



منشورات جامعة دمشق
كلية الشريعة



فقه المعاملات

الدكتور
مصطفى سعيد الخن



الدكتور
مصطفى سعيد الخن
كلية الشريعة . . جامعة دمشق

فقه المعاملات

السنة الرابعة في كلية الشريعة

حقوق الطبع والترجمة والنشر محفوظة لمديرية الكتب والمطبوعات

جامعة دمشق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، القائل في محكم كتابه المبين « فلولاً نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين » .

والصلاة والسلام على سيدنا محمد الأمين ، القائل : « من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين ، وعلى آله وصحبه المهديين .

وبعد فإذا كانت علوم القرآن الكريم وعلوم الحديث الشريف في أوج العاوم الشرعية ، لأنه - كما يقولون - شرف المتعلق بشرف المتعلق ، إن يكن ذلك كذلك فإن علم الفقه لا يقل عنهما شأناً ، لأنه منهما يستمد وعليهما يعتمد وبهما يستدل .

هذا بالاضافة إلى أن علم الفقه بمفهومه الواسع - وكما كان يفهمه علماء السلف رضي الله عنهم - كان يمدّ ظله حتى يشمل العقيدة ومعرفة النفس ماله وما عليها .

ومنذ أن عينت مدرساً في كلية الشريعة من جامعة دمشق عهد إليّ بتدريس مادة الفقه الإسلامي في السنة الرابعة منها . ولقد فوجئت بأن منهاجاً جديداً يدرس لأول مرة في هذه السنة ، ولم يكن هناك مؤلف جامعي يستوفي بحوث هذه السنة ، وإنما كان هناك في هذه المادة مؤلفات جامعية فيها بعض بحوث من هذا المنهاج ، فعقدت العزم على أن أضع كتاباً في فقه المعاملات - وهو منهاج هذه السنة - مستوفياً البحوث المقررة في هذه السنة ، على شكل يتناسب ومستوى الطلاب في هذه المرحلة من الدراسة ، مستعيناً بالله على أداء هذا الغرض ، ومتبرئاً من حولي وقوتي إلى حوله سبحانه وقوته ، فهو سبحانه خير معين .

ومفردات منهاج هذا العام هي ما يلي :

- | | |
|-------------|-------------|
| ١ - الرهن | ٥ - الوكالة |
| ٢ - الصلح | ٦ - الشفعة |
| ٣ - الكفالة | ٧ - العارية |
| ٤ - الشركات | ٨ - الوديعة |

ولقد سلكت في تأليف هذا الكتاب النحو التالي :

أولاً : أن أعرض المسائل الفقهية في زمر ، كل زمرة معنون لها بعنوان مناسب لها .

ثانياً : لم ألزم أن أعرض في كل مسألة الآراء الفقهية جميعها : بل اكتفيت بسرد بعض المذاهب . وغالباً ما يكون المذهب الشافعي والمذهب الحنفي

ثالثاً : التزمت غالباً أن أذكر دليل المذهب ووجهة نظره في هذه المسألة .

رابعاً : لم ألزم أن أذكر جميع الأدلة التي استدل بها أهل المذهب ، بل اكتفيت في بعض المسائل بذكر معظم الأدلة .

خامساً : لقد كنت أتعمد ذكر نصوص من الكتب القديمة ، آتى بها دليلاً على ما ذكرته ، والغرض من ذلك أن يعتاد الطالب في هذه المرحلة على تفهم المسائل من خلال نصوص المؤلفين القدامى . وأن يتعرف هذا الطالب على أمهات الكتب الفقهية : التي تعد المصادر الوثيقة في نقل فقه الأئمة المجتهدين ، وأن يحسن الاستفادة منها .

سادساً : لقد اعتمدت في نقل المذهب كتب المذهب نفسه . إذ كثيراً ما نرى أن كتب بعض المذاهب تنقل عن المذهب الآخر أقوالاً غير موجودة فيه . أو أقوالاً ليست هي الأقوال الصحيحة المفتى بها في هذا المذهب .

سابعاً : لم أشأ أن أناقش الآراء الفقهية وأرجح ما أراه مناسباً . بل اكتفيت بسرد الآراء والأقوال وأدلتها . لأنني أعتقد أن مناقشة الآراء وترجيح بعضها على بعض ليس من مهمة هذه المادة المعنون لها « بفقه المعاملات » بل هو من مهمة مادة أخرى هي مادة « الفقه المقارن » وهي مادة تدرس في هذه السنة نفسها . ولكل مادة اتجاه . ولكل مادة هدف وسبيل .

على أننا لو سلكتنا سبيل المناقشة والرجيح لضاق الزمن عن استغراق البحوث المقررة لهذه السنة ، إذ مامن مسألة تعرض على الأغلب إلا وفيها أكثر من وجهة نظر ، والله أرجو أن يجعل من هذا الكتاب كتاباً ينتفع به من يقرأ فيه ، وأن يجعل عملي فيه خالصاً لوجهه الكريم ، وأن يسدد خطانا لما فيه الخير والصواب .

ولا أدعي أنني بلغت الغاية فيما عملت ، إذ مامن عمل يقوم به إنسان ثم يعود إليه إلا ويرى أنه بالإمكان أن يصنع أفضل منه ، فيعود عليه بالتنسيق والتنظيم والتفصيل والتبيين والزيادة والحذف .

وقديماً قال العماد الأصفهاني : « إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن ، ولو زيد كذا لكان يستحسن ، ولو قدّم هذا لكان أفضل . ولو ترك هذا لكان أجمل ، وهذا من أعظم العبر ، وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر » .

اللهم علمنا ما ينفعنا وانفعنا بما علمتنا وزدنا علماً ، وتوفنا مسلمين ، إنك جواد كريم ، واهدنا سواء السبيل .

د. مصطفى سعيد الخن

الباب الأول

الرهن

الفصول التالية :

- الفصل الأول : في مقدمة تناول تعريف الرهن ومشروعيته ودليلها وحكمتها وحكم الرهن .
- الفصل الثاني : في أركان الرهن .
- الفصل الثالث : في قبض الرهن وكيفية القبض .
- الفصل الرابع : في أحكام الرهن الصحيح .
- الفصل الخامس: في أحكام الرهن الفاسد .
- الفصل السادس: في أحكام أخرى تتعلق بالرهن .

الفصل الأول

مقدمة : وتتناول الأمور التالية :

تعريف الرهن - مشروعيته ودليها وحكمتها - حكمه .

المطلب الأول : في تعريف الرهن :

للرهن في اللغة معان متعددة فمن معانيه اللغوية :

١ - الحبس : وهو أشهر معانيه ، قال في المصباح المنير : « ورهنته المتاع بالدين رهنا حبسته به فهو مرهون » . وفي القاموس : « الرهن كل ما وضع عندك لينوب مناب ما أخذ منك » ومن معنى الحبس قوله تعالى : « كل نفس بما كسبت رهينة » وقوله : « كل امرئ بما كسب رهين » . قال في لسان العرب : « كل نفس بما كسبت رهينة . وكل امرئ بما كسب رهين ، أي محتبس بعمله ، ورهينة محبوسة بكسبها » .

والرهن مأخوذ من رهن الثلاثي ، وهل يقال أرهنته ؟ ذهب جميع من أهل اللغة إلى أنه لا يقال : أرهنته ، بل رهنته ، وأجازوه بعضهم واحتج بقول عبد الله بن همام السلولي :

فلما خشيت أظافيرهم نجوت وأرهنتهم مالكا

٢ - الثبوت والدوام : ومنه ما راهن ونعمة راهنة ، قال في القاموس :

« ورهن ثبت ودوام وأدام كآرهن » وفي غنثار الصحاح : « أرهنت لهم الطعام والشراب أدمته لهم ، وهو طعام راهن » .

وأما معنى الرهن في الاصطلاح الشرعي فإنه يطلق ويراد به أحد معنيين . أولهما : العين المرهونة ، ومنه قوله تعالى : « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة » ورهان هنا جمع رهن ، قال في غنثار الصحاح : « الرهن معروف وجمعه رهان » .

ثانيهما : العقد ، وهذا المعنى هو المقصود في اصطلاح الفقهاء عند الإطلاق

والرهن بمعنى العقد عرفه الفقهاء بتعاريف متعددة تنبع من اختلافهم في حقيقة الرهن .
واليك بعض هذه التعاريف :

تعريف الشافعية : عرفه الشافعية بأنه : « جعل عين متمولة وثيقة بدين يستوفى
منها عند تعذر وفائه (١) » .

تعريف الحنفية : وعرف الحنفية الرهن بأنه : « جعل الشيء محبوساً بحق يمكن
استيفاؤه من الرهن كالديون (٢) » .

تعريف الحنابلة : وعرفه الحنابلة بأنه : « المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى
من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه (٣) » وهذا التعريف قريب من تعريف الشافعية .
تعريف المالكية : وعرفه المالكية بأنه : « ما قبض توثاقه في دين » واعترض على
هذا التعريف بأن الرهن لا يشترط قبضه (٤) ، فيرجع تعريفهم إلى قريب من تعريف الشافعية .

المطلب الثاني : في مشروعية الرهن ودليها وحكمها وحكم الرهن :

١ - مشروعية الرهن ودليها : الرهن مشروع في الإسلام لحاجة الناس إليه ،
ولقد ثبتت مشروعيته بالكتاب والسنة والإجماع .

أ - أما الكتاب فقوله تعالى : « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان
مقبوضة » دلّت هذه الآية على مشروعية الرهن ، ولكنها قيدت ذلك بقيدتين :
أحدهما : كونه في السفر .

وثانيهما : أنه عند عدم وجود كاتب يكتب الدين .

ولكن الفقهاء قد اتفقوا على أن الرهن مشروع سواء أكان في سفر أم لم يكن
سفر ، وجد كاتب أم لم يوجد ، عملاً بما ورد في السنة ، وخرجوا القيدتين في الآية
على أنهما قد خرجا مخرج الغالب ، كقوله تعالى : « وربائبكم التي في حجوركم »
فالربائب محرمات سواء كن في الحجور أم لم يكن .

على أن مجاهداً قد خالف الجمهور فلم يجوز الرهن إلا في السفر . وإلى ذلك ذهب
داود وأهل الظاهر (٥) .

-
- (١) الشرقاوي علي التحرير : ١٢٢/٢ وانظر نهاية المحتاج للرمل : ٢٢٩/٤ .
(٢) شرح الهداية : ١٨٩/٨ . (٣) المغني لابن قدامة : ٢٩١/٤ .
(٤) الدسوقي علي خليل : ٢٣٢/٣ . (٥) انظر فتح الباري : ٨٤/٥ .

ولقد ناقش ابن قدامة هذا الرأي وردّه .

قال في المغني : « ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم « اشترى من يهودي طعاماً ورهنه درعه » وكانا بالمدينة . ولأنها وثيقة تجوز في السفر فجازت في الحضر ، كالضمان . فأما ذكر السفر فإنه خرج مخرج الغالب ، لكون الكاتب يعدم في السفر غالباً ، ولهذا لم يشترط عدم الكاتب وهو مذكور معه أيضاً (١) » .

قال الإمام الفخر الرازي في تفسيره : « اتفقت الفقهاء اليوم على أن الرهن في السفر والحضر سواء ، وفي حال وجود الكاتب وعدمه ، وكان مجاهد يذهب إلى أن الرهن لا يجوز إلا في السفر ، أخذاً بظاهر الآية ، ولا يعمل بقوله اليوم ، وإنما تقيدت الآية بذكر السفر على سبيل الغالب كقوله : « فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة إن خفتم » وليس الخوف من شرط جواز القصر (٢) » .

ولقد عنون البخاري لذلك في صحيحه ، حيث قال : « كتاب في الرهن في الحضر » .

ب - وأما السنة فأحاديث كثيرة منها :

مارواه البخاري عن أنس رضي الله عنه قال : « ولقد رهن رسول الله صلى الله عليه وسلم درعه بشعير »

وما رواه البخاري أيضاً عن عائشة رضي الله عنها : « أن النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه (٣) » .

وفي البخاري أيضاً عن عائشة رضي الله عنها قالت : « توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ودرعه مرهونة عند يهودي بثلاثين صاعاً من شعير (٤) » .

ج - وأما الإجماع فقد أجمع المسلمون على جواز الرهن في الجملة (٥) ،

٢ - وأما الحكمة من تشريع الرهن : فهي أن الإسلام دين التعاون ، وكثير من

(١) المغني : ٢٩٢/٤ .

(٢) تفسير مفاتيح الغيب للرازي : ٣٩٠/٢ .

(٣) هذا الحديث وما قبله رواهما في كتاب الرهن .

(٤) - رواه البخاري في كتاب الجهاد - الباب التاسع والثمانين - .

(٥) المغني لابن قدامة : ٢٩٢/٤ .

الناس من يرغب في مساعدة الآخرين والتنفيس عن كرتهم ، إلا أنه ليس عنده من الوثوق بمن يساعده ما يشجعه على دفع ماله له أو التعامل معه دون أن يحصل على وثيقة يضمن بها حقه وتطمئنه على ماله ، فشرع الإسلام الرهن تيسيراً للمعاملات وسداً للمحاجات ، وتوثيقاً لأصحاب الحقوق حتى يستوفوها من الرهن حينما يعجز أصحاب الرهن عن الوفاء أو يتقاعسون عنه .

هذا بالإضافة إلى أن الدائن حينما يأخذ الرهن يصبح في مأمن من هلاك دينه ، ويجده من قبل الراهن المدين ، أو إفلاسه ، فيستوفي حقه من العين المرهونة ، ولا يصير أسوة الغرماء فيما إذا كثر الدائنون ، لأن الرهن يجعل له الأحقية على غيره في الاستيفاء .

٣ - حكم الرهن :

اتفق الفقهاء على أن الرهن من الأمور الجائزة وأنه ليس بواجب ، وذلك لأنه وثيقة بالدين فلم يكن واجباً كما لا تجب الكفالة ، ولأن الرهن بدل عن الكتابة ، فكما أن الكتابة لا تجب فكذلك بدلها ، والأمر في قوله سبحانه : « فرهان مقبوضة » هو أمر إرشاد ، وليس بأمر وجوب .

قال ابن قدامة : « والرهن غير واجب ، لانعلم فيه مخالفاً ، لأنه وثيقة بالدين ، فلم يجب كالضمان والكتابة ، وقول الله تعالى : « فرهان مقبوضة » أمر إرشاد لنا لا إيجاب علينا . بدليل قول الله تعالى : « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي ائتمن أمانته » ولأنه أمر به عند إعواز الكتابة ، والكتابة غير واجبة فكذلك بدلها (١) .



(١) المغني : ٤ / ٢٩٢ .

الفصل الثاني

أركان عقد الرهن

مقدمة :

يذهب الشافعية إلى أن أركان عقد الرهن أربعة : عاقد - وصيغة - مرهون - ومرهون به .

وذهب الحنفية - كما دلتهم في كثير من العقود - إلى أن ركن عقد الرهن الصيغة فقط ، وما تبقى من الأركان فإنما هو شرائط لهذا الركن .

قال في بدائع الصنائع عند الكلام على الرهن : « الكلام في هذا الكتاب يقع في مواضع : في بيان ركن عقد الرهن ، وفي بيان شرائط الركن . وفي بيان حكم الرهن ، وفي بيان ما يخرج به الرهن عن كونه مرهوناً ، وما يبطل به الركن وما لا يبطل ، وفي بيان حكم اختلاف الراهن والمرتهن والعدل : أما ركن عقد الرهن فهو الإيجاب والقبول (١) » وستناول فيما يلي شروط كل ركن من هذه الأركان الأربعة :

المطلب الأول : في العاقد :

لركن الأول : العاقد . وهما الراهن والمرتهن ، ويشترط في كل منهما ما يلي :
أولاً : أن يكون مكلفاً وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً ، فلا يصح الرهن والتزامه من صبي غير بالغ ولو كان مميزاً عاقلاً . كما لا يصح ذلك من مجنون (٢) .

(١) بدائع الصنائع .

(٢) انظر مغني المحتاج : ١٢٢/٢ .

وذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط البلوغ في عقد الرهن ، بل يكفي بأن يكون عاقلًا مأذونًا قال في بدائع الصنائع : « وأما الذي يرجع إلى الراهن والمرتهن فعقلهما حتى لا يجوز الرهن والارتهان من المجنون والصبي الذي لا يعقل ، فأما البلوغ فليس بشرط وكذا الحرية ، حتى يجوز من الصبي المأذون والعبد المأذون ، لأن ذلك من توابع التجارة فيملكه من يملك التجارة (١) » .

وهذه المسألة راجعة إلى مسألة خلافية هي : هل الصبي العاقل أهل للتصرف أولاً ؟ يذهب الشافعية إلى أن غير البالغ ليس أهلاً للتصرف ، فلا يصححون أي عقد من عقودهم .

ويذهب الحنفية إلى أن الصبي العاقل له أهلية ، ولكنها أهلية ناقصة تنجر بإذن الولي ، ولذلك يصححون كثيراً من عقودهم ، ومكان البحث في هذه المسألة وترجيح أحد الرأيين هو علم أصول الفقه .

ثانياً : أن يكون مختاراً : فلا يصح الرهن والارتهان من المكره ، لأن عقد المكره غير صحيح (٢) .

ثالثاً : أن يكون من أهل التبرع : فلا يصح أن يرهن الولي مال من هو ولي عليه ، من صبي أو مجنون أو سفيه ، ولا يصح أن يرهن لهم ، لأنه ليس أهلاً للتبرع من أموالهم .

أما المنع من الرهن لهم فلائنه يمنع من التصرف في المرهون ، فهو حبس لما لهم من غير عوض ، وأما الارتهان ، فلأن الولي في حال الاختيار ، لا يبيع إلا بحال مقبوض قبل التسليم فلا ارتهان (٣) .

غير أن الفقهاء قد استثنوا من أهلية التبرع حالتين يصح فيهما للولي أن يرهن وأن يرهن :

الحالة الأولى : أن يكون الرهن والارتهان للضرورة ، وذلك كأن يرهن على

(١) البدائع : ١٣٥/٦ .

(٢) حاشية الشرقاوي على التحرير : ١٢٢/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ١٢٢/٢ .

ما يقترض لحاجة المؤنة والنفقة ، ليوفي من غلة منتظرة أو دين لهم يحل أجله ، أو من متاع كاسد يرحى نفاقه .

وكان يرهن على ما يقرضه أو يبيعه مؤجلاً لضرورة خوف نهب أو نحوه .
الحالة الثانية : أن يكون في الرهن والارتهان غبطة ظاهرة ، وذلك كأن يرهن ما يساوي مائة على ما اشتراه بمائة نسيئة وهو يساوي مائتين مثلاً .

وكان يرهن على ثمن ما يبيعه نسيئة بمائتين ، وهو يساوي أقل من ذلك .
هذا ويشترط في حال الرهن أن يكون الرهن عند أمين موسر ، وأن يشهد بذلك ، وأن يكون الأجل قصيراً عرفاً ، فإن فقد شرط من ذلك لم يصح الرهن (١) .

المطلب الثاني : في الصيغة :

الركن الثاني : الصيغة ، وهي الإيجاب والقبول ، كأن يقول الراهن :
رهنك داري هذه بمالك علي من الدين ، أو خذ هذا الكتاب رهناً بمالك علي من الدين ، فيقول المرتهن قبلت .
ولا يشترط في الصيغة أن تكون بهذه الألفاظ ، بل يقوم مقامها كل لفظ يدل عليها .

والأصل في اشتراط الصيغة في الرهن أنه عقد مالي فافتقر إلى الإيجاب والقبول ، لأنهما علامة الرضا كالبيع .

وهل ينعقد الرهن بالمعاطاة ؟ الأصح عند الشافعية أنه لا ينعقد الرهن بالمعاطاة .
وصورة المعاطاة كما ذكره المتولي أن يقول الراهن : أقرضني عشرة لأعطيك ثوباً هذا رهناً ، فيعطيه العشرة ويقبضه الثوب (٢) .

وذهب بعض الحنفية إلى أن الركن الإيجاب فقط ، لأن الرهن عقد تبرع كالهبة وغيرها من التبرعات فلا يلزم فيه القبول . بل القبول شرط لتتمام العقد .

(١) حاشية الشرقاوي : ١٢٣/٢ . ومعني المحتاج : ١٢٢/٢ .

(٢) معني المحتاج : ١٢١/٢ .

كما إن بعضهم أجاز الرهن بالتعاطي ، قال في رد المختار : « ونقل القهستاني عن الكرماني أنه يجوز بطريق التعاطي (١) » .

والصحيح هو ماذهب إليه الجمهور من أنه لا بد في الرهن من إيجاب وقبول بلفظ يدل على الرهن والارتهان .

هذا ولا بد من البيان هنا أن إشارة الأخرس و كتابته قائمة مقام النطق للضرورة . لأن ذلك يدل على ما في فؤاده كما يدل عليه النطق من الناطق (٢) .

المطلب الثالث : في المرهون :

الركن الثالث : المرهون ، وقد اشترط الفقهاء في الشيء الذي يصح أن يكون رهناً شروطاً منها :

أولاً : أن يكون عيناً : فلا يصح رهن المنفعة ، كأن يرهن سكنى دار ، لأن المنفعة تتلف بمرور الزمن ، فلا يحصل بها استيثاق ، ولا يصح أيضاً رهن الدين لأنه غير قادر على تسليمه .

ثانياً : أن يكون قابلاً للبيع ، وذلك بأن يكون موجوداً وقت العقد ، وأن يكون مالاً متقوماً قد وقع عليه التملك مقدوراً على تسليمه .

وعلى هذا فلا يجوز رهن ماليس بموجود عند العقد ، كما إذا رهن مايثمر نخيله العام . أو مانلد أغنامه السنة ونحو ذلك .

ولا يصح أيضاً رهن الميتة والدم والخنزير والخمر لانعدام ماليته ، ومن الميتة صيد الحرم والإحرام . فإمهما ليسا بمال بالنسبة إلى الصائدين .

وأجاز الحنفية رهن الخمر والخنزير وارتهاهما فيما بين أهل الذمة ، لأن ذلك مان بالنسبة لهم ، وأما في حق المسلم رهنها أو مرهنا فلا يصح (٣) .

ولا يصح أيضاً رهن مالم يقع عليه التملك كالحطب والحشيش والصيد من المباحات ، كما لا يصح رهن الطير بالهواء ، والأموال الغارقة في البحر لأنه غير مقدور على تسليمها .

(١) حاشية ابن عابدين : ٤٧٨/٦ . (٢) مغني المحتاج : ٧/٢ .

(٣) انظر البدائع : ١٣٥/٦ .

ولا يشترط في العين المرهونة أن تكون مملوكة للراهن ، بل يصح أن يرهن عيناً مملوكة للغير إذا أذن المالك له برهنها (١) .

ثالثاً : أن يكون مفرغاً : بمعنى أن لا يكون مشغولاً بماليس بمرهون مما يملكه الراهن ، فإن رهنه داراً فيها متاعه لم يصح ، والعبرة بالتفريغ وقت القبض لا وقت العقد ، لأن المانع هو الشغل .

فلو كان الأمر على العكس بأن كان الرهن شاغلاً ملك الراهن ، بأن رهنه المتاع الذي في الدار فإنه يصح (٢) .

وهذا الشرط إنما اشترطه الحنفية ، كما إنهم قد اشترطوا الشرطين التاليين رابعاً : أن يكون محوزاً : أي مجموعاً لامتزاقاً ، فلا يصح رهن الثمر على الشجر .

خامساً : أن يكون مميزاً : أي لا يكون مشاعاً كنصف دار على الشيوع ، أو نصف سيارة أو ما أشبه ذلك .

ولم يشترط جمهور الفقهاء التميز ، بل أجازوا رهن المشاع ، كما ستحدث عن ذلك فيما يأتي إن شاء الله تعالى .

وإنما الذي دفع الحنفية إلى اشتراط الحيابة والتفريغ والتمييز ، هو أن القبض لازم في ثبوت عقد الرهن ، وذلك يقتضي أن يكون الرهن على ما ذكر وأمن الشروط . وستحدث عن القبض إن شاء الله في بحث مستقل .

المطلب الرابع : في المرهون به :

الركن الرابع : المرهون به ، وهو الدين الذي يكون في مقابلة الرهن ، وقد اشترط فقهاء الشافعية في المرهون به شروطاً هي :

أولاً : أن يكون ديناً مهما كان سببه ، سواء أكان بيعاً أم قرضاً أم إتلافاً ،

(١) المصدر السابق : ١٣٥/٦

(٢) المصدر السابق : ١٤٠/٦ .

فلا يصح الرهن بالعين مضمونه كانت كالمغضوب ، أو أمانة كالوديعة والعارية ، لأن الله سبحانه ذكر الرهن في المداينة فلا يثبت في غيرها ، ولأنها لا تستوفي من ثمن المرهون ، وذلك مخالف لغرض الرهن عند البيع . .

قال الخطيب الشربيني : « ومن هنا يؤخذ بطلان ماجرت به عادة بعض الناس من كونه يقف كتاباً ، ويشترط أن لا يعار ، أو لا يخرج من مكان يحبس فيه إلا برهن (١) » .

أما الحنفية فقد قسموا العين إلى ثلاثة أقسام :

الأول : عين غير مضمونة أصلاً ، وهي كالوديعة والعارية ومال الشركة والمضاربة ، فهذه لا يجوز الرهن بها بالاتفاق ،

الثاني : عين مضمونة بغيرها ، وتلك كالمبيع في يد البائع فإنه مضمون بغيره وهو الثمن لأنفسه ، فلو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن عن المشتري ، وهذا أيضاً لا يصح الرهن به .

الثالث : عين مضمونة بنفسها ، وهي التي يجب مثلها عند الهلاك ، ان كان لها مثل ، أو قيمتها إن لم يكن لها مثل ، وهذه كالمغضوب في يد الغاصب ، والمقبوض على سوم الشراء ، والمهر في يد الزوج ، وبدل الخلع في يد الزوجة ، وبدل الصلح عن دم العمد ، فهذه يجوز الرهن بها ، فإن كانت قائمة وجب تسليمها ، وإن هلكت وجبت قيمتها ، والقيمة دين ، فيكون الرهن بها في مقابل دين فصح (٢) .

وذهب الحنابلة إلى أنه يجوز الرهن بالعين المضمونة ، فقد جاء في مطالب أولى النهى عند تعريف الرهن شرعاً : « وشرعاً توثقة دين غير سلم ودين كتابة لعدم لزومه ، أو توثقة عين مضمونة كعارية ومقبوض على وجه سوم بعين . . . (٣) »

ثانياً : أن يكون هذا الدين ثابتاً ، فلا يصح الرهن بغير الدين الثابت ، كنفقة زوجة عن يوم غد ، وعملاً سيقترضه ، لأن الرهن وثيقة بحق ، فلا تقدم عليه كالشهادة . وهذا مذهب إليه الشافعية والحنابلة .

(١) مغني المحتاج : ١٢٦/٢ . (٢) انظر حاشية ابن عابدين : ٤٩٤/٦ .

(٣) مطالب أولى النهى : ٢٤٨/٣ .

قال الشافعي في الأم : « فأذن الله جل ثناؤه بالرهن في الدين ، والدين حق لازم ، فكل حق مما يملك أو لازم بوجه من الوجوه جاز الرهن فيه ، ولا يجوز الرهن فيما لا يلزم ، فلو ادعى رجل على رجل حقاً فأنكره وصالحه ورهنه به رهناً كان الرهن مفسوخاً لأنه لا يلزم الصلح على الإنكار ، ولو قال أرهنك داري على شيء إذا دايتني به أو بايعتني ، ثم دابته أو بايعه لم يكن رهناً ، لأن الرهن كان ولم يكن للمرتن حق ، وأذن الله عز وجل به فيما كان للمرتن من الحق ، دلالة على أنه لا يجوز إلا بعد لزوم الحق أو معه ، فأما قبله فإذا لم يكن حق فلا رهن (١) . »

أما الحنفية فقد أجازوا الرهن « بالدين الموعود » كأن يقول الراهن : رهنتك هذه الدار لتقرضني ألف دينار مثلاً ، فهذا رهن بدين على وشك الثبوت ، وقد أجاز ذلك الحنفية نظراً للحاجة (٢) .

قال ابن قدامة في مغنيه : « ولا يخلوا الرهن من ثلاثة أحوال :

أحدها : أن يقع بعد الحق فيصح بالإجماع ، لأنه دين ثابت تدعو الحاجة إلى أخذ الوثيقة به ، فجاز أخذها به كالضمان ، ولأن الله تعالى قال : « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتاباً فرهان مقبوضة » فجعله بدلاً عن الكتابة ، فيكون في محلها . ومحلها بعد وجوب الحق ، وفي الآية ما يدل على ذلك ، وهو قوله « إذا تدايتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » فجعله جزاء للمداينة مذكوراً بعدها بقاء التعقيب .

الحال الثاني : أن يقع الرهن مع العقد الموجب الدين ، فيقول : بعثك ثوبي هذا بعشرة إلى شهر ترهنني بها عبدك سعداً ، فيقول : قبلت ذلك ، فيصح أيضاً ، وبه قال مالك والشافعي وأصحاب الرأي ، لأن الحاجة داعية إلى ثبوته ، فإنه لو لم يعقده مع ثبوت الحق ويشترطه فيه لم يتمكن من إلزام المشتري عقده ، وكانت الخيرة إلى المشتري ، والظاهر أنه لا يبذله فتفتوت الوثيقة بالحق .

الحال الثالث : أن يرهنه قبل الحق ، فيقول : رهنتك عبدي هذا بعشرة تقرضينها ، فلا يصح في ظاهر المذهب ، وهو اختيار أبي بكر والقاضي ، وذكر

(١) الأم : ١٢٢/٣ .

(٢) انظر البدائع : ١٤٤/٦ . وحاشية ابن عابدين : ٤٩٤/٦ .

القاضي أن أحمد نص عليه في رواية ابن منصور ، وهو مذهب الشافعي ، واختار أبو الخطاب أنه يصح ، فمضى قال : رهنك ثوبي هذا بعشرة تقرضينها غداً ، وسلمه إليه ، ثم أقرضه الدراهم لزوم الرهن ، وهو مذهب مالك وأبي حنيفة ، لأنه وثيقة بحق ، فجاز عقد ها قبل وجوبه كالضمان ، أو فجاز انعقادها على شيء يحدث في المستقبل كضمان الدرك .

ولنا أنه وثيقة بحق لا يلزم قبله ، فلم تصح قبله كالشهادة ، ولأن الرهن تابع للحق فلا يسبقه كالشهادة . . . (١) »

ثالثاً : أن يكون الدين لازماً أو آيلاً إلى اللزوم : وذلك كدين القرض وضمن المبيع نسيئة والأجرة والصداق وعوض الخلع ومال الصلح وأرش الجناية ، وكضمن المبيع في زمن الخيار إذا كان الخيار للمشتري ، لأنه آيل إلى اللزوم ، والضمن فيه ملك للبائع فيصح الرهن به ، وأما إذا كان الخيار للبائع وحده فإن ملك المبيع له والضمن للمشتري فلا رهن .

وعلى هذا فلا يصح الرهن بجعل الجعالة قبل الفراغ ، لأنه لا لزوم فيها ، إذ لكل من الطرفين فسخاها متى شاء .

رابعاً : أن يكون الدين معلوماً للعاقدين قدرأ وصفة : فلا يصح الرهن بدين مجهول لهما أو لأحدهما .

المطلب الخامس : في رهن المشاع :

لقد مرّ أن الحنفية يشترطون في المرهون أن يكون مميزاً ، وعلى هذا فلا يصح عندهم رهن المشاع ، سواء أكان قابلاً للقسمة أم غير قابل لها .

والمشاع هو كل مملوك ليس بمقسوم ولا معزول . قال في لسان العرب : « يقال نصيب فلان شائع في جميع هذه الدار ، ومشاع فيها أي ليس بمقسوم ولا معزول ، قال الأزهري : إذا كان في جميع الدار فاتصل كل جزء منه بكل جزء منها (٢) » .

(١) المغني : ٢٩٢/٤ - ٢٩٣ .

(٢) لسان العرب مادة شيع .

وحجتهم في عدم جواز رهن المشاع أمران :

أحدهما : أن حكم الرهن عندهم ثبوت يدا الاستيفاء ، وثبوت يدا الاستيفاء فيما تناوله العقد — وهو المشاع — لا يتصور ، لأن اليد تثبت على معين ، والمرهون من المشاع غير معين ، فتكون اليد ثابتة على غير المرهون ، وفيه فوات حكمه (١) .

ثانيهما : أن موجب الرهن هو الحبس الدائم ، لأنه لم يشرع إلا مقبوضاً بالنص ، أو بالنظر إلى المقصود منه وهو الاستيثاق على وجه يكون الراهن عاجزاً عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين وكل ذلك يتعلق بالدوام ، ولا يفضي إليه إلا استحقاق الحبس ، ولو جاز في المشاع لفات الدوام ، لأنه لا بد من المهابة ، فيصير كما إذا قال : رهنك يوماً ويوماً لا (٢) .

وذهب جمهور الفقهاء من شافعية وحنابلة ومالكية وغيرهم إلى جواز رهن المشاع ، لأن ما جاز بيعه عندهم جاز رهنه ، وعبرة الشافعي في الأم : « لا بأس بأن يرهن الرجل نصف أرضه ونصف داره وسهماً من أسهم من ذلك مشاعاً غير مقسوم إذا كان الكل معلوماً ، وكان مارهن منه معلوماً ، ولا فرق بين ذلك وبين البيوع (٣) »

وقال ابن قدامة : « وكل عين جاز بيعها جاز رهنها ، لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن ، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها ، ولأن ما كان محلاً للبيع كان محلاً لحكمة الرهن ، ومحل الشيء محل لحكمته ، إلا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط ، فينتفي الحكم لانقضائه ، فيصبح رهن المشاع لذلك ، وبه قال ابن أبي ليلى ومالك والبيه والأوزاعي وسوار والعنبري والشافعي وأبو ثور . . . ثم قال : ولنا أنها عين يجوز بيعها في محل للمحل فيصبح رهنها كالمفرزة ، ولا نسلم أن مقصوده الحبس ، بل مقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره ، فالمشاع قابل لذلك (٤) » .

★ ★ ★

-
- (١) انظر شرح العناية على الهداية : ٢٠٤/٨ .
 - (٢) انظر الهداية مع نتائج الأفكار : ٢٠٤/٨ - ٢٠٥ .
 - (٣) الأم : ١٦٨/٣ .
 - (٤) المغنى : ٣٠١/٤ - ٣٠٢ .

الفصل الثالث

في قبض الرهن وكيفية القبض

فيما مضى تحدثنا عن أركان العقد وشروط كل ركن ، ولكن هل يلزم الرهن بمجرد وجود الأركان ولو لم يحدث قبض الرهن ، أم لابد من القبض ليكون الرهن لازماً ؟ وإذا كان لابد من القبض للزومه فكيف يكون القبض ؟ فيما يلي نتحدث عن هاتين الناحيتين :

المطلب الأول : في قبض الرهن :

ذهب الجمهور إلى أن قبض الرهن شرط للزوم عقد الرهن فما لم يحدث قبض لا يلزمه الرهن ، بل للراهن أن يرجع عن العقد ، واحتج الجمهور لما ذهبوا إليه بأدلة :

أولاً : أن قوله تعالى : « فرهان مقبوضة » مصدر مقرون بفاء الجزاء . والمصدر الذي هو كذلك دال على الأمر ، والأمر بالشيء الموصوف يقتضي أن يكون ذلك الوصف شرطاً فيه ، إذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة ، نظيره قوله تعالى في كفارة القتل : « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » أي فليحرر رقبة مؤمنة (١) .

ثانياً : أن الله تعالى قال : « فرهان مقبوضة » فلو كان الرهن لازماً بغير القبض لم يكن للتقييد به فائدة (٢) .

(١) تبين الحقائق : ٦/٦٣ .

(٢) مغني المحتاج : ٢/١٢٨ .

ثالثاً : أن الرهن عقد تبرع لما أنه لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئاً، ولهذا لا يجبر عليه ، فلا بدّ من الإمضاء بعدم الرجوع ، والإمضاء يكون بالقبض كما في الهبة والقرض والصدقة (١) .

وذهب المالكية إلى أن الرهن يلزم بمجرد العقد ولا يحق للراهن الرجوع بعد العقد ، بل يجبر على الإقباض .

وحجته في ذلك أن الرهن من العقود المالية ، فهو كالبيع والإجارة في أنه يلزم بمجرد الإيجاب والقبول .

قال في بداية المجتهد : « وعمدة مالك قياس الرهن على سائر العقود اللازمة بالقول (٢) » .

المطلب الثاني : في كيفية قبض الرهن :

الرهن إما أن يكون منقولاً وإما أن يكون غير منقول ، ويضاف إلى ذلك إذا كان الرهن مشاعاً عند من يقول بجوازه . وستحدث فيما يلي عن كل حالة من هذه الحالات .

١ - كيفية قبض الرهن المنقول :

ذهب الشافعية والحنابلة وأبو يوسف من الحنفية إلى أن المنقول قبضه نقله أو تناوله ، ولا يكتفي فيه بالتخلية بينه وبينه .

وذهب الحنفية في ظاهر الرواية إلى أن التخلية في الرهن وفي البيع قبض ، قالوا : لأن التخلية تسليم ، إذ هي عبارة عن رفع الموانع من القبض ، وهو فعل المسلم ، دون المتسلم ، والقبض فعل المتسلم ، وإنما يكتفي بالتخلية لأنه غاية ما يقدر عليه ، والقبض فعل غيره فلا يكلف به (٣) .

(١) انظر المصدرين السابقين .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ٢٧٤ / .

(٣) تبين الحقائق : ٦ / ٦٣ / .

٢ - كيفية قبض الرهن غير المنقول :

اتفق الفقهاء على أن قبض الرهن غير المنقول إنما يكون بالتخلية ، وهي عبارة عن رفع الموانع من القبض ، والرهن غير المنقول كالعقار ونحوه .
قال الشافعي في الأم : « وقبض مالا يحول من أرض ودار وغراس أن يسلم لاحائل دونه (١) » .

٣ - كيفية قبض المرهون المشاع :

إذا كان المرهون مشاعاً ، فإن كان مما ينقل تم القبض بتسليم كله ، ويشترط إذن الشريك بالنقل والقبض ، لأنه لا يحصل قبضه إلا بالنقل ، فإن أبى الشريك ولم يأذن بالنقل ، فإن رضي المرتهن بكونه في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض ، وإن تنازعا نصب الحاكم عدلاً يكون في يده لهما .
وأما إن كان مما لا ينقل كالعقار ، فإقباضه يكون بالتخلية ، ولا يشترط إذن الشريك في هذه الحالة .

قال ابن قدامة : « وإن رهنه سهماً مشاعاً مما لا ينقل خلى بينه وبينه ، سواء حضر الشريك أم لم يحضر ، وإن كان منقولاً كالجوهره يرهن نصفها ، فقبضها تناولها ، ولا يمكن تناولها إلا برضا الشريك ، فإن رضي الشريك تناولها ، وإن امتنع الشريك فرضي المرتهن والراهن بكونها في يد الشريك جاز وناب عنه في القبض ، وإن تنازع الشريك والمرتهن نصب الحاكم عدلاً تكون في يده لهما (٢) » .

★ ★ ★

(١) الأم : ٣ / ١٢٥ / ٠

(٢) المغني لابن قدامة : ٤ / ٢٩٧ فما بعدها / ٠ وانظر مغني المحتاج :
٢ / ١٢٣ / ٠

الفصل الرابع

في أحكام الرهن الصحيح

الرهن إما أن يقع صحيحاً وتعلق به أحكام ، وإما أن يقع فاسداً وتعلق به في هذه الحالة أحكام أخرى ، وفيما يلي نتحدث عن أحكام الرهن الصحيح ، ثم نتبع ذلك بأحكام الرهن الفاسد .

المطلب الأول : في أحكام الرهن الصحيح :

إذا وقع الرهن صحيحاً تعلقت به أحكام ، ويمكن تقسيم أحكام الرهن الصحيح في ثلاثة مباحث : المبحث الأول : أحكام الرهن الصحيح حال بقاء الرهن في يد المرتهن . المبحث الثاني : أحكام الرهن حال هلاكه . المبحث الثالث : حكم توابع الرهن وزوائده ونمائه أتعى مرهونة أم لا ؟

المبحث الأول : في أحكام الرهن الصحيح حال بقاء الرهن في يد المرتهن .

إذا وقع الرهن مستوفياً لشروطه وأركانها كان هذا الرهن صحيحاً وترتبت عليه آثار وأحكام كما ذكرنا ، من ذلك الآثار والأحكام التي تتعلق به حال بقائه في يد المرتهن ، وفيما يلي نذكر الأحكام التالية :

حبس الرهن - حفظ الرهن ومؤنته - يد المرتهن - الانتفاع بالرهن - التصرف في الرهن - تسليم الرهن وردّه عند فكاهه بوفاء الدين - بيع الرهن .

المسألة الأولى : في حبس الرهن :

ذهب الشافعية إلى أن استدامة القبض ليس بشرط ، وأن حبس الرهن ليس على

وجه الدوام ، بل يجوز للراهن استرداد العين المرهونة للانتفاع بها ، إن لم يمكن الانتفاع إلا بالاسترداد ، فإن أمكن الانتفاع بغير استرداد لم يسترد إلا إذا أذن له المرتهن . لكن لا ينتفع بما ينقص العين المرهونة كما سيأتي .

وحجتهم في ذلك ما رواه البخاري : « الظاهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً » . قال الإمام الشافعي في الأم : « إذا قبض الرهن مرة واحدة فقد تم الرهن وصار المرتهن أول به من غرماء الراهن ، ولم يكن للراهن إخراجه من الرهن حتى يبرأ مما في الرهن من الحق (١) » أي يبقى الرهن رهناً بالقبض الأول ، ولا يزول عنه اسم الرهن إذا استرد حتى يؤدي الحق الذي عليه .

وذهبت الحنفية إلى أن مقتضى عقد الرهن ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم ، لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق ، وذلك لا يحصل إلا بثبوت اليد عليه . وقد مر شيء من هذا في مبحث رهن المشاع .

وعلى رأيهم هذا لا يمكن للراهن من استرداد العين للانتفاع بها بوجه ما ، وهذا هو الذي يدفع الراهن إلى المبادرة إلى تسديد الدين حتى يسترد الرهن . وإلى مثل ما ذهب إليه الحنفية ذهب الحنابلة والمالكية . قال ابن قدامة : « واستدامة القبض شرط للزوم الرهن ومن أوجب استدامة القبض مالك وأبو حنيفة ، وهذا على القول الصحيح (٢) » .

المسألة الثانية : في حفظ الرهن ومؤنته :

يجب على المرتهن أن يحفظ الرهن الذي تحت يده ، لأن من كانت له اليد كان عليه الحفظ ، ولأن له مصلحة في حفظ الرهن وبقائه ، كي يستوفي حقه منه عند تعذر الاستيفاء من الرهن .

وعلى المرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه ، وهذا هو الأصل ، لما أنه العاقد الملتزم بالحفظ بمقتضى العقد .

ولكن هل يجوز له أن يحفظه بغير ذلك ؟

(٢) المغني : ٢٩٦٤ / .

(١) الأم : ٣ / ١٢٤ /

ذهب الحنفية إلى أن الرهن كالوديعة ، فكما أن الوديعة يجوز أن يحفظها بمن في عياله ، كذلك الرهن يجوز فيه ذلك .

والمراد بمن في عياله من يساكنه دون اعتبار للنفقة ، قال في البدائع : « وله أن يدفعه إلى من هو في عياله كزوجته وخادمه وأجيرته الذي يتصرف في ماله ، لأن يد هؤلاء كيده ، ألا ترى أنه يحفظ مال نفسه بيدهم ؟ فكان الهالك في أيديهم كالهالك في يده ، والأصل في هذا أن للمرتهن أن يفعل في الرهن ما يعدّ حفظاً له ، وليس له أن يفعل ما يعدّ استعمالاً له وانتفاعاً به (١) » .

وأما مؤنة الرهن فهي على الراهن عند الشافعية ، ويجبر عليها للمحافظة على حق المرتهن ، فعلى الراهن علف دابة وسقي أشجار ، وقطع ثمر ونحو ذلك . والدليل على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام في الرهن : « له غنمه وعليه غرمه » .

وأما الحنفية ففضلوا القول في مؤنة الرهن كما يلي :

١ - أن كل ما يحتاج إليه لمصلحة الرهن وتبقيته فهو على الراهن ، لأنه ملكه ، فعليه كفايته ومؤنته . وذلك كعلف الدابة وسقي البستان وأجرة الراعي وما أشبه ذلك

٢ - أن ما كان لحفظه فهو على المرتهن ، وهذا لأن الإمساك والخبس حق له ، والحفظ واجب عليه ، فيكون بدله عليه ، وذلك كأجرة الحافظ وأجرة محل الحفظ وما أشبه ذلك .

وبناء على هذا أنه لو شرط الراهن للمرتهن أن يعطيه أجرة حفظ الرهن لا يستحق شيئاً لأن الحفظ واجب عليه .

٣ - أن كل ما كان لردّ الرهن إلى يد المرتهن ، كحيوان نداء ، أو ردّ جزء منه إلى يده : كمداواة عضو جريح أو ما أشبه ذلك فهو منقسم على المضمون والأمانة ، فالمضمون على المرتهن والأمانة على الراهن ، وذلك يكون عندهم إذا كانت قيمة الرهن أكثر من قيمة الدين ، فما يقابل الدين فهو مضمون ، وما يزيد فهو أمانة ، وأما إذا كانت قيمة الرهن مماثلة للدين فهو مضمون كله ومؤنة ردّه على المرتهن وحده (٢) .

(١) بدائع الصنائع : ١٤٨/٦ .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين : ٤٨٧/٦ .

المسألة الثالثة : في يد المرتهن :

لا خلاف بين الفقهاء في أن اليد في الرهن بعد عقد الرهن عقداً صحيحاً هي يد المرتهن ، لأن العقد للاستيثاق من الدين ، فتكون اليد للمستوثق ، وهو الدائن المرتهن ، ولا يصح أن يتصرف الراهن بالرهن إلا بإذن المرتهن . لكن اختلاف الفقهاء في أن هذه اليد الثابتة على الرهن أهي يد أمانة أم يد ضمان ؟

ومعنى يد الأمانة أنه لا يضمن صاحبها إلا بالتعدي ، ومعنى يد الضمان أن صاحبها ضامن مالمحت يده سواء أتعدى في التلف أم لم يتعد .

ذهب الشافعية إلى أن يد المرتهن يد أمانة ، فلا يضمن المرتهن العين المرهونة ، ولا يسقط عن الراهن شيء بمقابلة هلاك الرهن . إلا إذا تعدى المرتهن في هلاك الرهن .

وإلى مثل ذلك ذهب الحنابلة ، قال الخراقي في مختصره : « والرهن إذا تلف بغير جناية من المرتهن رجع المرتهن بحقه عند محله ، وكانت المصيبة فيه من راهته ، وإن كان بتعدي المرتهن أو لم يحزره ضمن (١) » .

وذهب الحنفية إلى أن يد المرتهن يد ضمان ، فيضمن المرتهن عند هلاك الرهن ، ولو لم يكن منه تعدٍ ولا تقصير . قال في البدائع : « فلن هلك - أي الرهن - بنفسه يهلك مضموناً بالدين عندنا (٢) » .

وستناول هذا البحث بالتفصيل عند الحديث عن أحكام الرهن المتعلقة به عند هلاكه .

المسألة الرابعة : في الانتفاع بالرهن :

الانتفاع بالرهن على نوعين :

أحدهما : انتفاع الراهن بالرهن . ولقد مرّ بنا أن الشافعية لا يشترطون هوام الحبس في الرهن ، وعلى هذا فقد ذهب هؤلاء إلى أن الراهن يحق له الانتفاع بالرهن ، بسكنى الدار ، والاكتساب بالسيارة والدابة .

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٤ / ٣٥٤ . (٢) البدائع : ٦ / ١٥٤ .

واشترطوا أن لا ينقص الانتفاع من العين المرهونة أو يتلفها ، ودليلهم في ذلك ما رواه الشافعي والدارقطني عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يغلر الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه » .

أما الانتفاع الذي فيه ضرر على المرتهن كلبس الثوب والسفر بالرهن ، أو تأجير من يسافر به فيمنع منه الرهن ، لأن لبس الثوب يعرضه للتلف ، ولأن في السفر خطراً محتملاً ولا ضرورة له .

لكن إن أذن المرتهن فيما منع منه الرهن جاز .

ثم إن أمكن انتفاع الرهن بلا استرداد لم يسترده ، وإلا استرده وأشهد المرتهن على الاسترداد إن أتهم المرتهن الرهن ، يشهد شاهدين ، أو رجلاً وامرأتين ، لأن هذا الأمر أمر مالي . فإذا ما استوفى الانتفاع به رده إلى المرتهن (١) .

أما الخفية القائلون بدوام الحبس فقد ذهبوا إلى أنه ليس للرهن الانتفاع بالرهن مطلقاً بوجه من الوجوه ، لا لبس ولا ركوب ولا سكنى ولا غير ذلك ، بل تعطل المنافع حتى يكون الوفاء .

ولقد ناقش ابن قدامة ما ذهب إليه الخفية إذ قال : « ولنا أن مقصود الرهن الاستيفاء بالدين واستيفاءه من ثمنه عند تعذر استيفائه من ذمة الرهن ، وهذا لا ينافي الانتفاع به ولا لإجارته ولا لإعارته ، فجاز اجتماعهما كانتفاع المرتهن به ، ولأن تعطيل منافعه تضييع للمال ، وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن إضاعة المال ، ولأنه عين تعلق بها حق الوثيقة فلم يمنع إجارته ، كالعبد إذا ضمن بإذن سيده ، ولا نسلم أن مقتضى الرهن الحبس ، وإنما مقتضاه تعلق الحق به على وجه تحصل به الوثيقة ، وذلك غير مناف للانتفاع به ، ولو سلمنا أن مقتضاه الحبس ، فلا يمنع أن يكون المستأجر نائباً عنه في إمساكه وحبسه ومستوفياً لمنفعته لنفسه (٢) » .

(١) مغني المحتاج : ٢ / ١٣٢ .

(٢) المغني : ٤ / ٣٥٠ وانظر مطالب أولي النهى : ٣ / ٢٦٧ .

ثانيهما : انتفاع المرتهن بالرهن :

قد مضى أن عقد الرهن يقصد به الاستيثاق بثبوت يد الاستيفاء على العين المرهونة عند الحنفية ، وهذا يقتضي دوام الحبس للعين ، وأما عند الشافعية فمقصود الرهن الاختصاص بالبيع عند تعذر الوفاء .

فإذا كان عقد الرهن كذلك فإن هذا العقد لا يحقق امتلاك العين المرهونة ، ولا استباحة المرتهن لمنفعة من منافعها ، وأقصى ما يحققه عقد الرهن هو الاستيثاق من وفاء الدين بوضع اليد على العين .

وبناء على هذا فقد اتفق الفقهاء على الأمور التالية :

- ١ - أن عين الرهن ومنافعه ملك للراهن .
 - ٢ - أن المرتهن لا يحل له أن ينتفع بشيء من الرهن إذا لم يأذن له المالك ، إذا لم تكن العين المرهونة مركوباً أو مخلوباً .
- واختلفوا في أمرين :

الأول : هل يجوز للمرتهن أن ينتفع بالرهن إذا أذن له الراهن ؟
الثاني : هل يجوز أن ينتفع المرتهن بالرهن إذا كان مركوباً أو مخلوباً إذا كان ينفق عليه ولو لم يأذن له المالك ؟
وفيما يلي نوضح آراء الفقهاء في هذين الأمرين :

الامر الاول : انتفاع المرتهن بالرهن اذا اذن الراهن :

ذهب الشافعية إلى أنه إذا شرط في العقد أن يكون الانتفاع بالرهون للمرتهن فسد الشرط ، وكذا فسد الرهن في الأظهر ، لمخالفة الشرط مقتضى العقد ، قال النووي في المنهاج : « وإن شرط ما يضر المرتهن بطل الرهن وإن نفع المرتهن وضر الراهن كشرط منفعته للمرتهن بطل الشرط وكذا الرهن في الأظهر (١) » .

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

(١) انظر مغني المحتاج : ٢ / ١٢١ / فما بعدها . وانظر الام للشافعي : ٣ / ١٣٧ / .

وذهب الحنابلة إلى أنه إن كان الانتفاع بغير عوض ، وكان دين الرهن قرصاً لم يجوز ، لأنه يكون قرصاً يجوز منفعة وذلك حرام ، وإن كان الرهن بضمن مبيع أو أجر دار أو دين غير القرض جاز ذلك ، وروي هذا عن الحسن وابن سيرين وبه قال إسحق .
وأما إذا كان الانتفاع بعوض مثل أن استأجر المرتهن الدار من الراهن بأجرة مثلها من غير محاباة جاز في القرض وغيره ، لكونه ما انتفع بالقرض بل بالإجارة ، وإن حاباه في ذلك فحكمه حكم الانتفاع بغير عوض ، لا يجوز في القرض ويجوز في غيره (١) .

وأما الحنفية في هذه المسألة فعلى أقوال ثلاثة :

أحدها : أنه لا يحل انتفاع المرتهن بالرهن ولو أذن الراهن ، وهذا القول منقول عن عبد الله محمد بن أسلم السمرقندي ، وهو من كبار علماء سمرقند ، وعلل ذلك بأنه إذن له بالربا ، لأنه يستوفي دينه كاملاً ، فتبقى المنفعة فضلاً ، فيكون ربا .

ولقد رد ابن عابدين هذا القول بقوله : « وهذا مخالف لعامة المعتربات من أنه يحل بالإذن ، إلا أنه يحمل على الديانة ، وما في المعتربات على الحكم (٢) » .

ثانيها : أنه يجوز له الانتفاع بالرهن إذا أذن الراهن بذلك ، سواء أكان الإذن في العقد أم كان خارجه ، قال في تنوير الأبصار : « لا انتفاع به مطلقاً إلا بإذن » قال الزيلعي في تعليل ذلك : « لأن الرهن يقتضي الحبس إلى أن يستوفي دينه دون الانتفاع ، فلا يجوز له الانتفاع إلا بتسليط منه ، وإن فعل كان متعدياً ، ولا يبطل الرهن بالتعدي (٣) » .

ثالثها : أنه يمنع الانتفاع المشروط في العقد ، لأنه قرض جر منفعة فهو ربا ، فإذا لم يكن مشروطاً فلا بأس ، ولقد نقل ابن عابدين هذا القول عن جواهر الفتاوى ، ثم عقب عليه بقوله : « قلت : والغالب من أحوال الناس أنهم يريدون عند الدفع الانتفاع ، ولولاه لما أعطاه الدراهم ، وهذا بمنزلة الشرط ، لأن المعروف كالمشروط وهو مما يعين المنع (٤) » .

(١) انظر المغني لابن قدامة : ٤ / ٣٤٤ /

(٢) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٤٨٢ / .

(٣) تبیین الحقائق : ٦ / ٦٧ / .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٤٨٢ / .

الامر الثاني : اذا كان المرهون مركوباً او مخلوباً :

جمهور الفقهاء على عدم جواز الانتفاع للمرتهن بالرهن بغير إذن الراهن ولو كان مركوباً أو مخلوباً : واستدلوا على ذلك بما رواه الدارقطني والحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يغلّق الرهن من صاحبه الذي رهنه ، له غنمه وعليه غرمه (١) » . فقد خصّ ملكية الرهن وغنمه وغرمه بمالكه الراهن ، فلا يكون لغيره .

ومعنى غلق الرهن على ما ذكره الإمام مالك في موطنه : أن يرهّن الرجل الرهن عند الرجل بالشيء ، وفي الرهن فضل عما رهن به ، فيقول الراهن للمرتهن : إن جئتك بحقك إلى أجل يسميه له ، وإلا فالرهن لك بما رهن فيه (٢) »

وذهب الحنابلة إلى جواز الانتفاع بالرهن للمرتهن إذا كان ظهراً يركب ، أو حيواناً يخلب ، بمقدار ما ينفق المرتهن ولو لم يأذن الراهن .

ودليلهم في ذلك ما رواه البخاري وأبو داود والترمذي عن أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهوناً ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهوناً : وعلى الذي يركب ويشرب النفقة » .

قال ابن قدامة : « وأما مع عدم الإذن فإن الرهن ينقسم قسمين ، مخلوباً ومركوباً وغيرهما ، أما المخلوب والمركوب فللمرتهن أن ينفق عليه ويركب ويخلب بقدر نفقته متحرياً العدل في ذلك نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وأحمد بن القاسم ، واختاره الحرق ، وهو قول إسحق ، وسواء أنفق مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته أو امتناعه من الإنفاق ، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه .. (٣) » .

هذا ولقد اعتذر الجمهور القائلون بعدم انتفاع المرتهن بالمركوب والمخلوب ، اعتذروا عن العمل بالحديث مع صحته بأعذار ، وإليك ما قاله صاحب فتح الباري في ذلك : « وذهب الجمهور إلى أن المرتهن لا ينتفع من المرهون بشيء ، وتأولوا الحديث لكونه ورد على خلاف القياس من وجهين :

(١) رواية هذا الحديث ثقات . انظر سبل السلام : ٣ / ٧٧ / .

(٢) الموطأ : ٢ / ٧٢٩ / .

(٣) المغني : ٤ / ٣٤٥ / .

أحدهما : التجويز لغير المالك أن يركب ويشرب بغير إذنه .
والثاني : تضمينه ذلك بالنفقة لا بالقيمة .

قال ابن عبد البر : هذا الحديث عند جمهور الفقهاء يرده أصول مجمع عليها ، وآثار ثابتة لا يختلف في صحتها ، ويدل على نسخه حديث ابن عمر الماضي في أبواب المظالم « لا تحلب ماشية امرئ بغير إذنه » وقال الشافعي : يشبه أن يكون المراد من رهن ذات در وظهر لم يمنع الراهن من درها وظهرها ، فهي مخلوبة ومركوبة له كما كانت قبل الرهن وقد ذهب الأوزاعي والليث وأبو ثور إلى حمله على ما إذا امتنع الراهن من الإنفاق على المرهون ، فيباح حينئذ للمرتهن الإنفاق على الحيوان حفظاً لحياته ، ولإبقاء المالية فيه ، وجعل له في مقابلة نفقته الانتفاع بالركوب أو بشرب اللبن ، بشرط أن لا يزيد قدر ذلك أو قيمته على قدر علفه (١) .

المسألة الخامسة : في التصرف في الرهن :

المراد بالتصرف كل عمل ينشئ التزاماً وينتج أثراً فرعياً ، وذلك كالهبة والبيع والوقف والعق وما أشبه ذلك .

وهذا التصرف إما أن يكون من قبل الراهن وحده من غير إذن من المرتهن ، وإما أن يكون من قبل المرتهن وحده من غير إذن من الراهن ، وإما أن يكون من قبل الراهن مع إذن المرتهن ، وإما أن يكون من المرتهن مع إذن الراهن ، وستتحدث عن كل واحد من هذه الأمور على حدة .

أولاً : تصرف الراهن بغير إذن المرتهن :

ذهب الشافعية إلى أنه ليس للراهن في هذه الحال تصرف يزيل الملك كالهبة والبيع والوقف ، فإن تصرف الراهن بطل هذا التصرف ولم يترتب عليه أي أثر شرعي . وإنما لم يجزوا تصرفات الراهن ، لأنه وثيقة بيد المرتهن ، فلو أجزنا ذلك لفاتت الوثيقة .

(١) فتح الباري : ٨٧/٥ فما بعدها / .

ولكنهم أجازوا العتق في أظهر الأقوال عندهم ، فأنفذوه إذا وقع من الموسر ، وذلك لتشوف الشارع إلى العتق ، وتكون في هذه الحال قيمة المرهون رهناً مكانه (١) .

وكما إنه لا يجوز أن يتصرف تصرفاً يزيل الملك لايجوز له أن يتصرف تصرفاً ينقص المرهون كإجارته مدة تحل الدين قبل انتهائها ، لأن ذلك يقلل الرغبة في شراء المرهون ، فإن كان الدين يحل مع انتهاء المدة أو بعدها جاز له التصرف في ذلك .

وكذلك لايجوز له رهته من غيره ، لأنه يزاحم حق الأول ، فيفوت مقصود الرهن (٢) .

وإلى مثل ماذهب إليه الشافعية ذهب الحنابلة (٣) ماعدا العتق فإنهم أجازوه سواء أكان المعتق موسراً أو معسراً (٤) .

وأما الحنفية فقد ذكروا تفصيلات لهذا التصرف ، فإنهم قالوا :

١ - إذا كان التصرف بيعاً انعقد البيع موقوفاً ، سواء علم المشتري بذلك أم لم يعلم .

ووجه الوقف هو أن الراهن لايتصرف في خالص حقه ، إذ تعلق به حق المرتهن ، وهو الحبس ، فيتوقف على إجازته .

فإذا أجاز المرتهن البيع نفذ ، لأن عدم النفاذ لمكان حقه ، فإن رضي ببطان حقه زال المانع فنفذ البيع . وإن لم يجزه بطل البيع .

ولكن هل يكون ثمنه رهناً بدله إذا أجاز البيع ؟

في ظاهر الرواية أنه يصير رهناً بدله سواء اشترط ذلك أم لم يشترطه .

وعند أبي يوسف لايعود الثمن رهناً ، إلا إذا اشترط ذلك عند الإجازة ، وفي

(١) انظر مغني المحتاج : ٢ / ١٣٠ .

(٢) المرجع السابق وانظر حاشية البجيرمي : ٢ / ٤١٠ .

(٣) المغني لابن قدامة : ٤ / ٣٢٤ .

(٤) المصدر السابق : ٤ / ٣٢٣ .

ذلك يقول صاحب البدائع : « ولو باعد توقف نفاذ البيع على إجازة المرتهن إن أجاز جاز ، لأن عدم النفاذ لمكان حقه ، فلماذا رضي ببطلان حقه زال المانع فنفذ ، وكان الثمن رهناً ، سواء شرط المرتهن عند الإجازة كونه رهناً أولاً ، في جواب ظاهر الرواية . وروي عن أبي يوسف أنه لا يكون رهناً إلا بالشرط ، لأن الثمن ليس بمرهون حقيقة ، بل المرهون هو المبيع ، وقد زال حقه عنه بالمبيع ، إلا أنه إذا شرط عند الإجازة أن يكون مرهوناً ، فلم يرض بزوال حقه عنه إلا ببدل ، وإذا لم يوجد الشرط زال حقه أصلاً. وجه ظاهر الرواية أن الثمن بدل المرهون فيقوم مقامه (١) . »

هذا الكلام في حق البائع ، أما المشتري ، وإن لم يحز المرتهن البيع فإن المشتري بالخيار إن شاء صبر إلى فكك الرهن ، أو رفع الأمر إلى القاضي ليفسخ البيع لأن هذا الفسخ لقطع المنازعة وهو إلى القاضي (٢) .

٢ - إذا كان التصرف هبة من غير المرتهن أو صدقة انعقد أيضاً موقوفاً على إذن المرتهن ، فإن لم يأذن بطل ذلك ، وأن أذن نفذ ، وفي هذه الحالة يبطل عقد الرهن ، لأنه زال عن ملكه لا إلى بدل بخلاف البيع .

٣ - إذا كان التصرف إجازة توقف على إذن المرتهن ، فإن لم يأذن بطلت ، لأن قيام ملك الحبس له يمنع الإجازة ، ولأن الإجازة بعقد الانتفاع ، وهو لا يملك الانتفاع بنفسه ، فكيف يملكه غيره ، وإن أذن جازت الإجازة ، وبطل عقد الرهن ، لأن الإجازة إذا جازت - وهي عقد لازم - لا يبقى الرهن ضرورة ، والأجرة للراهن لأنها بدل منفعة مملوكة له ، وولاية قبض الأجرة له لأنه هو العاقد ، ولا تكون الأجرة رهناً ، لأن الأجرة بدل المنفعة ، والمنفعة ليست بمرهونة فلا يكون بدلها مرهوناً، كل هذا إذا كانت الإجازة لغير المرتهن ، أما إذا كانت له جازت الإجازة وبطل الرهن إذا جدد المرتهن القبض للإجازة ، لأن قبض الرهن غير قبض الإجازة ، فقبض الرهن مضمون ، وقبض الإجازة أمانة (٣) .

٤ - وإن كان التصرف إعتاقاً نفذ إعتاقه ، لأن العتق تصرف لا يقبل الفسخ ،

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١٤٦ / .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٥٠٨ / ٦ / .

(٣) انظر المصدر السابق .

ويبطل الرهن سواء أكان الراهن موسراً أم معسراً ، لصدوره من أهله في محله وهو ملكه ، فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن .

ثم إن كان الراهن موسراً وكان الدين حالاً أخذ المرتهن دينه من الراهن ، وإن كان مؤجلاً أخذ قيمة المرهون وجعل رهناً بدله .

وأما إن كان الراهن معسراً استسعى العبد في الأقل من قيمته ومن الدين ، ثم يرجع على سيده إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر بحكم الشرع (١) .

ثانياً : تصرف المرتهن بغير إذن الراهن :

إذا تصرف المرتهن بغير إذن الراهن كان تصرفه لاغياً عند الجمهور ، فإذا أسلم العين كان في ذلك متعدياً غاصباً .

وعند الحنفية أن تصرفاته موقوفة على إذن الراهن ، فإن أجاز صحت ويبطل الرهن ، وإلا بطلت ، لكن في حال إجازة البيع يبقى الثمن رهناً (٢) .

ثالثاً : تصرف الراهن بإذن المرتهن :

إذا تصرف الراهن بإذن المرتهن تصرفاً يزيل الملك نفذ هذا التصرف عند الشافعية ، ويبطل الرهن ، لكن للمرتهن الرجوع عن الإذن قبل تصرف الراهن ، لأن حقه باق ، كما للمالك أن يرجع قبل تصرف الوكيل (٣) . وعند الحنفية إذا باع أو وهب من أجنبي خرج المرهون عن الرهن فلا يعود إلا بعقد مبتدأ .

رابعاً : تصرف المرتهن بإذن الراهن :

إذا تصرف المرتهن بإذن الراهن تصرفاً يزيل الملك صح هذا التصرف ويبطل الرهن ، وكذلك الحكم عند الحنفية . قال في الدر المختار : « ولو أعاره أحدهما أجنبياً بإذن الآخر سقط ضمانه ، ولكل منهما أن يعيده رهناً كما كان : بخلاف الإجازة والبيع

(١) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٥١٠ .

(٢) انظر البدائع : ٦ / ١٤٦ فما بعدها .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ١٣٢ .

والهبة والرهن من المرتهن أو من أجنبي إذا باشره أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود إلا بعقد مبتدأ (١) .

التصرفات التي لا تزيل الملك ولا تنقص القيمة :

نحب أن نتحدث من التصرفات التي لا تزيل الملك عن أمرين اثنين : العارية ، والرهن ، وإليك بيان ذلك .

أولاً : العارية :

توجب العارية عند الحنفية سقوط الضمان إذا كان ذلك مأذوناً به . سواء أكان المستعير هو الراهن أم المرتهن أم كان أجنبياً ، لكن لا يرتفع بها عقد الرهن ، على معنى أنها إذا أعيدت عاد حكم الرهن . لأن العارية عقد غير لازم . والمعروف أن يد العارية يد أمانة ، وعلى هذا فإذا استعار المرتهن العين المرهونة وتلفت حين الاستعمال فلا ضمان عليه ، لأن يده حال الاستعمال يد أمانة ، أما إذا تلفت قبل الاستعمال أو بعده هلكت مضمونه ، إذ تعتبر حال عدم الاستعمال مرهونة مضمونة ضمان الرهن لبقاء عقد الرهن كما ذكرنا .

ولو استعارها أجنبي سقط الضمان إلى أن تعود رهناً كما كانت ، ولكل من الراهن والمرتهن أن يعيدها رهناً كما كانت .

ثانياً : الرهن :

إذا رهن العين المرهونة أحد المتراهنين بإذن الآخر ، صح ذلك عند الحنفية وخرج الرهن عن أن يكون رهناً ، ثم لا يعود رهناً إلا بعقد مبتدأ : لأن الرهن من العقود اللازمة (١) .

أما بالنسبة للشافعية في موضوع العارية ، فقد سبق أن يد المرتهن عليها يد أمانة من الأصل ، وأن للراهن أن يستوفي منافعها بنفسه أو بغيره ، ولا تخرج بذلك عن أن تكون رهناً .

(١) انظر في ذلك حاشية ابن عابدين : ٦ / ٥١١ فما بعدها / ، والهداية : ٨ / ٢٢٨ .

وأما بالنسبة للرهن فإنه يجوز للراهن أن يرهن بإذن المرتهن . ولا يجوز بغير إذنه كما مرّ ، ويبطل الرهن الأول (١) .

المسألة السادسة : في تسليم الرهن وردّه عند فكاكه بوفاء الدين :

يتعلق بتسليم الرهن وردّه فروع ، نتحدث منها عن الفرعين التاليين :

تسديد بعض الدين - تسديد الدين كله -

الفرع الأول : تسديد بعض الدين :

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

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا ينفك شيء من الرهن حتى يؤدي دينه كله أو يبرئه المرتهن من الدين أو يفسخ الرهن ، ولقد نقل في مغني المحتاج عن ابن المنذر الإجماع على أنه إذا بقي شيء من الدين لم ينفك شيء من الرهن (٢) . وكذلك ابن قدامة في المغني .

والحجة في ذلك أن الرهن وثيقة لجميع أجزاء الرهن ، حتى إنه لو شرط الراهن أنه كلما قضي من الدين شيئاً انفك من الرهن بقدره ، فسد الرهن لاشتراط ما ينافيه كما قاله الماوردي (٣) .

غير أن صاحب بداية المجتهد عزا إلى قوم من غير أن يعينهم أنه إذا دفع شيء من الدين انفك في مقابله شيء من الرهن (٤) .

الفرع الثاني : في تسديد الدين كله :

إذا سدّد الراهن ما عليه من الدين انفك الرهن ، ووجب تسليمه إليه ، ولكن عند الحنفية يتبع في التسليم المراحل التالية :

-
- (١) حاشية الجبرمي : ٢ / ٤١٤ / .
 - (٢) مغني المحتاج : ٢ / ١٤١ / . والمغني لابن قدامة : ٤ / ٣٤٤ / .
 - (٣) المصدر السابق وانظر حاشية ابن عابدين : ٦ / ٤٩٨ / . والبدائع : ٦ / ١٥٢ / .
 - (٤) بداية المجتهد : ٢ / ٢٧٥ / .

أولاً : إذا طالب المرتهن بدينه يؤمر بإحضار الرهن إن كانت المطالبة في البلد الذي وقع فيه الرهن ، فإن كانت المطالبة بالدين في غير البلد الذي وقع فيه العقد وكان الرهن مما لا مؤنة في إحضاره أمر المرتهن أيضاً بإحضار الرهن . لأن الأماكن كلها في حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ولا مؤنة .

والعلة في وجوب الإحضار أن قبض الرهن للاستيفاء ، ويحتمل أن يكون الرهن قد هلك وهو يطالب بدينه ، فليكتلما يجتمع له في وقت واحد حكم الاستيفاء بهلاك العين وحقيقة الاستيفاء بتسليم الدين يؤمر بإحضاره لذلك .

ثانياً : فإذا أحضر المرتهن الرهن يؤمر الراهن بتسديد الدين ، فإذا فعل سله المرتهن الرهن .

ولأنما أمر الراهن بذلك ليتعين حق المرتهن بتسليم الدين كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقاً للتسوية بينهما .

أما إذا طالب المرتهن بالدين في غير محل العقد وكان لحمله مؤنة يستوفي دينه ولا يكلف إحضار الرهن ، لأن هذا نقل ، والواجب عليه التسليم بمعنى التخلي ، لا النقل من مكان إلى مكان لأنه يتضرر به ولم يلزمه . لكن في هذه الحال للراهن أن يحلفه بالله أنه ما هلك .

قال في شرح العناية : ولم يعتبر هناك احتمال تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك لأنه موهوم فلا يظهر في مقابلة ضرر متيقن وهو تأخر حق المرتهن (١) .

هذا ولقد عبر صاحب البدائع عن تسليم الرهن أبدع تعبير حيث قال : « وأما الحكم الثالث - وهو وجوب تسليم المرهون عند الافتكاك - فيتعلم به معرفة وقت وجوب التسليم فنقول : وقت وجوب التسليم مابعد قضاء الدين ، يقضي الدين أولاً ثم يستلم الرهن ، لأن الرهن وثيقة ، وفي تقديم تسليمه إبطال للوثيقة ، ولأنه لو سلم الرهن أولاً فمن الجائز أن يموت الراهن قبل قضاء الدين ، فيصير المرتهن كواحد من الغرماء فيبطل حقه : فلزم تقديم قضاء الدين على تسليم الرهن ، إلا أن المرتهن

(١) انظر شرح الهداية : شرح العناية : ٨ / ١٩٨ . وانظر أيضاً حاشية ابن عابدين : ٦ / ٤٨٤ .

إذا طلب الدين يؤمر بإحضار الرهن أولاً ، ويقال له أحضر الرهن إذا كان قادراً على الإحضار من غير ضرر زائد ، ثم يخاطب الراهن بقضاء الدين ، لأنه لو خوطب بقضائه من غير إحضار الرهن ، ومن الجائز أن الرهن قد هلك وصار المرتهن مستوفياً دينه من الرهن ، فيؤدي إلى الاستيفاء مرتين (١) .

المسألة السابعة : في بيع الرهن :

إذا حلّ الدين وطالب المرتهن بحقه ولم يكن للراهن وفاء بيع الرهن ليسد الدين من قيمته . ولكن من الذي له حق البيع ؟

ذهب الشافعية إلى أن حق البيع للراهن أو وكيله ، ويكون ذلك بإذن من المرتهن ، لأن له حقاً فيه ، فإن لم يأذن المرتهن بالبيع قال له الحاكم ، ائذن في بيعه أو أبرئه ، وذلك دفعاً لضرر الراهن ، فإن أصر على الامتناع باعه الحاكم عليه ، ووفى الدين من ثمنه دفعاً للضرر .

ولو طلب المرتهن بيعه فأبى الراهن ذلك ألزمه القاضي قضاء الدين أو بيعه ، فإن أصر على الامتناع باعه الحاكم دفعاً للضرر عن المرتهن . هذا إذا لم يكن له وفاء غير الرهن ، فإن كان له ما يفي به الدين لم يتعين بيع الرهن . وكذلك الحكم إذا طلب المرتهن بيعه وكان الدين حالاً ، وكان الراهن غائباً . ولقد ذكر الخطيب الشربيني هنا مسألة حول هذا الموضوع فقال : « وقد وقع أن شخصاً رهن داراً بدين ، ثم غاب وله دار أخرى غير مرهونة ، فادّعى المرتهن على الغائب عند حاكم وأثبت الرهن والدين ، وكانت كل من الدارين يمكن وفاء الدين من ثمنها ، فترك القاضي الدار المرهونة ، وباع الدار التي ليست بمرهونة ، فاختلف المفتون في ذلك ، فمنهم من أفقى بالحواز ، لأن الواجب وفاء الدين من مال المديون ، فلا فرق بين المرهون وغيره ، كما لو لم يكن بالدين رهن ، ومنهم من أفقى بعدم الحواز ، لأن بيع المرهون مستحق دون غيره ، فلا وجه لبيع غيره مع إمكان بيعه ، وأولى من ذلك ما أفقى به السبكي من أن للحاكم بيع ما يرى بيعه من المرهون وغيره ، لأن له ولاية على الغائب ، فيفعل ما يراه مصلحة (٢) » .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١٥٣ . (٢) مغني المحتاج للشربيني ٢ / ١٣٤ .

أما إذا باعه المرتهن بإذن الراهن فالأصح أنه إن باع بحضرته صح البيع ، وإلا فلا ، لأن بيعه لغرض نفسه فيتهم في الغيبة بالاستعجال وترك التحفظ دون الحضور .

وهناك قول ثانٍ أنه يصح مع عدم حضوره كما لو أذن له في بيع غيره .
وهناك قول ثالث عندهم هو أنه لا يصح بيعه حضر الراهن أم لم يحضر ، لأن الإذن له فيه توكيل فيما يتعلق بحقه ، إذ المرتهن مستحق للبيع (١) .

وأما عند الحنفية فإن للراهن والمرتهن حق في العين المرهونة ، أما الراهن فملكه ، وأما المرتهن فلأنه أحق بمالته من الراهن . ولذلك لا ينفرد أحدهما ببيعه دون إذن الآخر .
فإذا أذن الراهن للمرتهن ببيعه باعه ، واستوفى حقه منه ، وكذلك إذا أذن الوكيل له في البيع .

فإن حلّ الأجل وكان الراهن غائباً أجبر الوكيل على بيعه ، لأن حق المرتهن تعلق بالبيع ، وفي الامتناع إبطال لحقه ، فيجبر عليه .

وكيفية الإجبار أن يحبس القاضي أياماً لبيع ، فإن امتنع بعد ذلك فالقاضي يبيعه عليه دفعاً للضرر (٢) .

وأما إذا لم يأذن بالبيع لأحد ، طوّل بالوفاء ، فإن امتنع أجبره القاضي على البيع بما يراه مناسباً ، من حبس أو تعزير ، فإن أبي أن يبيع فما ذهب إليه أبو يوسف ومحمد أن القاضي يبيعه ويقضي من ثمنه .

وعند أبي حنيفة لا يبيعه عليه ، لأن البيع عليه بمثابة الحجر على ماله ، ولا يكون إلا في الغائب للضرورة ، وأما الحاضر فلا يحجر عليه عنده .

وكيفية سداد الدين على ما ذكره الكاساني فيما إذا كان الدين حالاً :

إن كان الثمن من جنسه فقد استوفاه إن كان في الثمن وفاء بالدين ، وإن كان فيه فضل ردّه على الراهن ، وإن كان أنقص من الدين يرجع المرتهن بفضل الدين على الراهن .

وإن كان من خلاف جنسه يحبس الثمن إلى أن يستوفي دينه كله (٣) .

(١) المصدر السابق : ٢ / ١٣٥ . (٢) تبیین الحقائق للزيلعي : ٦ / ٨٢ .
(٣) بدائع الصنائع : ٦ / ١٥٣ .

المطلب الثاني : في أحكام الرهن الصحيح حال هلاك العين المرهونة :

فيما مضى تحدثنا عن أحكام الرهن الصحيح حال بقاء العين المرهونة ، وفيما يلي نتحدث عن أحكام الرهن الصحيح حال هلاك هذه العين
إن هلاك العين المرهونة لا يخلو من أحد أمرين : إما أن تهلك بنفسها وإما أن تهلك باستهلاك أحد لها ، سواء أكان المستهلك الراهن أم المرتهن أم أجنبياً ، وفيما يلي نتحدث عن كل من الأمرين :

المبحث الأول : هلاك العين المرهونة بنفسها :

إذا هلكت العين المرهونة بنفسها فلا يخلو الأمر من إحدى حالتين : إما أن يكون هلاكها بتعد وتقصير وإهمال ، أو يكون من غير تعد ولا تقصير :

الحال الأولى : هلاك العين بتعد أو تقصير :

اتفق الفقهاء على أن العين المرهونة إذا هلكت بتعد أو تقصير فإن المتعدي يضمنها . سواء أكان المتعدي الراهن أم المرتهن أم الأجنبي ، وسواء أقلنا إن يد المرتهن على الرهن يد أمانة أم قلنا إن يده يد ضمان . فيلزم الضمان بالتعدي ، فيوضع مثلها إن كانت مماله مثل ، أو توضع قيمتها إن كانت قيمة ، ويوضع ذلك رهناً مكانها .

قال ابن قدامة : « أما إذا تعدى المرتهن في الرهن أو فرط في الحفظ للرهن عنده حتى تلف فإنه يضمن . لانعلم في وجوب الضمان خلافاً ، ولأنه أمانة في يده فلزمه ضمانه إذا تلف بتعديه أو تفريطه كالوديعة (١) » .

الحال الثانية : هلاك العين المرهونة بلا تعد أو تقصير :

اختلف الفقهاء فيما إذا هلكت العين المرهونة عند المرتهن بلا تعدٍ أو تقصير ، أ – فذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا ضمان على المرتهن في ذلك . لأن يده على الرهن يد أمانة ، فإذا هلكت تهلك من مال الراهن ، ولا يسقط شيء من الرهن بهلاكها :

وحجتهم في ذلك :

١- ما رواه ابن أبي ذؤيب عن الزهري عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يعلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه » وفي رواية للشافعي : « لا يعلق الرهن ، الرهن من صاحبه الذي رهنته ، له غنمه وعليه غرمه » .

قال الشافعي بعد ذكر هذا الحديث : « وفيه دليل على أن جميع ما كان رهناً غير مضمون على المرتهن ، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قال : الرهن من صاحبه الذي رهنته ، فمن كان منه شيء فضممانه منه لامن غيره ، ثم زاد فأكد له فقال : له غنمه وعليه غرمه ، وغنمه سلامته وزيادته ، وغرمه عطبه ونقصه ، فلا يجوز فيه إلا أن يكون ضمانه من مالكة لامن مرتهنه (١) » .

٢- أن الرهن وثيقة بالدين ، فلا يسقط الدين بهلاك الوثيقة ، كما إذا هلك الكفيل أو الشاهد ، أو الصك الذي كتب فيه عقد الدين .

٣- أن الرهن مقبوض بعقد واحد ، وبعضه أمانة وهو المقدار الزائد على الدين ، فينبغي أن يكون جميعه أمانة كالوديعة ، فلا يضمن إلا بالتعدي (٢) .

ب - وذهبت الحنفية إلى أنه مضمون من المرتهن بدينه على خلاف في كيفية الضمان عندهم ، إذ ذهب جمهورهم إلى أن الضمان يكون بالأقل من قيمته أو الدين ، فلو هلك وقيمته مثل الدين صار مستوفياً دينه ، وإن كانت أكثر من دينه فالفضل أمانة ، وبقدر الدين صار مستوفياً ، وإن كانت أقل صار مستوفياً بقدره ورجع المرتهن بالفضل .

وذهب زفر إلى أنه مضمون بقيمته بالغة ما بلغت ، وتعتبر القيمة يوم الرهن ، وحجتهم فيما ذهبوا إليه :

١- ما رواه الطحاوي عن عطاء بن أبي رباح : « أن رجلاً ارتهن فرساً فمات

(١) الأم : ٣ / ١٤٧) وانظر المغني لابن قدامة : ٤ / ٣٥٥ .

(٢) انظر المغني : ٤ / ٣٥٥ . وانظر أيضاً الزيلعي : ٦ / ٦٤ .

الفرس في يد المرتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ذهب حقك (١) « فدل هذا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين بضيايع الرهن (٢) .

٢ - مارواه الدار قطني مسنداً وأبو داود مرسلًا ، وهو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « إذا عمي الرهن فهو بما فيه » فإن معناه على ما قالوا : إذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بأن قال كل واحد منهما لا أدري كم كان قيمته فيكون مضموناً بما فيه من الدين (٣) .

٣ - إجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان ، فقد ذهب عمر رضي الله عنه إلى أنه مضمون بالأقل من الدين أو القيمة ، وعن علي رضي الله عنه أنهما يترادان الفضل ، وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته أو كثرت ، فلا يرجع أحدهما على الآخر بعد هلاكه بشيء مطلقاً . قالوا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة أقوال ، وإحداث قول رابع خروج عن الإجماع فلا يجوز (٤) .

٤ - أن الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء . وهو أن يكون موصلاً إليه ، وثبت ذلك بملك اليد والحبس ، ليقع الأمن من حجوده مخافة حجوم المرتين الرهن ، وليكون عاجزاً عن الانتفاع به فيتسارع إلى قضاء الدين ، أو لضجره ، فإذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه ، وقد تقرر بالهلاك ، فلو استوفى الدين بعده يؤدي إلى الربا ، لأنه يكون استيفاء ثانياً (٥) .

ج - وذهب مالك إلى أن الرهن إن هلك بسبب ظاهر كموت الحيوان واحترق

- (١) اذكر ابن قدامة في المغني حول هذا الحديث مانصه : « فأما حديث عطاء فهو مرسل وقول عطاء يخالفه . قال الدارقطني : يرويه اسماعيل بن أمية . وكان كذاباً ، وقيل يرويه مصعب بن ثابت وكان ضعيفاً ، ويحتمل أنه أراد ذهب حقك من الوثيقة بدليل أنه لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس » ٤ / ٣٥٥ / .
- (٢) انظر تبين الحقائق وحاشية الشلبي قدر الدين وقيمة الفرس » ٤ / ٣٥٥ / .
- (٣) المصدر السابق .
- (٤) المصدر السابق . هذا وقد نقل ابن قدامة ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة عن علي وعطاء والزهري فلا يكون مذهبه نقضاً للإجماع لأنه لا إجماع . ٤ / ٣٥٤
- (٥) تبين الحقائق : ٦ / ٦٤ / .

الدار فضمانه على الراهن ، وإن هلك بسبب خفي كسرقة مثلاً فضمانه على المرتهن ،
مالم تقم بينه بهلاكه فيكون ضمانه على الراهن (١) .

