

الباب الأول

بيان مقومات الضمان الأساسية «بمعناه العام»

حقيقته وشروطه وأسبابه وموانعه

ويشتمل على أربعة فصول :

الفصل الأول :

بيان حقيقة الضمان ومشروعيته وشروطه.

الفصل الثاني :

بيان أسباب الضمان في الفقه الإسلامي.

الفصل الثالث :

بيان بعض عقود الضمان والأمانة.

الفصل الرابع :

موانع التضمين.

obeikandi.com

الفصل الأول

بيان حقيقة الضمان ومشروعيته وشروطه

ويندرج تحته ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : بيان حقيقة الضمان .

المبحث الثاني : بيان مشروعية الضمان .

المبحث الثالث : بيان شروط الضمان .

obeikandi.com

المبحث الأول

في بيان حقيقة الضمان

وفيه نعرف الضمان بمعناه العام، وذلك فيما يشمل ضمان المال أو غيره، وما يشمل التزام المكلف بعقد أو إلزامه من الشارع.

تعريف الضمان في اللغة:

يقال ضمن الشيء ضماناً وضمناً فهو ضامن: أي كفله،^(١) وضمن الرجل ضماناً كفله، أو التزم أن يؤدي عنه ما قد يقصر في أدائه.

قال في الصحاح^(٢): «ضمنت الشيء ضماناً كفلت به، وقال في لسان العرب^(٣): ضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني مثل غرمته، يقال ضمننت الشيء أضمنه ضماناً فأنا ضامن وهو مضمون. وضمن الشيء: جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه، والضامن: الكفيل أو الملتزم أو الغارم^(٤).

جاء في الحديث: «تضمن الله لمن خرج في سبيله لا يخرجه إلا جهاداً

(١) القاموس المحيط: للفيروز آبادي ٤/٢٤٣ دار الفكر بيروت.

(٢) تاج اللغة وصحاح العربية لإسماعيل بن حماد الجوهري ٦/١٥٥، دار العلم بيروت - الطبعة الثانية ١٣٩٩ هـ.

(٣) لسان العرب: جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور ١٧/١٢٦، المطبعة الأميرية بمصر - الطبعة الأولى ١٣٠٣ هـ.

(٤) المعجم الوسيط لمجموعة من المؤلفين ١/٥٤٦، مطابع دار المعارف بمصر ٩٣ هـ الطبعة الثانية ومعجم متن اللغة، لأحمد رضا ٣/٥٦٦ - دار مكتبة الحياة ببيروت.

في سبيلي وإيماناً بي وتصديقاً برسلي، فهو على ضامن أن أدخله الجنة، أو أرجعه إلى مسكنه الذي خرج منه نائلاً ما نال من أجر أو غنيمة» الحديث^(٥) أي ذو ضمان على الله^(٦).

وجاء في الحديث كذلك: «الخراج بالضمان»،^(٧) أي أن المنافع تكون مقابل الالتزام عند الهلاك، وقيل: الضمان مشتق من الضم قال تعالى: ﴿... وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا...﴾^(٨) أي ضمها إلى نفسه، وقيل: مشتق من التضمن: لأن ذمة الضامن تتضمن الحق، وقيل: من الضمن فذمة الضامن في ضمن ذمة المضمون عنه،^(٩) وقال في البسيط: هو مشتق من التضمن، ومعناه: تضمين الدين في ذمة من لا دين عليه^(١٠).

تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء:

يجد الباحث في كتب الفقه الإسلامي أن الفقهاء يختلفون في إطلاق

لفظ الضمان:

- (٥) أخرجه مسلم في كتاب الإمارة ٣/١٤٩٥ عن أبي هريرة وابن ماجه في كتاب الجهاد ٢/٩٢٠.
- (٦) لسان العرب، لابن منظور ٢/٥٥٠ - دار لسان العرب ببيروت.
- (٧) رواه أبو داود في كتاب البيوع - باب فيمن اشترى عبداً فاستعمله ثم وجد به عيباً ورقمه عنده/ ٣٥٠٨. ورواه الترمذي في كتاب البيوع ٣/٥٧٢، حديث رقم ١٢٨٥، وقال فيه حديث حسن صحيح غريب من حديث هشام بن عروة. وأخرجه النسائي في كتاب البيوع كذلك ٧/٢٢٣. وأخرجه ابن ماجه في باب الخراج بالضمان ٢/٧٥٤ حديث رقم ٢٢٤٣.
- (٨) سورة آل عمران: آية/ ٣٧.
- (٩) كشف القناع، المنصور البهوتي ٣/٣٦٢.
- (١٠) تكملة المجموع، للمطيعي ٣/١٤.

١ - نرى أن جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة يطلقون لفظي الضمان والكفالة كلا منهما على الآخر، ويرون أنهما مترادفان يراد بهما ما يعم ضمان المال وضمن النفس وضمن الطلب، وذلك عند التزام المكلف بعقد الكفالة، كما أنهم يستعملون لفظ الضمان فيما هو أعم من ذلك وهو الضمان مطلقاً سواء كان بعقد الملتزم أو الضرر أو الاعتداء أو غيره.

٢ - ونرى الحنفية يطلقون الكفالة على ما كان فيه الضمان بموجب العقد، وتشمل كفالة المال وكفالة النفس والكفالة بالفعل، ويطلقون الضمان على ما هو أعم فيشمل الضمان بالعقد وغير العقد، فهم يتفقون مع الجمهور في إطلاق لفظ الضمان على ما هو أعم من الكفالة وضمن المال وغيرها.

٣ - ومن الفقهاء من يرى تخصيص الضمان بالمال، أما الكفالة فيراد بها الضمان بالنفس ومن هؤلاء الشيعة الجعفرية، وقد شاع هذا عند الشافعية والحنابلة.

ومن تعريفات الضمان بمعناه الأعم:

١ - عرفه الحموي: (١١)

بأنه عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته.

(١١) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، للحموي. ٢١١/٢.

« وجاء في مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤١٦ تعريف الضمان بأنه: « هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات، وقيمته إن كان من القيميات ».

وعرّفه الشوكاني^(١٢) بقوله: الضمان: عبارة عن غرامة التالف.

وعرّفه الغزالي^(١٣) هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو بالقيمة.

وعرّفه الأستاذ الزرقاء^(١٤) بقوله: الضمان: التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير، وهو تعريف موجز مختصر.

وعرّفه الشيخ علي الخفيف^(١٥) بقوله: والضمان بمعناه الأعم في لسان الفقهاء: هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل، والمراد ثبوته فيها مطلوب أدائه شرعاً عند تحقق شرط أدائه سواء كان مطلوباً أدائه في الحال كالدين الحال أم في الزمن المستقبل المعين، كالدين المؤجل إلى وقت معين إذ هو مطلوب أدائه إذا ما تحقق شرط أدائه، وكالبيع في يد من اشتراه بعقد فاسد فإن ضمانه على مشتريه ما دام في يده يضمنه بقيمته إذا هلك لبائعه.

وعرّفه الدكتور وهبة الزحيلي^(١٦) بقوله: ويمكننا تعريف الضمان

(١٢) نيل الاوطار، للشوكاني ٢٩٩/٥.

(١٣) الوجيز في فقه الإمام الشافعي ٢٠٨/١، للغزالي.

(١٤) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء، ص ١٠١٧.

(١٥) الضمان في الفقه الإسلامي، للأستاذ علي الخفيف ٥/١.

(١٦) نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي، ص ١٥.

بما يتلاءم مع عموم نظريته الشاملة بما يأتي : وهو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع، أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية .

وكل هذه التعاريف تلتقي على تعويض المضمون له لقاء ما أصابه من اعتداء أو ضرر سواء كان بعقد أو بغير عقد، وأن يكون التعويض بالمثل إذا كان من المثليات وهو ما يحصره كيل أو وزن، أو بالقيمة إذا كان مما لا مثل له كالعروض والحيوان، وكل ما كان غير مكيل ولا موزون^(١٧) .

وبداسة التعاريف السابقة أرى أن التعريف الأولى هو تعريف الأستاذ علي الخفيف وذلك لما يأتي :

١ - إن التعاريف الأخرى إنما تتناول الضمان بمعنى دفع التعويض لمستحقه، ولا تتناول الضمان بمعناه الأعم، وهو ما يشمل التعويض وغيره من أنواع الضمان الأخرى فلا يكون التعريف جامعاً لأفراد ما نريد تعريفه .

٢ - إن تعريف كل من الأستاذ الزرقاء والدكتور الزحيلي قد نص فيها على أن الضمان هو التزام، والالتزام إنما يكون من المكلف بعقد، ومعلوم أن الضمان بمعناه الأعم يشمل ما كان التزاماً من المكلف أو إلزاماً من الشارع أو ما كان ناتجاً عن اعتداء .

(١٧) الإفصاح عن معاني الصحاح، لمؤلفه عون الدين أبي المظفر يحيى بن محمد بن هبيرة ٢/٢٨، المؤسسة السعيدية بالرياض .

٣ - إن تعريف الأستاذ الزرقاء اقتصر على التعويض المالي، أما تعريف الدكتور الزحيلي فإنه أضاف إلى جانب التعويض المالي غيره من أنواع التعويض، وذلك نتيجة لما يتلف من المال أو يضيع من المنافع أو يقع من الضرر على الغير، وبهذا يكون تعريف الدكتور الزحيلي أولى من تعريف الأستاذ الزرقاء من هذه الناحية.

٤ - إن تعريف الأستاذ الخفيف قد جاء بعبارة شغل الذمة، وهذا شامل لما يشغل الذمة بإلزام الشارع أو التزام المكلف أو غير ذلك من أسباب الضمان الآتي بيانها، ثم إنه قد أشار إلى نوع ما يجب الوفاء به بقوله من مال أو عمل، وبهذا فإنني أرى أن تعريف الأستاذ الخفيف أولى؛ لأنه جامع لأفراد المعرف، ومانع لدخول غير أفراد المعرف فيه، ذلك أن قول شغل الذمة يخرج الحوالة لأن فيها براءة الذمة لاشغليها، ومع هذا فهو مختصر فأرى أن صفات المعرف قد توافرت فيه فيكون أولى من غيره للدلالة على الضمان بمعناه الأعم.. والله أعلم.

المبحث الثاني

في مشروعية الضمان بمعناه الأعم

يدل على شرعية الضمان، الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقول الله تعالى: ﴿ قَالُوا نَفَقْدُ صُوعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ ﴾ (١٨).

قال ابن كثير (١٩): هذه الآية من باب الضمان والكفالة، وقال القاسمي (٢٠): إنها أصل في الضمان والكفالة.

كذلك قررت الشريعة الإسلامية مبدأ التضمنين للحفاظ على حرية أموال الناس وأنفسهم، وجبراً للضرر وزجراً للمعتدين، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿... فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ... ﴾ (٢١). وقوله: ﴿... وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلَهَا ﴾ (٢٢).

وقوله: ﴿... وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ... ﴾ (٢٣).

(١٨) سورة يوسف: آية ٧٢.

(١٩) تفسير ابن كثير ٥٢٢/٢ مكتبة النهضة الحديثة بمصر، الطبعة الأولى ١٣٨٤ هـ.

(٢٠) محاسن التأويل: ٣٥٧٤/٩، مؤلفه محمد جمال الدين القاسمي، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

(٢١) سورة البقرة: آية ١٩٤.

(٢٢) سورة الشعراء: آية ٤٠.

(٢٣) سورة النحل: آية ١٢٦.

وهذه الآيات تدل على أن التضمين مشروع عند الاعتداء، أو أخذ المال بدون حق، أو إتلافه لما في ذلك من صيانة لأموال المسلمين وحقوقهم.

وأما السنة النبوية فمنها:

١ - روى أنس - رضي الله عنه - قال: «أهدت بعض أزواج النبي ﷺ إليه طعاماً في قصعة، فضربت عائشة القصعة بيدها فأتلقت ما فيها، فقال النبي ﷺ: طعام بطعام وإناء بإناء» (٢٤).
فقد ضمَّنها الرسول ﷺ ما أتلفت.

٢ - وعن النبي ﷺ قال: «ألا إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه إلى أن قال: «والزعيم غارم» (٢٥)، والزعيم هو الضامن وقد حكم عليه بالضمان بإثبات الغرم عليه.

٣ - وعن أبي بكر - رضي الله عنه - قال: إن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر بمنى: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم حرام عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» (٢٦)،

(٢٤) رواه الترمذي في كتاب الأحكام ٦٣١/٣، وقال فيه حديث حسن صحيح، وقال في نيل الأوطار ٣٦٣/٥ هو بمعناه لسائر الجماعة إلا مسلماً.

(٢٥) رواه أبو داود في باب تضمين العارية ١٤٦/٢، ورواه الترمذي في كتاب البيوع ٥٥٦/٣ حديث رقم ١٢٦٥ قال وحديث أبي أمامة حديث حسن غريب، وعند ابن ماجه بهذا اللفظ في كتاب الكفالة. نصب الراية للزيلي ٥٧/٤.

(٢٦) رواه البخاري في كتاب الحدود ١٦٠/٨ ومسلم في كتاب الإمارة ١٤٩٥/٣.

وتحريم ذلك يوجب الضمان على من اعتدى على شيء منها.

٤ - وعن ابن عباس - رضي الله عنه - قال: قال رسول الله ﷺ: « لا ضرر ولا ضرار » (٢٧).

وهذا الحديث قاعدة أساسية في وجوب الضمان على من اعتدى وأضر بغيره.

وأما الإجماع فقد أجمع الفقهاء على شرعية الضمان في الجملة. (٢٨).

(٢٧) رواه الإمام أحمد وابن ماجه ٧٨٤/٢ رقمه ٢٣٤٠ وقال في الزوائد في حديث عبادة هذا إسناد رجاله ثقات إلا أنه منقطع؛ لأن إسحاق بن الوليد لم يدرك عبادة بن الصامت قاله الترمذي وابن عدي، وقال البخاري: لم يلق عبادة، قال الشوكاني: روي من حديث ابن عباس وأبي سعيد الخدري، وهو حديث مشهور / نيل الأوطار ٥/٢٩٢.

(٢٨) تكملة المجموع، للمطيعي ٧/١٤، والمغني، لابن قدامة ٤/٥٩١.

المبحث الثالث

في شروط الضمان

ونريد بذلك شروط الضمان بمعناه العام، أما شروط الضمان (الكفالة) فسيأتي الكلام عليها في موضعها إن شاء الله تعالى.

شروط الضمان:

١ - أن يكون الضامن أهلاً لوجوب الضمان عليه:

وذلك فيما يتعلق بالضمان عموماً، ففي ضمان الإلتلاف يشترط أهلية الوجوب^(٢٩) للمتلف فلا يضمن المالك ما تتلفه بهيمته من الأموال؛ لأن فعل العجماء جبار، أي هدر لا ضمان فيه.

وفي ضمان الالتزام بالكفالة يشترط أهلية التبرع ولا يصح التزام الضمان من غير أهل التبرع.

٢ - الشرط الثاني: أن يكون المضمون متقوماً:

وذلك بأن يكون ذا قيمة معتبرة عند المسلمين، فلا يجوز ضمان الخمر والخنزير في حق المسلم، ولا ضمان على المسلم بإتلافها لعدم اعتبار القيمة لها شرعاً.

(٢٩) هي صلاحية الشخص لتكون له حقوق وعليه التزامات، الوسيط في نظرية العقود / عبد المجيد

الحكيم ص ٢٠٥، شركة الطبع والنشر الأهلية في بغداد.

٣ - الشرط الثالث :

أن يكون التلف أو الضرر محققاً بشكل دائم، وذلك بالنسبة لما يضمن نتيجة الإلتلاف أو الضرر أو الاعتداء .

فإذا أعيد الشيء إلى الحالة التي كان عليها فلا ضمان، كأن عولج المرض أو برأ من نفسه فعاد إلى حالته الطبيعية، وصار الضرر كأن لم يكن .

٤ - الشرط الرابع :

أن يكون في إيجاب الضمان فائدة: وذلك فيما يتعلق بالضرر والإلتلاف حتى يتمكن صاحب الحق من الوصول إلى حقه، فإذا لم يكن في الضمان فائدة فلا ضمان على المتلف . وبناءً عليه فلا ضمان على المسلم بإتلاف مال الحربي ولا على الحربي بإتلاف مال المسلم في دار الحرب، إذ ليس لحاكم بلد سلطة أو ولاية تنفيذ الأحكام على رعايا البلد الآخر، وليس مال الحربي محترماً وإنما هو مباح لا ضمان على متلفه . (٣٠)

obeikandi.com

الفصل الثاني

في بيان أسباب الضمان في الفقه الإسلامي

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحث الأول : السبب الأول : إلزام الشارع .

