الإذن في العقود
مع التطبيق المعاصر على صناديق الاستثمار والوكالة الاستثمارية

د. صفاء بغدادي سليمان[*]

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة:

الحمدلله وحده، والصلاة والسلام على مَنْ لا نبي بعده، وبعد

لقد مَنَّ الله ﷻ على أمتنا الإسلامية بإكمال الدين فما من قضية إلا وجعل لها حكمها الشرعي، عَلِمَهُ مَنْ عَلِمَه وجهِلَهُ مَنْ جَهِلَهُ، فأحكام المعاملات المالية المتعلقة بمصالح الناس من بيع وشراء، وإبرام عقود أصبحت تحتل مكانة بارزة منذ عهد رسولنا الكريم محمد ﷺ، وفي عصرنا الحالي الذي كثرت فيه المبادلات المالية عن طريق الوسائل الحديثة كالحوالات البنكية، والفاكس، والتلكس، وغير ذلك من وسائل الاتصال، والناس في هذه الظروف يحتاجون إلى ضوابط في تصرفاتهم، فشرَّع الله ﷻ الإذن في كل شيء فقد تكررت الكلمة في القرآن الكريم أربع عشرة مرة، وما يهمنا في هذا البحث هو الإذن المتعلق بالعقود ذات الضوابط الصحيحة التي أجازها الفقهاء في المشاركات والاستثمارات الجماعية القائمة على الحل إلا ما حرمه الله من نص أو

(*) كلية البنات – جامعة عين شمس.

إجماع، فهذه المشاركات والاستثمارات لابد لها من ضوابط في التصرفات المتعلقة بالحاكم، أو الولي، أو الوكيل المعين بالنيابة من قبل "الموكل" في الوكالة، أو من عامل القراض في المضاربة، أو من الشريك لشريكه في الشركة، او المرتهن الذي عنده الرهن، فالإذن لهؤلاء يفيد ولاية التصرف، ولا يجوز لهم مباشرة أي عقد يخالف الإذن، وهنا تكمن أهمية الموضوع وأسباب اختياره في حياتنا المعاصرة؛ لأن تصرفات الناس الآن أصبح يشوبها الجور وعدم الإنصاف مما يكون محل نـــزاع بينهم كتصرفات الفضولي وغيره، وتدخلهم فيما لا يعينهم وتصرفهم بدون إذن من موكليهم ببيع أو شراء، كإقدام بعض الأزواج على بيع ممتلكات زوجاتهم، أو بيع ممتلكات الآخرين بدون علم العملاء أو المستثمرين في المصارف الوثيقة الصلة بواقع الناس المعاصر وسعة انتشارها في أسواق المال والأعمال.

فهذا الموضوع (الإذن في العقود) سبقني إليه بالدراسة مؤلف سعودي (محمد عبدالرحيم بن محمد) في كتاب بعنوان: (أحكام إذن الإنسان في الفقه) طبع دار البشائر، لكني لم أتمكن من هذا الكتاب و لم أره إلا عنوانًا فقط على (النت) وصاحبه يحظر طبعه مما دفعني إلى الاجتهاد في هذا البحث من خلال كتابات القدامى والمحدثين عنه.

منهجي في هذا البحث:

منهجي في البحث استقصائي حصرى لكل ما يتصل بالموضوع من حيث: جمع المادة العلمية من مظانها المختلفة مع الاقتصار على ذكر المذاهب الفقهية الأربعة، وبيان المذهب المعتمد فيها، موثقة كل قول من الأقوال بحسب كل مذهب.

خطة البحث:

قسمت البحث على النحو التالي:

المقدمة: وقد اشتملت على أهمية الموضوع وأسباب اختياره والدراسات السابقة.

موضوع البحث: وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول: تعريف الإذن

المبحث الثاني: طرق الإذن

المبحث الثالث: الإذن بالنسبة للتصرفات المتعلقة بالعقود كالإذن في الوكالة، وفي شركات الأموال.

المبحث الرابع: الإذن في المضاربة، وفي عقد الفضولي، وفي الرهن، وفي تصرفات الصبي المميز.

المبحث الخامس: التطبيق المعاصر على صناديق الاستثمار والوكالة الاستثمارية.

الخاتمة: وفيها عرض لأهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث.

وتلاها فهرس المصادر والمراجع، ثم ملخص البحث.

ونسأل الله تعالى الهداية والتوفيق.

* * *

المبحث الأول
تعريف الإذن لغةً واصطلاحًا

الإذن لغة: له معانٍ منها: الإعلام، من أذن بالشيء إذنًا وأذَنًا وأذَانه: عَلِمَ، وأذَنه الأمر وآذَنَهُ به أي: أعلمَه. ويقال: أَذِنْتُ لفلان في أمر كذا وكذا إذا أعلمته.

والإذن معناه: الاستماع، قال ابن سِيْدَهُ: أذِنَ إليه أَذَنًا أي: استمع ومنه الحديث: "ما اَذِنَ الله لشيءٍ كأذنِه لنبي يتغنى بالقرآن"(١).

ومن معانيه أيضًا: طلب الشيء واستباحته، يقال: أَذِن في الشيء أباحه له، واستاذَنَهُ أي: طلب منه الإذن(٢).

وخلاصته: أن المعنى المقصود في موضوع البحث هو المعنى الأول والثالث، فيكون الإذن المقصود هو: الإعلام بالشيء وإباحته.

---

(١) الحديث اخرجه البخاري في "صحيحه" من حديث أبي هريرة ﷺ ولفظه عنده: "لم يأْذَن الله لشيء ما أذن للنبي ﷺ يتغنى بالقرآن" كتاب فضائل القرآن١٩ باب من لم يتغن بالقرآن، حديث ٥٠٢٣، ٣/١٩١، الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، للإمام ابي عبدالله محمد بن إسماعيل ابن إبراهيم بن المغيرة الجعفي البخاري ١٩٤- ٢٥٦هـ، تشرف بخدمته: محمد زهير بن ناصر الناصر، مركز خدمة السنة النبوية، بالمدينة المنورة، دار طوق النجاة، د.ت.
ومسلم في "صحيحه" من حديث أبي هريرة ﷺ أيضًا، كتاب الصلاة ٣٤ باب استحباب تحسين الصوت القرآن، حديث ٧٩٢، ص٣١١، "صحيح" الإمام ابي الحسين مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري ٢٠٦- ٢٦١هـ، إخراج وتنفيذ فريق بيت الأفكار الدوليه، الرياض، ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م.
(٢) ينظرُ: لسان العرب ١/٥٢، لجمال الدين بن منظور المصري، تحقيق: عبدالله علي الكبير، وآخرون، دار المعارف، د.ت.
والقاموس المحيط ٤/١٩٢، لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي، ٧٢٩هـ- ٨١٧هـ، وبهامشه تعليقات وشروح نسخة مصورة عن الطبعة الثالثة للمطبعة الأميرية، ١٣٠٢هـ، الهيئة المصرية للكتاب ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.
ومختار الصحاح ص١٠، لمحمد بن ابي بكر بن عبدالقادر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت ١٩٨٩م.

الألفاظ ذات الصلة بالإذن:

أولاً: الإجازة لغة: من أجاز التصرف، أي أنفذه وأمضاه، ويقال: أجزت العقد إذا جعلته لازمًا، وأجاز العقد له بمعنى تم على الصحة، وسوغه له وأمضاه[١].

وفي الاصطلاح: "الإجازة" بمعنى الإعطاء، كما يطلقون على الإجازة الإذن بالإفتاءأو التدريس[٢]. كما يقال: إن الإمام الشافعي أُجيز في الفتوى وهو ابن سبع عشرة سنة.

ومن خلال التعريفين السابقين نجد أن الإجازة: عبارة عن تصرف شرعي يلحق بالعقد، ويوجب نفاذه، ويترتب أثره الشرعي عليه.

جاء في العناية شرح الهداية: "ومن باع ملك غيره بغير إذنه، فالمالك[٣] بالخيار إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ وهو مذهب مالك وأحمد في رواية، فالإجازة يقصد بها إجازة العقد من إبقائه وتنفيذه من قَبلْ المالك".

كما يستعمل الفقهاء ومنهم الزيلعي الإجازة: بمعنى الإمضاء فهي كالإذن عنده في تنفيذ العقود التي وُجد فيها خيار الشرط لأحد العاقدين، فيذكرون أنها تصير لازمة بإجازتها، والموافقة عليها والرخصة فيها، إلا أن الإذن يكون رخصة قبل صدور الفعل، والإجازة تكون بعده"[٤].

ثانيًا: الإباحة.

ومن معاني الإذن الإباحة ومنه يقال: أبحتك الشيء أي أحللته لك، وأطلقتك فيه

---

(١) اللسان ٧٢٤/١، والقاموس المحيط ٢/١٦٨

(٢) اللسان ١/٧٢٤

(٣) العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمود البابرتي (ت ٧٨٦هـ)، ٥٢/٧، ط. دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

(٤) ينظر تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت٧٤٣هـ) ٨/٤ ط. دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣١٣هـ.

بمعنى أَذِنْتَهُ لك[١].

وفي الاصطلاح: هو ما خير الشارع ﷻ المكَّلف بين فعله وتركه فله أن يفعله وله أن يتركه، والمعنى أن الشارع لم يطلب من المكلف الفعل أو الترك.

أما إذا أمر الشارع بفعل ودلت القرائن على الإباحة وعدم قصد الوجوب كما في قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تُحِلُّوا شَعَائِرَ اللَّهِ ولا الشَّهْرَ الحَرَامَ ولا الهَدْيَ ولا القَلائِدَ ولا آمِّينَ البَيْتَ الحَرَامَ يَبْتَغُونَ فَضْلاً مِّن رَّبِّهِمْ ورِضْوَانًا وإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا ولا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ أَن صَدُّوكُمْ عَنِ المَسْجِدِ الحَرَامِ أَن تَعْتَدُوا وتَعَاوَنُوا عَلَى البِرِّ والتَّقْوَى ولا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ والْعُدْوَانِ واتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ العِقَابِ**﴾ {المائدة: ٢}، فإن الأمر مصروف عن الوجوب إلى الإباحة للقرائن التي تدل على ذلك الفعل. فالإجماع منعقد على أنه لو صلى ومكث في المسجد لا يكون مخالفًا، وكذلك لو حَلَّ من إحرامه و لم يَعدْ لا يكون مخالفًا فَدَّلَ ذلك على أن الأمر للإباحة.

وقد تثبت الإباحة للفعل بالأصل فإذا لم يرد من الشارع نص على حكم العقد، أو التصرف أو أي فعل، و لم يقم دليل شرعي آخر من الأدلة الشرعية على حكم فيه كان مباحًا بالبراءة الأصلية. وهذا يفتح أبوابًا من اليسر في المعاملات كما لا يخفى علينا[٢]. ومما سبق نجد أن الإباحة تتولد عن الإذن.

الإباحة من المنظور الشرعي:

الإباحة إما تكون بالنص على الشيء أو بالسكوت عنه، بمعنى: إن الله تعالى أباح

(١) القاموس المحيط ٢١٦/١

(٢) علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع، تأليف د/ عبدالوهاب خلاف، ص١٠٩، دار الفكر، القاهرة، ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م.

مثلا البيع، ونص على إباحته، في قوله: ﴿**وأَحَلَّ اللَّهُ البَيْعَ وحَرَّمَ الرِّبَا**﴾[1]. فالبيع هنا منصوص على إباحته بإذن من الشارع الحكيم؛ لحاجة الناس في معاشهم للبيع والشراء والمبادلات المالية، وغير ذلك من لوازم الحياة وصلاح أمر دنياهم.

وهناك إباحة مسكوت عنها لقاعدة الشرع: "الأصل في الأمور الإباحة" ومعناها: ان أصل الأشياء على الإباحة مالم يرد دليل المنع؛ لقوله ﷺ: "ما سكت الله عنه، فهو مما عفا عنه"[2] بمعنى: أنَّ مالم يرد في شأنه دليل تحريم (وهو المسكوت عنه) فهو على أصل الإباحة[3].

وهناك أيضًا نوع آخر من الإذن للمكلفين، وهو إذن التوسعة والتيسير لدفع المشقة والعنت ومنع الضيق الذي يتوقع أن يصيب المكلفين لقوله تعالى: ﴿**وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ**﴾[4] ومثاله: رخصته الفطر للمريض الذي يخشى عليه إن صام يُصاب بالأذى بسبب صومه، وأيضًا المسافر، فتأتي التوسعة والتيسير له لقوله تعالى: ﴿**فَمَن كَانَ مِنكُم مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ**﴾[5] فالشارع الحكيم يأذن لهمابالفطر لدفع المشقة ورفع الحرج عنهما.

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥

(٢) جزء من حديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأطعمة، ٣١ باب مالم يذكر تحريمه حديث رقم ٣٨٠٠، ص٥٧٣، علق على الأحاديث محمد ناصر الألباني، طبع مكتبة المعارف، والحديث صححه الحاكم في مستدركه ٣١٧/٢، ووافقه الذهبي في (المستدرك على الصحيحين) ٣١٧/٢ لأبي عبدالله الحاكم النيسابوري وبذيله التلخيص للذهبي رحمهما الله في طبعة مزيدة بفهرس الأحاديث الشريفة، إشراف د. يوسف عبدالرحمن المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

(٣) يُنظر تفاصيل القاعدة في: "القواعد الفقهية عند الإمام منصور بن يونس البهوتي ت١٠٥١هـ، ص٢٣٣- ٢٣٦، للباحث: خالد إسماعيل محمد، ١٤٣٥هـ - ٢٠١٣م (رسالة ماجستير خاصة وأن القاعدة ذكر الباحث أنها من القواعد المختلف في أصلها). فهناك فريق آخر من العلماء قالوا: بأن الأصل في الأمور التحريم حتى يأتي دليل الإباحة وفريق ثالث: قالوا بالتوقف، ولكن المشهور بين جمهور العلماء هو الرأي الأول: الأصل في الأمور الإباحة.