وحجة مالك فيما ذهب إليه هي ما ذكره ابن رشد في بداية المجتهد إذ قال :
« وأما تفريق مالك بين ما يغاب عليه ومالا يغاب عليه فهو استحسان ، ومعنى ذلك
أن التهمة تلحق فيما يغاب عليه ، ولا تلحق فيما لا يغاب عليه . وقد اختلفوا في معنى
الاستحسان الذي يذهب إليه مالك كثيراً فضعفه قوم وقالوا : إنه مثل استحسان
أبي حنيفة ، وحدوا الاستحسان بأنه قول بغير دليل . ومعنى الاستحسان عند مالك
هو جمع بين الأدلة المتعارضة ، وإذا كان ذلك كذلك فليس هو قولاً بغير دليل (٢) » .

شروط الضمان عند من يقوله به :

من ذهب إلى ضمان المرتهن عند هلاك العين المرهونة بغير تعدٍ ولا تقصير ،
من ذهب إلى ذلك اشترط شروطاً ثلاثة نعرضها لك بإيجاز :

الشرط الأول : بقاء الدين :

ووجه هذا الشرط هو أن الرهن للاستيثاق من الدين المضمون ، فإذا انتفى الدين
لم يبق وجه للاستيثاق فضلاً عن ضمان الوثيقة .

وعلى هذا لو سقط الدين من غير عوض ، ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك
أمانة . قال الكاساني : « وعلى هذا يخرج ما إذا أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ثم هلك
الرهن في يد المرتهن أنه يهلك بغير شيء ، ولا ضمان على المرتهن فيه إذا لم يوجد منه
منع الرهن من الراهن عند طلبه استحساناً (٣) » .

وذهب زفر إلى أنه يضمن .

وأما إذا استوفى دينه ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى ،
فجمهور الحنفية يفرقون في هلاك الرهن في يد المرتهن بين سقوط الدين ووفاء الدين ،
وزفر يسوي بينهما . وفي ذلك يقول الكاساني : « ولو استوفى دينه ثم هلك الرهن

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٧٧ .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ١٧٨ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ / ١٥٥ .

في يده يهلك بالدين وعليه بدل ما استوفى، وزفر يسوى بين الإبراء والاستيفاء، ونحن نفرق بينهما (١) .

الشرط الثاني : أن يكون هلاك المرهون في قبض الرهن « بقاء القبض » :

فلن لم يكن المرهون في قبض الرهن لا يكون مضموناً بالدين، وإن بقي عقد الرهن، وذلك لأن المرهون إنما صار مضموناً بالقبض، فإذا خرج عن قبض الرهن لم يكن مضموناً، فإذا غضب الرهن، أو استعير ولو كان المستعير المرتهن، ثم هلك لا يضمن المرتهن على التفصيل الذي مرّ، لأنه خرج عن قبض الرهن (٢) .

الشرط الثالث : أن يكون المرهون مقصوداً :

وعلى هذا فلا تكون الزيادة المتولدة من الرهن، أو ماهو في حكم المتولد، كالولد والثمرة واللبن والصوف ونحوها، مضموناً، لأن هذه الزيادة وإن دخلت في الرهن كما سيأتي، غير أنها ليست مقصودة أصلاً بل صارت مرهونة تبعاً (٣) .

المبحث الثاني : في حكم استهلاك العين المرهونة :

استهلاك العين المرهونة إما أن يكون من قبل الراهن وإما أن يكون من قبل المرتهن، وإما أن يكون من أجنبي، ولكل من هذه الأقسام الثلاثة بحث يخصه، وفيما يلي نتحدث عن هذه الأقسام الثلاثة في ثلاثة فروع لكل قسم منها فرع يخصه.

الفرع الأول : في استهلاك الراهن العين المرهونة :

إذا استهلك الراهن الرهن ترتبت على ذلك الأحكام التالية :

- ١- إن كان الدين حالاً يطالب بالدين، إذ لا فائدة في المطالبة بالضمان .
- ٢- إن كان الدين مؤجلاً يضمن مثل الرهن إن كان مثلياً، أو قيمته إن كان قيمياً .
- ٣- يكون المضمون رهناً في يد المرتهن لقيامه مقام العين المرهونة .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١٥٥ .

(٢) انظر بدائع الصنائع : ٦ / ١٥٦ .

(٣) المصدر السابق .

٤- المرتن هو الذي يخاصم الراهن في التضمين ، لأنه صاحب الحق في مالية الرهن بالحبس ووضع اليد للاستيفاء .

الفرع الثاني : في استهلاك المرتن للعين المرهونة :

إذا استهلك المرتن العين المرهونة ترتب على ذلك الأحكام التالية :

١- إذا كان الدين مؤجلاً ضمن مثله إن كان مثلياً ، أو قيمته إن كان قيمياً .
لأنه ألتف مال غيره ، وكانت رهناً في يده حتى يحل الأجل ، لأن الضمان بدل العين فأخذ حكمه .

٢- تعتبر قيمة الملتف بالنسبة إلى المرتن يوم القبض ، لأن المعتبر في ضمان الرهن يوم قبضه ، لأنه به دخل في ضمانه ، لأنه قبض استيفاء .

٣- على هذا فإذا نقص سعره يوم الاستهلاك وجب قيمته يوم القبض ، فلو كانت قيمته يوم القبض ألفاً ، ويوم الاستهلاك خمسمائة ، غرم خمسمائة وتكون رهناً ، وسقط من الدين خمسمائة .

٤- إذا كان الدين حالاً والمضمون من جنس حقه استوفى المرتن منه ورد الفضل على الراهن إن كان به فضل ، وإن كان دينه أكثر من قيمته رجع على الراهن بالفضل .

الفرع الثالث : استهلاك الأجنبي للعين المرهونة :

إذا كان المستهلك للعين اجنبياً ترتب على ذلك الأحكام التالية :

١- يضمن ما ألتفه إن كان مثلياً ضمن مثله ، وإن كان قيمياً ضمن قيمته .

٢- يجب على هذا المستهلك قيمته يوم الاستهلاك لا يوم القبض كالمرتن ، فلو كانت قيمته يوم القبض ألفاً ويوم الاستهلاك خمسمائة وجب بالانلاف خمسمائة ، ويسقط من الدين خمسمائة ، كأنها هلكت بأفة سماوية .

٣- تصبح قيمة العين المستهلكة رهناً بدل الرهن السابق .

٤ - المخاصم للأجنبي هو المرتهن عند الحنفية ، والراهن عند الشافعية .
قال في المنهاج : « والخصم في البذل الراهن ، فإن لم يخاصم لم يخاصم المرتهن
في الأصح » . وذلك لأنه مالك للرقبة والمنفعة . لكن جعلوا للمرتهن حق حضور
خصومته لتعلق حقه بالبذل . ومقابل الأصح أنه يخاصم لأن حقه تعلق بالذمة (١) .

(١) مغني المحتاج : ٢ / ١٣٨ - ١٣٩ / . وانظر أحكام استهلاك العين المرهونة في
تبيين الحقائق : ٦ / ٨٧ / وبدائع الصنائع : ٦ / ١٦٣ / .

الفصل الخامس

في احكام الرهن الفاسد

المطلب الأول : في معنى الفساد والبطلان :

الفساد والبطلان عند غير الحنفية بمعنى واحد ، وهو في المعاملات تخلف الأحكام عنها وخروجها عن كونها أسباباً مفيدة للأحكام . ويكون الفساد والبطلان بنقص شرط أو ركن أو غير ذلك كما هو مذكور في الأصول . إلا أنهم قالوا إن حكم فاسد العقود حكم صحيحها في الضمان ، فإذا اقتضى صحيحه الضمان كالبيع والإعارة ، ففاسده أولى ، وإذا لم يقتض صحيحه الضمان كالإجارة والرهن ففاسده كذلك .

وعلى هذا فإذا رهن عيناً في عقد رهن فاسد ، فإن تلفت العين المرهونة من غير تعد ولا تقصير ، فلا ضمان على المرتهن ، لأنه في هذا الحال إذا وقع العقد صحيحاً فلا ضمان . فكذلك الفاسد ، لأن واضح اليد أثبتها بل ذن مالكتها ، ولم يلتزم بالعقد ضماناً (١) .

قال ابن قدامة : « وإذا فسد الرهن وقبضه المرتهن لم يكن عليه ضمانه ، لأنه قبضه أنه رهن ، وكل عقد كان صحيحه غير مضمون أو مضموناً ففاسده كذلك (٢) » . أما الحنفية فقد فرقوا بين البطلان والفساد ، فعرفوا الباطل بما عرفه به الجمهور ، وعرفوا الفساد بأنه ما كان مشروعاً بأصله غير مشروع بوصفه ، وقد عرفه بعضهم بأنه : « ما كان مشروعاً في نفسه ، فانت المعنى من وجه الملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال ، مع تصور الانفصال في الجملة (٣) » .

وعلى هذا فعندهم رهن باطل ورهن فاسد ، ويترتب على كل أحكام ، فالرهن

(١) انظر مغني المحتاج : ٢ / ١٣٧ . (٢) المغني : ٤ / فما بعدها .

(٣) شرح البخاري على البزدوي : ١ / ٢٥٨ فما بعدها .

الباطل هو الذي لا يكون فيه المرهون مالاً ، أو لا يكون في مقابلة دين مضمون ، أي افتقد شرطاً من شروط الصحة .

والرهن الفاسد هو الذي يكون المرهون فيه مالاً ، والدين المقابل به مالاً مضموناً : إلا أنه افتقد بعض صفات شروط الجواز ، وذلك كأن يكون المرهون مشاعاً . ونتحدث فيما يلي عن أحكام كل من الرهن الباطل والرهن الفاسد عندهم .

المطلب الثاني : في أحكام الرهن الباطل :

إذا وقع الرهن باطلاً تعلق به الأحكام التالية :

أولاً : لا يكون العقد في الرهن منعقداً أصلاً .

ثانياً : لا ترتب عليه أحكام الرهن ولا آثاره ، ومن أحكامه أنه :

١ - يجوز للراهن أن يعود برهنه ، كما لو رهن مسلم عيناً بخمر مسلم . فللراهن استرداد العين المرهونة من المرتهن .

ب - ليس للمرتهن حبس الرهن ، فإن حبسه كان مغتصباً .

ج - إذا هلك الرهن هلك بغير شيء ولا يكون مضموناً ، فلا يقابله شيء من الدين (١) .

المطلب الثالث : في أحكام الرهن الفاسد :

إذا وقع الرهن فاسداً عندهم كان له من الأحكام ما للرهن الصحيح ، فقد قال في تنوير الأبصار « كل حكم في الرهن الصحيح فهو الحكم في الرهن الفاسد » .

وعلى هذا يتعلق بالرهن الفاسد الأحكام التالية :

أولاً : أن الرهن إذا هلك يهلك مضموناً على المرتهن . خلافاً للكرخي إذ قال : يهلك أمانة .

ثانياً : إذا أراد الراهن استرداد المرهون كان للمرتهن حبسه حتى يؤدي الراهن ما عليه من الدين .

(١) انظر حاشية عابدين على الدر : ٦ / ٥٢٦ / .

ثالثاً : إذا مات الراهن وعليه ديون كثيرة كان المرتهن أحق به من سائر الغرماء .
هذا وقد فرق ابن عابدين بين ما إذا كان الرهن الفاسد سابقاً على الدين ؛
وما إذا كان الدين سابقاً على الرهن ، فجعل حكمه في الحال الأولى كالرهن الصحيح ،
ولم يجعله في الحال الثانية كذلك ، قال رحمه الله تعالى :

« هذا كله إذا كان الرهن الفاسد سابقاً على الدين ، فلو كان بدين على الراهن
قبل ذلك لم يكن له حبسه ، لأنه ما استفاد تلك اليد بمقابلة هذا المال ، ويكون بعد
الموت أسوة للغرماء ، لأنه ليس له على المحل يد مستحقة ، بخلاف الرهن الصحيح
تقدم أو تأخر (١) » .



(١) المرجع السابق :

الفصل السادس

في احكام اخرى تتعلق بالرهن

نريد أن نتحدث في هذا الفصل عن أحكام أخرى تتعلق بالرهن ، وهذه الأحكام هي : وضع الرهن على يد العدل - رهن المستعار - نماء الرهن وزيادته - التعدد في الرهن .

المطلب الأول : في وضع الرهن على يد العدل :

نذكر في هذا المبحث : معنى العدل - حكم وضع الرهن عند العدل - صفة يد العدل على الرهن - الأحكام التي تتعلق بوضع الرهن على يد العدل .

المبحث الأول : معنى العدل :

قد لا يتق كل من الراهن والمرتهن بصاحبه فيريدان أن يضعوا هذا الرهن عند إنسان يتق به كل منهما ، لعدالته وأمانته وحرصه على رعاية المصالح ، فهذا الإنسان هو العدل ، فالعدل إذاً هو الشخص الثقة الأمين الذي يرضى به كل من الراهن والمرتهن ليضعوا عنده الرهن ، وينوب عنهما في قبضه وحفظه ، وقد يسلطانه على بيعه عند حلول أجل الدين (١) .

وذكر ابن قدامة أنه من يجوز توكيله يجوز وضع الرهن عنده وإن كان فاسقاً أو غير مسلم ، قال : « إذا ثبت هذا فإنه يجوز أن يجعلوا الرهن على يدي من يجوز

(١) انظر مغني المحتاج : ٢ / ١٣٣ / ٠

توكيله ، وهو الجائز التصرف ، مسلماً كان أو كافراً ، عدلاً أو فاسقاً ، ذكراً أو أنثى . . (١) » .

المبحث الثاني : حكم وضع الرهن عند العدل :

ذهب الجمهور من الفقهاء إلى أنه إذا شرط كون الرهن على يدي عدل رضياً به واتفقاً عليه جاز ، وكان وكيلاً للمرتهن نائباً عنه في القبض ، فمضى قبضه صح قبضه (٢) ، وذهب جماعة منهم قتادة وابن أبي ليلى وزفر إلى أنه لا يكون مقبوضاً بذلك ، وحجتهم ،

١ - أن القبض من تمام العقد ، فيتعلق بأحد المتعاقدين كالإيجاب والقبول (٣) .
٢ - أن يد العدل هي يد المالك الراهن ، ولهذا لو لحق العدل ضمان بأن هلك في يده ثم استحقه رجل ، يرجع به على الراهن دون المرتهن ، فالرهن لا يتم بقبض الراهن وإن اتفقاً عليه ، فكذا بقبض العدل . (٤) .

وحجة الجمهور في ذلك :

أولاً : أن قبض العدل في العقد فيجوز التوكيل فيه كسائر قبوض ، وما ذكره ينتقض بالقبض في البيع ، فيما يعتبر القبض فيه (٥) .

ثانياً : أن يد العدل يد المالك في الحفظ ، لأن العين عنده أمانة ، وفي حق المالية يد المرتهن ، لأن يده يد ضمان ، والمضمون هو المالية ، فتزل منزلة شخصين ليتحقق ماقصده من الرهن ، وهو حفظ العين ، والتوثق من الدين ، فصارت يده كيدهما ، ولهذا لا يكون لأحدهما أن يأخذه منه على الخصوص ، ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يسترده منه .

وإنما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق ، لأن هذا الضمان ضمان الغصب

-
- (١) المغني : ٤ / ٣١٤ / .
(٢) المصدر السابق : ٢ / ٣١٣ / .
(٣) المغني : ٤ / ٣١٤ / .
(٤) تبين الحقائق وحاشية الشلبي عليه : ٦ / ٨٠ / .
(٥) المغني : ٤ / ٣١٤ / .

وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ، ووجد ذلك من العدل والراهن ، ولم يوجد من المرتهن ، فلا يجب عليه (١) .

المبحث الثالث : صفة يد العدل على الرهن :

يؤخذ مما تقدم آنفاً أن يد العدل لها صفتان : صفة أمانة من حيث إنه نائب عن المالك ، فهو أمانة عنده ، ويد ضمان من حيث إنه نائب عن المرتهن ، وهو وديعه في ماله .

ولا مانع أن يكون الشخص الواحد ذا وصفين باعتبارين ، ولا أن تكون اليد الواحدة في حكم يدين باعتبارين ، وقد نظّر لذلك صاحب تبين الحقائق فقال : « ويجوز أن تجعل اليد الواحدة في حكم يدين ، ألا ترى أن الساعي - جابي الزكاة - يده جعلت كيد الفقير ويد صاحب المال ، حتى إذا هلكت الزكاة في يده أجزأته ، ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص ، يتم النصاب بما في يد الساعي كأنه في يد المالك ، فتجب عليه الزكاة ، ولا يملك استرداده ، ولو لم يجعل كأنه في يد المالك لم يتم به النصاب ، ولو لم يجعل يده كيد الفقير لملك استرداده (٢) »

المبحث الرابع : الأحكام التي تتعلق بوضع الرهن على يد العدل :

هناك أحكام تتعلق بوضع الرهن على يد العدل . فمن هذه الأحكام :

أولاً : ليس للعدل دفع العين المرهونة إلى أحد المتراهنين بلا إذن صاحبه ، لأن كل واحد منهما لم يرض بيد صاحبه ، بل رضيا بيد العدل (٣) ، ولأنه قد تعلق بالعين المرهونة حقهما ، لأن حق الراهن تعلق في الحفظ بيده وأمانته ، وحق المرتهن في الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما لإبطال حق الآخر (٤) .

ثانياً : لو دفع العدل الرهن إلى أحدهما ضمن ، لأنه مودع الراهن في حق العين ،

(١) تبين الحقائق : ٦ / ٨٠ / .

(٢) تبين الحقائق : ٦ / ٨٠ / .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ١٣٤ / .

(٤) تبين الحقائق : ٦ / ٨٠ / .

ومودع المرتهن في حق المالية ، وكل منهما أجنبي عن الآخر ، والمودع يضمن بالدفع إلى الأجنبي (١) .

ثالثاً : إذا هلك الرهن في يد العدل يهلك مضموناً على المرتهن ، لأن يده من حيث المالية يد المرتهن وهي مضمونة ، هذا عند الحنفية ، وأما عند الشافعية فلا يضمن إلا بالتعدي ، ويده كيد المرتهن يد أمانة لا يد ضمان .

رابعاً : ليس للعدل أن يبيع الرهن ما لم يسلط عليه ، وهذا لأن الثابت له بالوضع حق الإمساك لا التصرف ، ولو شرط أن يبيعه العدل جاز ، ولا يشترط مراجعة الراهن في الأصح عند الشافعية (٢) . وإن عزل الراهن العدل عن البيع صح عزله ، ولم يملك البيع ، وبهذا قال الشافعي ، وقال أبو حنيفة ومالك : لا ينزل لأن وكالته صارت من حقوق الرهن ، فلم يكن للراهن إسقاطه كسائر حقوقه (٣) وسيأتي البحث في ذلك .

خامساً : إذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدي بإتلافه أو بدفعه إلى الراهن أو المرتهن وأتلفه المدفوع إليه ، لا يستطيع العدل أن يجعل القيمة رهناً في يده ، نص على ذلك الحنفية .

وعلى ذلك الزيلعي بقوله : « لأن القيمة واجبة ، فلو جعلها رهناً في يده بصير قاضياً ومقتضياً وبينهما تناف ، ولكن يأخذانها منه ويجعلانها عنده أو عند غيره ، وإن تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الأمر إلى القاضي ، ليفعل ذلك .

فإذا جعلت القيمة رهناً بريهما أو برأي القاضي عند العدل الأول أو عند غيره ثم قضى الراهن الدين ، فإن كان العدل ضمن القيمة بالدفع إلى الراهن فالقيمة سالمة للعدل يأخذها ممن هي عنده إن كانت عند غيره أو عنده ، لو وصول المرهون إلى الراهن بالتسليم الأول إليه ، ووصول الدين إلى المرتهن بدفع الراهن إليه . ولا يلزم منه اجتماع البذل والمبدل في ملك واحد ، ولو أخذ الرهن لاجتماعهما في ملك واحد .

(١) المرجع السابق .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ١٣٥ . وانظر المغني لابن قدامة : ٤ / ٣١٦ .

(٣) المرجع السابق .

وإن كان العدل ضمن الرهن بالدفع إلى المرتهن ، فالراهن يأخذ القيمة من العدل إن كانت عنده ، أو من غيره إن كانت عند غيره ، لأن العين لو كانت قائمة أخذها من هي في يده إذا أدى الدين ، فكذلك يأخذ ما قام مقامها ، ولا جمع بين البذل والمبدل في ملك واحد .

ثم هل للعدل أن يرجع على المرتهن بذلك ؟ ينظر إن كان دفعه إليه على وجه العارية أو على وجه الوديعة في يد المرتهن لا يرجع ، وإن استهلكه المرتهن يرجع عليه ، لأن العدل بأداء الضمان ملك العين المرهونة ، وتبين أنه أعار أو أودع ملك نفسه ، فلا يضمن المستعير ولا المودع إلا بالتعدي ، وكذا إذا دفعه إليه بحقه بأن قال : خذ بحقك أو احبس بدينك ، لأنه دفع إليه على وجه الضمان (١) .

سادساً : انتهاء وكالة العدل بالبيع :

وكل الراهن العدل بالبيع عند حلول الدين ، ثم أراد أن يعزله عن هذه الوكالة فهل يحق له ذلك ؟

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن للراهن أن يفسخ الوكالة ويعزله عما فوضه إليه من البيع ، كما يحق له أن يعزل نفسه ، بناء على أن الوكالة عقد جائز فلكل واحد من الطرفين فسخه متى شاء (٢) .

وأما الحنفية فقد فرقوا بين أن تكون الوكالة في صلب عقد الرهن ، وأن تكون الوكالة بعد عقد الرهن .

أ - فإذا وقعت الوكالة في عقد الرهن ترتبت عليه الأحكام التالية :

١ - لا ينزل الوكيل بعزل الموكل ، لأن الوكالة لما شرطت في عقد الرهن صارت وصفاً من أوصافه وحققاً من حقوقه ، ألا ترى أنها لزيادة الوثيقة ؟ فتلزم بلزوم أصله ، ولأنه تعلق به حق المرتهن ، وفي العزل إبطال لحقه .

٢ - إذا وكله بالبيع مطلقاً ملك البيع بالنقد والنسيئة ، فإذا نهاه بعد ذلك عن البيع بالنسيئة ، لم يعمل نهيه ، لأنه لازم بأصله فكذا هو لازم بوصفه .

(١) تبين الحقائق : ٦ / ٨٠ - ٨١ / .
(٢) مغني المحتاج : ٢ / ١٣٥ . والمغني : ٤ / ٣١٦ .

٣ - لا ينزل هذا الوكيل بالعزل الحكمي كموت الموكل وارتداده ولحقوقه بدار الحرب ، لأن الرهن لا يبطل بموته ، لأنه لو بطل في هذه الحال لبطل لحق الورثة ، وحق المرتهن مقدم على حق الورثة .

٤ - أن الوكيل هنا إذا امتنع عن البيع أجبر عليه ، فإن أبى حبس ، فإن أبى باع القاضي عليه ، لدفع الضرر عن المرتهن .

٥ - إذا مات العدل بطلت الوكالة في ظاهر الرواية ، فلا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه ، لأن الوكالة لا يجري فيها التوارث ، ولأن الموكل رضي برأيه دون رأي سواء (١) .

ب - إذا وقعت الوكالة مفردة عن عقد الرهن ترتبت عليه الأحكام التالية :

١ - تبطل الوكالة بموت الموكل

٢ - ينزل الوكيل بعزل الموكل

٣ - إذا امتنع الوكيل هنا عن البيع لم يجبر عليه في ظاهر الرواية (٢) .

ونقل الكاساني عن أبي يوسف أن غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه ، قال رحمه الله : « وإن كان التسليط متأخراً عن العقد فللراهن أن يعزله ، وينزل بموت الراهن أيضاً ، لأن التسليط المتأخر عن العقد توكيل مبتدأ ، فينزل الوكيل بعزل الموكل وموته ، وسائر ما يخرج به الوكيل عن الوكالة ، وقد ذكرنا جملة ذلك في كتاب الوكالة . وهذا الذي ذكرنا جواب ظاهر الرواية . وعن أبي يوسف أن التسليط الطارئ على العقد والمقارن إياه سواء ، لأنه يلتحق بالعقد فيصير كالموجود عند العقد . والصحيح جواب ظاهر الرواية ، لأن التسليط لم يوجد عند العقد حقيقة ، وجعل المعدوم حقيقة موجوداً تقديراً لا يجوز إلا بدليل ولم يوجد (٣) » .

المطلب الثاني : في الرهن المستعار :

قد مضى معنا أن للعين المرهونة شروطاً يجب أن تتحقق حتى يصبح الرهن ،

(١) تبين الحقائق : ٦ / ٨٢ / .

(٢) انظر حاشية ابن عابدين : ٦ / ٥٠٤ / . وتبين الحقائق : ٦ / ٨٣ / .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ / ١٥١ / .

وهنا نساء هل يصح أن يستعير الراهن عيناً من غيره ليجعل ذلك رهناً بدينه ، وما الأحكام التي تتعلق بذلك ؟ .

وفيما يلي نجيب عن ذلك من خلال البحث في الأمور التالية :
جواز رهن المستعار - إطلاق الإعارة وتقييدها - موافقة الراهن المستعير لشروط المعير ومخالفته في ذلك - هلاك العين المستعارة للرهن - استعمال المستعير العين المستعارة للرهن - فك الرهن المستعار - موت المعير أو المستعير مفلساً .

المبحث الأول : في جواز رهن العين المستعارة للرهن :

إذا استعار شخص من آخر عيناً ليرهنها في دين فذلك جائز . وذلك لأن الرهن توثق وهو يحصل بمالا يملكه بدليل الإشهاد والكفالة (١) . ولأن الرهن بمثابة إيفاء الدين وقضائه . والإنسان بسبيل أن يقضي دين نفسه بمال غيره بإذنه (٢) .

قال ابن المنذر. أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن الرجل إذا استعار من الرجل شيئاً يرهنه على دنانير معلومة عند رجل سماه إلى وقت معلوم ، ففعل ؛ أن ذلك جائز (٣) .

المبحث الثاني : إطلاق الإعارة وتقييدها :

يذهب الشافعية في الأصح عندهم أنه يشترط في هذه الإعارة ذكر جنس الدين وقدره وصفته وكذا المرهون عنده . لاختلاف الأغراض في ذلك .

قال في المنهاج : « ويجوز أن يستعير شيئاً ليرهنه ، وهو في قول عارية ، والأظهر أنه ضمان دين في رقبة ذلك الشيء ، فيشترط ذكر جنس الدين وقدره وصفته ، وكذا المرهون عنده في الأصح (٤) » و يترتب على قولهم ضمان في رقبة ذلك الشيء إذا هلك الرهن لا يتعلق بذمة المعير شيء ، حتى لو مات لم يحل الدين (٥) .

- (١) مغني المحتاج : ٢ / ١٢٥ / .
- (٢) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣٦ / .
- (٣) المغني : ٤ / ٣٠٧ / .
- (٤) مغني المحتاج : ٢ / ١٢٥ / .
- (٥) المصدر السابق .

ويرى الشافعية بناء على اشتراط التقيد أنه إذا رهن بأقل مما عينه كأن عين له ألف ليرة فرهته بمائة ليرة أن الرهن لا يبطل لرضا المعير به في ضمن رضاه بالأكثر ، هذا إذا كان من جنسه . فلو قال : ارهنه بمائة دينار فرهته بمائة درهم لم يصح لاختلاف الجنس ، وإلى هذا أيضاً الحنابلة (١) .

ويرى الحنفية أن للمعير أن يطلق الإعارة من أجل الرهن ، وفي هذه الحال يعدّ الإطلاق حقاً للمستعير ، ولا يعدّ ذلك جهالة تفسد الإعارة ، لأن الجهالة المفسدة هي الجهالة التي تفضي إلى المنازعة ، وتمنع من التسليم والتسلم ، ومبنى الإعارة على التسامح ، فلا تجري فيها المضايقة ، ولا تفضي إلى المنازعة .

قال في البدائع : « ثم إذا أذن المالك بالرهن فإذنه بالرهن لا يخلو إما إن كان مطلقاً وإما كان مقيداً ، فإن كان مطلقاً فللمستعير أن يرهنه بالقليل والكثير ، وبأي جنس شاء ، وفي أي مكان كان ، ومن أي إنسان أراد ، ولأن العمل بإطلاق اللفظ أصل (٢) »

وللمعير عندهم أن يقيد عاريتة برهنها من مرتين معين ، أو في بلدة معينة ، أو بمقدار محدد من الدين وما إلى ذلك ، وفي هذه الحال يتقيد المستعير بما قيده به المعير ، وذلك لأن التقيد مقصود مقيد .

ولقد أوضح الكاساني ذلك بقبوله : « وإن كان مقيداً بأن سمي قدرأً أو جنساً أو مكاناً أو إنساناً يتقيد به ، حتى لو أذن له أن يرهنه بعشرة لم يجوز له أن يرهنه بأكثر منها ولا بأقل منها ، لأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن ، والإذن لم يتناول الزيادة فلم يكن له أن يرهن بالأكثر ولا بالأقل أيضاً ، لأن المرهون مضمون ، والمالك إنما جعله مضموناً بالقدر ، وقد يكون له في ذلك غرض صحيح ، فكان التقيد به مفيداً ، وكذلك لو أذن له أن يرهنه بجنس لم يجوز له أن يرهنه بجنس آخر ، لأن قضاء الدين من بعض الأجناس قد يكون أيسر من بعض ، فكان التقيد بالجنس مفيداً ، وكذا إذا أذن له أن يرهنه بالكوفة لم يجوز له أن يرهنه بالبصرة ، لأن التقيد

(١) المغني : ٤ / ٣٠٧ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣٦ .

بمكان دون مكان مفيد ، فيتقيد بالمكان المذكور ، وكذا إذا أذن له أن يرهنه من إنسان بعينه لم يجوز له أن يرهنه من غيره ، لأن الناس متفاوتون في المعاملات ، فكان التقيد مقيداً (١) .

المبحث الثالث : في موافقة الراهن المستعير لشروط المعير ومخالفته في ذلك :

أ - إذا وافق الراهن المستعير شروط المعير كان الرهن صحيحاً ، وأصبحت العين مرهونة بعد القبض ، وترتب على ذلك أحكام الرهن ، ومن هذه الأحكام أنها إذا تلفت عند المرتهن تملك أمانة في يده عند الشافعية ، فلا يضمن شيئاً ، كما أن الراهن أيضاً لا يضمن شيئاً ، لأنه لم يسقط عنه شيء من الحق . وهناك قول بضمان المستعير ، لأنه لم يتلف بالاستعمال المأذون به (٢) .

ويرى الحنفية - بناء على أصلهم في الضمان - أنه مضمون على المرتهن بالأقل من قيمته أو قيمة الدين ، فإن كانت العين المرهونة قيمتها مثل الدين أو أكثر ، سقط الدين عن الراهن ، لأن المرتهن استوفى دينه بالهلاك ، ويرجع المعير على المستعير بمثل ما قضى من الدين ، ولا يرجع بما زاد عن الدين بقيمتها ، لأن هذه الزيادة أمانة فلا تضمن .

وإن كانت قيمتها أقل من الدين سقط من الدين بمقدار قيمتها ، ويرجع المرتهن على الراهن بما بقي من الدين ، لأن الزائد لم يستوف ، ويضمن المستعير للمعير مقدار ماسقط عنه من الدين وهو قيمتها في هذه الصورة .
قال في البدائع : « وإن هلك في يد المرتهن وقد رهن على الوجه الذي أذن فيه ضمن الراهن للمعير قدر ماسقط عنه من الدين بهلاك الرهن ، لأنه قضى دين نفسه من مال الغير بإذنه بالرهن (٣) » .

ب - وإن خالف المستعير شروط المعير ، كأن أعاره ليرهنه عند واحد ، فرهنه عند اثنين مثلاً ، بطل الرهن عند الشافعية والحنابلة . وكما لو أعاره متاعاً ليرهنه بمائة دينار فرهنه بمائة درهم ، لاختلاف الجنس ، وكما لو أعاره متاعاً ليرهنه بدين

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣٦ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ١٢٥ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣٧ . وانظر الهداية مع شرح العناية عليه : ٨ / ٢٣٠ .

حالاً فرهنه بدين مؤجل، أما لو أعاره ليرهنه بمقدار معين فرهنه بمقدار أقل مع اتحاد الجنس فجائز كما سبق .

ولو أعاره متاعاً ليرهنه بمائة وخمسين مثلاً فرهنه بمائتين فالصحيح أن الرهن يبطل في الجميع ، وذهب بعض المتأخرين إلى صحة الرهن بالمائة والخمسين وبطلانه في الزائد ، ولكن هذا القول ليس بمعتمد (١) .

أما الحنفية فيرون في هذا أن للمعير فسخ الرهن واسترداد متاعه . لعدم صحة الرهن ، فإن هلاك الرهن كان للمعير تضمنين الراهن والمرتهن إذ إنهما غاصبان لماله ، ثم إن ضمن المعير المستعير الراهن ، تم عقد الرهن ، لأنه قد ملكه بأداء الضمان ، فتبين أنه رهن ملك نفسه .

وإن ضمن المرتهن رجع هذا على المستعير بما ضمن للمعير ، ورجع عليه أيضاً بدينه ، كما هو الشأن في استحقاق الرهن في المرتهن بعد هلاكه وضمانه (٢) .

المبحث الرابع : في هلاك العين المستعارة للرهن بيد المستعير :

لقد تحدثنا آنفاً عن هلاك العين المرهونة عند المرتهن في حالي موافقة المستعير للشروط ومخالفته .

ونتحدث فيما يلي عن هلاك العين المرهونة في يد المستعير ، قبل عقد الرهن أو بعد فكاكه .

ذهب الشافعية إلى أنه إذا هلك في يد المستعير ضمنه ، لأنه لم يهلك بالاستعمال ، لأن العارية عندهم تكون مضمونة إذا تلفت بغير الاستعمال ، وإن لم يكن هناك تعد (٣) .

وعند الحنفية لاضمان على المستعير ، سواء أكان الهلاك قبل عقد الرهن أو بعد الفكاك، لأن العين المرهونة إن هلك قبل الرهن فقد هلك في قبض العارية لافي قبض الرهن : وقبض العارية قبض أمانة لا قبض ضمان .

- (١) مغني المحتاج : ٢ / ١٢٥ / .
- (٢) تبين الحقائق : ٦ / ٨٩ / .
- (٣) مغني المحتاج : ٢ / ١٢٥ / .

وإن هلك بعد الفكك من يد المرتهن فقد هلك أيضاً في قبض العارية ، لأنها بالافتكك من يد المرتهن عادت عارية ، فكان الهلاك في قبض العارية (١) .

المبحث الخامس : في استعمال المستعير العين المستعارة للرهن :

إذا استعمل المستعير العين المعارة للرهن قبل أن يرهنها ، ثم رهنها ، ثم قضى الدين فهلك العين عند المرتهن قبل أن يستردها ، فلا ضمان على الراهن عند الحنفية ، لأنه وإن كان يضمن بالاستعمال لكنه برىء من الضمان بعد أن رهنها ، فكان أميناً خالف ثم عاد إلى الوفاق ، فبرىء من الضمان .

وكذلك الحكم إذا افتك المستعير العين المستعارة ثم استعملها ، فلم تلتف بالاستعمال ثم تلفت بعد ذلك ، لأنه بعد الفكك بمنزلة الوديع ، والوديع إذا خالف ثم رجع إلى الوفاق ، فإنه يبرأ عن الضمان كما هو مذكور في باب الوديعة عند الحنفية (٢) .

المبحث السادس : في فك المعير للرهن المستعار :

إذا عجز الراهن عن افتكك الرهن المستعار فأراد المعير المالك أن يفتكه أجبر المرتهن على القبول ، لأن المعير غير متبرع بقضاء الدين ، لما فيه من تخليص ملكه ، ويرجع بجميع ما قضى على المستعير ، وذهب الكرخي إلى أنه يرجع بقدر ما يملك من الدين به ، ولا يرجع بالزيادة عليه ، ويكون متبرعاً فيها ، فلو كان المستعير رهن بألفين وقيمة الرهن ألف ، فقضى المالك ألفين رجع على المستعير بألف عند الكرخي وبألفين عند غيره (٣) .

وأما الأجنبي إذا قضى الدين فلا يجبر المرتهن على القبول لأنه متبرع ، إذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفرغ ذمته ، فكان للطالب أن لا يقبله .

(١) انظر الهداية والصناية عليها : ٨ / ٢٣١ . والبداية : ٦ / ١٣٦ . وتبيين الحقائق : ٦ / ٩٠ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣٦ . وحاشية ابن عابدين : ٦ / ٥١٥ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣٧ . وحاشية ابن عابدين : ٦ / ٥١٥ .

المبحث السابع : في موت المستعير أو المعير مفلساً :

أ - إذا مات المستعير مفلساً فالرهن باق على حاله ، ولا يباع إلا برضا المعير ، لأنه ملكه ، ولو أراد المعير البيع وامتنع المرتهن من بيعه ، يبيع من غير رضاه إذا كان فيه وفاء ، لأن حقه في الاستيفاء وقد حصل ، وإن لم يكن فيه وفاء لم يبيع إلا برضاه ، لأن له في الحبس منفعة ، فلعل المعير يحتاج إلى الرهن فيخلصه بالإيفاء ، أو ترداد قيمته بتغير السعر فيستوفى حقه منه .

ب - ولو مات المعير مفلساً وعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه ، ويرد الرهن ليصل كل ذي حق إلى حقه ، وإن عجز لفقره فالرهن باق على حاله كما لو كان المعير حياً ، ولورثته أخذه إن قضوا دينه ، لأنهم بمنزلة المورث ، فإن طلب غرماء المعير وورثته بيعه ، فإن كان فيه وفاء يبيع ، وإلا فلا يباع إلا برضا المرتهن ، كما مر في المعير (١) .

المطلب الثالث : في نماء الرهن :

نماء الرهن ما يكون متولداً من الرهن الأصلي ، كثمر الشجر ، وولد الشاة ولبنها وصوفها وأجرة الدار وما أشبه ذلك . ويطلق عليها بعض الفقهاء « زيادة الرهن » كما في الأم .

اتفق الفقهاء جميعاً على أن نماء الرهن وزيادته هي ملك للراهن ، ولكنهم اختلفوا في أن هذا النماء وهذه الزيادة أتدخل في الرهن فتبقى محبوسة معه ، أم لا تدخل ويحق للراهن أن يأخذها وينتفع بها ، ولا تدخل مع العين في البيع إذا أراد المرتهن استيفاء حقه من الرهن ؟ .

أ - ذهب الشافعية إلى التفرقة بين الزيادة المتصلة كالسمن والزيادة المنفصلة كالولد واللبن والثمر وما أشبه ذلك ، فذكروا أن الزيادة المتصلة تدخل في الرهن لعدم انفصالها وتمييزها عنه ، وأما الزيادة المنفصلة فلا تدخل في الرهن . وحجتهم في ذلك مامر من قوله عليه الصلاة والسلام : « له غنمه وعليه غرمه » وقالوا أيضاً : إنه عقد لا يزيل الملك عن الرقبة . فلا يسرى إليها كالإجارة (٢) .

- (١) تبين الحقائق : ٦ / ٩٠ .
(٢) المفني لابن قدامة : ٤ / ٣٤٨ . ومغني المحتاج : ٢ / ١٣٩ . وانظر الام : ٣ / ١٤٤ .

ب - وذهب الحنفية إلى أن نماء الرهن داخل في الرهن سواء أكان متصلاً أم منفصلاً . غير أن ما يكون بدلاً عن المنفعة كالكسب في العبد ، والأجرة في الدار ، لا تدخل في الرهن .

وقاعدتهم في ذلك : أن كل ما يتولد من عين الرهن يسرى إليه حكم الرهن ، وما لا يتولد من عين الرهن لا يسرى إليه حكم الرهن ، فالأول كالسمن واللبن والولد ، والثاني كبديل الاجارة (١) .

وحجتهم أن الفروع تابعة للأصول فوجب لها حكم الأصل ، وكذلك حكم الولد تابع لحكم أمه في التدبير والكتابة .

ج - وذهب الحنابلة إلى أن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل .

قال ابن قدامة : « إن نماء الرهن جميعه وغلاته تكون رهناً في يد من الرهن في يده كالأصل ، وإذا احتيج إلى بيعه في وفاء الدين بيع مع الأصل ، سواء في ذلك المتصل كالسمن والتعلم ، والمنفصل كالكسب والأجرة والولد والثمرة واللبن والصوف والشعر (٢) » .

د - وذهب مالك إلى التفريق في الزيادة المنفصلة فقال : ما كان من نماء الرهن المنفصل على خلقة وصورته فإنه داخل في الرهن ، كولد البجارية ، وأما ما لم يكن على خلقة فإنه لا يدخل في الرهن ، كان متولداً عنه كثمر النخل ، أو غير متولد ككراء الدار وخراج الغلام (٣) .

وحجة مالك أن الولد تابع لحكم أمه في البيع ، أي هو تابع لها ، وفرق بين الثمر والولد في السنة المفرقة في ذلك ، وذلك أن الثمر لا يتبع في بيع الأصل إلا بالشرط ، وولد البجارية يتبع بغير شرط (٤)

المطلب الرابع : في الزيادة في الرهن أو الدين :

أ - إذا رهن شخص داراً في دين ، ثم أراد الراهن وضع دار أخرى ، لتكون مع الأولى رهناً بهذا الدين جاز ذلك . عند الشافعية . قال الشافعي في الأم :

- (١) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٥٢١ / (٢) المغني : ٤ / ٣٤٧ /
(٣) بداية المجتهد : ٢ / ٢٧٦ / (٤) المصدر السابق .

« ولو أن رجلاً ارتهن من رجل رهناً بألف وقبضه ، ثم زاده رهناً آخر مع رهنه بتلك الألف كان الرهن الأول والآخر جائزاً ، لأن الرهن الأول بكماله بالألف ، والرهن الآخر زيادة معه لم تكن للمرتهن حتى جعلها له الراهن ، فكان جائزاً ، كما جاز أن يكون له حق بلا رهن ثم يرهنه به شيئاً جاز (١) » .

ولم مثل ماذهب إليه الشافعية ذهب الحنفية ماعدا زفر (٢) .

وعلى القول بزيادة الرهن تصبح الزيادة مرهونة قصداً . ويجري عليها جميع أحكام الرهن .

ب - وأما الزيادة في الدين على ما كان مرهوناً ، وذهلك كأن يرهن إنسان داراً على ألف دينار يقرضها ، ثم يأتي ويريد أن يقرض ألفاً أخرى على أن تكون الدار قرصاً بالألفين .

ذهب الجمهور من الفقهاء - ومنهم أبو حنيفة والشافعي في الجديد - إلى عدم جواز ذلك ، وحجتهم في ذلك : أن هذا نقص في الوثيقة ، لأنه صار بعضها رهناً بالدين الآخر ، بخلاف الزيادة في الرهن فإنه زيادة في الوثيقة كما مر ،

وأيضاً فإن الزيادة في الدين شغل مشغول فلا يصح ، وأما الزيادة في الرهن فإنها شغل فارغ فيصح (٣) .

ويزيد الحنفية على ذلك - بناء على أصلهم من عدم جواز رهن المشاع - أن الزيادة في الدين توجب الشبوع في الرهن ، لأن الزيادة في الدين تثبت فيه ضمان الدين الثاني ، فيكون بعض الرهن مضموناً به ، وبعضه مضموناً بالدين الأول ، وذلك البعض مشاع ، بخلاف الزيادة في الرهن ، لأنها توجب تحول بعض الدين إلى الرهن الثاني ، لأن الدين ينقسم عليهما ، فصار الشبوع في الدين لا في الرهن ، وذلك غير مانع صحة الرهن (٤) .

(١) الأم : ٣ / ١٣٧ / ٠ .

(٢) الهداية : ٨ / ٢٤١ / ٠ .

(٣) مفتي المحتاج : ٢ / ١٢٨ / ٠ .

(٤) تبين الحقائق : ٦ / ٩٥ / ٠ .

ويرى أبو يوسف والشافعي في القديم جواز الزيادة في الدين ، كما أجازوا الزيادة في الرهن .

وحجتهم في ذلك أن الدين في باب الرهن كالثمن في البيع ، والرهن كالثمن ، فتجوز الزيادة فيهما . والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة ، وإمكان الإلحاق فيهما كما في البيع (١) .

المطلب الخامس : في تعدد أطراف الرهن :

يتعلق هذا البحث فيما يمكن تعدده في عقد الرهن . وهو ثلاثة أمور : تعدد الراهنين مع اتحاد الرهن - تعدد المرتهين - تعدد العين المرهونة ، وفيما يلي نتحدث عن كل نوع من هذه الأنواع .

البحث الأول : تعدد الراهنين :

وذلك كأن يرهن شخصان بدين عليهما رهناً واحداً كدار أو سجادة أو بستان . سواء أكان ثبوت الدين عليهما في صفقة واحدة ، أم كان كل منهما على حدة . ولقد اتفق الفقهاء على جواز ذلك ، لأن هذا ليس فيه شيوخ ، فـرهن الاثنين من الواحد يحصل به القبض من غير إشاعة ، فصار كرهن واحد ، وصار المرتهن كالبائع ، والراهنان كالمشتريين (٢) .

ولكن إذا وفي أحد الراهنين ماعليه من الدين هل يصح له أن يفتك مايقابله من الرهن ؟

ذهب الشافعية إلى أنه إن دفع أحد الراهنين ماعليه من الدين انفك قسطه من الرهن . قال في شرح المنهاج : « ولو رهناه بدين فبريء أحدهما مما عليه انفك نصيبه ، لتعدد الصفقة بتعدد العاقد ، ولو اتحد وكيلهما . قال الإمام : لأن المدار

(١) المصدر السابق .

(٢) تبين الحقائق : ٦ / ٧٩ / .

على اتحاد الدين وعدمه ، ومتى تعدد المستحق أو المستحق عليه تعدد الدين (١) «
وكذلك الحكم عند الخنابلة (٢) .

وذهب الحنفية إلى أنه يحق للمرتهن حبس الرهن وإمساكه حتى يستوفي الدين كله ، فإذا أدى أحدهما ماعليه من الدين لم يكن له أن يقبض شيئاً من الرهن . لأن فيه تفريق الصفقة على المرتهن في الإمساك ، ولأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع (٣) .

المبحث الثاني : تعدد المرتهنين :

وذلك أن يرهن شخص داره من رجلين بدين لكل واحد منهما عليه ، ويقبل الرجلان ذلك ، سواء أكانا شريكين في الدين ، أم لم يكونا شريكين فيه .

لقد اتفق الفقهاء على جواز هذا الرهن ، لما ذكره الشافعية آنفاً ، ولما ذكره الحنفية من أن ذلك يصح لعدم الشيوع ، لأن الرهن أضيف إلى العين جميعها ، في صفقة واحدة (٤) .
ولكن إذا وفي دين أحدهما هل يحق له أن يفتك ما يقابله من الرهن ؟

ذهب الشافعية إلى أنه يفتك ما يقابله من الرهن ، قال في شرح المنهاج : « ولو رهنه عند اثنين فبريء من دين أحدهما انفك قسطه لتعدد مستحق الدين (٥) » .

وذهب الحنفية إلى أنه يعدّ الرهن كله محبوساً بدين كل منهما ، فإذا قضى الراهن دين أحدهما . بقي كله رهناً في يد الآخر ، لأن العين كلها رهن في يد كل منهما بلا تفريق وذلك مثل حبس المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصته من الثمن (٦) .

المبحث الثالث : في تعدد العين المرهونة :

وذلك كان يقول الراهن للمرتهن : - رهنتك هاتين الدارين ، كل واحدة منهما بألف دينار . ويسلمهما في مقابلة ألفي دينار عليه . -

-
- (١) مغني المحتاج : ٢ / ١٤١ / .
 - (٢) المغني : ٤ / ٣٦٠ / .
 - (٣) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٤٩٨ / . وشرح الهداية : ٨ / ٢١٩ / .
 - (٤) شرح الهداية : ٨ / ٢١٨ / .
 - (٥) مغني المحتاج : ٢ / ١٤٢ / .
 - (٦) شرح الهداية : ٧ / ٢١٨ / .

اتفق الفقهاء على جواز هذا العقد ، ولكن اختلفوا في أنه إذا أدى ألف دينار هل يحق له أن يفتك إحدى الدارين .

في رواية الأصل عند الحنفية ليس له ذلك ، لأن العقد متحد ، فلا يتفرق بتفريق التسمية كما في البيع .

وفي الزيادات عندهم : له أن يقبض إحدا . إذا أدى ماسمي لها ، لأن التفريق يثبت في الرهن بتسمية حصّة كل منهما ، لأن قبول العقد في أحدهما لا يكون شرطاً لصحة العقد في الآخر ، حتى إذا قبل في أحدهما صح .

وأما إذا رهن الدارين بالدين من غير تفريق ففرض حصّة إحداهما لم يكن له أن يقبضه حتى يؤدي باقي الدين ، وذلك لأن الرهن محبوس بكل الدين ، فيكون محبوساً بكل جزء من أجزائه مبالغة في حمله على قضاء الدين (١) ، ويكون ذلك كحس المبيع في يد البائع حتى يستوفي كل الثمن . ولقد نص على ذلك الإمام الشافعي في الأم (٢) .



(١) شرح الهداية : ٨ / ٢١٦ / ٠ .
(٢) انظر الأم : ٣ / ١٥٢ / ٠ .

الباب الثاني

الصلح

ويتضمن الفصول التالية :

الفصل الأول : في تعريف الصلح .

- وأنواع الصلح وبيان النوع المراد بهذا البحث .
- ومشروعية الصلح ودليلها وحكمتها .

الفصل الثاني : أقسام الصلح في المعاملات .

- الصلح مع الإقرار .
- الصلح مع الإنكار .
- الصلح مع سكوت المدعى عليه .
- الصلح بين المدمي والأجنبي .

الفصل الثالث : في أركان الصلح وشروط كل ركن .

الصلح عن المجهول .

الفصل الرابع : في التزامه على الحقوق المشتركة .

الفصل الخامس: في مبطلات الصلح وحكم الصلح بعد بطلانه .

الفصل الأول

تعريف الصلح - أنواع الصلح وبيان النوع المراد مشروعية الصلح ودليلها

المطلب الأول : في تعريف الصلح :

الصلح في اللغة : قطع النزاع ، والتوفيق بين الخصوم والسلم فيما بينهم .
قال في المصباح المنير : وصالحه صلاحاً من باب قاتل ، والصلح اسم منه ،
وهو التوفيق ، ومنه صلح الحديبية .

وقال في القاموس : والصلح بالضم السلم ويؤنث .

وقال في لسان العرب : والصلح تصالح القوم فيما بينهم ، وانصلح السلم ،
وقد اصطلحوا وصالحوا واصلحوا وتصلحوا واصالحوا مشددة الصاد ، قلبوا التاء
صاداً وأدغموها في الصاد بمعنى واحد .

والصلح شرعاً : عقد يحصل به ذلك

قال في مغني المحتاج بعد أن عرف الصلح في اللغة بأنه قطع النزاع قال : وشرعاً :
عقد يحصل به ذلك (١) .

وقال في نتائج الأفكار بعد أن عرفه لغة : وفي الشريعة : عبارة عن عقد وضع
لرفع المنازعة (٢) .

وعرفه ابن قدامة في مغنية بقوله : الصلح : معاهدة يتوصل بها إلى الإصلاح بين
المختلفين (٣) . ولا يقع غالباً إلا بأقل من المدعى به على سبيل المداراة لبلوغ الغرض (٤)

(١) مغني المحتاج : ٢ / ١٧٧ / .

(٢) نتائج الأفكار : ٧ / ٢٣ / .

(٣) المغني : ٤ / ٤٢٧ / .

(٤) مطالب أولي النهى : ٣ / ٣٣٤ / .

المطلب الثاني : في أنواع الصلح وبيان النوع المراد بهذا البحث :

يطلق الصلح في الشرع على أنواع ، ولكن المراد به هنا الصلح بين المتخاصمين في المعاملات .

قال في مغني المحتاج بعد أن عرف الصلح : وهو أنواع : صلح بين المسلمين والكفار ، وبين الإمام والبغاة ، وبين الزوجين عند الشقاق ، و صلح في المعاملة ، وهو مقصود الباب (١) .

وقال ابن قدامة في مغنيه : « ويتنوع أنواعاً : صلح بين المسلمين وأهل الحرب ، و صلح بين أهل العدل وأهل البغي ، و صلح بين الزوجين إذا خيف الشقاق بينهما ، قال الله تعالى : « وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما » وقال الله تعالى : « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير » وروي أبو هريرة أن رسول ال صلى ال عليه وسلم قال : «الصلح بين المسلمين جائز إلا صلحاً حرم حلالاً أو أحل حراماً» أخرجه الترمذي وقال حديث حسن صحيح .

وروي عن عمر : أنه كتب إلى أبي موسى الأشعري بمثل ذلك ، وأجمعت الأمة على جواز الصلح في هذه الأنواع التي ذكرناها ، ولكل واحد منها باب يفرد له ، ويذكر فيه أحكامه ، وهذا الباب للصلح بين المتخاصمين في الأموال (٢) .

المطلب الثالث : في مشروعية الصلح ودليلها وحكمتها :

مشروعية الصلح ودليلها :

الصلح جائز بين الناس ، بل مندوب إليه ، ولذلك وصفه القرآن بأنه خير . وقد ثبتت مشروعيته بالقرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع .

أما القرآن الكريم : فقولهُ سبحانه في الصلح بين الزوجين : « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير (٣) » والآية وإن كانت نازلة في شأن الصلح بين الزوجين ، إلا أن المقصود بها العموم ،

(١) مغني المحتاج : ١٧٧/٢ . (٢) المغني : ٤ / ٤٢٧ .

(٣) النساء : ١٢٨ .

لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، ومما يدل على أن المراد بها العموم إعادة لفظ الصلح فيها بالاسم الظاهر بدل المضمّر ، والاسم الظاهر المقرون بأل الجنسية يفيد العموم والاستغراق .

وأما السنة النبوية: فما روي عن النبي على الله عليه وسلم أنه قال: « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً (١) » والصلح الذي يحل الحرام - كما ذكره الخطيب في مغنيه - أن يصالح على خمر ونحوه ، أو من دراهم على أكثر منها ، والذي يحرم الحلال : أن يصالح زوجته على أن لا يطلقها ونحو ذلك . والكفار في هذا الصلح كالمسلمين ، وإنما خصوا بالذكر لانقيادهم إلى الأحكام غالباً (٢) .

وأما الإجماع: فقد انعقد إجماع أئمة المسلمين على جوازه من حيث الجملة، وقد مرّ بك نقل ابن قدامة الإجماع .

حكمة تشريع الصلح: لقد دعا الاسلام إلى الاعتصام والوحدة ، ونبذ الاختلاف والفرقة ، وحث على التعاون والتسامح . وحارب بواعث الخلاف والشقاق بين المجتمع وجعل شعار المؤمن الصادق السماحة في المعاملة في بيعه وشرائه ، وقضائه واقتضائه ، فقال عليه الصلاة والسلام فيما رواه جابر بن عبد الله : « رحم الله رجلاً سمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى (٣) » .

ولما كان الصلح في طليعة الأحكام التي تحقق أهداف الإسلام في التعاون والقضاء على عوامل التفرقة والتزاع أقره التشريع الإسلامي، وجعله الله في كتابه الكريم من الخير الذي تتطلع إليه النفوس السامية ، وتسترخص في سبيله كل غال ، كما حذرت فصوص كثيرة أصحاب النفوس الوضيعة التي استبد بها الطمع والجشع فاستسأغت الاعتداء على الحقوق وأكل أموال الناس بالباطل ، حذرته من سوء العاقبة في الآخرة ، ومن العقوبة الرادعة التي قررها الشرع في الدنيا .

- (١) الحديث أخرجه الترمذي برقم (١٣٥٢) وقال: حديث حسن صحيح وابن ماجه في الاحكام برقم (٢٣٥٣) وأبو داود في الاقضية برقم (٣٥٩٤) وأخرجه أيضا الحاكم وابن حبان وصححه . انظر: نيل الاوطار: ٥ / ٢٥٥ .
- (٢) مغني المحتاج: ٢ / ١٧٧ .
- (٣) البخاري في البيوع: ٣ / ٩ . وابن ماجه في التجارات برقم (٢٢٠٣) .

الفصل الثاني

في أقسام الصلح في المعاملات

الصلح مع الإقرار - الصلح مع الإنكار - الصلح مع سكوت المدعى عليه -
الصلح مع المدعى والأجنبي

المطلب الأول : في أقسام الصلح في المعاملات :

قسم فقهاء الشافعية الصلح على قسمين : أحدهما ما يجري بين المتداعيين ،
وثانيهما ما يجري بين المدعى والأجنبي .

ثم إنهم قسموا ما يجري بين المتداعيين إلى صلح مع الإقرار ، و صلح مع الإنكار ،
ثم بينوا حكم كل قسم من هذه الأقسام .

أما فقهاء الحنفية فقد قسموا الصلح إلى ثلاثة أنواع : صلح مع الإقرار ، و صلح
مع الإنكار . و صلح مع السكوت ، ثم قسموا كلاً من هذه الثلاثة إلى قسمين : صلح
بين المدعى والمدعى عليه ، و صلح مع المدعى والأجنبي المتوسط ، فإن كان الصلح
بين المدعى والمدعى عليه فكل واحد من الأنواع الثلاثة جائز عندهم (١) .

فائدة : الصلح يتعدى للمأخوذ بالباء أو على ، وللمتروك بمن أو عن ، تقول :
صالحته من ألف أو عن ألف بخمسمائة أو على خمسمائة ، وقد نظم ذلك بعضهم
بقوله :

بالباء أو على يعدى الصلح لما أخذته فهذا نصح
ومن وعن أيضاً لما قد تركا في أغلب الأحوال ذا قد سلكا
وإليك بيان أنواع الصلح وحكم كل نوع :

(١) البدائع : ٤٠/٦ .

المطلب الثاني : في الصلح مع الإقرار :

هو أن يدعي شخص على آخر شيئاً ، فيعترف ويقرّ المدعى عليه بهذا الحق ، ثم يصالح المدعي المدعى عليه عن المدعى به على شيء غير المدعى . سواء أكان المصالح عليه عيناً كدار ، أو منفعة لغير العين المدعاة ، كخدمة في مكان مدة معينة ، أو سكنى دار ، أو على بعض العين المدعاة كنصف الدار مثلاً .

وهذا النوع من الصلح جائز بإجماع المسلمين ، وهو الذي يدخل دخولاً أولاً في قوله عليه الصلاة والسلام : « الصلح جائز بين المسلمين .. » .

وهذا الصلح ينقسم إلى قسمين : صلح عن عين و صلح عن دين .

أ - الصلح عن العين :

ينقسم الصلح عن العين إلى قسمين : صلح معاوضة ، و صلح حطيطة .

١ - صلح المعاوضة : هو أن يجري الصلح بين المتداعيين على غير العين المدعاة ، كما إذا ادعى شخص على آخر عيناً كدار مثلاً ، وأقرّ له المدعى عليه بها ، ثم اتفقا على المصالحة على شيء غير العين المدعاة .

فإن وقعت المصالحة على عين أخرى كبستان أو سيارة ، فهو بيع للعين المدعاة بما تصالحا عليه ، وثبتت في هذا الصلح أحكام البيع ، كالردّ بالعيب ، وثبوت خيار المجلس ، وثبوت خيار الشرط ، والشفعة ، ومنع تصرفه في المصالح عليه قبل القبض . واشترط التقابض إن اتفقا في علة الربا ، ويحرم فيه ما يحرم في البيع من من الغرر والجهالة ، ويفسده ما يفسد به البيوع من الشروط الفاسدة .

وإن كان المصالح عليه منفعة لغير العين المدعاة ، فهي عقد إجارة باسم الصلح ، فيثبت فيه أحكام الإجارة ، لأن حد الإجارة يصدق على ذلك .

وإن كانت المصالحة على منفعة العين المدعاة ، فإنها عارية يثبت فيها أحكام العارية ، فإن عين مدة فهي إعارة مؤقتة ، وإلا فإعارة مطلقة (١) .

٢ - صلح الحطيطة : هو أن يجري الصلح بين المتداعيين على بعض العين كنصف

(١) مغني المحتاج : ٢ / ١٧٧ فما بعدها / . والمهذب : ١ / ٣٤٠ / .

الدار مثلاً ، فهو هبة للنصف الباقي لصاحب اليد على الدار ، وثبتت فيه أحكام الهبة المذكورة في باب الهبة ، من اشتراط القبول وغيره ، لصدق تعريفها على ذلك (١) .

ب - الصلح عن دين :

وهو أيضاً قسمان : صلح معاوضة و صلح حطيطة

١ - صلح المعاوضة : وهو أن يدعي إنسان على آخر ديناً فيقر المدعي عليه بذلك ثم هما يتصالحان على عين ، فهذا أيضاً حكمه حكم البيع ، فإن اتفق العوضان في علة الربا اشتراط قبض العوض في المجلس ، وإلا فلا ، وإن كان المصالح عليه منفعة فله حكم الإجارة .

٢ - صلح الحطيطة : وهو أن يختصم الدائن مع المدين المقر بالدين ، ثم يتفق على المصالحة بينهما بحط قسم من الدين. فهذا صلح صحيح ، ويكون إبراء للمدين من بقية الدين ، وذلك كأن يقول الدائن : صالحتك من الألف التي لي عليك بخمسمائة (٢) .

ودليل صحة هذا الصلح ما روي عن كعب بن مالك : « أنه طلب من عبد الله بن أبي حذرد ديناً له عليه ، فارتفعت أصواتهما في المسجد حتى سمعها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فخرج إليهما ونادى : يا كعب ، فقال : لبيك يا رسول الله ، فأشار بيده أن ضع الشطر فقال : قد فعلت ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قم فأقبضه (٣) » .

ويصح هذا الصلح بلفظ الصلح كما أسلفنا ، ويصح بلفظ الإبراء والحط والإسقاط ونحوها .

فلذا جرى بلفظ الإبراء وما شابهه لم يشترط القبول ، سواء أكان الإبراء إسقاطاً أم تملكياً ، لأن المعنى الغالب فيه الإسقاط ، ولا بدّ عند ذلك من تحقق شروط الإبراء فيه ، وهي خمسة :

١ - أن يكون المبريء من أهل التبرع .

-
- (١) انظر المصادر السابقة .
 - (٢) انظر المصادر السابقة . وانظر أيضاً بدائع الصنائع : ٦ / ٤٢ فما بعدها .
 - (٣) الحديث أخرجه البخاري في كتاب الصلاة ، ومسلم في المساقاة برقم (١٥٥٨) .

٢ - أن يكون عالماً بما أبرأ منه .

٣ - أن يكون الإبراء عن دين .

٤ - أن لا يكون معلقاً .

٥ - أن لا يكون مؤقتاً .

وأما إذا جرى بلفظ الصلح ، فلا بدّ فيه من سبق خصومة ، لأن من شروط الصلح سبق خصومة ، سواء أكانت عند حاكم أم لا . ولا بدّ فيه أيضاً من القبول ، كسائر أنواع الصلح (١) .

وهل إذا امتنع المدين من الوفاء في الباقي يعود الدين كما كان ؟
أجاب الخطيب الشربيني عن ذلك بقوله : « وهل يعود الدين إذا امتنع المبرأ من أداء الباقي أم لا ؟ وجهان أصحهما عدم العود (٢) . »

المطلب الثالث : في الصلح مع الإنكار « إنكار المدعى عليه » :

إذا ادعى إنسان على آخر ديناً أو عيناً وأنكر المدعى عليه ذلك الحق المدعى ، فهل يجوز الصلح مع هذا الإنكار ؟

ذهب الشافعية إلى أن الصلح مع الإنكار غير جائز ، قال في شرح منهج الطلاب : « أو كان الصلح على غير إقرار من إنكار أو سكوت ، وذكر السكوت من زيادتي ، لغا الصلح ، كأن ادّعى عليه داراً فأنكر أو سكت ثم تصالحا عليها أو على بعضها أو على غير ذلك كثوب أو دين (٣) »

واحتج الشافعية لما يقولون ، بأن الصلح مع الإنكار يتوصل به إلى تحريم الحلال ، وإحلال الحرام ، وهذا غير جائز ، لأن الرسول عليه الصلاة والسلام قال : « الصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً » .

بيان ذلك أن المدعي إن كان كاذباً في دعواه ، فقد استحلّ بالصلح مال المدعى عليه ، وهو حرام ، وإن كان صادقاً فقد حرّم على نفسه ماله وهو حلال له ، كما

(١) مفني المحتاج : ٢ / ١٧٨ فما بعدها .

(٢) مفني المحتاج : ٢ / ١٧٩ .

(٣) شرح المنهج للشيوخ زكريا الأنصاري : ٣ / ٦ .

إن المدعى عليه قد أخرج المدعي بإنكاره فاضطره لإبرائه من بعض الدين الذي عليه ، وهو حرام ، وبذلك يكون كل من المتصالحين داخلاً في قوله عليه الصلاة والسلام : « إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً (١) » .

وذهب الأئمة الثلاثة - الحنفية والحنابلة والمالكية - إلى جواز الصلح مع الإنكار واستدلوا لما يقولون :

١ - بظاهر العموم في قوله تعالى : « والصلح خير » وفي قوله عليه الصلاة والسلام : « الصلح جائز بين المسلمين » .

٢ - بما ورد عن عمر رضي الله عنه أنه قال : « ردّوا الخصوم حتى يضطلحوا ، فإن فصل القضاء يورث بينهم الضغائن ، فقد أمر رضي الله عنه برد الخصوم إلى الصلح مطلقاً ، وكان ذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم ، ولم ينكر عليه أحد ، فيكون إجماعاً من الصحابة ، فيكون حجة قاطعة .

٣ - أن الصلح شرع للحاجة إلى قطع الخصومة والمنازعة ، والحاجة إلى قطعها في التحقيق عند الإنكار ، إذ الإقرار مسالمة ومساعدة ، فكان أولى بالجواز .

ولهذا قال أبو حنيفة رضي الله عنه : أجوز ما يكون الصلح على الإنكار (٢) . ولقد ناقش ابن قدامة في مغنيه دليل الشافعية فقال : « فإن قالوا : فقد قال : « إلا صلحاً أحلّ حراماً » وهذا داخل فيه ، لأنه لم يكن له أن يأخذ من مال المدعى عليه ، فحلّ بالصلح .

قلنا : لانسلم دخوله فيه ، ولا يصح حمل الحديث على ما ذكره لوجهين : أحدهما : أن هذا يوجد في الصلح بمعنى البيع ، فإن يحلّ لكل واحد منهما ما كان محرماً عليه قبله ، وكذلك الصلح بمعنى الهبة ، فإنه يحلّ للموهوب له ما كان حراماً عليه ، والإسقاط يحلّ له ترك أداء ما كان واجباً عليه .

الثاني : أنه لو حلّ به المحرم لكان صحيحاً ، فإن الصلح الفاسد لا يحلّ الحرام وإنما معناه : ما يتوصل به إلى تناول المحرم مع بقاءه على تحريمه ، كما لو صالحه على

(١) مغني المحتاج : ٢ / ١٨٠ . وحاشية البجيرمي على المنهج : ٣ / ٦ / .

(٢) المغني لابن قدامة : ٤ / ٤٢٧ . وبدائع الصنائع : ٦ / ٤٠ / .

استرقاق حرّ ، أو احلال بضع محرم ، أو صالحه بخمر أو خنزير ، وليس مانحن فيه كذلك .

وعلى أنهم لا يقولون بهذا فإنهم يبيحون لمن له حق يحجده غريمه أن يأخذ من ماله بقدره أو دونه ، فإذا حلّ له ذلك من غير اختياره ولا علمه ، فلأن يحلّ برضاه وبذله أولى ، وكذلك إذا حلّ مع اعتراف الغريم فلأن يحلّ مع حجده وعجزه عن الوصول إلى حقه إلا بذلك أولى .

ولأن المدعي ههنا يأخذ عوض حقه الثابت له ، والمدعى عليه يدفعه لدفع الشرع وقطع الخصومة ، ولم يرد الشرع بتحريم ذلك في موضع (١) .

المطلب الرابع : الصلح مع سكوت المدعى عليه :

ذهب الشافعية إلى أن الصلح مع السكوت كالصلح مع الإنكار ، فلا يصح الصلح مع السكوت ، لأن الساكت منكر حكماً .

وذهب الجمهور القائلون بجواز الصلح مع الإنكار ، ذهبوا إلى جواز الصلح مع السكوت ودليلهم في ذلك مأمّر في جواز الصلح مع الإنكار .

المطلب الخامس : الصلح بين المدعي والأجنبي :

قد يقع الصلح بين المدعي وأجنبي ، وهذا الصلح يقع على حالات متنوعة ، ولكل حال منها حكم يتعلق به

الحالة الأولى: أن يقول الأجنبي: وكلني المدعى عليه في الصلح وهو مقرّ لك، فإذا كان ذلك صح الصلح بينهما، لأن دعوى الوكالة في المعاملات مقبولة، هذا إذا لم يدع المدعى عليه الإنكار بعد دعوى الوكالة ، فإذا صح الصلح في مثل هذه الحال صار المصالح عنه ملكاً للموكل له إن كان صادقاً في الوكالة ، وإن كان كاذباً فهو شراء فضولي .

الحالة الثانية : أن يصالح الأجنبي لنفسه ، بأن يقول : إن المدعى عليه مقرّ لك وأنا أصالحك على كذا ، صح الصلح أيضاً ، ويكون ذلك شراء للأجنبي .

(١) المغني لابن قدامة : ٤ / ٤٢٧ فما بعدها / .

الحالة الثالثة : أن يكون المدعى عليه منكرأ ويقول الأجنبي هو مبطل في إنكاره
كان ذلك شراء من الأجنبي للمقصوب ، فإن كان قادراً على انتزاعه من المدعى
عليه جاز ، وإن لم يكن قادراً فلا يصح .

الحالة الرابعة : أن يكون المدعى عليه منكرأ ولايقول الأجنبي هو مبطل ، ففي
هذه الحالة الصلح لاغٍ ، لأنه اشترى منه مالم يثبت ملكه له (١) .



(١) مغني المحتاج : ٢ / ١٨١ فما بعدها / .

الفصل الثالث

أركان الصلح وشروط كل ركن

المطلب الأول : في أركان الصلح :

أركان الصلح أربعة هي : الصيغة – المتعاقدان – المصالح به – المصالح عليه ولكل ركن شروط يجب أن تتحقق فيه .

المطلب الثاني : في شروط الركن الأول :

وهو الصيغة ، وتتألف من الإيجاب والقبول ، وذلك كأن يقول المدعى عليه : صالحتك من كذا على كذا ، أو من دعواك كذا على كذا ، ويقول الآخر : قبلت أو رضيت أو نحو ذلك مما يدل على رضاه وقبوله . فإذا وجد الإيجاب والقبول تم عقد الصلح (١) . وقد مرّ جواز بعض ألفاظ في أنواع من الصلح كالإبراء والحط وما أشبه ذلك .

المطلب الثالث : في شروط الركن الثاني :

وهما المتعاقدان ، وهما المصالح والمصالح ، ويشترط في كل منهما .

١ - أن يكون عاقلًا ، فلا يصح صلح المجنون والصبي الذي لا يعقل . وهل البلوغ شرط فيه ؟ ذهب أبو حنيفة إلى عدم اشتراط البلوغ كشأنه في كثير من العقود ، وذهب الشافعي إلى اشتراط البلوغ : لأنه شرط عنده في كل عقد من العقود ، وهو شرط لأهلية التصرف .

وعلى هذا يصح تصرف الصبي المأذون عند الحنفية إذا كان له فيه نفع ، أولا يكون عليه ضرر ظاهر .

و مثل له الحنفية بما إذا وجب للصبي المأذون على إنسان دين فصالحه

(١) البدائع : ٦ / ٤٠ .

على بعض حقه ، فإن لم يكن له عليه بيعة جاز الصلح ، لأن عند انعدام البيعة لاحق له إلا الخصومة ، والحلف ، والمال أنفع له منهما ، وإن كان له عليه بيعة لايجوز الصلح ، لأن الحط تبرع ، وهو لا يملك التبرعات (١) .

٢ - أن لا يكون المصالح بالصلح على الصغير مضرراً به مضررة ظاهرة ، وذلك سواء أكان الصغير مدعى عليه ، أو كان وليه مدعياً .

فإذا ادعى على صبي ديناً ، فصالح أبوه مما ادعى به على مال الصبي الصغير ، فإن كان للمدعي بيعة وكان ما أعطاه الأب من مال مثل الحق المدعى به ، أو بزيادة يتغابن الناس بمثلها عادة ، فالصلح جائز ، لأن الصلح في هذه الصورة فيه معنى المعاوضة ، والأب يملك المعاوضة من مال الصغير بالغبن اليسير .

وإن لم يكن للمدعي بيعة لايجوز الصلح ، لأن الصلح حينئذ يقع تبرعاً بمال الصغير ، والتبرع ضرر محض ، فلا يملكه الأب ،

ولو صالح من مال نفسه جاز لأنه ما أضر بالصغير بل نفعه ، حيث قطع الخصومة عنه .

وإذا ادعى أب الصغير على إنسان ديناً للصغير ، فصالح على أن حط بعض الدين وأخذ الباقي ، فإن كان له عليه بيعة لايجوز الصلح ، لأن الحط منه تبرع من ماله وهو لا يملك ذلك .

وإذا صالحه على مثل قيمة الشيء ، أو نقص منه شيئاً يسيراً جاز جاز الصلح ، لأنه في هذه الصورة بمعنى البيع ، والأب يملك البيع ، فيملك هذا الصلح (٢) .

٣ - أن يكون المصالح عن الصغير ممن يملك التصرف في ماله ، كالأب والجد والوصي ، لأن الصلح تصرف في المال فيختص بمن يملك التصرف فيه .

٤ - أن لا يكون المصالح مرتدّاً : وهذا شرط عند أبي حنيفة ، بناء على أن القاعدة عنده هي أن تصرفات المرتد موقوفة ، وأما عند أبي يوسف ومحمد فنافذة بشروط ، تذكر في محالها .

(١) انظر البدائع : ٦ / ٤٠ .
(٢) المصدر السابق : ٦ / ٤١ .

وأما المرتدة فصلحها جائر بلا خلاف ، إلا أنها إذا التحقت بدار الحرب وقضى القاضي بذلك بطل بعضه دون بعض ، لثبوت أحكام أهل الحرب في حقها بالتحاقها بدار الحرب (١) .

المطلب الرابع : في شروط المصالح عليه أو به :

المصالح عليه أو به : هو البذل المأخوذ كامراً ، وقد اشترط في هذا البذل المصالح عليه شروط :

١- أن يكون المصالح عليه مالاً شرعاً : فلا يصح الصلح على مالا يصلح أن يكون مالاً شرعاً ، كالخمر والميتة والدم والخنزير مما ليس بمال ؟ لأن في الصلح معنى المعاوضة فما لا يصلح عوضاً في البيوع لا يصلح بدل صلح .
هذا ولا فرق في المال المصالح عليه بين أن يكون عيناً أو ديناً أو منفعة ، لأن العوض في المعاوضات قد يكون عيناً ، وقد يكون ديناً ، وقد يكون منفعة ، إلا أنه يشترط القبض في بعض الأعواض في بعض الأحوال دون بعض ، ولهذا أحكام مذكورة في المطولات وقد مر شيء منها .

٢- أن يكون مملوكاً للمصالح ، فإذا صالح على مال ثم استحق من يد المدعي لم يصح الصلح ، لأنه تبين أنه ليس مملوكاً للمصالح ، فتبين أن الصلح لم يصح .

٣- أن يكون معلوماً : لأن جهالة البذل تؤدي إلى المنازعة ، فتوجب فساد العقد (٢) .

المطلب الخامس : في شروط المصالح عنه :

المصالح عنه هو الحق الذي يدعيه المدعي ويريد أن يصالح منه على عين أو دين أو منفعة وقد اشترط في هذا المصالح عنه شروط :

١- أن يكون حقاً للإنسان لاحقاً لله عز وجل ، سواء أكان مالاً عيناً أو ديناً ،

(١) المصدر السابق : ٦ / ٤٢ / ٠ .
(٢) البدائع : ٦ / ٤٨ / ٠ . وانظر تبیین الحقائق : ٥ / ٣٢ / ٠ . وحاشية أحمد الشلبي عليه .

أو حقاً ليس بمال كالقصاص والعزير ، فلا يصح الصلح من حد الزنا والسرقة وشرب الخمر ، كأن يأخذزانياً أو سارقاً من غيره أو شارب خمر فصالحه على مال أن لا يرفعه إلى ولي الأمر ، لم يجوز الصلح ، لأن الحد حق الله تعالى ، ولا يجوز الصلح من حقوق الله تعالى ، لأن الاعتياض عن حق الغير لا يجوز (١) .

وكذا لا يصح الصلح عن حد القذف ، بأن قذف رجلاً فصالحه على مال على أن يعفو عنه ، لأنه وإن كان حد القذف فيه حق للعبد ، لكن الغالب فيه حق الله تعالى ، والمغلوب ملحق بالعدم شرعاً ، فكان في حكم الحقوق المتمحضة حقاً لله تعالى ، وأنها لا تحتل الصلح (٢) . ومثل هذا لو صالح إنساناً يريد أن يشهد عليه فصالحه على مال على أن لا يشهد عليه ، لأن الشاهد في إقامة الشهادة محتسب حقاً لله تعالى ، قال الله تعالى : « وأقيموا الشهادة لله » .

فالصلح عن حقوق الله باطل ، ويجب على آخذ المال رد المال ، لأنه أخذه بغير حق ، ولو علم القاضي به أبطل شهادته ، لأنه فسق ، إلا أن يتوب فتقبل شهادته (٣) . ومن هنا يعلم أنه يجوز باتفاق المذاهب الأربعة أن يكون الصلح عن القصاص في النفس وما دون النفس من الأعضاء ، لأن القصاص حق للإنسان ، فالصلح يجوز حينئذ ، سواء أكان بدل الصلح عيناً أو ديناً ، لكن إذا كان البدل ديناً يشترط القبض في المجلس ، احترازاً عن الافتراق عن دين بدين (٤) .

٢ - أن يكون المصالح عنه حقاً للمصالح ، فإذا لم يكن حقاً له بطل الصلح .

٣ - أن يكون حقاً ثابتاً للمصالح في محل الصلح ، فإذا لم يكن كذلك لم يصح الصلح فلو أن المرأة طلقها زوجها ، فادعت عليه صبيّاً في يده أنه ابنه منها ، وحججته الرجل ، فصالحته عن النسب على شيء فالصلح باطل ، لأن النسب حق الصبي لاحقاً ، فلا تملك المعاوضة عن حق غيرها .

ولو صالح الشفيع المشتري عن حق الشفعة الذي وجب له على مال معلوم ، على

(١) البدائع : ٦ / ٤٨ . وانظر تبين الحقائق : ٥ / ٣٧ . وحاشية شلبي عليه .

(٢) البدائع : ٦ / ٤٨ .

(٣) البدائع : ٦ / ٤٨ .

(٤) المصدر السابق : ٦ / ٤٨ . وانظر تبين الحقائق : ٥ / ٣٦ .

أن يسلم الدار للمشتري ، فالصلح باطل ، لأنه لاحق للشفيع في المحل إنما له حق التملك ، وهذا عبارة عن الولاية ، وهي صفة الوالي ، فلا يحتل الصلح عنه (١) .

الصلح عن المجهول :

لا يشترط عند الحنفية أن يكون المصالح عنه معلوماً ، فيصح الصلح ، حتى إن من ادعى على آخر حقاً في عين فأقرّ به المدعى عليه أو أنكر ، فصالح على مال معلوم جاز ، لأن الصلح كما يصح بطريق المعاوضة يصح بطريق الإسقاط ولا يمكن تصحيحه هنا بطريق المعاوضة لجهالة أحد البديلين فيصحح بطريق الإسقاط ، فلا يؤدي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلم والقبض (٢) .

وذهب الحنابلة إلى مثل ماذهب إليه الحنفية ، قال ابن قدامة في مغنيه مستنداً على صحة ماذهب إليه :

« ولنا ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال في رجلين اختصما في موارد درست : « استهما وتوخيا وليحلل أحدكما صاحبه » (٣) وهذا صلح على المجهول ، ولأنه إسقاط حق ، فصح في المجهول كالعتاق والطلاق ، ولأنه إذا صح الصلح مع العلم وإمكان أداء الحق بعينة فلائن يصح مع الجهل أولى ، وذلك لأنه إذا كان معلوماً فلهما طريق إلى التخلص ، وبراءة أحدهما من صاحبه بدونه ، ومع الجهل لا يمكن ذلك ، فلو لم يجر الصلح أفضى إلى ضياع المال .. (٤) » .

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى عدم جواز الصلح عن المجهول ، لأن الصلح بيع ولا يصح البيع على المجهول ، قال الإمام الشافعي في الأم :

« ولا يجوز الصلح عندي إلا على أمر معروف كما لا يجوز البيع إلا على أمر معروف ، وقد روي عن عمر رضي الله عنه « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً » ومن الحرام الذي يقع فيه الصلح أن يقع عندي على المجهول الذي لو كان بيعاً كان حراماً (٥) » .

(١) البدائع : ٦ / ٤٩ / .

(٢) البدائع : ٦ / ٤٩ / .

(٣) الحديث أخرجه أبو داود في الاقضية .

(٤) المغني : ٤ / ٤٤٠ / فما بعدها .

(٥) الأم : ٣ / ١٩٦ / .

الفصل الرابع

في التزامهم على الحقوق المشتركة

جرت عادة فقهاء الشافعية وغيرهم أن يعقدوا في كتاب الصلح فصلاً للتراحم على الحقوق المشتركة ويبيّنوا ما يجوز فيه الصلح منها وما لا يجوز ، ونحن نذكر فيما يلي طرفاً من هذه الحقوق المشتركة :

١ - بناء الروشن والسباط والميزاب :

الروشن : هو الخشب الخارج من الحائط الممتد في الهواء ، ويسمى جناحاً تشبيهاً بجناح الطائر ، ويسمى شرفة أيضاً .

السباط : هو السقيفة على حائطين والطريق بينهما .

الميزاب : مسيل الماء من على السطح ، وهو المزراب .

هذه الأشياء الثلاثة إما إن تنشأ في طريق نافذ ، أو في طريق غير نافذ ، ولكل منهما تفاصيل وأحكام نوجزها فيما يلي :

أ - إنشاء هذه الأشياء في الطريق النافذ :

الطريق النافذ هو ما يستحق المرور فيه كل إنسان ، ولا يختص به واحد دون آخر ، هذا الطريق لا يجوز أن يتصرف فيه بما يضر المارة ، كما شرع جناح وبناء سباط ووضع ميزاب ، لأن الحق ليس له ، بل هو للمارة ، فإن فعل ما هو ممنوع منه وجبت إزالته ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار » .

والذي يقوم بإزالته الحاكم خوفاً من وقوع فتنة ، لكن لكل واحد المطالبة بإزالته لأنه منكر .

فإن كان إنشاء ما ذكر غير ضار بالمارة : وكان الطريق خاصاً بالمشاة اشترط

ارتفاعه بحيث إذا مرّ الماشي الطويل وهو حامل على رأسه أو ظهره شيئاً لم يتضرر به عادة ، واشترط أيضاً أن لا يكون حاجباً للنور بحيث يظلم المكان إظلاماً لا يحتمل .

وإن كان الطريق غير خاص بالمشاة ، بل هو ممر للفرسان والقوافل ومثلها السيارات في عصرنا هذا ، فيشترط أن يرفع بناء الروشن والساباط بحيث يمرّ تحته المحمل على البعير مع أخشاب المظلة التي فوق المحمل ، ومثلها حمولة الشاحنات الكبيرة على اختلافها .

والأصل في جواز البناء حيث لا ضرر حديث : (نصب يده الكريمة صلى الله عليه وسلم ميزاباً في دار عمه العباس ، وكان شارعاً إلى مسجد الرسول عليه الصلاة والسلام (١) » فورد النص في الميزاب وقيس عليه الباقي .

وهذه الأشياء يحرم الصلح عليها سواء أكان الصلح من جانب الإمام أم من غيره ، لأن الهواء لا ينفرد بالعقد ، وإنما هو تابع للقرار ، وهو الأرض الموازية له ، ولأنه إن ضرر لم يجوز فعله بعوض أو غير عوض ، وإن لم يضر فالباني مستحق له ، وما يستحقه الإنسان في الطريق لا يجوز أخذ العوض عنه كالمرور (٢)

ب - إنشاء هذه الأشياء في الطريق غير النافذ :

الطريق غير النافذ إن كان لواحد فقط فهو ملك له ، وإن كان مشتركاً بين جماعة فلا يجوز له بناء شيء مما ذكر إلا بإذن بقيه الشركاء . ولا يصح الصلح على ذلك عند الشافعية (٣) .

وذهب الحنفية إلى جواز الصلح على ذلك . لأن الطريق هنا مملوكة ملكاً مشتركاً بين جماعة محصورة ، فكان لكل واحد منهم جزء مملوك له فجاز الصلح عنه (٤) .

هذا ويعدّ مشتركاً في الدرب كل من نفذ باب داره إليه ، لامن لاصق جداره

(١) أخرجه الإمام أحمد في مسنده والبيهقي والحاكم .

