

الفصل الثالث

الضمان في باقي العقود

obeikandi.com

المبحث الأول الضمان في عقد المضاربة

أولاً: تعريف ومشروعية المضاربة:

أ - تعريفها:

المضاربة لغة: مفاعلة من الضرب في الأرض وهو السير فيها^(١).
شريعاً: عقد شركة في الربح بمال من جانب رب المال وعمل من جانب المضارب. والمضاربة مشروعة من الكتاب والسنة والإجماع والمعقول^(٢).

ب - مشروعيتها^(٣):

أ - من الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَأَخْرَجُوا بِضْرِيُونَ فِي الْأَرْضِ لِيَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾ [المزمل: ٢٠]. وجه الاستدلال: أن المضارب هو الذي يضرب في الأرض ويسعى بعمله في مال المضاربة ابتغاء فضل الله وهو الربح.

ب - من السنة: أن العباس بن عبد المطلب - رضي الله عنه - كان إذا دفع مالاً مضاربة شرط على المضارب أن لا يملك به بحراً ولا ينزل وادياً ولا يشتري به ذات كبد رطب ، فإن فعل ذلك ضمن. فبلغ رسول الله ﷺ

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٥٤٤/١.

(٢) المرجع السابق. تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ١٩/٣. دليل الطالب ، ابن يوسف الحنبلي: ١٣٧/١. مواهب الجليل ، الحطاب: ٣٥٥/٥. مغني المحتاج ، الشربيني: ٤١٨/٢.

(٣) البدائع ، الكاساني: ٧٩/٦. إغاثة الطالبين ، الدمياطي البكري: ٩٩/٣. الفواكه الدواني ، ابن غنيم: ١٢٢/٢.

ذلك فاستحسنه^(١). وهناك آثار أخرى عن جماعة من الصحابة^(٢).

ويعقب الشوكاني على هذه الآثار بقوله: «وليس فيها شيء مرفوع إلى النبي ﷺ إلا ما أخرجه ابن ماجه من حديث صهيب ، قال: قال رسول الله ﷺ: «ثلاث فيهن البركة: البيع إلى أجل والمقارضة وإخلاط البر بالشعير للبيت لا للبيع»^(٣). لكن في إسناده نصر بن القاسم عن عبد الرحيم بن داود وهما مجهولان». وينقل الشوكاني عن ابن حزم في هذا الصدد قوله في مراتب الإجماع: «كل أبواب الفقه لها أصل من الكتاب والسنة حاشا القراض، فما وجدت له أصلاً فيها البتة ، ولكنه إجماع صحيح مجرد ، والذي يقطع به أنه كان في عصر النبي ﷺ فعلم به وأقره ولولا ذلك لما أجاز»^(٤).

ج - إجماع الصحابة والتابعين ومن بعده على مشروعية المضاربة والتعامل بها^(٥).

د - المعقول والمصلحة: يوضح ذلك السرخسي بقوله: «فصاحب المال قد لا يهتدي إلى التصرف المربح ، والمهتدي إلى التصرف قد لا يكون له مال. والربح إنما يحصل بهما ، يعني بالمال والتصرف ، ففي جواز هذا العقد يحصل مقصودهما. وجواز عقد الشركة بين اثنين بالمال دليل على جواز هذا العقد ، لأن من جانب كل واحد منهما هناك ما يحصل به الربح فينعقد بينهما شركة في الربح»^(٦).

(١) أخرجه البيهقي كتاب: القراض ، رقم (١١٣٩١): ١١١/٦. جاء في مجمع الزوائد: فيه أبو الجارود الأعمى وهو متروك كذاب: ١٦١/٤. وعزاه في مجمع الزوائد ونيل الأوطار إلى الطبراني في الأوسط ولم أجده في الكتاب المذكور.

(٢) المبسوط ، السرخسي: ١٨/٢٢.

(٣) أخرجه ابن ماجه ، كتاب: البيع ، باب: الشركة والمضاربة ، رقم (٢٢٨٩): ٧٦٨/٢.

(٤) نيل الأوطار ، الشوكاني: ٣٩٤/٥.

(٥) الإجماع ، ابن المنذر ، ص ١٢٤. طبع دار طيبة ، الرياض ، ط ١٩٨٢ م.

(٦) المبسوط السرخسي: ١٩/٢٢. انظر: النظام المصرفي في الإسلام ، د. محمد سراج ، ص ٢١٧.

حال يد المضارب:

اتفق الفقهاء على أن يد المضارب يد أمانة فيما تحت يده من رأس المال ، لأنه قبضه بإذن مالكه على وجه يختص بنفعه ، فكان أميناً كالوكيل ، وهذا ما لم يخالف ما قيده به رب المال ، فيصبح عندئذ غاصباً^(١). يقول السمرقندي: «إذا دفع المال إلى المضارب فهو أمانة في يده في حكم الوديعة لأنه قبضه بأمر المالك لا على طريق البدل والوثيقة»^(٢).

وبناء على هذا ، اتفق الفقهاء على أن المضارب لا يضمن ما تحت يده إلا بالتعدي أو التفريط في الحفظ. كأن يضع مال المضاربة في مكان غير حرز لا يضع فيه ماله عادة ، أو أتلف شيئاً من مال المضاربة عمداً ، وكذلك إن شرط عليه رب المال شرطاً صحيحاً ، فخالفه المضارب ، فحصل تلف أو خسارة بسبب هذه المخالفة ، وهذا ما سأشرحه بعد قليل إن شاء الله.

ويجوز في مثل هذه الحالة أن يطلب رب المال ضماناً يضمن به تعدي أو تقصير المضارب ، كما يجوز له أن يطلب كفيلاً يضمن له ما يضيع من ماله بتعد أو تقصير.

فإذا اشترى المضارب شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالشراء والبيع ، فإذا ربح المضارب صار شريكاً ، فإذا فسدت المضاربة انقلبت إجارة وأصبح المضارب أجيراً وله أجر المثل والربح كله لرب المال^(٣).

(١) المدونة الكبرى ، مالك بن أنس: ١١٦/٥ . الكافي ، ابن عبد البر ص ٣٨٤ . مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٣٠٤ . الهداية ، المرغيناني: ٢٠٤/٣ . البحر الرائق ، ابن نجيم: ٢٦٤/٧ . المهذب ، الشيرازي: ٤٣٤/١ . مغني المحتاج ، الشرييني: ٣٢٢/٢ . المغني ، ابن قدامة: ١٩٢/٥ . المبدع ، ابن مفلح: ٢٥/٥ .

(٢) تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٢١/٣ .

(٣) البحر الرائق ، ابن نجيم: ٢٦٤/٧ . البدائع ، الكاساني: ٨٧/٦ . المجلة =

ما يجوز للمضارب فعله وما لا يجوز^(١):

١ - يجوز للمضارب أن يستأجر على العمل الكثير كما تجري العادة به ، لا العمل الخفيف كالنشر والطّي للثياب ونحوها ، فإن استأجر على ذاك كان عليه الأجر من ماله لا على رب المال ولا من الربح . وهذا عند الشافعية^(٢) والمالكية^(٣) والحنابلة كما قالوا في الشركة^(٤) .

وعند الحنفية يجوز الاستئجار على العمل الخفيف والكثير مطلقاً ، يقول الكاساني: «وله أن يستأجر من يعمل في المال ، لأنه من عادة التجار»^(٥) .

٢ - وله أن يوكل بالبيع والشراء لأنه من عادة التجار ، ولأنه طريق الوصول إلى الربح ، وهذا عند الحنفية^(٦) .

ولا يملك المضارب التوكيل بالبيع والشراء فيما يتولاه بنفسه ، ويملك التوكيل فيما لا يمكنه توليه بنفسه إما لعجزه ، أو للكثرة أو نحو ذلك ، وهذا عند جمهور الفقهاء غير الحنفية^(٧) .

٣ - وله أن يسافر بالمال إن لم يحجر عليه رب المال قبل شغل المال ، فإن خالف وسافر ضمن ، بخلاف ما لو خالف وسافر بعد شغل المال

= العدلية: ٢٧٣/١ . المذهب ، الشيرازي: ٣٨٨/١ .

(١) انظر تفصيل ذلك في كتاب: تصرفات الأمين في العقود المالية ، د. عبد العزيز الحجيلان: ١٥٣/١ وما بعدها .

(٢) مغني المحتاج ، الشربيني: ٤٢١/٢ . المذهب ، الشيرازي: ٣٩٣/١ .

(٣) الكافي ، ابن عبد البر ، ص ٣٨٦ .

(٤) المبدع ، ابن مفلح: ٩/٥ . كشف القناع ، البهوتي: ٥١١/٣ .

(٥) البدائع ، الكاساني: ٨٨/٦ .

(٦) المبسوط ، السرخسي: ١٠٢/١٩ . تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٢٢/٣ . مجمع الضمانات ، البغدادی ، ص ٣٠٤ ، ٣٠٥ .

(٧) مواهب الجليل ، الخطاب: ٢٠١/٥ ، ٢٠٢ . المذهب ، الشيرازي: ٤٢٦/١ .

روضة الطالبين ، النووي: ٣١٣/٤ .

فليس لرب المال منعه من السفر ، وينفق في سفره من مال المضاربة ، لأن سفره لأجل العمل في مال المضاربة وهذا عن الحنفية^(١).

وعند الحنابلة يملك السفر مع أمن الطريق^(٢). أما عند الشافعية فلا يملك السفر إلا بإذن رب المال^(٣).

٤ - وليس للعامل أن يخلط مال المضاربة بماله أو بمال مضاربة أخرى ويتجر بالمالين من غير إذن رب المال أو تفويض منه ، وبهذا قال الحنفية^(٤) ، والحنابلة^(٥).

ولا يملك ذلك إلا بإذن رب المال عند الشافعية^(٦).

٥ - اتفق الفقهاء على أن المضارب يملك شراء المغيب إذا رأى المصلحة في ذلك ، كأن تيسر سلعة بها عيب ، وسعرها مناسب ، ويظن المضارب أنه إذا اشتراها بهذه القيمة سيربح فيها. وكذلك اتفقوا على أنه يملك الرد بالعيب إذا اشترى سلعة على أنها سليمة فبان بها عيب لم يكن يعلم به وقت التعاقد ، كما يملك إبقاءه مع أخذ الأرض إذا رأى المصلحة في ذلك^(٧).

٦ - اتفق الفقهاء على أن المضارب يملك دفع مال المضاربة إلى غيره مضاربة إذا أذن له رب المال^(٨).

-
- (١) تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٢٣/٣. المبسوط ، السرخسي: ٢٢/٢٠.
 - (٢) المبدع ، ابن مفلح: ١١/٥.
 - (٣) المهذب ، الشيرازي: ٣٨٧/١.
 - (٤) المبسوط ، السرخسي: ٣٩/٢٢ ، ٤٠. البدائع ، الكاساني: ٩٢/٦ ، ٩٥ ، ٩٦ ، ٩٨. مجمع الضمانات ، البغدادى ، ص ٣٠٥.
 - (٥) المبدع ، ابن مفلح: ٢٦/٥. كشاف القناع ، البهوتي: ٥١٥/٣.
 - (٦) روضة الطالبين ، النووي: ١٤٨/٥.
 - (٧) البدائع ، الكاساني: ٩٠/٦. الشرح الكبير ، الدردير: ٥٢٤/٣. المهذب ، الشيرازي: ٣٨٧/١. مغني المحتاج ، الشربيني: ٤٢٦/٢. كشاف القناع ، البهوتي: ٥١٣/٣.
 - (٨) تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٢٢/٣. المبسوط ، السرخسي: ٣٩/٢٢ ، ٤٠.

٧ - ويملك المضارب إضباع^(١) مال المضاربة مطلقاً عند الحنفية^(٢).

ولا يملك ذلك إلا بإذن رب المال أو تفويض منه عند جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية كما قالوا في الشركة^(٣).

٨ - ويملك المضارب إيداع مال المضاربة مطلقاً عند الحنفية^(٤).

ولا يملك ذلك عند المالكية والرواية الصحيحة عن الإمام أحمد إلا بإذن رب المال لما فيه من الغرر ، إلا عند الحاجة لذلك كالخوف عليه من التلف^(٥).

٩ - ليس له أن يخالف شرط رب المال إن اشترط عليه أن لا ينزل وادياً معيناً يحدده له ، وأن لا يمشي بالمال ليلاً خوفاً من نحو لصوص ، وأن لا ينزل ببحر ، وأن لا يبتاع سلعة بمال المضاربة عينها له لغرض ، فإن خالف في جميع ما ذكر وتلف المال كله أو بعضه ، ضمنه^(٦).

١٠ - ولا يجوز للمضارب أن يبيع سلعة من سلع القراض أو أكثر نسيئة إن كان رب المال قد نهاه عن ذلك ، لأنه متصرف بالإذن فلا يتصرف في غير ما أذن له كالوكيل ، وإن لم ينهه فقد اختلفوا على ثلاثة أقوال:

= القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ١٨٦ . المبدع ، ابن مفلح : ٩/٥ . روضة الطالبين ، النووي : ١٤٨/٥ .

(١) الإضباع : أن يدفع الشريك مالاً من مال الشركة لمن يشتري به بضاعة من بلد كذا دون جعل . انظر مثلاً : مغني المحتاج ، الشربيني : ٤٢٢/٢ .

(٢) تحفة الفقهاء ، السمرقندي : ٢٢/٣ . المبسوط ، السرخسي : ٣٨/٢٢ .

(٣) التاج والإكليل ، العبدري : ٣٦٢/٥ . مغني المحتاج ، الشربيني : ٢٩١/٣ . المبدع ، ابن مفلح : ١٠/٥ .

(٤) تحفة الفقهاء ، السمرقندي : ٢٢/٣ . مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٣٠٤ ، ٣٠٦ .

(٥) المبدع ، ابن مفلح : ١٠/٥ . القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ١٨٦ .

(٦) مواهب الجليل ، الخطاب : ٣٦٥/٥ . الكافي ، المقدسي : ٢٧٠/٢ . تحفة الفقهاء ، السمرقندي : ٢٢/٣ . المهذب ، الشيرازي : ٣٨٦/١ .

الأول: يملك المضارب البيع نسيئة مطلقاً عند أبي حنيفة ، وعند
الصاحبين لا يملك البيع بالنسيئة ولا بما لا يتغابن الناس في مثله وهو
المفتى عندهم^(١) ورواية عن الإمام أحمد^(٢) ، لأن رب المال قد أذن
للمضارب بالتجارة في مال المضاربة والبيع نسيئة يعد من التجارة المطلقة
ومن عادة التجار .