(٤) سورة الحج: الآية ٧٨

(٥) سورة البقرة: الآية١٨٤

ولذا قال الشاطبي: "إن الشرع لم يقصد التكليف بالشاق والإعنات فيه، والدليل على ذلك أمور منها النصوص الدالة على ذلك...، وما ثبت أيضًا من مشروعية الرخص، وهو أمر مقطوع به مما عُلم من دين الأمة ضرورة، كرخص القصر، والفطر، والجمع، وتناول المحرمات في الاضطرار، فإن هذا نمط يدل قطعًا على مطلق رفع الحرج والمشقة"[(١)].

وهناك أيضًا نوع من الإذن لاستباحة المحرم عند الاضطرار، ورفع الإثم عن المضطر، وهو في حالة الاضطرار مخافة ضياع نفسه وغير ذلك لقوله تعالى: ﴿**فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾[(٢)]، ومثاله: من خشى على نفسه الموت ولم يجد ما يقتات به إلا أكل الميتة فحينئذ يباح له أكلها، ويأذن الشارع للمكلف فيه، ولم يأثم على فعله للاضطرار. ويعد هذا مضمون قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات".

ومما سبق يُعلم أن مادة الإذن في نصوص الشرع تعني في مجملها معنى الإباحة والتخيير للمكلفين، وأيضًا أن النصوص الشرعية جاءت بأنواع من الرخص والتخفيفات للتيسير على العباد بأدلة منصوص فيها على الإذن والإباحة بخلاف ما جاء في أدلة الأمر بالفعل ابتداءً.

ثالثًا: الطلب.

ومن معانيه أيضًا طلب الشيء والأمر به[(٣)].

أما في الاصطلاح: طلب الفعل من العالي أو المستعلى حسب اختلاف المباني فيه،

(١) الموافقات في أصول الشريعة ١/٣٤٥، ٣٤٦، لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف بأبي إسحق الشاطبي ت٧٩٠هـ، وعليه شرح جليل للشيخ: عبدالله دراز، دار الحديث، القاهرة، طبعة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

(٢) سورة البقرة: الآية١٧٣.

(٣) اللسان ١/١٢٧.

وعليه فكل أمر يتضمن الإذن بالضرورة.

والفرق بينهما أن الأمر بمعنى الطلب، فيدل على لزوم الفعل، أو رجحانه، بخلاف الإذن، فإنه يدل على الرخصة في الفعل(١).

وقد أشار ابن عرفة في تفسيره إلى هذا المعنى عند تفسير قوله تعالى في سورة النور: ﴿**رِجَالٌ لاَّ تُلْهِيهِمْ تِجَارَةٌ ولا بَيْعٌ عَن ذِكْرِ اللَّهِ وإِقَامِ الصَلاةِ وإِيتَاءِ الزَّكَاةِ يَخَافُونَ يَوْمًا تَتَقَلَّبُ فِيهِ الْقُلُوبُ والأَبْصَارُ**﴾(٢)، قائلاً: "لم يقل أمر الله وقال أَذِنَ، فالجواب: إن المطلق محبوبة للنفس فيقال فيه: (أذِنَ)؛ لأنها تطلبه وتفعله، والإذن العام مما ترغب فيه النفس في فعله، والأمر عام فيه، فتعظيم هذه البيوت مما تفعله النفوس وتحرص عليه"(٣).

مما تقدم نجد أن الأمر يدل على مجرد الإذن كما لو قال الرجل للغير: زوجنيها، فإن ذلك منه ليس إلا إذنًا في العقد، وكذلك الاستدعاء في المعاملة بحسب العرف ليس إلا الإذن فيها.

رابعًا: التفويض.

التفويض في اللغة: جعل الشيء إلى غيره، يقال: فَوَّض أمره إليه، إذا رَدَّه إليه وجعله الحاكم فيه، والتفويض في النكاح التزويج بلا مهر. وقيل: المفاوضة والمشاركة والمساواة وهي مفاعلة من التفويض كأَنَّ كلّ واحدٍ رَدَّ كل ما عنده إلى صاحبه.

والتفويض اصطلاحًا: "تصيير الأمر للغير وجعله الحاكم فيه، وهو أعم من التوكيل؛

(١) أصول الفقه الإسلامي، د/ وهبة الزحيلي ٢١٤/١، دار الفكر الإسلامي، دمشق، ١٤٣٤هـ-٢٠١٣م.

(٢) سورة النور: آية ٣٦.

(٣) تفسير ابن عرفة لأبي عبدالله محمد بن محمد بن عرفة الورغمي (ت٨٠٣هـ)، تحقيق: جلال الدين السيوطي، ٢٢٨/٣، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١١، ٢٠٠٨م.

لأن الوكالة تفويض الأمر إلى الغير على وجه"[١].

و"الإذن في تصرف الغير إما أن يكون على وجه الاستنابة كالوكيل، وإمّا أن يكون على وجه التفويض والتولية كتولي الأوقاف، وقد لا يكون الإذن إلا تنفيذًا للتصرف أو رضا به من دون توكيل ولا تولية نظير الإجارة بعد وقوع العقد من غير المأذون، فالإذن أعم من التفويض"[٢].

وأيد هذا الرأي الشيخ على الخفيف بقوله: "يجوز للموكل أن يفوض[٣] الرأي للوكيل في إجراء هذا التصرف الذي وكله فيه فيتصرف كيف شاء في حدود ما منحه من ولاية، فإن شاء بأشره بنفسه، وإن شاء وكل غيره بمباشرته.

وهذا الوكيل (الثاني) لا يفوض في شيء إلا إذا أذنه الموكل صراحة...".

* * *

(١) اللسان ٣٤٨٥/٥

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته التشريعية، د. وهبة الزحيلي، ٤٠٥٦/٥، دار الفكر المعاصر، ط١، ١٩٩١م.

(٣) ينظر أحكام المعاملات الشرعية، للشيخ علي الخفيف، ص٣٠٢، دار الفكر العربي، ١٤٢٩هـ-٢٠٠٨م، يرى الشافعية والحنابلة: أن الموكل إذا أَذِنَ وكيله بتوكيل غيره جاز له ذلك فإذا قال له: وكل عني فوكل كان مَنْ يوكله وكيلاً عن الموكل الأول: وإذا قال وكل عن نفسك كان وكيلاً عن الوكيل، وإذا أطلق موكلاً كان وكيلاً عن الموكل. ينظر: نهاية المحتاج ٣٩/٥، وكشاف القناع ٢/ ٢٣٥.

المبحث الثاني
طرق الإذن

أولاً: الإذن المكتوب والشفهي

الإذن له طرق عديدة تؤديه أو تفيد مضمونة في الشرع لتيسير المعاملات بين الناس في كل العصور، وإن كان الأصل في الأذون الشفهية المنطوقة بين الناس في كثير من الأحيان، وإن دلَّ عليه وجود معاملات مالية بين أمة العرب ووجود أذون للوكالة وغيرها في البيع والشراء دون كتابة هذه الأذون، ذلك؛ لأن أمة العرب كانت أمية ليس من بينهم إلا القليل النادر الذي كان يجيد القراءة والكتابة، فدلَّ ذلك على أن الأصل المشتهر هو الأذون المنطوقة (الشفهية) دون المكتوبة.

ثم تطورت العصور وانتشر العلم بين الناس صارت هذه التوكيلات الشفهية تأخد شكل العقود الخاصة، من توكيل وكفالة وغير ذلك من توثيقها وكتابتها.

ونحن نتوصل من هذه المقدمة إلى قاعدة شرعية أقرها الفقهاء بينهم وهي قاعدة "الكتاب كالخطاب"[1].

ومضمون القاعدة يشير إلى أن الكتابة كالخطاب بين الحاضرين أو الغائبين، ومفهوم القاعدة ما يخص مسألة الإذن أن الخطاب بين عاقدين الكتابة بينهما.

وذلك لمساواة الإذن الشفهي بالإذن المكتوب، وإن كان الإذن الشفهي يأخذ شكل التوثيق بالشهود، فإن الإذن المكتوب أيضًا يأخذ شكل التوثيق بالتوقيع أو الختم.

---

(١) الكتاب لغة: من كتبه أي خطهن والكتاب هو المكتوب.
ينظر القاموس المحيط: للفيروز آبادي ١/١٢٠، والمصباح المنير: للفيومي ٢/٧١٩.
الخطاب لغة: من خاطبه خطابًا ومخاطبةً، وهو الكلام المنطوق بين المتكلم والسامع، ينظر: المصباح المنير في الشرح الكبير لأحمد بن علي المُقَرى الفيومي، (ت٧٧٠هـ) المطبعة الأميرية، القاهرة، ط٥، ١٩٢٢م.

ثانيًا: الإشارة في الضرورة كالبيان باللسان والكتاب

تعتبر الشريعة الإسلامية شريعة شاملة تستوعب كل من نطق بالشهادتين، بالأحكام والتشريعات التي تحفظ للناس كيانهم وترعى أموالهم، وتصون أموالهم، فهي تطالبهم بواجبات يؤدونها لصلاح دنياهم وآخرتهم؛ لأن من أدى ما عليه من واجبات بفعل ما أمر به واجتناب ما نهوا عنه كان مطيعا لربه "جل وعلا"، لما يترتب عليه صلاح حاله في دنياه، وصلاح حاله في آخرته، وفي المقابل فإن الشريعة تراعي حال المكلفين في حال الضيق والحرج فتبيح للمكلفين ما نُهي عنه حال الضرورة، وتكفل لهم الرُّخص الشرعية في حال العسر والشدة وأيضًا تحفظ لهم الحقوق بالأحكام الخاصة بالمعاملات المالية وغيرها.

وممن تشملهم وترعاهم ذوي الاحتياجات الخاصة مثل الأخرس ومَنْ اعتل لسانه وغيرهم، فإن لهم حقوقًا كفلتها الشريعة لهم، ومن ضمن هذه الحقوق (كما نص عليه الفقهاء)، هي قيام إشارة الأخرس مقام النطق بالكلام؛ "لأن إشارة الأخرس تعبر عن مقصوده من الناحية العرفية، وعليها تبنى الأحكام"[(١)].

وهذا ما أكده ابن القيم في قوله: "فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده، والألفاظ لم تُقصد لذواتها، وإنما هي أدلة يُستدل بها على مراد المتكلم، فإذا ظهر مراده، ووضح بأي طريق كان، عُمل بمقتضاه، سواء كان بإشارة، أو إيماء، أو دلالة عقلية، أو قرينة حالية..." [(٢)].

ولكن هذا الكلام لا يحمل على إطلاقه؛ لأن الفقهاء لم يقبلوا إشارة القادر على

(١) القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية: ص٢٥٦، الدكتور محمد عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، ط٢، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م.

(٢) إعلام الموقعين عن رب العالمين: ٣٨٥/٢، لأبي عبدالله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن القيم الجوزية (ت٧٥١هـ)، قدم له وخرج أحاديثه وآثاره: مشهور بن حسن آل سلمان، وآخرون، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٣هـ.

الكلام، لأنها من الضرورات في شأن الأخرس فقط أو ممن اعتل لسانه، ولذا قال الإمام البهوتي الحنبلي: "ويصح إقرار... من أخرس بإشارة معلومة لقيامها مقام نطقه، ككتابته، ولا يصح من ناطق بإشارة"(١).

وقال الماوردي البصري: "ما اختص به من الحقوق تقوم إشارته فيه مقام نطقه كالعقود"(٢).

وعليه فإن تفويض الأعمال بالإذن لمن ينوب عنه الأخرس، أو من اعتقل لسانه بالإشارة أو بعبارة مكتوبة أمرً تعترف به الشريعة وتصححه صيانة لحقوقهما، والتيسير عليهما؛ لأن الوكالة وتفويض الأعمال للغير بالإذن هو مبدأ معمول به في الشريعة الإسلامية، ومن أشكال التيسير على المسلمين لتسهيل معاملاتهم وعقودهم.

ومن هنا نقول: إن كل إذن كتبه أخرس، أو من اعتقل لسانه لمرض أو غيره، بإشارة أو عبارة مكتوبة للغير للقيام بمصالحهما أمر معترف به، لإبرام أو فسخ عقود المعاملات من بيع وشراء ورهن وإجارة ومزارعة وحوالة وغيرها من العقود.

ثالثًا: العرف والعادة

يعد العرف من طرق الإذن، حيث يوجد صلة وثيقة بين مبحث الإذن والعادة خاصة العادة المتعارف عليها بين التجار، وذلك عندما يكون الإذن مطلقًا؛ لأن الإذن المقيد فلا تحكيم للعادة والعرف فيه؛ لأنهما يحدَّدان بما قُيِّدا به، ولذا قال ابن قدامة في "المغني": "الإذن إذا اختص بشيء لم يتجاوزه"(٣) ومعناه: مثلاً أن صاحب المال لو أذن

(١) شرح منتهى الإرادات: ٧١٨/٦، تأليف منصور بن يونس البهوتي (ت١٠٥١هـ)، تحقيق د/ عبدالله ابن عبدالمحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.

(٢) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: ٢٣/١١، ٢٤، لأبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، تحقيق الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م.