المبحث الثاني : السبب الثاني : العقد (الالتزام) .

المبحث الثالث : السبب الثالث : الإلتاف .

المبحث الرابع : السبب الرابع : وضع اليد .

obeikandi.com

الفصل الثاني

في بيان أسباب الضمان في الفقه الإسلامي وفيه مباحث

للضمان أسباب كثيرة أشار إليها الفقهاء في مواضع متعددة من أبواب الفقه، ولم يتناول الفقهاء الموضوع ببحث خاص مستقل يتناول جميع عناصره وأسبابه وشروطه وأحكامه، واختلفت آراء الفقهاء بالنسبة لأسباب الضمان، فبعضهم يعتبر أموراً من أسباب الضمان على حين يعتبر غيرهم أموراً أخرى غيرها.

وقد قام الشيخ علي الخفيف بتنظيم تلك الأسباب تنظيمًا جيدًا يقرب للدارس فهم تلك الأسباب مصنفة تحت عناوين منظمة.

ويتبين مما ذكر الفقهاء أن أسباب الضمان ثلاثة: عقد، ويد، وإتلاف ويضيف الخفيف لذلك سبباً رابعاً حيث ذكر أنها أربعة:

إلزام الشارع، والالتزام من المكلف، والفعل الضار، ويد الضمان، وإليك بيان تلك الأسباب بشيء من التفصيل:

المبحث الأول

السبب الأول: إلزام الشارع

ويندرج تحت هذا السبب كثير من حالات الضمان مثل: ضمان الديات والأروش، وضمان ما يجب من الكفارات في الأيمان والظهار، والإفطار عمداً في رمضان، وضمان ما أوجبه الشارع في الأموال من زكاة وضمان ما يجب من النفقات وغير ذلك، فإن الذمة في جميعها تشغل بما يجب أدائه شرعاً من مال لإلزام الشارع به إما عقوبة زاجرة عن عمل محرم أو معونة مفروضة لتكون ركيزة في بناء المجتمع.

والضمان المترتب على ذلك لا يعدو أن يكون ضماناً أمر به الشارع وألزم به؛ لأن الضمان حكم ولا حكم إلا للشارع.

المبحث الثاني

السبب الثاني: (الالتزام)

ويسمى العقد التزاماً لأن العقد إنما يكون بالتزام العاقد وهو الإنسان، وقد يكون الالتزام من جانب واحد كما في الكفالة؛ لأن الكفيل ألزم نفسه بإرادته بكفالة المكفول عنه.

والعقد مصدر للضمان إذا نص فيه صراحة أو ضمناً على شرط من الشروط ثم أخل العاقد بما تقتضيه طبيعة العقد، أو يتطلبه الشرط فلم يتم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه، ومن العقود ما شرع لإفادة الضمان فكان الضمان حكماً له وأثراً كعقد الكفالة، ومنها ما شرع لإفادة حكم آخر غير الضمان، ولكن الضمان يترتب عليه أثراً لازماً لحكمه كعقد البيع فإنه شرع لإفادة الملك في المبيع والتمن، ويلزم ذلك البائع بتسليم المبيع إلى المشتري عند أدائه الثمن فتشغل به ذمته.

وأساس الالتزام بتنفيذ مقتضى العقد وشروطه والمسؤولية في الإخلال بها قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ...﴾ (٣١)، وقول الرسول ﷺ «المسلمون على شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً»، (٣٢) وأساس تنفيذ الشرط المتعارف عليه والمسؤولية في الإخلال به ما قرره الفقهاء من قواعد كقولهم: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً (٣٣).

(٣١) سورة المائدة: آية ١/

(٣٢) أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح ٦٢٥/٣، حديث رقم ١٣٥٢.

(٣٣) أصول الفقه الإسلامي / محمد سلام مذكور ص ٣٢٨، دار النهضة العربية القاهرة، الطبعة الأولى.

والضمان الناشئ عن العقد إما أن يكون مطلقاً في جميع الحالات سواء كان هناك تعدد أو تقصير أم لا، وهذه هي عقود الضمان كالبيع ونحوه، وإما أن يكون حال العدوان فقط، وهذه هي عقود الأمانة كالوديعة ونحوها، وإما أن يكون في بعض الحالات وهذه هي العقود المزدوجة الأثر كالإجارة.

جاء في القواعد لابن رجب (٣٤). فيما يضمن من الأعيان بالعقد: أحدها: أن يكون عقد على ما ملكه عقداً لازماً ينقل الملك فيه ولم يقبض المالك بعد، فإن كان ممتنعاً من تسليمه فهو غاصب إلا حيث يجوز الامتناع من التسليم.

القسم الثاني: أن يعقد عقداً وينقله إلى يد المعقود له، ثم ينتهي العقد أو يفسخ وهو نوعان:

أحدهما: أن يكون عقد معاوضة كالبيع إذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار، والعين المستأجرة إذا انتهت المدة، أو العين التي أصدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول.

والثاني: أن يكون غير معاوضة كعقد الرهن إذا وفي الدين، وكعقد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة إذا فسخ العقد والمال في أيديهم.

والنوع الثاني: عقود الأمانات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة

(٣٤) القواعد في الفقه الإسلامي، للحافظ بن رجب ص ٥٦ مكتبة الكليات الأزهرية الطبعة الأولى

والرهن إذا انتهت أو انفسخت، والهبة إذا رجع فيها الأب أو قيل بجواز فسخها مطلقاً.

وقد اتفق الفقهاء على أن كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده عدا الكفالة، جاء في نهاية المحتاج^(٣٥) «وحكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان وعدمه».

(٣٥) نهاية المحتاج، للرملي ٤/ ٢٨٢ مطبعة مصطفى الحلبي بمصر الطبعة الأخيرة / ١٣٨٦ هـ.

المبحث الثالث

في السبب الثالث : الإِتلاف

والإِتلاف إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه عادة، وهو سبب لوجوب الضمان؛ لأنه اعتداء وإضرار لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَأَعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ...﴾ (٣٦).
وقوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» (٣٧).

وأطلق الشيخ علي الخفيف (٣٨) على هذا السبب الفعل المضار وعرفه بقوله: ويراد به كل فعل حسي ترتب عليه ضرر سواء أكان قد ترتب عليه بطريق المباشرة أم ترتب عليه بطريق التسبب.

والإِتلاف نوعان: إِتلاف بالمباشرة وإِتلاف بالتسبب.

فالإِتلاف بالمباشرة: هو إِتلاف الشيء دون أن تكون هناك واسطة وقال «الخفيف»: يكون بطريق المباشرة إذا لم يفصل بينه وبين حدوث الضرر فعل آخر، كأن يعمد إنسان إلى إيناء لغيره فيكسره.

(٣٦) سورة البقرة: آية / ١٩٤.

(٣٧) سبق تخريجه، ص ٣٧.

(٣٨) الضمان في الفقه الإسلامي للامتاز علي الخفيف ص ٤٠، القسم الأول.

عادة»، وذلك مثل: القتل والذبح والإحراق والإغراق وهدم الدور وأكل الأطعمة ونحوها.

وقال القرافي (٣٩): السبب ما يقال عادة: حصل الهلاك به، والتسبب ما يحصل الهلاك عنده بعلة أخرى إذا كان السبب هو المقتضي لوقوع الفعل بتلك العلة.

وعرفه في مجلة الأحكام العدلية مادة ٨٨٨ بأنه «التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف آخر على جري العادة».

وذلك مثل حفر البئر في موضع لم يؤذن فيه كالطرقات العامة، وكإيقاد النار قريباً من الزرع ونحو ذلك.

جاء في الفروق (٤٠) في بيان أسباب الضمان «أحدها العدوان كالقتل والإحراق وهدم الدور وأكل الأطعمة وغير ذلك من أسباب إتلاف المتمولات، فمن تعدى في شيء من ذلك وجب عليه الضمان، إما المثل إن كان مثلياً أو القيمة إن كان مقوماً أو غير ذلك من الجوابر، وثانيها: التسبب للإتلاف كحفر الآبار في طريق الحيوان في غير الأرض المملوكة للحافر وكوقيد النار قريباً من الزرع..»

وإذا كان الفعل نفسياً كالكف يتسبب عنه تلف مال لآخر فلا ضمان

(٣٩) الفروق للقرافي ٢/٢٠٤ دار المعرفة للطباعة والنشر - لبنان.

(٤٠) الفروق، للقرافي ٢/٢٠٦.

بسببه، كما إذا رأى إنسان مالاً لآخر معرضاً للتلف بنار مثلاً وكان في قدرته إنقاذه ولم يفعل فتلف فلا ضمان عليه لعدم المباشرة؛ ولأنه لم يتسبب في الإتلاف والكف لم يؤد إلى فعل كان من نتيجة التلف وهذا مذهب بعض الفقهاء، جاء في البدائع^(٤١) في اللقطة:

«أما حالة النذب فهو أن يخاف عليها الضيعة لو تركها فأخذها لصاحبها أفضل من تركها؛ لأنه إذا خاف عليها الضيعة كان أخذها لصاحبها إحياء لمال المسلم معنى فكان مستحباً».

وجاء في المغني^(٤٢): «والأفضل ترك الالتقاط واختار أبو الخطاب إذا وجدها بمضيعة وأمن نفسه عليها فالأفضل أخذها...» ومعنى هذا عدم الضمان في حال تركها وتلفها أي أن هؤلاء لا يرون أن الكف سبب للضمان.

وذهب بعض الفقهاء ومنهم المالكية إلى تضمينه بناءً على أنه قد ترك واجباً عليه هو المحافظة على مال أخيه المسلم مع قدرته على ذلك، ومن ترك واجباً فترتب على تركه ضرر مباشر ضمن كمن مر على لقطة فتركها ولم يلتقطها وهو عالم أنها معرضة للتلف ثم تلفت فإنه يضمنها، إذ قد تسبب عن تركه هذا الواجب تلفها وهي مال فيضمن قيمتها.

(٤١) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع / علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ٣٨٦٥/٨.

(٤٢) المغني، لابن قدامة ٦٩٤/٥ مكتبة الرياض الحديثة.

جاء في بلغة السالك^(٤٣): «ووجب على من وجد لقطة أخذها
لخوف خائن..»

وجاء في نهاية المحتاج^(٤٤): «وقال جمع: بل نقل عن الجمهور إن
غلب على ظنه ضياعها لو تركها وجب وإلا فلا».

والفعل الضار ليس مشروعاً؛ لأن الله - سبحانه وتعالى - إنما شرع
لعباده ما فيه نفعهم وصلاحهم وسعادتهم، وغاية الشريعة الإسلامية
وهدفها: المصلحة العامة، فكل أمر فيه مصلحة عامة مطلوب لها، وكل أمر
تزيد منفعه على مضاره مطلوب لها، وكل أمر تقل منفعه عن مضاره
ممنوع فيها، ولذا قال ابن القيم^(٤٥): «إذا تأملت شرائع الله وجدت لها
تخرج عن تحصيل المصالح الخالصة أو الراجعة وإن تراحمت قدم أهلها
وأجلها وإن فات أدناها، كما لا تخرج عن درء المفسد الخالصة أو الراجعة
بقدر الإمكان وإن تراحمت عطل أعظمها فساداً بتحمل أدناها، وعلى هذا
وضع أحكم الحاكمين شرائع دينه ورتب حقوق عباده».

ويكون الإتلاف مباشرة سبباً للضمان سواء كان الإتلاف عمداً أو
خطأً أو سهواً، وسواء كان المتلف صغيراً أو كبيراً؛ لأن ضمان المتلفات
ينظر فيه إلى أنه بدل مال لا جزاء فعل، حفاظاً على حقوق الناس في

(٤٣) بلغة السالك لأقرب السالك ٢/٣٢٣، للشيخ أحمد بن محمد الصاوي المالكي، مطبعة
مصطفى الحلبي بمصر، الطبعة الأخيرة ١٣٧٢هـ.

(٤٤) نهاية المحتاج، للرملي ٥/٤٢٨.

(٤٥) مفتاح دار السعادة، لابن القيم ٢/٢٢، الناشر رئاسة إدارات البحوث العلمية والإفتاء بالرياض.

أموالهم، ويستوي في ذلك العلم والجهل للمتلف، فلو أتلف إنسان مال غيره سهواً مثلاً أو نائماً فهو ضامن له.

ويشترط للضمان في التسبب ثلاثة شروط:

١ - التعدي: وهو تجاوز الحق أو ما يسمح به الشرع كأن يحفر شخص بئراً في الطريق العام من غير إذن الحاكم؛ فإذا سقط فيه إنسان أو حيوان فإنه يضمن الحافر.

٢ - التعمد: وهو أن يصدر الفعل عن قصد وإرادة، كأن يجذب ثوب إنسان فيسقط منه ما يحمله فيه فيتلف فيضمنه.

أما إذا لم يكن هناك تعمد كما لو جفلت دابة من رجل فهربت وضاعت فلا يضمن؛ لأنه غير متعمد.

٣ - ألا يكون التلف قد نشأ عن فعل آخر مباشر، فإن اشترك المباشر والمتسبب ضمن المباشر، كمن حفر بئراً في مكان عدواناً فجاء غير الحافر وأردى فيه إنساناً أو حيواناً فالضمان عليه دون الحافر (٤٦).

ويذكر الشيخ الخفيف أن المراد بالضرر الذي يعد سبباً للتضمنين كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء كانت ناتجة عن نقصها أم عن نقص منافعها، أو عن زوال بعض أوصافها ونحو ذلك وفيه ضرر مادي آخر وهو ما يصيب الإنسان في جسمه

(٤٦) نظرية الضمان، د/ وهبة الزحيلي ص ٧٧، الضمان في الفقه الإسلامي، للاستاذ الخفيف، ص

من جراح يترتب عليها تشويه فيه، أو عجز عن العمل، أو ضعف في كسبه ونحو ذلك، وهذا النوع من الضرر يستوجب الأرش، لأنه اعتداء على سلامة الإنسان، ولا بد أن يكون الضرر المالي الموجب للتعويض في مال متقوم مملوك لمن أصابه الضرر، ولذلك ذهب الحنفية إلى أن إتلاف الخمر أو الخنزير إذا كانا لمسلم فإنه لا تعويض فيها؛ لأنهما ليس بمال متقوم بالنسبة للمسلم، جاء في تبين الحقائق^(٤٧): «إذا أتلف المسلم خمرًا لذمي وجب عليه قيمتها، ولو أسلم الذمي بعد أن قُضي له بمثلها على ذمي فلا شيء له؛ لأن الخمر في حقه حينئذ غير متقومة فكان إسلامه في حكم إبراء منه للمتلف».

ولا ضمان عند الحنابلة في آلات اللهو، وأدوات الخمر، وكل نجس لا يباح الانتفاع به.^(٤٨)

وذكر الشيخ الحنفية أنواع الضرر وما يترتب عليها من ضمان:

١ - الضرر الجسمي: وذلك فيما يصيب الإنسان من أذى في جسمه ويترتب عليه ما فرضه الشارع وقدره من جزاء أو من حكومة عدل، وهو يشبه التعويض من ناحية، ويشبه العقوبة من ناحية أخرى.

٢ - الضرر الأدبي: وذلك فيما يصيب الإنسان في شرفه وعرضه من فعل أو قول يعد إهانة له كما في القذف والسب، وفيما يصيبه من ألم

(٤٧) تبين الحقائق، للزيلعي ٥/٢٣٥، دار المعرفة - بيروت / لبنان.

(٤٨) كشاف القناع، للبهوتي ٢/٣٦٤، مكتبة النصر الحديثة بالرياض.

في جسمه أو في عاطفته من ضرر لا يحدث فيه أثراً.