(٢) مقني المحتاج : ٢ / ١٨٢ فما بعدها / . وانظر البدائع : ٦ / ٤٩ /

(٣) مقني المحتاج : ٢ / ١٨٤ / .

(٤) البدائع : ٦ / ٤٩ فما بعدها .

الدرب ، ويكون شريكاً فيما بين رأس الدرب وباب داره فقط ، أما مايلي باب داره إلى آخر الدرب فلا حق له فيه ، ولا يعدّ إذنه في البناء أو عدم إذنه (١) .

فتح باب جديد في الدرب :

يحق لمن كان شريكاً في الدرب أن يفتح باباً جديداً إذا كان الباب المفتوح أقرب إلى رأس الدرب ، لأنه تنازل منه عن بعض حقه بشرط سدّ القديم ، أما إذا كان أبعد من القديم عن رأس الدرب وأقرب إلى نهايته فلا يجوز له فتحه إلا بإذن الشريكاء ، وكذلك الحكم إذا فتح باباً ثانياً ولم يسدّ الأول ، وحيث منع من فتح الباب فصالحه أهل الدرب على مال صح ، لأنه انتفاع بالأرض (٢)

بناء دكة وفرس شجرة في الطريق :

يحرم أن يبني في الطريق دكة « مصطبة » أو دعامة لحدار ، وإن يغرس شجرة ولو اتسع الطريق ولم يضرّ بالمارة ، وأذن به الإمام ، لأنه قد تزدحم المارة فيتعثرون ، ويضيق الطريق عليهم ، ولأنه إذا طالت المدة أشبه موضعهما بالأماك وانقطع أثر الاستحقاق في الطروق فيه .

وعلى هذا فلا يجوز المصالحاة على ذلك . إذا كان غرس الأشجار للتملك الفردي ، أما إذا كان الغرس لعموم المسلمين ولمصلحتهم فلا مانع من ذلك حيث لا ضرر .

وضع خشبة على جدار الغير :

قد يكون الجدار الملاصق ملكاً لشخص آخر ، وعلى هذا فلا يجوز وضع خشبة على هذا الجدار أو غرزها فيه إلا برضا مالكة في المذهب الجديد ، ولا يجبر المالك له إن امتنع ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا يحلّ لأمرئ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس (٣) » ولقوله : « لا ضرر ولا ضرار » .

وفي المذهب القديم يجوز ذلك ، ويجبر المالك إن امتنع ، لما رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « لا يمنعن جار

(١) مغني المحتاج : ٢ / ١٨٤ .

(٢) المصدر السابق : ٢ / ١٨٥ فما بعدها .

(٣) أخرجه الحاكم على شرط الشيخين في معظمه .

جاره أن يضع خشبة في جداره » ثم قال أبو هريرة : مالي أراكم عنها معرضين ؟ !
والله لأرمين بها بين أكتافكم (١) .

فلو رضي المالك بوضع الخشبة بلا عوض كان ذلك عارية : تثبت فيها أحكام
العارية فيستفيد بها المستعير مرة واحدة : حتى لو رفع جذوعه أو سقطت بنفسها
أو سقط الجدار فبناه صاحبه بتلك الآلة لم يكن له الوضع ثانياً في الأصح لأن الإذن
يتناول مرة واحدة .

ولو رضي بوضع الجذوع والبناء عليها بعوض ، فإن أجر رأس الجدار للبناء
فإجارة وإن قال بعته للبناء أو بعته حق البناء عليه فالأصح أن هذا العقد فيه شوب
بيع وشوب إجارة ، لأن المستحق به منفعة فقط فهو إجارة ، ولكونه مؤبداً فهو
بيع (٢) .



(١) مفني المحتاج : ٢ / ١٨٧ / .

(٢) المصدر السابق : ٢ / ١٨٨ / .

الفصل الخامس

في مبطلات الصلح

يبطل الصلح بأشياء منها :

١- **الاقالة في غير حالة الصلح عن القصاص** : فلو أقال أحد المتصالحين الآخر انفسخ الصلح ، لأن فيه معنى معاوضة المال بالمال ، فكان محتملاً للفسخ كالبيع ونحوه . أما القصاص : فالصلح فيه إسقاط محض لحق ولي الدم في استيفاء القصاص من القاتل ، لأنه عفو عن القاتل . فلا يحتمل الفسخ كالطلاق ونحوه .

٢- **الرد بخيار العيب** : أو خيار الرؤية عند الحنفية ، لأن الرد يفسخ العقد .

٣- **هلاك أحد المتعاقدين في الصلح على المنافع قبل انقضاء المدة** : لأن في الصلح على المنفعة معنى الإجارة ، والإجارة تبطل بموت أحد العاقدين . هذا عند الحنفية ، أما الشافعية لا يبطل الصلح عندهم بموت أحد المتعاقدين في هذه المسألة إذ الإجارة عندهم لا تبطل بموت أحد المتعاقدين كما هو مذكور في كتاب الإجارة عند الطرفين (١) .

حكم الصلح بعد بطلانه :

إذا بطل الصلح يرجع المدعي إلى أصل دعواه إن كان الصلح عن إنكار ، ويرجع المدعي على المدعي عليه بالمدعى به لاغيره إن كان الصلح عن إقرار ، لأنه إذا بطل الصلح جعل كأن لم يكن . وعاد الأمر إلى ما كان عليه من قبل .

(١) انظر البدائع : ٤ / ٢٢٢ و ٦ / ٥٤ . ومفني المحتاج : ٢ / ٢٥٦ .

لكن في الصلح عن القصاص يرجع المدعي على القاتل بالدية دون القصاص .
لأن صورة الصلح أو رثت شبهة في درء القصاص ، والقصاص لا يستوفى مع الشبهة
فسقط لكن إلى بدل وهو الدية (١) .



(١) البدائع : ٦٠ / ٥٥ .

الباب الثالث

الكفالة

ويشتمل على الفصول التالية :

الفصل الاول : في تعريف الكفالة ومشروعيتها ودليها وحكمة مشروعيتها .

الفصل الثاني : في اركان الكفالة .

الفصل الثالث : في احكام الكفالة بالنفس .

الفصل الرابع : في احكام الكفالة بالمال .

الفصل الخامس: في بعض احكام تتعلق بالكفالة .

الفصل السادس: في انتهاء الكفالة .

الفصل الأول

في

تعريف الكفالة - مشروعيتها وادلتها - حكمة تشريعها

المطلب الأول : في تعريف الكفالة :

أ - الكفالة في اللغة : قال الشافعية هي الالتزام ، قال ابن الأنباري : تكفلت بالمال التزمت به وألزمت نفسي به ، قالوا : ويطلق على الملتزم الضامن والضمين والحميل والزعيم والكافل والكفيل والصبير والقبيل .

ونقل الخطيب الشربيني عن الماوردي أنه قال : غير أن العرف جارٍ بأن الضمين مستعمل في الأموال ، والحميل في الديات ، والزعيم في الأموال العظام ، والكفيل في النفوس ، والصبير في الجميع (١) .

وذكر في المصباح المنير عن الليث أنه فرق بين كافل وكفيل فقال : الكفيل الضامن ، والكافل الذي يعول إنساناً وينفق عليه ، وذكر نظير ذلك صاحب لسان العرب .

وقال الحنفية : إن الكفالة هي الضم ، ومنه قوله تعالى : « وكفلها زكريا » أي ضمها إلى نفسه ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « أنا وكافل اليتيم كهاتين في الجنة » أي ضامّ اليتيم إلى نفسه (٢) .

ب - الكفالة في الشرع : عرفها الشافعية بأنها : « التزام حق ثابت في ذمة الغير

(١) مغني المحتاج : ٢ / ١٩٨ / .

(٢) تبیین الحقائق : ٤ / ١٤٥ فما بعدها / .

أو إحضار من عليه الدين أو عين مضمونة . وقد يطلق على العقد الذي يحصل به ذلك (١) .

وعرفها الحنفية بأنها : « ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة » قال في الاختيار : « وهو الصحيح ، ولهذا يبرأ الكفيل ببراءة الأصيل لعدم بقاء المطالبة ، ولا يبرأ الأصيل ببراءة الكفيل لبقاء الدين في ذمته (٢) » .

المطلب الثاني : مشروعيتها ودليها :

الكفالة مشروعة في الإسلام ، ولقد ذكر القليوبي أنها مندوب إليها لقادر واثق بنفسه أمن غائلتها (٣) .

ولقد استدلل العلماء على مشروعيتها بالكتاب والسنة والإجماع .

أ - أما الدليل من القرآن الكريم : فقوله تعالى حكاية عن يوسف عليه السلام : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » قال ابن عباس : الزعيم الكفيل .

والاستدلال بالآية إنما يتمشى على مذهب من يقول : إن شرع من قبلنا شرع لنا .

ب - وأما الدليل من السنة فأحاديث منها :

١ - مرواه البخاري عن سلمة بن الأكوع قال : « كنا جلوساً عند النبي صلى الله عليه وسلم إذ أتى بجنادة فقالوا : صل عليها فقال : هل عليه دين ؟ قالوا : لا ، قال : فهل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، فصلى عليه . ثم أتى بجنادة أخرى ، فقالوا : يا رسول الله صل عليها ، قال : هل عليه دين ؟ قيل : نعم ، قال : فهل ترك شيئاً ؟ قالوا : ثلاثة دنائير ، فصلى عليها ، ثم أتى بالثالثة فقالوا : صل عليها ، قال : هل ترك شيئاً ؟ قالوا : لا ، قال : فهل عليه دين ؟ قالوا : ثلاثة دنائير ، قال : صلوا على صاحبكم ، فقال أبو قتادة : صلّ عليه يا رسول الله وعليّ دينه ، فصلى عليه »

قال الشوكاني في نيل الأوطار : « والحكمة في ترك النبي صلى الله عليه وسلم

-
- (١) مغني المحتاج : ٢ / ١٩٨ / .
(٢) الاختيار : ٢ / ١٦٦ / . وأنظر حاشية ابن عابدين : ٥ / ٢٨١ / .
(٣) حاشية القليوبي على المنهاج : ٢ / ٣٢٣ / .

الصلاة على من عليه دين تحريض الناس على قضاء الديون في حياتهم ، والتوصل إلى البراءة لثلاث تفوتهم صلاة النبي صلى الله عليه وسلم (١) .

وفي رواية لأحمد عن جابر قال : « توفي رجل فغسلناه وحنطناه وكفناه ثم أتينا به النبي صلى الله عليه وسلم فقلنا : تصلي عليه ، فخطا خطوة ثم قال : أعليه دين ؟ قلنا ديناران ، فانصرف ، فتحملهما أبو قتادة فأتيناه ، فقال أبو قتادة : الديناران عليّ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : قد أوفى الله حق الغريم وبرىء منه الميت ؟ قال : نعم ، فصلى عليه ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟ قال : إنما مات أمس ، قال : فعاد إليه من الغد فقال : قد قضيتهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم : الآن بردت عليه جلده »

٢ - مارواه أبو داود والترمذي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الزعيم غارم » قال الترمذي : حديث حسن

٣ - مارواه الحاكم من أنه صلى الله عليه وسلم : « تحمل عن رجل عشرة دنانير » ج - وأما الدليل من الإجماع : فقد قال ابن قدامة : « أجمع المسلمون على جواز الضمان في الجملة ، وإنما اختلفوا في فروع (٢) » .

المطلب الثالث : في حكمة مشروعيتها :

الحكمة من مشروعيتها حاجة الناس إليها ، فإنه قد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن ، أو لا يطمئن المشتري إلى البائع ، فيحتاج إلى من يكفله في المبيع (٣) . وقال في الاختيار : « وهي عقد وثيقة وغرامة ، شرعت لدفع الحاجة ، وهو وصول المكفول له إلى إحياء حقه ، وأكثر ما يكون أولها ملامة وأوسطها ندامة وآخرها غرامة (٤) »

(١) نيل الأوطار : ٦ / ٢٣٨ .

(٢) المغني : ٤ / ٤٨٠ .

(٣) رد المحتار : ٥ / ٢٨١ .

(٤) الاختيار : ٢ / ١٦٦ .

وفي حاشية القليوبي عن الكفالة : « قال العلماء : أوله شهامة – أي شدة حماقة –
وأوسطه ندامة ، وآخره غرامة ، ولذلك قيل نظاما .
ضاد الضمان بصاد الصك متصل فإذا ضمنت فحاء الحبس في الوسط .



الفصل الثاني

في أركان الكفالة

يذهب الحنفية - على طريقتهم في العقد - إلى أن الكفالة ليس لها إلا ركن واحد وهو الصيغة ، وهي مؤلفة من الإيجاب والقبول ، والإيجاب من الكفيل ، والقبول من الطالب أي المكفول له . وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف في قوله الآخر ، ويذهب أبو يوسف في قوله الأول إلى أن الركن هو الإيجاب فحسب ، وأما للقبول فليس بركن (١) . وسيأتي الحديث عن ذلك عند الكلام على الصيغة ، على حسب طريقة الشافعية في بيان الأركان .

ويذهب الشافعية إلى أن الكفالة لها خمسة أركان : الكفيل - المكفول له - المكفول عنه - المكفول به - الصيغة (٢) .

ونتحدث فيما يلي عن كل ركن من هذه الأركان ، وعن شرائطه في مطلب خاص به .

المطلب الأول : في الكفيل وشروطه :

الكفيل : هو الضامن الذي يلتزم بأداء الحق ، ويشترط فيه : أن يكون أهلاً للتبرع ، وذلك بأن يكون بالغاً عاقلاً حراً رشيداً .

فلا تصح الكفالة من مجنون لأنه ليس أهلاً له ، كما أنه لا تصح من صبي ، لأن الكفالة تصرف مالي فلا يصح من هؤلاء (٣) .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٢ / .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ١٩٨ / .

(٣) المصدر السابق .

ويقول الحنفية إن الكفالة عقد تبرع ، فلا تنعقد ممن ليس من أهل التبرع . لكن قالوا : إن الأب والوصي لو استدان ديناً في نفقة اليتيم ، وأمر اليتيم أن يضمن المال عنه جاز ، ولو أمره أن يكفل عنه النفس لم يجوز ، لأن ضمان الدين قد لزمه من غير شرط ، فالشرط لا يزيد إلا تأكيداً ، فلم يكن متبرعاً ، فأما ضمان النفس - وهو تسليم نفس الأب أو الوصي - فلم يكن عليه ، فكان متبرعاً فيه فلم يجوز (١) . وأما العبد فإن الكفالة منه بغير إذن مولاه لا تنفذ بل تنعقد موقوفة ، سواء أكان محجوراً أو مأذوناً له في التجارة لأنها عقد تبرع ، والعبد لا يملكه بدون إذن مولاه .

قال الكاساني : « ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق ، لأن امتناع النفاذ ما كان لانعدام الأهلية ، بل لحق المولى وقد زال ، بخلاف الصبي لأنها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا تحتمل النفاذ بالبلوغ (٢) . هذا عند الحنفية

وذهب الشافعية في الأصح عندهم إلى أن كفالة العبد بغير إذن مولاه باطلة ، لأنها إثبات مال في الذمة بعقد ، فلم يصح كالنكاح (٣) .

والقول الثاني عندهم هو ما ذهب إليه الحنفية من أنها تصح ، ويتبع به إذا أعتق وأيسر .

لكن إذا أذن السيد للعبد في الكفالة فكفل أجنبياً ينظر ، فإن كان على العبد دين لم تصح الكفالة ، لأن إذنه بالتبرع لم يصح ، لأن السيد لا يملك ماليته ، لتعلق حق الغرماء بها ، فلا يعمل أمره إياه بالكفالة ، وإن لم يكن على العبد دين فإن الكفالة تصح ، لأن لمولاه الحق في ماليته ، فيعمل إذنه له بالكفالة ، وتباع رقبته في الكفالة بالدين ، إلا أن يفديه المولى .

وعند الشافعي يقضى من كسبه كما لو أذن له سيده بالنكاح ، فإن المهر والنفقة يقضيان من كسبه . أو مما في يده إن كان مأذوناً بالتجارة ، وهناك قول آخر أنه يتبع به إذا أعتق ، لأنه السيد أذن له في الضمان دون القضاء ، فيتعلق ذلك بذمة العبد لأنها محل للضمان .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٥ / .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ / ٦ / .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ١٩٩ / .

وهناك قول ثالث نقل عن أبي علي الشيعي أنه يتعلق برقبته ، قال عنه في تكمله المجموع : إنه ليس بشيء (١) .

وأما كفالة المكاتب فلا تجوز من الأجنبي ، لأن المكاتب عبد مابقي عليه درهم ، وسواء في ذلك أأذن له المولى أم لم يأذن ، لأن إذن المولى لم يصح في حقه ، وصح في القن ، ولكنه ينعقد في حقه ، حتى يطالب به بعد العتاق (٢) .

وانطلاقاً من اشتراط أهلية التبرع فإن المريض مرضاً مخوفاً لا يصح له أن يكفل بأكثر من ثلث ماله ، لأنه لا يملك التبرع بأكثر منه .

وانطلاقاً من ذلك أيضاً فإنه لا يصح من المحجور عليه بسفه أن يكفل عند الشافعية لأنه ليس من أهل التصرف .

وأما إن كان محجوراً عليه بفلس فإنه يصح أن يكفل مالاً في ذمته ، كما يصح له أن يشتري في ذمته ، فإذا ضمن يطالب بما ضمنه إذا انفك عنه الحجر وأيسر (٣) .

المطلب الثاني : في المكفول له :

المكفول له : هو مستحق الدين

وقد اشترط الشافعية فيه أن يكون معروفاً - وهذا في الأصح عندهم - وذلك لأن الناس يتفاوتون في استيفاء الدين تشديداً وتسهيلاً .

وأفتى ابن الصلاح وغيره ، بأن معرفة وكيل المكفول له شرط كمعرفته ، وأفتى ابن عبد السلام بخلاف ذلك . والصحيح ما أفتى به ابن الصلاح ، لأن كثيراً من الناس لا يوكل إلا من هو أشد منه في الطلب ، فيكون الموكل أسهل من الوكيل في ذلك غالباً (٤) . والقول الثاني عند الشافعية أنه لا يشترط معرفته ، لأن

-
- (١) تكملة المجموع : ١٣ / ٤٥٤ / .
(٢) فتح القدير : ٥ / ٤٤١ / . وبدائع الصنائع : ٦ / ٦ / .
(٣) مغني المحتاج : ٢ / ١٩٩ / . وتبيين الحقائق : ٤ / ١٤٧ / . والمغني : ٤ / ٤٨٤ / .
(٤) المصدر السابق : ٢٠٠ / .

حديث أبي قتادة المتقدم فيه ضمان لمن لم يعرف ، ورسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسأله أيعرفه أم لا .

وإلى ماذهب إليه الشافعية ذهب الحنفية ، وعللوا ذلك بأنه إذا كان المكفول له مجهولا ، لا يحصل ماشرع له الكفالة من التوثق .

ولم يكتفوا بمعرفته بل اشترطوا أن يكون حاضراً مجلس العقد ، إذا لم يقبل عنه حاضر ، وذكروا أن حضوره شرط في الانعقاد عند أبي حنيفة ومحمد ، حتى إن من كفل لغائب عن المجلس فبلغه الخبر فأجاز لاتيحوز عندهما إذا لم يقبل عنه حاضر (١) . وفي قول لأبي يوسف هو موقوف حتى إذا بلغ الطالب فعله جاز (٢) .

أما الشافعية فلم يشترطوا حضوره ، فضلاً عن أنهم لم يشترطوا قبوله ورضاه في الأصح عندهم . ودليلهم على ذلك عدم التعرض لذلك في حديث أبي قتادة المار ذكره (٣) .

المطلب الثالث : في المكفول عنه :

المكفول عنه : هو المدين ، ويعبر عنه تارة بالأصيل .

وقد اشترط الحنفية فيه شرطين :

أحدهما : أن يكون قادراً على تسليم المكفول به إما بنفسه أو بوكيله ، وهذا عند أبي حنيفة ، وعلى هذا فلا تصح الكفالة بالمدين عن ميت مفلس .

وجه قول أبي حنيفة أن الدين عبارة عن الفعل ، والميت عاجز عن الفعل ، فكانت هذه كفالة بدين ساقط ، فلا تصح ، كما إذا كفل على إنسان بدين ولا دين عليه ، وإذا مات فهو قادر بنائيه ، وكذا إذا مات عن كفيل ، لأنه قائم مقامه في قضاء دينه . وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنها تصح .

وجه قولهما أن الموت لا ينافي بقاء الدين ، لأنه مال حكمي ، فلا يفترق بقاؤه

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٦ .

(٢) المبسوط : ١٩ / ١٧٠ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٠ .

إلى القدرة ، ولهذا بقي إذا مات مليئاً حتى تصح الكفالة به ، وكذا بقيت الكفالة بعد موته مفلساً .

ثانيهما : أن يكون معلوماً بأن يكفل ماعلى فلان ، فأما إذا قال : ماعلى أحد من الناس ، فإنه لا يجوز لأن المضمون عليه مجهول ، ولأن الكفالة جوازها بالعرف ، والكفالة على هذا الوجه غير معروفة (١) .

وقال الشافعية : لا يشترط رضا المضمون عنه في المال قطعاً ، لأن قضاء دين الغير بغير إذنه جائز فالتزامه أولى ، وكما يصح الضمان عن الميت اتفاقاً وإن لم يخلف وفاء . وأيضاً لا يشترط معرفته في الأصح ، قياساً على رضاه ، إذا ليس ثمّ معاملة والقول الثاني : أنه يشترط معرفته ، ليعرف هل هو موسر أو ممن يبادر إلى قضاء دينه ، أو يستحق اصطناع المعروف أولاً ، وردّ على هذا القول بأن اصطناع المعروف لأهله ولغير أهله معروف (٢) .

لكنهم اشترطوا أن يكون المكفول عنه مديناً (٣) .

المطلب الرابع : في المكفول به :

المكفول : هو ما وقع عليه الضمان من دين أو عين ، ولقد اشترط الشافعية فيه شروطاً :

أحدها : أن يكون حقاً ثابتاً حال العقد ، فلا يصح ضمان ما لم يجب ، سواء أجرى سبب وجوبه كتنفقة ما بعد اليوم للزوجة وخادمها ، أم لم يجر كضمان ما سيقرضه لفلان ، لأن الضمان وثيقة بالحق ، فلا يسبقه كالشهادة . ويكفي في ثبوت الحق اعتراف الضامن لاثبوتة على المضمون عنه ، فلو قال : شخص لزيد على عمر ومائة دينار ، وأنا ضامنه فأنكر عمرو فلزيد مطالبة القائل في الأصح (٤) .

هذا وقد ذهب الشافعي في القديم إلى جواز ضمان ما سيجب ، وإن لم يجر سبب

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٦ / .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٠ / .

(٣) نهاية المحتاج : ٤ / ٤٢٤ / .

(٤) المصدران السابقان .

وجوبه ، كضمن ما سيبعه ، إذ الحاجة قد تمس له ، ولا يجوز ضمان نفقة للقريب مستقبل قطعا ، إذ سبيلها البرّ والإحسان والصلة ، لا الديون ، فعلى هذا المذهب لو قال : أقرض هذا مائة وأنا ضامننا ففعل ضمنها (١) .

واستثنى من لزوم الحق على المذهب ضمان الدرك بعد قبض الثمن - وهو أن يضمن للمشتري الثمن إذا خرج المبيع مستحقا - واشترط أن يكون بعد قبض الثمن لأنه إنما يضمن مادخل في يد البائع ، ولا يدخل الثمن في ضمانه إلا بقبضه (٢) . وإنما أجازوه وإن لم يكن له حق ثابت ، لأن الحاجة قد تدعو إلى معاملة الغريب ، ويخاف أن يخرج ما يبيعه مستحقا ولا يظفر به ، فاحتج إلى التوثق به ، ويسمى ضمان الدرك أيضاً ضمان العهدة ، لالتزام الضامن مافي عهدة البائع رده ، والعهدة في الحقيقة عبارة عن الصك المكتوب فيه الثمن ، ولكن الفقهاء يستعملونه في الثمن لأنه مكتوب في العهدة مجازاً تسمية للحال باسم المحل (٣) .

وذهب الحنابلة إلى جواز الكفالة فيما سيجب ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » قالوا : وقد سلموا ضمان ما يلقيه في البحر قبل وجوبه بقوله : ألق متاعك في البحر وعليّ ضمانه . وقالوا أيضاً : وسلم أصحاب الشافعي في أحد الوجهين ضمان الجعل في الجعالة قبل العمل وما وجب شيء بعد (٤) .

ثانيها : أن يكون الدين لازماً : أي مأمون السقوط بالفسخ أو الانقضاء ، ولو كان اللزوم مآلاً ، وذلك كمهر قبل دخول أو موت ، وثمن مبيع قبل قبض ودين سلم . وعلى هذا يصح ضمان الثمن للبائع في زمن الخيار ، إذا كان الخيار للمشتري وحده ، لأنه حينئذ يملك البائع الثمن ، فيصح ضمانه بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع أو لهما ، فإنه لا يصح لأنه ليس مالكا للثمن حتى يضمن له (٥) .

-
- (١) نهاية المحتاج : ٤ / ٤٢٥ .
 - (٢) انظر بدائع الصنائع : ٦ / ٩ .
 - (٣) المصدران السابقان وانظر حاشية البجيرمي على المنهج : ٣ / ٣١ .
 - (٤) المغني لابن قدامة : ٤ / ٤٨٢ .
 - (٥) حاشية البجيرمي على المنهج : ٣ / ٣٢ . وبدائع الصنائع : ٦ / ٨ . وانظر نهاية المحتاج : ٤ / ٤٢٧ . ومغني المحتاج : ٢ / ٢٠١ .

وعلى هذا الشرط لا يصح ضمان نجوم الكتابة ، لأنها غير لازمة ، إذ إن للمكاتب إسقاطها بالفسخ متى شاء فلا معنى للتوثق عليه .

ثالثها : أن يكون معلوماً ، جنساً وقدرأ وصفة وعينا ، وهذا في المذهب الجديد للشافعي ، لأنه إثبات مال في الدمة لآدمي بعقد فأشبه البيع والاجارة ، فلا يصح ضمان المجهول ، ولا غير المعين ، كضمنت أحد الدينين .

وفي القديم لا يشترط ذلك ، لأن معرفته متيسرة — .

قال في مغني المحتاج : « وحل الخلاف في مجهول يمكن الإحاطة ، مثل أنا ضامن ما بعت من زيد (١) » .

وذهب الحنفية وكذا الحنابلة إلى جواز ضمان المجهول ، قال في البدائع : « ولو كفل عن رجل بما لفلان عليه ، أو بما يدركه هذا البيع جاز ، لأن جهالة قدر المكفول به لا تمنع صحة الكفالة ، قال الله جل شأنه : « ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم » أجاز الله تعالى عز شأنه الكفالة بحمل البعير مع أن الحمل يحتمل الزيادة والنقصان والله عز وجل أعلم (٢) » .

رابعها : أن يكون الحق قابلاً للتبرع به . أي ينقل لغير من هو له بغير عوض ، فلا تصح الكفالة بالقود وحق القذف وحق الشفعة (٣) .

المطلب الخامس : في الصيغة :

١ - الإيجاب والقبول :

لقد مرّ في أول هذا الفصل الكلام على الصيغة ، وأنها يشترط فيها عند أبي حنيفة ومحمد وفي قول لأبي يوسف الإيجاب والقبول . وفي قول آخر له لا يشترط فيها القبول .

وإلى ما ذهب إليه أبو يوسف في قوله الثاني ذهب الإمام الشافعي رحمه الله تعالى . وحجتهم في ذلك ما ذكرناه من حديث أبي قتادة ، فلم يذكر فيه أن الرسول

-
- (١) المصدر السابق .
(٢) بدائع الصنائع : ٦ / ٩ . وانظر المغني : ٤ / ٤٨١ .
(٣) حاشية البجيرمي على المنهج : ٣ / ٣٢ .

عليه الصلاة والسلام طلب من صاحب الدين أن يقبل ذلك . واحتج أبو يوسف لما ذهب إليه إضافة إلى ذلك بأن الكفالة ضم لغة والتزام المطالبة بما على الأصيل شرعاً ، وليست هي بتمليك ، ألا ترى أنها تحتل الجهالة والتعلق بالشرط ، والتمليك لا يحتل ذلك ، ومعنى الضم والالتزام يتم بإيجاب الكفيل ، فأشبهه النذر ، والدليل عليه أن المريض إذا قال عند موته لورثته : اضمنوا عني ماعلي من الدين لغرمائي وهم غيب فضمنوا ذلك فهو جائز ، ويلزمهم ، وأي فرق بين المريض والصحيح ؟ . وحجة أبي حنيفة ومحمد أن الكفالة ليست بالتزام محض ، بل فيها معنى التمليك فلا بدّ فيها من إيجاب وقبول (١)

ب - اشترط الشافعية في الضمان والكفالة أن يكون هناك لفظ دال على الالتزام:
سواء أكان صريحاً أم كناية ، كقوله : ضمنت دينك على فلان ، أو تحمّلته أو تقلدته أو تكفّلت به أو تكفّلت بيدن فلان ، أو أنا بالمال أو بإحضار فلان ضامن أو كفيل أو زعيم أو حميل . ومن ألفاظ الكفالة : خلّ عن فلان والدين الذي عليه عندي ، أو دين فلان إليّ وما أشبه ذلك .

وأما إن كان هناك لفظ ليس فيه التزام فلا تصح ، فلو قال أؤدي المال أو أحضر الشخص فهو وعد بالالتزام ، لا يلزم الوفاء به ، لأن الصيغة لا تشعر بالالتزام . إلا إن صحب ذلك قرينة دالة على الالتزام .
والحنفية الذين يشترطون القبول ، يقبلون كل لفظ يدل على القبول والرضا ، كأن يقول صاحب الحق : رضيت أو قبلت أو هويت وما أشبه ذلك (٢) .
هذا ويقوم مقام اللفظ ما يدل عليه من الكتابة ومن إشارة الأخرس المفهمة .

ج - التعليق والتنجز في الصيغة :

ذهب الشافعية في الأصح عندهم إلى أنه لا يجوز تعليق الصيغة بشرط ، كأن يقول في التعليق على شرط سواء أكان ذلك في ضمان المال أو كفالة البدن ، إن قدم فلان فقد ضمنت ما على فلان أو تكفّلت ببدنه ، لأن ذلك عقد فلا يقبل التعليق كالبيع .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٢ / ٠ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ / ٣ / ٠ .

والقول الثاني عندهم أنه يجوز التعليق فيه ، لأنه لا يشترط القبول فيه فأشبهه الطلاق .
وهناك قول ثالث عندهم وهو أنه يمتنع تعليق الضمان بالمال دون الكفالة في
البدن ، لأن الكفالة بالبدن مبنية على الحاجة .

وأما التوقيت في الكفالة فإن كانت بالمال فلا يصح لأن المقصود منها الأداء ،
وأما الكفالة بالبدن فالأصح عند الشافعية أنه لا يجوز توقيتها كأن يقول : أنا كضيل
بزيد إلى شهر وبعده أنا بريء .

والقول الثاني عندهم أنه يجوز توقيتها ، لأنه قد يكون له غرض في تسليمه في
هذه المدة (١) .

وذهبت الحنفية إلى جواز التعليق بشرط في الكفالة سواء أكانت بالمال أو بالنفس
إذا كان الشرط ملائماً ، كأن استحق المبيع فعلياً الثمن ، والشرط الملائم هو أن يكون
سبباً للوجوب كما في المثال ، أو أن يكون ممكناً من الاستيفاء ، كأن قدم زيد وهو
مكفول عنه فعلياً ماعليه من الدين ، أو أن يكون سبباً لتعذر الاستيفاء منه ، كأن
غاب زيد فعلياً ماعليه من الدين .

ودليلهم في التعليق بالشرط قوله تعالى : « ولئن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم »
فإنه علق الكفالة بالشرط ، وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل ، وشرية من قبلنا
عندهم شرع لنا ما لم تنسخ (٢) .

ولا يصح التعليق عندهم بتزول المطر أو هبوب الريح ، ولا يصح هذا التعليق
لأنه شرط غير ملائم .

★ ★ ★

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٧ .

(٢) تبين الحقائق : ٤ / ١٥٣ .

الفصل الثالث

في أحكام الكفالة بالنفس

الكفالة إما أن تكون بمال أو ببدن ونفس ، وتسمى كفالة الوجه ، ولكل منهما أحكام تتعلق بها . وإليك بيان ذلك . مبتدأ بكفالة البدن والنفس .

المطلب الأول : في معناها وحكمها وصيغتها :

أ - معنى الكفالة بالبدن هي : أن يلتزم الكفيل إحضار المكفول إلى المكفول له .
ب - وأما حكمها فالمذهب عند الشافعية صحتها ، للحاجة إليها ، وقد استؤنس لصحتها بقوله تعالى : « لن أرسله معكم حتى تؤتون موثقاً من الله لتأتني به إلا أن يحاط بكم » . وقد استدل أبو إسحق الشيرازي على صحتها بما روى أبو إسحق السبيعي عن حارثة بن مضرب قال : صليت مع عبد الله بن مسعود الغداة فلما سلم قام رجل فحمد الله وأثنى عليه وقال : أما بعد فوالله لقد بت البارحة وما في نفسي على أحد إحنة ، وإني كنت استطرقت رجلاً من بني حنيفة ، وكان أمرني أن أتبه بغلس ، فانتهيت إلى مسجد بني حنيفة مسجد عبد الله بن النواحة ، فسمعت مؤذنين يشهد أن لا إله إلا الله وأن مسيلمة رسول الله ، فكذبت سمعي وكففت فرسي حتى سمعت أهل المسجد قد تواطأوا على ذلك ، فقال عبد الله بن مسعود : عليّ بعبد الله بن النواحة ، فحضر واعترف ، فقال له عبد الله : أين ماتقرأ من القرآن ؟ ! قال كنت أتفيكم به ، فقال له : تب فأبى ، فأمر به فأخرج إلى السوق فجز رأسه ، ثم شاور أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم في بقية القوم ، فقال عدي بن حاتم : ثولول كفر قد أطلع

رأسه فاحسسه ، وقال جرير بن عبد الله والأشعث بن قيس : استتبهم فلن تابوا
كفلهم عشائهم ، فاستتابهم فتابوا وكفلهم عشائهم (١) .
وأما ما نقل عن الشافعي من أن كفالة البدن ضعيفة ، فمراده أنها ضعيفة من
جهة القياس (٢) .

وفي قول عندهم لاتصح كفالة النفس ، لأن الحر لا يدخل تحت اليد ولا يقدر
على تسليمه (٣) .

وممن ذهب إلى صحة هذه الكفالة شريح ومالك والثوري والليث وأبو حنيفة .
وكذلك الحنابلة (٤) . ونقل ابن رشد عن الجمهور القول بها إذا كانت بسبب المال (٥) .
واستدل الحنفية على صحتها بأمر :

١ - قوله عليه الصلاة والسلام : « الزعيم غارم » فلم يفصل الحديث بين
الكفالة بالنفس أو بالمال ، فيقتضي ذلك شرعيتها .

قال الزيلعي : « لا يقال الكفالة بالنفس لاغرم فيها فلا يتناوله الحديث ، لأننا
نقول : الغرم عبارة عن ضرر يلزمه ، قال الله تعالى : « إن عذابها كان غراما »
وفيه ذلك . (٦) »

٢ - أن الحاجة داعية إليها ، ضرورة إحياء حقوق العباد ، وقد أمكن العمل
بموجبها بأن يعلمه مكانه فيخلى بينه وبينه ، إذ التخليه تسليم ، أو يوافقه إذا دعاه ،
أو يكرمه بالحضور إلى مجلس الحاكم ، والتزامه لذلك ورضا خصمه به دليل على
قدرته فتصح ، وإن لم يقدر عليه استعان بأعوان القاضي ، فكانت مفيدة .

٣ - أن الكفيل التزم ما هو مستحق على الأصيل ، إذ تسليم النفس على المدعى
عليه واجب ، بمعنى أنه يجب عليه الحضور إلى مجلس الحاكم ، فتصح كالكفالة
بالمال .

-
- (١) المهذب : ١ / ٣٤٩ فما بعدها / . والحديث رواه أبو داود .
 - (٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٣ / .
 - (٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٣ / .
 - (٤) المغني : ٤ / ٤٩٩ فما بعدها / .
 - (٥) بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٥ / .
 - (٦) تبیین الحقائق : ٤ / ١٤٧ / .

٤ - أن الصحابة رضي الله عنهم أجازوا الكفالة بالنفس ، وضمنت أم كلثوم بنفس عليّ حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة (١) .

وذهب داود إلى عدم جوازها ، وحجته في ذلك :

١ - قوله تعالى : « قال معاذ الله أن نأخذ إلا من وجدنا متاعنا عنده » .

٢ - أنها كفالة بنفس ، فأشبهت الكفالة في الحدود (٢) .

ج - وأما صيغة الكفالة فالأصل فيها أن يقول تكفلت بنفسه أو بدنه ، فلو قال : تكفلت بجسمه وروحه صح ذلك أيضاً ، ويقوم مقام ذلك الكفالة بجزء شائع منه . وكذلك كل جزء لا يبقى الشخص بدونه كالكبد والقلب والرأس والدماغ ، وأما ما يبقى الشخص بدونه كاليد والرجل فلا يكفي (٣) . هذا هو مذهب الشافعي في ذلك ، وكذلك هو مذهب الحنابلة ، إلا أنهم ذكروا في الجزء الذي يبقى الشخص بدونه وجهين :

أحدهما : تصح الكفالة ، وهو قول أبي الخطاب ، لأنه لا يمكنه إحضار هذه الأعضاء على صفتها إلا بإحضار البدن كله فأشبه الكفالة بوجهه ورأسه ، ولأنه حكم يتعلق بالجملة فيثبت حكمه إذا أضيف إلى البعض كالطلاق والعتاق .

والثاني : لا يصح لأنه يمكن إحضاره بدون الجملة مع بقائها ، وعن القاضي من الحنابلة أنه لا تصح الكفالة ببعض البدن ، ولا تصح إلا في جميعه (٤) .

أما الحنفية فقد اشترطوا أن يكون الجزء عند إطلاق الجزء شائعاً كالشافعية ، ولكنهم اشترطوا فيما عدا ذلك من الأجزاء أن يكون مما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن .

قال في تبيين الحقائق : « تصح الكفالة بقوله : كفلت بنفس فلان أو بما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بأن قال :

(١) المصدر السابق وانظر بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٥ / .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٥ / .

(٣) مفتي المحتاج : ٢ / ٢٠٦ / .

(٤) المفتي : ٤ / ٥٠٠ / .

تكفلت برأسه أو بوجهه إلى آخره ، أو تكفل بجزء شائع منه بأن قال تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز ، لأن هذه الأشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفاً قد بيناه في الطلاق (١) .

المطلب الثاني : في كفالة بدن من عليه مال و كفالة بدن من عليه عقوبة :

أ - في كفالة بدن من عليه مال : إذا تكفل بإحضار من عليه مال ، فلا يشترط العلم بمقدار المال ، لأنها تكفل بالبدن لا بالمال . بل يشترط أن يكون مما يصح ضمانه . فلا تصح الكفالة ببدن المكاتب للنجوم التي عليه لأنه لا يصح ضمانها كما مر (٢) .

ب - في كفالة بدن من عليه عقوبة

العقوبة إما أن تكون حقاً لآدمي كقصاص وحد قذف وتعزير ، وإما أن تكون حقاً لله تعالى ، كحد الحمر وحد الزنا وحد السرقة .

فإن كانت العقوبة حقاً لآدمي فالمذهب عند الشافعية صحتها ، لأنه حق لازم فأشبه المال .

وفي قول عندهم أنها لا تصح ، لأن العقوبة مبنية على الدفع فتقطع الذرائع المؤدية إلى توسيعها .

والمذهب عندهم أيضاً أنها تمنع في حدود الله تعالى ، لأنها يسعى في دفعها ما يمكن وذهب الحنفية إلى جواز الكفالة بالبدن ، في القصاص وفي حد السرقة والقذف إذا بذلها وتبرع بها المدعى عليه ، فإن لم يبذلها لا يجبر عليها عند أبي حنيفة ، وقال صاحبان يجبر ، قال في البدائع : « ويجوز الكفالة بنفس من عليه القصاص في النفس ومادونها ، وبحد القذف والسرقة إذا بذلها المطلوب فأعطاه بها كفيلاً بلا خلاف بين أصحابنا وهو الصحيح ، لأنها كفالة بمضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل فتصح ، كالكفالة بتسليم نفس من عليه الدين (٣) .

(١) تبين الحقائق : ٤ / ١٤٧ / . وانظر بدائع الصنائع : ٦ / ٧ فما بعدها / .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٤ / .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ / ٨ / . وانظر فتح القدير : ٥ / ٤٠٠ / .

وإنما الخلاف أنه إذا امتنع من إعطاء الكفيل عند الطلب هل يجبره القاضي عليه ؟ قال أبو حنيفة لا يجبره ، وقال أبو يوسف ومحمد يجبره .

وجه قولهما أن نفس من عليه القصاص والحدّ مضمون التسليم عليه عند الطلب ، كنفس من عليه الدين ، ثم تصح الكفالة بنفس من عليه الدين ، ويجبر عليها عند الطلب ، فكذا هذا .

ولأبي حنيفة أن الكفالة شرعت وثيقة ، والحدود مبناهـا على الدرء ، فلا يناسبها التوثيق بالجبر على الكفالة .

وأما إذا كانت الحقوق خالص حق الله تعالى كحدّ الزنا والشرب ؛ فلا تجوز فيها الكفالة ، وإن طابت نفس المدعى عليه بإعطاء الكفيل .

وهذا ولا بدّ من البيان هنا أن هناك فرقاً بين كفالة النفس في الحدود ، وذلك بأن يتكفل بأن يحضر من عليه الحد ، والكفالة في الحدود وذلك أن يقام الحد على الكفيل إذا لم يتمكن من إقامته على المكفول ، فالأول كما ذكرنا من الجواز ، وأما الثاني فغير جائز ، فلقد قال صاحب الهداية : « وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة به كالحدود والقصاص » معناه بنفس الحد ، لا بنفس من عليه الحد ، لأنه يتعذر إيجابه عليه ، وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة (١) .

وذهبت الحنابلة إلى عدم صحة الكفالة بيد من عليه حدّ ، سواء أكان حقاً لله تعالى كحدّ الزنا والسرقة ، أم كان لآدمي كحدّ القذف والقصاص .

واحتجوا على ذلك بأمور منها :

١ - ما روي عن عمر و بن شبيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « لا كفالة في حد » .

٢ - أن الكفالة استيثاق والحدود مبناهـا على الإسقاط والدرء بالشبهات ، فلا يدخل فيها الاستيثاق .

٣ - أنه حق لا يجوز استيفاؤه من الكفيل إذا تعذر عليه إحضار المكفول به ، فلم تصح الكفالة بمن هو عليه كحدّ الزنا (٢) .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٨ . وانظر فتح القدير : ٥ / ٤٠٠ .

(٢) المغني : ٤ / ٥٠١ .

المطلب الثالث : فيما يتعلق بالكفيل في البدن من أحكام :

إذا صحت الكفالة بالبدن تعلق بالكفيل الأحكام التالية :

أولاً : إذا شرط الكفيل تسليم المكفول في وقت معين . لزمه إحضاره فيه إذا طالب الطالب بإحضاره في ذلك الوقت ، وفاء بما التزمه ، كالدين المؤجل إذا حلّ ، فإن أحضره فذاك ، لأنه وفى ما عليه . وإن لم يحضره حبسه الحاكم لامتناعه عن إيفاء حق مستحق ، ولكن لا يحبس أول مرة لعله لم يدر لماذا دعي (١) .

ثانياً : لو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه وإيابه ، فإن مضت ولم يحضره ، يحبس لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق .

وقد فصل صاحب العناية القول في هذه المسألة حيث قال عقب قول صاحب الهداية : « لعله ما درى لماذا يدعى » قال رحمه الله :

« فإذا علم ذلك وامتنع فلما أن يكون امتناعه لعجز أو مع قدرة ، فإن كان الثاني حبسه الحاكم ، وإن كان الأول فلما أن يعلم مكانه أولاً : فإن كان الأول أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ، فإن مضت المدة ولم يحضره حبسه لتحقق امتناعه عن إيفاء الحق ، وإن كان الثاني فالطالب إما أن يوافقه على ذلك أولاً ، فإن كان الأول سقطت المطالبة عن الكفيل للحال حتى يعرف مكانه ، لتصادقهما على العجز عن التسليم للحال ، وإن كان الثاني فقال الوكيل لا أعرف مكانه ، وقال الطالب : تعرفه ، فإن كانت له خرجة معروفة يخرج معها إلى موضع معلوم للتجارة في كل وقت ، فالقول قول الطالب ، ويؤمر الكفيل بالذهاب إلى ذلك الموضع ، لأن الظاهر شاهد له ، وإن لم يكن ذلك معروفاً منه ، فالقول قول الكفيل لأنه متمسك بالأصل ، وهو الجهل بالمكان ، ومنكر لزوم المطالبة إياه . وقال بعضهم : لا يلتفت إلى قول الكفيل ، ويحبسه الحاكم إلى أن يظهر عجزه ، لأن المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على إسقاطها عن نفسه بما يقول . فإن أقام الطالب بينة أنه في موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب إليه وإحضاره ، اعتباراً للثابت بالبينة للثابت معاينة (٢) . »

ولقد ذكر في فتح القدير قريباً من هذا الكلام .

- (١) الباب في شرح الكتاب : ٢ / ١٥٣ . والهداية مع فتح القدير : ٥ / ٣٩٣ .
(٢) العناية على شرح الهداية : ٥ / ٣٩٣ . وانظر مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٥ .

ثالثاً : إذا عين الكفيل مكاناً لتسليم المكفول تعين تبعاً لشرطه ، وإن لم يعين مكاناً فمكان الكفالة مكان التسليم كما في السلم فيهما ، فإن لم يكن موضع الكفالة صالحاً للتسليم حمل على أقرب مكان صالح للتسليم . إلى هذا ذهب الشافعية . وعلى هذا لو سلمه في غير المكان المعين للتسليم لم يبرأ . قال الخطيب : « وهو كذلك إذا كان للمكفول له غرض في الامتناع كفوت حاكم أو معين ، وإن امتنع لا لغرض تسلمه الحاكم عنه ، لأن التسلم حيثئذ لازم له ، فإذا امتنع منه ناب عنه الحاكم ، فإن لم يكن حاكم سلمه إليه وأشهد به شاهدين . (١) » .

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا عين في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره لم يبرأ من الكفالة ، لأنه سلم ما شرط تسليمه في مكان في غيره فلم يبرأ ، كما لو أحضر المسلم في غير هذا الموضع الذي شرطه ، ولأنه قد سلم في موضع لا يقدر على إثبات الحجة فيه لغية شهوده أو غير ذلك ، وقد يهرب منه ولا يقدر على إمساكه (٢) . وإن وقعت الكفالة مطلقة فهم كالشافعية في ذلك .

وأما الحنفية فقد ذكروا أن المطلوب هو تسليم المكفول إلى الطالب ، وهو التخلية بينه وبين المكفول بنفسه في موضع يقدر على إحضاره مجلس القضاء ، لأن التسليم في مثل هذا الموضع محصل للمقصود من العقد ، وهو إمكان استيفاء الحق بالمرافقة إلى القاضي ، فإذا حصل ينتهي حكمه ، فيخرج عن الكفالة ، ولو سلمه في صحراء أو برية لا يخرج ، لأنه لم يحصل المقصود ، ولو سلم في السوق أو في المصر يخرج ، سواء أطلق الكفالة أو قيدها بالتسليم في مجلس القاضي ، أما إذا أطلق فظاهر ، لأنه يتقيد بمكان يقدر على إحضاره مجلس القاضي بدلالة الغرض ، وكذا إذا قيد ، لأن التسليم في هذه الأمكنة تسليم في مجلس القاضي بواسطة (٣) .

هذا ولو شرط أن يسلمه في مصر معين كدمشق أو المدينة ، فسلمه في مصر آخر غير المشروط فهل يخرج عن الكفالة ؟

ذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنه يخرج عن الكفالة بهذا التسليم . ووجه قوله

(١) مغني المحتاج : ٢/٢٠٤ .

(٢) المغني : ٤/٥٠٣ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦/١٢ .

أن المقصود من تسليم النفس هو الوصول إلى الحق بالمرافقة إلى القاضي ، وهذا الغرض ممكن الاستيفاء من كل قاض ، فلا يصح التعيين ، أما إذا سلمه في قرية ولا قاضي فيها ، لا يخرج عن الكفالة ، لأن التسليم في مثل هذا المكان لا يصلح وسيلة إلى المقصود ، فكان وجوده وعدمه بمنزلة واحدة .

وذهب صاحبه محمد وأبو يوسف رحمهما الله إلى أنه لا يصح أن يسلمه في المصر الآخر ، ولا يخرج عن الكفالة إلا أن يسلمه في المصر المعين ، ووجه قولهما أن التقيد بالمصر مفيد ، لجواز أن يكون للطالب بينة يقدر على إقامتها في المصر المعين ، ولا يقدر على إقامتها في المصر الآخر ، فكان التعيين مفيداً فیتقيد به (١) .

رابعاً : يبرأ الكفيل إذا سلم المكفول إلى المكفول له في المكان المعين — على الاختلاف في هذا المكان — شريطة أن لا يكون هناك حائل يمنع المكفول له من الوصول إلى حقه ، كأن يكون هناك متغلب يمنع المكفول له عنه ، فإن أحضره مع وجود الحائل لم يبرأ الكفيل ، لعدم الانتفاع بتسليمه (٢) .

وكذلك يبرأ الكفيل إذا حضر المكفول به وقال : سلمت نفسي عن جهة الوكيل ، كما يبرأ الضامن للمال بأداء الأصيل الدين .

ولو سلم المكفول به نفسه عن الكفيل فأبى أن يقبله قال الماوردي : إن أشهد المكفول أنه قد سلم نفسه عن كفالة فلان برىء الكفيل منها . قال الخطيب : وقياس ما تقدم أنه يتعين الرفع إلى الحاكم ثم الإشهاد (٣) . هذا ولا يكفي مجرد حضور المكفول من غير أن يقول : سلمت نفسي عن فلان لأنه لم يسلمه إليه ولا أحد من جهته .

خامساً : يبرأ الكفيل بموت المكفول بنفسه ، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل ، وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل (٤) .

(١) المصدر السابق .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٤ . وانظر الاختيار : ٢ / ١٦٧ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٤ فما بعدها .

(٤) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣ .

فإذا كان على المكفول مال في مثل هذه الصورة فالأصح عند الشافعية أنه لا يطالب بالمال ، لأنه لم يلتزمه ، وإنما ضمن النفس ولم يتمكن من إحضارها ، والقول الثاني عندهم أنه يطالب بالمال بدلاً عن الإحضار المعجوز عنه ، لأن ذلك فائدة هذه الوثيقة .

وقال ابن رشد : « وفرق ابن القاسم - وهو من المالكية - بين أن يموت الرجل حاضراً أو غائباً فقال : إن مات حاضراً لم يلزم الكفيل شيء ، وإن مات غائباً نظر ، فإن كانت المسافة التي بين البلدين مسافة يمكن الحميل فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره ، وذلك نحو اليومين إلى الثلاثة ، ففرط غرم ، وإلا لم يغرم (١) » .

سادساً : إذا قال الكفيل للمكفول له : كفلت نفس فلان ، فإن لم أحضره في وقت كذا فعلي الألف التي عليه . ثم لم يحضره .

فسند الحنفية عليه الألف ، وتبقى الكفالة كما هي ، لأنه لامنافاة بين الكفالتين ولاحتمال أن يكون عليه حق آخر غير الألف .

حتى ولو قال المكفول له : لاحق لي قبل المكفول به ، فعلي الكفيل تسليمه ، لاحتمال أنه وصي أو وكيل (٢) .

والمذهب عند الشافعية في هذه المسألة بطلان الكفالة ، لأنه قد اشترط شرطاً ينافي مقتضاها ، وذلك بناء على أنه لا يغرم عند الإطلاق (٣) . وأما الحنابلة فقد ذهبوا في هذه المسألة إلى ما ذهب إليه الحنفية . فقد قال ابن قدامة : « وإذا تكفل برجل إلى أجل إن جاء فيه وإلا لزمه ماعليه صح ، وبه قال أبو حنيفة وأبو يوسف ، وقال محمد بن الحسن والشافعي لاتصح الكفالة ، ولا يلزمه ماعليه ، لأن هذا تعليق الضمان بخاطر فلم يصح ، كما لو علقه بقدوم زيد .

ولنا أن هذا موجب الكفالة ومقتضاها ، فصح اشتراطه ، كما لو قال : إن جئت به في وقت كذا وإلا فلاك حبسي .

ومبنى الخلاف هنا على الخلاف في أن هذا مقتضى الكفالة (٤) » ..

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٥ .

(٢) الاختيار : ٢ / ١٦٨ . واللباب : ٢ / ١٥٤ .

(٣) معني المحتاج : ٢ / ٢٠٦ . (٤) المغني : ٤ / ٥٠٤ .

سابعاً : إذا أبرأ الطالب الكفيل من الكفالة بالنفس خرج عن الكفالة ، لأن حكم الكفالة بالنفس حق المطالبة بتسليم النفس ، وقد أسقط المطالبة عنه بالإبراء ، فينتهي الحق ضرورة ، ولا يكون هذا الإبراء للأصيل ، لأنه أسقط المطالبة عنه دون الأصيل ، ولو أبرأ الأصيل برئاً جميعاً ، لأن الكفالة بمضمون على الأصيل ، وقد سقط الضمان عنه فيسقط عن الكفيل (١) .

ثامناً : في الكفالة بالنفس هل يشترط رضا المكفول ؟

الأصح عند الشافعية أن الكفالة بالنفس لا تصح إلا برضا المكفول الذي يعتبر إذنه ، أو الولي حيث لا يعتبر ، بناء على أن الكفيل لا يفرم المال عند العجز ، فلا فائدة لها إلا حضور المكفول ، وهو لا يلزمه الحضور مع الكفيل إذا لم يكن راضياً بكفالته إياه (٢) .

وذهب الحنفية إلى أنه لا يشترط رضا المكفول . قال في شرح الهداية : « وتجوز الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره ، لإطلاق ما رويناه ، ولأنه التزام المطالبة ، وهو تصرف في حق نفسه ، وفيه نفع للطالب ولا ضرر فيه على المطلوب بثبوت الرجوع إليه ، إذ هو عند أمره وقد رضي به » ويعني بما رويناه قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم (٣) . وعند الحنابلة في ذلك وجهان : أحدهما كالشافعية والثاني كالحنفية (٤) .

وأما رضا المكفول له فالأصح عند الشافعية أنه لا يشترط ، كما لا يشترط رضا المضمون له ، لأنها وثيقة له لا قبض فيها فصحت من غير رضاه فيها كالشهادة . ولأنها التزام حق له من غير عوض ، فلم يعتبر رضاه فيها كالنذر .

وإلى هذا ذهب الحنابلة

وأما عند الحنفية فلا تصح الكفالة إلا برضا المكفول له في المجلس عند أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف آخرأ : يجوز إذا بلغه فأجاز ، ولم يشترط في رواية عنه

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣ / .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٦ / .

(٣) انظر فتح القدير وحاشية العناية على الهداية : ٥ / ٤٠٧ / فما بعدها .

(٤) المغني : ٤ / ٥٠٥ / .

الإجازة ، بل الكفالة على هذا نافذة وإن كان المكفول له غائباً (١) . وقد مرّ الكلام على هذا عند الحديث عن المكفول له .

هذا وقد استثنى جمهور الحنفية من اشتراط رضا المكفول له مسألة واحدة ، وهي أن يقول المريض المليء لوارثه : تكفل عني بما عليّ من الدين فيتكفل به مع غيبة الغرماء ، فإنها تصح ، لأنها في الحقيقة وصية ، ولهذا تصح وإن لم يسم المكفول لهم (٢) .

★ ★ ★

(١) شرح الهداية مع فتح القدير : ٥ / ٤١٧ .
(٢) المصدر السابق : ٤١٨ / .

الفصل الرابع

في احكام الكفالة بالمال

لقد مرّ بنا أن الكفالة إما أن تكون بمال أو ببدن ، ولقد تحدثنا عن الكفالة بالبدن ،
وستحدث فيما يلي عن الكفالة بالمال ..

المطلب الأول : في تعريف الكفالة بالمال وحكمها وصيغتها :

- أ - تعريف الكفالة بالمال : هو أن يضمن الإنسان عن آخر ديناً في ذمته .
- ب - وأما حكمها : فهي جائزة ، وقد ثبت حكمها بالسنة ، وقد أجمع عليها أصحاب الصدر الأول وفقهاء الأمصار . وتسمى الكفالة بالمال عند الشافعية ضماناً .
- وقد نقل ابن رشد عن قوم لم يسمهم أنهم يقولون إنها ليست بلا زمة تشيها بالعدة ، قال ابن رشد وهو شاذ (١) .
- ج - وأما صيغتها : فهي أن يقول تكفلت عن فلان بألف ، أو تكفلت بما يدركك في هذا البيع ، أو أي لفظ يدل على الالتزام ، ولقد مرّ الحديث عن الصيغة بشكلها العام وعن شروطها عند الحديث عن أركان الكفالة .

المطلب الثاني : في شروط الكفالة بالمال :

- ١ - لقد مرّ بنا أن الكفالة بالمال تصح سواء كان المال معلوماً أو مجهولاً ،
والخلاف في ذلك .

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٥ / .

٢ - كما لاتصح الكفالة بالمال إلا إذا كان ديناً صحيحاً ، وقد مرت شروط الدين الذي تكون الكفالة به ، والخلاف في هذه الشروط .

٣ - كما مر الخلاف في جواز تعليق الكفالة .

وهناك شروط مرت في المكفول له والكفيل عنه والمكفول به يشترط وجودها هنا لصحة الكفالة بالمال ، لاجابة إلى إعادتها هنا .

المطلب الثالث : فيما يتحمل الكفيل في المال ومن يطالب المكفول له :

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

وإلى هذا ذهب مالك وأبو حنيفة والشافعي وكثير من أهل العلم واستدل هؤلاء بما روي عن جابر ، وفيه « فتحملها أبو قتادة » ، ثم قال بعد ذلك بيوم : ما فعل الديناران ؟ قال إنما مات أمس ، ثم أعاد عليه بالغد ، قال قد قضيتهما ، قال الآن بردت عليه جلده « مكان الاستدلال في قوله : الآن بردت عليه جلده ، فلو كان الدين قد تحول عن المضمون عنه بالضمان لكان قد برد جلده بالضمان .

وقالوا أيضاً: إن الضمان وثيقة بدين. فلم يتحول إلى الوثيقة ويسقط عن الذمة كرهن (١) .

وذهب ابن شبرمة وابن أبي ليلى وداود وأبو ثور إلى أنه تبرأ ذمة المضمون عنه بالضمان ويتحول الحق إلى ذمة الضامن .

واحتج هؤلاء بقوله عليه الصلاة والسلام لأبي قتادة : « حق الغريم عليك والميت بريء ؟ قال : نعم » .

وبقوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه : « فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك » .

ويترتب على الخلاف في هذه المسألة أن المكفول له هل له مطالبة الطرفين؟

(١) انظر تكملة المجموع على المذهب : ١٣ / ٤٦٩ / .

ذهب الشافعي وأبو حنيفة وأصحابهما إلى أنه إذا حضر الضامن والمضمون وكلاهما
موسر، فالمطالب أن يؤخذ من شاء من الكفيل أو المكفول، لأن الكفالة مقتضاها الضم
كما ذكر الحنفية .

وأولئك ذهبوا إلى أن المطالب هو الضامن ، وأن المضمون عنه قد برى
من الدين .

ومما احتجوا به بالإضافة لما سبق ، سواء كان المضمون عنه غائباً
أو حاضراً ، غنياً أو فقيراً حديث قبيصه بن المخارق قال : « تحملت حمالة فأتيت
النبي صلى الله عليه وسلم فسألته عنها فقال : نخرجها عنك من إبل الصدقة يا قبيصة
إن المسألة لا تحمل إلا في ثلاث ، وذكر رجلاً تحمل حمالة رجل حتى يؤديها » ووجه
الاستدلال من هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح المسألة للمتحمل دون اعتبار
حال المتحمل عنه (١) .

وحكي عن مالك في إحدى روايتين عنه : أنه لا يطالب الضامن إلا إذا تعذر
مطالبة المضمون عنه لأنه وثيقة فلا يستوفي الحق منها إلا عند تعذر استيفائه من الأصل
كالرهن (٢) .

٢- إذا قال الكفيل : تكفلت بمالك عليه ، فما الذي يضمنه في ذلك ؟

ذكر الحنفية أنه إذا قال ذلك فلا يخلو الأمر من حالتين :

إحداهما : أن يكون هناك بينة على مقدار معين كألف مثلاً ، فهنا يقع عليه
الضمان بهذا المقدار ، لأن الثابت بالبينة كالثابت معاينة ، فيتحقق بها ما عليه .

الثانية : أن لاتقام بينة على مقدار الدين ، فالقول عند ذلك قول الوكيل مع
يمينه في مقدار ما يعترف به ، لأنه منكر للزيادة .

وفي هذه الحال لو اعترف المكفول عنه بأكثر من ذلك لم يصدق على كفيله ،
لأنه إقرار على الغير ولا ولاية له عليه .

إلا أنه يصدق في حق نفسه لو لايته عليها .

(١) انظر بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٦ فما بعدها / ، وانظر المغني : ٤ / ٤٩١ / .
(٢) انظر المصدرين السابقين .

وفرق في فتح القدير بين تكفلت بما لك على فلان ، وقوله مائت لك على فلان وماذاب لك على فلان فقال :

« بخلاف قوله ماذاب لك على فلان فهو عليّ ، أو مائت ، فأقر المطلوب بمال لزوم الكفيل ، لأن الثبوت حصل بقوله ، وكذلك ذاب فإنه بمعنى حصل ، وقد حصل بإقراره ، بخلاف الكفالة بمالك عليه ، فلأنها بالدين القائم في الحال ، وماذاب ونحوه الكفالة بما سيجب ، والوجوب يثبت بإقراره ، بخلاف ما قضى عليه لك لا يلزم (١) . »

٣- إذا قضى الكفيل الدين يرجع به على المكفول ؟
لاشك أنه إذا قبض المكفول له حقه من المضمون عنه برىء الضامن من الضمان ، لأنه وثيقة بحق ، فأنحلت بقبض الحق كالرهن .

وإذا قبض المكفول له حقه من الكفيل برىء المضمون عنه من الحق الذي عليه للمكفول له ، لأنه استوفى حقه من الوثيقة فبرىء من عليه الدين ، كما لو قضى الدين من ثمن الرهن .

بقي السؤال أنه إذا قضى الكفيل الدين فهل يرجع به على المكفول ؟

للجواب عن هذا نقول : إنه لا يخلو الأمر من حالتين :

الحالة الأولى أن يكون الضمان بإذن المكفول ، والثانية أن يكون بغير إذنه .

أ- فإن كان الضمان والكفالة بإذن المضمون عنه ففي هذه الحالة وجهان :

الوجه الأول : أن يكون القضاء بإذن من المكفول ، ففي هذا يرجع الكفيل على المكفول ؛ لأنه أذن له بالضمان والقضاء . واشترط أبو حنيفة ومحمد في هذا أن يقول : اضمن عني أو أنفذ عني ، وأما لو قال : اضمن هذا الدين ، أو أنفذ هذا الدين ولم يقل عني لم يرجع عليه ، إلا أن يكون بينهما خلطة مثل أن يودع أحدهما الآخر ، أو يستقرض أحدهما من الآخر . أو يكون ذا قرابة أو مصاهرة . وقال أبو يوسف يرجع ؛ لأنه وجد القضاء بناء على الأمر ، فلا بد من اعتبار الأمر فيه (٢) .

(١) فتح القدير : ٤٠٦ / ٥ فما بعدها / . وانظر الباب : ٢ / ١٥٥ فما بعدها / .
(٢) فتح القدير : ٤٠٨ / ٥ .

الوجه الثاني : أن يضمن عنه بأمره ، ويقضي عنه بغير أمره ، فذهبت الشافعية في الأصح عندهم إلى أنه يرجع عليه ، لأنه أذن في سبب الأداء ، وإلى هذا ذهب الحنابلة والمالكية .

والقول الثاني عند الشافعية أنه لا يرجع عليه ، لأنه أسقط الدين عنه بغير إذنه فلا يرجع عليه ، كما لو ضمن بغير إذنه ، وقضى بغير إذنه ، والقول الثالث عندهم أنه إن كان الضامن مضطراً إلى القضاء ، مثل أن يطالبه المضمون له ، والمضمون عنه غائب ، أو حاضر معسر رجح ، لأنه تعذر الرجوع على المضمون عنه . وأما إن كان غير مضطر إلى القضاء ، مثل أن يكون المضمون عنه حاضراً مؤسراً يمكنه أن يطالبه بتخليصه من الضمان فقضى لم يرجع ، لأنه متطوع بالأداء .

ب - وأما إذا كان الضمان بغير إذن من المضمون عنه فلا يخلو الأمر أيضاً من وجهين :

أحدهما : أن يكون القضاء بغير إذن من المضمون عنه . فقد ذهب الشافعية والحنفية إلى أنه لا يرجع الضامن ، لأنه متبرع بأدائه والمتبرع لا يرجع . ولأنه لو كان له الرجوع لما صلى النبي صلى الله عليه وسلم على الميت بضمان أبي قتادة رضي الله عنه (١) . وذهب الإمام مالك والإمام أحمد في إحدى روايتين عنه أنه يرجع بما أدى . ووجه هذا القول أنه قضاء مبريء من دين واجب ، فكان من ضمان من هو عليه ، كالحاكم إذا قضاه عنه عند امتناعه ،

وأجابوا عن دليل الحنفية والشافعية بأن أبا قتادة تبرع بالقضاء والضمان ، فإنه وفي دينه قصداً لتبرئة ذمته ، ليصلي عليه النبي صلى الله عليه وسلم ، مع أنه لم يترك وفاء ، والمتبرع كما قلتم لا يرجع بشيء ، وإنما الخلاف فيمن يريد الرجوع (٢) .

الثاني : أن يكون ضمان بغير إذنه والقضاء بإذنه .

ذهب الشافعية في الأصح عندهم أنه إذا ضمن بغير إذن وقضى بإذن ، لا يرجع على المضمون عنه ، لأن وجوب الأداء بسبب الضمان ولم يأذن فيه .

(١) المصدر السابق وانظر مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٩ / . وتكملة المجموع : ١٣

٤٧٢ / .
(٢) انظر المغني : ٤ / ٤٩٥ / .

وذهب الحنابلة إلى أنه يرجع عليه ، لأنه أدى دينه بأمره فيرجع عليه ، كما لو لم يكن ضامناً (١) .

وما ذهب إليه الحنابلة هو القول الثاني عند الشافعية .

وذهب مالك إلى أن الضامن يرجع على المضمون عنه مطلقاً ، قال ابن رشد : « وأما شروط الكفالة فإن أبا حنيفة والشافعي يشترطان في وجوب رجوع الضامن على المضمون بما أدى عنه أن يكون الضمان بإذنه ، ومالك لا يشترط ذلك (٢) » .

المطلب الرابع : في مطالبة الضامن المضمون عنه بتخليصه :

إذا ضمن شخص آخر في مال ، فهل يحق للضامن أن يطالب المضمون عنه بتخليص ذمته ؟ هناك في هذه المسألة حالتان :

الأولى : أن يكون الضمان بغير إذن المضمون عنه ، فهنا لا يصح للضامن أن يطالب المضمون عنه بذلك ، لأنه لم يدخل فيه بإذنه فيلزمه تخليصه .

الثانية : أن يكون الضمان بإذن المضمون عنه ، فهنا إن طالب صاحب الحق الضامن فله أن يطالب المضمون عنه بتخليصه ، لأنه لزمه الأداء عنه بأمره ، فكانت له المطالبة بتبرئة ذمته .

وأما إذا لم يطالب صاحب الحق الضامن فهل له مطالبة المضمون عنه ، ذهب الشافعية في الأصح عندهم أنه لا يطالبه بالتخليص ، لأنه لما لم يغرمه تبيل أن يغرم لم يطالبه قبل أن يطالب .

والقول الثاني عندهم أنه له أن يطالب بتخليصه ، كما لو استعار عيناً ليرهنها ورهنها ، فإن للمالك مطالبة بفكها .

وفرق الأول بين مسألة الكفالة ومسألة الرهن بأن الرهن محبوس بالدين وفيه ضرر ظاهر ، بخلاف الضامن فإنه لا ضرر عليه في دين في ذمته لا يطالب به (٣) .

(١) المصدر السابق .

(٢) بداية المجتهد : ٢ / ٢٩٨ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٩ . وتكملة المجموع : ١٣ / ٤٦٨ .

والقولان أيضاً مذكوران عن الحنابلة ، وقد رجح ابن قدامة القول الأول
كالشافعية ، قال رحمه الله :

« وإن لم يطالب الضامن لم يملك مطالبة المضمون عنه ، لأنه لما لم يكن له الرجوع
بالدين قبل غرامته ، لم يكن له المطالبة به قبل طلبه منه . وفيه وجه آخر أن له المطالبة
لأنه شغل ذمته بإذنه ، فكانت له المطالبة بتفريغها ، كما لو استعار عبداً فرهنه كان
للسيد مطالبة بفكاكه وتفريغه من الرهن ، والأول أولى ، ويفارق الضمان العارية ،
لأن السيد يتضرر بتعويق منافع عبده المستعار ، فملك المطالبة بما يزيل الضرر عنه ،
والضامن لا يبطل بالضمان شيء من منفعه (١) » .

المطلب الخامس : في براءة الكفيل وبراءة الأصل :

أ - براءة الكفيل : إذا أبرأ صاحب الحق الكفيل من الدين فهل يبرأ الأصل ؟
ذهب الشافعية إلى أن براءة الكفيل لا تقتضي براءة الأصل ، لأن إبراء الكفيل
إسقاط وثيقة من غير قبض ، فلم يبرأ به من عليه الدين كفسخ الرهن (٢) . وإلى
هذا أيضاً ذهب الحنفية حيث قالوا : « وإن أبرأ الكفيل لم يبرأ الأصل لأنه تبع ،
ولأن عليه المطالبة ، وبقاء الدين على الأصل بدونه (٣) » . وقاسوا على هذه المسألة
مسألة أخرى ، وهي ما إذا أخر الأجل عن الكفيل لا يتأخر بالنسبة إلى الأصل .
وإلى هذا أيضاً ذهب الحنابلة ، وعللوا الحكم بما علل به الشافعية والحنفية (٤) .
ب - براءة الأصل : وأما إذا أبرأ الأصل فقد برئت ذمة الضامن ، لأنه
تبع ، ولأنه وثيقة ، فإذا برئ الأصل زالت الوثيقة كالرهن ، وقد قال ابن قدامة :
« لا نعلم فيه خلافاً (٥) » .

هذا ويتعلق بهذه المسألة ما إذا ضمن الضامن ضامن آخر - وهذه الضمانة ضمانة
صحيحة ، لأنه دين لازم في ذمته فصح ضمانه - إذا كان الأمر كذلك ثبت الحق في

-
- (١) المغني : ٤ / ٤٩٦ / .
 - (٢) تكملة المجموع : ١٣ / ٤٧٠ / . ومغني المحتاج : ٢ / ٢٠٨ / .
 - (٣) فتح القدير : ٥ / ٤١١ / .
 - (٤) انظر المغني : ٤ / ٤٩٢ / .
 - (٥) انظر المصادر السابقة .

ضم ثلاثة أيهم قضاء برئت ذمهم ، لأنه حق واحد ، فإذا قضي مرة لم يجب قضاؤه مرة أخرى . فإن أبرأ الغريم المضمون عنه برىء الضامتان لأنهما فرع ، وإن أبرأ الضامن الأول برىء الضامتان كذلك ولم يبرأ المضمون عنه لما تقدم ، وإن أبرأ الضامن الثاني برىء وحده (١) .

المطلب السادس : فيما يرجع به الكفيل على الأصل إذا أدى عنه :

إذا أدى الكفيل عن الأصل ماضيه عنه ، وكان قد ضمن بأمره ، رجع عليه بما أدى عنه ، وأما إذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيداً فأدى رديئاً أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدى ، لأنه ملك الدين بالوفاء ، فتزل منزلة الطالب ، كما إذا ملكه بالهبة أو بالإرث ، بأن مات الطالب والكفيل وأرثه ، أو وهبه له حال حياته . هذا عند الحنفية (٢) .

وأما عند الشافعية فالأصح عندهم أنه لا يرجع إلا بما عزم لأنه الذي بذله .

والقول الثاني عندهم أنه يرجع بما ضمن عن المضمون عنه كالحنفية .

قال الخطيب الشربيني في شرحه على المنهاج : « ولو أدى مكسراً عن صحاح أو صالح عن مائة بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلا بما عزم ، لأنه الذي بذله ، والثاني يرجع بالصالح والمائة لحصول براءة الذمة ، والنقصان جرى من رب المال مسامحة للضامن (٣) » .

وأما الحنابلة فقد ذهبوا إلى أنه يرجع على المضمون عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين ، فقد قال ابن قدامة : « ويرجع الضامن عنه بأقل الأمرين مما قضى أو قدر الدين ، لأنه إن كان الأقل الدين ، فالزائد لم يكن واجباً فهو متبرع بأدائه ، وإن كان المقضي أقل ، فإنما يرجع بما غرم ، ولهذا لو أبرأه غريمه لم يرجع بشيء ، وإن دفع عن الدين عرضاً رجع بأقل الأمرين عن قيمته أو قدر الدين لذلك (٤) » .

(١) المغني : ٤ / ٤٩٣ .

(٢) تبين الحقائق : ٤ / ١٥٥ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٩ .

(٤) المغني : ٤ / ٤٩٥ .

هذا ويتصل بهذه المسألة ما إذا صالح أحدهما ^{في} وجه المال عن ألف بخمسماية فإن كلا الشخصين - الكفيل والمكفول - يبرأ ، لأنه إن صالح الأصل فالأمر ظاهر ، لأنه برىء هو بالصلح ، وبراءته براءة الكفيل ، وأما إذا صالح الكفيل فلأن إضافة الصلح إلى الألف إضافة إلى ماعلى الأصل ، لأن الكفيل ليس عليه دين ، وإنما عليه المطالبة ، فيبرأ الأصل عن الدين ضرورة إضافة الصلح إلى الألف ، وبراءته توجب براءة الكفيل ، فإذا برئا عن خمسمائة بصلح أحدهما أيهما كان ، فإن أدى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على الأصل بها إن كان بأمره - على مامر من الخلاف - وإلا فلا يرجع ، هذا كله إن ذكر في الصلح براءة أحدهما أو براءة الأصل ، أو لم يشترط شيء ، فإن شرط أن يبرأ الكفيل لاغير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والألف على حاله على الأصل (١) .

ويتصل أيضاً بهذه المسألة ما ذكره الحنفية من أنه إذا قال صاحب الدين للكفيل: برئت إني من المال ، أو برئت ، أو أبرأتك فهل يرجع الكفيل على المكفول بالدين؟ قالوا : إذا قال له : برئت إني من الدين رجع الكفيل على الأصل ، لأن هذا إقرار منه بالقبض من الكفيل ، لأن البراءة التي يكون ابتداءها من الكفيل وانتهاءها إلى الطالب - صاحب الدين - لا تكون إلا بالإيفاء منه ، فكأنه قال : دفعت إني الدين أو نقدتني أو قبضته منك ، فيرجع عليه ، ولا يرجع الطالب على واحد منهما لإقراره بالاستيفاء من الكفيل .

وأما لو قال : برئت إذا قال ذلك للكفيل ، فإنه لا يرجع الكفيل على الأصل ، لأنه لم يقر بالاستيفاء منه ، لأن قوله برئت من غير أن يقول إني محتمل ، يحتمل أنه بريء بإبرائه ، ويحتمل أنه برىء بالأداء ، فلا يثبت له الرجوع بالشك ، هذا عند محمد .

وقال أبو يوسف : يرجع عليه ، لأنه لا يحتمل إلا البراءة بالقبض ، لأنه أقر براءة ابتداءها من المطلوب ، لأنه نسب البراءة إليه ، ولا يقدر المطلوب أن يبرأ إلا بالأداء ، بأن يضع المال بين يديه ويحلى بينه وبينه فيبرأ بذلك ، وإن لم يوجد من

(١) تبين الحقائق : ١٥٧ / ٤

الطالب صنع ، ولهذا لو ~~كان~~ يرى الكفيل من المال يكون إقراراً منه بالقبض إجماعاً فكذا هذا ، إذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ .

وفرق محمد بين اللفظ والكتابة بالعرف ، فإن العرف بين الناس أن الصك يكتب على الطالب بالبراءة إذا حصلت بالإيفاء ، وإن حصلت بالإبراء لا يكتب الصك عليه ، فجعلت الكتابة إقراراً بالقبض عرفاً ولا عرف عند الإبراء .

وأما لو قال للكفيل : أبرأتك من المال ، فلا يعدّ إقراراً بالقبض ، حتى كان للطالب أن يأخذ الأصل به (١) .

المطلب السادس : في دعوى الضامن أنه قضى الدين عن المضمون :

ضمن رجل عن شخص آخر ألف دينار بإذنه ، ثم ادعى الضامن أنه دفعها إلى المضمون له ، فأكثر المضمون له ذلك ولا بينة في ذلك ، فالقول قول المضمون له يمينه ، لأنه منكر قبض المال ، فإذا حلف كان له أن يطالب أيهما شاء ، لأن حقه ثابت في ذمتها ، فإن أخذ الألف من المضمون عنه برئت ذمته وذمة الضامن .

ثم هل الضامن يرجع بالألف الأولى على المضمون عنه ؟ ؟

هناك حالتان : إما أن يكون الدفع بغير محضر من المضمون عنه أو يكون بمحضر منه .
أولاً : أن يكون الكفيل قد دفع بغير محضر من المضمون عنه ، فإن لم يشهد على الدفع نظرت في المضمون عنه فإن صدق الضامن فهناك في الرجوع وجهان عند الشافعية أحدهما : أنه يرجع عليه لأنه صدقه أنه قد أبرأ ذمته بدفع الألف ، فكان له الرجوع ، كما لو دفع بمحضرة .

الثاني : أنه لا يرجع عليه بشيء ، وهذا هو المشهور ، لأنه يقول : إن دفعت فلم تدفع دفعاً يبرئني من حقه ، لأنك لم تسقط عني بذلك المطالبة ، فلم تستحق عليّ بذلك رجوعاً .

وإن كذبه المضمون عنه فهل عليه اليمين ؟ إن قلنا : لو صدقه كان له الرجوع ؛ كان على المضمون عنه أن يحلف أنه ما يعلم أنه دفعه .

(١) تبين الحقائق : ١٥٧/٤ / وفتح القدير : ١٢/٥ فما بعدها .

وإن قلنا : لو صدقه لا يرجع عليه فلا يمين عليه ،
وإن أشهد حين الدفع ، فإن كانت البينة قائمة بحكم بها على المضمون له ،
ولم يقبل يمينه ، ويكون للضامن أن يرجع على المضمون عنه .
وإن كان الضامن قد قضى بيينة مردودة بأمر ظاهر كالكفر والفسق فهو كما
كما لو لم يشهد فيأتي في الرجوع على المضمون عنه الكلام السابق .
وإن أشهد شاهدين ظاهرهما العدالة ، ثم بأن أنهما كانا فاسقين ، ففي ذلك
وجهان :
أحدهما : يرجع الضامن على المضمون عنه ، لأنه لم يفرط في الإشهاد ، وليس
عليه معرفة مافي الباطن .
ثانيهما : حكمه كحكم مالم يشهد ، لأنه أشهد من لم تثبت الحقوق بشهادته ،
وإن أشهد شاهداً واحداً حراً عدلاً ؛ فإن كان موجوداً حلف معه ، وكان كما لو
أشهد شاهدين عدلين وحكم بشهادتهما .
فإن كان هذا الشاهد ميتاً أو غائباً أو طرأ عليه الفسق ففيه وجهان أيضاً :
أحدهما : حكم ذلك حكم مالم أشهد عدلين ثم فسقا ، لأنه دفع بحجته ،
وإنما عدت كالشاهدين .
والثاني : حكمه حكم مالم يشهد ، لأنه فرط حيث اقتصر على بينة مختلف
في قبولها - وهي اليمين مع الشاهد - فهو كما لو لم يشهد .
ثانياً : أن يكون الكفيل قد دفع بمحضر من المضمون عنه ، فلا يخلو الحال من أن
يكون هناك بينة على الدفع ، أولاً يكون هناك بينة ، فإن كان هناك بينة حكم بها .
وإن كان قضى بغير بينة ففيه وجهان :
أحدهما : يرجع ، لأنه إذا كان حاضراً كان الاحتياط إليه ، فإذا ترك التحفظ
وهو حاضر فهو المفرط دون الضامن ، وهذا هو المنصوص عليه .
ثانيهما : أنه لا يرجع ، لأنه قضى قضاء لا يرى ، فأشبه مالم قضى في غيبته .

هذا كله إذا أخذ الألف من المضمون عنه ، فأما إذا طالب الضامن وأخذ منه الألف ثانية فيماذا يرجع الكفيل على المضمون عنه ؟

هنالك في هذه المسألة قولان :

أحدهما : لا يرجع عليه بشيء لا بالأولى ولا بالثانية ، أما الرجوع بالأولى فقد مرّ الكلام عليها ، وأما الرجوع بالثانية فلا يرجع بها لأنه يعترف أن المضمون له قد ظلم بأخذها ، فلا يرجع بها على غير من ظلمه .

الثاني : وهو الراجع أنه يرجع عليه ، لأنه قد أبرأ المضمون عنه بدفعه عنه ظاهراً وباطناً ، ولكن هل يرجع عليه بالأولى أو بالثانية وجهان :

أحدهما : أنه يرجع عليه بالثانية لأن المطالبة عن المضمون عنه سقطت بها في الظاهر .

والثاني : يرجع بالأولى ، لأن براءة الذمة حصلت بها في الباطن (١) .

المطلب السابع : في اعتراف المضمون له بقضاء الدين :

إذا اعترف صاحب الحق بقضاء الحق وأنكر المضمون عنه ، لم يلتفت إلى إنكاره ، لأن ما في ذمته حق للمضمون له .

فإذا اعترف بالقبض من الضامن فقد اعترف بأن الحق الذي له قد صار حقاً للضامن ، فيجب أن يقبل إقراره لكونه إقراراً في حق نفسه ، قال ابن قدامة بعد أن ساق الكلام الأول : « ويحتمل أن لا يقبل ، لأن الضامن مدع لما يستحق به الرجوع على المضمون عنه ، فقول المضمون له شهادة على فعل نفسه فلا يقبل ، والصحيح الأول ، وشهادة الإنسان على فعل نفسه صحيحة ، كشهادة المرضعة بالرضاع ، وقد ثبت ذلك بخبر عقبة بن الحارث (٢) » .

(١) تكملة المجموع : ٤٧٦/١٣ فما بعدها / والمغني لابن قدامة : ٤٩٧/٤ فما بعدها .

(٢) المغني : ٤٩٨/٤ فما بعدها / وانظر تكملة المجموع : ٤٧٩/١٣ .

المطلب الثامن : في المضمون عنه إذا دفع الدين إلى الكفيل فهل يملك استرجاعه ؟

من كفل عن رجل بألف عليه بأمره ، ففرض المكفول عنه الألف إلى الكفيل قبل أن يدفعها الكفيل إلى صاحب الحق ، فليس له أن يرجع فيها ، لأنه تعلق بها حق القابض على احتمال قضائه الدين ، فلا تجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال ، وذلك كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعي ، لأنه الدفع كان لغرض ، وهو أن يصير زكاة بعد الحول .

وكمن اشترى شيئاً بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضي مدة الخيار ، ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع ، فليس له ذلك ؛ لأن الدفع كان لغرض وهو أن يصير ثمناً عند مضي زمن الخيار ، فما دام هذا الاحتمال قائماً لا يسترد ، ولأنه ملكه بالقبض لأن المطلوب دفعه إليه على وجه القضاء ، وأخذ الكفيل على وجه الاقتضاء ، وذلك بأن قال له وقت الدفع : إني لآمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنأ أقضيك المال قبل أن تؤديه ، هذا بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة ، بأن قال الأصيل للكفيل : خذ هذا المال وادفعه إلى الطالب ، حيث لا يصير المؤدى ملكاً للكفيل ، بل هو أمانة في يده ولكن لا يكون للأصيل أن يسترده من يد الكفيل ، لأنه تعلق بالمؤدى حق الطالب ، وهو بالاسترداد يريد إنطاله ، فلا يمكن منه ما لم يقض دينه كالمسألة الأولى .

ولأنه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق ، كما وجب على الكفيل للطالب ، ولهذا لو أخذ الكفيل من الأصيل رهناً به جاز ، وكذا لو أبرأ الكفيل الأصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع إلى الطالب جاز ، حتى لو أدى بعد ذلك لا يرجع عليه ، فيثبت بهذا أن للكفيل ديناً على الأصيل ، إلا أنه ليس له أن يرجع عليه حتى يؤدي عنه ، فصار نظير الدين المؤجل ، فإنه بالاستعجال يملك فكذا هذا ، ثم بالاسترداد يكون نقضاً لما تم من جهته فلا يمكن (١) .