الثاني: لا يملك ذلك إلا بإذن صريح من رب المال ، لأن المضارب
نائب في البيع فلم يجز له البيع نسيئة بغير إذن صريح كالوكيل ، وهذا قول
المالكية والشافعية والصحيح عند الحنابلة^(٣) .

فإن فعل ضمن ما اشتراه ، وكان الربح له وحده ، ولا شيء منه لرب
المال ، لأنه ﷺ: «نهى عن ربح ما لم يضمن»^(٤) ، فكيف يأخذ رب المال
ربح ما يضمنه العامل في ذمته؟ فإذا أذن له رب المال الشراء بالدين جاز به .
واتفق الفقهاء على صلاحية المضارب إجراء الشراء نقداً .

١١ - ولا يجوز له أن يشتري سلعاً للقراض بأكثر من مال المضاربة
نقداً ، أو إلى أجل ، للنهي عن ربح ما لم يضمن ، ولأن العامل يضمن
ما زاد في ذمته فإن فعل كان ما يشتريه بينه وبين رب المال بنسبة ما زاد
على مال القراض ، إلا إذا رضي رب المال بالتصرف ، فيكون المشتري
من جملة مال القراض ، وهذا باتفاق الفقهاء^(٥) .

١٢ - وليس للمضارب أخذ المال على سبيل القرض ليسلمه إلى مدين

(١) المبسوط ، السرخسي: ٣٨/٢٢ . البدائع ، الكاساني: ٨٧/٦ .

(٢) المحرر ، ابن تيمية: ٣٥٠/١ .

(٣) حاشية الدسوقي: ٥٢٨/٣ . بداية المجتهد ، ابن رشد: ١٨٢/٢ . المذهب ،
الشيرازي: ٣٨٧/١ . المحرر ، ابن تيمية: ٣٥٠/١ .

(٤) الحديث سبق تخريجه ، ص ١٣٩ .

(٥) البدائع ، الكاساني: ٩٠/٦ . التاج والإكليل ، العبدري: ٣٦٦/٥ . حاشية
الدسوقي: ٥٢٨/٣ . المذهب ، الشيرازي: ٣٨٧/١ . روضة الطالبين ، النووي:
١٢٨/٥ . المبدع ، ابن مفلح: ٩/٥ . المحرر ، ابن تيمية: ٣٥١/١ .

في بلد آخر يريده المقرض ، لأنه يكون متحملاً تبعة مخاطر الطريق ، ولأن دافع المال وهو المقرض استفاد من هذه العملية ، وقد ثبت النهي عن قرض جر نفعاً ، وهذه هي السُّفْتَجَة الممنوعة عند جمهور الفقهاء^(١) . وهذا هو رأي الحنفية إلا بصريح الإذن من رب المال^(٢) .

١٣ - واتفق الفقهاء على أن المضارب يجب أن يبيع ويشترى مال المضاربة بثمن المثل فأكثر وبغبن يسير ، ولا يملك البيع والشراء بغبن فاحش . فإن فعل فهناك قولان :

- الأول: البيع والشراء يصحان ، ويضمن المضارب قيمة ما حصل من الغبن ، بهذا قال الحنابلة^(٣) .

الثاني: البيع والشراء باطلان ، فإن أمكن الرد وجب إن كان المبيع باقياً ، أو قيمته إن كان تالفاً وإن تعذر ضمن المضارب النقص ، وهذا قول الشافعية^(٤) .

١٤ - إذا عين رب المال نقداً وجب التعامل به ، أما إذا لم يعين له نقداً بل أطلق فهناك ثلاثة أقوال :

الأول: أن المضارب يملك البيع بغير نقد البلد إذا فوض رب المال التصرف إليه ورأى المصلحة فيه ، وبهذا أخذ الحنابلة^(٥) .

الثاني: يملك المضارب البيع بغير نقد البلد من دون إذن رب المال إذا كان رائجاً ، ولا يملكه إذا لم يكن رائجاً إلا بإذن رب المال ، وهذا قول الشافعية^(٦) .

(١) المبدع ، ابن مفلح : ٩/٥ . مواهب الجليل ، الخطاب : ٥٤٨/٤ . المذهب ، الشيرازي : ٣٠٤/١ .

(٢) تحفة الفقهاء ، السمرقندي : ٢٢/٣ . البحر الرائق : ابن نجيم : ٢٦٥/٧ .

(٣) كشاف القناع ، البهوتي : ٤٧٥/٣ .

(٤) مغني المحتاج ، الشربيني : ٤٢٥/٢ .

(٥) المحرر في الفقه ، ابن تيمية : ٣٥٠/٥ .

(٦) مغني المحتاج : ٤٢٦/٢ .

الثالث: لا يملك المضارب البيع بغير نقد البلد إلا بإذن رب المال ، وهو قول المالكية ورواية عن الإمام أحمد^(١).

١٥ - لا يجوز للمضارب شراء المحرمات ولا بيعها إذا كان هو ورب المال مسلمين ولو أذن له رب المال بذلك ، فإن فعل ضمن ، وهذا باتفاق الفقهاء^(٢).

١٦ - ولا يملك المضارب الاستدانة إلا بإذن رب المال أو تفويضه إذا رأى المصلحة في ذلك ، وهذا باتفاق الفقهاء^(٣).

١٧ - ولا يملك المضارب رهن مال المضاربة ، ولا أخذ الرهن عليه إلا بإذن رب المال ، وهذا قول المالكية والشافعية^(٤).

وعند الحنفية يملك المضارب رهن مال المضاربة مطلقاً ، لأنه من مقتضيات التجارة^(٥).

١٨ - ولا يملك المضارب المشاركة بمال المضاربة إلا بإذن أو تفويض من رب المال ، وهذا باتفاق الفقهاء^(٦).

١٩ - ولا يجوز للمضارب التبرع بشيء من مال المضاربة سواء أكان بالهبة أم الصدقة أم غير ذلك إلا بإذن صريح من رب المال ، وهذا باتفاق

(١) المحرر ، ابن تيمية : ٣٥٠ / ١ .

(٢) الفتاوى الهندية : ٩٣ / ٤ . شرح الخرشي : ٢٠٣ / ٦ . مغني المحتاج : ٤٣٤ / ٢ .

(٣) تحفة الفقهاء ، السمرقندي : ٢٢ / ٣ . المبسوط ، السرخسي : ١٧٨ / ٢٢ . حاشية الدسوقي : ٥٢٨ / ٣ . مغني المحتاج ، الشربيني : ٤٢٧ / ٢ . المبدع ، ابن مفلح : ٣٠ / ٥ .

(٤) الأم ، الشافعي : ١٩٤ / ٣ .

(٥) تحفة الفقهاء ، السمرقندي : ٢٢ / ٣ .

(٦) المرجع السابق : ٢٢ / ٣ . القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ١٨٦ . الكافي ، ابن عبد البر ، ص ٣٨٧ . روضة الطالبين ، النووي : ١٤٨ / ٥ .

الفقهاء ، لأن التبرع من مال المضاربة يضر برب المال فاحتاج إلى إذنه الصريح^(١).

حدود مسؤولية صاحب المال:

عندما تظهر خسارة في المضاربة فإنها تكون في المال على رب المال وحده ، ويخسر العامل عمله ، وتُحتسب الخسارة أولاً من الربح إن كان في المال ربح وإلا أخذت من رأس مال المضاربة^(٢).

ولو زادت الخسارة على رأس المال ، كما إذا أثبت المضارب أن الخسارة ثلاثة آلاف وكان رأس المال ألفين ، فإن رب المال يخسر الألفين ، ولا يضمن ما زاد عن ذلك إلا بسبب آخر يقتضيه ، كما لو أذن رب المال للمضارب بالشراء نسيئة فإن رب المال يضمن حصته في المبيع . ويُعد ضمانهما فيما زاد على رأس المال من قبيل ضمان شركة الوجوه^(٣).

وفي ذلك يقول الكاساني: «ليس للمضارب أن يستدين على مال المضاربة. ولو استدان لم يجز على رب المال ويكون ديناً على المضارب في ماله ، لأن الاستدانة إثبات زيادة في رأس المال من غير رضا رب المال ، بل فيه إثبات زيادة ضمان على رب المال من غير رضاه... وهذا لا يجوز»^(٤).

ويترتب على ذلك أن رب المال مسؤوليته في حدود رأس المال الذي سلمه إلى المضارب ، بحيث لا يُسأل عما زاد عن ذلك من ديون المضاربة في ماله الخاص.

(١) البدائع ، الكاساني: ٩٢/٦. مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٣٠٥. حاشية الدسوقي: ٥٣٨/٣. مغني المحتاج ، الشربيني: ٤٢٩/٢. روضة الطالبين ، النووي: ١٣٥/٥. المغني ، ابن قدامة: ٢٧/٥.

(٢) الكافي: ابن عبد البر ، ص ٣٨٧. الهداية ، المرغيناني: ٢٠٩/٣.

(٣) شركة الوجوه هي: أن يشترك رجلان ولا مال لهما على أن يشتريا بوجههما ويبيعا. الهداية ، المرغيناني: ١١/٣.

(٤) البدائع ، الكاساني: ٩٠/٦.

والذي يجب الالتفات إليه من كل ذلك استجابة المضاربة الفقهية للأهداف التي قصد إليها التفكير الحديث من مفهوم المسؤولية المحدودة ، وهي تطمين أصحاب الأموال المشتركين في المشروعات الضخمة إلى أن أموالهم الخاصة التي لم يشتركوا بها لن تُمس عند حدوث أي خسارة للمشروع مهما بلغ حجمها ، وأن إسهامهم في هذه الخسارة لا يتجاوز بحال قيمة حصصهم في هذا المشروع . . . وإلا فإن الناس تترد كثيراً في الاشتراك في هذه المشروعات إذا أحسوا باحتمال ضياع أموالهم الخاصة إذا مني المشروع بخسارة تزيد على قيمة رأس ماله . ويزيد الفقه الإسلامي على ذلك الإلزام بالنتيجة المنطقية لهذا المفهوم ، وذلك بمنع المضارب أو مدير المشروع من الاستدانة على المضاربة إلا بإذن أرباب الأموال ، وإلا كان متصرفاً لنفسه ووجب عليه ضمان ما زاد من الخسارة عن رأس المال^(١) ، كما يجب له الربح الناشئ عن التصرف لنفسه مما يعد تطبيقاً دقيقاً لقوله ﷺ : «الخراج بالضمن»^(٢) . وللقاعدة الفقهية القاضية بأن «الغنم بالغرم والغرم بالغنم»^(٣) .

اشتراط الضمان على المضارب:

ذهب جمهور الفقهاء إلى بطلان هذا الشرط والخسارة تكون على رب المال ، وبطلان الشرط لا يؤثر على صحة العقد لأنه شرط لا يؤثر في جهالة الربح فلم يفسد به العقد كما لو شرط لزوم المضاربة^(٤) .

وقال المالكية: يفسد العقد مع الشرط ، لأن ذلك ليس من سنة القراض ، وله قراض المثل إذا عمل ، جاء في المدونة: «قال: وسألت مالكا عن الرجل يدفع إلى الرجل مالا قراضاً على أن العامل ضامن للمال ، قال

(١) انظر الحكم ، ص ٢٧٥ .

(٢) الحديث سبق تخريجه ، ص ٣٠ .

(٣) النظام المصرفي في الإسلام ، د. محمد سراج ، ص ٢٣٥ . انظر القاعدة الفقهية في قواعد الفقه ، ص ٩٤ .

(٤) تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٢١/٣ . بداية المجتهد ، ابن رشد: ١٧٩/٢ . القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٨٦ .

مالك: يرد إلى قراض مثله ولا ضمان عليه^(١). ولا يعمل بالشرط إذا تلف المال فيما لو دفع المال للعامل وطلب منه ضماناً يضمنه فيما تلف بتعديده^(٢).

وبناء على ذلك فإن ما تفعله بعض الصناديق الاستثمارية والمؤسسات المالية التي تعمل بالمضاربة ، أن تشترط على نفسها مختارة ضمان رأس مال المضاربة عند التعاقد مع أرباب المال ، وذلك لجلب المستثمرين وتقديم أفضل العروض إليهم من أجل إدارة أموالهم ، هذا الأمر لا يجوز باتفاق الفقهاء .

وقد لا تشترط ذلك في العقد ، ولكنها ترغب أحياناً في تجنب أي خسارة يمكن أن تلحق المشارك نتيجة رغبته في الخروج من الصندوق (ولا سيما في حالة كون القيمة السوقية المعلنة للورقة المالية أقل من القيمة المكتتب بها) ، فتضمن حينئذ رأس المال المشارك وتشتري الأوراق المالية التي في حوزته بالقيمة المكتتب بها وليس بالقيمة السوقية دون أن يكون ذلك مشروطاً مسبقاً في العقد ، وهذا لا يجوز أيضاً.

والخلاصة: لا يجوز أن تشمل نشرة الاكتتاب في الصناديق الاستثمارية على شرط ضمان جهة الإصدار لرأس المال بصفتها المضارب ، كما لا يجوز من باب أولى ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى رأس المال ، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً لغا الشرط وصح العقد عند جمهور الفقهاء وبطل الشرط والعقد عند المالكية واستحق المضارب ربح مضاربة المثل .

والسبب في عدم جواز اشتراط الضمان على المضارب ، هو: ألا يخسر مرتين .

الأولى: بضياح جهده وعمله وفوات الربح الذي يسعى لتحقيقه ، الثانية: بتحمل خسارة رأس المال . وذلك يخالف ما في المضاربة من أن الوضيعة على رب المال ، فهو وحده الذي يتحمل خسارة ماله .

(١) المدونة ، أنس بن مالك : ٢٥٨/٤ .

(٢) الشرح الكبير ، الدردير : ٥٢٣/٣ .

هذا فيما يتعلق باشتراط ضمان رأس المال على المضارب أو تطوعه بذلك في العقد نفسه ، أما بعد إتمام العقد وخارجه ، فإن جمهور الفقهاء لا يجيزون كذلك تطوع المضارب بالضمان ولو بعد الشروع في العمل لأن المضارب يكون متهماً برغبته في استدراج رب المال وإبقاء رأس المال بيده .

ولكن أجاز بعض فقهاء المالكية أن يتطوع المضارب بضمان رأس المال بعد تمام عقد المضاربة وإن كان الأصل أنه أمانة بيده ، وذلك قياساً على جواز تطوع الوديع والمكثري (المستأجر) بضمان ما بيده إذا كان هذا التطوع بعد تمام العقد^(١) .

وهذا الرأي يُعتَبَر مستنداً للجهات المصدرة للصناديق الاستثمارية التي قد ترغب في تجنب أي خسارة يمكن أن تلحق المشارك نتيجة رغبته في الخروج من الصندوق . فيجوز حينئذ ضمان رأس المال المشارك إذا لم يكن مشروطاً مسبقاً في العقد .

