التي ينفقها المرتهن في

(١) أحكام الضمان العيني والشخصي ، عيد نايل ، ص ٢٦٦.

(٢) المرجع السابق. نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٧٢

حفظ المرهون وصيانيته تقع على عاتق الراهن ، وقد نص القانون على حسم هذه النفقات من ريع المال المرهون. المادة (١١٠٤) مصري^(١).

وعلى ذلك فالراهن هو الذي يتحمل نفقة المرهون سواء في الفقه الإسلامي أم القانون المدني.

جزاء إخلال المرتهن بالتزامه بالحفظ :

يُسأل المرتهن عن هلاك المرهون أو تعييبه ، لأنه مسؤول عن حفظ المرهون ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب غالب ، لا يد له فيه ، ولا تقصير منه .

وقد اختلف الفقهاء في تفصيل ذلك بناء على اختلافهم في يد المرتهن هل هي يد أمانة أو يد ضمان ؟ .

اتفق الفقهاء على أن المرهون يكون مضموناً على الراهن قبل أن يقبضه المرتهن لأنه ملكه وتحت يده ، أما إذا قبضه المرتهن فقد اختلف الفقهاء في ذلك بناء على اختلافهم في صفة يد المرتهن .

الرأي الأول: ذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى أن يد المرتهن يد أمانة ، لا يضمن هلاك الرهن إلا بالتعدي أو التقصير في الحفظ ، كأن امتنع المرتهن من رد الرهن بعد سقوط الدين والمطالبة^(٢) .

لكن المالكية فرقوا بين ما لا يغاب على المرتهن مثل الحيوان والعقار مما لا يخفى هلاكه وبين ما يغاب عليه - يمكن تغييبه وإخفاؤه وكتمه - من العروض كالثياب والحلي والكتب وغير ذلك .

فقالوا هو ضامن فيما يغاب عليه بشرطين:

(١) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٧٢ .

(٢) بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢٠٨/٢ . حاشية الدسوقي: ٢٥٤/٣ . روضة الطالبين ، النووي: ٩٦/٤ . التنبيه ، الشيرازي: ١٠١/١ . حواشي الشرواني: ٦٧/٥ . إعانة الطالبين: ١٠١/٣ . مغني المحتاج: ١٨٧/٢ . المغني ، ابن قدامة: ٢٨٢/٤ . المحلى ، ابن حزم: ٩٧/٨ .

١ - أن تقوم بينة على أن هلاكه كان بغير سببه فلا يضمه .

٢ - أن يكون بيده وفي حيازته بحيث تجول يده فيه سراً .

وهو مؤتمن فيما لا يغاب عليه^(١) .

والواجب في الضمان رد المثل إن كان مثلياً وقيمته يوم استهلك إن كان قيمياً^(٢) .

ودليل المالكية في هذا التفريق هو الاستحسان . قال ابن رشد : «ومعنى ذلك أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ولا تلحق فيما لا يغاب عليه ، وقد اختلفوا في معنى الاستحسان الذي يذهب إليه كثيراً ، فضعفه قوم ، وقالوا : إنه مثل استحسان أبي حنيفة وحددوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك : هو جمع بين الأدلة المتعارضة وإذا كان كذلك فليس هو قول بغير دليل»^(٣) .

ودليل الجمهور على هذا الرأي هو حديث أبي هريرة رضي الله أن النبي ﷺ قال : «لا يغلق الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه»^(٤) .

(١) القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ٢١٣ . اختلاف العلماء ، المروزي : ١/٢٦٨ .
الفواكه الدواني : ٢/٢٣٣ . وهذه التفرقة بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه عند المالكية تنطبق على باب العواري وضمان الصناعات والمبيع بخيار ونفقة المحضون إذا دفعت للحاضنة والصدقات إذا دفع للمرأة وحصل فسخ أو طلاق قبل الدخول وما يبدد الورثة إذا طرأ دين أو وارث آخر والمشتري من غاصب ولم يعلم بغصبه والسلعة المحبوسة للثمن أو للإشهاد . حاشية الدسوقي : ٣/٢٥٤ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٣/٢٥٣ . انظر : الحيازة في العقود ، د . نزيه حامد ، ص ٢٢٣ .

(٣) بداية المجتهد ، ابن رشد : ٢/٢٠٩ . فصول من الفقه الإسلامي ، د . محمد فوزي فيض الله ص ٣٨٣ .

(٤) أخرجه البيهقي في سننه ، كتاب : الرهن ، باب : الرهن غير مضمون ، رقم (١١٠٠٣) : ٦/٤٠ . والدارقطني ، كتاب : البيوع ، رقم (١٢٦) : ٣/٣٢ . قال في الممترك : «حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه» : ٢/٥٨ .

ومعنى (له غنمه وعليه غرمه) أي للراهن غنمه: سلامته وزيادته ،
وغرمه: عطبه ونقصه .

قال الشافعي رضي الله عنه في كتابه الأم بعد أن ساق الحديث السابق :
«وبهذا نأخذ وفيه دليل على أن جميع ما كان رهناً غير مضمون على
المرتهن ، لأن رسول الله ﷺ إذا قال: الرهن من صاحبه الذي رهنه ، فمن
كان منه شيء فضمائه منه لا من غيره ، ثم زاد فأكد له فقال: «له غنمه
وعليه غرمه ، وغنمه سلامته وزيادته ، وغرمه عطبه ونقصه ، فلا يجوز فيه
إلا أن يكون ضمائه من مالكة لا من مرتته»^(١).