ماسبق جميعه في هذه المسألة هو مذهب الحنفية ، وعند الشافعية في ذلك قولان : أحدهما أنه يملكه ، لأن الرجوع عندهم يتعلق لسببين الضمان والغرم ، وقد وجد أحدهما ، فجاز تقديمه على الآخر ، كإخراج الزكاة بعد النصاب وقبل الحول ، وإخراج الكفارة قبل الحنث .

(١) تبين الحقائق : ٤ / ١٦٢ / وانظر فتح القدير : ٥ / ٤٢١ فما بعدها .

والثاني لا يملك ما قبض ، لأنه أخذه بدلاً عما يجب في الثاني فلا يملكه ، كما لو دفع شيئاً عن بيع لم يعقد ، فعلى هذا يجب ردّه ، وإن تلف ضمنه ، لأنه قبضه على وجه البذل ، فيضمنه كالمقبوض على سوم الشراء (١) .

هذا وقد رتب الحنفية على قولهم بالتملك أنه إذا تاجر الكفيل بالمال وربح قبل أن يعطيه إلى الطالب ، طاب له الربح ، لأنه ملكه بالقبض ، فكان الربح بدل ملكه ، ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الأصيل ، لأنه بالكفالة وجب له على الأصيل دين ، إلا أنه تؤخر مطالبته حتى يدفع ، فتزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض .

إلا أن في هذا الربح نوع خبث إذا قضى الأصيل الدين عند أبي حنيفة وندب ردّه على المضمون عنه لو كان المقبوض مما يتعين ، كالخنطة والشعير ، وروي عنه أنه يتصدق به (٢) .

المطلب التاسع : في ضمان الدين الحال إلى أجل وضمنان الدين المؤجل حالاً :

إذا كان لرجل على غيره دين حال فضمنه عنه ضامن إلى أجل معلوم صح الضمان ، وكان الدين معجلاً على المضمون عنه ، ومؤجلاً على الضامن ، لأن الضمان رفق ومعروف فكان على حسب الشرط .

وكذلك الحكم إذا كان الدين مؤجلاً إلى شهر فضمنه الضامن مؤجلاً إلى شهرين . إلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة .

قال ابن قدامة : « قال أحمد في رجل ضمن ما على فلان أن يؤديه في ثلاث سنين : فهو عليه ويؤديه كما ضمن .

ووجه ذلك ما روى ابن عباس أن رجلاً لزم غريباً له بعشرة دنانير ، على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ما عندي شيء أعطيكمه ، فقال : والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل ، فجره إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم : كم تستنظره ؟ قال : شهراً ، قال رسول الله صلى الله

(١) تكملة المجموع شرح المذهب : ١٣ / ٤٦٩ فما بعدها .

(٢) تبين الحقائق : ٤ / ١٦٢ / وفتح القدير : ٥ / ٤٢٢ /

عليه وسلم : فأنا أحمل ، فجاء في الوقت الذي قال النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : من أين أصبت هذا ؟ قال : من معدن قال : لاخير فيها ، وقضاها عنه . رواه ابن ماجه في سننه ، ولأنه ضمن مالاً بعقد مؤجل فكان مؤجلاً كالبيع (١) .

هذا وقد ذكر ابن قدامة اعتراضاً على هذا القول ثم أجاب عنه ، قال رحمه الله « فإن قيل فعندكم الدين الحال لايتأجل ، فكيف يتأجل على الضامن ، أم كيف يثبت في ذمة الضامن على غير الوصف الذي يتصف به في ذمة المضمون عنه ؟ قلنا : الحق يتأجل في ابتداء ثبوته إذا كان بعقد ، وهذا ابتداء ثبوته في حق الضامن ، فإنه لم يكن ثابتاً عليه حالاً ، ويجوز أن يخالف مافي ذمة الضامن مافي ذمة المضمون عنه ، بدليل مالو مات المضمون عنه والدين مؤجل ، فإنه يصير حالاً بالنسبة إليه (٢) .

هذا ومذهب الحنفية في هذه المسألة أنه يكون تأجيلاً في حقهما جميعاً في ظاهر الرواية ، وروى ابن سماعه عن محمد أنه يكون تأجيلاً في حق الكفيل خاصة . وجه قول محمد : أن الطالب خصّ الكفيل بالتأجيل فيخص به ، كما إذا كفّل حالاً أو مطلقاً ثم أخر عنه بعد الكفالة .

وجه ظاهر الرواية : أن التأجيل في نفس العقد يجعل الأجل صفة للدين ، والدين واحد ، وهو على الأصيل فيصير مؤجلاً عليه ضرورة ، بخلاف مالو كان التأجيل بعد تمام العقد ، لأنه التأجيل المتأخر عن العقد يؤخر المطالبة ، وقد خصّ به الكفيل ، فلا يتعدى إلى الأصيل (٣) .

وإن كان الدين مؤجلاً على من هو عليه إلى شهر مثلاً فضمنه عنه ضامن حالاً فعند الشافعية في ذلك ثلاثة أوجه :

أحدها : يصح الضمان ، ويلزم الضامن تعجيل الدين دون المضمون عنه ، لأنه ضمن له ديناً بعقد فكان على حسب ماضيه ، كما لو ضمن المعجل مؤجلاً .

(١) المفني : ٤٨٨/٤ فما بعدها / وانظر تكملة المجموع : ١٣/٤٦٤ .

(٢) المفني : ٤٨٩/٤ / وانظر مفني المحتاج : ٢/٢٠٧ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦/٣ .

الثاني : لا يصح الضمان ، لأن الضامن فرع للمضمون عنه ، فلا يجوز أن يستحق مطالبة الضامن دون المضمون عنه .

الثالث : يصح الضمان ولا يلزم التعجيل كأصله .

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يصير حالاً ، كالوجه الثالث عند الشافعية ، واحتجوا على ذلك بأن الضامن فرع للمضمون عنه ، فلا يلزمه مالا يلزم المضمون عنه ، ولأن المضمون عنه لو ألزم نفسه تعجيل هذا الدين لم يلزمه تعجيله ، فبأن لا يلزم الضامن أولى ، وبأن الضمان التزام دين في اللمة ، فلا يجوز أن يلتزم مالا يلزم المضمون عنه . وعلى هذا إن قضاء حالاً لم يرجع به قبل أجله ، لأن ضمانه لم يغيره عن تأجيله (١) .

وقد فرق الحنابلة بين هذه الصورة والصورة التي قبلها فقالوا : « والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أن الدين الحال ثابت في اللمة مستحق القضاء في جميع الزمان ، فإذا ضمنه مؤجلاً فقد التزم بعض ما يجب على المضمون عنه ، فصح كما لو كان الدين عشرة فضمن خمسة .

وأما الدين المؤجل فلا يستحق قضاؤه إلا عند أجله ، فإذا ضمنه حالاً التزم مالم يجب على المضمون عنه ، فأشبهه مالهو كان الدين عشرة فضمن عشرين (٢) » .

المطلب العاشر : في موت الكفيل أو المكفول عنه والدين مؤجل :

ذهب الشافعية والحنابلة في إحدى روايتين ، وكذلك الحنفية ، ذهب هؤلاء إلى أنه إذا كان الدين مؤجلاً في حق كل من الكفيل والمكفول عنه ، ثم مات أحدهما تعجل الدين في حقه ، فإن مات الأصيل قبل الأجل حلّ الدين في ماله ، وهو على الكفيل إلى أجله ، وكذا لو مات الكفيل دون الأصيل يحلّ الدين في مال الكفيل ، وهو على الأصيل إلى أجله ، لأن المبطل للأجل وجد في حق أحدهما دون الآخر . ثم إن كان الميت هو الأصيل فللضامن أن يطالب صاحب الدين بأخذ الدين من تركته أو إبرائه هو ، لأن التركة قد تهلك فلا يجد مرجعاً إلا الغرم .

(١) المصدران السابقان .

(٢) المغني : ٤/٨٩ فما بعدها .

وإن كان الميت الضامن ، وأخذ صاحب الدين حقه من التركة ، لم يكن للوارث الرجوع على المكفول عنه الأذن في الضمان قبل حلول الأجل . ونقل ابن قدامة عن زفر أنه يقول : إن لم يطلب به قبل الأجل لأنه أدخله في ذلك مع علمه أنه يحل بموته . ثم رد عليه بقوله : « ولنا أنه دين مؤجل ، فلا تجوز مطالبته به قبل الأجل كما لو لم يمّت ، وقوله : أدخله فيه ، قلنا : إنما أدخله في المؤجل ، وحلوله بسبب من جهته ، فهو كما لو قضى قبل الأجل (١) » .



(١) المصدر السابق : ٢ / ٤٩٠ / وانظر مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٨ / وبدائع الصنائع : ٦ / ٣ / .

الفصل الخامس

في بعض احكام تتعلق بالكفالة

هناك احكام كثيرة تتعلق بالكفالة مذكورة في المطولات من كتب الفقه :
قد عرضنا عن ذكر جميعها خشية الإطالة . وإنما نقتصر فيما يلي على ذكر بعض
منها مما تكثر الحاجة إليه ، ونذكر كل حكم منها في مطلب خاص به .

المطلب الأول : في تعدد الكفلاء :

يجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان أو أكثر ، سواء أضمن كل واحد
منهم جميعه أو جزءاً .

فإذا كان على رجل ألف دينار مثلاً ، فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه
على الانفراد ، ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة ، لأن
الكفالة عن الكفيل جائزة ، كما تجوز عن الأصيل ، فما أدى أحدهما رجع بنصفه
على صاحبه ، ثم يرجعان على الأصيل إن شاء ، وإن شاء رجع هو بالكل على الأصيل ،
لأن ما عليهما مستويان ، فلا ترجيح للبعض على البعض ، إذا الكل كفالة ، فيكون
المؤدي شائعاً عنهما ، فيرجع بنصفه على شريكه ، إذ لا يؤدي إلى الدور ، لأن قضيته
الاستواء ، وقد حصل برجوع أحدهما بنصفه ، وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء
بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد ، إذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في
الحكم وهو الغرم (١) .

فإن أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بالدين جميعه ، لأن إبراء الكفيل لا يوجب
براءة الأصيل ، فبقي المال كله على الأصيل والآخر كفيل عنه ب كله فيأخذه به .
هذا عند الحنفية (٢)

(١) تبين الحقائق : ٤ / ١٦٨ .
(٢) المصدر السابق .

والذي يفهم من كتب الخنابلة في هذه المسألة أنه لا يجوز أن يضمن أحدهما الآخر في المال ، لأن المال قد ثبت على كل واحد منهما بضمانه الأصلي ، فقد قال ابن قدامة رحمه الله : « ويجوز أن يضمن الحق عن الرجل الواحد اثنان وأكثر ، سواء ضمن كل واحد منهم جميعه أو جزءاً منه ، فإن ضمن كل واحد منهم جميعه برىء كل منهم بأداء أحدهم ، وإن أبرأ المضمون عنه برىء الجميع ، لأنهم فروع له ، وإن أبرىء أحد الضمآن برىء وحده ولم يبرأ غيره ، لأنهم غير فروع له ، فلم يبرؤوا ببراءته كالمضمون عنه ، وإن ضمن أحدهم صاحبه لم يجوز ، لأن الحق ثبت في ذمته بضمانه الأصلي ، فلا يجوز أن يثبت ثانياً ، ولأنه أصل فيه بالضمان ، فلا يجوز أن يصير فيه فرعاً (١) » .

أما لو كانت الكفالة بالبدن لا بالمال فإنه يصح أن يكفل كل كفيل صاحبه فلقد قال رحمه الله في تنمة هذه المسألة :

« ولو تكفل بالرجل الواحد رجلان جاز ، ويجوز أن يتكفل كل واحد من الكفيلين صاحبه ، لأن الكفالة بيدنه لا بمافي ذمته ، وأي الكفيلين أحضر المكفول به برىء صاحبه من الكفالة لأنه فرعه ، ولم يبرأ من إحضار المكفول به ، لأنه أصل في ذلك (٢) » .

وعلى ماذهب إليه الحنفية :

لو افترق المفاوضات في شركة المفاوضة أخذ الغريم أيهما شاء بكل الدين ، لأن كل واحد منهما كفيل عن الآخر ، ولا يرجع أحدهما على الآخر حتى يؤدي أكثر من النصف ، لأن كل واحد منهما في النصف أصيل ، وفي النصف الآخر كفيل .

ولو تكفل كل واحد منهما النصف ، ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه لا يرجع على شريكه بما أدى مالم يزد على النصف .

وكذا لو تكفلا عن الأصيل بجميع الدين معاً ثم كفل كل واحد منهما عن الآخر ، لأن الدين يتقسم عليهما نصفين ، فلا يكون كفيلاً عن الأصيل بالجميع .

(١) المغني : ٤/٤٩٣ .

(٢) المصدر السابق .

وكذا لو كفّل كل واحد منهما عن الأصيل بالجميع متعاقباً ، ثم كفّل كل
منهما عن صاحبه بالنصف (١)

المطلب الثاني : في الدين يكون على رجلين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه :

آ — إذا كان لرجل دين على اثنين ، بأن اشترى منه شيئاً ، بمائة وتكفل كل
واحد منهما عن صاحبه ، فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما
يؤديه على النصف ، فيرجع بالزيادة ، لأن كل واحد منهما في النصف أصيل ،
وفي النصف كفيل ، فما يؤديه ينصرف إلى ما عليه أصالة ، إذ لامعارضة بين ما عليه
بطريق الأصالة وما عليه بطريق الكفالة ، لأن الأول دين ومطالبة ، والثاني مطالبة
فقط ، فلا يعارض الأول . وكذا سبب الأول وهو الشراء أقوى من سبب الثاني
وهو الكفالة ، ولهذا ينفذ الأول من المريض من جميع ماله وإن كان عليه دين ،
والثاني لا ينفذ إلا من الثالث بشرط أن لا يكون عليه دين ، وإن كان عليه دين مستغرق
لا ينفذ أصلاً ، فكان أكد فلا يعارضه الضعيف (٢) .

ب — وفي هذه المسألة نفسها لو أتى شخص آخر فضمن المائة عن أحدهما بأمره
وقضاها سقط الحق عن الجميع ، وكان له الرجوع بالمائة على الذي ضمن عنه .

وهل له أن يرجع على الآخر ؟ ذكر ابن قدامة في المسألة روايتين :

إحداهما : أنه لم يكن له الرجوع على الآخر بشيء ، لأنه لم يضمن عنه ، ولا
أذن له في القضاء ، فإذا رجع على الذي ضمن عنه رجع هذا على الآخر بنصفها ،
إن كان ضمن عنه بإذنه ، لأنه ضمنها عنه بإذنه ، وقضاها ضامنه .

والرواية الثانية : له الرجوع على الآخر بالمائة ، لأنها وجبت له على من أداها
عنه ، فملك الرجوع بها عليه كالأصيل (٣) .

ج — وفي هذه المسألة نفسها أيضاً لو أبرأ الغريم أحدهما من المائة ، برىء منها ،
وبرىء صاحبه من ضمانه ، وبقي عليه نصفها . وإن أبرأ من النصف وعيّن من

(١) تبين الحقائق : ٤ / ١٦٨ / ٥ .
(٢) المصدر السابق : ٤ / ١٦٧ وأنظر فتح القدير : ٥ / ٤٣٦ / ٥ .
(٣) المفتى : ٤ / ٤٩٥ فما بعدها .

أبرأ عنه أو كانت هناك بينة دالة على إرادته ، انصرفت إليه دون شريكه ، وإن أطلق احتمال أن له صرفها إلى من شاء منهما ، كمن أخرج زكاة نصاب وله نصابان غائب وحاضر كان له صرفها إلى ما شاء منهما . ويحتمل أن يكون نصفها عن الأصل ونصفها عن الضمان ، لأن إطلاق القضاء والإبراء ينصرف إلى جملة ما في الذمة ، فيكون بينهما ، ويعتبر في القضاء لفظ القاضي ونيته ، ويعتبر في الإبراء لفظ المبريء ونيته ، ومتى اختلفوا في ذلك فالقول قول الذي يعتبر لفظه ونيته (١) .

د - وفي هذه المسألة نفسها لو ادعى المائة على حاضر وغائب ، وأن كل واحد منهما ضامن عن صاحبه ، فاعترف الحاضر بذلك ، فلصاحب الحق أن يأخذ المائة منه ، فإذا قدم الغائب فاعترف رجع عليه صاحبه بنصفها .

وإن أنكر الغائب فالقول قوله بيمينه .

وإن أنكر الحاضر فالقول قوله بيمينه ، فإن قامت عليه بينة فاستوفى الحق منه ، لم يرجع على الغائب بشيء ، لأنه بإنكاره معترف أنه لاحق له عليه ، وإنما المدعي ظلمه .

وإن اعترف الغائب وعاد الحاضر عن إنكاره فله أن يستوفي منه ، لأنه يدعي عليه حقاً يعترف له به ، فكان له أخذه منه .

وإن لم يقم على الحاضر بينة حلف وبريء ، فإذا قدم الغائب فأنكر أيضاً وحلف برئ ، وإن اعترف لزمه دفع المائة .

وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يلزمه إلا النصف الأصلي دون المضمون ، لأنها سقطت عن المضمون عنه بيمينه ، فتسقط عن ضامنه . واستدل ابن قدامة على صحة الرأي الأول بقوله : « ولنا أنه يعترف بها وغريمه يدعيها ، واليمين إنما أسقطت المطالبة عنه في الظاهر ولم تسقط عنه الحق الذي في ذمته ، ولهذا لو قامت عليه بينة بعد يمينه لزمه ولزم الضمان (٢) » .

(١) المرجع السابق : ٤ / ٤٩٧ / .

(٢) الفني ٣ / ٤٩٧ / .

المطلب الثالث : في كفالة اثنين بإحضار واحد ، وفي كفالة واحد لاثنتين :

١ - ذكر الحنابلة أنه إذا تكفل اثنان بواحد صح ، فإن سلم المكفول به نفسه برىء كفيلاً ، لأنه أتى بما يلزم الكفيلين ، وهو إحضار نفسه ، فبرئت ذمتها ، كما لو قضى الدين .

وإن أحضره أحد الكفيلين لم يبرأ الآخر ، لأن إحدى الوثيقتين انحلت من غير استيفاء ، فلم تنحل الأخرى ، كما لو أبرأ أحدهما أو انفك أحد الرهنيين من غير قضاء الحق .

وفارق ما إذا سلم المكفول به نفسه ، لأنه أصل لهما ، فلاذى برىء الأصل مما تكفل به عنه برىء فرعاه ، وكل واحد من الكفيلين ليس بفرع للآخر ، فلم يبرأ ببراءته ، ولذلك لو أبرىء المكفول به برىء كفيلاً ، ولو أبرىء أحد الكفيلين برىء وحده دون صاحبه .

ب - وذكروا أيضاً أنه لو تكفل واحد لاثنتين فأبرأه أحدهما أو أحضره عند أحدهما لم يبرأ من الآخر ، لأن عقد الواحد مع الاثنتين بمنزلة العقد بين ، فقد التزم إحضاره عند كل واحد منهما ، فإذا أحضر عند واحد برىء منه ، وبقي حق الآخر ، كما لو كان في عقدين ، وكما لو ضمن ديناً لرجلين فوفى أحدهما حقه (١) .

المطلب الرابع : في ضمان الأعيان :

ذهب الشافعية إلى أنه يصح ضمان ردّ كل عين بمن هي في يده مضمونه عليه ، كمقصوبة ومستعارة ومستأمة ومبيع لم يقبض ، ويرى الضامن ردّها للمضمون له ، ويرى بتلفها فلا يلزمه قيمتها ، كما لو مات المكفول بيده لا يلزم الكفيل الدين .

ولو ضمن قيمة العين إن تلفت لم يصح ، لعدم ثبوت القيمة .

قالوا : وعمل ضمان العين إذا أذن فيه وأضع اليد ، أو كان الضامن قادراً على انتزاعه منه .

(١) المصدر السابق : ٤ / ٥٥٠ . وانظر مطالب أولى النهي : ٢ / ٢٢١ فما بعدها .

وأما إذا لم تكن العين مضمونة على يد من هي بيده كالوديعة والمال في يد الشريك والوكيل والوصي ، فلا يصح ضمانها ، لأن الواجب فيها التخلية دون الرد (١) .

أما الخفية فقد ذهبوا في الأعيان غير المضمونة إلى أنه لا يصح ضمانها ، كما ذهب إليه الشافعية .

وأما الأعيان المضمونة فقد قسموها إلى قسمين : مضمون بنفسه كالمغصوب ، ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض ، فأجازوا الضمان في الأول دون الثاني . قال الكاساني في بدائع الصنائع : «وأما العين المضمونة فنوعان : مضمون بنفسه كالمغصوب والمقبوض بالمبيع الفاسد والمقبوض على سوم الشراء ، ومضمون بغيره كالمبيع قبل القبض والرهن ، فتصح الكفالة بالنوع الأول ، لأنه كفالة بمضمون بنفسه ، ألا ترى أنه يجب رد عينه حال قيامه ، ورد مثله أو قيمته حال هلاكه ، فيصير مضموناً على الكفيل على هذا الوجه أيضاً ، ولا تصح بالنوع الثاني ، لأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن لابتنفسه ، ألا ترى أنه إذا هلك في يد البائع لا يجب عليه شيء ، ولكن يسقط الثمن عن المشتري ، وكذا الرهن غير مضمون بنفسه بل بالدين ، ألا ترى أنه إذا هلك لا يجب على المرتهن شيء ولكن يسقط الدين عن الراهن بقدره (٢) » .

أما ضمان تسليم المبيع لاضمان عين المبيع وضمان تسليم الرهن لاضمان عين الرهن فجائز عندهم ، وفي ذلك يقول الكاساني أيضاً :

« وأما الفعل فهو فعل التسليم في الجملة ، فتجوز الكفالة بتسليم المبيع والرهن ، لأن المبيع مضمون التسليم على البائع ، والرهن مضمون التسليم على المرتهن في الجملة بعد قضاء الدين ، فكان المكفول به مضموناً على الأصيل وهو فعل التسليم ، فصحت الكفالة به ، لكنه إذا هلك لا شيء على الكفيل ، لأنه لم يبق مضموناً على الأصيل فلا يبقى على الكفيل (٣) » .

هذا وقد رتبوا على هذه المسألة مسألة أخرى وهي ما إذا استأجر دابة للحمل عليها ،

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٠٢ / ٠ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ / ٧ / ٠ .

(٣) المصدر السابق . وانظر فتح القدير وشرح العناية : ٥ / ٤١٥ / ٠ .

فإن كانت الكفالة في الدابة بعينها لم يصح ، وإن كانت الكفالة في الحمل فقط جاز ،
وفي ذلك يقول الكاساني أيضاً :

« ولو استأجر دابة للحمل فكفل رجل بالحمل ، فإن كانت الدابة بعينها
لم تجز الكفالة بالحمل ، وإن كانت بغير عينها جازت ، لأن في الوجه الأول الواجب
على الآجر فعل تسليم الدابة دون الحمل ، فلم تكن الكفالة بالحمل كفالة بمضمون
بفعل هو مضمون على الأصيل فلم تجز ، وفي الوجه الثاني الواجب عليه فعل الحمل ،
دون تسليم الدابة ، فكانت الكفالة بالحمل كفالة بفعل هو مضمون على الأصيل
فجازت (١) » .

هذا ويؤخذ من هذه المسألة أنه يصح ضمان الثمن عن المشتري ، لأنه دين
كسائر الديون ، ولا يصح الضمان عن البائع بالمبيع لما ذكرناه



(١) انظر المصدرين السابقين .

الفصل السادس

في انتهاء الكفالة

لقد مرّ بنا خلال الكلام عن الكفالة بعض من الأمور التي تنتهي بها الكفالة، ولكننا هنا نريد أن نذكرها مجموعة متميزة عن غيرها من المسائل المتعلقة بمبحث الكفالة، ونذكر ذلك في مطلبين :

أحدهما : انتهاء كفالة النفس .

الثاني : انتهاء كفالة المال .

المطلب الأول : في انتهاء كفالة النفس :

تنتهي الكفالة بالنفس بواحد من ثلاثة أمور :

أحدها : تسليم النفس إلى المطلب بها . وقد مرّ هذا البحث بالتفصيل ، وبيان حكم ما إذا شرط التسليم بزمان معين أو مكان معين ، وبيان ما إذا كان المكفول بنفسه غائباً، وبيان ما بعد تسليمه وما لا بعد وخلاف الفقهاء في ذلك، وبيان وجهة نظرهم في ذلك .

إلا أننا نريد أن نقول هنا إنه إذا حبس القاضي الكفيل ثم ثبت عنده عجزه بشهادة الشهود أو غيرها، أطلقه وأنظره إلى حال القدرة على إحضاره، لأنه بمنزلة المفلّس ، لكن لا يحول بين الطالب والكفيل ، بل للطالب أن يلزمه ، ولا يحول الطالب أيضاً بينه وبين أشغاله ، ولا يمنعه من الكسب وغيره (١) .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١٠ / ٠ وتبيين الحقائق : ٤ / ١٤٨ / ٠

الثاني : الإبراء وذلك أن يرى صاحب الحق الكفيل من الكفالة بالنفس ، لأن مقتضى الكفالة ثبوت حق المطالبة بتسليم النفس ، فإذا أسقط حق المطالبة بالإبراء فينتهي : في ضرورة . وقد مر الكلام على هذا أيضاً .

الثالث : موت المكفول بنفسه ، فإذا مات بطلت الكفالة ، لأنه بموته يرى هو بنفسه ، وبرأته توجب براءة الكفيل لأنه أصيل والكفيل تبع ، فإذا عجز عن تسليم نفسه والحضور بالموت سقط عنه ، فكذا عن التبع .

وتنتهي أيضاً بموت الكفيل ، لأنه لا يتحقق التسليم منه ، وورثته لا يقومون مقامه ، لأنهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه ، وماله لا يصلح لإيفاء هذا الحق ، وهو إحضار المكفول به ، بخلاف الكفيل بالمال إذا مات ، لأن ماله صالح لذلك ، وحكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ، ثم يرجع الورثة على المكفول له إن كانت الكفالة بأمره ، وإلا فلا شيء لهم ، كما إذا أدى هو بنفسه حال حياته .

وإذا مات الطالب - المكفول له - فلا تسقط الكفالة ، لأن الكفيل مازال قادراً على تنفيذ واجبه ، ويخلف الطالب وصيه أو وارثه ، فلا يبطل حقه ، إذ هم قائمون مقامه في استيفائه (١) .

المطلب الثاني : في انتهاء كفالة المال .

إذا كانت الكفالة بالمال تنتهي بأحد أمرين :

أحدهما : أداء المال إلى الدائن أو ما هو في معنى الأداء ، سواء أكان الأداء من الكفيل أو من الأصيل ، لأن حق المطالبة وسيلة إلى الأداء ، فإذا وجد الأداء فقد حصل المقصود ، فينتهي حكم العقد . وما هو بمعنى الأداء الهبة ، فإذا وهب الطالب المال من الكفيل أو من الأصيل انتهت الكفالة ، لأن الهبة بمعنى الأداء .

وكذا إذا تصدق به على الكفيل أو على الأصيل ، لأن الصدقة تملك كالهبة ، فكان هو وأداء المال سواء كالهبة .

ومثل ذلك أيضاً ما إذا مات صاحب الحق وورثه الكفيل أو الأصيل ، لأن بالميراث يملك ما في

(١) تبين لحقائق : ٤ / ١٤٩ . فما بعدها / .

ذمته ، فإن كان الوارث هو الكفيل فقد ملك ما في ذمته فيبرأ ، ويرجع على الأصيل بالدين ، كما لو ملك ذلك بالإبراء ، وإن كان الوارث هو المكفول عنه برىء الكفيل ، لأنه سقط الدين فكأنه وفاه (١) .

ثانيهما : الإبراء وما هو في معناه ، فإذا أبرأ الأصيل ببرأ الكفيل ، لأن الدين على الأصيل لا على الكفيل ، إنما عليه حق المطالبة ، فكان إبراء الأصيل إسقاط الدين عن ذمته ، فإذا سقط الدين عن ذمته يسقط حق المطالبة ضرورة ، لأن المطالبة بالدين ولا دين بحال .

وأما إبراء الكفيل فإبرأؤه عن المطالبة لاعتد الدين ، إذ لا دين عليه وليس من ضرورة إسقاط حق المطالبة عن الكفيل سقوط أصل الدين عن الأصيل ، لكن يخرج عن الكفالة ، لأن حكم الكفالة حق المطالبة عن الكفيل ، فإذا سقط تنتهي (١) ، وقد مرّ هذا البحث في موضعه .

تعليق البراءة من الكفالة بالشرط :

وما دمنا نتحدث عن انتهاء الكفالة بالإبراء فإننا نسأل هل يصح تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ، وذلك كأن يقول : إذا جاء أول الشهر مثلاً فأنت بريء من الكفالة ؟

ذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط ، لأنها ليست بإسقاط محض لما فيه من معنى التملك كما في سائر البراءات ، والتعليق إنما يصح في الإسقاط المحض .

ويروى عنهم أنه يصح لأنها إسقاط محض كالطلاق ، لأن على الكفيل المطالبة دون الدين على الصحيح ، ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد ، بخلاف إبراء الأصيل ، والإسقاط المحض يصح تعليقه .

ولقد وجه بعضهم اختلاف الروايتين بأن قال :

عدم جواز تعليق البراءة في الكفالة بالشرط هو فيما إذا كان الشرط شرطاً محضاً

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١١ / ١٠ .

لا منفعة للطالب فيه أصلاً كقوله : إذا جاء غد ونحوه ، لأنه غير متعارف فيما بين الناس .

وأما إذا كان بشرط فيه نفع للطالب وله تعامل فتعلق البراءة صحيح وذلك كأن يقول : إن وافيتني بفلان غداً فأنت بريء من الكفالة بالمال . فإن الطالب له فيه نفع ومثله متعامل ، ألا ترى أن صاحب الدين إذا قال : عجل خمسمائة على أبي أبرأتك من الباقي كان صحيحاً . وإن علق البراءة عن البعض بتعجيل البعض ، فرواية عدم الجواز محمولة على ما إذا كان الشرط شرطاً محضاً غير متعامل ، ورواية الجواز محمولة على ما يقابله (١) .



(١) انظر شرح العناية : ٥ / ٤١٤ . وانظر تبين الحقائق : ٤ / ١٥٨ .

الباب الرابع

الشركات

ويتضمن الفصول التالية :

- الفصل الأول : في تعريف الشركة ومشروعيتها وحكمة تشريعها وأقسامها .
- الفصل الثاني : في شركة العنان .
- الفصل الثالث : في شركة المفاوضة .
- الفصل الرابع : في شركة الأبدان .
- الفصل الخامس : في شركة الوجوه .
- الفصل السادس : في فساد عقد الشركة . وانتهاء عقدها .
- الفصل السابع : في شركة المضاربة « القراض » .

الفصل الأول

المطلب الأول : تعريف الشركة لغة واصطلاحاً :

الشركة لغة : بكسر الشين وسكون الراء ، أو بفتح الشين وكسر الراء وسكونها هي الاختلاط ، سواء أكان بعقد أم بغير عقد ، وسواء أكان في الأموال أم في غيرها ، قال الله تعالى : « وإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث (١) » وقال سبحانه خطاباً لإبليس : « وشاركهم في الأموال والأولاد (٢) » وقال سبحانه على لسان موسى عليه السلام : « وأشركه في أمري (٣) » .

الشركة اصطلاحاً : لقد اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف الشركة اصطلاحاً .

فقال الحنابلة : هي الاجتماع في استحقاق أو تصرف (٤) . والذي يظهر من التعريف أن الشركة عندهم قسمان وهما الشركة في الاستحقاق ، والشركة في التصرف .

قال في مطالب أولي النهى : « وهي قسمان : أحدهما اجتماع في استحقاق كشركة إرث . . . القسم الثاني : اجتماع في تصرف وهو المقصود هنا (٥) » .

وقال المالكية : هي إذن في التصرف لهما مع أنفسهما ، أي أن يأذن كل واحد من الشريكين لصاحبه في أن يتصرف في مال لهما مع بقاء حق التصرف لكل منهما (٦) .

-
- (١) النساء : ٦٢ / .
 - (٢) الاسراء : ٦٤ / .
 - (٣) طه : ٣٢ / .
 - (٤) المغني : ١ / ٥ .
 - (٥) مطالب أولي النهى شرح غاية المنتهى : ٣ / ٤٩٤ / .
 - (٦) الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي : ٣ / ٣٤٩ / .

وقال الشافعية : الشركة ثبوت الحق في شيء لاثنتين فأكثر على جهة الشيوع (١)
هذا بمعناها العام ، وأما الشركة بمعناها الخاص فقد عرفها الشافعية بأنها : العقد الذي
يحدث بالاختيار بقصد التصرف وتحصيل الربح (٢) .

وقال الحنفية : هي عبارة عن عقد بين المتشاركين في الأصل والربح (٣) .
وفي الحقيقة أن اسم الشركة يقع على أنواع من المعاملات - كما سترى - ولكل
نوع تعريف وحكم يختص به ، فمن الصعب وضع تعريف شامل لأنواعها : لأن
من الواجب في اللفظ المشترك أن يقسم أولاً : ثم يعرف كل قسم منه ، ثم يعطي
الأحكام المناسبة له .

المطلب الثاني : في مشروعية الشركة :

قد ثبت جواز الشركة ومشروعيتها من حيث هي بالكتاب والسنة والإجماع .
أما القرآن الكريم : فقوله تعالى في ميراث الإخوة من الأم :
« فهم شركاء في الثلث » وقوله سبحانه في قصة داود مع الخصمين :
« وإن كثيراً من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض (٤) » والخلطاء الشركاء .
وهذا وإن كان شرع من قبلنا ، فإن شرع من قبلنا شرع لنا ، إذا لم يأت في شريعتنا
ما ينسخه . هذا عند جمهرة من العلماء .

وأما السنة :

١ - فالحديث القدسي الذي أخرجه أبو داود والحاكم وصححه
عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما يرويه عن ربه عزّ
وجل : « أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه : فإذا خانه خرجت من بينهما »
ومعنى الحديث : أنا معهما بالحفظ والإعانة ، فأمدّهما بالمعونة في أموالهما ، وأنزل
البركة في تجارتها ، فإذا وقعت بينهما الحيانة رفعت البركة والإعانة عنهما ، وهو
معنى خرجت من بينهما (٥) .

(١) معنى المحتاج : ٢ / ٢١١ / .

(٢) المصدر السابق .

(٣) رد المحتار : ٤ / ٢٩٩ / .

(٤) ص : ٤٤ / .

(٥) معنى المحتاج : ٢ / ٢١١ / .

٢ - خبر السائب بن أبي السائب صيفي بن عائذ المخزومي أنه كان شريك النبي صلى الله عليه وسلم قبل المبعث في التجارة ، فلما جاء اليه يوم الفتح قال : مرحباً بأخي وشريكي ، لايداري ، ولا يماري (١) ، وهذا من الرسول عليه الصلاة والسلام تقرير للشركة .

٣ - إقرار الرسول عليه الصلاة والسلام ، فقد بعث الرسول عليه الصلاة والسلام ، وهاجر إلى المدينة ، ووجد الناس يتعاملون بالشركة فأقرهم ولم ينههم . روي أن البراء بن عازب وزيد بن أرقم كانا شريكين ، فاشترى فضة بنقد ونسيئة ، فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمرهما أن " ما كان بنقد فأجزوه ، وما كان نسيئة فردوه (٢) " .

الاجماع : فقد أجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة ، وإنما اختلفوا في جواز أنواع منها كما سيأتي .

المطلب الثالث : في حكمة تشريع الشركة :

الحكمة من تشريع الشركة بوجه عام هو وجود الحاجة الماسة إليها ، لذلك أجازها الإسلام سداً لهذه الحاجة ، وتحقيقاً للتعاون البناء بين أفراد المجتمع ، إذ من الناس من يكون عنده المال ، ولكنه لم يوهب من الطاقة والقدرة ما يمكنه من أن يقوم وحده بإدارة أمواله وأعماله ، إنه يحسن المساهمة في العمل ، ولكنه لا يستطيع أن ينفرده . ومن الناس من يكون على العكس من ذلك ، لديهم القدرة على الأعمال ، ولكنهم ذوو مال قليل ، أبطأت به قلة المال عن التسابق في ميدان الكسب . فبالشركة يجد الفريق الأول من الناس من يعاونه ، ويجد الفريق الثاني من يمدّه

- (١) حاشية الباجوري : ١ / ٣٩٨ / والحديث أخرجه أبو داود والحاكم وصححه ، وهو في ابن ماجه برقم (٢٢٨٧) بلفظ لا « لا تداريني ولا تماريني » وهو مأخوذ من درأ بمعنى دفع ، وفي النهاية : وأصله يدارئني مهموز ، وجاء في الحديث غير مهموز ليزاوج بماريني ، ولا تماريني من المراء وهو الجدل ، والمعنى انه كان شريكا موافقا لا يخالف ولا ينازع .
- (٢) أحمد والبخاري في كتاب الشركة .

بالمال ، ويتحقق من التعاون بين الفريقين المصلحة لهما ، وبالشركة بينهما تتعاون القدرات والأموال في تنمية الموارد وتلبية الحاجات .

المطلب الرابع : في أقسام الشركة :

الشركة قسمان : شركة أملاك وشركة عقد

أ - شركة الملك :

هي أن يملك اثنان أو أكثر عيناً إرثاً ، أو شراء أو اتهاًباً أو وصية أو نحو ذلك (١) وهذه الشركة منها ما يكون إجبارياً ، وهو ما لا يكون بفعل الشريكين كالإرث ، ومنها ما يكون اختيارياً . وهو ما يكون بفعل الشريكين كما في الشراء ، وقبول الهدية والهبة والوصية .

وحكم هذه الشركة بنوعها : هو أن كل واحد من الشريكين أجنبي في نصيب وقسط صاحبه ، فلا يجوز له أن يتصرف فيه إلا بإذنه ، كما في مال غيره من الأجانب ، إذ لا ولاية لأحدهما في نصيب الآخر (٢) .

قال السرخسي في المبسوط : « فشركة الملك أن يشترك رجلان في ملك مال . وذلك نوعان : ثابت بغير فعلهما كالإرث ، وثابت بفعلهما ، وذلك بقبول الشراء أو الصدقة أو الوصية ، والحكم واحد ، وهو أن ما يتولد من الزيادة يكون مشتركاً بينهما بقدر الملك ، وكل واحد منهما بمتزلة الأجنبي في التصرف في نصيب صاحبه (٣) »

ب - شركة العقد :

شركة العقد هذه هي المقصودة ببحث الشركة عند الفقهاء ، وهي ما نريد أن نتحدث عنه .

ذكر فقهاء الحنابلة لشركة العقد خمسة أنواع ، وهي : شركة العنان ،

(١) انظر : تبين الحقائق للزليبي : ٣ / ٣١٣ .

(٢) تبين الحقائق : ٣ / ٣١٣ .

(٣) المبسوط : ٣ / ١٥١ .

وشركة المفاوضة ، وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه ، وشركة المضاربة (١) ،
وذكر الحنفية لشركة العقد ستة أنواع ، وهي شركة الأموال ، وشركة الأعمال ،
وشركة الوجوه ، وكل نوع من هذه الأنواع الثلاثة إما مفاوضة أو عنان (٢) ،

إلا أن السرخسي عدها في مبسوطه أربعة إذ قال : « وأما شركة العقد فالجائز
منها أربعة أقسام : المفاوضة ، والعنان ، وشركة الوجوه وشركة التقبل ، ويسمى
هذا : شركة الأبدان وشركة الصنائع (٣) .

وذكر الشافعية والمالكية لشركة العقد أربعة أنواع ، وهي : شركة العنان ،
وشركة المفاوضة ، وشركة الأبدان ، وشركة الوجوه .

وسنحصر كلامنا في هذه الأنواع الأربعة ، ثم نفرد لشركة المضاربة بحثاً خاصاً
بها إن شاء الله تعالى .



(١) منتهى الإرادات : ١ / ٤٥٥ -- ٤٧٠ / .

(٢) تبين الحقائق : ٣ / ٣١٣ / .

(٣) المبسوط : ١١ / ١٥١ / .

الفصل الثاني

في الشركة الأولى : شركة العنان

المطلب الأول : في تعريفها :

أ - هي أن يشترك شخصان في مال لهما على أن يتجرا به والربح بينهما : وشركة العنان هذه جائزة بإجماع الفقهاء : وإنما اختلفوا في بعض شروطها . كما سيأتي :

اشتقاقها :

اختلف الفقهاء في سبب تسميتها واشتقاقها على أقوال :

١ - قيل إنها مشتقة من عنان الدابة على معنى أن راكب الدابة يمسك العنان بإحدى يديه ويعمل بالأخرى ، وكل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف في بعض ماله إلى صاحبه دون البعض .

٢ - إنها مشتقة من عنان الدابة على معنى أن للدابة عنانين ، أحدهما أطول من الآخر ، فيجوز في هذه الشركة أن يتساوى الشريكان في رأس المال والربح أو يتفاوتا فسميت عنانا (١) .

٣ - إنها مشتقة من عن^٢ له بمعنى عرض وظهر : كقول امرئ القيس :

فمن لنا سرب كأن نعاجه عذارى دُوار في ملاء مذيل (٢)

وسميت الشركة بذلك إما لأنها أظهر الأنواع ، وإما لأنه ظهر لكل من الشريكين مال الآخر ، أو لأن كلا من الشريكين قد عرض له أن يشارك الآخر (٣)

-
- (١) انظر في هذا وما قبله المبسوط : ١١ / ١٥٠ - ١٥١ / ٠ .
(٢) شرح فتح القدير : ٥ / ٢٠ ، ودوائر اسم صنم كانت العرب تنسبه وقدور حوله .
(٣) انظر : مغني المحتاج : ٢ / ٢١٢ / ٠ .

قال في المصباح المنير : قال ابن السكيت : وشركة العنان كأنها مأخوذة من
عنّ لهما شيء إذا عرض ، فلنهما اشتركا في شيء معلوم ، وانفرد كل منهما بباقي ماله .
وقال بعضهم : مأخوذة من عنان الفرس ، لأنه يملك بها التصرف في مال
الغير كما يملك التصرف في الفرس بعنانه ، وقال الزمخشري : بينهما شركة العنان ،
إذا اشتركا على السواء ، لأن العنان طاقان مستويان ، أو بمعنى المعانة ، وهي المعارضة .

المطلب الثاني : حكم شركة العنان وشروطها عند الحنفية :

أ - حكم شركة العنان :

شركة العنان هذه جائزة عند جميع الفقهاء ، وإن كانوا قد اختلفوا في بعض
شروطها كما مرّ ، ونحن فيما يلي نتحدث عن شروطها في كل مذهب من المذاهب
المشهورة :

ب - شروط شركة العنان عند الحنفية :

اشترط الحنفية لصحة شركة العنان شروطاً هي كما يلي :

١ - أن يكون المعقود عليه قابلاً للوكالة ، لأن من حكم الشركة ثبوت
الاشتراك في الاستفادة بالتجارة ، ولا يصير الاستفادة مشتركاً بينهما إلا أن يكون كل
واحد منهما وكيلاً عن صاحبه في النصف ، وأصيلاً في النصف الآخر ، فصار
كل واحد منهما وكيلاً عن صاحبه بمقتضى عقد الشركة . فلا تصح في مباح كاحتطاب
واحتشاش واصطياد ، فإن الملك في كل ذلك لمن باشر السبب .

٢ - أن يكون الربح معلوم القدر ، بأن تكون حصة كل شريك من الربح
نسبة معلومة منه ، كخمسه أو عشره ، فإن كان الربح مجهولاً فسدت الشركة ،
لأن الربح هو المعقود عليه ، وجهالة المعقود عليه تستوجب فساد العقد .

٣ - أن يكون الربح جزءاً شائعاً في الحملة غير معين ، فإن عينا ربحاً معيناً
كعشرة أو مائة كانت الشركة فاسدة ، لأن العقد يقتضي تحقق الاشتراك في الربح ،
ومن الجائز أن لا يحصل ربح إلا بالمقدار المعين لأحد الشريكين ، فكان التعيين
منافياً لمقتضى عقد الشركة .

وهذه الشروط الثلاثة تجري في شركات العقود جميعها (١) .

٤ - أن يكون رأس مال الشركة عيناً حاضراً عند الشراء ، فلا يجوز أن يكون رأس المال ديناً ، ولا مالاً غائباً ، لأن المقصود من الشركة الربح ، وذلك بواسطة التصرف ، والتصرف لا يمكن إلا بالعين الحاضرة ، فلا يتحقق المقصود من الشركة في حال غياب المال ، ولأن المدين قد لا يدفع الدين ، وقد لا يستطيع الشريك إحضار المال الغائب .

وعلى هذا : لو دفع لإنسان آخر ألف دينار ، وقال له : أخرج مثلها واشتر بها وب ، فما ربحت يكون بيننا مناصفة ، فأخرج ألفاً واشترى بها وأقام البينة على ذلك جاز .

فالهم هو حضور المال عند الشراء ، ولا يشترط عند العقد ، لأن الشركة تتم بالشراء ، فيعتبر الحضور عند ذاك .

وهل يشترط خلط المالين ؟ قال أبو حنيفة وصاحبه : لا يشترط ، ونقل عن زفر أنه يشترط ، وحجته أن الشركة تنبئ عن الاختلاط ، والاختلاط لا يتحقق مع تميز المالين ، فلا يتحقق معنى الشركة ، ولأن من أحكام الشركة أن الهالك يكون في المالين ، وما هلك قبل الخلط من أحد المالين يهلك من مال صاحبه خاصة ، وهذا ليس من مقتضى الشركة .

وحجة أبي حنيفة وصاحبه أن الشركة تشتمل على الوكالة ، فما جاز التوكيل به جازت الشركة فيه ، والتوكيل جائز في المالين قبل الخلط ، فكذا الشركة ، قالوا : وإنما كان ما هلك قبل الاختلاط من نصيب صاحبه خاصة ، لأن الشركة لا تتم إلا بالشراء ، فما هلك قبله هلك قبل تمام الشركة ، فلا تعتبر ، حتى لو هلك بعد الشراء بأحدهما كان الهالك من المالين جميعاً ، لأنه هلك بعد تمام العقد (١) .

٥ - أن يكون رأس المال الشركة أثماً مطلقاً - وهي التي لا تمنع بالتعين - وهي الدراهم والدنانير ، ومثل الدنانير النقود المتداولة الآن ، فلا تصح شركة

(١) انظر في هذا بدائع الصنائع : ٦ / ٥٨ - ٥٩ / .

(٢) البدائع : ٦ / ٦٠ / .

العنان في العروض - وهي الأمتعة - واحتجوا على ذلك بأمرين: الأول أن الشركة في العروض تؤدي إلى جهالة الربح عند القسمة ، لأن رأس المال يكون قيمة العروض لا عينها ، والقيمة مجهولة لأنها تعرف بالحزر والظن ، فيصير مجهولاً ، فيؤدي إلى المنازعة عند القسمة . وهذا المعنى لا يوجد في الدراهم والدنانير ، لأن رأس المال عند القسمة في الدراهم والدنانير عينها ، فلا يؤدي إلى جهالة الربح .

الثاني : أنه يؤول إلى ربح مالا يضمن ، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن (١) . قال الكاساني في بدائع الصنائع : « ولأن النبي عليه الصلاة والسلام نهي عن ربح مالم يضمن ، والشركة في العروض تؤدي إلى ربح مالم يضمن ، لأن العروض غير مضمونة بالهلاك ، فإن من اشترى شيئاً بعرض بعينه فهلك العرض قبل التسليم لا يضمن شيئاً آخر ، لأن العروض تتعين بالتعيين ، فيبطل البيع ، فإذا لم تكن مضمونة فأنشركة فيها تؤدي إلى ربح مالم يضمن ، وإنه منهي ، بخلاف الدراهم والدنانير ، فإنها مضمونة بالهلاك ، لأنها لا تتعين بالتعيين : فالشركة فيها لا تؤدي إلى ربح مالم يضمن ، بل يكون ربح ماضى (٢) »

المطلب الثالث : في حكم الشركة بالتبر والنقرة عند الحنفية :

التبر : ما كان من الذهب غير مضروب ، قال في المصباح المنير : « التبر ما كان من الذهب غير مضروب ، فإن ضرب فهو عين ، وقال ابن فارس التبر ما كان من الذهب والفضة غير مصوغ » .

النقرة : القطعة المذابة من الذهب والفضة ، قال في لسان العرب : « والنقرة من الذهب والفضة القطعة المذابة » .

لقد اشترط الحنفية أن يكون رأس المال أثماً مطلقاً ، وبناء على ذلك هل يصح عندهم أن يكون رأس المال تبراً أو نقرة ؟

(١) الحديث أخرجه الترمذي برقم (١٢٣٤) والنسائي في البيوع ، وابن ماجه وأبو داود برقم (٣٥٠٤) ولفظه عند الترمذي : « لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك » قال الترمذي : حديث حسن صحيح .

(٢) البدائع : ٦ / ٥٩ .

اختلفت الرواية في ذلك ، فبعضهم عدها سلعة تتعين بالتعين فلا يصح أن تكون رأس مال في الشركة . وبعضهم عدها كالأثمان المطلقة فيصح أن تكون رأس مال شركة .

والصحيح أنه إن جرى التعامل بها بين الناس جاز ، وإلا فلا يجوز .

قال الكاساني في البدائع : « وأما التبر فهل يصلح رأس مال الشركة ؟ ذكر في كتاب الشركة ، وجعله كالعروض ، وفي كتاب الصرف جعله كالأثمان المطلقة ، لأنه قال : إذا اشترى به فهلك لا يفسخ العقد ، والأمر فيه موكول إلى تعامل الناس ، فإن كانوا يتعاملون به فحكمه حكم الأثمان المطلقة ، وإن كانوا لا يتعاملون بها فحكمها حكم العروض ، ولا تجوز فيها الشركة (١) »

وقال في فتح القدير بعد أن ساق القولين مبتدئاً يقول المنع : فعل تلك الرواية أي رواية الجواز - تصلح رأس المال فيهما ، وهذا لما عرف أنهما خلقا ثمينين في الأصل . إلا أن الأول أصح ، لأنها وإن خلقت للتجارة في الأصل ، لكن الثمنية تختص بالضرب المخصوص ، لأن عند ذلك لا تصرف إلى شيء آخر ظاهراً ، إلا أن يجري التعامل باستعمالها ثمناً ، فتزل التعامل بمنزلة الضرب ، فيكون ثمناً ، ويصلح رأس مال (٢) »

هل هناك طريقة لصحة الشركة فيما إذا كان أحدهما يملك نقداً والآخر عروضاً

ذكر الحنفية طريقة لصحة الشركة فيما إذا كان أحد الشريكين يملك نقداً ، والآخر يملك عروضاً ، وتلك الطريقة هي أن يبيع صاحب العروض نصف ما يملك من العروض بنصف نقداً يملك صاحب النقد ، فتصبح الشركة بينهما شركة ملك ، ثم يعقدان بينهما عقد شركة العنان ، فيصهران شريكين .

ولقائل أن يقول : كيف صحت شركة العنان مع أن قسماً من المال كان عروضاً ، والجواب على ذلك أنها صحت في النقد أصالة وفي العروض تبعاً ، ورب شيء لا يصح بالأصالة ولكنه يصح بالتبع ، كبيع الشرب تبعاً للأرض .

(١) البدائع : ٦ / ٥٩ ، وانظر : رد المحتار : ٤ / ٣١٠ .

(٢) فتح القدير : ٥ / ١٦ .

قال في شرح العناية : « بخلاف ما إذا باع نصف عرضه بنصف دراهم صاحبه ثم اشترى كا ، لأن الدراهم بهذا العقد صارت نصفين بينهما ، فيكون رأس مالهما ، ثم يثبت حكم الشركة في العروض تبعاً ، وقد يدخل في العقد تبعاً ما لا يجوز إيراد العقد عليه ، كبيع اشترى تبعاً للأرض (١) » .

المطلب الرابع : في حكم الشركة إذا كان رأس المال فلوساً :

الفلوس : جمع فلس وهو قطعة مضروبة من النحاس يتعامل بها الناس ، ومثلها ما يتعامل الناس به الآن ، من النقود المصنوعة من غير النحاس من المعادن كالنيكل .

ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى أن الفلوس لا تجوز الشركة فيها ، سواء أكانت كاسدة أم كانت نافقة رائجة في الرواية المشهورة عنهما .

وحجتهم في ذلك أنها إن كانت كاسدة فكالعروض ، والعروض لا يصح أن تكون رأس مال للشركة ، وإن كانت نافقة ورائجة فإن ثمنيتها ليست لذاتها وخلقها ، وإنما يكون ذلك باصطلاح الناس عليه ، ولذلك فإن ثمنيتها تتبدل ساعة فساعة ، وتصير سلعة . ولأنها تتعين بالتعيين في الجملة ، فهي كالعروض ، ولذلك لا يصح أن تكون رأس مال للشركة .

وذهب محمد إلى أن الفلوس الرائجة يصح أن تكون رأس مال للشركة ، واحتج لذلك بأن الفلوس تروج رواج الأثمان فالتحقت بالنقود ، فكانت من الأثمان المطلقة ، وبني على جعلها أثماناً مطلقة مسألتين :

إحداهما : أنها لا تتعين بالتعيين

ثانيهما : أنه لا يصح بيع الفلس بفلسين بأعيانها .

وقول محمد هو الصحيح في المذهب ، قال في رد المحتار : « والجواز بها هو الصحيح ، لأنها أثمان باصطلاح الكل ، فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده » .

وقال الاسبيجاني : « الصحيح أن عقد الشركة على الفلوس يجوز على قول الكل

(١) شرح العناية هامش فتح القدير : ٤ / ١٩ / .

لأنها صارت ثمناً باصطلاح الناس ، ولهذا لو اشترى شيئاً بفلوس لم تتعين تلك الفلوس حتى لا يفسد العقد هلاكها (١) .

هذا ولأن ما ذهب إليه محمد هو الصحيح لم يتعرض لغيره أكثر متون الحنفية ، فقد ذكر في تنوير الأبصار : « ولا تصح مفاوضة وعنان بغير التقدين والفلوس النافقة ، والتبر والنفرة إذا جرى التعامل بهما » .

وقال في بداية المبتدي : « ولا تنعقد الشركة إلا بالدرهم والدنانير والفلوس النافقة » . وقال النسفي في كثر الدقائق : « ولا تصح مفاوضة وعنان بغير التقدين والتبر والفلس النافقين » .

المطلب الخامس : في حكم الشركة إذا كان رأس المال من المكيلات أو الموزونات أو العدديات المتقاربة :

المكيلات : كالبر والشعير والعديس وما أشبه ذلك
والموزونات : كالنحاس والحديد والرصاص وما أشبه ذلك
والمعدودات المتقاربة : كالبيض والخوز وما أشبه ذلك
فهذه الأشياء هل يصح أن تكون رأس مال للشركة ؟
لقد اتفق فقهاء الحنفية في أمور واختلفوا في أمور

اتفقوا : ١ - على أنه لا تصح الشركة قبل خلط رأس المال بعضها مع بعض ، لأنها إنما تتعين بالتعيين إذا كانت عيناً فكانت كالعروض .

٢ - على أنه لا تصح الشركة بعد الخلط إذا كانت الأموال من جنسين مختلفين كبير وشعير مثلاً ، لأن الخلطة إذا خلطت بالشعير خرجت من أن تكون ثمناً بدليل أن مستهلكها يضمن قيمتها لأمثالها .

واختلفوا : فيما إذا كانت من جنس واحد وخلط بعضها ببعض ،

(١) انظر في هذا البحث : فتح القدير : ٥ / ١٤ - ١٦ / ، والبدائع : ٦ / ٥٩ / ، وحاشية ابن عابدين : ٤ / ٣١٠ / .

فذهب أبو يوسف إلى أنها لا تصح ، وإنما تصير بهذا الخلط شركة ملك ، ووجه قوله هو أنه متمش مع الأصل الذي بنى عليه الحنفية من أن هذه الأشياء ليست أثماناً على كل حال ، بل تكون تارة ثمناً وتارة مبيعاً وأنها تتعين بالتعيين فكانت كالعروض. وذهب محمد إلى أن الشركة تصح بعد الخلط وتكون شركة عقد ، ووجه قول محمد أن هذه الأشياء ثمن من وجه حتى جاز البيع بها ديناً في الذمة ، ومبيع من وجه من حيث إنها تتعين بالتعيين فعمل بالشبهين بالإضافة إلى الحاليين ، الخلط وعدمه ، فلشبههما بالمبيع قلنا لا تجوز الشركة فيها قبل الخلط. ولشبههما بالثمن قلنا تجوز الشركة فيها بعد الخلط .

وظاهر الرواية ما قاله أبو يوسف رحمه الله ، لأنها تتعين بالتعيين قبل الخلط وبعده . (١)

وبعد فهل من ثمرة عملية تترتب على هذا الخلاف ؟

ذكر فقهاء الحنفية أن فائدة الخلاف بين أبي يوسف ومحمد تظهر فيما إذا استويا في رأس المال واشترطا التفاوت في الربح ، فعند أبي يوسف يكون الربح بينهما على مقدار ماليهما لأعلى حسب ما اشترطا ، وعند محمد يكون الربح بينهما على حسب ما شرطا (٢) .

المطلب السادس : في جواز الشركة مع تساوي المالكين والتفاوت في نسبة الربح :

إذا تساوى المالكان في الشركة . وجعل لأحد الشريكين زيادة من الربح على رأس ماله فهل يصح ذلك ؟

نقول في الجواب على هذا السؤال : إننا أمام صور ثلاث لذلك ، بعضها يصح وبعضها لا يصح ، وإليك بيان هذه الصور :

الصورة الأولى : إذا تساوى المالكان وشرط الشريكان العمل عليهما جميعاً ، ففي هذه الصورة يجوز شرط الزيادة ، ويكون الربح بينهما على ما شرطا .

(١) انظر الهداية وفتح القدير مع العناية : ٥ / ١٦ - ١٧ / ، وبدائع الصنائع : ٦ / ٦٠ . (٢) انظر المصادر السابقة .

الصورة الثانية : إذا تساوى المالان وشرط الشريكان العمل على أحدهما ، وكانت الزيادة للذي شرط عليه العمل .

ففي هذه الصورة يجوز شرط الزيادة أيضاً ، ويكون الربح بينهما على ماشرطاً .

الصورة الثالثة : إذا تساوى المالان ، وشرط العمل على أحدهما ، ولكن شرطت الزيادة في الربح للشريك الآخر .

ففي هذه الصورة لايجوز ذلك :

وهذه الصور الثلاث وأحكامها عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى .

وحجتهم في ذلك أن الأصل عندهم أن الربح إنما يستحق بواحد من وجوه ثلاثة : المال والعمل والضمان .

فأما ثبوت الاستحقاق بالمال فظاهر ، لأن الربح نماء رأس المال فيكون للمالكه ، ولهذا استحق رب المال الربح في شركة المضاربة .

وأما ثبوت الاستحقاق بالعمل ، فإن المضارب يستحق الربح بعمله .

وأما ثبوت الاستحقاق بالضمان ، فإن المال إذا صار مضموناً على المضارب . استحق جميع الربح ، ويكون ذلك بمقابلة الضمان ، خراجاً بضمان ، كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « الخراج بالضمان (١) » فإذا كانت ضمانه عليه كان خراجه له ، ففي الصورة الأولى وجد في كل منهما سببان للاستحقاق : المال وشرط العمل ، فيجوز اشتراط زيادة لأحدهما على الآخر .

وفي الصورة الثانية وجد في أحدهما سبب واحد لاستحقاق الربح وهو المال ، ووجد في الآخر سببان لاستحقاق الربح وهما : المال والعمل ، فيجوز اشتراط زيادة الربح في حقه في مقابلة عمله .

وفي الصورة الثالثة وجد في أحدهما سبب واحد للربح ، وفي الثاني سببان ،

(١) تبين الحقائق : ٣ / ٣١٨ / .

لكن جعلت الزيادة لمن ليس له إلا سبب واحد، فبطلت، لأن الذي اشترط له الزيادة ليس له في الزيادة مال ولا عمل ولا ضمان ، والربح لا يستحق إلا بواحد من هذه الثلاثة .

وذهب زفر رحمه الله إلى أنه لا يجوز اشتراط زيادة في الربح على رأس المال .
وحجته في ذلك :

١ - أن الأصل عنده هو أن الربح عنده لا يستحق إلا بالمال ، لأنه نماء الملك ، فيكون على قدر المالكين ، وهذا هو مذهب الإمام الشافعي رحمه الله كما سيأتي .
فالخلاف بينهم خلاف ناشئ من اختلافهم في الأصل ، فالأصل عند أبي حنيفة وصاحبيه أن استحقاق الربح إما بالمال أو العمل أو الضمان .

والأصل عند زفر أن استحقاق الربح لا يكون إلا بالمال لأنه نماء الملك (١) .

٢ - أن اشتراط زيادة في الربح تؤدي إلى ربح مالم يضمن ، لأن الضمان بقدر رأس المال ، ولهذا لا يجوز اشتراط الوضعية - الخسارة - على خلاف رأس المال فكذا الربح (٢) .

المطلب السابع : في جواز التساوي في الربح مع التفاوت في رأس المال :

وكما وقع الاختلاف في جواز اشتراط التفاوت في الربح مع تساوي المالكين ، كذلك وقع الاختلاف في جواز التساوي في الربح مع اختلاف المالكين .

أ - فإذا كان المالكان متفاوتين وشرطا العمل على كل منهما جاز ذلك ، ويكون الأمر على ما شرطا عند أبي حنيفة وصاحبيه ، لأن هذه الزيادة قد يستحقها بزيادة في العمل .

ب - وإن شرطا العمل على من كان رأس ماله أقل ؟ جاز أيضاً عندهم ، لأنه استحق الزيادة بعماله .

(١) انظر في هذا بدائع الصنائع : ٦ / ٦٢ - ٦٣ .

(٢) تبين الحقائق للزيلعي : ٣ / ٣١٨ .

ح - وإن شرط العمل على من كان رأس ماله أكثر ، فلا يجوز ، لأن زيادة الربح في حق صاحب الأقل لا يقابلها مال ولا عمل ولا ضمان ، وأما عند زفر فلا يصح أن يكون الربح إلا على حسب المال ، كما مرّ .

المطلب الثامن : كيف توزع الخسارة ؟ :

توزع الخسارة بين الشركاء على حسب رأس المال ، دون نظر إلى مقدار عملهم فيها ، أو شرطهم ، إذا كان هناك شرط مخالف لذلك ، وذلك لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « الربح على ما شرطوا والوضيعة على قدر المالين (١) » .

المطلب التاسع : في بيان ما يترتب على شركة العنان من آثار :

إذا وقعت شركة العنان مستوفية شروطها ترتب عليها الأمور التالية :

١ - تطلق يد الشركاء في مال الشركة بموجب الوكالة ، ويجب عليهم العمل على حسب اتفاقهم .

٢ - إذا اشترى أحدهم للشركة شيئاً نفذ عليهم جميعاً لقيام الوكالة ، إلا أن البائع لا يطالب غير المشتري من الشركاء ، لخلو العقد عن الكفالة . ويقبل من الشريك هذا الشراء ، سواء أكان نقداً أو نسيئة ، بشمن المثل أو بغبن يسير ، مادام ذلك من عادات التجار .

وكذلك كل ما كان من عادات التجار فإنه يباح لهم ، كالتوكيل بالبيع والرهن والمضاربة .

٣ - يوزع الربح بين الشركاء على حسب شرطهم في العقد ، دون نظر إلى مقدار رأس مالهم كما مرّ ذكره .

٤ - توزع الخسارة بين الشركاء بحسب رأس المال كما سبق ذكره .

٥ - إذا هلك مال الشركة كله بطلت الشركة لفقدان محلها ، كالبيع إذا هلك فيه المبيع .

(١) قال عنه في نصب الرأية : ٣ / ٤٧٥ / أنه غريب جداً .

أما إذا هلك مال أحد الشريكين فقط ، فإن كان ذلك بعد خلط مال الشريكين أو بعد الشراء بهما فإنها لا تبطل ، ويعتبر القسم الهالك مضموناً على الشركة . وإن كان هلاكه قبل الشراء أو قبل الخلط ، كان الهالك مضموناً على صاحبه خاصة ، ثم إن كان المال الثاني لم يشتر به للشركة بطلت الشركة ، وإن كان كان قد اشترى به قبل هلاك الأول ، كان المشتري شركة ، ويرجع صاحب المال على شريكه ، بمقدار حصته في الشركة .

وإن كان قد اشترى به بعد هلاك المال الأول ، فإن كان العاقدان صرحا في عقد الشركة بالوكالة ، كان المشتري شركة بينهما على ما شرطاً في أصل المال ، وإن لم يكونا قد صرحا بالوكالة في عقد الشركة كان المشتري لصاحب المال الباقي خاصة .

المطلب العاشر : في شروط شركة العنان عند الشافعية :

لقد اشترط الشافعية لصحة شركة العنان شروطاً هي :

١- أن يكون هناك صيغة : وهي لفظ يدل على الإذن بالتصرف ، من كلٍ منهما للآخر ، فلا يكفي الاقتصار على قولهم اشتر كنا على الأصح ، لاحتمال كون ذلك إخباراً عن حصول الشركة في المال ، ولا يلزم من حصولها جواز التصرف بدليل المال الموروث ، فإنه تقع فيه الشركة ، ولا يقع فيه جواز التصرف ، وعلى ذلك لا يصح لكل واحد من الشريكين أن يتصرف إلا في نصيبه .

والقول الثاني عند الشافعية أن يكفي ذلك لفهم المقصود منه عرفاً .

٢- أن يكون كل من العاقلين أهلاً للتوكيل : لأن كل واحد منهما يتصرف في ماله بالملك ، وفي مال الآخر بالإذن ، فكل منهما موكّل وموكّل .

٣- أن يكون المال مثلياً : كالدرهم والدنانير والبر والشعير والحديد وما أشبه ذلك . فلا تصح بمقوم كالثياب وما أشبهها . ووجه الصحة فيما عدا النقدين من المثليات أنه إذا اختلط بجنسه ارتفع التمييز بينهما فأشبهه النقدين .

ووجه عدم الصحة في المتقومات أنها أعيان متميزة فلا يمكن الخلط ، وحينئذ فقد ي تلف مال أحدهما أو ينقص فلا يمكن قسمة الآخر بينهما .

وهل التبر من المثلي أو المتقوم ؟ الصحيح أنه من المثلي فيجوز أن يكون رأس مال للشركة .

وهناك قول عند الشافعية أنها لاتصح الشركة إلا بالنقد المضروب الخالص من الدراهم والدنانير .

٤... خلط المالين بحيث لا يتميزان : ولا بدّ من كون الخلط قبل العقد، فإن وقع بعد العقد ولو في المجلس لم يكف . وتكون الشركة فاسدة .

وعلى هذا لا يكفي الخلط مع اختلاف الجنس كدراهم بدنانير ، أو الصفة كدنانير صحيحة ومكسرة ، وحنطة جديدة وحنطة قديمة أو بيضاء وسوداء ، لإمكان التمييز بين المالين . وإن كان يعسر التمييز في بعضها .

واشترط الخلط مشروط إذا أخرج مالين وعقدا عليهما ، فإن ملكا مالاً مشتركاً مما تصح فيه الشركة أو مما لا تصح فيه الشركة كالعروض ، إن ملكا ذلك بآرث أو شراء أو غيرهما وإذن كل منهما للآخر بالتجارة فيه تمت الشركة، لأن المقصود من الخلط حاصل وهو عدم التمييز .

ومن هنا يذكر الشافعية حيلة لصحة جريان الشركة في العروض ، وهي أن يبيع كل واحد منهما بعض عرضه ببعض عرض الآخر ويأذن له في التصرف .

هـ - أن يكون الربح والخسران على قدر المالين : سواء تساويا في العمل أم تفاوتتا ، لأن الربح ثمرة المالين ، فكان الربح على قدرهما ، كما لو كان بينهما شجرة فأثمرت أو شاة فأنتجت .

والعبرة في المال بالقيمة لا بالأجزاء ، فلو خلطا قفيزاً من حنطة متقوماً بمائة ، بقفيز من حنطة متقوم بخمسين ، فقسمة الربح بينهما تكون ثلثين للأول ، وثلثاً للثاني . وكذلك الخسران .

فإن شرطاً خلاف ذلك بأن اشترط التساوي في الربح أو الخسران مع تفاوت المال ، أو شرطاً التفاوت في الربح أو الخسران مع التساوي في قيمة المال فسد العقد ، ويرجع كل منهما على الآخر بأجرة عمله في ماله ، كشركة المضاربة إذا فسدت ، وتنفذ التصرفات منهما لوجود الإذن ، ويكون الربح على قدر المالين .

المطلب الحادي عشر : في شروط شركة العنان عند الحنابلة :

أما الحنابلة فقد اشترطوا لصحة شركة العنان مايلي :

١- أن يكون كل من العاقدین أهلاً للتوكيل ، لأن شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة ، لأن كل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمانة ، وبإذنه له في التصرف وكّله .

٢- أن يأذن كل واحد لصاحبه في التصرف ، فإن أذن له مطلقاً في جميع التجارات تصرف فيها ، وإن عين له جنساً أو نوعاً أو بلداً تصرف فيه دون غيره ، لأنه متصرف بالإذن ، فيتعين في حقه كالتوكيل .

٣- أن يكون رأس المال الدراهم والنانير ، لأنها قيم الأشياء وأثمان البياعات . وعلى هذا الشرط لا يصح أن يكون رأس مال الشركة واحداً ممايلي :

أ - عروض التجارة : فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب ، وعللوا ذلك بأن الشركة في العروض إما أن تقع على أعيانها أو قيمتها أو أثمانها .

لا يجوز وقوعها على أعيانها لأن الشركة تقتضي الرجوع عند المفصلة برأس المال أو بمثله ، وهذه لا مثل لها فيرجع إليه ، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر ، فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع رأس المال ، وقد تنقص قيمته فيؤدي إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذي ليس بربح .

ولا يجوز وقوعها على قيمتها ، لأن القيمة غير متحركة القدر فيفضي إلى التنازع ، وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ، ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه ، فيشاركه الآخر في العين المملوكة له .

ولا يجوز وقوعها على أثمانها ، لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها ، ولأنه إن أراد ثمنها الذي اشتراها به فقد خرج الثمن عن ملكه وصار ملكاً للبائع وإن أراد ثمنها الذي يبيعها به فلأنها تصير شركة معلقة على شرط - وهو بيع الأعيان - ولا يجوز ذلك .

هذا وهناك رواية عن أحمد يجوز جعل العروض رأس مال للشركة ، وتجعل قيمتها وقت العقد رأس مال .

ب - لاتصح الشركة بالقرعة ، لأن قيمتها تزيد وتنقص ، فحكمها حكم
العروض ،

ح - لاتصح الشركة بالفلوس ، وحكمها في الخلاف كحكم العروض ،
فإذا قلنا بجوازها فلا فرق أن تكون نافقة أو غير نافقة ، فإن كانت نافقة كان رأس
المال مثلها ، وإن كانت كاسدة كانت قيمتها كالعروض .

د - لاتصح الشركة بالمغشوش من الدراهم والدنانير ، لأن قيمتها تزيد وتنقص ،
لهم إلا إذا كان الغش قليلاً جداً لمصلحة فلا يضر .

هـ - أن يكون رأس المال معلوماً : فلا يجوز أن يكون رأس مال الشركة مجهولاً
أو جزافاً ، لأنه لا بد من الرجوع به عند الرجوع عند المفاصلة ، ولا يمكن الرجوع
مع الجهل والجزاف .

و - أن يكون رأس المال حاضراً : فلا يجوز بمال غائب ولا دين ، لأنه لا يمكن
التصرف فيه بالحال ، وهو مقصود الشركة .

هذا ومن خلال ماتقدم من الشروط نستفيد الأمور التالية :

١ - لا يشترط لصحتها اتفاق المالكين في الجنس ، ومن أجل ذلك لا يشترط
خلط المالكين ، خلافاً لما ذهب إليه الشافعية ، لأنهما من جنس الأثمان ، فتصح الشركة
فيهما كالجنس الواحد .

٢ - لا يشترط تساوي المالكين في القدر ، بل يجوز تفاوتهما .

٣ - يجوز أن يجعل الربح على قدر المالكين ، ويجوز أن يتساويا في الربح مع
تفاضلهما في المال ، ويجوز أن يتفاضلا في الربح مع تساويهما في المال . وإلى هذا
ذهب الحنفية كما مر ، خلافاً للشافعية ومالك (١) .

قال ابن قدامة في المغني في تعليل جواز التفاوت : « ولنا أن العمل مما يستحق به
الربح فجاز أن يتفاضلا في الربح مع وجود العمل منهما ، كالمضاربين لرجل واحد ،
ذلك لأن أحدهما قد يكون أبصر بالتجارة من الآخر وأقوى على العمل ، فجاز

(١) انظر في هذا البحث المغني لابن قدامة : ٥ / ١٤ - ٢٦ » .

له أن يشترط زيادة في الربح في مقابلة عمله ، كما يشترط الربح في مقابلة عمل المضارب .

يحققه : أن هذه الشركة معقودة على المال والعمل جميعاً ، ولكل واحد منهما حصة من الربح إذا كان مفرداً ، فكذاك إذا اجتمعا (١) » .

المطلب الثاني عشر : في شروط شركة العنان عند الملكية :

أما الملكية فقد اشترطوا لصحة شركة العنان مايلي :

١ - أن يكون كل من الشريكين أهلاً للتوكيل والتوكّل ، وذلك بأن يكون حراً بالغاً رشيداً .

٢ - أن يكون هناك مايدل على الشركة عرفاً من قول أو فعل ، كأن يقول كل منهما اشتركنا أو يقوله أحدهما ويسكت الآخر ، أو يقول شاركني ويرضى الآخر .

٣ - إذا كان رأس مال أحدهما ذهباً أو ورقاً اشترط في رأس مال الآخر أن يكون كذلك ، فلا تصح الشركة على ذهب من أحدهما وورق من الآخر ، ويشترط أيضاً بالإضافة إلى ذلك اتفاقهما في الصرف وفي الوزن ، وفي الجودة أو الرداءة ، وإنما شرط ذلك لتركيب هذه الشركة من البيع والوكالة .

٤ - أن يأذن كل واحد للآخر بالتصرف ، وأن تطلق يد كل واحد منهما فيه ، وذلك بأن تكون أيديهما عليه بأن يجعلاه في حانوت لهما ، أو في يد وكيلهما .

٥ - أن يكون ربح كل منهما على مقدار رأس ماله ، فلا يجوز اختلافهما في الربح مع تساويهما في رأس المال .

هذا ويستفاد من هذه الشروط الأمور التالية :

أولاً : تصح الشركة بعين من أحدهما وبعرض من الآخر .

ثانياً : تصح الشركة بعرضين ، من كل واحد منهما عرض . مطلقاً سواء اتفقا في الجنس أو اختلفا ، وتعتبر الشركة بقيمة العرض يوم أحضر للاشتراك .

(١) المغني : ٥ / ٢٦ / .

ثالثاً : لا يصح أن يكون رأس مال كل منهما طعاماً ، ولو اتفقا نوعاً وصفة وقدرًا ، لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه ، وذلك لأن كل واحد منهما باع نصف طعامه بنصف طعام الآخر ، ولم يحصل قبض لبقاء يد كل واحد منهما على ما باع ، فإذا باع لأجنبي كان كل واحد منهما بائعاً لما اشتراه قبل قبضه من بائعه .

رابعاً : لا يشترط خلط المالين ، بل يكفي اشتراط التصرف في المال ، كما أسلفنا (١) .



(١) حاشية الدسوقي : ٣ / ٣٤٩ فما بعدها / ، وبداية المجتهد : ٢ / ٢٥١ فما بعدها .

في شركة المفاوضة

المطلب الأول : في تعريفها :

المفاوضة في اللغة : المساواة ومنه قول الشاعر :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهلهم سادوا
أي لاتصلح أمور الناس حال كونهم متساوين لا أشراف يأمر ونهم وينهونهم .
وسمي هذا النوع من الشركة مفاوضة لاعتبار المساواة في رأس المال والربح وغير ذلك .

وقيل : هي مشتقة من التفويض ، لأن كل واحد منهما يفوض أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق تصرفاً كاملاً^(١) .

المفاوضة في اصطلاح الفقهاء : أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يشتركا في مالٍ على عمل بشروط مخصوصة .

المطلب الثاني في حكمها وأدلة الجمهور على بطلانها :

أ - حكمها : ذهب الحنفية إلى صحة شركة المفاوضة عندما تستجمع شرائطها .
وذهب الجمهور إلى عدم صحتها بمفهومها عند الحنفية .

ب - أدلة الجمهور :

استدل الجمهور لبطلانها بما يلي :

(١) تبين الحقائق : ٣ / ٣١٤ / ٠

١ - أنها تتضمن الكفالة إلى جانب الوكالة ، وكل واحد منهما عند انفراده لا يجوز ، فبالأولى أن لا يجوز عند اجتماعهما ، بيان ذلك أن شركة المفاوضة تضمنت الوكالة والكفالة ، والوكالة بمجهول الجنس لا تجوز ، ألا ترى أنه لو قال : وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب لانصح الوكالة ؟ والكفالة بمجهول لانصح أيضاً (١).

٢ - أنها عقد لم يرد الشرع بمثله فلم يصح ، ولأن فيه غرراً ، فلم يصح كبيع الغرر ، وبيان غرره أنه يلزم كل واحد منهما ما يلزم الآخر ، وقد يلزمه شيء لا يقدر على القيام به ، وقد أدخلا فيه الأكساب النادرة (٢).

ومن هنا قال الشافعي رضي الله عنه : « إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة فلا باطل أعرفه في الدنيا » أشار إلى كثرة الغرر والجهالات فيها (٣).

المطلب الثالث : في أدلة الحنفية على صحتها :

استدل الحنفية على صحة شركة المفاوضة بما يلي :

١ - الحديث : فقد روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : « فافضوا فإنه أعظم بركة » وقال : « إذا تفاوضتم فأحسنوا المفاوضة » (٤).

٢ - أن المفاوضة عقد يتضمن أمرين مشروعين هما الوكالة والكفالة فتصح لذلك ، وما فيها من الجهالة مغتفر ، لأنها تثبت تبعاً ، والتصرف قد يصح تبعاً ولا يصح مقصوداً كما في شركة المضاربة ، فإنها تتضمن الوكالة بشراء مجهول الجنس ، وكذلك شركة العنان فإنها تشتمل على الوكالة العامة ، وإن كان لا يصح هذا التوكيل حالة الانفراد (٥).

٣ - تعامل المسلمين بها من غير نكير ، فكان ذلك دليلاً على جوازها .

هذا ومن قال بجواز شركة المفاوضة الشعبي وابن سيرين والأوزاعي .

(١) الشلبي على تبين الحقائق : ٣ / ٣١٣ / .

(٢) المغني لابن قدامة : ٥ / ٢٥ / .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢١٢ / .

(٤) في نصب الرأية عن هذا الحديث وما قبله : غريب (٣ / ٤٧٥) .

(٥) بدائع الصنائع : ٦ / ٥٨ / .

المطلب الرابع : في شروط صحة شركة المفاوضة عند الخفية :

لصحة شركة المفاوضة شروط ، منها الشروط الثلاثة الأولى التي مرت في شركة العنان وهي :

١ - أهلية الوكالة في كل من العاقلين

٢ - أن يكون الربح معلوم القدر

٣ - أن يكون الربح جزءاً شائعاً

وهذه الشروط عامة في كل شركة كما أسلفنا .

ويضاف إلى هذه الشروط الشروط التالية ، وهي الشروط الخاصة بشركة المفاوضة وهي :

١ - أهلية الكفالة في العاقلين . وذلك بأن يكونا حرين بالغين عاقلين راشدين غير محجور عليهما .

٢ - أن يكون رأس المال من النقدين : وهما المضروب من الذهب والفضة خاصة ، وأما حصولها بالفلوس والتبر والنقرة ففيها مامر في شركة العنان .

٣ - أن يتساوى الشريكان في مالهما الذي تصح به الشركة ، فإذا كان المالان متفاضلين لم تصح مفاوضة ، لأن المفاوضة تنبئ عن المساواة ، فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما أمكن . والمساواة في القدر باتفاق ، وفي القيمة على المشهور ، فلو كانا متساويين في القدر ، ولكنهما مختلفان في القيمة ، كأن كان أحدهما دنانير صحاحاً ، والآخر مكسرة ، واختلفت القيمة لم يصح على المشهور .

٤ - أن يتساوى الشريكان في الربح : فلو شرط أحدهما لنفسه زيادة من الربح لم تصح مفاوضة ، وقد تصح عناناً .

٥ - أن تكون المفاوضة في جميع التجارات ، فلا يختص أحد الشريكين بتجارة دون شريكه ، لأن في الاختصاص إبطالاً لمعنى المفاوضة وهي المساواة .

٦ - أن يتساوى الشريكان في حق التصرف في أموالهما عامة : فلا تصح مفاوضة بين عبد وحر ، ولو كان العبد مكاتباً أو مأذوناً ، لأن المكاتب قد يعجز عن أداء

بدل الكتابة ، فيعود عبداً فاقداً للذمة والمأذون محدود التصرف بالإذن لا يتعداه ، أما الحرّ فمطلق التصرف .

ولا تصح كذلك بين مسلم وغير مسلم ، لأنهما مختلفان في حق التصرف ، إذ إن غير المسلم يصح منه شراء الخمر ، دون المسلم ، وأجازها أبو يوسف مع الكراهة ، لاستوائيهما في أهلية الوكالة والكفالة .

ولا تصح بين بالغ وصبي ولو مأذوناً ، لأن الصبي محدود بالإذن لا يتعداه ، دون البالغ ، ولأن الإذن قابل للإلغاء .

٧ - أن لا يكون لأحد المتفاوضين مال مما تصح فيه الشركة ولا يدخل في الشركة ، فإن كان لم تكن مفاوضة ، لأن ذلك يمنع المساواة . وإن تفاضلا في الأموال التي لا تصح فيها الشركة كالعروض والعقار والدين جازت المفاوضة ، وكذا المال الغائب لأن مالا تنعقد عليه الشركة كان وجوده وعدمه سواء ، وكان التفاضل فيه كالتفاضل في الزوجات والأولاد .

٨ - أن تكون الشركة بلفظ المفاوضة : لأن للمفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة وبقوم مقام لفظ المفاوضة ذكر جميع أحكامها وشروطها .

قال في البدائع : « فإن كان العاقد ممن يتدر على إستيفاء شرائطها بلفظ آخر يسمع ، وإن لم يذكر لفظها ، لأن العبرة في العقود لمعانيها لا عين الألفاظ (١) » .

هذا ومن خلال هذه الشروط لشركة المفاوضة يرى الناظر أنها متعسرة الوقوع إن لم نقل متعذرة . ومن هنا قال الاستاذ الشيخ على الحفيف رحمه الله : « والواقع أن شركة المفاوضة على ماذهب إليه الحنفية والزيدية لاتعد شركة واقعية ، وليس لوجودها بقاء إذا ما وجدت ، فإن اشتراط تساوي أموال الشركاء في القيمة ، وعدم اختصاص كل شريك بمال يصلح أن يكون رأس مال للشركة في جميع مراحل وجودها ، لا يبقى عليها زمناً طويلاً ، فإن استمرار كل شريك على ما كان له من نقود عند تكوينها وعدم زيادتها بعد ذلك أمر يكاد أن يكون أمراً عسيراً (٢) » .

(١) انظر في هذه الشروط بدائع الصنائع : ٦ / ٦١ - ٦٢ / ، ورد المختار : ٤ / ٣٠٦ فما بعدها / .
(٢) الشركات في الفقه الاسلامي : ٦٣ /

هذا ولا بدّ من البيان هنا أنه إذا فقد شرط من شروط المفاوضة انعقدت شركة عنان .

قال في البدائع : « وفي كل موضع فقد شرط من الشروط بالمفاوضة كانت الشركة عناناً ، لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة ، فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان ، ولأن فقد شرط في عقد إنما يوجب بطلانه إذا كان العقد ما يقف صحته عليه ، ولا يقف صحة العنان على هذه الشرائط ففقدانها لا يوجب بطلانه (٢) » .

المطلب الخامس : فيما يترتب على شركة المفاوضة من الآثار :

إذا تمت المفاوضة مستوفية شرائطها جميعها نتج عنها حكمها ، ويتلخص في الأمور التالية :

١ - تطلق يد الشركاء جميعاً في مال الشركة على حد سواء ، ويكون كل ما اشتراه أحد الشركاء مشتركاً بين الجميع ، إلا طعام أهله وكسوتهم ، وكذلك كل ما كان من حوائجه الخاصة ، كاستئجار دار للسكن وشرائها لذلك ، وما أشبه ذلك .

٢ - كل ما ينشأ عن تصرفات أخذهم فيما يخص الشركة من دين أو ضمان غصب ، أو كفالة بمال أو غير ذلك ، فإنه يلزم الآخرين بموجب عقد الشركة .