قرار مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الرابعة، القرار رقم (٣٠/٥/٤):

إن مجلس مجمع الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من ١٨ - ٢٣ جمادى الآخرة ١٤٠٨ هـ ، والموافق ٦ - ١١ شباط ١٩٨٨ م يقرر ما يلي بشأن سندات المقارضة وسندات الاستثمار .

العنصر الرابع:

يد المضارب على حصيلة الاكتتاب في الصكوك وعلى موجودات المشروع هي يد أمانة لا يضمن إلا بسبب من أسباب الضمان الشرعية .

ولا يجوز أن تشمل نشرة الإصدار أو صكوك المقارضة على نص بضمان عامل المضاربة رأس المال ، أو ضمان ربح مقطوع أو منسوب إلى

(١) مواهب الجليل ، الخطاب: ٣٦٠/٥ .

رأس المال ، فإن وقع النص على ذلك صراحة أو ضمناً بطل شرط الضمان واستحق المضارب ربح مضاربة المثل^(١).

فتوى هيئة الرقابة الشرعية لبنك دبي الإسلامي :

لا يجوز شرعاً ضمان المال المستثمر بقصد الربح ، لأن الاستثمار في الإسلام يقوم على أساس الغرم بالغنم .

ضمان جهة ثالثة في المضاربة :

تهدف بعض الأحيان جهة ثالثة ما إلى تشجيع الأفراد وتحفيزهم للمضاربة بأموالهم في مجالات بعينها أو مع جهات محددة ، وذلك بوعدهم بالتبرع بجبر أي خسارة تلحق رؤوس أموالهم .

وقد تكون هذه الجهة فرداً أو شركة أو مؤسسة أو وزارة أو غيرها . كما أن بعض المستثمرين قد يطلب ضمان طرف ثالث للدخول في عمليات مضاربة مع جهة ما .

هذه المسألة دُرست في الدورة الرابعة لمجمع الفقه الإسلامي في القرار رقم ٣٠ (٤/٥) العنصر الرابع البند الثامن .

وقد أجاز المجمع ضمان رأس مال المضاربة من طرف ثالث مستقل في شخصيته وذمته المالية عن طرفي العقد ، ويعتبر ذلك من قبيل التبرع وهو من أعمال الخير الجائزة شرعاً إذا تمت دون مقابل .

ويشترط أن يكون التزام الضمان هذا مستقلاً عن عقد المضاربة ، بمعنى أن قيام المتبرع بالضمان بالوفاء بالتزامه ليس شرطاً في نفاذ العقد وترتب أحكامه عليه بين أطرافه ، ومن ثم فليس لحملة الصكوك أو العامل في المضاربة الدفع ببطان المضاربة أو الامتناع عن الوفاء بالتزاماتهم بها ،

(١) قرارات مجمع الفقه الإسلامي ، ص ٦٩ ، ٧٠ .

بسبب عدم قيام المتبرع بما تبرع به بحجة أن هذا الالتزام كان محل اعتبار في العقد.

وبذلك أفتى المستشار الشرعي لمجموعة البركة في الجزء الأول ،
الفتوى رقم (٤٤) ورقم (٤٦) والجزء الثاني الفتوى رقم (١٠٧).

عبء إثبات التعدي في المضاربة:

يوجب الفقهاء عبء إثبات التعدي في المضاربة إذا هلك على صاحب المال. وهذا الحكم فيه شيء من الصعوبة في سياق التعاملات الحديثة ، والسبب في ذلك يوضحه الدكتور محمد سراج بقوله: «حيث يخفي المضارب المال عن صاحبه ويغيبه عنه ، فلا يستطيع الاطلاع على ما كان من تصرف المضارب فيه ولا التعرف على ما كان من عدله أو ظلمه». ثم يقترح الحل بقوله: «فمست الحاجة لمكان التهمة إلى نقل عبء إثبات عدم التعدي على المضارب ، لدفع التهمة عن نفسه. وبهذا فإن مسؤولية المضارب على الرغم من التسليم بأمانته مسؤولية مفترضة يدفعها إثبات المضارب عدم تعديه. وقد استخدم الفقهاء الملمون أسلوب نقل عبء الإثبات من المدعى إلى المدعى عليه لاعتبارات المصلحة الاجتماعية في مسألة تضمين الصانع ومسألة تضمين الأجراء المشتركين^(١).

موقف القانون:

لا يميز القانون المدني المصري ومثله السوري بين المضاربة والمشاركة ، حيث تشمل الشركة في هذا القانون إسهام الشركاء «في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ من ربح أو خسارة» المادة (٥٠٥) مدني مصري وتقابلها المادة (٤٧٣) مدني سوري .

وأيضاً - كما في الشركة - يتمتع المضارب عن أي فعل أو نشاط يضر

(١) انظر ، ص ١٩٥ وما بعدها من الرسالة. النظام المصرفي في الإسلام ، د. محمد سراج ، ص ٢١٥ .

بالمضاربة أو بالغرض الذي أنشئت لتحقيقه ، المادة (٥٢١) مصري والمادة (٤٨٩) سوري.

وبذلك يتفق القانون مع الفقه الإسلامي أن يد المضارب يد أمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير.

* * *

المبحث الثاني

ضمان عامل المزارعة والمساواة في الشجر

المزارعة والمساواة: عقدان غير لازمين من الجانبين ، لم يجزهما أبو حنيفة ، وأجاز الشافعية المساواة والمزارعة تبعاً للمساواة ، وأجازهما الحنابلة والصاحبان من الحنفية مطلقاً وبرأيهما يفتى^(١).

١ - ضمان عامل المساواة في الشجر:

المساواة: لغة مفاعلة من العمل ، وشرعاً: إجارة العامل ليعمل في كرمه و أشجاره من السقي والحفظ ببعض الخارج^(٢).

مشروعيتها:

المساواة مشروعة لخبر الصحيحين: «أنه ﷺ عامل أهل خيبر»^(٣).

وفي رواية: «دفع إلى يهود خيبر نخلها وأرضها بشرط ما يخرج منها من ثمر أو زرع»^(٤).

(١) رد المحتار ، ابن عابدين: ١٧٤/٥ ، ١٨١ . حاشية الدسوقي: ٣/٣٧٢ ، ٣٧٣ .
مغني المحتاج ، الشرييني: ٤٣٦/٢ ، ٤٣٨ . الروض المربع ، البهوتي ،
ص ٣٤٧ .

(٢) البدائع ، الكاساني: ١٨٥/٦ . تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٣/٢٦٣ .

(٣) أخرجه البخاري ، كتاب: الغزوات ، باب: معاملة النبي ﷺ أهل خيبر ، رقم (٤٠٠٢): ١٥٥١/٤ . ومسلم ، كتاب: المساواة ، باب: المساواة والمعاملة

بجزء من الثمر والزرع ، رقم (١٥٥١): ١١٨٦/٣ .

(٤) نفس التخريج السابق للبخاري .

والحاجة داعية إليها ، لأن مالك الأشجار قد لا يحسن تعهدها أو لا يتفرغ له ، ومن يحسن ويتفرغ قد لا يملك الأشجار ، فيحتاج ذاك إلى الاستعمال وهذا إلى العمل^(١).

٢ - تلف الشجر تحت يد العامل وضمانه :

ومن قال بمشروعية المساقاة قال : إن عامل المساقاة يعد أميناً على ما في يده ، ولا يجوز له التعدي عليه أو التفريط في حفظه ، فإن تعدى أو فرط ضمن ، لأن رب المال قد ائتمن العامل بدفع ماله إليه ، فيعد أميناً عليه ، فلا يضمن إلا بتعد أو تفريط قياساً على عامل المضاربة^(٢).

ويضمن المساقى للعامل أجرة المثل إذا خرج الثمر مستحقاً ، كأن أوصى المساقى بثمر الشجر المساقى عليه ، أو خرج الثمر مستحقاً^(٣).

تصرفات عامل المزارعة في الزرع

المزارعة هي : دفع الأرض إلى من يزرعها بجزء من الربح^(٤).

ويسمها الفقهاء المعاملة ، والمزارعة مشروعة بخبر الصحيحين السابق في معاملته ﷺ لأهل خير.

تلف الزرع تحت يد العامل وضمانه :

من قال بمشروعية المزارعة اتفقوا على أن عامل المزارعة يعد أميناً على ما في يده. لا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط^(٥).

(١) مغني المحتاج ، الشربيني : ٤٤٨/٢ .

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين : ١٧٩/٥ . المهذب ، الشيرازي : ٣٩٣/١ . المحرر ،

ابن تيمية : ٣٥٥/١ .

(٣) مغني المحتاج ، الشربيني : ٤٤٨/٢ .

(٤) الكافي ، ابن قدامة : ٢٩٧/٢ .

(٥) كفاية الأخيار ، الحصني الدمشقي ، ص ٣٥٢ ، المغني ، ابن قدامة : ٢٤٦/٥ .

مزارعة أو مساقاة العامل غيره على الزرع^(١).

هناك رأيان للفقهاء:

١ - لا يملك العامل في المزارعة أو المساقاة معاملة غيره إلا بإذن صاحب الأرض عند الحنابلة ، والدليل على ذلك ، أن العامل في المزارعة ، كالعامل في المال ، يعمل بجزء من نماء الأرض ، فلم يجوز أن يعامل غيره فيه كالمضارب ، ولأنه إنما أذن له في العمل فيه فلم يجوز أن يأذن لغيره كالوكيل^(٢).

٢ - إن كان البذر من صاحب الأرض لم يملك العامل ذلك إلا بإذن صاحب الأرض ، وإن كان البذر من العامل ملكها دون إذن صاحب الأرض ، وهذا عند الحنفية^(٣).

موقف القانون:

أخذ القانون أحكام المزارعة من الفقه الإسلامي ، فأجاز المزارعة في المادة (٦١٩) مدني مصري وتقابلها المادة (٥٨٦) مدني سوري ، وبين أحكام المزارعة في المواد (٦٢١ إلى ٦٢٧) مدني مصري وتقابلها المواد (٥٨٩ إلى ٥٩٤) مدني سوري.

أما المادة (٦٢٣) فتقرر أن المزارع (العامل) أمين فيما تحت يده من الزرع والأدوات الزراعية لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير كما قال الفقه الإسلامي.

ونص المادة هو الآتي:

١ - يجب على المستأجر أن يبذل في الزراعة وفي المحافظة على الزرع من العناية ما يبذله في شؤون نفسه.

٢ - وهو مسؤول عما يصيب الأرض من التلف في أثناء الانتفاع ، إلا

(١) انظر: تصرفات الأمين ، د. عبد العزيز الحجيلان: ٣١١/١.

(٢) المحرر ، ابن تيمية: ٣٥٥/١. المغني ، ابن قدامة: ٢٤٨/٥.

(٣) المبسوط ، السرخسي: ٧٠/٢٣.

إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليها وفي صيانتها ما يبذله الشخص المعتاد.

٣ - ولا يلزم المستأجر أن يعرض ما نفق من المواشي ولا ما يلي من الأدوات الزراعية بلا خطأ منه.

* * *

المبحث الثالث

الضمان في عقد الشركة

أولاً - تعريف الشركة ومشروعيتها وأنواعها:
تعريف الشركة:

الشركة في اللغة: الاختلاط ومخالطة الشريكين. يقال: اشتركنا بمعنى تشاركنا ، وقد اشترك الرجلان وتشاركا وشارك أحدهما الآخر^(١).

وشرعاً: ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع^(٢).
وبتعريف أوضح عرّفها الحنفية بأنها «عبارة عن عقد بين المتشاركين في رأس المال والربح»^(٣).

وفي القانون: عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم بمشروع مالي ، بتقديم حصته من مال أو من عمل ، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو من خسارة. المادة (٥٠٥) مدني مصري ويقابلها المادة (٤٧٣) مدني سوري.

-
- (١) لسان العرب ، ابن منظور: ٤٤٨/١٠. المعجم الوسيط ، ص ٤٩٩.
(٢) البحر الرائق ، ابن نجيم: ١٧٩/٥ مغني المحتاج ، الشرييني: ٢٨٧/٢. حواشي الشرواني: ٢٨١/٥. فتح الوهاب ، زكريا الأنصاري: ٣٦٩/١.
(٣) الدر المختار: ٢٩٩/٤.

ب - مشروعيتها^(١):

من القرآن: قوله تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْتَغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾ [ص: ٢٤]. والخلطاء هم الشركاء.

من السنة: قوله ﷺ: «إِنَّ اللَّهَ تَعَالَى يَقُولُ: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكِينَ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِذَا خَانَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنَهُمَا»^(٢).

أنواعها:

الشركة نوعان: شركة أملاك وشركة عقد.

وشركة الأملاك: هي اجتماع في استحقاق كثبوت الملك في عقار أو منفعة لاثنتين فأكثر (من غير الشركة)^(٣).

وشركة عقود: هي العقد الواقع بين اثنين فأكثر للاشتراك في مال وربيحه^(٤).

وهي خمسة أنواع عند الحنابلة: شركة العنان ، وشركة المفاوضة ، وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه ، والمضاربة^(٥).

(١) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢/٢٨٧. المبدع ، ابن مفلح: ٣/٥. حواشي

الشرواني: ٥/٢٨١. فتح الوهاب ، الأنصاري: ١/٣٦٩.

(٢) أخرجه أبو داود ، كتاب: البيوع ، باب: في الشركة ، رقم (٣٣٨٣): ٣/٢٥٦.

والبيهقي ، كتاب: الشركة ، باب: الأمانة في الشركة وترك الخيانة ، رقم

(١١٢٠٦): ٦/٧٨. والدارقطني ، كتاب: البيوع ، رقم (١٣٩): ٣/٣٥ عن

أبي هريرة. قال الزيلعي: رواه الحاكم في المستدرک وهو صحيح. نصب الراية:

٣/٤٧٤. قال في تلخيص الحبير ، لابن حجر: «وأعله ابن القطان بحال سعيد

ابن حبان ، وقد ذكره ابن حبان في الثقات وذكر أنه روى عنه أيضاً الحارث بن

يزيد ، لكن أعله الدارقطني بالإرسال ، فلم يذكر فيه أبا هريرة وقال إنه

الصواب: ٣/٤٩.

(٣) البدائع ، الكاساني: ٦/٥٦. مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٨٤.

(٤) الفقه الإسلامي وأدلته ، د. وهبة الزحيلي: ٤/٧٩٤.

(٥) المبدع ، ابن مفلح: ٥/٣ وما بعدها. المغني ، ابن قدامة: ٥/٣.