٣ - الضرر المعنوي: وذلك يتمثل في تفويت مصلحة غير مالية ملزم بها كالوديعة يمتنع المودع عن تسليمها إلى مالكةا، وكالعارية يمتنع المستعير من تسليمها إلى المعير، ونحو ذلك مما ليس فيه تفويت مال على صاحب العين. وفي هذين النوعين يشير الخفيف إلى أنه ليس فيها تعويض مالي على ما تقضي به قواعد الفقه الإسلامي. ويجب التعويض ابتداء بالمثل متى أمكن ذلك؛ لأن التعويض به كامل من جميع الوجوه، فإن لم يكن له مثل اعتبرت المساواة في المالية.

٤ - ضرر يتسبب عن فعل نتيجته تلف المال كله أو نقص قيمته عما كانت عليه، ويتمثل ذلك في تفويت مال على مالكة سواء كان بإتلاف أتى على كل المال أو على بعضه، أو بتعيب في المال نقصت به قيمته عما كانت عليه قبل التعيب، أو بتفويت منفعة من منافعه على ما ملكه.

وإذا أدى فعل من الأفعال إلى نقص في مادة المال أو نقص في صفاته فإن من أحدث ذلك يلزم بضمان ما نقص من القيمة بسبب هذا الفعل. وطريق معرفته هو تقويم المال الذي حدث فيه الفعل الضار قبل حدوثه وتقويمه بعد حدوثه، ويلزم من حدث منه الفعل بدفع الفرق بين القيمتين. (٤٩).

(٤٩) الضمان في الفقه الإسلامي، للاستاذ /علي الخفيف، ص ٥٤، القسم الاول، معهد البحوث والدراسات العربية / ١٩٧١م.

المبحث الرابع

في السبب الرابع : وضع اليد

ليست اليد سبباً للضمان في كل الأحوال، بل إنها قد تكون يد ضمان وقد تكون يد أمانة .

فإذا كانت اليد يد ضمان وجب على صاحبها الضمان عند تلف ما تحتها من الأموال أو نقصه سواء كانت اليد مؤتمنة أو غير مؤتمنة .

واليد المؤتمنة : كيد الوديع في الودائع، وعامل المضاربة والمساقاة وغيرهم فهؤلاء لا يضمنون هلاك الشيء إلا بالتعدي .

أما اليد غير المؤتمنة : فإنها قد تكون بغير إذن المالك كيد السارق والغاصب، أو بإذن المالك كيد البائع على المبيع قبل القبض ومقترض الأعيان بعد قبضها والقباض على سوم الشراء ونحو ذلك، فإن هؤلاء يضمنون الشيء مهما كان سبب التلف .

وأسباب التضمن لما يتلف في يد الضمان هي :

الأول : الاعتداء الذي يتمثل في وضع يد على مال لغير صاحبها فيحول بين مالكة وبينه، أو يمنعه من الانتفاع به على الوضع الذي يريده وذلك كالغاصب، أو أن يضع إنسان يده على مال غيره بدون ولاية وإن لم يكن غاصباً، فإن صاحبها يلزم حينئذ بضمان ما تحتها إذا تلف بأي سبب كان .

الثاني: حكم الشارع بضمان صاحبها وإن وضعت على المال بإذن صاحبها كيد المستعير عند الحنابلة والشافعية خلافاً للحنفية.

الثالث: وضع اليد على أساس التملك والضمان ليكون وسيلة وطريقة إلى التملك كما في يد القابض على سوم الشراء.

الرابع: وضع اليد على مال الغير بإذن من صاحبه لمصلحة صاحب اليد خاصة؛ فإن كانت المصلحة مشتركة كانت العبرة بأرجحها، فإن كانت مصلحة المالك أرجح كانت يد أمانة وإلا كانت يد ضمان كالعارية، لأن مصلحة المستعير أرجح فكانت يده يد ضمان عند بعض الفقهاء.

ولا ضمان على صاحب يد الأمانة عند تلف المال تحتها إلا إذا قصر في حفظها أو تعدى عليها، ومن أجل ذلك ضمن الوديع عند تعديه في الحفظ. ومن أمثلة يد الأمانة يد الوكيل بالقبض ويد الشريك.

أما يد الضمان فالحكم تضمين صاحبها عند التلف سواء أكان تلفه باعتداء عليه من واضع اليد، أم من أجنبي، أم كان بسبب لا يد لصاحب اليد فيه كالألفة السماوية. (٥٠).

وقد ذكر ابن جزري (٥١) المالكى موجبات الضمان فقال: «ومن أخذ

(٥٠) الضمان في الفقه الإسلامي، للأستاذ / الخفيف، ص ١٠٤، القسم الأول.

(٥١) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، لابن جزري، ص ٣٦٤، دار العلم للملايين

مال غيره فهل يضمنه أم لا؟. يختلف ذلك باختلاف وجوه القبض فإنه على وجوه، وذلك إن كان لمنفعة القابض فالضمان عليه، وإن كان لمنفعة الدافع فلا ضمان عليه، وإن كان لمنفعتهما معاً فينظر من أقوى منفعة فيضمن، وقد يختلف في فروع من هذا الأصل وهو ينقسم إلى سبعة أقسام:

الأول: أن يقبض على وجه التعدي والغصب فهو ضامن.

الثاني: أن يقبض على وجه انتقال تملكه بشراء أو هبة أو وصية فهو ضامن أيضاً سواء كان البيع صحيحاً أو فاسداً.

الثالث: أن يقبضه على وجه السلف فهو ضامن له أيضاً.

الرابع: أن يقبض على وجه العارية والرهن، فإن كان مما لا يغاب عليه وهو الأصول والحيوان لم يضمنه وإن كان مما يغاب عليه كالعروض فهو ضامن له إلا أن تقوم بينة على التلف من غير تعدٍ منه ولا تضييع.

الخامس: أن يقبض على الوديعة فلا ضمان عليه سواء كان مما يغاب عليه أم لا.

السادس: أن يكون على وجه القراض أو الإجارة على حاملة، أو الإجارة على رعاية الغنم فلا يضمن العامل ولا الأجير إلا إن تعدى، وهو مصدق في دعوى التلف مع يمينه وخسارة المال من ربه إلا الأجير على حمل الطعام فإنه لا يصدق على دعوى التلف إلا ببينة.

السابع: تضمين الصنّاع فيضمنون ما غابوا عليه سواء عملوه بأجرة أو بغير أجرة، ولا يضمنون ما لم يغيّبوا عليه، ولا يضمن الصانع الخاص الذي لم ينصب نفسه للناس، فإن قامت بينة على التلف سقط عنهم الضمان.

هذا ما ورد في الفقه الإسلامي، أما القانون فإنه جعل مصادر الالتزام خمسة هي: العقد، والإرادة المنفردة، والعمل غير المشروع، والإثراء دون سبب، والقانون. (٥٢).

وأرى أن تقسيم الأسباب إلى أربعة أقسام كما جاء ذلك بترتيب المحدثين من الباحثين في الفقه الإسلامي أولى من تقسيم القانون وذلك:

١ - إن إلزام الشارع يدخل ضمنه القانون وهو ما أُلزم فيه بموجب نص قانوني.

٢ - إن الالتزام يشمل العقد والإرادة المنفردة.

٣ - إن الفعل الضار يشمل العمل غير المشروع والإثراء دون سبب.

٤ - إن وضع اليد يشمل أموراً من العمل غير المشروع.

ولذا فإن تقسيم الشيخ الخفيف لأسباب الضمان أولى من التقسيم القانوني؛ لأنه أحسن في البحث والترتيب.

(٥٢) المرجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري،

الفصل الثالث

بيان بعض عقود الضمان والأمانة

ويندرج تحته أربعة مباحث :

المبحث الأول : بيان بعض عقود الضمان.

المبحث الثاني : بيان بعض عقود الأمانة

المبحث الثالث : بيان بعض العقود التي هي في الأصل

أمانة ويترتب عليها الضمان .

المبحث الرابع : يد الضمان وما يترتب عليها .

obeikandi.com

الفصل الثالث

بيان بعض عقود الضمان والأمانة

وفيه مباحث :

تنقسم العقود بالنسبة للضمان وعدمه إلى ثلاثة أقسام هي : عقود ضمان، وعقود أمانة، وعقود هي في الأصل أمانة إلا أنه يترتب عليها الضمان في بعض الحالات .

المبحث الأول

بيان بعض عقود الضمان : وفيه مطالب

المطلب الأول : عقد البيع

المطلب الثاني : عقد القسمة

المطلب الثالث : عقد النكاح

المطلب الرابع : عقد العارية

المطلب الخامس : عقد الصلح

المطلب السادس : عقد الكفالة

المطلب السابع : عقد القرض

عقود الضمان: هي التي يترتب عليها الضمان بالقبض عند التلف، فإذا وجد عقد من هذه العقود وانتقل محل العقد من يد إلى يد أخرى كان ذلك المحل مضموناً مطلقاً سواء هلك بفعل الشخص القابض، أو بفعل أجنبي، أو بآفة سماوية وهذه العقود هي:

عقد البيع والقسمة وعقد النكاح والخلع والعارية عند الشافعية والحنابلة وعقد الصلح والكفالة والقرض.

المطلب الأول

عقد البيع

البيع في اللغة: مصدر باع يبيع بيعاً والبيع ضد الشراء ويطلق على الشراء وهو من الأضداد، قال الشاعر:

إذا الثريا طلعت عشاء فبع لراعي غنم كساء^(٥٢)

أي اشتر له

يقال: باعه الشيء وباعه منه وله بيعاً ومبيعاً أعطاه إياه بئمن، والبيع مبادلة المال بالمال جمعه بيوع، والبيعة الصفقة على إيجاب البيع، والبائع اسم فاعل من باع والمتبادر إلى الذهن باذل السلعة والمرأة النافقة لجمالها^(٥٣).

واشتقاقه من الباع، لأن كل واحد من المتعاقدين يمد باعه للأخذ والإعطاء.^(٥٤)

وفي الاصطلاح: عقد يتضمن مقابلة مال بمال بشرطه لاستفادة ملك عين أو منفعة مؤبدة.^(٥٥)

(٥٢) جمهرة اللغة، لابن دريد أبي بكر محمد بن الحسن الأزدي البصري ١/٣١٧ مكتبة المثنى بيغداد.

(٥٣) معجم متن اللغة، لأحمد رضا ١/٣٧٣ - دار مكتبة الحياة بيروت ١٣٧٧ هـ ١٩٥٨ م، ولسان العرب، لابن منظور ٩/٣٧١، وانظر: المعجم الوسيط ٣/٧٩.

(٥٤) المغني، لابن قدامة ٣/٥٦٠.

(٥٥) نهاية المحتاج، للرملي ٣/٣٧٢.

أركانها: أركان البيع ثلاثة وهي: العاقدان، ومحل العقد (المعقود عليه) والصيغة.

جاء في كشف القناع: ^(٥٦) «البيع ثلاثة أركان: عاقد، ومعقود عليه، وصيغة».

وهذا عند الجمهور، أما عند الحنفية فركنه: الإيجاب والقبول ^(٥٧).
وينعقد البيع بالصيغة القولية بكل ما أدى معنى البيع، وينعقد بالفعل وهو التعاطي.

جاء في بلغة السالك: ^(٥٨) «والثالث: صيغة أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا من قول أو إشارة أو كتابة من الجانبين أو أحدهما وإن كان ما يدل عليه معاطاة من الجانبين».

حكم البيع: البيع جائز ومشروع في الكتاب والسنة والإجماع والمعقول، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿... وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ...﴾ ^(٥٩) وقوله: ﴿... إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ...﴾ ^(٦٠).

وأما السنة فقول النبي ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا». متفق عليه وروى رفاعة أنه خرج مع النبي ﷺ إلى المصلى فرأى الناس يتبايعون

(٥٦) كشف القناع للبهوتي ١٤٦/٣.

(٥٧) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٤٥٤/٥، دار إحياء التراث العربي - لبنان.

(٥٨) بلغة السالك، لأحمد الصاوي ٣/٢.

(٥٩) سورة البقرة: آية ٢٧٥.

(٦٠) سورة النساء: آية ٢٩.

فقال: يا معشر التجار، فاستجابوا لرسول الله ﷺ ورفعوا أعناقهم وأبصارهم إليه فقال: إن التجار يبعثون يوم القيامة فجاراً إلا من بر وصدق» قال الترمذي (٦١): هذا حديث حسن صحيح.

وروى البخاري عن ابن عباس - رضي الله عنهما - قال: « كانت عكاظ ومجنة وذو المجاز أسواقاً في الجاهلية فلما كان الإسلام تأثموا فيه فأنزلت ﴿ لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَبْتَغُوا فَضْلاً مِّن رَّبِّكُمْ ... ﴾ (٦٢) يعني في مواسم الحج، وعن الزبير نحوه.

وقد فعله النبي ﷺ وأقر أصحابه عليه.

وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على جواز البيع في الجملة.

وأما المعقول: فإن الإنسان يحتاج إليه في حياته؛ لأن الإنسان لا يصل إلى ما في يد الغير عن رضا إلا بطريق البيع، ولذلك شرع لتلبية احتياجات الإنسان حيث يصل كل منهما إلى غرضه برضا دون مشقة أو منازعة أو غيرها. (٦٣)

واتفق الفقهاء على أن البيع يصح من كل: بالغ عاقل مختار مطلق التصرف. (٦٤).

(٦١) كشف الخفاء ومزيل الإلباس/إسماعيل العجلوني ٢٥٣/١.

(٦٢) سورة البقرة: آية ١٩٨، وحديث ابن عباس أخرجه البخاري في صحيحه ٦٢/٣.

(٦٣) المجموع، للنووي ١٤٥/٩.

(٦٤) الإفصاح عن معاني الصحاح، لابن هبيرة ٣١٧/١، المؤسسة السعيدية بالرياض.

شروط البيع:

- ١ - التراضي به من المتبايعين: وهو أن يأتي به اختياراً.
- ٢ - أن يكون العاقد جائر التصرف، وهو الحر البالغ الرشيد.
- ٣ - أن يكون المبيع والثمن مالاً أو نفعاً مباحاً، ويخرج به ما لا نفع فيه كالحشرات.
- ٤ - أن يكون المبيع مملوكاً لبائعه ملكاً تاماً.
- ٥ - أن يكون المبيع مقدوراً على تسليمه حال العقد.
- ٦ - أن يكون المبيع معلوماً لهما؛ لأن جهالة المبيع غرر فيكون منهياً عنه.
- ٧ - أن يكون الثمن معلوماً للمتعاقدين حال العقد. (٦٥)

أثر عقد البيع والضمان المترتب عليه:

إذا تم عقد البيع واستوفى أركانه وشروطه ترتب عليه نقل ملكية السلعة من البائع إلى المشتري، ونقل ملكية الثمن من المشتري إلى البائع، وحل لكل منهما التصرف فيما انتقل إلى ملكه بكل نوع من أنواع التصرف المشروع.

وإذا هلك المبيع بعد القبض وذلك يتم بالنقل في المنقول، وبالكيل في المكيل، وبالوزن في الموزون، وبالتخلية في العقارات كالأراضي والأبنية

(٦٥) البدائع، للكاساني ٦/٢٩٩٦ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٦/٣، دار إحياء الكتب العربية بمصر، ونهاية المحتاج، للرملي ٣/٣٩٢، وكشاف القناع، للبهوتي ٣/١٤٩.

ونحوها وكان الهلاك بأفة سماوية أو بفعل لا صلة للبائع فيه فلا يفسخ البيع ويكون هلاكه على المشتري؛ لأن المبيع خرج عن ضمان البائع بقبض المشتري فتقرر الثمن عليه، أما إذا كان الهلاك بفعل البائع فيكون الضمان واجباً عليه، وإذا هلك المبيع قبل القبض فلا يخلو إما أن يكون الهلاك بأفة سماوية، أو بفعل البائع فيفسخ عقد البيع ويكون ضمان المبيع على البائع.

أو يكون الهلاك بفعل المشتري فلا يفسخ البيع ويكون الضمان على المشتري، أو يكون الهلاك بفعل أجنبي، فهنا يكون المشتري بالخيار إن شاء فسخ البيع وإن شاء أمضاه ودفع الثمن وطالب الأجنبي بالضمان.

وقد جاء الكلام عن ذلك في المادتين ٢٩٣/٢٩٤ من مجلة الأحكام العدلية «المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولا شيء على المشتري» و«إذا هلك المبيع بعد القبض هلك من مال المشتري ولا شيء على البائع».

وإذا هلك بعض المبيع بفعل البائع سقط عن المشتري من الثمن بقدر الجزء الهالك، ويخير في الباقي بأخذه بحصته من الثمن.