(٣) المغني: ٣٤٧/٧، لموفق الدين أبي محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ٥٤١-٦٢٠هـ، تحقيق د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي، ود. عبدالفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

لموكله أو عامله أو شريكه بتجارة معينة، أو شراء أو بيع؛ فإنه لا يجوز لمن أُذن له بالتصرف تجاوز ما أَذِنَ له فيه، ويترتب على ذلك: أن الوكيل أو العامل أو الشريك لو تجاوز في التصرف لما حُدِّدَ له فيه فإنه يضمن، وتكون عليه الخسارة، أو ثمن قيمة ما اشتراه؛ لأنه لم يُؤذن له فيه. والدليل على ذلك، ما رواه الدَّارقطني في "سننه" عن حكيم بن حزام صاحب رسول الله ﷺ أنه "كان يشترط على الرجل إذا ما أعطاه مالاً مقارضة يضرب له به: "أن لا تجعل مالي في كبدٍ رطبة، ولا تحمله في بحر، ولا تنـــزل به في بطن مسيل، فإن فعلت شيئًا من ذلك فقد ضمنت مالي"[(١)].

فالإذن يعطي المأذون له حق التصرف بشرط ألا يعلم أن هذا الإذن يضر بسلامة المال. فلو أذن رب المال للمضارب بالسفر بالمال إلى دولة معينة عن طريق البحر مثلاً، والمضارب يعلم أن هذا السفر خطر على المال، ولا يعلم رب المال ذلك، فإن هذا العلم يلغى الإذن؛ لأن الإذن مقيد بشرط السلامة"[(٢)].

أما بالنسبة للإذن المطلق فإنه. كما قال الإمام منصور بن يونس البهوتي[(٣)]: "انصراف الإذن المطلق إلى ما جرت به العادة وعادة التجار جارية بالتجارة سفرًا أو حضرًا.

فإذا قال ربُّ المال لعامله أو شريكه: خذ هذا المال واتجر به مضاربة فهذا إذن مطلق، فإن ربُّ المال هنا لم يُفَصِّلْ نوع التجارة ولا كيفية الشراء ولا مدى صلاحية التصرف للعامل بالسفر أو غيره، ولم يذكر قيودًا على تصرف العامل. فعندئذٍ يحمل هذا الإذن المطلق على العرف وما جرت به عادة التجار، ويفعل ما استقر في عُرف

(١) سنن الدارقطني: للإمام الحافظ علي بن عمر الدار قطني ٣٨٥هـــ، شركة القدس، ط١، ٢٠١٣م، كتاب البيوع، حديث ٣٠٠، ٥٠٩/٢، والحديث حسن صحيح.

(٢) القواعد الفقهية: المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة، ٤٨٤، للدكتور/ عطية عدلان آل قارة، دار الإيمان، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٠م (أصل البحث رسالة ماجستير).

(٣) شرح منتهى الإرادات: ٥٥٣/٣.

التجارة في زمانه ومكانه، ومثل ذلك في جميع العقود المبهمة، وهو المرجع في تكييف ما ورد مطلقًا من العقود.

رابعًا: السكوت

يعتبر السكوت إذنا في بعض التصرفات. والأصل أن السكوت لا يعتبر إذنا، وذلك لقاعدة: "لا ينسب لساكت قول" ولكن خرج عن هذه القاعدة بعض الصور التي يعتبر السكوت فيها إذنا، ومن ذلك سكوت البكر عند وليها، فإن سكوتها يعتبر إذنا، وذلك بمقتضى الحديث: "استأمروا النساء في أبضاعهن فإن البكر تستحي فتسكت فهو إذنها"[(١)] وهذا باتفاق الفقهاء سواء أكان الاستئذان مستحبا أم واجبا.

وقد اختلف الفقهاء في سكوت الولي عند رؤيته موليه يبيع ويشتري فسكت هل يعتبر سكوته إذنا أم لا؟ فعند الحنفية وفي قول للمالكية يعتبر إذنا، وعند الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية، وفي قول للمالكية لا يعتبر إذنا؛ لأن ما يكون الإذن فيه شرطا لا يعتبر فيه السكوت، كمن يبيع مال غيره وصاحبه ساكت فلا يعتبر إذنا؛ لأن السكوت يحتمل الرضا ويحتمل السخط، فلا يصلح دليل الإذن عند الاحتمال[(٢)].

* * *

(١) الحديث أخرجه البخاري في فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب النكاح، ٤١ باب لا ينكح الأب وغيرهُ البكرَ إلا برضاهما، حديث رقم ١٣٦، ٥١٣٧، ٩/ ١١٠، بلفظ مقارب للفظ في المتن وهو " لا تنكح الأيم حتى تستأمر، ولا تنكح البكر حتى تستأذن، قالوا: يا رسول وكيف إذنها، قال: أن تسكت"، وأخرجه النسائي في سننه، كتاب النكاح، استئذان البكر في نفسها ٨٤/٣، ٨٥، سنن النسائي بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي وحاشية الإمام السندي، دار الريان للتراث، د.ت.

(٢) الموسوعة الفهية الكويتية: ٣٨٦/٣، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط٢، ١٤٠٤هـ/١٩٨٣م.

المبحث الثالث
الإذن بالنسبة للتصرفات المتعلقة بالعقود

بعد أن وقفت في المبحث الأول على تعريف الإذن في اللغة والإصطلاح، وطرق الإذن، فتبين لي أن (الأذن) لفظ محصور بين اثنين (آذِن ومأذون له)، فإن كان في الأمور الحياتية العامة فهو يحمل على الإباحة، وهو أمرٌ جائزٌ شرعًا، وإن كان متعلقًا بالتصرفات المالية العقدية الصادرة من المكلف فهذه التصرفات إما أن تكون صحيحة ونافذة، وإما أن تكون باطلة، أو موقوفة على إجازة أو إذن صاحب الحق، وهذا ما أردت أن أوضحه في هذا المبحث عن الإذن في العقود من خلال التصرفات الشرعية التي تلحق العقد حتى تضمن بقاءه، وتوجب نفاذه، وترتب أثره الشرعي عليه وذلك من خلال الإذن بالنيابة الشرعية في العقد إذا كان يقبل هذه النيابة أو لا يقبلها.

أولاً: الإذن في الوكالة[(١)]

الوكيل في الوكالة كما نص الفقهاء هو: مَنْ يملك التصرف في الذي يُوَكَّلُ فيه بملك أو ولاية، أما من لا يملك التصرف في الذي يوكل فيه فلا تصح وكالته، كالمحجور عليه، والمجنون، والمرأة في النكاح، والصبي ولكن إذا كان يعلم عنه أنه يحسن التصرف، ولم يجرب عليه الكذب فإنه يؤذن له بالتصرف إذا كان مميزًا، وإذا كان كذابًا فلا يجوز له التصرف.

والذي يهمنا هنا هو الوكيل الذي لا يملك التصرف إلا بإذن (الموكل)، والسؤال المتعلق بالبحث لو استناب الوكيل غيره بالوكالة دون الرجوع إلى (المالك الأصلي)

(١) الوكالة بكسر الواو وفتحها معناها لغة: التفويض والحفظ، ومنه قوله: حسبنا الله ونعم الوكيل" أي الحفظ، اللسان، ٤٩١٠/٦، وفي مختار الصحاح، الوِكالة معناها: الاعتماد على الغير يقال: (وَاكلهُ مُوَاكَله) إذا اتكل كل واحد منهما على صاحبه.مختار الصحاح، للشيخ محمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي، عني بترتيبه محمود خاطر بك، ٧٣٤/١، ط٢، المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٥٥هـ- ١٩٣٧م.

الموكل فهل يجوز ذلك أم لا؟

خلاف بين الفقهاء.

فإنه يجوز توكيل الموكل عند الشافعية[١]، والمالكية[٢]، والحنفية[٣]، واشترط بعضهم إذن الموكل للوكيل في التوكيل لغيره بشرطين: عند المالكية والحنابلة[٤]: ذكر ابن قدامة في "كتابه المغني" تفصيلاً في إطلاق الوكالة حيث قال: "إطلاق الوكالة لا يخلو من أقسام ثلاثة".

أحدها: أن يكون العمل بما يرتفع الوكيل عن مثله، كالأعمال الدَّنية في حق أشراف الناس المرتفعين عن فعلها في العادة، أو يعجز عن عمله بكونه لا يحسنه، أو غير ذلك، فإنه لا يجوز له التوكيل فيه؛ لأنه إذا كان مما لا يعمله الوكيل عادة، انصرف الإذن إلى ما جرت به العادة عن الاستنابة فيه.

الثاني: أن يكون مما يعمله بنفسه، إلا أنه يعجز عن عمله كله، لكثرته وانتشاره، فيجوز له التوكيل في عمله أيضًا؛ لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل، فجاز التوكيل في فعله جميعه...".

الثالث: ما عدا هذين القسمين، وهو ما يمكنه عمله بنفسه، ولا يترفع عنه، فهل يجوز له التوكيل فيه؟ على روايتين

---

(١) ينظر: حاشية البيجرمي على الخطيب: ٤٦٧/٣، للشيخ سليمان بن محمد بن عمر البيجرمي الشافعي ت١٢٢١هـ المسماه (تحفة الحبيب على شرح الخطيب) المعروف (بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع) للشيخ محمد بن أحمد الشربيني الشافعي المعروف بالخطيب الشربيني ت٩٧٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

(٢) ينظر الذخيرة ١٢/٨، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت ٦٨٤هـ/١٢٨٥م، تحقيق د/ محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م.

(٣) ينظر المبسوط: لشمس الدين السرخسي، ١٠٨/١٩، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

(٤) ينظر: رد المحتار على الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار"، ٢٦٥/٨، لمحمد أمين الشهير بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، دراسة وتحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياضن ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

إحداها؛ لا يجوز..... له التوكيل لغيره فيه... لأنه لم يأذن له في التوكيل، ولا يتضمنه إذنه، فلم يجز كما لونهاه؛ لأنه استأمنه فيما يمكنه النهوض فيه...

والأخرى: يجوز؛ لأن الوكيل له أن يتصرف بنفسه فملكه نيابة كالمالك. والأول أولى. ولا يشبه الوكيل المالك؛ فإن المالك يتصرف بنفسه في ملكه كيف شاء بخلاف الوكيل"[(١)].

وبعد عرض آراء المذاهب في وكالة الوكيل يترجح لدينا أنه لا يجوز توكيل الوكيل الأول غيره إلا بالرجوع إلى الموكل (المالك) واستئذانه حتى ولو كان العمل الذي يطلب له الوكالة فوق طاقته، أو لا يحسنه، أو مما يترفع مثله عن فعله عادة، أو يمكنه عمله، ولا يترفع عنه. كل ذلك؛ لأن الموكل عادة يختار وكيله على أساس من الأمانة والرضا، وصفات أخرى يراها فيما يوكله عن نفسه في مباشرة العقود وغير ذلك. فلو أراد الوكيل أن يوكل غيره فلابد للرجوع إلى إذن الموكل حتى يشاركه في اختياره على الأسس التي يرتضيها فيه، ولا يجوز التوكيل بغير إذن الموكل؛ لأنه قد يوكل مالا يرضاه الموكل، فيكون من باب خيانة الأمانة، والتصرف في ملك الغير (الموكل) بغير إذنه.

ثانيًا: الإذن في الشركات (شركات الأموال)

١- الوكالة في الشركة تقوم على الإذن:

الشِّرْكة والشَّرِكة بكسر الشين وسكون الراء وفتح الشين وكسر الراء معناها لغة: خلط أحد المالين بالآخر بحيث لا يمتازان عن بعضهما[(٢)].

وفي الاصطلاح: فهي تختلف باختلاف أنواعها في المذاهب وهي بصفة عامة: "أن

(١) المغني: ٢٠٩/٧

(٢) اللسان، ٢٢٤٨/٤، ومعجم ألفاظ القرآن الكريم، ١٥/٢، وضع مجمع اللغة العربية، طبع الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، ١٣٩٠هـ/١٩٧٠م.

يشترك اثنان في مال فيقولان: اشتركنا فيه على أن نبيع ونشتري معًا بقصد الرزق وتحصيل الأرباح وتقسيمها فيما بينهما على شرط كذا أو يقول أحدهما ذلك، ويقول الآخر: قبلت"[(١)].

وشركة الأموال تنقسم إلى أربعة أقسام: شركة مفاوضة[(٢)]، وشركة وجوه[(٣)]، وشركة أبدان[(٤)]، وعِنان[(٥)].

---

(١) البيان في مذهب الإمام العمراني الشافعي، لأبي الحسين يحيي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ٤٨٩هـ- ٥٥٨هـ، اعتنى به قاسم بن محمد النوري، ٣٦٠/٦، دار المنهاج للطباعة والنشر، د.ت.

(٢) شركة المفاوضة معناها: "أن يفوض كل واحد من الشريكين أمر الشركة إلى صاحبه على الإطلاق، وقيل: هي من التفويض؛ لأن كل واحد منهما يُفوض التصرف إلى صاحبه على كل حال في غيبته وحضوره. ويشترط فيها: أن يتساوى الشريكان في رأس المال، وفي التصرف، وفي الدِّين، ويكون كل واحد منهما كفيلاً عن الآخر فيما يجب عليه من بيع وشراء وفيما يتاجران فيه، وكل واحد منهما بمنزلة الوكيل لصاحبه".

"وهي باطلة عند الشافعية وصحيحة عند الأحناف: بشرط أن يخرج كل منهما جميع ما يملك، ولا يستثنى منه شيئًا".

ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت٥٩٥هـ، ٣٢١/٢، المكتبة التوفيقية – القاهرة، ط٢، ٢٠١٤م، والبيان للعمراني، ٣٧٦/٦هـ.

(٣) شركة الوجوه أو الشركة على الذمم: وهي أن يشترك وجيهان عند الناس، من غير أن يكون لهما رأس مال، على أن يشتريا في ذممهما بالنسيئة (أي مؤجل) ويبيعا بالنقد، بمالهما من وجاهة عند الناس، وهي جائزة عند الحنفية والحنابلة، وباطلة عند المالكية والشافعية؛ لأنها تتعلق بالمال أو العمل، وكلاهما معدومان. ويمكن اعتبار الشركة صحيحة قانونًا على أساس أن رأس المال هو ما يشترى من السلع نسيئة.