وعند الحنفية ستة أنواع: شركة الأموال ، وشركة الأعمال ، وشركة الوجوه ، وكل نوع من هذه الأنواع إما مفاوضة وإما عنان . وفي الجملة فإن الشركة عند فقهاء الأمصار ومنهم المالكية والشافعية أربعة أنواع: شركة العنان ، وشركة المفاوضة ، وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه^(١).

اتفق الفقهاء على أن شركة العنان شركة جائزة صحيحة وأما الأنواع الأخرى فقد اختلفوا في مشروعيتها:

فالشافعية يجعلون كل الشركات باطلة ما عدا شركة العنان وشركة المضاربة^(٢).

والحنابلة أجازوا كل الشركات ما عدا شركة المفاوضة^(٣).

والمالكية أجازوا كل الشركات ما عدا شركة الوجوه ، وما عدا شركة المفاوضة بالمعنى المذكور عند الحنفية^(٤).

وأما الحنفية فأجازوا كل هذه الشركات دون استثناء إذا توافرت شروط معينة^(٥).

ثانياً: الضمان في عقد الشركة:

شركة الأملاك يُعتبر فيها كل واحد من الشركاء ، كأنه أجنبي في حق صاحبه ، فلا يجوز له التصرف فيه بغير إذنه ، فإن فعل ضمن .

وأما شركة العقود فاتفق الفقهاء على أن يد الشريك في المال يد أمانة كالوديعة والوكالة ، لأن الشريك قبض المال بإذن صاحبه ، لا على وجه المبادلة ، كالمقبوض على سوم الشراء ، ولا على وجه الوثيقة كالرهن . فإن قَصُر في شيء أو تعدى فهو ضامن .

(١) بداية المجتهد ، ابن رشد: ٢/٢٤٨ . مغني المحتاج ، الشرييني: ٢/٢٨٧ .

(٢) المذهب ، الشيرازي: ١/٣٤٥ .

(٣) المغني ، ابن قدامة: ٣/١٩ .

(٤) التاج والإكليل ، العبدري: ٥/١٣٤ . القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٨٧ .

(٥) الهداية ، المرغيناني: ٣/٣ .

وكذلك كل ما كان إتلافاً للمال ، أو كان تمليكاً للمال بغير عوض ، لأن الشركة وضعت للاسترباح وتوابعه ، وما ليس كذلك لا ينتظمه عقدها ، فيكون مضموناً^(١).

تصرفات الشريك :

هناك أفعال وتصرفات يملكها الشريك بموجب عقد الشراكة وتصرفات لا يملكها وغالباً ما تحتاج إلى إذن شريكه ، فإن خالف في ذلك ضمن .

١ - لا يملك الشريك البيع نسيئة إلا بإذن شريكه ، لأن كل واحد من الشريكين وكيل للآخر في نصفه فلا يملك إلا ما يملك الوكيل ، وهذا قول الشافعية^(٢) والحنابلة^(٣).

ويملك ذلك دون إذن شريكه عند الحنفية^(٤) والمالكية^(٥).

٢ - ولا يملك الشراء نسيئة مطلقاً عند الشافعية^(٦).

ويملك ذلك عند الحنفية^(٧) إذا كان الثمن عنده ولو دون إذن شريكه ولا يملك ذلك إذا لم يكن الثمن عنده إلا بإذن شريكه ، فإن فعل لزمه فقط الشراء واختص به .

ويملك الشراء نسيئة مطلقاً عند المالكية^(٨) لحاجة الناس لذلك .

(١) حاشية الدسوقي: ٣٥٣/٣. البدائع ، : ٦٨/٦. المذهب: ٣٤٧/١. مغني المحتاج ، ٢٩٢/٢. المغني: ١٤/٥.

(٢) المذهب ، الشيرازي: ٣٤٦/١. مغني المحتاج: ٢٩١/٢.

(٣) المبدع ، ابن مفلح: ٨/٥.

(٤) المبسوط ، السرخسي: ١٧٣/١١. البدائع ، الكاساني: ٦٨/٦.

(٥) حاشية الدسوقي: ٣٥٢/٣. التاج والإكليل ، العبدري: ١٢٨/٥.

(٦) المذهب ، الشيرازي: ٣٤٦/١.

(٧) المبسوط ، السرخسي: ١٧٣/١١. البدائع ، الكاساني: ٦٨/٦. مجمع

الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٩٩.

(٨) حاشية الدسوقي: ٣٥٢/٣.

٣ - اتفق الفقهاء على عدم ملكية الشريك للشراء بغبن فاحش^(١).

٤ - ولا يملك الشريك الإقراض من مال الشركة إلا بإذن شريكه ، وهذا قول الحنفية^(٢) والحنابلة^(٣) ، والشافعية حيث قال الإمام النووي: «ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر»^(٤) والقرض فيه ضرر.

ويملك الشريك الإقراض دون إذن شريكه إذا كان لمصلحة الشركة ، ولا يملكه إلا بإذن إذا لم يكن لمصلحتها وهذا عند المالكية^(٥).

٥ - ولا يملك الاستدانة على مال الشركة إلا بإذن شريكه ، وهذا رأي الحنفية^(٦) ، والحنابلة^(٧) ، والظاهر من قول الشافعية حيث قال النووي رحمه الله: «ويتسلط كل منهما على التصرف بلا ضرر»^(٨) والاستدانة فيها ضرر ، والظاهر من قول المالكية حيث قال ابن رشد: «ولا يتصرف بمال الشركة إلا تصرفاً يرى أنه نظر له ولشريكه»^(٩).

٦ - ولا يملك توكيل غيره على مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا فيما

(١) البدائع ، الكاساني: ٦٨/٦. شرح الزرقاني: ٧٨/٦. روضة الطالبين ، النووي: ٢٨٣/٤. مغني المحتاج ، الشربيني: ٢٩١/٢. المبدع ، ابن مفلح: ٩/٥. كشف القناع ، البهوتي: ٥٠٠/٣.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٧٢/٦. مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٣٠٢.

(٣) المبدع ، ابن مفلح: ٩/٥.

(٤) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢٩١/٢. انظر: تصرفات الأمين ، د. عبد العزيز حجيلان: ٨٠/١.

(٥) الكافي ، ابن عبد البر: ٧٨٤/٢.

(٦) المبسوط ، المرخسي: ١٤٧/١١. البدائع ، الكاساني: ٦٨/٦. مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٩٩.

(٧) المبدع ، ابن مفلح: ١٢/٥.

(٨) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢٩١/٢.

(٩) بداية المجتهد ، ابن رشد: ١٩٣/٢.

يعجز عنه ، أو ما لا يليق به مباشرته بنفسه ، وهذا قول المالكية^(١) ،
والشافعية^(٢) ، والحنابلة^(٣) .

ويملك توكيل غيره مطلقاً عند الحنفية^(٤) .

٧ - ولا يملك المشاركة بمال الشركة إلا بإذن شريكه أو إطلاق التصرف
له ، وهذا عند الحنفية^(٥) ، وعند الشافعية والحنابلة حيث اشترطوا الإذن
في الإبضاع وهو تبرع في العمل دون مقابل ، فاشتراط الإذن في المشاركة
بمال الشركة من باب أولى^(٦) .

ويملك المشاركة في مال معين من مال الشركة دون إذن شريكه ،
ولا يملك المشاركة في غير المعين إلا بإذن شريكه ، وهذا عند
المالكية^(٧) .

٨ - ولا يملك المضاربة بمال الشركة إلا بإذن شريكه أو إطلاق التصرف
له ، عند المالكية^(٨) .

ولا يملك المضاربة إلا بإذن شريكه ، بهذا قال الإمام أبو حنيفة في
رواية عنه^(٩) ، وهو الظاهر من قول الشافعية حيث اشترطوا الإذن في
الإبضاع وهو تبرع في العمل دون مقابل ، فالاشتراط في المضاربة من باب
أولى^(١٠) ، وهو قول الحنابلة أيضاً^(١١) .

(١) الكافي ، ابن عبد البر : ٧٨٦/٢ .

(٢) المذهب ، الشيرازي : ٣٥٨/١ .

(٣) المبدع ، ابن مفلح : ١١/٥ .

(٤) البدائع ، الكاساني : ٦٩/٦ . مجمع الضمانات ، البغدادي ، ٣٩٨ .

(٥) البدائع ، الكاساني : ٦٩/٦ - ٧١ . مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٣٠٠ .

(٦) مغني المحتاج ، الشربيني : ٢١٥/٢ . المبدع ، ابن مفلح : ٧/٥ .

(٧) حاشية الدسوقي : ٣٥٢/٣ .

(٨) المرجع السابق .

(٩) المبسوط ، السرخسي : ٧٦/١١ . البدائع ، الكاساني : ٦٩/٦ .

(١٠) مغني المحتاج ، الشربيني : ٢٩١/٢ .

(١١) المبدع ، ابن مفلح : ٩/٥ . كشف القناع ، البهوتي : ٥٠٠/٣ .

ويملك المضاربة دون إذن شريكه عند أبي حنيفة في رواية عنه وبها أخذ أصحابه^(١).

ولا يملك الإبضاع^(٢) من مال الشركة إلا بإذن شريكه أو إطلاق التصرف له عند الحنابلة^(٣).

ولا يملك ذلك عند الشافعية إلا بإذن شريكه^(٤).

ويملك ذلك دون إذن شريكه عند الحنفية^(٥) والمالكية^(٦) إذا اتسع المال بحيث يحتاج لذلك وإلا منع ، لأن الشركة تنعقد على عادة التجار والإبضاع من عادتهم.

١٠ - ويملك الشريك الاستئجار للشركة وإجارة مالها بمطلق العقد ، أي دون إذن شريكه عند الحنفية^(٧) والمالكية^(٨) ، والظاهر من قول الشافعية حيث أجازوا لعامل المضاربة أن يستأجر من رأس المال فيما لا يلزمه فعله ، والشريك أولى لمشاركته في رأس المال^(٩) ، وهو قول الحنابلة أيضا^(١٠).

١١ - ولا يملك إعارة مال الشركة إلا بإذن شريكه عند المالكية^(١١) ، والظاهر من قول الشافعية حيث قال النووي - رحمه الله -: «ويتسلط كل

(١) المبسوط السرخسي: ١٧٦/١١. البدائع ، الكاساني: ٦٩/٦.

(٢) سبق تعريفه ، ص ٢٧٢.

(٣) المبدع ، ابن مفلح: ١٠/٥.

(٤) مغني المحتاج ، الشرييني: ٢٩١/٢.

(٥) البدائع ، الكاساني: ٦٨/٦. مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٩٨.

(٦) الشرح الكبير ، الدردير: ٣٥٢/٣. مواهب الجليل ، الحطاب: ١٢٧/٥.

(٧) البدائع ، الكاساني: ٦٩/٦. مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٩٨.

(٨) مواهب الجليل ، الحطاب: ١٢٧/٥ ، ١٢٨.

(٩) المهذب ، الشيرازي: ٣٩٣/١. انظر: تصرفات الأمين ، د. عبد العزيز

الحجيلان: ١١٤/١.

(١٠) المبدع ، ابن مفلح: ٩/٥.

(١١) مواهب الجليل ، الحطاب: ١٢٨/٥.

منهما على التصرف بلا ضرر»^(١) والإعارة فيها ضرر ، والظاهر من قول الحنابلة حيث قال ابن قدامة: «ولكل واحد من الشريكين أن يبيع ويشتري ويفعل ما هو من مصلحة التجارة بمطلق الشركة»^(٢) والإعارة ليس فيها مصلحة. ويملك إعارة مال الشركة دون إذن شريكه عند الحنفية^(٣).

١٢ - ولا يملك الشريك إيداع مال الشركة إلا بإذن شريكه إلا عند الحاجة إليه ، وهذا قول المالكية^(٤) ، والوجه الصحيح عند الحنابلة^(٥).

ويملك ذلك دون إذن شريكه مطلقاً عند الحنفية والظاهر من قول الشافعية حيث قالوا بملكية عامل المضاربة لذلك دون إذن صاحب المال فكذاك هنا^(٦).

١٣ - ولا يملك الشريك التبرع والإبراء من مال الشركة دون إذن شريكه ، فإن فعل ذلك فإنه يثبت في نصيبه دون نصيب شريكه باتفاق المذاهب الأربعة^(٧) لأن التبرع والإبراء من مال الشركة ضرر.

١٤ - ولا يملك الشريك الإقرار بالدين على الشركة لمن لا تقبل شهادته له ومن ثم لا يكون لازماً في حق بقية الشركاء ، وإنما يكون قاصراً عليه فيلزم في حقه فقط ، وهذا قول الحنفية^(٨) ، والمالكية^(٩) ، والظاهر من مذهب الشافعية كما قالوا في الوكيل^(١٠) ، ومقتضى مذهب الحنابلة حيث

(١) مغني المحتاج ، الشرييني الخطيب: ٢٩١/٢.

(٢) الكافي ، ابن قدامة: ٢٦٠/٢.

(٣) فتاوى قاضيخان: ٦١٤/٣ بهامش الفتاوى الهندية.

(٤) بداية المجتهد ، ابن رشد: ١٩٢/٢.

(٥) المبدع ، ابن مفلح: ١٠/٥.

(٦) المبسوط ، السرخسي: ١٧٥/١١. البدائع ، الكاساني: ٧٨/٦.

(٧) البدائع: ٧٢/٦. بداية المجتهد: ٢٥٦/٢. مغني المحتاج: ٢٩١/٢. المبدع:

٩/٥ ، ١٣.

(٨) رد المحتار ، ابن عابدين: ٣١٩/٤.

(٩) بداية المجتهد ، ابن رشد: ١٩٣/٢.

(١٠) المهذب ، الشيرازي: ٣٥٨/١. مغني المحتاج ، الشرييني: ٣٢٤/٢.

إن المذهب عندهم عدم ملكية الإقرار للأجنبي مع عدم التهمة ، فمع التهمة من باب أولى^(١).

١٥ - ويملك الإقرار بدين في الشركة لأجنبي ويلزمه في نصيبه ونصيب شريكه عند المالكية^(٢).

ويملك ذلك في شركة المفاوضة فقط عند الحنفية^(٣).

ولا يملك الإقرار بدين على الشركة فإن فعل لزم في نصيب المُقر فقط عند الحنابلة^(٤).

١٦ - ويملك الشريك السفر بمال الشركة مع أمن الطريق دون إذن شريكه ، ولا يملكه مع الخوف إلا بإذن شريكه عند الحنابلة^(٥).

ويملك السفر مطلقاً دون إذن شريكه عند المالكية^(٦) وعند أبي حنيفة وأحمد في رواية عنهما^(٧).