أما إذا كان هلاك بعض المبيع بفعل نفسه فإنه لا يسقط شيء من ثمنه، والمشتري مخير بين فسخ العقد وبين أن يأخذ ما بقي بجميع الثمن.

وإذا كان الهلاك بأفة سماوية ترتب عليها نقصان قدره فيسقط من الثمن بقدر النقصان الحادث، ثم يكون المشتري بالخيار بين فسخ العقد وأخذ الباقي بحصته من الثمن. (٦٦)

(٦٦) نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجناحية في الفقه الإسلامي، د/ وهبة الزحيلي ص

المطلب الثاني

من عقود الضمان : عقد القسمة

والقسمة في اللغة : اسم من اقتسام الشيء، والقسمة بكسر القاف هو النصيب (٦٧).

وفي الاصطلاح : تعيين نصيب كل شريك في مشاع ولو كان باختصاص تصرف. (٦٨)

الأصل في مشروعية القسمة:

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع:

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ... ﴾ (٦٩)، وقوله تعالى: ﴿ وَبَيَّنَّهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ كُلُّ شَرْبٍ مُّحْتَضَرٌ ﴾ (٧٠).

ومن السنة: قوله ﷺ: « الشفعة فيما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » (٧١).

(٦٧) الروض المربع، للبهوتي ٤٠٦/٣ مكتبة الرياض الحديثة.

(٦٨) بلغة السالك، لآحمد الصاوي ٢٣٧/٢.

(٦٩) سورة النساء: آية / ٨

(٧٠) سورة القمر: آية ٢٨.

(٧١) رواه البخاري وأحمد / نيل الأوطار: ٣٧٢/٥، الشوكاني قال في التلخيص ٥٦/٣ لابن حجر/

البخاري بهذا من طريق أبي سلمة ولمسلم نحوه بمعناه من طريق أبي الزبير عن جابر.

وقسم النبي ﷺ خبير على ثمانية عشر سهماً^(٧٢)، وكان يقسم الغنائم، وأجمعت الأمة على جواز القسمة؛ لأن الناس بحاجة إلى القسمة؛ ليتمكن كل واحد من الشركاء من التصرف فيما يخصه. (٧٣)

والقسمة نوعان: قسمة تراض، وهذه القسمة في حكم البيع تجوز بتراضيها ويجوز فيها ما يجوز في البيع خاصة، ولا يجبر من امتنع منهما من قسمتها لأنها معاوضة، وذلك كالدور الصغار، والأرض التي لا تتعدل بأجزاء ولا قيمة.

النوع الثاني: قسمة إجبار، وهي ما لا ضرر على الشريك في قسمته كالبيستان والأرض الواسعة ونحوها، وإذا طلب الشريك قسمتها أجبر شريكه الآخر عليها إن امتنع من القسمة مع شريكه، وهذه القسمة إفراز لحق أحد الشريكين من الآخر لا بيع؛ لأنها تخالفه في الأحكام. (٧٤).

ويشترط لإجبار الشريك الآخر ثلاثة شروط:

١ - أن يثبت عند الحاكم ملكهما ببينة؛ لأن الإجبار على القسمة حكم على الممتنع منهما، فلا يثبت إلا بما يثبت به الملك لخصمه بخلاف حالة الرضا فإنه لا يحكم على أحدهما وإنما يقسم بقولهما ورضاهما.

(٧٢) رواه أحمد وأبو داود: نيل الأوطار ٧/٣٢٢.

(٧٣) المغني لابن قدامة ٩/١١٢.

(٧٤) الروض المربع، للبهوتي ٣/٤٠٦.

٢ - ألا يكون فيها ضرر، فإن كان فيها ضرر لم يجبر الممتنع، لقول النبي ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » رواه ابن ماجه ورواه مالك في موطنه مرسلًا.

٣ - أن يمكن تعديل السهام من غير شيء يجعل معها، فإن لم يمكن ذلك لم يجبر الممتنع؛ لأنها تصير بيعاً والبيع لا يجبر عليه أحد المتبايعين. (٧٥)

وبما أن القسمة تشتمل على المعاوضة فهي عقد ضمان، فإذا قبض كل شريك نصيبه ثم هلك كان ضامناً له.

المطلب الثالث

من العقود التي تفيده الضمان : عقد النكاح

والنكاح في اللغة: نكح فلان امرأة ينكحها إذا تزوجها، نكحها ينكحها باضعها، وامرأة ناكح في بني فلان أي ذات زوج منهم، قال الأزهري: أصل النكاح في كلام العرب الوطاء وقيل للتزوج نكاح؛ لأنه سبب الوطاء المباح، قال ابن سيده: النكاح البضع وذلك في نوع الإنسان خاصة (٧٦)

قال في المعجم الوسيط (٧٧) النكاح: الضم والوطء والجمع بين الشيعين يقال: نكحت المرأة نكاحاً، تزوجت وفي التنزيل قوله تعالى: ﴿... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ...﴾ (٧٨)

وفي الاصطلاح: حقيقة في العقد والوطء جميعاً، وقيل حقيقة في العقد مجاز في الوطاء. (٧٩)

أركانه: أركان النكاح ثلاثة: أحدها: الزوجان، والثاني: الإيجاب، والثالث: القبول. (٨٠)

(٧٦) لسان العرب، لابن منظور ٣/ ٤٦٥، وانظر: معجم مقاييس اللغة، لابي الحسين أحمد بن فارس ابن زكريا. تحقيق: عبد السلام هارون - الطبعة الأولى في القاهرة ١٣٦٩ هـ، دار الكتب العربية.

(٧٧) المعجم الوسيط ٢/ ٩٦٠.

(٧٨) سورة النساء: آية ٣.

(٧٩) نهاية المحتاج، للرملي ٦/ ١٧٦، والمغني، لابن قدامة ٦/ ٤٤٥.

(٨٠) الروض المربع، للبهوتي ٣/ ٦٧.

الأصل في مشروعية النكاح:

الأصل في مشروعية النكاح الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿... فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ...﴾^(٨١) وقوله: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ...﴾^(٨٢).

وأما السنة: فقول النبي ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء» متفق عليه^(٨٣).

وقد أجمع المسلمون على مشروعية النكاح.^(٨٤)

حكمة مشروعية النكاح:

رغب الإسلام في الزواج وحبب فيه لما يترتب عليه من فوائد للفرد والجماعة منها:

١ - في الزواج حفظ النسل وتكثيره لقول الرسول ﷺ: «تزوجوا الودود الولود فإنني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة»^(٨٥).

(٨١) سورة النساء: آية ٣/

(٨٢) سورة النور: آية ٣٢/

(٨٣) أخرجه البخاري ٣/٧، ومسلم ١٠١٨/٢ من صحيحيهما.

(٨٤) نهاية المحتاج، للرملي ١٧٧/٦ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد ٢/٢ لابن رشد، والمغني، لابن قدامة ٤٤٥/٦.

(٨٥) رواه أبو داود ١٧٦/٢ كتاب النكاح، ورواه ابن ماجه عن عائشة قال في الزوائد إسناده ضعيف =

٢ - إن الغريزة الجنسية من أقوى الغرائز وأعنفها، والزواج هو الطريق لاستيفاء التمتع واللذة على الوجه المشروع.

٣ - إقامة الروابط الوثيقة بين الأسرة، وتقوية أواصر المحبة بين المجتمع بالتزواج بين العائلات وغير ذلك كثير.

حكم النكاح:

- ١ - يجب الزواج على من قدر عليه، وتاقت نفسه إليه، وخشي العنت.
- ٢ - ويسن الزواج ويستحب لمن تاقت نفسه إليه ويملك المقدرة عليه، ولكنه يأمن على نفسه من اقرار ما حرم الله عليه.
- ٣ - ويحرم الزواج في حق من لا يستطيع القدرة على القيام بحقوقه من الوطء والإنفاق وعدم توقانه إليه.
- ٤ - ويكره الزواج في حق من يخل بحقوق الزوجة في الوطء والإنفاق.
- ٥ - ويباح الزواج فيما إذا لم يترتب عليه محذور وأمن العنت على نفسه (٨٦)

شروط الزواج: يشترط لصحة النكاح شروط خمسة:

- ١ - تعيين الزوجين فلا يصح مع جهالة الزوجة أو الزوج.

= لانفاقهم على ضعف عيسى بن ميمون المدني، لكن له شاهد صحيح ٥٩٢/١ حديث رقم ١٨٤٦، ورواه ابن حبان عن أنس وصححه بلفظ: تزوجوا الولود الودود فإني مكاثركم الأنبياء يوم القيامة، تلخيص الحبير، لابن حجر ١١٦/٣.

(٨٦) المغني، لابن قدامة ٤٤٦/٦، وفقه السنة، للسيد سابق ١٥/٢ دار الكتاب العربي. لبنان.

٢ - رضاهما فلا يصح من المكره .

٣ - أن يكون الزواج بولي . لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث أبي موسى « لا نكاح إلا بولي » رواه الخمسة إلا النسائي وصححه أحمد وابن معين .

٤ - الإشهاد على الزواج، لحديث عائشة مرفوعاً « لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » رواه أحمد والدارقطني والبيهقي في العلل .^(٨٧)

٥ - حل المرأة للزوج بالرجل الذي يريد الاقتران بها .^(٨٨)

فإذا تم عقد النكاح فإنه تشغل ذمة الزوج بالمهر إن كان ديناً فيكون حكمه حكم الديون تشغل بها ذمة المدين، وأما إذا كان عيناً فإنه يكون بمجرد العقد مملوكاً للزوجة ويلزم الزوج بتسليمه لها، ولذا يصير مضموناً عليه كالمبيع في يد بائعه قبل تسليمه للمشتري إذ يصير مضموناً عليه بالثمن .

فإذا هلك في يد الزوج قبل تسليمه للزوجة فإن ضمانه على الزوج حينئذ؛ لأنه مال مملوك للزوجة في يده وعليه تسليمه لها بموجب العقد فيكون عليه قيمته وقت تعديده، وإذا طلقها قبل الدخول ففي هذه الحالة

(٨٧) حديث أبي موسى اختلف في وصله وإرساله، قال الحاكم « وقد صحت الرواية فيه عن أزواج النبي ﷺ عائشة وأم سلمة وزينب بنت جحش . وحديث عائشة رواه الشافعي من وجه آخر عن الحسن مرسلاً وقال : وهذا وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به / تلخيص الحبير، للسيوطي ١٥٦/٣ .

(٨٨) الروض المربع، للبهوتي ٩٦/٣ وفقه السنة، للسيد سابق ٥٦/٢ .

وجب عليه نصف قيمته لارتفاع ملكها عن نصفه بالطلاق قبل الدخول، وإذا قبضته الزوجة فتلف في يدها وطلقها الزوج قبل الدخول بها وجب عليها رد نصف قيمته؛ لأنه تبين بالطلاق قبل الدخول فساد ملكها في النصف فكان في يدها مضموناً عليها، كما يكون مضموناً عليها إذا كانت الفرقة من قبلها قبل الدخول بسبب هو معصية.

وكذلك الحكم في بدل الخلع إذا كان عيناً معينة، فذهب بعض الفقهاء إلى أنه مضمون في يدها ضمان عقد، فإذا تلف وجب بتلفه للزوج ما تم الإتفاق عليه مهراً وقيل تضمنه بقيمته وقت التلف.

المطلب الرابع

من العقود التي تفيد ضمانا : عقد العارية عند بعض الفقهاء

العارية في اللغة : قال الجوهري في الصحاح : العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب . يقال : تعاوروا الشيء واعتوروه تداولوه .

وفي الاصطلاح : إباحة الانتفاع بملك الغير ^(٨٩) .

حكم العارية :

العارية عمل من أعمال البر نذب إليها الإسلام ورغب فيها، قال تعالى : ﴿... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالتَّوَدَّانِ...﴾ ^(٩٠) .

ولما روى أبو هريرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال :

« ما من صاحب إبل لا يؤدي حقها » الحديث قيل : يا رسول الله، وما حقها؟ قال : إغارة دلوها، وإطراق فحلها ومنيحتها وحلبها على الماء، وحمل عليها في سبيل الله . ^(٩١)

(٨٩) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٤٦٤/٧ .

(٩٠) سورة المائدة: آية / ٢ .

(٩١) رواه مسلم في كتاب الزكاة ٢/٦٨٥، حديث رقم ٢٨ .

ويشترط للعارية ثلاثة شروط :

١ - أن يكون المعير أهلاً للتبرع .

٢ - أن تكون العين منتفعاً بها مع بقائها .

٣ - أن يكون النفع مباحاً .

الأصل في مشروعية العارية : الأصل في مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع .

أما الكتاب : فقول الله تعالى : ﴿ وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ ﴾ ^(٩٢) روي عن ابن عباس وابن مسعود أنهما قالوا العواري، وقوله تعالى : ﴿ ... وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ... ﴾ ^(٩٣) .

وأما السنة : فما روي عن النبي ﷺ أنه قال في خطبته عام حجة الوداع : « العارية مؤداة، والدين مقضي، والمنحة مردودة، والزعيم غارم » أخرجه الترمذي ^(٩٤) وقال حديث حسن غريب .

وروى صفوان بن أمية أن النبي ﷺ استعار منه أدرعاً يوم حنين فقال : أغضباً يا محمد؟ قال : « بل عارية مضمونة » رواه أبو داود .

وأما الإجماع : فقد انعقد الإجماع من الأمة كلها على أن العارية مندوب إليها لأنها من القربات، ولأنه لما جازت هبة الأعيان جازت هبة

(٩٢) سورة الماعون: آية ٧/ .

(٩٣) سورة المائدة: آية ٢/ .

(٩٤) أخرجه الترمذي في كتاب البيوع، حديث رقم ١٢٨٣ .

المنافع، ولذلك صحت الوصية بالأعيان والمنافع جميعاً^(٩٥).

وعقد العارية يوجب الضمان عند الشافعية والحنابلة، فإذا تلفت في يده ضمنها بقيمتها يوم تلفها إن كانت قيمة سواء كان تلفها بتعدٍ من المستعير أم لا.

وضمنها بمثلها إن كانت مثلية، وذلك أثر من آثار العقد، والحكمة في ذلك توفير مال المعير حتى لا يناله ضرر بسبب ما تفضل به على المستعير من الانتفاع.

ويرى الحنفية أن العارية أمانة لا يضمنها المستعير إلا بتعدٍ أو تقصير، ويرى المالكية أنها كالرهن، فما كان منها مما يغاب عنه ويخفى هلاكه كالثياب والأثمان ضمن، وما كان مما لا يخفى هلاكه كالدواب والحيوان لم يضمن، ويستدل القائلون بالضمان بحديث سمرة بن جندب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(٩٦).

(٩٥) تكملة المجموع، للمطيعي ١٤/٢٠٠، والمغني، لابن قدامة ٥/٢٢٠، وحديث صفوان بن أمية رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب في تضمين العارية ٢/١٤٥.

(٩٦) أخرجه الترمذي ٣/٥٥٧ حديث رقم ١٢٦٦، وقال فيه حديث حسن صحيح. قال في تلخيص الحبير ٣/٥٢ في كتاب العارية رواه أحمد والنسائي وابن ماجه والحاكم من حديث الحسن عن سمرة، ورواه أبو داود، والحسن مختلف في سماعه من سمرة.

المطلب الخامس

من العقود التي تفيده ضماناً عقد الصلح

والصلح في اللغة: يقال صَلَحَ يَصْلُحُ وَيَصْلُحُ صَلَاحًا وَصُلُوحًا وأصلح الشيء بعد فساده أقامه والصلح ضد الفساد، والصلح تصالح القوم بينهم والصلح السلم وهو يذكر ويؤنث. (٩٧) والصلح اسم للمصالحة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال، فمعناه دال على حسنه الذاتي وهو: إنهاء الخصومة وإنهاء حالة الحرب، أي قطع المنازعة. (٩٨).

وفي الاصطلاح: معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين المختلفين (٩٩).

أنواعه:

- ١ - صلح بين المسلمين والكفار.
- ٢ - صلح بين أهل العدل وأهل البغي.
- ٣ - صلح بين الزوجين عند الشقاق.
- ٤ - صلح في المعاملة، وهذا هو المقصود وهو نوعان:

أ - صلح على إقرار.

ب - صلح على إنكار (١٠٠).