ينظر: بداية المجتهد، ٣١٨/٢، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، ٢/ ٧٠، تأليف شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، ضبطه وخرج أحاديثه: محمد محمد تامر، شركة القدس، ط٢، ٢٠١٣م.

(٤) شركة الأبدان أو الأعمال: وهي أن يعقد عاقدان على مكسب كل واحد منهما يكون بينهما كالحدادة والخياطة، والصباغة ونحوها. وهي معروفة بشركة الحمالين والنجارين والدلالين (السماسرة)، وهي شائعة اليوم فيما يسمى بالورشة، وتعتبر شركة التنقيب عن البترول، وشركة التفريغ والشحن من ضمن هذه الشركة.

وهي غير صحيحة عند الشافعية، وصحيحة عند أبي حنيفة وجائزة عند مالك وأحمد وتضمن بالعقد المبرم بين العاقدين اتفقا أو اختلفا.

ينظر: البيان للعمراني، ٦/ ٣٧١.

(٥) المرجع السابق: ٦/ ٣٦٧.

وقد اتفق العلماء على صحة شركة العِنان واختلفوا في باقي الأنواع.

وما يهمنا هو شركة العِنان، وسميت بهذا الاسم؛ "لأن الإنسان يحبس نفسه عن التصرف في الشركة بالمال في سائر الجهات إلا عن الجهة التي يتفق عليها شريكه كما أن الإنسان يحبس الدَّابة إذا ركبها بالعنان عن السير إلى سائر الجهات، إلا عن الجهة التي يريدها"[(١)]، ومعناه: أن أحد الشريكين لا يملك التصرف في ماله إلا بإذن من شريكه حتى يضمنا عدم الحطيطة (الخسارة)، وحتى لا ينفرد أحد الشريكين بربح من مال الآخر.

ويعد من شروطها (وهو مجال البحث) الإذن "حيث إنه يأذن كل واحدٍ منهما لصاحبه في التصرف في نصيبه في جميع مال الشركة، وإن أَذِنَ أحدهما لصاحبه دون الآخر، صح تصرف المأذون له في جميع المال، ولا يتصرف مَنْ لم يؤذن له إلا في نصفه مشاعًا، ولا يتَّجِر المأذون له في نصيب شريكه إلا في النوع المأذون له فيه..." [(٢)].

ويقول الشربيني: "ولا يعرف الإذن إلا بصيغة تدل عليه فإن قال أحدهما للآخر: اتجر أو تصرف في الجميع فيما شاء ولو لم يقل فيما شئت كالقراض[(٣)]، ولا يتصرف العامل (الآمر) إلا في نصيبه ما لم يأذن له الآخر فيتصرف في الجميع أيضًا، فإن شرط ألاَّ يتصرف أحدهما في نصيب نفسه لم يصح العقد لما فيه من الحجر على المالك في ملكه، فلو اقتصر كل منهما على اشتركنا- لم يكلف الإذن المذكور[(٤)]، ولم يتصرف كل منهما إلا في نصيبه لاحتمال كون ذلك إخبارًا عن حصول الشركة في المال، ولا يلزم

(١) ينظر البيان للعمراني ٦٦٧/٦.
(٢) البيان للعمراني ٣٦٩/٦.
(٣) القراض هو: "دفع مال إرفاقًا لمن ينتفع بالمال، ويُرَّد بدله" وأجمع العلماء على جوازه. شرح منتهى الإرادات" للبهوتي الحنبلي ٣٢٢/٣.
(٤) ما بين الحاصرتين زيادة توضيح من الباحثة.

من حصولها جواز التصرف بدليل المال الموروث شركة"[1].

وملخصه: أن الإذن يختلف باختلاف الصيغة في حصول الشركة، وأن تصرف الشريك والعامل مبني على الوكالة، فالشريك وكيلٌ عن شريكه في التصرف في مال الشركة، والمضارب وكيلٌ عن رب المال في التصرف في القراض، وعامل المساقاة والمزارعة وكيلٌ عن رب الأرض والشجر، وما دام الأمر كذلك فكل واحد من الشريكين نائب عن صاحبه في التصرف وهذا يقتضي إطلاق التصرف، فليس للشريك أن يرجع إلى شريكه في البيع والشراء في حضوره وغيبته بل له مطلق التصرف طالما هذا التصرف في مصلحة الشركة[2].

أما إذا تصَّرف بما يضر الشركة، وتصرف بتصرفات لم يجر فيها عرف ولاعادة، ولكن فيها مجازفة ومخاطرة كأن يقرر السفر إلى مكان بعيد أو يغير نشاط الشركة من الاتجار في الملابس إلى الإتجار في المواد الغذائية مثلاً، أو يقرر أن يستدين لتوسيع نشاط الشركة، أو يتبرع أو يهب من مال الشركة. فالإذن يجب أن يسبق هذه التصرفات حتى يضمن صحة التصرف وإجازة الشريك الآخر له، وتبقى بنود العقد المتفق عليه في الشركة صحيحة وحتى يضمن عدم الحطيطة؛ "لأن الإذن في الشيء إذن فيما يقتضى ذلك الشيء إيجابه"[3]. فلو اتفق الشريك مع شريكه في الاتجار في (السيارات) مثلاً وهذا لايكون إلا بالسفر إلى البلاد التي فيها السيارات، أو بتحويل المال عن طريق البنك في بلد المنشأ لهذه السلعة والتمويل يكون طبقًا للنظم التي تفرضها هذه البلاد.

ففي هذه الحالة يجب على الشريك إعطاء الإذن لشريكه حتى يضمن تمام الصفقة

---

(١) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: للشربيني ٧٢/٢

(٢) ينظر: المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبدالله بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي (ت٨٨٤هـ)، ٢٠/٥، دار المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ.

(٣) المنثور في القواعد، للزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن محمد محمد بن عبدالله الشافعي، ١٠٨/١، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٢هـ/٢٠٠٠م.

طالما يتحقق فيها الربح.

اما إذا اشترى الشريك بمالا يتغابن بمثله، فيقول العمراني: "وإن أَذِنَ كل واحدٍ من الشريكين لصاحبه بالتصرف، فاشترى أحدهما شيئًا للشركة بأكثر من ثمن المثل بمالا يتغابن الناس بمثله، فإن اشترى ذلك بثمن في ذمته... لَزِم المشتري جميع ما اشتراه، ولا يلزم شريكه ذلك؛ لأن الإذن يقتضي الشراء بثمن المثل، فإن نقص الثمن من مال الشركة... ضَمِنَ نصيب شريكه بذلك؛ لأنه تعدي، وإن اشتراه بعين مال الشركة... لم يصح الشراء في نصيب الشريك؛ لأن العقد تعلق بعين المال"(١).

والخلاصة: أن مصلحة الشركة تهم الشركاء فلو كان الإذن مطلقًا وجرت العادة ببيع السلع وشرائها في أسواق متعددة ولم يخصص الآذن سوقًا بعينها ولم تفرق العادة بين سوق وآخر، واقتضى ذلك مصلحة الشركة، فالواجب على الشريك أو الشركاء مراعاة المصلحة وإلا مَنْ قَصَّر يضمن الخسارة؛ لأن الشركة إنما شرعت لتنمية المال وتثميره، ولإقامة المشاريع الصناعية والزراعية والتجارية الكبرى، لتحقيق التكامل والتعاون، وتشغيل ذوي الكفاءات والخبرات النادرة، فقد يملك الإنسان المال وليس لديه خبرة فيستعين بما لديه من الخبرة حتى ترتقي وتنمو الشركة، وبالتالي يقل حجم البطالة في المجتمع؛ التي أساسها القيام على الوكالة والمضاربة بشرط عدم الغبن في التصرفات مع توافر الرضا من جانب الشريك لشريكه وعدم تعدي كل منهما على الآخر.

* * *

(١) البيان، للعمراني، ٦/٣٨١.

المبحث الرابع
الإذن في المضاربة

المضاربة هي أحد أشكال الاستثمار الذي عرفه الناس في الجاهلية وقبل الإسلام لاستثمار أموالهم التي كانت مقصورة على التجارة، كما روت لنا كتب السيرة أن الصحابة تعاملوا بها قديمًا، وعن ابن مسعود وحكيم بن حزام أنهما قارضا ولا مخالف لهما من الصحابة فحصل إجماع... لأن الناس كانت بحاجة إلى المضاربة، فإن المال لا ينمو إلا بالتقليب والتجارة وأن النبي ﷺ جاء والناس يتعاملون بها فأقرها وتعاملت بها الصحابة(١).

نخلص من ذلك إلى أن المضاربة كانت مشروعة بالسنة التقريرية وتعامل الناس بها ولم ينكرها ﷺ لدورها الهام في تحقيق المصالح والمنافع لكل من صاحب المال والعامل على المضاربة والمجتمع بأسره.

فمعناها لغة: مشتقة من ضاربه مضاربة أي اتجَّر له في ماله على أن يكون له حصة شائعة معينة من ربحه(٢).

وفي الاصطلاح: "هي عقد شركة في الربح بمال على الشيوع من جانب "رب المال"، وعمل من جانب المضارب"(٣).

وقد اجتهد العلماء من فقهاء المسلمين في وضع ضوابط وشروط لصحة المضاربة بهدف تحقيق المصلحة لطرفي المضاربة منها:

---

(١) ينظر المغنى لابن قدامة ٢٠٥/٤.

(٢) ينظر اللسان ٢٥٦٨/٤، والمعجم الوسيط، ص٥٣٦.

(٣) رد المحتار على الدُّر المختار شرح تنوير البصار لخاتمة شيخ المحققين: محمد أمين الشهير بابن عابدين، دراسة وتحقيق: عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، ٢٧٧/٨، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ/٢٠١٣م.

المسألة الأولى: مسألة دفع المضارب مال المضاربة للغير

تعد هذه المسألة مخرجة على مسألة أخرى وهي: توكيل الوكيل بغير إذن الموكل[١]. حيث أجاز الفقهاء دفع العامل مال المضاربة لغيره للمضاربة بشرط إذن المالك لمال المضاربة[٢]؛ وإن زاد الحنفية شرطًا آخر وهو كما قال الكاساني: "قول زفر: "إن رب المال إذا لم يقل للمضارب اعمل برأيك لم يملك دفع المال مضاربة إلى غيره فإذا دفع صار بالدفع مخالفًا...."[٣]. والملاحظ أن هذا الشرط داخل في الشرط الأول، فإن أذن المالك (لمال المضاربة) لعامل المضاربة، فإنه يجوز حينئذ دفع المال لآخر للمضاربة به. وكأنه قال له: برأيك تمامًا وهذا كله من باب التفويض العام للمضارب.

وهناك مسألة أخرى تمس البحث وهي: الاستدانة على مال المضاربة من جهة المضارب (العامل)، حيث نقل ابن رشد الحفيد اختلاف الفقهاء فيها، وأن الإمام مالك لم يجزها؛ لأنه لا يجوز عنده أن يأخذ على المضاربة دينًا فيها، ولا يجوز أن يستدين عليها[٤] وهذا الرأي رجحه أيضًا الإمام الكاساني الحنفي في "بدائع الصنائع"، حيث قال: "لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة... حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابًا ثم استأجر على حملها أو على قصارتها أو نقلها كان متطوعًا في ذلك كله؛ لأنه لم يبق في يده شيء من رأس المال صار بالاستئجار مستدينًا على

(١) ينظر المغنى لابن قدامة ٢١١/٤.

(٢) ينظر المرجع السابق، ٢١١/٤، وبدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ٩٦/٦، للإمام علاء الدين أبي بكر ابن مسعود الكاساني الحنفي ت٥٨٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.
وروضة الطالبين، ١١/٤، للإمام أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي ت ٦٧٦هـ، ومعه المنهاج السَّوي في ترجمة الإمام النووي، ومنتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للحافظ جلال، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، بيروت، طبعة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

(٣) بدائع الصنائع، للكاساني ٩٦/٦

(٤) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ٣٠٧/٢، للإمام أبي الوليد محمد أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت٥٩٥هـ، تحقيق وتعليق: مجدي فتحي السيد، المكتبة التوفيقية، ط٢، ٢٠١٤.

المضاربة فلم يجز عليها، فصار عاقدًا لنفسه متطوعًا في مال الغير، كما لو حمل متاعًا لغيره أو قصَّر ثيابًا لغيره بغير أمره..."[(١)]، والعلة أنه لابد للرجوع لرب المال في ذلك وأخذ الإذن منه. تجنبًا للمنازعات، وحتى يستشعر رب المال بقيمته، وعدم مخالفة شريكه لأوامره.

الإذن في عقد الفضولي:

الفضولي لغة: نسبة إلى الفضل أي الزيادة، والجمع فضول، وقد استعمل الجمع استعمال المفرد فيما لا خير فيه، ولهذا نسب إليه على لفظه، فقيل: فضولى لِمَنَ يشتغل بما لا يعنيه[(٢)].

أما الفضولي في الاصطلاح: "هو الذي يبيع مال غيره بغير توكيل ولا إيصاء عليه"[(٣)].

ومسألة بيع مال الغير بغير الرجوع للمالك بإذن أو غيره، هي مسألة شائكة بين الفقهاء، وفي عصرنا الحالي، خاصة وأن البعض قد يتصرف في مال الغير ببيع وغيره خوفًا عليه من السرقة أو التلف أو غير ذلك.

وآخرون يتصرفون في مال غيرهم بادعاء أنه ملكهم، وكل هذا يقع تحت مصطلح أقره العلماء ونصوا عليه في مؤلفاتهم وهو: بيع الفضولي.