٣ - كل ما تحصل من ربح في الشركة يكون بين الشركاء بالتساوي ، وكذلك الخسارة .

٤ - إذا حصل أحد الشركاء على مال من خارج الشركة مما تصح به الشركة ، بطريق هبة أو إرث أو غير ذلك فقد فسدت شركة المفاوضة وانقلبت سائناً لاختلال أحد شروطها كما مرّ ، لأن شرط التساوي في الأموال شرط صحة في الابتداء والبقاء على حد سواء .

٥ - إذا هلك مال الشركة جميعه بطلت الشركة .

★ ★ ★

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٦٢ / .

الفصل الرابع

في شركة الأبدان

المطلب الأول في تعريفها :

هي أن يعقد اثنان أو أكثر على أن يشتركا في تقبل أعمال معينة والقيام بها ، على أن يكون مايدخل عليهما من ربح بسببها مشتركا بينهما .
وتسمى هذه الشركة شركة الأعمال والتقبل والصنائع .

المطلب الثاني : في حكمها :

ذهبت الحنفية والمالكية والحنابلة إلى جوازها ، إلا أن المالكية يشترطون في صحة هذه الشركة اتحاد الصنعة في الشركاء ، فلا تجوز بين مختلفي الصنائع ، إلا أن تكون إحداها تستلزم الأخرى ، بأن يتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر كغزال ونساج ، فيجوز (١) .

ويشترطون لها أيضاً اتفاق المكان الذي يعملان فيه ، فإن كان الشريكان في موضعين لم يجز . ويرى الحنابلة جواز هذه الشركة حتى في المباحات كالاختطاب والاحتشاش ونحوهما .

ويرى الحنفية جوازها فيما تصح فيه الوكالة ، فلا تصح في المباحات لأنها لاتصح الوكالة فيها فإنها تملك بالاستيلاء .

وذهب الشافعية وزفر من الحنفية إلى أنها باطلة ، لأن الشركة عندهم تختص

(١) انظر بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٥ .

بالأموال لا بالأعمال ، لأن العمل لا ينضبط فكان فيه غرر ، إذ لا يدري أحدهما أن صاحبه يكسب أم لا ، ولأن كل واحد متميز عن الآخر ببدنه ومنافعه فيختص بفوائده ، كما لو اشتركا في الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد وسائر المباحات . وكما لو اشتركا في ماشيتهما وهي متميزة ، ويكون الدر والنسل بينهما (١) .

المطلب الثالث في حجة من يقول بجواز شركة الأبدان :

استدل من يقول بجواز شركة الأبدان بالجملة بأدلة :

١ - ماروي عن ابن مسعود أنه قال : « اشتركت أنا وعمار وسعد يوم بدر ، فأصاب سعد أسيرين ولم أصب أنا وعمار شيئاً ، فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم علينا (٢) » .

٢ - الإجماع : وهو أن الناس كانوا يتعاملون بها في سائر الأعصار من غير نكير عليهم من أحد وقال عليه الصلاة والسلام : « لا تجتمع أمتي على ضلالة » .

٣ - القياس : فلقد قاسوا هذه الشركة على المضاربة وقالوا : إن العمل أحد جهتي المضاربة فصحت الشركة عليه كالمال .

٤ - المعقول : وهو أن شركة الأموال شرعت لتنمية المال ، وشركة الأعمال شرعت لتحصيل أصل المال . والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته ، فلما شرعت لتحصيل الوصف كانت مشروعيتها لتحصيل الأصل أولى (٣) .

المطلب الرابع : في شروط صحة شركة الأبدان :

شركة الأبدان « الأعمال » عند الحنفية إما أن تكون شركة مفاوضة وإما أن تكون شركة عنان ، ولكل من هذين النوعين شروط تخصه :

أ - شروط شركة المفاوضة في الأبدان :

إذا كانت شركة الأبدان شركة مفاوضة اشترط لصحتها كل ما يشترط في

(١) انظر مغني المتاج : ٢ / ٢١٢ / .

(٢) أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه .

(٣) انظر المغني لابن قدامة : ٥ / ٥ ، والبدائع : ٦ / ٥٨ / .

شركة المفاوضة ، ماعدا ما يخص الأموال ، لأنه ليس فيها أموال ، فيشترط فيها أهلية الكفالة والوكالة، وأن يتساويا في حق التصرف، وأن يتساويا في الربح والخسارة وأن تكون بلفظ المفاوضة أو مايقوم مقامه كما مر .

ب - شروط شركة العنان في الأبدان :

إذا كانت شركة الأبدان شركة عنان فإنه يشترط فيها مايشترط في شركة العنان سوى مايتصل بالأموال أيضاً ، فيشترط فيها الوكالة ليس غير ، وعلى هذا فكل مفاوضة في شركة الأبدان فسدت لفقد بعض شروطها تنقلب عناناً كما مر . ويشترط بالإضافة لما ذكر سواء أكانت مفاوضة أم عناناً أن يكون العمل الذي يقوم به الشركاء من الأعمال التي تصح الإجارة عليها ، وذلك كتقبل الخياطة والصباغة ، وتعليم الكتابة والفقه وما أشبه ذلك ، دون الغناء والموسيقى والشهادة لدى القاضي ، فلنمنا لاتصح الإجارة عليها .

المطلب الخامس : فيما يترتب على شركة الأبدان من آثار :

إذا وقعت شركة الأبدان صحيحة ترتب عليها الأحكام التالية :

١ - ان كل ما يحصل عليه أحد الشركاء من ربح نتيجة عمله بعد عقد الشركة فهو بين الشركاء إن كانت شركة مفاوضة وكذلك الخسارة ، وإن كانت شركة عنان فالربح بينهما على حسب الاتفاق من مساواة أو تفاضل ، والخسارة بالتساوي .
٢ - لكل من الشركاء أن يتقبل الأعمال ، وكل مايتقبله أحد الشركاء من عمل يكلف به الشركاء جميعاً ، ويطالبون به جميعاً ، لأنه يتقبله عن نفسه بالأصالة وعن شريكه بالوكالة فيجب عليهما .

٣ - يجوز لأي من الشركاء مطالبة صاحب السلعة بالأجر ، ولو لم يكن هو المتقبل منه ، لما ذكر .

٤ - إذا دفع المستأجر الأجرة إلى أي من الشركاء جاز وبرئت ذمته ، ولو لم يكن هو الصانع له ، لما ذكر (١) .

(١) تبين الحقائق مع حاشية الشلبي : ٣ / ٣٢١ ، ورد المختار : ٤ / ٣٢٣ .

الفصل الخامس

في شركة الوجوه

المطلب الأول : في تعريفها :

هي أن يشترك وجهان عند الناس أو أكثر من غير أن يكون لهما رأس مال على أن يشتريا مالا بالنسيئة « بمؤجل » ويبيعا ، ثم يوفون ثمنها لأصحابها ، وما فضل عن ذلك من ربح يكون مشاعاً بينهما .

وسميت بشركة الوجوه أخذاً من الوجاهة ، لأنه لا يشتري بالنسيئة إلا من له وجاهة عند الناس . وقيل لأنهما يشتريان من الوجه الذي لا يعرف (١) ويقال لها أيضاً شركة المفاليس ، لانعدام رأس المال فيها . وتعرف هذه الشركة أيضاً بالشركة على النعم من غير صنعة ولا مال (٢) .

المطلب الثاني : في حكمها :

اختلف الفقهاء في صحة هذه الشركة

فذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها شركة جائزة ، ودليلهم في ذلك بعض ماورد من الأدلة في شركة الأبدان .

وذهب الشافعي ومالك إلى بطلان هذه الشركة ، لأن الشركة إنما تتعلق على المال أو العمل ، وكلاهما معدومان في هذه المسألة ، مع ما في ذلك من الغرر لأن كل واحد منهما عاوض صاحبه بكسب غير محدود بصناعة ولا عمل مخصوص (٣) .

(١) تبين الحقائق : ٣٢٢/٣

(٢) بداية المجتهد : ٢٥٥/٢

(٣) المصدر السابق

المطلب الثالث : في شروط صحة شركة الوجوه عند من يقول بها :

شركة الوجوه على نوعين كشركة الأبدان : مفاوضة وعنان فيشترط فيهما مايشترط في شركة الأبدان بنوعيهما .

المطلب الرابع : فيما يترتب على شركة الوجوه من آثار :

إذا كانت شركة الوجوه مفاوضة ترتب عليها ما يترتب على شركة المفاوضة في الأبدان وإن كانت شركة عنان صح تفاوت الشريكين في حصتهما من الشيء المشتري ، وأما استحقاق الربح فيكون بينهما على قدر الحصة في الملك ، ولا يجوز أن يزيد أحدهما على ربح حصته شيئاً . لأن استحقاق الربح في شركة الوجوه بالضمان والضمان بقدر الملك في المشتري (١) .



الفصل السادس

في فساد عقد الشركة

المطلب الأول : في فساد عقد الشركة عند الشافعية وما يترتب عليه :

بما أن الشافعية لا يصح عندهم من الشركات الأربع إلا شركة العنان بشروطها المذكورة - فشركة العنان نفسها عندهم إما أن تكون صحيحة - وهي الشركة التي استوفت جميع شروطها - وإما أن تكون فاسدة - وهي ما اختلف فيها شرط من شروط الصحة - .

وإذا حكمنا على الشركة بأنها فاسدة لنقصان شرط من شروط صحتها ترتب على ذلك الأمور التالية :

أولاً : يقسم الربح على حسب مقدار المالكين ، لأنه مستفاد منهما وقد أبطلنا الشركة فيرجع إلى الأصل .

ثانياً : يعود كل منهما على الآخر بأجرة عمله في ماله كما في شركة المضاربة إذا فسدت .

ثالثاً : تنفذ التصرفات منهما لوجود الإذن في العقد . (١)

المطلب الثاني : في فساد عقد الشركة عند الحنفية وما يترتب عليه :

عقد الشركة عند الحنفية من حيث الصحة وعدمها على ثلاثة أقسام :
القسم الأول أن تكون صحيحة من كل وجه وذلك بأن يستوفي كل نوع من أنواعها شروطه المذكورة ، فهذا التسم ترتب عليه آثاره التي تحدثنا عنها .

(١) انظر مغني المحتاج : ٢/٢١٥ فما بعدها .

القسم الثاني : أن تكون فاسدة من وجه وصحيحة من وجه آخر ، وذلك كأن تفسد مفاوضة لنقصان شرط من الشروط الخاصة بها ، ولكنها تصح عناناً ، فإنها في هذه الحالة تعتبر صحيحة ، وتأخذ حكم الشركة التي صحت فيها ، وترتب عليها آثارها .

القسم الثالث : أن تكون فاسدة من كل الوجوه ، فهذه هي الشركة الفاسدة ويكون حكمها كما يلي :

أولاً : إذا كانت الشركة شركة أموال وزع الربح والخسارة على قدر رأس مال كل واحد من الشركاء ، ولو كان الشرط على خلاف ذلك ، فلو تشارك اثنان فدفع كل واحد منهما خمسة آلاف واشترطا التفاضل في الربح قسم الربح بينهما مناصفة ، ولو تشارك اثنان فدفع واحد منهما خمسة آلاف والآخر عشرة آلاف واشترطا المساواة في الربح قسم الربح بينهما أثلاثاً ، ولا عبرة هنا للشرط الذي اشترطاه . وعلل ذلك صاحب تبیین الحقائق بقوله : « لأن الأصل أن الربح تبع للمال كالربح ، وإنما عدل عنه عند صحة التسمية ، ولم تصح فيبطل شرط التفاضل ، لأن استحقاقه بالعقد ، فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الرفع (١) » .

ثانياً : إذا كانت الشركة شركة أعمال وزع الربح فيها بين الشركاء على مقدار العمل ، فإن كان أحدهما هو الذي عمل وحده أخذ الربح وحده ، وإن عمل نصف العمل أخذ نصف الربح وإن عملاه معاً أخذ كل واحد نصف ربحه إن لم يعلم مالكل واحد منهما ، فإن علم استحق المعلوم . وإن كان العمل من أحدهما وأعانه الآخر إعانة ، فالربح للعامل وللآخر أجر مثله بالغاً ما بالغ عند الإمام محمد ، وعند أبي يوسف لا يجاوز به نصف ثمن ذلك (٢) .

المطلب الثالث : في انتهاء عقد الشركة الصحيحة :

ينتهي عقد الشركة الصحيحة بالأمور التالية :

١ - فسخ عقد الشركة من أحد الشريكين ، لأن عقد الشركة عقد جائز غير

لازم .

(١) تبیین الحقائق : ٣/٣٢٣

(٢) حاشية ابن عابدين : ٤/٣٢٦

- ٢ - موت أحد الشريكين ، فإن مات أحد الشريكين انفسخت الشركة ازوال الملك ، وزوال أهلية التصرف بالموت ، لأن الشركة تتضمن الوكالة . والوكالة تنتهي بالموت . أما لو كان الشركاء أكثر من اثنين فإن الشركة تنفسخ في حق المبت خاصة ، وتبقى بالنسبة للباقيين من الشركاء ، لأن الوكالة باقية في حقهم .
- والحكم لا يختلف سواء أعلم الشريك الآخر بالموت أم لم يعلم ، لأن الموت عزل حكمي عن الوكالة .
- ٣ - ارتداد أحد الشريكين ولحقه بدار الحرب ، لأن ذلك في حكم الموت .
- ٤ - جنون أحد الشريكين جنوناً مطبقاً ، ويقدر الإطباق بشهر أو ينصف حول على الخلاف في ذلك ، وكالجنون الإغماء .
- ٥ - إنكار أحد الشركاء الشركة ، وذلك بأن يقول لست شريكاً في هذه الشركة أو يقول لا أعمل معك (١) .



(١) انظر حاشية ابن عابدين : ٣٢٧/٤ . وتبيين الحقائق : ٣٢٣/٣ .

الفصل السابع

في شركة المضاربة « القراض »

المطلب الأول : في اشتقاق هذه التسمية :

هذه الشركة التي نتحدث عنها تسمى عند أهل الحجاز « القراض » ولفظ القراض مشتق من القرض وهو القطع ، سميت هذه الشركة بذلك لأن المالك يقطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها ، وقطعة من الربح .

وتسمى عند أهل العراق « المضاربة » لأن كلا منهما يضرب بسهم من الربح ، ولما فيها من السفر ، والسفر في اللغة يسمى ضرباً (١) .

المطلب الثاني : في تعريف المضاربة شرعاً :

المضاربة : أن يدفع المالك إلى العامل مالا ليتجر فيه ، والربح مشترك بينهما . وعرفها في كثر الدقائق بأنها : شركة بمال من جانب ، وعمل من جانب . والمراد بالشركة الشركة في الربح . ونتيجة التعريفين واحدة .

المطلب الثالث : في مشروعية المضاربة ودليها :

شركة المضاربة مشروعة وجائزة عند المسلمين ، واستدل العلماء على مشروعيتها بالسنة والإجماع .
أما السنة :

١ - فما روى ابن عباس عن أبيه العباس رضي الله عنهما « أنه كان إذا دفع مالا مضاربة اشترط على صاحبه أن لا يسلك به بجرأ ولا ينزل به

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٩ وتبيين الحقائق : ٥ / ٥٢ .

وادياً ، ولا يشترى به دابة ذات كبد رطبة ، فإن فعل ذلك ضمن ، فبلغ شرطه رسول الله صلى الله عليه وسلم فأجازه (١) »

٢ - وما أخرجه ابن ماجه عن صهيب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل ، والمقارضة ، وخط البر بالشعير للبيت لالبيع (٢) »

وأما الإجماع : فإن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يتعاملون بالمضاربة من غير نكير فكان إجماعاً ، ومن الآثار التي تدل على تعاملهم بالمضاربة .

١ - مرواه مالك في الموطأ عن زيد بن أسلم عن أبيه أنه قال : « خرج عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب في جيش إلى العراق ، فلما قفلا مرآ على أبي موسى الأشعري - وهو أمير البصرة - فرحب بهما وسهل ثم قال : لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ، ثم قال : بلى ، هاهنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين ، فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ، ويكون الربح لكما ، فقالا : وددنا ذلك ففعل ، وكتب إلى عمر بن الخطاب أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما باعا فأربحا . فلما دفعا ذلك إلى عمر قال : أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟ قالوا : لا . فقال عمر بن الخطاب : ابنا أمير المؤمنين فأسلفكما ، أديا المال وربحه ، فأما عبد الله فسكت ، وأما عبيد الله فقال : ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا ، لو نقص هذا المال أو هلك لضمنناه ، فقال عمر : أدياه ، فسكت عبد الله وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً ، فقال عمر ! قد جعلته قراضاً ، فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه ، وأخذ عبد الله وعبيد الله ابنا عمر بن الخطاب نصف ربح المال (٣) » .

٢ - مرواه مالك أيضاً عن العلاء بن عبد الرحمن عن أبيه عن جده « أن عثمان أعطاه مالا قراضاً يعمل فيه على أن الربح بينهما »

(١) أخرجه البيهقي بإسناد ضعيف والطبراني وقال : تفرد به محمد بن عقبة من يونس بن أرقم عن أبي الجارود .

(٢) أسناده ضعيف

(٣) الموطأ : ٦٨٧/٢ فما بعدها

٣ - مارواه الدار قطني - ورجاله ثقات - عن حكيم بن حزام أنه كان يشترط على الرجل إذا أعطاه مالا مقارضة يضرب له به أن لا يجعل مالي في كبد رطبة ، ولا تحمله في بحر . ولا تنزل به بطن مسيل ، فإن فعلت شيئاً من ذلك فقد ضمنت مالي (١) .

هذا ونختم الأدلة بما قاله ابن حزم في مراتب الإجماع قال : « كل أبواب الفقه فلها أصل من الكتاب أو السنة حاشا القراض ، فما وجدنا له أصلاً فيهما البتة ، ولكنه إجماع صحيح مجرد ، والذي يقطع به أنه كان في عصر النبي صلى الله عليه وسلم فعلم به وأقره ، ولولا ذلك لما جاز (٢) » .

المطلب الرابع : في حكمة مشروعية القراض « المضاربة » :

حكمة مشروعتها ما ذكره صاحب تبين الحقائق حيث قال : « وهي مشروعة لشدة الحاجة إليها من الجانبين ، فإن من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدي إلى التصرف ، ومنهم من هو بالعكس ، فشرعت لتنظم مصالحهم ، فإنه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملونها فتركهم عليها وتعاملها الصحابة رضي الله عنهم (٣) » .

المطلب الخامس : في حكم عقد شركة المضاربة :

أجمع العلماء على أن عقد المضاربة لا يقتضي لزوم بل هو عقد جائز ، وأن لكل واحد منهما فسخه ما لم يشرع العامل في العمل .

واختلفوا إذا شرع العامل ، فقال أبو حنيفة والشافعي وأحمد : العقد غير لازم ، ولكل منهما الفسخ متى شاء ، وليس هو عقداً يورث .

وقال مالك : هو لازم بعد الشروع ، وهو عقد يورث ، فإن مات وكان للمقارض بنون أمناء كانوا في القراض مثل أبيهم ، وإن لم يكونوا أمناء كان لهم أن يأتوا بأمين (٤) .

(١) انظر سبل السلام : ١١٦٣ فما بعدها .

(٢) نيل الاوطار للشوكاني : ٢٦٧/٥ .

(٣) تبين الحقائق ٥٢/٥ .

(٤) بداية المجتهد : ٢٤٠/٢ .

المطلب السادس : في ركن المضاربة والفاظها وانواع المضاربة :

أ - ركن المضاربة :

ركن عقد المضاربة هو الإيجاب والقبول بالفاظ تدل عليهما.

فالفاظ الإيجاب : هي ضاربتك وقارضتك وعاملتك ، وما يؤدي معاني هذه الألفاظ فيقول مثلاً قارضتك بهذا المال الذي هو ألف ليرة على أن مارزقنا الله منه من ربح يكون مناصفة أو غير ذلك من الأجزاء المعلومة المتفق عليها. والفاظ القبول : هي أن يقول العامل المضارب : قبلت منك ذلك أو مايدل على الرضا والقبول . ويشترط كون القبول متصلاً بالإيجاب .

فإذا وجد الإيجاب والقبول صح العقد .

هذا ولايصح تعليق الصيغة على شرط كقول إذا جاء شهر رمضان فقد قارضتك لايصح هذا عند الشافعي (١).

ب - انواع المضاربة :

تكون المضاربة على نوعين مطلقة ومقيدة :

فالمطلقة : أن يدفع شخص المال إلى آخر دون تقييد بزمن أو نوع أو غير ذلك فهذه جائزة عند الجميع .

والمقيدة : أن يدفع لشخص مائة دينار ليعمل بها مدة معينة أو بضاعة معينة لم تصح عند الشافعي ، لأنه قد لا يكون ربح في ذلك (٢) وتصح عند أبي حنيفة ، ويعمل بالقيد إن كان مفيداً ، وإلا لغا القيد (٣) .

المطلب السابع : في شروط المضاربة :

١ - شروط العاقلين : يشترط في العاقلين - رب المال والعامل - أهلية الوكالة والتوكيل ، لأن المضارب يتصرف بإذن صاحب المال ، وهذا معنى التوكيل .

-
- (١) مغني المحتاج : ٢ / ٣١٢ / .
(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٣١١ / .
(٣) البدائع : ٦ / ٩٨ / .

وفي الحقيقة أن المضارب له عدة صفات ، قال في الكتر : « والمضارب أمين ، وبالتصرف وكيل ، وبالربح شريك ، وبالفساد أجير ، وبالحلاف غاصب ، وباشرط كل الربح له مستقرض ، وباشرطه لرب المال مستبضع (١) » .

٢ - شروط رأس المال :

يشترط في رأس المال شروط هي :
أولاً : أن يكون رأس المال من النقود ، فلا يجوز عروض وتبر وحلي وغير ذلك ، ونقل الجويني الإجماع على ذلك ، وقال في الروضة بإجماع الصحابة (٢) .
وحجتهم في ذلك أن رأس المال إذا كان عروضاً أو نحوه كان غرراً ، لأنه يقبض العروض وهي تساوي قيمة ما ، ويرده وهو يساوي قيمة غيرها ، فيكون رأس المال والربح مجهولاً . وقال في شرح التحرير : لأن في القراض أغراراً لأن العمل فيه غير مضبوط ، والربح غير موثوق به ، وإنما جوز للحاجة فاختص بما يروج بكل حال وتسهل التجارة به (٣)

ثانياً : أن يكون رأس المال معلوم المقدار : فلا تصح على مجهول القدر دفعاً للجهالة الربح .

ثالثاً : أن يكون رأس المال معيناً : فلا تصح المضاربة على دين ، إلا أنه إذا قارضه على نقد في ذمته ثم عينه في المجلس صح ، وكذا لو كان في ذمة العامل وعينه في المجلس (٤) .

رابعاً : أن يكون رأس المال مسلماً إلى العامل : وليس المراد اشتراط تسليمه حال العقد أو في مجلسه وإنما المراد أن يستقل العامل باليد عليه والتصرف فيه ، فلا يصح اشتراط أن يكون المال في يد المالك أو غيره ليوفي منه ثمن ما اشتراه العامل ، ولا شرط مراجعته في التصرف لأنه قد لا يجده عند الحاجة (٥) .

- (١) تبين الحقائق ٥٣/٥
- (٢) مفني المحتاج : ٣١٠/٢
- (٣) حاشية الشرقاوي : ١٠٣/٢
- (٤) المصدر السابق .
- (٥) مفني المحتاج : ٣١٠/٢

خامساً : استقلال العامل بالتصرف :

وكذلك لا يصح اشتراط عمل رب المال معه ، فإن شرط فسدت المضاربة ، لأن شرط عمله معه شرط بقاء يده على المال . أما إذا لم يشترط ذلك إلا أنه استعان به على العمل ، أو دفع إليه المال بضاعة جاز ، لأن الاستعانة لا توجب خروج المال عن يده (١) .

المطلب الثامن : شروط الربح :

يشترط في الربح مايلي :

أولاً : أن يكون الربح معلوم القدر بالجزئية : لأن المعقود عليه والمقصود من العقد الربح ، وجهالة المعقود عليه توجب فساد العقد ، والعلم بالجزئية كأن يقول قارضتك على أن يكون الربح بيننا مناصفة .

ثانياً : أن يكون الربح مشتركاً بينهما : فلو قال قارضتك على أن يكون كله لك فقراض فاسد . ويستحق العامل أجره المثل هذا عند الشافعية .

وعند الحنفية والحنابلة ينقد قرضاً ، والربح للعامل .

ولو قال قارضتك على أن يكون الربح لي وقبل المضارب ، لم يكن العقد مضاربة ، ولكن يكون إبطاعاً . والإبطاع بعث المال مع من يتجر فيه متبرعاً (٢) .

ثالثاً : أن يكون مختصاً بهما : فلا يصح شرط شيء منه لثالث إلا إذا كان عبد المالك أو عبد العامل ، فإن ما شرط له يضم إلى ما شرط إلى سيده .

رابعاً : أن يكون النصيب من الربح جزءاً مشاعاً : فإن شرطاً عدداً مقدراً بأن شرطاً أن يكون لأحدهما مائة دينار مثلاً من الربح أو أقل أو أكثر . فسدت المضاربة ، لجواز أن لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور ، فيكون لأحدهما دون الآخر فلا تتحقق الشركة ، فلا يكون التصرف مضاربة .

(١) بدائع الصنائع : ١٨٥/٦ ومغني المحتاج : ٣١١/٢

(٢) مغني المحتاج : ٣١٠/٢

وكذلك إن شرطاً أن يكون لأحدهما النصف أو الثلث ومائة دينار ، فإنه لا يصح (١) .

قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على إبطال القراض إذا شرط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة .

المطلب التاسع في يد المضارب :

اتفق أئمة المذاهب على أن يد الشريك المضارب يد أمانة ، فلا يضمن إلا بالتفريط ، والمال عنده بمنزلة الوديعة ،

وإذا اشترى المضارب به شيئاً صار بمنزلة الوكيل بالبيع والشراء ، فتطبق عليه أحكام الوكالة .

وإذا فسدت المضاربة بسبب من الأسباب صارت إجارة ، والمضارب بمنزلة الأجير لرب المال .

وإذا خالف المضارب شرط رب المال ، كأن فعل ما ليس له فعله ، صار بمنزلة الغاصب ، ويصير المال مضموناً عليه للتعدي .

المطلب العاشر : ما ليس للمضارب فعله :

أ - لا يشتري للقراض بأكثر من رأس المال وربحه ، لأن المالك لم يرض أن يشغل العامل ذمته إلا بذلك ، فإن اشترى شيئاً بالذمة وقع ذلك للعامل .

ب - لا يجوز لصاحب المال معاملة المضارب عند الشافعي وزفر ، لأن هذا ينفي إلى بيع ماله بماله ، وأجازه أبو حنيفة وصاحبه (٢) .

ج - لا يسافر بالمال إلا بإذن من رب المال ، لأن السفر مظنة الخطر ، فإن أذن له جاز بحسب الإذن ، وإن أطلق الإذن سافر لما جرت به العادة من البلاد المأمونة ، هذا عند الشافعية (٣) . أما عند الحنفية في الرواية المشهورة فيصح السفر للمضارب

(١) البدائع : ٨٦/٦

(٢) مغني المحتاج : ٣١٦/٢ والبدائع : ١٠١/٦

(٣) المصدر السابق .

لأن العقد مطلق ، والمضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهذا دليل على جواز السفر .

وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر لأنه تعريض على الهلاك من غير ضرورة (١).

د - لا يبيع نسيئة إلا بإذن المالك عند الشافعي ، وعند الحنفية يبيع نسيئة لأن مطلق العقد يتناول ذلك وغيره مما هو معتاد بين التجار .

هـ - لا يجوز في الأصح عند الشافعية أن يقارض العامل آخر ليشركه في العمل والربح ، ولو بإذن المالك ، لأن موضوع القراض أن يكون أحد العاقلين مالكا لا عمل له ، والآخر عاملاً لا ملك له وهذا يدور بين عاملين .

وعند الحنفية يصح إن أذن له رب المال أو قال له : اعمل برأيك (٢)

و - لا ينفق العامل المضارب من المال على نفسه حضراً وكذا سفرأ في الأظهر ، لأن له نصيباً من الربح فلا يستحق شيئاً آخر ، ولأن النفقة قد تكون قدر الربح فيؤدي إلى انفراذه به ، وقد تكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءاً من رأس المال ، وهو ينافي مقتضاه ، فلو شرط له النفقة في العقد فسد ، ومقابل الأظهر أنه ينفق بالمعروف ما يزيد بسبب السفر كالإداوة والحلف والكراء وما أشبه ذلك ، هذا هو مذهب الشافعي (٣) .

وذهب الحنفية إلى أنه ليس له نفقة في الحضر ، أما إذا سافر فله النفقة .

قال في الكتر : « فإن سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة ، وإن عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء (٤) » وذلك لأن النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة ، وهو إذا سافر صار محبوساً به ، فتجب مؤنته الراتبية فيه ، بخلاف الدواء لأنه من العوارض .

(١) تبين الحقائق : ٥٧/٥

(٢) تبين الحقائق : ٥٨/٥

(٣) مغني المحتاج : ٣١٧/٢

(٤) تبين الحقائق : ٧٠/٥

المطلب الحادي عشر : على من تكون الخسارة :

لاشك أن الربح في شركة المضاربة الصحيحة يكون اقتسامه على حسب الاتفاق في العقد .

وأما إذا كانت هناك خسارة فهي على صاحب المال ، وليس على العامل منه شيء إذا لم يكن مقصراً .

متى يملك العامل حصته من الربح :

يملك العامل حصته من الربح بالقسمة لا بالظهور في الأظهر ، إذ لو ملك به لكان شريكاً في المال ، حتى لو هلك منه شيء هلك من المالكين ، وليس كذلك ، بل الربح وقاية لرأس المال . ومقابل الأظهر أنه يملك حصته بالظهور قياساً على المساقاة ، وفرق الأول بأن الربح وقاية لرأس المال ، بخلاف نصيب العامل من الثمار ، فإنه لا يجبر به نقص النخل .

وعلى الأول له فيه قبل القسمة حق مؤكد يورث عنه ، ويقدم به على الغرماء لتعلقه بالعين ، ويصح إعراضه عنه ، ويغرمه له المالك بإتلافه المال أو استرداده (١) .

المطلب الثاني عشر : فيما يطرأ من النقص على رأس المال :

بعد عقد القراض قد يطرأ نقص في رأس المال ، فمن يتحمل هذا النقص ؟

هناك أسباب متعددة لهذا النقص نعرضها فيما يلي مع أحكامها :

أولاً : إذا كان النقص حاصلًا بسبب الرخص أو العيب فهو محسوب من الربح ما أمكن الحساب منه ، ومجبور ذلك النقص من الربح ، لا اقتضاء العرف ذلك .

ثانياً : إذا تلف بعضه بآفة أو غصب أو سرقة بعد تصرف العامل ، فجبر ذلك أيضاً في الربح على الأصح ، قياساً على مامر ، ومقابل الأصح أنه على المالك ، لأنه نقص لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته بخلاف الحاصل بالرخص ، وليس ناشئاً من نفس المال بخلاف المرض والعيب .

(١) مغني المحتاج : ٢/٣١٨ .

ثالثاً : إذا تلف بعضه بآفة أو غضب أو سرقة قبل تصرفه ، فالأصح أنه يحسب من رأس المال . لأن العقد لم يتأكد بالعمل ، ومقابل الأصح أنه يحسب من الربح لأنه بقبض العامل قد صار مال قراض (١) .

أما إذا تلف رأس المال جميعه فقد انتهت المضاربة كما يأتي .

المطلب الثالث عشر : انتهاء عقد المضاربة :

ينتهي عقد المضاربة بواحد من الأمور التالية :

أولاً : الفسخ : بما أن عقد المضاربة جائز ، فينتهي بفسخهما أو فسخ أحدهما متى شاء من غير حضور الآخر ولا رضاه ، لأن القراض في ابتدائه وكالة ، وفي انتهائه إما شركة أو جعالة ، وكلها عقود جائزة .

ويحصل الفسخ بقوله : فسخت عقد القراض أو رفعته أو أبطلته أولاً تتصرف بعد هذا ، أو نحو هذا ، كما يحصل الفسخ باسترجاع المال ، فإن استرجع بعض المال انفسخ فيه ، وبقي في الباقي (٢) .

وعند الحنفية لا بد من علم المقارض بالفسخ ، ويترتب على ذلك أنه إذا لم يعلم بالفسخ وتصرف نفذ تصرفه (٣) .

وإذا علم بالعزل ، وكان المال عروضاً فله أن يبيعه إذا توقع فيه ربحاً كأن ظفر بسوق أو راغب .

وكذلك عليه أن يبيع العروض لينض رأس المال ويظهر الربح إذا طلب المالك منه ذلك (٤) .

ثانياً : موت أحد العاقلين : لأن المضاربة تشتمل على الوكالة ، والوكالة تبطل بموت الموكل أو الوكيل .

-
- (١) المصدر السابق .
 - (٢) مغني المحتاج : ٣١٩/٢ .
 - (٣) البدائع : ١١٢/٦ .
 - (٤) مغني المحتاج : ٣٢٠/٢ .

إلا أن للمضارب إذا مات المالك التنفيض بغير إذن الورثة ، اكتفاء بإذن العاقد كما في حال الحياة . بخلاف مالو مات العامل ، فإن ورثته لا تملك البيع بدون إذن المالك لأن صاحب المال لم يرض بتصرفهم .

وعند المالكية إن مات العامل لا تنفسخ المضاربة بل لوارثه الأمين أن يكمل على حكم ما كان مورثه ، وإن لم يكن الوارث أميناً أتى بأمين كالعامل في الأمانة والثقة . وإن لم يأت بأمين سلم المال لصاحبه هدرأ من غير شيء ، لأن عمل القراض كالجعل لا يستحق العامل فيه شيئاً إلا بتمام العمل (١) .

ثالثاً : جنون أحد العاقدين : فإذا جن أحدهما جنوناً مطبقاً بطلت المضاربة ، لأن الجنون المطبق مبطل لأهلية التصرف والأمر ، واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق ، فحده أبو يوسف بما يستوعب الشهر ، وحده محمد بما يستوعب الحول (٢) .

أما الشافعية فقد ذكروا الجنون مطلقاً ، وقالوا : وإن زال عن قرب ، لأنه لو قارن منع الانعقاد ، فإذا طرأ قطعه (٣) . وجعلوا الإغماء مبطلاً كالجنون .

رابعاً - هلاك رأس مال المضاربة : سواء في ذلك أتلّف بأقة سماوية أم بإتلاف المالك أم العامل أم أجنبي ، لكن يستقر نصيب العامل من الربح فيما إذا أتلّفه المالك ، ويبقى القراض فيما إذا أتلّفه أجنبي إذا أخذ منه البدل ، والمطالب بالبدل هو المالك إن لم يكن ربح ، فإن كان في المال ربح فالخصم في المطالبة المالك والعامل . وكذلك الحكم إذا أتلّفه العامل فهو كالأجنبي (٤) .

خامساً : الردة ، فإذا ارتد رب المال عن الإسلام ومات أو قتل على الردة ، أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة من يوم الردة عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت ، وهو يزيل أهلية رب المال ، بدليل أن المرتد يقسم ماله بين ورثته . وعند أبي يوسف ومحمد لا تبطل لأن تصرفاته

(١) حاشية الدسوقي : ٥٣٧/٣ .

(٢) البدائع : ٣٨/٢ .

(٣) مغني المحتاج : ٢٣٢/٢ .

(٤) مغني المحتاج : ٣١٩/٢ .

نافذة . وإذا كان المرتد هو المضارب فالمضاربة على حالها في قولهم جميعاً ، لأن وقوف تصرف رب المال بنفسه لوقوف ملكه ، ولا ملك للمضارب فيتمصرف فيه ، بل الملك لرب المال ولم توجد منه الردة فبقيت المضاربة .

وإن مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة ، لأن موته في الردة كموته قبل الردة ، وكذا إذا لحق بدار الحرب وقضي بلحقه ، لأن رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه (١) .



(١) البدائع: ١١٢/٦ .

الباب الخامس

الوكالة

ويتضمن الفصول التالية :

- الفصل الأول : في تعريف الوكالة وأدلة مشروعيتها وحكمة التشريع وحكمها.
- الفصل الثاني : في أركان الوكالة .
- الفصل الثالث : فيما يصح التوكيل فيه وما لا يصح .
- الفصل الرابع : في تصرفات الوكيل .
- الفصل الخامس: في أحكام تتعلق بالوكالة .
- الفصل السادس: فيما يخرج به الوكيل عن الوكالة .



الفصل الأول

في تعريف الوكالة - أدلة مشروعيتها - حكمة التشريع

المطلب الأول : في تعريف الوكالة لغة وشرعاً :

الوكالة في اللغة : هي بفتح الواو ويجوز كسرهما ، وتطلق على معانٍ متعددة .
منها الحفظ ، ومن ذلك قوله تعالى : « حسبنا الله ونعم الوكيل » أي الحافظ .
ومنها التفويض ، ومن ذلك قوله تعالى : « إني توكلت على الله ربي وربكم »
أي فوضت أمري إليه .

ومنها الكفالة ، وقد فسر به قوله تعالى : « ونعم الوكيل » أي الكفيل (١).
والوكالة في اصطلاح الشرع : عرفها الشافعية بأنها : « تفويض شخص ماله
فعله مما يقبل النيابة إلى غيره بصيغة ليفعله في حياته (٢) »
وعرفها الحنفية بأنها : « إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم (٣) »
وعرفها الكاساني بقوله : « تفويض التصرف والحفظ إلى الوكيل (٤) » .

المطلب الثاني : في مشروعيتها وأدلتها :

الوكالة جائزة في الأصل ، وقد يعرض لها ما يوجبها ، كما إذا كان فيها

-
- (١) انظر لسان العرب مادة وكل .
 - (٢) مفتي المحتاج : ٢/٢١٧ .
 - (٣) رد المحتار : ٥/٥١٠ .
 - (٤) بدائع الصنائع : ٦/١٩ .

مساعدة على أمر واجب ، كما إذا كان الموكل مضطراً للطعام وعجز عن تحصيله بنفسه . وقد استدل الفقهاء على جوازها بالكتاب والسنة والإجماع .

أ - أما الكتاب : ١ - فقوله تعالى : « وإن خفتن شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » والحكمان وكيلان عن الزوج والزوجة .

٢ - قوله تعالى : « فابعثوا أحدكم بورقكم هذه إلى المدينة فلينظر أيها أزكى طعاماً فليأتكم برزق منه » والبعث منهم بطريق الوكالة ، وهذا الاستدلال على رأي من يقول : إن شريعة من قبلنا شرع لنا مالم يظهر نسخه (١) .

٣ - قوله تعالى حكاية عن يوسف عليه السلام : « اذهبوا بقميصي هذا فألقوه على وجه أبي يرد بصيراً » فقد وكلهم في الذهاب بالقميص . وهذا الاستدلال أيضاً على مذهب من يرى أن شرع من قبلنا شرع لنا (٢) .

ب - وأما السنة فأحاديث كثيرة منها :

١ - ماورد من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل عمرو بن أمية الضمري في نكاح أم حبيبة رملة بنت أبي سفيان (٣) .

٢ - ماورد من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكل أبا رافع في نكاح ميمونة فقد روى الترمذي وأحمد عن أبي رافع قال : « إن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج ميمونة حلالاً ، وبني بها حلالاً لا وكنت السفير بينهما (٤) »

٣ - ما رواه أبو داود وصححه عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال : أردت الخروج إلى خيبر ، فأتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال : إذا أتيت وكيل بخيبر فخذ منه خمسة عشر وسقاً ، فإن ابتغى منك آية فضع يدك على ترقوته »

٤ - ما رواه أبو داود وابن ماجه والترمذي والبخاري عن عروة البارقي قال دفع إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم ديناراً لأشتري له شاة ، فاشتريت له شاتين ،

(١) انظر تبين الحائق : ٢٥٤/٤ .

(٢) حاشية الشرقاوي على التحرير : ١٠٥/٢ .

(٣) انظر الاصابة في ترجمة عمرو المذكور . وانظر المرجع السابق .

(٤) انظر الحديث في سنن الترمذي برقم ٨٤١/٨ .

فبعت إحداهما بدينار ، وجئت بالشاة والدينار إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فذكر له ما كان من أمره فقال له : بارك الله لك في صفقة يمينك ، وقد ورد نظير هذا الحديث عن حكيم بن حزام رضي الله عنه ، وفيه تصريح بأن الشاة من أجل الأضحية (١) .

وهناك أحاديث كثيرة تفيد جواز الوكالة وصحتها ، يذكر بعض منها أثناء البحث إن شاء الله تعالى .

ج - وأما الإجماع فقد اتفقت كلمة المسلمين على جوازها في الجملة . قال ابن قدامة : « أجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة ، ولأن الحاجة داعية إلى ذلك ، فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه فدعت الحاجة إليها (٢) » .

المطلب الثالث : في حكمة تشريعها :

خلق الله الناس متفاوتين في المواهب والقدرات ، وفتح لهم أبواب الأرزاق ، ويسر لكل منهم سبيلاً أو أكثر من سبل المعاش والكسب .

ففرق من الناس قد أوتي من القدرة والكفاءة ما يجعله على استعداد لأن يباشر جميع أعماله بنفسه ، إلا أنه قد تتوالى عليه الشواغل ، وتتراحم عليه الأعمال ، فيضطر إلى مساعدة الآخرين والاستعانة بهم ، وفريق آخر لم يؤت من القدرة والكفاءة ما يؤهله للقيام بأعمال قد يكون هو بأمرس الحاجة إليها ، فلا بد حينئذ من الاعتماد على غيره والاستفادة من خبراته ، لذلك شرع الإسلام الوكالة سداً للحاجة ، وتيسيراً لطرق المعاملة « إن هذا الدين يسر » .

وفي ذلك يقول الإمام الزيلعي : « لأن الإنسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله ، فيحتاج إلى الاستعانة بغيره أشد الاحتياج ، فيكون مشروعاً دفعاً للخرج (٣) » .

(٤) انظر سنن الترمذي : رقم ١٢٥٧ و ١٢٥٨ / .

(٥) المغني : ٧١/٥ .

(١) تبين الحقائق : ٢٥٤/٤ .

وفي ذلك أيضاً يقول ابن قدامة : « لانعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء ، وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر . ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق ، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة فيه ، وقد يحسن ولا يتفرغ ، وقد لا تليق به التجارة لكونه امرأة أو ممن يتعبر بها ، ويحط ذلك من منزلته ، وأباحها الشرع دفعاً للحاجة ، وتحصيلاً لمصلحة الآدمي المخلوق لعبادة الله سبحانه (١) » .

المطلب الرابع : في حكمها :

ذكر الباجوري في حاشيته على متن الغاية أن الوكالة يعتبرها الأحكام الخمسة . فهي مندوبة إن كان فيها إعانة على مندوب ، وقد تكره إذا كان فيها إعانة على مكروه ، وتحرم إن كان فيها إعانة على حرام ، وتجب إن توقف عليها دفع ضرورة الموكل ، كتوكيل المضطر في شراء طعام قد عجز عنه ، وقد تتصور فيها الإباحة ، كما إذا لم يكن للموكل حاجة وقد سأله الوكيل إياها من غير غرض (٢) .



(١) المفني : ٧٣/٥ فما بعدها / .
(٢) حاشية الباجوري : ٤٠١/١ وانظر حاشية الشبرايمسي على المنهاج : ١٥/٥ .

الفصل الثاني

في أركان الوكالة

يذهب الحنفية - كما دلتهم في العقود - إلى أن الوكالة لها ركن واحد وهو الصيغة ، وماعدا ذلك فهو من مستلزمات هذه الصيغة كالموكل والوكيل والموكل فيه .

أما الشافعية فيذكرون أن للوكالة أربعة أركان وهي : الموكل - والوكيل - الموكل فيه - والصيغة . وكلها عندهم تستفاد من التعريف . ونحن فيه ايلي نتحدث عن كل ركن من هذه الأركان في مطلب خاص به .

المطلب الأول : في الركن الأول وهو الموكل :

اشترط الشافعية في الموكل صحة مباشرته ماوكل فيه بملك كتوكيل نافذ التصرف في ماله ، أو ولاية كتوكيل الأب والجد في مال موليه ، وعلى هذا فلا يصح مايلي :
١ - توكيل الصبي سواء أكان مميزاً أم غير مميز ، ولا مغنى عليه ، ولا نائم ولا مجنون (١) .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الصبي المميز لا يوكل فيما لا يملكه بنفسه من التصرفات كالطلاق والهبة والصدقات ونحوها من التصرفات الضارة .

أما التصرفات النافعة نفعاً محضاً كقبول التبرعات ، فيجوز من الصبي المميز التوكيل بها .

(١) مغني المحتاج : ٢/٢١٧ .

وأما التصرفات المترددة بين النفع والضرر كالبيع والإجارة ، فإن كان مأذوناً له في التجارة صح منه التوكيل بها لأنه يملكها بنفسه ، وإن كان ممنوعاً من التصرفات انعقد التوكيل موقوفاً على إجازة وليه ، وعلى إذن وليه بالتجارة أيضاً .

٢ - توكيل المرأة أجنبياً في عقد النكاح عند الشافعي ، فلا يصح توكيلها ، لأنها لاتزوج نفسها فلا توكل فيه ، لكنها تأذن لوليها بعقد النكاح ، لكن لو أذنت لوليها بصيغة الوكالة فإنه يصح ذلك .

٣ - توكيل المحرم في النكاح ، فلا يصح توكيله لأنه لا يستطيع مباشرة العقد بنفسه لأنه قد ورد النهي عن ذلك في الحديث الذي رواه مسلم : « لا ينكح المحرم ولا ينكح » .

واستثنى الشافعية من صحة المباشرة توكيل الأعمى في البيع والشراء ونحوه مما يتوقف على الرؤية ، فإنه لا يصح مباشرته لذلك ، ومع هذا فإنه يصح توكيله (١) . واستثنوا أيضاً صوراً أخرى مذكورة في المطولات .

المطلب الثاني : في الركن الثاني وهو الوكيل :

اشترط الشافعية في الوكيل أن صحته مباشرته التصرف لنفسه ، فعلى هذا لا يصح توكيل .

١ - الصبي سواء أكان مميزاً أم غير مميز ، لأن صحة التصرف عندهم لا تكون إلا من مكلف ، والمكلف هو البالغ العاقل .

٢ - المرأة لا يصح أن تكون وكيله في النكاح ، لأنها لا يصح أن تبشره بنفسها ،

٣ - المحرم في النكاح فلا يصح توكيله بذلك لأنه لا يصح أن يباشره كما مر .

لكنهم استثنوا من ذلك أن يكون الصبي وكيلاً في الإذن بدخول دار ، أو إيصال هدية في الأصح ، لتسامح السلف في ذلك . والكافر والفاسق كالصبي في ذلك . والقول الثاني لا يصح قبول قوله وأخذ الهدية منه إلا إذا احتفت به قرينة مفيدة للعلم (٢) .

(١) مغني المحتاج : ٢/٢١٧ .

(٢) المصدر السابق .

هذا ويصح عند الشافعية توكيل الصبي المميز فيما تصح مباشرة له ، كحج التطوع وذبح الأضحية وتوزيع زكاة (١) .

أما الحنفية فقد اشترطوا في الوكيل العقل بأن يعرف مثلاً أن البيع سالب ، والشراء جالب ، ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش ، فلا تصح وكالة المجنون والصبي غير المميز ، أما الصبي المميز فتصح وكالته عندهم سواء أكان مأذوناً في التجارة أم محجوراً ، ولم يشترطوا البلوغ كما اشترطه الشافعية . واحتجوا على صحة وكالة الصبي المميز بما رواه أحمد والنسائي عن أم سلمة أنها لما بعث النبي صلى الله عليه وسلم يخطبها قالت : ليس أحد من أوليائي شاهداً ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ليس أحد من أوليائك شاهد ولا غائب يكره ذلك ، فقالت لابنها ياعمر قم فزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم فزوجه ، وكان عمر صبيّاً (٢) .

ب - واشترط الشافعية في الوكيل أن يكون معيناً ، فلو قال : أذنت لكل من أراد بيع داري أن يبيعها لم يصح ذلك . لأنه غير معين ، وكذلك الحكم إذا قال : وكلت أحدكما (٣) .

المطلب الثالث : في الركن الثالث وهو الموكل فيه :

اشترط الشافعية في الموكل فيه شروطاً :

أحدها : أن يكون حق التصرف فيه ثابتاً للموكل حين التوكيل ، كما إذا قال المالك لشخص : وكلتك في بيع بستاني الفلاني مثلاً ، أو قال ولي الصبي والمجنون لشخص : وكلتك في تأجير الدار التي يملكها الصبي أو المجنون ، فإن الولي له حق التصرف في مال هؤلاء فله حق التوكيل ، وعلى هذا فلا يصح أن يوكل فيما لم يملكه ، أو فيما سيملكه إلا تبعاً ، فلو قال شخص لآخر : وكلتك في بيع دار خالد ، وهو لا يملكها ، أو وكلتك في بيع البستان الذي سأشتريه ، لم يصح ذلك في الأصح

(١) المصور السابق .

(٢) بدائع الصنائع : ٢٠/٦ .

(٣) نهاية المحتاج : ١٨/٥ .

أما لو قال : وكلتك في بيع امتعتي هذه وما سأشتريه من أثواب صحت الوكالة في الجميع ، صحت في الأول لأنه مملوك للموكل ، وصحت في الثاني تبعاً للأول (١) .

ثانيها : أن يكون معلوماً ولو من وجه ، ولا يشترط أن به من جميع الوجوه ، إذ يقل في مثله الغرر ، ولأن تجويز الوكالة للحا يقتضي المسامحة فيه ، فيكفي أن يكون معلوماً من وجه يقل معه الغرر للوكيل . فلو قال : وكلتك في كل قليل وكثير ، أو في كل أموري ، أو فوضت إليك كل شيء لم يصح التوكيل لكثرة الغرر .

أما لو قال : وكلتك في بيع أموالي ، أو قبض ديوني واستغنائها ، وردّ ودائعي ، ومخاصمة خصمائي صح ذلك وإن جهل الأموال والديون ومن هي عليه ، والدائع ومن هي له عنده . والخصوم وما فيه الخصومة ، لأن الغرر فيه قليل .

ولو قال : بيع بعض مالي ، أو بيع هذا أو هذا فإنه لا يباح لكثرة الغرر (٢) .

ثالثها : أن يكون قابلاً للنيابة : فلا يصح التوكيل في العبادات البدنية المحضة . كالصلاة والصوم ، لأن القصد منها الابتلاء والاختبار بإتعايب النفس . وهو لا يحصل بفعل الغير .

أما العبادات التي لها تعلق بالمال كالحج والعمرة عند العجز . وتفرقة زكاة ، وذبح أضحية وهدي ودم جبران نقص في الحج أو العمرة وما أشبه ذلك فتجوز الوكالة فيها .

هذا ولقد اختلف الفقهاء في مسائل . فبعضهم أجاز التوكيل فيها . وبعضهم لم يجز التوكيل فيها : وستفرد فصلاً خاصاً لما يجوز التوكيل فيه وما لا يجوز عقيب التكلم عن الركن الرابع الذي هو الصيغة .

(١) مفني المحتاج : ٢/٢٩١٩ .

(٢) المصدر السابق : ٢٢١/٢ .

المطلب الرابع : في الركن الرابع وهو الصيغة :

اشترط الشافعية في الصيغة شرطين :

أحدهما : أن يكون من الموكل لفظ يدل على رضاه بالتوكيل ، سواء أكان اللفظ الدال صريحاً أو كناية كأن يقول : وكلتك في بيع الدار ، أو فوضته إليك ، أو أقمته بمقامي ، أو أنبتك ، وذلك لأن الشخص ممنوع من التصرف في مال غيره إلا برضاه . ويقوم مقام اللفظ الكتابة والرسالة .

وأن يكون من الوكيل ما يدل على القبول ، ولا يشترط فيه اللفظ ، فلو قام بفعل ما وكل فيه ولم يصحب ذلك لفظ جاز ، وذلك لأن التوكيل لإباحة ورفع حرج ، فأشبهه بإباحة الطعام .

ثانيهما : عدم تعليق الوكالة بشرط في الأصح عندهم كسائر العقود ، كقوله إذا قدم زيد أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك ، ولا يضر تعليق التصرف ، كما إذا قال له : وكلتك في بيع داري على أن يكون البيع بعد شهر مثلاً ، أو وكلتك في بيع داري على أن يكون ذلك عند قدوم خالد ، فإن هذا ليس تعليقاً للعقد على شرط ، بل هو تعليق التصرف على شرط ، فلم يؤثر في صحة العقد .

لكنه إذا تصرف الوكيل في تعليق الوكالة على شرط ، إذا تصرف عند وجود الشرط صح تصرفه لوجود الإذن (١) .

هذا ولا بد هنا من الإشارة إلى أنه يصح توقيت الوكالة بمدة معينة ، كقول الموكل للوكيل ، وكلتك في هذا شهراً (٢) .

أما الحنفية والحنابلة فقد وافقوا الشافعية في الشرط الأول ، فلم يجيزوا عقد الوكالة إلا بإيجاب وقبول . والإيجاب أن يقول وكلتك بكذا أو افعل كذا أو أذنت لك أن تفعل كذا ، والقبول من الوكيل أن يقول قبلت وما يجري مجراه ، فإذا لم يوجد الإيجاب والقبول لم يتم العقد ، قال في البدائع : « ولهذا لو وكل إنساناً بقبض دينه فأبى أن يقبل ، ثم ذهب الوكيل فقبضه لم يبرأ الغريم لأن تمام العقد بالإيجاب والقبول (٣) »

(١) مغني المحتاج : ٢٢٢/٢ فما بعدها .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٣ .

(٣) انظر البدائع : ٢٠/٦ . والمغني لابن قدامة : ٧٧/٥ .

واستدل ابن قدامة على أن الوكيل لا يشترط تلفظه بالقبول . بل يكفي أن يصدر منه فعل دالّ على القبول ، استدل بأن الذين وكلهم النبي صلى الله عليه وسلم لم ينقل عنهم سوى الامتنال لأمره عليه الصلاة والسلام ، وبأن الوكالة إذن بالتصرف فعجاز القبول بالفعل كأكل الطعام (١) .

وأما الشرط الثاني وهو التعليق فالحنفية والحنابلة أجازوا تعليق الوكالة بشرط . كما أجاز الفقهاء جميعاً تعليق التصرف الذي مرّ جوازه عند الشافعية .

واستدلوا على جواز التعليق بأمور :

أولاً : بأن الوكالة إطلاق التصرف ، والإطلاقات مما يحتمل التعاقب بالشرط والإضافة إلى الوقت كالطلاق والعناق (٢) .

ثانياً : أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أميركم زيد فإن قتل فجعفر ، فإن قتل فعبد الله بن رواحة .

ثالثاً : أنه عند اعتبار في حق الوكيل حكمه ، وهو إباحة التصرف وصحته فكان صحيحاً ، كما لو قال أنت وكيل في بيع داري إذا قدم الحاج (٣) .

★ ★ ★

-
- (١) المصدر السابق .
(٢) البدائع : ٢٠/٦ .
(٣) المغني : ٧٨/٥ .

وفصل الثالث

في ما يصح التوكيل فيه وما لا يصح

لقد مرّ بنا في بحث الموكل فيه أن هناك أموراً تختلف فيها الفقهاء أيا يصح التوكيل فيها أم لا يصح ؟ وفيما يلي نتحدث عما يصح التوكيل فيه وما لا يصح في مطلبين :

المطلب الأول : في التوكيل في حق من حقوق الله .

المطلب الثاني : في التوكيل في حق من حقوق العباد .

المطلب الأول : الوكالة في حق من حقوق الله تعالى :

حق الله هو ما شرع حكمه للمصلحة العامة ، لا لمصلحة فرد خاص ، فهو حق للمجتمع كلاً ، ولأنه من النظام العام ، ولم يقصد به نفع فرد بخصوصه نسب إلى رب الناس جميعهم ، لعظم خطره وشمول نفعه ، وسمي حق الله لأن المستحق له هو الله وحده ، ولا يملك أحد من المكلفين إسقاطه .

وحقوق الله سبحانه وتعالى كثيرة قد حصرها علماء الأصول في ثمانية أنواع ، منها العبادات المحضة ، ومنها العقوبات الكاملة - وهي الحدود (١) -

ولقد تحدثنا عن العبادات والوكالة فيها عندما كنا نتحدث عن شروط الموكل فيه ، وفيما يلي نتحدث عن الحدود التي هي من حقوق الله عز وجل .

الكلام عن الحدود يكون من ناحيتين : الأولى إثبات الحد . والثانية الاستيفاء .

(١) انظر مبحث حق الله وحق العبد في كتب أصول الفقه وخاصة كتب الأحناف .

أ - الوكالة في إثبات الحد :

الحدود قسمان : قسم لا يحتاج في إظهاره إلى خصومة ودعوى عند القاضي وذلك كحد الزنى وشرب الخمر . وقسم يحتاج إلى خصومة وإقامة دعوى ، وذلك كحد السرقة وحد القذف .

فإن كان الحد مما لا يحتاج فيه إلى خصومة ، فذهب الحنفية إلى عدم صحة التوكيل في إثبات الحد ، لأنه يثبت عند القاضي بالبنية أو الإقرار ، من غير حاجة إلى رفع دعوى من قبل صاحب الحق .

وإن كان الحد من القسم الذي يحتاج فيه إلى رفع دعوى وخصومة ، فقد ذهب الإمامان أبو حنيفة ومحمد إلى جواز التوكيل في إثباته بإقامة البنية على الجريمة الموجبة للحد .

وذهب أبو يوسف إلى عدم جواز التوكيل في إثبات الحد هنا ، ولا تقبل البنية في ذلك إلا من الموكل .

وحجته في ذلك أنه كما لا يجوز التوكيل بالاستيفاء لا يجوز التوكيل بالإثبات ، لأن الإثبات طريق إلى الاستيفاء (١) .

وفرق أبو حنيفة ومحمد بين الإثبات والاستيفاء ، بأن امتناع التوكيل بالاستيفاء لمكان الشبهة كما سيأتي ، وتلك الشبهة غير موجودة في التوكيل بالإثبات .

وكما اختلفوا في التوكيل في إثبات حد القذف وحد السرقة اختلفوا في التوكيل بإثبات القصاص

ب - الوكالة في استيفاء الحد :

اتفق الفقهاء في الجملة على أنه يجوز للحاكم التوكيل في استيفاء حدود الله تعالى . غير أنه قد وجد خلاف عند الحنفية في صحة التوكيل بالاستيفاء في حال غياب الموكل عن مجلس الاستيفاء وإليك بيان ذلك .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٢١ / ، وتبيين الحقائق : ٤ / ٢٥٥ فما بعدها / .

١ - يجوز التوكيل باستيفاء حد القذف والسرقة إذا كان المقلوف أو المسروق منه حاضراً وقت الاستيفاء ، لأن ولاية الاستيفاء إلى الإمام ، وأنه لا يقدر على أن يتولى الاستيفاء بنفسه على كل حال .

٢ - إن كان المقلوف أو المسروق منه غائباً فقد اختلف مشايخ الحنفية في ذلك ، فقال بعضهم يجوز التوكيل ، لأن عدم الجواز لاحتمال العفو والصفح وأنه لا يحتملها ، لأن الأمر قد وصل إلى القاضي ، فلا يملك صاحب الحق العفو عنه عند ذلك .

وقال بعضهم وهو الأرجح : لا يجوز أن يوكل ، لأنه وإن كان لا يحتمل العفو والصفح ، لكنه يحتمل لو كان حاضراً وقت الاستيفاء أنه إذا كان مقلوفاً يصدق القاذف وإذا كان مسروقاً منه فقد يترك الخصومة « يسقط الدعوى » وهذا شبهة يدرأ به الحد ، والحدود تدرأ بالشبهات ، فلا يجوز استيفاء الحد مع الشبهة وذهب أبو يوسف إلى أنه لا يصح التوكيل في الاستيفاء كما لا يصح في الإثبات وقد قدمنا ذلك (١) .

٣ - أما التوكيل باستيفاء القصاص فإن كان الموكل - وهو المولى - حاضراً جاز ، لأنه قد لا يقدر على الاستيفاء بنفسه فيحتاج إلى التوكيل ، وإن كان غائباً لا تجوز ، لأن احتمال العفو قائم ، لجواز أنه لو كان حاضراً لعفا ، فلا يجوز استيفاء القصاص مع قيام الشبهة ، وهذا المعنى منعدم حالة الحضرة .
هذا ما ذهب إليه الحنفية في ذلك .

وأما الشافعية فقد ذهبوا أن الوكالة في إثبات الحدود لا تجوز ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات ، والتوكيل يوصل إلى الإيجاب .

أما الوكالة في استيفائها فجازة ، بل قد يجب التوكيل في حد القذف ، وكذا في قطع الطرف (٣) .

(١) المصدران السابقان وانظر : رد المحتار : ٥١٣ / .

(٢) حاشية القليوبي : ٢ / ٣٣٩ / .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢١ / .

وذهب الحنابلة إلى أن الحدود يجوز التوكيل في استيفائها وإثباتها . واستدلوا على جواز التوكيل في الاستيفاء ، ١ - بالحديث الذي رواه الشيخان عن أبي هريرة ، وفيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « أغد يا أنيس إلى امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها ، فغدا عليها أنيس فاعترفت فأمر بها فرجمت » .

٢ - بعمل الصحابة رضي الله عنهم ، فقد وكل عثمان علياً في إقامة حد الشرب على الوليد بن عقبة ، ووكل علي الحسن في ذلك فأبى الحسن فوكل عبد الله بن جعفر فأقامه وعلي يعدّ » رواه مسلم .

٣ - بأن الحاجة تدعو إلى ذلك ، لأن الإمام لا يمكنه تولي ذلك بنفسه . واستدلوا على جواز التوكيل في إثباتها بحديث أنيس المار ذكره ، فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكله في إثباته واستيفائه جميعاً ، فإنه قال : « فإن اعترفت فارجمها » وهذا يدل على أنه لم يكن ثبت .

واستدلوا أيضاً بأن الحاكم إذا استتاب دخل في ذلك الحدود ، فإذا دخلت في التوكيل بطريق العموم وجب أن تدخل بالتخصيص بها أولى ، والوكيل يقوم مقام الموكل في درئها بالشبهات (١) .

هذا ولا فرق عند الشافعية والحنابلة والمالكية فيما جاز التوكيل فيه ، لا فرق بين استيفائه بحضره الموكل واستيفائه بغيبته (٢) .

المطلب الثاني : الوكالة في حقوق العباد ومعاملاتهم :

حقوق العباد ومعاملاتهم كثيرة ، وبعضها متفق على جواز الوكالة فيه ، وبعضها فيه خلاف عندهم ، وفيما يلي نتحدث عن أبرز هذه الحقوق والمعاملات :

١ - الوكالة بالبيع والشراء :

اتفق الفقهاء جميعاً على جواز الوكالة في البيع والشراء ، وقال ابن قدامة :

- (١) المغني : ٥ / ٧٦ .
(٢) المصدر السابق : ٧٧ / .

« لا نعلم خلافاً في جواز التوكيل في البيع والشراء ، وقد ذكرنا الدليل عليه من الآية والخبر ، ولأن الحاجة داعية إلى التوكيل فيه ، لأنه قد يكون ممن لا يحسن البيع والشراء ، أو لا يمكنه الخروج إلى السوق ، وقد يكون له مال ولا يحسن التجارة ..(١)» وذلك لأن البيع والشراء يملكهما الموكل لنفسه ، فيملك تفويضهما إلى غيره ، غير أن الحنفية فصلوا القول بين البيع والشراء ، فأجازوا الشراء مع الجهالة اليسيرة ولم يجزوا ذلك في البيع ، وفرقوا أيضاً في الشراء بين الوكالة العامة والخاصة . وإليك بيان ذلك فيما كتبه الإمام الكاساني رحمه الله كتابة غنية عن الشرح والإيضاح ، قال رحمه الله تعالى :

« ويجوز التوكيل بالبيع والشراء ، لأنهما مما يملك الموكل مباشرتهما بنفسه فيملك التفويض إلى غيره ، إلا أن لجواز التوكيل بالشراء شرطاً ، وهو الخلو عن الجهالة الكثيرة في أحد نوعي الوكالة دون النوع الآخر ، وبيان ذلك أن التوكيل بالشراء نوعان : عام وخاص .

فالعام أن يقول له : اشتر لي ما شئت أو ما رأيت ، أو أي ثوب شئت ، أو أي دار شئت ، أو ما تيسر لك من الثياب ومن الدواب ، ويصح مع الجهالة الفاحشة من غير بيان النوع والصفة والتمن ، لأنه فوض الرأي إليه ، فيصح مع الجهالة الفاحشة كالبيعضاء والمضاربة .

والخاص أن يقول : اشتر لي ثوباً وحيواناً أو دابة أو جوهرأ أو عبداً أو جارية أو فرساً أو بغلاً أو حمارأ أو شاة ، والأصل فيه أن الجهالة إن كانت كثيرة تمنع صحة التوكيل ، وإن كانت قليلة لا تمنع ، وهذا استحسان ، والقياس أن يمنع قليلها وكثيرها ، ولا يجوز إلا بعد بيان النوع والصفة ومقدار الثمن ، لأن البيع والشراء لا يصحان مع الجهالة اليسيرة ، فلا يصح التوكيل بهما أيضاً .

وجه الاستحسان ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع ديناراً إلى حكيم ابن حزام ليشتري له به أضحية ، ولو كانت الجهالة القليلة مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ، لأن جهالة الصفة لا ترتفع بذكر

(١) المصدر السابق : / ٧٣ / .

الأضحية وبقدر الثمن ، ولأن الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة ، لأن مبنى التوكيل على الفسحة والمساحة ، فالظاهر أنه لا تجوز المنازعة فيه عند قلة الجهالة ، بخلاف البيع لأن مبتاه على المضايقة والمماكسة لكونه معاوضة المال بالمال فالجهالة فيه وإن قلت تفضي إلى المنازعة فتوجب فساد العقد فهو الفرق . فإذا ثبت أن الجهالة القليلة غير ما نعة ، ففي كل موضع قلت الجهالة صح التوكيل بالشراء وإلا فلا ، فينظر إن كان اسم ما وقع التوكيل بشرائه مما يقع على أنواع مختلفة لا يجوز التوكيل به إلا بعد بيان النوع ، وذلك نحو أن يقول : اشتر لي ثوباً ، لأن الثوب يقع على أنواع مختلفة من ثوب الإبريسم والقطن والكتان وغيرهما ، فكانت الجهالة كثيرة فمنعت صحة التوكيل ، فلا يصح وإن سمي الثمن ، لأن الجهالة بعد بيان بيان الثمن متفاحشة ، فلا تقل إلا بذكر النوع ، بأن يقول : اشتر لي ثوباً هروباً ، فإن سكنت عنه كثرت الجهالة فلم يصح التوكيل (١) . . . «والتوكيل بالبيع والشراء التوكيل في الحوالة والرهن والضمان والكفالة والشركة والوديعة والمضاربة والجمالة والمساقاة والإجازة والقرض والصلح والوصية والهبة والوقف والصدقة والفسخ والإبراء ، لأنها في معنى البيع في الحاجة إلى التوكيل فيها ، فيثبت فيها حكمه ، قال ابن قدامة : « ولا نعلم في شيء من ذلك اختلافاً (٢) » .

كما تجوز الوكالة بالشفعة والسلم ، لكن يشترط في السلم قبض الثمن في مجلس العقد .

ب - الوكالة في النكاح ولواحقه :

ويجوز التوكيل أيضاً في عقد النكاح ، لأن الحاجة تدعو إليه فإنه ربما احتاج إلى التزوج من مكان بعيد ، فإن الرسول صلى الله عليه وسلم تزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان ، وهي يومئذ بأرض الحبشة . ويسند هذا العقد إلى الموكل .

كما يجوز التوكيل في الطلاق والخلع والرجعة (٣) .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ١٣ / .

(٢) المغني : ٥ / ٧٤ / .

(٣) المصدر السابق .

ج - الوكالة في الخصومة :

اتفق الفقهاء على جواز الوكالة في الخصومة في جميع الحقوق ، لكن أبا حنيفة رحمه الله اشترط رضا الخصم ، إلا أن يكون الموكل مريضاً أو غائباً مدة السفر ، أو مريداً للسفر أو كان لا يحسن الدعوى أو كان الموكل امرأة ، ففي هذه الأحوال لا يشترط رضا الخصم ، وحجته في ذلك أن الوكالة كالحالة ، فلا تصح إلا برضا المحال عليه . وذلك لأن الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحالة . ألا ترى أنه لا يوكل إلا من هو ألدّ وأشدّ إنكاراً ، ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحالة (١) . وذهب الشافعي وأحمد وأبو يوسف ومحمد ومالك وابن أبي ليلى إلى جواز الوكالة في الخصومة وإن لم يرض الخصم .

واستدل هؤلاء على ما ذهبوا إليه بإجماع الصحابة . فإن علياً رضي الله عنه وكل عقيلاً عند أبي بكر رضي الله عنه وقال : ما قضى له فلي ، وما قضى عليه فعلي . ووكّل عبد الله بن جعفر عند عثمان وقال : إن للخصومة قحماً وإن الشيطان ليحضرها وإنّي لاكره أن أحضرها (٢) . وأيضاً فإنه قد وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم بالقبض . ولأنه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضا الخصم فكذا يملك التوكيل بها من غير رضاه كسائر الحقوق (٣) .

هذا إلا أن المتأخرين من الحنفية اختاروا للفتوى أن الأمر متروك للقاضي ، قال الزيلعي في الكنز : « والمتأخرون من أصحابنا اختاروا للفتوى أن القاضي إذا علم من الخصم التعنت في الإبراء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ، ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه ، وإن علم من الموكل قصد الإضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل إلا برضاه ، وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي رحمه الله (٤) » .

د - الوكالة في الشهادة والأيمان والنذور :

نص الشافعية والحنابلة على أنه لا يصح التوكيل بالشهادة ، لأنها تتعلق بعين الشاهد

- (١) تبين الحقائق : ٢٥٥ / ٤ .
- (٢) المغني : ٥ / ٧٥ ، وتبين الحقائق : ٢٥٥ / ٤ .
- (٣) المصدر السابق .
- (٤) تبين الحقائق : ٢٥٥ / ٤ .

لكونها خبراً عما رآه أو سمعه ، ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه ، فإن استتاب فيها كان النائب شاهداً على شهادته ، لكونه يؤدي ما سمعه من شاهد الأصل وليس بوكيل . وكذلك لا يصح التوكيل في الإيمان والندور ، لأنها تتعلق بعين الحالف والناذر ، فأشبهت العبادات البدنية والحدود .

ولا يصح في الإيلاء والقسامة واللعان ، لأنها إيمان . وقيل في اللعان إنه شهادة وكلا ذلك لا يصح التوكيل فيه .

وأما التوكيل في الظهار ففي الأصح عند الشافعية أنه لا يجوز التوكيل فيه ، لأن المذهب فيه معنى اليمين ، لتعلقه بألفاظ وخصائص كاليمين . والقول الثاني عند الشافعية أنه ملحق بالطلاق فيصح التوكيل فيه ، وعبارته أن يقول : أنت على موكلي كظهر أمه ، أو جعلت موكلي مظاهراً منك (١) .

هـ - التوكيل في الإقرار :

الأصح عند الشافعية أنه لا يصح التوكيل في الإقرار ، كأن يقول : وكلتك لتقر عني لفلان بألف دينار له عليّ ، فيقول الوكيل : أقررت عنه بألف دينار لفلان .

وذلك لأنه إخبار عن حق فلا يقبل التوكيل كالشهادة . وعلى هذا يكون ذلك منه إقراراً لإشعار ذلك بثبوت ذلك الحق عليه (٢) .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنه يصح التوكيل بالإقرار وهو قول للشافعية ، وحجتهم في ذلك أنه إثبات حق في الذمة بالقول ، فجاز التوكيل فيه كالبيع . وفارق الشهادة ، بأنها لا تثبت حقاً ، وإنما هو إخبار بثبوته على غيره (٣) .

و - الوكالة في تملك المباحات كالإحياء والاصطياد والاحتطاب :

الأصح عند الشافعية - وهو مذهب الحنابلة - أنه يجوز التوكيل في ذلك ، لأن

(١) المغني : ٥ / ٧٥ ، ومغني المحتاج : ٢ / ٢٢٠ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢١ .

(٣) المغني : ٥ / ٧٥ ، وبدائع الصنائع : ٦ / ٢٢ .

هذه الأشياء أحد أسباب الملك فأشبهه الشراء ، وعلى هذا فإن الملك يحصل للموكل إذا قصده الوكيل به (١) .

وذهب أبو حنيفة رحمه الله تعالى إلى أنه لا يصح التوكيل في ذلك ، فإذا حصل الوكيل على شيء من ذلك فهو مالك ، وليس لمن وكله منه شيء .

ز - الوكالة في المحرم :

نص الحنابلة والشافعية على أنه لا تصح الوكالة في المحرم كالنصب والجنایات والسرقة وما أشبه ذلك ، لأن حكمها يختص بمرتكبها ، لأن كل شخص بعينه مقصود بالامتناع منها (٢) .

وأجاز أبو حنيفة أن يوكل المسلم الذمي في شراء خمر ، وأن يوكل المحرم الحلال ببيع الصيد . لأنه وإن كان محرماً على الموكل فليس بجرام على الوكيل ، لأن الشرط عنده أن يكون التوكيل حاصلًا بما يملكه الوكيل ، أما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط (٣) .

★ ★ ★

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢١ ، والمغني : ٥ / ٧٤ .

(٢) المصدران السابقان .

(٣) نتائج الأفكار : ٦ / ١٢ ، وانظر : حاشية ابن عابدين : ٥ / ٥١١ .

الفصل الرابع

في تصرفات الوكيل

ويبحث فيه ما يلي :

الوكيل في الخصومة — الوكيل بالقبض — الوكيل بالبيع والشراء — حقوق عقد الوكالة وحكمه .

إذا وقعت الوكالة مستوفية لأركانها وشروطها ، ثبت للوكيل ولاية التصرف فيما وكل فيه ، وفيما يلي نذكر بعض أنواع من هذه الوكالات وكيفية التصرف فيها ببيان ما يملكه الوكيل من التصرفات وما لا يملكه .

المطلب الأول : الوكيل في الخصومة :

١ — الوكيل في الخصومة من يوكل بالمرافعة أمام القضاء كالمحامى في عصرنا هذا ، وهل يملك هذا الوكيل الإقرار على موكله ؟

ذهبت الحنابلة ومالك والشافعية وابن أبي ليلى ومن الحنفية زفر ، إلى أن الوكيل في الخصومة لا يملك الإقرار على موكله .

وحجتهم أن الوكيل في الخصومة وكيل في المنازعة ، والإقرار مسالة فلا يتناوله التوكيل بالخصومة فلا يملكه الوكيل .

وعبر ابن قدامة عن ذلك بقوله : « ولنا أن الإقرار معنى يقطع الخصومة وينافيها فلا يملكه الوكيل فيها كالإبراء (١) .

(١) المغنى : ٥ / ٨٣ . وبدائع الصنائع : ٦ / ٢٤ . وانظر المهذب : ١ / ٣٥٨ .

وذهب أبو حنيفة والإمامان أبو يوسف ومحمد إلى أن الوكيل بالخصومة يملك الإقرار على موكله في الجملة .

وحجة هؤلاء أن الوكيل بالخصومة وكيل بالجواب الذي هو حق عند الله عز وجل ، وقد يكون ذلك إنكاراً ، وقد يكون إقراراً ، فإذا أقرّ على موكله دلّ على أن الحق هو الإقرار . فينفذ على الموكل ، كما إذا أقر على موكله وصدق الموكل هذا ، ثم إن هؤلاء الثلاثة اختلفوا فيما بينهم ، فقال أبو حنيفة ومحمد : يصح إقراره في مجلس القضاء ليس غير . وقال أبو يوسف : يصح الإقرار في مجلس القضاء وفي غيره .

حجة أبي حنيفة ومحمد : أنه فوض إليه الأمر في مجلس القاضي ، لأن التوكيل بالخصومة أو بجواب الخصومة ، وكل ذلك يختص بمجلس القاضي ، ألا ترى أن الجواب لا يلزم في غير مجلس القاضي ؟ وكذا الخصومة لا تندفع باليمين في غير مجلس القاضي ، فتتقيد بمجلس القاضي .

وحجة أبي يوسف : أن التوكيل تفويض ما يملكه الموكل إلى غيره ، وإقرار الموكل لا تقف صحته على مجلس القضاء ، فكذا إقرار الوكيل (١) .

ب - هل الوكيل في الخصومة بالمال يملك القبض ،

ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الموكل بالخصومة وتثبيت الحق لا يملك قبضه ، وعللوا ذلك بأن الإذن في التثبيت ليس بإذن في القبض من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه ليس في العرف أن من يرصاه للتثبيت يرصاه للقبض (٢) .

أما الحنفية فقد اختلفوا في ذلك .

فذهب أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله إلى أن الوكيل يملك القبض عيناً كان أو ديناً ، لأن الوكيل بالشيء وكيل بإتمامه ، وإتمام ذلك يكون بالقبض ، ومالم يقبض فالخصومة قائمة . لأنه يتوهم إنكاره بعد ذلك والمطل ، وربما يحتاج إلى المرافعة

(١) البدائع وانظر حاشية ابن عابدين : ٥ / ٥٣١ . والمبسوط : ١٩ / ٥ .

(٢) المهذب : ١ / ٣٥٨ . والمغني : ٥ / ٨٣ .

مرة ثانية ، فيكون له القبض قطعاً لمادتها ، ولأن المقصود من الخصومة الاستيفاء ، إذ هي غير مقصودة لذاتها ، والوكيل بالشئ يملك ما هو المقصود منه (١) .

وذهب زفر إلى أن الوكيل في الخصومة لا يملك القبض ، وقول زفر هو المنصوص عليه في المتن ، قال في الكتر : « الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض » . وقال في تنوير الابصار : « وكيل الخصومة والتقاضي لا يملك القبض » قال شارحه : وبه يفتى لفساد الزمان .

وحجة زفر رحمه الله في ذلك : أن الخصومة غير القبض حقيقة ، وهي لإظهار الحق ، ويختار لها من هو ألد الناس خصومة ، وأكثرهم كذباً وخيانة ، وأقلهم ديناً وحياء ، ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة وأكثرهم ورعاً ، فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضة ، فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه ، بل يدل على عكسه ، فلا يكون له القبض ، وكذا المطالبة غير القبض ، فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكر .

قال الزيلعي بعد أن ساق دليل زفر : « والفتوى اليوم على قول زفر ، ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير أحوال الناس وكثرة الحيلانات في الوكلاء (١) » .

ونقل في الدر المختار عن البحر أن مرد ذلك إلى العرف ، فإن كان في بلدة كان العرف بين التجار أن المتقاضي هو الذي يقبض الدين كان التوكيل بالتقاضي توكيلاً بالقبض وإلا فلا وقد علق عليه ابن عابدين بقوله : « نعم نقل عن السراجية أن عليه الفتوى ، وكذا في القهستاني عن المضممرات (٢) » .

ومن هنا قال الكاساني : « إلا أن المتأخرين من أصحابنا قالوا : إنه لا يملك في عرف ديارنا ، لأن الناس في زماننا لا يرضون بقبض المتقاضي ، كالوكلاء على أبواب القضاة لتهمة الخيانة في أموال الناس (٣) » .

(١) تبين الحقائق : ٢٧٨ / ٤ . وحاشية ابن عابدين : ٥ / ٥٢٩ . وبدائع الصنائع : ٢٥ / ٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٥ / ٢٢٩ .

(٣) بدائع الصنائع : ٢٥ / ٦ .

المطلب الثاني : في تصرف الوكيل بالقبض :

إذا وكل شخص آخر بقبض حق فأنكر ذلك من عليه الحق فهل يملك الوكيل الخصومة في إثبات هذا الحق ؟ ذهب الشافعية إلى أن في ذلك وجهين :

أحدهما : أنه لا يملك أن يكون خصماً في تثبيت الحق ، لأن الإذن في القبض ليس بإذن في التثبيت من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه ليس في العرف أن من من يرضاه للقبض يرضاه للتثبيت .

والثاني : أنه يملك المخاصمة والتثبيت ، لأنه يتوصل بالتثبيت إلى الحق ، فكان الإذن في القبض إذناً في التثبيت (١) .

وأما الحنابلة فعندهم أيضاً وجهان كالشافعية ، نقلهما صاحب المغني وعلل لكل وجه منهما ، إلا أنه قال بعد ذلك : « ويحتمل أنه إذا كان الموكل عالماً بمجدد من عليه الحق أو مطلة كان توكيلاً في تثبيته والخصومة فيه ، لعلمه بوقوف القبض عليه ، وإن لم يعلم ذلك لم يكن توكيلاً فيه ، لعدم علمه بتوقف القبض عليه (٢) .

أما الحنفية فقد فرقوا بين الوكالة بقبض العين وقبض الدين واتفقوا على أنه إذا كان الحق عيناً وكل بقبضه فلا يملك الخصومة ، حتى لو أقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين ، لم تقبل بينته إلا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب .

وقالوا : إن التوكيل إذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلاً بالخصومة ، لأن التوكيل وقع بالقبض لا غير ، ويمكن حصوله بلا خصومة بأن لا يجحد ذو اليد ملكه ، فلا حاجة إلى جعله وكيلاً في غير ما وكل به ، لأن الأمر بالشيء إنما يدخل غيره فيه إذا كان لا يتوصل إليه إلا به للضرورة .

وأما إذا كان الحق ديناً وكل في قبضه فقد اختلفوا في ذلك ، فذهب أبو حنيفة إلى أنه يملك الخصومة ، وقال محمد وأبو يوسف رحمهما الله : لا يكون خصماً

(١) المهذب : ١ / ٣٥٨ / .

(٢) المغني : ٥ / ٨٤ / .

فلم يفرقوا بين العين والدين ، بل قالوا إن الوكيل يقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكماً ، فلا يتنصب خصماً كما في الوكيل يقبض العين .

وفرق أبو حنيفة بين الوكالة يقبض العين والوكالة يقبض الدين بأن الوكيل يقبض الدين وكيل بالتملك ، لأن الديون تقضي بأمثالها لا بأعيانها ، وهذا لأن المقبوض ليس بملك للموكل ، بل هو بدل حقه ، إلا أن الشرع جعل ذلك طريقة للاستيفاء ، فانتصب خصماً كالوكيل بالشراء والرد بالعيب . . . (١) » .

هذا ولم يفرق الشافعية والحنابلة بين الوكالة في قبض الحق بين أن يكون عيناً أو يكون ديناً .

قال ابن قدامة رحمه الله في ذلك : « ولا فرق بين كون الحق عيناً أو ديناً ، وقال بعض أصحاب أبي حنيفة : إن وكله في قبض عين لم يملك تثبينا ، لأنه وكيل في نقلها ، أشبه الوكيل في نقل الزوجة .

ولنا أنه وكيل في قبض حق ، فأشبهه الوكيل في قبض الدين ، وما ذكره يبطل بالتوكيل في قبض الدين ، فإنه وكيل في قبضه ونقله (٢) » .

المطلب الثالث : في تصرف الوكيل بالبيع أو الشراء :

أ - الوكيل بالبيع :

إذا وكل شخص آخر ببيع شيء فلا يخلو من أن تكون هذه الوكالة مطلقة أو مقيدة ، ولكل منهما حكم يتعلق بها

أولاً : الوكالة المطلقة بالبيع :

وذلك كان يقول له وكلتك ببيع هذه الدار ، ولم يقيد هذا البيع بشخص أو مكان أو حلول أو تأجيل .

فقد ذهب الشافعية في مثل هذه الوكالة إلى أن الوكيل يجب أن يتقيد بالعرف ،

(١) تبیین الحقائق : ٤ / ٢٧٨ فما بعدها / .

(٢) المغني : ٥ / ٨٤ / .

فلا يصح له البيع بغير نقد البلد ، وإن كان في البلد نقدان لزم البيع بأغلبهما ، ولا يبيع بنسيئة ، وإن كان أكثر من ثمن المثل ، لأن مقتضى الإطلاق الحلول لأنه المعتاد ، ولا يبيع بغبن فاحش - وضبطه بعضهم بما يخرج عن تقدير المقدرين - فإن باعه - والحالة هذه - لم يصح البيع ، وإذا كان قد سلم المبيع فإن كان باقياً استرده وإن تلف ضمن لتعديده (١) .

وإلى مثل ما ذهب إليه الشافعية ذهب الحنابلة والإمامان محمد وأبو يوسف من الحنفية (٢) . لأن مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف كما ذكرنا .

وذهب أبو حنيفة إلى أن الوكالة المطلقة بالبيع يراعي فيها الإطلاق ، فيملك البيع بالقليل والكثير ، وبالعين وبالدين .

ودليله في ذلك : أن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه ولا يجوز تقييده إلا بدليل ، والعرف متعارض ، فإن البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضاً ، فلا يجوز تفهيد المطلق مع التعارض ، مع أن البيع بغبن فاحش إن لم يكن متعارفاً فعلاً فهو متعارف ذكرأ وتسمية ، لأن كل واحد منهما يسمى بيعاً (٣) .

