

The Impact of Damage on the Annulment of Non-Binding Contracts: A Comparative Fiqh Study

Abdul Aziz Nasser Al- Harbi^{id}, Mohammed Khaled Mansour*^{id}

Department of Jurisprudence and Fundamentals of Jurisprudence, College of Sharia and Islamic Studies, Kuwait University, Kuwait.

Received: 5/12/2022

Revised: 10/1/2023

Accepted: 11/5/2023

Published: 1/12/2023

* Corresponding author:

drmkhm@hotmail.com

Citation: Al- Harbi, A. A. N., & Mansour, M. K. (2023). The Impact of Damage on the Annulment of Non-Binding Contracts: A Comparative Fiqh Study. *Dirasat: Shari'a and Law Sciences*, 50(4), 130–149.
<https://doi.org/10.35516/law.v50i4.3223>

Abstract

Objectives: This study aimed to identify the impact of damage on the annulment of non-binding contracts via knowing the nature of these contracts and their characteristics. It also aimed to identify the penalty of annulling non-binding contracts.

Methods: This study used the inductive approach to navigate through the Fiqh books to unearth the aspects related to non-binding contracts. It also used the analytical approach to analyze the scientific material as well as the comparative approach to peruse what Fiqh intellectuals contend and come to a final word about the topic in question. Then the study resorted to the deductive approach to contemplate the damage-induced annulment of non-binding contracts.

Results: The researchers in this study concluded that the two parties included in non-binding contracts are fully independent and free to annul the contract anytime. They also concluded that non-binding contracts have conditions which differ from one contract to another for them to be annulled.

Conclusions: The study shows that there is an evident impact of damage on non-binding contracts. It also recommends conducting further research pertinent to the impact of damage on the annulment of contracts, especially in contemporary contracts and their applications to contemporary financial transactions.

Keywords: Damage, annulment, contracts, binding.

أثر الضرر في فسخ العقود غير اللازمة للطرفين: دراسة فقهية مقارنة

عبد العزيز ناصر الحربي، محمد خالد منصور*

قسم الفقه وأصول الفقه، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، الكويت.

ملخص

الأهداف: تهدف الدراسة إلى بيان أثر الضرر في فسخ العقود غير اللازمة للطرفين، من خلال معرفة حقيقة هذه العقود وخصائصها، وبيان جزاء الفسخ بالضرر في العقود غير اللازمة للطرفين.

المنهجية: استخدمت هذه الدراسة المنهج الاستقرائي، وذلك عبر استقراء ما يتعلق بموضوع العقود غير اللازمة للطرفين من كتب الفقهاء. كما استخدمت المنهج التحليلي لتحليل المادة العلمية، والمنهج المقارن وذلك عبر المقارنة بين أقوال الفقهاء والوصول إلى الراجح من الأقوال، ثم المنهج الاستنتاجي، وذلك عبر النظر في جزئيات المسائل المتعلقة بفسخ الضرر في العقود غير اللازمة للطرفين.

النتائج: توصلت الدراسة إلى أن كل واحد من العاقدين في العقود غير اللازمة للطرفين مستقل بمطلق حريته التي باشر فيها العقد من حيث الالتزام بالعقد أو الرجوع عنه وفسخه ولو بعد الشروع في العمل، وأن لكل واحد من العقود غير اللازمة للطرفين ضوابط للفسخ بالضرر تختلف من عقد إلى آخر.

الخلاصة: هناك أثر واضح للضرر على العقود غير اللازمة للطرفين. توصي الدراسة بمزيد من البحث في آثار الضرر في فسخ العقود، وخاصة في الصور المعاصرة للعقود، وتطبيقاتها في المعاملات المالية المعاصرة. الكلمات الدالة: الضرر، الفسخ، العقود، اللزوم.



© 2023 DSR Publishers/ The University of Jordan.

This article is an open access article distributed under the terms and conditions of the Creative Commons Attribution (CC BY-NC) license
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

المقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد ألا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

فإن الله تعالى أمر عباده بالوفاء بالعقود، فقال في سورة المائدة: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (المائدة: 1)، ومن هذه العقود بالجملة العقود غير اللازمة للطرفين، إلا أن العقود اللازمة جاءت بسياق وفائي مرتبط بمقدار ما في تحقيقه من المصالح، وما في الرجوع عنه وعدم الالتزام به من المصالح أيضا، لذلك، عني الفقهاء بذكر الفروق الظاهرة لهذه العقود، والضوابط التي تضبط عملها في جملة العقود عامة.

ومن هذا الباب جاءت دراساتي لتعني ببيان ما يتعلق بالعقود غير اللازمة للطرفين، وبيان أثر الضرر في فسخها؛ تبياننا لمقدار ما أولته الشريعة من رعاية مصالح الناس، ودفعنا نحو بيان العقود المستقرة في التعامل مع العقود التي تستجد، وفيما شبهه من العقود غير اللازمة، أو أنها تدخل في حكم العقود غير اللازمة للطرفين.

مشكلة البحث

إن من طبيعة العقود غير اللازمة للطرفين حرية كل من العاقدين فسخ العقد، إلا أنه لو ارتبط العقد غير اللازم للطرفين بضرر وأصبح في تنفيذه إضرار بأحد العاقدين استوجب ذلك فسخ العقد لنفي الضرر، ومن هنا تظهر مشكلة الدراسة في محاولة الإجابة عن التساؤلات الآتية:

1. ما حقيقة العقود غير اللازمة للطرفين، وما خصائصها؟
2. ما أثر الضرر في فسخ عقود المشاركات؟
3. ما أثر الضرر في فسخ عقد الوكالة؟
4. ما أثر الضرر في فسخ عقدي الجعالة والوديعة؟
5. ما أثر الضرر في فسخ عقد العارية؟

أهداف الدراسة:

1. بيان حقيقة العقود غير اللازمة للطرفين، وبيان خصائصها.
2. بيان أثر الضرر في فسخ عقود المشاركات.
3. بيان أثر الضرر في فسخ عقد الوكالة.
4. بيان أثر الضرر في فسخ عقدي الجعالة والوديعة.
5. بيان أثر الضرر في فسخ عقد العارية.

أهمية البحث:

1. حاجة العقود غير اللازمة للطرفين إلى مزيد من البحث العلمي ومعرفة آثار الضرر المترتبة عليه.
2. حاجة البحث الفقهي التطبيقي لبيان أثر الضرر في فسخ العقود غير اللازمة للطرفين.

الدراسات السابقة

لم يجد الباحث دراسة اختصت بموضوع أثر الضرر في فسخ العقود غير اللازمة للطرفين، وغاية ما توصلت إليه بعض الدراسات أجزاء من هذا الموضوع، ويمكن تقسيم الدراسات بناء على ما تقدم إلى ما يأتي:

أولاً: الدراسات التي جاءت فيما يتعلق بموضوع الضرر

1. دراسة بعنوان: "الضرر في الفقه الإسلامي، تعريفه، أنواعه، علاقاته، ضوابطه، جزاؤه" للباحث أحمد موافي، وهي من مطبوعات دار ابن عفان- السعودي، 1418هـ-1997م، وتكونت هذه الدراسة من ستة فصول تدور على بيان كل ما يتعلق بالضرر من جهة تأصيلية، وضوابطه، وتحليله.

ولم تخض الدراسة في موضوع الضرر في العقود والصور الخاصة به في العقود غير اللازمة للطرفين، ولم تتطرق إلى علاقة الفسخ بالضرر بمقاصد العقود غير اللازمة للطرفين، ولا إلى بيان أنواع العقود غير اللازمة للطرفين وأثر الضرر فيها.

2. دراسة بعنوان: "التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي" للباحث: محمد بن المدني بوساق، وهي رسالة ماجستير، مطبوعة عن دار إشبيليا- الرياض، ط 1، 1419هـ.

وجاءت هذه الدراسة في باين: إذ اختص الباب الأول بموضوع الضرر وما يتعلق به من تعريفات وضوابط وتأصيل. واختص الباب الثاني بموضوع التعويض عبر التعريف به وبمشروعيته، وما يتعلق به من شروط وأحكام.

بينما لم تخض الرسالة في موضوع الضرر الواقع على العقود فضلا عن العقود غير اللازمة للطرفين، وضوابط فسخ العقود غير اللازمة بالضرر، وآثار الضرر في فسخ العقود غير اللازمة للطرفين.

ثانياً: الدراسات التي جاءت فيما يتعلق بموضوع العقود:

1. دراسة بعنوان: "العقود المالية غير اللازمة (الجائزة) بين الشريعة والقانون" للباحث: أسامة محمد جميل، وهي رسالة دكتوراه، من كلية الشريعة والقانون- جامعة أم درمان- السودان، وقد نُوقِشت هذه الرسالة سنة 2018م.

وقد اشتملت هذه الدراسة على فصل تمهيدي، وتسعة فصول:

جاء في الفصل التمهيدي بيان مفهوم العقود غير اللازمة، بينما اشتملت الفصول التسعة على العقود التسعة غير اللازمة، مثل الوكالة والوديعة والوصية وما شابهها. وجاءت هذه الرسالة على نحو الدراسة الفقهية العامة لهذه العقود، من غير استنباط ولا استخراج للضوابط والمسائل الظاهرة بينها، ولم تتطرق الدراسة لأثر الضرر في فسخ العقود غير اللازمة.

وتتميز دراستي عن هذه الدراسة بما يلي:

أولاً: الهدف من دراستي بيان فسخ العقود غير اللازمة للطرفين بالضرر، وهذا ما خلت منه الدراسة السابقة.

ثانياً: البحث في آثار الضرر في فسخ العقد غير اللازم للطرفين، وما يترتب عليه من جزاء.

2. دراسة بعنوان: "أحكام الرجوع في عقود المعاوضات المالية" للباحث: فضل الرحيم محمد عثمان، وهي رسالة دكتوراه، كلية الشريعة- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية- الرياض، والدراسة من مطبوعات دار كنوز إشبيلية- الرياض، ط 1، 1427هـ-2006م.

وقد اقتصرت هذه الدراسة بالعقود غير اللازمة في الباب الثاني بالحديث عن الرجوع في عقد الشركة، وفي عقد الجعالة فقط. ولم تتطرق الرسالة لأحكام الفسخ في العقود غير اللازمة للطرفين بالضرر، وآثار الضرر في فسخها، والجزاء المترتب عليه.

وتتميز دراستي عن هذه الدراسة بالآتي:

أولاً: اشتمال دراستي على أنواع العقود غير اللازمة للطرفين المذكورة في كتب الفقهاء، بما فيها الوكالة، والجعالة، والعارية، وما يتعلق على هذه العقود من أحكام الضرر وآثاره بسبب فسخها.

ثانياً: اختصاص دراستي في بيان أثر ضرر فسخ العقود غير اللازمة للطرفين.

3. دراسة بعنوان: "فساد عقد المعاوضة المالي وآثاره، دراسة فقهية مقارنة" للباحث: صالح بن عياد القايدي، وهي رسالة دكتوراه، عن قسم الدراسات الإسلامية في كلية التربية، جامعة الملك سعود بالرياض، والدراسة مطبوعة عن دار كنوز إشبيلية- الرياض، ط 1، 1439هـ-2018م.

واقتصرت هذه الدراسة بعقد المعاوضات وفساده وآثار فسخه، وتتفق مع دراستي في بعض آثار الفسخ المترتبة على وجود الضرر، إلا أن دراستي تتميز بما يأتي:

أولاً: يختص موضوع دراستي بالعقود غير اللازمة للطرفين.

ثانياً: اختصاص دراستي ببيان أثر ضرر فسخ العقود غير اللازمة للطرفين.

ثالثاً: بحث جزاء الفسخ بالضرر في العقود غير اللازمة للطرفين.

منهج الدراسة:

وقد اتبعت في دراستي هذه مناهج البحث التالية:

أولاً: المنهج الاستقرائي: وذلك عبر استقراء ما يتعلق بموضوع العقود غير اللازمة للطرفين، والأدلة الشرعية، وكلام الفقهاء المتعلق بموضوع هذه العقود.

ثانياً: المنهج التحليلي: وذلك عبر تحليل آثار الضرر في فسخ العقود غير اللازمة للطرفين.

ثالثاً: المنهج المقارن: وذلك عبر المقارنة بين أقوال الفقهاء في المسائل المختلف فيها، للوصول إلى الراجح من الأقوال بناء على الأدلة الراجعة.

رابعاً: المنهج الاستنتاجي: وذلك عبر النظر في جزئيات المسائل المتعلقة بفسخ الضرر في العقود غير اللازمة للطرفين للوصول إلى معنى أثر الضرر في فسخ العقد غير اللازم للطرفين.

خامساً: المنهج التطبيقي: وذلك عبر النظر في التطبيقات المتعلقة بموضوع أثر الضرر في فسخ العقد غير اللازم للطرفين، للوصول إلى صحة النتائج المتعلقة به.

خطة البحث:

المبحث الأول: حقيقة العقود غير اللازمة للطرفين، وخصائصها.

المبحث الثاني: أثر الضرر في فسخ عقدي الشركة والمضاربة.

المبحث الثالث: أثر الضرر في فسخ عقد الوكالة.

المبحث الرابع: أثر الضرر في فسخ عقدي الجعالة والوديعة.

المبحث الخامس: أثر الضرر في فسخ عقد العارية.

المبحث الأول: مفهوم العقود غير اللازمة للطرفين، وخصائصها

وقبل أن يبين الباحث حقيقة العقود غير اللازمة للطرفين وخصائصها، سيبين في المطلب الأول مفهوم الضرر والفسخ في اللغة والاصطلاح، والفرق بين الفسخ والانفساخ.

المطلب الأول: مفهوم الضرر والفسخ لغة واصطلاحاً

أولاً: مفهوم الضرر لغة: هو ضد النفع (الفيروز بادي، 1426هـ، 428). ويطلق الضرر على كل نقص يدخل الأعيان (الفيومي، دت، 2\360).