وكذلك استدلل الجمهور بأن الرهن مقبوض بعقد واحد ، وبعضه أمانة
وهو الزائد على الدين في بعض صور الرهن ، فينبغي أن كله أمانة كما هو
الشأن في الوديعة^(٢).

الرأي الثاني: للحنفية:

قالوا: ينتقل ضمان الرهن إلى المرتهن بالقبض. فإن هلك كان مضموناً
على المرتهن بالأقل من قيمته يوم قبضه ومن الدين. فإن كان الدين مئة ،
وقيمة الرهن مئة ، فلا يرجع أحدهما على الآخر بشيء ، وإن كانت قيمته
مئة وأربعين ، فإن قيمة الزائد لا تضمن بل تكون أمانة في يده .

وهذا هو معنى قولهم: إن يد المرتهن يد أمانة بالنسبة لعين مال
المرهون ، ويد استيفاء أو ضمان بالنسبة لمالية المرهون فيما يقابل الدين
من مالية المرهون .

وإن استهلك الرهن المرتهن أو الأجنبي ، كان ضمائه على المرتهن
بقيته يوم قبضه ، لأنه مضمون عليه بالقبض السابق ، ويرجع المرتهن على
الأجنبي إن أتلفه بقيته يوم التلف .

ودليل الحنفية على رأيهم ما يلي:

(١) الأم ، الشافعي: ١٦٧/٣ .

(٢) المغني ، ابن قدامة: ٢٨٣/٤ .

١ - ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «الرهن بما فيه»^(١).

٢ - ما روي أن رجلاً رهن بدين عند رجل فرساً بحق له عليه ، فنفق الفرس عنده ، فطالبه المرتهن بحقه ، فاختصما إلى رسول الله ﷺ فقال عليه الصلاة والسلام: «ذهب حقك»^(٢).

٣ - إجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفيته .

٤ - ولأن المرتهن جعل مستوفياً للدين عند هلاك الرهن ، فلا يملك الاستيفاء ثانياً ، لأن ذلك يؤدي إلى الربا .

وبناء على رأي الحنفية كان الجواب على السؤال الآتي :

إذا قامت مؤسسة ببيع بضاعة بثمن آجل ، وأرادت أن تحتفظ بهذه البضاعة لديها كضمان إلى أن يسدد المشتري كامل القيمة فهل هذا جائز شرعاً؟ .

الجواب: يجوز إذا اتفق الطرفان على ذلك . ويُعتبر ذلك تنازلاً من المشتري عن حقه في التسلم الفوري للمبيع بموجب تأجيل الثمن ، وتعتبر البضاعة ضماناً بالثمن (رهناً) ، فإن هلكت تكون من حساب البائع المرتهن

(١) رواه ابن أبي شيبة عن الحسن مرسلًا ، رقم (٢٢٧٨٨) : ٥٢٤/٤ . وعبد الرزاق مرسلًا ، رقم (١٥٠٣٧) : ٢٣٨/٨ . وأخرجه البيهقي ثم قال: تفرد به حسان بن إبراهيم الكرماني وهو منقطع بين عمرو بن دينار وأبي هريرة : ٤٠/٦ . ورواه الدارقطني عن حميد عن أنس أن النبي ﷺ قال: الرهن بما فيه . ثم قال: لا يثبت هذا عن حميد وكل من بينه وبين شيخنا ضعفاء : ٣٢/٣ . وروي هذا القول عن ابن عمر وعن علي بن أبي طالب من طرق كلها ضعيفة . اختلاف العلماء ، المروزي : ٢٧٠/١ .

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة مرسلًا ، كتاب: البيوع ، باب: في الرجل يرهن الرجل فيهلك ، رقم (٢٢٧٨٥) : ٥٢٤/٤ . رواه ابن حزم عن مصعب بن ثابت عن عطاء ثم قال: هذا مرسل ومصعب بن ثابت ليس بالقوي . المحلى : ٩٩/٨ . والحديث المرسل يحتج به عند الحنفية لذلك قالوا: لولا أن الحديث ثابت ما رفعه التابعي إلى رسول الله ﷺ . نخبه الفكر ، ابن حجر ، ص ٨٠ . وأخرجه أبو داود عن عطاء في المراسيل ، باب: ما جاء في الرهن ، رقم (١٨٨) : ١٧٢/١ .

بالأقل من قيمتها ومن الدين ، وذلك لأن يد المرتهن على الرهن يد ضمان ، والله أعلم .

الترجيح :

بعد النظر في الأدلة أرى أن مذهب جمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والحنابلة) أزجج ، لصحة احتجاجهم بالحديث ، وصراحته بأن تبعة هلاك المرهون على الراهن لا على المرتهن ، وأما أدلة الحنفية من الأحاديث فلا تخلو من ضعف ، وقد تكلم بها علماء الحديث وحكموا عليها بالإرسال ، وأما قولهم : إن المرتهن أمين فيما فضل من قيمة الرهن على قيمة الدين ، فهو رأي بلا دليل وما هو (كما يقول ابن حزم) إلا أمين في الكل أو غير أمين في الكل^(١) . وكذلك تفريق المالكية بين ما يغاب عليه ، وما لا يغاب هو تفريق بغير دليل^(٢) . ومما يؤيد مذهب الجمهور ما قاله القرطبي عند تفسير قوله تعالى : ﴿ فَرَهْنٌ مَّقْبُوضَةٌ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] . قال : المسألة الثانية عشر . . قال الشافعي : منفعة الرهن للراهن ونفقتة عليه ، والمرتهن لا يتنفع بشيء من الرهن خلا الاحتفاظ للوثيقة . وهو أولى الأقوال وأصحها بدليل قوله عليه الصلاة والسلام : « لا يخلق الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه »^(٣) .