ثانياً : الوكالة المقيدة :

أما إذا كانت الوكالة في البيع مقيدة بقيد وجب مراعاة القيد بالاتفاق ، فإذا تصرف الوكيل بما يخالف القيد لا ينعقد تصرفه على الموكل .

ولقد ذكر الفقهاء صوراً مما يعد مخالفة للقيد ، وصوراً مما لا يعد مخالفة ، وكلها تدور حول المصلحة التي يتوخاها الموكل من القيد ، وإليك بيان بعض هذه الصور :

١ - قال له : بع لشخص معين تعين هذا الشخص ، لأنه قد يقصد من تخصيصه

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٤ / .

(٢) تبين الحقائق : ٤ / ٢٧٠ / .

(٣) بدائع الصنائع : ٢ / ٢٧ / .

بهذه الضففة لأن ماله بعيد عن الشبهة ، أما إذا كانت هناك قرينة دالة على إرادة الربح جاز البيع من غير هذا المعين (١) .

٢ - قال له : بع هذا الثوب يوم الجمعة مثلاً لم يملك الوكيل البيع في غيره لا قبله ولا بعده ، لأن الإذن لا يتناول ما قبله ولا ما بعده من جهة النطق ولا من جهة العرف ، لأنه قد يؤثر البيع في زمان لحاجة ولا يؤثر في زمان قبله ولا زمان بعده (٢) .

٣ - إن وكله بالبيع في مكان معين ، فإن كان الثمن فيه أكثر أو النقص فيه أجود ، لم يجوز البيع في غيره ، لأنه قد يؤثر البيع في ذلك المكان لزيادة الثمن أو جودة النقد ، فلا يجوز تفويت ذلك عليه . وإن كان الثمن فيه وفي غيره واحداً ففيه وجهان : أحدهما أنه يملك البيع في غيره لأن المقصود فيهما واحد ، فكان الإذن في أحدهما إذناً في الآخر . والثاني لا يجوز ، لأنه لما نص عليه دلّ على أنه قصد عينه لمعنى هو أعلم به (٣) .

٤ - إذا وكله بالبيع بمائة لا يصح أن يبيع بأقل منها ولو يسيراً وإن كان بثمان مثله ، لأنه مخالف للإذن ، وله أن يزيد عليها ، لأن المفهوم من ذلك عرفاً إنما هو منع النقص ، وهذه مخالفة إلى خير ، إلا أن يصرح له بالنهي عن الزيادة فتمتنع ، لأن النطق أبطل حق العرف (٤) .

ومثل هذا الحكم إذا وكله بالبيع نسيته فباع نقداً .

٥ - إذا وكله ببيع شيء فهل له أن يشتريه لنفسه ؟

ذهب الشافعية والحنفية إلى أنه إذا وكل بالبيع لم يجوز أن يشتريه لنفسه ، وكذلك ذهب الحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد ، والرواية الثانية أنه يجوز أن يشتري ذلك لنفسه بشرطين :

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٧ .

(٢) المهذب : ١ / ٣٥٩ .

(٣) المهذب : ١ / ٣٥٩ . ومغني المحتاج : ٢ / ٢٢٨ .

(٤) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٨ .

أحدهما : أن يزيد على مبلغ ثمنه في النداء .

والثاني : أن يتولى النداء غيره ، قال القاضي : يحتمل أن يكون اشتراط تولي غيره النداء واجباً ، ويحتمل أن يكون مستحباً ، والأول أشبه بظاهر كلامه . وقال أبو الخطاب : الشرط الثاني : أن يولي من يبيع ويكون هو أحد المشتريين وقد اعترض على هذا بأنه توكيل ، وليس للوكيل التوكيل .

وأجيب عن ذلك بأنه يجوز توكيل الوكيل فيما لا يتولى مثله بنفسه ، والنداء مما لم تجر العادة أن يتولاه أكثر الناس بنفسهم .

قالوا : وإن وكل إنساناً يشتري له وباعه جاز على هذه الرواية ، لأنه امتثل أمر موكله في البيع ، وحصل غرضه من الثمن فجاز ، كما لو اشتراه أجنبي (١) .

وحجة الجمهور القائلين بالمنع أن العرف في البيع بيع الرجل من غيره ، فحملت الوكالة عليه ، كما لو صرح به فقال : بعه من غيرك ، ولأنه تلحقه التهمة ، ويتنافى الغرضان في بيع نفسه فلم يجز (٢) . وذهب مالك والأوزاعي إلى جواز ذلك .

٦ - البيع ممن لا تقبل شهادته له .

ذهب أبو حنيفة رحمه الله أن الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له ، وذلك مثل قرابة الأولاد ، وأحد الزوجين للآخر والآباء ، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنه يجوز بيعه منهم إذا كان بمثل القيمة ، إلا من عبده ومكاتبه ، لأن ملك ملكه له ، وله في مال مكاتبه حق ، وينقلب حقيقة بالعجز ، فيكون بيعاً من نفسه (٣) . وذهب الشافعية إلى أنه لا يبيع لنفسه ولا لولده الصغير ، وإلى أن الأصح أنه يبيع من أبيه ومن ابنته البالغ ، لأنه باع بالثمن الذي لو باع فيه لأجنبي لصح ، فلا تهمة حيثئذ ، كما لو باع من صديقه (٤) .

(١) انظر في هذا حاشية شلبي على تبیین الحقائق : ٤ / ٢٧٠ . والمغني : ٥ / ٩٧ فما بعدها / .

(٢) المغني : ٥ / ٩٨ . والمهذب : ١ / ٣٥٩ .

(٣) تبیین الحقائق : ٤ / ٢٦٩ فما بعدها / .

(٤) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٤ فما بعدها / . والمهذب : ١ / ٣٥٩ .

٧ - إذا وكله ببيع فاسد فعقد عقداً صحيحاً فما الحكم ؟

إذا وكله في عقد فاسد كأن يبيع دنانير بدنانير مع التفاضل فباعها مثمالة فقد ذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يملك العقد الفاسد لأن الله لما يأذن فيه ، لأن الموكل لا يملكه فالوكيل أولى ، ولا يملك الصحيح لأن الموكل لم يأذن فيه (١) .

وقال أبو حنيفة يملك الصحيح . لأنه إذا أذن في الفاسد فالصحيح أولى .

وفي ذلك يقول الإمام السرخسي : « ولو دفع إليه منطقة فيها مائة درهم فضة ، فقال : بعها بخمسين ، فباعها بمائة درهم وعشرة دراهم نقداً فهو جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله وأبي يوسف رحمه الله ، لأنه زاده خيراً من كل وجه ، وفي قول محمد رحمه الله لا يجوز ، لأنه أمره بالعقد الفاسد ، وقد أتى بالعقد الصحيح (٢) »

وهذا الحكم هو استحسان عند أبي حنيفة رحمه الله ، وجهه أنه من جنس التصرف الذي أمره به وهو خير للأمر مما أمره ، فلا يكون مخالفاً ، كالوكيل بالبيع بألف إذا باع بألفين ، وذلك أنه أمره أن يطعمه الحرام بالتجارة ، وهو أطعمه الحلال ، والتجارة مشروعة لاكتساب الحلال بها دون الحرام (٣) .

ب - الوكيل بالشراء :

إذا وكل شخص آخر بشراء سلعة موصوفة ، لم يجوز أن يشتريها إلا سليمة ، لأن طلاق البيع يقتضي السلامة من العيب ، ولهذا ما لو اشترى عيناً فوجد بها عيباً ثبت له الرد ، وعلى هذا فإن اشترى معيباً نظرت فإن اشتراه وهو يعلم أنه معيب ، لم يصح الشراء للموكل لأنه اشترى له ما لم يأذن فيه فلم يصح له ، وإن اشتراه وهو لا يعلم أنه معيب ثم علم ، لم يخل إما أن يرضى به أو لا يرضى ، فإن لم يرض به نظرت فإن علم الموكل ورضي لم يجوز للوكيل رده ، لأن الرد لحق الموكل وقد رضي به فسقط ، وإن لم يعلم الموكل ثبت للوكيل الرد ، لأنه ظلامة حصلت بعقده فجاز له رفعها ، كما لو اشترى لنفسه (٤) .

(١) المهذب : ١ / ٣٥٩ . والمغني : ٥ / ١١٠ .

(٢) المبسوط : ١٩ / ٥٧ .

(٣) انظر المبسوط : ١٩ / ٥٦ .

(٤) المهذب : ١ / ٣٦٣ .

وكذلك لا يجوز له أن يشتري إلا بثمن المثل، أو بزيادة يتغابن الناس فيها عادة، ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله، وهذا محل اتفاق.

وقد فرق أبو حنيفة بين البيع والشراء عند الإطلاق، فأجاز به بما قل وكثر، فرق بأن الشراء الوكيل فيه متهم، لاحتمال أنه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها إليه، ولا يمكن ذلك في البيع فلا يثبتم (١).

وأما إذا كانت الوكالة مقيدة فإنه يراعى فيها القيد، سواء أكان القيد راجعاً إلى المشتري أو إلى الثمن، فإذا خالف الوكيل لا يلزم الموكل بالشراء، إلا إذا كان خلافاً إلى خير.

مثال القيد في المشتري أن يقول له اشتر لي سيارة من نوع كذا فأشترى له سيارة من نوع آخر لم يلزم الموكل بالشراء، ويلزم الوكيل لأنه خالف قيداً معتبراً للموكل مصلحة فيه.

ومثال القيد في الثمن: أن يقول له اشتر لي داراً بمائة ألف ليرة، فأشترى داراً بمائتي ألف، فهذا الشراء لا يلزم الموكل، بل يلزم الوكيل لمخالفة القيد، أما لو اشترى له الدار بثمانين ألفاً وهي مما يشتري عادة بمائة ألف لزم الشراء الموكل لأنها مخالفة إلى خير.

هذا وقد ذكر الفقهاء صوراً من التوكيل بالشراء وبينوا حكم كل صورة، فمن هذه الصورة.

١ - وكله بشراء دار فأشترى نصفها يتوقف شراؤه، فإن اشترى باقية قبل أن يختصماً لزم الموكل، وإلا لزم الوكيل، وهذا بالإجماع (٢)،

٢ - إذا دفع إليه ديناراً وقال اشتر به شاة فأشترى له شاتين، فإن لم تساو كل واحدة منهما ديناراً لم يلزم الموكل، لأنه لا يطلب بدينار ما لا يساوي ديناراً وإن كان كل واحدة منهما تساوي ديناراً نظر فإن اشترى في الذمة ففيه عند الشافعية

(١) تبين الحقائق: ٤ / ٢٧١ / ٥.

(٢) المصدر السابق.

قولان : أحدهما : أن الجميع للموكل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم دفع إلى عروة البارقي ديناراً ليشتري له شاة فاشترى شاتين ، فباع إحداهما بدينار ، وأتى النبي صلى الله عليه وسلم بشاة ودينار ، فدعا له بالبركة ، ولأن الإذن في شاة بدينار إذن بشاتين في دينار ، لأن من رضي شاة بدينار رضي شاتين بدينار . والقول الثاني : أن للموكل شاة لأنه أذن فيه والأخرى للوكيل ، لأنه لم يأذن فيه الموكل ، فوقع الشراء للوكيل . وإذا قيل إن الجميع للموكل فباع إحداهما فقد ذكر بعض فقهاء الشافعية فيه وجهين :

أحدهما : أنه لا يصح ، لأنه باع مال الموكل بغير إذن فلم يصح .
والثاني : أنه يصح لحديث عروة السابق ، ولكن المذهب هو الأول .
وإن قلنا إن للوكيل شاة استرجع الموكل منه نصف دينار .

وإن اشترى الشاتين بعين الدينار ، فإن قلنا فيما اشترى في الذمة إن الجميع للموكل كان ههنا الجميع للموكل ، وإن قلنا إن إحداهما للوكيل والأخرى للموكل صح الاتباع للموكل في إحداهما ، ويبطل في الأخرى ، لأنه لا يجوز أن يحصل الاتباع له بمال الموكل فيبطل (١) .

وذهب الحنابلة في هذه المسألة إلى صحة الشراء ، وإلزام الموكل بذلك ، وذهب أبو حنيفة في ذلك إلى أنه يقع للموكل إحدى الشاتين بنصف دينار والأخرى للوكيل ، لأنه لم يرض إلا بإلزامه عهدة شاة واحدة .

وناقش ابن قدامة قول أبي حنيفة فذكر حديث عروة الذي مرّ ذكره ، وقال : إنه حصل المأذون فيه وزيادة من جنسه تنفع ولا تضر فوقع ذلك له ، كما لو قال له : بعه بدينار فباعه بدينارين .

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى ما ذهب إليه الحنابلة ، وقالوا : إن هذا خلاف إلى خير فلا يضر (٢) .

(١) المذهب : ١ / ٣٦٢ فما بعدها .
(٢) انظر المغني : ٥ / ١١٥ فما بعدها . وتبيين الحقائق : ٤ / ٢٦٢ فما بعدها .

٣ - إذا دفع إليه مائة ليرة مثلاً وقال له : وكلتك أن تشتري لي بها طعاماً فأشترى له بها لحماً وفاكهة فهل يقع الشراء على الموكل ؟

قال الزيلعي « لو وكله بشراء طعام ينصرف إلى الخنطة ودقيقها - أي استحساناً - حتى لا يكون له أن يشتري له غيرهما من الطعام ، والقياس أن يتناول كل مطعموم لأنه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاماً . وجه الاستحسان أن الطعام مقروناً بالبيع والشراء يراد به البرّ عادة ودقيقه ، ولا عرف فيما إذا كان مقروناً بالأكل . فبقي على حقيقته ، فيحتمل بأكل أي طعام كان ، حتى لو حلف لا يشتري أو لا يبيع طعاماً لا يحتمل إلا بالبرّ لما ذكرنا .

وقيل : إن كانت الدراهم كثيرة فعلى البرّ ، وإن كانت قليلة فعلى الخبز ، وإن كانت بين الأمرين فعلى الدقيق ، والفارق في ذلك العرف ، ويعرف بالاجتهاد ، حتى إذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز ، بأن كان عنده وليمة يتخذها هو جاز أن يشتري الخبز له ، لأن حاله يدل على أنه ما يشتريه للادخار ، وهو المرجح لجانب الخنطة ، إذ الخبز لا يقبل الادخار ، وكذا الدقيق لا يقبله طويلاً ، فتعين البرّ للادخار ، وهو في الكثير عادة . وقال بعض مشايخ ما وراء النهر : الطعام في عرفنا ينصرف إلى ما يمكن أكله ، يعني المهياً للأكل كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه . وقال الصدر الشهيد رحمه الله : وعليه الفتوى (١) .

هذا ويظهر من خلال ما ذكره الزيلعي أن الاختلاف في الأقوال إنما هو دائر على العرف ، أو القرينة ، فإن كان هناك عرف وجب الحمل عليه ، وإن كانت هناك قرينة وجب العمل بها ، ولكل بلد عرفه ، ولكل زمان عرفه ، ولكل حالة قرينتها . هذا ولقد عرض المسألة نفسها الإمام السرخسي في المبسوط ، وأفاض في شرحها وبيانها (٢) .

٤ - ذكر الحنابلة أنه إذا وكله في شراء شيء بعينه بمائة دينار فاشتراه بما هو دون المائة صح ذلك ولزم الشراء الموكل ، لأنه مأذون فيه من جهة العرف وإن

(١) تبين الحقائق : ٤ / ٢٦٠ / .

(٢) انظر المبسوط : ١٩ / ٤١ / .

قال له لا تشتريه بأقل من مائة فخالفه لم يجز ، لأنه خالف نصه ، وصريح قوله مقدم على دلالة العرف ، فإن قال : اشتريه بمائة ولا تشتريه بخمسين جاز له شراؤه بما فوق الخمسين ، لأن إذنه في الشراء بمائة دل عرفاً على الشراء بما دونها خرج منه الخمسون بصريح النهي ، بقي ما فوقها على مقتضى الإذن ، وإن اشتراه بأقل من الخمسين ففيه وجهان :

أحدهما : يجوز لذلك ، ولأنه لم يخالف صريح نهيه فأشبهه ما زاد على الخمسين .
والثاني : لا يجوز لأن نهيه عن الخمسين استقلالاً لها ، فكان تنبيهاً على النهي عما هو أقل منها (١) .

هـ — إذا وكله أن يشتري شيئاً بعينه فهل يصح له أن يشتريه لنفسه ؟
ذهب الحنفية إلى أنه إذا وكله في ذلك لا يشتريه لنفسه ، بل لو اشتراه ينوي بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون هذا الشراء للموكل ، لأن في ذلك عزل نفسه ، وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب .

واستثنوا من ذلك ما إذا خالف في الثمن لا إلى خير ، أو إلى جنس غير الذي سماه الموكل ، فإنه يقع الشراء للموكل . وذلك لأنه خالف أمره فينفذ عليه فينزل في ضمن المخالفة .

ومثل هذا ماله وكله رجل آخر بأن يشتري له ذلك الشيء بعينه فاشتراه له ، كان الشراء للموكل الأول دون الثاني ، لأنه إذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره (٢) .

٦ — إذا وكل زوجته بشراء شيء ثم طلقها فهل تبطل وكالتها ؟
في هذه الحال لا تبطل وكالتها ، لأن زوال النكاح لا يمنع الوكالة فلا يقطع استدانتها .

(١) المغني : ٥ / ١١٤ فما بعدها .
(٢) تبیین الحقائق مع حاشیة الشلیبی : ٤ / ٢٦٣ .

الوكيل بالشراء هل يشترط الخيار للبائع ؟

- من الشافعية أنه ليس للوكيل في الشراء أن يشترط الخيار للبائع من غير إذن ، لأنه شرط لاحظ فيه للموكل فلا يجوز من غير إذن كالأجل . وهل يجوز أن يشترط لنفسه أو للموكل ؟ فيه وجهان ، أحدهما : لا يجوز لأن إطلاق البيع يقتضي البيع من غير شرط ، والثاني يجوز . لأنه احتياط للموكل بشرط الخيار (١) .

المطلب الرابع : في حقوق العقد في الوكالة بالبيع والشراء وحكمه :

أ - حقوق العقد المراد بها الأعمال التي لا بد منها للحصول على الغاية والغرض من العقد ، وذلك مثل تسليم المبيع وقبض الثمن ، والردّ بالعيب : وخيار الرؤية أو الشرط . وضمان ردّ الثمن إذا ظهر أن المبيع كان مستحقاً .

يذكر الفقهاء أن العقود التي تترتب عليها حقوق تنقسم إلى قسمين :

القسم الأول : العقود التي يضيفها الوكيل إلى نفسه ، وذلك كالبيع والشراء الإجارة ، والصلح عن إقرار ، وهذه حقوقها تتعلق بالوكيل عند الحنفية والشافعية .

هذا ولقد نقل الزيلعي عن الشافعي أن الحقوق في مثل هذا تتعلق بالموكل ، وعلل هذا القول بأن الحقوق تبع للحكم وليست بأصل ، والوكيل ليس بأصل في حق الحكم فلا يكون أصلاً في حق من الحقوق التي هي من توابع الحكم ، فصار كالرسول والوكيل بالنكاح (٢) .

وهذا الذي نقله الزيلعي لقد نص الشافعية على خلافه قولاً واحداً ، فلقد ذكر النووي رحمه الله في منهاجه ذلك فقال : « وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل ، فيعتبر في الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس . . . » (٣) والمراد بالحكم هنا حق العقد كما هو ظاهر . وعلى كل فالمنصوص عليه عند الحنفية في ذلك هو المنصوص عليه عند الشافعية .

(١) المذهب : ١ / ٣٦١ .

(٢) تبين الحقائق : ٤ / ٢٥٦ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٣٠ .

والدليل على أن الحقوق ترجع إلى الوكيل وأنه أصل في العقد استغناؤه عن إضافته إلى الموكل ، ولو كان سفيراً لما استغنى عن إضافته إليه كالرسول و كالموكل بالنكاح وأخواته حتى إذا أضاف النكاح إلى نفسه كان له دون الموكل ، بخلاف ما نحن فيه فإنه لا يتعذر إضافة العقد إليه وإيقاع الحكم للموكل (١) .

ويرتب على كون حقوق العقد راجعة إلى الوكيل .

أن عليه تسليم المبيع إلى المشتري ، وقبض المبيع المشتري ، وتقوم رؤيته للمبيع مقام رؤية الموكل ، ولزوم العقد بمفارقة المجلس ، والتقابض في المجلس إذا كان المبيع والمشتري ربوياً ، وفي قبض رأس مال السلم وإقباضه ، والفسح بخيار المجلس ، وقبض الثمن ، ومطالبة البائع له بالثمن إذا كان الثمن في الذمة ، وكذلك إذا دفعه إليه الموكل ، وأما إذا كان الثمن معيناً ولم يدفعه الموكل إلى وكيله فلا يطالبه به البائع لأنه ليس في يده ، وحق البائع مقصور عليه ، وكذلك يرجع المشتري على الوكيل في الضمان إذا خرج المبيع مستحقاً ، وإذا وجد المشتري في المبيع عيباً فله أن يخصم الوكيل ، وهكذا الشأن في كل حق من حقوق هذا العقد . هذا الحكم إذا لم يصرح الوكيل بأن التعاقد لحساب الأصيل ، فإن صرح فحقوق العقد للموكل (٢) .

القسم الثاني : العقود التي يضيفها الوكيل إلى موكله .

العقود التي يضيفها الوكيل إلى موكله كالنكاح والخلع والصلح مع الإنكار عند الحنفية والصلح عن دم عمد .

هذه العقود حقوقها تتعلق بالموكل مباشرة ، لأن الوكيل فيها سفير محض ، ولهذا لا يستغنى عن إضافته إلى الموكل ، حتى لو أضاف النكاح إلى نفسه وقع له دون الموكل فصار كالرسول .

وعلى هذا فلا يطالب الوكيل بالمهر ، وإنما يطالب به الموكل ، ولا يطالب وكيل الزوجة بتسليمها ، ووكيل المرأة في الخلع لا يطالب ببذل الخلع إلا إذا كان ضامناً ، ووكيل الزوج بالخلع لا يملك قبض بدل الخلع .

(١) تبين الحقائق : ٤ / ٢٥٦ / ٥ .

(٢) معني المحتاج : ٢ / ٢٣١ / ٥ . ورد المختار : ٥ / ٥١٣ .

ب - حكم العقد : هو الغرض من العقد والغاية منه ، ففي عقد البيع يكون الحكم هو ثبوت الملكية في المبيع للمشتري ، وفي الثمن للبائع .

وقد انفقت كلمة الفقهاء على أن حكم العقد الذي يتم بواسطة الوكيل يقع للموكل لا للوكيل ، لأن الوكيل متكلم باسم الموكل وعاقده له ، فهو قد استمد ولايته منه . وثبتت الملكية للموكل مباشرة بمجرد تمام العقد دون حاجة لثبوتها للوكيل أولاً ، ثم انتقالها إلى الموكل .

قال الإمام الزيلعي : « الصحيح أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه ، بمعنى أن الوكيل أصل في حق الكل ، لكن في حق الحكم يخلفه الموكل ، فيقع له من غير أن يكون أصلاً فيه ، كالعبد يتهب أو يصطاد ، ولهذا لا يعتق على الوكيل إذا اشترى قريبه بالوكالة (٢) .

واستدل ابن قدامة على ذلك بقوله : « ولنا أنه قبل عقداً لغيره صح له ، فوجب أن ينتقل الملك إليه كالأب والوصي ، وكما لو تزوج له . . . ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذمياً في شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء . وقال أبو حنيفة يصح ويقع للذمي ، لأن الخمر مال لهم ، لأنهم يتمولونها ويتبايعونها فصح توكيلهم فيها كسائر أموالهم .

ولنا أن كل مالا يجوز للمسلم العقد عليه لا يجوز أن يوكل فيه كتزويج المجوسية (١) .

* * *

(١) تبين الحقائق : ٢ / ٢٥٦ . وانظر حاشية ابن عابدين : ٥ / ٥١٣ فما بعدها .
(٢) المغني : ٥ / ١١٨ .

الفصل الخامس

في احكام تتعلق بالوكالة

المطلب الأول : في هل للوكيل أن يوكل ؟

ذهب الحنفية إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره ، إلا إذا أذن له الموكل ، أو قال له : اعمل برأيك ، وذلك لأنه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره ، ولأن المفوض إليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض .

فإذا فوض إليه ووكل ، كان الثاني وكيلًا عن الموكل ، حتى لا يكون للأول أن يعزله ولا ينعزل بموته .

فإن وكل بلا إذن الموكل فعقد بحضرته ، أو عقد أجنبي فأجازه الوكيل الأول ، جاز فيها ، لأن مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل به (١) .

ولو باعه بغير حضرة الوكيل الأول لم يجز بيعه حتى يميزه الوكيل الأول أو الموكل .

وذهب زفر إلى أنه لا يجوز بيع الوكيل الثاني ، سواء كان بحضرة الوكيل الأول أو بغير حضرته (١) ،

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى أن الوكيل ليس له أن يوكل بلا إذن فيما يمكنه أن يفعله ، لأن المالك لم يرض بتصرف غيره كالمودع لا يودع .

وأما إذا كان لا يمكنه فعله لأنه لا يحسنه أو لا يليق به فله التوكيل ، إذ تفويض مثل ذلك إليه إنما يقصد منه الاستنابة ، ويفهم من هذا التعليل امتناع التوكيل في ذلك عند جهل الموكل بحاله ، أو اعتقاده خلاف ما هو عليه .

(١) تبين الحقائق وحاشية الشلبي عليه : ٤ / ١٧٦ / .

ولو كثر الموكل فيه وعجز الوكيل عن الإتيان بكله ، فالمذهب أنه يوكل فيما زاد على الممكن ، لأن الضرورة دعت إليه فيما لا يمكن (١) .

ولو أذن في التوكيل وقال له : وكل عن نفسك ففعل ، فالثاني وكيل الوكيل . والأصح أنه ينزل بعزله وينزل بموته أو جنونه أو عزل موكله له .

وإن قال : وكل عني فالثاني وكيل الموكل ، وكذا لو أطلق بأن قال وكل ، ولم يقل عني ، وفي هاتين الصورتين لا يعزل أحدهما الآخر ، ولا ينزل بانعزاله ، وللوكيل عزل أيهما شاء (٢) .

وأما مذهب الحنابلة فمآله تقريباً إلى مذهب الشافعية : فقد ذكر ابن قدامة : أن التوكيل على ثلاثة أحوال :

أحدها : أنه ينهى الموكل وكيله عن التوكيل ، فلا يجوز له ذلك بغير خلاف ، لأن ما نهاه عنه غير داخل في إذنه ، فلم يجوز كما لو لم يوكله .

الثاني : أذن له في التوكيل فيجوز له ذلك ، لأنه عقد أذن له فيه ، فكان له فعله كالصرف المأذون فيه ، ولا يعلم في هذين خلافاً .

الثالث : أنه أطلق الوكالة فلا يخلو ذلك من أقسام ثلاثة :

أحدها : أن يكون العمل مما يرتفع الوكيل عن مثله ، كالأعمال الدينية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة ، أو يعجز عن عمله لكونه لا يحسنه ، أو غير ذلك ، فإنه يجوز له التوكيل فيه ، لأنه إذا كان مما لا يعلمه الوكيل عادة انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة من الاستئابة فيه .

القسم الثاني : أن يكون مما يعمل به بنفسه إلا أنه يعجز عن عمله لكثرة وانتشاره فيجوز له التوكيل في عمله أيضاً ، لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل ، فجاز التوكيل في فعل جميعه ، كما لو أذن في التوكيل بلفظه ، وعند القاضي أنه إنما يوكل فيما زاد على ما يتمكن من عمله بنفسه ، لأن التوكيل إنما جاز للحاجة ، فاختص بما دعت إليه الحاجة .

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٦ / .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٢٧ / .

القسم الثالث : ما عدا هذين القسمين ، وهو ما يمكنه فعله بنفسه ولا يترفع عنه
فهنا روايتان عن أحمد ، إحداهما لا يجوز لأنه لم يأذن في التوكيل ، ولا تضمنه
إذنه ، والأخرى يجوز ، والأول أولى (١) .

المطلب الثاني : هل يصح التوكيل بجعل :

ذهب الحنابلة والشافعية إلى أنه يجوز التوكيل بجعل كما تجوز بغير جعل ، فإن
النبي صلى الله عليه وسلم وكل أنيساً في إقامة الحد ، وعروة في شراء شاة ، وعمرأ
وأبا رافع في قبول النكاح بغير جعل ، وكان يبعث عماله لقبض الصدقات ويجعل
لهم عمالة ، ولهذا قال له أبناء عمه : لو بعثتنا على هذه الصدقات ، فتؤدي إليك
ما يؤدي الناس ، ونصيب ما يصيبه الناس ؟ يعنون العمال .

فإن كانت الوكالة بجعل استحق التوكيل الجعل بتسليم ما وكل فيه إلى الموكل إن
كان مما يمكن تسليمه (١) .

المطلب الثالث : اذا وكله في إخراج صدقة على المساكين وهو مسكين فهل

يأخذ منها ؟

قال ابن قدامة « إن وكله في إخراج صدقة على المساكين وهو مسكين ، أو أوصى
إليه بتفريق ثلثه على قوم وهو منهم ، أو دفع إليه مالا وأمره بتفريقه على من يريد ،
أو دفعه إلى من شاء . فالمنصوص عن أحمد أنه لا يجوز له أن يأخذ شيئاً ، فإن أحمد
قال : إذا كان في يده مال للمساكين ، وأبواب البر ، وهو محتاج فلا يأكل منه
شيئاً . إنما أمره بتنفيذه ، وذلك لأن إطلاق لفظ الموكل ينصرف إلى دفعه إلى غيره .

ويحتمل أن يجوز له الأخذ إذا تناوله عموم اللفظ ، كالمسائل التي تقدمت . لأن
المعنى الذي حصل به الاستحقاق متحقق فيه . واللفظ متناول فجاز له الأخذ كغيره ،
ويحتمل الرجوع في ذلك إلى قرائن الأحوال ، فما غلب على الظن فيه أنه أراد العموم
فيه وفي غيره فله الأخذ منه ، وما غلب أنه لم يردده فليس له الأخذ ، وما تساوى فيه

(١) المغني : ٥ / ٧٨ . ومغني المحتاج : ٢ / ٢٣٠ .

الأمران احتمال وجهين ، وهل له أن يعطيه لولده ، أو والده أو امرأته ؟ فيه وجهان :
أولهما جوازه لدخولهم في عموم لفظه ، ووجود المعنى المقتضي لجواز الدفع إليهم ،
فأما من تلزمه مؤنته غير هؤلاء فيجوز الدفع إليهم ، كما يجوز دفع صدقة التطوع
إليهم (١) .

المطلب الرابع : في دعوى الوكالة :

من ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فلا يخلو الأمر من أن يصدقه أولاً .
أ - إذا صدق العزيم الوكيل أمر بدفعه إليه عند الحنفية ، لأنه إقرار على نفسه ،
لأن ما يقبضه خالص حقه ، إذ الديون تقضي بأمثالها ، فيكون مقراً بوجوب دفع
ماله إليه ، حتى لو ادعى أنه أوفى الدين إلى الطالب لا يصدق ، لأنه لزمه الدفع إلى
الوكيل بإقراره وتثبيت الوكالة به ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه ،
وله أن يطالب رب المال ويستحلفه ، ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب
قد استوفى الدين ، لأن النيابة لا تجري في الأمان .

فإن حضر الغائب فصدقه فقد ظهر أنه قد كان وكيلاً له ، وقبض الوكيل قبض
الموكل فتبرأ ذمته به .

وإن كذبه لم يصير مستوفياً بالقبض ، لأنه لم تثبت وكالته ، ويقبل قوله بيمينه
لأنه منكر ، فيأخذ منه الدين ثانياً ، ثم يرجع العزيم به على الوكيل إن كان باقياً ، وإن
ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع به عليه ، لأن الغريم لما صدق في الوكالة
اعتقد أنه أمين في القبض ، ولكن الموكل يظلمه فيما يطالبه ثانياً ، فلما كان
أميناً كان محقاً في القبض ، ثم لما أخذ الغريم من الوكيل كان ظلماً ، فلا يجوز لأحد
أن يظلم غيره وإن كان مظلوماً (٢) .

وذهب الشافعية في هذه المسألة - وهي ادعاء الوكالة وتصديق الوكيل - ذهبوا
إلى أنه لا يؤمر بالتسليم إلا أن يقيم الوكيل بينة على وكالته ، فحينئذ يؤمر بالتسليم

(١) المغني : ٥ / ١٠١ / .

(٢) تبين الحقائق وحاشية الشلبي عليه : ٤ / ٢٨١ فما بعدها / .

في الدين ، وذلك لأن هذا تسليم لا يبرئه عن الدين فلا يؤمر به ، وذهب المزني إلى ما ذهب إليه الحنفية من وجوب الدفع (١) .

ب - وأما إذا لم يصدق الغريم الوكيل ولم يكن بينه فلا يجب عليه أن يدفعه إليه ، لكن إذا دفعه له ضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة ، لأنه دفعه إليه على احتمال أن يكون وكيلاً ، ولم يرض بقبضه إلا لقضاء دينه تحصيلاً لبراءة ذمته ، فإذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في هذا بين أن يكذبه صريحاً أو يسكت ، لأن عدم التصديق يشمل الصورتين .

وفي هذه الحال ليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب . لأن المؤدى صار حقاً للطالب ، أما إذا صدقه فظاهر لأنها لا يتصادقان ظاهراً إلا على حق ، وأما إذا لم يصدقه فلاحتمال أنه وكله ، وإن لم يوكله يحتمل الإجازة منه ، فلا يكون أن يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال : ولأن من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه .

هذا ولا بد من بيان أن الغريم إذا أنكر الوكالة وأقر بالدين كان للوكيل أن يحلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض الدين ، فإن حلف الغريم لم يدفع إليه ، وإن نكل قضى عليه بالمال للوكيل .

وعن أبي حنيفة أنه لا يحلفه لأن التحليف بناء على أنه خصم ، ولم يثبت بلا حجة (٢)

المطلب الخامس : في دعوى الوكيل وفاء الدين عن الموكل :

دفع شخص إلى آخر مالاً وقال : اقضه فلاناً عن ديني ، فقال الوكيل : قد قضيت صاحب الدين فادفعه إليّ وكذبه صاحب الدين ، فالقول قول الوكيل في براءة نفسه عن الضمان ، والقول قول صاحب الدين في أنه لم يقبضه ، حتى لا يسقط دينه عن الموكل لأن الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه ، ولا يصدق على الغريم في إبطال حقه .

-
- (١) انظر المذهب : ١ / ٣٦٣ .
(٢) تبين الحقائق : ٤ / فما بعدها . وانظر بدائع الصنائع : ٦ / ٢٦ فما بعدها .
وحاشية ابن عابدين : ٥ / ٥٣٢ فما بعدها .

وتجب اليمين على أحدهما لا على كليهما . لأنه لا بدّ للموكل من تصديق أحدهما وتكذيب الآخر ، فيحلف المكذب منهما دون المصدق ، فإن صدّق الوكيل في الدفع يحلف طالب الدين بالله عزّ وجلّ ما قبضه ، فإن حلف لم يظهر قبضه ولم يسقط دينه ، وإن نكل ظهر قبضه وسقط دينه عن الموكل .

وإن صدق طالب الدين أنه لم يقبضه وكذب الوكيل يحلف بالله تعالى ، لقد دفعه إليه ، فإن حلف برىء وإن نكل لزمه ما دفع إليه (١) .

المطلب السادس : إذا وكل وكيلين فهل ينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به ؟

إذا وكل وكيلين ونصّ على أن لأحدهما التصرف دون الآخر أو كان توكيلهما على التعاقب لا بلفظ واحد ، جاز لكل واحد منهما التصرف دون الرجوع إلى الآخر .

وأما إذا وكلهما بلفظ واحد فلا يخلو أن تكون الوكالة في عقد فيه بدل مالي ، أو لا يكون فيه ذلك .

أ - فإن كانت الوكالة في عقد فيه بدل مالي فلا يملك أحدهما التصرف بدون إذن صاحبه ، ولو فعل لم يجز حتى يجيز صاحبه أو الموكل .

فإن وكلهما بالبيع لم يجز أن يبيع إلا بإذن صاحبه أو الموكل ، لأن البيع مما يحتاج فيه إلى الرأي . والموكل إنما رضي برأيهما لا برأي أحدهما ، واجتماعهما على ذلك ممكن ، فلم يمثل أمر الموكل فلا ينفذ عليه .

وإن وكلهما بالشراء فكذلك ، سواء أكان الثمن مسمى أو لم يكن ، وسواء كان الوكيل الآخر غائباً أم حاضراً ، إلا أنه في الشراء ينفذ الشراء على المشتري ولا يقف على الإجازة .

والوكيلان بالنكاح والطلاق على مال كذلك . لأن كل هذه العقود مما يحتاج إلى الرأي ولم يرض برأي أحدهما بانفراده .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٣٤ .

ومثل هذا في الحكم ما خرج نخرج التمليك ، كأن قال الرجلين : جعلت أمر امرأتي إليكما ، أو قال : طلقا زوجتي إن شئتما ، لا ينفرد أحدهما بالتطبيق لأنه جعل أمر اليد تمليكاً .

ومثل هذا أيضاً الوكيلان بقبض الدين ، فلا يملك أحدهما أن يقبض دون صاحبه ، لأن قبض الدين مما يحتاج إلى الرأي والأمانة ، وقد فوّض الرأي إليهما جميعاً ، فإن قبض أحدهما لم يبرئه الغريم حتى يصل ما قبضه إلى صاحبه فيقع في أيديهما جميعاً ، أو يصل إلى الموكل ، لأنه لما وصل المقبوض إلى صاحبه ، أو إلى الموكل فقد حصل المقصود بالقبض ، فصار كأنهما قبضاه جميعاً ابتداءً (١) .

ب - وأما الوكيلان بعقد ليس فيه مال كان لأحدهما أن ينفرد بذلك دون صاحبه .

فإذا كان وكيلين في طلاق على غير مال ، أو كانا وكيلين بتسليم الهبة أو ردّ الوديعة أو قضاء الدين فينفرد أحدهما بالتصرف فيما وكلا به ، لأن هذه التصرفات مما لا تحتاج إلى الرأي ، فكان إضافة التوكيل إليهما تفويضاً بالتصرف إلى كل واحد منهما بانفراده .

وقد اختلف قول الحنفية في التوكيل بالخصومة . فقد ذهب الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد إلى أنه إذا وكل وكيلين بالخصومة فلكل واحد منهما أن يتصرف بانفراده ، لأن الغرض من الخصومة إعلام القاضي بما يملكه المخاصم واستماعه إليه ، واجتماع الوكيلين على ذلك يخلّ بالإعلام والاستماع ، لأن ازدحام الكلام يخلّ بالفهم ، فكان إضافة التوكيل إلى أحدهما تفويضاً بالخصومة إلى كل واحد منهما ، فأيهما خاصم كان تمثيلاً ، إلا أنه لا يملك أحدهما القبض دون صاحبه ، لأن اجتماعهما على القبض ممكن ، فلا يكون راضياً بقبض أحدهما بانفراده .

وذهب زفر إلى أنه لا ينفرد أحدهما بالخصومة ، لأن الخصومة مما يحتاج إلى الرأي ، ولم يرض برأي أحدهما ، فلا يملكها أحدهما دون صاحبه (٢) .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٣٢ . وتبيين الحقائق : ٤ / ٢٧٥ .

(٢) المصدران السابقان .

المطلب السادس : في اختلاف الموكل مع الوكيل :

اتفق الفقهاء على أن المقبوض في يد الوكيل يعدّ أمانة بمنزلة الوديعة ، فلا يضمن إذا تلف إلا بتعد أو تقصير ، وذلك لأن يده يد نيابة عن الموكل ، فيضمن بما يضمن به الوديع ، ويرأ بما يبرأ به به الوديع .

لكنه قد يختلف الموكل مع الوكيل في بعض الأمور ، فما الحكم عند الاختلاف ؟
لقد بحث ابن قدامة في مغنيه ، هذه المسألة ، وفصل وجوه الاختلاف ، وحكم كل وجه من الوجوه ، وفيما يلي نذكر ذلك بشيء من الاختصار .

لقد ذكر ابن قدامة أن أحوال الاختلاف بين الموكل والوكيل ترجع إلى ستة أحوال :

أحدها : أن يختلفا في التلف ، فيقول الوكيل تلف مالك في يدي ، أو الثمن الذي قبضته ثمن متاعك تلف في يدي ، فيكذبه الموكل ، فالقول قول الوكيل مع يمينه لأنه أمين ، وهذا مما يتعذر إقامة البينة عليه ، فلا يكلف ذلك كالمودع .

وكذلك كل من كان في يده شيء لغيره على سبيل الأمانة ، كالأب والوصي وأمين الحاكم والمودع والشريك والمضارب والمرتهن والمستأجر والأجير المشترك ، وإنما كان كذلك ، لأنه لو كلف ذلك مع تعذره عليه لامتنع الناس من الدخول في الأمانات مع الحاجة إليها ، فيلحقهم الضرر .

قال القاضي : إلا أن يدعي التلف بأمر ظاهر كالخريق والنهب وشبههما ، فعليه إقامة البينة على وجود هذه الأمور في تلك الناحية ، ثم يكون القول قوله في تلفها بذلك .

وهذا قول الشافعي ، لأن وجود الأمر الظاهر مما لا يخفي فلا تتعذر إقامة البينة عليه .

الحالة الثانية : أن يختلفا في تعدي الوكيل أو تفريطه في الحفظ ، ومخالفته أمر موكله مثل أن يدعي عليه أنك حملت على الدابة فوق طاقتها ، أو حملت عليها شيئاً لنفسك . أو فرطت في حفظها ، أو لبست الثوب ، أو أمرتك برد المال فلم تفعل

ونحو ذلك ، فالقول قول الوكيل أيضاً مع يمينه لما ذكرنا في الذي قبله ، ولأنه منكر لما يدعي عليه . والقول قول المنكر .

ومتى ثبت التلف في يده من غير تعديه ، إما لقبول قوله ، وإما بإقرار موكله أو بيينة فلا ضمان عليه .

الحالة الثالثة : أن يختلفا في التصرف ، فيقول الوكيل : بعث الثوب ، وقبضت الثمن ، فتلف ، فيقول الموكل : لم تبع ولم تقبض ، أو يقول : بعث ولم تقبض شيئاً ، فالقول قول الوكيل ، ذكره ابن حامد وهو قول أصحاب الرأي ، لأنه يملك البيع والقبض ، فيقبل قوله فيهما ، كما يقبل قول ولي المرأة المجبرة على النكاح في تزويجها .

ويحتمل أن لا يقبل قوله ، وهو أحد قولين لأصحاب الشافعي ، لأنه يقرّ بحق لغيره على موكله فلم يقبل ، كما لو أقرّ بدين عليه .

وإن وكل في شراء دارفاشترها ، واختلفا في قدر ما اشتراها به ، فقال الوكيل : اشتريته بألف ، وقال الموكل : بل اشتريته بخمسمائة فالقول قول الوكيل أيضاً .

وقال القاضي : القول قول الموكل ، إلا أن يكون عين له الشراء بما ادّعاه ، كأن قال : اشتري داراً بألف ، فادّعى الوكيل أنه اشتراه بذلك فالقول قول الوكيل إذاً ، وقال أبو حنيفة : إن كان الشراء في الذمة فالقول قول الموكل لأنه غارم مطالب بالثمن ، وإن اشترى بعين المال فالقول قول الوكيل لكونه الغارم ، فإنه يطالبه برد ما زاد على الخمسمائة .

الحال الرابعة : أن يختلفا في الردّ ، فيدعيه الوكيل فينكره ، فإن كان بغير جعل فالقول قول الوكيل ، لأنه قبض المال لنفع مالكه ، فكان القول قوله كالمودع . وإن كان يجعل ففيه وجهان :

أحدهما أن القول قوله ، لأنه وكيل فكان القول قوله كالأول .

والثاني : لا يقبل قوله ، لأنه قبض المال لنفع نفسه فلم يقبل قوله في الردّ كالمستعير . وسواء اختلفا في ردّ العين أو ردّ ثمنها .

الحال الخامسة : إذا اختلفا في أصل الوكالة فقال الوكيل : وكلتني ، فأنكر الموكل فالقول قول الموكل ، لأن الأصل عدم الوكالة ، فلم يثبت أنه أمينه ليقبل قوله عليه .

ولو قال الموكل : وكلتك ودفعت إليك مالا ، فأنكر الوكيل ذلك كله أو اعترف بالتوكيل وأنكر دفع المال إليه ، فالقول قول الوكيل ، لأن الأصل عدم الوكالة ، أو عدم دفع المال .

وإن قال رجل الآخر : وكلتني أن أتزوج لك فلانة بصداق كذا ففعلت فأنكر الموكل ، فالقول قول الموكل ، نص على ذلك أحمد فقال : إن أقام البينة وإلا لم يلزم الآخر عقد النكاح .

وإن أقر الموكل بالتوكيل في التزويج ، وأنكر أن يكون الوكيل تزوج له ، فههنا الاختلاف في تصرف الوكيل ، والقول قول الوكيل فيه فيثبت التزويج ههنا . وقال القاضي ، لا يثبت وهو قول أبي حنيفة ، لأنه لا تتعذر عليه إقامة البينة عليه ، لأنه لا ينعقد إلا بها .

الحال السادسة : أن يختلفا في صفة الوكالة ، فيقول الموكل : وكلتك في بيع هذا العبد ، فيقول الوكيل : بل وكلتني في بيع هذه الجارية ، أو قال : وكلتك في البيع بألفين ، فقال الوكيل : بل وكلتني بالبيع بألف ، قال القاضي : القول قول الموكل ، وهو مذهب الشافعي وأصحاب الرأي وابن المنذر .

وحكي عن مالك : إن أدركت السلعة فالقول قول الموكل ، وإن فاتت فالقول قول الوكيل ، لأنها إذا فاتت لزم الوكيل الضمان ، والأصل عدمه ، بخلاف ما إذا كانت موجودة .

* * *

(١) المغني لابن قدامة : ٥ / فما بعدها / . وانظر المهذب : ١ / ٣٦٤ فما بعدها / .

الفصل السادس

في بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة

اتفق الفقهاء على أن عقد الوكالة عقد جائز من الطرفين ، جائز من طرف الموكل لأنه قد يرى المصلحة في ترك ما وكل فيه ، أو يرى المصلحة في توكل شخص آخر ، ومن جانب الوكيل لأنه قد لا يتفرغ فيكون اللزوم مضراً بهما ، هذا إذا لم يكن عقد الوكالة باستئجار ، فإن عقد بلفظ الاجارة فهو لازم ، وإن عقدت بلفظ الوكالة وشروط فيها جعل معلوم ، قال الرافعي ؟: فيمكن بناؤه على أن الاعتبار بصيغ العقود أو بمعانيها ، والأرجح أن العبرة بالصيغة ، وعلى هذا تكون الوكالة عقداً جائزاً ولو يجعل (١) .

هذا ولا بد من البحث في الطرق التي ينتهي بها عقد الوكالة وإليك بيان ذلك .

المطلب الاول : في عزل الموكل وكيله ، وعزل الوكيل نفسه :

أ - إذا عزل الموكل وكيله فلا يخلو الأمر من أن يكون العزل في حضور الوكيل أو في غيابه .

فإذا عزله في حضوره بأن قال له عزلتك ، أو رفعت الوكالة ، أو أبطلتها أو أخرجتك منها ، أو أي لفظ يدل على ذلك ، إذا قال ذلك انزل الوكيل في الحال للدلالة كل واحد من هذه الألفاظ عليه .

وأما إذا عزل في غيابه فمتى يسرى مفعول العزل ؟ ذهب الحنفية إلى أنه لا يسري مفعول العزل حتى يصل خبر العزل إلى علم الوكيل ،

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٣١ فما بعدها / .

لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به ، فإذا كتب إليه كتاباً بالعزل لا ينزل حتى يصل إليه الكتاب ويعلم بما فيه . لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر . وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة وقال : إن فلاناً أرسلني إليك ويقول : إني عزلتك عن الوكالة ، فإنه ينزل كائناً ما كان الرسول عدلاً كان أو غير عدل ، حرراً كان أو عبداً صغيراً كان أو كبيراً بعد أن يبلغ الرسالة على الوجه المذكور ، لأنه الرسول قائم مقام المرسل ، معبر وسفير عنه ، فتصح سفارته بعد أن صحت عبارته على أي صفة كان .

وإن لم يكتب كتاباً ولا أرسل رسولاً ، ولكنه أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين ، أو رجل واحد عدل ينزل عند الحنفية جميعاً ، سواء صدقه الوكيل أو لم يصدقه إذا ظهر صدق الخبر ، لأن خبر الواحد مقبول في المعاملات ، وإن لم يكن عدلاً فمن صدق ينزل بالاجماع ، وإن كذبه لا ينزل ، وإن ظهر صدق الخبر عند أبي حنيفة لأن الإخبار عن العزل له شبه الشهادة ، لأن فيه التزام حكم المخبر به وهو العزل ، وهو لزوم الامتناع من التصرف ، ولزوم العهدة فيما يتصرف فيه بعد العزل ، فأشبه الشهادة ، فيجب اعتبار أحد شروطها وهو العدالة أو العدد .

وعند أبي يوسف ينزل إذا ظهر صدق الخبر وإن كذبه ، لأن الإخبار عن العزل . من باب المعاملات ، فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة ، كما في الأخبار في سائر المعاملات (١) . هذا عند الحنفية وأما الحنابلة فلا تثبت عندهم الوكالة ولا العزل إلا بخبر اثنين (٢) .

أما الشافعية فيقولون في الأصح عندهم أن الوكيل ينزل بمجرد عزله عن الوكالة . ولا يشترط وصول الخبر إلى الوكيل وعلمه بذلك ، لأنه رفع عقد لا يعتبر فيه الرضا ، فلا يحتاج إلى العلم كالطلاق ، وقياساً على مالو وكل أحدهما والآخر غائب ، ويترتب على الخلاف بين الشافعية والحنفية أن الحنفية يقولون : إن تصرفات الوكيل قبل العلم بعزله عن الوكالة صحيحة كتصرفاته قبل العزل (٣) .

(١) تبين الحقائق : ٤ / ٢٨٧ . وبدائع الصنائع : ٦ / ٣٧ .

(٢) المغني : ٥ / ١٢٠ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ / ٣٧ .

والشافعية يقولون : إن تصرفاته بعد العزل باطلة وإن لم يعلم . فإذا باع بعد العزل وقبل العلم فتصرفه باطل (١) .

هذا وقد اشترط الحنفية إلى جانب شرط علم الوكيل بالعزل ، اشترطوا شرطاً آخر وهو أن لا يتعلق بالوكالة حق الغير ، فأما إذا تعلق بها حق الغير ، فلا يصح العزل بغير رضا صاحب الحق ، لأن في العزل إبطال حقه من غير رضاه ، ولا سبيل إليه ، وهو كمن رهن ماله عند رجل بدين له عليه ، أو وضعه على يدي عدل ، وجعل المرتن أو العدل مسلطاً على بيعه وقبض ثمنه عندما يحلّ الأجل ، فعزل الراهن المسلط على البيع لا يصح به عزله لما ذكر (٢) .

ب - وإذا عزل الوكيل نفسه بأن قال : عزلت نفسي أو ورددت الوكالة انعزل في الحال ، ولا فرق بين أن يكون الموكل غائباً أو حاضراً ، لأنه قطع للعقد فلا يفترق إلى حضور من لا يعتبر رضاه كالطلاق ..

وقال الأذري - وهو من الشافعية - ولو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه في غيبة موكله لاستملك المال قاض جائز أو غيره ، فينبغي أن يلزمه البقاء على الوكالة إلى حضور موكله أو أمينه على المال (٣) .

هذا مذهب إليه الشافعية ، وأما الحنفية فقد ذكروا أن الوكيل إذا عزل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة (٤) .

المطلب الثاني : في خروج أحدهما عن أهلية التصرف :

إذا خرج أحدهما عن أهلية التصرف بطلت الوكالة ، والخروج عن أهلية التصرف له أسباب :

١ - موت أحدهما أما موت الموكل فلأن التوكيل بأمر الموكل ، وقد بطلت

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٣٢ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ / ٣٨ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٣٢ .

(٤) تبين الحقائق : ٤ / ٢٨٧ .

أهلية الأمر بموته فتبطل الوكالة من حين الوفاة ، سواء علم الوكيل بالموت أم لم يعلم . وكذلك الوكيل لأنه زال عنه الالتزام بموته وفقد أهلية التصرف .

٢ - جنون أحد الطرفين جنوناً مطبقاً ، لأن الجنون المطبق مبطل للأهلية ، واختلف أبو يوسف ومحمد في حد الجنون المطبق ، فحدّه أبو يوسف بما يستوعب الشهر ، وحدّه محمد بما يستوعب الحول . وهو الصحيح .

وجه قول محمد أن المستوعب للحول هو المسقط للعبادات كلها ، فكان التقدير به أولى ، ووجه قول أبي يوسف أن هذا القدر - وهو الشهر - أدنى ما يسقط به عبادة الصوم فكان التقدير به أولى (١) . ونقل عن أبي يوسف أنه يقدر بأكثر من يوم وليلة لأنه يسقط به الصلوات . وأما الشافعية فلم يشترطوا في الجنون أن يكون مطبقاً ، بل ذكروا الجنون وإن زال من قرب ، وعللوا ذلك بأنه لو قارن منع الانعقاد ، فإذا طرأ قطعه (٢) . وألحقوا بالجنون الإغماء في الأصح عندهم .

٣ - لحاق أحدهما بدار الحرب مرتداً ، ويكون ذلك بحكم الحاكم بلحوقه ، لأن لحاقه لا يثبت إلا بحكم الحاكم ، فإذا حكم به بطلت الوكالة بالإجماع عند الحنفية ، وأما قبل حكم الحاكم فالوكالة موقوفة عند أبي حنيفة رحمه الله ، لأن تصرفاته موقوفة ، وكذلك وكالته فإن أسلم نفذت ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت .

وأما عند أبي يوسف ومحمد فتصرفاته نافذة ، فلا تبطل وكالته (٣) .

هذا إذا كان المرتد رجلاً . وأما إن كان الموكل امرأة فارتدت ، فالوكيل على وكالته حتى تموت أو تلتحق بدار الحرب إجماعاً ، لأن رده المرأة لا تمنع تصرفها ، لأنها لا تؤثر فيما رتب عليه النفاذ وهو الملك (٤) .

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا تبطل الوكالة بردة الوكيل ، سواء لحق بدار الحرب أم أقام بدار الإسلام .

(١) بدائع الصنائع : ٢٨ / ٦ . وتبيين الحقائق : ٤ / ٢٨٧ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٣٢ .

(٣) المصدران السابقان .

(٤) بدائع الصنائع : ٢٨ / ٦ .

وحجتهم في ذلك أن المرتد يصح تصرفه لنفسه فلم تبطل وكالته ، كما لو لم يلحق بدار الحرب ، وأن الردة لا تمنع ابتداء وكالته فلم تمنع استدامتها كسائر الكفر .
وأما إذا ارتد الموكل فلا تبطل الوكالة فيما له التصرف فيه عند الحنابلة ، وهو الظاهر عند الشافعية ، بناء على عدم زوال ملكه (١) .

وأما المالكية فقد ذهبوا إلى أن الوكيل ينزل بالردة أيام الاستتابة ، وأما بعدها فإن قتل فواضح أنه قد انزل ، وإن أخر لما منع كالحمل فقد ترددوا في ذلك .
وكذلك ينزل الوكيل بردة موكله بعد مضي أيام الاستتابة ولم يرجع ولم يقتل لما منع (٢) .

المطلب الثالث : في هلاك العين التي وكل فيها أو تصرف الموكل فيها :

إذا هلكت العين التي وكل بيعها أو شرائها أو هبتها أو ما أشبه ذلك فقد انتهت الوكالة ، لأن التصرف في المحل لا يتصور بعد هلاكه ، والوكالة بالتصرف فيما لا يحتمل التصرف محال فبطل . ولا فرق في بطلان الوكالة في هذه بين أن يعلم الوكيل وأن لا يعلم .

ومثل هلاك العين تصرف الموكل فيها ببيع أو شراء أو هبة أو ما أشبه ذلك ، قبل تصرف الوكيل ، لأن الوكيل عجز عن التصرف لزوال ملك الموكل فيما وكل فيه ، فينتهي حكم الوكالة (٣) .

وهناك مسألتان تتعلقان بذلك :

المسألة الأولى : إذا وكل شخصاً ببيع ثوب ، ثم إن الموكل باعه قبل أن يتصرف الوكيل ، ثم إن المشتري قد رد المبيع على البائع — الموكل — بالعيب فهل تعود الوكالة؟ قال أبو يوسف لا تعود ، لأن تصرف الموكل بنفسه يتضمن عزل الوكيل ، لأنه أعجزه عن التصرف فيما وكله به ، والوكيل بعدما انزل لا يعود وكيلًا إلا بتجديد

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢١٩ . والمغني : ٥ / ١٠٥ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ / ٣٩٧ .

(٣) بدائع الصنائع : ٦ / ٣٩ .

التوكيل ، كما لو وكله بأن يهب عبده ثم وهبه الموكل بنفسه ، ثم رجع في هبته لا تعود الوكالة ، فلا يملك الوكيل أن يهبه بعد هذا .

وذهب محمد إلى أن الوكالة تعود ، لأن العائد بالفسخ عين الملك الأول فيعود بحقوقه (١) .

المسألة الثانية : لو وكله بقبض دين له على رجل ، ثم إن الموكل وهب المال للذي عليه الدين ، والوكيل لا يعلم بذلك ، فقبض الوكيل الدين فهلك في يده ، كان لدافع الدين أن يأخذ به الموكل ، ولا ضمان على الوكيل ، لأن يد الوكيل يد نيابة عن الموكل ، لأنه قبضه بأمره ، وقبض النائب كقبض المنوب عنه ، فكأنه قبضه بنفسه بعد ما وهبه منه ، ولو كان كذلك لرجع عليه فكذا هذا (٢) .

المطلب الرابع : في وجوه أخرى تنتهي بها الوكالة :

١- قيام الوكيل بما وكل به : إذا وكل شخص آخر ببيع أو شراء أو هبة أو غير ذلك فقام الوكيل بتنفيذ ما وكل به فقد انتهت الوكالة بذلك ، لأن الوكالة بعد هذا تصبح غير ذات موضوع .

٢- افتراق الشريكين : إذا وكل الشريكان أو أحدهما شخصاً ليتصرف في مال لهما ، فإذا افترقا انزل هذا الوكيل في حق غير الموكل منهما إذا لم يصرحا في الإذن بالتوكيل (٣) .

٣- تعدي الوكيل : إذا تعدى الوكيل فيما وكل فيه ضمن ، ولا ينزل بذلك في الأصح عند الشافعية ، لأن الوكالة إذن في التصرف ، والأمانة حكم يترتب عليها ، ولا يلزم من ارتفاعها ارتفاع أصلها كالرهن .

والقول الثاني عندهم أنه ينزل كالمودع (٤) .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٣٩ / .

(٢) المصدر السابق .

(٣) تبين الحقائق : ٤ / ٢٨٩ / .

(٤) مغني المحتاج : ٢ / ٢٣٠ / .

الباب السادس

في الشفعة

ويتضمن الفصول التالية :

- الفصل الأول : مقدمة تتناول معنى الشفعة ودليل مشروعيتها وحكمتها وأركانها .
- الفصل الثاني : في الشفيع .
- الفصل الثالث : في المشفوع عليه .
- الفصل الرابع : في المشفوع فيه .
- الفصل الخامس : في شروط الأخذ بالشفعة .
- الفصل السادس : في بعض أحكام الشفعة .



الفصل الأول

مقدمة وتتناول هذه المقدمة المطالب التالية :

معنى الشفعة - دليل مشروعيتها - حكمتها - أركان الشفعة

المطلب الأول : في معنى الشفعة :

الشفعة : بضم الشين وإسكان الفاء وحكي ضمها ، وهي مأخوذة من الشفع بمعنى الضم ، يقال شفعت الشيء إذا ضمته ، سميت الشفعة بذلك لضم أحد الشريكين نصيب شريكه إليه . وقيل مأخوذة من الزيادة (١) ، وقيل مأخوذة من الشفاعة ، وقد ورد كل ذلك في اللغة .

قال في المصباح المنير : « شفعت الشيء شفعاً من باب نفع ضمته إلى الفرد ، وشفعت الركعة جعلتها ثنتين ، ومن هنا اشتقت الشفعة ، وهي مثال غرفة ، لأن صاحبها يشفع ماله بها » .

وقال في لسان العرب : « وسئل أبو العباس عن اشتقاق الشفعة في اللغة فقال : الشفعة الزيادة ، وهو أن يشفعك فيما تطلب حتى تضمه إلى ما عندك فتزيده وتشفعه بها ، أي أن تزيده بها ، أي أنه كان وترأ واحداً فضم إليه ما زاده وشفعه به .

وقال القتيبي في تفسير الشفعة : كان الرجل في الجاهلية إذا أراد بيع منزل أتاه رجل فشفع إليه فيما باع فشفعه وجعله أولى بالمبيع ممن بعد سببه ، فسميت شفعة ، وسمي طالبها شفيعاً » .

وأما تعريف الشفعة في اصطلاح الفقهاء فقد اختلفت عباراتهم في ذلك :

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٦ . والنهاية للرملي : ٥ / ١٩٢ . وحاشية الجبرمي على المنهج : ٣ / ١٤٨ .

فقد عرفها الرمي في النهاية بأنها : « حق تملك قهري ثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض بما ملك به لدفع الضرر (١) » .

وعرفها صاحب الكنز من الخفية بأنها : « تملك البقعة جبراً على المشتري بما قام عليه (٢) » وكل هذه العبارات مؤداها واحد ، وإن كان بعضها أخص من بعض ، على حسب ما يأتي فيمن يستحق الشفعة .

المطلب الثاني : دليل مشروعيتها :

ذهب جمهور الفقهاء إلى جواز الأخذ بالشفعة ، واستدلوا على المشروعية بأمرين : أحدهما السنة ، والثاني الإجماع من حيث الجملة .

أ - أما أدلة مشروعية الشفعة من السنة فأحاديث كثيرة منها :

١ - « مرواه البخاري ومسلم عن جابر بن عبد الله واللفظ للبخاري : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » . صرفت الطرق : بينت مصارفها وشوارعها .

٢ - « مرواه مسلم عن جابر : « من كان له شريك في ربة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ ، وإن كره ترك » .

٣ - « مرواه مسلم عن جابر أيضاً : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ، ربة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه ، فإن شاء أخذ ، وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به » .

٤ - « مرواه البخاري عن عمرو بن الشريد قال : « وقفت على سعد بن أبي وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي » ، إذ جاء أبو رافع مولى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : يا سعد اتبع مني بيتي في دارك ،

فقال سعد : والله ما أبتاعهما ، فقال المسور : والله لتبتاعتهما ، فقال سعد : والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، قال أبو رافع : لقد أعطيت بها

(١) النهاية : ٥ / ١٩٢ .
(٢) تبين الحقائق : ٥ / ٢٣٩ .

خمسمائة دينار ، ولو لا أني سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول : البخار أحق بسقبة ما أعطيتكها بأربعة آلاف ، وأنا أعطى بها خمسمائة دينار ، فأعطاهما إياه .

السقب : القرب وكذلك الصقب بالصاد .

ب - وأما دليل الإجماع فقد قال ابن المنذر : « أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط » (١) .

هذا ولقد خالف الإجماع أبو بكر الأصم مدعياً أن في ذلك إضراراً بأرباب الأملاك ، فإن المشتري إذا علم أنه يؤخذ منه إذا ابتاعه لم يبتعه ، ويتقاعد الشريك عن الشراء فيستضر المالك . ولقد ردّ ابن قدامة قوله هذا بأنه ليس بشيء لمخالفته الآثار الثابتة والإجماع المنعقد قبله . ثم قال : « والجواب عما ذكره من وجهين :

أحدهما : أنا نشاهد الشركاء يبيعون ، ولا يعدم من يشتري منهم غير شركائهم ولم يمنعهم استحقاق الشفعة من الشراء .

الثاني : أنه يمكنه إذا لحقته بذلك مشقة أن يقاسم ، فيسقط استحقاق الشفعة » (٢) ولاشك أن هذا الجواب الثاني جارٍ عند من لا يقول بثبوت الشفعة للجار كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

المطلب الثالث : في حكمة تشريع الشفعة :

إن التشريع الإسلامي إنما يهدف في أحكامه إلى جلب المصالح أو درء المفاسد أو رفع الحرج ، ومن جملة الأحكام التي شرعها - كما رأيت - الشفعة ، فما هي الحكمة التي يرمي إليها من هذا التشريع ؟

لقد أشار الشافعية في تعريفهم إلى أن حكمة التشريع هي رفع الضرر ، وكذلك أشار الحنفية إليه في كتبهم ، فلقد قال الإيتقاني في تعريف الشفعة : « الشفعة عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار » (٣) ، والضرر هنا يأتي من وجوه

-
- (١) المغني : ٥ / ٢٥٥ . وانظر فتح الباري : ٤ / ٢٩٥ .
(٢) المغني لابن قدامة : ٥ / ٢٥٥ .
(٣) حاشية الشلبي على تبیین الحقائق : ٥ / ٢٣٩ .

أولاً : إن الشريك لا يستطيع أن يتصرف في العقار المشترك إلا بإذن شريكه فإذا أراد أحد الشريكين أن يبيع حصته فقد سحقت الفرصة للشريك الآخر أن يزيل عنه ضرر الشركة . على أنه قد لا يتلاءم مع هذا الشريك الجديد فيحدث بينهما الخصام .

ثانياً : دفع ضرر مؤونة القسمة ، فإذا آل العقار إلى أحد الشريكين اندفع عنه مؤونة القسمة فيما لو آل الأمر مع الشركة إلى المقاسمة .

ثالثاً : دفع مؤونة استحداث المرافق عند القسمة كالمصاعد والمناور والمجاري في الحصة الصائرة إليه .

ولقد ذكر صاحب تبين الحقائق بعضاً من الحكم ، قال رحمه الله : « وسببها اتصال ملك الشفع بالمشترى ، لأنها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام ، بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث إعلاء الجدار وإيقاد النار ومنع ضوء النهار وإثارة الغبار ، وإيقاف الدواب والصغار ، لاسيما إذا كان يضاده كما قيل : أضيق السجون معاشر الأضداد (١) » .

ولقد بين ابن قدامة بعض ذلك فقال : « ان الشريك ربما دخل عليه شريك فيتأذى به فتدعوه الحاجة إلى مقاسمته ، أو يطلب الداخل القسمة فيدخل الضرر على الشريك بنقص قيمة ملكه ، وما يحتاج إلى إحداثه من المرافق (٢) » .

هذا ولا بد من الإشارة هنا إلى أنه يستفاد من قولهم في التعريف إن الشفعة تملك قهري .. يستفاد أن الشفعة جارية على خلاف الأصول التشريعية لمصلحة ، إذ إن الأصول التشريعية تقتضي أن لا يخرج ملك أحد من يده إلا برضاه وطيب من نفسه ، وأن من اشترى شيئاً مستمماً شروط الشراء فقد ملكه ، ولا يخرج عن ملكه إلا برضاه ، ولكن الأدلة الشرعية جاءت وخصصت هذا الأصل الشرعي .

قال في بداية المجتهد : « فأما الحكم بالشفعة فالمسلمون متفقون عليه لما ورد في ذلك من الأحاديث الثابتة ... ثم قال : فعمدة المالكية أن الأصول تقتضي أن لا يخرج

(١) تبين الحقائق : ٥ / ٢٣٩ .

ملك أحد من يده إلا برضاه ، وان من اشترى شيئاً فلا يخرج من يده إلا برضاه حتى
يدل الدليل على التخصيص (١) .

المطلب الرابع : في أركان الشفعة :

ذكر في بداية المجتهد أن للشفعة أربعة أركان : الشفيع « الشافع » - وهو الشخص
المطالب بتملك المشفوع فيه .

المشفوع عليه : وهو من انتقل إليه ملك المشفوع فيه بسبب الشراء أو غيره

المشفوع فيه : وهو العقار أو غيره الذي يبغى الشفيع أخذه بالشفعة .

صفة الأخذ بالشفعة : أي كيفية الأخذ وبماذا يأخذ ، وكم يأخذ ومتى يأخذ.
أي « شروط الأخذ بالشفعة » .

وفيما يلي نتحدث عن كل ركن من هذه الأركان بفصل خاص ، ثم نتبع ذلك
بفصل نتحدث فيه عن بعض أحكام تتعلق بالشفعة .

★ ★ ★

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٦ فما بعدها / .



الفصل الثاني

في الشفيع

الشفيع - كما مرّ - هو الشخص المطالب بتملك المشفوع فيه . وتحدث فيما يلي عن هذه المطالب التي تتعلق بالشفيع :

من هو الشفيع - تراحم الشفعاء - إسقاط بعض الشفعاء حقه - غياب بعض الشفعاء .

المطلب الأول : في بيان من هو الشفيع ؟

اختلف الفقهاء في هذا الشفيع الذي يحق له الأخذ بالشفعة على مذاهب متعددة : فذهب الشافعية والمالكية والحنابلة والظاهرية إلى أن حق الشفعة لا يثبت إلا للشريك غير المقاسم في المبيع نفسه (١) . فقد قال الإمام النووي في منهاجه : « ولا شفعة إلا لشريك ولو باع داراً وله شريك في عمر فلا شفعة له فيها » وقال الخراقي في مختصره : « ولا تجب الشفعة إلا للشريك المقاسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » .

ونقل ابن قدامة هذا عن عمر وعثمان بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب ، وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبي الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن وغيرهم (٢) .

وحجتهم فيما ذهبوا إليه :

(١) انظر المغني : ٥ / ٢٥٦ . وبداية المجتهد : ٢ / ٢٥٦ .

١- حديث جابر : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم »

٢- أن الشفعة قد ثبتت على خلاف الأصل ، فيقتصر فيها على ماورد به النص ، وقد ورد النص الصحيح بثبوتها للشريك الذي لم يقسم فيما يقبل القسمة في المبيع نفسه ، فلا يلحق به غيره من جار أو غيره .

وذهب الحنفية إلى أن حق الشفعة يثبت للشريك في العقار نفسه أولاً ، ثم للخليط في حقوق المبيع ، كحق المرور وحق الشرب ، ثم للجار الملاصق ، يثبت حق هؤلاء على هذا الترتيب ، فلا شفعة للجار مع الخليط ، ولا شفعة للخليط مع الشريك .

قال في كتر الدقائق : « ونجب للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع ، كالشرب والطريق ، إن كان خاصاً ، ثم للجار الملاصق (١) » والخاص من الشرب هو النهر الذي أحصى أهله ، والخاص من الطريق ما كان الطريق فيه غير نافذ (٢) .

ولمّا وجبت مرتبة على هذا الترتيب ، لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذي يلحقه من جهته فكل ما كان أكثر اتصالاً كان أخص بالضرر وأشدّ تبعاً معه ، فكان أحقّ بها لقوة الموجب لها ، وليس للأضعف أن يأخذ مع وجود الأقوى إلا إذا ترك ، فحيث أخذ إذا أشهد بأنه يطلبها عند علمه بالمبيع ، وإن لم يشهد عند ذلك سقط حقه ، وعند أبي يوسف لا يأخذ وإن ترك لأنه محجوب به (٣) .

وحجتهم في أن الشفعة تثبت هؤلاء الثلاثة :

١- حديث جابر المارّ ذكره : « قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم .. »

٢- مارواه أحمد وأبو داود والترمذي عن سمرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « جار الدار أحق بالدار (٤) من غيره » .

(١) تبين الحقائق : ٥ / ٢٣٩ .

(٢) المصدر السابق : ٥ / ٢٤٠ .

(٣) المصدر السابق .

(٤) انظر الكلام على هذا الحديث في نيل الاوطار : ٥ / ٣٣٤ .

٣- مارواه البخاري عن عمر بن الشريد عن أبي رافع : « الجار أحق بسقبة »
السقب : القرب .

٤- مارواه أبو داود والدارقطني وابن ماجه وغيرهم عن جابر رضي الله
عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « الجار أحق بشفعة جاره ، ينتظر بها
وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً (١) » .

٥- مأمّر ذكره من أن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر الداخل بالشركة ، وهذا
المعنى موجود في الجار ، فوجب أن يلحق به .

وقد ردّ أصحاب المذهب الأول القائلون بأن الشفعة لا تثبت إلا للشريك ردّوا
على الحنفية بأمر منها :

١- مارواه أبو داود عن سعيد بن المسيب وأبي سلمة أن رسول الله صلى الله
عليه وسلم قال : « إذا قسمت الأرض وحدت فلا شفعة فيها » فهذا دليل على أن
الجار ليس له شفعة ، لأن الشريك المقاسم بعد مقاسمته يكون جاراً ، وأيضاً إذا
كانت الشفعة لالشريك المقاسم فهي أخرى أن لا تكون واجبة للجار (٢) .

٢- أن الأحاديث التي احتجوا بها صريحها غير صحيح ، وصحيحها غير
صريح ، فحديث سمرة أعلّ بالانقطاع ، إذ إن الحسن راوي الحديث لم يسمع
من سمرة .

وحديث أبي رافع وإن كان صحيحاً فإنه ليس بصريح في الشفعة ، لاحتمال أنه
أراد أنه أحق بإحسان جاره وصلته وعبادته ونحو ذلك .

وأما حديث جابر الذي يقول « الجار أحق بشفعة جاره » فهو حديث فيه مقال
أيضاً .

على أنه من الممكن حمل الجار في هذه الأحاديث على الشريك ، جمعاً بين

(١) انظر الكلام على هذا الحديث في نيل الاوطار : ٥ / ٣٣٦ / .

(٢) المغنى : ٥ / ٢٥٧ / . وبداية المجتهد : ٢٥٧ / .

الأدلة ، والجوار في اللغة العربية يطلق على الشركة ، فقد قال حمل بن النابغة : كنت
بين جارتين لي ، أي : بين ضرتين ، وقال الأعشى :
أجارتنا بيني فلنك طالقـه وموموقة ما كنت فينا ووامقه
يعني بالجار هـنا زوجته (١).

وإلى مثل ماذهب الحنفية في الجواز ذهب الثوري وابن أبي ليلى وابن سيرين (٢).
هذا وقد نقل عن بعض الشافعية القول بثبوت الشفعة للجار إذا كان الطريق
مشتركا ، جمعاً بين حديث جابر المار ، وحديث عطاء عن جابر : « الجار أحق بشفعة
جاره ينتظر بها وإن كان غائباً ، إذا كان طريقهما واحداً (٣) » .

وإلى قريب مما ذهب إليه هذا البعض ذهب ابن قيم الجوزية ، وذكر أنه قد نص
عليه أحمد ، وأنه اختيار شيخه ابن تيمية ، قال ابن القيم : « والصواب القول الوسط
الجامع بين الأدلة الذي لا يحتمل سواه ، وهو قول البصريين وغيرهم من فقهاء
الحديث ، أنه إن كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق أو ماء
أو نحو ذلك ثبتت الشفعة ، وإن لم يكن بينهما حق مشترك البتة ، بل كان كل واحد
منهما متميز ملكه وحقوق ملكه فلا شفعة ، وهذا الذي نص عليه أحمد في رواية أبي
طالب ، فإنه سأل عن الشفعة لمن هي ؟ فقال : إذا كان طريقهما واحداً ، فإذا صرفت
الطريق وعرفت الخلود فلا شفعة ، وهو قول عمر بن عبد العزيز ، وقول القاضيين
سوار بن عبيد الله وعبيد الله بن الحسن العنبري .. ثم قال : وهذا هو الصواب ،
وهو أعدل الأقوال ، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (٤) » .

المطلب الثاني : تراحم الشفعاء :

إذا كان المستحق للشفعة أكثر من واحد بأن كانوا جميعاً شركاء في المبيع ،
فهل يكون توزيع الشفعة بينهم على قدر حصصهم أو على عدد رؤوسهم ؟

- (١) انظر النهاية لابن الأثير : ٢ / ١٦٨ / . والام : ٤ / ٥ - ٦ / . وفتح الباري :
٤ / ٢٩٦ / . وانظر كتابنا اثر الاختلاف في القواعد الأصولية : ٥٧ / .
- (٢) مغني المحتاج : ٥ / ٢٥٦ / . ونيل الاوطار : ٥ / ٢٣٢ / .
- (٣) المرجع السابق : ٥ / ٣٣٣ / .
- (٤) اعلام الموقعين : ٢ / ٩٥ / .

ذهب الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الشفعة بينهم على قدر حصصهم ، من الملك ، لأنه حق مستحق بالملك فقسط على قدره كالأجرة والثمرة ، فلو كانت الأرض لثلاثة لواحد نصفها ، ولآخر ثلثها ولآخر سدسها ، فباع الأول حصته أخذ الثاني سهمين ، والثالث سهماً واحداً (١) .

وذهبت الحنفية والظاهرية وهو قول للشافعي ورواية عن أحمد إلى أن الشفعة تقسم بينهم على قدر رؤوسهم ، وذلك لأنهم استووا في سبب الاستحقاق ، لوجود علة استحقاق الكل في حق كل واحد منهم ، ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل ، والاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم (٢) .

ولقد استدل ابن حزم على ذلك بدليل آخر فقال : « قال علي : قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : « فشريكه » تسوية بين جميع الشركاء ، ولو كان هنالك مفاضلة لبينها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يحمل الأمر فبطلت المفاضلة ، ولا يختلفون في أن من أوصى لورثة فلان فإنهم في الوصية سواء ولا يقتسمونها على حصص الميراث ، وإنما استحقوها بكونهم من الورثة (٣) » .

هذا ولا بد من الإشارة هنا إلى أن هذا الحكم إنما هو في شركاء الملك ، وأما إن كان هناك تعدد في المستحقين ، ولم يكونوا على درجة واحدة في الاستحقاق ، بل كان بعضهم شريكاً في الملك ، وبعضهم شريكاً في المرافق ، وبعضهم جاراً — عند من يقول باستحقاقهم الشفعة — فلقد تقدم الكلام على ذلك ، وأنهم يستحقون الشفعة على الترتيب .

المطلب الثالث : إسقاط بعض الشفعاء حقه :

قد يحدث عند تعدد الشفعاء أن يسقط أحدهم حقه في الشفعة ، فهل يصح للشفيع الآخر أن يأخذها أم ماذا ؟ .

-
- (١) انظر مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٥ . والمغني لابن قدامة : ٥ / ٣٠٠ . وبداية المجتهد : ٢ / ٢٦٠ .
(٢) تبين الحقائق : ٥ / ٢٤١ .
(٣) المحلى : ٩ / ٩٩ .

ذهب الشافعية في أصح الأقوال عندهم إلى أنه لو عفا أحد شفعين سقط حقه ،
وتخير الشفع الآخر بين أخذ الجميع وترك الجميع كالمنفرد ، وليس له الاقتصار
على حصته ، لثلاث تبعض الصفقة على المشتري .

وهناك قول ثانٍ وهو أنه يسقط حق العافي وغيره كالقصاص . فإنه لا يتبعض
وهناك قول ثالث عندهم وهو أنه له الاقتصار على حصته فقط .

وهناك أيضاً قول رابع عندهم وهو أنه لا يسقط حق كل واحد منهما تغليبا
للثبوت (١) .

أما الحنفية فقد فرقوا بين الإسقاط الذي يكون قبل قضاء القاضي ، والإسقاط
الذي يكون بعد قضاء القاضي ، فذكروا أنه إذا كان الإسقاط قبل قضاء القاضي
كان لمن بقي أن يأخذ الكل ، لأن السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر في حق
كل واحد منهم ، والتشقيص للمزاحمة ، وقد زالت بإسقاط أحد الشفعين حقه ،
وأما إذا كان الإسقاط بعد قضاء القاضي ، ففي هذه الحال لا يكون له أن يأخذ نصيب
التارك ، لأنه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم في نصيب الآخر (٢) .

المطلب الرابع : في غيبة بعض الشفعاء :

عند تعدد الشفعاء قد يكون بعضهم غائباً عند البيع ، فهل ينتظر الغائب ليبيدي
رأيه أم يعطى الحاضر الجميع أم ماذا ؟

اتفق الفقهاء على أن بعض الشفعاء إذا كان غائباً ، وطلب الحاضر الشفعة قضي له
بها كلها ، وتقسم بين الحاضرين إذا كانوا متعددين ، لأن كلاً منهم يستحق بمفرده
المشفوع فيه إذا لم يطالب نظيره بالشفعة ، وإنما القسمة للمزاحمة كما مر ، والغائب
لا يزاحم الحاضر ، لأن الحاضر ثابت ييقن ، والغائب مشكوك في طلبه ، والشك
لا ينهض أمام اليقين . ولكن ليس للحاضر الاقتصار على حصته لكيلا تبعض الصفقة
على المشتري لو لم يأخذ الغائب .

(١) شرح المحلى على المنهاج بحاشية القليوبي : ٣ / ٤٩ / ٠
(٢) تبين الحقائق : ٥ / ٢٤١ / ٠ وشرح العناية على الهداية : ٧ / ٤١٥ / ٠

ثم إن حضر الغائب وطلب الشفعة قضي له بها وقاسم الشركاء فيما أخذوا ،
قاسمهم بنسبة ما يملك عند الجمهور ، وعلى حسب الرؤوس عند الحنفية (١) .

وهل للحاضر أن يؤخر الطلب حتى يحضر الغائب ؟ الأصح عند الشافعية أن له
ذلك وإن كان طلب الشفعة على الفور ، وذلك لأن للحاضر غرضاً ظاهراً في أنه
لا يأخذ ما يؤخذ منه ، ولأنه قد لا يقدر إلا على أخذ البعض الآن (٢) .

وذهب الحنابلة إلى أنه لا يجوز له تأخير الأخذ إلى أن يقدم شركاؤه ، وفي ذلك
يقول ابن قدامة : « ولا يمكن تأخير حقه إلى أن يقدم شركاؤه ، لأن في التأخير
إضراراً بالمشتري (٣) » .

هذا ويزيد الحنفية القائلون بثبوت الشفعة للشريك في المرافق وللجار يزدون على
ما ذكر أن الحاضر إذا كان أدنى مرتبة من الغائب ، كأن كان الغائب شريكاً والحاضر
جاراً مثلاً ، قضي للغائب بالمشفوع فيه كله ، وبطلت الشفعة في حق الحاضرين (٤) .

★ ★ ★

-
- (١) المغني : ٥ / ٣٠٣ . وتبيين الحقائق : ٥ / ٢٤١ .
(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٦ .
(٣) المغني : ٥ / ٣٠٣ .
(٤) رد المحتار : ٦ / ٢٢٢ .



وفصل الثالث

في المشفوع عليه

المشفوع عليه هو الذي انتقل إليه العين المشفوع فيها من المالك الأصلي ، قبل انتقالها إلى الشفيع . ونحدث فيه عن الأمور التالية .
انتقال الملك إليه بالبيع - انتقال الملك إليه بعوض - انتقال الملك إليه بغير عوض -
المبيع في زمن الخيار .

المطلب الأول : انتقال الملك إلى المشفوع عليه بالبيع :

إذا انتقل المشفوع فيه إلى المشفوع عليه بواسطة البيع ، فقد اتفق الفقهاء قاطبة أن من أنتقل إليه الملك بشراء من شريك غير مقاسم ، أو من جار عند من يقول بثبوت الشفعة للجار ، اتفقوا على ثبوت الشفعة عليه ، والشفعة في المبيع هو ما صرح به في أكثر أحاديث الشفعة (١) .

المطلب الثاني : انتقال الملك إليه بعوض :

العوض ما أن يكون العوض مالاً كالمبة المشروط فيها الثواب ، وكالصلح بمعنى البيع والصلح عن الجنايات الموجبة للمال .
وإذا أن يكون العوض غير مال كجعل الشقص مهراً أو عوضاً في الخلع ، أو في الصلح عن دم العمد وما أشبه ذلك .

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٨ .

فإذا كان العوض مالا فقد ذهب مالك والشافعي والحنفية إلى وقوع الشفعة فيه .
وكذلك الحنابلة .

وإن كان العوض غير مال فقد ذهب الحنفية والحنابلة والشافعي وأبو ثور إلى أنه لا تقع الشفعة فيه .

وحجتهم في ذلك أن الشرع لم يشرع التملك بالشفعة إلا بما تملك به المشتري صورة ومعنى ، أو معنى بلا صورة ، ولا يمكن ذلك إذا تملك العقار بهذه الأشياء ، لأنها ليست بأموال ، ولا مثل لها حتى يأخذ الشفيع بمثلها ، فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه ، وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعاً (١) .