الضرر اصطلاحاً: هو "إلحاق مفسدة بالغير مطلقاً" (الطوفي، 1419هـ، 1\236).

ثانياً: مفهوم الفسخ لغة: من فسخ الشيء يفسخه فسخاً أي نقضه فانقض (ابن منظور، 1414هـ، 3\44). وفسخت العقد فسخاً أي رفعته (الفيومي، دت، 2\472).

الفسخ في الاصطلاح: هو حل ارتباط العقد (السيوطي، 1403هـ، 287). أو هو ارتفاع حكم العقد من الأصل كأن لم يكن (الكاساني، 1406هـ، 5\282).

ثالثاً: الفرق بين الفسخ والانفساخ.

الانفساخ في اللغة: مصدر انفسخ، وهو من النقض والرفع. (ابن منظور، 1414هـ، 3\44). (الفيومي، دت، 2\472).

وأما في الاصطلاح: فيذكر الفقهاء الانفساخ بمعنى زوال العقد بنفسه لاستحالة التنفيذ بسبب طارئ لا إرادي (ابن نجيم، 1419هـ، 292). (السيوطي، 1403هـ، 288-289). (ابن رجب، 1419هـ، 1\490) (الزرقاء، 1425هـ، 1\593).

وعرف القرافي الانفساخ بقوله: "فالفسخ قلب كل واحد من العوضين لصاحبه والانفساخ انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه" (القرافي، دت، 3\269). وبمثله نقل الزركشي عن ابن عبد السلام (الزركشي، 1405هـ، 3\42).

إلا أن هذا المعنى لم يبين مفهوم الانفساخ، وإنما بين العلاقة بين الفسخ والانفساخ، بكون الانفساخ أثر ونتيجة للفسخ إذا رفع العقد بسبب إرادي، فهي علاقة السبب بالمسبب، فإذا فسخ العقد بأحد أسباب الفسخ كوجود الخيارات العقدية فإن الانفساخ يكون نتيجة له، حيث قال القرافي بعد بيانه لمفهوم الانفساخ: "فالأول فعل المتعاقدين أو الحاكم إذا ظفروا بالعقود المحرمة والثاني صفة العوضين فالأول سبب شرعي والثاني حكم شرعي" (القرافي، دت، 3=269). ثم أنه قد قصر الفسخ على العقود المحرمة، مع أنه قد يقع في العقود المحرمة وغير المحرمة، وهذا ما وضحه الزركشي عند بيانه للفسخ والانفساخ، حيث أطلقه ولم يقيد بالعقود المحرمة (الزركشي، 1405هـ، 3\42).

وبعد عرض معنى الانفساخ عند الفقهاء يمكن تعريفه بأنه زوال العقد إما بنفسه، وإما بإرادة المتعاقدين، أو بإرادة أحدهما، وهذا المفهوم هو الذي ذهب إليه الموسوعة الفقهية (الموسوعة الفقهية الكويتية، 1404هـ، 7\24).

وبعد أن بين الباحث مفهوم الانفساخ في الاصطلاح يتضح الفرق بينه وبين الفسخ وذلك، في كون الانفساخ أثراً للفسخ ونتيجة له إن كان الفسخ بسبب إرادي، وأما إن كان العقد في حالة استحيل معها إتمام العقد وبسبب غير إرادي، كأن تلف العين المستأجرة قبل مضي الإجارة فإنه يحكم على العقد حينئذ بالانفساخ (ابن رجب، 1419هـ، 1\490).

والذي سوف يتعلق بموضوع هذا البحث الانفساخ الذي هو أثر للفسخ ونتيجة له.

المطلب الثاني: حقيقة العقود غير اللازمة للطرفين.

أولاً: مفهوم العقد لغة: هو نقيض الحل، عقده يعقده عقداً وتعاقداً، وعقد وعقدت الحبل والبيع والعهد فانهقد. والعقد: العهد، والجمع عقود، وهي أوكد العهود.

ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا، وتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه؛ فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق. والمعاهدة: المعاهدة (ابن منظور، 1414هـ، 3\296-297).

والعقد: من عقدت الحبل عقداً من باب ضرب فانهقد، والعقدة ما يمسكه ويوثقه، ومنه قيل: عقدت البيع ونحوه، وعقدت اليمين وعقدتها بالتشديد، وعاقدته على كذا. ويقال: عقدته عليه بمعنى عاهدته (الفيومي، دت، 2\421).

وعبر التعريف اللغوي للعقد يتبين أن له عدة معان، منها ما يراد به المعنى الحسي كالربط بين شيئين وإحكامهما، كربط طرفي الحبل، ومنها ما يراد

به الربط المعنوي للعقد، والذي أخذ من المعنى الحسي، كقولهم: عقدت البيع وعقدت اليمين.

مفهوم العقد في اصطلاح الفقهاء: العقد في الاصطلاح يطلق على معنيين عامّ وخاصّ.

العقد بالمعنى العامّ: هو كل التزام شرعي تعهد الإنسان على الوفاء به، سواء أكان ناشئاً بإرادة الطرفين كالبيع، أو بإرادة واحدة كاليمين، قال الجصاص: "العقد ما يعقده العاقد على أمر يفعله هو أو يعقد على غيره يفعله على وجه إلزامه إياه... وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، وكذلك النذور" (الجصاص، 1415هـ، 2/370).

المعنى الخاصّ للعقد: هو ما يتوقف على إنشائه إرادة المتعاقدين، جاء في المنثور للزركشي: "العقد ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي، كعقد البيع" (الزركشي، 1405هـ، 2/397). وجاء في مرشد الحيران: "العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه" (باشا، محمد قدرى، 1308هـ، 27).

وهذا المعنى الخاص للعقد هو الشائع المشهور عند الفقهاء (أبو زهرة، 1996م، 175).

ثانياً: اللزوم لغة: اللام والزاي والميم أصل واحد صحيح، يدل على أنّ مصاحبة الشيء بالشيء دائمة، لزم الشيء يلزمه (ابن فارس، 1399هـ، 245\0). ولزم الشيء يلزم لزوماً أي ثبت ودام (الفيومي، دت، 2/552).

اللزوم اصطلاحاً: ولا يكاد يخرج المعنى اللغوي عن المعنى الاصطلاحي، وهو ما يتمتع انفكاكه عن الشيء. (الجرجاني، 1403هـ، 190).

وقد ذكر الشيخ مصطفى الزرقا معنيين للإلزام وللزوم في نظرية العقد، الأول: إنشاء الالتزامات. فيقال: عقد ملزم بمعنى أنه يُنشئ على العاقد التزاماً. والثاني: معنى عدم إمكان رجوع العاقد عن العقد بإرادته المنفردة. فيقال: عقد ملزم، بمعنى أن العاقد لا يحق له فسخ العقد إلا برضا العاقد الآخر (الزرقا، 1425هـ، 1/513).

مفهوم العقود غير اللازمة للطرفين: هي العقود التي يحق لكلا العاقدين فسخها دون توقف رضا العاقد الآخر، وهذه العقود هي: عقد الوكالة، والشركة، والمضاربة، والوديعة، والعارية، والجعالة (ابن قدامة، 1388هـ _ 1389هـ، 3/506). (الزركشي، 1405هـ، 2/398). (السيوطي، 1403هـ، 275). (ابن نجيم، 1419هـ، 290).

المطلب الثالث: خصائص العقود غير اللازمة للطرفين

وقبل بيان خصائص العقود غير اللازمة للطرفين، تجدر الإشارة إلى أن العقود غير اللازمة للطرفين إذا اقتضى فسخها ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما مما له تعلق بالعقد فإنه يصبح العقد حينئذ لازماً، إلا إن أمكن استدراك الضرر بضمأن أو نحوه فيجوز حينئذ الفسخ (ابن رجب، 1419هـ، 1/499). فعقد المضاربة لا ينفذ فيه الفسخ إلا بعد نضوض رأس المال وتحوله أعياناً وأثماناً إن كان فيه ربح لتعلق حق العامل المضارب به، ولا يمكن الوصول له إلا بعد النضوض (الزركشي، 1405هـ، 2/401).

الفرع الأول: انفصال الحقوق البيئية⁽¹⁾

إن من خصائص العقود غير اللازمة انفصال الحقوق البيئية، فلكل من العاقدين في هذا العقود الحق في فسخ العقد دون رضا من الطرف الآخر (ابن قدامة، 1388هـ _ 1389هـ، 3/506). وذلك كما في عقد الوديعة، فإن للوديع فسخ العقد وإعادة العين المودعة إلى المودع، وأيضاً، للمودع فسخ العقد واسترجاع عين ماله من الوديعة عند مطالبته بها (ابن قدامة، 1388هـ _ 1389هـ، 6/436). (الشريبي، 1415هـ، 4/141). وكذلك عقد الوكالة، فلكل من الموكّل والوكيل فسخ العقد دون رضا الطرف الآخر، إلا أن الحنفية اشترطوا عند الفسخ علم الطرف الآخر بالفسخ (الكاساني، 1406هـ، 6/37). ومن صور انفصال الحقوق البيئية في العقود غير اللازمة أن ما ينشأ عن فعل أحد العاقدين من التزامات تقع له وحده، وذلك فيما ذهب إليه جمهور العلماء في عقد الشركة من أن نفاذ تصرف الشريك يكون بما يختص به من التجارة، لكن، إذا غصب الشريك شيئاً أو أتلفه؛ فإنه يختص بضمأنه دون شريكه (الكاساني، 1406هـ، 6/73). (ابن قدامة، 1388هـ _ 1389هـ، 5/16). (الخرشي، 1317هـ، 6/44). ومن ذلك أيضاً إذا وقعت العين مشتركة بين اثنين، فلكل واحد من الشريكين استعمال حقه في العين دون إضرار بصاحبه، وله أيضاً فسخ العقد ببيعها مشاعة دون إذن شريكه، وهذا ما جاء في مرشد الحيران مادة 12: "إذا كانت العين مشتركة بين اثنين أو أكثر فلكل واحد من الشركاء حق الانتفاع بحصته، والتصرف فيها تصرفاً لا يضر بالشريك، وله استغلالها وبيعها مشاعة حيث كانت معلومة القدر بغير إذن الشريك" (محمد قدرى، 1308هـ، ص5).

ومن صور انفصال الحقوق البيئية بين المتعاقدين عقد الوكيل في عقد الوكالة ما أمره به الموكل من بيع أو شراء، فإن حقوق العقد يلتزم بها الوكيل دون الموكل إن لم يصفها الوكيل إليه، فتسليم المبيع وقبض الثمن والرد بالعيب أو بخيار الرؤية تكون للوكيل، بخلاف حكم العقد، فإنه

(1) لم يجد الباحث فيما اطلع عليه مفهوماً للحقوق البيئية، إلا أنه يمكن القول أنها: الالتزامات التي تقع لكل واحد من العاقدين عند إنشاء العقد.

يكون للموكل دون الوكيل (الكاساني، 1406هـ، 33\6). (الشريبي، 1415هـ، 3/245-246).

الفرع الثاني: استقلال الإرادة العقديّة

الإرادة العقديّة: هي القصد إلى إنشاء العقد وإبرامه بما يدل عليه (أحمد صمادي، 2003)، الإرادة العقديّة وشوائبها في الفقه الإسلامي بحث محكم، جامعة الكويت، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، مجلة 16 عدد 52، (181-235). فالإرادة في الشريعة الإسلامية هي منشئة العقد فقط، وأما ما يترتب على العقد من أحكام وأثار؛ فهي من الشارع لا من العاقد، فالعاقد ينشئ العقد فقط (أبو زهرة، 1996م، 217). إلا أن الأحكام والآثار في العقود لا تتم إلا بأمور منها: حرية العاقد في التعاقد ورضائيته (ابن تيمية، 1386هـ، 152). لقوله تعالى في المعاملات المالية: (يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ). (النساء: 29). فجعل الله سبحانه وتعالى الأملاك باقية في سلطان أصحابها، لا تنتقل منهم إلى غيرهم إلا بالتراضي (أبو زهرة، 1996م، 217). ومنها أن الشارع جعل لكل عقد من العقود أثراً يثبت له إذا توافرت أركانه وتحقق شروطه، وليس للعاقد أن يفرّ من أحكام العقد بعد انعقاده إلا إذا تنازل الطرف الثاني عن حقه في التمسك بها، وتراضيا على فك عقده والتخلص من التزاماته (أبو زهرة، 1996م، 218). وأيضاً، وجوب الوفاء بالعقود وتنفيذ أحكامها، ففي قوله تعالى: (يَأْتِيهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ). (المائدة: 1). فالعقد يتعهد ضمناً باحترام نتائجه والالتزام بها (الزرقا، 1425هـ، 1\541).

ويظهر أن للعقد غير اللازمة من الطرفين خاصية في الإرادة العقديّة عن العقود اللازمة، وذلك أن كلا العاقدين مستقل بمطلق الحرية التي باشرها عند إنشاء العقد في الالتزام بالعقد أو الرجوع عنه، فللعاقدين الحرية في الرجوع عن العقد وفسخه ولو بعد الشروع فيه ما لم يترتب على الرجوع حق للغير أو ضرر على أحد المتعاقدين، لكن قبل الرجوع يكون العاقد ملتزماً بنتائج العقد، فانتفاع المستعير بالعارية قبل رجوع المعير جار على حكم المجانية، وليس للمعير أن يطلب عنه عوضاً (الزرقا، 1425هـ، 1\542).

المبحث الثاني

أثر الضرر في فسخ عقود المشاركات

وسوف يبين الباحث في هذا المبحث أثر الضرر في فسخ كلاً من شركتي العقد والمضاربة، ومفهومهما وصفتهما.