عبء إثبات التعدي :

يرى جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) أنه يجب على الراهن إثبات تعدي المرتهن أو تفريطه في حفظ المرهون ، فإن لم يثبت الراهن ذلك فلا ضمان على المرتهن ، لأن الراهن هو المدعي ، والقاعدة الفقهية : « أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر »^(٤) .

(١) المحلي ، ابن حزم : ٩٨/٨ .

(٢) المرجع السابق : ٩٧/٨ .

(٣) تفسير القرطبي : ٤٠٤/٣ . والحديث سبق تخريجه ص ٢٤٦ .

(٤) البدائع ، الكاساني : ١٧٤/٦ . مغني المحتاج ، الشرييني : ١٣٨/٢ . كشف

القناع ، البهوتي : ١٨٨/٣ .

وفرق المالكية بين ما يغاب وما لا يغاب ، أما ما يغاب عليه من الرهن ، كالحلي والثياب والكتب والمتاع ففيه يقع عبء الإثبات على المرتهن ، فإذا ادعى المرتهن هلاك ما يغاب عليه بسبب أجنبي عنه فإنه لا يُصدق في دعواه دون بينة .

وأما ما لا يغاب عليه ، كالدور والحيوان والسفينة وغيرها مما يظهر هلاكه ويَسْهُلُ على الراهن إثبات تعدي المرتهن عليه أو تقصيره في حفظه ، فلا يضمن المرتهن إلا إذا قدم الراهن البينة على تعديه أو تقصيره^(١) .

ومعنى ذلك أن المذهب المالكي جعل التزام المرتهن في حالة الرهن الذي يغاب عليه التزاماً بتحقيق نتيجة ، على عكس حالة الرهن الذي لا يغاب عليه فجعله التزاماً ببذل عناية ، واعتبر الجمهور التزام المرتهن بالحفظ ببذل عناية بصفة عامة^(٢) .

موقف القانون :

في القانون المدني إذا أخل المرتهن بالتزامه بحفظ المرهون ، فإنه يكون مسؤولاً في مواجهة الراهن عن هلاك المرهون أو تلفه . والمرتهن يُسأل عن الهلاك أو التلف الذي يصيب المرهون دون حاجة إلى إثبات تقصير في جانبه ، بل أوجب عليه القانون إذا أراد أن يتخلص في المسؤولية أن يثبت أن الهلاك أو التلف كان بسبب أجنبي لا يد له فيه .

ومن ثم فإن التزام المرتهن التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية ، كما ذهب إلى ذلك جمهور فقهاء الإسلام . والسبب في ذلك أنه لو كان التزام المرتهن التزاماً ببذل عناية ، لكان يكفي إثبات أنه بذل عناية الشخص العادي حتى يتخلص من المسؤولية^(٣) .

(١) بداية المجتهد ، ابن رشد : ٢٠٩/٢ .

(٢) أحكام الضمان العيني والشخصي ، عيد نايل ، ص ٢٧٠ .

(٣) المرجع السابق : ص ٢٦٩ .

كيفية ضمان المرتهن:

١ - عند جمهور الفقهاء:

إذا هلك الرهن بلا تعد أو تقصير فلا يضمنه المرتهن عند الشافعية والحنابلة. ولا يسقط شيء من الدين بتلف المرهون في هذه الحالة. فإن تعدى المرتهن ضمن، كأن يسافر بالرهن، أو يمتنع عن رده للراهن بعد سقوط الدين والمطالبة^(١).

وفرق المالكية بين ما يغاب على المرتهن وما لا يغاب عليه، فيضمن المرتهن عنده إن كان الرهن بيده لا بيد أمين وكان مما يغاب عليه كحلي وسلاح. من كل ما يمكن إخفاؤه وكتمه ولم تشهد بينة أو شاهد مع يمين بحرقه أو سرقة أو تلفه (من غير تعد ولا تقصير)، لأن الضمان للثمة فيضمن مع الشروط المذكورة، والضمان يكون بالقيمة بالغة ما بلغت، ويسقط الدين حينئذ إن كان مساوياً للرهن.

أما ما لا يغاب عليه كالحيوان والعقار فهو أمانة كما قال الشافعية والحنابلة^(٢).

وضمن الرهن عند الجمهور في حال التعدي هو بالمثل إن كان مثلياً وبالقيمة إن كان قيمياً^(٣).

أما وقت تقدير القيمة فذكر المالكية قولين: تقدير القيمة يوم الضياع قول ويوم الارتهان قول آخر.

٢ - عند الحنفية:

الرهن مضمون عندهم بالأقل من قيمته ومن الدين، فإذا هلك في يد المرتهن وقيمه والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه، وإن كانت قيمة الرهن أكثر فالفضل (الزيادة) أمانة في يده لأن المضمون بقدر ما يقع به

(١) مغني المحتاج، الشرييني: ١٨٧/٢. المغني، ابن قدامة: ٢٨٢/٤.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢٥٤/٣.

(٣) مغني المحتاج، الشرييني: ١٨٧/٢. المرجع السابق: ٢٥٣/٣.

الاستيفاء وذلك بقدر الدين ، فإن كانت قيمة الرهن أقل من الدين سقط من الدين بقدره ، ورجع المرتهن بالفضل لأن الاستيفاء بقدر المالية^(١).