وإلى مثل هذا ذهب ابن حزم إذ لم يجوز الشفعة إلا في البيع وسلك إلى إثبات ذلك سبيلاً غير الذي سلكه الحنفية ، ، ورد على من يخالفه رداً قاسياً ، قال : « إن قيل فهلا أخذتم بإيجاب الشفعة في كل ذلك بعموم قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وقضائه بالشفعة في كل مالم يقسم ؟ قلنا : لم يجوز ما تقولون لأن الشفعة ليست لفظاً قديمة ، إنما هي لفظ شرعية لم تعرف العرب معناها قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم ، كما لم تعرف لفظ الصلاة ولفظة الزكاة ولفظة الصيام ولفظة الكفارة ولفظة النسك ولفظة الحد الوارد كل ذلك في الدين ، حتى بينها لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بما لم تعرفه العرب قط من صفة الركوع والسجود والقراءة وما يعطى من الأموال ، وما يتمتع منه في رمضان وغير ذلك ، وكذلك الشفعة من هذا الباب لا يدري أحد ما المراد بها حتى بينه رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقد بين أن ذلك في البيع ، ولم يذكرها في غير ذلك ، فلم يجوز أن يتعدى بها بيان رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الظنون الكاذبة ، فإن قالوا : قسنا الصداق والإجارة على البيع ، قلنا : هذا باطل ، لأن القياس كله باطل . . . (١) »

وذهب مالك والشافعي وابن أبي ليلى وابن شبرمة وغيرهم إلى ثبوت الشفعة في ذلك .

وحجتهم في ذلك أنه عقار مملوك بعقد معاوضة فأشبه البيع . وأن فيه دفعاً للضرر ،

(١) تبين الحقائق : ٥ / ٢٥٣ / ٠ وانظر المغني : ٥ / ٢٦٢ / ٠

وعبر الرملي عن هذا بقوله في شرح كلام النووي « وإنما تثبت فيما ملك بمعاوضة »
إذ قال : « محضة أو غيرها بالنص في البيع ، وبالقياص في غيره بجامع الاشتراك
في المعاوضة مع لحوق الضرر (١) » .

والقائلون بجرمان الشفعة فيما ملك بعوض غير مالي ؟ اختلفوا في تقويم هذا
العوض فقال ابن شبرمة وابن أبي ليلى يأخذ الشقص بقيمة مطلقاً .

وذهب الشافعية إلى أنه إن كان الثمن متقوماً كثوب وفرس أخذ الشقص بقيمة
العوض يوم البيع ، لأن ما يبذله الشفيع في مقابلة ما بذله المشتري ، لا في مقابلة
الشقص ، وقيل قيمته يوم استقراره بانقطاع الخيار .

وإن كان الشقص مهوراً أو كان بدل خلع أخذ بمهر مثلها يوم النكاح في النكاح
وبمهر مثلها يوم الخلع في الخلع ، سواء أنقص عن قيمة الشقص أو زاد ، لأن البضع
متقوم وقيمته مهر المثل (٢) .

المطلب الثالث : انتقال الملك بغير عوض :

إذا انتقل العقار إلى ملك آخر بغير عوض كهبة بلا ثواب ، وكصدقة ، ووصية
فاتفق جمهور العلماء على أنه لا شفعة فيه ، منهم الشافعي والحنابلة والحنفية ، وحكي
عن مالك رواية أخرى في المنتقل بهبة أو صدقة أن فيه الشفعة ، ويأخذه الشفيع بقيمته ،
وحكي هذا أيضاً عن ابن أبي ليلى ، وذلك لأن الشفعة تثبت لإزالة ضرر الشركة ،
وهذا موجود في الشركة كيفما كان الأمر ، والضرر اللاحق بالمتهب دون ضرر
المشتري ، لأن إقدام المشتري على شراء الشقص وبذله ماله فيه دليل حاجته إليه ،
فانتزاعه منه أعظم ضرراً من أخذه ممن لم يوجد منه دليل الحاجة إليه ، فإذا جاز
ذلك في المشتري جاز ذلك في المتهب وما يماثله من باب أولى (٣) .

هذا ولقد اتفق الجميع على أنه لا شفعة في الملك الذي انتقل بواسطة الإرث (٤)

(١) حاشية الرملي على المنهاج : ٥ / ١٩٨ . وانظر المغني : ٥ / ٢٦٢ .

(٢) نهاية المحتاج : ٥ / ٢٠٥ .

(٣) المغني : ٥ / ٢٦١ .

(٤) بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٩ .

المطلب الرابع : في حكم المبيع في زمن الخيار :

إذا باع شخص حصته في عقار من شخص ، وكان هناك شرط خيار ، فهل يشفع على المشتري في زمن الخيار ؟

اتفق جمهور الفقهاء على أنه إذا كان الخيار للبائع لا تثبت الشفعة ، لأن البيع لم يجب ، فقد لا يتم البائع البيع ، ولأن المبيع في زمن الخيار له ملك له ، وكذلك الحكم إذا كان الخيار لهما ، لأن الملك هنا موقوف .

وإن كان الخيار للمشتري فالأظهر عند الشافعية أنه يؤخذ بالشفعة ، لأن البائع قد صرم الشقص عن ملكه وأبانه منه .

ولإى هذا ذهب الحنفية أيضاً (١) .

وذهب الحنابلة إلى أنه لا تثبت الشفعة في زمن الخيار ، ولو كان الخيار للمشتري فقط . ونقل هذا عن جماعة من أصحاب مالك (٢) .

* * *

(١) انظر حاشية ابن عابدين : ٦ / ٢٣٨ .
(٢) المغني : ٥ / ٢٦٣ . وبداية المجتهد : ٢ / ٢٥٩ .

والفصل الرابع

في المشفوع فيه

المشفوع فيه : هو الشيء الذي يريد الشفيع أن يملكه بالشفعة ، والكلام على هذا يكون في مطلبين : أحدهما الشفعة في العقار ، والثاني الشفعة في غير العقار .

المطلب الأول : ثبوت الشفعة في العقار :

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الشفعة تجري في العقار كالدور والأرضين ، ولا تجري في غير العقار ، كالحيطان والأمتعة وغير ذلك من المنقولات .

قال ابن رشد : « وفقهاء الأضرار على أن لا شفعة إلا في العقار فقط (١) . وحجتهم في ذلك أمور منها :

١ - ما رواه مسلم عن جابر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال :

« الشفعة في كل شرك في أرض أو ربع أو حائط ، لا يصلح أن يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أو يدع ، فإن أبى فشريكه أحق به حتى يؤذنه »
الربع : الدار ، الحائط : البستان .

٢ - أن الأخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس في العقار ، فلا يجوز إلحاق المنقول به ، لأنه ليس في معنى العقار ، وذلك لأن الشفعة إنما شفعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام ، وما ينقل ويحول لا يدوم ، فلا يدوم الضرر فيه كما

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٨ .

يدوم في العقار (١) « هذا وقد ألحق بالعقار البناء والنخل والشجر إذا بيعا مع الأرض تبعاً للأرض .

قال ابن قدامة : « الشرط الثاني : أن يكون المبيع أرضاً ، لأنها التي تبقى على الدوام ويدوم ضررها ، وأما غيرها فينقسم قسمين :

أحدهما : تثبت فيه الشفعة تبعاً للأرض ، وهو البناء والغراس يباع مع الأرض ، فإنه يؤخذ بالشفعة تبعاً للأرض بغير خلاف في المذهب ، ولا نعرف فيه بين من أثبت الشفعة خلافاً ، وقد دلّ عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم وقضاؤه بالشفعة في كل شرك لم يقسم أربعة أو حائط ، وهذا يدخل فيه البناء والأشجار (٢) » .

هذا ولقد اشترط الشافعية والحنابلة والمالكية في العقار الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون قابلاً للقسمة ، وقابل القسمة العقار الذي إذا قسم لم تبطل منفعته المقصودة ، فإن كان فيما لو قسم تبطل منفعته المقصودة كحمام صغير وطاحون صغيرة لا تثبت الشفعة فيه . وقد استدلوا على ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام :

« قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » ومعنى الحديث عندهم : الشفعة فيما يمكن فيه القسمة مادام لم يقسم .

واستدلوا أيضاً بأن الشفعة إنما تثبت لدفع ضرر مؤنة القسمة ، ومؤنة استحداث المرافق ، وذلك لا يوجد إلا فيما يكون قابلاً للقسمة (٣) .

وذهب الحنفية إلى إثبات الشفعة في كل ما لم يقسم ، سواء أكان قابلاً للقسمة أم لم يكن قابلاً لها . وهو مذهب الثوري وابن سريج . وهو قول للشافعية ورواية عن أحمد . واستدلوا بعموم الأحاديث الواردة في ذلك « الشفعة فيما لم يقسم » واستدلوا أيضاً بأن الشفعة إنما شرعت لإزالة ضرر المشاركة ، والضرر في هذا النوع أكثر لأنه يتأبد ضرره (٤) .

(١) تبين الحقائق : ٥ / ٢٥٢ / ٥ .

(٢) المغني : ٥ / ٢٥٨ .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٩٧ .

(٤) تبين الحقائق : ٢ / ٢٥٢ . والمغني : ٥ / ٢٥٩ .

المطلب الثاني : ثبوت الشفعة في غير العقار :

لقد مرّ آنفاً أن جمهور الفقهاء لا يثبتون الشفعة إلا في العقار .

نقل عن مالك أنها تثبت الشفعة في السفينة لأنها تسكن كالعقار ، ونقل عنه أيضاً أنها ثبتت في الثمار على ما ذكره ابن رشد إذ ، قال : « تحصيل مذهب مالك أنها في ثلاثة أنواع : أحدها مقصود ، وهو العقار من الدور والخوانيت والبساتين ، والثاني ما يتعلق بالعقار مما هو ثابت لا ينقل ولا يحول ، وذلك كالبرّ ومحال النخل مادام الأصل فيها على صفة تجب فيها الشفعة عنه ، وهو أن يكون الأصل الذي هو الأرض مشاعاً بينه وبين شريكه غير مقسوم ، والثالث ما يتعلق بهذه كالثمار ، وفيها عنه خلاف (١) » ونقل عنه أن الشفعة تجري في كل شيء (٢) .

هذا وقد ذهب الظاهرية إلى ثبوت الشفعة في كل شيء ، قال ابن حزم : « الشفعة واجبة في كل جزء بيع مشاعاً غير مقسوم بين اثنين فصاعداً من أي شيء كان مما ينقسم وما لا ينقسم من أرض أو شجرة واحدة فأكثر أو عبد أو ثوب .. (٣) » .

ثم استدل على ذلك بأحاديث مفادها أن الشفعة تجري في كل شيء ، ثم قال : « لا تخلو الشفعة من أن تكون من طريق النص كما نقول نحن ، أو من طريق النظر كما يقول المخالفون ، فإن كانت من طريق النص فهذه النصوص التي أوردنا لا يحل الخروج عنها ، وإن كانت من طريق النظر كما يزعمون أنها إنما جعلت لدفع ضرر عن الشريك ، فالعلة بذلك موجودة في غير العقار كما هي موجودة في العقار بل أكثر ، وفيما لا ينقسم كوجودها فيما ينقسم ، بل هي فيما لا ينقسم أشد ضرراً (٤) » .

* * *

-
- (١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٥٨ / .
 - (٢) أنظر المغني : ٥ / ٢٥٨ / .
 - (٣) المحلى : ٩ / ٨٢ / .
 - (٤) المحلى : ٩ / ٨٤ / .



الفصل الخامس

في شروط الأخذ بالشفعة

لقد اشترط للأخذ بالشفعة شروط كثيرة ، ومن هذه الشروط ما هو موضع اختلاف بين الفقهاء ، وأهم هذه الشروط :

- ١ - أن يكون المشفوع فيه عقاراً .
- ٢ - أن يكون خروج المشفوع فيه عن الملك بعقد معاوضة .
- ٣ - أن يزول ملك البائع عن المبيع وحقه فيه .
- ٤ - أن يكون الشفيع مالكاً ما يشفع به وقت الشراء .
- ٥ - أن لا يظهر من الشفيع علائم الرضا بالبيع .
- ٦ - أن يبادر إلى طلبها بحسب الإمكان .

وفيما يلي نتحدث عن هذه الشروط ونخص كل شرط منها بمطلب (١) :

المطلب الأول : أن يكون المشفوع فيه عقاراً :

لقد مرّ البحث عن هذا المطلب عند الحديث عن المشفوع فيه ، وبيان اختلاف العلماء في ذلك وأدلتهم ، وبيان أن جمهور العلماء يرون أن لا شفعة إلا في العقار ، وأن جمهورهم يرى أنها لا تثبت إلا في العقار القابل للقسمة ، فلا حاجة إلى إعادته هنا .

المطلب الثاني : أن يكون خروج المشفوع فيه عن الملك بعقد معاوضة :

ولقد مرّ أيضاً الحديث عن هذا الشرط ، وبيان اختلاف الفقهاء في ذلك عند

(١) انظر هذه الشروط وتفصيلها في بدائع الصنائع : ٥ / فما بعدها .

الحديث عن المشفوع عليه ، وبيان أن هناك من يفرق بين أن يكون العوض مالا ، وأن يكون غير مال وبيان أن جمهور العلماء لا يثبتون الشفعة في الملك الذي ينتقل بغير عوض ، فلا حاجة لإعادته هنا أيضاً .

المطلب الثالث : أن يزول ملك البائع عن المبيع وحقه فيه :

ولقد مرّ أيضاً الحديث عن هذا الشرط ، وآراء العلماء فيما إذا كان الخيار للبائع أو المشتري أو لكليهما ، غير أن هنا شيئاً آخر ، وهو ثبوت الشفعة في البيع الفاسد ، فنقول : إن الشفعة لا تثبت في العقار المبيع ببيع فاسد ، لعدم زوال ملك البائع عنه (١) .

المطلب الرابع : أن يكون الشفيع مالكا ما يشفع به وقت الشراء :

لا يكفي كون الشفيع مالكا لما يشفع به وقت الشراء فحسب ، بل يشترط استمرار ملكه حتى الحكم بالشفعة ، فلو باع ما يشفع به قبل أن يحكم له بالشفعة سقط حقه ، سواء أعلم بالبيع أم لم يعلم هذا عند الحنفية (٢) ، وهو أيضاً الأصح عند الشافعية ، قال في شرح المنهاج : « ولو باع الشفيع حصته أو أخرجها عن ملكه بغير بيع كهبة جاهلاً بالشفعة فالأصح بطلانها لزوال سببها وهو الشركة (٣) » .

وخالف ابن حزم في هذا إذ ذهب إلى عدم سقوط حق الشفعة ولو باع عالماً بحق الشفعة أو جاهلاً ، قال : « ولو أن الشريك بعد بيع شريكه قبل أن يؤذنه باع أيضاً حصته من ذلك الشريك البائع أو من المشتري منه أو من أجنبي ، علم بأن له الشفعة أو لم يعلم ، علم بالبيع أو لم يعلم ، فالشفعة له كما كانت ، لأنه حق قد أوجبه الله تعالى له ، فلا يسقطه عنه بيع ماله ، ولا غير ذلك أصلاً (٤) » .

وبناء على ما تقدم لا يثبت لمن اشترى من الشفيع الشفعة ، لأنه لم يكن شريكاً وقت بيع العقار .

-
- (١) انظر تبیین الحقائق : ٥ / ٢٥٤ فما بعدها .
 - (٢) رد المحتار : ٦ / ٢٤١ فما بعدها .
 - (٣) مقني المحتاج : ٢ / ٣٠٨ فما بعدها .
 - (٤) المحلى : ٩٥ / ٩٠ .

وبناء على هذا أيضاً لا يثبت حق الشفعة للوارث إذا مات الشفيع بعد الطلب وقبل القضاء بالشفعة ، لأنه لم يكن هذا الوارث شريكاً حين العقد هذا عند الحنفية وعللوا ذلك بأن الشفعة مجرد حق التملك ، وهو لا يثبت بعد موت صاحب الحق فكيف يورث (١) ؟ .

وذهب كل من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية إلى إنتقال حق الأخذ بالشفعة للورثة إذا طالب به الشفيع المورث بعد البيع وقبل موته ، أما إذا مات قبل الطلب سقطت الشفعة ، عند غير الشافعي .

المطلب الخامس : أن لا يظهر من الشفيع علائم الرضا بالبيع :

يشترط في ثبوت حق الشفعة أن لا يصدر من الشفيع ما يدل على رضاه بهذا البيع ، فإن صدر منه ما يدل على إعراضه عن الطلب من قول أو فعل أو سكوت مدة طويلة من غير عذر ، سقط حقه في طلب الشفعة ، فلم يكن له أن يطلبها بعد . غير أن الفقهاء قد ذكروا صوراً يجوز له فيها المطالبة بعد الإعراض ، لأن له عذراً مشروعاً في هذا الإعراض فمن هذه الصور .

١ - أن يخبر بأن البيع كان بألف دينار مثلاً ، فيتبين أن البيع كان بمبلغ أقل ، فيحق له طلب الشفعة بعد ، لأن تسليمه في الأول لم يكن عن رضا ، وإنما كان تركه إياه للغلاء ، فليس مقصراً . وفي هذا يقول النووي في المنهاج : « ولو أخبر بالبيع بألف فترك فبان بخمسائه بقي حقه ، وإن بان بأكثر بطل (٢) » .

٢ - أن يكذب عليه في تعيين المشتري ، فقد يكون راغباً في مشاركة أحد من الناس ولا يكون راغباً في مشاركة آخر ، فسلم بالشفعة ولم يطلبها .

٣ - أن يخبر بأن الثمن معجل فبان أن الثمن مؤجل ، إذ يقدر على شرائه بثمن مؤجل ولا يقدر على شرائه بثمن معجل .

(١) رد المحتار : ٦ / ٢٤١ / .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٨ / .

٤ - أن يخبر أن المبيع نصف الملك فيسلم ، ثم يظهر أن المبيع جميعها ، فله الشفعة .

أما لو كان الأمر بالعكس فالذي يفهم من كلام الشافعية أنه لا يسقط حقه ، قال في معنى المحتاج : « ويبقى حقه أيضاً لو كذب عليه في تعيين المشتري أو عدده أو قدر المبيع أو جنس الثمن أو نوعه أو حلوله أو قصر أجله فترك (١) » .

وأما الحنفية فظاهر الرواية في هذه الصورة عندهم أنه لا شفعة له ، لأن التسليم في كل المبيع تسليم في أجزائه وأبعاضه كلها ، بل هذا أولى لأن فيه ضرر الشركة ، وهناك قول يروى عن أبي يوسف بثبوت الشفعة له ، لأنه قد يتمكن من تحصيل ثمن النصف ، وقد يكون محتاجاً إلى النصف فقط (٢) . قال في تبين الحقائق :

« وقيل له الشفعة لأنه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع ، وقد تكون حاجته إلى النصف ليم به مرافق ملكه ، فلا يحتاج إلى الجميع ، وشيخ الإسلام مال إلى هذا القول وحمل ما ذكره في ظاهر الرواية على ما إذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل ، أما إذا تبين له أن ثمن النصف مثل ثمن نصف الكل فله الشفعة ، والمعنى ما ذكرنا (٣) » .

المطلب السادس : أن يبادر إلى طلب الشفعة بحسب الأماكن :

اتفق القهاء على أنه لا بد لثبوت حق الشفعة من طلب الشفعة ، ولكن اختلفوا فيما بينهم هل طلب الشفعة يكون على التراخي أو على الفور ؟

أ - ذهب مالك رحمه الله تعالى إلى أن وجوب الطلب على الاتساع من الوقت ، ثم إنه رحمه الله قد اختلفت أقواله في بيان هذا الاتساع .

فمرة قال : إنه غير محدود وإن الشفعة لاتنقطع أبداً ، إلا أن يحدث المشتري في العقار المبيع بناء أو تغيير كبيراً ، والشفيع عالم ساكت .

(١) معنى المحتاج : ٢ / ٣٠٨ / .

(٢) شرح العناية : ٧ / ٨٤٨ / .

(٣) تبين الحقائق : ٥ / ٢٦٠ / . وانظر بدائع الصنائع : ٥ / ٢٠ / . وحاشية

ابن عابدين : ٦ / ٢٤٣ / .

ومرة قال : إنه محدد بسنة ، وهو أشهر الأقوال عنه .

ومرة أخرى حدده بخمسة أعوام . وفي ذلك يقول ابن رشد :

« وأما مالك فليست عنده على الفور ، بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قوله في الوقت هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبداً ، إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييراً كثيراً بمعرفته ، وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت فروي عنه السنة وهو الأشهر ، وقيل أكثر من سنة ، وقد قيل عنه إن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة (١) » .

ب - وذهب جمهور من العلماء إلى أن حق الشفعة حق ضعيف ، لأنه قد جاء على خلاف القياس ، لذلك أوجبوا المبادرة إلى الطلب ، وقد روى ابن ماجه في سننه « الشفعة كحل العقال (٢) » .

فذهب الشافعية إلى وجوب المبادرة إلى الطلب في الأظهر عندهم ، وذلك لأن الشفعة حق ثبت لدفع الضرر ، فكان على الفور كالرد بالعيب .

فلماذا علم الشفيع بالبيع فليبادر إلى الطلب على العادة ، وأما إذا لم يعلم فإنه على شفيعته ولو مضى سنون .

فإن كان للشفيع عذر ككونه مريضاً مرضاً يمنع من المطالبة ، أو محبوساً ظلماً ، أو غائباً عن بلد المشتري غيبة حائلة بينه وبين مباشره الطلب أو خائفاً من عدوه ، فليوكل في طلبها إن قدر على التوكيل فيه لأنه الممكن ، فإن عجز عن التوكيل فليشهد على الطلب ، فإن ترك الشفيع المقدور عليه من التوكيل والإشهاد بطل حقه في الأظهر عندهم (٣) .

وما ذهب إليه الشافعية في الفور هو مذهب الحنفية في ظاهر الرواية ، ورواية عن الإمام أحمد . وروي عن محمد أنه له التأمل إلى آخر مجلس العلم ، لأنه تملك فلا بدّ فيه من التأمل كسائر التملكات ، وبهذه الرواية أخذ الكرخي رحمه الله (٤)

(١) بداية المجتهد : ٢ / ٢٦٣ .

(٢) أخرجه ابن ماجه برقم : (٢٥٠٠) .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / فما بعدها .

(٤) تبين الحقائق : ٥ / ٢٤٣ .

هذا وهناك قول عند الشافعية أنها تمتد إلى ثلاثة أيام ، وهناك قول آخر عندهم أنها تمتد مدة تسع التأمل في مثل ذلك الشقص ، وهناك قول رابع عندهم أنها على التأييد ما لم يصرح بإسقاطها أو يعرض به (١) ، وهذا رواية عن أحمد (٢) .

هذا والذي يفهم من عبارات الشافعية والحنفية أن الطلب عند الشافعية غير الطلب عند الحنفية ، فالطلب عند الحنفية هو الإعلام بالرغبة في مجلس العلم وهو ما يسمونه « الموائبة » ، والطلب عند الشافعية هو طلب الشفعة من المشتري ، أو يرفع الأمر إلى الحاكم .

ولذلك يعزز الحنفية هذه المرحلة بمرحلة أخرى تسمى « طلب التقرير » وهو أن يشهد الشفيع على رغبته في أخذ المبيع بالشفعة ، عند البائع إن كان المبيع لا يزال في يده ، ولم يسلمه إلى المشتري ، أو عند المشتري إن كان قد تسلمه من البائع ، أو عند العقار المبيع ، فإذا فعل ذلك استقرت شفيعته .

وصورة هذا الإشهاد أن يقول الشفيع : إن فلاناً اشترى هذا العقار ، وأنا شفيعها ، وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن ، فاشهدوا على ذلك .

وطلب التقرير عندهم شرط لا بدّ منه في تثبيت الشفعة ، وقد يحدث أن يكون الشفيع غائباً ، وفي هذه الحال عليه أن يطلب طلب الموائبة فور العلم ، ويعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة إلى من له الإشهاد عنده من الجهات الثلاث التي تقدمت ، وهذا الطلب كما قلنا أمر لا بدّ منه ، ولو برسول أو كتاب ، فإذا تمكن من ذلك ولم يفعل بطلت شفيعته ، أما إذا لم يتمكن من ذلك فلا تبطل .

هذا ومما يحذر التنبيه إليه أنه لو أشهد في طلب الموائبة عند واحد من هذه الثلاثة المذكورة آنفاً كفاه ذلك ، وقام مقام الطلبين .

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٧ .

(٢) المغني : ٥ / ٢٦٨ .

وهنا مرحلة ثالثة عندهم تسمى « مرحلة طلب الأخذ والتملك » ويكون هذا الطلب أن يطلب أمام القضاء الحكم بالشفعة وتسليم المبيع .

ولقد اختلفت أقوالهم في طلب الأخذ والتملك برفع الأمر إلى القضاء ، أيكون معه مهلة في هذا الطلب ؟

أ - ظاهر الرواية عند الحنفية أن تأخير هذا الطلب بعذر أو بغير عذر شهراً أو أكثر لا يبطل الشفعة بعد طلب التقرير والإشهاد حتى يسقطها بلسانه (١) .

ب - وروي عن أبي يوسف أنه إذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القضاء من غير عذر بطلت شفעתه ، لأنه دليل الإعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الأولين .

ج - وقال محمد رحمه الله : إن أخر هذا الطلب إلى شهر من غير عذر بطلت شفעתه .

د - وروي عن محمد أيضاً أنه قدره بثلاثة أيام ، لأنها هي المهلة التي ضربت لإبلاء الأعذار كإمهال الخصم للدفع ، والمدين للقضاء .

وعلى هؤلاء القائلون بسقوط الشفعة في التأخير - مع اختلافهم فيما يعد تأخيراً - عللوا ذلك بأنه لو لم تسقط بتأخيرها للحق بالمشتري ضرر من جهته ، لأنه يمتنع عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه والضرر مدفوع لقوله عليه الصلاة والسلام : « لا ضرر ولا ضرار (٢) » .

ه - وقال شيخ الإسلام وقاضيه خان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة ؟ « الفتوى اليوم على أنه إذا أخر شهراً سقطت الشفعة لتغير أحوال الناس في قصد الإضرار بالغير (٣) » .

وقال ابن عابدين في حاشيته مؤيداً رأي محمد : « وقد شاهدت غير مرة من

(١) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٢٢٦ / .

(٢) تبين الحقائق : ٥ / ٢٤٤ / .

(٣) المصدر السابق مع حاشية الشلبي عليه . وانظر رد المحتار : ٦ / ٢٢٦ / .

جاء يطلبها بعد عدة سنين ، قصداً للإضرار وطمعاً في غلاء السعر ، فلا جرم كان سد هذا الباب أسلم (١) .

أما الشافعية فإنهم لا يشترطون في التملك بالشفعة حكم حاكم بها دائماً لثبوتها بالنص ، ولا حضور المشتري ولا رضاه ، ولا إحضار الثمن ، بل يشترطون تلفظ الشفيع بما يدل على الأخذ بالشفعة كتملكت أو أخذت بالشفعة ، ويشترطون مع الصيغة وجود واحد من أمور ثلاثة هي :

١ - تسليم العوض إلى المشتري ، فإذا تسلمه أو ألزمه القاضي بالتسليم ملك الشفيع الشقص .

٢ - رضی المشتري بأن يكون العوض في ذمة الشفيع .

٣ - قضاء القاضي له بالشفعة إذا حضر مجلسه وأثبت حقه فيملك به في الأصح ، لأن اختيار التملك قد تأكد بحكم الحاكم (٢) .

★ ★ ★

(١) رد المحتار : ٦ / ٢٢٧ .

(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٠ .

الفصل الثاني

في بعض أحكام الشفعة

نتحدث في هذا الفصل عن أحكام تتعلق بالشفعة مما تكرر الحاجة إليها . نتحدث عن كل حكم منها في مطلب خاص . وهذه الأحكام التي نريد عن نتحدث عنها هي :

سقوط حق الشفعة - تصرف المشتري في المشفوع فيه - حط بعض الثمن عن المشتري والزيادة فيه - الاستفادة من تأجيل الثمن - اختلاف المشتري والشفيع في الثمن .

المطلب الأول : سقوط حق الشفعة :

لقد مرّ بنا أن الشفعة حق ضعيف ، لأنها قد أتت مخالفة للقياس ، ولذلك فلأنها تسقط بأوهم الأسباب .

والأسباب التي تسقط بها الشفعة كثيرة نذكر أهمها فيما يلي :

١ - تسليم الشفيع بالشفعة بعد البيع : سواء أكان عالماً بسقوطها بذلك أم كان غير عالم ، وسواء أكان عالماً بحقه فيها أم كان غير عالم .

٢ - تسليم ولي الصبي شفعة الصبي : فقد ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى ذلك ، وأنه إذا سلمها الأب أو الوصي ليس للصبي المطالبة بها بعد البلوغ . وحقتهما في ذلك أن الأخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها ، ألا ترى أنها مبادلة المال بالمال ، وترك الأخذ بها ترك التجارة فيملكه ، كما يملك ترك التجارة برد البيع .

وذهب الإمام محمد وزفر رحمهما الله إلى أنه لا يصح منهما التسليم ، لأن فيه إبطالا لحق الصبي (١) .

هذا وحل الخلاف كما ذكره ابن عابدين أنه لو بيع العقار بقيمته أو أقل ، أما لو بيع بأكثر من قيمته مما لا يتغابن الناس في مثله جاز التسليم مطلقاً (٢) .

وهناك قول أنه لا يصح التسليم اتفاقاً ، لأنه لا يملك الأخذ فلا يملك التسليم . ولقد صحح هذا القول الزيلعي وابن عابدين (٣) .

وورد عن أبي حنيفة أنه إذا بيعت بأقل من قيمتها بمحابة كثيرة لا يصح التسليم (٤) .

وذهب الشافعي إلى أنه إن كان للصبي غبطة في الأخذ فلم يأخذ الولي فللصبي إذا بلغ الأخذ بالشفعة . قال الشافعي في الأم : « وإذا بيع الشقص من الدار واليتم فيه شفعة أو للغلام في حجر أبيه فلو لي اليتيم والأب أن يأخذ للذي يليان بالشفعة إذا كانت غبطة ، فإن لم يفعلوا فإذا بلغا أن يليا أموالهما كان لهما الأخذ بالشفعة (٥) » ويفهم من هذا أنه إذا لم يكن هناك غبطة جاز تسليمها ، ومن عدم الغبطة عدم وجود مال للصبي وحاجة الولي للاستقراض له .

وهناك قول عند الشافعي أنه لا يصح له أن يسلم مطلقاً ، وأن للصبي طلب الشفعة إذا بلغ (٦) . وهذا هو ظاهر كلام أحمد .

وفي مذهب الحنابلة ما يوافق ما ذهب إليه الإمام الشافعي رحمه الله تعالى (٧) وأما المالكية فقد ذهبوا إلى أن الوصي أو الأب إن أسقطا الحق في طلب الشفعة فإن كان إسقاطهما بالنظر إلى مصلحة الطفل صح إسقاطهما ، ولم يجز لهما ولا للصبي

(١) تبين الحقائق : ٥ / ٢٦٣ / .

(١) تبين الحقائق : ٥ / ٢٦٣ / .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٢٤١ / .

(٣) المصدران السابقان .

(٤) تبين الحقائق : ٥ / ٢٦٣ / .

(٥) الأم : ٣ / ٢٣٥ / .

(٦) مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٧ / .

(٧) المغني : ٥ / ٢٨١ / فما بعدها / .

إذا بلغ المطالبة بها ، وأما إذا أسقطها من غير نظر المصلحة فلهما المطالبة بها ثانياً ،
والصبي المطالبة بها عندما يبلغ .

وهناك قول منقول عن المدونة أن الشفعة تسقط مطلقاً . قال العلامة الدسوقي :
« وظاهر المدونة أن الشفعة تسقط إذا أسقطها الأب أو الوصي ، ولو كان الإسقاط
بلا نظر ، وبه قال أبو عمران ، وسبب الخلاف هل الشفعة استحقاق أو بمنزلة
الشراء ؟ فعلى الأول لهما الأخذ بعد إسقاطها ، وعلى الثاني لا أخذ لهما ، إذ لا يلزم
الوصي إلا حفظ مال المحجور لا تنميته (١) » .

هذا ويلحق بالتسليم والترك سكوت من يملك الأخذ بالشفقة والتسليم بها ، ولو لم
يعلم أن سكوته يبطل الشفعة ، لأنه لا يعذر في الجهل بالأحكام في دار الإسلام (٢) .

٣ - ترك الموائبة وترك طلب التقرير مع الإشهاد ، وقد مرّ الحديث عن ذلك .
٤ - موت الشفيع قبل القضاء بالشفقة وهذا عند الحنفية ، وقد مرّ أيضاً الحديث
عن ذلك .

٥ - بيع الشفيع ما يشفع به قبل القضاء له بالشفقة ، وقد مرّ الحديث عن
ذلك أيضاً عند الكلام عن شروط الأخذ بالشفقة .

٦ - الصلح عن الشفعة على عوض : فإذا صالح المشتري الشفيع على عوض
بطلت الشفعة ، لأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر ، ولم تشرع للاستثمار والاستغلال
لحاجات الناس .

وأيضاً فإن حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل ، وإنما هو مجرد حق التملك ،
فلا يجوز أخذ العوض عنه .

وأيضاً فإن إسقاط حق الشفعة لا يتعلق بالجائز من الشرط ، فلا يتوقف وجوده
على وجود هذا الشرط وذلك كأن يقول : أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن
تسقط شفعتك فيما اشتريت ، فهنا تسقط الشفعة بمجرد قوله أسقطت ، بل يقع
الإسقاط بدون تحقق الشرط ، فإذا كان الأمر كذلك مع الشرط الجائز فلأن تسقط

(١) انظر حاشية الدسوقي على الشرح الكبير : ٣ / ٤٨٧ / .

(٢) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٢٤٠ / .

مع الشرط غير الجائز من باب أولى . لأن عوض الصلح هنا رشوة محضه . ويجب رده إلى صاحبه . فيتحقق الإسقاط ويبطل الشرط (١) .

هذا الكلام على مذهب الحنفية ، وأما الشافعية فقد فرقوا في سقوط الشفعة بين أن يكون عالماً بالفساد ، وأن لا يكون عالماً به ، فأبطلوا حقه في الأولى ، ولم يبطلوا حقه في الثانية .

قال القليوبي في حاشيته على المحلى : « ولو صالح عن الشفعة بمال أو ببعض الشقص لم يصح الصلح ، لأن حق الشفعة لا يقابل بمال ، ثم إن كان عالماً بالفساد بطل حقه منها ، وإلا فلا (٢) » .

٧ - ضمان الدرك : وهو أن يضمن الشفيع تمن البيع للمشتري إذا خرج المبيع مستحقاً أي مملوكاً لغير البائع - فتبطل الشفعة بذلك ، لأن تمام البيع إنما كان من جهته ، لأن المشتري لم يرض بالبيع إلا بضمانه ، فلما ضمن تم العقد به ، فلا يكون له نقض ما تم من جهته (٣) » .

المطلب الثاني : تصرف المشتري في المشفوع فيه :

المشفوع فيه - كما مر - هو الشيء الذي يريد الشفيع أن يملكه بالشفعة ، فقد يحدث أن يتصرف المشتري بالمشفوع فيه قبل طلب الشفعة أو قبل القضاء بها إذ إن المبيع بعد تمام البيع قد أصبح ملكه . وله حرية التصرف فيه ببيع أو هبة أو وقف أو غير ذلك ، فهل يسقط تصرف المشتري حق الشفيع في الشفعة أم ماذا ؟ لقد قرر التشريع الإسلامي أن حق الشفيع في الشفعة متقدم على حق المشتري ، فكان على المشتري أن يترتب في التصرف حتى يتبين له موقف الشفيع إذ حقه في المبيع متوقف على إسقاط الشفيع شفيعته .

ولكن مع كل هذا فإن المشتري قد تصرف في ملكه من حيث إنه مالك ، ثم جاء الشفيع فطالب بالشفعة فما الحكم ؟

-
- (١) تبين الحقائق : ٥ / ٢٥٧ / .
(٢) حاشية القليوبي على المحلى : ٣ / ٥١ / .
(٣) تبين الحقائق : ٥ / ٢٥٩ / .

إن تصرف المشتري لا يخلو من ثلاث حالات .

الحالة الأولى : أن يتصرف تصرفاً يزيل الملك كبيع أو وقف أو هبة

الحالة الثانية : أن يزيد في المبيع شيئاً لم يكن عند البيع كبناء وغراس .

الحالة الثالثة : أن ينقص من المبيع شيئاً قد كان موجوداً عند البيع كقطع شجر

وقلع بناء ، ولكل حالة من هذه الحالات الثلاث حكم يتعلق بها ، وإليك بيان ذلك .

الحالة الأولى : في تصرف المشتري تصرفاً يزيل الملك أو يرتب حقوقاً للآخرين :

التصرفات التي تزيل الملك هي كالمبيع والهبة والوقف والصدقة وما أشبه ذلك .

والتصرفات التي ترتب حقوقاً للآخرين هي كالإجارة .

فلو باع المشتري الحصة المشفوعة فيها من آخر بثمن أكثر من الأول كان للشفيع الخيار : إن شاء أخذها بالثمن الثاني ، وإن شاء أخذها بالثمن الأول فإن أخذها بالثمن الأول عاد المشتري الثاني على المشتري الأول بما دفع ، وإذا رهن المشتري ما اشتراه أو دفعه أو وهبه ، كان للشفيع نقض ذلك كله ، حتى لو وقف مسجداً هذا عند الحنفية .

وذهب الشافعية والحنفية إلى أن تصرف المشتري في الشقص المبيع صحيح ،

غير أن للشفيع .

أ - نقض مالا شفعة فيه ، وهو مالا يستحق الشفعة لو وجد ابتداء ، كالوقف والهبة والإجارة ، وأخذ بالشفعة ، لأن حقه سابق على هذا التصرف فلا يبطل به

ب - وأن يتخير فيما فيه شفعة كبيع وإصداق بين أن يأخذ بالبيع الثاني ، أو ينقضه أو يأخذ بالبيع الأول .

وفائدة هذا التخيير أن الثمن في الأول قد يكون أقل أو الجنس فيه أسهل ،

وفي ذلك يقول النووي في منهاجه : « وتصرف المشتري في الشقص كبيع ووقف

وإجارة صحيح ، وللشفيع نقض مالا شفعة فيه كالوقف وأخذ ، ويتخير فيما فيه

شفعة كبيع بين أن يأخذ بالبيع الثاني ، أو ينقضه ، أو يأخذ بالأول (١) » .

(١) معنى المحتاج : ٢ / ٣٠٤ .

الحالة الثانية : في الزيادة في المشفوع فيه :

ذهب الشافعية إلى أن المشتري إذا بنى أو غرس أو زرع في المشفوع فيه ، ولم يعلم الشفيع بذلك ثم علم قلع ذلك مجاناً لعدوان المشتري .

أما لو قسمت الأرض بوجه لا يقتضي بطلان الشفعة وزرع المشتري أو بنى أو غرس في حصته ، ثم أخذ الشفيع لم يقلع مجاناً ، لأن تصرف المشتري وقع في ملكه ، وإذا قلع باختياره لا يلزمه تسوية الأرض (١) .

وفي ذلك يقول الإمام الشافعي : « وإذا اشترى رجل نصيباً من دار ثم قاسم فيه وبنى ثم طلبه الشفيع قيل إن شئت الشفعة أدّ الثمن الذي اشتراه به وقيمة البناء اليوم ، وإن شئت فدع الشفعة ، لا يكون له إلا هذا ، لأنه بنى غير متعد ، ولا يكون عليه هدم ما بنى (٢) » .

ولقد ذكر صاحب مغني المحتاج صوراً لوقوع القسمة مع عدم بطلان الشفعة منها أن يظهر للشفيع أن المشتري قد اشتراه بثمن كثير ثم يظهر أنه أقل (٣) .

أما الحنفية فقد فرقوا في الزيادة بين أن تكون زيادة متصلة لا يمكن نقضها ، أو يمكن ولا قيمة لنقضه ، وأن يكون الزيادة منفصلة ولا أمد لها ، أو تكون الزيادة منفصلة لكن لانفصالها أمد معين .

أ - أما الزيادة التي تكون متصلة وذلك كالكلالة فالشفيع مخير بين تركها ، أو أخذها وإعطاء ما زاد الكلأ في قيمتها . قال في الدر المختار : « وأما لو دهنها بألوان كثيرة ، أو طلاها بجص كثير خير الشفيع بين تركها أو أخذها وإعطاء ما زاد الصبغ فيها لتعذر نقضه ولا قيمة لنقضه (٤) » .

ب - وأما الزيادة المنفصلة التي لا أمد لها فذلك كالبناء والغراس ، فذهب أبو حنيفة في ظاهر الرواية إلى أن للشفيع أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغراس مستحقي

(١) حاشية القليوبي على المحلى : ٣ / ٤٨ / .

(٢) الام : ٣ / ٢٣٤ / .

(٣) مغني المحتاج : ٢ / ٣٠٤ / .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٢٣٢ / .

القلع ، أو يكلف المشتري قلعهما ، إلا إذا كان في القلع نقصان الأرض فإن الشفيع له أن يأخذها مع قيمة البناء والغرس مقلوعة .

وعن أبي يوسف أنه لا يكلفه بالقلع ، ولكنه يكون بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغراس ، وإن شاء ترك ،

وجه قول أبي حنيفة في ظاهر الرواية أنه بني في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض ، ولأن حق الشفيع أقوى من حق المشتري ، ولهذا تنقض جميع تصرفات المشتري حتى الوقف والمسجد والمقبرة (١) . ووجه قول أبي يوسف أن المشتري هنا ليس بممتنع في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء ، فلا يعامل بأحكام العدوان (٢) .

ج - وأما الزيادة المنفصلة التي لها أمد معين ، وذلك كالزروع ، فقد ذهبوا جميعاً إلى انتظار الشفيع إلى وقت الإدراك ، لأن له نهاية معلومة ، كي لا يتنهر المشتري بالقلع من غير عوص ، وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير ، لأنه يترك بأجر (٣) .

وهناك قول أنه ينتظر في القضاء بالشفعة إلى وقت الإدراك ، وعلى هذا القول لا يكون هناك أجر على المشتري لأنه لا يزال في ملكه (٤) .

الحالة الثالثة : في نقصان المبيع شيئاً كان موجوداً عند الشراء :

نقصان المشفوع فيه في يد المشتري على أحوال :

١ - أن يشي أرضاً بما فيها من شجر وثمر ويشترط أن يكون الثمر له ، فيقطع المشتري الثمر ، أو يهلك بأفة سماوية ، ففي هذه الحال يسقط من الثمن مقدار حصة ما نقص ، لأنه لما دخل بالتسمية صار أصلاً ، فيسقط بحصته من الثمن بفواته .

٢ - أن يشتري أرضاً فيها شجر وبناء فانهدم البناء من غير صنع أحد ، يأخذها

(١) بيبين الحقائق : ٥ / ٢٥٠ / .

(٢) المصدر السابق .

(٣) المصدر السابق : ٥ / ٢٥١ / .

(٤) حاشية ابن عابدين : ٦ / ٢٣٣ / .

الشفيع بكل الثمن ، ولا يسقط من الثمن شيء ، لأنهما تابعان للأرض ، حتى يدخلان في البيع من غير ذكر ، فلا يقابلهما شيء من الثمن (١) .

٣ - أن يشتري أرضاً فيها شجر وبناء ، فينقص المشتري البناء أو يقطع الشجر فيقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد ، لأنه قصد الإلتلاف ، والتابع إذا صار مقصوداً بالإلتلاف يقابله شيء من الثمن (٢) .

٤ - أن يتلف بعض الأرض بغرق ، فهذا يسقط من الثمن حصته الشيء التالف ، لأن الفائت بعض الأصل (٣) .

المطلب الثالث : في حط بعض الثمن عن المشتري والزيادة فيه :

أ - ذهب الشافعية إلى أن البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن فإن كان الحط قبل لزوم البيع انحط عن الشفيع ، وأما إن كان الحط بعد لزوم البيع فلا يظهر في حق الشفيع ، لأن ذلك يكون بمثابة هبة للمشتري .

وأما إذا حط عنه الثمن كله قبل لزوم البيع سقطت الشفعة عند ذلك ، لأنه لم يكن بيع في هذه الحالة .

وذهب الحنفية إلى أن حط البعض يظهر في حق الشفيع ، فيأخذه بما بقي من الثمن ، لأن الحط يلتحق بأصل العقد .

وأما حط كل الثمن فلا يظهر في حق الشفيع ، لأن حط الكل لا يلتحق بأصل العقد ، وإلا بقي العقد بلا ثمن وهو فاسد ، فيأخذه الشفيع بكل المسمى (٤) .

ب - أما الزيادة على الثمن وإن التحقت بأصل العقد في حق المشتري ، لكنها لا تظهر في حق الشفيع لما في ذلك من الضرر . ولأنه استحق الأخذ بالشفعة قبل الزيادة هذا هو مذهب الحنفية ، وأما الشافعية فمسألة الزيادة عندهم كمسألة الحط ، فإن كان قبل استقرار البيع لحقت ، وإن كان بعد استقرار البيع فلا تلحق .

(١) تبين الحقائق : ٥ / ٢٥١ فما بعدها .

(٢) رد المحتار : ٦ / ٢٣٤ فما بعدها .

(٣) المصدران السابقان .

(٤) تبين الحقائق : ٨ / ٢٤٠ . ورد المحتار : ٦ / ٢٣٠ .

وأما مذهب الحنابلة فهو كمذهب الشافعية في النقصان والزيادة، قال ابن قدامة: « ويستحق الشفيع الشقص بالثمن الذي استقر عليه العقد ، فلو تبايعا بقدر ثم غيراه في زمن الخيار بزيادة أو نقص ، ثبت ذلك التغيير في حق الشفيع ، لأن حق الشفيع إنما يثبت إذا تم العقد ، وإنما يستحق بالثمن الذي هو ثابت حال استحقاقه ، ولأن زمن الخيار بمنزلة حالة العقد ، والتغيير يلحق بالعقد فيه ، لأنهما على اختيارهما فيه كما لو كان في حال العقد ، فأما إذا انقضى الخيار وانبرم العقد فزادا أو نقصا ؟ لم يلحق بالعقد لأن الزيادة بعده هبة يعتبر لها شروط الهبة ، والنقص إبراء مبتدأ ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع ، وبهذا قال الشافعي (١) »

المطلب الرابع : في الاستفادة من تأجيل الثمن :

إذا اشترى المشتري الشقص بثمن مؤجل ثم جاء الشفيع فأخذه بالشفعة ، فهل يستفيد من تأجيل الثمن ؟

ذهب الشافعية في الأظهر إلى أن الشفيع في هذه الحال مخير بين أمرين : بين أن يعجل الثمن ويأخذ في الحال ، أو يصبر إلى حلول الأجل ويأخذ ولا تسقط شفيعته في هذا التأخير لعذره ، إذ لو جوزنا له الأخذ بمؤجل أضربنا بالمشتري لاختلاف الذمم ، وإن الزمناء الأخذ في الحال بنظيره من الحال ، أضربنا بالشفيع ، لأن الأجل يقابله قسط من الثمن (٢) وفي ذلك يقول الإمام الشافعي في الأم :

« وإن اشترى رجل شقصا فيه شفعه إلى أجل ، فطلب الشفيع شفيعته ، قبل له : إن شئت فتطوع بتعجيل الثمن وتعجل الشفعة ، وإن شئت فدد حتى يحل الأجل ثم خذ بالشفعة ، وليس على أحد أن يرضى بأمانة رجل فيتحول على رجل غيره وإن كان أملاً منه (٣) » .

وإلى مثل ما ذهب إليه الشافعية ذهب الحنفية ما عدا زفر ، فإنه ذكر أنه يستفيد من التأجيل وذهب الحنابلة والمالكية إلى أن الشفيع له أن يأخذ بالأجل إن كان مليئاً . أو أقام ضامناً مليئاً ، لأن الشفيع تابع للمشتري في قدر الثمن وصفته ، والتأجيل من صفاته (٤) .

(١) المغني : ٥ / ٢٨٨ فما بعدها / . (٢) الأم : ٣ / ٢٣١ / .
(٣) نهاية المحتاج : ٥ / ٢٠٤ / . (٤) المغني : ٥ / ٢٨٩ فما بعدها / .

المطلب الخامس : اختلاف المشتري والشفيع في الثمن :

قد يختلف المشتري والشفيع في الثمن فيدعي المشتري مثلاً أنه قد اشترى الشقص بألف دينار ، ويدعي الشفيع أنه قد اشتراه بأقل من ذلك ، ولم يكن هناك بينة فمن منهما المصدق ؟

ذهب الشافعية إلى أن المصدق هو المشتري ، لأنه أعلم من الشفيع بما باشره ، والمشتري في هذه القضية هو المدعى عليه ، والمدعى عليه يصدق يمينه ، وكون المشتري هو مدعى عليه لأن الشفيع يدعي استحقاق المبيع عند دفع الأقل ، والمشتري ينكر ذلك ، والقول قول المنكر يمينه (١) .

وذهب الحنفية إلى مثل ماذهب إليه الشافعية (٢) .

لكن ذكر ابن عابدين في حاشيته أن الثمن إذا لم يكن منقوداً يرجع إلى البائع في بيان الثمن ، قال رحمه الله « وقد يقال إن الثمن إذا كان غير منقود يرجع إلى البائع ، فيؤخذ بقوله إن كان أقل مما يدعيه المشتري ، ويكون خطأ (٣) » هذا ولو أقام كل واحد منهما بينة ، تعارضتا فتساقطتا ، فكأنه لا بينة ، ويقبل قول المشتري يمينه (٤) . وعند أبي حنيفة تقدم بينة الشفيع ، لأنها تلزم المشتري بتسليم المبيع ، والبيانات للإلزام (٥) .

وأما مذهب المالكية في ذلك فهو أن القول قول المشتري مع يمينه إن ذكر ثمناً يشبه أن يكون ثمناً للشقص عند الناس، وإن لم يأت المشتري بما يشبه أن يكون ثمناً فالقول قول المشتري إن أتى بما يشبه أن يكون ثمناً ، ويحلف على ذلك ، وإن أتى بما يشبه أن يكون ثمناً حلفاً وردا إلى القيمة الوسط ، وهي قيمة الشقص يوم المبيع (٦) . وأما إذا أتى كل واحد منهما ببينة وتساوت العدالة فعند ابن القاسم تسقطان معاً ، ويرجع إلى الأصل من أن القول قول المشتري يمينه ، وقال أشهب : البينة بينة المشتري لأنها زادت علماً (٧) .

-
- | | |
|---------------------------------------|-------------------------------|
| (١) نهاية المحتاج : ٢٠٩ / ٥ . | (٥) رد المحتار : ٢٢٩ / ٦ . |
| (٢) تبين الحقائق : ٢٤٧ / ٥ . | (٦) حاشية الدسوقي : ٤٩٧ / ٣ . |
| (٣) رد المحتار : ٢٢٩ / ٦ . | (٧) بداية المجتهد : ٢٦٤ / ٢ . |
| (٤) حاشية عميرة على المحلى : ٤٨ / ٣ . | |

الباب السابع

العارية

ويتضمن الفصول التالية :

الفصل الأول : في تعريف العارية لغة واصطلاحاً .
ومشروعية العارية ودليل مشروعيتها وحكمة مشروعيتها .
وحكم العارية .

الفصل الثاني : في أركان العارية وشروط كل ركن .

الفصل الثالث : في حقوق الانتفاع بالعارية .
وحال العارية في يد المستعير
ونفقة المستعار ومؤنة رده .

الفصل الرابع : في استرداد العارية وردها وما يحصل به الرد .
والرجوع في الأرض المعارة للبناء أو الفراس أو الزراعة .
واشتراط الضمان على المستعير وكيفيته .

الفصل الخامس : ما يقع بين المعير والمستعير من الاختلاف .
وتغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان .
وفسخ الإعارة .



الفصل الأول

في تعريف العارية ومشروعيتها ودليها

المطلب الأول : في تعريف العارية :

العارية بتشديد الياء ، وقد تخفف كما في القاموس ، ويرى صاحب المصباح المنير أن تخفيفها خاص بالشعر ، ووزنها فعليّة ، وفيها لغة ثالثة وهي عارة على وزن ناقة . وهي اسم لما يعار ، وتطلق على عقد العارية .

وأما اشتقاقها فمن التعاور بمعنى التداول . قال في المصباح المنير في مادة عور : « وتعاورو الشيء واعتوروه تداولوه ، والعارية من ذلك .

وذهب الليث والجوهري إلى أنها سميت عارية من العار ، لأنها عار على صاحبها ، وقد اعترض على هذا بأن النبي صلى الله عليه وسلم فعلها ، ولو كانت عاراً وعيياً ما فعلها (١) .

وذهب بعضهم إلى أنها مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه ، سميت بذلك لخروجها من يد صاحبها .

وقد غلط صاحب المصباح المنير هذا القول والذي قبله حيث قال : « قال الليث : سميت عارية لأنها عار على طالبها ، وقال الجوهري مثله ، وبعضهم يقول : مأخوذة من عار الفرس إذا ذهب من صاحبه لخروجها من يد صاحبها ، وهما غلط ، لأن العارية من الواو ، لأن العرب تقول : هم يتعاورون العواري ، ويتعورونها بالواو إذا أعار بعضهم بعضاً ، والله أعلم . والعار وعار الفرس من الياء (٢) » .
هذا من حيث اللغة والاشتقاق ، وأما من حيث تعريفها في اصطلاح الفقهاء فإليك بيان ذلك :

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٦٣ .

(٢) المصباح المنير للفيومي مادة « عور » .

عرّف الشافعية العارية بأنها : « إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه (١) »
وقد عرفها الحنفية بأنها : « تملك المنافع بغير عوض (٢) » .

فالفرق بين التعريفين أن الشافعية يعدون العارية إباحة لامتلاكها ، والحنفية يعدون العارية تملكاً لا إباحة للمنافع .

احتج الشافعية على أن عقد العارية عقد إباحة بأمر منها :

١ - أن عقد العارية يجوز من غير أجل ، فلو كان مقتضى العارية تملك المنفعة لما جازت من غير أجل كالإجارة .

٢ - أنه لو كان عقد العارية يقتضي تملك المنفعة لجاز له أن يؤجرها كالمستأجر مع أن الاتفاق قائم على أن المستعير لا يؤجر ، فدل على أنه ليس بتمليك .

٣ - أن القياس يأبى تملك المنفعة ؛ لأنه بيع المعلوم ، لانعدام المنفعة حالة العقد والمعلوم لا يحتمل البيع ، لأنه بيع ما ليس عند الإنسان ، وقد نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عنه ، إلا أنها جعلت موجودة عند العقد في باب الإجارة حكماً للضرورة ، ولا ضرورة إلى الإعارة فبقيت المنافع فيها على أصل العدم (٣) .

٤ - أنه ينقصد عقد العارية بلفظ الإباحة فلو كانت تملكاً لما جاز (٤) .

واحتج الحنفية على أن عقد العارية يقتضي المنفعة بأمر منها :

١ - أن المعير سلطه على تحصيل المنافع وصرفها إلى نفسه على وجه زالت يده عنها ، والتسليط على هذا الوجه يكون تملكاً لا إباحة ، كما في الأعيان (٥) .

٢ - أن تملك المنافع مشروع بعوض كالإجارة فوجب أن يكون مشروعاً بغير عوض أيضاً كالإعتاق ، لأن كل ما جاز فيه التملك ببدل جاز فيه التملك بغير بدل إلا النكاح (٦) .

(١) مفني المحتاج : ٢ / ٢٦٦٣ / .

(٢) شرح الكنز : ٥ / ٨٣ / .

(٣) البدائع : ٦ / ٢١٤ / .

(٤) تبين الحقائق : ٥ / ٨٣ / .

(٥) البدائع : ٦ / ٢١٤ / .

(٦) تبين الحقائق : ٥ / ٨٣ / .

٣ - أن العارية تنبئ عن التملك ، لأنها مأخوذة من العرية وهي العطية في الثمار بالتمليك من غير عوض ، ثم استعمل في المنفعة كذلك فاقترضت تملكاً ، ولهذا تعتقد بلفظ التملك (١) .

وقد أجابو الشافعية عما استدلوا به ، بأن العارية إنما صحت من غير أجل ، لأن الأجل للتحرز عن الجهالة المفضية إلى المنازعة ، والجهالة في باب العارية لا تنفي إلى المنازعة لأنها عقد جائز غير لازم ، ولهذا المعنى لا يملك الإجارة ، لأنها عقد لازم ، فلو ملك الإجارة لكان فيه إثبات صفة اللزوم بما ليس بل لازم ، أو سلب صفة اللزوم عن اللازم ، وكل ذلك باطل .

وأجابوا أيضاً عن كون المنافع معدومة عند العقد بأنهم قالوا : نعم ، لكن هذا لا يمنع جواز العقد كما في الإجارة ، وهذا لأن العقد الوارد على المنفعة عندنا عقد مضاف إلى حين وجود المنفعة ، فلا ينعقد في حق الحكم إلا عند وجود المنفعة شيئاً فشيئاً على حسب حدوثها فلم يكن بيع معدوم ، ولا بيع مالم يس عند الإنسان (٢) . وأجابوا عن صحتها بلفظ الإباحة بأن لفظ الإباحة استعير للتمليك ، كما في الإجارة فلإنها تعتقد بلفظ الإباحة وهي تملك (٣) .

هذا ومن خلال ماتقدم يتبين أن الشافعية والحنفية قد اتفقوا على أن المستعير لا يجوز له أن يؤجر ، ولكنهم اختلفوا في علة الحكم . فالشافعية منوهاً لأن العارية عندهم إباحة للمنفعة فقط ، فلا يملك المستعير جارتها ، والحنفية منوهاً لأن في الإجارة تغييراً لصفة العقد ، فإنه ينقله من عقد جائز إلى عقد لازم وهذا لا يصح .

وبعد فهل للخلاف في التعريف نتيجة عملية ، أو هو خلاف نظري فقط ؟

الجواب أن لهذا الخلاف أثراً فقهياً وهو أنه هل للمستعير أن يعير غيره ؟ ؟

ذهب الشافعية إلى أنه لا يجوز له أن يعير غيره ، بل له أن يستوفي المنفعة بنفسه أو وكيله ، لأن الإعارة عندهم إباحة المنفعة ، فلا يملك بها الإباحة لغيره ، كإباحة الطعام ، فالضيف لا يبيع لغيره ما قدّم له (٤) .

(١) المصدر السابق . (٢) تكملة فتح القدير : ٧ / ١٠٠ / .

(٣) مضي المحتاج : ٢ / ٢٦٤ / .

(١) المصدر السابق .

(٢) البدائع : ٦ / ٢١٥ / .

وذهبت الحنفية إلى أن المستعير يملك الإعارة لغيره ، لأن الإعارة عندهم تمليك لا إباحة كالأعيان ، ومقتضى التمليك أن للمستعير حرية التصرف في الانتفاع بالعارية بنفسه أو بغيره شريطة أن تكون فيما لا يختلف باختلاف المستعمل (١) .

المطلب الثاني : في مشروعية العارية ودليل مشروعيتها :

العارية مشروعة ، وقد دلّ على مشروعيتها الكتاب والسنة والإجماع .

الدليل من الكتاب : قوله تعالى في بيان صفات المنحرفين عن الإسلام :

« فويل للمصلين الذين هم عن صلاتهم ساهون . الذين هم يراؤون ويمنعون الماعون » قال جمهور المفسرين : المراد من الماعون ما يستعيره الجيران بعضهم من بعض ، كالدلو والفأس والإبرة ونحو ذلك .

وقد نقل هذا التفسير ابن جرير عن ابن عباس من عدة طرق ، وعن غيره أيضاً ووجه الاستدلال أن الله ذمّ المتحدث عنهم بأنهم يمنعون الماعون ، فدل على أن إعطاء الماعون أمر مشروع ومطلوب .

وقوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى » ولاشك أن في إعارة العارية برأ وتقوى وخيراً .

والدليل من السنة أحاديث منها ما رواه أبو داود وأحمد والنسائي وصححه الحاكم عن أمية بن صفوان بن أمية عن أبيه صفوان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعار منه أدرعاً يوم حنين ، فقال : أغضب يا محمد ؟ فقال : لا ، بل عارية مضمونة . وفي رواية لأبي داود : « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : يا صفوان ، هل عندك من سلاح ؟ قال : عارية أم غضباً ؟ قال : لا ، بل عارية ، فأعاره ما بين الثلاثين إلى الأربعين درعاً » .

ومنها ما رواه البخاري ومسلم أنه صلى الله عليه وسلم استعار فرساً من أبي طلحة فركبه (٢) .

-
- (١) تبين الحقائق : ٥ / ٨٣ / .
(٢) أخرجه البخاري في الهبة والجهاد وفي الأدب ، وأخرجه مسلم في فضائل النبي باب شجاعته صلى الله عليه وسلم ، وأخرجه أيضاً أبو داود في الأدب ، والترمذي في الجهاد برقم (١٦٨٦) .

ومنها ما رواه مسلم عن جابر قال : سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول :
« من كانت له أرض فليهبها أو ليعرها (١) » .

وأما الإجماع : فقد انعقد إجماع أئمة المسلمين على مشروعيتها .

المطلب الثالث : في حكمة تشريع العارية :

كثير من الناس من لا يستطيع تحصيل كل ما يحتاج إليه ، إما لقلة ذات اليد ،
أو لشواغله الكثيرة ، أو لفقدانه أو ندرة وجوده في الأسواق ، وكثير من ربات
البيوت من يكون زوجها غائباً عن البيت منهنكاً في عمله ، فتحتاج إلى أشياء
كثيرة لا تتمكن من تهيئتها بنفسها ، والإسلام الذي من خصائصه التيسير ورفع
الحرج وتحقيق المصالح شرع الإعارة ، إذ لو سد باب الاستعارة في وجه من هو
بحاجة لها لكان في ذلك عنت وإرهاق ، فشرع الإعارة وحث على فعلها دفعاً للمشقة
وسداً للحاجة ، وتحقيقاً لليسر في الحياة ، وعملاً على توطيد التعاون والإخاء بين
أفراد المجتمع .

المطلب الرابع : في حكم العارية :

الأصل في العارية أن تكون مستحبة ومندوباً إليها ، لأنها تدخل في نطاق التعاون
المأمور به في قوله تعالى : « وتعاونوا على البر والتقوى » . وروى جابر رضي الله عنه
قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : « مامن صاحب إبل ولا بقرة
ولا غنم لا يؤدي حقها إلا أقعد لها يوم القيامة بقاعٍ قرقر تطؤه ذات الظلف بظلفها
وتنتطحه ذات القرن بقرنها ، ليس فيها يومئذ جماء ولا مكسورة القرن ، قلنا يا رسول
الله وما حقها ؟ قال : إطراق فحلها وإعارة دلوها ومنيعتها ، وحلبها على الماء ، وحمل
عليها في سبيل الله (٢) » .

(١) أخرجه مسلم برقم (١٥٣٦) .

(٢) الحديث أخرجه مسلم برقم (٨٨٦) وهو في سنن أبي داود . بقاع قرقر : في
النهاية لابن الأثير : بقاع قرقر هو المكان المستوى . اطراق فحلها : أمارته
للضراب . والمنيحة : ناقة أو بقرة أو شاة تمنح لينتفع بدرها ووبرها وصوفها
زماناً ثم يردّها .

قال الروياني وغيره : وكانت واجبة أول الإسلام للآية السابقة ، ثم نسخ وجوبها وصارت مستحبة . وقد يعرض لها ما يخرجها عن الاستحباب إلى حكم آخر ، فقد تجب كمعارة ثوب لدفع حرّ أو برد ، ومعارة جبل لانقاذ غريق ، ومعارة سكين لذبح حيوان محترم يخشى موته .

وقد تحرم كمعارة الصيد من المحرم ، لأنه لا يجوز له إمساكه ولا التصرف فيه ، وقد تكره كمعارة العبد المسلم من كافر (١) .

وفي المذهب لأبي إسحق الشيرازي ما يدل على حرمة إعارة العبد المسلم لكافر حيث قال : « ولا تجوز إعارة العبد المسلم من الكافر لأنه لا يجوز أن يخدمه (٢) »



(٢) مغني المحتاج : ٢ / ٢٦٤ .

(١) المذهب : ١ / ٣٧٠ .

الفصل الثاني

في أركانها وشروط كل ركن

عند الشافعية أركان الإعارة أربعة : المعير - المستعير - الصيغة - المستعار .

المطلب الأول : في المعير وشروطه :

المعير هو المالك للعين ، ويشترط فيه مايلي :

أ - أن يكون ممن يصح تبرعه : فلا تصح من صبي ، ولا مجنون ، ولا محجور عليه بسفه ولا محجوز عليه بفلس إذا كانت المدة مما يقابل بأجرة ، وذلك لأن العارية تبرع بإباحة المنفعة ، وهؤلاء ممن ليس بأهل للتبرع .

ب - أن يكون مالكا للمنفعة في المعار : وإن لم يكن مالكا لعيته كالمستأجر ، أو الموصى له أو الموقوف عليه ، لأن الإعارة ترد على المنفعة لا العين ، وعلى هذا فلا تصح الإعارة من مستعير ، لأنه غير مالك للمنفعة كما مر . وإنما أبيع له الانتفاع ولهذا لا يؤجر .

ج - أن يكون مختاراً : فلا تصح إعارة المكره لحديث : « لا يحل لمسلم أن يأخذ مال أخيه إلا عن طيب نفس (١) » .

المطلب الثاني : في المستعير وشروطه :

المستعير هو الذي أبيع له الانتفاع بالعين المعارة ، وشروط فيه شرطان :

أحدهما : أن يكون أهلاً للتبرع عليه بعقد : فلا تصح لمن لا عبارة كصبي

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٦٤ / .

ومجنون وبهيمة كما لاتصح الهبة منهم (١) هذا عند الشافعية ، وأما عند الحنفية فتصح الإعارة من الصبي المأذون لأنها من توابع التجارة ، فما دام يملك التجارة يملك ما هو من توابعها .

ثانيهما : أن يكون معيناً : فلا تصح لغير معين ، كما إذا قال لاثنتين : أعرت أحدكما ، أو لجماعة أعرت أحدكم .

المطلب الثالث : الصيغة وشروطها :

الصيغة وهي العبارة الدالة على الإعارة ، ويشترط فيها اللفظ من أحد العاقلين والفعل من الآخر بما يدل على إذن المالك ، كقول المالك : أعرتك هذا الكتاب ، أو خذه لتنتفع به ، أو أعرتك منفعة أو ما أشبه ذلك ، فيستلمه المستعير ، أو يقول المستعير : أعرتني هذا المتاع ، فيدفعه المالك له .

وعند الحنفية غير زفر لا يشترط القبول من المستعير ، فالقبول عندهم ليس بركن ، حتى إنهم قالوا : إن من حلف لا يعير فلاناً فأعاره ولم يقبل حنث في يمينه .

وهل يجوز تعليق الإعارة كقوله : إذا جاء رأس الشهر فقد أعرتك هذا الكتاب؟ فالأصح الجواز لأن العارية ليست بعقد تمليك (٢) .

وكما يجب تعليقها يجوز أيضاً إطلاقها وتقييدها ، كأن يقول : أعرتك هذا الكتاب ، أو أعرتك هذا الكتاب شهراً (٣) .

ولا يشترط التتابع بين الإيجاب والقبول إن لم يوجد من المعير ما يدل على الرجوع أو من المستعير ما يدل على الرد (٤) .

(١) المصدر السابق .

(٢) قال الشهاب الرملي في حاشيته على شرح الروض : « تنبيه » هل يصح تعليق الإباحة ؟ قال الروياني في آخر كتاب الوكالة من البحر : لو قال إذا جاء رأس الشهر فقد أبحت لك فيها وجهان . قال الزركشي في قواعد : ويشبه ترجيح الجواز ، إذ لا تمليك فيها ، بل هو الأصح .

(٣) المهذب : ١ / ٣٧١ .

(٤) الشبراملسي على نهاية المحتاج : ٥ / ١٢٣ .

المطلب الرابع : في المستعار وشروطه :

المستعار هو العين التي تباح منفعتها للمستعير ، ويشترط فيها شروط :

أ - أن تكون منفعته ملكاً للمعير ، سواء أكان مالكا للعين أم غير مالك لها كالمستاجر وعلى هذا فلا تصح الإعارة من مستعير ، لأنه غير مالك للمنفعة عند الشافعي لأن الإعارة إباحة للانتفاع وليست بتمليك ، والخفية يرون أنه يجوز للمستعير أن يعير ، لأن العارية عنده تمليك للمنفعة كما مر .

ب - أن يكون المستعار منتفعاً به ، كاللحطب والثياب والدواب والفحل للضراب والحلي للزينة ، فلا يصح إعارة دابة زمنية للركوب ، لأنها لا ينتفع بها في ذلك .

وهل يشترط وجود النفع عند العقد ؟ الصحيح أنه لا يشترط ، بل يكفي أن يكون متوقفاً ، فلو أعار مهراً صغيراً إعارة مطلقة أو إعارة مقيدة بزمان يتوقع فيه الاستفادة من المهر بالركوب صحت الإعارة .

ج - أن ينتفع به مع بقاء عينه كالثوب والدار وما شابه ذلك ، فلا يصح إعارة الأطعمة والشموع والصابون ، لأن الانتفاع بها يكون باستهلاكها وتلف عينها . وكذلك لا يجوز إعارة الذهب والفضة والمكيلات والموزونات والمعدودات لأن الانتفاع بها لا يتأتى إلا بإتلاف عينها .

د - أن يكون الانتفاع مباحاً . فلا يصح إعارة ما يحرم الانتفاع به كآلات اللهو ، وإعارة فرس وسلاح لحربي ، وإعارة أمة مشتهة لخدمة رجل غير محرم (١) .

★ ★ ★



الفصل الثالث

في حقوق الانتفاع بالعارية حال العارية في يد المستعير - نفقة المستعار ومؤنة رده

المطلب الأول : في حقوق الإنتفاع بالعارية :

لا يجوز للمستعير أن ينتفع بالعين المستعارة إلا بما أذن فيه المالك ، لرضا المالك به دون غيره . وعلى هذا فلو استعار أرضاً لزراعة مثلاً فليس له البناء فيها وليس له غرس الأشجار ، وله زرع ماشاء فيها إن أطلق الزراعة ، فإن عين له المالك نوعاً كحنطة مثلاً فله زرعها وزرع مثلها أو دونها في الضرر كالشعير مثلاً ، وليس له ما يزيد عنها ضرراً .

فإن ناه عن شيء ولو كان أقل ضرراً تقيد به ، لأنه مالك العين ومتبرع بالمنفعة فله تحديد كيفية الانتفاع بما شاء .

فإن خالف المستعير فزرع مامنع منه كان للمالك القلع دون أن يدفع للمستعير شيئاً من ثمن أو أرش نقص في المزرع .

وله أن يستنيب من يستوفي المنفعة له ، وكأن يركب الدابة المستعارة لو كيله الذي هو مثله أو دونه في حاجته ، أو زوجته أو خادمه لأن الانتفاع راجع إليه بواسطة المباشرة ، وليس للمستعير أن يعير غيره عند الشافعية كما مر (١) .

وأما عند الحنفية فلا يخلو عقد العارية من أحد أمرين ، فلما أن يكون مطلقاً

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٦٤ / ٠

ولما أن يكون مقيداً ، فإن كان مطلقاً كأن أعار دابته إنساناً ، ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب ولا الحمل ، فله أن يستعملها في أي مكان وزمان شاء ، وله أن يركب أو يحمل ، لأن الأصل في المطلق أن يجري على إطلاقه ، وقد ملكه منافع العارية مطلقاً ، فكان له أن يستوفيها على الوجه الذي ملكها ، إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم أن مثلها لا يطبق مثل هذا الحمل . ولا يستعملها ليلاً ونهاراً مالا يستعمل مثلها من الدأب لذلك عادة ، حتى لو فعل فعطبت يضمن ، لأن العقد وإن خرج مخرج الإطلاق ، لكن المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة ، كما يتقيد نصاً ، وله أن يعير العارية عندهم ، سواء كانت العارية مما يتفاوت في استيفاء المنفعة أم لا ، لأن الإطلاق في العقد يقتضي ثبوت الملك للمستعير ، فكان هو في التملك من غيره على الوجه الذي ملكه متصرفاً في ملك نفسه ، إلا أنه لا يملك الإجارة لما مر (١) .

وأما إن كان عقد العارية مقيداً ، فيراعى فيه القيد ما أمكن ، لأن الأصل اعتبار تصرف العاقل على الوجه الذي تصرف فيه ، إلا إذا لم يمكن اعتباره لعدم الفائدة ونحو ذلك فيلغو القيد عند ذلك لأنه يجري مجرى العبث .

وعلى هذا إذا أعار إنساناً دابة على أن يركبها المستعير بنفسه فليس له أن يعيرها غيره ، وكذلك إذا أعاره ثوباً على أن يلبسه بنفسه ، لأن اعتبار القيد ممكن ، لأنه مقيد لتفاوت الناس في استعمال الدواب والثياب ركوباً ولبساً ، فلزم اعتبار القيد فيه ، فإن لم يراع القيد حتى هلك ضمن ، لأنه خالف .

ولو أعاره داراً ليسكنها بنفسه فله أن يسكنها غيره ، لأن المملوك بالعقد السكنى والناس لا يتفاوتون فيها عادة ، فلم يكن التقييد بسكنائه مفيداً فيلغو ، أما إذا كان الذي يسكنها إياه حداداً أو قصاراً ونحوهما مما يوهن البناء ، فليس له أن يسكنها إياه ، ولا أن يعمل بنفسه ذلك ، لأن المعير لا يرضى به عادة ، والمطلق يتقيد بالعرف والعادة كما في الإجارة (٢) .

هذا وقد ذكر الكاساني صوراً من المخالفة للقيد مما يوجب الضمان ، ومما لا يوجبه إذ ليس للقيد فيه فائدة قال :

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٢١٥ / .

(٢) البدائع : ٦ / ٢١٥ - ٢١٦ / .

« ولو أعاره دابة على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير ، فليس له أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ، لأن الحنطة أثقل من الشعير ، فكان اعتبار القيد مفيداً فيعتبر ، ولو أعارها على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فله أن يحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو دخنا أو أرزاً أو غير ذلك مما يكون مثل الحنطة أو أخف منها استحساناً ، والقياس أن يضمن وهو قول زفر لأنه خالف ، وجواب الاستحسان أن هذا وإن كان خلافاً صورة ، فليس بخلاف معنى ، لأن المالك يكون راضياً به دلالة ، فلم يكن التقيد بالحنطة مفيداً ، وصار كما لو شرط عليه أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة غيره ، فإنه لا يكون مخالفاً ، حتى لا يضمن كذا هذا .

ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة ليس له أن يحمل عليها حطباً أو تبناً أو آجرأ أو حديداً أو حجارة ، سواء كان مثلها في الوزن أو أخف ، لأن ذلك أشق على الدابة وأنكى لظهرها أو أعقر ، ولو فعل حتى عطبت ضمن .

ولو قال : على أن يحمل عليها مائة من قطناً فحمل عليها مثله من الحديد وزناً فعطبت يضمن ، لأن القطن ينسبط على ظهر الدابة ، فكانت ضرورته أقل من الحديد ، لأنه يكون في موضع واحد ، فكان ضرورة بالدابة أكثر ، والرضا بأدنى الضررين لا يكون رضا بأعلاهما ، فكان القيد مفيداً ، فلزم اعتباره .

ولو قال على أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها من الحنطة زيادة على المسمى في القدر فعطبت نظر في ذلك ، فإن كانت الزيادة مما لا تطيق الدابة حملها ضمن جميع قيمتها ، لأن حمل ما لا تطيق الدابة إتلاف للدابة ، وإن كانت الدابة مما يطيق حملها يضمن من قيمتها قدر الزيادة . . . (١) .

المطلب الثاني : في حال العارية في يد المستعير :

ذهب الشافعية إلى أن يد المستعير على العارية يد أمانة فلا يضمن إذا تلفت بالاستعمال ، أما إذا تلفت بغير الاستعمال ضمنها ولو لم يفرط ، ودليله في الضمان

قوله عليه الصلاة والسلام في حديث صفوان المتقدم : « بل غارية مضمونة » وأيضاً لأنه قبض مال الغير لنفسه فيكون مضموناً عليه كالمقبوض على سوم الشراء (١) .

فعلى هذا لو استعار دابة ليحمل عليها مائة رطل فحمل عليها ذلك فهلك لم يضمن ، لأنها تلفت بالاستعمال المأذون فيه ، ولو استعارها ليحمل عليها مائة فحمل عليها مائتين فتلفت ضمن لأنه مفرط ، ولو تلفت بافة سماوية كحريق أو سرقة ضمن أيضاً ، لأنها تلفت بغير الاستعمال .

واستثنوا من ضمان العارية إذا هلكت بلا تعد مسائل منها ما إذا استعار من مستأجر العين المستأجرة فتلفت بلا تعد ، فإن المستعير لا يضمن ، لأن يده كيد المستأجر . وهناك قول بضمانه ، قال في المنهاج : « والمستعير من مستأجر لا يضمن في الأصح (٢) » .

وذهبت الحنفية إلى أن يد المستعير يد أمانة كالشافعية ، إلا أنهم لا يضمنون المستعير إذا تلفت العارية من غير تفريط ولا تقصير ، ولو كان التلف بغير الاستعمال . وحجتهم في ذلك أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان ، كالوديعة والإجارة ، وذلك لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله ، بفعله الموجود منه ظاهراً هو العقد والقبض ، وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان ، أما العقد فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تملكاً أو إباحة على اختلاف الأصلين ، وأما القبض فلأن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سبباً للضمان فبالإذن أولى ، ولأن القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً ، لأنه لا يفوت يد المالك ، ولا ضمان إلا على المتعدي .

قال في البدائع : « ولنا أنه لم يوجد من المستعير سبب وجوب الضمان فلا يجب عليه الضمان كالوديعة والإجارة ، وإنما قلنا ذلك لأن الضمان لا يجب على المرء بدون فعله ، وفعله الموجود ظاهراً هو العقد والقبض ، وكل واحد منهما لا يصلح سبباً لوجوب الضمان ، أما العقد فلأنه عقد تبرع بالمنفعة تملكاً أو إباحة على اختلاف الأصلين ، وأما القبض فلو جهين : أحدهما : أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٦٧ / ٠ والبدائع ٦٠ / ٢١٧ / ٠

(٢)

سبباً لوجوب الضمان فبالإذن أولى ، وهذا لأن قبض مال الغير بغير إذنه هو إثبات اليد على مال الغير وحفظه وصيانته عن الهلاك ، وهذا إحسان في حق المالك ، قال الله تبارك وتعالى جل شأنه : « هل جزاء الإحسان إلا الإحسان » وقال تبارك وتعالى : « ما على المحسنين من سبيل » دلّ على أن قبض مال الغير بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان فمع الإذن أولى . الثاني : أن القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً ، لأنه لا يفوت يد المالك ، ولا ضمان إلا على المتعدي ، قال الله تبارك وتعالى : « ولا عدوان إلا على الظالمين » بخلاف قبض الغصب (١) « وحيثهم أيضاً مارواه الدارقطني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « ليس على المستعير غير المغل ضمان ، ولا على المستودع غير المغل ضمان (٢) » .

وقد ردّ الحنفية على الشافعية في استدلالهم بالحديث أن الرواية قد اختلفت ، فقد روي أنه هرب من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأرسل إليه فأمنه ، وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يريد حنيئاً ، فقال هل عندك شيء من السلاح ؟ فقال : عارية أو غصباً ، فقال عليه الصلاة والسلام عارية ، فأعاره ولم يذكر فيه الضمان ، والحادثة حادثة واحدة مرة واحدة ، فلا يكون الثابت إلا إحداهما ، فتعارضت الروايتان فسقط الاحتجاج ، مع ما أنه إن ثبت فيحتمل ضمان الرد وبه نقول ، فلا يحمل على ضمان الغير مع الاحتمال ، يؤيد ما قلنا ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « العارية مؤداة (٣) » .

وقد أجاب الزيلعي عن الحديث أيضاً بأن أخذ النبي عليه الصلاة والسلام كان بغير إذن صفوان ، وذلك لحاجة المسلمين ، ولهذا قال : أغصباً يا محمد ، وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير إذنه بشرط الضمان ، كحالة المخصصة ، وبأنه شرط له الضمان والعارية إذا اشترط فيها الضمان تضمن عند الحنفية في رواية ، وبأن

-
- (١) البدائع : ٦ / ٢١٧ .
(٢) انظر تبیین الحقائق : ٥ / ٨٥ . والحديث أخرجه البيهقي أيضاً وفي سننه ضعيفان والمغل الخائن كما في النهاية لابن الأثير .
(٣) المصدر السابق : ٦ / ٢١٨ .

صفوان كان حريياً في ذلك الوقت ، ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم مالا يجوز بين المسلمين (١) .

وقد ردّ الكاساني على الاستدلال الثاني - قبض مال الغير لنفسه . . . - بقوله : « وأما قبض المال لنفسه فنعم ، لكن قبض مال الغير لنفسه بغير إذنه لا يصلح سبباً لوجوب الضمان لما ذكرنا ، فمع الإذن أولى ، والمقبوض على سوم الشراء غير مضمون بالقبض ، بل بالعقد بطريق التعاطي بشرط الخيار الثابت دلالة (٢) » .

المطلب الثالث : في نفقة المستعار ومؤنة ردّه :

قد يكون للمستعار نفقة كالدابة التي تعار ، فعلى من تكون هذه النفقة ؟ ذهب الشافعية إلى أن نفقة المستعار على المالك ، لأن النفقة تتبع الملك ، وإعارة المستعار ليستفيع به المستعير تبرع منه . وذكر القاضي حسين أنها على المستعير (٣) .

وذهبت الحنفية إلى أن نفقة المستعار على المستعير سواء أكانت العارية مطلقة أو مقيدة ، ونقل عنهم أيضاً أن المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له إن شئت فأنفق وإلاّ فخل يدك عنه (٤) . وأما مؤنة ردّ المستعار فقد اتفق الشافعية والحنفية أنها على المستعير ، لأن الردّ واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه ، ولقوله عليه الصلاة والسلام :

« على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه (٥) » ، ولأن الإعارة من أعمال البرّ ، فلو جعلت مؤنة الردّ على المالك لكان ذلك دافعاً للناس على الامتناع عن الإعارة .

هذا إذا كان الردّ إلى من استعار منه ، وأما إذا كانت الاستعارة من مستأجر وردّ المستعير العارية إلى المالك ، فالمؤنة حينئذ على المالك ، لأن المستعير قائم مقام المستأجر في الردّ ، ومعلوم أن مؤنة الردّ في الإجارة على المالك (٦) .

-
- (١) تبين الحقائق : ٥ / ٨٥ .
 - (٢) البدائع : ٦ / ٢١٨ .
 - (٣) مغني المحتاج : ٢ / ٢٦٧ .
 - (٤) حاشية شلبي على شرح الكنز للزيلعي : ٥ / ٨٨ و / ٨٩ .
 - (٥) رواه الحاكم وصححه والترمذي برقم (١٢٦٦) وقال حديث حسن صحيح .
 - (٦) انظر مغني المحتاج : ٢ / ٢٦٧ . وشرح الهداية : ١١١٧ / .

الفصل الرابع

في استرداد العارية وردّها وما يحصل به الرد - الرجوع في الأرض المعارة للبناء أو الفراس أو الزراعة - اشتراط الضمان على المستعير

المطلب الأول : في استرداد العارية وردّها وما يحصل به الرد :

عقد العارية عقد جائز غير لازم ، فيجوز للمعير أن يستردّ العارية متى شاء سواء أكانت العارية مطلقة أو مقيدة ، لأن الملك الثابت للمستعير ملك غير لازم ، لأنه ملك لا يقابله عوض فلا يكون لازماً ، ولأنها مبرّة من المعير وارتفاق من المستعير فلا يليق به الإلزام ، إلى هذا ذهب الحنفية والشافعية .

وكما يحق للمعير أن يستردّها متى شاء يحق للمستعير أن يردها متى شاء . يستثنى من ذلك ما إذا أذن المعير في شغل المستعار بشيء يتضرر المستعير بالرجوع فيه ، كما لو أعاره سفينة فوضع المستعير فيها متاعاً ثم طلبها المعير في اللجة لم يجب الردّ لأجل الضرر .

ويستثنى أيضاً ما إذا كانت العارية لازمة كأن أعار أرضاً لدفن ميت ، فلا يرجع المعير في موضعه الذي دفن فيه ، وامتنع على المستعير ردّها فهي لازمة من جهتهما حتى يندرس أثر المدفون بأن يصير تراباً لا يبقى منه شيء (١) . واستثنى الشافعية من جواز الاسترداد صوراً مذكورة في المطولات من كتب الفقه (٢) .

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٧٠ .
(٢) أرجع الى مغني المحتاج ونهاية المحتاج : ٥ / ١٣٣ فما بعدها .

وهل إذا امتنع الردّ على المعير تجب له الأجرة ؟ أجاب عن ذلك الشير أُمليسي في حاشيته على المنهاج بقوله .

« فائدة : كل مسألة امتنع على المعير الرجوع فيها تجب له الأجرة إلا في ثلاث مسائل : إذا أعار أرضاً للدفن فيها فلا رجوع له قبل اندراس الميت ، ولا أجرة له ، ومثلها إعارة الثوب للتكفين فيه لعدم جريان العادة بالمقابل ، وإذا أعار الثوب لصلاة الفرض ، فليس له الرجوع بعد الإحرام ، ولا أجرة له أيضاً ، ومثلها إذا أعار سيفاً للقتال فإذا التقى الصنفان امتنع الرجوع ولا أجرة لقلة زمنه عادة (١) .