المطلب الأول: مفهوم عقدي الشركة والمضاربة وصفتهما

أولاً: مفهوم الشركة في اللغة: هي المخالطة بين الشريكين، يقال: اشتركتنا بمعنى تشاركنا، وقد اشترك الرجلان وتشاركا وشارك أحدهما الآخر (ابن منظور، 1414هـ، 10/448). وهو أن يكون الشيء بين اثنين لا ينفرد به أحدهما، ويقال: شاركت فلانا في الشيء، إذا صرت شريكه (ابن فارس، 1399هـ، 3/265).

واصطلاحاً: هي "الاجتماع في استحقاق أو تصرف" (ابن قدامة، 1388-1389هـ، 3/5).

ثانياً: مفهوم المضاربة في اللغة: من ضرب في الأرض يضرب ضرباً، ومضرباً بفتح الراء، أي سار لابتغاء الرزق (الرازي، 1420هـ، 183). والمضاربة هي القراض، ومأخوذة من الضرب في الأرض لطلب الرزق (ابن منظور، 1414هـ، 1\544).

واصطلاحاً: هي "عقد شركة في الربح بمال من جانب، وعمل من جانب" (ابن عابدين، 1386هـ، 6\645).

ثالثاً: صفة عقدي الشركة والمضاربة:

أولاً: صفة عقد الشركة

اختلف الفقهاء في صفة عقد الشركة على قولين:

القول الأول: وذهب إليه جمهور الفقهاء وهم الحنفية (الكاساني، 1406هـ، 6\77)، ابن عابدين، 1386هـ، (4-327). وابن رشد من المالكية (ابن رشد الحفيد، د.ت، 4\39). والشافعية (الماوردي، 1419هـ، 6\484)، الشريبي، 1415هـ، (3\228). والحنابلة (ابن قدامة، 1389_1388هـ، (5\18)، الهوتي، د.ت، (3\506). حيث قالوا: إن عقد الشركة من العقود الجائزة لكلا العاقدين، فيحق لكل من واحد منهما فسخ العقد دون توقف على رضا الطرف الآخر. واستدلوا بالأدلة الآتية:

- إن عقد الشركة قائم على الوكالة، حيث إن كلا من العاقدين قد أذن لصاحبه بالتصرف في نصيبه (الهوتي، د.ت، 3\506).
- إن مال الشركة في يد كل واحد من الشريكين أمانة؛ لأنه قبضه بإذن صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة، فأصبحت كالوديعة والعارية (الزليعي، 1314هـ، 3\320).

▪ إلا أن الحنفية اشترطوا علم الشريك الآخر بالفسخ؛ لأن الفسخ بغير علم الشريك الآخر إضرار به (الكاساني، 1406هـ، 6\77).

القول الثاني: وذهب إليه المالكية (الرعي، 1412هـ، 5\122)، الدسوقي، د.ت، (3\348). فقالوا: إن عقد الشركة عقد لازم بالعقد، ويستمر هذا اللزوم عندهم إلى أن ينض (والنضوض لغة: من نض الثمن حصل وتعجل، وأهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً قال أبو عبيد إنما يسمونه ناضاً إذا تحول عيناً بعد أن كان متاعاً). (الفيومي، د.ت، 2\610). واصطلاحاً: "خلوص المال ورجوعه عينا كما كان وبه تم العمل".

(الدسوقي، د. ت (3/535). رأس مال الشركة، فلا يفسخ العقد إلا بعد نضوض رأس المال أو تمام العمل المتفق عليه (الدسوقي، د. ت، 3/348). واستدلوا على لزوم عقد الشركة بما يلي:

- إن الشركة من عقود المعاوضات، وعقود المعاوضات تلزم بالعقد ولا تفسخ إلا برضا المتعاقدين كالبيع (أبو الفضل، 1432هـ، 3/1566)، الرعيبي، 1412هـ، (5/123). فكل واحد من الشريكين قد دفع حصة في رأس مال الشركة ببيع بعض ماله ببعض مال الآخر على وجه الشيوغ (الخرشي، 1317هـ، 6/39).

ونوقش: بأن عقود المعاوضات تقوم على معنى الضمان، وهذا المعنى لا يوجد في عقد الشركة لأن كل واحد من الشريكين قد ملك التصرف في نصيب صاحبه بإذنه، لا على وجه المبادلة والاستيثاق (الزرقا، 1425هـ، 1/642-643).

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من كون عقد الشركة من العقود الجائزة لكلا العاقدين؛ لأن مال الشركة في يد كل من العاقدين يكون على وجه الملك في نصيبه والإذن والتصرف في نصيب صاحبه، فملك كل واحد منهما نهي صاحبه عن التصرف في ماله (الهوتي، د. ت، 3/497).

ثانياً: صفة عقد المضاربة

أولاً: صفة عقد المضاربة قبل توظيف المال واشتغاله

ذهب الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، 6/109). والمالكية (الرعيبي، 1412هـ، 5/369). الدسوقي، د. ت، (3/535). والشافعية (الشريبي، 1415هـ، 3/415). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، 5/46). الهوتي، د. ت، (3/522). إلى أن عقد المضاربة قبل توظيف المال واشتغاله من العقود الجائزة لكل من العاقدين، فلهما فسخ العقد دون رضا الطرف الآخر.

وقد نقل ابن رشد إجماع الفقهاء على عدم لزوم عقد المضاربة لكلا العاقدين قبل الشروع في العمل (ابن رشد الحفيد، د. ت، 4/24).

ثانياً: صفة عقد المضاربة بعد توظيف المال واشتغاله

اختلف الفقهاء في صفة عقد المضاربة بعد الشروع في العمل فيها على قولين:

القول الأول: وذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، 6/109). ابن نجيم، د. ت، (7/268). والشافعية (الشيرازي، د. ت، 2/232)، الشريبي، 1415هـ، (3/416). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، 5/46). الهوتي، د. ت، (3/521). حيث قالوا بجواز عقد المضاربة بعد الشروع في العمل، ولكل من العاقدين فسخ العقد. واستدلوا بما يلي:

- أن المضاربة تصرف في مال الغير بإذنه، فيملك كل واحد من العاقدين الفسخ كالوكالة (الشيرازي، د. ت، 2/232).

إلا أن الحنفية اشترطوا لجواز الفسخ علم كل واحد من العاقدين به، وأن يكون رأس المال عيناً من الدراهم أو الدنانير عند الفسخ (الكاساني، 1406هـ، 6/109).

القول الثاني: وذهب إليه المالكية (ابن رشد، د. ت، 4/24)، الدسوقي، د. ت، (3/535). فقالوا بلزوم عقد المضاربة بعد الشروع في العمل. واستدلوا:

- بأن عدم لزوم عقد المضاربة بعد الشروع في العمل ضرر، حيث إن العامل لا يستحق الربح إلا بالعمل، وفي الفسخ قبل انتهاء العمل حرمان له من الربح (القاضي عبد الوهاب، د. ت، 1127)، ابن رشد، د. ت، (4/24).

ونوقش بأن الضرر منتفٍ بفسخ العقد بعد الشروع في العمل، حيث إن العامل قد استحق الربح بعمله إلى حين الفسخ، ويعرف ذلك بالتقويم، كالمستعير إذا غرس أو بنى، كان للمعير أن يدفع قيمة ذلك، لأنه مستحق للأرض (ابن قدامة، 1388_1389هـ، 5/47).

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من جواز فسخ عقد المضاربة بعد الشروع في العمل؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن عقد المضاربة إنما شرع لدفع الحاجتين، حاجة رب المال إلى من يعمل له في ماله لأنه قد لا يهتدي إلى التجارة، وحاجة العامل إلى المال وهو ممن يهتدي إلى التجارة (الكاساني، 1406هـ، 6/79). وهي في بدايتها إذن في التصرف كالوكالة، وفي نهايتها إما شركة وإما جعالة، وكلا هذه العقود غير لازمة (الشريبي، 1415هـ، 3/415).

المطلب الثاني: أثر الضرر في فسخ عقدي الشركة والمضاربة قبل توظيف المال واشتغاله

أولاً: أثر الضرر في فسخ عقد الشركة قبل توظيف المال واشتغاله

إن من مقتضيات عقد الشركة تحقيق الاشتراك في الربح بين الشريكين (الشيرازي، د. ت، 2/158). إلا أنه لو اشترط أحد الشريكين في عقد الشركة تحديد جزء معين من الربح، كأن تكون حصته من الربح عشرة أو مئة، أو ربح هذا المال خاصة، أو ربح إحدى السفرتين، أو ما يربح المال في يوم أو شهر أو سنة معينة؛ فإنه يكون بهذه الشروط قد أضر بشريكه لمخالفة مقتضى الشركة (الهوتي، 1414هـ، 2/209). ولأنه من الجائز ألا يتحقق الربح إلا في القدر المعين، فيكون التعيين منافياً لمقتضى عقد الشركة، وهو الاشتراك في الربح (الكاساني، 1406هـ، 6/59).

وقد ذهب الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، (6/59)، ابن همام، 1389هـ، (6/183)، والمالكية (الخرشي، 1317هـ، (6/45)، السوقي، د.ت، (3/354). والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/228). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/28)، الهوتي، د.ت، (2/209). على أن هذا الشرط مفسد لعقد الشركة، ويوجب منه فسخ العقد إن لم يذهب المال ويشتغل، لأن الشريك إذا شرط دراهم معلومة، احتمل ألا يربح غيرها فيحصل على جميع الربح، واحتمل ألا يربحها فيأخذ من رأس المال جزءاً، أو قد يكون الربح كثيراً فيستتصر من شرطت له الدراهم المعلومة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/28).

ثانياً: أثر الضرر في فسخ عقد المضاربة قبل توظيف المال واشتغاله

لا تكاد تختلف صورة الضرر في عقد الشركة عنها في المضاربة في كون اشتراط أحد الشريكين في العقد جزءاً معيناً من الربح مخالفاً لمقتضى العقد الذي ينص على حق الاشتراك لكلا العاقدين في الربح؛ لأن المضاربة نوع من الشركة، وهي الشركة في الربح، وهذا شرط يوجب قطع الشركة فيه (الكاساني، 1407هـ، (6/86). ولأن العامل يستتبر إذا قارضه رب المال على جزء معلوم كدراهم معلومة، إذ قد لا يربح المضارب إلا هذا القدر المذكور، فيؤدي إلى اختصاص أحدهما بالربح، فلا تتحقق الشركة في الربح، وهذا خلاف المضاربة (الشريبي، 1415هـ، (3/404). وقد ذهب الفقهاء من الحنفية (السرخسي، د.ت، (22/22)، الكاساني، 1406هـ، (6/86). والمالكية (ابن شاس، 1423هـ، (3/901)، السوقي، د.ت، (3/517). والشافعية (الشيرازي، د.ت، (2/227)، الشريبي، 1415هـ، (3/404). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/28)، برهان الدين ابن مفلح، 1418هـ، (4/369). إلى أن هذا الشرط يفسخ عقد المضاربة؛ لأن فيه إضراراً بحق العامل، إذ إنه قد لا يربح إلا الجزء المشروط، فيضيع عليه عمله ولا يتحقق له شيء من الربح، فلا بد أن تكون حصة العامل معلومة بالأجزاء لما تعذر كونها معلومة بالقدر، فإذا جهلت الأجزاء فسدت، كما لو جهل القدر فيما يشترط أن يكون معلوماً به، ولأن العامل متى شرط لنفسه دراهم معلومة ربما تواني في طلب الربح لعدم فائدته فيه، وحصول نفعه لغيره، بخلاف ما إذا كان له جزء منه (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/28). وقد نقل ابن المنذر إجماع الفقهاء على إبطال العقد بهذا الشرط، فقال: "وأجمعوا على إبطال القراض الذي يشترط أحدهما أو كلاهما لنفسه دراهم معلومة (ابن المنذر، 1425هـ، (ص: 102).

المطلب الثالث: أثر الضرر في فسخ عقدي الشركة والمضاربة بعد توظيف المال واشتغاله

أولاً: أثر الضرر في فسخ عقد الشركة بعد توظيف المال واشتغاله.

إن عمل كل واحد من الشريكين في عقد الشركة يقوم على أساس الملك في نصيبه والوكالة في نصيب شريكه؛ لأنه متصرف بجهة الإذن (الهوتي، د.ت، (3/497). والمال المشترك لا يجوز لأحد الشريكين الاستبداد في التصرف فيه إلا بإذن صاحبه (الشريبي، 1415هـ، (3/224). فلو اشترط أحد الشريكين على صاحبه ألا يخرج بمال الشركة وكان له فيه غرض، فخالف الشريك شرط صاحبه وخرج بالمال؛ فإنه يكون ضامناً حصة صاحبه، لأنه عقد يصح تخصيصه بنوع، فصح تخصيصه برجل وبلد معينين كالوكالة (الهوتي، د.ت، (3/504). ولأنه بخروجه بالمال مع مخالفة شرط شريكه أشبه بما لو كان غاصباً للمال، فيفسد العقد بمخالفته أمر شريكه (ابن عابدين، 1386هـ، (4/321). وذهب الفقهاء من الحنفية (ابن نجيم، د.ت، (5/194)، ابن عابدين، 1386هـ، (4/321). والمالكية (الرعي، 1412هـ، (5/134)، الدسوقي، د.ت، (3/359). والشافعية (المهذب، د.ت، (2/157). الشريبي، 1315هـ، (3/227). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/16)، الهوتي، د.ت، (3/504). إلى أن عقد الشركة يتقيد بما قيد به أحد الشريكين صاحبه، ولا يجوز له مخالفة شرط صاحبه إن كان له فيه غرض صحيح، فإن شرط أحد العاقدين فيها على عدم الاستبداد لزم ذلك صاحبه (الرعي، 1412هـ، (5/134). فلو خالف أحد الشريكين وتصرف بالمال، فإن عقد الشركة يفسخ في نصيب شريكه، ويضمن الشريك المخالف حصة صاحبه؛ لأن الشركة مبنية على الوكالة والأمانة، فكل واحد منهما يدفع المال إلى صاحبه أمانة، ويأذن له في التصرف فيه (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/16). وإن خالف الشريك شرط صاحبه وخرج بالمال، فاشتري وبيع، هل يكون الربح شركة بينهما؟

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: وذهب إليه الحنفية (ابن نجيم، د.ت، (5/194). والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/227). فقالوا: إن تصرف الشريك المخالف لشرط صاحبه إنما ينفذ في نصيبه، فيكون الربح والخسارة عليه، ويضمن مال صاحبه (ابن عابدين، 1386هـ، (4/321). واستدلوا على ذلك: - بأن الشريك إنما يتصرف بمال صاحبه بإذنه، فإن خالف وتصرف على غير وجه ما أذن له به كان كالغاصب (ابن نجيم، د.ت، (5/194). ونوقش بأن الشريك وإن خالف قيد صاحبه من وجه، فهو قد عمل في مال نفسه من وجه آخر (الماوردي، 1419هـ، (6/482). والقول الثاني: ذهب إليه المالكية (الدسوقي، د.ت، (3/354). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/15). فقالوا: إن خالف الشريك أمر صاحبه، وحصل له فيه ربح؛ فإن الربح يقسم بينهما على قدر رؤوس أموالهما، ويرجع كل واحد منهما بأجر عمله. واستدلوا على ذلك:

- بأن الأصل أن يكون ربح كل مال مالكة، لأنه نماء ماله فاستحقه، وإنما ترك ذلك بالعقد الصحيح، فإذا لم يكن العقد صحيحاً بقي الحكم على مقتضى الأصل (ابن قدامة، 1388_1389هـ، 5/16). ويرجع كل شريك بأجرة عمله، لأنه عمل في نصيب شريكه وابتغى الفضل فيه، فوجب أن يقابل العمل فيه عوض (البهوتي، د.ت، 3/505).