واشترط الحنفية لضمان المرهون بالكيفية السابقة ما يلي^(٢):

١ - قيام الدين أي وجوده عند هلاك المرهون ، فإذا سقط الدين قبل الرهن من غير عوض بالإبراء أو بالوفاء ونحوهما ثم هلك الرهن في يد المرتهن فلا ضمان عليه ، لأنه أمانة في يده ويهلك على الراهن بغير شيء .

٢ - أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن ، أي: يكون هلاك الرهن في يد المرتهن أو في يد العدل ، وفي حال قبضه على حكم الرهن ، فإن لم يكن كذلك وهلك المرهون في يد الراهن أو في يد غاصبه ، لم يهلك هلاك الرهن وإنما يهلك على ضمان الراهن إذا كان في يده ، أو على ضمان الغاصب إذا هلك في يده ، لأن المرهون إنما صار مضموناً بالقبض فإذا خرج عن قبض الرهن لم يبق مضموناً.

وإذا أذن الراهن للمرتهن في الانتفاع بالرهن ، فهلك حال انتفاعه به ، بناء على الإذن ، فإنه يهلك أيضاً هلاك الأمانة ، ولا يسقط بهلاكه شيء من الدين ، لأنه لم يهلك في قبض الرهن ، وإنما هلك في قبض العارية .

أما إذا هلك قبل أن يبدأ انتفاعه به ، أو بعد انتهائه ، فإنه يهلك هلاك الرهن ، لأنه هلك في قبض الرهن .

وكذلك لو أعاره أحدهما بإذن الآخر الأجنبي ، فهلك عنده ، هلك هلاك العارية وسقط الضمان ، وإن أودعه المرتهن لدى الراهن ، فهلك في يده ، لم يسقط شيء من الدين بهلاكه ، لانتقاض قبض الرهن برده إلى الراهن وخروجه من ضمان المرتهن .

٣ - أن يكون المرهون مقصوداً بالرهن ، فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن أو ما هو في حكم المتولد ، كالولد والثمر واللبن والصوف ونحوها

(١) الهداية ، المرغيناني: ٤/٤٦٨ .

(٢) البدائع ، الكاساني: ٦/١٥٥ . ما بعدها .

مضمونة إذا هلك ، لأنها أمانة ، ولأن الزيادة لم تدخل في الرهن إلا تبعاً للأصل والمرهون تبعاً لا حصة له من الضمان إلا إذا صار مقصوداً بفكاك الرهن .

الترجيح :

والراجح هو مذهب الشافعية والحنابلة أن الرهن إذا هلك بلا تعد ولا تقصير لا يضمه المرتهن ، لأن الرهن ملك للراهن له غنمه وعليه غرمه - كما مر في الحديث - ، أما التفريق بين ما يغاب وما لا يغاب فليس له دليل عند المالكية ، كذلك قول الحنفية أن الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن قيمة الدين عند الحنفية قول بلا دليل ، فهو أمين في الكل أو غير أمين في الكل .

ضمان استهلاك الرهن :

اتفق الفقهاء على أن استهلاك الرهن يوجب ضمانه ، وعلى أن قيمة الضمان تحل محل الرهن بدل عن العين المرهونة . واختلفوا في تحديد الخصم المطالب بالضمان وتعيين وقت تقدير القيمة .

فقد قال الحنفية : إذا استهلك الراهن الرهن ضمن قيمته إن كان قيماً ومثله إن كان مثلياً ، لأنه حق مضمون عليه بالإتلاف وتصبح قيمة الضمان رهناً في يد المرتهن لقيامه مقام العين .

فإن استهلكه أجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه ، فيأخذ القيمة وتكون رهناً في يده ، لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا في استرداد ما قام مقامه . . . والواجب على المستهلك قيمته يوم هلك (أُتلف) ، فإن كانت قيمته يوم استهلكه خمسمئة ويوم رهن ألفاً غرم خمسمئة وكانت رهناً ، وسقط من الدين خمسمئة وصار الحكم في الخمسمئة الزيادة كأنها هلكت بأفة سماوية ، والمعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكك لأن المرهون دخل في ضمانه من يوم قبضه^(١) .

(١) الهداية ، المرغيناني : ٤٨٩/٤ . رد المحتار ، ابن عابدين : ٣٢٨/٥ .

وقال الشافعية والحنابلة: يضمن المتعدي على الرهن قيمته أو مثله وقت التعدي ، ويكون البديل رهناً مكانه ولو لم يقبض المرتهن البديل ، ويظل المرتهن صاحب امتياز على سائر الغرماء في مقدار الرهن من تركه المتعدي .

والخصم في اقتضاء بدل الرهن هو الراهن ، لأنه المالك أو المعير للمرهون ، ولأنه المالك للرقبة والمنفعة ولكن يقبض البديل من كان الأصل في يده من مرتهن أو عدل .

فإن لم يخاصم الراهن لم يخاصم المرتهن وإن تعلق حقه بما في الذمة لأنه غير مالك^(١) .

وقال المالكية: يضمن المتعدي على الرهن قيمته أو مثله يوم التعدي (الإتلاف) ، سواء أكان المتعدي أجنبياً أم الراهن إن لم يأت برهن مثل الأول . فإن كان المرتهن هو المتعدي على الرهن ، فيضمن قيمته يوم إتلافه (تغيبه) وقيل يوم ارتهانه^(٢) .