ولا يملك السفر مطلقاً إلا بإذن شريكه عند الشافعية^(٨).

١٨ - ولا يملك الشريك خلط مال الشركة بماله إلا بإذن أو تفويض من شريكه عند الحنفية^(٩) ، والحنابلة^(١٠).

ولا يملك ذلك إلا بإذن صريح من شريكه عند الشافعية كما قالوا في

(١) المبدع ، ابن مفلح ، ١٣/٥ .

(٢) بداية المجتهد ، ابن رشد : ١٩٣/٢ .

(٣) المبسوط ، السرخسي : ١٧٤/١١ . مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٣٠٢ .

(٤) المبدع ، ابن مفلح : ١٣/٥ .

(٥) المرجع السابق : ١١/٥ .

(٦) مواهب الجليل ، الخطاب : ١٣٤/٥ .

(٧) البدائع ، الكاساني : ٧١/٦ . مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٢٩٩ .

(٨) مغني المحتاج ، الشربيني : ٢١٤/٢ . روضة الطالبين ، النووي : ٢٣٨/٤ .

(٩) البدائع الكاساني : ٦٩/٦ . مجمع الضمانات ، البغدادي ، ص ٣٠٠ .

(١٠) المبدع ، ابن مفلح : ٩/٥ .

المضاربة لأن المضاربة نوع من الشركة^(١).

موقف القانون :

يتفق القانون مع الفقه الإسلامي في أن الشريك يمتنع عن أي فعل يضر بالشركة أو يكون مخالفاً للغرض الذي أنشئت لتحقيقه ، هذا ما نص عليه البند الأول من المادة (٥٢١) مدني مصري والمادة (٤٨٩) مدني سوري ، أما البند الثاني فيبين مقدار العناية المطلوبة من الشريك وينص على ما يلي :

٢ - وعليه أن يبذل من العناية في تدبير مصالح الشركة ما يبذله في تدبير مصالحه الخاصة ، إلا إذا كان مُتَدَبِّاً للإدارة بأجر فلا يجوز أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد.

* * *

(١) روضة الطالبين ، النووي : ١٤٨/٥ .

المبحث الرابع ضمان عقد القرض

أولاً - تعريف القرض ومشروعيته:

القرض لغة: القطع ، من قرضه يقرضه ، بالكسر ، قَرْضاً وقَرْضه : قطعه^(١).

وشرعاً: تملك الشيء على أن يرد بدله. وسُمي بذلك لأن المقرض يقطع للمقترض قطعة من ماله^(٢).

وهو مندوب إليه بقوله تعالى: ﴿وَأَفْعَلُوا الْخَيْرَ﴾ [الحج: ٧٧]. وقوله ﷺ: «من أقرض الله مرتين كان له مثل أجر أحدهما لو تصدق به»^(٣).

وفي القانون نصت المادة (٥٣٨) من التقنين المدني المصري يقابلها المادة (٥٠٦) مدني سوري على تعريف القرض فقالت: «القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء آخر ، على أن يرد له المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته».

ويؤخذ من النص المتقدم أن عقد القرض محله أن يكون دائماً شيئاً

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٢١٦/٧. المعجم الوسيط ، ص ٧٥٤.

(٢) مغني المحتاج ، الشربيني: ١٦٠/٢.

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه ، كتاب: البيوع ، باب: الديون ، رقم (٥٠٤٠): ٤١٨/١١.

مثلياً وهو في الغالب نقود ، على أن يسترد المقرض من المقرض مثله في نهاية القرض ، وذلك دون مقابل أو بمقابل وهو الفائدة^(١).

ثانياً: متى يدخل القرض في ضمان المقرض وملكه؟

في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المقرض يملك القرض ملكاً تاماً بالعقد وإن لم يقبضه ، ويصير مالاً من أمواله ويُقضى به مثله مثل كل معروف ، كالهبة ، والصدقة ، والعارية فيلزم بالقول ويصير مالاً من أموال المعطى ، ولكن لا يتم ذلك الملك إلا بالقبض والحيازة ، وهو رأي المالكية^(٢).

القول الثاني: أن المقرض يملك المال المقرض بالقبض وإن لم يتصرف فيه كالموهوب ، ولأنه لو لم يملك به لامتنع عليه التصرف فيه ، وهو قول الحنابلة والحنفية في القول المعتمد والشافعية في الأصح^(٣).

القول الثالث: لأبي يوسف صاحب أبي حنيفة أن القرض لا يملك بالقبض ما لم يُستهلك ، وحجته أن الإقراض إعارة بدليل أنه لا يلزم فيه الأجل إذ لو كان معاوضة للزم فيه كما في سائر المعاوضات^(٤).

فإذا قبضه المقرض ضمنه كلما هلك بأفة سماوية أو تعد منه أو من غيره ، كالمبيع والموهوب بعد القبض ، لأنه قبضه قبض ضمان ، لا قبض حفظ وأمانة كقبض العارية.

والمقبوض بقرض فاسد كالمقبوض ببيع فاسد أيضاً ، فإذا هلك يكون

(١) الوسيط ، السنهوري: ٤٢٠/٥. عقد القرض في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، د. علاء الدين خروقة ، ص ٩٧.

(٢) حاشية الدسوقي: ٢٢٦/٣.

(٣) المبدع ، ابن مفلح: ٢٠٦/٤. البدائع ، الكاساني: ٣٩٦/٧. مغني المحتاج ، الشربيني: ١٦٤/٢.

(٤) البدائع ، الكاساني: ٣٩٦/٧.

المقترض ضامناً مثله إذا كان من المثليات ، وقيمته إذا كان من القيميات^(١).

ثالثاً - صفة بدل القرض :

اختلف الفقهاء في بدل القرض الذي يلزم المقترض أدائه على ثلاثة أقوال^(٢) :

أحدها : للمالكية^(٣) والشافعية^(٤) في الأصح وهو أن المقترض مخير بين أن يرد مثل الذي اقترضه إذا كان مثلياً ، لأنه أقرب إلى حقه ، وبين أن يرده بعينه إذا لم يتغير بزيادة أو نقصان .

أما إذا كان قيمياً (كالشاة) فله أن يرده بعينه ما دامت العين على حالها لم تتغير ، أو بمثله صورة لما صح عن النبي ﷺ : «أنه استلف بَكْرًا (الفتي من الإبل) وردَّ رباعياً (الإبل دخلت في السنة الخامسة) ، وقال: خيار الناس أحسنهم قضاء»^(٥).

الثاني : لأبي حنيفة ومحمد وهو أن المقترض بمجرد تملكه للعين المقرضة ، فإنه يثبت في ذمته مثلها لا عينها ولو كانت قائمة ، وأنه لو استقرض شيئاً من المكيلات أو الموزونات أو المكوكات من الذهب والفضة ، فرخصت أسعارها وعلت ، فعليه مثلها ، ولا عبرة برخصها وغلائها . وأنه إذا تعذر على المقرض رد مثل ما اقترضه ، بأن استهلكها ثم

(١) مجمع الضمانات ، ص ٤٤٧ . نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٥٤ .

(٢) انظر الموسوعة الفقهية الكويتية : ١٢٣/٣٣ وما بعدها . عقد القرض ، د. نزيه حماد ، ص ٤٦ . وما بعدها .

(٣) القوانين الفقهية ، ابن جزى ، ص ١٩٠ .

(٤) المذهب ، الشيرازي : ١٩٠/٥ . بتحقيق الدكتور محمد الزحيلي .

(٥) أخرجه البخاري ، كتاب : في الاستقراض وأداء الديون والحجر والتفليس ، باب : هل يعطى أكبر من سنه ، رقم (٢٢٦٢) : ٨٤٣/٢ . ومسلم : كتاب : المساقاة ، باب : من استلف شيئاً فقضى خيراً منه وخيركم أحسنكم قضاء ، رقم (١٦٠٠) : ١٢٢٤/٣ .

انقطعت عن أيدي الناس ، فيجبر المقرض على الانتظار إلى أن يوجد مثلها ، ولا يصار إلى القيمة إلا إذا تراضيا عليها^(١).

الثالث: للحنابلة حيث فرقوا بين ما إذا كان محل القرض مثلياً أو موزوناً ، وبين ما إذا كان قيمياً لا ينضبط بالصفة كالجواهر ونحوها ، وبين ما إذا كان سوى ذلك ، فقالوا:

أ - إن كان محل القرض مثلياً من المكيلات أو الموزونات ، فيلزم المقرض مثله ، ولو أراد رده بعينه يُجبر المقرض على قبوله ما لم تتغير عينه بعيب أو نقصان أو نحو ذلك ، سواء تغير سعره أو لا ، لأنه رده على صفة حقه فلزم قبوله كالسلم ، ولو تغير حالها فإنه لا يلزمه قبول المردود لما فيه من الضرر عليه ، لأنه دون حقه ، ويجب على المقرض أداء مثله .

وفي الحاليين إذا رد المقرض المثل وجب على المقرض قبوله ، سواء رخص سعره أو غلا أو بقي على حاله ، لأن المثل يُضمن في الغصب والإتلاف بمثله ، فكذا ها هنا ، فإن أعوز المثل - أي تعذر - فعليه قيمته يوم إعوازه ، لأنه يوم ثبوت القيمة في الذمة .

ب - وإن كان محل القرض غير مكيل ولا موزون ، فيجب رد قيمته يوم القبض إن كان مما لا ينضبط بالصفة ، كالجواهر ونحوها قولاً واحداً ، لأن قيمتها تتغير بالزمن السير باعتبار قلة الراغب وكثرته .

أما ما لا ينضبط بالصفة كالمذروع والمعدود والحيوان ، فيجب رد قيمته يوم القرض لأنها تثبت في ذمته ، وهو المذهب^(٢).

الترجيح:

أرى أن مذهب المالكية والشافعية هو الأرجح ، وهو الأقرب إلى تحقيق العدالة ، فالمقرض للشيء إما أن يرده بعينه إذا لم يتغير بزيادة أو

(١) البدائع ، الكاساني: ٣٩٥/٧. رد المحتار ، ابن عابدين: ١٧٣/٤ .

(٢) المبدع ، ابن مفلح: ٢٠٧/٤ ، ٢٠٨ . دليل الطالب ، مرعي بن يوسف الحنبلي ، ص ١٢٠ .

نقصان ، كمن اقترض نقوداً أو كيس قمح أو شاة ثم لسبب أراد رده فيرده بعينه ، فإن استهلك المقرض القرض وجب عليه رد مثله حقيقة أو صورة ، بدليل أنه ﷺ : استلف بكراً ورد رباعياً كما مرَّ .

موقف القانون :

يجب على المقرض أن يرد للمقرض مثل ما اقترضه عند نهاية القرض ، وهذا ما بينته المادة (٥٣٨) مدني مصري والمادة (٥٠٦) مدني سوري بقولها : « على أن يرد إليه المقرض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته » .

فإذا كان الشيء المقرض أشياء مثلية غير النقود ، كغلال أو قطن ، وجب على المقرض أن يرد كميات مماثلة في المقدار والنوع والصفة .

ولا عبرة بغلو السعر أو برخصه ويبقى المقرض ملتزماً برد مثل ما اقترض ولو غلا سعره فتضرر أو رخص سعره فانتفع .

وإذا انقطع مثل الشيء المقرض عن السوق ، كان المقرض بالخيار إما أن ينتظر حتى يعود الشيء إلى السوق فيرده له المقرض المثل ، وإما أن يطالب المقرض بقيمة الشيء المقرض في الزمان والمكان اللذين يجب فيهما الرد^(١) .

وهذه الأحكام كلها مأخوذة من الفقه الإسلامي وبالتحديد من المذهب الحنفي .

مصاريف ونفقات الإقراض :

إن عبء مصاريف ونفقات الإقراض ووفاء القرض يتحملها شرعاً المقرض وحده ، ولا يكلف المقرض بشيء منها ، لأن مؤونة قبض ورد كل عين تلزم من تعود إليه منفعة قبضها . ولأنه محسن وفاعل معروف «وما على المحسنين من سبيل» .

(١) الوسيط ، السنهاوري : ٤٧٢/٥ .

وبناء على ذلك فعلى المقترض أجور التوفية بالوحدات القياسية العرفية (الكيل والوزن والذرع والعد ... إلخ) عند التسليم والوفاء ، ونفقات الاتصالات أو كتابة السندات والصكوك أو غير ذلك مما يحتاج إليه لإجراء هذا العقد أو تنفيذه أو توثيقه^(١).

نفقات القرض الحسن في البنوك الإسلامية:

في التطبيق العملي المعاصر للقرض الحسن في البنوك الإسلامية ، ظهرت مسألة (رسوم الخدمة) ، التي تستوفى من المقترض على أساس كونها تمثل التكاليف الإدارية الفعلية التي يتكبدها المصرف الإسلامي في تقويم المشروعات التي جرى القرض من أجلها ومتابعة نفقات لا تلزمه شرعاً ، ولا يتحمل المقترض شيئاً زائداً على المصاريف الفعلية لعملية الإقراض.

وقد بحث هذه المسألة مجمع الفقه الإسلامي في الدورة الثالثة ، قرار رقم (١٣-١/٣) بخصوص استفسارات البنك الإسلامي للتنمية حول خدمات القروض في البنك المذكور. وبعد دراسة مستفيضة قرر المجمع ما يلي:

أولاً - يجوز أخذ أجور عن خدمات القروض على أن يكون ذلك في حدود النفقات الفعلية.

ثانياً - كل زيادة عن الخدمات الفعلية محرمة لأنها من الربا المحرم شرعاً^(٢).

ووجه السؤال نفسه لبيت التمويل الكويتي فكان الجواب لهيئة الفتوى والرقابة الشرعية في الفتوى قم (٥١٤) كما يلي:

لا مانع شرعاً من تحميل المقترضين النسبة التي تخصهم من

(١) رد المحتار ، ابن عابدين: ١٧٣/٤. حاشية الدسوقي: ٢٢٧/٣. مغني

المحتاج ، الشرييني: ١٦٣/٢. الروض المربع ، البهوتي ، ص ٣١٥.

(٢) الدورة الثالثة المنعقدة في عمان، الأردن، من ٨-١٣ صفر، ١٤٠٧ هـ، الموافق

١١-١٦ تشرين الأول ١٩٨٦ م. انظر: قرارات مجمع الفقه الإسلامي، ص ٢٩.

مصاريفها ، شريطة احتساب هذه النسبة بصورة مطابقة للواقع ، دون تحقيق أي زيادة على المصاريف ، وذلك بتوزيع المصاريف الخاصة على جميع المبالغ المقدمة قروضاً ، وربط كل مبلغ بنسبته وذلك عن المدة الفعلية التي تحتاج فيها .