وزاد الحنابلة فقالوا: إن تميّز مال كل واحد من العاقدين عن الآخر وحصل فيه ربح معلوم، كان له ربح ماله، ولو ربح في جزء من ماله ربحتاً متميزاً وباقية مختلط؛ كان له ما تميز من ربح ماله، وله حصته باقي ماله من الربح (البهوتي، د.ت، 3/505).

والراجح ما ذهب إليه المالكية والحنابلة لقوة ما استدلوا به، ولأن ربح الشريك المخالف لم يكن لولا مال الشركة الذي منه مال صاحبه، فلا ينبغي منعه منه إن وجد، وإن عمل الشريك المخالف مع وجود الربح استحق به الأجرة.

ثانياً: أثر الضرر في فسخ عقد المضاربة بعد توظيف المال واشتغاله

والمضاربة عقد شركة في الربح، حيث إنها تقوم على مال أحد الشريكين وعمل الآخر (الزبيلي، 1314هـ، 5/52). ولا يملك العامل التصرف في عقد المضاربة إلا بالإذن (برهان الدين ابن مفلح، 1418هـ، 4/370). فلو سافر العامل في عقد المضاربة وقد شرط رب المال عليه عدم السفر ونهاه، وكان له فيه غرض صحيح وخالف وسافر بالمال؛ فإنه يكون ضامناً له، ويفسد عقد المضاربة بمخالفته شرط رب المال، لأنه تصرف لا على الوجه المأذون له فيه (الكاساني، 1406هـ، 6/98). ولأن السفر مظنة الخطر، والعامل مأمور بالنظر والاحتياط، وليس في السفر احتياط لأن فيه تغيراً بالمال (الشيرازي، د.ت، 2/231). ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "إن المسافر عن نفسه وماله لعلى قلت، إلا ما وقى الله تعالى" (الدليعي، الفردوس بمأثور الخطاب، 1406هـ، باب اللام من حديث أبو هريرة (3/353-354) (ابن حجر، 1419هـ، وقد ضعفه ابن حجر في التلخيص الحبير (3/215) (ابن الملقن، 1425هـ، قال: هذا الحديث غريب؛ ليس في الكتب الستة ولا المسانيد (7/305). أي هلاك، ولا يجوز له التغير بالمال بغير إذن مالكة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، 30/5).

وذهب الفقهاء من الحنفية (السرخسي، د.ت، 22/40)، الكاساني، 1406هـ، 6/98). والمالكية (ابن شاس، 1423هـ، 3/906)، الدسوقي، د.ت (3/524). والشافعية (الشيرازي، د.ت، 2/231)، الشربيني، 1415هـ (3/411). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، 5/39)، برهان الدين ابن مفلح، 1418هـ، 4/370). على أن العامل في عقد المضاربة إن خالف ما اشترطه عليه رب المال بمنعه من السفر وسافر؛ فإنه يكون ضامناً للمال بمخالفته، ويفسخ عقد المضاربة، لأنه تصرف في مال غيره بغير إذنه فلزمه الضمان والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، 5/39). ولأن شرط رب المال بعدم السفر شرط مفيد لصاحب المال ليكون ماله محفوظاً في المصر، وليتمكن منه متى شاء، فيتقيد الأمر بما قيده به (السرخسي، د.ت، 22/40).

وإن خالف العامل في عقد المضاربة وسافر وربح، فقد فصل الفقهاء ذلك في كتبهم بالآتي:

فالحنفية قالوا: إن خالف العامل شرط رب المال وسافر بالمال؛ فإنه يكون ضامناً له، وله ربحه وعليه خسارته، وعند أبي حنيفة ومحمد: لا يطيب له الربح، وعند أبي يوسف يطيب (الكاساني، 1406هـ، 6/98).

وأما المالكية؛ فقالوا: إن خالف العامل وخرج بالمال واتجر وربح؛ فإنه يكون ضامناً للمال، وله قسطه من الربح (ابن شاس، 1423هـ، 3/906). وأما الشافعية (الشربيني، 1415هـ، 3/408). والحنابلة (البهوتي، د.ت، 3/512-513). فقالوا: إن خالف العامل شرط رب المال وسافر به وربح، فإن الربح يكون لرب المال لأنه نماء ملكه، وللعامل أجرة عمله (الشربيني، 1415هـ، 3/408).

والراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من كون ربح المال لصاحبه، وللعامل أجرة عمله، فمن حيث صاحب المال؛ لأنه نماء ماله. وأما العامل؛ فإنما وجب رد عمله عليه، وذلك متعذر، فوجب له أجرة المثل فيما تصرف، ولأن رب المال رضي بالبيع وأخذ الربح فاستحق العامل عوضاً (البهوتي، د.ت، 3/512-513).

المبحث الثالث: أثر الضرر في فسخ عقد الوكالة

المطلب الأول: مفهوم عقد الوكالة وصفته

أولاً: مفهوم الوكالة في اللغة: الواو والكاف واللام: أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك (ابن فارس، 1399هـ، 6/136). ووكلت أمري إلى فلان، أي ألقته إليه واعتمدت فيه عليه (ابن منظور، 1414هـ، 11/734).

وفي الاصطلاح: هي "إقامة الإنسان غيره مقام نفسه في تصرف معلوم" (ابن نجيم، د.ت، 7/139).

ثانياً: صفة عقد الوكالة:

ذهب الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، 6/37)، ابن عابدين، 1386هـ، 5/536). والمالكية (ابن رشد الحفيد، د.ت، 4/86)، الرعي، 1412هـ، 5/188). والشافعية (الماوردي، 1419هـ، 6/511). الشربيني، 1415هـ، 3/257). والحنابلة (ابن قدامة،

1388_1389هـ، (5/88)، الهوتي، د. ت، (3/468). على أن عقد الوكالة من العقود غير اللازمة من الطرفين، فلكل من العاقدين الحق في فسخ العقد دون رضا الطرف الآخر، فهي جائزة في جانب الموكل لأنه قد يرى المصلحة في ترك ما وُكِّل فيه أو توكيل آخر، ومن جانب الوكيل جائزة أيضاً؛ لأنه قد لا يتفرغ لما وُكِّل فيه، فيكون اللزوم مضراً بهما (الشريبي، 1415هـ، (3/257). ولأنها من جهة الموكل إذن، ومن جهة الوكيل بذل نفع، وكلاهما جائز (الهوتي، د. ت، (3/468).
إلا أن الحنفية اشترطوا الإعلام بالفسخ إن أمكن ذلك، أو الإشهاد عليه (الكاساني، 1406هـ، (6/37).

المطلب الثاني: أثر الضرر في فسخ عقد الوكالة إذا كان مرتبطاً وتعلق بحق شخص ثالث

عقد الوكالة من العقود غير اللازمة عند الفقهاء، فلكلا العاقدين الحق في الفسخ دون رضا الطرف الآخر، إلا إن كان عقد الوكالة مرتبطاً بحق للغير ومتعلقاً به، فيتوقف فسخ العقد على رضا صاحب الحق حتى لا يضيع حق الشخص الذي تعلق به عقد الوكالة (الكاساني، 1406هـ، (6/38). ومن ذلك ما لو طلب المرتهن من الراهن توكيل من يبيع العين المرهونة عند حلول أجل الدين، فإن الموكل لا يعزل الوكيل عن الوكالة إلا برضا المرتهن، والوكيل لا يعزل أيضاً إلا برضا من تعلق حقه بالعقد وهو المرتهن (الكاساني، 1406هـ، (6/38). إلا أنه لو أصبح في إتمام العقد ضرر استلزم من ذلك فسخه حفظاً لمن تعلق له حق به. وسوف يبين الباحث بعض حالات الضرر التي ذكرها الفقهاء في كتبهم وأثرها في فسخ العقد:

الحالة الأولى: إن تصرف الوكيل في عقد الوكالة لا يكون إلا من جهة إذن الموكل، فإن وكل الموكل الوكيل ببيع سلعة له لا يكون بيعه لها إلا بما فيه نفع له؛ لأن عليه الاحتياط وطلب الحظ لموكله (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/98). فإن باع الوكيل بالبيع سلعة موكله بغبن فاحش كان في تصرفه ضرر على موكله؛ لأن الوكيل مأمور بالنصح لموكله، وفي النقصان عن ثمن المثل في البيع ضرر وترك للنصح له (الشيرازي، د. ت، (2/172)، وعلى هذا، إن وكل الراهن وكيلاً ببيع العين المرهونة عند حلول أجل الدين بناء على طلب المرتهن، وجب على الوكيل بيعها بثمن المثل، وقد اختلف الفقهاء إن خالف الوكيل وباع بغبن فاحش ينقص عن قيمة الدين على قولين:

القول الأول: ذهب إليه جمهور الفقهاء، وهم: أبو يوسف ومحمد من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، (6/27)) والمالكية (ابن رشد الحفيد، د. ت، (4/87)، خليل، 1317هـ، (6/73)) والشافعية (النووي، 1412هـ، (4/91)، الشريبي، 1415هـ، (3/243)) والحنابلة (برهان الدين، 1418هـ، (4/337)) حيث قالوا بعدم جواز بيع الوكيل في عقد الوكالة المطلقة بالبيع بغبن فاحش. واستدلوا على ذلك:
- بأن الوكيل مأمور بالاحتياط وبما فيه نفع موكله، ولأن الغرض من البيع تحصيل ما فيه حظ لموكله (الشريبي، 1415هـ، (3/251)؛ ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/98).

القول الثاني: ذهب إليه أبو حنيفة، فقال: إن عقد الوكالة بالبيع إذا أطلق ولم يحدد الموكل للوكيل ثمنًا معينًا يبيع به؛ فإن له أن يبيع بأي قدر كان بمثل قيمته، أو بأقل منه بقدر ما يتغابن الناس فيه، واستدلوا على ذلك بأن الأمر بالبيع مطلق، ولا يجوز تقييده إلا بدليل، والعرف متعارض فلا يصلح تقييده به، ولأن الأصل في اللفظ المطلق أن يجري على إطلاقه (الكاساني، 1405هـ، (6/27).

ونوقش بأن الوكالة بالبيع هي توكيل مطلق في عقد المعاوضة فاقتضى ثمن المثل (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/98) ولأن البيع المطلق ينصرف فيه إلى البيع المتعارف عليه، والبيع بغبن فاحش ليس بمتعارف عليه، فلا ينصرف إليه (ابن همام، 1389هـ، (8/77).

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بعدم جواز بيع الوكيل في عقد الوكالة بالبيع بالغبن الفاحش عند إطلاق العقد؛ لأن الوكالة بذل نفع ومعونة من الوكيل لموكله (الماوردي، 1419هـ، (6/503)؛ الهوتي، د. ت، (3/468)) ولا يتصور ذلك في البيع بغبن فاحش، ولأنها عقد ارتبط به غرض وهو حق المرتهن بثمن العين المرهونة. فإن باعها الوكيل بغبن فاحش يكون أقدر أضر به إذا لم يتمكن من استيفاء حقه جميعه منها، ومن مثله لموكله، لأنه قد يكون له فضل من قيمتها عند بيعها بثمن المثل فينتفع به، ويفسخ عقد الوكالة، ويضمن الوكيل؛ لأن الوكيل مطالب بالاحتياط وطلب الحظ لموكله (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/98).

فإن باع الوكيل دون ثمن المثل بغبن فاحش؛ فقد ذهب الجمهور إلى تضمين الوكيل، وتفصيل ذلك كما يلي:

قال المالكية: إن الموكل مخير بين القبول والرد، فإن ردها كان له أخذها من المشتري، وإن تداولته الأملاك فله أخذها بأي ثمن شاء كالشفيع (الدسوقي، د. ت، (3/251) فإن فاتت فإنه يضمن حينئذ قيمتها لتعديبه إلا أن يجيز الموكل فعله ويأخذ ما باع به (الخرشي، 1317هـ، (6/73).

وأما الشافعية؛ فقالوا: إن باع الوكيل العين المرهونة بغبن فاحش ينقص عن قيمة الدين؛ كان بيعه غير صحيح، وعلى الوكيل إرجاع العين إن كانت موجودة، فإن فاتت فالراهن بالخيار في تغريم من شاء من المشتري أو الوكيل كمال قيمته (النووي، 1412هـ، (4/91).