أما رأي العلماء فيه، فالمالكية ومنهم الإمام أبو الحسن التسولي والقرافي أجازاه، فإن

---

(١) بدائع الصنائع، للكاساني ٩١/٦

(٢) ينظر المعجم الوسيط: طبع مجمع اللغة العربية ص٦٩٣، مكتبة الشروق الدولية، ط٤، ١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م، والقاموس المحيط، للفيروز آبادي، ٣٠/٤.

(٣) البهجة في شرح التحفة: ١١١/٢، لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي ت ١٢٥٨هـ، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي ت ٨٢٩هـ، ومعه حُلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام أبي عبدالله محمد بن محمد التاودي ت١٢٠٩هـ، وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام، ضبطه وصححه: محمد عبدالقادر شاهين، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م.

علم المالك الأصلي بالبيع فله أن يفسخ عقد البيع؛ لأن البائع غير مالك له، وله الإمضاء بإقرار أو سكوت منه عن رضاء وتسليم.

ولذا قال أبو الحسن التسولي: "وغائب عن مجلس البيع يبلغه ما عمله الغير في ماله من البيع يعني وادَّعاه لنفسه بدليل ما بعده، فإن أنكر في الحين وقام بالفور فله الفسخ والإمضاء، وإن سكت وقام بعد مدة فلا شيء له؛ لأن سكوته بعد العلم يعد رضا وتسليمًا منه"(١).

ويلخص نظرة المالكية لبيع الفضولي قول الإمام القرافي نقلاً عن ابن القاسم قوله: "بيع الفضولي يصح عندنا"(٢)، وذلك لأنهم نظروا إلى عقد الفضولي كأنه بمثابة عقد توكيل بعد البيع ولذا قال ابن عرفة الدسوقي: "ويطالب الفضولي فقط بالثمن، أي إذا أجاز المالك بيعه فإنما يطالب الفضولي فقط بالثمن أي إذا أجاز المالك بيعه فإنما يطالب بالثمن الفضولي البائع، ولا يطالب به المشتري؛ لأنه بإجازته بيعه صار وكيلاً له أي والموكل إنما يطالب بالثمن وكيله لا المشتري من وكليه..."(٣).

أما الأحناف: فوافقوا المالكية في جواز بيع الفضولي، ولكنهم شرطوا لإجازته شرطًا، يتضح في قول صاحب "اللباب في شرح الكتاب" حيث قال: "ومن باع ملك غيره بغير أمره فالمالك بالخيار، إن شاء أجاز البيع، وإن شاء فسخ، ولكن إنما له الإجازة إذا كان المعقود عليه باقيًا، وكذا المالك والمتعاقدان بحالهما، فإذا حصلت الإجازة مع قيام الأربعة جاز البيع، وتكون الإجازة اللاحقة بمنـــزلة الوكالة السابقة، ويكون البائع كالوكيل، والثمن للمجيز إن كان قائمًا، وإن هلك في يد البائع هلك

(١) المصدر السابق ١١٣/٢، وينظر أيضًا الذخيرة، ٥/ ٥٣٠.
(٢) الذخيرة، ٥/ ٥٣٠.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٣٨/٢، للعلامة شمس الدين محمد بن عرفة الدسوقي على الشرح الكبير لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور للعلامة المحقق الشيخ شمس الدين محمد عليش، طبع عيسى البابي الحلبي وشركاه، د.ت.

أمانة، ولكل من المشتري والفضولي أن يفسخ العقد قبل أن يجيز المالك، وإن مات المالك قبل الإجازة انفسخ البيع، ولا يجوز بإجازة ورثته"[(١)].

ويفهم من كلامه أن إجازة عقد الفضولي تتوقف على بقاء المبيع (المعقود عليه) والمتعاقدين (الفضولي والمشتري)، والمالك الأصلي، فإذا أجاز المالك الأصلي البيع، تمَّ ويكون إجازة بيع الفضولي في هذه الحالة بمنـــزلة الوكالة السابقة.

واستدل هذا الفريق بحديث عروة ﷺ بجواز بيع الفضولي. وهو: "أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاه، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار فجاءه بدينار وشاه، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه"[(٢)].

ووجه الاستدلال بهذا الحديث عندهم أن عروة ﷺ تصرف بغير ما أراد النبي ﷺ ولكن هذا الاستدلال قاصر؛ لأنه تصرف بما أراد منه النبي ﷺ وجاء بالشاة كما طلب منه وزيادة، ولكن الحديث الذي يصح الاستدلال به هو حديث ورد في صحيح البخاري عن قصة الثلاثة أصحاب الغار، وفيه الرجل الذي تاجر في أجر العامل أو الأجير عنده[(٣)]، لصالحه وقد أورده البخاري في صحيحه وهذا نصه: "قال النبي ﷺ.... وقال الثالث: اللهم إني استأجرت أُجراء فأعطيتهم أجرَهم، غير رجل واحد ترك الذي له وذهب فَثَمَّرْت أجرهُ حتى كَثُرَت منه الأموال، فجاءَني بعد حين فقال: يا

(١) اللباب في شرح الكتاب، ١٨/٢، للشيخ عبدالغني الغنيمي الدمشقي الحنفي أحد علماء القرن الثالث عشر على المختصر المشتهر باسم الكتاب الذي صنعه الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي ٣٣٢- ٤٢٨هـــ، حققه محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت.
وينظر: تبيين الحقائق شرح كنـــز الدقائق، ١٠٣/٤، لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ت ٧٤٣هـــ، طبع دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ١٣١٣هـــ.

(٢) الحديث أخرجه البخاري في فتح الباري بشرح صحيح البخاري، كتاب المناقب، ٢٧، باب سؤال المشركين أن يُرِيَهُم النبي ﷺ آية فآراهم انشقاق القمر، حديث رقم (٣٦٤٢)، ٧٠٨/٦.

(٣) الحديث أخرجه البخاري في فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب الإجازة، ١٢ باب مَنْ استأجر أجيرًا فترك أجرة فَعَمِل فيه المستأجر فزاد أو مَنْ عمل في مال غيره فاستفضل، حديث ٢٢٧٢، ٥٦١/٤، ٥٦٢.

عبد الله أدِ إليَّ أجري، فقلتُ له: كُلُّ ما ترى من أجلك من الإبل والبقر والغنم والرقيق. فقال: يا عبدالله لا تستهزئ بي. فقلت: إني لا استهزئ بك، فأخذه كله فاستاقه فلم يترك منه شيئًا...".

اما الذين قالوا بعدم جواز بيع الفضولي هم الشافعية[١]، والشافعي في القديم[٢]، والحنابلة[٣] في إحدى الروايتين ولذا قال الغزالي في الوسيط: "فبيع الفضولي بمال الغير عندنا باطل"[٤]؛ لأنه كما قال الشيرازي في "المجموع شرح المهذب": "يبيع مالا يملك، أو ما ليس مأذونًا في بيعه"[٥].

والمتأمل لكلام الفريقين يجد أن الفريق الأول أجاز بيع الفضولي بشروط هي:

١- إجازة المالك بعد التصرف كالإذن في الوكالة قبل التصرف.

٢- بقاء المعقود عليه، ووجود العاقدين والمالك.

٣- وجود المصلحة والحاجة إليه في كثير من التصرفات، وهذا الذي نقله الغزالي عن الشافعي في أحد قوليه في "الوسيط"[٦].

٤- استنادهم لحديث عروة ﷺ.

---

(١) ينظر: الوسيط في المذهب، ٢٢/٣، للشيخ محمد بن محمد بن محمد الغزالي ت٥٠٥هـ، وبهامشه عدة شروحات، حققه وعلق عليه: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.
و المجموع شرح المهذب: ١٦٢/١٤، للشيرازي، بقلم محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، د.ت.

(٢) المصدر السابق ١٤/ ١٦٢.

(٣) ينظر: العدة شرح العمدة، في فقه إمام السنة، ص٣٥٦، تأليف بهاء الدين بن عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي، اعتنى به: الشيخ خالد محمد محرم، المكتبة العصرية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.
ومنار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ٣٠٨/١، تاليف الشيخ إبراهيم بن محمد ابن سالم بن ضويان، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٥، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

(٤) الوسيط في المذهب، للغزالي، ٢٢/٣.

(٥) المجموع شرح المهذب، للشيرازي، ١٤/ ١٦٢.

(٦) ينظر: الوسيط، للغزالي، ٢٢/٣١.

والفريق الثاني: عللوا عدم جواز بيع الفضولي لعدم وجود إذن أو تفويض أو إيصاء بالبيع والتصرف في المال.

ومن الآراء السابقة نستخلص: أنه لو كانت عين المبيع موجودة وأوشكت على الفساد أو خيف تعرضها للسرقة في موقف ما، من غير حضور المالك الأصلي، فنقول اجتهادًا. والله أعلم. أنه حينئذ يتصرف الفضولي في البيع بدون الرجوع إلى المالك، خاصة لو كان الحصول على إذن المالك سيضيع وقتًا فيحصل التلف لعين المال أو السرقة، أو غير ذلك.

أما غير ذلك فلا يجوز بيع الفضولي؛ لأنه بيع وتصرف في مال الغير بغير إذنه.

ونعطي مثالاً على ذلك في عصرنا الحالي، رجل (مالك) يبني دارًا وأمامها مكونات البناء مثل الأسمنت وغيره، وجاءت الشهور المطيرة والمالك غير موجود والاتصال به صعب، فتصرف الحارس في مواد البناء لخوف سقوط الأمطار عليها فتتلف، أو تتعرض للسرقة وهو غير موجود (الحارس) فيتصرف فيها بالبيع بغير غبن أي خسارة كبيرة بدون الرجوع إلى المالك فهنا – والله أعلم – جائز.

الإذن في الرهن:

الرهن لغة: من الحبس، يقال رهن الشيء رهنًا أي: حبسه عنده بدين، ويقال: رهنته لساني أي كففته وحبسته فهو مرهون ورهين، ويجمع الرهن على رهان ورهون[1].

والراهن هو المالك لعين الرهن، والمرتهن هو الذي حُبس عنده الرهن للاستيفاء منه عند العجز عن سداد الدين، والرهين أو المرهون هو العين المرتهنة.

والبحث يتعلق بموضوع الإذن في التصرف في العين المرتهنة بالنسبة للمالك الأصلي

(١) يُنظر: القاموس المحيط، للفيروز آبادي، ٢٢٦/٤، والمعجم الوسيط، ص٣٧٨.

للعين (الراهن) وبالنسبة للمرتهن. والتصرف هنا إمَّا بالاستفادة من العين المرتهنة أو البيع.

فأما من ناحية الانتفاع من العين المرتهنة فقد جاء في "المجموع" للإمام النووي: أنه "يجوز للراهن أن ينتفع بكل مالا ينقص العين المرهونة، كسكني الدار وركوب الدابة بدون إذن المرتهن لحديث "الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا"[(١)] وإذا اشترط أن تكون منفعة المرهون له في عقد الرهن يفسد على الراجح، وقيل: إن الذي يفسد هو الشرط والعقد صحيح"[(٢)]، ومعناه: أنه لا يجوز الانتفاع من العين المرهونة بشرط إذن المرتهن، وأيضًا بشرط عدم نقصان العين المرهونة؛ لأن نقصانها بأي نوع من أنواع الانتفاع هو في الحقيقة انتقاص لحق المرتهن خاصة عند الاستيفاء بعد العجز عن سداد الدين.

وجاء في "الكافي" لابن قدامة أنه: لا يملك الراهن التصرف في الرهن، باستخدام ولا سكنى، ولا إجارة ولا إعارة، ولا غيرها بغير رضى المرتهن، ولا يملك المرتهن ذلك بغير رضى الراهن.

فإن لم يتفقا على التصرف، كانت منافعه معطلة تملك تحت يد المرتهن يفك الرهن؛ لأن الرهن عين محبوسة على استيفاء حق، فاشبهت المبيع المحبوس على ثمنه"[(٣)].

---

(١) كتاب المجموع، ٣٥٠/١٢، للإمام أبي زكريا يحيي بن شرف مُري بن حسن النووي ت٦٧٦هـ، وشرح المهذب.

(٢) الحديث أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرهن، ٥٣٥/١، حديث رقم ٣٥٢٦، حدثنا به هناد عن ابن المبارك عن زكريا، عن الشعبي عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: لبن الدَّرُ يحلب بنفقته إذا كان مرهونًا، والظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركبُ ويحلب النفقة". قال أبو داود: هو عندنا صحيح. طبع مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، د.ت.

(٣) الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: ٢/ ١٠٥، لشيخ الإسلام لموفق الدين عبد الله بن قدامة المقدسي، ت ٦٢٠ هـ، حققه وعلق عليه: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

ومضمون كلام ابن قدامة أنه لا يجوز التصرف بالانتفاع في العين المرهونة لكلٍ من الراهن أو المرتهن بدون إذن ورضى أحدهما للآخر، فالإذن هنا هو شرط الانتفاع للطرفين (الراهن والمرتهن).

لذا عقب ابن قدامة على ما سبق بقوله: "وكل ما مُنِعَ الراهن منه، لحق المرتهن، إذا أذن فيه، جاز له فعله؛ لأن المنع لحقه، فجاز بإذنه فإن رجع عن الإذن قبل الفعل، سقط حكم الإذن، فإن لم يعلم بالرجوع حتى فعل، فهل يسقط الإذن؟ فيه وجهان[1]: يقصد عند الحنابلة الأول: فلو أعطى المرتهن إذنًا للراهن للانتفاع جاز له ذلك، الثاني: إن أعطاه ثم رجع سقط الإذن و لم يجز للراهن أي تصرف بالانتفاع أو غيره.