تصرف المرتهن بالرهن :

لا يجوز للمرتهن باتفاق الفقهاء أن يتصرف في الرهن بغير إذن الراهن ، لأن حق الراهن قائم في عين الرهن فهو ملكه ، وحق المرتهن ثابت في ماليته ، فله حبه لوفاء الدين فقط . أما تفصيل المذاهب فهو ما يأتي :

قال الحنفية: ليس للمرتهن أن يتصرف بالرهن بغير إذن الراهن ، لأنه تصرف فيما لا يملك ، إذ لا حق له إلا في حبس المرهون ، فإن تصرف بغير إذنه بالبيع أو الهبة ، أو الصدقة أو الإعارة ، ونحوها ، كان تصرفه موقوفاً على إجازة الراهن ، إن أجازته نفذ وإلا بطل ، لكن إن أجره

(١) مغني المحتاج ، الشربيني : ١٨٧/٢ - ١٨٩ . المبدع ، ابن مفلح : ٢٤١/٤ .

(٢) حاشية الدسوقي : ٢٤٤/٣ و ٢٤٥ .

المرتهن بلا إذن ، فالأجرة له ، وإن كان يأذن فالأجرة للمالك الراهن وبطل الرهن^(١) .

وقال المالكية كالحنفية: لا يجوز تصرف المرتهن في الرهن بغير إذن الراهن ، لأنه تصرف فيما لا يملك ، فإن تصرف فيه بغير إذنه بيعاً أو هبة أو إجارة أو إعارة ، كان موقوفاً على إجارة الراهن ، كتصرف الفضولي عندهم^(٢) .

وإن تصرف بإذن الراهن نفذ ، وبطل رهنه إذا كان التصرف بيعاً أو هبة أو إجارة أو إعارة لمدة تمتد إلى ما بعد حلول أجل الدين . أما إذا كانت مدتها تنتهي قبل حلول الدين فلا يبطل الرهن ، ويسترده المرتهن بعد انتهاء مدتها .

وقال الشافعية والحنابلة: ليس للمرتهن أن يتصرف في الرهن بغير إذن الراهن ، لأنه ليس ملكاً له ، فإن أقدم على التصرف كان تصرفه باطلاً ، ولا يبطل الرهن . أما إذا تصرف بإذن الراهن فتصرفه ينفذ ، ويبطل الرهن إن كان تمليكاً ، ولا يبطل الرهن إن كان إجارة أو إعارة ، سواء أكان التصرف للراهن أم لغيره^(٣) .

* * *

(١) البدائع ، الكاساني: ١٤٦/٦ .

(٢) حاشية الدسوقي: ٢٤٢/٣ .

(٣) مغني المحتاج ، الشربيني: ١٧٧/٢ . المغني ، ابن قدامة: ٢٧٨/٤ .

المبحث الخامس

التزام الوكيل بحسن إدارة أعمال الموكل

أولاً: التعريف والمشروعية:

الوكالة لغة تعني: التفويض والحفظ والرعاية^(١).

وشرعاً: عرفها الشافعية بأنها: «تفويض شخص لغيره ما يفعله عنه في حياته مما يقبل النيابة»^(٢). ويخرج من التعريف الإيصاء لأنه يتعلق بما بعد الموت وهذا معنى قولهم: «في حياته» وتعريف جمهور الفقهاء قريب من هذا التعريف^(٣).

وبذلك تتفق كلمة الفقهاء على أن الوكالة هي: تفويض شخص غيره في بعض شؤونه أو كلها بشروط معينة^(٤).

(١) لسان العرب، ابن منظور: ٢٦١/٤. تهذيب الأسماء واللغات، النووي: ١٩٥/٢.

(٢) مغني المحتاج، الشربيني: ٢٩٤/٢. كفاية الأخيار، الحسيني الحصري، ص ٣٢٦.

(٣) رد المحتار، ابن عابدين: ٤٠٠/٤. المبسوط، السرخسي: ٢/١٩. تبين الحقائق، الزيلعي: ٤٢٥/٤. مواهب الجليل، الخطاب: ١٨١/٥. منتهى الإرادات، البهوتي: ٣٠٠/٢. كشف القناع، البهوتي: ٤٦/٣. الروض المربع، البهوتي، ص ٣٠٥.

(٤) انظر: الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة للمؤلف، ص ١٨ - ٢٠.

ولا يخرج تعريف القانون المدني عن هذا المعنى فالوكالة قانوناً هي :
«عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل». المادة (٦٩٩) مدني مصري تقابلها المادة (٦٦٥) مدني سوري .

مشروعيتها:

أ- من القرآن: استدلووا بقوله تعالى: ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْمَعْمِلِينَ عَلَيْهَا ﴾ [التوبة: ٦٠] . قال القرطبي في قوله تعالى: ﴿ وَالْمَعْمِلِينَ عَلَيْهَا ﴾: أي الذين يبعثهم الإمام لتحصيل الزكاة بتوكيلهم على ذلك^(١) .

ويقوله تعالى: ﴿ فَأَبْعَثُوا حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا ﴾ [النساء: ٣٥] . على أساس أن هذا الحَكَم وكيل عن الزوج أو الزوجة كما قرر ذلك الطبري وكثير من المفسرين^(٢) .

ب - من السنة: استدلل الفقهاء بأحاديث كثيرة منها:

عن جابر بن عبد الله قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيت رسول الله ﷺ فقلت له: إني أريد الخروج إلى خيبر ، فقال: «انت وكيلي فخذ منه خمسة عشر وسقاً فإن ابتغى منك آية فضع يدك على تَرْفُوتِهِ»^(٣)،^(٤) .