ووافق الحنابلة الشافعية في كون البيع باطلاً، ووجب رد المبيع إن كان باقياً، وقالوا: إن تعذر إرجاع المبيع للمرتهن تضمين من شاء من الوكيل أو المشتري بأقل الأمرين من قيمة الرهن أو قدر الدين؛ لأنه يقبض قيمة الرهن مستوفياً حقه لا رهناً، فلذلك لم يكن له أن يقبض أكثر من دينه (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (4/266).

والراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من كون بيع الوكيل السلعة بغبن فاحش بيعا غير صحيح، ويجب عليه إرجاعها إن كانت موجودة، أو يضمن قيمتها إن فاتت، لأن في بيع الوكيل سلعة موكله بالغبن إخراج ملكه عنه بما هو ضرر عليه.

الحالة الثانية: من الحالات التي يصبح بها عقد الوكالة متعلقا بحق شخص ثالث الوكالة بالخصومة (وهي الوكالة في إثبات حق اليهودي، د. ت، (3/483)) فإن خاصم الوكيل عن موكله عند القاضي أكثر من ثلاث جلسات؛ فإن عقد الوكالة تعلق به إثبات حق الخصم على الوكيل الذي ارتضاه الموكل في الخصومة (الكاساني، 1406هـ، (6/22)؛ الدسوقي، د. ت، (3/379)).

فإن ظهر من الوكيل ميل ومحاباة مع الخصم أو تفریط فسخ عقد الوكالة لخيانته ودفعاً للضرر (الرعيبي، 1412هـ، (5/188) لحديث النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار" (أخرجه الإمام مالك، كتاب الأفضية باب القضاء والمرافق (2/745)؛ وأخرجه ابن ماجة، في سننه عن ابن عباس في أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم 2341 (3/432)؛ وصححه الألباني، 1405هـ، في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، (3/408)).

فالموكل إذا وكل من يخاصم عنه، وناشب الخصم عند القاضي؛ فليس له عزله إلا بعذر، أو يكون قد ظهر إليه من وكيله ميل مع خصمه ومسامحة في حقه، فيكون له أن يعزله ويولي غيره، أو يخاصم لنفسه (ابن رشد، 1408هـ، (9/236)).

قال ابن فرحون: "للموكل عزل وكيله ما لم يناسب الخصومة، فإن كان الوكيل قد ناشب خصمه وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر فليس له عزله، إلا أن يظهر منه غش أو تدخيل في خصومته، وميل مع المخاصم له فله عزله" (ابن فرحون، 1406هـ، (1/181)).

وكذلك يفسخ عقد الوكالة في الخصومة إن علم الوكيل ظلم موكله أو تعنته في الخصومة (اليهودي، د. ت، (3/483))، لقوله تعالى: (وَلَا تَكُنْ لِلْخَائِبِينَ خَصِيمًا) (النساء: 105).

المطلب الثالث: أثر الضرر في فسخ عقد الوكالة، إذا كان العقد مرتبطا بأجر متفق عليه

عقد الوكالة من العقود الجائزة دون اللازمة؛ لأنها إرفاق ومعونة، فإن عين فيها الزمن إلى مدة معلومة وصفة العمل الذي يستوفي بها أصبحت كالإجارة (المواردي، 1419هـ، (6/511)) إلا أنه إذا لم يلزم تقريرها بزمن مع ما تضمنتها من صفة العمل أصبحت جعلية غير لازمة لكل من العاقدين قبل الشروع في العمل، وأما بعد الشروع؛ فهي لازمة على الموكل (الدسوقي، د. ت، (3/397)).

وعلى هذا، فإن اشترط الموكل للوكيل أجرة، وعين له بيع سلعة، وحدد له السوق أو الشخص أو الثمن الذي يبيع به، وكان للموكل في ذلك غرض صحيح، كأن كان السوق معروفا بجودة النقد، أو كثرة الثمن، أو صلاح أهله، أو مودة بين الموكل وبينهم (الدسوقي، د. ت، (3/397)) وجب على الوكيل أن يتقيد بما حدد له الموكل، ولا يملك من التصرف إلا الذي حدده الموكل (الدسوقي، د. ت، (3/397)).

وذهب الفقهاء من الحنفية (السرخسي، د. ت، (19/55)) والمالكية (الدسوقي، د. ت، (3/383)) والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/250)) والحنابلة (اليهودي، د. ت، (3/480)) على أنه إن خاف الموكل على ثمن سلعة أمر الوكيل ببيعها، وكان الثمن مما يستتبر بحفظه في الحال، أو يخاف عليه من التلف، أو حدد له شخصا يعينه ببيع السلعة له لمودة بينهما، فخالف الوكيل أمر موكله؛ فلا ينفذ بيعه ويكون ضامنا لتعديده (السرخسي، د. ت، (19/55)) ويفسخ الموكل عقد الوكالة وإن كان العقد لازما عليه بعد شروع الوكيل؛ لأنه قد نص على أمر له فيه غرض ولم يلتزم الوكيل به، فلم يجز تفويته (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/95)).

وقد ذهب الفقهاء الأربعة على تضمين الوكيل المخالف، إلا أنهم اختلفوا في كيفية تضمين الوكيل المخالف لأمر موكله على تفصيل:

فقال الحنفية (السرخسي، د. ت، (19/54-55))، الكاساني، 1406هـ، (6/27)؛ إن خالف الوكيل أمر موكله، كأن حدد له الثمن فباع بأنقص منه، فإن الموكل يخير بين القبول والرد، فإن باع وسلم الوكيل المال إلى المشتري، وكان بأنقص مما قدر له ضمن الموكل النقص (علي حيدر، 1411هـ، (3/610)) وإن اشترى ما هو أكثر مما قدر له غير ما وصفه له؛ فإن المبيع يلزم الوكيل دون الموكل (الكاساني، 1406هـ، (6/29)).

وإن خالف الوكيل قيد موكله بعدم البيع خارج المصر، فخرج وباع؛ فإن يبيعه لا ينفذ، ويكون ضامنا بالإخراج (السرخسي، د. ت، (19/54-55)). وأما المالكية (الخرشي، 1317هـ، (6/73))؛ فقد وافقوا الحنفية في أنه إن خالف الوكيل أمر موكله، كأن حدد له المكان فباع في غيره، فإن الموكل يكون مغيرا بين القبول والرد، وإن اشترى ما هو مخالف لما أمر فإن المبيع يلزم الوكيل دون الموكل (الدسوقي، د. ت، (3/383-384)).

وأما الشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/253))، والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/97))؛ فقالوا: إن خالف الوكيل أمر موكله، وكان له فيه غرض صحيح، كأن باع بأنقص مما قدره له، أو اشترى بأكثر مما قدره له؛ فإن فعله باطل، ويكون الوكيل ضامنا للمخالفة، لأن الموكل لم يرض بخروج ملكه، وذلك وجه مخالفته له (الشريبي، 1415هـ، (3/253)).

المبحث الرابع: أثر الضرر في فسخ عقدي الجعالة والوديعة

المطلب الأول: أثر الضرر في فسخ عقد الجعالة

أولاً: مفهوم عقد الجعالة

الجعالة لغة: من الجعل، الأجر على الشيء فعلاً أو قولاً (ابن منظور، 1414هـ، (111/11)) والجعل والجعالة والجعيلة: ما يجعل للإنسان على الأمر بفعله (ابن فارس، 1399هـ، (1/460)).

واصطلاحاً: هي "التزام عوض معلوم على عمل معين أو مجهول عسر عمله" (الشريبي، 1415هـ، (3/617)).

ثانياً: صفة عقد الجعالة:

إن عقد الجعالة من العقود غير اللازمة لكل من المتعاقدين، ويحق لكل من الطرفين فسخ العقد قبل الشروع في العمل عند جمهور الفقهاء من المالكية (ابن شاس، 1423هـ، (3/945)) والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/624)) والحنابلة (المهوتي، 1414هـ، (2/373))، دون أن يترتب على ذلك أي أثر؛ لأنها من جهة الجاعل تعليق استحقاق بشرط، ومن جهة العامل أيضاً غير لازمة لأن العمل فيها مجهول، فأشبهت المضاربة (زكريا الأنصاري، د.ت، (2/442)).

أما بعد الشروع في العمل؛ فقد فرق الفقهاء بين إن كان الفسخ من جهة الجاعل أم كان من جهة المجمعول له على النحو التالي:

الحالة الأولى: إن كان الفسخ من جهة المجمعول له بعد الشروع في العمل.

ذهب الفقهاء من المالكية (ابن رشد، 1408هـ، (2/179)) والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/624)) والحنابلة (ابن قدامة، 1389_1389هـ، (6/94)) إلى أنه إن كان الفسخ من جهة المجمعول له "العامل" فإن فسخه يعدّ نافذاً، ولا يتوقف على رضا الجاعل؛ لأن العقد من جهته غير لازم. واستدلوا على ذلك بما يلي:

- أنه لما جاز العمل الذي يعمل المجمعول له أن يكون مجهولاً، جاز له الترك متى شاء ولم يلزمه (ابن رشد، 1408هـ، (2/179)).
- أن الحق بعد الشروع في العمل للمجمعول له، فإن فسخ ولم يتم العمل فلا شيء له؛ لأنه لم يحصل غرض المالك سواء أوقع العمل مسلماً أم لا (زكريا الأنصاري، د.ت، (2/442)).
- أن العامل قد أسقط حق نفسه، فلم يأت بما شرط عليه العوض، ويصير كعامل المضاربة إذا فسخ قبل ظهور الربح (ابن قدامة، 1389_1389هـ، (6/94)).

وزاد المالكية (ابن شاس، 1423هـ، (3/945)) حالة ما لو فسخ العامل العقد قبل تمام المنفعة التي وقع العقد عليها، وقد انتفع الجاعل بجزء مما عمل العامل؛ فإن عقد الجعالة لا يجوز، ومثل ذلك الجعل على حفر الآبار، فلا يجوز إلا فيما لا يملك من الأرضين؛ لأن ما يملك من الأرضين إن ترك المجمعول له العمل بعد أن حفر بعض البئر انتفع الجاعل بما حفر منها بوجوه كثيرة من وجوه المنافع، بخلاف ما لا يملك من الأرضين كالأرض الموات (ابن رشد، 1408هـ، (2/180)) ولأنه يبقى للجاعل فيه منفعة إن لم يتم المجمعول له العمل (الخرشي، 1317هـ، (7/63)).

الحالة الثانية: إن كان الفسخ من جهة الجاعل وقد شرع العامل في العمل

اختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب إليه المالكية (ابن رشد، 1408هـ، (2/179))؛ ابن شاس، 1423هـ، (3/945)) فقالوا: إن عقد الجعالة بعد شروع العامل في العمل لا يحتمل الفسخ، ويصبح لازماً في حق الجاعل بعد شروع العامل فيه. واستدلوا على ذلك:

- لأن في الفسخ بعد شروع العامل إبطالا لعمله (ابن رشد، 1408هـ، (2/179)).

ويناقش بأن فسخ الجاعل بعد شروع العامل في العمل قد احتيط عنه بأجرة المثل (الشريبي، 1415هـ، (3/625)).

القول الثاني: ذهب إليه الشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/625)) والحنابلة (المهوتي، د.ت، (4/206)) فقالوا: يجوز للجاعل فسخ عقد الجعالة ولو كان بعد شروع العامل في العمل؛ لأن الجعالة عقد غير لازم عندهم إلا بتمام العمل، ولكن يستحق العامل أجرة المثل لأنه عمل بعوض ولم يسلم له ((المهوتي، د.ت، (4/206)) واستدلوا بما يلي:

- أنه إذا ارتفع العقد لم يجب المسعى كسائر الفسوخ، لكن عمل العامل وقع محترماً؛ فلا يفوت عليه، فرجع إلى بدله وهو أجرة المثل ((الشريبي، 1415هـ، (3/625))

- قياس عمل العامل في الجعالة على عقد المضاربة، وإن كان العقد غير لازم فليس للجاعل إبطال عمله عليه، كالمضاربة؛ فإذا رجع فيها رب المال بعد عمل العامل لزمه تمكين العامل من بيع ما اشتراه لئلا يفوت عليه عمله بالرجوع وإن كان العقد غير لازم (الماوردي، 1419هـ، (8/32)).

والقول الراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من كون عقد الجعالة عقداً غير لازم لكلا العاقدين ولو بعد الشروع في العمل؛ لقوة ما استدلوا به، ولأن عقد الجعالة إنما وضع على التعاون والإرفاق، ولهذا كانت شروطه أخف، وحكمه أضعف (الماوردي، 1419هـ، (8/31)).

ثالثاً: أثر الضرر في فسخ عقد الجعالة

ولما كان العمل في عقد الجعالة غير لازم لم يجب كونه معلوماً، بل جاز وإن كان مجهولاً، بخلاف العوض في عقد الجعالة؛ فقد اشترط جمهور الفقهاء من المالكية (ابن رشد، 1408هـ، (2/177)) والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/620)) والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (6/96)) أن يكون العوض معلوماً؛ لأنه لازم على الجاعل بعد إتمام العمل، وعلى هذا، إن أتم العامل العمل فقد استحق المسمى من الجعل (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (6/94)).

وتتضح حالة الضرر في عقد الجعالة فيما لو ظهر التنازع والاختلاف بين الجاعل والعامل بعد شروعه في العمل وقبل إتمام العقد على العوض المسمى، كأن قال العامل: قد شرط لي مئة، وقال الجاعل: بل خمسون، وحلف كل واحد منهما بالله على إثبات قوله ونفي قول صاحبه، وهذا كما في عقد الإجارة إذا اختلف المؤجر والمستأجر في قدر الأجرة، وبهذه الحالة يفسخ عقد الجعالة (الشريبي، 1415هـ، (3/627))؛ ابن أبي عمر، 1415هـ، (16/172)).