وهناك وجهان: اختلف فيهما الحنابلة لو رجع المرتهن عن الإذن دون أن يعلم الراهن وتصرف فهل يصح التصرف أم لا؟ خلاف عندهم. فمنهم من أجازه، ومنهم لم يجزه.

أما مسألة التصرف في بيع الرهن، فإن العلماء أجمعوا أنه لا يجوز للراهن أن يبيع الرهن بدون إذن المرتهن أو يهبه، ولذا قال ابن مودود الحنفي في "الاختيار في تعليل المختار": "فإذا باع الراهن الرهن فهو موقوف على إجازة المرتهن أو قضاء دينه؛ لتعلق حقه بحبسه... فيتوقف إبطاله على رضاه أو زوال حقه، فإذا أجاز فقد رضي بزوال حقه في الحبس"[2]، وأكده النووي بقوله: "وإذا تصرف الراهن في المرهون بالبيع بدون إذن المرتهن فإن بيعه لا ينفذ إلا إذا قضاه دينه"[3]، وأضاف: "وإذا لم يجز المرتهن البيع فإنه لا يملك فسخ البيع بل يبقى موقوفًا، ويكون للمشتري الخيار بين أن يصير إلى

(١) ينظر: الكافي، لابن قدامة، ١٠٥/٢، والمجموع، للنووي، ٣٥٠/١٢، والاختيار لتعليل المختار، ٣٧٤/١، للإمام عبدالله بم محمود بن ودود الموصلي الحنفي ت ٦٨٣هـ، تحقيق: عبدالله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، ١٤٣٠هـ- ٢٠٠٩م.

(٢) الاختيار في تعليل المختار، ٣٧٤/١.

(٣) المجموع، للنووي، ٣٥٢/١٢.

فكاك وبين أن يرفع الأمر للقاضي ليفسخ البيع، وله حق الخيار سواء كان عالمًا بأنه مرهون قبل أن يشتريه أولاً على الصحيح (يقصد عند الشافعية)، وكذلك إذا باعه المرتهن بدون إذن الراهن فإن أجازه الراهن نفذ وإلا فلا، وله أن يبطله ويعيده رهنًا..."[(١)].

ومعنى ما سبق أن عقد البيع بالنسبة للمشتري يكون صحيحًا سواء أكان عالمًا كون المبيع مرهونًا أولاً، وله حق الخيار إما أن يمضي البيع أو يفسخه، أما في حق الراهن فهو الذي يملك إذا لم يجز فسخ عقد البيع وإعادته إلى الرهن مرة ثانية.

التصرف العقدي عند الصبي المميز يتعلق بالإذن من الولي أو الوصي:

يعتبر سن التمييز الذي يعتد به في التصرفات وإنشاء العقود هو: تلك السن التي إذا انتهى إليها الصغير عرف مضاره ومنافعه، وكأنه مأخوذ من ميزت الأشياء إذا فرقت بين خيرها وشرها بعد المعرفة بها[(٢)].

ويقول مصطفى الزرقا: "وليس لمبدأ هذا التمييز سنٌّ معينة من عمر الإنسان أو علامة طبيعة فيه، بل قد يبكر وقد يتأخر بحسب فطرة الطفل ودرجة ذكائه ومواهبه العقلية. وهو إنما يعرف بأثره من التوازن الذي يبدو في تفكير الطفل وأعماله..." [(٣)].

وإن كان هناك كثير من الفقهاء جعلوا بداية سن التمييز من السنة السابعة، بدليل أن النبي ﷺ قال: "مروا الصبي بالصلاة إذا بلغ سبع سنين"[(٤)]، ومعنى هذا: أن السن

---

(١) المصدر السابق ١٢/ ٣٥٢.

(٢) الموسوعة الفقهية، ٢٤/١٣، الموسوعة إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط٢، ١٤٠٤هـ - ١٩٨٣م.

(٣) المدخل الفقهي العام، ٨٠٢/٢، لمصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط٣، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

(٤) الحديث أخرجه أبو داود في سننه من حديث الربيع بن سَبُرَة عن أبيه عن جده، كتاب الصلاة، ٢٦ باب متى يؤمر الغلام بالصلاة، حديث ٤٩٥، ص٨٢، سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني ٢٠٢-٢٧٥هـ، اعتنى به مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف، الرياض، ط١،=

الذي يحصل من مبتدأه التمييز في الغالب الأعم هو سن السابعة. وهذا ما يُسمى عند الفقهاء بأهلية التعبد، فالطفل في هذه السن قادر على أداء واجبات العبادة وإن كانت غير مفروضة عليه؛ لأنه لم يبلغ، والبلوغ مناط التكليف.

أما أهلية الطفل من ناحية قدرته على التصرفات المالية، كالبيع والشراء والهبة، والإجارة، وسائر المعاملات التي تحتاج في مجملها إلى إقامة العقود للحفاظ على الحقوق وغير ذلك، فقد قسمها الفقهاء والأصوليون إلى ثلاثة أقسام(١):

الأول: تصرفات فيها ضرر محض على الصغير.

الثاني: تصرفات فيها نفع محض يعود على الصغير.

الثالث: تصرفات يتوقع فيها الضرر والنفع الذي يعود على الصغير.

أما النوع الأول: مثل التبرعات بجميع أنواعها من هبة، أو صدقة، أو وقف وغير ذلك، فهذا النوع لا يملك الصغير فعله، ولا يملك أحدٌ من ولي أو وصي أن يجيزه له أو يفعله عنه.

والنوع الثاني: مثل قبول الهبة، أو الصدقة، فتصرف الصبي المميز فيها يكون نافذًا ولا تتوقف على إجازة ولي أو وصي له؛ لأنه نفع يعود على الصبي ولا يضر به.

أما النوع الثالث: كالمعاوضات المالية في جميع صورها من بيع وشراء؛ وإجارة ورهن، ومزارعة، فإن هذا النوع يصح تصرف الصبي فيه بشرط موافقة ممثله الشرعي له من ولي أو وصي، إما بإذن منه سابق، أو إجازة لاحقة بعد التصرف.

مع العلم أنه كما جاء في روضة الطالبين: "من بلغ مبذرًا، فحكم تصرفه حكم

=د.ت، والترمذي في سننه: كتاب الصلاة، باب ما جاء متى يؤمر الصبي بالصلاة، حديث ٤٠٧، ١٤٤/١، سنن الترمذي: لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة ٢٠٩- ٢٧٩هـ، تحقيق: أحمد محمد شاكر، مكتبة الطبري، ط١، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م. وقال: حديث حسن صحيح.

(١) يُنظر: المدخل الفقهي العام، لمصطفى الزرقا، ٨٤/٢، ٨٨.

تصرف السفيه"[(١)]، أي لا ينفذ؛ لأن "السفيه... لا يصح تصرفه، وإلا لبطلت فائدة الحجر، فلا يصح بيعه ولا هبته..، وكذا لا يصح عتقه وكتابته..." أما الطلاق، فلأن الحجر لم يتناوله لأنه ليس بمال"[(٢)].

والصبي "لو ادعى الرشد بعد بلوغه وأنكره وليه لم ينفك الحجر عنه"[(٣)]، ويترتب على ذلك عدم الإذن له للقيام بإنشاء أو إبرام أي عقد يخص التصرفات المالية.

ويتفق القانون مع الشرع في بدء سن التمييز، وهو سن السابعة، أما سن الرشد الذي يتمتع فيه الإنسان بقواه العقلية حتى يباشر حقوقه المدنية فهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة، غير أن القانون المدني المصري استثنى من هذا الحكم الصبي المميز، إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره، فقد نصت المادة ١١٢ على انه إذا بلغ الصبي المميز الثامنة عشرة من عمره، وأُذِن له في تسليم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، وكانت أعمال الإدارة الصادرة منه صحيحة في الحدود التي رسمها القانون.

فقد نصت المادة ٥٤ على ما يلي: "للولي أن يأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشرة في تسلُّم أمواله كاملة أو بعضها لإدارتها...".

ونص في المادة ٥٥ منه على أنه "يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصي أن تأذن للقاصر الذي بلغ الثامنة عشر في تسلُّم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها...".

---

(١) روضة الطالبين: ٤١١/٣، لأبي زكريا يحيي بن شرف النووي الدمشقي، ت٦٧٦هـ، ومعه المنهاج السَّوِي في ترجمة الإمام النووي، (منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع لجلال الدين السيوطي)، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، طبعة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

(٢) كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: ص٣٥٦، للإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي، من علماء القرن التاسع الهجري، تحقيق: الشيخ كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

وينظر: نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ٣٥٧/٤، للإمام شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملي ت١٠٠٤هـ، دار الكتب العلمية، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

(٣) المصدر السابق ٣٥٧/٤.

وتكفلت المادتان ٥٦، ٥٧ برسم الحدود التي يتصرف في نطاقها الصبي المأذون"[(١)]. ويستثنى الصبي المميز في إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص متى بلغ السادسة عشرة.

ومن الذي سبق أقول: إن الإنسان قد يصل إلى هذه السن (السادسة عشرة) أو (الثامنة عشرة) فقد تتأثر أهليته بعارض يرجع إلى التمييز كالجنون، والغفلة، والسفه، فعلى الوصي أو الولي في هذه الحالة الإتيان بإشهاد موثق من المحكمة وأخذ الإذن بمراعاته لضمان سلامة تصرفاته، وحتى يتصرف في نطاق الحدود المرسومة له حفاظًا على ماله ومال أسرته إذا كان هو الأخ الأكبر في إخوته.

* * *

(١) راجع هذه المواد بنصوصها في كتاب: الوسيط في شرح القانون المدني، د/ عبدالرزاق السنهوري، ١/١٧٤، ١٧٥، طبع دار إحياء التراث العربي، د.ت.
وراجع فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر، د. علي أحمد السالوسي، ١/ ١٠٩، دار الثقافة، الدوحة، قطر، ط٨، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.

المبحث الخامس
التطبيق المعاصر على صناديق الاستثمار والوكالة الاستثمارية

أولاً: الصناديق والمحافظ الاستثمارية:

أردت في هذا المبحث التطرق لموضوع الصناديق والمحافظ الاستثمارية لكثرة التصرفات عن الغير، والفوضى المجتمعية التي نعيشها اليوم في واقعنا المعاصر مما يعرض (المالك صاحب الحق) للخسارة بشرائه للأسهم والسندات من المؤسسات المالية الكبرى(بنك أو شركة استثمارية)، وإما بالدخول في مشاريع تجارية قد لا يعلم عنها شيء فتحدث أشياء تعرض المستثمر للخطر والضرر في ماله من خلال المشاركة في الصناديق والمحافظ الاستثمارية.

ومفهوم هذه الصناديق في اللغة هو: طلب الثمر واحده ثمرة[(١)] ويجمع على أثمار وثُمُر، ويطلق على أنواع المال، والعرب تقول: أثمر القوم وثمروا ثمورًا، إذا كَثُرَ مالهم، واستثمر المال جعله ينمو.

والمعنى الشرعي لا يخرج من المعنى اللغوي ولكنه مقيد بموافقته للأحكام الشرعية، "التي غرضها تنمية المال بالطرق المباحة شرعًا عن طريق التوظيف المنتج لرأس المال، وبعبارة أخرى توجيه الأموال في استخدامات تؤدي إلى إشباع حاجة أو حاجات اقتصادية"[(٢)].

ومن خلال التعريفين اللغوي والشرعي يتبين لنا أن الاستثمار هو استخدام الأموال بطريق غير مباشر في المعاملات المالية المتنوعة التي تؤدي إلى تكثير المال وتنميته بالطرق

(١) اللسان، ٥٠٣/١، مفردات القرآن الكريم للراغب الأصفهاني، الحسين بن محمد بن الفضل المعروف بالراغب الأصفهاني، ص١٧٦، دار القلم، دمشق، د.ت.

(٢) ينظر الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية، أ.د/ علي السالوسي، ٢٨٣/١، دار الثقافة، الدوحة، مؤسسة الريان للطباعة والنشر،١٤١٨هـ/ ١٩٩٨م.

المشروعة التي ليس فيها شبهات، وتوظيفها في مشروعات اقتصادية لتحقيق منافع مستقبلية، أو قائمة للحصول على المال، وما يهمنا هنا هو موضوع صناديق الاستثمار أو الوكالة الاستثمارية، الذي تسابقت عليه المصارف بشتى أنواعها لبناء تشكيلات مالية متعددة.

ثانيًا: التعريف بصناديق الاستثمار:

الصناديق هي: "وعاء مالي تكونه مؤسسة مالية متخصصة ذات دراية وخبرة في مجال إدارة الاستثمارات – بنك أو شركة استثمار – بقصد تجميع مدخرات الأفراد، وتوجيهها في مجالات مختلفة، لتحقق للمستثمرين عائدًا مجزيًا وضمن مستويات معقولة من المخاطرة عن طريق الاستفادة من مزايا التنويع"(١).

والهدف من هذه الصناديق ووظيفتها واستثمارها هو:

إتاحة الفرصة للمستثمرين بالمشاركة الجماعية في إدارة أعمال البرنامج، ويديرها محترفون ومتخصصون على درجة عالية من الخبرة والكفاءة والمعرفة التامة بأحوال السوق المالي.

ووظيفتها: بيع الأوراق المالية المتنوعة من أسهم شركات مختلفة النشاط والأغراض.

أما عن استثمارات هذه الصناديق فهي تتكون من عمليات متجددة أثناء فترة الصندوق، وغالبًا ما تكون طويلة الأجل أو متوسطة الأجل، ويعد لها مركز مالي دوري يوضح حساب الأرباح والخسائر وفق ضوابط وشروط مقابل أجر يتم تحديده من قبل المصرف(٢).

(١) الخدمات الاستثمارية في المصارف، د/ يوسف عبدالله الشبيلي ٨٤/١ن دار ابن الجوزي، ١٤٢٥هـ- ٢٠١٥م.