ويحصل الردّ في الدابة عند الحنفية بأن يردّها إلى إصطبل مالِكها ، ويبرأ بذلك عن الضمان بخلاف الودیعة فإنه لا يبرأ بذلك ، بل لا بدّ من أدائها إلى المالك ، لكن إذا كانت العارية شيئاً نفيساً فردّة المستعير إلى دار المالك ، ولم يسلمه إليه ضمن . لأن الأعيان النفیسة لا تردد إلا إلى يد أصحابها في العرف والعادة .

قال الكاساني في بدائع الصنائع في كتاب الودیعة مظهر الفرق بين الودیعة والعارية من هذه الناحية :

« ومنها وجوب الأداء إلى المالك ، لأن الله أمر بأداء الأمانات إلى أهلها ، وأهلها مالِكها ، حتى لوردها إلى منزل المالك فجعلها فيه أو دفعها إلى من هو في عيال المالك دخلت في ضمانه ، حتى لو ضاعت يضمن ، بخلاف العارية ، فإن المستعير لو جاء بمتاع العارية وألقاها في دار المعير ، أو جاء بالدابة فأدخلها في إصطبله كان ردّاً صحيحاً ، لأن ظاهر النص الذي تلونا أن لا يصح ، إلا أنها صارت مخصوصة في العارية للعادة الجارية فيها بردها إلى بيت المالك ، أو بدفعها إلى من في عياله ، حتى لو كانت العارية شيئاً نفيساً كعقد جوهر ونحو ذلك لا يصح الردّ ، لانعدام جريان العادة بذلك في الأشياء النفیسة ، ولم تجز به العادة في مال الودیعة فتبقى على أصل القياس .

ولأن مبنى الإيداع على السرّ والإغفاء ، فإن الإنسان إنما يودع مال غيره سرّاً عن الناس . لما يتعلق به من المصلحة ، فلو رده إلى غير المالك لانكشف ، إذ السرّ

(١) حاشية الشير أُمليسي على النهاية : ٥ / ١٣٣ . وانظر البجيرمي على المنهاج : ٣ / ١١٦ .

إذا جاوز اثنين يفشو ، فيفوت المعنى المجعول له الإيداع ، بخلاف العارية لأن مبنائها على الإعلان والإظهار ، لأنها شرعت لحاجة المستعير إلى استعمالها في حوائجه ، ولا يمكنه الاستعمال سراً عن الناس عادة ، والرد إلى غير المالك لا يفوت ما شرع العارية ، فهو الفرق (١) .

المطلب الثاني : في الرجوع في الأرض المعارة للبناء أو الغراس أو الزراعة :

قالت الشافعية : إذا أعار أرضاً للبناء أو الغراس إعارة مطلقة لم يذكر فيها مدة ، ثم رجع المعير بعد البناء أو الغرس ، فلا يخلو الأمر من أن يكون قد شرط القلع أو لم يشترط .

فإن شرط عليه القلع لزم المستعير القلع عملاً بالشرط ، فإن امتنع فللمعير القلع ، ويلزم المستعير تسوية الحفر إن شرطت وإلا فلا .

وإن لم يشترط عليه القلع فالمستعير إما أن يختار القلع أو لا يختار القلع ، فإن اختار القلع قلع ولا أرش له إن نقص ، لأنه ملكه وقد رضي بتقصانه ، وتلزمه تسوية الأرض بعد القلع على الأصح ، لأنه قلع باختياره ، ولو امتنع منه لم يجبر عليه ، فيلزمه إذا قلع رد الأرض إلى ما كانت عليه ، ليرد كما أخذ .

والرأي الثاني : لا يلزمه تسوية الأرض ، لأن الإعارة مع العلم بأن للمستعير أن يقلع رضا بما يحدث من القلع ، وإن لم يختار القلع فالمعير غير بين ثلاثة أمور هي :
١ - الإبقاء للبناء أو الغرس وأخذ الأجرة على ذلك .

٢ - القلع مع ضمان أرش النقص إن كان هناك نقص .

٣ - التملك بقيمته مستحق القلع ، ولا يجبر المستعير على القلع في هذه الحال ، ولا يقلع المعير مجاناً ، لأنه وضع بحق فهو محترم .

فلذا لم يختار المعير واحداً من الثلاثة فقليل إن الحاكم يبيع الأرض وما فيها ، وقسم بينهما كل على حسب حقه فصلاً للخصومة ، والأصح أنه يعرض عنهما حتى يختارا ، بأن يختار المعير ماله اختياره ويوافق المستعير عليه قطعاً للتراجع بينهما .

(١) البدائع : ٦ / ٢١١ .

وإن كانت العارية لبناء أو غراس أو غيره مؤقتة بمدة معينة ، فللمعير الرجوع أيضاً قبل انتهاء المدة ، فإذا رجع أو انتهت المدة طبقت نفس الأحكام السابقة في العارية المطلقة من حيث اشتراط القلع أو عدم اشتراطه وما يترتب عليه من آثار . لكن في العارية المؤقتة له أن يغرس ويبني المرة بعد الأخرى ما لم تنقض المدة أو يرجع المعير ، وفي المطلقة لا يفعل ذلك إلا مرة واحدة ، فإن قلع ما بناه أو غرسه لم يكن يمكن له أن يغرس ويبني إلا بإذن جديد ، إلا إن صرح له بالتجديد مرة بعد أخرى (١) .

وأما إذا أعاره أرضاً للزراعة فزرعها فرجع المعير قبل إدراك الزرع ، فالصحيح أن على المعير الإبقاء إلى الحصاد ، لأنه مال محترم ، وله أمد ينتهي إليه ، بخلاف الغراس فإنه ليس له أمد ينتهي إليه ، لكن في هذه الحال يجب على المستعير أجره المثل من وقت الرجوع إلى الحصاد . وهناك قول أنه له القلع ويغرم أرض النقص ، وهناك وجه آخر ، وهو أن له التملك بالقيمة بالحال . وهذا الحكم في العارية سواء أكانت مطلقة أو مقيدة بزمان .

أما لو أعاره أرضاً للزراعة وعيّن له مدة ، فلم يدرك الزرع فيها لتقصير من المستعير بتأخير الزراعة أو بغير ذلك ، فللمعير القلع مجاناً ، لأن المستعير ظالم بتأخيره وتقصيره ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « ليس لعرق ظالم حق » (٢) .

وأما الحنفية فقد قالوا : إذا أعار أرضاً لبناء أو غرس فلا يخلو الحال أن تكون العارية مطلقة أو مؤقتة بوقت .

فإذا كانت العارية مطلقة فللمعير أن يستردها متى شاء ، لأن العارية غير لازمة ، وأن يجبر المستعير على قلع الغرس ونقض البناء ، لأن في الترك إضراراً بالمعير ، لأنه لا نهاية ، وإذا قلع أو نقض لا يضمن المعير شيئاً من قيمة الغرس والبناء ، لأنه لو وجب عليه الضمان لوجب بسبب الفرر ، ولا غرر من جهته حيث أطلق العقد ولم

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٢٨٣ .

(٢) انظر المذهب : ١ / ٣٨٢ . ومغني المحتاج : ٢ / ٢٧٣ . والحديث أخرجه البخاري في كتاب الحرث والترمذي برقم (١٣٧٨) وأبو داود برقم (٣٠٧٣) .

يوقت فيه وقتاً فأخرجه قبل الوقت ، بل المستعير هو الذي غرر نفسه حيث حمل المطلق على الأبد (١) .

غير أنه إذا كانت الأرض تستضر بالقلع أو النقص ، فللمعير أن يضمّن قيمتهما مقلوعين ويكونان له ، كيلا تتلف عليه أرضه ، ويستبد المعير بذلك والخيار له لا للمستعير (٢) .

وإذا كانت العارية مؤقتة بوقت ، فللمعير استرداد العارية أيضاً ، لكن يكره الرجوع قبل انتهاء الوقت لما فيه من إخلاف للوعد ، فإن رجع المعير كان المستعير مخيراً بين أمرين :

أحدهما : أن يضمّن صاحب الأرض قيمة غرس المستعير وبنائه قائماً سليماً ، لأنه وقت للعارية وقتاً ثم أخرجه قبل الوقت فقد غره فعليه الضمان .

ثانيهما : أن يأخذ المستعير غرسه وبنائه ، ولا شيء على صاحب الأرض في هذه الحال . وهذا مشروط بأن لا يضر القلع الأرض ، فإن كان القلع مضرراً للأرض فالخيار للمالك ، لأن الأرض أصل ، والبناء والغرس تابع لها ، فكان المالك صاحب أصل ، والمستعير صاحب فرع ، فكان لإثبات الخيار لصاحب الأصل أولى ، إن شاء أمسك الغرس والبناء بالقيمة ، وإن شاء رضي بالقلع والنقص (٣) .

هذا ما ذهب إليه الحاكم الشهيد ، وذهب القلوري في المختصر إلى أن المعير يكلفه القلع ويضمّن له ما نقص البناء والغرس بالقلع (٤) .

وقال زفر رحمه الله : لا يضمّن المعير شيئاً وإن وقت ، لأن التوقيت في العارية غير ملزم كأصل عقدها ، ولهذا كان له أن يستردها في أي وقت شاء ، والغرور إنما يثبت في ضمن عقد المعاوضة لا في التبرعات (٥) .

-
- (١) البدائع : ٦ / ٢١٧ .
 - (٢) تبين الحقائق : ٥ / ٨٨ .
 - (٣) البدائع : ٦ / ٢١٧ .
 - (٤) شرح الهداية مع الحاشية : ٧ / فما بعدها .
 - (٥) تبين الحقائق : ٥ / ٨٨ .

هذا إذا كانت الأرض معارة للغرس أو البناء .

وأما إذا أعار شخصاً أرضاً للزراعة ، فلا تؤخذ من المستعير حتى يحصد الزرع وقت العارية أم لم يوقتها ، لأن للزرع نهاية معلومة ، فيترك الزرع لكن بأجر المثل في زمن الحصاد ، وفي هذا مراعاة للحقين ، حق المعير وحق المستعير ، فمراعاة حق المعير من حيث إنه يترك الأرض في يد المستعير بأجر المثل ، فلا تفوت منفعة الأرض مجاناً ، ومراعاة حق المستعير من حيث إنه لا يتلف زرعه (١) .

وهذا الحكم من باب الاستحسان ، والقياس فيه أن يكون كالبناء والغراس . قال شيخ الإسلام علاء الدين الأسيجاني في شرح الكافي : « والقياس في ذلك مثل الغرس والبناء لأنه انتهى العقد ، فكان له حق التفريع . وجه الاستحسان أنا لو أمرناه بالقلع لأضررنا به من غير نفع يعود على المالك ، ولو بقيناه لنفعناه من غير ضرر يعود إلى المالك ، لأننا نبقية بأجرة والجمع بين الحقين أولى ، بخلاف النخل ، لأنه ليس لإدراكه غاية معلومة ، فلو بقيناه لعطلنا عليه منفعة أرضه ، أما هذا فلا إدراكه غاية معلومة ، حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقاء كان الحكم فيه كالحكم في الزرع (٢) » .

وعبر الكاساني عن وجه الاستحسان بقوله : « وجه الفرق للاستحسان أن النظر من الجانبين ورعاية الحقين واجب عند الإمكان ، وذلك ممكن في الزرع لأن إدراك الزرع له وقت معلوم ، فيمكن النظر من الجانبين : جانب المستعير لا شك فيه ، وجانب المالك بالترك إلى وقت الحصاد بالأجر ، ولا يمكن في الغرس والبناء لأنه ليس لذلك وقت معلوم ، فكان مراعاة صاحب الأصل أولى ، وقالوا في باب الإجارة إذا انقضت المدة والزرع بقل لم يستحصد أنه يترك في يد المستأجر إلى وقت الحصاد بأجر المثل ، كما في العارية لما قلنا ، بخلاف باب الغصب ، لأن الترك للنظر ، والغاصب جانٍ فلا يستحق النظر ، بل يجبر على القلع (٣) » .

(١) المصدر السابق .

(٢) حاشية أحمد الشلبي على شرح الكنز : ٥ / ٨٨ / ٠ .

(٣) البدائع : ٦ / ٢١٧ / ٠ .

المطلب الثالث : في اشتراط الضمان على المستعير وكيفيته :

الأصل عند الشافعية أن العارية لا تضمن إذا تلفت بالاستعمال المأذون فيه ، فإن تلفت بغير الاستعمال ضمنها المستعير ، ولو كان التلف بغير تقصير كما مر . والأصل عند الحنفية أن العارية لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، سواء أتلفت في الاستعمال المأذون فيه أم بغيره .

ففي الحال الذي لا يجب فيها الضمان ، إذا اشترط المعير الضمان فما الحكم ؟ ذهب الشافعية إلى أنه إذا أعار بشرط الضمان صح العقد وفسد الشرط وكذلك الحكم عند الحنفية في المختار عندهم ، وهناك رواية عندهم تجزم بصيرورة العارية مضمونة بشرط الضمان (١) وكذلك الحكم إذا اشترط عدم الضمان فيما فيه ضمان ، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه أبو داود : « العارية مضمونة (٢) » .

وأما كيفية الضمان فالصحيح عند الشافعية أنه يضمن قيمة المستعار يوم التلف سواء أكان متقوماً أو مثلياً ، وهناك قول أنه إن كان متقوماً يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب ، وإن كان مثلياً وجب مثله .

قال في المذهب : « فإن هلكت نظرت فإن كان مما لا مثل له ففي ضمانها وجهان ، أحدهما يضمنها بأكثر ما كانت قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالمغصوب ... والثاني : أنها تضمن بقيمتها يوم التلف وهو الصحيح وإن كان مما له مثل فإن قلنا فيما لا مثل له أنه يضمن بأكثر ما كانت قيمته لزمه مثلها ، وإن قلنا إنه يضمن بقيمتها يوم التلف ضمنها بقيمتها (٣) » .

وعند الحنفية يضمن ضمان المغصوب ، والمغصوب إن هلك وهو مثلي وجب مثله ، وإن انصرم المثلي بقيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة ، وقال أبو يوسف يوم الغصب ، وقال محمد يوم الانقطاع ، وما لا مثل له بقيمته يوم غصبه (٤) .

(١) انظر حاشية ابن عابدين : ٥ / ٦٧٩ .

(٢) أهانة الطالبين : ٣ / ١٣١ .

(٣) المذهب : ١ / ٣٧٠ .

(٤) انظر البدائع : ٦ / ٢١٨ . وحبیب الحقائق : ٥ / ٢٢٣ .



الفصل الخامس

في ما يقع بين المعير والمستعير من الاختلاف — تغير حال العارية من الامانة الى الضمان — فسخ الاعارة

المطلب الأول : فيما يقع بين المعير والمستعير من الاختلاف :

- ١ - دعوى الرد : لو اختلف المعير والمستعير في ردّ العارية ، فقال المستعير رددتها إليك ، وقال المعير لم تردّها إليّ فالقول قول المعير بيمينه ، لأن الأصل عدم الردّ ، مع أن المستعير قبض العين لمحض حق نفسه (١) .
 - ٢ - دعوى التلف : إن اختلف المعير والمستعير ، فقال المستعير حصل التلف بالاستعمال المأذون فيه وأنكر المعين ذلك ، صدق المستعير بيمينه ، لعسر إقامة البينة عليه ، ولأن الأصل براءة ذمته ، وذهب الجلال البلقيني إلى أنه يصدق المعير ، لأن الأصل في العارية الضمان حتى يثبت مسقطه (٢) .
 - ٣ - الاختلاف في نوعية العقد : إن اختلف مالك الأرض مع المستعير ، فقال مالك الأرض أجر تكهها وقال المستعير بل أعرتنيها فالذهب عند الشافعية تصديق المالك ، ومقابل الأصح أنه يصدق المستعير بيمينه ، لأن المالك وافق على إباحة المنفعة لهما ، والأصل براءة ذمته من الأجرة التي يدعيها المالك ، وكذلك الحكم فيمن ركب دابة وقال لما لكها أعرتنيها ، وقال المالك بل أجر تكهها .
- وكذلك الحكم لو قال الزارع أو الراكب أعرتني ، فقال المالك : بل غصبت

(١) مفني المحتاج : ٢ / ٢٧٥ / .

(٢) اعانة الطالبين : ٣ / ١٣٢ / .

مني ، وقد مضت مدة لمثلها أجرة ، والعين باقية ، لأن الأصل عدم الإذن ، فيحلف المالك ويستحق أجرة المثل ، فإن تلفت العين بما يوجب الضمان ، فقد اتفقا على الضمان ، لكن الأصح أن العارية تضمن بالقيمة يوم التلف ، فإن كان مايدعيه المالك أكثر حلف للزيادة (١) .

المطلب الثاني : في تغير حال العارية من الأمانة إلى الضمان :

لقد سبق أن يد المستعير على العارية يد أمانة ، فلا يضمن إذا تلفت بالاستعمال عند الشافعية ، وإلا بالتقصير عند الحنفية ، لكن هذه اليد قد تتحول من يد أمانة إلى يد ضمان ، وتتحول يد المستعير إلى يد ضمان بالأسباب نفسها التي تتحول فيها يد الوديع التي تأتي ، ومن هذه الأسباب :

أولاً : التضييع والإتلاف حقيقة أو معنى ، فالإتلاف حقيقة كأن يلقبها في مضبغة ، أو بعد يدل عليها سارقاً ، والإتلاف معنى بأن يمنع العارية بعد طلبها ولو قبل انتهاء المدة ، أو انقضاء المدة ، ولو لم يكن طلب ، لأن العارية واجبة الرد في هاتين الحالتين ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « العارية مؤداة » وقوله عليه الصلاة والسلام : « على اليد ما أخذت حتى ترده » ولأن حكم العقد انتهى بانقضاء المدة أو الطلب ، فصارت العين في يده كالمغصوب (٢) .

ثانياً : ترك الحفظ في استعمال العارية فضاغت ، فيضمن ، لأنه يجب عليه الحفظ كما يأتي في الوديعة .

ثالثاً : استعمال العين المعارة استعمالاً غير مألوف عادة ، أو استعمالاً خالف فيه شرط المالك كما مر .

رابعاً : المخالفة في كيفية الحفظ كما يأتي في الوديعة ، فإن خالف ثم عاد إلى موافقة مطلب المعير فلا يبرأ من الضمان ، خلافاً لما يذكر في الوديعة عند الحنفية ، لأن المقصود في الوديعة هو الحفظ للمالك ، والحفظ يتحقق بعد المخالفة ، كما كان

(١) مفني المحتاج : ٢ / ٢٧٤ .

(٢) بدائع الصنائع : ٦ / ٢١٨ .

قبل المخالفة ، والمقصود في العارية إباحة الانتفاع أو تملك المنفعة كما مرّ .

المطلب الثالث : فيما ينفسخ به الإعارة :

تنفسخ الاعارة بأمر :

الأول : الرجوع من كل من المالك والمستعير ، إذ هو عقد جائز من الطرفين

الثاني : جنون أحد المتعاقدين أو إغماؤه .

الثالث : موت أحد العاقدين .

الرابع : حجب السفه على أحدهما ، أو حجب الفلوس على المالك .





الباب الثامن

الوديعة

ويتضمن الفصول التالية :

- الفصل الأول : في تعريف الوديعة .
- ومشروعية الوديعة ودليها .
- وحكمة مشروعية الوديعة .
- وحكم قبول الوديعة .
- الفصل الثاني : في أركان الوديعة وشروط كل ركن .
- الفصل الثالث : فيما يترتب على عقد الوديعة .
- وضمن الوديعة .
- الفصل الرابع : في مسائل تتعلق بالوديعة .



الفصل الأول

في تعريف الوديعة -

مشروعيتها ودليها - حكمة مشروعيتها - حكم قبول الوديعة

المطلب الأول : في تعريف الوديعة :

الوديعة في اللغة : مشتقة من الودع ، والودع الترك ، ورد في الحديث : « ليستهن أقوام عن ودعهم الجمعات أو ليختمن الله على قلوبهم ثم ليكونن من الغافلين(١) » أي عن تركهم الجمعات .

فالوديعة هي الشيء الموضوع والمترك عند غير صاحبه للحفظ .

وهي فعيلة بمعنى مفعولة ، وجمع الوديعة ودائع(٢) .

ويرى بعضهم أنها مشتقة من الدعة ، فكأنها عند المودع غير مبتذلة للانتفاع بها ، وهي في راحة عنده وفي مراعاته وحفظه .

وقيل مشتقة من ودع الشيء إذا سكن واستقر ، فكأنها ساكنة عند المودع(٣) .

والوديعة في اصطلاح الشرع : تطلق على أمرين .

أحدهما : المعنى المصدري وهو الإيداع .

ثانيهما : العين المودعة .

والمقصود بالبحث عند الفقهاء هو الوديعة بمعنى الإيداع ، ولا يبحثون في

الوديعة على المعنى الثاني إلا تبعاً .

(١) رواه مسلم وأحمد والنسائي وابن ماجه .

(٢) انظر المصباح المنير للفيومي .

(٣) انظر مطالب أولي النهى : ٤ / ١٤٦ . ومغني المحتاج : ٣ / ٧٩ .

وعلى هذا فقد عرفت الودیعة عند الفقهاء بتعاريف متعددة إلیک بعضاً منها .
عرفها الشافعية بأنها : توكیل فی حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص .
ويعنون بالمملوك ما يصح تملكه شرعاً ، ويقع عليه اسم الملك ، وبا لمحترم المختص ، ما لا يقع عليه اسم الملك شرعاً ، ولكن يصح وضع اليد عليه والاختصاص به ، فمثلاً الإبل والدور تملك ويقع اسم الملك شرعاً علیها والكلب المعلم لا يطلق عليه اسم الملك شرعاً لنجاسة عينه ، ولكن يقع عليه اسم الاختصاص ، فهو محترم مختص ، والخنزير لا يقع عليه الملك شرعاً ، وليس هو بمحترم ، ولا يقع عليه الاختصاص ، وذلك لنجاسة عينه وعدم صحة الانتفاع به شرعاً في أي وجه من الوجوه .

وعلى هذا التعريف بدخل في نطاق الودیعة جلد الميتة الذي يظهر بالدباغ ، والخمر المحترمة وهي التي تعصر لتكون خلاً ، والكلب المعلم والزبل وما أشبه ذلك . فكل هذه يصح إيداعها لدخولها في التعريف (١) . ويؤخذ من التعريف أن الودیعة عقد ، كما صرح به بعض الشافعية في تعريف الودیعة إذ قال : وشرعاً العقد المقتضي للاستحفاظ (٢) .

وعرفها الحنفية بأنها : تسليط الغير على حفظ ماله صريحاً أو دلالة (٣) .
وعرف الخنابلة الودیعة بقريب مما عرفها به الشافعية إذ قال في غاية المنتهي في تعريف الودیعة : المال المدفوع إلى من يحفظه ، والإيداع : التوكيل في حفظه تبرعاً .

المطلب الثاني : في مشروعية الودیعة ودليلها :

الودیعة أمر مشروع في الإسلام ، وإن كان حكمها يختلف باختلاف الأحوال كما سيأتي . واستدل الفقهاء على مشروعتها بالكتاب والسنة والإجماع .
أما الكتاب فقول الله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها (٤) » .

(١) انظر مغني المحتاج للخطيب الشربيني : ٣ / ٧٩ .

(٢) حاشية الجبرمي على المنهج : ٣ / ٣٢٠ .

(٣) حاشية ابن عابدين : ٥ / ٦٦٢ .

(٤) النساء : ٥٨ / .

والوديعة أمانة . وهذه الآية وإن نزلت في ردّ مفتاح الكعبة إلى عثمان بن طلحة فهي عامة في جميع الأمانات . وقوله تعالى : « فإن أمن بعضكم بعضاً فليؤد الذي ائتمن أمانته وليتق الله ربه (١) » .

وأما السنة فما رواه أبو داود والترمذي (٢) عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » قال الترمذي : حديث حسن غريب . ورواه الحاكم وقال على شرط مسلم ، وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه كانت عنده ودائع ، فلما أراد الهجرة أودعها عند أم أيمن ، وأمر عليها أن يردّها على أهلها (٣) .

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

المطلب الثالث : في حكمة مشروعيتها :

من الناس من يكون لديه مال يحتاج إلى حفظه وليس عنده حرز يحفظه فيه ، أو كان عنده حرز ولكنه يريد سفراً لقضاء مصالحه فلا يأمن على ماله دون إشراف أو رعاية ، أو قد يكون الزمن زمن خوف وليس عنده من القدرة ما يدفع عنه الأيدي الظالمة ، فيضطر في مثل هذه الأحوال إلى أن يدعه عند يد أمينة قادرة على حفظه ورعايته .

والإسلام الذي أخذ على نفسه تأمين المصالح للناس ورعايتها شرع فيما شرع الوديعة سداً لحاجة الناس إليها ودفعاً للحرص والمشقة .

وقد أشار ابن قدامة إلى ذلك فقال : « والعبرة تقتضيها فلن بالناس إليها حاجة ، فإنه يتعذر على جميعهم حفظ أموالهم بأنفسهم ، ويحتاجون إلى من يحفظ لهم (٤) » .

-
- (١) البقرة : ٢٨٣ / .
(٢) أخرجه أبو داود في البيوع برقم (٣٥٣٥) . والترمذي في البيوع برقم (١٢٤٦) .
(٣) انظر المغني لابن قدامة : ٦ / ٤٢١ / .
(٤) المغني لابن قدامة : ٦ / ٤٢١ / .

المطلب الرابع في حكم قبول الوديعة :

الأصل في الوديعة الاستحباب ، ولكنها - عند الشافعية - قد يعترضها بعض العوارض فيخرجها عن حكم الاستحباب إلى حكم آخر ، وإليك بيان أحكامها :

١ - الاستحباب : وذلك إذا عرضت الوديعة على شخص قادر على حفظها ووثق بأمانة نفسه ، وثمّ غيره مثله في الأمانة والقدرة على الحفظ ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : « والله في عون العبد مادام العبد في عون أخيه (١) » .

٢ - الوجوب : وذلك إذا عرضت على الأمين الواصل من نفسه القادر على الحفظ ، ولم يكن غيره ، حذراً من ضياع المال ، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : « حرمة مال المؤمن كحرمة دمه » فلو خاف على دم أخيه أن يسفك وجب عليه المحافظة عليه ، فكذلك يجب عليه المحافظة على ماله ، وله في مثل هذه الحال أن يأخذ أجرة على الوديعة .

وفي هذا الحكم والذي قبله قال الخطيب الشربيني شارح المنهاج : « فإن قدر على حفظها ووثق بأمانة نفسه فيها استحباب له قبولها ، لأنه من التعاون المأمور به ، وهذا إذا لم يتعين عليه ، فإن لم يكن ثم غيره وجب عليه كأداء الشهادة ، لكن بالأجرة (٢) » .

٣ - الكراهة : وذلك إن كان من عرضت عليه الوديعة أميناً ، إلا أنه لا يثق بأمانة نفسه في المستقبل ، وذلك خشية الخيانة فيها . قال ابن الرفعة : ويظهر أن هذا إذا لم يعلم المالك الحال ، وإلا فلا تحريم ولا كراهة .

٤ - التحريم : وذلك إذا كان من عرضت عليه الوديعة عاجزاً عن حفظها ، لأنه إذا قبلها والحالة هذه يكون قد عرضها للتلف .

وفي هذه والتي قبلها يقول الإمام النووي في المنهاج : « من عجز عن حفظها حرم عليه قبولها ، ومن قدر ولم يثق بأمانته كره » .

٥ - الإباحة : وذلك إذا كان من عرضت عليه الوديعة لم يثق بأمانته في المستقبل ، أو كان عاجزاً عن حفظها ، وعلم المالك بحاله ، ورضي بإيداعها عنده (٣) .

(١) أخرجه مسلم عن أبي هريرة . (٢) مغني المحتاج : ٣ / ٧٩ / ٠ .

(٣) انظر حاشية البجيرمي على المنهاج : ٣ / ٣٢٢ / ٠ .

الفصل الثاني

في أركان الوديعة وشروط كل ركن

المطلب الأول : في أركان الوديعة :

يرى الشافعية أن للوديعة أربعة أركان هي : المودع بكسر الدال والمودع بفتحها ، ويقال له الوديع ، والصيغة ، والشيء المودع ويقال له الوديعة كما مر (١).
ويرى الحنفية أنه ليس للوديعة إلا ركن واحد هي الصيغة - الإيجاب والقبول - وأن بقية الأركان هي من مستلزمات هذا الركن ، وعلى كل من هذين الاتجاهين لا بد من التعرض لشروط كل من هذه الأربعة .

المطلب الثاني : في شروط الركن الأول والثاني :

أ - وهما العاقدان المودع والوديع .

يرى الشافعية أن شروطهما هي شروط الموكل والوكيل ، لأنها توكيل في الحفظ ، فمن صحت وكالته صح إيداعه ، ومن صح توكيله صح دفع الوديعة إليه . .

فلا بد من أن يكون كل منهما بالغاً عاقلاً صحيح المباشرة لما وكل فيه ، أو وكل فيه ، فعلى هذا لا يصح أن يكون الصبي ولو مميزاً مودعاً ولا وديعاً ، لأنه غير مكلف ولا عنده أهلية التصرف . ولا يصح استيداع محرم صيداً ولا كافر مصحفاً ، لأنهما لا يصح تصرفهما فيه .

(١) مغني المحتاج : ٢ / ٨٠ .

ويرى الحنفية أنه يشترط في العاقدين أن يكون كل منهما عاقلًا ، فلا يصح الإيداع من المجنون والصبي الذي لا يعقل ، لأن العقل شرط لأهلية التصرف ، ولا يصح قبول الوديعة من المجنون والصبي الذي لا يعقل ، لأن حكم هذا العقد هو لزوم الحفظ ، ومن لا عقل له لا يكون من أهل الحفظ .

ولم يشترط الحنفية البلوغ كما اشترطه الشافعية .

قال الكاساني في بدائع الصنائع : « وأما بلوغه - أي المودع - فليس بشرط عندنا ، حتى يصح الإيداع من الصبي المأذون ، لأن ذلك مما يحتاج إليه التاجر ، فكان من توابع التجارة فيملكه الصبي المأذون كما يملك التجارة » وقال أيضاً : « وأما بلوغه - أي المودع - فليس بشرط حتى يصح قبول الوديعة من الصبي المأذون لأنه من أهل الحفظ ، ألا ترى أنه أذن له الولي ، ولو لم يكن من أهل الحفظ لكان الإذن له سفهاً (١) » والخلاف بينهما هنا ناشيء من الخلاف في أهلية التصرف ، فالشافعي يرى أن أهلية التصرف مرتبطة بالتكليف ، والتكليف لا يكون إلا للبالغ العاقل ، بينما الحنفية يرون أنه يصح التصرف من الصبي العاقل إذا أذن له ، فلم يشترطوا البلوغ في الأهلية .

المطلب الثالث : في شروط الركن الثالث :

الركن الثالث : الصيغة ، وهي الإيجاب والقبول .

وذلك بأن يقول المالك : أودعتك هذا الثوب ، فيقول الوديع : قبلت . أو يقول الوديع : أودعني هذا الثوب فيقول المودع : أودعت ، عند الشافعية لصحة الصيغة أن يكون هناك لفظ من أحد العاقدين وفعل من الآخر ، ولا يشترطون أن يكون اللفظ من كليهما ، كما في كثير من العقود ، فيكفي أن يقول المودع : أودعت عندك هذا الثوب فيتسلمه الوديع . أو يقول الوديع : أودع عندي هذا الثوب فيدفعه إليه المالك ساكتاً .

ولا يشترطون أن يكون اللفظ صريحاً في الوديعة ، بل يكتفون بالكناية مع النية أو مع قرينة دالة على ذلك .

(١) بدائع الصنائع : ٦ / ٢٠٧ .

ومن الألفاظ الصريحة أودعتك واستودعتك واستحفظتك أو هو ودیعة عندك ،
أو أنبتك في حفظه أو احفظه .

ومن الألفاظ الكناية خذه أو خذه أمانة .

قال الإمام النووي في المنهاج : « ويشترط صيغة المودع ، كاستودعتك هذا
أو استحفظتك أو أنبتك في حفظه ، والأصح أنه لا يشترط القبول لفظاً ويكفي
القبض » . وقال الأذري : « ولم يبعد أن يقال الشرط وجود اللفظ من أحد الجانبين
والفعل من الآخر للعلم بمقصود بذلك ، فلو قال الوديع : أودعني مثلاً ،
فدفعه له ساكناً كفى كالعارية » قال الخطيب الشربيني « وعليه فالشرط اللفظ من
أحدهما وهو حسن (١) » .

أما الحنفية فيشترطون في الإيجاب أن يكون لفظاً صريحاً أو كناية أو فعلاً ،
كأن وضع ثوبه بين يدي رجل ولم يقل شيئاً ، ويشترطون في القبول أن يكون
صريحاً كقبلت ، أو دلالة كما لو سكت عند وضعه فإنه قبول دلالة .

قال في تنوير الأبصار : « وركنها الإيجاب صريحاً أو كناية أو فعلاً ، والقبول
من المودع صريحاً أو دلالة (٢) » .

وبناءً على تحديد المراد بالصيغة عند كل من المذاهب اختلفوا في مسألة هي : مالو
دخل شخص الحمام وخلع ثيابه ، ولم يستحفظ الحمامي لم يجب عليه الحفظ ، فلو
ضاعت لم يضمنها عند الشافعية ، لأنه لم يوجد لفظ من أحد العاقلين ، وخالف
في ذلك القاضي حسين - وهو من الشافعية - فذكر أنه يجب عليه حفظها مطلقاً
للعادة (٣) .

أما الحنفية فقد قالوا بوجوب الحفظ وبعدم الضمان في هذه الصورة ، لأنه قد
تحصلت شروط الصيغة من فعل من المودع ودلالة من المودع ، قال في الدر :
« والقبول من المودع صريحاً كقبلت ، أو دلالة كما لو سكت عند وضعه فإنه

-
- (١) انظر في هذا معني المحتاج : ٣ / ٨٠ / ٠ .
(٢) انظر حاشية ابن عابدين على الدر : ٥ / ٦٦٢ فما بعدها .
(٣) معني المحتاج : ٣ / ٨٠ / ٠ وانظر حاشية البجيرمي على المنهج : ٣ / ٣٢١ / ٠ .

قبول دلالة ، كوضع ثيابه في حمام بمراى من الثيابي، وكقوله لرب الخان: أين أربطها ؟ فقال هناك كان إبداعا(١) » .

المطلب الرابع : في شروط الركن الرابع :

اشترط الشافعية فيه أن يكون محترماً ولو بخساً أو غير متمول ككلب الصيد أو حبات قليلة من برّ ، أما ما كان غير محترم كخنزير وآله فهو فلا يصح فيه عقد الوديعة وقد مرّ ذلك .

واشترط الحنفية أن يكون المال قابلاً لإثبات اليد عليه ، فلو أودع الآبق أو الطير في الهواء أو المال الساقط في البحر لا يصح .



(١) حاشية ابن عابدين على الدر : ٥ / ٦٦٣ .

الفصل الثالث

في ما يترتب على عقد الوديعة - ضمان الوديعة

المطلب الأول : فيما يترتب على عقد الوديعة :

يترتب على عقد الوديعة أربعة أحكام .

أحدها : لزوم ووجوب الحفظ على المودع عنده ، لأن الإيداع من جانب المالك استحقاق واثمان ، ومن جانب الوديع التزام بالحفظ ، فيلزمه الحفظ لقوله عليه الصلاة والسلام : « المسلمون عند شروطهم » .

ويرى الشافعية أن على الوديع أن يحفظ الوديعة بنفسه ، ولا يجوز حفظها عند زوجته أو ولده بلا إذن من المودع ، أو بلا عذر يدفعه إلى ذلك ، لأن المودع لم يرض بأمانة غير الوديع ولا يده . أما إذا أذن له المودع في ذلك أو كان هناك عذر كحريق أو سفرو لم يستطع أن يردها إلى المالك أو وكيله أو القاضي فله أن يحفظها عند غيره . وعلى الوديع أن يضع الوديعة في حرز مثلها .

وعند الحنفية على الوديع أن يحفظ الوديعة كما يحفظ ماله ، فيجوز أن يحفظها بنفسه ، أو بيد من هو في عياله ممن يساكنه ، كأمراته وولده وغلामه وأبويه لأن حفظها بهؤلاء هو بما يحفظ به ماله ، فأشبهه ماله وحفظها بنفسه .

وكذلك يجوز عندهم أن يحفظها بيد من ليس في عياله ، ممن يحفظ ماله عنده بنفسه عادة كشريكه في شركة العنان أو المفاوضة ، وكأجير الدائم لا الأجير المستأجر مياومة فإن دفعها إلى غير هؤلاء ضمن كما سيأتي .

قال في بدائع الصنائع : - فالاستحفاظ لا يخلو من أن يكون مطلقاً أو مقيداً ، فإن كان مطلقاً فلمودع أن يحفظ بيد نفسه ومن هو في عياله ، وهو الذي يسكن معه ويمونه فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته كائناً من كان ، قريباً أو أجنبياً من ولده أو أمراته وخدمه وأجيريه لا الذي استأجره بالدرهم والدنانير ، وبيد من ليس في عياله ، ممن يحفظ ماله بنفسه عادة ، كشريكه المفاوض والعنان وعبد المأذون ، وعبد المعزول عن بيته ، هذا عندنا » ثم قال في تعليل ذلك : « ولنا أن الملتزم بالعقد هو الحفظ ، والإنسان لا يلتزم بحفظ مال غيره عادة إلا بما يحفظ به مال نفسه ، وأنه يحفظ مال نفسه بيده مرة ، وبيد هؤلاء أخرى ، فله أن يحفظ الوديعة بيدهم أيضاً ، فكان الحفظ بأيديهم داخلاً تحت العقد دلالة (١) » . هذا وإلى قريب مما ذهب إليه الحنفية ذهب الحنابلة ، قال في المغنى : « فأما أن دفع الوديعة إلى من جرت عادته بحفظها له من أهله كأمراته وغلّامه لم يضمن . نص عليه أحمد » (٢) .

ثانيها : وجوب ردّها إلى المالك عند طلبه لها مع الإمكان ، وذلك لقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » قال الشافعية : وليس المراد برد الوديعة حملها إلى صاحبها ، بل يحصل الردّ بأن يخلّي بينه وبينها ، فإن أخرج ردها بلا عذر ضمن كما سيأتي (٣) .

وكذلك قال الحنفية ، فقد قالوا : إن الواجب عليه التمكين من أخذها دون حملها إلى صاحبها (٤) .

ثالثها : كونها أمانة في يده ، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، أو المنع بعد الطلب ، وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : « ليس على المستودع غير المغل ضمان (٥) » ولأنه لو ضمن لرغب الناس عن قبول الودائع ، ولأن الوديع متبرع في الحفظ وما على المحسنين من سبيل ، ولأن يده يد المالك ، فيكون هلاكها في يد المالك فلا يجب الضمان (٦) .

-
- (١) البدائع : ٦ / ٢٠٨ .
(٢) المغني لابن قدامة : ٦ / ٤٢٤ .
(٣) مغني المحتاج : ٣ / ٩٠ .
(٤) انظر حاشية الشلبي على شرح الكنز : ٥ / ٧٧ .
(٥) أخرجه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ، قال ابن حجر : وفي أسناده ضعيفان . وقال : إنما يروى هذا عن شريح غير مرفوع ، ورواه أيضاً بلفظ : « لا ضمان على مؤتمن » انظر نيل الأوطار : ٥ / ٢٩٦ .
(٦) انظر تبیین الحقائق : ٥ / ٧٧ .

وعلى هذا لو اشترط عليه الضمان بطل هذا الشرط ، قال في مغني المحتاج :
« فلو أودعه بشرط أن تكون مضمونة عليه ، أو أنه إذا تعدى فيها لاضمان عليه
لم يصح فيهما (١) » وكذلك الحكم عند الحنفية ، قال في تنوير الأبصار : « واشترط
الضمان على الأمين باطل ، به يفتى » .

رابعها : كونها عقداً جائزاً ، فترتفع بموت أحد الطرفين ، أو جنونه أو إغمائه
أو بعزل الوديع نفسه ، وبنقل المالك الملك ، وبغير ذلك من الأمور .

المطلب الثاني : في ضمان الوديعة :

الأصل في الوديعة أن تكون يده على الوديعة يد أمانة ، ويد الأمانة لاضمان فيها ،
إلا أنه قد يتغير حكم الوديعة ، فتصير مضمونة بأسباب وحالات نعرض لك أهمها :

١ - أن يودع غيره ، ولو لولده أو زوجته أو القاضي بلا إذن من المودع ولا
عذر ، والحريق والغارة في البقعة ، وإشراف الحرز على الخراب ولم يكن هناك
حرز آخر أعذار يجوز بها الإيداع عند الآخرين ولا ضمان . هذا عند الشافعية .

وأما عند الحنفية فيجوز إيداعها عند هؤلاء ، لكن ليس له أن يودعها عند من
ليس في عياله ، وليس هو ممن يحفظ ماله بيده عادة ، إلا إذا كان هناك عذر
كوقوع حريق في داره ، أو كان في سفينة فخاف الغرق فدفعها إلى غيره ممن يحفظها ،
فلا يضمن ، لأن الدفع إليه في هذا الحال تعين طريقاً للحفظ ، فكان الدفع بإذن
المالك دلالة .

وإذا دفعها إلى شخص آخر ممن لا يصح إيداعها عنده فهلكت أو ضاعت فعمن
الذي عليه الضمان الأول أو الثاني ؟

ذهب الشافعية إلى أن للمالك أن يضمن من شاء من الأول أو الثاني ، فإن ضمن
الثاني وهو جاهل بالحال رجع على الأول ، فإن كان عالماً لم يرجع ، لأنه في هذه
الحال غاصب لا مودع (٢) . وعند الحنفية خلاف في ذلك .

(١) مغني المحتاج : ٣ / ٨١ .

(٢) مغني المحتاج : ٣ / ٨٢ .

فعند أي حنيفة الضمان على الأول فقط ، لأن بد المودع الثاني ليست بيد مانعة ، بل هي يد حفظ وصيانة الوديعة عن أسباب الهلاك ، فلا يصلح أن يكون سبباً لوجوب الضمان ، لأنه من باب الإحسان إلى المالك ، قال الله جلّ شأنه : « ما على المحسنين من سبيل » .

وذهب الصحابان - أبو يوسف ومحمد - إلى أن المالك بالخيار ، إن شاء ضمن الأول ، وإن شاء ضمن الثاني ، فإن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني ، وإن ضمن الثاني يرجع به على الأول ، وذلك أنه وجد من كل منهما سبب وجوب الضمان ، أما الأول فلا لأنه دفع مال الغير إلى غيره بغير إذنه ، وأما الثاني فلا لأنه قبض مال الغير بغير إذنه ، وكل منهما سبب لوجوب الضمان ، فيخير المالك إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني ، كمودع الغاصب مع الغاصب ، غير أنه إن ضمن الأول لا يرجع بالضمان على الثاني ، لأنه ملك الوديعة بأداء الضمان ، فتبين أنه أودع ماله نفسه إياه ، فهذا مودع هلك الوديعة في يده فلا شيء عليه ، وإن ضمن الثاني يرجع بالضمان على الأول ، لأنه غرّه بالإيداع فيلزمه ضمان الغرور . هذا إذا هلك الوديعة في يد الثاني ، فأما إذا استهلكها الثاني ، فالمالك بالخيار إن شاء ضمن الأول ، وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع عندهم ، غير أنه إن ضمن الأول يرجع بالضمان على الثاني ، وإن ضمن الثاني لا يرجع بالضمان على الأول ، لأن سبب وجوب الضمان وجد من الثاني حقيقة وهو الاستهلاك (١) .

٢ - ترك الوديع الحفظ : لأنه بالعقد التزم حفظ الوديعة على وجه لو ترك حفظها عليه حتى هلك ضمن بدلها . ولترك الحفظ وجوه كثيرة منها :

أ - نقلها من محلة أو دار إلى أخرى دونها في الحرز . لأنه بذلك عرضها للتلف ، سواء أنها عن النقل أم عيّن له تلك المحلة ، أم أطلق ، أما إذا تساوت الداران في الحرز ، أو كان المنقول إليه أحرز فلا ضمان ، لأن من رضي حرزاً رضي مثله وما هو أحرز منه ، ما لم ينه المودع عن النقل ، أو كان الطريق مخوفاً ، فإن نقل والحالة هذه فتلفت الوديعة ضمن . هذا عند الشافعية (٢) .

(١) البدائع : ٢٠٨ / ٦ .

(٢) انظر مقني المحتاج : ٨٤ / ٣ .

وأما عند الحنفية فقد اتفق مذهبهم مع الشافعية في حال الإطلاق ، وأما في حال التقييد فله أن ينقل الوديعة إلى حرز مساوٍ أو أحرز . قال في البدائع : « ولو قال له : احفظ الوديعة في دارك هذه فحفظها في دار أخرى ، فإن كانت الداران في الحرز سواء أو كانت الثانية أحرز لاندخل في ضمانه ، لأن التقييد غير مفيد ، وإن كانت الأولى أحرز من الثانية دخلت في ضمانه ، لأن التقييد به عند تفاوت الحرز مفيد (١) » .

ب - ترك دفع ما يتلفها : لأن الدفع واجب عليه مع القدرة ، لأنه من حفظها ، فلو أودعه دابة فترك علفها أو سقيها مدة يموت مثلها فيها فيضمن ، سواء أمره المالك بعلفها أو سقيها أم سكت ، فإنه يلزمه ذلك لحق الله تعالى ، ولأنه به يحصل الحفظ الذي التزمه بقبولها (٢) ، فإن نهاه عن ذلك فلا يضمن على الصحيح ، للإذن في إتلافه ، وقيل بل يضمن إذ لا حكم لنهيه عما أوجبه الشارع .

والخلاف المذكور هو من حيث التضمنين فقط ، وأما من حيث التأثيم فلا خلاف فيه لحرمة الروح ، فعليه أن يأتي الحاكم ليحرم المالك على علفها وسقيها إن كان حاضراً ، أو يأذن له بالنفقة ليرجع عليه إن كان غائباً ، هذا إذا لم يكن نهي لعله في الدابة ، فإن كان النهي لعله كمرض فيها لزمه امتثال نهي ، فلو خالف وفعل قبل زوال العلة ضمن (٣) .

ومن أسباب الدفع تعريض ثياب الصوف للريح كيلا يفسدها العُثّ ، ولبسها عند الحاجة إلى ذلك إن كانت الثياب مما يليق به ، فإن قصر فلم يفعل ضمن .
٣ - استعمال الوديعة والانتفاع بها : وذلك بأن يلبس الثوب أو يركب الدابة أو السيارة لالعذر ، فيضمن لتعديده .

فلو استعمله ثم ترك استعماله ، أو أخذ الثوب ليستعمله أو الدراهم لينفقها ثم ردّها فتلقت ضمن عند الشافعية ، لأنه بالتعدي بالاستعمال والأخذ قدارتفع حكم الوديعة وبطل الاستئمان . والقاعدة عندهم أن الوديعة متى صارت مضمونة بانتفاع

- (١) البدائع : ٦ / ٢١٠ .
(٢) مغني المحتاج : ٣ / ٨٤ .
(٣) مغني المحتاج : ٣ / ٨٥ .

وغيره ثم ترك الوديع الخيانة لم يبرأ من الضمان (١) لأن الوديعة لما صارت مضمونة فقد ارتفع العقد لتغير طبيعته فلا يعود إلا بالتحديد .

وذهب الحنفية إلى أنه إن انتفع بالوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب فإنه يصير ضامناً ، فإن ترك ذلك لاضمان عليه ، لأن القاعدة عندهم أن الوديعة إذا صارت مضمونة ثم أزيل سبب الضمان فإنه يبرأ عن الضمان ، وذهب زفر إلى ماذهب إليه الشافعية . قال الكاساني في البدائع : « وإن خالف في الوديعة ثم عاد الوفاق يبرأ عن الضمان عند علمائنا الثلاثة ، وعند زفر والشافعي لا يبرأ عن الضمان (٢) » وقال في الكتر : « وإن تعدى فيها ثم زال التعدي زال الضمان » وعلل الزيلعي ذلك بقوله : « ولنا أنه مأمور بالحفظ وقد وجد ، وهذا لأن الأمر بالحفظ مطلق فيتناول الأوقات كلها ، فإذا خالف في البعض ارتفع حكم العقد ، في ذلك البعض ، فإذا رجع إلى الوفاق في غيره أتى بالمأمور به فيه ، فارتفع الخلاف ضرورة ، فعمود الأمانة ، كما إذا استأجر أجيراً للحفظ في مدة فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فإنه يستحق الأجر بقدره (٣) » .

٤ - السفر بالوديعة : عند الشافعية إذا أخذ الوديعة حضراً فالأصل أنه لا يجوز أن يسافر بها لأن الإيداع يقتضي الحفظ في الحرز ، وليس السفر من مواضع الحفظ ، فإذا أراد سفراً وجب عليه الرد إلى مالكيها أو وكيله ، فإن فقد هما وجب دفعها إلى الحاكم إذا كان أميناً ، لأن الحاكم نائب الغائبين ، فإن فقد الحاكم أو كان الحاكم غير أمين دفعها إلى أمين ، ويجب عليه الترتيب في هؤلاء ، فإن خالف الترتيب وتلفت الوديعة ضمنها ، إلا إذا دفعها إلى أمين مع وجود الحاكم ففيه وجهان : أحدهما لا يضمن وهو ظاهر النص ، وهو قول أبي إسحق ، لأنه أمين فأشبهه الحاكم ، والثاني يضمن وهو قول أبي سعيد الاصطخري ، وهو المذكور في المنهاج ، وذلك لأن أمانة الحاكم مقطوع بها ، وأمانة الأمين غير مقطوع بها ، فلا يجوز ترك ما يقطع به بما لا يقطع به ، كما لا يترك النص للاجتهاد (٤) . فإن سافر بها مع وجود واحد من هؤلاء ضمن ، وإن كان الطريق أمناً .

(١) المصدر السابق : ٣ / ٩٠ . (٢) البدائع : ٦ / ٢١٢ .
(٣) تبين الحقائق : ٥ / ٧٩ . (٤) المهذب : ١ / ٣٦٧ فما بعدها .

أما إذا لم يجد أحداً من هؤلاء لزمه أن يسافر بها ، لأن السفر بها في مثل هذه الحال أحوط . هذا وحكم من حضره الموت كحكم من حضره السفر في الضمان وعدمه . أما لو أودعها مسافراً فسافر بها ، أو منتجعاً فانتجع بها ، فلا ضمان لرضا المالك به . وذهب أبو حنيفة إلى أن الوديع يملك السفر بها ، إلا إذا نهاه المودع ، أو خاف عليها التلف في السفر ، سواء أكان للوديعة حمل ومؤنة أم لم يكن ، وحجته في ذلك أن الأمر بالحفظ صدر مطلقاً عن تعيين المكان ، فلا يجوز التعيين إلا بدليل .

وذهب أبو يوسف إلى أن له الخروج والسفر بها إلى مسافة قصيرة ، وذلك لأن القصيرة لا يخاف فيها عادة ، ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير محرم ولا زوج (١) وأما إذا طالت المسافة فلا يجوز أن يسافر بها إذا كان لها حمل ومؤنة . وذهب محمد إلى أنه لا يجوز السفر مطلقاً إذا كان للوديعة حمل ومؤنة ، وحجتهما في ذلك أن في المسافة بما له حمل ومؤنة ضرراً بالمالك ، لجواز أن يموت المودع في السفر فيحتاج إلى الاسترداد من موضع لا يمكنه ذلك إلا بحمل ومؤنة عظيمة فيتضرر به ، ولا كذلك إذا لم يكن لها حمل ومؤنة (٢) .

هـ - جحود الوديعة بغير عذر : إذا طلب المودع الوديعة فجحدها الوديع بلا عذر فتلفت ضمن ، لتعديه ، فإنه لما طالبه بالوديعة فجحدها صار غاصباً ، ويد الغاصب يد ضمان . وقال في البدائع : « لأن المالك لما طلب منه الوديعة فقد عزله عن الحفظ ، والمودع لما حجد الوديعة حال حضرة المالك فقد عزل نفسه عن الحفظ فأنتسخ العقد ، فبقي مال الغير في يده بغير إذنه فيكون مضموناً عليه ، فإذا هلك تقرر الضمان (٣) » .

أما إذا كان الجحود لعذر ، كأن طالب المالك بها ظالم ، فطلب المالك الوديع بها فجحدها دفعاً للظالم فإنه لا يضمن (٤) .

ولو جحدها ثم عاد إلى الاعتراف لم يبرأ من الضمان ، لارتفاع العقد بالجحود لأن الجحود ينسخ به العقد .

-
- (١) تبين الحقائق : ٥ / ٧٩ / .
 (٢) البدائع : ٦ / ٢٠٩ / . وتبين الحقائق : ٥ / ٧٩ / .
 (٣) البدائع : ٦ / ٢١٢ / .
 (٤) مغني المحتاج : ٣ / ٩١ / فما بعدها .

فإن ادعى المالك عليه أنه أودعه فأنكر الإيداع ، فأقام المودع البينة بالإيداع فقال الوديع صدقت البينة أودعتني ولكنها تلفت أو رددتها لم يقبل قوله ، لأنه صار خائناً ضامناً ، فلا يقبل قوله في البراءة بالردّ والهلاك ، فإن قال : أنا أقيم البينة بالتلف أو الردّ ففيه وجهان أحدهما أنها تسمع لأنه لو صدقه المدعي ثبتت براءته ، فإذا قامت البينة سمعت ، والثاني لا تسمع لأنه كذب البينة بإنكاره الإيداع .

وأما إذا أودعه فقال : ماله عندي شيء ، فأقام البينة بالإيداع ، فقال : صدقت البينة أو دعيتي ، ولكنها تلفت أو رددتها قبل قوله مع اليمين ، لأنه صادق في إنكاره أنه لاشيء عنده ، لأنها إذا تلفت أو ردها عليه لم يبق له عنده شيء (١) . هذا عند الشافعية .

وأما عند الحنفية فيما إذا جحد الوديعه ثم أقام الوديع البينة على هلاكها ؟ فعندهم في ذلك ثلاثة أوجه ذكرها صاحب البدائع بقوله : « ولو جحد الوديعه ثم أقام البينة على هلاكها فهذا لا يخلو من ثلاثة أوجه :

إما أن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود ، أو قبل الجحود ، أو مطلقاً . فإن أقام البينة على أنها هلكت بعد الجحود أو مطلقاً لا ينتفع ببينته ، لأن العقد ارتفع بالجحود أو عنده ، فدخلت العين في ضمانه ، والهلاك بعد ذلك يقرر الضمان لا أن يسقطه ، وإن أقام البينة على أنها هلكت قبل الجحود تسمع بينته ولا ضمان عليه ، لأن الهلاك قبل الجحود لما ثبت بالبينة فقد ظهر انتهاء العقد قبل الجحود ، فلا يرتفع بالجحود ، فظهر أن الوديعه قد هلكت من غير صنعه فلا يضمن ، ولو ادعى الهلاك قبل الجحود ولا بينة له ، وطلب اليمين من المودع حلفه القاضي بالله تعالى ما يعلم أنها هلكت قبل جحدوه (٢) » فإن حلف يقضي بالضمان ، وإن نكل يقضى بالبراءة .

٦ - الامتناع من الردّ بعد الطلب : ذهب الشافعية إلى أن المودع إذا طلب الوديعه وجب على الوديع ردّها فوراً ، وذلك لقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها » والردّ هو أن يخلي بين المودع وبينها فقط ، فإن أخر الردّ بلا عذر ضمن لتعديده ، فإن تأخر لعذر كصلاة وليل وملازمة غريم وأكل لم يضمن ،

(١) المهذب : ١ / ٣٦٩ . وانظر حاشية الرملي على المنهاج : ٦ / ١٣٠ .

(٢) البدائع : ٦ / ٢١٢ .

هذا إذا كان العذر لا يطول زمنه ، فإن كان العذر يطول كنذر اعتكاف شهر مثلاً ، أو إحرام يطول زمنه ، قال الأذري : فينبغي أن يقال : إن تمكن من توكيل أمين متبرع يخلي بينه وبينها لزمه ذلك ، فإن أخر ضمن ، فإن لم يمكن ذلك فليرفع المالك الأمر إلى الحاكم ليعث إليه بعد ثبوت الإيداع عنده أن يعث معه من يخلي بينه وبينها ، فإن أبى بعث الحاكم معه أميناً يسلمها إليه كما لو كان الوديع غائباً (١) .

والضمان عند الامتناع من الردّ مع القدرة عليه بعد الطلب هو مذهب الحنفية أيضاً . قال في الكتر وشرحه : « وإن طلبها ربها فحبسها قادراً على تسليمها أو خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها . لأنه متعد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها إذ لا يرضى صاحبها بإمسакها بعده فيكون معزولاً ، فصار يده كيد الغاصب فيضمن (٢) » .

٧ - خلط الوديعة بغيرها : إذا خلط الوديع الوديعة بمال نفسه ، فإن كان يمكن التمييز بينهما فلا ضمان ، عند الشافعية ، كأن تتميز بسكة أو عتق أو حادثة ، أو كانت دراهم فخلطها بدنانيه فتميز ، أما إذا كانت لا تتميز ضمن ، لأن المودع لم يرض بذلك ، فإن كانت مثلية ضمن مثلها ، وإن كانت متقومة ضمنها بأقصى القيم كالمغصوب ، ويملك الوديعة .

وأما عند الحنفية فقد ذهب أبو حنيفة إلى وجوب ضمان المثل ، لأنه لما خلطها خلطاً لا يتميز فقد أتلف الوديعة من حيث المعنى .

وذهب الصحابان إلى أنه إذا خلطها بجنسها فله أن يشاركه إذا شاء ، وعلا ذلك بأنه لا يمكن الوصول إلى عين حقه صورة ، وأمكنه معنى بالقسمة ، فكان استهلاكاً من وجه دون وجه ، فيميل إلى أيهما شاء (٣) .

٨ - مخالفة شرط المودع : إذا أمره المالك بأن يحفظ الوديعة بشكل معين فعدل عن الحفظ المأمور به إلى شكل آخر فتلفت بسبب هذا العدول ، ضمن الوديعة عند الشافعية لأن التلف حصل من جهة المخالفة .

(١) مغني المحتاج : ٣ / ٩٠ / .

(٢) تبیین الحقائق : ٥ / ٧٧ / .

(٣) تكملة فتح القدير : ٧ / ٩١ / .

وفرعوا على ذلك فروعاً كثيرة منها أنه لو قال له : لا ترقد على هذا الصندوق
فر قد عليه فانكسر بثقله وتلف مافيه ، ضمن لمخالفته المؤدية إلى التلف .

وأما إذا تلف بغير هذا السبب كسرقة مثلاً فإنه لا يضمن ، لأنه لم يأت التلف مما
جاء به ، وهناك قول إنه يضمن لأن رقوده عليه يوهم السارق نفاسة مافية فيقصده .
ومنها أنه لو قال له : لا تقفل عليه قفلين فأقفلهما ، أو لا تقفل عليه فأقفل عليه أو
لا تغلق الباب فأغلق لم يضمن في هذه الصور على الأصح ، لأنه زاد احتياطاً ، والقول
الثاني يضمن لأنه أغرى السارق به .

ومنها أنه لو قال له : اربط الدراهم في كمك فأمسكها بيده فتلفت ، فالمذهب
أنها إن ضاعت بنوم أو نسيان ضمن لحصول التلف من جهة المخالفة ، لأنها لو كانت
مربوطة لم تضع بهذا السبب ، وأما لو تلفت بأخذ غاصب لها من يده لا يضمن ،
لأن اليد أمنع للغصب .

ولو جعلها في جيبه الذي في جيب قميصه أو لبته أو غير ذلك بدلاً عن الربط في
الكم لم يضمن على الأصح لأنه أحرز ، إلا إذا كان واسعاً أو غير مزورور فيضمن
لسهولة تناولها باليد منه (١) .

وذهب الحنفية إلى أنه إذا نهاه أن يضعها في دار أخرى وكانت أحرز فأودعها
فيها لم يضمن ، قال في البدائع : « وكذلك لو أمره أن يضعها في داره في هذه القرية ،
ونهاه عن أن يضعها في داره في قرية أخرى فهو على التفصيل .. ثم قال : والأصل
المحفوظ في هذا الباب ما ذكرنا أن كل شرط يمكن مراعاته ويفيد فهو معتبر ، وكل
شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد فهو هدر (٢) » وقد مرّ قريب من هذا عند البحث
في ترك الوديع الحفظ .

* * *

(١) مغني المحتاج : ٣ / ٨٦ / ٠

(٢) البدائع : ٦ / ٢١٠ / ٠

الفصل الرابع

في مسائل تتعلق بالوديعة

الأولى : إذا أودع اثنان وديعة عند رجل ثم جاء أحدهما يسترد الوديعة أو يسترد نصيبه منها ، فهل للوديع أن يردّ له ذلك ؟

ذهب الشافعية إلى أنه لا يدفع الوديع شيئاً إليه ، لأنهما اتفقا في الإيداع فكذا في الاسترداد ، وفي حال طلبه نصيبه يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه (١) .

وذهب أبو حنيفة إلى أنه ليس له أن يدفع له حصته حتى يحضر الآخر ، ولا يأمره القاضي بدفع شيء إليه ما لم يحضر الغائب (٢) . وهذا مروي عن علي رضي الله عنه (٣) وحجة أبي حنيفة في ذلك أن المطالب مطالب بدفع نصيب الغائب ، لأنه يطالبه بالمفرز وحقه في المشاع ، والمفرز يشتمل على الحقين ، ولا يتميز حقه إلا بالقسمة ، وليس للمودع ولاية القسمة ، ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالإجماع ، ولهذا لو هلك الباقي رجع صاحبه على الآخذ بالإجماع ، فإذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب إليه لعدم إذنه بذلك ، فيكون متعدياً بالدفع فيضمن نصفه . ويحكى في هذا الصدد أن رجلين دخلا حماماً وأودعا عند الحمامي ألفاً ، فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه ، ثم خرج الآخر وطلبه فتحير الحمامي ، وذهب إلى أبي حنيفة رحمه الله فقال له : قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع (٤) .

(١) مغني المحتاج : ٣ / ٩٠ / .

(٢) البدائع : ٦ / ٢١٠ / .

(٣) تبیین الحقائق : ٥ / ٨٠ / .

(٤) المصدر السابق : ٥ / ٨٠ / . وانظر تكملة فتح القدير : ٧ / ٩٤ / .

وذهب الصاحبان : له أن يدفع له حصته . وحجتهم في ذلك أن الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع إليه كما في الدين المشترك .

وفرق أبو حنيفة بين الوديعة والدين المشترك ، إذا الشريك في الدين يطالب بحقه ، وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما ، لأن الديون تقضى بأمثالها ، والمثل مال المدين ليس بمشترك بينهما . فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير ، بل يكون المدين متصرفاً في مال نفسه فيجوز (١) . قال في البدائع : « والقياس على الدين المشترك غير سديد ، لأن الغريم يدفع نصيب أحد الشريكين بدفع مال نفسه لامال الشركة الغائب ، وهنا يدفع مال الغائب بغير إذنه فلا يستقيم القياس (٢) » .

هذا ومحل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في المثليات ، أما فيما عدا ذلك فالاجماع عندهم أنه ليس له ذلك (٣) .

الثانية : إذا أودع رجل وديعة عند رجلين فما الحكم ؟

لو أودع رجل وديعة عند رجلين فلا يخلو الحال من أن تكون الوديعة مما يقسم أو مما لا يقسم .

فإن كانت الوديعة مما يقسم كاللدنانير مثلاً ، فلهما أن يقسماها ويأخذ كل واحد منهما نصفها ويحفظه ، فلو دفع أحدهما الوديعة كلها إلى صاحبه ضمن النصف عند أبي حنيفة ، لأن المالك رضي بحفظهما لا يحفظ أحدهما ، ولأن الأصل أن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل التجزئة تناول البعض .

وذهب الصاحبان إلى أنه لا يضمن شيئاً ، لأنه رضي بأمانتهما ، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر .

وإن كانت مما لا يقسم فقد اتفقوا على أنه يجوز أن يدفعها أحدهما إلى الآخر ولا ضمان ، لأنه لا يمكن حفظها إلا في مكان واحد ، فكان المالك راضياً بحفظ أحدهما ، لعلمه أنها لا يجتمعان عليه أبداً (٤)

(١) تكملة فتح القدير ، وشرح العناية على الهداية : ٧ / ٩٥ .

(٢) البدائع : ٦ / ٢١٠ .

(٣) تبين الحقائق : ٥ / ٨٠ .

(٤) تبين الحقائق : ٥ / ٨٠ .

الثالثة : إذا ادعى الوديع تلف الوديعة فهل يقبل قوله ؟

يد الوديع على الوديعة يد أمانة فلا يضمن بتلفها بدون تقصير كما ذكرنا ، لكن لو ادعى الوديع تلفها ولم يذكر سبباً أو ذكر سبباً خفياً كسرقة ، صدق يمينه ، لأنه ائتمنه فليصدق ، ولا يلزمه بيان السبب في الأولى ، نعم يلزمه أن يحلف له أنها تلفت من غير تفريط . وإذا نكل عن اليمين عند ذكر السبب الخفي حلف المالك على نفي العلم .

وإن ذكر سبباً ظاهراً كحريق ، فإن عرف الحريق ولم يحتمل سلامة الوديعة ، صدق بلا يمين ، لأن ظاهر الحال يغني عن اليمين ، أما إذا احتمل سلامتها فيحلف لاحتمال سلامتها .

وإن عرف الحريق دون عموم صدق يمينه لاحتمال ما ادّعاه ، وإن جهل ما ادّعاه من السبب الظاهر طوّل بينة عليه ثم يحلف على التلف به (١) هذا عند الشافعية .

وقريب من هذا الحكم عند الحنفية فقد قال في البدائع : « ومنها أن المودع مع المودع إذا اختلفا فقال المودع هلك أو قال رددتها إليك ، وقال المالك بل استهلكتها فالقول قول المودع ، لأن المالك يدعي على الأمين أمراً عارضاً وهو التعدي ، والمودع مستصحب لحال الأمانة فكان مستمسكاً بالأصل ، فكان القول قوله ، لكن مع اليمين لأن التهمة قائمة فيستحلف دفعاً للتهمة (٢) » .

والحمد لله رب العالمين أولاً وآخراً .

★ ★ ★

(١) مغني المحتاج : ٣ / ٩١ / ٠

(٢) البدائع : ٦ / ٢١١ / ٠

فهرس الموضوعات

الصفحة

الموضوع

١	الباب الأول : الرهن
٣	الفصل الأول : في مقدمات مبحث الرهن
٣	المطلب الأول : في تعريف الرهن
٤	المطلب الثاني : في مشروعية الرهن ودليلها وحكمتها وحكم الرهن
٧	الفصل الثاني : اركان عقد الرهن
٧	مقدمة : في طرائق العلماء في بحث اركان عقد الرهن
٧	المطلب الأول : في العاقد
٩	المطلب الثاني : في الصيغة
١٠	المطلب الثالث : في المرهون
١١	المطلب الرابع : في المرهون به
١٤	المطلب الخامس : في رهن المشاع
١٧	الفصل الثالث : في قبض الرهن وكيفية القبض
١٧	المطلب الأول : في قبض الرهن
١٨	المطلب الثاني : في كيفية القبض
٢١	الفصل الرابع : في احكام الرهن الصحيح
٢١	المطلب الأول : في احكام الرهن الصحيح
٢١	المبحث الأول : في احكام الرهن الصحيح حال بقاء الرهن في يد المرتهن
٢١	المسألة الأولى : في حبس الرهن
٢٢	المسألة الثانية : في حفظ الرهن ومؤنته

٢٤	المسألة الثالثة : في يد المرتهن
٢٤	المسألة الرابعة : في الانتفاع بالرهن
٢٩	المسألة الخامسة : في التصرف في الرهن
٣٤	المسألة السادسة : في تسليم الرهن وردّه عند فكاكه بوفاء الدين
٣٦	المسألة السابعة : في بيع الرهن
٣٨	المطلب الثاني : في احكام الرهن الصحيح حال هلاك العين المرهونة
٣٨	المبحث الاول : في هلاك العين المرهونة بنفسها
٤٢	المبحث الثاني : في حكم استهلاك العين المرهونة
٤٥	الفصل الخامس : في احكام الرهن الفاسد
٤٥	المطلب الاول : في معنى الفساد والبطلان
٤٦	المطلب الثاني : في احكام الرهن الباطل
٤٦	المطلب الثالث : في احكام الرهن الفاسد
٤٩	الفصل السادس : في احكام اخرى تتعلق بالرهن
٤٩	المطلب الاول : في وضع الرهن على يد العدل
٤٩	المبحث الاول : في معنى العدل
٥٠	المبحث الثاني : حكم وضع الرهن عند العدل
٥١	المبحث الثالث : صفة يد العدل
٥١	المبحث الرابع : الاحكام التي تتعلق بوضع الرهن على يد العدل
٥٤	المطلب الثاني : في الرهن المستعار
٥٥	المبحث الاول : في جواز رهن العين المستعارة
٥٥	المبحث الثاني : اطلاق الاعارة وتقييدها
٥٧	المبحث الثالث : في موافقة الراهن المستعير لشروط الميعر ومخالفته في ذلك
٥٨	المبحث الرابع : في هلاك العين المستعارة للرهن بيد المستعير

٥٩	المبحث الخامس : في استعمال المستعير العين المعارة للرهن
٥٩	المبحث السادس : في فك المعير للرهن المستعار
٦٠	المبحث السابع : في موت المستعير او المعير مفلساً
٦٠	المطلب الثالث : في نماء الرهن
٦١	المطلب الرابع : في الزيادة في الرهن او الدين
٦٣	المطلب الخامس : في تعدد اطراف الرهن
٦٣	المبحث الاول : تعدد الراهنيين
٦٤	المبحث الثاني : تعدد المرتهنيين
٦٤	المبحث الثالث : في تعدد العين المرهونة
٦٧	الباب الثاني : الصلح
٦٩	الفصل الاول : تعريف الصلح - انواعه - مشروعيته
٦٩	المطلب الاول : في تعريف الصلح
٧٠	المطلب الثاني : في انواع الصلح
٧٠	المطلب الثالث : في مشروعية الصلح ودليها وحكمتها
٧٣	الفصل الثاني : في اقسام الصلح في المعاملات
٧٣	المطلب الاول : في اقسام الصلح في المعاملات
٧٤	المطلب الثاني : في الصلح مع الاقرار
٧٦	المطلب الثالث : في الصلح مع الانكار
٧٩	المطلب الرابع : الصلح مع سكوت المدعى عليه
٧٩	المطلب الخامس: الصلح بين المدعي والاجنبي
٨١	الفصل الثالث : في اركان الصلح وشروطها
٨١	المطلب الاول : في اركان الصلح
٨١	المطلب الثاني : في شروط الصيغة
٨١	المطلب الثالث : في شروط المتعاقدين

٨٣	المطلب الرابع : في شروط المصالح عليه
٨٣	المطلب الخامس : في شروط المصالح عنه وحكم الصلح عن المجهول
٨٧	الفصل الرابع : في التزام على الحقوق المشتركة
٩١	الفصل الخامس : في مبطلات الصلح
٩٣	الباب الثالث : الكفالة
٩٥	الفصل الأول : في تعريف الكفالة ومشروعيتها
٩٥	المطلب الأول : في تعريف الكفالة
٩٦	المطلب الثاني : في مشروعية الكفالة ودليها
٩٧	المطلب الثالث : في حكمة مشروعيتها
٩٩	الفصل الثاني : في أركان الكفالة
٩٩	المطلب الأول : في الكفيل وشروطه
١٠١	المطلب الثاني : في المكفول له
١٠٢	المطلب الثالث : في المكفول عنه
١٠٣	المطلب الرابع : في المكفول به
١٠٥	المطلب الخامس : في الصيغة
١٠٩	الفصل الثالث : في أحكام الكفالة بالنفس
١٠٩	المطلب الأول : في معناها وحكمها وصيغتها
١١٢	المطلب الثاني : في كفالة بدن من عليه مال وكفالة بدن من عليه عقوبة
١١٤	المطلب الثالث : فيما يتعلق بالكفيل في البدن من أحكام
١٢١	الفصل الثالث : في أحكام الكفالة بالمال
١٢١	المطلب الأول : في تعريف الكفالة بالمال وحكمها وصيغتها
١٢١	المطلب الثاني : في شروط الكفالة بالمال
١٢٢	المطلب الثالث : فيما يتحمل الكفيل في المال

١٢٦	المطلب الرابع : في مطالبة الضامن المضمون عنه بتخليصه
١٢٧	المطلب الخامس : في براءة الكفيل وبراءة الاصل
١٢٨	المطلب السادس : فيما يرجع به الكفيل على الاصل اذا ادى عنه . وفي دعوى الضامن انه قضى الدين عن المضمون
١٣٢	المطلب السابع : في اعتراف المضمون له بقضاء الدين
١٣٣	المطلب الثامن : في المضمون عنه اذا دفع الدين الى الكفيل فهل يملك ارجاعه
١٣٤	المطلب التاسع : في ضمان الدين الحال الى اجل وبالعكس
١٣٦	المطلب العاشر : في موت الكفيل او المكفول عنه والدين مؤجل
١٣٩	الفصل الخامس : في بعض احكام تتعلق بالكفالة
١٣٩	المطلب الاول : في تعدد الكفلاء
١٤١	المطلب الثاني : في الدين يكون على رجلين وكل منهما كفيل عن صاحبه
١٤٣	المطلب الثالث : في كفالة اثنين باحضار واحد ، وفي كفالة واحد لاثنين
١٤٣	المطلب الرابع : في ضمان الاعيان
١٤٧	الفصل السادس : في انتهاء الكفالة
١٤٧	المطلب الاول : في انتهاء كفالة النفس
١٤٨	المطلب الثاني : في انتهاء كفالة المال ، وتعليق البراءة من الكفالة بالشروط
١٥١	الباب الرابع : الشركات
١٥٣	الفصل الاول : مقدمات
١٥٣	المطلب الاول : في تعريف الشركة لغة واصطلاحا
١٥٤	المطلب الثاني : في مشروعية الشركة
١٥٥	المطلب الثالث : في حكمة تشريع الشركة
١٥٦	المطلب الرابع : في اقسام الشركة : شركة الاملاك وشركة العقد

١٥٩	الفصل الثاني : في شركة العنان
١٥٩	المطلب الأول : في تعريفها
١٦٠	المطلب الثاني : حكم شركة العنان وشروطها عند الحنفية
١٦٢	المطلب الثالث : في حكم الشركة بالتبر والنقرة عند الحنفية
١٦٤	المطلب الرابع : في حكم الشركة اذا كان رأس المال فلوساً
١٦٥	المطلب الخامس : في حكم الشركة اذا كان رأس المال من المكيلات
١٦٦	المطلب السادس : في جواز الشركة مع تساوي المالكين والتفاوت في نسبة الربح
١٦٨	المطلب السابع : في جواز التساوي في الربح مع التفاوت في رأس المال
١٦٩	المطلب الثامن : كيف توزع الخسارة ؟
١٦٩	المطلب التاسع : فيما يترتب على شركة العنان من آثار
١٧٠	المطلب العاشر : في شروط شركة العنان عند الشافعية
١٧٢	المطلب الحادي عشر : في شروط شركة العنان عند الحنابلة
١٧٤	المطلب الثاني عشر : في شروط شركة العنان عند المالكية
١٧٧	الفصل الثالث : في شركة المفاوضة
١٧٧	المطلب الأول : في تعريفها
١٧٧	المطلب الثاني : في حكمها وأدلة الجمهور على بطلانها
١٧٨	المطلب الثالث : في أدلة الحنفية على صحتها
١٧٩	المطلب الرابع : في شروط صحة شركة المفاوضة عند الحنفية
١٨١	المطلب الخامس : فيما يترتب على شركة المفاوضة من آثار
١٨٣	الفصل الرابع : في شركة الأبدان
١٨٣	المطلب الأول : في تعريفها
١٨٣	المطلب الثاني : في حكمها
١٨٤	المطلب الثالث : في حجة من يقول بجواز شركة الأبدان
١٨٤	المطلب الرابع : في شروط صحة شركة الأبدان

١٨٥	المطلب الخامس: فيما يترتب على شركة الإبدان من آثار
١٨٧	الفصل الخامس : في شركة الوجوه
١٨٧	المطلب الأول : في تعريفها
١٨٧	المطلب الثاني : في حكمها
١٨٨	المطلب الثالث : في شروط صحتها
١٨٨	المطلب الرابع : فيما يترتب على شركة الوجوه من آثار
١٨٩	الفصل السادس : في فساد عقد الشركة
١٨٩	المطلب الأول : في فساد عقد الشركة عند الشافعية
١٨٩	المطلب الثاني : في فساد عقد الشركة عند الحنفية
١٩٠	المطلب الثالث : في انتهاء عقد الشركة الصحيحة
١٩٣	الفصل السابع : في شركة المضاربة « القراض »
١٩٣	المطلب الأول : في اشتقاق هذه التسمية
١٩٣	المطلب الثاني : في تعريف المضاربة شرعاً
١٩٣	المطلب الثالث : في مشروعية المضاربة ودليلها
١٩٥	المطلب الرابع : في حكم مشروعية المضاربة
١٩٥	المطلب الخامس: في حكم عقد شركة المضاربة
١٩٦	المطلب السادس: في ركن المضاربة والفاظها وأنواعها
١٩٦	المطلب السابع : في شروط المضاربة
١٩٨	المطلب الثامن : في شروط الربح
١٩٩	المطلب التاسع : في بد المضارب
١٩٩	المطلب العاشر : ما ليس للمضارب فعله
٢٠١	المطلب الحادي عشر : على من تكون الخسارة
٢٠١	المطلب الثاني عشر : فيما يطرأ من النقص على رأس المال
٢٠٢	المطلب الثالث عشر : في انتهاء عقد المضاربة

٢٠٥	الباب الخامس : الوكالة
٢٠٧	الفصل الأول : في تعريف الوكالة - أدلة مشروعيتها - كلمة التشريع
٢٠٧	المطلب الأول : في تعريف الوكالة لغة وشرعاً
٢٠٧	المطلب الثاني : في مشروعيتها وأدلتها
٢٠٩	المطلب الثالث : في حكمة تشريعها
٢١٠	المطلب الرابع : في حكمها
٢١١	الفصل الثاني : في أركان الوكالة
٢١١	المطلب الأول : في شروط الموكل
٢١٢	المطلب الثاني : في شروط الوكيل
٢١٣	المطلب الثالث : في شروط الموكل فيه
٢١٥	المطلب الرابع : في شروط الصيغة
٢١٧	الفصل الثالث : في ما يصح التوكيل فيه وما لا يصح
٢١٧	المطلب الأول : الوكالة في حق من حقوق الله
٢٢٠	المطلب الثاني : الوكالة في حقوق العباد ومعاملاتهم
٢٢٧	الفصل الرابع : في تصرفات الوكيل
٢٢٧	المطلب الأول : الوكيل في الخصومة
٢٣٠	المطلب الثاني : في تصرف الوكيل بالقبض
٢٣١	المطلب الثالث : في تصرف الوكيل بالبيع أو الشراء
٢٤٠	المطلب الرابع : في حقوق العقد في الوكالة بالبيع والشراء وحكمه
٢٤٣	الفصل الخامس : في أحكام تتعلق بالوكالة
٢٤٣	المطلب الأول : هل للوكيل أن يوكل ؟
٢٤٥	المطلب الثاني : هل يصح التوكيل بجمل ؟
٢٤٥	المطلب الثالث : إذا وكله في اخراج صدقة على المساكين وهو مسكين فهل يأخذ منها

٢٤٦	المطلب الرابع : في دعوى الوكالة
٢٤٧	المطلب الخامس : في دعوى الوكيل وفاء الدين عن الموكل
٢٤٨	المطلب السادس : اذا وكل وكيلين فهل ينفرد أحدهما
٢٥٠	وفي اختلاف الموكل مع الوكيل
٢٥٣	الفصل السادس : في بيان ما يخرج به الوكيل عن الوكالة
٢٥٣	المطلب الأول : في عزل الموكل لو كيله وعزل الوكيل نفسه
٢٥٥	المطلب الثاني : في خروج أحدهما عن اهلية التصرف
٢٥٧	المطلب الثالث : في هلاك العين التي وكل فيها
٢٥٨	المطلب الرابع : في وجوه أخرى تنتهي بها الوكالة
٢٥٩	الباب السادس : في الشفعة
٢٦١	الفصل الأول : مقدمة
٢٦١	المطلب الأول : في معنى الشفعة
٢٦٢	المطلب الثاني : في دليل مشروعيتها
٢٦٣	المطلب الثالث : في حكمة التشريع
٢٦٥	المطلب الرابع : في أركان الشفعة
٢٦٧	الفصل الثاني : في الشفيع
٢٦٧	المطلب الأول : في بيان من هو الشفيع
٢٧٠	المطلب الثاني : في تراحم الشفعاء
٢٧٢	المطلب الثالث : في إسقاط بعض الشفعاء
٢٧٥	الفصل الثالث : في المشفوع عليه
٢٧٥	المطلب الأول : في انتقال الملك الى المشفوع عليه بالبيع
٢٧٥	المطلب الثاني : في انتقال الملك اليه بعوض
٢٧٧	المطلب الثالث : في انتقال الملك بغير عوض
٢٧٨	المطلب الرابع : في حكم البيع في زمن الخيار

٢٧٩	الفصل الرابع : في المشفوع فيه
٢٧٩	المطلب الأول : في ثبوت الشفعة في العقار
٢٨١	المطلب الثاني : في ثبوت الشفعة في غير العقار
٢٨٣	الفصل الخامس : في شروط الأخذ بالشفعة
٢٩١	الفصل السادس : في بعض احكام الشفعة
٢٩١	المطلب الأول : سقوط حق الشفعة
٢٩٤	المطلب الثاني : تصرف المشتري في المشفوع فيه
٢٩٨	المطلب الثالث : في حط بعض الثمن عن المشتري والزيادة فيه
٢٢٩	المطلب الرابع : في الاستفادة من تأجيل الثمن
٣٠٠	المطلب الخامس : في اختلاف المشتري والشفيع في الثمن
٣٠١	الباب السابع : العارية
٣٠٣	الفصل الأول : في تعريف العارية ومشروعيتها ودليلها
٣٠٣	المطلب الأول : في تعريف العارية
٣٠٦	المطلب الثاني : في مشروعية العارية ودليل مشروعيتها
٣٠٧	المطلب الثالث : في حكمة تشريع العارية
٣٠٧	المطلب الرابع : في حكم العارية
٣٠٩	الفصل الثاني : في أركان وشروط كل دكن
٣٠٩	المطلب الأول : في المير وشروطه
٣٠٩	المطلب الثاني : في المستعير وشروطه
٣١٠	المطلب الثالث : الصيغة وشروطها
	المطلب الرابع : في المستعار وشروطه
٣١٣	الفصل الثالث : في حقوق الانتفاع بالعارية
٣١٣	المطلب الأول : في حقوق الانتفاع بالعارية
٣١٥	المطلب الثاني : في حال العارية في يد المستعير

٣١٨	المطلب الثالث : في نفقة المستعار ومؤنة رده
٣١٩	الفصل الرابع : في استرداد العارية وردها وما يحصل به الرد
٣١٩	المطلب الأول : في استرداد العارية وردها
٣٢١	المطلب الثاني : في الرجوع في الارض المعارة
٣٢٥	المطلب الثالث : في اشتراط الضمان على المستعير وكيفيته
٣٢٧	الفصل الخامس : في ما يقع بين المعير والمستعير من الاختلاف
٣٢٧	المطلب الاول : فيما يقع بين المعير والمستعير من الاختلاف
٣٢٨	المطلب الثاني : في تفسير حال العارية من الامانة الى الضمان
٣٢٩	المطلب الثالث : فيما يفسخ به الاعارة
٣٣١	الباب الثامن : الوديعة
٣٣٣	الفصل الاول : في تعريف الوديعة - مشروعيتها - حكمتها
٣٣٣	المطلب الاول : في تعريف الوديعة
٣٣٤	المطلب الثاني : في مشروعية الوديعة ودليها
٣٣٥	المطلب الثالث : في حكمة مشروعيتها
٣٣٦	المطلب الرابع : في حكم قبول الوديعة
٣٣٧	الفصل الثاني : في اركان الوديعة وشروط كل ركن
٣٣٧	المطلب الاول : في اركان الوديعة
٣٣٧	المطلب الثاني : في شروط الركن الاول والثاني
٣٣٨	المطلب الثالث : في شروط الركن الثالث
٣٤٠	المطلب الرابع : في شروط الركن الرابع
٣٤١	الفصل الثالث : في ما يترتب على عقد الوديعة - ضمان الوديعة
٣٤١	المطلب الاول : فيما يترتب على عقد الوديعة
٣٤٣	المطلب الثاني : في ضمان الوديعة
٣٥١	الفصل الرابع : في مسائل تتعلق بالوديعة
٣٥٥	الفهرس