(١) الجامع لأحكام القرآن ، القرطبي: ١٦٥/٨ . الجامع لأحكام القرآن ، ابن العربي: ٥٢٤/٢ .

(٢) تفسير الطبري: ٣٢٨/٨ . الكشف ، الزمخشري: ٥٠٨/١ .

(٣) الترقوة: هي العظم الذي بين ثغرة النحر والعاتق وهما عظامان ، وقيل: مقدم الخلق في أعلى الصدر حيث يرقى فيه النفس . معالم السنن على أبي داود: ٤٨/٤ . المعجم الوسيط ، ص ٨٨ .

(٤) الحديث أخرجه أبو داود ، كتاب: الأفضية ، باب: في الوكالة ، رقم (٣٦٣٢) : ٣١٤/٣ . قال ابن حجر في التلخيص: ٥١/٣ . والشوكاني في نيل الأوطار: ٢٨٨/٥ : «أخرجه أبو داود عن وهب بن كيسان بسند حسن» وأخرجه الدارقطني ، باب: الوكالة ، بزيادة قال جابر: «فلما وليت دعاني ، فقال لي: خذ ثلاثين وسقاً فوالله ما لآل محمد بخير تمر غيرها» : ١٥٥/٤ .

ثانياً: حال المقبوض في يد الوكيل:

اتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل أمانة بمنزلة الوديعة ونحوها ، لأن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه وهو لا يلزم ضمان ما بيده فكذاك الوكيل ، ولأن الوكالة عقد إرفاق ومعونة وفي تعلق الضمان بها يخرج عن مقصود الإرفاق والمعونة فيها^(١).

وعلى ذلك لا يضمن الوكيل ما تلف في يده بلا تعد بشرطين:

الأول: الالتزام بحدود الوكالة سواء كانت مُصَرَّحاً بها في العقد أم جرى بها العرف.

الثاني: الالتزام بالقواعد الشرعية في الشيء الموكل عليه فيحفظه مثلما يحفظ ماله ، فإن تعدى أو فَرَط فيه كان ضامناً له ، وليس للموكل أن يشترط على الوكيل الضمان سواء تعدى أم لم يتعد.

والسبب في ذلك منافية هذا الشرط لعقد الوكالة ، فلو شرط الموكل على الوكيل الضمان فلا ضمان على الوكيل لأنه أمين والشرط لاغ ، ولأنه ينافي مقتضى العقد^(٢). واتفق الفقهاء على أن الوكيل لا يضمن إلا إذا حدث منه تعد أو تفريط^(٣).

ثالثاً - تصرفات الوكيل بالبيع والشراء:

أولاً - الوكيل بالبيع:

الوكيل بالبيع إما أن يكون مطلق التصرف أو مقيد التصرف. فإن كان مقيد التصرف ، فيراعى فيه القيد بالاتفاق. فإذا خالف القيد ضمن ولم ينفذ على الموكل.

(١) البدائع ، الكاساني: ٣٤/٦. مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٥١.

المهذب ، الشيرازي ، ٣٥٧/١. مغني المحتاج ، الشربيني: ٣١١/٢. المغني ،

ابن قدامة: ٦٤/٥. شرح منتهى الإرادات ، البهوتي: ٣٠٨/٢.

(٢) كشف القناع ، البهوتي: ٤٨٦/٣.

(٣) المراجع السابقة.

أ - تقييد المكان والزمان :

فإذا وكله في البيع في مكان معين أو زمان معين لكون الثمن فيه أجود أو لكثرة الطالبين للسلعة أو لجودة النقد أو لصلاح أهله ، لم يجز للوكيل البيع في غيره ، لأنه قد يفوت غرض الموكل ، فإن فعل وسلم المبيع فالبيع باطل والوكيل ضامن باتفاق الفقهاء^(١).

ب - تقييد الثمن :

وإذا وكله بالبيع بمئة لم يجز أن يبيع بأقل منها ، لأنه مخالف للإذن ، لكن يجوز أن يزيد على المئة ، لأن المفهوم عرفاً منع النقص لا الزيادة ، وهذا أيضاً باتفاق الفقهاء^(٢).

الوكالة المطلقة في البيع :

إن كانت الوكالة بالبيع مطلقة للوكيل أن يبيع بأي ثمن كان عاجلاً أو آجلاً ، قليلاً أو كثيراً حتى بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة ، لأن لفظ الإطلاق يقتضي ذلك .

وقال صاحبان وجمهور الفقهاء وبرأي الصحابين يُفتى عند الحنفية : ليس للوكيل مها تطلق الحرية له أن يبيع بأقل من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس به من غير إذن الموكل فإن فعل ضمن ، أما البيع بما يتغابن الناس فيه عادة فجائز ، وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين ، وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فهو فاحش .

ويجري هذا الخلاف في صفة البيع نقداً أو نسيئة . فقال أبو حنيفة : يملك الوكيل البيع بالنقد والنسيئة لإطلاق الوكالة ، ومنع ذلك الصحابان

(١) حاشية الدسوقي: ٣٨١/٣. تكملة المجموع ، النووي: ١٢٠/١٤. الفتاوى الكبرى الفقهية ، ابن حجر ، ٨٥/٣. مغني المحتاج ، الشرييني: ٣٠٣/٢. المغني ، ابن قدامة: ٨١/٥. البدائع ، الكاساني: ٢٧/٦.