وذهب جمهور الفقهاء إلى اشتراط معلومية العوض لجواز عقد الجعالة. واستدلوا بما يلي:

- إن عقد الجعالة أجز للحاجة مع جهالة العمل، فإن ارتبط معه جهالة العوض أصبح العقد فاسداً؛ لجهل الجعل وعدم القدرة على تسليمه (الشريبي، 1415هـ، (3/620)).
- إن كل واحد من المتعاقدين لم يرضَ بما قدر صاحبه؛ فوجب الرجوع إلى أجرة المثل عند الشافعية (زكريا الأنصاري، د. ت، (2/442)) والحنابلة (البهوتي، د. ت، (4/206)) وجعل المثل عند المالكية (ابن شاس، 1423هـ، (3/946)).

المطلب الثاني: أثر الضرر في فسخ عقد الوديعة

أولاً: مفهوم عقد الوديعة

الوديعة لغة: من ودع، فالواو والداو والعين: أصل واحد يدل على الترك والتخليه (ابن فارس، 1399هـ، (6/96)) وجمعها ودائع، فيقال: أودعت زيدا مالا أي دفعته إليه ليكون عنده وديعة (الفيومي، د. ت، (2/653)).

الوديعة اصطلاحاً: هي "المال الموضوع عند الغير ليحفظه" (الرافعي، 1417هـ، (7/286)) وزاد الحنابلة بلا عوض (البهوتي، 1414هـ، (2/352)).

ثانياً: صفة عقد الوديعة

عقد الوديعة من العقود الجائزة، ويحق فيها لكلا الطرفين المودع والقابل فسخ العقد دون رضا الطرف الآخر أو موافقته باتفاق جمهور الفقهاء من الحنفية (ابن نجيم، 1419هـ، (ص290)) والمالكية (الخرشي، 1317هـ، (6/119)) والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (4/141)) والحنابلة (البهوتي، د. ت، (4/167)) فمتى ما أراد المودع أخذ وديعته لزم المستودع ردها؛ لقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) (النساء: 58) فإن أراد المستودع ردها على صاحبها لزمه قبولها؛ لأن المستودع متبرع بإمساكها؛ فلا يلزمه التبرع في المستقبل (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (6/436)).

ثالثاً: أثر الضرر في فسخ الوديعة

إن عقد الوديعة من العقود الجائزة لكلا العاقدين، فللمودع الرجوع عن العقد واسترجاع الوديعة من الوديع دون رضاه، ويلزم على الوديع إرجاعها إليه، وأيضاً، للوديع الرجوع عن العقد وفسخه دون رضا المودع ويلزمه قبولها؛ لأن حفظ الوديعة معروف وإحسان، وهو متبرع بإمساكها فلا يلزمه التبرع في المستقبل (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (6/436)).

وأما إن كان عقد الوديعة منعقداً، وأصبح في إتمامه ضرر؛ استلزم منه فسخ العقد، وترتبت عليه آثاره، وسوف يعرض الباحث بعض صور الضرر في فسخ عقد الوديعة، وما يترتب عليها من آثار:

▪ الحالة الأولى: من الحالات التي يفسخ بها عقد الوديعة للضرر خلط الوديع الوديعة بغير إذن من صاحبها، سواء أكان بماله أو بغير ماله، لا على وجه الحرز والحفظ (الرعيبي، 1412هـ، (5/252)).

وهذا الخلط ثلاثة أنواع: النوع الأول: خلط يتعدر التمييز بعده كخلط الشيء بجنسه، كأن خلط الدهن بالدهن. والنوع الثاني: خلط يتعسر معه التمييز كأن خلط الحنطة بالشعير. والنوع الثالث: خلط يتيسر معه تمييز الوديعة كأن خلط السواد بالأبيض، والدرهم بالدنانير (السرخسي، د. ت، (11/110)).

أما النوع الأول والثاني؛ فقد ذهب الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، (6/213)) والمالكية (ابن شاس، 1423هـ، (2/851)) والشافعية (الشيرازي، د. ت، (2/185)) والحنابلة (البهوتي، 1414هـ، (2/357)) إلى أنه ضرر يفسخ به عقد الوديعة، ويضمن الوديع الوديعة للمودع؛ لأنه

بهذا الخلط قد تعذر على المالك الوصول لعين ملكه (السرخسي، د. ت، (11/110)) ولأن الخالط يعدّ مستهلكا الوديعة بسبب خلطه إياها ابن نجيم، د. ت، (7/276)).

أما النوع الثالث، وهو الخلط الذي يتيسر معه تمييز الوديعة، كأن خلط الدراهم مع الدنانير؛ فذهب إليه الحنفية (السرخسي، د. ت، (11/110)) والمالكية (الدسوقي، د. ت، (3/420)) والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (4/140)) والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (6/440)) وهو أنه لا يفسخ عقد الوديعة به، ولا ضمان على الوديع؛ لتمكن المالك من الوصول لعين ملكه (السرخسي، د. ت، (11/110)) ولأن الوديعة تتميز منها، فلا يعجز بذلك عن ردها على صاحبها، فلم يضمها (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (6/440))

▪ الحالة الثانية لأثر الضرر في فسخ عقد الوديعة.

إن الغاية من عقد الإيداع حفظ الوديعة لمالكها في حرز مثلها من الضياع والتلف، حتى إن طلبها مالكها من الوديع وجب عليه ردها إليه (الشيرازي، د. ت، (2/184)) إلا أن سفر الوديع بالوديعة بغير إذن صاحبها، أو دون عذر موجب للسفر كأن حصل حريق في البلد، فإن ذلك يوجب ضررا على مالكها إن كان في السفر خطر وحمل ومؤنة؛ لأنه لا يمكن معه تحصيل عين ماله إلا بكلفة لم يلتزم بها في بداية العقد (السرخسي، د. ت، (11/122)) ولأن السفر غرر، ولم يأذن له صاحبها بالتعريض والسفر بها (القاضي عبد الوهاب، د. ت، (ص: 1205)).

وقد اختلف الفقهاء في حكم عقد الوديعة بسفر الوديع بها على قولين:

القول الأول: وذهب إليه جمهور الفقهاء، وهم أبو يوسف ومحمد من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، (6/209)) والمالكية (الدسوقي، 1406هـ، (3/421)) والشافعية (الشيرازي، د. ت، (2/183-184)) والحنابلة (المهوتي، 1414هـ، (2/355)) فقالوا: يضمن الوديع ويُفسخ عقد الوديعة إن سافر بها بلا إذن مالكها أو عذر، واستدلوا بالأدلة الآتية:

▪ قوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا) (النساء: 58) فالوديعة مأمور بإرجاع الوديعة إلى مالكها إن طلبها منه، وبسفر الوديع دون عذر أو إذن من المالك يفوت عليه إمكان استرجاعها إن طلبها منه (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (6/440)).

▪ واستدل الجمهور أيضا بقوله ﷺ: "إن المسافر عن نفسه وماله لعلى قلت إلا ما وقى الله تعالى" (سبق تخريجه، ص 6) يعني الهلاك، وفي السفر بالوديعة دون عذر تعريضها للهلاك (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (6/440)).

القول الثاني: وذهب إليه أبو حنيفة (الكاساني، 1406هـ، (6/209)) فقال: يجوز للوديعة السفر بالوديعة ولا ضمان عليه، سواء أكان للوديعة حمل ومؤنة أم لم يكن. واستدل على ذلك:

- بأن الأمر بالحفظ صدر مطلقا، فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان (الكاساني، 1406هـ، (6/209))

ويناقش بأن الإيداع يقتضي الحفظ في الحرز وليس السفر من مواضع الحفظ؛ لأنه إما أن يكون مَخَوِّفاً، أو آمنا لا يوثق بأمنه؛ فلا يجوز مع عدم الضرورة (الشيرازي، د. ت، (2/184)).

والراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة ما استدلوا به، ولأن الوديعة إذن من المالك في حفظها، وتبرع من الوديع في حفظها، فوجب عليه ألا يتصرف إلا بما أذن له من الحفظ (زكريا الأنصاري، د. ت، (3/75))؛ (المهوتي، 1414هـ، (2/352)).

المبحث الخامس: أثر الضرر في فسخ عقد العارية

المطلب الأول: مفهوم عقد العارية وصفته

أولاً: مفهوم العارية في اللغة: هي ما تداولوه بينهم؛ ويقال: قد أعاره الشيء وأعاره منه وعاوره إياه. والمعاورة والتعاور: شبه المداولة والتداول في الشيء يكون بين اثنين (ابن منظور، 1414هـ، (4/618)).

وهي نسبة إلى العارة، وهي اسم من الإعارة، يقال: أعرته الشيء إعارة (الفيومي، د. ت، (2/437)).

وفي الاصطلاح: هي "إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه" (زكريا الأنصاري، د. ت، (2/324)).

ثانياً: صفة عقد العارية

ذهب الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، (6/216)) والمالكية في المعتمد (الدسوقي، د. ت، (3/439)) والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/324)) والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/170)) إلى أن عقد العارية إذا كان مطلقاً ولم يقيد بأجل أو بعمل فإنها تكون غير لازمة في حق كل من العاقدين.

واختلفوا في صفة عقد العارية إن كان العقد مقيداً على قولين:

القول الأول: وذهب إليه جمهور الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1406هـ، (6/216)) والشافعية (الشريبي، 1415هـ، (3/324)) والحنابلة

(ابن قدامة، 1388_1389 هـ، (5/170)) فقالوا: إن عقد العارية من العقود غير اللازمة لكلا العاقدين، فيحق للمعير والمستعير الرجوع عن العقد متى ما شاء، سواء أكان العقد مطلقاً أم مقيداً، واستدلوا بالأدلة الآتية:

- أن عقد العارية إباحة في الانتفاع؛ فجاز لكل واحد من العاقدين فسخ العقد وردّه، كإباحة الطعام (الشيرازي، د. ت، (2/189)).
 - أن ملك المستعير لها ملك غير لازم، حيث إنه ملك لا يقابله عوض؛ فلا يكون لازماً، كالملك الثابت بالهبة (الكاساني، 1406 هـ، (6/216)).
- القول الثاني: وذهب إليه المالكية (الدسوقي، د. ت، (3/439)) فقالوا بلزوم عقد العارية في جانب المعير إن قيدت بعمل أو أجل، ولا يحق للمعير أن يرجع فيما قبل انتهاء المستعير منها بالعمل أو الأجل، فإن كان عقد العارية مطلقاً فإنها تتقيد وتلزم فيما يكون مثلها معتاداً للانتفاع كأن أعار أرضاً فزرع، واستدلوا بالأدلة الآتية:
- أن المدة المحددة في عقد العارية أصبحت حقاً للمستعير؛ فلا يحق للمعير الرجوع فيها قبل انقضائها (القاضي عبد الوهاب، د. ت، (ص: 1210)).

ونوقش بأنه لو قلنا بلزوم عقد العارية على المعير بالمدة المحددة لخرجت من حكم العارية إلى حكم الإجارة (الماوردي، 1419 هـ، (7/118)).

- إن العارية هبة المنافع أو تملكها، فإن كانت بمدة معلومة انحصرت عليها، وإلا لزم من ذلك ما ينتفع في مثله من المدة؛ لأنه لو جاز له أخذها قبل ذلك لكان رجوعاً في العارية، وقد جعل المعير على نفسه إباحة المنفعة، وقد ملك ذلك المستعير، فلم يكن له إبطالها عليه (القاضي عبد الوهاب، د. ت، (ص: 1210)).
- ونوقش بأن العارية عقد إرفاق ومعونة، والمنافع المستقبلية في عقد العارية لم تحصل في يد المستعير، فلم يملكها بالإعارة، كما لو لم تكن العين في يده (ابن قدامة، 1388_1389 هـ، (5/170)).
- والرأي الراجح ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من جواز الرجوع عن عقد العارية؛ لأن في إلزامها حرجاً على المعير، ولأنه قد يقصد العمل في أوله للبر والقرية، ومن ثم إذا احتاج إليها لم يمكن منها، ولأنه قد يكون في إلزاميتها تنفيراً للناس عنها.

المطلب الثاني: أثر الضرر في فسخ عقد العارية المؤقتة قبل الوقت المحدد

ذكر الفقهاء أن عقد العارية قد يكون مطلقاً وقد يكون مقيداً، وذكروا أحكامه في ذلك، فإن قيد عقد العارية بزمان وحصل ضرر؛ فإن العقد يفسخ وتترتب عليه آثاره.

أولاً: من الأسباب التي تؤدي إلى فسخ عقد العارية للضرر تلف المستعار بيد المستعير في المدة المؤقتة للعارية، سواء أكان التلف بأفة سماوية، أم أتلّفها غيره بلا تقصير منه، أو كان بالاستعمال المأذون له فيه، وذلك كمن استعار دابة ليحمل عليها فتلفت قبل انتهاء الوقت المحدد (السرخسي، د. ت، (11/137))؛ ذكرها الأتصاري، د. ت، (2/328)) لأن المنفعة التي استعير لأجلها قد ذهبت بذهاب العين (الجهوتي، د. ت، (4/71-72)).

وقد ذهب الأئمة الأربعة إلى عدم تضمين المستعير العين المعارة إن تلفت في يده بالاستعمال المأذون له فيه؛ لأن التلف إنما حصل بسبب مأذون له فيه (الكاساني، 1406 هـ، (6/217))؛ الماوردي، 1419 هـ، (7/118)).