(٩٧) لسان العرب، لابن منظور ٣/٣٤٨، وانظر: معجم مقاييس اللغة، لأحمد رضا ٣/٣٠٣.

(٩٨) المعجم الوسيط ١/٥٢٢.

(٩٩) كشاف القناع، للبهوتي ٣/٣٩٠.

(١٠٠) نهاية المحتاج، للرملبي ٤/٣٨٢، وشرح فتح القدير، لابن الهمام ٧/٣٨٦.

الأصل في مشروعيته:

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع:

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿... وَالصُّلْحُ خَيْرٌ...﴾ (١٠١) وقوله: ﴿وإن طائفتان من المؤمنين أقتلتا فأصلحوا بينهما...﴾ (١٠٢).

وأما السنة: فحديث أبي هريرة - رضي الله عنه - مرفوعاً: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن صحيح وصححه الحاكم. وأجمعت الأمة على جواز الصلح (١٠٣) من أجل إحلال الوفاق محل الشقاق.

أثر الصلح:

والصلح يتضمن معنى المعاوضة؛ لأن المصالح يتنازل عادة عن بعض حقه، ولذا قال الفقهاء: كل ما صلح بدلاً في البيع صلح بدلاً في الصلح، فلا يصح الصلح على الخمر والميتة والدم والخنزير، فالصلح عن المال بمال يُعدُّ بيعاً، وبما أن البيع عقد ضمان فيكون الصلح الملحق به عقد ضمان، كذلك ويأخذ حكم البيع من حيث الضمان المترتب عليه.

(١٠١) سورة النساء: آية/١٢٨.

(١٠٢) سورة الحجرات: آية/٩.

(١٠٣) المغني، لابن قدامة ٤/٥٢٧، ونهاية المحتاج، للرملي ٤/٣٨٢، وحديث أبي هريرة قال فيه

السيوطي صحيح/الجامع الصغير للسيوطي ٢/١١٦.

المطلب السادس

من العقود التي تفيده الضمان : عقد الكفالة

وسنفضل الكلام فيها وأحكامها بعد الانتهاء من هذا الباب؛ لأن عقد الضمان الشخصي (الكفالة) هو المقصود بالبحث.

المطلب السابع

القرض

والقرض في اللغة: القطع سمي قرضاً؛ لأنه قطعة من مال المقرض، والقرض ما تعطيه غيرك من مال على أن يردّه إليك، وما يقدم من عمل يلتمس عليه الجزاء، وما أسلف الإنسان من إساءة أو إحسان. وفي التنزيل: ﴿... وَأَقْرَضُوا اللَّهَ قَرْضًا حَسَنًا ...﴾ (١٠٤) والقرض الحسن: قرض بدون ربح أو فائدة تجارية (١٠٥).

وفي الاصطلاح: دفع مال إرفاقاً لمن ينتفع به ويردّ بدله. (١٠٦)

مشروعية القرض: والقرض من المقرض مندوب ومشروع دفعاً لحاجة المحتاج ورفقاً به، وقد دل على مشروعيته السنة والإجماع.
أما السنة: فمنها:

١ - ما رواه أبو رافع - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ استسلف من رجل بكرة ورد عليه رباعياً. رواه مسلم

٢ - عن ابن مسعود - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «ما من مسلم يقرض قرضاً مرتين إلا كان كصدقتها مرة» رواه ابن ماجه وابن

(١٠٤) سورة الحديد: آية ١٨/.

(١٠٥) القاموس المحيط للفيروز آبادي ٣٤٢/٢ والمعجم الوسيط ٧٣٣/٢.

(١٠٦) كشاف القناع، للبهوتي ٣١٢/٣.

حبان. (١٠٧)

٣ - وعن أنس قال: قال رسول ﷺ: رأيت ليلة أسري بي على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشر أمثالها والقرض بشمانية عشر، فقلت: يا جبريل، ما بال القرض أفضل من الصدقة؟ قال: لأن السائل يسأل وعنده والمستقرض لا يستقرض إلا من حاجة» رواه ابن ماجه. (١٠٨)

ويشترط أن يكون المقرض ممن يصح تبرعه؛ لأن القرض عقد إرفاق فلا يصح إلا ممن يصح منه التبرع.

ويرى جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة أنه لا يجوز اشتراط الأجل في القرض؛ لأنه تبرع محض وللمقرض أن يطالب ببذله في الحال، وقال مالك: يجوز اشتراط الأجل ويلزم الشرط، فإذا أجل القرض إلى أجل معلوم تأجل ولم يكن له حق المطالبة قبل حلول الأجل (١٠٩) لقول الله تعالى:

(١٠٧) سنن ابن ماجه ٨١٢/٢ حديث رقم ٢٤٣٠ قال في الزوائد هذا إسناده ضعيف؛ لأن قيس بن رومي مجهول، وسلمان بن يسير متفق على تضعيفه، وحديث أبي رافع أن النبي ﷺ استسلف بكراً ورد رباعياً رواه مسلم في باب من استسلف شيئاً ف قضى خيراً منه ١٢٢٤/٣ حديث رقم ١٦٠٠.

وقال الدار قطني والصواب: أنه موقوف على ابن مسعود، نيل الأوطار ٢٥٩/٥.

(١٠٨) رواه ابن ماجه ٨١٢/٢ حديث رقم ٢٤٣١ قال في الزوائد في إسناده خالد بن يزيد وضعفه أحمد وابن معين وأبو داود والنسائي وأبو زرعة والدار قطني وغيرهم.

(١٠٩) نهاية المحتاج، للرملي ٢٢٠/٤ والمغني، لابن قدامة ٣٤٦/٤.

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى ... ﴾ (١١٠).

ولما رواه عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال:
«المسلمون عند شروطهم». (١١١)

وإذا تم القرض وقبضه المقرض فإنه يصبح ضامناً له مطلقاً سواء هلك
بتعمد أو تقصير منه في حفظه أم بأفة سماوية مثل المشتري بعد تسلمه
المبيع.

(١١٠) سورة البقرة: آية/ ٢٨٢.

(١١١) رواه البخاري تعليقاً في باب الإجارة ٩٢/٣ مكتبة الجمهورية بمصر، قال ابن حجر في تلخيص
الحبير ٢٣/٣ رواه أبو داود والحاكم من حديث الوليد بن رباح، عن أبي هريرة وضعفه ابن حزم
وعبد الحق وحسنه الترمذي، ورواه الترمذي والحاكم من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو عن
أبيه عن جده.

المبحث الثاني

بيان بعض عقود الأمانة

ويندرج تحته خمسة مطالب :

المطلب الأول : الوديعة

المطلب الثاني : الوكالة

المطلب الثالث : الشركة

المطلب الرابع : الوصية

المطلب الخامس : الهبة

obeikandi.com

المبحث الثاني

بيان بعض عقود الأمانة

أما عقود الأمانة فهي:

عقد الوديعة والوكالة والشركة والوصية والهبة.

وعقود الأمانة هي التي لا يترتب عليها الضمان بالتلف بمجرد القبض وإنما بالتعدي من القابض أو التقصير منه في الحفظ.

المطلب الأول

الوديعة

الوديعة في اللغة: الودع الترك، وسميت الوديعة بها؛ لأنها شيء يترك عند الأمين. والوديعة فعيلة من ودع الشيء^(١١٢) إذا تركه، وقيل: هي مشتقة من الدعة فكانها في دعة عند المودع.^(١١٣) وفي الاصطلاح: توكيل بحفظ مال.^(١١٤)

حكمها: يستحب قبول الوديعة لمن يعلم من نفسه الاستطاعة على حفظها، ولأن الناس لا يستطيعون جميعاً حفظ أموالهم بأنفسهم فكان

(١١٢) القاموس المحيط، للفيروز آبادي ٩٢/٣.

(١١٣) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٤٥١/٧.

(١١٤) حاشية الدسوقي ٤١٩/٣.

فيها إعانة لعباد الله بحفظ أموالهم .

الأصل في مشروعيتها :

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع :

أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا ... ﴾ (١١٥)

وقوله : ﴿ ... فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِينَ أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ ... ﴾ (١١٦) .

أما السنة : فقوله ﷺ : « أد الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » . (١١٧)

وروي عنه عليه السلام : « أنه كانت عنده ودائع فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن وأمر علياً أن يردها إلى أهلها » . (١١٨)

وأما الإجماع : فقد أجمع علماء كل عصر على جواز الإيداع

(١١٥) سورة النساء : آية / ٥٨ .

(١١٦) سورة البقرة : آية / ٢٨٣ .

(١١٧) رواه الترمذي ٣ / ٥٥٥ حديث رقم ١٢٦٤ عن أبي هريرة، وقال هذا حديث حسن غريب وأخرجه أبو داود في البيوع، في باب : في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، حديث رقم ٣٥٣٥ ورواه الإمام أحمد في مسنده ٣ / ٤١٤ .

(١١٨) قال في تلخيص الحبير لابن حجر ٣ / ٩٨ رواه ابن اسحاق بسند قوي، فذكر حديث الخروج إلى الهجرة، قال فاقام علي بن ابي طالب خمس ليال وأيامها حتى أدى عن النبي ﷺ الودائع التي كانت عنده للناس .

والاستيداع. (١١٩)

والوديعة أمانة فإذا تلفت بغير تفريط من المودع أو تقصير فليس عليه ضمان، لقوله عليه الصلاة والسلام: «ليس على المستودع غير المغل ضمان». (١٢٠) ويترتب على ذلك وجوب رد الوديعة عند طلب المودع، لقوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا...﴾. (١٢١) وتضمن الوديعة إذا ترك الوديع حفظها أو فرط أو قصر في حفظها بأي شكل من الأشكال؛ لأنه متلف لمال غيره فضمنه كما لو أتلفه من غير استيداع.

(١١٩) المغني، لابن قدامة ٦/٣٨٢.

(١٢٠) أخرجه الدار قطني وقال إنما نروي هذا عن شريح غير مرفوع، قال في نصب الراية: قلت: أخرجه الدار قطني ثم البيهقي في سننهما عن عمرو بن عبد الجبار عن عبدة بن حسان عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأخرجه الدار قطني في البيوع ٢/٣٠٦ والبيهقي في كتاب العارية ٦/٩١، نصب الراية للزيلعي ٤/١١٥.

(١٢١) سورة النساء: آية ٥٨.

المطلب الثاني

الوكالة

الوكالة في اللغة: أن يعهد إلى غيره أن يعمل له عملاً، والوكيل الذي يسعى في عمل غيره وينوب عنه فيه، وقد وكله توكيلاً والاسم الوكالة.

والوكالة معناها: التفويض، تقول: وكلت أمري إلى الله أي فوضته إليه، وتطلق على الحفظ. (١٢٢) ومنه قول الله تعالى: ﴿... حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾. (١٢٣)

وفي الاصطلاح: استنابة جائر التصرف مثله فيما تدخله النيابة. (١٢٤)

حكمها: الجواز وقد دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿... فَأَبْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ...﴾ (١٢٥).

لأن هذا توكيل، وقد قصه الله تعالى عن أصحاب الكهف بلا تكبير فكان شريعة لنا، لأن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما

(١٢٢) القاموس المحيط، للفيروز آبادي ٤/ ٦٦ والمعجم الوسيط ٢/ ١٠٦٧.

(١٢٣) سورة آل عمران: آية ١٧٣.

(١٢٤) كشاف القناع، للبهوتي ٣/ ٤٦١.

(١٢٥) سورة الكهف: آية ١٩.

ينسخه . وقوله تعالى : ﴿ إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا
 ... ﴾ . (١٢٦) وجواز العمل عليها يفيد حكم النيابة عن المستحقين في
 تحصيل حقوقهم ، ويقول القاضي أبو بكر بن العربي : (١٢٧) وهم الذين
 يقدمون لتحصيلها ويوكلون على جمعها .

وقال القرطبي : (١٢٨) يعني السعاة والجباة الذين يبعثهم الإمام
 لتحصيل الزكاة بالتوكيل على ذلك . (١٢٩)

ومن السنة :

ما روى أبو داود وابن ماجه وغيرهما عن عروة بن أبي الجعد البارقى
 أن النبي ﷺ وكله في شراء شاة . (١٣٠)

وقد وكل النبي ﷺ أبا رافع في تزوج ميمونة ، ووكل عمرو بن أمية
 الضمري في تزوج أم حبيبة . (١٣١)

(١٢٦) سورة التوبة : آية / ٦٠ .

(١٢٧) احكام القرآن لأبي بكر بن العربي ٢ / ٩٦١ مطبعة عيسى الحلبي بمصر .

(١٢٨) تفسير القرطبي ٨ / ١٧٧ .

(١٢٩) الجامع لأحكام القرآن ، للقرطبي ٨ / ١٧٧ دار الكتاب العربي بالقاهرة - الطبعة الثالثة ١٣٨٧ هـ .

(١٣٠) قال في التلخيص لابن حجر ٣ / ٥ رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والدارقطني من حديث

عروة البارقى وفي إسناده سعيد بن زيد أخو حماد مختلف فيه عن أبي لبيد لمارة بن زبار - وقد

قيل إنه مجهول - ولكن وثقه ابن سعد ، وقال حرب : سمعت أحمد أثنى عليه ، وقال المنذري

والنووي إسناده حسن صحيح لمجيئه من وجهين ، وقد رواه البخاري من طريق ابن عيينة عن

شبيب بن غرقده سمعت الحمي يحدثون عن عروة به .

(١٣١) حديث أنه ﷺ وكل أبا رافع في قبول نكاح ميمونة ، رواه مالك في الموطأ والشافعي عنه عن

ربيعة عن سليمان بن يسار مرسلأ ، ووصله أحمد والترمذي والنسائي وابن حبان عن سليمان =

وأما الإجماع: فإن الأمة أجمعت على جوازها من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا. (١٣٢)

وقد شرعها الإسلام للحاجة إليها، فليس كل إنسان قادراً على مباشرة أموره بنفسه فيحتاج إلى توكيل غيره ليقوم بها بالنيابة عنه، وهي نوع من التعاون على البر والتقوى الذي دعا إليه القرآن الكريم، ورغبت فيه السنة، وتصح الوكالة في كل عمل تدخله النيابة أما ما لا تدخله النيابة فلا يجوز التوكيل فيه كالصلاة.

شروط الوكالة:

يشترط في الموكل:

أن يكون الموكل جائز التصرف.

ويشترط في الوكيل أن يكون عاقلاً مميزاً، ويشترط في الموكل فيه أن يكون معلوماً للوكيل فلا يجوز التوكيل في المجهول.

ومتى تمت الوكالة كان الوكيل أميناً فيما وكل فيه فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط، ويقبل قوله في التلف كغيره من الأمانة.

= عن أبي رافع وتعبه ابن عبد البر بالانقطاع بان سليمان لم يسمع من أبي رافع، ولكن وقع التصريح بسماعه منه في تاريخ ابن أبي خيثمة في حديث نزول الأبطح ورجع ابن القطان اتصاله، وحديث عمرو بن أمية الضمري قال البيهقي في المعرفة: روينا عن أبي جعفر محمد بن علي أنه حكى ذلك ولم يسنده البيهقي في المعرفة وأخرجه في السنن من طريق ابن إسحاق / تلخيص الحبير لابن حجر . ٥٠/٣

المطلب الثالث

عقد الشركة

الشركة في اللغة: الشَّرْكََة والشَّرْكََةُ سواء وهي مخالطة الشركاء، والشريك هو المشارك وهو الداخل مع غيره في عمل أو أي أمر كان، ويجمع شريك على أشراك وشركاء. (١٣٣)

وقد ورد في المعنى اللغوي قوله تعالى: ﴿وَأَشْرِكُهُ فِي أَمْرِي﴾. (١٣٤) وفي حديث معاذ. (١٣٥) أنه أجاز بين أهل اليمن الشرك: أي الاشتراك في الأرض وهو أن يدفعها صاحبها إلى آخر بالنصف أو الثلث ونحو ذلك، وتطلق الشركة على الاختلاط الذي هو صفة للمال، وتطلق على خلط الشريكين أي فعلهما وتطلق كذلك على العقد نفسه؛ لأنه سبب الخلط. (١٣٦).

وفي الاصطلاح: هي تعاقد اثنين أو أكثر على العمل للكسب بواسطة الأموال أو الأعمال، أو الوجاهة ليكون الغنم والغرم بينهما.