بعد عرض الفتاوى أقول: إن تحديد رسم خدمة القروض في ضوء التكلفة الإدارية الفعلية التي سوف يتحملها البنك في تقويم المشروعات التي يمولها ، وأيضاً تكلفة متابعة تنفيذها أمر صعب جداً في واقع التعامل مع المصارف الإسلامية ، ومع وجوب ربط كل مبلغ بنسبته من هذه الرسوم حسب مدة القرض . لذلك أقترح أن تُخصَّص لجنة شرعية في كل مصرف مهمتها احتساب رسم خدمات القروض بدقة آخذين بعين الاعتبار قيمة القروض وزمن القرض ، وبذلك يصبح التصرف مشروعاً ، والله أعلم .

* * *

المبحث الخامس

ضمان عقد القسمة

أولاً: تعريف القسمة ومشروعيتها:

القسمة لغة وشرعاً^(١): بكسر القاف هي: تمييز بعض الأنصباء من بعض مأخوذة من النصيب والحظ ، والقَسَام الذي يقسم الأشياء بين الناس ، قال ليلى:

فارض بما قسم الملك فإنما قسم المعيشة بيننا قَسَامُهَا
وهي جائزة لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُوا الْقَرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسْكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [النساء: ٨].

ولأن النبي ﷺ قسم غنائم خيبر على ثمانية عشر سهماً^(٢) ، وقسم غنائم حنين بالجعرانة^(٣).

-
- (١) لسان العرب ، ابن منظور: ٤٧٨/١٢. المعجم الاقتصادي ، د. أحمد الشرباصي ، ص ٣٥٩. المذهب ، ت: د. محمد الزحيلي: ٥٢٧/٥. الفواكه الدواني ، ابن غنيم: ٢٤٢/٢. المبسوط ، السرخسي: ٢/١٥.
- (٢) أخرجه أبو داود ، كتاب: الخراج والإمارة والفيء ، باب: ما جاء في حكم أرض خيبر ، رقم (٣٠٠٦): ١٥٧/٣. ونقل الزيلعي في نصب الراية قول صاحب التفتيح: وإسناده جيد. نصب الراية: ٣٩٧/٣.
- (٣) أخرجه مسلم ، كتاب: الحج ، باب: بيان عدد عمر النبي ﷺ وزمانهن ، رقم (١٢٥٣): ٩١٦/٢.

ولأن بالشركاء حاجة إلى القسمة ليتمكن كل واحد منهم من التصرف في ماله على الكمال ، ويتخلص من كثرة الأيدي وسوء المشاركة^(١).

والكلام عن ضمان القسمة يُقصد به قسمة الأعيان المشتركة لا قسمة المنافع أو المهايأة ، لأن الأولى هي التي يثور بشأنها مشكلة الضمان ، إذ إنها إفراز الملك المشترك^(٢).

ثانياً- حال المشتركين قبل القسمة وبعدها :

تشتمل القسمة على الإفراز والمبادلة :

والإفراز: أخذ الشريك عين حقه ، وهو ظاهر في المكيلات والموزونات والذريعات والعدديات المتقاربة لعدم التفاوت بين أحادها.

والمبادلة: أخذه عوض حقه ، وهو ظاهر في غير المكيلات والموزونات كالدور والحيوانات والعروض التجارية للتفاوت بين أفرادها.

ولوجود وصف المبادلة فيها والمعاوضة ، كانت عقد ضمان. ويد كل شريك على المشترك قبل القسمة يد أمانة ، وبعدها يد ضمان ، وإذا قبض كل شريك نصيبه بعد القسمة ملكه ملكاً مستقلاً يخوله حق التصرف المطلق فيه ، وإذا هلك في يده هلك من ضمانه هو فقط^(٣).

وإذا استحق جزء معين من أحد النصيبين كبيت من دار ، فالقسمة جائزة لا تُفسخ ولا تنتقض باتفاق الحنفية ، ولكن يرجع المتحق عليه الذي أخذ منه البيت على صاحبه بقدر ما يخصه من الجزء المتحق ، إذ تبين أنه لم

(١) المذهب ، ت: د. محمد الزحيلي: ٥٢٧/٥. المبسوط ، السرخسي: ٢/١٥.

البحر الرائق ، ابن نجيم: ١٦٧/٨ المغني ، ابن قدامة: ١٤٠/١٠.

(٢) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٥٢.

(٣) البحر الرائق ، ابن نجيم: ١٦٧/٨. المدونة ، مالك بن أنس: ٤٩٨/١٤. كفاية

الأخيار، تقي الدين الحصني ، ص ٦٧٠. انظر: الموسوعة الكويتية: ٢٨/٢٤٤.

يكن مملوكاً للشركاء فيرد لصاحبه ، وكذلك لا تفسخ القسمة عند أبي حنيفة
ومحمد إذا استحق جزء شائع من أحد النصيبين كالربع أو الثلث مثلاً ،
ويرجع المستحق عليه على صاحبه بحصته من الجزء المستحق^(١) .

* * *

(١) الهداية ، المرغيناني: ٥٠/٤ . نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٥٣ .

المبحث السادس ضمان عقد التخارج

أولاً: تعريف التخارج ومشروعيته:

التخارج يعني: اصطلاح الورثة على إخراج بعضهم من التركة بشيء معلوم^(١).

ويُعتبر التخارج تنازل أحد الورثة عن نصيبه من التركة ، في مقابل ما يتسلمه من المال ، عقاراً كان أو عرضاً أو نقوداً ، فيمكن اعتباره بيعاً ويمكن اعتباره صلحاً عند الفقهاء . وهو من عقود المعاوضة أحد بدليه نصيب الوارث في التركة ، والبدل الآخر هو المال المعلوم الذي يُدفع للوارث المُخرج .

مثال ذلك: أن يكون الورثة زوجاً وأخوين شقيقين ، فأخرج أحد الشقيقين الزوج من نصيبه ، بمال دفع إليه من ماله الخاص ، فيضم نصيب الزوج وهو سهمان من أربعة إلى نصيبه وهو سهم واحد ، فيصبح له ثلاثة أسهم ولشقيقه الآخر سهم واحد .

وقد حدث في عهد الراشدين ، إذ طلق عبد الرحمن بن عوف امرأته تماضر بنت الأصبع الكلبيّة في مرض موته ، ثم مات وهي في العدة ، فوَرَّثها عثمان - رضي الله عنه - مع ثلاث نسوة آخر ، فصالحوها عن رُبُع

(١) الهداية ، المرغيناني: ٣/٢٠٠ . رد المحتار ، ابن عابدين: ٥/٥١٨ . المدونة ، مالك بن أنس: ١١/٣٦٢ .

ثمنها على ثلاثة وثمانين ألفاً (قيل دراهم وقيل دنانير)^(١).

ضمان بدل التخارج :

إذا قبض المخرج من التركة بدل المخارجة أخذ حكم المبيع بعد قبضه ، تملكاً وتصرفاً ، فإذا هلك بدل المخارجة هلك من حسابه الخاص ، كالمبيع إذا هلك في يد المشتري بعد قبضه ، لأنه أمكن اعتباره بيعاً فكان مضموناً كضمان المبيع .

وبما أنه عقد ضمان - كالبيع - فيترتب عليه أثره بمجرد انعقاده ، فيتملك الوارث الشيء المعلوم ، وتزول ملكيته عن نصيبه الشرعي من التركة ، سواء علم مقدار ما يرثه من التركة أو لم يعلم^(٢).

موقف القانون :

يتفق قانون الأحوال الشخصية السوري مع ما ذهب إليه فقهاء الحنفية أن عقد التخارج من عقود المعاوضة التي لا بد فيها من ذكر البدل المعلوم ، ويمكن أن يتم قبل أو أثناء أو بعد تنظيم وثيقة حق الإرث ، القرار رقم ٣٨٦/٣٨٩ تاريخ ١٩٧٦/٤/٢١ .

وكذلك تكلم القانون المدني المصري عن التخارج في المواد (٤٧٣) - (٤٧٦) يقابلها المواد (٤٤١ - ٤٤٤) من القانون المدني السوري .

فنصت المادة (٤٤١) من القانون المدني السوري على ما يلي :

«من باع تركة ، دون أن يفصل مشتملاتها ، لا يضمن إلا ثبوت ورائته ، ما لم يتفق على غير ذلك» .

إذاً ضمان البائع مُحدد في إثبات كونه وارثاً فقط ، بسبب طبيعة هذا البيع ، لأنه من البيوع الاحتمالية ، وأن المبيع هو مجموعة من الأموال التي لا تُعرف مشتملاتها ، ولم تُحدد أعيانها ، وأن المشتري وضع في

(١) بداية المبدي ، المرغيناني : ١/١٧٧ . الهداية ، المرغيناني : ٣/٢٠٠ . رد المحتار ، ابن عابدين : ٥/٥١٨ .

(٢) رد المحتار ، ابن عابدين : ٤/٤٨١ .

اعتباره فكرة المضاربة عند تحديد الثمن ودفعه ، وبالتالي فإن البائع لا يضمن المبيع ، ويكتفي بمجرد إثبات وراثته .

ويتناول ضمان البائع بإثبات وراثته ثلاثة عناصر ، وهي : أن يضمن وجود تركة أصلاً ، وأن يثبت أنه وارث في التركة بمقتضى أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأحوال الشخصية النافذة اليوم ، وأن يثبت حصته الإرثية التي تخصه بالنسبة لمجموع التركة ، كالسدس أو الربع أو النصف أو غيره إن تم العقد عليه ، وإلا فلا يُشترط .

أما المادة (٤٤٢) فتقرر أن البائع الوارث ملزم بالإجراءات الشكلية التي يفرضها القانون لنقل الملكية فنصت على ما يأتي :

«إذا بيعت تركة فلا يسري البيع في حق الغير ، إلا إذا استوفى المشتري الإجراءات الواجبة لنقل كل حق اشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين وجب أيضاً أن تستوفي هذه الإجراءات»^(١) .

* * *

(١) العقود المسماة ، د. محمد الزحيلي ، ص ٤٦٠ ، ٤٦١ .

obeikandi.com

المبحث السابع

الضمان في عقد الصلح

أولاً: تعريفه ومشروعيته وأنواعه:

الصلح لغة: قطع النزاع وإنهاء الخصومة ، من صلح صلاحاً وُصلوحاً أي: زال عنه الفساد^(١).

وشرعاً: عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول^(٢).

وفي القانون: استمد القانون تعريف الصلح من الفقه الإسلامي فقال: «الصلح: عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً ، أو يتوقيان نزاعاً محتملاً ، وذلك بأن يتنازل كل منهما على وجه التقابل عن جزء من ادعائه». المادة (٥٤٩) مدني مصري وتقابلها المادة (٥١٧) مدني سوري.

مشروعيته^(٣):

الصلح جائز بدليل قوله تعالى: ﴿وَلِنْ طَائِفَتَانِ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ اقْتَتَلُوا فَأَصْلَحُوا بَيْنَهُمَا﴾ [الحجرات: ٩] وقوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ [النساء: ١٢٨] ولا يوصف بالخيرية إلا ما كان مشروعاً مأذوناً فيه.

-
- (١) لسان العرب ، ابن منظور: ٥١٦/٢ . المعجم الوسيط ، ص ٥٣٩ .
(٢) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢٤١/٢ . البحر الرائق ، ابن نجيم: ٢٥٥/٧ .
(٣) الكافي ، ابن عبد البر: ٤٥١/١ . تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ٢٤٩ . مغني المحتاج ، الشربيني: ٢٤١/٢ . المبدع ، ابن مفلح: ٢٧٨/٤ .

ومن السنة: قوله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»^(١).

أنواعه:

يكون الصلح بين مسلمين وأهل الحرب بعقد الذمة أو الهدنة أو الأمانة ، وبين أهل بغي وأهل عدل ، وبين زوجين إذا خيف الشقاق بينهما أو خافت المرأة إغراض زوجها عنها ، وبين متخاصمين في غير مال ، وبين متخاصمين في المال ، وهو محل البحث هنا.

ثانياً - الضمان في عقد الصلح عن المال بمال:

يُعتبر هذا النوع من الصلح بمثابة البيع ، لأنه مبادلة كالبيع ، ولهذا قال الكاساني - رحمه الله -: «الأصل أن كل ما يجوز بيعه وشراؤه ، يجوز الصلح عليه وما لا فلا»^(٢). وبما أن البيع عقد ضمان فالصلح عقد ضمان أيضاً.

فإذا قبض المصالح عليه ، وهو بدل الصلح ، وهلك في يد المصالح ، هلك من ضمانه ، كما لو هلك المبيع بعد قبضه في عقد البيع في يد المشتري^(٣).

وكذلك لا يجوز التصرف في بدل الصلح قبل القبض إذا كان منقولاً ، فلا يجوز للمدعي بيعه وهبته ونحوهما ، وإن كان عقاراً يجوز عند

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب: الأحكام عن رسول الله ، باب: ما ذكر عن رسول الله في الصلح بين الناس ، رقم (١٣٥٢): ٦٣٤/٣. وقال: هذا حديث حسن صحيح. وأبو داود، كتاب: الأقضية، باب: في الصلح، رقم (٣٥٩٤): ٣٠٤/٣. وابن ماجه، كتاب: الأحكام، باب: الصلح، رقم (٢٣٥٣): ٧٨٨/٢. والحديث وقفه بعضهم على سيدنا عمر رضي الله عنه. تلخيص الحبير ، ابن حجر: ٤٤/٣.

(٢) البدائع ، الكاساني: ٤٨/٦.

(٣) مغني المحتاج ، الشربيني: ٢٤١/٢.

أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز^(١).

ويجوز للمصالح في الصلح عن القصاص أن يبيع بدل الصلح أو يبرئ عنه قبل القبض ، لأن المانع من جواز التصرف في الشيء قبل القبض هو المحافظة على العقد من الانفساخ نتيجة هلاك الشيء ، واحتمال الفسخ لا يتأتى في الصلح عن القصاص لأنه مما لا يحتمل الفسخ^(٢).

ثالثاً - الصلح عن مال بمنفعة:

إذا كان بدل الصلح عن مال فيه منفعة ، اعتبر عقد الصلح في حكم عقد الإجارة ، فتعتبر عين الشيء المتصالح على منفعة أمانة في يد المصالح ، وأما منافعه فهي مضمونة على المصالح بمجرد التسليم ، فإذا مضت مدة الانتفاع المتفق عليها اعتبر المصالح مستوفياً حكماً لبذل الصلح.