واختلفوا فيما يترتب على العين المستعارة بعد فسخها بالتلف، إن كان بأفة سماوية أو بإتلاف غيره بلا تقصير منه قبل الوقت المحدد بحسب اختلافهم في يده، هل هي يد أمانة أم ضمان على ثلاثة أقوال:

القول لأول: وذهب إليه الحنفية (السرخسي، د. ت، (11/135)) فقالوا: إن العارية بيد المستعير أمانة لا يضمنها إلا بالتعدي والتقصير، وسواء هلكت من استعماله أم لا، واستدلوا بالأدلة الآتية:

- قوله عليه الصلاة والسلام: "ليس على المستعير غير المغل ضمان" (أخرجه عبد الرزاق في مصنفه كتاب البيوع باب العارية برقم 14782 (8/178)). أخرجه الدارقطني في سننه كتاب البيوع (3/456) وقال فيه عمرو وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع)) (ابن حجر، 1419 هـ، وقد ضعفه ابن حجر في التلخيص، (3/214)) والمغل هو الخائن، وقد نفى الرسول عليه الصلاة والسلام الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة (السرخسي، د. ت، (11/135)).

ونوقش من وجهين؛ الأول: إن الحديث محمول على عدم ضمان المستعير الأجزاء التالفة بالاستعمال.

الثاني: إن المِغْلَ في هذا الموضوع ليس بمأخوذ من الخيانة والغلول، وإنما مأخوذ من استغلال الغلة. يقال: قد أغل فهو مغل إذا أخذ الغلة. فيكون معنى الخبر: لا ضمان على المستعير غير المِغْلَ أي غير القابض؛ لأنه بالقبض يصير مستغلاً (الماوردي، 1419 هـ، (7/120)).

- إن المستعير إنما قبض العارية بإذن من صاحبها، فإن تلفت بالاستعمال المأذون له فيه لا يضمنها، وكذلك عند القبض من باب أولى. (السرخسي، د. ت، (11/135))؛ الزليعي، 1314 هـ، (5/85)).

ونوقش: بأن المستعير قد أخذ ملك غيره لنفع نفسه منفردا بنفعه من غير استحقاق ولا إذن في الإلتاف، فكان مضمونا كالغصب، والمأخوذ على وجه السوم (ابن قدامة، 1388_1389 هـ، (164/5)).

القول الثاني: وذهب إليه المالكية (ابن رشد، د.ت، (98/4)؛ الدسوقي، د.ت، (436/3)) إذ فرقوا بين ما يغاب عليه من الثياب والحلي وبين ما لا يغاب عليه من العقار والحيوان، فما يغاب عليه فإنه يضمن بمجرد الهلاك إذا لم يكن هناك بينة على التلف، فإن قامت بينة على التلف فلا ضمان عليه. وأما ما لا يغاب عليه: فلا يضمن إلا بالتعدي والتقصير منه. واستدلوا بالجمع بين الآثار المروية عن النبي ﷺ، فالأول حديث صفوان بن أمية عن النبي ﷺ قال: "بل عارية مضمونة مؤداه"، وفي بعضها: "بل عارية مؤداه" (أخرجه أبو داود في سننه رقم 3562 كتاب البيوع باب في تضمين العارية (5/414)؛ أخرجه النسائي في سننه كتاب العارية والوديعة باب تضمين العارية (5/331)) (وقد أعل ابن حزم وابن القطان طرق هذا الحديث زاد ابن حزم أن أحسن ما فيها حديث يعلى بن أمية يعني الذي أخرجه أبو داود. ابن حجر، 1419 هـ، (127/3)) وروي عنه ﷺ أنه قال: "ليس على المستعير غير المثل ضمان" (سبق تخريجه، ص 15).

فحملوا الضمان على ما يغاب عليه في الحديث الأول، وأما الحديث الآخر: فحملوه على ما لا يغاب عليه (ابن رشد، د.ت، (98/4)).

القول الثالث: وذهب إليه الشافعية (الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي (2/189)). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389 هـ، (5/164)) حيث قالوا: إن العارية مضمونة على المستعير بمجرد قبض العين، فإن تلفت بالاستعمال غير المؤذون فيه، أو تلفت بيده بأفة سماوية، أو أتلّفها غيره ولو بلا تقصير منه؛ فإنه يضمن قيمتها يوم التلف. واستدلوا بالأدلة الآتية:

▪ بما رواه صفوان عن أن النبي ﷺ استعار منه أدرعا يوم حنين فقال: أغصبا يا محمد؟ قال: "بل عارية مضمونة" (سبق تخريجه، ص 15) فدل الحديث على ثبات الضمان على المستعير من غير تفصيل (البهوتي، 1414 هـ، (2/293)).

▪ وأيضاً ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: "على اليد ما أخذت حتى تؤدي" (أخرجه ابن ماجه في سننه أبواب الصدقات باب الوديعة (3/479)؛ أخرجه الترمذي في سننه أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداه، 1266 (3/558). وقال هذا حديث حسن؛ وأخرجه الحاكم في المستدرک كتاب البيوع، باب وأما حديث أبي هريرة 2302 (2/55). وقال: حديث صحيح الإسناد على شرط البخاري ولم يخرجاه) فالحديث جعل على يد المستعير ما أخذت حتى تردّه، وهذا تضمين (الماوردي، 1419 هـ، (7/119)).

▪ ولأنه مال لغيره، أخذه لمنفعة نفسه من غير استحقاق، فوجب أن تكون مضمونة عليه (ابن قدامة، 1388_1389 هـ، (5/164)).

فأما إن تلفت بالاستعمال المؤذون فيه، أو تلفت بلا تعد ولا تقصير من المستعير فلا يضمن: لحصول التلف بسبب مأذون فيه (زكريا الأنصاري، د.ت، (2/328)).

الرأي الراجح ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة، وهو أن العارية مضمونة على المستعير بمجرد القبض لقوة ما استدلوا به، ولأن في ضمان العارية على المستعير حفظاً لحق المعير الذي تبرع له بمنفعة ملكه دون مقابل، فلو كانت العارية غير مضمونة على المستعير لامتنع الناس من المعروف والتعاون في بذل منافعهم لبعضهم بعضاً؛ خشية فواتها بالتلف دون مقابل (زكريا الأنصاري، د.ت، (2/329)).

ثانياً: ومن آثار الضرر في فسخ عقد العارية المؤقتة قبل الوقت المحدد مخالفة المستعير قيد المعير، وكانت المخالفة مما فيه ضرر عليه، كأن أعاره أرضاً ليزرع فيها ووقّت له مدة ينتفع فيها، فبني أو غرس؛ فإنه بهذه المخالفة يكون قد أضر به، لأن للغرس والبناء ضرراً أشد من الزرع في الأرض، إذ يقصد بهما الدوام (الشريبي، 1415 هـ، (3/323)) بخلاف الزرع الذي له مدة ينتهي مثله فيها، ولأن في البناء والغراس بالأرض ضرراً، فضرر الغراس في باطن الأرض لانتشار العروق فيها، وضرر البناء في ظاهرها (ابن قدامة، 1388_1389 هـ، (5/168)).

ومذه الحالة ذهب الفقهاء من الحنفية (الكاساني، 1406 هـ، (6/217)) والمالكية (الخرشي، 1317 هـ، (6/125)) والشافعية (الشريبي، 1415 هـ، (3/323)). والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389 هـ، (5/168)) إلى أن العارية إن قيدت وخالف المستعير قيد المعير، وكانت المخالفة مما يستتضر به المعير؛ فإنه يضمنها لتعديده بالمخالفة. فيجبر المستعير المخالف في عارية الأرض المؤقتة للزرع وقد غرس أو بني فيها على قلع الغرس ونقض البناء. واستدلوا بالأدلة الآتية:

▪ بما روي عن النبي ﷺ: "ليس لعرق ظالم حق" (أخرجه أبو داود في سننه كتاب الخراج والفيء والإمارة باب في إحياء الموات 3073 (4/680)؛ أخرجه الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، باب ما ذكر في إحياء أرض الموات 1378 (3/654) وقال حديث حسن غريب) (الألباني، 1405 هـ، وصححه الألباني في إرواء الغليل (5/353)). وبمخالفة المستعير قيد المعير يكون حكمه حكم الغاصب في ذلك.

▪ أن في ترك البناء أو الغرس بالأرض ضرراً بالمعير؛ لأنه لا نهاية له، فيلزم المستعير القلع، وتسوية الحفر، ونقض البناء، وسائر أحكام الغصب لأنه عدوان (ابن قدامة، 1388_1389 هـ، (5/170)).

ويضمن المستعير للمعير الضرر الحاصل في الأرض لأنه متعدي بالمخالفة (الكاساني، 1406 هـ، (6/217)).

المطلب الثالث: أثر الضرر في فسخ عقد العارية المرهنة

ذهب الفقهاء من الأئمة الأربعة إلى جواز رهن المستعير العين المستعارة بإذن من المالك (السرخسي، د.ت، (21/158): ابن شاس، 1423هـ، (2/768): الشريبي، 1415هـ، (3/52): ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/169)) ونقل ابن المنذر الإجماع في ذلك (ابن المنذر، 1425هـ، (ص: 102)) ولأن المالك قد رضي بتعلق دين المستعير بماله، وهو يملك ذلك كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة (ابن عابدين، 1386هـ، (6/513)) ولأنه استعاره ليقضي به حاجته، فصح كسائر العواري (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/169)).

وذهب الفقهاء أيضا إلى أنه إن قيّد المعير العارية بالقدر أو الجنس أو حتى الزمان والمكان فإنها تتقيد به، ونقل ابن المنذر الإجماع على ذلك (ابن المنذر، 1425هـ، (ص: 102)) لأنها عقد يتعين بالتعيين، فإن خالف المستعير قيد المالك لم يصح العقد؛ لأنه عقد لم يأذن له فيه، فأشبهه ما لو لم يأذن في رهنه (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/169)) ولأن المتصرف بإذن يتقيد تصرفه بقدر الإذن (الكاساني، 1406هـ، (6/136)).

وتتضح حالة الضرر في فسخ عقد العارية في المال المعار للرهن عند الفقهاء بما إذا خالف المستعير قيد المعير في رهنه العين المستعارة، كأن رهنه بأكثر مما حدد له، أو إذا أذن له في رهنه بدين مؤجل فرهنه بحال (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/169)).

فهذه الحالة للمعير للمطالبة بفكك الرهن وأخذه من يد المرتهن؛ لأن الرهن قد بطل بالمخالفة (زكريا الأنصاري، د.ت، (2/149)) فإن حل الدين ولم يفك المستعير الرهن، جاز بيعه في الدين لأن ذلك مقتضى الرهن، فإذا بيع في الدين أو تلف؛ رجع المعير على الراهن بقيمته (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/169)) ويضمن المستعير العارية لتعديده، ولأنه قد تصرف في ملك الغير بغير إذنه فصار غاصبا (الكاساني، 1406هـ، (6/136)).

لكن الشافعية (زكريا الأنصاري، د.ت، (2/149)) والحنابلة (ابن قدامة، 1388_1389هـ، (5/169)) ذهبوا إلى أن المستعير متى ما خالف بأقل مما سئى له المعير من قيمة الدين، فإن العقد يصح ولا يفسخ، وذلك لأنه إنما خالفه على خير، ولأن رضا المعير به من ضمن رضاه بالأكثر (الشريبي، 1415هـ، (3/53)).

الخاتمة: وفيها النتائج والتوصيات

أولاً: النتائج

وقد خلصت هذه الدراسة إلى العديد من النتائج منها:

1. يُفسخ عقد الشركة والمضاربة بالضرر قبل ذهاب المال واشتغاله في الحالات التالية:
 - أ. يفسخ عقد الشركة باشتراك أحد الشريكين اختصاصه بالربح.
 - ب. يفسخ عقد المضاربة باشتراك ربّ المال جزءا معيناً من الربح، أو اشتراط العامل ربح دراهم معلومة قبل ذهاب المال واشتغاله.
2. يُفسخ عقداً الشركة والمضاربة بالضرر بعد ذهاب المال واشتغاله في الحالات التالية:
 - أ. يفسخ عقد الشركة باستبدال أحد الشريكين في التصرف بمال الشركة دون إذن شريكه، وبمخالفة شرطه، ويضمن الشريك المخالف حصة صاحبه، فإن ربح يُقسّم الربح على قدر رأس المال، ويرجع كل واحد منهما بأجرة صاحبه إن عمل.
 - ب. يفسخ عقد المضاربة بتغيير العامل بمال الشركة والسفر به مع نبي رب المال عن ذلك، ويضمن العامل بمخالفة رأس المال، وإن ربح فالربح لربّ المال، وله أجرة عمله.
3. يفسخ عقد الوكالة بالضرر إن تعلق به حق شخص ثالث في الحالات التالية:
 - أ. إذا باع الوكيل الرهن الموكل ببيعه بغين فاحش، ويكون البيع باطلا، ويضمن الوكيل أو المشتري كمال قيمته.
 - ب. ميل الوكيل بالخصومة مع الخصم والمحاباة، فيعزل الوكيل عن الخصومة ويفسخ العقد.
4. يفسخ عقد الوكالة بالضرر إن كانت بأجر متفق عليه، إذا خالف الوكيل شرط موكله، وكان له فيه غرض صحيح، فيبطل فعله بمخالفة شرط موكله، ويضمن الوكيل ذلك لتعديده.
5. يفسخ عقد الجعالة بالضرر بعد الشروع في العمل، بجعالة العوض المسعى، ويرجع الجاعل إلى أجرة المثل.
6. يفسخ عقد الوديعة بالضرر بعد قبض الوديعة لها في الحالات التالية:
 - أ. إذا خلط الوديعة بما لا يمكن تمييزها معه، وتعذر المالك في الوصول لعين ماله معه، فيضمن الوديعة لتعديده.
 - ب. سفر الوديعة بمال الوديعة دون عذر وإذن من المالك، مما يعرضها للهلاك، ولا يمكن للمالك تحصيل عين ماله إلا بكلفة، فيضمن الوديعة إن هلكت.
7. يفسخ عقد العارية المؤقتة قبل الوقت المحدد بالضرر في الحالات التالية:

- أ. إذا تلف المستعار في يد المستعير بالاستعمال المأذون له فيه، ولا يضمن المستعير العارية.
- ب. إذا خالف المستعير قيد المعير فيما استعارها لأجله بما هو أضر على المعير، فيضمن المستعير لتعدّيه.
8. يفسخ عقد العارية المعارة للرهن بمخالفة المستعير القدر الذي حدده المعير لرهن العين المعارة، أو بأجل الدين، فيطالب المعير بفكك العين المعارة، ويضمن المستعير لتعدّيه.