(١٣٣) معجم متن اللغة، للشيخ أحمد رضا ٣/٣١٢، دار مكتبة الحياة بيروت ١٣٧٨ هـ.

(١٣٤) سورة طه: آية / ٣٢.

(١٣٥) هذا الحديث أورده صاحب لسان العرب ابن منظور ١٢/٣٣٣ ولم أعثر عليه بهذا النص وإنما

أورد الحديث الشوكاني في نيل الأوطار ٥/٣٠٧، أن معاذ بن جبل أكرى الأرض على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر وعمر وعثمان على الثلث والرابع... الحديث، وقال حديث معاذ رجال إسناده رجال الصحيح.

(١٣٦) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٥/١٧٩.

الأصل في مشروعية الشركة:

الأصل فيها الكتاب والسنة والإجماع والمعقول:

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿... فَهَمُّ شُرَكَاءٍ فِي الثُّلُثِ...﴾ (١٣٧).

حيث جعل الله الميراث مشتركاً بين الإخوة لأم إذا كانوا اثنين فأكثر، وهذا معنى الشركة. (١٣٨)

وقوله تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنِ السَّبِيلِ...﴾ (١٣٩).

فقد جعل الله المال الذي يغنمه المسلمون في الجهاد مشتركاً بين الغانمين. (١٤٠)

وأما السنة فمنها: الحديث القدسي وهو ما رواه أبو هريرة - رضي الله عنه - مرفوعاً قال: «إن الله يقول: أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خانه خرجت من بينهما» (١٤١).

(١٣٧) سورة النساء: آية / ١٢

(١٣٨) فتح القدير، لابن الهمام ٣/٥ والمغني، لابن قدامة ٢/٥.

(١٣٩) سورة الانفال: آية / ٤١.

(١٤٠) تكملة المجموع، للمطيعي ٥٠٥/١٣ والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الابصار، لاحمد بن يحيى المرتضى ٩٠/٥.

(١٤١) رواه أبو داود في الشركة ١٢٤/٢ وقال في نصب الرأية ٤٧٤/٣ للزيلعي أخرجه أبو داود في البيوع عن محمد بن الزبير عن أبي حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة، قال ابن القطان في كتابه وهو حديث إنما يرويه أبو حيان التيمي عن أبيه عن أبي هريرة وأبو حيان هو يحيى بن سعيد بن حيان أحد الثقات ولكن أبوه لا يعرف الرجال. وقال في نيل الاوطار وصححه الحاكم ٢٩٧/٥.

وعن النبي ﷺ قال: « يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا، فإذا تخاونا محقت تجارتهما، فرفعت البركة منها. (١٤٢) والحديث يدل على جواز شركة العقد؛ لأنه نص على ذكر التجارة.

أما الإجماع: فهو ما نراه من اشتراك المسلمين في التجارات منذ القرون الأولى وإلى يومنا هذا بدون إنكار من أحد، قال في الفواكه الدواني: «وانعقد الإجماع على جوازها». (١٤٣)

أما المعقول (حكمة شرعيتها):

إن الشريعة الإسلامية قد تكفلت بحفظ الضروريات. (١٤٤) والحاجيات والتحسينات، فكل ما أدى إلى حفظ واحد منها فهو من مقاصد الشريعة المطهرة، ولما كان الناس محتاجين إلى التعامل بالشركة أقر الإسلام مشروعيتها؛ لأن في منعها حرجاً ومشقة على الناس، بل ورغب فيها بقوله تعالى: ﴿... وَأَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ...﴾ (١٤٥) والشركة

(١٤٢) رواه الحاكم وصححه ورواه البيهقي في سننه / الروض النضير، للسياعي ٤ / ٥.

(١٤٣) الفواكه الدواني على رسالة أبي محمد عبد الله القيرواني المالكي لأحمد غنيم ٢ / ١٧١، مطبعة مصطفى الحلبي بمصر الطبعة الثالثة ١٣٧٤ هـ.

(١٤٤) الضروريات: هي التي تتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية، وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والنسل، والحاجيات: هي التي يحتاج إليها لرفع الحرج عنهم بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج دون أن تختل الحياة، أما التحسينات: فهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العادات ومكارم الاخلاق، الوسيط في اصول الفقه الإسلامي، د/ وهبة الزحيلي ص ٥٠٠ المطبعة العلمية بدمشق.

(١٤٥) سورة الجمعة: آية / ١٠.

طريق من طرق ابتغاء الفضل وطلب الرزق وهو مشروع، ومن المعاني التي شرعت الشركة بسببها وجود بعض الناس الذين لديهم الثروة المالية وليست عندهم المقدرة على تنميتها، إلى جانب وجود طائفة أخرى لا تملك الثروة إلا أنها تتمتع بالمهارات والخبرات اللازمة لإدارتها وتنميتها، فباجتماع ذلك عن طريق الاشتراك يتم بناء المجتمع اقتصادياً وحضارياً، وتكون الأمة قوية راسية على دعائم ثابتة وأسس متينة.

دعائم الشركة: للشركة دعائم أساسية لا بد من توافرها وهي:

- ١ - تعدد الشركاء.
- ٢ - نية المشاركة.
- ٣ - تقديم الحصص، وذلك بان يساهم كل شريك بتقديم حصته وهي إما مال أو عمل أو غيرها.
- ٤ - مساهمة كل شريك في الأرباح والخسائر.

شروط صحة الشركة:

- ١ - أهلية كل من العاقدين للتوكيل والتوكيل: وذلك بان يكون كل منهما حراً بالغاً رشيداً.
- ٢ - أن يكون رأس مال الشركة معلوماً.
- ٣ - يشترط أن يكون رأس مال الشركة حاضراً.
- ٤ - يشترط معرفة الربح وأن يكون جزءاً شائعاً في الجملة كالنصف

والثلث ونحوهما .

أقسام الشركة : تنقسم الشركة إلى أربعة أقسام هي :

- ١ - شركة الاموال : وهي التي تعتمد في إنشائها على مشاركة الشركاء في رأس المال للتجارة، واقتسام ما ينتج عن ذلك من ربح أو خسارة .
- ٢ - شركة الأعمال (الأبدان) : وهي التي تعتمد في إنشائها على الحرفة والصناعة وضمن العمل، يدل لها حديث ابن مسعود حيث اشترك مع عمار وسعد . (*)
- ٣ - شركة الوجوه : وهي التي تعتمد على ثقة الناس بالمتشاركين وليس لهما مال أو صناعة، ولكن الشركاء فيها يتمتعون بحسن التصرف والخبرة وكل من هذه الأقسام الثلاثة ينقسم إلى عنان أو مفاوضة . (١٤٦)

أ - العنان وهي : عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم بدفع حصة معينة في رأس مال يتجرون به على أن يكون الربح بينهم على حسب أموالهم أو على نسبة يتفقون عليها، وشركة العنان مبناهما على الوكالة والأمانة فكل شريك أمين بما في يده لا

(*) حديث ابن مسعود قال : « اشتركت أنا وعمار وسعد فيما نصيب يوم بدر فجاء سعد بأسيرين ولم أجدني أنا وعمار بشيء » قال ابن حزم : روى وكيع عن شعبة عن عمرو بن مرة قال : قلت لأبي عبيدة أنذكر من عبد الله شيئاً؟ قال لا .

(١٤٦) العناية شرح الهداية لمحمد الباقرتي ٥/٥ المكتبة التجارية الكبرى .

يضمّنه إلا بتعدّد منه .

ب - المفاوضة وهي : تفويض كل شريك إلى صاحبه شراء وبيعاً في الذمة ومضاربة وتوكيلاً ومسافرة بالمال، وارتهاناً وضمّان ما يرى من الأعمال فهي شركة عامة في جميع التجارات .

٤ - القسم الرابع من أقسام الشركة : المضاربة أو القراض، ولفظ المضاربة هو إطلاق أهل العراق ويطلق عليها أهل الحجاز لفظ القراض .

والمضاربة هي : عقد على الشركة بين اثنين أو أكثر يقدم أحدهما مالاً والآخر عملاً، ويكون الربح بينهما حسب الاتفاق والشروط .

وهي تقوم على الجهد المالي والبدني معاً، وقد نقل الإجماع على شرعيتها بعض الفقهاء قال ابن رشد : (١٤٧) : ولا خلاف بين المسلمين في جواز القراض وأنه مما كان في الجاهلية فآقره الإسلام، ووردت فيها أحاديث كثيرة تدل على شرعيتها .

ويتفق الفقهاء على أن يد الشريك يد أمانة؛ لأن كل شريك قبض مال الشريك الآخر بإذن صاحبه للمتاجرة فيه لا لأجل أن يدفع الثمن، وبناءً على ذلك إذا هلك المال في يد الشريك من غير تفريط لم يضمن مثله أو قيمته؛ لأنه نائب عن شريكه في الحفظ والتصرف، ويضمن بالتعدي أو التقصير كما هو المقرر في سائر الأمانات .

وإذا هلك مال أحد الشركاء قبل خلط رأس المال ببعضه أو قبل التصرف فيه بشراء شيء لحساب الشركة فإن الشركة تبطل؛ لأن الشريك لا يستطيع تقديم حصة في الشركة وببطل العقد لعدم فائدته، ويهلك المال حينئذ على ذمة صاحبه، وبعد خلط الشركة يكون الهلاك على الشركاء جميعاً ولا يؤدي إلى إبطال عقد الشركة.

وفي المضاربة فإن العامل المضارب أمين بما في يده يجب حفظه ورده عند طلب المالك، وليس عليه الضمان إذا فقد منه شيء؛ لأنه أمين ولا ضمان على مؤتمن ما لم يفطر، ولأنه نائب عن رب المال في التصرف فلم يضمن من غير تفريط في الحفظ كالوديع، وإذا هلك مال المضاربة قبل التصرف فيه بطلت المضاربة والقول قول المضارب مع يمينه في إثبات الهلاك.

وإذا اشترط رب المال الضمان على المضارب فقد اختلف الفقهاء في ذلك، فيرى الحنفية والحنابلة أن المضاربة صحيحة والشرط باطل، ذلك أن اشتراطه هذا الشرط يعدُّ كالشرط الفاسد في البيع عند الحنفية، واشترط ذلك لا يؤثر في جهالة الربح فلا يؤدي إلى إفساد القراض.

ويرى المالكية والشافعية أن المضاربة فاسدة، وذلك لأن اشتراط الضمان زيادة غرر في المضاربة يؤدي إلى فساده، قال في الشرح الصغير: (١٤٨) «ولما كان هذا العقد عقد أمانة كان شرط الضمان على

العامل إذا تلف المال أو ضاع بلا تفريط شرطاً فاسداً وفيه قراض المثل في الربح إن عمل.»

وقال في الإقناع^(١٤٩): «ولا ضمان على العامل بتلف المال أو بعضه؛ لأنه أمين فلا يضمن إلا بعدوان كتفريط.»

وإذا خالف المضارب شرطاً من شروط رب المال في العمل فإنه يكون كالغاصب في الإثم، ويجب عليه رد المصوب وعليه ضمانه وله ربحه، لأنه تصرف في مال الغير بدون إذنه.

(١٤٩) الإقناع في حل الفاظ أبي شجاع، للشرييني الخطيب ٦٥/٢، دار إحياء الكتب العربية بمصر.

المطلب الرابع

الوصية

الوصية في اللغة: الوصية ما يوصى به، جمعه وصايا، والوصي من يوصى له، ويقال: فلاناً جعله وصيه يتصرف في أمره وماله وعياله بعد موته، وأوصاه ووصاه توصية عهد إليه والاسم الوصاة والوصاية والوصية. والوصية مأخوذة من وصيت الشيء أوصيه إذا أوصلته، فالوصي وصل ما كان في حياته بعد موته والوصي من يوصى له ومن يقوم على شؤون الصغير. (١٥٠)

وفي الاصطلاح: هي التبرع بعد الموت بمال عيناً أو ديناً أو منفعة^(١٥١) أو تفويض التصرف في ماله ومصالح أطفاله إلى غيره بعد موته.

مشروعيتها: الوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ... ﴾ (١٥٢) وقوله: ﴿ ... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ ... ﴾ (١٥٣)

(١٥٠) القاموس المحيط، للفيروز آبادي ٤ / ٤٠٠ وانظر: المعجم الوسيط ٢ / ١٠٥٠.

(١٥١) المغني، لابن قدامة ١ / ٦.

(١٥٢) سورة البقرة: آية / ١٨٠.

(١٥٣) سورة النساء: آية / ١١.

وأما السنة:

١ - روى البخاري ومسلم عن ابن عمر - رضي الله عنهما - قال: قال رسول الله ﷺ: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده» قال ابن عمر: ما مرت علي ليلة منذ سمعت رسول الله ﷺ يقول ذلك إلا وعندي وصيتي.

٢ - روى سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه - قال: جاءني رسول الله ﷺ يعودني عام حجة الوداع من وجع اشتد بي فقلت: يا رسول الله، قد بلغ بي الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: فبالشطر يا رسول الله؟ قال: لا، قلت فبالثلث؟ قال: الثلث، والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عائلة يتكفون الناس» (١٥٤)

٣ - وروى أبو أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إن الله قد أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث» رواه الخمسة إلا النسائي وقال الترمذي حديث صحيح. (١٥٥)

(١٥٤) قال في نيل الأوطار ٤٣/٦. الحديث رواه الجماعة قال الزيلعي في نصب الراية ٤٠١/٤ قلت أخرجه الأئمة الستة في كتبهم عن سعد بن أبي وقاص فرواه البخاري في كتاب الوصايا ٣/٤ ورواه مسلم في الوصية ١٢٥٣/٣ حديث رقم ١٦٢٨ وابن ماجه ٩٠٤/٢ حديث رقم ٢٧٠٨ وحديث ابن عمر رواه البخاري في كتاب الوصايا ٢/٤ ومسلم في كتاب الوصية، كذلك ١٢٤٩/٣ حديث رقم ١٦٢٧.

(١٥٥) رواه الخمسة إلا النسائي، قال في التلخيص لابن حجر ٩٢/٣ الحديث رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه من حديث أبي أمامة، وهو حسن الإسناد، قال الشافعي: وإجماع العلماء على القول به، وقال الزيلعي في نصب الراية ٤٠٣/٤: قلت روي من حديث أبي أمامة ومن =

وأما الإجماع: فقد أجمع العلماء في جميع الأمصار والأعصار على جواز الوصية. ^(١٥٦) والوصية قريبة يتقرب بها الإنسان إلى ربه، للتزود من الحسنات، وتدارك ما فاتته في حياته، والوصية من أعمال البر وتعمق المودة، لما فيها من الموساة لمن أوصى له.

حكم الوصية:

يختلف حكم الوصية باختلاف أحوالها:

- ١ - تجب الوصية على من عليه دين أو عنده ودیعة أو عليه واجب شرعي يخشى أن يضيع إن لم يوص به، فإن الله تعالى فرض أداء الأمانات وطريقه في هذا الباب الوصية.
- ٢ - والوصية مندوبة في القربات وللأقرباء والصالحين من الناس.
- ٣ - وتحرم الوصية إذا كان فيها إضرار بالورثة أو أوصى بمحرم.
- ٤ - وتكره الوصية إذا كان الوصي قليل المال وله وارث يحتاج إليه،

= حديث عمرو بن خارجة، ومن حديث أنس، ومن حديث ابن عباس ومن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ومن حديث جابر ومن حديث زيد بن أرقم ومن حديث علي بن أبي طالب ومن حديث خارجة بن عمرو الجمحي وحديث أبي أمامة أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه كل منهم في باب الوصايا عن إسماعيل بن عياش عن شرحبيل بن مسلم عن أبي أمامة. قال في التنقيح: قال أحمد والبخاري وجماعة من الحفاظ ما رواه إسماعيل بن عياش عن الشاميين فصحيح وما رواه عن الحجازيين فغير صحيح، وهذا رواه عن شامي ثقة. أهـ.

(١٥٦) المغني، لابن قدامة ١/٦.

وتكره لأهل الفسق متى علم أو غلب على ظنه أنهم سيستعينون
بها على الفسق والفجور.

٥ - وتكون الوصية مباحة إذا كانت لغير مستحق سواء كان الموصى له
قريباً أو بعيداً.

شروط الوصية:

١ - شروط الموصى:

يشترط أن يكون الموصى أهلاً للتبرع بأن يكون كامل الأهلية.