مثال كون بدل الصلح منفعة: أن يكون على رجل مئة ليرة مثلاً ، فيصلح خصمه الدائن من ذلك على منفعة بيت ، بأن يسكنه شهراً ، أو على ركوب دابة أياماً معلومة ، أو على زراعة أرض مدة معينة ، ونحو ذلك ، فهذا الصلح في معنى الإجارة ، أي أنه يطبق عليه حكم الإجارة باتفاق علماء المذاهب الأربعة^(٣).

* * *

(١) البدائع ، الكاساني: ٥٤/٦ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) البدائع ، الكاساني: ٤٧/٦ . حاشية الدسوقي: ٣١٠/٣ . مغني المحتاج ،

الشرييني: ٢٤٢/٢ . المغني ، ابن قدامة: ٤٨٣/٤ .

obeikandi.com

المبحث الثامن

الضمان في عقد الهبة

أولاً - تعريف الهبة ومشروعيتها:

الهبة في اللغة: إعطاء الشيء بلا عوض^(١).

وفي الاصطلاح: عقد يفيد التملك بلا عوض حال الحياة تطوعاً^(٢). وهي من العقود العينية التي لا تتم إلا بالتسليم، لأنها تبرع غير ملزم عند الحنفية^(٣). والعقود العينية خمسة وهي: الهبة، والإعارة، والرهن، والإيداع، والقرض.

وأخذ القانون تعريف الهبة من الفقه الإسلامي، فقال في المادة (٤٨٦) مدني مصري وتقابلها المادة (٤٥٤) مدني سوري: «الهبة: عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض».

مشروعيتها^(٤):

الهبة مشروعة بقوله تعالى: ﴿فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنَاءً مَبْرُورًا﴾

[النساء: ٤].

-
- (١) لسان العرب، ابن منظور: ٨٠٣/١. المعجم الوسيط، ص ١١٠١.
 - (٢) حاشية الدسوقي: ٩٧/٤. مغني المحتاج، الشربيني: ٥٣٧/٢. البحر الرائق، ابن نجيم: ٢٨٤/٧. المغني، ابن قدامة: ٣٨٨/٥.
 - (٣) الهداية، المرغيناني: ٢٢٤/٣.
 - (٤) مغني المحتاج، الشربيني: ٥٣٧/٢. تحفة الفقهاء، المرقندي: ١٥٩/٣.

ولقوله ﷺ: «تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر»^(١) وقوله أيضاً: «العائد في هبته كالعائد في قيئه»^(٢).

وانعقد الإجماع على استحباب الهبة بجميع أنواعها ، وهي للأقارب أفضل لأن فيها صلة الرحم.

ثانياً - الضمان في عقد الهبة :

اتفق الفقهاء على أن قبض الهبة قبض أمانة ، فإذا هلكت أو استهلكت لم تضمن ؛ لأن الهبة عقد تبرع كالإعارة والإيداع^(٣).

والقبض في الهبة يحتاج إلى إذن الواهب ، فلو قبض الموهوب بلا إذن ولا إقباض من الواهب لم يدخل الشيء الموهوب في ملكه ودخل في ضمانه سواء أقبضه في مجلس العقد أم بعده ، والزيادة الحادثة من الموهوب قبل قبضه للواهب لبقائه على ملكه ، وهذا عند الشافعية والحنابلة^(٤).

أما عند المالكية فلا يشترط إذن الواهب لقبض الهبة ، لأنها تملك للواهب بمجرد قبولها منه. أي تملك بالعقد لا بالقبض^(٥).

وعند الحنفية إن قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز

(١) أخرجه الترمذي ، كتاب: الولاء والهبة عن رسول الله ، باب: في حث النبي ﷺ على التهادي ، رقم (٢١٣٠): ٤٤١/٤. وقال: حديث غريب من هذا الوجه وأبو معشر (أحد رواة الحديث) قد تكلم فيه بعض أهل العلم من قبل حفظه. تلخيص الحبير ، ابن حجر: ٦٩/٣.

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب: الهبة وفضلها ، باب: لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته ، رقم (٢٤٧٩): ٩٢٤/٢. ومسلم ، كتاب: الهبات ، باب: تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض ، رقم (١٦٢١): ١٢٤١/٣.

(٣) البدائع ، الكاساني: ١٣٤/٦. روضة الطالبين ، النووي: ٣٦٨/٥. فتح الوهاب ، زكريا الأنصاري: ٤٨٨/١.

(٤) مغني المحتاج ، الشربيني: ٥٤٢/٢. المغني ، ابن قدامة: ٣٨٨/٥ ، ٤٠٠.

(٥) حاشية الدسوقي: ١٠١/٤.

استحساناً ، وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له الواهب في القبض^(١).

وتضمن الهبة الحنفية في الحالتين التاليتين:

أ - حال ما إذا طلب الواهب ردها - لأمر ما - وحكم القاضي بوجوب الرد وامتنع الموهوب له من الرد ، ثم هلك بعد ذلك ، فإنه يضمنها حيثذ ، لأن قبض الهبة قبض أمانة ، والأمانة تضمن بالمنع والجد بالطلب ، لوجود التعدي منه^(٢).

ب - حال ما إذا وهبه مشاعاً قابلاً للقمة كالأرض الكبيرة ، والدار الكبيرة فإنها هبة صحيحة عند الجمهور^(٣) ، لأنها عقد تملك ، والمحل قابل له ، فأشبهت البيع لكنها فاسدة عند الحنفية ، لأن القبض شرط في الهبة ، وهو غير ممكن في المشاع ، ولا ينفذ تصرف الموهوب له فيها ، وتكون مضمونة عليه ، وينفذ تصرف الواهب فيها^(٤).

فإذا هلك الموهوب أو استهلك فلا سبيل إلى الرجوع في الشيء الهالك ، ولا قيمته ، لأنها ليست موهوبة ، لعدم ورود العقد عليها^(٥).

وأما الهبة الفاسدة كهبة المشاع القابل للقمة عند الحنفية كالدار والبيت الكبير فهي مضمونة بالقبض ، ولا يملكها الموهوب له بالقبض على ما هو المختار عند الحنفية بعكس المقبوض ببيع فاسد ، فإنه يملك بالقبض^(٦).

(١) الهداية ، المرغيناني: ٢٢٤/٣. تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ١٦٥/٣.

(٢) البدائع ، الكاساني: ١٢٨/٦ ، ١٢٩.

(٣) المبدع ، ابن مفلح: ٣٦٦/٥. كشاف القناع ، البهوتي: ٣٠٥/٤. روضة الطالبين ، النووي: ٣٧٣/٥. التمهيد ، ابن عبد البر: ٢٣٨/٧. الكافي ، ابن عبد البر ص ٥٢٩. القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ٢٤١.

(٤) البدائع ، الكاساني: ١٣٤/٦. تحفة الفقهاء ، السمرقندي: ١٦٢/٣.

(٥) البدائع ، الكاساني: ١٣٤/٦.

(٦) مجمع الضمانات ، البغدادى ، ص ٣٣٤. انظر: نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٦٢.

موقف القانون:

يتفق القانون مع ما قرره الفقه الحنفي في حال طلب الواهب رد الهبة بحكم القاضي ، فنصت المادة (٢/٥٤٠) مدني مصري وتقابلها المادة (٢/٤٧٢) مدني سوري على ذلك فقالت: «أما إذا صدر حكم الرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد إعداره بالتسليم ، فيكون الموهوب له مسؤولاً عن هذا الهلاك ، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي».

* * *

المبحث التاسع

الضمان في عقد الوصاية

أولاً - التعريف والمشروعية:

الوصاية لغة: من الإيصال ، من وصى الشيء بكذا وصله به ، لأن الموصي وصل خير دنياه بخير عقباه ، جاء في المعجم الوسيط: «وصى النبت ، اتصل وكثر»^(١).

والإيصال يعم الوصية والوصاية لغة ، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء ، وهي: تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت ، والوصايا بالعهد إلى من يقوم على من بعده^(٢).

وشرعاً: تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت^(٣). أي إنه عقد يفوض به الإنسان بعد وفاته لآخر تنفيذ وصيته أو رعاية حقوق أولاده القاصرين^(٤).

(١) لسان العرب ، ابن منظور: ٣٩٥/١٥. المعجم الوسيط ، ص ١٠٨٠.

(٢) مغني المحتاج ، الشرييني: ٤٩/٣.

(٣) المرجع السابق. المبدع ، ابن مفلح: ٣/٦. الإنصاف ، المرادوي: ١٨٣/٧. البحر الرائق ، ابن نجيم: ٤٥٩/٨.

(٤) المدخل الفقهي. الزرقا، ف ٢٩٣. نظرية الضمان، د. وهبة الزحيلي، ص: ١٦١.

المشروعية^(١):

عقد الوصاية مشروع بقوله تعالى: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّتِ يَوْصِي بِهَا﴾

[النساء: ١١].

وقوله ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي به يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»^(٢).

وأجمع الفقهاء على جوازها لم يخالف في ذلك أحد^(٣).

ثانياً - ضمان الوصي:

يعتبر الوصي نائباً شرعياً عن الموصي يتولى تنفيذ الوصية ، وإدارة شؤون القاصرين المالية من تسمير وتنمية واتجار وإنفاق ونحو ذلك ، وتعتبر يده يد أمانة ، فيُقبل قوله فيما يدعيه من الإنفاق ، ولا يضمن ما يتلف بيده دون تعد أو تقصير في الحفظ^(٤).

ويضمن الوصي عند الحنفية في الأحوال التالية:

١ - إذا باع أو اشترى بغبن فاحش ، وهو: الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين ، لأن ولايته للنظر ، ولا نظر في الغبن الفاحش^(٥).

٢ - كما يضمن الوصي إذا دفع المال إلى اليتيم بعد الإدراك ، قبل ظهور رشده ، لأنه دفعه إلى من ليس له دفعه إليه ، وهذا مذهب الصحابين ، وقال الإمام أبو حنيفة: بعدم الضمان ، إذا دفعه إليه بعد

(١) مغني المحتاج ، الشربيني: ٤٩/٣ . المبدع ، ابن مفلح: ٣/٦ . الإنصاف ،

المرداوي: ١٨٣/٧ . البحر الرائق ، ابن نجيم: ٤٥٩/٨ .

(٢) أخرجه البخاري ، كتاب: الوصايا ، باب: الوصايا ، رقم (٢٥٨٧): ٣/١٠٠٥ .

ومسلم ، كتاب: الوصية ، رقم (١٦٢٧): ٣/١٢٤٩ .

(٣) الإجماع ، النيسابوري ، ص ٧٤ . مغني المحتاج ، الشربيني: ٤٩/٣ .

(٤) نظرية الضمان ، د. وهبة الزحيلي ، ص ١٦١ .

(٥) بداية المبتدي ، المرغيناني ، ص ٢٦٥ . الهداية ، المرغيناني: ٤/٢٦٤ .

خمس وعشرين سنة ، لأن له ولاية الدفع إليه حينئذ^(١).

٣ - ليس للولي الاتجار في مال اليتيم لنفسه ، فإن فعل : فعند أبي حنيفة ومحمد يضمن رأس المال ، ويتصدق بالربح ، وعند أبي يوسف يسلم له الربح ، ولا يتصدق بشيء^(٢).

موقف القانون :

أخذ القانون أحكام تصرف الوصي من الفقه الإسلامي ، فنصت المادة (١٨٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه لا يجوز للوصي دون إذن من المحكمة مباشرة كثير من التصرفات ، منها :

أ - التصرف في أموال القاصر بالبيع أو الشراء أو المقايضة أو الشركة أو الإقراض أو الرهن ، أو أي نوع من أنواع التصرفات الناقلة للملكية أو المرتبة لحق عيني .

ب - استئجار أموال القاصر أو إيجارها لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربه أو أصحابه حتى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصي نائباً عنه .

* * *

(١) رد المحتار ، ابن عابدين : ٤٥٤/٥ .

(٢) المرجع السابق : ٤٥٣/٥ .

obeikandi.com

المبحث العاشر

الضمان في عقد الزواج

لا بد من المهر في عقد الزواج ، فيجري فيه الضمان .
والمهر: هو ما يدفعه الزوج إلى زوجته بعقد الزواج ، أو: ما وجب
بنكاح. أو وطء أو تفويت بضع قهراً ، كرضاع ورجوع شهود^(١) .
تبعة هلاك المهر:

اتفق الفقهاء - كما سيأتي - على أن تبعة ضمان المهر إذا هلك تكون
على ما من يده المهر ، فإذا هلك قبل القبض ضمنه الزوج ، وإذا هلك
بعد القبض أو استهلكته المرأة ضمته هي .

فإن كان المهر ديناً ثبت في الذمة . وإن كان عيناً معينة ، فإن الزوجة
تملكها بمجرد العقد ، ويجب على الزوج أن يسلمها العين ، ولو لم
تسلمها بقيت في ضمان الزوج ما دامت في يده ، عيناً مضمونة بنفسها ،
لأنها غير مقابلة بمال^(٢) ، فإذا هلك قبل تسليمها للزوجة:

فالحنفية يرون أن المضمون في هذه الحال ، هو قيمة العين أو مثلها ،
كسائر الأعيان المضمونة بنفسها: كالمغصوب ، والمبيع فاسداً ، وبدل

(١) المعجم الوسيط ، ص ٩٢٥ . مغني المحتاج ، الشربيني: ٢٨١/٣ . ويُسن تسمية
المهر في عقد الزواج لأنه لم يخل نكاح عنه ، ولأنه أدفع للخصومة ، ولثلا يشبه
نكاح الواهبة نفسها له ﷺ ، وبذلك يتبين أن المهر ليس من أركان عقد الزواج .
مغني المحتاج ، الشربيني: ٢٨١/٣ . كشف القناع ، البهوتي: ١٢٩/٥ .
(٢) كشف القناع ، البهوتي: ١٤٠/٥ . الموسوعة الفقهية الكويتية: ٢٨/٢٤٦ .

الصلح عن دم . . ولا يبطل الزواج بهلاك بدل المهر^(١) .

فإن هلك بفعل الزوجة وهو في يد زوجها ، أو بأفة سماوية بعد القبض ، أصبحت مستوفية له بهذا الهلاك .

وإن هلك بفعل أجنبي ، فالمرأة بالخيار بين تضمين الأجنبي وبين تضمين الزوج ، ثم يرجع الزوج على الأجنبي بما ضمن .

وإن استحق المهر بأن تبين أنه ليس ملكاً للزوج ، فالزوج ضامن له ، لأنه بالاستحقاق تبين أنه ملك غيره ، فترجع بمثله إن كان مثلياً ، وبقيته إن كان قيمياً يوم عقد النكاح .