(٢) ينظر: أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال، د. منير إبراهيم هندي، ص١٤١، المكتب العربي الحديث، ٢٠٠٨م.

ويتولى إدارة الصندوق الأطراف التالية:

الطرف الأول: المؤسسون وهم الجهة التي تنشيء الصندوق وعادة ما تكون شركة مساهمة، أو بنكًا أو شركة تأمين متخصصة في الصناديق[١] وهم الذين يصدرون التراخيص اللازمة لبدء مزاولة الصندوق لنشاطه، وإعداد نشرة الاكتتاب، واعتمادها من الهيئة العامة لسوق المال، ويشارك المؤسسون في الأرباح والخسائر بنسبة مايملكون من وثائق إذا كان الصندوق يقوم بتوزيع عوائد دورية مالية في نهاية مدة الصندوق.

الطرف الثاني: المكتتبون: "ويمثلون المدخرين الذين يرغبون في استثمار أموالهم في داخل الصناديق، ويحصل هؤلاء المُدخرون على وثائق استثمار من الصندوق في مقابل ما يشتركون به من أموال، وحق أصحاب الوثائق المشاركة في اختيار أغلبية أعضاء مجلس إدارة الصندوق[٢]، من غير المساهمين فيه أو المتعاملين معه، أو من غير المرتبطين به بعلاقة أو مصلحة.

الطرف الثالث: المدير

وتتمثل سلطاته في إدارة أموال المودعين، والبحث عن أفضل مجالات الاستثمار في الأوراق المالية، وتقييم وتسعيروثائق الاستثمار، وإبلاغ المستثمرين بمراكزهم المالية على فترات دورية، مع بذل الجهد في حماية مصالح الصندوق من كل تصرف أو إجراء يضر بمصالح المستثمرين. وللمدير الحق بشكل تلقائي في اتخاذ القرارات الإدارية المتعلقة بالصندوق، إلى جانب ذلك، فإنه في صناديق استثمار البنوك أو شركات التأمين يكون البنك أو شركة التأمين بحسب الأحوال مسئولاً عن سوء إدارة المدير.

أما من الناحية المالية فهو يتلقى أتعابًا على الإدارة، وأتعابًا على حسن الأداء، فهو

(١) ينظر البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د/ أشرف محمد دوابة، ص١٥٢، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر، ط٢، ١٤٢٧هـ/٢٠٠٦.

(٢) المرجع السابق، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق، د/أشرف دوابة، ص١٥٣.

كالوكيل في التصرفات عن المودعين فإن تعدى ضمن.

ثانيًا: تعريف المحافظ الاستثمارية

المحافظ الاستثمارية هي: مجموع ما يملكه المستثمر من أصول وموجودات، والهدف منها تنمية القيمة السوقية لها.

وللمحافظ مفهومان: أحدهما عام: ويقصد به ما يتم طرحه للجمهور من صيغ استثمارية بحيث لا يتدخل العميل في أسلوب إدارتها إلا بالقدر الذي يملكه فيها، والآخر خاص: وهي المحفظة الاستثمارية التي يتم تشكيلها لكل عميل على حدة حسب رغبته، والعميل فهو الذي يحدد طبيعة نشاطها، ونسب توزيعها، أو أنه يفوض الشركة القائمة بعمل ما تراه مناسبًا. وهي بهذا تختلف عن الصندوق الاستثماري، والمقصود من البحث أن المحافظ لدى الشركات أو المؤسسات المالية، تكون إدارتها من قبل العميل فهو الآمر بالبيع أو الشراء، وهو مَنْ يقوم بتحديد الأسهم المطلوب شرائها. بينما الصناديق الاستثمارية لا تأتمر بأمر العميل؛ لأن القانون اعتبر الشكل القانوني للصندوق (شركة مساهمة)[1].

كيفية إدارة هذه الصناديق والمحافظ الاستثمارية:

(١) الاعتماد على رأس المال الموجود في الصندوق دون اللجوء للاقتراض[2].

(٢) تحديد مدة الاستثمار ونوعه.

(٣) تنفيذ أوامر العميل نفسه. من بيع وشراء كما في المحافظ الاستثمارية.

(٤) تحقيق مستوى ملائم من التنويع بين قطاعات الصناعة، وعدم الاستثمار في

(١) يراجع في هذا الموضوع كتاب الخدمات الاستثمارية في المصارف، د/ يوسف الشبيلي ٨٤/١، دار ابن الجوزي، ٢٠٠٥م.

(٢) يراجع كتاب استثمار المال في الإسلام، د. أحمد مصطفى عفيفي، ص٦٤، ٦٥، بتصر ف مكتبة وهبة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

شركة واحدة، لأنه كلما زاد التنوع قلت المخاطر.

(٥) يجب أن يكون هناك جزء يحتوي على أسهم شركات منخفضة المخاطر، بعد أن يحدد المستثمر مستوى المخاطر التي يمكن أن يتحملها حتى يكون العائد مرتفعًا، وذلك وفقًا لقدرة المستثمر على تحمل هذه المخاطر.

التكييف الفقهي للصناديق الاستثمارية والمحافظ الاستثمارية:

اختلف الفقهاء في التكييف الفقهي لهما فهما لا يخرجان عن المضاربة، وعلى هذا القول أكثر الفقهاء المعاصرين.

ووجه هذا القول:

أن العميل أو المستثمر يدفع مالاً، والمصرف يقوم بالعمل بنسبة من الربح[(١)]،فمن العميل المال، ومن المصرف العمل وهذه هي شركة المضاربة.

وقيل هي وكالة بأجر.

ووجه هذا القول: أن العميل قد وكل "البنك" لإدارة هذه الأموال مقابل أجرة معينة لحفظ أمواله.

أما من ناحية التصرفات التي يجريها المدير، فهناك بعض التصرفات غير المنصوص عليها، أو قد لا يوافق أصحاب الوحدات عليها مثل القيام بشراء أسهم في غير نشاط الشركة كأن يشتري أسهمًا بصندوق عقاري، أو أسهمًا لصندوق صناعي، أو زراعي، أو أن يقوم "البنك أو الشركة" بشراء أسهم لأصحاب المحافظ من دون أخذ رأيهم، فهذه التصرفات تعد من قبيل تصرفات الفضولي، وتتوقف صحة هذه التصرفات على إذن أو إجازة صاحب الحق (العميل).

فإن كان التصرف لصالح (العميل) فلا يتوقف نفاذ الصفقة على الإذن من العميل،

(١) ينظر: فقه المعاملات المالية، د. سعد بن تركي الخثلان، ص٥٥، دار الصميعي للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٣٣هـ/٢٠١٢م.

أما إذا عُدِمَت المصلحة و لم يجز العميل التصرف للمدير فالعقد باطلٌ.

أما: الصناديق الاستثمارية فالصفقة فيها تتم عن طريق سوق الأوراق المالية، ولا يمكن الرجوع في العقد؛ ويتحمل المدير أو الوكيل التبعات من أجل تصحيح المعاملة التي تمت ولا رجوع فيها.

وفي هذا يقول الكاساني الحنفي: "التوكيل بالبيع إما أن يكون مطلقًا[1]، وأما أن يكون مقيدًا، فإن كان مقيدًا يراعى فيه القيد بالإجماع، حتى إنه إذا خالف قيده لا ينفذ على الموكل، ولكن يتوقف على إجازته، إلا أن يكون خلافه إلى خير، لما مر من أن الوكيل يتصرف بولاية مستفادة من قبل الموكل، فيلي من التصرف قدر ماولاه، وإن كان الخلاف إلى خير فإنما نفذ؛ لأنه كان الخلاف صورة فهو وفاق معني؛ لأنه آمر به دلالة فكان يتصرف بتولية الموكل فنفذ".

يفهم من كلام الكاساني – رحمه الله – أن المدير بمثابة الوكيل، أو المضارب في تحمله المسئولية تجاه المستثمرين فإن كانت وكالته مطلقة فعليه الاتجاه إلى كل ما هو خير كإبرام الصفقات لصالح المستثمرين، والبعد عن المخاطر، حتى يعود الاستثمار بالنفع على الفرد والمجتمع، وحتى يرتقي الاقتصاد وتدور عجلة الانتاج، وبالتالي ينتعش سوق المال، وإن كانت إلى غير ذلك فيوقف العقد (مع الشركة أو البنك) على إجازة العميل وإذنه.

الوكالة الاستثمارية:

تعريفها: هي أن يوكل أحد العملاء البنك في إدارة إحدى المشروعات، أي أن البنك هو المتصرف وهو المدير للمشروع، وذلك بعد سماح العميل له بذلك، ودليل الوكالة شرعًا هو قوله تعالى: ﴿**وَمَا لَنَا أَلاَّ نَتَوَكَّلَ عَلَى اللَّهِ وقَدْ هَدَانَا سُبُلَنَا**

(١) ينظر: بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ت٥٨٧هـ، ٦/ ٢٤٣، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

ولَنَصْبِرَنَّ عَلَى مَا آذَيْتُمُونَا وعَلَى اللَّهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ﴾[١].

وللوكالة أربعة أركان هي:

- الموكل: أي العميل الذي يتقدم إلى البنك ويطلب منه التصرف نيابة عنه.
- الوكيل: وهو البنك المتكفل بإدارة المشروع نيابة عن صاحبه.
- موضوع الوكالة: أي محل الوكالة.
- العقد: الذي يحدد حقوق والتزامات كل طرف.

وللوكالة الاستثمارية نوعان:

الأول الوكالة المشروطة: ويطلق عليها "الوكالة الاستثمارية الخاصة"[٢] وهي أن يكون البنك مقيدًا في تصرفاته، أي لا يمكنه القيام بأي عمل إلا إذا سمح العميل وأذن له بذلك، ويحق للبنك خصم أتعابه بعد السماح من طرف العميل، لأن الإذن الخاص متعلق بإذن السماح.

الثاني الوكالة المفتوحة "الوكالة الاستثمارية العامة": وهي وكالة البنك بالتصرف في أموال العميل نيابة عنه؛ لأن البنك لديه الخبرة وعنده إدارة متخصصة في إدارة أعمال أمناء الاستثمار الذين لديهم القدرة على اتخاذ القرارت.

وما يهمنا في هذه الوكالة هو الحكم الشرعي لتصرفات الوكيل؛ لأن الفقهاء أجمعوا على أمانته بالنسبة للأموال التي تحت يده، فإن فرط أو تعدى ضمن، ويتصور التعدي من قبل الوكيل في صورتين[٣]:

الصورة الأولى: إذا دخل في استثمار لا يحقق العائد المتفق عليه، بحسب دراسة الجدوى الاقتصادية، وقام المدير بالمخاطرة ودخل في استثمار لا يحقق العائد المنصوص

(١) سورة إبراهيم: آية ١٢.
(٢) ينظر: الاحتراف في المعاملات المالية، د. ياسر النشمي، ص٥٤٧، ط دار الضياء، السعودية، د.ت.
(٣) بدائع الضائع، ٣٦/٦.

عليه فتصرفه غير نافذ ويتوقف على إجازة أو إذن الموكل.

الصورة الثانية: تتحقق بالتقصير في الدخول في مشاريع استثمارية غير منصوص عليها، ومخالفته لغرض الوكالة، بأن تكون الوكالة في الاستثمار العقاري، فيقوم المدير بالاستثمار في شراء السندات والأسهم وفي هذه الحالة لابد أن يأذن العميل للوكيل فإن لم يأذن فعلى المدير الغرم وللعميل الغنم، فإن أجاز نفذ وإن لم يجز بطل تصرفه، فإن تخلص الوكيل مما قام بفعله المدير فله فعله، وإلا كان التصرف للوكيل له غُرْمِه وعليه غُنْمه.

إلا أن جمهور الفقهاء استثنوا من ذلك أمرين من وجوب التزام الوكيل بقيود الموكل[1].

الأمر الأول: أن يكون تقييد الموكل مخالفًا للشرع، أو لمقتضى العصر.

الأمر الآخر: أن تكون مخالفته لقيد الموكل إلى خير يعود على الموكل؛ كما قال الكاساني الحنفي في البدائع: "... لأنه إن كان خلافً صورته فهو وفاق معنى؛ لأنه آمرٌ به دلالة، فكان متصرفًا بتولية الموكل فنفذ...".

* * *

(١) بدائع الضائع ٦/٢٧، وينظر: تبيين الحقائق، ٤/٢٦٣، والمغني ٥/٧٦- ٧٩.

الخاتمة

١- الإذن في العقود هو تصرف شرعي يلحق بالعقد، ويقتضي إبقاءه، ويوجب نفاذه، وعليه يترتب أثره الشرعي.

٢- للإذن معان متعددة يخرج إليها منها: الإجازة، والإباحة، والإعلام، والتفويض الذي هو أعم من التوكيل، كما أن له طرقًا منها: الإذن الشفهي، والإذن المكتوب وهو أمرٌ تعترف به الشريعة صيانة للحقوق والتيسير على الناس في المعاملات.

٣- الوكيل لا يحق له توكيل غيره إلا بإذن من الموكل وإلا ضمن الخسارة.

٤- لا يلحق الإذن العقود الباطلة وإنما يلحق العقود الصحيحة التي تعلق بها حق الغير مثل عقد الوكالة التي لم يخالف الوكيل فيها شرط العقد، كبيع الفضولي، وتصرف المرتهن بالعين المرهونة، والتصرف بالحصة الشائعة في الشركة من غير إذن الشريك، والعقود التي يبرمها الصبي كلها تكون صحيحة إذا لحقها الإذن.