٢ - ويشترط في الموصى له:

ألا يكون وارثاً للموصى، وألا يقتل الموصى له الموصى قتلاً محرماً
مباشراً.

٣ - ويشترط للموصى به:

أن يكون الموصى به قابلاً للتملك بعد الموت بأي سبب من أسباب
الملك. (١٥٧)

ولا تستحق الوصية للموصى له إلا بعد موت الموصى وسداد الديون
فإذا استغرقت الديون التركة كلها فليس للموصى له شيء لقوله تعالى:
﴿... مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ...﴾. (١٥٨)

(١٥٧) فقه السنة، للسيد سابق ٣/ ٥٨٨.

(١٥٨) سورة النساء: آية ١١/

ويعتبر الوصي نائباً شرعياً عن الموصي يتولى تنفيذ الوصية وإدارة شؤون القاصرين المالية وتعد يده أمانة فيقبل قوله فيما يدعيه من الإنفاق ولا يضمن ما يتلف بيده دون تعد أو تقصير في الحفظ.

المطلب الخامس

الهبة

والهبة في اللغة: مصدر وهب، يقال وهبت له وهباً و هبة، وتواهب القوم إذا وهب بعضهم لبعض يقال: وهب الله فلاناً ولدأ صالحاً، ومنه قوله تعالى: ﴿... فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾. (١٥٩) ومعناها: إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالاً أو غير مال. يقال: وهب له الشيء يهبه هبة: أعطاه إياه بلا عوض، وأتَّهبه: قبله. (١٦٠)

وفي الاصطلاح: هي تملك المال بلا عوض. (١٦١)

مشروعيتها:

لقد شرع الإسلام الهبة لما لها من فوائد كبيرة على الفرد والمجتمع، وذلك لما ينتج عنها من تأليف القلوب، وتعميق أواصر المحبة بين الناس.

ولقد أمر رسول الله ﷺ في الحديث الذي رواه أبو هريرة وغيره بالإهداء حيث قال: «تهادوا تحابوا». (١٦٢) وكان النبي ﷺ يقبل الهدية ويثيب عليها.

(١٥٩) سورة مريم: آية ٦/.

(١٦٠) القاموس المحيط ١/١٣٨، للفيروز آبادي.

(١٦١) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٧/٤٧٩.

(١٦٢) رواه مالك في الموطأ عن عطاء الخراساني في باب حسن الخلق مرسلأ نيل الأوطار: ٥/٣٩٠.

ورواه الترمذي بلفظ: «تهادوا فإن الهدية تذهب وحر الصدر» في باب الولاء. قال في نصب

الرأية: أخرجه أصحاب الكتب المشهورة من حديث أبي هريرة، ومن حديث ابن عمرو ومن =

شروط الهبة:يشترط في الواهب:

- ١ - أن يكون مالكا للموهوب .
- ٢ - ألا يكون محجوراً عليه لسبب من أسباب الحجر .
- ٣ - أن يكون بالغاً .
- ٤ - أن يكون مختاراً .

شروط الموهوب له:

أن يكون موجوداً حقيقة وقت الهبة .

ويشترط في الموهوب:

- ١ - أن يكون موجوداً حقيقة .
- ٢ - أن يكون مالاً متقوماً .
- ٣ - أن يكون مملوكاً للواهب ومقدوراً على تسليمه . (١٦٣)

واتفق الفقهاء على أن قبض الهبة قبض أمانة غير مضمون؛ لأن الهبة

= حديث ابن عمر، ومن حديث عائشة، وحديث أبي هريرة رواه البخاري في الادب المفرد وترجم عليه باب قبول الهدية» وأخرجه النسائي في كتاب الكنى، عن أبي الحسن محمد بن بكر الحضرمي عن ضمام بن إسماعيل به، وكذلك رواه أبو يعلى الموصلي في مسنده والبيهقي في شعب الإيمان، ورواه ابن عدي في الكامل، وأعله بضمام بن إسماعيل وقال: إن أحاديثه لا يرويها غيره. أ هـ ٤ / ١٢٠ وهذه الطرق التي روي بها يقوي بعضها بعضاً .

(١٦٣) بلغة السالك، لأحمد الصاوي ٣١٣/٢ .

عقد تبرع ويتضح ذلك في الرجوع في الهبة عند من يقول بجواز الرجوع فيها، فإذا هلك الموهوب أو استهلك فلا سبيل إلى الرجوع فيه ولا يضمن الموهوب له لأن يده يد أمانة. لكن يضمن هلاك الموهوب إذا امتنع الموهوب له من رده بعد صدور حكم قضائي برده؛ لأن المنع بعد الطلب يوجب الضمان في الأمانات، وإذا وهب الواهب قصداً للشواب على هبته وشرط ذلك فإن له أن يرجع بهبته إذا لم يثبه عليها، وهذا عند الحنفية والمالكية والأصح عند الشافعية.

وفي قول عند الشافعية إن الهبة تبطل؛ لأن لفظ الهبة يقتضي التبرع، والأصح هو جواز رجوعه فيها إذا شرط الشواب عليها ولم يثب؛ لأنها أصبحت بيعاً ومعاوضة فيعدُّ فيها التراضي، فإذا عوضه بما يرضيه صح العقد وإلا فلا، وعلى هذا فإن بقاء الهبة عند الموهوب له بشرط الشواب تُعدُّ مضمونة عليه يرد بدلها إن تلفت. (١٦٤)

(١٦٤) شرح فتح القدير، لابن الهمام ٥٠٩/٧ وقوانين الأحكام الشرعية، لابن جزي ص ٣٩٨، ونهاية المحتاج للمرملبي ٤٢٣/٥ والمغني، لابن قدامة ٦٨/٥.

المبحث الثالث

العقود التي هي في الأصل أمانة ويترتب عليها الضمان

ويندرج تحته مطلبان :

المطلب الأول : الإجارة

المطلب الثاني : الرهن

obeikandi.com

المبحث الثالث

« في العقود التي هي في الأصل أمانة ويترتب عليها الضمان ». وأما العقود التي هي في الأصل أمانة إلا أنه يترتب عليها الضمان في بعض الحالات فتكون عقوداً مزدوجة الأثر فهي :

المطلب الأول

الإجارة

الإجارة في اللغة : مشتقة من الأجر وهو العوض، والأجر الجزاء على العمل كالإجارة ومنه سمي الثواب أجراً؛ لأن الله تعالى يعوض العبد على طاعته أو صبره على مصيبتته، والأجرة: الكراء. (١٦٥)

وفي الاصطلاح : عقد معاوضة على تملك منفعة بعوض. (١٦٦)

مشروعيتها :

الأصل في مشروعية الإجارة الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿... فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتَوْهَنَّ أَجُورَهُنَّ...﴾. (١٦٧) وقوله : ﴿قَالَتْ إِحْدَاهُمَا يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ

(١٦٥) القاموس المحيط، للفيروز آبادي ١/٣٦٢.

(١٦٦) بلغة السالك لأحمد الصاوي ٢/٢٦٣.

(١٦٧) سورة الطلاق: آية ٦/.

مَنْ اسْتَأْجَرَ الْقَوِيَّ الْأَمِينُ (٢٦) قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أَنْكَحَكَ إِحْدَى ابْنَتِي هَاتَيْنِ عَلَيَّ أَنْ تَأْجُرَنِي ثَمَانِي حِجَجٍ فَإِنْ أَتَمَمْتَ عَشْرًا فَمِنْ عِنْدِكَ... ﴿١٦٨﴾ وقوله: ﴿... قَالَ لَوْ شِئْتَ لَاتَّخَذْتَ عَلَيْهِ أَجْرًا﴾. (١٦٩) وهذا يدل على جواز أخذ الأجر على إقامته.

وأما السنة:

١ - روى البخاري (١٧٠) أن النبي ﷺ استأجر رجلاً من بني الدليل يقال له: عبد الله بن أريقط وكان هادياً خريئاً أي ماهراً.

٢ - روى البخاري عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال: قال الله عز وجل: ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة، رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فاكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه ولم يوفه أجره» والأخبار في هذا كثيرة.

وأجمع العلماء على مشروعية الإجارة ولا عبرة بمن خالف هذا الإجماع (١٧١).

وقد شرعت الإجارة لحاجة الناس إليها؛ لأن الحاجة إلى المنافع كالحاجة إلى الأعيان، والناس يحتاجون إلى الدور للسكنى ووسائل المواصلات

(١٦٨) سورة القصص آية / ٢٦ و ٢٧.

(١٦٩) سورة الكهف آية / ٧٧.

(١٧٠) صحيح البخاري ٨٩/٣ في باب الإجارة، حديث رقم ٤.

(١٧١) المغني، لابن قدامة ٥٣٢/٥ وبدائع الصنائع، للكاساني ٥/٢٥٥٤، وحديث أبي هريرة رواه

البخاري في باب الإجارة ٩٠/٣ حديث رقم ١٠.

للسفر، لأنه ليس باستطاعة كل الناس تملكها، ولذلك شرعت رحمة بالناس لقضاء حوائجهم.

شروط صحة الإجارة:

- ١ - الرضا من العاقدين فلا تصح من المكره.
- ٢ - معرفة المنفعة المعقود عليها معرفة تامة تمنع المنازعة.
- ٣ - معرفة الأجرة، لأنه عوض في عقد معاوضة.
- ٤ - أن تكون المنفعة مباحة غير محرمة.
- ٥ - القدرة على تسليم العين المؤجرة، فلا يصح تأجير ما لا يمكن تسليمه.

أنواع الإجارة:

الإجارة نوعان:

- ١ - إجارة على المنافع والمعقود عليه فيها هو المنفعة كإجارة الدور وغيرها.
 - ٢ - إجارة عمل: وهي التي تعقد على عمل معلوم كبناء وخطاطة وغيرها. (١٧٢)
- وتستحق الأجرة بالفراغ من العمل أو استيفاء المنفعة إذا كانت الإجارة على عين مستأجرة، وإذا مضت مدة يمكن فيها استيفاء المنفعة ولم تستوف بالفعل.

وتُعدُّ العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر باتفاق العلماء، فإذا تلفت بغير تفريط منه لم يضمنها؛ لأنه قبض العين لاستيفاء منفعة يستحقها منها فكانت أمانة.

أما المنافع المعقود عليها كسكنى الدار فهي مضمونة على المستأجر بمجرد التمكن من الاستيفاء فلو لم ينتفع بالعين مدة من الزمن فإنه يلزمه دفع الأجرة عن تلك المدة، وهذا هو أثر الضمان الذي يترتب على انعقاد الإجارة، وإذا هلكت العين المؤجرة فإن الأجرة تسقط عن المستأجر بالنسبة للمدة الباقية لانتهاء العقد.

وأما الإجارة على الأعمال فإن الضمان فيها يختلف حكمه بحسب صفة الأجير فالأجير الخاص^(١٧٣) لا يكون ضامناً للعين التي تسلم له للعمل فيها إلا بالتفريط؛ لأن يده يد أمانة كالوكيل والشريك.

وأما الأجير المشترك فهو ضامن لما جنت يده أو قصر في حفظه فإن تلف في يده من غير تعدد منه ولا تفريط فإن الفقهاء يختلفون في تضمينه:

١ - يرى أبو حنيفة والشافعي وأحمد في الصحيح من قوليهما أن يد الأجير المشترك يد أمانة كالأجير الخاص فلا يضمن ما تلف إلا

(١٧٣) الأجير الخاص: هو الذي يعمل لشخص واحد مدة معلومة.

والأجير المشترك: هو الذي يعمل لأكثر من واحد فيشارك الناس فيه عامة كالحداد والخياط.

بالتقصير والتعدي. (١٧٤)

٢ - ويرى المالكية وصاحباً أبي حنيفة وهو أحد قولي الشافعي وأحمد أن يد الأجير المشترك يد ضمان، فهو ضامن لما يهلك في يده ولو بغير تعدٍ أو تقصير، وعلى هذا يضمن الأجير المشترك ما تلف بيده مطلقاً. (١٧٥)

وعقد الإجارة الأصل فيه أنه من عقود الأمانة، ويترتب عليه الضمان في الحالات الآتية:

١ - التفريط في حفظ العين المؤجرة فإنه يلزمه الضمان؛ لأن التفريط يوجب الضمان.

٢ - الإلتلاف: إذا تعدى الأجير بأن تعمد الإلتلاف فإنه يضمن.

٣ - مخالفة المستأجر شرط المؤجر بأن شحن السيارة مثلاً أكثر من الوزن المتفق عليه، فإنه يضمن لمخالفته الشرط.

(١٧٤) المبسوط، للسرخسي ١٥/١٠٣، ومغني المحتاج، محمد الخطيب ٢/٣٥١. والمغني، لابن قدامة ٤٧٩/٥.

(١٧٥) الشرح الكبير، للدردير ٤/٢٨.

المطلب الثاني

الرهن

الرهن في اللغة: تقول: رهننت فلاناً رهناً وارتهنته إذا أخذه رهناً، ويطلق الرهن في اللغة على الثبوت والدوام ومنه الحالة الراهنة أي الثابتة، وقيل: هو من الحبس قال تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ (١٧٦). أي محبوسة، وكل أمر يحبس به شيء فهو رهنه ومرتهنه كما أن الإنسان رهين عمله. (١٧٧)

وفي الاصطلاح: جعل عين مال مموله وثيقة بدين ليستوفى منها عند تعذر وفائه. (١٧٨)

مشروعية الرهن: الأصل في مشروعية الرهن الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُم بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي أُؤْتِمِنَ أَمَانَتَهُ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ...﴾ (١٧٩).

(١٧٦) سورة المدثر: آية / ٣٨.

(١٧٧) تهذيب اللغة، لابي منصور بن أحمد الأزهرى ٦/ ٥٧٣، الدار المصرية للتأليف والترجمة.

(١٧٨) نهاية المحتاج، للرملي ٤/ ٢٣٤.

(١٧٩) سورة البقرة: آية / ٢٨٣.

وأما السنة: فروت عائشة - رضي الله عنها - : « أن رسول الله ﷺ اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه » متفق عليه .

وروى أبو هريرة - رضي الله عنه - قال : قال رسول الله ﷺ : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » .

رواه البخاري .

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة. (١٨٠)

شروط صحة الرهن:

- ١ - أن يكون الراهن عاقلاً بالغاً .
 - ٢ - أن تكون العين المرهونة موجودة وقت العقد .
 - ٣ - أن يقبضها المرتهن أو وكيله .
- ويجوز الرهن في الحضر والسفر؛ لأنه وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر كالضمان .

ويرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه لا يصح الرهن على الحق قبل

(١٨٠) المغني، لابن قدامة ٤ / ٣٦١ وحديث أبي هريرة رواه البخاري في باب الرهن ٣ / ١٤٣ حديث رقم ٤، أما حديث عائشة فرواه البخاري في باب الرهن كذلك ٣ / ١٤٣، حديث رقم ٢، ورواه مسلم في باب الرهن ٣ / ٢٢٧، حديث رقم ١٦٠٣ .

وجوبه، وخالفهم في ذلك أبو حنيفة فأجاز الرهن على الحق قبل وجوبه، واختلف الفقهاء في يد المرتهن هل هي يد أمانة أو يد ضمان.

فقال الحنفية إن يد المرتهن يد أمانة بالنظر إلى عين المال المرهون، لكنها مع ذلك يد استيفاء بالنسبة لما يعادل الدين من مالبة الرهن، ويكون مضموناً بالأقل من قيمته أو الدين فإن هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفياً لدينه حكماً وإن كان قيمة الرهن أكثر فالفضل أمانة، وإن كان أقل سقط من الدين بقدرها ويرجع المرتهن بالفضل.

وقال مالك: يضمن منها ما يخفى هلاكه كالذهب والفضة والعروض بقيمته بالغاً ما بلغ، ولا يضمن ما يظهر هلاكه كالحيوان والعقار.

وقال الشافعي وأحمد: هو أمانة في يد المرتهن فإذا هلك المرهون فلا يضمنه إلا بالتعدي أو بالتقصير في الحفظ؛ لأن الرهن في يد المرتهن برضا الراهن فيعد أميناً كالوديع بالنسبة للمودع. (١٨١)

المبحث الرابع

في يد الضمان وما يترتب عليها

وأظهر ما تتمثل فيه يد الضمان الغصب، وهو الاعتداء على مال الغير ومنعه من الانتفاع به، وسوف نتناول الغصب بشيء من التفصيل.