(٢) البدائع: ٢٧/٦. حاشية الدسوقي: ٣٨٢/٣. مغني المحتاج ، الشرييني: ٣٠٩/٢. المغني ، ابن قدامة: ٨٣/٥.

وجمهور الفقهاء ، فلا يملك الوكيل بالبيع إلا حالاً ، لأن الأصل في البيع الحلول وهذا هو المعتاد غالباً^(١) .

ثانياً: الوكيل بالشراء:

تصرف الوكيل بالشراء في الحكم مثل تصرف الوكيل بالبيع ، من التقيد بما يقيد به الموكل من ناحية الثمن وصنف المشتري ونوعه وصفته ، أو الإطلاق له إذا لم يكن هناك تقييد في الوكالة ، فإذا خالف الوكيل في شيء مما قيده به الموكل ، لم ينفذ عليه وضمنه الوكيل ووقع الشراء للوكيل ، وهذا باتفاق الفقهاء^(٢) .

الوكيل بالخصومة وصلاحيه القبض:

ومما يضمنه الوكيل قبض الدين وهو وكيل بالخصومة . والوكيل بالخصومة لا يملك القبض ، لأن الخصومة غير القبض ، ولأن الموكل رضي بخصومة وكيله ولم يرض قبضه .

وهذا قول الشافعية والحنابلة^(٣) وقول زفر من الحنفية خلافاً لجمهورهم وهم الذي أجازوا القبض مع الخصومة ، والفتوى كما قال صاحب الهداية على قول زفر لظهور الخيانة في الوكلاء ، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال^(٤) . وهو الراجح والله أعلم .

(١) حاشية الدسوقي: ٣/٣٨٢. مغني المحتاج ، الشريبي: ٢/٣٠٣. المغني ، ابن

قدامة ، ٥/٨٢. بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢/٢٢٧.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٦/٢٩. حاشية الدسوقي: ٣/٣٨٢. مغني المحتاج ، الشريبي: ٢/٣١٠. المغني ، ابن قدامة: ٥/٨٢. انظر: الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة ، المؤلف ، ص ٩٤.

(٣) المذهب ، الشيرازي: ١/٣٥١. تكملة المجموع ، النووي: ١٤/١١٤. المغني ، ابن قدامة: ٥/٦٢.

(٤) البدائع ، الكاساني: ٦/٢٥. رد المحتار ، ابن عابدين: ٤/٤١٢. الهداية ، المرغيناني: ٣/١٥٠.

الإبراء من الحق والمصالحة عليه للوكيل بالخصومة:

ومما يضمنه الوكيل الإبراء من الحق الموكل فيه والمصالحة عليه ،
لاتفاق الفقهاء أن الوكيل بالخصومة لا يملك ذلك للأسباب الآتية:

١ - إن الإذن في الخصومة لا يقتضي شيئاً من ذلك .

٢ - إن الوكيل بالخصومة مأمور بالمخاصمة وهي منازعة والصلح
مسالمة والأمر بالشيء لا يتناول ضده .

٣ - إن الصلح إما أن يكون بيعاً ولا يجوز بيعه إلا بإذن موكله ، وإما
أن يكون إبراء فلا يصح لأن الوكيل بعقد لا يملك عقداً آخر^(١) .
وهناك أحكام تتعلق بالضمان في عقد الوكالة منها^(٢):

١ - إذا اشترى الوكيل شيئاً ، وأخر تسليم الثمن لغير عذر ، فهلك في
يده ، فهو ضامن له لأنه مفرط في إمساكه^(٣) .

٢ - إذا قبض ثمن المبيع ، فهو أمانة في يده لا يلزمه تسليمه قبل طلبه
ولا يضمنه بتأخيرها ، فإن طلبه الموكل ، فأخر رده مع إمكانه فتلف ضمنه^(٤) .

٣ - إذا دفع الوكيل ديناً على الموكل ، ولم يشهد ، فأنكر الذي له
الدين القبض ، ضمن الوكيل لتفريطه بعدم الإشهاد^(٥) . وقيد الحنفية بأن
يكون الموكل قال له : لا تدفع إلا بشهود فدفع بغير شهود^(٦) .

٤ - إذا سلم الوكيل المبيع قبل قبض ثمنه ، ضمن قيمته للموكل^(٧) .

(١) رد المحتار ، ابن عابدين : ٤١٢/٤ . مواهب الجليل ، الخطاب ، ١٨٨/٦ .

المهذب ، الشيرازي : ٣٥١/١ . المغني ، ابن قدامة : ٦٢/٥ .

(٢) انظر : الموسوعة الفقهية الكويتية : ٢٨/٢٥٢ و ٢٥٢ .

(٣) كشف القناع ، البهوتي : ٤٨٢/٣ . المغني ، ابن قدامة : ٥٩/٥ .

(٤) المغني ، ابن قدامة : ٦٤/٥ .

(٥) حاشية الدسوقي : ٣٩٠/٣ . بداية المجتهد ، ابن رشد : ٢٢٧/٢ .

(٦) البحر الرائق ، ابن نجيم : ٥٢٥/٨ .

(٧) كشف القناع ، البهوتي : ٤٨١/٣ . روضة الطالبين ، النووي : ٣٠٩/٤ .

وكذا إذا وكله بشراء شيء ، أو قبض مبيع ، فإنه لا يسلم الثمن حتى يسلم المبيع . فلو سلم الثمن قبل تسلم المبيع وهلك المبيع قبل تسلمه ضمنه للموكل إلا بعذر^(١) .