٥- من التطبيقات المعاصرة على الإذن ما يحدث في الصناديق الاستثمارية والوكالة الاستثمارية، أن المدير سواء أكان مضاربًا أو وكيلاً – فإن تصرفه إذا كان في مصلحة العميل بإنقاذه من خسارة وتحقيق مصلحة له فعقده يعتبر صحيحًا ونافذًا وإذا عُدِمَت المصلحة فعقده يتوقف على إجازة العميل له وإذنه.

* * *

فهـرس المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانيًا: كتب الحديث وشروحه:

١) الجامع المسند الصحيح المختصر من أحاديث المختصر من أمـــور رســـول الله ﷺ وسننه وأيامه: لأبي عبدالله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة الجُعفي البخاري ١٩٤- ٢٥٦هـــ، تشرف بخدمته والعناية به: محمد زهير بن ناصر النَّاصر، مركز خدمة السنة النبوية بالمدينة المنورة، دار طوق النجاة، د.ت.

٢) سنن أبي داود: لأبي داود سليمان بن الأشعث السجـــستاني، ٢٠٢-٢٧٥هـــــ، حكم على أحاديثه وعلق عليه العلامة المحدِّث محمد ناصر الدين الألباني، اعتنى به أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـــ.

٣) سنن الترمذي: لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة، ٢٠٩- ٢٧٩هـــ، تحقيـــق العلامة: أحمد محمد شاكر، مكتبة الطبري، مصر، ١٤٣٣هـــ - ٢٠١٢م.

٤) سنن الدارقطني: للإمام الحافظ علي بن عمر الدارقطني ت ٣٨٥هـــ، طبع شركة القدس، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.

٥) سنن النسائي: بشرح الحافظ جلال الدين السيوطي، ت٩١١هـــ وحاشية الإمام السندي ت ١١٣٨هـــ، طبع دار الريان للتراث، د.ت.

٦) صحيح مسلم: لأبي الحسين مسلم بن الحجاج القـــشيري النيـــسابوري ٢٠٦- ٢٦١هـــ، طبعة مدققة ومفصلة لأحاديث معزوة الأطراف ومخرَّجة على أحاديث البخاري، ومزيلة بكتابين: صيانة صحيح مسلم من الإخلال والغلط وحمايته مـــن الإسقاط والسقط لابن الصلاح، وعلل أحاديثه في كتاب الصحيح لابـــن عمَّـــار

الشهيد، اعتنى به: أبو صهيب الكرمي، تنفيذ: بيت الأفكار الدولية، الرياض، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م.

٧) فتح الباري بشرح صحيح البخاري: لأحمد بن علي بن حجر العسقلاني ٧٧٣-٨٥٢هـ، دار التقوى للتراث، د.ت.

٨) المستدرك على الصحيحين: لأبي عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، ت٤٠٥هـ، وبذيله التلخيص للذهبي (رحمهما الله) طبعة مزيدة بفهرس الأحاديث الشريفة، إشراف: د. يوسف عبدالرحمن المرعشلي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

ثالثًا: كتب الفقه وأصوله وقواعده:

١- الاحتراف في المعاملات المالية: د. ياسر النشمي، ط دار الضياء، السعودية، د.ت.

٢- أحكام المعاملات الشرعية: للشيخ علي الخفيف، دار الفكر العربي، ١٤٢٩هـ- ٢٠٠٨م،

٣- الاختيار لتعليل المختار: للإمام عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ت ٦٨٣هـ، تحقيق: عبدالله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، ١٤٣٠هـ-٢٠٠٩م.

٤- أدوات الاستثمار في أسواق رأس المال: د. منير إبراهيم هندي، المكتب العربي الحديث، ٢٠٠٨م.

٥- استثمار المال في الإسلام: د. أحمد مصطفى عفيفي، بتصرف مكتبة وهبة، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م.

٦- أصول الفقه الإسلامي: د/ وهبة الزحيلي، دار الفكر الإسلامي، دمشق،

١٤٣٤هـ- ٢٠١٣م.

٧- إعلام الموقعين عن رب العالمين: لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب المعروف بابن قيم الجوزية ت ٧٥١هـ، قدم له وخرج أحاديثه وآثاره: مشهور بن حسن آل سلمان، وآخرون، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط١، ١٤٢٣هـ.

٨- الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية، د. علي السالوس، دار الثقافة، الدوحة، قطر، مؤسسة الريان للطباعة والنشر،١٤١٨هـ- ١٩٩٨م.

٩- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع: تأليف العلامة شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني، ضبطه وخرج أحاديثه: محمد محمد تامر، شركة القدس، ط٢، ٢٠١٣م.

١٠- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ت٥٩٥هـ، المكتبة التوفيقية، ط٢، ٢٠١٤م.

١١- بدائع الضائع في ترتيب الشرائع، للإمام علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ت٥٨٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ط٢، ١٤٠٦هـ/١٩٨٦م.

١٢- البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق: د. أشرف محمد دوابة، مكتبة دار السلام للطباعة والنشر، ط٢، ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦.

١٣- البهجة في شرح التحفة: لأبي الحسن علي بن عبدالسلام التسولي ت ١٢٥٨هـ، على الأرجوزة المسماة بتحفة الحكام للقاضي أبي بكر محمد بن محمد بن عاصم الأندلسي ت ٨٢٩هـ، ومعه حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للإمام أبي عبدالله محمد بن محمد التاوودي ت١٢٠٩هـ، وهو شرح أرجوزة تحفة الحكام، ضبطه وصححه: محمد عبدالقادر شاهين، دار الكتب

العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م.

١٤- البيان في مذهب الإمام العمراني الشافعي، لأبي الحسين يحيي بن أبي الخير بن سالم العمراني الشافعي اليمني، ٤٨٩هـ- ٥٥٨هـ، اعتنى به قاسم بن محمد النوري، دار المنهاج للطباعة والنشر، د.ت.

١٥- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق: لفخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ت ٧٤٣هـ، طبع دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ١٣١٣هـ.

١٦- حاشية البيجرمي على الخطيب: وهي حاشية للشيخ سليمان بن محمد بن عمر البيجرمي الشافعي ت١٢٢١هـ المسماه (تحفة الحبيب على شرح الخطيب) المعروف (بالإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع) للشيخ محمد بن أحمد الشربيني الشافعي المعروف بالخطيب الشربيني ت٩٧٧هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م.

١٧- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير: لأبي البركات سيدي أحمد الدردير وبهامشه الشرح المذكور للعلامة المحقق الشيخ شمس الدين محمد عليش، طبع عيسى البابي الحلبي وشركاه، د.ت.

١٨- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي ﷺ: وهو شرح مختصر المزني، لأبي الحسن علي بن محمد حبيب الماوردي البصري، تحقيق وتعليق: الشيخ علي محمد معوض، والشيخ عادل أحمد عبدالموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

١٩- الخدمات الاستثمارية في المصارف: د. يوسف عبدالله الشبيلي، دار ابن الجوزي، ١٤٢٥هـ - ٢٠١٥م.

٢٠- الذخيرة: لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ت ٦٨٤هـ/١٢٨٥م، تحقيق د. محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي، ط١، ١٩٩٤م.

٢١- رد المحتار على الدُّر المختار شرح تنوير الأبصار: لمحمد أمين الشهير بابن عابدين مع تكملة ابن عابدين لنجل المؤلف، دراسة وتحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ/٢٠٠٢م.

٢٢- روضة الطالبين: للإمام أبي زكريا يحيي بن شرف النووي الدمشقي ت ٦٧٦هـ، ومعه: المنهاج السَّوي في ترجمة الإمام النووي، ومنتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع للحافظ جلال الدين السيوطي، تحقيق: الشيخ عادل أحمد عبدالموجود، والشيخ علي محمد معوض، دار عالم الكتب، طبعة ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م.

٢٣- شرح منتهى الإرادات: تأليف الشيخ منصور بن يوسف البهوتي ت ١٠٥١هـ، تحقيق: د. عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط٢، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٢٤- العدة شرح العمدة، في فقه إمام السنة: تأليف بهاء الدين بن عبدالرحمن بن إبراهيم المقدسي، اعتنى به: الشيخ خالد محمد محرم، المكتبة العصرية، بيروت، ط١، ١٤١٧هـ/ ١٩٩٧م.

٢٥- علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع: تأليف د/ عبدالوهاب خلاف، دار الفكر، القاهرة، ١٤١٦هـ- ١٩٩٦م.

٢٦- العناية شرح الهداية: محمد بن محمود البابرتي (ت ٧٨٦هـ)، ط. دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٢٧- الفقه الإسلامي وأدلته التشريعية: د. وهبة الزحيلي، دار الفكر المعاصر، ط١، ١٩٩١م.

٢٨- فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر: د. علي أحمد السالوسي، دار

الثقافة، الدوحة، قطر، ط٨، ١٤٣٠هـ/٢٠٠٩م.

٢٩- فقه المعاملات المالية: د. سعد بن تركي الخثلان، ص٥٥، دار الصيمعي للنشر والتوزيع، الرياض، ط١، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

٣٠- القواعد الفقهية: المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة، د. عطية عدلان آل قارة، دار الإيمان، الإسكندرية، ط١، ٢٠١٠م (أصل البحث رسالة ماجستير).

٣١- القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية: د.محمد عثمان شبير، دار النفائس، الأردن، ط١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م.

٣٢- الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل: لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد ابن محمد بن قدامة المقدسي، الجماعيلي، الدمشقي الصالحي الحنبلي ٥٤١هـ- ٦٢٠هـ، تحقيق وتعليق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت.

٣٣- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار: للإمام تقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصني الدمشقي الشافعي من علماء القرن التاسع الهجري، تحقيق: الشيخ كامل محمد محمد عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠١م.

٣٤- اللباب في شرح الكتاب: للشيخ عبدالغني الغنيمي الدمشقي الحنفي أحد علماء القرن الثالث عشر على المختصر المشتهر باسم الكتاب الذي صنعه الإمام أبو الحسين أحمد بن محمد القدوري البغدادي الحنفي ٣٣٢- ٤٢٨هـ، تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد، المكتبة العلمية، بيروت، د.ت.

٣٥- المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن عبدالله بن

محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي (ت٨٨٤هـ)، دار المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـ.

٣٦- المبسوط: لشمس الدين السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ت.

٣٧- المجموع شرح المهذب: للشيرازي، بقلم محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد، جدة، المملكة العربية السعودية، د.ت.

٣٨- المدخل الفقهي العام: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، سوريا، ط٣، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م.

٣٩- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني على متن منهاج الطالبين، للإمام أبي زكريا يحيي بن شرف النووي الدمشقي ت ٦٧٦هـ، واعتنى به محمد خليل عيتاني، دار المعرفة، بيروت، ط١، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م.

٤٠- المغني: لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي، الدمشقي الصالحي الحنبلي، ٥٤١-٦٢٠هـ، تحقيق: د.عبد الله ابن عبد المحسن التركي، د.عبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ط٣، ١٤١٧هـ - ١٩٩٧م.

٤١- منار السبيل في شرح الدليل على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: تاليف الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بن ضويان، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط٥، ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

٤٢- المنثور في القواعد: بدر الدين محمد بن بهادر بن محمد محمد بن عبدالله الشافعي، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٢١هـ/٢٠٠٠م.

٤٣- الموافقات في أصول الشريعة: لإبراهيم بن موسى اللخمي الغرناطي المعروف

بأبي إسحق الشاطبي ت٧٩٠هـ، وعليه شرح جليل للشيخ: عبدالله دراز، دار الحديث، القاهرة، طبعة ١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م.

٤٤- الموسوعة الفقهية: الموسوعة إصدار وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، طباعة ذات السلاسل، الكويت، ط٢، ١٤٠٤هـ.

٤٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: للإمام شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد ابن حمزة بن شهاب الدين الرملي ت١٠٠٤هـ، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ/ ١٩٩٣م.

٤٦- الوسيط في المذهب: للشيخ محمد بن محمد بن محمد الغزالي ت٥٠٥هـ، وبهامشه عدة شروحات، حققه وعلق عليه: أحمد محمود إبراهيم، دار السلام، ط١، ١٤١٧هـ/١٩٩٧م.

٤٧- الوسيط في شرح القانون المدني: د/ عبدالرزاق السنهوري، طبع دار إحياء التراث العربي، د.ت.

رابعًا: كتب المعاجم:

١- القاموس المحيط: لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي ٧٢٩-٨١٧هـ، وبهامشه تعليقات وشروح نسخة مصورة من الطبعة الثالثة المطبعة الأميرية ١٣٠٢هـ، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م.

٢- لسان العرب: لجمال الدين بن منظور المصري الأفريقي، تحقيق: عبدالله علي الكبير وآخرون، دار المعارف، د.ت.

٣- اللسان، طبع دار الفكر العربي، بيروت، لبنان، ١٤١٠م- ١٩٩٠م.

٤- مختار الصحاح: لمحمد بن أبي بكر عبدالقادر الرازي، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٩م.

٥- مختار الصحاح: لمحمد بن أبي بكر الرازي، عني بترتيبه محمود خاطر بك، المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٥٥هـ- ١٩٣٧م.
٦- المصباح المنير في شرح الكبير: لأحمد بن أحمد بن علي المقري الفيومي، ت٧٧٠هـ، المطبعة الأميرية، القاهرة، ط٥، ١٩٢٢م.
٧- معجم ألفاظ القرآن الكريم: وضع مجمع اللغة العربية، طبع الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، طبع الهيئة المصرية العامة للتأليف والنشر، ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م.
٨- المعجم الوسيط: مجمع اللغة العربية، مكتبة الشروق الدولية، ط٤، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.
٩- مفردات القرآن الكريم: للأصفهاني، الحسين بن محمد بن الفضل المعروف بالراغب الأصفهاني، دار القلم، دمشق، د.ت.

* * *