الغصب في اللغة: غصبه غصباً من باب ضرب واغتصبه أخذه قهراً^(١٨٢) وظلماً، قال الجوهري: أخذ الشيء ظلماً غصبه منه وغلبه سواء.

وفي الاصطلاح: الاستيلاء على مال غيره بغير حق. (١٨٣)

وقال في حاشية الدسوقي: الغصب أخذ مال قهراً تعدياً بلا حراية. (١٨٤)

حكمه: الغصب محرم دل على ذلك الكتاب والسنة والإجماع.

أما الكتاب: فقول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾. (١٨٥) وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾. (١٨٦)

(١٨٢) القاموس المحيط، للفيروز آبادي ١/١١١.

(١٨٣) المغني، لابن قدامة ٥/٢٣٨.

(١٨٤) حاشية الدسوقي ٣/٤٤٢.

(١٨٥) سورة النساء: آية ٢٩.

(١٨٦) سورة البقرة: آية ١٨٨.

وأما السنة: فمنها: ما روى جابر - رضي الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال في خطبته يوم النحر: (١٨٧) «إن دماءكم وأموالكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا» رواه مسلم وغيره.

وروى البخاري ومسلم عن عائشة - رضي الله عنها - أن النبي ﷺ قال: «من ظلم من الأرض شيئاً طوقه من سبع أرضين». (١٨٨)

وعند الدارقطني من طريق أنس مرفوعاً إلى النبي ﷺ «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»، (١٨٩) ورواه أحمد والحاكم من حديث ابن عباس.

وأما الإجماع: فقد أجمع المسلمون على تحريم الغصب في الجملة وإنما اختلفوا في فروع منه. (١٩٠)

ويحرم الانتفاع بالمغصوب ويجب رده إن كان قائماً، لحديث سمرة بن جندب - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه والحاكم وصححه.

وإذا تلف بيده وجب عليه رد بدله سواء كان التلف بفعله أو بغير

(١٨٧) رواه البخاري ١٧٦/٣ في كتاب الحج، ورواه مسلم في كتاب القسامة ١٣٠٥/٣ حديث رقم ١٦٧٦.

(١٨٨) رواه البخاري ١٣٠/٣ ورواه مسلم ١٢٣١/٣ حديث رقم ١٦١٢.

(١٨٩) قال في نصب الراية: أخرجه الدارقطني في سننه في البيوع عن عمار بن حارث الضميري عن عمرو بن يثربي وإسناده جيد، نصب الراية، للزيلعي ١٦٩/٤.

(١٩٠) تكملة المجموع، للمطيعي ٢٣٠/١٤ والمغني، لابن قدامة ٢٣٨/٥.

فعله، واتفق الفقهاء على أنه يجب رد مثل المصوب إن كان مثلياً كالذي تتساوى أجزأؤه كالمكيل والموزون، وغير المثلي تجب فيه القيمة كالعروض والثياب والحيوان، وإذا نقص المصوب وجب رد قيمة النقص سواء كان النقص في العين أو الصفة. (١٩١).

واختلف الفقهاء في منافع الغصب:

فذهب الحنفية إلى أنه لا يتحقق فيها الغصب؛ لأنها ليست بأموال عندهم ولذا فهي غير مضمونة عندهم ولا يطالب الغاصب بعرض انتفاعه بها.

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه يتحقق فيها الغصب؛ لأنها أموال فتكون مضمونة على الغاصب، واختلفت الرواية عن مالك، فروي عنه وجوب الضمان في الجملة، وروي عنه إسقاط الضمان في الجملة، والثالثة التفرقة كما إذا كانت داراً فسكنها الغاصب بنفسه لم يضمن وإن أكرهاه لغيره ضمن.

واختلف الفقهاء في غصب العقار هل يتحقق وهل يترتب عليه الضمان أم لا؟

١ - فذهب أبو حنيفة إلى أن الغصب لا يتحقق في العقار؛ لأن الغصب لا يكون إلا فيما ينقل.

٢ - وذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الغصب يتحقق في العقار؛ لأن الغصب هو إثبات اليد المعتدية وإزالة اليد المحقة وهذا متحقق في العقار، وبناءً على هذا فإن أبا حنيفة يرى أنه لا يضمن غاصب العقار إلا إذا كان هو المتلف، وهذا يكون من قبيل ضمان الإتلاف لا من قبيل ضمان الغصب.

أما الجمهور فيرون أن عليه الضمان إذا تلف في يده سواء كان بهدم أو غشيان سيل أو حريق. (١٩٢)

ويبرأ الغاصب من الضمان برد المغصوب سليماً كما أخذه، وإذا لم يرد الغاصب المغصوب بأي سبب وجب عليه ضمانه بالمثل إن كان مثلياً والقيمة إن كان قيمياً.

وإذا ترتب على يد الغاصب يد أخرى فإنها تعد يد ضمان وإن كانت في أصلها يد أمانة كيد وكيل الغاصب ويد وديعه وإن جهل الغصب، وذلك لأن اليد وضعت على مال لغير صاحبها بدون إذنه وبدون ولاية شرعية، ومن ذلك يد المشتري من الغاصب ويد المستاجر منه.

الفصل الرابع

في موانع التضمنين : وذلك فيما يختص بالاعتداء

أو الضرر أو إلزام الشارع

وفيه مباحث :

المبحث الأول : الإلتلاف بحق « وهو كون الفعل جائزاً شرعاً »

المبحث الثاني : رضا المضرور بالضرر

المبحث الثالث : انعدام الفائدة من التضمنين

obeikandi.com

المبحث الأول

في الإتلاف بحق وهو كون الفعل جائزاً شرعاً

وذلك يكون في حالة كون الفعل الذي تسبب عنه التلف جائزاً شرعاً غير ممنوع، وذلك يكون في مثل الحالات الآتية:

١ - إذا كان المتلف غير مال، فإذا أتلّف إنسان جلد ميتة أو شيئاً غير مالي فلا ضمان عليه.

٢ - إذا كان المال المتلف غير متقوم كما إذا أتلّف مسلم خمرًا أو خنزيراً لمسلم آخر؛ لأن الخمر والخنزير مال غير متقوم في حق المسلم فيكون إتلاف ذلك غير مضمون على المتلف. (١٩٣)

أما إذا كان الخمر والخنزير لذمي فأتلفها مسلم فإن الفقهاء يختلفون في ذلك:

أ - فيرى الشافعية والحنابلة (١٩٤) أنه لا ضمان على المتلف؛ لأن هذه الأشياء لا قيمة لها، لأن الرسول ﷺ حرم بيعها وأمر بإزالتها، وذلك فيما روى جابر - رضي الله عنه - أنه سمع من رسول الله ﷺ يقول عام الفتح: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام». (١٩٥)

(١٩٣) مجمع الضمانات، للبغدادى ص / ٤٥٧.

(١٩٤) مغني المحتاج، للشربيني الخطيب ٢/ ٢٨٥، والمغني، لابن قدامة ٥/ ٢٧٦.

(١٩٥) رواه البخاري في كتاب البيوع ٣/ ٨٤، ورواه مسلم في صحيحه ٣/ ١٢٠٧، حديث رقم =

ب - ويرى الحنفية والمالكية (١٩٦) أن على المتلف الضمان، لأنه متعدد ولأنها مال محترم عند غير المسلمين يتمولونها.

ويلحق بذلك كل مال غير متقوم شرعاً فلا يترتب عليه الضمان.

٣ - أن يكون الإلتلاف قد أمر به الشرع كما في القصاص بالقتل أو القطع أو غيرها فإنه لا ضمان في ذلك ولا فيما يترتب عليه إن أخذ على الوجه الشرعي المطلوب.

٤ - إذا ترتب على افتتاح إنسان محلاً تجارياً له فآدى ذلك إلى خسارة غيره وصار سبباً في إضراره فإنه لا ضمان عليه؛ لأنه إنما فعل شيئاً جائزاً له شرعاً غير ممنوع.

٥ - إذا حفر الإنسان بئراً في ملكه فوق وقع فيها حيوان فمات فلا يضمن الحافر شيئاً؛ لأن كل إنسان حر التصرف في أملاكه بما فيه مصلحته، وقد عمل ما يجوز له شرعاً فلا يضمن ما يترتب على فعله وإن كان سبباً للإلتلاف جاء ذلك في المادة [٩١] من مجلة الأحكام العدلية.

٦ - إذا أذن الحاكم بفعل لمصلحة لازمة كهدم جدار أو دار أثناء الحريق، وإذا تلف الشيء المأجور أثناء الاستعمال المأذون فيه فلا ضمان في ذلك؛ لأن الفعل الذي تسبب في ذلك جائز شرعاً غير ممنوع.

= ١٥٨١، وأخرجه الترمذي ٥٨٢/٣، حديث رقم ١٢٩٧، ورواه ابن ماجة ٧٣٢/٢، حديث رقم ٢١٦٧ والنسائي ٧/٢٧٣.

(١٩٦) البدائع، للكاساني ١٤٧/٧، وحاشية الدسوقي ٢٠٤/٢.

٧ - دفع الصائل: وذلك فيما إذا عمل الإنسان على الدفاع عن نفسه أو ماله أو عرضه وتسبب ذلك بإتلاف الصائل أو شيء منه أو مال لغيره فإنه لا ضمان على الدافع، لكنه يجب أن يكون الضرر الذي يريد دفعه ضرراً مدهماً وحالاً ولا يمكن دفعه بالالتجاء إلى الحاكم قبل وقوعه. (١٩٧)

فإن هذه الأفعال قد أجازها الشرع. جاء في مجلة الأحكام العدلية [٩١] الجواز الشرعي ينافي الضمان.

المبحث الثاني

رضا المضرور بالضرر

أباح الشرع الإسلامي للإنسان أن يتصرف في حقوقه المالية بما يعود عليه بالمصلحة شريطة ألا يترتب عليه ضرر يمنعه الشرع، أما حقوق غيره من البشر فلا يجوز له التصرف فيها بدون ولاية شرعية إذ إن تصرفه من دون ولاية شرعية يُعدُّ اعتداءً يترتب عليه الضمان.

ولو أمر إنسان آخر بإتلاف منزل الأمر أو متاعه ففعل المأمور فلا ضمان عليه؛ لأن الأمر قد رضي بالضرر.

ومن ذلك لو عمل شخص عملاً وكان هذا العمل بإذن من ولي الأمر أو من ينوب عنه في نطاق اختصاصه، كما لو هدم عامل جداراً لإزالة خطره عن المارة وكان ذلك بإذن الجهة المختصة النائبة عن ولي الأمر فترتب عليه أضرار مالية جاءت عرضاً فإنه لا ضمان على العامل.

وكما لو عمل مشروع فترتب على إقامته ضرر مالي بشخص فإنه لا ضمان على المنفذ ما لم يتعد؛ لأن ذلك قد وقع بإذن ولي الأمر أو نائبه فيما هو من اختصاصه، وقد يكون الإذن صريحاً كما بينا وقد يكون غير صريح وإنما دل عليه العرف أو العادة أو الضرورة. ومثال ذلك جواز الشراء من مال المريض ما يحتاج إليه من طعام ودواء بغير إذنه إذا كان لا يمكن استئذانه لمرضه، ولو أودع صاحب المال ماله عند صبي أو أقرضه إياه فاتفقه فلا ضمان على الصبي؛ لأن المالك هو الذي سلطه عليه.

المبحث الثالث

في انعدام الفائدة من التضمين

لقد رتب الشرع الإسلامي الضمان على المتلف أو واضع اليد بقصد تعويض صاحب الحق لما فقده، وكذلك زجر المتلف عن الاعتداء والإتلاف.

لكن قد يكون إيجاب الضمان على المتلف عديم الفائدة وذلك في الأمور التالية:

١ - استيلاء المسلمين على أموال الحربيين فإنهم لا يضمنونها لعدم الفائدة، بل إن الإسلام أباح الاستيلاء عليها وامتلاكها واعتبرها غنائم للمجاهدين لأن أموالهم غير محترمة.

٢ - استيلاء المسلمين على أموال البغاة أو البغاة على مال المسلمين لا ضمان فيه على أي منهم لعدم الفائدة في التضمين، إذ لو وجب الضمان على المسلمين لم يجز أن يعطي للبغاة المحاربين ولا محل لإيجاب الضمان على البغاة، لعدم الولاية عليهم، ولأن مصير أموالهم قبل التسلط عليهم إلى المسلمين. (١٩٨)

ولقد ذكر العزبن عبد السلام. (١٩٩) أنواع الإتلاف المشروع.

(١٩٨) الضمان في الفقه الإسلامي، للشيخ علي الحفيف ١/ ٢٢٧ - ٢٣٦، ونظرية الضمان، د/ وهبة

الزحيلي ص ٥٧، ٢١٢ دار الفكر بدمشق ١٤٠٢هـ.

(١٩٩) قواعد الأحكام، للعزبن عبد السلام ٢/ ٧٤.

ويحسن بنا أن نستعرضها قال: الإِتلاف أنواع:

أحدها: إِتلاف لإصلاح الأجساد وحفظ الأرواح، كإِتلاف الأطعمة والأشربة والأودية وذبح الحيوان المباح حفظاً للأنفس البشرية، ويلحق به قطع الأعضاء المتأكلة حفظاً للنفس وإفساد هذه الأشياء جائز للإصلاح.

الثاني: إِتلاف الدفع وهو أنواع:

١ - القتل والقطع والجرح لدفع ضرر الصيال على الأرواح والأبضاع والأموال، أي الدفاع عن النفس والعرض والمال.

٢ - قتل الحيوانات المؤذية كالحية والعقرب والسباع والضباع وهذا واجب عند الإمكان.

٣ - قتل الأعداء دفعاً لمفسدة الإضرار والاعتداء على المسلمين.

٤ - قتل البغاة دفعاً لبغيهم وخروجهم عن طاعة الحاكم الواحد للجماعة.

٥ - إِتلاف لدفع المعصية كقتال الظلمة دفعاً لظلمهم وعصيانهم أو تخريب ديارهم وقطع أشجارهم وقتل دوابهم إذا لم يكن دفعهم إلا بذلك.

٦ - إِتلاف ما يعصى الله به كالملاهي والأوثان ونحوهما من وسائل الشرك.

٧ - إِتلاف الزجر، أي العقوبات الشرعية كرمي الزناة أي رجمهم

بالحجارة، والقصاص من الجناة، وقطع أيدي السراق والمحاربين زجرًا
عن السرقة والمحاربة والجنابة وصوناً لهم. (٢٠٠). اهـ

وكل هذه الإتلافات لا ضمان فيها؛ لأنها جائزة شرعاً، والجواز
الشرعي ينافي الضمان ويمنعه.

وقد ذكر ابن رجب في كتابه القواعد أنواع الأيدي المستولية على مال
الغير بغير إذنه، وما يثبت فيها الضمان وما لا يثبت، ونرى أن نذكرها قال:
«الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة»:

- ١ - يد يثبت باستيلائها الملك وينتفي الضمان.
- ٢ - يد لا يثبت لها الملك وينتفي عنها الضمان.
- ٣ - يد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان.

أما الأولى فيدخل فيها صور منها:

أ - استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب.

ب - استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين، لأنهم يملكون علينا
بالاستيلاء، وهو المشهور عند الأصحاب وينتفي الضمان عنهم فيما
لم يملكوه أيضاً مما تثبت عليه الأيدي كأم الولد وما لم يحوزوه إلى
دارهم وما شرد إليهم من دواب المسلمين وأرقائهم على قولنا أنهم لا
يملكون ذلك أيضاً.

ج - استيلاء الأب على مال الابن، فإن كان الاستيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان، وإن كان غير وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلّفه على أصح الوجهين.

وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور:

أ - من له ولاية شرعية بالقبض.

ب - من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمّنه.

ج - الطائفة الممتنعة عن حكم الإمام كالبغاة لا يضمّن الإمام وطائفته ما أتلّفوه عليهم حال الحرب، وفي تضمينهم ما أتلّفوه على الإمام في تلك الحالة روايتان أصحهما نفي الضمان إلحاقاً لهم بأهل الحرب. وأما أهل الردة إذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم منعة ففي تضمينهم روايتان. واختار أبو بكر عدم التضمين إلحاقاً لهم بأهل دار الحرب.

وأما اليد الثالثة فهي اليد العادية التي يترتب عليها الضمان. (٢٠١)