وإن اطلعت الزوجة على عيب قديم فيه ، كان له الخيار بين إمساكه أو رده والرجوع بمثله في المثلي ، وبقيته في القيمي يوم الزواج^(٢) .

وإن حدث تعيب أو نقصان فاحش في المهر^(٣) فله عدة حالات :

أ - فإن كان بفعل أجنبي قبل القبض ، فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذت الشيء الناقص واتبعت الجاني بالأرش (التعويض عنه) ، وإن شاءت تركت وأخذت من الزوج قيمة الشيء يوم العقد ، ثم يرجع الزوج على الأجنبي بضمان النقصان وهو الأرش .

ب - وإن كان النقصان بأفة سماوية : فالمرأة بالخيار إن شاءت أخذته ناقصاً ولا شيء لها غيره ، وإن شاءت تركته وأخذت قيمته يوم العقد ، لأن المهر مضمون على الزوج بالعقد ، والأوصاف^(٤) لا تضمن بالعقد لعدم ورود العقد عليها موصوفاً ، فلا تضمن في حقها وإنما يضمن الأصل لورود العقد عليها . وإنما ثبت لها الخيار لتغير المعقود عليه وهو المهر عما كان عليه .

(١) رد المحتار ، ابن عابدين : ٢٦٨/٤ . المبسوط ، السرخسي : ١١/٢١ .

(٢) البدائع ، الكاساني : ٣٠١/٢ .

(٣) المرجع السابق : ٢٩٨/٢ - ٣٠١ .

(٤) سبق تعريفها ص ٦٢ .

ج - وإن كان النقصان بفعل الزوج: ففي ظاهر الرواية إن شاءت أخذته ناقصاً ، وأخذت معه أرش النقصان ، وإن شاءت أخذت قيمته يوم العقد .

د - وإن كان النقصان بفعل المرأة: فقد صارت قابضة بالجناية على الشيء ، فجعل كأن النقصان حصل في يدها ، كالمشتري إذا جنى على المبيع في يد البائع ، فإنه يصير قابضاً له .
هذا في النقصان الفاحش ، وأما في النقصان اليسير فلا خيار لها .

وقال الشافعية: لو أصدق الزوج زوجته عيناً ، فهي من ضمانه قبل قبضها ضمان عقد ، لا ضمان يد^(١) ، ولو تلفت في يده أو أتلّفها هو ، وجب لها مهر مثلها لانفساخ عقد الصداق بالتلف .

وإن أتلّفه أجنبي تخيرت الزوجة بين فسخ الصداق وإبقائه ، فإن فسخت أخذت من الزوج مهر المثل ، وإن لم تفسخه غرّمت المتلف المثل أو القيمة ، ولو تعيب الصداق قبل قبضه تخيرت الزوجة بين فسخ العقد وإبقائه وإن طلبت الزوجة من الزوج تسليم المهر فامتنع منه ، ضمن ضمان عقد .

والمنافع الفائتة في يد الزوج لا يضمنها ، وكذا المنافع التي استوفّاها بركوب الدابة التي أصدقها ، ولبس الثوب الذي أصدقها ، لا يضمنها على المذهب^(٢) .

وفرق المالكية بين ما يُغَاب وما لا يغاب .

فإن تلف الصداق وكان مما يغاب عليه (أي يمكن إخفاؤه ويتطلب حراسة) كالثياب والكتاب والسفينة السائرة في البحر ، فخسارته ممن هو في يده إن لم تقم بينة بهلاكه ، ويغرم نصفه لصاحبه إن حدث طلاق قبل الدخول .

(١) الفرق بين ضمان العقد وضمن اليد كما قال الإمام السيوطي: «إن ضمان العقد مرده ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله ، وضمن اليد مرده المثل أو القيمة» .
الأشباه والنظائر ، ص ٣٦٢ . انظر تفصيل المسألة ص ٥٩ وما بعدها من الرسالة .
(٢) مغني المحتاج ، الشرييني: ٢٨٢/٣ وما بعدها .

فإن لم تقم بينة على هلاكه ، فتلف وكان مما لا يغاب عليه كالبساتين والزروع والحيوان ، وطلّق الرجل قبل الدخول ، فلا رجوع لكل منهما على الآخر ، ويحلف من هو بيده أنه ما فرّط إن اتّهم .

وكذا إن هلك الصداق بعد العقد ، كأن مات أو حُرّق أو سُرق أو تلف من غير تفريط أحد من الزوجين ، وثبت هلاكه ببينة أو بإقرارهما عليه ، سواء أكان مما يغاب عليه أم لا ، وسواء أكان بيد الزوج أو الزوجة أم غيرهما ، لا رجوع لأحدهما على الآخر .

وإن استحق المهر من يد الزوجة فترجع بمثل المثلي وقيمة القيمي ، يوم عقد النكاح .

وإن اطلعت على عيب قديم في المهر ، فلها الخيار بين إمساكه أو رده والرجوع بمثله أو قيمته .

وإن استحق بعض المهر أو تعيب بعضه : فإن كان فيه ضرر بأن كان أزيد من الثلث ، كان لها أن ترد الباقي وتأخذ من الزوج قيمته ، أو تحسب ما بقي ، وترجع بقيمة ما استحق ، وأما إن كان المستحق منه الثلث أو الشيء التافه الذي لا ضرر فيه ، فترجع بقيمة ما استحق فقط^(١) .

وقال الحنابلة : إذا تلف المهر قبل قبضه من الزوجة فهو من ضمانها ويفوت عليها إلا أن يمنعها زوجها قبضه فيضمنه ، لأنه بمنزلة الغاصب .

وإن أخذت المرأة الصداق ، فوجدته معيباً ، فلها منع نفسها من الزفاف حتى يبدله ، أو يعطيها أرشه ، لأن صداقها صحيح .

وإن سلمت نفسها ثم بان الصداق معيباً ، كان لها أيضاً منع نفسها عن الاستمتاع حتى تقبض بدله أو أرشه ، لأنها إنما سلمت نفسها ظناً أنها قبضت صداقها ، فتبين عدمه .

وإن كان الصداق مكياً أو موزوناً ، فنقص في يد الزوج قبل تسليمه

(١) حاشية الدسوقي : ٢/ ٢٩٥ . القوانين الفقهية ، ابن جزي ، ص ١٣٦ .

إليها ، أو كان غير المكيل والموزون ، فمنعها أن تسلمه فالتقص عليه ،
لأنه من ضمانه .

وفي كل موضع يكون المهر من ضمان الزوج إذا تلف لم يبطل الصداق
بتلفه بل يضمه بمثله أو قيمته^(١) .

موقف القانون :

أحكام ضمان المهر في القانون المدني مأخوذة كلها تقريباً من الفقه
الإسلامي . فالمادة (٥٣) من قانون الأحوال الشخصية السوري تقرر أنه
«يجب للزوجة المهر بمجرد العقد الصحيح سواء أسمى عند العقد أم لم
يُسمَّ أم نفي أصلاً» .

والمادة (٣/٥٤) تقول بأنه : «يعتبر مهر المرأة ديناً ممتازاً يأتي في
الترتيب بعد دين النفقة المستحقة» .

والمادة (١/٦٠) تقول بأن «المهر حق للزوجة ولا تبرأ ذمة الزوج منه
إلا بدفعه إليها بالذات إن كانت كاملة الأهلية ما لم توكل في وثيقة العقد
وكيلاً خاصاً بقبضه» .

* * *

(١) الروض المربع ، البهوتي ، ص ٤٥٧ . كشف القناع ، البهوتي : ١٣٦/٥ ،
١٤١ .

obeikandi.com

المبحث الحادي عشر الضمان في عقد الخلع

تعريف الخلع ومشروعيته:

الخلع لغة: النزاع والإزالة^(١).

وشرعاً: فرقة بين الزوجين بعوض بلفظ طلاق أو خلع ، كقول الرجل للمرأة: طلقتك أو خالعتك على كذا ، فتقبل ، وهذا تعريف الشافعية^(٢). وهو أنسب التعاريف لاتفاقه مع المقصود بالخلع مع مفاهيم الناس ومع القانون النافذ في مصر وسورية^(٣).

والخلع مشروع بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ ﴾ [البقرة: ٢٢٩] .

ومن السنة حديث ابن عباس: «أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: يا رسول الله ، إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ، ولكنني أكره الكفر في الإسلام ، فقال رسول الله ﷺ: أتردين عليه حديثه؟ قالت: نعم ، فقال رسول الله ﷺ: اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»^(٤).

(١) المعجم الوسيط ، ص ٢٥٩ . انظر: البحر الرائق ، ابن نجيم : ٧٧/٤ .

(٢) مغني المحتاج ، الشربيني : ٣٣٥/٣ .

(٣) انظر تعريف الخلع عند الحنفية في البحر الرائق : ٧٧/٤ . وتعريف الحنابلة في

المبدع ، ابن مفلح : ٢١٩/٧ . وتعريف المالكية في مواهب الجليل : ١٨/٤ .

(٤) أخرجه البخاري ، كتاب: النكاح ، باب: الخلع ، رقم (٤٩٧١) : ٢٠٢١/٥ .

ثانياً: ضمان بدل الخلع :

والضمان في الخلع ضمان عقد عند الحنفية والشافعية والحنابلة يجب فيه المسمى في العقد ، أو المتفق عليه فيه بين الزوجين أو المثل . وإليك تفصيل المذاهب .

فالمذهب الحنفي يعتبر الخلع عقداً ينعقد بالإيجاب والقبول ، وهو من عقود المعاوضات ، إذ يتم بعوض مالي تدفعه المرأة ، والعوض الواجب في الخلع يصح أن يكون معلوماً أو مجهولاً ، وهو ما يميز الخلع عن النكاح الذي لا يصح إلا في العوض المعلوم ، ويوضح الكاساني ذلك بقوله : « ليس كل ما يصح عوضاً في الخلع ، يصلح عوضاً في النكاح ، لأن باب الخلع أوسع ، إذ هو يتحمل جهالة لا يتحملها النكاح »^(١) .

وعند المالكية الضمان في الخلع يتم بالرضا بين الرجل والمرأة ، وفيه تبذل المرأة العوض على طلاقها ويجوز الخلع بمثل الصداق أو بأقل منه أو بأكثر منه ، تأسيساً على أنه عوض في المعاملات ، فالعبرة فيه بالتراضي ، ويصح أن يكون العوض فيه مجهولاً ، ومعدوماً ، لأنه من باب الهبة ، وهي تجوز في المعلوم والمجهول^(٢) .

والخلع في المذهب الشافعي عقد ، والضمان فيه من قبيل المعاوضة ، ويصح منجزاً بأن يوقع الفرقة بعوض ، ويصح غير منجز بأن يكون معلقاً على ضمان مال أو دفع مال ، مثل أن يقول لها : إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق ، لم يصح الضمان إلا على الفور ، لأنه لما ذكر العوض صار تمليكاً بعوض ، فاقتضى الجواب على الفور ، كالتملك في المعاوضات .

وأما بالنسبة لمقابل الخلع ، أو ما يصح فيه الضمان ، فإن العوض يكون في القليل والكثير ، فلا يشترط فيه المماثلة ، بل العبرة بما يقع الاتفاق عليه ، كما يصح بالدين والعين والمال والمنفعة ، لأنه عقد على

(١) البدائع ، الكاساني : ١٤٧/٣ .

(٢) بداية المجتهد ، ابن رشد : ٦٨/٢ .

منفعة البضع فجاز في هذه الأشياء ، لذلك إن خالعتها على أن تكفل ولده عشر سنين ، وبين مدة الرضاع وقدر النفقة ، فإنه يصح .

فإن خالعتها خلعاً منجزاً على عوض ملك العوض بالعقد ، وضمن بالقبض كالصداق ، فإن كان عيناً فهلكت قبل القبض ، أو خرج مستحقاً رجع إلى مهر المثل في قول الشافعي الجديد ، وإلى بدل المسمى في قوله القديم ، كما في الصداق . وإن خالعتها على أن ترضع ولده ، فماتت فهو كالعين إذا هلكت قبل القبض^(١) .

وعند الحنابلة ، يجوز أن يكون العوض في الخلع مجهولاً ، وهو عقد يحصل به إسقاط حق الرجل في البضع مقابل بدل معين ، والإسقاط تجري فيه المسامحة ، ويعتمد على التراضي ، لذلك جاز أن يكون العوض قليلاً أو كثيراً ، معلوماً أو مجهولاً ، ويصح بالعين أو بالمنفعة .

والعوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع ، إن كان مكيلاً أو موزوناً ، لم يدخل في ضمان الزوج ، ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه^(٢) .

والخلاصة: إن ضمان الخلع هو ضمان عقد عند جمهور الفقهاء ، ويصح عندهم في المال المعلوم والمال المجهول ، كما يصح عندهم في القليل والكثير ، وأن حكم الضمان في الخلع ، وجوب الوفاء بالمتفق عليه ، فإن لم يكن دفع المسمى ، وجبت القيمة عند الحنفية ، والعوض الهالك أو المستحق بالمسمى في العقد عند الشافعي في القديم ، أو أن يكون الضمان بمهر المثل في مذهبه الجديد ، وعند الحنابلة إذا تلف العوض فإنه يضمن بالمثل ، لأنه من ذوات الأمثال^(٣) .

(١) المذهب ، الشيرازي: ٩٣/٢ .

(٢) المغني ، ابن قدامة: ٢٤٧/٧ ، المبدع ، ابن مفلح: ٢٢٠/٧ ، ٢٢٥ .

(٣) انظر: ضمان العقد ، د. محمد الجندي ، ص ٢١٧ .

موقف القانون:

أخذ القانون من الفقه الإسلامي جواز أن يكون بدل الخلع من المنافع أو من الحقوق فنصت المادة (١٠٢) من قانون الأحوال الشخصية السوري على إعفاء الزوج من أجره الرضاع ، ونصها الآتي:

١ - إذا اشترط في المخالعة إعفاء الزوج من أجره رضاع الولد ، أو اشترط إمساكها له مدة معلومة ، وإنفاقها عليه ، فتزوجت أو تركت الولد أو ماتت أو مات الولد ، يرجع الزوج بما يعادل أجره رضاع الولد أو نفقته عن المدة الباقية .

٢ - إذا كانت الأم معسرة وقت المخالعة ، أو أعسرت فيما بعد ، يُجبر الأب على نفقة الولد ، وتكون ديناً له على الأم .

وبناء على ما قاله الفقهاء من جواز كون بدل الخلع مالاً أو منفعة أو حقاً ، نصت المادة (٧٩) على أنه: «كل ما يصح التزامه شرعاً صلح أن يكون بدلاً في الخلع» .

* * *