ثانياً: التوصيات

يوصي الباحث بمزيد من البحث في آثار الضرر في فسخ العقود، وخاصة في الصور المعاصرة للعقود.

المصادر والمراجع

- الألباني، م. (1985). *إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل*. (ط2). المكتب الإسلامي.
- أمين أفندي، ع. (1991). *درر الحكام في شرح مجلة الأحكام*. (ط1). دار الجيل.
- الأنصاري، ز. (د.ت). *أسنى المطالب في شرح روض الطالب*. دار الكتاب الإسلامي.
- باشا، م. (1891). *مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان*. (ط2). المطبعة الكبرى الأميرية.
- البخاري، م. (2001). *صحيح البخاري، الطبعة السلطانية*. (ط1). المطبعة الكبرى الأميرية.
- برهان الدين، إ. (1997). *المبدع في شرح المقنع*. (ط1). دار الكتب العلمية.
- البهوتي، م. (د.ت). *كشف القناع عن متن الإقناع*. مكتبة النصر الحديثة.
- البهوتي، م. (1993). *شرح منتهى الإرادات - المسعى: "دقائق أولى النهى لشرح المنتهى"*. (ط1). عالم الكتب.
- الترمذي، م. (1975). *سنن الترمذي*. (ط2). شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي.
- ابن تيمية، ت. (1949). *نظرية العقد*. (ط1). دار السنة المحمدية.
- الحاكم، م. (1990). *المستدرک على الصحيحين*. (ط1). دار الكتب العلمية.
- الخرشي، م. (1899). *شرح الخرشي على مختصر خليل*. (ط2). المطبعة الكبرى الأميرية.
- ابن داود، س. (2009). *سنن أبي داود*. (ط1). دار الرسالة العالمية.
- الدسوقي، م. (د.ت). *حاشية الدسوقي على الشرح الكبير*. دار الفكر.
- الرازي، ز. (1999). *مختار الصحاح*. (ط5). المكتبة العصرية.
- الرافعي، ع. (1997). *العزیز شرح الوجيز المعروف بالشرح الكبير*. (ط1). دار الكتب العلمية.
- ابن رجب، ز. (1999). *قواعد ابن رجب*. (ط1). دار ابن عفاان للنشر والتوزيع.
- ابن رشد الحفيد، م. (2004). *بداية المجتهد ونهاية المقتصد*. دار الحديث.
- ابن رشد، م. (1988). *البيان والتحصيل*. (ط2). دار الغرب الإسلامي.
- ابن رشد، م. (1988). *المقدمات الممهدات*. (ط1). دار الغرب الإسلامي.
- الرعي، ش. (1992). *مواهب الجليل في شرح مختصر خليل*. (ط3). دار الفكر.
- الزرقا، م. (2004). *المدخل الفقهي العام*. (ط2). دار القلم.
- الزركشي، ب. (1985). *المنثور في القواعد الفقهية*. (ط2). وزارة الأوقاف الكويتية.
- أبو زهرة، م. (1996). *الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية*. دار الفكر العربي.
- الزليبي، ع. (1896). *تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي*. (ط1). المطبعة الكبرى الأميرية.
- السرخسي، م. (د.ت). *المبسوط*. بيروت: دار المعرفة.
- السيوطي، ج. (1983). *الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية*. (ط1). دار الكتب العلمية.
- ابن شاس، ج. (2003). *عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة*. (ط1). دار الغرب الإسلامي.
- الشربيني، ش. (1994). *مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج*. (ط1). دار الكتب العلمية.
- الشيرازي، أ. (د.ت). *المهذب في فقه الإمام الشافعي*. دار الكتب العلمية.

- صمادي، أ. (2003). الإرادة العقديّة وشوائبها في الفقه الإسلامي. مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، 16(52).
- ابن عابدين، م. (0). رد المحتار على الدر المختار في شرح تنوير الأبصار. (ط2). دار الفكر.
- ابن أبي عمر، ش. (1995). الشرح الكبير على المقنع. (ط1). هجر للطباعة، والنشر، والتوزيع، والإعلان.
- ابن فارس، أ. (1979). معجم مقاييس اللغة. دار الفكر.
- ابن فرحون، إ. (1986). تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام. (ط1). مكتبة الكليات الأزهرية.
- الفيومي، أ. (د.ت). المصباح المنير في غريب الشرح الكبير. المكتبة العلمية.
- القاضي، ع. (د.ت). المعونة على مذهب عالم المدينة. المكتبة التجارية.
- ابن قدامة، ع. (1968). المغني. (ط1). مكتبة القاهرة.
- الكاساني، ع. (1986). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. (ط2). دار الكتب العلمية.
- ابن ماجه، م. (2009). سنن ابن ماجه. (ط1). دار الرسالة العالمية.
- مالك، م. (1985). الموطأ. دار إحياء التراث العربي.
- الماوردي، ع. (1999). الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي. (ط1). دار الكتب العلمية.
- ابن المنذر، م. (2004). الإجماع. (ط1). دار المسلم للنشر والتوزيع.
- مسلم، م. (1955). صحيح مسلم. مطبعة عيسى البابي الحلبي وشركاه.
- ابن منظور، م. (1994). لسان العرب. (ط2). دار صادر.
- ابن نجيم، ز. (1999). الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. (ط1). دار الكتب العلمية.
- ابن نجيم، ز. (د.ت). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. (ط2). دار الكتاب الإسلامي.
- النسائي، أ. (2001). السنن الكبرى. (ط1). مؤسسة الرسالة.
- النووي، م. (1991). روضة الطالبين وعمدة المفتين. (ط3). المكتب الإسلامي.
- ابن همام، ك. (1970). فتح القدير على الهداية. (ط1). شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده.

References

- Al-Albani, M. (1985). *Irwa' al-Ghaleel fi Takhrej al-Hadith Manar al-Sabeel*. (2nd ed.). The Islamic Office.
- Amin Effendi, A. (1991). *Pearls of Rulers in the Explanation of the Journal of Judgments*. (1st ed.). Dar Al-Jeel.
- Al-Ansari, Z. (n.d.). *Asna Al-Mutalib in Sharh Rawd Al-Talib*. Dar Al-Kitab Al-Islami.
- Pasha, M. (1891 AD). *Guide to Hiran to Know the Human Condition*. (2nd ed.). The Great Princely Press.
- Al-Bukhari, M. (2001). *Sahih Al-Bukhari, Royal Edition*. (1st ed.). The Great Princely Press.
- Burhan Al-Din, A. (1997). *The creator in SHARH Al-Muqni*. (1st ed.), Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.
- Al-Bahooti, M. (n.d.). *Scout the Mask on the Board of Persuasion*. Al-Nasr Modern Library.
- Al-Bahouti, M. (1993). *Sharh Al-Muntaha Al-Iradat - called: 'Minutes of the First Prohibition to Explain the Ultimate'*. (1st ed.). Alam Al-Kutub.
- Al-Tirmidhi, M. (1975). *Sunan Al-Tirmidhi*. (2nd ed.). Mustafa Al-Babi Al-Halabi Library and Press Company.
- Ibn Taymiyyah, T. (1949). *Contract Theory*. (1st ed.). Dar Al-Sunnah Al-Muhammadiyah.
- Al-Hakim, M. (1990). *Al-Mustadrak Ali Al-Sahihin*. (1st ed.). Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.
- Al-Kharshi, M. (1997). *Sharh Al-Kharshi on Mukhtasar Khalil*. (2nd ed.). The Great Princely Press.
- Ibn Dawood, S. (2009). *Sunan Abi Dawood*. (1st ed.). Dar Al-Risala Al-Alamiyya.
- El-Desouky, M. (n.d.). *El-Desouky's footnote on the great commentary*. Dar Al-Fikr.
- Al-Razi, Z. (1999). *Mukhtar Al-Sahih*. (5th ed.). Al-Asriya Library.
- Al-Rafi'i, A. (1997). *Al-Aziz Sharh Al-Wajeez known as Al-Sharh Al-Kabir*. (1st ed.). Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.
- Ibn Rajab, Z. (1999). *Ibn Rajab Rules*. (1st ed.). Dar Ibn Affan for Publishing and Distribution.
- Ibn Rushd Al-Hafid, M. (2004 AD). *The Beginning of Al-Mujtahid and the End of Al-Muqtasid*. Dar Al-Hadith.
- Ibn Rushd, M. (1988). *Introductions to the Preliminaries*. (1st ed.). Dar Al-Gharb Al-Islami.

- Ibn Rushd, M. (1988). *Al-Bayan wal-Tahseel*. (2nd ed.). Dar Al-Gharb Al-Islami.
- Al-Ra'ini, Sh. (1992). *Talents of Galilee in a brief explanation of Khalil*. (3rd ed.). Dar Al-Fikr.
- Al-Zarqa, M. (2004). *General Fiqh Introduction*. (2nd ed.). Dar Al-Qalam.
- Al-Zarkashi, B. (1985). *Al-Manthur fi Al-Qa'am Al-Fiqhiyya*. (2nd ed). Kuwait: Kuwaiti Ministry of Awqaf.
- Abu Zahra, M. (1996). *Property and the Theory of Contract in Islamic Law*. Cairo: Dar Al-Fikr Al-Arabi.
- Al-Zailai, A. (1896). *Clarifying the Facts, Explanation of the Treasure of Minutes and the Hashiyat of Al-Shalabi*. (1st ed.). Egypt: The Great Princely Press.
- Al-Sarkhsi, M. (n.d.). *Al-Mabsout*. Beirut: Dar Al-Maarifa.
- Al-Suyuti, C. (1983). *Similarities and Analogies in the Rules and Branches of Shafi'i Jurisprudence*. (1st ed.). Jordan: Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.
- Ibn Shas, J. (2003). *The Necklace of Precious Jewels in the Madhhab of Alam Al-Madina*. (1st ed.). Lebanon: Dar Al-Gharb Al-Islami.
- El-Sherbiny, Sh. (1994). *Mughni who needs to know the meanings of the words of the curriculum*. (1st ed.). Jordan: Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.
- Shirazi, A. (n.d.). *The Polite in the Jurisprudence of Imam Shafi'i*. Jordan: Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya
- Samadi, A. (2003). Doctrinal Will and its Impurities in Islamic Jurisprudence, Refereed Research. *Journal of Sharia and Islamic Studies, Kuwait University*, (16)52.
- Ibn Abdeen, M. (1966). *Al-Muhtar's response to Al-Durr Al-Mukhtar in Sharh Tanweer Al-Absar*. (2nd ed.). Beirut: Dar Al-Fikr.
- Ibn Abi Omar, Sh. (1995). *Al-Sharh Al-Kabeer Ali Al-Muqni'*. (1st ed.), Cairo: Hajar for Printing, Publishing, Distribution and Advertising.
- Ibn Faris, A. (1979). *Dictionary of Language Standards*. Beirut: Dar Al-Fikr.
- Ibn Farhoun, I. (1986). *The Rulers' Insight into the Origins of Districts and the Curricula of Judgments*. (1st ed.). Cairo: Al-Azhar Colleges Library.
- Al-Fayoumi, A. (n.d.). *The Illuminating Lamp in the Strange Explanation of the Great*. Beirut: Scientific Library.
- Al-Qadi, A. (n.d.). *Aid on the Doctrine of the World of Medina*. Makkah Al-Mukarramah: Commercial Library.
- Ibn Qudamah, A. (1968). *Al-Mughni*. (1st ed.). Cairo: Cairo Library.
- Al-Kasani, A. (1986). *Bada'i Al-Sana'i' fi Arranging the Laws*. (2nd ed.). Jordan: Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.
- Ibn Majah, M. (n.d.). *Sunan Ibn Majah*. (1st ed.). Dar Al-Risala Al-Alamiyya.
- Malik, M. (= 1985). *Al-Muwatta*. Beirut: House of Revival of Arab Heritage.
- Al-Mawardi, A. (1999). *Al-Hawi Al-Kabir in the Jurisprudence of the Madhhab of Imam Al-Shafi'i*. (1st Eed.). Lebanon: Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.
- Ibn al-Mundhir, M. (= 2004 AD). *Al-Ijma'*. (1st ed.). Qatar: Dar Al-Muslim for Publishing and Distribution.
- Muslim, M. (1955). *Sahih Muslim*. Cairo: Issa Al-Babi Al-Halabi and Co. Press.
- Ibn Manzur, M. (1994). *Lisan al-Arab*. (2nd ed.). Beirut: Dar Sader.
- Ibn Najim, Z. (1999). *Similarities and Analogies on the Madhhab of Abu Hanifa al-Nu'man*. (1st ed.). Lebanon: Dar Al-Kutub Al-Ilmiyya.
- Ibn Najim, Z. (n.d.). *The Clear Sea Explanation of the Treasure of Minutes*. (2nd ed). Egypt: Dar Al-Kitab Al-Islami.
- Al-Nasa'i, A. (2001). *Al-Sunan Al-Kubra*. (1st ed.). Beirut: Al-Resala Foundation.
- Al-Nawawi M. (1991). *Kindergarten of the Two Students and the Mayor of the Muftis*. (3rd ed.). Beirut: The Islamic Office.
- Ibn al-Hammam, K. (1970). *Fath al-Qadeer ala al-Hidaya*. (1st ed.). Egypt: Al-Babi Al-Halabi & Sons Refinery and Printing Press Company.