٥ - للوكيل بالشراء نسيئة أن يحبس المبيع لاستيفاء الثمن عند الحنفية ثم :

أ - إن هلك المبيع قبل الحبس ، يهلك على الموكل ولا يضمن الوكيل .

ب - وإن هلك بعد الحبس ففيه تفصيل :

١ - يهلك بالثمن ، هلاك المبيع ، ويسقط الثمن عن الموكل في قول أبي حنيفة .

٢ - ويهلك بأقل من قيمته ومن الثمن ، عند أبي يوسف ، حتى لو كان الثمن أكثر من قيمته رجع الوكيل بذلك الفضل على موكله^(٢) .

واشترط الشافعية على الوكيل إذا باع إلى أجل ، أن يشهد وإلا ضمن^(٣) .

٦ - لو دفع وكيل البيع المبيع إلى الدلال فضاع في يده يضمن ، لأن الوكيل لا يملك التسليم قبل قبض الثمن . . . يقول ابن عابدين - رحمه الله - : «وينبغي تقييد ضمان وكيل البيع إذا دفع للدلال وغاب أو ضاع في يده بما إذا لم تكن العادة جارية في ذلك ، أما إذا كان شيئاً لا يبيعه الوكيل بنفسه بل يدفع في العادة إلى دلاله ليعرضه على البيع لا يضمن ، لأنه بمقتضى العادة يكون مأذوناً بذلك^(٤) .

(١) كشف القناع ، البهوتي : ٤٨١/٣ و ٤٨٢ .

(٢) الهداية ، المرغيناني : ١٤٠/٣ ، ١٤١ .

(٣) حواشي الشرواني : ٩٣/٦ .

(٤) تكملة رد المحتار ، ابن عابدين : ٢٠٥/٦ . القسم الأول .

موقف القانون:

يتفق القانون المدني مع الفقه الإسلامي في أحكام الوكالة.

فالوكالة المقيدة في القانون لا يجوز للوكيل تعدي القيد المحدد لها ، فجاء في المادة (٣/٧٠٢) مدني مصري تقابلها المادة (٣/٦٦٨) مدني سوري أن: «الوكالة الخاصة لا تجعل للوكيل صفة إلا في مباشرة الأمور المحددة فيها ، وما تقتضيه هذه الأمور من توابع ضرورية ووفقاً لطبيعة كل أمر وللعرف الجاري».

وفي المادة (٧٠٤) مدني مصري وتقابلها المادة (٦٧٠) مدني سوري يفرق القانون بين الوكالة بأجر والوكالة بغير أجر ، فإن كانت بغير أجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها العناية التي يبذلها في أعماله الخاصة ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد.

أما إن كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل دائماً عناية الرجل المعتاد.

وفي الفقه الإسلامي تجوز الوكالة بأجر وهو النوع الشائع في العصر الحاضر بعد اتساع مهنة المحاماة. وهي تشبه عقد الإجارة من هذا الوجه لكنها تختلف عن الإجارة بأن آثار العقد لا تترتب على الوكيل من استحقاق الأجر وغيره قبل البدء في التصرف^(١).

بعض التطبيقات المعاصرة:

ورد السؤال الآتي:

ما الرأي الشرعي في توكيلنا شخصاً بأجر لبيع السيارات لنا ، على أن الوكيل يكون ضامناً للمشتريين بخصوص العطل المحتمل خلال فترة معينة ، وعلى أن يكون الوكيل كذلك ضامناً ضماناً مالية لنا عن المشتريين الذين يبيع لهم وعن السيارات المبيعة لهم؟.

(١) الوكالة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها الاقتصادية المعاصرة ، المؤلف ، ص ٧٢.

الجواب:

إن هذا التصرف لا حرج فيه من الناحية الشرعية ، لأن الأجر الذي يؤخذ هو نظير ما يقوم به من تسويق السيارات وبيعها ، وجلب العملاء والتعرف عليه . وأما كفالته للمشتريين أو كفالته لنا بأداء الثمن فإنه تبرع به وهذا لا شيء فيه ، ولا سيما أن حقوق العقد ترجع إليه باعتباره هو العاقد والله أعلم^(١).

وهذا ما ذكره جمهور الفقهاء (المالكية والحنفية والشافعية) في الوكيل بالبيع والشراء وأضاف الوكيل التصرف لنفسه رجعت الحقوق إليه دون الموكل ، لأنه هو الذي باشر العقد ولا يعرف الطرف الآخر سواه^(٢).

سؤال:

هل يجوز أن يتحمل الوكيل تطوعاً مسؤولية أن تكون البضائع مطابقة للمواصفات وذلك لكونه المسؤول عن شرائها ، وكذلك تحمل مسؤولية أي ضرائب أو بعض التكاليف الأخرى تطوعاً ، لأنه هو الذي ينصح بمثل هذه العمليات ويأخذ أجراً مقابل هذا في بعض الأحيان؟.

الجواب:

المتطوع أمير نفسه فيجوز ما تطوع به إذا لم يُشترط عليه في التوكيل على أنك لو اشترطت ووافق فلا يلزمه هذا الشرط والعقد دونه صحيح^(٣).

* * *

-
- (١) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ، فتوى رقم (٧).
 - (٢) الشرح الصغير: ٥٠٦/٣ ما بعدها. المدونة ، مالك بن أنس: ٨٣/١ ، ١٨٦.
 - البدائع ، الكاساني: ٣٣/٦. مغني المحتاج ، الشريبي: ٣١١/٢ ، ٣١٢.
 - (٣) الفتاوى الشرعية في المسائل الاقتصادية ، فتوى رقم (٢٣٣).